

# 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 / Postschekkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt 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 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf.,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 325.—,  $\frac{1}{4}$  Seite M. 170.—,  $\frac{1}{8}$  Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postschekkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

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

## Zum Jubiläum der Handelshochschule Berlin.

Von Geheimen Regierungsrat Dr. F. Demuth, Berlin.

Die Handelshochschule Berlin feiert am 27. Oktober 1931 den 25. Jahrestag ihrer Begründung. Von den deutschen Handelshochschulen, die noch ein selbständiges Leben führen und nicht Bestandteile anderer Hochschulen, wie Universitäten, geworden sind, ist sie die größte; unter ihnen darf dem Berliner Institut, auch was die Organisation anbetrifft, die führende Stelle eingeräumt werden. Man würdigt den Jubiläumstag am besten, wenn man die Frage stellt und zu beantworten sucht: was hat die Handelshochschule Berlin für die Fortbildung der wissenschaftlichen Lehre in den Jahren ihres Bestehens an besonderen Leistungen für sich zu buchen.

Aufgabe der Handelshochschulen ist es vor allem, Kaufleuten eine akademische Bildung zu vermitteln, sie dadurch instand zu setzen, ihre Geschäfte von der Warte einer allgemeinen höheren Bildung auf den wissenschaftlichen Gebieten, die mit dem kaufmännischen Leben im Zusammenhange stehen, zu beurteilen; gewissermaßen sie aus Objekten der wissenschaftlichen Betrachtung, als die sie zuvor der Wissenschaft erschienen, zu Subjekten des wirtschaftlichen Geschehens auf Grund wissenschaftlicher Erkenntnis zu machen. Ihre Aufgabe können die Handelshochschulen nur erfüllen, wenn es ihnen gelingt, eine eigenartige Wissenschaft zu bilden oder doch die besondere Prägung der in ihr Gebiet fallenden Wissenschaften für ihren eigentümlichen Zweck zu erreichen.

Erstrebt wird das Ziel auf dem Wege einer starken Vielseitigkeit. Das spezifische Kennzeichen des Unterrichts ist die Privat- und Betriebswirtschaftslehre geworden, die Wissenschaft von der Eigenart und den Lebensbedingungen des individuellen Privatbetriebs. Die Disziplin ist der Volkswirtschaftslehre nahe verwandt, neben der Mutterwissenschaft fällt ihr insbesondere die Rolle einer wichtigen und wertvollen Technik zu. Die Nationalökonomie tritt als zweites Hauptfach zu der Betriebs- und Privatwirtschaftslehre. Diesen Gebieten schließt sich die Rechtslehre an, Sprachkunde, Geographie und naturwissenschaftliche Technik kommen hinzu und runden neben zahlreichen Nebengebieten den Kreis des Bildungstoffes ab.

Der gesamten Handelshochschulbildung gemeinsam ist die Hinlenkung auf den praktisch wirtschaftlichen Zusammenhang, Historismus und Zahlenhäufung werden nicht betrieben. Das Schwergewicht beruht auf der Erkenntnis tatsächlicher und, man darf sagen, aktuell begründeter Gegebenheiten. Solchen Zielen entspricht es schon äußerlich, daß der Unterricht seinen Hauptnachdruck nicht in Vorlesungen, sondern in Übungen erhält. Heute ist eine solche Einteilung Gemeingut aller Hochschulen, die Handelshochschulen und insbesondere die Berliner sind in dieser Hinsicht aber schon vor vielen Jahren wegweisend hervorgetreten. Dieser Tendenz entsprechend ist der Vorlesungsbetrieb vielfach auf Rede und Antwort zwischen Dozenten und Zuhörern abgestellt worden.

Will man die Arbeit der Handelshochschulen in ihrem inneren Werte würdigen, so darf man sagen, daß sie die Betriebs- und Privatwirtschaftslehre geschaffen haben. In einem wirksamen Beispiel wird die Bedeutung der Disziplin gerade heute charakterisiert durch die Neuschaffung des Berufs der Wirtschaftsprüfer, denen eine so bedeutame Stelle im Wirtschaftsleben eingeräumt werden soll. Sicher auch ein Praktiker, der keine Handelshochschule besucht hat, kann ein tüchtiger Wirtschaftsprüfer werden, das Wissensgebiet der Betriebs- und Privatwirtschaftslehre wird er vor allem anderen beherrschen müssen. In der nationalökonomischen Wissenschaft hat die Handelshochschule Berlin es besonders verstanden, bei voller Betonung der Wichtigkeit theoretischer Forschung das Augenmerk der Wissenschaft und der Praxis auf die praktischen Probleme zu lenken. Im Sprachenunterricht ist der Weg von der grammatikalischen Behandlung des Stoffes zum Kulturunterricht in weitestem Umfange beschritten worden. Nur der Studierende, der weiß, wie ein Volk denkt, empfindet und organisiert ist, wird nach der Anschauung, die hier obwaltet, imstande sein, seine Sprache wirklich zweckentsprechend zu verwenden. In der Geographie ist der Erforschung wirtschaftlicher Zusammenhänge auf geographischer Grundlage eine besondere Pflanzstätte entstanden.

In dieser Zeitschrift interessiert am meisten, was die Handelshochschule für die Fortbildung des Studiums der Jurisprudenz getan hat. Der Studierende soll im Rechtsunterricht lernen, juristisch zu denken und die abstrakten Rechts-

begriffe auf den gegebenen Einzelfall anzuwenden. Über die Erkenntnis des geltenden Rechts hinweg werden die Übungen ganz besonders zur Rechtsstatsachenforschung und Rechtskritik verwendet. Wenn z. B. im Seminar ein Normalmietvertrag für Berlin ausgearbeitet wird, so wird dabei auch die Kenntnis der vom Gesetz vielfach abweichenden typischen Vereinbarungen vermittelt, das Verhältnis dieser Vereinbarungen mit dem geltenden Recht verglichen und dadurch das theoretische Wissen in eine den Studenten anregende Verbindung mit der Praxis gebracht.

Das Rechtsstudium an der Handelshochschule bezieht sich auf das gesamte Gebiet des öffentlichen und des privaten Rechts. Ein anschauliches Bild über die Arbeiten gibt das Vorlesungsverzeichnis für das Wintersemester 1931/32. Neben den geschichtlichen und den Einführungsvorlesungen wird in einer vierstündigen Vorlesung das Bürgerliche und Handelsrecht systematisch behandelt. Besondere Vorlesungen sind für Kauf-, Banrecht und Rechtsfragen des Tages vorgesehen. Um den angehenden Kaufmann mit den Fragen des Prozeßrechts vertraut zu machen, wird eine zweistündige Vorlesung des Zivilprozeßrechtes gehalten. Verkehrs- und Strafrecht finden spezielle Berücksichtigung. Entsprechend seiner großen Bedeutung für die Wirtschaft ist eine Reihe von Vorlesungen dem Finanz- und Steuerrecht, insbes. dem Recht der Einkommens-, Vermögens- und Umsatzsteuern gewidmet. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wird das deutsche Reichs- und Landesstaatsrecht gelehrt, daneben werden Staatsbürgerkunde und Verwaltungsrecht behandelt. Schließlich werden die Grundzüge des Arbeitsrechts unter Berücksichtigung der Praxis gelehrt. Die Übungen sind entsprechend der Fortbildung der Studierenden in Veranstaltungen für Anfänger und für Fortgeschrittene gestuft. Für gereifte Hörer ist ein Seminar für bürgerliches und Handelsrecht, ein verfassungstheoretisches, ein finanzrechtliches und ein Seminar für Verkehrsrecht eingerichtet.

Eine maßgebende Neuerung in dem Unterricht, von der zu erwarten steht, daß sie sich weitreichend vielleicht auch im Universitätsbetrieb auswirken wird, ist die Zusammenlegung des Unterrichts von bürgerlichem und Handelsrecht in eine Veranstaltung. Geboten war solche Zusammenlegung äußerlich durch den verhältnismäßig geringen Zeitraum, der für die

Ausbildung in den juristischen Fächern zur Verfügung steht, sie hat sich aber auch sachlich durchaus bewährt. Die Privatrechtler der Berliner Handelshochschule die Professoren Edhardt und Gieseke lehren zur Zeit das gesamte Gebiet des bürgerlichen und Handelsrechts in vier Hauptvorlesungen, nämlich Personen-, Erb-, Unternehmungs- und Handelsrecht; Vertragsrecht; Sachrecht und Recht der Wertpapiere; endlich Gesellschaftsrecht. Das öffentliche Recht dient an der Handelshochschule mehr dem Zwecke der allgemeinen Bildung als der Vorbereitung auf den Beruf. Es ist stets durch Männer vertreten worden, die sich besonderen Ansehens erfreuten, in diesem Zusammenhange seien die Namen Hugo Preuß, Schücking, Carl Schmitt genannt.

Das Studium des Rechts an der Handelshochschule kann mit dem an der Universität hinsichtlich seines Umfangs nicht auf eine Stufe gestellt werden. Es wird hier keine annähernd so weitgehende Einzelkenntnis vermittelt wie dort; die Gefahr einer oberflächlichen Behandlung wird mit Nachdruck vermieden, einer überheblichen Einstellung des Studenten entgegen gearbeitet. Ist es auch unmöglich, daß der Universitätsstudent etwa ein Semester an der Handelshochschule studiert, so ist es doch sehr nützlich, wenn er neben seinem Universitätsstudium von der Vermöglichkeit an der Handelshochschule auf juristischem Gebiete Gebrauch macht, indem er diese oder jene Vorlesung hört. Dadurch wird die Anschauung der rechtlichen Wirklichkeit bei unseren Juristen stark gewinnen können. Eine solche Durchmischung des Hörerkreises von Universität und Handelshochschule wird auch dazu beitragen, die notwendige Fühlungnahme zwischen der alten Hochschule und ihrer jüngeren Schwester zu vertiefen, die freundlich zu gestalten, hüben und drüben alle berufenen Persönlichkeiten bestrebt sind.

Die Handelshochschule Berlin kann, was die Gestaltung einer ihr eigentümlichen wissenschaftlichen Belehrung angeht, auf Arbeit und Erfolge zurückblicken, mit denen sie in hohem Maße zufrieden sein darf. Es ist an dieser Stelle nicht möglich, über solche Feststellung hinaus in eine Gesamtwürdigung des Unternehmens und seiner Vergangenheit einzutreten. Aber das Gesagte genügt, um daraus die Folgerung zu ziehen, daß die Handelshochschule Berlin in den 25 Jahren ihres Bestehens sich wohlbewährt hat.

## Fehlerhafte Sachgründung und ihre Heilung.

### I.

Von Reichsgerichtsrat i. R. Dr. E. Brodmann, Leipzig.

Wenn bei der Gründung einer AktG. eine Sache, sagen wir konkret: ein Grundstück eingebracht oder übernommen werden soll, so muß das nach § 186 Abs. 2 HGB. im Gründungsvertrag verlaubar werden, widrigenfalls nach Abs. 4 das jedes über das Grundstück getroffene Abkommen der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist. Die Frage ist brennend geworden, ob und in welcher Weise in einem solchen Fall die unterlassene Verlautbarung nachgeholt werden kann.

Es begegnet zuweilen, daß bei der Erörterung verwickelter Rechtslagen der Autor gerade elementarste Rechtsätze aus den Augen verliert. Ich berühre einen der wichtigsten Punkte in diesem Fragenkomplex, wenn ich damit beginne, die Rechtsbeziehungen zu betrachten, wie sie sich gestalten, wenn eine Sachgründung im Werke ist. Das läßt sich nicht von heute auf morgen machen. Es gehen Verhandlungen zwischen den Gründern oder einigen von ihnen und dem Grundstückseigentümer voraus, und wenn man nicht ganz auf das Ungewisse hin arbeiten will, läßt man sich von dem Eigentümer eine Offerte an die Hand geben, die bindend ist, wenn es in notarieller Urkunde geschieht. Aber wie lange dauert diese Bindung? Ost wird sich der Grundstückseigentümer eine Frist bedingen, innerhalb deren die Offerte angenommen sein muß. Von dieser Modifikation will ich hier absehen. Sie bietet besondere Fragen, die hier nicht interessieren. Auch ohne das nimmt die Bindung einmal ein Ende. Es hängt das von den Umständen ab. Jedenfalls dauert sie so lange, als Zeit erforderlich ist, um die Gründung zustande zu brin-

gen. Denn unter den Parteien steht fest, daß es zu dem Vertrage nur kommen kann und kommen soll, wenn die Gründung gelingt. Davon hängt der Vertrag und ebenso die Bindung an die Offerte ab. Aber darum hat denn auch die Bindung ein Ende, wenn feststeht, daß es zu der beabsichtigten Gründung nicht kommt, sei es, daß die Gründer von ihrem Plan überhaupt abstehen, sei es, daß sie sich anders entschließen und eine Bargründung vorziehen, sei es, daß sie zwar bei der Sachgründung verbleiben, aber ein anderes Grundstück vorziehen. Es können hier allerlei Fragen auftreten. Es kann sein, daß die Gründer persönlich dem Grundstückseigentümer irgendwie verpflichtet sind. Es kann sein, daß der in Aussicht genommene Vorstand die Offerte angenommen hat vor Errichtung der Gesellschaft u. a. Daraus können sich Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und diesen Persönlichkeiten, Ansprüche auf Schadensersatz ergeben. Aber es gibt kein Mittel, die Gründer zu zwingen, die entstehende Gesellschaft dem Vertrage entsprechend durch dessen Aufnahme in das Statut zu verpflichten. Das gilt in gewisser Weise selbst dann, wenn nach Errichtung der Gesellschaft, aber vor ihrer Eintragung der Vorstand die Offerte angenommen hat. Denn immer noch könnten die Gründer, wenn sie sich einig sind, das Statut anders gestalten. Entscheidend ist das Statut, wie es lautet, wenn die Gesellschaft angemeldet und eingetragen wird. Ist in ihm die Sacheinlage nicht verlaubar worden, dann sind alle darüber getroffenen Abkommen, also auch eine etwaige einseitig bindende Offerte des Veräußerers der Gesellschaft gegenüber wirkungslos. Jede Bindung des Offerenten ist erloschen, das ist das sichere Ergebnis der Anwendung elementarer Rechtsätze.



den über denselben Gegenstand getroffenes Abkommen gemäß § 9 Abs. 4 der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist.“ Ist es schon jetzt eine noch keineswegs ausgetragene Frage, daß ein nach § 207 geschlossener Vertrag deshalb nichtig ist, weil von den Gründern ein Abkommen über denselben Gegenstand getroffen war, so kann, wenn § 36 Gesetz geworden sein wird, davon gar nicht mehr die Rede sein. Eine Bedeutung könnte diese Vorschrift nur dadurch gewinnen, daß sie nach Art. 8 EinfG. (auch) auf Verträge Anwendung finden soll, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind. Der Abs. 7 gehört also an diese Stelle. Aber auch dieser Art. 8 kann so wie er lautet nicht wohl Gesetz werden. Bestenfalls wäre er eine Halbheit, und den Stein des Anstoßes, welchen die Rspr. des RG. gegeben hat, kann man überhaupt nicht aus der Welt schaffen. Erstens sind — wenigstens nach dem jetzigen Stande der oberstgerichtlichen Rspr. — bei Umgehung des § 186 Verträge nach § 207 keineswegs nur dann zu beanstanden, wenn es bei der Gründung zu einem Abkommen gekommen war, sondern allgemein auch, wenn der Generalversammlung ein Bericht von Revisoren nicht vorgelegen hat. Und zweitens bliebe es unter allen Umständen dabei, muß es dabei bleiben, daß keine Art von Heilung oder Nachholung ohne Mitwirkung oder Zustimmung des Veräußerers zum Ziele führen kann. Das wird selbstverständlich auch von den in § 36 des Entw. behandelten Verträgen gelten, wenn die Vorschrift Gesetz geworden sein wird.

Hagelberg hat der Materie in der Festschrift für Oberneck S. 206—266 eine sehr ausführliche Studie gewidmet. Er vermeidet von Heilung zu sprechen, kommt in der Sache aber ganz zu dem Ergebnis, auf das der 6. Sen. des RG. in dem zweiten Urteil seinen Standpunkt reduziert hat: nicht die Sacheinlage, wohl aber die Übernahme läßt sich durch Statutenänderung nachholen; es muß aber eine Prüfung durch besondere Revisoren stattfinden; es bedarf nicht der Zuziehung des Grundstückseigentümers, der an seine Vertragserklärungen gebunden ist und gebunden bleibt, bis er die Gesellschaft vergeblich aufgefordert hat, die Sache in Ordnung zu bringen. Zu diesem Ergebnis konnte m. M. der Verfasser nur gelangen, weil er das Wesen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts verkennt und sich von dem Vorgang der Sachgründung unter Übernahme eine unrichtige Vorstellung macht. Ein unvollendetes Rechtsgeschäft wie z. B. die Auflassung im Verhältnis zur Grundbucheintragung oder die Statutenänderung im Verhältnis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister (S. 250) ist etwas anderes als ein nichtiger Vertrag. Das weiß der Verf. natürlich auch, aber er macht sich, wie gesagt, von dem Übernahmevertrag eine falsche Vorstellung. Auf S. 252 liest man: das Einverständnis des Veräußerers bei dieser „Heilung“ ist nicht erforderlich, wie ja auch bei der „Festsetzung“ vor Entstehung der AktG. der Übernehmerveräußerer nicht mitwirkt. Letzteres ist nicht richtig. Der Gesellschaftsvertrag muß vor dem Notar geschlossen werden, und wenn nun nach Vorschrift des Gesetzes in diesem Vertrag zugleich der Übernahmevertrag „festgesetzt“ werden muß, so erfordert das unbedingt die Zuziehung des Grundstückseigentümers zu der notariellen Verhandlung als einer der Vertragsparteien. Der Notar kann und darf die Festsetzung nicht beurkunden, wenn er von ihr nur von Hörensagen weiß, und der Akt ist nicht die Verbollständigung einer vielleicht vorher schon geschlossenen Vereinbarung, sondern die Totalität des Vertragsschlusses, von dem vorher vor dem Rechte auch nicht eine Spur vorhanden war. „Daß die Festsetzung (§ 186 Abs. 2) nach Abschluß des Übernahmevertrages erfolgen kann, unterliegt keinem Zweifel“, sagt H. In Wahrheit ist das nicht nur nicht außer Zweifel, sondern ausgeschlossen, weil jene Festsetzung und dieser Vertragsabschluß ein und dasselbe ist. Wenn es richtig wäre, daß Bestimmungen der in § 186 I und III genannten Art sich durch Statutenänderung nach § 275 I nachholen lassen, würde daraus noch nichts für die Fälle nach Abs. II folgen. Es ist aber auch nicht richtig. In den Fällen nach Abs. III wäre Zustimmung ausnahmslos aller Aktionäre unbedingte Voraussetzung, und in den Fällen nach Abs. I gilt es nur und in beschränkter Weise, wenn die Statutenänderung in einer Erhöhung des Grundkapitals besteht, in Verbindung mit dieser. — Wenn H. die Prüfung durch Revisoren für er-

forderlich erklärt, so habe ich schon gesagt, daß auch mir das als verständig erscheint und nicht allzu kühn vom Standpunkt der Rechtsanwendung. Aber der Versuch des Verf., das aus den geltenden Vorschriften abzuleiten, ist offenbar mißglückt. Aus § 277 II 2 i. Verb. m. § 199 II ergibt sich nur, daß, wenn mit der Anmeldung der Statutenänderung Schriftstücke einzureichen und eingereicht sind, die in § 199 II vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgen muß. — Bei der Verteidigung seiner These, daß der Grundstückseigentümer auf alle Zeit an seine Offerte gebunden bleibt, es sei denn, daß er vergeblich zur Nachholung des Veräußerers gemahnt hat, übersieht der Verfasser, daß der Eigentümer nach der Entstehung der Gesellschaft einem anderen Gegner gegenüber steht als vorher. Der Gesellschaft gegenüber besteht überhaupt keine Bindung, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart sein sollte. Und daß die Bindung an die Offerte den Gründern gegenüber erlischt, wenn diese sie dadurch ablehnen, daß sie eine Begründung vornehmen, kann ich nur immer wieder behaupten. Evidentes läßt sich nicht beweisen.

## II.

Von Rechtsanwalt Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.

Die vorstehenden Ausführungen Brodmanns scheinen mir nicht geeignet, den Standpunkt des RG. zu erschüttern. Der grundlegende Gegensatz zwischen Brodmann und dem RG. besteht darin, daß ersterer den Übernahmevertrag, wenn die in § 186 Abs. 2 HGB. vorgesehenen Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage nicht erfolgt sind, für endgültig nichtig erklärt, während das RG. eine heilbare Unwirksamkeit, also das Vorliegen eines Schwebezustandes annimmt. Bei dem Ausgangspunkt Brodmanns ist es nur logisch, wenn er eine Heilung ohne Mitwirkung des Veräußerers für ausgeschlossen erklärt. Brodmann übergeht aber bei seinen Ausführungen den Kernpunkt der Streitfrage, der eben darin liegt, ob die in § 186 Abs. 4 vorgesehene Unwirksamkeit eine heilbare oder eine endgültige ist. Wenn Brodmann es für verständlich und seiner Meinung nach richtig erklärt, daß man den Weg des § 207 HGB. nicht gehen will, und wenn er die vom RG. zugelassene Heilung durch Änderung des Statuts für vernünftig und durchaus annehmbar hält, so hat er hierdurch seinen Grundsatz der endgültigen Nichtigkeit bereits ausgegeben und kann folgerichtig nicht mehr die Mitwirkung des Veräußerers bei der Heilung als *conditio sine qua non* verlangen. Vielmehr liegt es im Wesen eines heilbaren unwirksamen Vertrages, daß die Parteien an diesen Vertrag so lange gebunden sind, bis die Heilung erfolgt ist; die erforderliche Frist ist unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu bemessen. So hat das RG. es auch bei den genehmigungspflichtigen Grundstückskäufen gehandhabt, soweit ersichtlich unter allseitiger Billigung in der Literatur.

Die Ausführungen, mit denen Brodmann sich gegen meine Darlegungen in der Festschrift für Oberneck wendet, sind sehr apodiktisch gehalten und lassen ganz vergessen, daß die mit Ausdrücken, wie „selbstverständlich“ bzw. „ausgeschlossen“ gekennzeichnete Auffassung Brodmanns nicht nur dem Standpunkt des RG., sondern fast der ganzen Literatur widerspricht. Brodmann verlangt im Gegensatz zur herrschenden Lehre, daß der Abschluß des Übernahmevertrages im Gesellschaftsvertrage erfolge. Dabei geht er in seinem obigen Aufsatz über die Lehren seines eigenen Kommentars zum Aktienrecht hinaus. In diesem Kommentar lehrt er in Anm. 4 f zu § 186 HGB., es sei nicht nötig, daß die Vereinbarungen bis in alle Einzelheiten in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, wie ja auch in § 195 Abs. 1 Nr. 2 die Ergänzung der Anmeldung durch Verträge vorgeschrieben sei, welche den Festsetzungen des Statuts zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind. Immerhin müsse alles schriftlich vereinbart oder beurkundet sein. Hier erkennt also Brodmann im Einklang mit dem Gesetz an, daß der Übernahmevertrag in einer besonderen Urkunde, auf die § 195 Abs. 2 Nr. 2 HGB. verweist, festgelegt sein kann. Das steht jedenfalls nicht im Einklang mit seiner obigen Ausführung, wonach der Akt der Festsetzung „nicht die Verbollständigung einer vielleicht vorher schon geschlossenen Vereinbarung sei, sondern die Totalität des Vertragss-

Schlusses, von dem vorher vor dem Rechte auch nicht eine Spur vorhanden war". Die herrschende Lehre und Praxis nimmt entgegen der Auffassung Brodmanns an, daß der Übernahmevertrag — im Gegensatz zur Einbringung — außerhalb des Gesellschaftsvertrages in besonderer Urkunde zustande kommt und daß die Festsetzung gem. § 186 Abs. 2 HGB. einen rein gesellschaftsrechtl. Vorgang darstellt, an dem der Veräußerer nicht mitzuwirken hat (vgl. Staub-Pinner, Anm. 14 zu § 186 HGB.; Hachenburg: JW. 1924, 201; RG.: JW. 1931, 51). Diese Auffassung wird auch durch die Fassung des § 182 HGB. bestätigt, wonach der Inhalt des Gesellschaftsvertrages von solchen Personen, welche Aktien übernehmen, festgestellt werden muß. Die Mitwirkung Fremder, die lediglich einen Gegenstand an die neue AktG. verkaufen (vgl. Staub-Pinner, Anm. 19 zu § 186 HGB.; Brodmann, Anm. 4a zu § 186 HGB.), würde eine Abnormität darstellen, die mit dem Wesen des Gründungsvertrages nicht vereinbar wäre. Hätte das Gesetz eine solche Mitwirkung verlangen wollen, so würde es in § 186 HGB. nicht nur die Festsetzung des Gegenstandes, der Person und der Vergütung vorgesehen, sondern bestimmt haben, daß die Vereinbarung mit dem Veräußerer im Gesellschaftsvertrage niederzulegen sei. Eine Auseinanderreißung des Vertragsinhalts in mehrere Verträge kann nicht wohl als vom Gesetz zugrunde gelegter Normalvorgang betrachtet werden, ganz gewiß aber nicht derart, daß ein Teil der notariellen Beurkundung, nämlich im Gesellschaftsvertrag, unterliegt, der Rest auch schriftlich vereinbart sein darf. Schon der Umstand, daß nach § 186 Abs. 2 die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden muß, spricht dagegen, daß diese Person zu den Vertragsschließenden gehören soll und daß der Vertrag mit dieser Person als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages gedacht ist. Wäre dies der Fall, so würde auch der § 195 Abs. 2 Nr. 2 mindestens schief gefaßt sein. Man könnte dann nicht von Verträgen, die den Festsetzungen zugrunde liegen, und die außer dem Gesellschaftsvertrag einzureichen sind, sprechen, sondern nur von Verträgen, die zur Ausführung der Übernahme usw. geschlossen sind.

Durchaus verfehlt erscheint mir, was Brodmann über die Pflichten des Notars bei Beurkundung der Festsetzung ausführt. Brodmann meint, der Notar dürfe nicht eine Festsetzung beurkunden, wenn er von ihr nur vom Hörensagen weiß. In Wahrheit beurkundet der Notar nicht etwas, was er vom Hörensagen weiß, sondern die vor ihm zur notariellen Verhandlung abgegebene Erklärung der Beteiligten. Wenn die Gründer erklären, daß die Gesellschaft von dem A. das bestimmte bezeichnete Grundstück zu einer angegebenen Vergütung übernimmt, so hat der Notar diese Erklärung der Gründer zu beurkunden. Die Prüfung ihrer inhaltlichen Richtigkeit liegt den Revisoren ob. Im übrigen wird er den Übernahmevertrag in der Regel nicht „vom Hörensagen“ kennen, sondern durch Vorlegung des schriftlichen oder — bei Grundstücken — notariell beurkundeten Übernahmevertrags. Eine Zuziehung des Veräußerers zur Feststellung des Gründungsvertrages ist daher weder erforderlich noch m. E. gestattet.

Daß die Festsetzung gemäß § 186 Abs. 2 nach Abschluß des Übernahmevertrags erfolgen kann, ist in Lehre und Praxis fast allgemein anerkannt. Insbesondere beruht die neueste Rspr. des RG. auf dieser Annahme. Sie wird, wie erwähnt, schon dadurch gerechtfertigt, daß § 195 Abs. 2 Satz 2 Verträge erwähnt, die den Festsetzungen zugrunde liegen, also doch wohl vor der Festsetzung geschlossen sein müssen. Die Festsetzung gemäß § 186 Abs. 1 und 3 im Wege der Statutenänderung wird von Staub-Pinner, Anm. 14 und 17b zu § 186 unter Bezugnahme auf Goldmann, Lehmann-Ring, RG.: JW. 1904, 182<sup>29</sup> zugelassen; Ehenjo Könige, Anm. 7e zu § 186. Brodmann führt in Anm. 6b zu § 186 (als Gegenmeinung) hierfür auch JW. 1909, 167<sup>18</sup> und RG.: Goldheim 1904, 165 auf. In seiner vorstehenden Ausführung übergeht er alle diese Gegenmeinungen mit Schweigen. — Wenn § 277 Abs. 2 die öffentliche Bekanntmachung auch hinsichtlich der Prüfungsberichte vorschreibt, so ist hieraus wohl zu folgern, daß das Gesetz davon ausgeht, daß auch bei der Statutenänderung Prüfungs-

berichte einzureichen sind. Ob dieser Schluß zwingend ist, mag dahingestellt bleiben.

Schließlich spricht gegen die Schlüssigkeit der Ausführungen von Brodmann, daß er den Tatbestand in einer die Bedürfnisse der Praxis nicht genügend berücksichtigenden Weise eingeschränkt hat. Er behandelt nur die unbefristeten Offerten und will ausdrücklich von befristeten Offerten und festen Verträgen absehen. Im Verkehr kommen aber fast ausschließlich nur befristete Offerten oder feste Verträge vor, kaum jemals aber Offerten an die Gründer ohne Bindungsfrist. Wenn also Brodmann immer nur von solchen Offerten spricht, so ist für die Praxis hiermit nicht viel gewonnen. Die vom RG. und auch von mir in der Festschrift für Oberneck behandelte Hauptfrage ging gerade dahin, inwieweit die Beteiligten durch eine befristete Offerte oder durch einen festen Vertrag gebunden sind, insbes. ob diese Bindung mit der Eintragung der AktG. in das Handelsregister erlischt oder ob sie, ähnlich wie bei genehmigungspflichtigen Grundstücksverträgen und bei der Auflassung im Falle von Schwarzkaufverträgen fortbesteht, bis die zur rechtlichen Vollkommenheit erforderliche Maßnahme (dort Genehmigung der Verwaltungsbehörde, hier Festsetzung im Statut) erfolgt ist.

Die Praxis wird fortan jedenfalls trotz der Einwendungen von Brodmann denjenigen Standpunkt zugrunde legen, der von RG. 121, 99; JW. 1931, 49<sup>13</sup> sowie DZJ. 1931, 361 anerkannt ist.

Hierdurch ist im wesentlichen eine Klärung erfolgt. Das RG. vertritt den Standpunkt, daß die auf § 186 Abs. 4 HGB. beruhende Untwirksamkeit nicht nur den Kaufvertrag, sondern auch das dingliche Übereignungsgeschäft ergreift. Die Heilung kann durch einen Widerruf des Veräußerers nicht gehindert oder beeinträchtigt werden. Sie erfolgt im Wege der Satzungsänderung durch nachträgliche Festsetzung der in § 186 Abs. 2 HGB. vorgesehenen drei Vertragselemente: Person des Veräußerers, Gegenstand der Veräußerung, Vertrag der Gegenleistung. Eine Heilung tritt aber nur ein, wenn die für eine Sachgründung vorgesehenen Berichte der Gründer, des Vorstandes und des Aufsichtsrats sowie der Revisoren vorliegen und dem Handelsregister eingereicht werden.

Insofern besteht nunmehr Klarheit. Es ergeben sich aber weitere Zweifelsfragen.

In erster Linie werden die Notare, in deren Geschäftsbereich fehlerhafte Sachgründungen vorgekommen sind, zu prüfen haben, ob sie von sich aus eine Heilung des Mangels bei der AktG. anregen wollen. Ein derartiges Vorgehen des Notars ist sehr zu empfehlen. Mitunter wird die Fehlerhaftigkeit der Gründung auf einem Versehen des Notars beruhen, so daß er zur Vermeidung von Regressansprüchen gut daran tut, die Partei über die Möglichkeit der Heilung zu belehren und sie zu schleunigem Vorgehen anzuhalten. Aber auch wenn der Notar ein Verschulden nicht trifft, weil er bei Aufnahme des Gründungsaktes von dem Übernahmegeschäft oder bei Beurkundung des letzteren von dem Bestehen des Gründungsstadiums keine Kenntnis hatte, wird eine Belehrung der Partei, sofern er inzwischen diese Kenntnis erlangt hat, sachgemäß sein.

In RG. 121, 99 hat das RG. ausgeführt, daß der Schwebezustand dadurch in den Zustand endgültiger Nichtigkeit übergegangen sei, daß die AktG. während der jahrelangen Dauer des Rechtsstreits keine Schritte zur Genehmigung unternommen hatte, obwohl sie durch einen Schriftsatz des Gegners schon vor mehr als Jahresfrist dazu noch besonders aufgefordert worden war. In JW. 1931, 49 heißt es unter Bezugnahme auf die erwähnte Entsch., es seien Fälle denkbar, in denen die Satzungsänderung so spät vorgenommen wird, daß der Vertragsgegner sie auch ohne Fristsetzung nicht mehr gegen sich gelten zu lassen braucht; in der Regel allerdings werde er die AktG. zunächst auffordern müssen, in angemessener Frist die Satzungsänderung zu beschließen. Hier bleiben für den Einzelfall noch Zweifel bestehen. Ich möchte jedoch annehmen, daß nach der Auffassung des RG. nur bei ganz besonderer Sachlage die Heilung als verspätet und deshalb unwirksam bezeichnet werden kann. In dem Falle RG. 121, 99 hatte der Gegner die AktG. ausdrücklich, aber vergeblich aufgefordert, das Geschäft nachträg-

lich zur Wirksamkeit zu bringen. Wenn der Übernahmeveräußerer ohne eine solche Aufforderung mit der Eigentumsklage vorgeht, und die AktG. daraufhin mit tunlichster Beschleunigung die Heilung bewirkt, wird dies in allen Regelfällen als nicht verspätet und zulässig bezeichnet werden müssen.

Ein weiterer Zweifel knüpft sich an den nach § 191 HGB. einzureichenden Gründerbericht. Das RG. sagt in JW. 1931, 49 im Anschluß an meine Ausführungen in der Festschrift für Oberneck, daß es der Heilung keinen Eintrag tue, wenn die Gründererklärung nicht mehr von allen Gründern oder auch überhaupt nicht mehr zu beschaffen sei. Häufig wird der Fall so liegen, daß der Übernahmeveräußerer selbst zu den Gründern gehört und daß er die Mitwirkung bei dem Gründerbericht ablehnt, um die Heilung zu vereiteln. Mitunter wird auch einer oder der andere Gründer bereits verstorben oder unauffindbar geworden sein. Es fragt sich, ob in solchen Fällen die Gründererklärung wenigstens von denjenigen Gründern zu beschaffen ist, deren Mitwirkung erreicht werden kann. Das RG. scheint auf diesem Standpunkt zu stehen, indem es fortführt: „Was aber beschafft werden kann, also namentlich die Prüfungsberichte des gegenwärtigen Vorstandes und des Aufsichtsrats sowie der besonderen Revisoren, das muß auch beschafft werden.“ Es ist daher zu empfehlen, daß ein Bericht von Gründern, die sich hierzu bereit erklären, beschafft wird. Mitunter wird der Gründerbericht allerdings wegen des langen Zeitablaufs auf Schwierigkeiten stoßen. Dieser oder jener von den Gründern wird sich vielleicht der wesentlichen Umstände, von welchen in der Gründungszeit die Angemessenheit der Gegenleistung abhing, nicht mehr genau entsinnen können. Auch die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren werden vielleicht nicht immer mehr zu ermitteln sein. Derartige Mängel sind aber unschädlich. Das RG. hat ausdrücklich erklärt, daß die Heilung durch Unvollkommenheiten des Gründerberichts nicht beeinträchtigt wird, wenn sich ein ordentlicher Gründerbericht nicht mehr beschaffen läßt. Die Prüfung des Gründungshergangs durch Vorstand und Aufsichtsrat nach § 192 HGB. liegt denjenigen Organen ob, die z. B. der Heilung im Amte sind. Soweit sich aus dem Zeitablauf in dieser Hinsicht Schwierigkeiten für die Prüfung ergeben, sind sie in Kauf zu nehmen und können die Heilung nicht beeinträchtigen. Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats können die Prüfung nur nach bestem Wissen und Gewissen vornehmen. Dasselbe gilt für die Prüfung durch die besonderen Revisoren gemäß §§ 192 Satz 2, 3, 193 HGB. Die Prüfer müssen sich bei ihrer Kritik naturgemäß in die Zeit der Gründung zurückversetzen. Gegenstand der Prüfung ist der Vertragsschluß aus der Gründungszeit, nicht die gegenwärtige Auswirkung dieses Vertrages. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Prüfung, insbes. bei Berücksichtigung der §§ 202, 312—314 HGB. sowie aus der besonderen Vorschrift des § 193 Satz 1, wonach die Prüfung sich insbes. auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken hat, die in Ansehung der Festsetzungen gemäß § 186 von den Gründern gemacht sind, sowie auf die Angemessenheit der für die übernommenen Gegenstände gewährten Beträge. Die Angemessenheit einer Gegenleistung kann aber nur nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt werden, nicht unter Heranziehung der späteren Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

In zahlreichen Fällen ist die nachträgliche Festsetzung der Vertragselemente im Wege der Satzungsänderung bereits

erfolgt und im Handelsregister eingetragen worden, ohne daß die Berichte der Gründer, des Vorstandes, Aufsichtsrats sowie der Revisoren beschafft und eingereicht worden sind. Sowohl die beteiligten Notare als auch die Registerrichter haben die Beobachtung der §§ 191 ff. für den Fall der Satzungsänderung oftmals nicht für erforderlich gehalten. Nachdem das RG. seine gegenteilige Auffassung zu erkennen gegeben hat, wird zur Herbeiführung einer wirklichen Heilung die Ergänzung stattzufinden haben. In derartigen Fällen kann von einer Verspätung gewiß nicht die Rede sein. Die ganze Frage der Verspätung hängt lediglich von § 242 BGB. ab. Es würde aber unzweifelhaft gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn ein Übernahmeveräußerer das Grundstück bzw. Unternehmen zurückverlangen wollte, obgleich eine nach der Auffassung des Registergerichts wirksame Satzungsänderung bereits erfolgt ist, nur weil nachträglich das RG. zu einer wirklichen Heilung auch die Einreichung der Berichte gefordert hat. In diesem Falle erscheint die vorgängige Bestimmung einer angemessenen Frist nach Treu und Glauben geboten.

Es fragt sich weiter, ob zur Heilung die nachträgliche Einreichung der Berichte genügt, oder ob die nochmalige Beschlußfassung der Satzungsänderung oder wenigstens eine nochmalige Anmeldung der Satzungsänderung bei gleichzeitiger Einreichung der Berichte erforderlich ist. Letzteres möchte ich verneinen. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist die Bösung einer unzulässigen Eintragung nicht mehr zulässig, wenn vorher eine Heilung des Mangels erfolgt ist. In JW. 1928, 228 führt das RG. aus, daß die nach § 144 Abs. 3 FGG. zu bestimmende Frist gerade den Zweck hat, den Beteiligten die Beseitigung des Mangels, soweit dies möglich ist, zu gestatten. Ebenso DW. 43, 204; sowie Schlegelberger, Anm. 9 und 12 zu § 144 FGG. Da das Registergericht ohnehin nicht befugt ist, die Eintragung einer Satzungsänderung abzulehnen, weil es an dem Inhalt der eingereichten Berichte irgendwelchen Anstand nimmt, kann es nicht von grundlegender Bedeutung sein, wenn die Berichte vor oder nach der Eintragung der Satzungsänderung eingereicht worden sind. Das Wesen der Berichte liegt in der Publizität; der mit ihm vom Gesetzgeber bezweckte Erfolg tritt also ein, sobald die Berichte zum Bestandteil der Registerakten gemacht worden sind. Damit erscheint die Heilung als vollkommen und wirksam.

Auch wenn ein Bösungsverfahren bezüglich der eingetragenen Satzungsänderung mit Rücksicht darauf, daß die Berichte nicht eingereicht waren, bereits schwebt, darf die Bösung nicht erfolgen, sobald die Berichte nachträglich eingereicht worden sind (vgl. Schlegelberger a. a. O.).

Ergibt es sich, daß die Übernahmeveräußerung einen Schwarzkauf dargestellt hat, so ist darauf Bedacht zu nehmen, daß der wirklich vereinbarte Übernahmepreis in dem Gesellschaftsvertrage festgesetzt wird. War dies bei der nachträglichen Festsetzung übersehen worden, so wird die Wiederholung der Satzungsänderung sowie der Prüfung durch alle vorgeschriebenen Organe nicht zu vermeiden sein. Wenn es auch nur zweifelhaft ist, ob der beurkundete Übernahmepreis richtig und vollständig beurkundet war, und ob nicht irgendwelche Nebenleistungen vielleicht doch als Teil des Kaufpreises zu betrachten sind, erscheint es mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit empfehlenswert, die Heilung zu wiederholen und im Gesellschaftsvertrage alles zum Ausdruck zu bringen, was den Beteiligten über etwaige Sonderleistungen oder Nebenleistungen bekannt ist.

## Aber den Einfluß des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Rechtswirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen.

Von Rechtsanwalt Dr. Oscar Netter, Berlin.

Nach den letzten Ermittlungen des Statistischen Reichsamts sind 65,1% des Aktienkapitals der deutschen AktG. gebunden<sup>1)</sup>. Das heißt vom Standpunkt der Praxis gesehen,

<sup>1)</sup> Vgl. Denkschrift über Konzerne, Interessengemeinschaften und ähnliche Zusammenschlüsse im Deutschen Reich, Ende 1926, S. 13. Der Prozentsatz ist nach den jüngsten Feststellungen sogar per 31. Dez.

daß dieser gebundene Besitz seinen Einfluß auf die AktG. einheitlich ausübt, also als Großaktionär gegenüber dem freien, meist zersplitterten Aktienbesitz. Daraus entsteht bei der wirtschaftlichen Betätigung der AktG., vor allem aber bei 1930 gestiegen auf 85% des Kapitals und 36% nach der Zahl der Gesellschaften. Vgl. Wirtschaft und Statistik Okt. 1931 Nr. 19 S. 710.

der Beschlussfassung in der GenVers. eine vielfach typische Interessenlagerung: Das Interesse des Großaktionärs deckt sich keinesfalls immer und selten restlos mit den Interessen der AktG., an der er maßgebend beteiligt ist. Es ergibt sich der Widerstreit zwischen Konzerninteresse (Interesse des Großaktionärs) und Einzelinteresse (Interesse der beherrschten AktG.). Ein in der Praxis überaus häufig zu beobachtender Tatbestand mag dies verdeutlichen und damit zugleich als Grundlage für die folgenden Erörterungen dienen: Die herrschende Gesellschaft umfaßt einen ausgedehnten Konzern. Ihm wird eine einzelne AktG. eingegliedert, zunächst durch Erwerb eines Mehrheitspakets. Dem folgt ein Vertragsabschluss zwischen herrschender und beherrschter Gesellschaft, durch den die beherrschte Gesellschaft den Interessen des Gesamtkonzerns dienstbar gemacht wird (etwa Quotenvertrag bei kartellierten Industrien, Lieferungsvertrag, Abnahmevertrag, örtliche oder sachliche Gebietsabgrenzung, Kundenschutz usw.). Die Interessen der freien Minderheitsaktionäre können hierdurch entscheidend und nachteilig beeinflusst werden; das ist auch in der Praxis vielfach der Fall. Wie wirkt sich solche, heute vielfach typische Gestaltung auf die Rechtswirksamkeit der GenVers.-Beschlüsse der beherrschten Gesellschaft aus? Hierbei sind drei rechtliche Gesichtspunkte vor allem zu berücksichtigen, von deren Beurteilung die Rechtswirksamkeit abhängt:

### I. Die Auskunftspflicht.

### II. Der Unternehmensschutz.

### III. Die Treupflicht.

I. Verträge der hier fraglichen Art werden in aller Regel die Rentabilität und wohl auch die Substanzentwicklung der AktG. wesentlich beeinflussen. Sie unterliegen daher der Auskunftspflicht auf Grund der Organfunktion der Verwaltung. „Besteht die aktienrechtliche Auskunftspflicht als Organfunktion, so ist sie zu erfüllen unabhängig von der Ausübung des Fragerechts der GenVers. Muß diese die erschöpfende Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft und der Art der Geschäftsführung ermöglichen, so darf sie nichts verschweigen, was nach beiden Richtungen von Bedeutung sein kann. Ob und welche Bedeutung ein Vorgang in der einen oder anderen Richtung hat, ist nicht von der auskunftspflichtigen Verwaltung autoritär zu entscheiden, sondern der Beurteilung des obersten Organs, der GenVers., zu unterbreiten.“<sup>2)</sup> Der Hinweis auf das Interesse der Gesellschaft, das angeblich eine Einschränkung der Publizität bedingt, wird bekanntlich nicht selten als Vorwand benutzt, um den Verwaltungen es zu ermöglichen, ohne Auseinandersetzung mit der Gesamtheit der Aktionäre diejenigen Maßnahmen zu treffen, die sie autoritär für erwünscht halten. Ein solches Verhalten widerspricht der grundsätzlichen Stellung der Verwaltung als Organ der Gesellschaft. Es wird daher die Notwendigkeit verstärkter Publizität gegenüber einer vielfach bestehenden, mit dem Gesetz nicht in Einklang stehenden Praxis neuerdings mit Recht stark betont<sup>3)</sup>, insbes. die Notwendigkeit, jedenfalls im jährlichen Geschäftsbericht die veränderten Verhältnisse der Gesellschaft in vollem Umfange hervortreten zu lassen — denn er muß nach dem Gesetz (§ 260 Abs. 2 HGB.) den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft so entwickeln, daß dem Aktionär eine sachgemäße Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft möglich ist. Ebenso wird in der Begründung zum Entw. eines Ges. über AktG., veröffentlicht durch das RM. Berlin 1930, S. 95 mit Recht ausgeführt: „Die Verwaltung hat ausschließlich dem Unternehmen zu dienen und der Aktionär muß sich dessen bewusst bleiben, daß die moderne AktG. nicht nur eine Form für individuelles Gewinnstreben ist, sondern in verschiedenen Abstufungen auch allgemeinen Interessen des Volkes zu dienen hat ... Der gesteigerten Macht der Verwaltungen bei der Betreuung fremden Kapitals muß jedoch eine gesteigerte Rechenschaftspflicht und Kontrolle entsprechen. ... Es ist Tatsache und gerade in den letzten Jahren nicht selten

vorgekommen, daß Aktionäre ihren Einfluß auf die Verwaltung dazu benutzt haben, um zum Schaden der Gesellschaft günstige Lieferungsverträge oder sonstige Vorteile für sich zu erreichen ... Angesichts der fortschreitenden wirtschaftlichen Verflechtung kann die Auskunft nicht auf die An gelegenheiten der Gesellschaft selbst beschränkt werden. Vielmehr ist, soweit diese Angelegenheiten durch die Beziehungen zu einem anderen Unternehmen maßgebend beeinflusst werden, auch über dieses Unternehmen und die Beziehungen zu ihm zu berichten“ (vgl. a. a. O., S. 95, 107, 109). Diese Rechtsgrundsätze entsprechen bereits dem Recht vor der Novelle, denn auch dieses geht davon aus, daß die Organe einer Gesellschaft fremdes Vermögen verwalten und über die Art der Verwaltung dieses Vermögens rechenschaftspflichtig sind. Vgl. jetzt Bd. v. 19. Sept. 1931 Art. V.

Aus dem Gesagten folgt: Es ist unerheblich, ob nach dem Inhalt eines wichtigen Vertrages in der GenVers. ausdrücklich gefragt worden ist oder nicht. Die Verpflichtung zur Auskunft besteht für die Verwaltung selbst dann, wenn Fragen nach dieser Richtung nicht gestellt worden sind, jedenfalls aber die Notwendigkeit, über den Inhalt des Vertrages im Geschäftsbericht so erschöpfend Aufschluß zu geben, daß die Aktionäre in der Lage sind, die Auswirkung des Vertrages auf die Verhältnisse der Gesellschaft zu beurteilen. Diese Verpflichtung zur Auskunftserteilung kann nur in Wegfall kommen, wenn das Bekanntwerden der Einzelheiten des Vertrages zu Schädigungen für die Gesellschaft führen könnte (§ 260 a Abs. 4 n. F.). Die Behauptungs- und Beweislast hierfür trifft aber die Verwaltung der AktG., denn nur sie ist ja in der Lage, die entsprechenden Einzelheiten anzuführen. Ist die Beschlussfassung in der GenVers. über Bilanz und Entlastung erfolgt, ohne daß die Grundlage für diesen Beschluß, nämlich die erschöpfende Klarlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft und der Maßnahmen der Geschäftsführung, vorhanden war, dann ist die Rechtswirksamkeit dieser Beschlüsse unter dem hier zu erörternden Gesichtspunkt zu verneinen, die Anfechtbarkeit allerdings beschränkt (§ 261 c NotW.).

II. Zur Frage der Auswirkung der Konzentration auf das Aktienwesen, die im neueren Schrifttum mehrfach behandelt ist<sup>4)</sup>, bemerkt die Begründung zum Entw. eines Ges. über AktG. a. a. O., S. 106: „Innerhalb eines Konzerns kann es zum Nutzen des Konzerns selbst sein, wenn bei einem Generalversammlungsbeschlusse von einer dem Konzern angehörenden Gesellschaft im engeren Sinne ein ‚gesellschaftsfremder Sondervorteil‘ angestrebt wird. Wenn der Entw. davon abzieht, für solche Fälle Ausnahmenvorschriften zum Schutz wirtschaftlich gesunder und vernünftiger Beschlüsse vorzuschlagen, so geschieht das in der Erwägung, daß der Abspr. vorbehalten bleiben kann, nach der Lage des einzelnen Falles eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Konzerns und denen jeder seiner Mitgliedschaften vorzunehmen.“

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist zwar davon auszugehen, daß für die Regelung der Kollision zwischen Konzerninteressen und Einzelinteressen der konzernierten Gesellschaft die Verhältnisse des Einzelfalles maßgebend sind. Es gelten aber doch in jedem Fall bestimmte einheitliche, aus dem Wesen der AktG. sich ergebende Grundsätze. Von ihrer Beachtung hängt es ab, ob der von einer Konzerngesellschaft gefasste Generalversammlungsbeschlusse wirksam ist oder nicht. Ob die Einflussnahme bei der Abstimmung in der GenVers. sichtbar dadurch bewirkt wird, daß die Aktienmehrheit von der herrschenden Gesellschaft selbst vertreten wird oder durch andere von ihr beeinflusste Aktionäre, ist für die hier interessierende Rechtsfrage selbstverständlich ohne jede Bedeutung. Das vom RG. in ständiger Abspr. anerkannte Institut der Legitimationszession gibt ohne weiteres die Möglichkeit, für die Abstimmung in der GenVers. selbst die Mehrheitsverhältnisse zu verdecken. Für die Frage der Rechtswirksamkeit des GenVers.-Beschlusses ist dies ohne Bedeutung. Für diese Frage kommt es nur darauf an, in-

<sup>2)</sup> Netter, Aktienrechtl. Auskunftspflicht S. 20, 39; Leiz, Die Publizität der AktG., Bretten 1929, S. 184 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. den Generalbericht des Enqueteausschusses, Berlin 1930, S. 33 ff. und neuerdings RG. 131, 192 ff.; vgl. jetzt auch die Aktien-NotW. (RGBl. 1931, 493 ff.) Art. V.

<sup>4)</sup> Weisbarth bei Ring-Schachian, Die Praxis der AktG., Berlin 1929, S. 418 ff.; Friedländer, Konzernrecht, Berlin 1927; Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1927; Gaußmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Berlin 1928. Wegen der grundsätzlichen Fragen vgl. auch Netter, „Konzernrecht“; ZentrBl. 1927, 11 ff.

wieweit tatsächlich unter dem Einfluß der herrschenden Gesellschaft der Beschluß zustande gekommen ist. Dieser Einfluß wird in aller Regel zu bejahen sein, weil es ja gerade Zweck der Konzernierung ist, durch Einfluß auf die Mehrheit die Abstimmung in der GenVers der dienenden Gesellschaft ausschlaggebend zu bestimmen.

Mithin kann die entscheidende Frage nur so gestellt werden: Inwieweit darf bei der Abstimmung in der GenVers der dienenden Gesellschaft das Konzerninteresse vorwiegend berücksichtigt werden, oder — umgekehrt gesagt — inwieweit ist es erforderlich, daß bei der Abstimmung der dienenden Gesellschaft lediglich und ausschließlich das Interesse der dienenden Gesellschaft Berücksichtigung findet ohne Beachtung der Interessen, die die herrschende Gesellschaft bzw. der Gesamtkonzern an einer bestimmten Abstimmung hat?

Die Entscheidung der so formulierten Frage kann nur getroffen werden, wenn man sich über die rechtliche Struktur der AktG, wie sie durch die wirtschaftliche und rechtliche Entwicklung sich gestaltet bzw. gewandelt hat, klar wird. Hierbei ist von der grundsätzlichen Einstellung auszugehen, daß nicht das Eigeninteresse des Aktionärs, sondern das Interesse des Unternehmens entscheidend ist<sup>6)</sup>. Das Interesse des Unternehmens und die Bestimmung des Unternehmens als selbständig rechtsschutzbedürftigem Rechtsgut hat sich unverkennbar allmählich stärker durchgesetzt und in Rspr. und Schrifttum Anerkennung gefunden<sup>7)</sup>. In der Entsch. RG. 107, 204 wird ausgeführt, daß das Wohl der Gesellschaft für die Abstimmung entscheidend sei und dahinter Sonderinteressen zurücktreten müßten. *Hachenburg*: JW. 1924, 1151 betont in seiner Anmerkung zu der letzterwähnten Entsch., sie enthalte deutlich die scharfe Ablehnung von Sonderinteressen des Gesellschafters und betone die Notwendigkeit, sich grundsätzlich von den Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen. Ebenso *Hausmann* a. a. D. S. 55: „Es ist ein ungeschriebenes Rechtsprinzip des Aktienrechts, daß jeder seinen Einfluß in der AktG. nur im Interesse des Unternehmens selbst ausüben darf.“ *Weißbart* a. a. D. S. 474: „Die sachliche, durch die Interessen der Gesellschaft gezogene Begrenzung des Inhalts der Beschlüsse bildet den Schwerpunkt für die Bekämpfung der gesellschaftsschädlichen Bestrebungen in der AktG. ... der Grundsatz, daß bei jeder Beschlußfassung die gemeinsamen Interessen die Richtlinien für die Abstimmung bilden, geht natürlich weit über die Beschlüsse hinaus, die Verträge zum Gegenstand haben. Er ergreift das ganze Leben der AktG., die Maßnahmen der Verwaltung und des Aufsichtsrats, wenn sie z. B. der Gesellschaft nachteilige Lieferungsverträge zugunsten der die Mehrheit der Aktien besitzenden Unternehmen abschließen, und alle Beschlüsse der GenVers., auch diejenigen, die den Aufbau der Gesellschaft, die Rechnungslegung, Entlastung, Kapitalserhöhung, Kapitalsherabsetzung, Auflösung und Fusion betreffen, auch bei der Beschaffung von Vorzugsaktien ist er maßgebend.“ „Soweit eine Beschlußfassung nicht den gemeinsamen Zweck fördern soll, sondern einseitige Interessen einer Gruppe im Auge hat, kann sich jeder Aktionär darauf berufen, daß ein in dieser Weise zustande gekommener Beschluß das Gesetz verletzt“ (a. a. D. S. 472). *Friedländer* a. a. D. S. 294: „Je mehr durch Verschachtelung und Verflechtung, durch Gewinnverrechnungs- und Ausgleichsverträge sowie durch sonstige konzernrechtliche Bindungen die Zuständigkeit und damit die Macht der Verwaltung und der Großaktionäre wächst, andererseits der Einfluß der kleinen Aktionäre gemindert wird, desto mehr muß Gewähr für unbedingt gleichmäßige Behandlung hinsichtlich der Vermögensrechte gesichert sein. Wiederum ist zu sagen, daß „Einfluß“ verpflichtet.“

Diese Auffassungen des Schrifttums, aus denen sich ergibt, daß das Wohl der Gesellschaft — damit ist selbstverständlich gemeint: der beschließenden Gesellschaft, also im Sinne der vorstehenden Ausführungen der dienenden Gesellschaft — ausschlaggebend sein muß, finden ihre Anerkennung

auch in der Rspr. über die Richtigkeit von GenVers.-Beschlüssen“).

In dem neueren Schrifttum, insbes. über die aktienrechtliche Reform, ist der hier erörterte Gesichtspunkt besonders in den Vordergrund getreten durch die Vorschrift betreffend die Generalklausel. Die Aktienreformkommission des deutschen Juristentages hat in ihrem Bericht (Berlin 1928, S. 27 ff.) vorge schlagen, diesen Rechtsgrundsatz in folgender Form zu fassen: „Eine Verletzung des Gesetzes liegt auch dann vor, wenn der Beschluß gegen die guten Sitten verstößt oder wenn der Aktionär durch Ausübung des Stimmrechts unter Verletzung der offensibaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt.“ Der Vorschlag ist in erweiterter Form aufgenommen von der Aktienrechtskommission des Deutschen Anwaltvereins. In ihrem Bericht (Leipzig 1929) ist ausgeführt (Teil II S. 75): „Ein Aktionär, der unter Benützung seines aktienrechtlichen Einflusses ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats zu einem vorfälligen Handeln zum Schaden der Gesellschaft zwecks gesellschaftsfremder Sondervorteile bestimmt, haftet als Gesamtschuldner für den der Gesellschaft entstandenen Schaden.“ Diese Vorschläge „treffen sowohl Konzernmaßnahmen, die von der GenVers., als auch solche, die von der Verwaltung vorgenommen werden. Es wird ein neuer gesellschaftsrechtlicher Tatbestand geschaffen. Das Interesse der Gesellschaft wird vorangestellt. Im Gegensatz dazu stehen die gesellschaftsfremden Sondervorteile. An der Gesellschaft sind alle Aktionäre gleichmäßig beteiligt. Damit wird den Interessen der Minderheit gleichmäßig Rechnung getragen. Gesellschaftsinteresse ist das Interesse der gesellschaftsrechtlichen Einheit.“ Die Formulierung der Generalklausel soll „dem Aktionär zum Bewußtsein bringen, daß gegenüber der AktG. und seinen Mitaktionären ihm eine Treupflicht obliegt, die er nicht durch gesellschaftsfremde Sonderinteressen verletzen darf ... Auch das Verlangen, daß jeder Gesellschafter sich der Zugehörigkeit zur Gesellschaft bewußt sein soll und seine Sonderinteressen dem Interesse dieser nachstelle, ist ein Stück der Ethik des Rechts“).

Die in diesen Vorschlägen zum Ausdruck kommenden rechtsgrundsätzlichen Erwägungen entsprechen auch schon der Auffassung des heute geltenden Rechts, wie sich aus der bereits in Bezug genommenen Rspr. ergibt. Die Neufassung dient im wesentlichen nur dem Zweck, diese geltenden Rechtsgrundsätze deutlicher zu formulieren.

Geht man von diesem Sachverhalt aus, wie er sich aus den wiedergegebenen Zitaten aus Rspr. und Schrifttum ergibt, so läßt sich unbedenklich feststellen, daß als leitender Grundsatz für die Grenzen der Rechtswirksamkeit eines GenVers.-Beschlusses das Wohl des Unternehmens anerkannt ist. Die Beschlüsse müssen also bestimmt sein von der Rücksicht auf das Interesse der abstimmenden, also im Sinne der hier gewählten Terminologie, der dienenden Gesellschaft. Im Falle des Konflikts zwischen den Interessen der dienenden Gesellschaft und den Interessen der herrschenden Gesellschaft, also des Gesamtkonzerns, müssen die Interessen der dienenden Gesellschaft vorgehen. Das ergibt sich einmal rechtsgrundsätzlich daraus, daß alle rechtlichen Funktionen der AktG. aus dem selbständigen Rechtsschutz des Unternehmens abzuleiten sind. Es ergibt sich aber auch, wenn man dieser rechtlichen Konstruktion nicht folgt, aus dem das gesamte Aktienrecht beherrschenden Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Aktionäre. Es widerspricht auch der geltenden Rechtslage, wenn bei einer Abstimmung durch den Einfluß des Großaktionärs, sei es, daß dieser unmittelbar durch eigene

<sup>6)</sup> *Netter*, Probleme des lebenden Aktienrechts S. 40 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. *ZentrBlfR.* 1931, 2 ff., 39 ff. und das dort Anm. 23 zusammengestellte neuere Schrifttum; ferner *Vogelstein*: *Deutscher Volkswirt* 1931 Nr. 22, 23; *RG.* 107, 71; 107, 204 = *JW.* 1924, 1150; vgl. auch die Erläuterungen zu diesen Entsch. in „Probleme des lebenden Aktienrechts“ S. 37 ff.

<sup>7)</sup> Diese Rspr. ist, abgesehen von der Darstellung bei *Staub-Pinner*, Anm. 9a zu § 250 und Anm. 17 zu § 273 *OWB.*, zusammengestellt bei *Rosendorff* a. a. D. S. 81 ff.; *Friedländer* a. a. D. S. 290 ff.; *Solmsen*, Probleme des Aktienrechts, Berlin 1928, S. 75 ff. Auf diese Zusammenstellungen wird Bezug genommen. Vgl. ferner *RG.*: *JW.* 1928, 1552; *JW.* 1928, 223; *Anm. Fischer*: *JW.* 1928, 1568; *RG.* 120, 28 = *JW.* 1928, 1552; 120, 363 = *JW.* 1928, 2852; 118, 67 = *JW.* 1927, 2982; 122, 159 = *JW.* 1929, 651; *RG.*: *JW.* 1927, 2982 (Richtigkeit wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Aktionäre); *RG.* 113, 6; *RG.*: *JW.* 1929, 1367, 1743.

<sup>8)</sup> *Gutachten des DAB.* a. a. D. Teil I S. 151.



Abstimmung oder mittelbar durch Beeinflussung der anderen Aktionäre ausgeübt wird, für die Richtung der Abstimmung das Interesse des Großaktionärs, also der herrschenden Gesellschaft, bestimmend wird und dadurch eine Verletzung der Rechte der Minderheit erfolgt. Es ist rechtlich nicht zulässig, daß im Rahmen einer AktG., die sich nicht völlig in einer Hand befindet, also eine Einmann-Gesellschaft darstellt, Mehrheitsinteressen verfolgt werden, wenn hierdurch eine Benachteiligung der Minderheitsinteressen gegen das Wohl der Gesellschaft erfolgt.

Auch **Haußmann**<sup>9)</sup> kommt, trotzdem er konstruktiv den aktienrechtlichen Unternehmensschutz abweichend von der hier vertretenen Auffassung formuliert<sup>10)</sup> zu dem Ergebnis<sup>11)</sup>, daß die Ausübung der Majoritätsrechte in gleicher Weise wie der Minderheitsrechte ihre Grenzen in dem oben spezialisierten Begriff des Gesamtinteresses hat<sup>12)</sup>.

Auch nach **Haußmann** findet die Wahrnehmung gesellschaftsfremder Interessen jedenfalls da ihre Grenzen und verliert infolgedessen dann ihre Rechtswirksamkeit, wenn hierdurch eine Schädigung der Außenstehenden erfolgt<sup>13)</sup>.

Geht man von der dargelegten Rechtslage und den erörterten Auffassungen in Rspr. und Schrifttum aus, so ergibt sich danach: Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach das Unternehmen als solches einen selbständigen Rechtsschutz zu beanspruchen hat, so ist jeder Beschluß unwirksam, der nicht von dem Interesse des Unternehmens ausgeht, sondern Interessen eines Großaktionärs ausschlaggebend sein läßt, die sich nicht mit den Interessen der dienenden Gesellschaft decken. Aber auch wenn man dieser Auffassung nicht folgt, ist ein Beschluß rechtswirksam, durch den nicht die Interessen aller Aktionäre gleichmäßig berücksichtigt werden, der also die Interessen des Großaktionärs gegenüber denen der Minderheit bevorzugt. Diese letztere Auffassung ist auch maßgeblich für diejenigen Autoren, die den Grundsatz des selbständigen Unternehmensschutzes ablehnen. Das führt ohne weiteres zur Unwirksamkeit eines hierdurch beeinflussten Entlastungsbeschlusses. Aber auch der Beschluß über die Genehmigung der Bilanz wird in aller Regel aus diesem Zusammenhang nicht loszulösen sein. Tritt man der hier vertretenen Auffassung bei, daß die Berücksichtigung der Sonderinteressen eines Großaktionärs unzulässig ist, so wird häufig daraus folgen, daß die Bilanz anders gestaltet sein müßte, wenn sie nicht von einer rechtlich unzulässigen Sachlage ausgehen würde. Hierbei müssen freilich die Verhältnisse im Einzelfall entscheidend beachtet werden; eine allgemeine Regel erscheint hier nicht möglich (vgl. im übrigen § 136 des Entw. eines Ges. über AktG.: „Eine Verletzung des Gesetzes liegt auch dann vor, wenn der Beschluß auf einer Stimmrechtsausübung beruht, durch die der Aktionär gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt<sup>14)</sup>.“) Wegen der Schadenersatzpflicht vgl. auch § 84 des Entw., der besagt: „Wer zwecks Erreichung gesellschaftsfremder Sondervorteile für sich oder einen Dritten unter Benützung seines Einflusses als Aktionär ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu einem vorläufigen Handeln zum Schaden der Gesellschaft bestimmt, haftet mit dem Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.“

III. Ein weiterer Gesichtspunkt, unter dem die Rechtswirksamkeit der Beschlüsse zu prüfen ist, ist die Frage, ob durch diese Beschlüsse nicht die Treupflicht des Aktionärs gegenüber seiner Gesellschaft verletzt ist. Daß der Grundsatz

von Treu und Glauben auch auf die Beschlüsse der GenVers. Anwendung zu finden hat, ist in der neueren Rspr. und im Schrifttum zum Aktienrecht weithin zur Anerkennung gelangt<sup>15)</sup>. Goldschmidt a. a. O. S. 213 führt zutreffend aus: „Jeder Gemeinschaftler ist notwendig wirtschaftlich handelnd in zwei Sphären einbezogen; in die rein individuelle seiner eigenen, nur ihn angehenden Interessen und in die soziale Sphäre der Gemeinschaftszwecke. Diese Sphären schneiden sich vielfach. Der daraus entstehende Interessenskonflikt wird bei der Bindung an eine Gemeinschaft regelmäßig durch die Statuierung der Treupflicht gegenüber der Gemeinschaft zur Lösung gebracht: soweit jene Sphären sich schneiden, hat der als Gemeinschaftler Handelnde der Sozial-sphäre den Vorrang einzuräumen.“ Visschütz kommt demnach zu dem Ergebnis<sup>16)</sup>: „Als Mißbrauch seiner Rechte ist es anzusehen, wenn ein Aktionär dieselben in einer mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarenden Art und Weise benützt.“ Er betont mit Recht, daß Minderheit und Mehrheit im Rahmen einer AktG. sich gleichstehe. Sie sind beide gebunden durch den Grundsatz der Treupflicht. Die Verletzung der Treupflicht, die den Aktionären im Verhältnis zueinander aus dem Gesichtspunkt ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit obliegt<sup>17)</sup>, führt gleichfalls zu einer rechtlichen Unwirksamkeit der auf diese Weise zustande gekommenen Beschlüsse.

IV. Nach dem Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist nunmehr zu prüfen, wie sich die Auswirkung der dargelegten Rechtsgrundsätze auf die Wirksamkeit regelmäßig zu fassender Beschlüsse gestaltet, und zwar

A. hinsichtlich der Entlastung,

B. hinsichtlich der Bilanz.

A. Was zunächst den Beschluß über die Entlastung betrifft, so ist davon auszugehen, daß der Entlastungsbeschluß die Genehmigung der Geschäftsführung bedeutet. Mit der Entlastung würde also von der GenVers. ausgesprochen sein, daß die Geschäftsführung in Vorstand und Aufsichtsrat keiner Beanstandung unterliegt und Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Verwaltungsorgane aus Verletzung der Sorgfaltspflichten nicht entstanden sind. Handelt es sich, wie hier zugrunde gelegt, um Verträge, die rechtlich zu beanstanden sind, so kann selbstverständlich eine Entlastung der Verwaltung rechtswirksam nicht erfolgen. Es kann dabei zunächst offen bleiben, ob die Bilanz als solche zutreffend ist oder nicht. Auch wenn sie richtig wäre, würde bei dem gegebenen Sachverhalt eine Entlastung der Verwaltungsorgane rechtswirksam nicht ausgesprochen werden können. Die Verwaltung hat ihre Sorgfaltspflichten gegenüber der Gesellschaft durch den Abschluß derartiger Verträge und durch ihre Nichtvorlage an die GenVers. verletzt. Das steht ihrer Entlastung entgegen.

B. Hinsichtlich des Bilanzgenehmigungsbeschlusses ist folgendes zu bemerken: Auch wenn man hier von den Verhältnissen des Einzelfalles ausgehen muß, so lassen sich doch einige allgemeine Gesichtspunkte entwickeln.

Die Genehmigung der Bilanz durch die GenVers. bedeutet die Billigung der vorgelegten geschäftlichen Ergebnisse durch das oberste Organ, die GenVers. Diese Billigung hat zur Voraussetzung, wie dies unter I eingehend dargelegt ist, daß der GenVers. die Grundlagen für ihre Beschlussfassung den gesetzlichen Vorschriften entsprechend bekanntgegeben waren. Ist das nicht geschehen, so fehlt auch dem Bilanzgenehmigungsbeschluß schon unter dem Gesichtspunkt der verletzten Auskunftsspflicht die Rechtsgrundlage. Die Frage, was geschehen wäre, wenn die erforderlichen Auskünfte ordnungsmäßig erteilt worden wären, kommt demgegenüber nicht entscheidend in Betracht. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wenn die Auskunft ordnungsmäßig erteilt, insbes. die Verträge befanulgegeben worden wären, die GenVers. die Bilanz genehmigt haben würde. Wahrscheinlich ist dies nicht, denn jeder unabhängige Aktionär, der nicht unter dem Einfluß des Großaktionärs stand, würde in vielen Fällen wohl erkannt haben müssen, daß die geschäftlichen Ergebnisse durch

<sup>9)</sup> BankArch. 1930, 57 ff. Vgl. auch **Horwitz**: JW. 1930, 2638 ff.

<sup>10)</sup> Vgl. **Retter**: ZentrBlstR. 1931, 40 Anm. 27.

<sup>11)</sup> a. a. O. S. 95 VI Ziff. 4.

<sup>12)</sup> **Ebenjo Haußmann**, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen S. 160; **Hueck**, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GenVersBeschlüssen bei AktG. S. 101 ff.; **Hueck**, Sittenwidrigkeit von GenVersBeschlüssen bei AktG. und die Rspr. des RG. in „Die RSPragis im deutschen Rechtsleben“ Bd. IV S. 167, vgl. insbes. S. 173 Anm. 14.

<sup>13)</sup> a. a. O. S. 88.

<sup>14)</sup> **Göppert**: BankArch. 1930, 29 führt aus, daß in diesem Falle auch schon aus dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. Nichtigkeit vorliegt. Vgl. auch **Brodmann**: JW. 1931, 775 ff.

<sup>15)</sup> Vgl. die Belege bei Anm. 18, ferner **Goldschmidt**, Festgabe f. d. 24. Dtsch. AnwTag S. 209 ff.

<sup>16)</sup> **Visschütz**, Generalklausel S. 53.

<sup>17)</sup> Vgl. auch **Ring-Schachian** a. a. O. S. 472 und **Bondi**, Die Rechte d. Aktionäre, Berlin 1930, S. 110 ff.

solche rechtlich nicht zulässigen Verträge entscheidend beeinflusst sind und würde die Bilanz nicht genehmigt haben. Wäre aber die Bilanzgenehmigung mit den Stimmen der unter dem Einfluß des Großaktionärs stehenden Mehrheit zustande gekommen, so müßte für die rechtliche Würdigung der Teil der Stimmen außer Betracht bleiben, der von diesem Großaktionär abgegeben oder beeinflusst ist. Es wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn der Großaktionär, der die unzulässigen Maßnahmen durch seinen Einfluß durchgesetzt hat, die Sanktionierung dieses unzulässigen Einflusses durch Ausnutzung seiner Mehrheit in der GenVers. herbeiführen würde. Daß die Unterstellung der Stimmrechtsausübung unter den Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben zu erfolgen hat, ergibt sich aus Rspr. und Schrifttum<sup>18)</sup>. Es müssen also bei der Beurteilung der Frage, ob eine Mehrheit für den Bilanzgenehmigungsbeschuß in der Gen-

<sup>18)</sup> Vgl. Hachenburg: LZ. 1907, 460 ff.; ders., Komm. z. GmbHG., Anm. 21 zu § 47. Weitere Belege bei Netter, Probleme des Lebenden Aktienrechts S. 42 Anm. 2; Voigt: LZ. 1930, 283; Ur. des OLG. Frankfurt im Anfechtungsprozeß „Favag“: Die Wirtschaft und das Recht 1930, 88; Hausmann a. a. O. S. 56 und Verh. des Enqueteausschusses S. 239; Friedlaender: ZentrBl. Nr. 1926, 138; RG. 105, 40; 107, 72, 76; 108, 41 = JW. 1924, 679; 112, 19 = JW. 1926, 543; 113, 7.

Verf. erreicht worden ist, die Stimmen, die unmittelbar von dem Großaktionär oder unter seinem Einfluß abgegeben worden sind, außer Betracht bleiben. Dann liegt eine Mehrheit aber wohl häufig nicht vor.

Aber auch inhaltlich wird in einschlägigen Fällen die Bilanz nach dem Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen vielfach nicht richtig sein. Geht man davon aus, daß der Abschluß derartiger Verträge unzulässig ist, aus diesen rechtlich nicht wirksamen Abmachungen also Ansprüche von keinem der Vertragspartner hergeleitet werden können, so ergibt sich für die AktG. leicht eine vollkommen andere wirtschaftliche Situation. Es werden z. B. vielfach dann Abschreibungen in wesentlich anderem Umfange notwendig sein. Die veränderte wirtschaftliche Situation, wie sie sich ergibt, wenn man die Verträge unberücksichtigt läßt, wird sich häufig auch auf andere Positionen der Bilanz auswirken. Infolgedessen wird unter diesem Gesichtspunkt vielfach bei Vorliegen des hier unterstellten Tatbestandes der Bilanzgenehmigungsbeschuß nicht rechtswirksam sein.

Die Verletzung der obersten aktienrechtlichen Grundsätze gem. Ziff. I—III wird sonach in der Regel zur Folge haben, daß sowohl dem Beschluß über die Genehmigung der Bilanz, wie demjenigen über die Entlastung die rechtlichen Grundlagen fehlen, beide Beschlüsse somit entweder nichtig oder doch anfechtbar sind.

## Die Freizeichnung im Auktionshandel.

Von Rechtsanwalt Dr. W. Kaufmann, Leipzig.

### I.

#### Die Freizeichnung im Auktionshandel.

Wesen und Zweck der Versteigerung erheischen schnelle Abwicklung. Daran sind interessiert der Eigentümer des Versteigerungsgutes, der Versteigerer, der häufig das Gut bevorzugen hat, und nicht zuletzt auch die Bieter. Ihre Bietungsmöglichkeiten werden beeinträchtigt, wenn ein unzuverlässiger Bieter auftritt, der darauf los bietet und, nachdem ihm der Zuschlag erteilt ist, das Gut nicht bezahlen kann oder sich der Abnahme mit irgendwelchen Gründen zu entziehen sucht. Deshalb haben die Bieter häufig Bieterkaution zu leisten. Weiterhin enthalten die Versteigerungsbedingungen strenge Vorschriften über die Zahlung des Kaufpreises und schließlich sind vielfach Freizeichnungsklauseln vorgesehen, die Geltendmachung von Mängeln ausschließen oder doch wesentlich einschränken.

### II.

#### Beispiele von Freizeichnungsklauseln:

##### 1. Aus dem Kunsthandel:

a) Ein Leipziger Kunstauktionshaus bestimmte in seinen älteren Katalogen:

„Da Gelegenheit geboten ist, sich an den Besichtigungstagen von dem Zustand der Stücke und der Richtigkeit der Katalogangaben zu überzeugen, können Reklamationen keinerlei Berücksichtigung finden.“

b) In späteren Katalogen beschränkte das Auktionshaus die Klausel auf anwesende Käufer. Der Anlaß hierzu war offenbar der Umstand, daß die abwesenden Käufer regelmäßig keine Besichtigungsmöglichkeit haben und daß sie häufig das Auktionshaus mit der Abgabe von Geboten betrauen, also zu diesem in ein besonderes Auftrags- und Vertrauensverhältnis treten.

c) In den neuesten Katalogen derselben Firma ist die Unterscheidung zwischen anwesenden und abwesenden Käufern aufgegeben, die Klausel aber wie folgt abgemildert:

„Da Gelegenheit geboten ist, sich durch Ansichtsendungen und an den Besichtigungstagen von dem Zustand der Stücke und der Richtigkeit der Katalogangaben zu überzeugen, können im allgemeinen Reklamationen keinerlei Berücksichtigung finden, insbes. kann die Beanstandung von Künstlerzuschreibungen keinen Grund zur Reklamation bilden. In Aus-

nahmefällen behält sich die Versteigerungsfirma vor, eine berechtigteste Reklamation anzuerkennen, wenn diese binnen vierzehn Tagen nach Schluß der Auktion erhoben worden ist.“

##### 2. Aus dem Rauchwarenhandel:

a) Das Auktionshaus R. L. S. bestimmt in seinen Bedingungen:

„Die Besichtigung der Lose kann nur von . . . bis . . . 1931 in der Zeit von 9 Uhr vorm. bis 5 Uhr nachm. im Lagerhaus . . . erfolgen. Diese Lose können vollständig durchgesehen werden. Mängelrügen nach erfolgtem Zuschlag werden nicht berücksichtigt, ebensowenig wird Haftung für irgendwelche Abweichungen der zugeteilten Lose von den Schaulosen übernommen.“

##### b) Das Auktionshaus M. bestimmt folgendes:

„Alle Waren werden ‚wie gesehen‘ ab Lager der M. verkauft; jegliche Gewährleistung für Mängel wird ausgeschlossen. Alle im vorliegenden Verzeichnis enthaltenen Angaben wie Qualitätsbezeichnung, Gewichte usw. sind unverbindlich und werden Mängelrügen nach erfolgtem Zuschlag nicht berücksichtigt. Schaulose resp. Schaubunde sind nach bestem Ermessen gezogen worden, es wird jedoch keine Garantie für die Übereinstimmung mit dem Hauptposten übernommen. Irgendwelche Reklamationen hieraus sind ausgeschlossen. Es steht den Reflektanten frei, die Hauptposten auf dem Auktionslager oder am Lager der Einlieferer zu besichtigen.“

c) Die Bestimmungen des Auktionshauses R. sind fast wörtlich die gleichen wie zu b.

d) Das Auktionshaus L. in London sagt in seinen Bedingungen folgendes:

„Der Käufer wird gebeten, jemand zur Beaufsichtigung von Verpackung und Ablieferung anwesend sein zu lassen. Es können keine Ansprüche mehr zugelassen werden, nachdem die Waren verpackt oder abgeliefert worden sind.

Käufer werden gebeten, davon Kenntnis zu nehmen, daß, obwohl jede Sorgfalt angewandt ist, daß die Schaubündel dem Gesamtlos entsprechen, die Partie nicht egalisiert ist.

L. erkennt keine Ansprüche an, nachdem die Waren verpackt oder von seinem Lagerhaus ausgeliefert worden sind; ebensowenig übernimmt er eine Verantwortung für die Beschreibung oder Mengenangaben in diesem Katalog.“

Die Bedingungen der Londoner Firma unterscheiden sich nicht unwesentlich von denen der deutschen Häuser (a—c): Ein allgemeiner Haftungsausschluß ist nicht ausgesprochen.

Der Käufer wird darauf aufmerksam gemacht, daß er mit gewissen Abweichungen zwischen Schaubündel und Gesamtlos zu rechnen habe, da die Partien nicht „egalisiert“ seien. Es wird Verantwortung für Beschreibung und Quantitätsangaben abgelehnt. Vor allem wird mit aller Schärfe zweimal — das erstmal gleich am Anfang in Fettdruck — ausgesprochen, daß keine Ansprüche erhoben werden können, nachdem die Ware verpackt oder vom Lagerhaus ausgeliefert ist. Diese Bestimmung ist durch ein dringendes Interesse des Versteigerers gefordert. Hat die Ware das Auktionshaus verlassen, so ist nicht mehr res integra. Die Ware kann bei dem Käufer oder dessen Spediteur verwechselt oder mit einer anderen vermischt sein. Der Fall wird dann schwierig und langwierig oder kann es doch werden. Deshalb kann in dieser Bestimmung eine unbillige Härte nicht erblickt werden. Freilich kommt es vor, daß die Londoner Auktionshäuser auch nach Ablieferung in einzelnen Fällen die Ware zurücknehmen oder Preisnachlaß bewilligen, falls eine grobe Abweichung festgestellt wird. Das ist aber dann nur ein Akt kaufmännischer Kulanz.

### III.

Freizeichnungsklauseln sind rechtlich zulässig (§ 476 BGB.). Eine Grenze hat die Freizeichnung nur insoweit, als die Haftung für Vorsatz nicht wegbedungen werden kann und daß die Klausel dann unwirksam ist, wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Ein solcher Verstoß ist nicht schon dann gegeben, wenn Käufer und Verkäufer auf dem Boden völliger wirtschaftlicher Selbstständigkeit vertragsmäßig Beanstandungen wegen Beschaffenheit der Ware vollständig ausschließen (Staub, BGB. § 377 Anm. 121; RG. 104, 99). Die Freizeichnungsklausel ist aber wie jede andere Erklärung rechtlicher Natur der Auslegung zugänglich und bedürftig. Diese hat so zu erfolgen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Die oben II c aufgeführte Klausel ist anscheinend in dem Sinne gemeint, daß dem Käufer ein Reklamationsrecht in keinem Fall zustehen solle und daß es im Ermessen der Versteigerungsfirma stehe, ob sie eine berechnete Reklamation anerkennen wolle oder nicht. Es ist aber auch die Auslegung anerkannt, daß der Käufer in Ausnahmefällen, d. h. bei besonders erheblicher Abweichung ein Reklamationsrecht hat, sofern nur die Beanstandung binnen vierzehn Tagen nach Schluß der Auktion erfolgt. Da der Inhalt der Klausel eine verschiedene Auslegung zuläßt, ist die Geltendmachung von Mängeln nicht für jeden Fall ausgeschlossen, also in den „Ausnahmefällen“ zulässig.

Eine Auslegung, die zu einer Einschränkung der Klausel führt, ist auch möglich, wenn der Wortlaut an sich klar und deutlich ist. Wenn Staub a. a. D. meint, es sei bei klarem Wortlaut kein Raum für eine Verkehrssitte, nach der sich der Ausschluß nur auf bestimmte Mängel oder nicht auf bestimmte Mängel beziehen soll, so entbehrt das der Begründung. Auslegung gegen den sog. klaren Wortlaut wird auch sonst in der neueren Rpr. zugelassen. Staub selbst führt aus, daß der Ausschluß der Gewährleistung sich nicht beziehe auf Mängel, die die Kaufsache als unbrauchbar erscheinen lassen oder die so wesentlich sind, daß sie die Kaufsache zu einer ganz anderen machen (Anm. 121 a). Richtig ist nur, daß die allgemeine Anschauung der Käuferkreise noch nicht zur Annahme einer Verkehrssitte führen kann. Erforderlich ist vielmehr zur Feststellung einer Verkehrssitte, daß die gleiche Anschauung auch im Kreise der Verkäufer, in unserem Falle der Versteigerer, besteht.

Neben dem § 157 besteht der weitergehende Grundsatz des § 242 BGB., wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Zufolge § 242 kann in besonders gearteten Fällen die Berufung auf die Freizeichnungsklausel — einerlei wie sie auszulegen ist — vernünftigermaßen nicht erfolgen, wenn eine Verkehrssitte nicht festzustellen ist, sei es, daß die Anschauungen der Käufer — und der Verkäuferkreise sich nicht decken, sei es, daß die Fälle von Beanstandungen so selten sind, daß eine Verkehrsanschauung sich nicht bilden konnte.

Darüber, wann der Freizeichnungsklausel zufolge §§ 157, 242 BGB. trotz ihres allgemein lautenden Wortlautes die Anerkennung zu versagen ist, lassen sich feste Grundätze nicht aufstellen, wohl aber sind gewisse Richtlinien möglich.

1. Zweck der Versteigerung. Da dieser die schnelle und reibungslose Abwicklung der zahlreichen in einer Auktion getätigten Verkäufe anstreben muß, kann die Berufung auf irgendwelche Mängel nur in Ausnahmefällen zugelassen werden, d. h. in solchen Fällen, in denen die Abnahme der Ware eine besonders schwere Belastung des Käufers darstellen würde.

Hierbei ist im Auge zu behalten, daß es Auktionen von sehr verschiedenem Charakter gibt. Es ist ein Unterschied, ob ein Gerichtsvollzieher oder ein öffentlich bestellter Versteigerer Waren der verschiedensten Art und von den verschiedensten Eigentümern herrührend, versteigert, vor einem wechselnden und ihm zumeist unbekanntem Publikum oder ob etwa die Handelsvertretung der Sowjetunion Rauchwaren durch ein Auktionshaus versteigern läßt vor einem Kreise von Käufern, mit denen sie ständig und häufig auch während der Auktion selbst freihändige Verkäufe tätigt. Hier verkehrt ein sachkundiger Verkäufer und ein ebenso sachkundiger Versteigerer mit Personen, die ihnen in dauernder Geschäftsverbindung verbunden sind. Ähnlich ist die Sachlage vielfach in den Kunstauktionen. Es ist nicht zu verkennen, daß derartige Versteigerungen sich wesentlich unterscheiden von denen der erstgenannten Art und daß sie den freihändigen Verkäufen näher stehen als diese.

2. Der Umfang der Abweichung von der Beschreibung oder dem Muster. Es folgt aus dem unter 1 Gesagten, daß nur sehr erhebliche Abweichungen Beachtung finden können. Wer in einer Auktion kauft, weiß, daß Fehler in der Beschreibung oder in dem Muster vorkommen. Er weiß auch, daß der Versteigerer gerade wegen des Zweckes der Versteigerung sich regelmäßig auf Beanstandungen nicht einlassen kann. Er kauft häufig auf der Versteigerung deshalb, weil er annimmt, daß er hier infolge Wegfalls des Zwischenhandels billiger kauft. Die Abweichung muß deshalb so groß sein, daß man zu sagen hat, an diesen Fall haben die Beteiligten bei der Vereinbarung der Freizeichnung nicht gedacht, diesen Fall haben sie nicht ausschließen wollen.

3. Der Grad des Verschuldens des Versteigerers oder des Eigentümers und ihre Sachgründe. Wenn der Versteigerer oder der Eigentümer Schaulose herstellt und die Käufer auffordert, nach diesen Losen zu kaufen, so darf der Käufer erwarten, daß die Schaulose mindestens mit einiger Sorgfalt hergestellt sind. Ist die Ware in dem Katalog beschrieben, so gilt das Entsprechende. Es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn der Verkäufer oder Versteigerer zum Kauf nach vorgelegten Mustern auffordert, gleichzeitig aber alle und jede Haftung für Übereinstimmung des Musters mit dem Hauptposten ablehnen will. In diesem Sinne kann die Klausel nicht verstanden werden. Deshalb hat das RG. sogar in einem Falle des freihändigen Verkaufes ausgesprochen, daß der Haftungsausschluß sich nicht auf Mängel beziehe, die die Kaufsache als unbrauchbar erscheinen lassen (RGW. 1922, 10).

4. Besichtigungsmöglichkeit. Die Berufung des Käufers auf Mängel wird regelmäßig dann ausgeschlossen sein, wenn er ausreichende Gelegenheit hatte, die Ware vor der Versteigerung zu besichtigen.

5. Zeitpunkt der Beanstandung. Das Interesse an schneller Abwicklung des Versteigerungsgeschäfts erfordert, daß an die Rechtzeitigkeit einer etwaigen Beanstandung besonders strenge Anforderungen gestellt werden müssen.

Der Gesichtspunkt, daß die sich freizeichnende Partei eine Monopolstellung hat — der im Fracht- und Speditionsverkehr, auch im Luftverkehr Bedeutung hat — spielt im Auktionshandel keine Rolle. Zwar werden die russischen Rauchwaren zum großen Teil durch die ausländischen Handelsvertretungen vertrieben. Diese verkaufen aber vielfach ihre Waren im freien Handel ohne Freizeichnungsklausel. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß russische Rauchwaren nur in den Auktionen unter den für diese vorgeschriebenen Bedingungen gekauft werden können.

## IV.

Die vorstehenden Gesichtspunkte können eine Änderung erfahren, auf Grund des speziellen Inhaltes der Freizeichnungsklausel. Gilt sie nur für die anwesenden Käufer, so haben die abwesenden uneingeschränkt die Mängel einreden des VG. Auch hier wird aber die Tatsache nicht unbeachtet bleiben können, daß es sich um einen Kauf handelt, der auf einer Versteigerung getätigt wurde. Nach § 459 Abs. 1 Satz 2 kommt eine unerhebliche Wertminderung nicht in Betracht. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich nach der Lage des Falles. Dabei ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Gegenstand auf einer Versteigerung entstanden wurde, und es kann ein Mangel als unerheblich angesehen werden, der es nicht wäre, wenn der Gegenstand im Laden freihändig gekauft wurde. Ferner ist zu erwarten, daß der Käufer in einer Versteigerung, auch wenn eine Freizeichnungsklausel nicht besteht, einen festgestellten Mangel unverzüglich rügt, selbst wenn er nicht Kaufmann, sondern z. B. Kunstsammler ist.

## V.

Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, bisher wenig mit der Freizeichnung in der Auktion beschäftigt.

a) OLG. Kiel II v. 11. März 1921, 2 U 348/20: LZ. 1921, 464.

Jemand hat auf einer Kunstauktion vier angeblich alte Kupferstiche gekauft. Es wurde Wandlung verlangt, weil die Stiche nicht echt, sondern neue wertlose Drucke und Fälschungen seien. Das OLG. führt aus, der Wandlungsanspruch an sich sei begründet, denn um einen Fehler der Kaufsache handele es sich, wenn Kupferstiche, die nach dem Katalog als Werke alter französischer Meister, zum Teil unter Angabe einer Jahreszahl bezeichnet wurden, als alte Kupferstiche verkauft sind, sich nachher als wertlose neuere Nachdrucke und Fälschungen erweisen. Gleichwohl wird die Klage nur zugelassen, falls der Käufer nachweise, daß der Kunsthändler den Mangel gekannt habe. Durch die Freizeichnungsklausel habe die Befl. deutlich ausgedrückt, daß sie Reklamationen nach Zuschlag überhaupt nicht berücksichtige, daß also Mängelansprüche schlechthin ausgeschlossen sein sollten.

Ob dieses Urteil richtig ist oder nicht, läßt sich nicht beurteilen, weil nicht ersichtlich ist, was die sog. wertlosen Drucke eigentlich waren. Handelte es sich um Lichtdrucke oder Photographien oder sonstige auf mechanischem Wege hergestellte Nachbildungen, so liegt ein aliud vor. Es wäre dann die Berufung auf den Haftungsausschluß nicht statthaft. Zum mindesten hätte, wenn es sich um für den Sachkundigen ohne weiteres erkennbare Fälschungen handelte, dem Kunsthändler der Beweis seiner Gutgläubigkeit auferlegt werden müssen, während das OLG. Kiel dem Käufer den praktisch kaum zu erbringenden Beweis der Bösgläubigkeit des Verkäufers zumutete. Anders ist die Sachlage, wenn es sich um wirkliche Kupferstiche handelte; z. B. um Abzüge von einer Platte, die in neuerer Zeit nach der ursprünglichen Platte des französischen Meisters gestochen war. In Fällen solcher Art ist die Feststellung der „Echtheit“ häufig sehr schwierig. Lag der Fall so, so konnte sich der Verkäufer auf den Haftungsausschluß berufen, es sei denn, daß ihm der Beweis der Bösgläubigkeit erbracht wurde oder daß ganz besondere Umstände die Berufung auf den Haftungsausschluß als unzulässig erscheinen ließen.

b) OLG. Dresden v. 26. Febr. 1931, 1 O 209/30.

Am 19. Sept. 1927 und den folgenden Tagen hat die Befl. in Leipzig eine Versteigerung russischer Rauchwaren vorgenommen, bei der die Firma M. & A. für die Kl. eine Partie Fohlenfelle von 608 Stück zum Preise von je 7,20 \$ erstanden hat. Von dieser Partie hatten 100 Stück vor der Versteigerung als sog. Schaulos zur Besichtigung ausgelegt. Die 608 Felle sind unmittelbar nach der Versteigerung und Bezahlung von der Firma M. & A. an die Kl. geliefert worden. Die Versteigerungsbedingungen enthielten die oben II 2a angegebenen Bestimmungen.

Die Kl. beanstandete die Qualität der Fohlen, und in dem daraufhin eingeleiteten Beweisicherungsverfahren stellte der Sachverständige L. fest, daß die 508 Felle um 35—40% minderwertiger waren als die in dem Schaulos enthaltenen

100 Felle. In abgetretenen Rechten der Firma M. & A. erhob deshalb die Kl. Klage auf Schadensersatz in Höhe der Wertminderung. Das VG. wies die Klage unter Hinweis auf den Haftungsausschluß im § 2 der Versteigerungsbedingungen ab. Das OLG. gab dem Anspruch wesentlich statt:

„Das OLG. hat bereits darauf hingewiesen, daß der Kaufvertrag über die strittigen Fohlenfelle zwischen der Firma M. & A. und der Befl. auf Grund dieser dem offiziellen Versteigerungskatalog der Befl. vorgebrachten Bedingungen zustande gekommen ist. Dieser Auffassung tritt auch der Senat bei. Danach sollte allerdings die Haftung der Befl. für Abweichungen der zugeteilten Lose von den Schaulosen mit dem Zuschlage erlöschen. Ein solcher Haftungsausschluß widerstreitet auch nicht ohne weiteres, wie die Kl. meint, den guten Sitten und muß als gültig angesehen werden, zumal da in der gleichen Bestimmung den Bieter die Möglichkeit einer Besichtigung der gesamten Ware gewährt wird. Solche Besichtigungen sind freilich, wie aus den Ausführungen beider Parteien und den Befundungen der Sachverständigen hervorgeht, nicht ohne Schwierigkeiten vorzunehmen, die Kl. hält sie sogar für technisch unmöglich. Sie hat selbst bei der Besichtigung der Versteigerungsware nach dem im ersten Rechtszuge vernommenen Zeugen K. Schwierigkeiten gehabt. Die Tragweite dieser Bestimmung kann daher nicht so weit gehen, daß wegen dieser theoretischen Möglichkeit einer Besichtigung alle Mängel gedeckt sein sollen, die sich etwa in den übrigen Losen befinden. Auch diese Bestimmung unterliegt vielmehr, wie das gesamte Versteigerungsgeschäft der Befl., den Anschauungen über Treu und Glauben im Verkehr. Es gibt eine Grenze, über die hinaus Abweichungen vom Schaulose im Interesse eines redlichen, auf gegenseitigem Vertrauen aufgebauten Handelsverkehrs nicht mehr gebuldet werden können. Diese Grenze mag in den einzelnen Fällen verschieden sein, hier ist sie jedenfalls überschritten. Auch die Sachverständigen stimmen darüber überein, daß gewisse Abweichungen in Größe und Qualität oder Farbe der Felle gegenüber den Schaulosen vom Käufer entsprechend der Bestimmung des § 2 der Versteigerungsbedingungen nicht beanstandet werden können. Es kann dahinstehen, ob gerade ein Satz von 10%, wie die Kl. meint, als handelsüblicher Höchstsatz solcher Abweichungen zu betrachten ist oder nicht. Über ein gewisses Maß hinaus tragen aber auch sie offenbar Bedenken, einen völligen Haftungsausschluß auf Grund dieser Bestimmung anzunehmen.“

Nach der Auffassung des Senats kann sich die Befl. daher auf keinen Fall bei einer Abweichung von 35—40% auf § 2 ihrer Bedingungen berufen. Vielmehr entsprechen in Fällen, in denen wir hier die Minderwertigkeit mehr als ein Drittel gegenüber dem Schaulose erreicht, derartige Abweichungen so wenig den beim Kauf gemachten Zusicherungen, daß eine Berufung auf den Haftungsausschluß seitens des Versteigerers Treu und Glauben widersprechen würde. Für so starke Abweichungen muß vielmehr der Versteigerer aufkommen, wenn nicht das ganze auf Treu und Glauben aufgebauete Versteigerungsgeschäft in seinen Grundlagen erschüttert werden soll. Das ist offenbar auch die überwiegende Meinung der Sachverständigen. Die Käufer müssen sich darauf verlassen können, daß die Eigenschaften der ihnen vorgeführten Schaulose, deren Beschaffenheit ja die Grundlage für ihre Preisangebote bildet, auch bei der übrigen Ware wenigstens annähernd vorhanden sind. Nach dem A. sehen Gutachten sind offenbar auch andere Firmen des internationalen Rauchwarenhandels dieser Auffassung.“

Das Urteil ist m. E. richtig. Die Begründung spricht in einigen knappen und klaren Sätzen das aus, was dem Rechtsempfinden des mit den tatsächlichen Verhältnissen vertrauten Laien entspricht. Was die Begründung vermissen läßt, ist die scharfe juristische Formulierung: ob das Gericht die Freizeichnungsklausel gegen seinen Wortlaut einengend auslegt oder ob es sie so auslegt, wie sie lautet, aber ihre Geltendmachung im gegebenen Fall für sittenwidrig erachtet — ist nicht klar ersichtlich. Daß aber die Begründung das Wesentliche trifft, zeigt ein Blick in die Gutachten. Der Sachverständige A. hatte u. a. folgendes ausgeführt: Durch die Verkaufsbedingungen müsse der Käufer wissen,

1. daß er kein Recht auf Mängelrügen habe. Hierunter sei zu verstehen, daß er wegen evtl. Mängel an der Ware

später nicht reklamieren könne. Solche Mängel können sein brandstellige oder verbrannte Felle, vermottete oder fleckige Felle usw. Diese Mängel müßten auch am Schaumlose erhalten sein, stellen sich jedoch oft erst bei der späteren Bearbeitung der Ware heraus;

2. daß gewisse Abweichungen in Größe und Qualität oder Farbe der Felle gegenüber den Schaumustern nicht beanstandet werden können, soweit sie sich in dem handelsüblichen Rahmen ergeben. Es können also handelsüblich solche Unterschiede bis zirka 10% nicht reklamiert werden. Andererseits aber muß die Ware im Rahmen dieser er-

wähnten möglichen Abweichungen den gezeigten Schaumustern entsprechen.

Diese Äußerung des Sachverständigen A. und die ähnlich lautende des Sachverständigen B. waren im Grunde keine „Gutachten“, da sie bei ihrer mündlichen Vernehmung keinen feststehenden Handelsbrauch und nicht einmal eine allgemein bestehende Verkehrsübung behaupten konnten. Gleichwohl müßten diese Meinungsäußerungen branchekundiger Kaufleute von wesentlicher Bedeutung sein bei der Entscheidung der Frage, wie das Gericht den Fall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu behandeln hatte.

## Kapitalherabsetzung in erleichteter Form.

### I.

Von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Das Grundkapital der AktG. ist die Grenze, an der die Verfügungen der Verwaltung wie der Aktionäre haltmachen müssen. Nur unter Wahrung besonderer Voraussetzungen ist die Herabsetzung möglich. Sie bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Sind mehrere Aktiengattungen vorhanden, so muß eine gesonderte Abstimmung erfolgen. Dies zum Schutze der Aktionäre. Wird die Herabsetzung beschlossen, so hat eine dreimalige öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen. Die Gläubiger der Gesellschaft sind aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Ihnen ist auf Verlangen Befriedigung oder Sicherheit zu gewähren. Zahlungen an Aktionäre dürfen auf Grund der Herabsetzung erst nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen. Dies im Interesse der Gläubiger (§§ 288, 289 HGB.). Die dritte NotW.D. vom 6. Okt. 1931 bringt „Erleichterungen“. Für alle Arten der Herabsetzung sind die Vorschriften aus § 289 Abs. 2—4 HGB. über den Gläubigeraufruf nicht anwendbar. Erfolgt die Herabsetzung durch Einziehung der Aktien, welche der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar gehören (Vorratsaktien und eigene Aktien im Besitze der AktG.), so genügt die einfache Stimmenmehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals, wenn sie zugleich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen darstellt. Damit ist die nur durch Mehrstimmaktien erzielte Mehrheit — entsprechend RG. 125, 356 = JW. 1930, 2668 — für nicht genügend erklärt. Einer gesonderten Abstimmung nach den Vorschriften der §§ 275 Abs. 3, 288 Abs. 3 HGB. bedarf es in dem Falle der Einziehung der eigenen Aktien oder der Vorratsaktien nicht (§§ 8, 3 Abs. 2 und 3 NotW.D.). Ebenso dann nicht, wenn nach dem 12. Juli 1931 Aktien einer bei der Gesellschaft nicht vorhandenen Gattung gezeichnet worden sind. Dazu hat offenbar die Beteiligung des Reichs bei der Dresdner Bank den Anstoß gegeben.

Der Zweck der Neuordnung ist, „das Grundkapital einer AktG. oder KomGef. a. N. dem, insbes. aus Anlaß der Wirtschaftsentwicklung veränderten Vermögensstand anzupassen“ (§ 1 NotW.D.). Auch das fließt aus den Erfahrungen des Reichs aus der jüngsten Zeit. Sie sind aus dem konkreten Falle erwachsen. Sie werden auf alle AktG. angewendet. Die Banken haben durch die Gefährdung ihrer Kunden eine schwere Erschütterung ihres Vermögens erfahren. Ihre Kredite sind festgefroren, wenn nicht verloren. Die Industrie hat im Rausche der Kreditinflation sich überbaut. Die wiederkehrende Besinnung verlangt eine anderweitige Bewertung des Vermögens. Das ergibt buhmäßige Verluste. Ihnen soll durch die Herabsetzung des Grundkapitals begegnet werden. Man will damit die Selbsttäuschung über den wirklichen Stand des Vermögens beseitigen. Die Banken können die unbedinglichen Kredite abschreiben. Die Industrie kann die für sie entwerteten Anlagen dem heutigen Gebrauchswerte entsprechend in ihre Bilanzen einstellen. Es wird ein offenes Selbstbekenntnis der AktG. erwartet. Das will man ihnen erleichtern. Daher beseitigt man vor allen Dingen für sie die sonst stets als peinlich empfundene Bekanntmachung und den Gläubigeraufruf. Heute, wo das Stillhalten und Zu-

warten der Gläubiger zu einem Gebot der Stunde geworden ist, kann man unmöglich eine Aufforderung an die Gläubiger ergehen lassen. Gewiß könnte jeder, der eine fällige Forderung hat, diese ohnedies einziehen. Er soll aber nicht dazu angereizt werden. Noch weniger soll man denen, die zuwarten müssen, ein Recht auf Sicherheiten geben. Woher sollte die AktG. sie heute nehmen? Damit entzieht man der Verwaltung der AktG. zugleich den Haupteinwand gegen die Richtigstellung ihrer Bilanzen, den sie aus dem Gläubigeraufruf ableiten könnte. Andererseits sind die Gläubiger nicht gefährdet. Denn Zahlungen an die Aktionäre dürfen auf Grund der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form nicht geschehen (§ 6 Abs. 1 NotW.D.). Das vorhandene Vermögen bleibt in der AktG. Auch wo sich ein Überschuf nach Deckung der Unterbilanz ergibt, muß es in die unantastbare gesetzliche Reserve gestellt werden. Zahlt die Gesellschaft nach der erleichterten Herabsetzung des Grundkapitals für ein Geschäftsjahr das früher als zwei Jahre nach der Beschlussfassung über die Herabsetzung beginnt, mehr als 6% Dividende, dann können die früheren Gläubiger Befriedigung oder, falls dies nicht zulässig ist, Sicherheit fordern. Nur müssen sie sich innerhalb drei Monaten nach der Bekanntmachung der Jahresbilanz melden. Eine Gesellschaft, die wieder verdient, soll also entweder Reserven bilden oder ihre Gläubiger bezahlen. Das wird sie vor einer Ausschüttung vom Gewinn zurückschrecken. Die Verwaltung der AktG. gewinnt hierdurch eine Begründung für die Zurückhaltung des Gewinnes. Den Dividende fordernden Aktionären wird sie antworten, daß die Auszahlung von mehr als 6% zugleich einen Ansturm der Gläubiger hervorruft. Die Aktionäre werden auch zufrieden sein müssen, wenn sie ein Wiederaufleben des Geschäfts erleben und eine Dividende von 6% empfangen.

Die Herabsetzung des Grundkapitals in der erleichterten Form soll „zunächst“ durch die Einziehung von Vorratsaktien und der AktG. gehörenden eigenen Aktien erfolgen (§ 2 Abs. 2 NotW.D.). Vorratsaktien sind die, welche von dem Aktionär als Gründer oder Zeichner für Rechnung der Gesellschaft übernommen worden sind. Eigene Aktien sind die, welche die Gesellschaft später erworben hat. Diese der Gesellschaft selbst zur Verfügung stehenden Aktien müssen in erster Linie benützt werden, um die Angleichung herbeizuführen. Bei den eigenen Aktien besteht ja noch vielfach bei den Mitgliedern der Verwaltung der Gedanke, daß man in deren Höhe in der Bilanz das Grundkapital unmittelbar absetzen könne. Eine Beschränkung auf 10% des Grundkapitals (§ 227 Abs. 2 Akt-Nov. v. 19. Sept. 1931) besteht hier nicht. Das „zunächst“ bedeutet, daß in erster Linie dieser Weg beschritten werden soll. Nur bei Mangel an Vorrats- oder eigenen Aktien soll die Herabsetzung des Nennbetrages oder die Zusammenlegung erfolgen. Ein Beschluß der letzteren Art, trotz Vorhandenseins solcher Aktien ist aber nicht richtig. Allerdings, der Wortlaut („kann nicht“) enthält ein Verbot des anderen Vorgehens. Indes liegt hier nur ein Interesse der Aktionäre vor. Fügen sie sich, so bleibt es bei dem Beschluß. Vorausgesetzt für diesen ist die gesetzlich vorgeschriebene Dreiviertelmehrheit. Ist diese

<sup>1)</sup> Es ist beigefügt: „Unbeschadet der nachfolgenden Vorschriften.“ In diesen ist aber ein Fall der Zahlung an die Aktionäre nicht erwähnt.

erreicht und erfolgt keine Anfechtung, so wird der Beschluß wirksam.

Nicht zu der Voraussetzung der Gültigkeit eines Beschlusses über die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form gehört eine vorherige „Anpassung“ des vorhandenen Vermögens an die veränderten Zustände. In § 1 ist nur die Begründung für die Erleichterung gegeben. Ein Beschluß, die eigenen Aktien einzuziehen ist nicht deshalb ungültig, weil nicht gleichzeitig eine Herabsetzung der Aktien der Gesellschaft vorgenommen wurde. Es steht der Gesellschaft frei, dies später aus der Reserve zu tun. Der Registerrichter kann die Eintragung nicht verweigern, weil eine Unterbilanz noch nicht ausgewiesen ist. Die Beobachtung der Bestimmungen auch der NotW. über die Behandlung des freiverdenden Grundkapitals ist Sache der Verwaltung. Sie trägt hierfür die Verantwortung. Dies erhellt auch aus der Bestimmung des § 6 Abs. 2. Die Einstellung in die gesetzliche Reserve ist hier ausdrücklich vorgesehen. Praktisch dürfte ein solches Verfahren nicht sein. Man wird in den meisten Fällen zunächst die Anpassung des Vermögens an die veränderte Wirtschaftslage vornehmen. Man wird der Generalversammlung die sich hierdurch ergebenden Buchverluste aufzeigen. Der Vorstand muß ja auch nähere Auskunft in der Generalversammlung darüber geben (§ 4 NotW.). Ob eine Bilanz vorgelegt wird, oder ob nur die einzelnen Posten mitgeteilt werden, bleibt den Beteiligten überlassen. Erforderlich ist nur, daß die Generalversammlung weiß, inwieweit die Änderung des Vermögensstandes der Gesellschaft die Kapitalherabsetzung erforderlich erscheinen läßt. Wäre dies unterblieben und hätte die Generalversammlung, ohne Einzelheiten zu wissen, allgemein ohne Widerspruch den Beschluß der Herabsetzung gefaßt, so würde sich auch hieraus keine Ungültigkeit ableiten lassen. Selbstverständlich bleibt jedem Aktionär das Recht, auf der gesetzlich vorgeschriebenen Auskunft zu bestehen. Unterbliebe sie, dann stünde ihm das Recht der Anfechtung zu. Rührt sich aber niemand, besteht etwa die AktG. nur aus wenig Aktien, denen alles schon bekannt ist, so kann die Generalversammlung auf die Mitteilung verzichten. Deshalb bleibt dann doch die Kapitalherabsetzung gültig. Die Gläubiger können sich nicht darüber beschweren, daß das Unterlassen der Bekanntmachung zu Unrecht unterblieb. Es genügt, daß der Beschluß der Generalversammlung vorliegt.

Es scheint allerdings vorausgesetzt zu sein, daß in allen Fällen der Beschluß dahin lautet, die Kapitalherabsetzung in „erleichteter Form“ vorzunehmen (vgl. §§ 3 Abs. 1, 4, 6 Abs. 1). Indes auch dies ist nicht Voraussetzung der Gültigkeit. Es schadet nichts, wenn der Beschluß diese Bezeichnung nicht enthält. Man wird überhaupt bei der ganzen Regelung aus deren Zweck keine weiteren Schlüsse ziehen dürfen als die, die ausdrücklich angeordnet sind. Daraus folgt wieder, daß für die Geltungsdauer der NotW. jede Kapitalherabsetzung erleichtert ist. Es bleibt nur, daß eine Auszahlung an die Aktionäre schlechthin unzulässig ist. Es gibt keine Aufforderung an die Gläubiger. Es gibt kein Sperrjahr. Also kann auch nicht dessen Ablauf der durch die Herabsetzung gewonnene Betrag an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Dabei hat es sein Bewenden. Hätte eine Gesellschaft zuviel Kapital und will sie dieses zurückzahlen, so muß sie sich nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften richten. Wo sie aber keine Auszahlung oder die Bildung freier Reserven, die jederzeit eine Ausschüttung ermöglichen, bezweckt, kann sie sich auf die gemilderten Bestimmungen berufen. Die Gläubiger verlieren nichts an ihrer Sicherheit. Praktisch werden die Aktiengesellschaften dieses Verfahren wohl immer nur einschlagen, wenn sie eine Unterbilanz beseitigen wollen. Diese kann auch aus anderen Verlusten als aus der Herabsetzung der Aktien entstanden sein. Auch dem dient dann die Erleichterung der Herabsetzung des Grundkapitals. Im Grunde liegt auch hier eine Anpassung vor.

Die NotW. ist als Notmaßnahme gedacht. Sie gilt nur bis 30. Juni 1932 (§ 1 Abs. 2). Spätestens an diesem Tage muß der Beschluß über die Herabsetzung gefaßt sein. Auf die späteren Durchführungen kommt es nicht an. Es wird sich fragen, ob nicht der der NotW. zugrunde liegende Gedanke doch von allgemeiner Bedeutung ist. Eine Aufforderung an die Gläubiger und deren Berechtigung, Sicherheit zu fordern, läßt sich nur dann begründen, wenn sich das Ver-

mögen der AktG. durch Rückzahlung an die Aktionäre gemindert hätte. In den anderen Fällen der Anpassung des Grundkapitals an das wirkliche Vermögen, also namentlich der Beseitigung einer Unterbilanz, läßt sich ein Interesse der Gläubiger nicht geltend machen. Es ist für sie gleichgültig, wie hoch das Grundkapital beziffert wird. Sie müssen nur Wert darauf legen, daß das Vermögen nicht gemindert ist. Wenn einmal die wirklich vollständige Reform des Aktienrechts kommt, wird dieses Moment nicht übersehen werden dürfen. Man kann inzwischen aus den Erfahrungen, die man mit der NotW. macht, sehen, wie sich das Ausschalten des Gläubigeraufrufs praktisch auswirkt.

## II.

Von Rechtsanwalt Dr. Heinz Pinner, Berlin.

Während die W. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. 493) in ihrem ersten Teil für die Dauer bestimmte Abänderungen des Aktienrechts brachte, bringt die W. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. 556) für eine Übergangszeit bis zum 30. Juni 1932 Vorschriften, die es AktG. und KommGes. a. N. ermöglichen sollen, ihre Bilanzen durch Kapitalherabsetzungen in erleichteter Form den jetzigen Wirtschaftsverhältnissen anzupassen.

### I. Arten der Kapitalherabsetzung.

Wie die bisher zugelassene Kapitalherabsetzung nach §§ 288 ff. kann auch die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form durch Einziehung von Aktien, Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien oder Zusammenlegung von Aktien erfolgen (§ 2 Abs. 1).

a) Erfolgt sie durch Einziehung von Aktien, so ist im Gegensatz zum neuen § 227 (vgl. meine Ausführungen ZW. 1931, 2932) ein Höchstprozentsatz der Aktien, die eingezogen werden dürfen, nicht vorgeschrieben. Ob die eigenen Aktien unter Beachtung der Vorschriften des § 226 erworben sind oder nicht, ist — unbeschadet der Regreßpflicht der Verwaltung — gleichgültig. Bevor andere Wege der Kapitalherabsetzung eingeschlagen werden dürfen, muß die Herabsetzung im Wege der Einziehung erfolgen, wenn Vorratsaktien oder eigene Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, vorhanden sind (§ 2 Abs. 2). Die Vorschrift bezweckt den Schutz der Aktionäre; ihre Verletzung hat daher nur Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit zur Folge. Als Vorratsaktien bezeichnet die W. lediglich Aktien, die ein Aktionär als Gründer oder Zeichner für Rechnung der Gesellschaft übernommen hat, also die Aktien, deren besondere Regelung im § 41 Entw. vorgesehen war, die sogenannten Vorratsaktien. Nicht ergriffen werden die unechten Vorratsaktien, die zwar nicht für Rechnung der Gesellschaft übernommen wurden, aber zu ihrer Verfügung gehalten werden. Ergriffen, aber nicht unter den Begriff der Vorratsaktien, zu denen sie eigentlich gehören (AntwDAB. I S. 62 f.; Netter, Zur Reform des Aktienrechts S. 10), gebracht, werden die eigenen Aktien. Zu den eigenen Aktien sind im Hinblick auf § 226 Abs. 4 auch die im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der beherrschenden Gesellschaft zu rechnen. Die Beschränkung in der Wahl der Herabsetzungsmöglichkeiten fällt fort, wenn die Gesellschaft über die Aktien nicht frei verfügen kann, wirtschaftlich mit dem Herausgabeanspruch auf die Aktien zusammenhängende Gegenforderungen bestehen oder ein vor dem 1. Sept. 1931 gewährtes unentziehbares Bezugs- oder Umtauschrecht eingeräumt ist (§ 2 Abs. 2). Der letztere Fall trifft die verschiedenen Arten der nach dem Vorbild der convertible bonds ausgestatteten Schuldverschreibungen, bei denen den Inhabern der Einziehung entgegenstehende Rechte auf Aktien zugesichert sind (vgl. auch die gleiche, im II. Entw. fortgefallene Bestimmung Art. 9 Abs. 4 EG. z. I. Entw.). Die anderen Ausnahmen von der Beschränkung rechtfertigen sich im Hinblick darauf, daß grundsätzlich nur eine unentgeltliche Einziehung (§ 6 Abs. 1) gestattet ist, so daß die Beschränkung wegfallen muß, wenn eine unentgeltliche Einziehung nicht möglich ist.

b) Eine Zusammenlegung von Aktien darf nur erfolgen, wenn anders die Mindestnennbeträge für Aktien, d. h. 100 bzw. 20 RM (§ 25 II. Durchf. B. d. z. Gold-Bil. B.) nicht eingehalten werden können (§ 2 Abs. 3). Auch hier steht nur der Schutz der Aktionäre in Frage, so daß eine Verletzung der Vorschrift nur Anfechtbarkeit zur Folge hat.

## II. Formalien der Kapitalherabsetzung.

Die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form muß in allen Fällen, auch in dem der Einziehung, wie dies zwar ausdrücklich, aber im Hinblick auf §§ 288, 227 Abs. 2 Satz 1 überflüssigerweise bestimmt ist, durch GenVersBeschl. erfolgen (§ 3 Abs. 1). Dieser Beschl. bedarf der qualifizierten Mehrheit des § 288, dies sei denn, daß die Herabsetzung durch Einziehung von Vorratsaktien oder eigenen Aktien erfolgt. In diesem Falle genügt die einfache Mehrheit des bei der Beschl. fassung vertretenen Grundkapitals, jedoch vorausgesetzt, daß diese zugleich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen darstellt (§ 3 Abs. 2). Diese Festsetzung der erforderlichen Mehrheit beruht auf den Grundsätzen der Entsch. RG. 125, 356, die erstmalig festgestellt hatte, daß bei Berechnung von gesetzlich oder satzungsmäßig vorgeschriebenen Kapitalmehrheiten das erhöhte Stimmrecht von Vorzugsaktien außer Betracht zu bleiben habe (Erl. z. Entw. S. 102). Demnach muß der Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Vorratsaktien oder eigenen Aktien sowohl mehr als die Hälfte des vertretenen Grundkapitals zustimmen, wobei das erhöhte Stimmrecht etwaiger Vorzugsaktien außer Betracht bleibt, als auch mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen, wobei das erhöhte Stimmrecht zu berücksichtigen ist. In Ausnahme von § 288 Abs. 3 ist eine gesonderte Abstimmung, falls mehrere Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind, im Falle der Herabsetzung durch Einziehung eigener Aktien oder Vorratsaktien nicht notwendig. Ebenso entfällt diese Notwendigkeit, und zwar bei allen Arten der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form, wenn Aktien einer neuen Gattung, die an und für sich zur Anwendung des § 288 Abs. 3 führen müßten, erst nach dem 12. Juli 1931 gezeichnet sind (§ 3 Abs. 3). Einer gesonderten Abstimmung bedarf es also gegebenenfalls, wenn die Herabsetzung durch Zusammenlegung von Aktien oder Herabsetzung des Nennbetrages erfolgt, vorausgesetzt, daß die verschiedenen Aktiengattungen schon vor dem 12. Juli 1931 gezeichnet waren. Gemäß § 288 Abs. 2 muß im Beschl. der Zweck der Herabsetzung (§ 6 Abs. 2) sowie die Art der Ausführung angegeben werden.

## III. Voraussetzungen der Kapitalherabsetzung.

a) Der Vorstand — bei der KommGes. a. A. der oder die persönlich haftenden Gesellschafter — hat der GenVers. über die Veränderung des Vermögensstandes, die die Kapitalherabsetzung erforderlich erscheinen läßt, nähere Auskunft zu erteilen (§ 4). Da nach dem Wortlaut der B. die Auskunft der Generalversammlung zu erteilen ist, so hat der Einzelaktionär nach der Judikatur des RG. (RG. 82, 182; 105, 40), die im Schrifttum allerdings mit Recht stark angegriffen ist (Staub-Pinner § 260 Anm. 20; Brodmann, AR. § 259 Anm. 2d), kein Sonderrecht auf Auskunftserteilung, wie dies für das künftige Aktienrecht in II. Entw. § 88 vorgesehen ist. Da lediglich Auskunftserteilung vorgeschrieben ist, ist die Verlegung einer Zwischenbilanz ebenfalls erforderlich, wie sie bisher von der Praxis in den Fällen des § 288 für erforderlich gehalten wurde.

b) Voraussetzung der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form ist ferner, abgesehen von den Fällen, in denen sie durch Einziehung von Vorratsaktien oder eigenen Aktien erfolgt, daß der gesetzliche Reservefonds bis zur Höhe von 10% des neuen Grundkapitals und sonstige Reservefonds, die der Deckung eines Verlustes dienen, vollständig aufgelöst sind (§ 5). Der Zweck dieser Vorschrift ist, die Aktionäre durch Zusammenlegung oder Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien in ihrem Besitz erst dann zu schmälern, wenn von den vorhandenen Möglichkeiten der Verlustdeckung aus Reservefonds Gebrauch gemacht ist und diese Maßnahme nicht ausreicht. Es

handelt sich hier um eine zwingende Vorschrift, auf deren Beachtung die Aktionäre ein Recht haben. Ihre Verletzung hat Anfechtbarkeit des Herabsetzungsbeschlusses zur Folge, nicht Nichtigkeit, da sie nicht im öffentlichen Interesse gegeben ist (vgl. für das bisherige Recht Staub-Pinner § 262 Anm. 8).

Der Zwang zur Inanspruchnahme des gesetzlichen Reservefonds hat zur Folge, daß Generalversammlungsbeschlüsse über die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form, soweit es sich nicht um Herabsetzung durch Einziehung von Vorratsaktien oder eigenen Aktien handelt, nicht vor der nächsten ordentlichen GenVers., die über die Bilanz des abgelaufenen Geschäftsjahres beschließt, gefaßt werden können. Denn die Verwendung des gesetzlichen Reservefonds ist nur zur Deckung eines sich aus der Jahresbilanz ergebenden Verlustes gestattet (Staub-Pinner § 262 Anm. 7; Goldschmit, AktG. § 262 Anm. 2; Brodmann, AR. § 262 Anm. 2b). Hieran ist durch die neue Vorschrift nichts geändert, vielmehr nur festgestellt, daß vor den hier gestatteten Maßnahmen der gesetzliche Reservefonds in Anspruch genommen werden muß. Ob dies vom Gesetzgeber beabsichtigt war, dürfte zu bezweifeln sein. Im Sinne der neuen Vorschriften liegt es jedenfalls nicht. Hier wird die Reichsregierung auf Grund der ihr erteilten Vollmachten (§ 12) Bestimmungen treffen müssen, die eine derartige Herausziehung des Herabsetzungsbeschlusses unnötig machen. Wenn allerdings in der letzten genehmigten Jahresbilanz bereits ein Verlust ausgewiesen ist, zu dessen ganzer oder teilweiser Beseitigung der gesetzliche Reservefonds in einer Höhe benützt werden würde, daß nur noch höchstens 10% des neuen Grundkapitals übrigbleiben würden, dann kann die GenVers. zum Zwecke der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form auch vor der nächsten ordentlichen GenVers. stattfinden, da dann jederzeit der gesetzliche Reservefonds zur teilweisen oder ganzen Deckung des aus der Bilanz des Vorjahres sich ergebenden Verlustes herangezogen werden könnte (a. A. Flechtheim, BankArch. XXXI, 32).

Reservefonds, die der Deckung eines Verlustes dienen, sind die auf der Passivseite der Bilanz erscheinenden sog. echten Reservefonds, die dadurch entstanden sind, daß vorhandene Werte von der Verteilung an die Aktionäre ausgeschlossen worden sind, gleichgültig, wie sie bezeichnet sein mögen. Es fallen hierunter Fonds mit der Bezeichnung: Sonderreserve, Reserve II, Dividendenergänzungsfonds und auch der Gewinnvortrag (Staub-Pinner § 262 Anm. 28 u. 32). Nicht der Deckung eines Verlustes dienen die unechten Reservefonds, d. h. diejenigen Posten, die den Gegenwert für zu hohe Bewertung der Aktien darstellen, z. B. der Erneuerungsfonds des § 261 Ziff. 3, ein Deltrederekonto, ein Reservefonds wegen Unsicherheit der in Ansatz gebrachten Waren (Staub-Pinner § 262 Anm. 27). Ebenförmig kommt eine Auflösung der stillen Reserven in Frage.

## IV. Einzelvorschriften.

a) Besonders hervorzuheben ist die Bestimmung, daß auf Grund der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form keine Zahlungen an die Aktionäre geleistet werden dürfen (§ 6 Abs. 1). Sie dient in erster Linie dem Interesse der Gläubiger.

b) Ebenförmig tritt eine Befreiung der Aktionäre von Einlageverpflichtungen, die bei der Kapitalherabsetzung des § 288 zulässig ist (Staub-Pinner § 289 Anm. 10; § 291 Anm. 19; Goldschmit, AktG. § 288 Anm. 1), bei der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form ein (§ 8 Abs. 3).

c) Erfolgen verbotswidrig Zahlungen an Aktionäre, so finden die Vorschriften der §§ 217, 241, 249 sinngemäß Anwendung (§ 10). Die Aktionäre haften also in Höhe des Empfangenen den Gesellschaftsgläubigern, wobei sie sich durch Rückzahlung an die Gesellschaft oder einen Gläubiger von dieser Schuld befreien können (Staub-Pinner § 217 Anm. 2); sie haften auch der Gesellschaft (Staub-Pinner § 217 Anm. 17). Die Ansprüche verjähren in fünf Jahren vom Empfang der Zahlung an. Im Konkursfalle der Gesellschaft nimmt der Konkursverwalter ausschließlich (RG. 74, 428) auch die Rechte der Gläubiger wahr. Vorstand und

Aufsichtsratsmitglieder haften nach den gesetzlichen Vorschriften. Da es sich um Fälle handelt, die unter den Tatbestand des § 241 Abs. 3 Ziff. 5 fallen, tritt unter den in § 241 Abs. 4 vorgesehenen Voraussetzungen auch eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern ein.

d) Buchgewinne, die sich sowohl aus der Inanspruchnahme der Reserven als auch aus der Kapitalherabsetzung ergeben, dürfen ausnahmslos nur zu Buchtransaktionen, nämlich zum Ausgleich von Wertminderungen der Aktiven, zur Deckung sonstiger Verluste oder zur Einstellung in den gesetzlichen Reservefonds verwandt werden. Erfolgt die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form durch Zusammenlegung oder Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien, so darf der Reservefonds nicht höher als mit 10% des neuen Grundkapitals ausgestattet werden (§ 6 Abs. 2). Hierdurch wird Vorsorge dagegen getroffen, daß zum Nachteil von Aktionären eine übermäßig starke Zusammenlegung oder Herabsetzung des Nennbetrages erfolgt. Bei der Kapitalherabsetzung durch Einziehung kann der gesetzliche Reservefonds beliebig hoch dotiert werden.

e) Wird bei der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form der Reservefonds nicht sofort auf 10% des neuen Grundkapitals gebracht, so darf kein Gewinn verteilt werden, bis er diese Höhe erreicht hat (§ 7). Es muß also in Abweichung von § 262 Abs. 1 Ziff. 1 solange der gesamte jährliche Reingewinn in den gesetzlichen Reservefonds eingestellt werden. Verletzung dieser Vorschrift, die im öffentlichen Interesse gegeben ist, hat Nichtigkeit zur Folge (Staub-Pinner § 262 Anm. 13). Bei der Berechnung der 10% bleiben aber Aktien unberücksichtigt, die nach dem 12. Juli 1931 gezeichnet sind und einer Gattung angehören, die früher bei der Gesellschaft nicht vorhanden war. Es ist dies eine Bestimmung, die ebenso wie die ähnlich lautende des § 3 im Hinblick auf die Verhältnisse bei der Dresdner Bank getroffen worden ist.

f) Bei der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form bleiben die Gläubigerschutzvorschriften des § 289 Abs. 2—4 außer Anwendung (§ 8 Abs. 1). Man wird in dieser Bestimmung den Kern der gesamten neuen Vorschriften zu erblicken haben. Keine Gläubigeraufforderung, keine besondere Mitteilung an bekannte Gläubiger, keine Befriedigung oder Sicherstellung sich meldender Gläubiger ist nötig. Die Bedeutung dieser Erleichterung, insbes. für die Großbanken, ist eine ganz außergewöhnliche; denn sie ist es, die ihnen praktisch die Möglichkeit gibt, ihr Kapital herabzusetzen.

g) Wenn eine AktG., die von der Möglichkeit der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form Gebrauch gemacht hat, für ein Geschäftsjahr, das früher als zwei Jahre nach der Beschlussfassung über die Kapitalherabsetzung beginnt, eine

höhere Dividende als 6% ausschüttet, so tritt im Interesse der Gläubiger eine — gegenüber den Schutzvorschriften des § 289 allerdings abgeschwächte — Schutzvorschrift in Kraft. Gläubiger, deren Forderungen bereits vor der Eintragung der Kapitalherabsetzung begründet waren, haben, wenn sie nicht Befriedigung verlangen können, ein Recht auf Sicherheitsleistung, wenn sie sich binnen drei Monaten nach Bekanntmachung der Bilanz, auf Grund deren die Gewinnverteilung beschlossen ist, melden (§ 9). Eine Aufforderung an sie ergeht nicht. Ebenso ist die Verteilung der Dividende durch diese Vorschrift nicht gehindert.

h) Zum Schutz der durch die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form betroffenen Aktionäre darf bei Kapitalerhöhungen, die innerhalb von fünf Jahren seit der Beschlussfassung über die Kapitalherabsetzung vorgenommen werden, eine völlige oder teilweise Ausschließung des Bezugsrechts nur mit einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erfolgen (§ 11). Ein erhöhtes Stimmrecht etwaiger Vorzugsaktien bleibt hierbei außer Betracht (RG. 125, 356).

i) Beschlüsse über Kapitalherabsetzungen in erleichterter Form können nur bis zum 30. Juni 1932 gefaßt werden (§ 1 Abs. 2).

k) Aus der Schutzvorschrift des § 12 ist zu erwähnen, daß die Reichsregierung nicht nur entsprechende Bestimmungen für GmbH. sowie DurchsWD. und allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Durchführung erlassen, sondern auch Ausnahmen zulassen und sogar, soweit sie es zur Erreichung des Zwecks der Vorschriften für erforderlich hält, allgemeine Vorschriften ergänzenden und auch abweichenden Inhalts treffen kann. Damit ist der Reichsregierung eine ganz außergewöhnliche Vollmacht ausgestellt, von der sie aber auch zur Vermeidung von nicht im Sinne der gegebenen Vorschriften liegenden Folgerungen (vgl. die obigen Ausführungen zu § 5 und Flechtheim a. a. O. S. 31) Gebrauch zu machen haben wird.

## V.

Grundsätzlich ist zu den vorstehend erläuterten Bestimmungen zu sagen, daß sie in wohlbedachter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit, der Unternehmungen, der Aktionäre und der Gläubiger den AktG. die Möglichkeit geben, für eine Übergangszeit in erleichterter Form die Folgerungen aus der Wirtschaftskrise zu ziehen. Wird von dem Recht der Bilanzvereinigung in dem Umfang Gebrauch gemacht wie es notwendig ist und wie es der Gesetzgeber erwartet, so ist damit eine der Vorbedingungen geschaffen, die für die Gesundung des Aktienwesens unerlässlich sind.

## Der Erwerb eigener Aktien.

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

Die WD. des RPräs. über Aktienrecht usw. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493) (Novelle) bringt eine neue Regelung für den Erwerb eigener Aktien durch AktG. und KommGes. a. N. Nach § 226 HGB. a. F. sollte die AktG. eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe — mit Ausnahme der Ausführung einer Einkaufskommission — weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Ein dennoch vorgenommener Erwerb war, abgesehen vom Erwerbe von Interimscheinen und nicht vollgezählten Aktien, rechtsgültig. Bei einem verbotswidrigen Erwerbe eigener Aktien und Interimscheine waren die handelnden Vorstandsmitglieder nach § 241 und der AuffR. nach § 249 HGB. der AktG. ersatzpflichtig.

Die Entwicklung der Praxis hat diesen Beschränkungen des Erwerbes eigener Aktien und Interimscheine die Bedeutung fast ganz genommen. Das Verbot des § 226 wurde als „Sollvorschrift“ häufig übertreten, der Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetriebes wurde eng ausgelegt. Mehrfach billigten GenVers. den Ankauf und hoben damit die Ersatz-

pflicht auf, soweit sie von der Gesellschaft geltend gemacht werden konnte. Durch die Novelle erhält § 226 HGB. eine neue Fassung. Das grundsätzliche Verbot des Erwerbes und der Pfandnahme eigener Aktien und Interimscheine wird allgemein, und zwar auch für den nicht regelmäßigen Geschäftsbetrieb, aufgestellt und nicht mehr nur in der Sollform („darf nur erwerben“) ausgesprochen. Die Interessen der AktG., denen der Erwerb eigener Aktien im Einzelfall förderlich sein mag, und die der Gläubiger, die ein solcher Erwerb schädigen kann, sind aber durch Abwägungen des Verbotes gegeneinander abgewogen worden. Es wird in einzelnen besonderen Fällen und in engen Grenzen Ankauf und Pfandnahme zugelassen. Das Verbot wird andererseits auf Tatbestände ausgedehnt, die dem Erwerb von Aktien durch die AktG. wirtschaftlich gleichstehen (Erwerb eines anderen für Rechnung oder unter Kurzgarantie der AktG. und Erwerb durch eine abhängige Gesellschaft).

Für das grundsätzliche Verbot des Erwerbes eige-



ner Aktien waren folgende Erwägungen maßgebend: Die AktG. des deutschen Handelsrechts ist so konstruiert, daß die Gesellschafter in der vollen Höhe des Kapitals an ihr beteiligt sein sollen (§§ 178, 188 ff., 195 Abs. 2, 284 HGB.) und daß das eingezahlte Kapital nicht vor der Befriedigung der Gläubiger an die Aktionäre ausgekehrt werden darf (§§ 213, 227 Abs. 2, 289, 300, 301 HGB.). Diesem leitenden Grundgedanken des Aktienrechts widerspricht ein entgeltlicher Erwerb durch die AktG., bei dem Zahlungen an die Aktionäre, wenn auch nicht in ihrer Aktionäreigenschaft, sondern z. B. als Verkäufer der Aktien, aus dem Vermögen der AktG. geleistet werden. Ferner können durch den Erwerb einzelner eigener Aktien die Aktionäre der übrigen geschädigt werden. — Den Gedanken, daß es systemwidrig ist, wenn eine AktG. ihr eigener Aktionär ist, hat das deutsche Recht seit der Novelle zum HGB. von 1884 nicht mehr konsequent aufrechterhalten, da seitdem ein Erwerb eigener Aktien durch die AktG. unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich zugelassen worden ist.

Verboten ist nach § 226 n. F. grundsätzlich jeder abgeleitete Erwerb eigener Aktien und Interimscheine durch die AktG. Unter Erwerb ist das dingliche Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das die AktG. Eigentümer eigener Aktien wird. Nicht unter die Regelung des § 226 fällt der originäre Erwerb eigener Aktien durch Zeichnung. Deren Unzulässigkeit ergibt sich aus §§ 278 ff. HGB. Das allgemeine Verbot bezieht sich auf den Erwerb schlechtthin, ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft und auf den Zweck des Erwerbes. Verboten ist auch der Erwerb eigener Aktien im Zusammenhange mit einem Kostgeschäft (Report-, Deportgeschäft), obwohl der Hereingebener verpflichtet ist, die Aktien später wieder zurückzuerwerben (vgl. Brodmann, Erl. 4b zu § 226; Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 226; einen Sonderfall behandelt R.D.H.G. 22, 193). Unzulässig ist auch der Erwerb im Zusammenhange mit einem Depotvertrage; eine Aktienbank darf daher eigene Aktien nicht auf Grund des § 2 DepotG. erwerben.

Die Novelle verbietet dem Wortlaut nach den Erwerb als solchen und unterscheidet nicht zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb. Dennoch muß angenommen werden, daß der unentgeltliche Erwerb eigener Aktien — abgesehen von Sonderfällen — der AktG. erlaubt ist. Das Prinzip, daß eine AktG. nicht ihr eigener Aktionär sein kann, ist vom Gesetze nicht anerkannt (siehe oben). Da das Ziel der Bestimmungen der Schutz der Gläubiger und der Aktionäre ist, so muß ein unentgeltlicher Erwerb, aus dem eine Benachteiligung der Gläubiger und der Aktionäre nicht entstehen kann, gestattet sein. Daher wird der unentgeltliche Erwerb voll gezahlter eigener Aktien als zulässig anzusehen sein. Dagegen darf die AktG. nicht vollgezahlte Aktien und Interimscheine auch unentgeltlich nicht erwerben, weil sie mit dem Erwerb den Anspruch auf die Vollzahlung gegen einen Aktionär verliert. Daß der unentgeltliche Erwerb grundsätzlich zugelassen ist, folgt auch aus § 227 Abs. 2 Ziff. 1 (ebenso Flechtheim: BanArch. XXXI, 13).

Verboten ist nur der Erwerb eigener Aktien und Interimscheine. Die AktG. darf von ihr ausgegebene Schuldverschreibungen (vgl. zum Stimmrecht aus eigenen Schuldverschreibungen § 10 Abs. 4 SchuldverschreibG. vom 4. Dez. 1899), Dividendscheine eigener Aktien und eigene Genußscheine erwerben. Sind die eigenen Schuldverschreibungen Wandel- oder Bezugsobligationen, so darf die AktG. allerdings das Wandel- oder Bezugsrecht nicht ausüben.

Von dem grundsätzlichen Verbot des Erwerbes eigener Aktien und Interimscheine sind folgende Ausnahmen zugelassen:

- Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der AktG.
- Erwerb zur Ausführung einer Einkaufskommission,
- Erwerb zur Einziehung.

Zu a. Der Erwerb vollgezahlter und nichtvollgezahlter Aktien und Interimscheine ist zulässig, wenn er zur Abwendung eines schweren Schadens von der AktG. notwendig ist. Diese Ausnahme soll einen Ausgleich zwischen den Interessen der AktG. und denen ihrer Gläubiger herstellen, die durch jeden entgeltlichen Erwerb eigener Aktien

benachteiligt werden können. Droht der AktG. ein schwerer Schaden, so ist zu dessen Abwendung im Interesse der AktG. der Gläubigerschutz, der in dem Verbot des Erwerbes eigener Aktien liegt, in einem bestimmten Umfange eingeschränkt. Der Erwerb ist nur zulässig, wenn er zu dem Zweck vorgenommen wird, einen schweren Schaden abzuwenden. Die AktG. kann aber daneben auch noch andere Zwecke mit dem Erwerbe verfolgen. Der schwere Schaden muß bei objektiver Würdigung nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge als sicher eintretend erwartet werden können, falls die AktG. die Aktien nicht erwirbt. Eine irrtümliche Vorstellung des Vorstandes der AktG. von dem wahrscheinlichen Verlauf der Ereignisse macht den Erwerb nicht zulässig, sie kann nur für die Frage des Verschuldens bei der Ertragspflicht des Vorstandes von Bedeutung sein. Ist der schwere Schaden auf eine andere Weise, die keinen schweren Schaden bringt, abwendbar, dann ist der Erwerb nicht gestattet („zur Abwendung . . . notwendig“). Der Erwerb zur Kurspflege ist im allgemeinen nicht gestattet. Unter regelmäßigen Umständen bringt ein Schwanken oder Absinken des Börsenkurses der Aktien der AktG. noch keinen schweren Schaden. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, z. B. Angebot eines größeren Postens Aktien der AktG. auf dem Markt, das ein erhebliches Absinken des Kurses auslöst und dadurch den Kredit der AktG. wesentlich beeinträchtigt oder den Abschluß einer Anleihe oder eine neue Aktienemission verhindert oder nur zu viel ungünstigeren Bedingungen zuläßt. Zur Abwendung eines schweren Schadens notwendiger Aktienenerwerb ist ferner anzuerkennen, wenn die Aktien sonst von einem anderen erworben würden, der die AktG. mit Hilfe der Aktien schwer schädigen würde, z. B. von einem Konkurrenten oder von einem Syndikat oder einem Syndikatsmitgliede, falls die AktG. außerhalb des Syndikates steht. Ferner kann die AktG. in der Zwangsversteigerung eigene Aktien erwerben, wenn sie sonst einen Ausfall einer Forderung erleiden würde, der für sie einen schweren Schaden enthielte. Liegen diese Voraussetzungen vor, so darf die AktG. eigene Aktien und Interimscheine (die Novelle spricht zwar bei der Begrenzung des Betrages von Interimscheinen nicht ausdrücklich) im Gesamtnennbetrag bis zu einschl. 10% des Grundkapitals erwerben. Die Reichsregierung kann den Hundertsatz vom Grundkapital auch niedriger festsetzen. Sie kann ihn allgemein oder auch nur für einzelne Gruppen von AktG. ermäßigen. Grundkapital bedeutet in diesem Zusammenhange das gesamte Grundkapital, ohne Abzug ausstehender Einzahlungen oder des Betrages von Stimmrechtsaktien, Vorratsaktien oder der Gesellschaft gehörender eigener Aktien. Auf den Höchstbetrag von Aktien, die zur Abwendung eines schweren Schadens erworben werden dürfen, sind die eigenen Aktien, die der AktG. bereits gehören, nicht anzurechnen. Im Satz 1 ist im Gegensatz zu Satz 2 Ziff. 2 des Abs. 1 des § 226 eine Anrechnung solcher eigenen Aktien nicht vorgeschrieben. Eigene Aktien und Interimscheine kann die Gesellschaft zur Abwendung eines schweren Schadens auch dann erwerben, wenn die Aktien nicht voll gezahlt sind. In einem solchen Falle ist nicht der eingezahlte Betrag, sondern der Nennbetrag der zu erwerbenden Aktien auf den Höchstbetrag anzurechnen. Zweifelhaft kann es sein, ob die AktG. zur Abwendung eines schweren Schadens mehrmals Aktien erwerben darf. Das Gesetz hat die Abgrenzung der Interessen der AktG. und der der Gläubiger durch Festsetzung des Höchstbetrages der zu erwerbenden Aktien gezogen. Bei diesem Prinzip kann es keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaft eigene Aktien einmal erwirbt oder ob mehrmals eigene Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens erworben werden. Das Entscheidende ist die Einhaltung des Höchstbetrages. Die AktG. darf daher zur Abwendung eines Schadens mehrmals eigene Aktien erwerben, sofern der Gesamtbetrag der so erworbenen Aktien den Höchstbetrag nicht übersteigt. Auf den Höchstbetrag sind auch die Beträge der eigenen Aktien anzurechnen, an denen die AktG. zur Abwendung eines schweren Schadens ein Pfandrecht erworben oder die sie zu dem gleichen Zweck auf ihre Rechnung übernommen hat oder für die sie eine Kursgarantie eingegangen ist (§ 226 Abs. 3). Dagegen darf die AktG. nicht mehrmals zur Abwendung eines Schadens soviel eigene Aktien erwerben, daß der Gesamtnennbetrag der so erworbenen eigenen Aktien den Höchst-

betrag überschreitet, selbst wenn in jedem einzelnen Fall die Grenze gewahrt ist. Dies würde gegen den die Regelung beherrschenden Grundsatz verstoßen, daß das Gläubigerinteresse nur für einen Erwerb bis zum gesetzlichen Höchstbetrage hinter dem Gesellschaftsinteresse zurücktreten soll (a. A. Flechtheim a. a. O. S. 12). Werden aber zur Abwendung eines Schadens erworbene Aktien eingezogen, so kann die Gesellschaft zur Abwendung eines schweren Schadens aufs neue eigene Aktien bis zum Höchstbetrage erwerben (ebenso Quasimaski: JW. 1931, 2920). Hier ist das Interesse der Gläubiger im Zusammenhange mit der Einziehung (§ 227 Abs. 2 und 4) geschützt. Werden die zur Abwendung eines Schadens erworbenen Aktien wieder veräußert, so ist deren Nennbetrag auf den Höchstbetrag nicht anzurechnen, da der AktG. durch die Veräußerung neue Mittel zugeflossen sind. Dies muß auch gelten, wenn der Veräußerungspreis niedriger ist als der Erwerbspreis, da nach § 226 der Höchstbetrag der zulässigerweise zu erwerbenden Aktien nicht nach dem Erwerbspreis, sondern nach dem Nennbetrag der Aktien zu ermitteln ist.

Zu b. Die AktG. darf in Übereinstimmung mit dem alten Recht vollgezahlte eigene Aktien (nicht: Interimsscheine und nichtvollgezahlte Aktien) erwerben, um damit eine Einkaufskommission auszuführen. Die AktG. erwirbt bei der Einkaufskommission Eigentum an den Aktien, aber für Rechnung des Kommittenten; ein solcher Erwerb ist ungefährlich, da die AktG. als Kommissionärin zur Übertragung auf den Kommittenten verpflichtet ist und gegen ihn einen Anspruch auf den Kaufpreis hat. Tritt die AktG. selbst als Verkäufer ein (§ 400 HGB.), so ist sie auch berechtigt, zur Ausführung ihres Selbsteintritts und damit zur Ausführung der Einkaufskommission, eigene Aktien für eigene Rechnung von einem anderen zu erwerben. Nicht zugelassen ist der Erwerb eigener Aktien zur Ausführung einer Verkaufskommission. Regelmäßig wird der Verkaufskommissionär nicht Eigentümer, er wird es nur dann, wenn er die Kommission durch Selbsteintritt ausführt; dann übernimmt er die Aktien als Käufer. Die AktG. darf daher bei Ausführung einer Verkaufskommission für eigene Aktien nicht auf Grund § 400 HGB. selbst eintreten.

Zu c. Schließlich ist zugelassen der Erwerb vollgezahlter eigener Aktien (nicht: der Erwerb von Interimsscheinen und von nichtvollgezahlten eigenen Aktien) zum Zwecke der Einziehung. Der Nennbetrag der so zu erwerbenden Aktien darf sich höchstens auf 10% des Grundkapitals belaufen. Die Reichsregierung kann den Höchstbetrag auch niedriger festsetzen. Hierfür gilt das unter a. Gesagte. Als Grundkapital gilt ebenso wie zu a. der gesamte Nennbetrag des Grundkapitals. Anders als zu a. mindert sich der Höchstbetrag um den Nennbetrag aller der eigenen Aktien, die der AktG. bereits gehören, gleichviel aus welchem Anlaß sie sie erworben hat, also auch der eigenen Aktien, die die AktG. verbotswidrig oder gemäß a. oder b. oder zur Einziehung erworben hat oder bereits bei Erlass der Novelle hatte. Ferner sind gemäß § 226 Abs. 3 auf den Höchstbetrag die eigenen Aktien anzurechnen, an denen die AktG. ein Vertragspfandrecht hat, ferner Aktien, die einem anderen für ihre Rechnung oder unter ihrer Kursgarantie gehören. Ferner ist auch hier anzurechnen der Aktienbesitz der abhängigen Gesellschaft (§ 226 Abs. 4). Bei anderer Auslegung könnte die Begrenzung des Erwerbes auf den Höchstbetrag durch Einschaltung von abhängigen Gesellschaften leicht umgangen werden (ebenso Flechtheim a. a. O. S. 13). — Die AktG. kann zur Einziehung auch mehrmals eigene Aktien innerhalb der Höchstgrenze erwerben.

Der Erwerb ist nur zulässig, wenn er zum Zwecke der Einziehung vorgenommen wird. Ob dieser Zweck erstreckt wird, hängt von den den Erwerb begleitenden Absichten der handelnden Vorstandsmitglieder ab. Aber selbst wenn der Erwerb nach dem Willen des Vorstandes diesem Zwecke dienen soll, wird er nur dann als vorhanden angesehen, wenn die Aktien spätestens sechs Monate nach dem Erwerbe eingezogen werden. Hat die AktG. vor dem 1. Okt. 1931 eigene Aktien zur Einziehung erworben, so beginnt die Frist von sechs Monaten am 1. Okt. 1931 (Art. XI Abs. 1 Nov.). Geschieht die Einziehung nicht innerhalb der Frist, so treten die gleichen Rechtsfolgen wie bei einem verbotenen Erwerbe ein. Hat die

AktG. mehrmals eigene Aktien zum Zwecke der Einziehung erworben und ist die Frist nur für einen Teilbetrag abgelaufen, so kann die Einziehung für den übrigen Betrag innerhalb der Sechsmonatsfrist erfolgen. Der Restbetrag gilt dann als zulässig erworben. Die Einziehung eigener Aktien ist im § 227, insbes. in dessen Abs. 2 Ziff. 3 in der Fassung der Novelle geregelt. Die Einziehung besteht in einer Handlung des Vorstandes, die den Entschluß, die Aktien einzuziehen, verwirklichen soll. Zur Feststellung des Akties empfielt sich seine Protokollierung. Dem Einziehungsakt muß nach § 227 Abs. 3 ein Beschluß der GenVers. vorhergehen („auf Grund eines Beschlusses der GenVers. . .“). Der Beschluß muß also vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Erwerbe gefaßt werden. Der Zwang zur Einziehung besteht nur für die zur Einziehung erworbenen Aktien, nicht aber auch für andere eigene Aktien, die zwar auf den Höchstbetrag angerechnet werden, aber nicht zur Einziehung, sondern z. B. zur Abwendung eines schweren Schadens, erworben sind. Nach Einziehung der zur Einziehung erworbenen Aktien kann innerhalb der zugelassenen Höchstgrenze ein neuer Erwerb zur Einziehung vorgenommen werden. Auf den Höchstbetrag werden die bereits eingezogenen Aktien nicht angerechnet.

Die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien und Interimsscheine gelten nach § 226 Abs. 3 auch für den Erwerb eines vertraglichen („zum Pfande genommenen“) Pfandrechts an eigenen Aktien und Interimsscheinen. Die AktG. darf ein vertragliches Pfandrecht an ihnen nur erwerben, wenn sie auch an ihnen Eigentum erwerben dürfte. Die beschränkenden Vorschriften gelten dagegen nicht für den Erwerb gesetzlicher Pfandrechte; daher wird z. B. das gesetzliche Pfandrecht einer Aktienbank an Wertpapieren, die sie als Kommissionär in Besitz hat (§ 397 HGB.) durch § 226 nicht berührt. Die Vorschrift gilt auch nicht für den Erwerb eines Pfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung oder für den Erwerb eines Zurückbehaltungsrechts. Von den Ausnahmenvorschriften, nach denen der Erwerb eigener Aktien zugelassen ist, sind auf den Pfanderwerb nur die Vorschriften über den Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der AktG. anwendbar. Für die Errechnung des Höchstbetrages sind die zu diesem Zwecke erworbenen und die zu diesem Zwecke zum Pfande genommenen eigenen Aktien zusammenzurechnen.

Der Erwerb eigener Aktien durch die AktG. ist nach Abs. 3 dem Erwerb von Aktien (nicht von Interimsscheinen) durch Dritte für Rechnung der AktG. oder unter Übernahme der Kursgarantie durch die AktG. gleichgestellt. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist aber wohl nicht der Erwerb durch Dritte dem Erwerb durch die AktG. gleichzusetzen, sondern die Begründung eines Rechtsverhältnisses, nach dem die AktG. den Aktienbesitz eines Dritten auf ihre Rechnung oder nach dem sie für ihn eine Kursgarantie übernimmt. Die AktG. darf also grundsätzlich ein Vertragsverhältnis nicht begründen, nach dem ein anderer für ihre Rechnung Aktien erwirbt oder besitzen soll, und sie darf auch für den Kurs von eigenen Aktien, die einem anderen gehören, keine Garantie übernehmen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie dies vor, bei oder nach dem Erwerb durch den Dritten tut. Soweit der Erwerb eigener Aktien durch die AktG. nach § 226 Abs. 1 zugelassen ist, kann die Gesellschaft auch eine Kursgarantie oder ein Rechtsverhältnis, nach dem die Aktien einem anderen für ihre Rechnung gehören sollen, eingehen. Soweit der Erwerb von eigenen Aktien nach Abs. 1 nur in bestimmten Grenzen zulässig ist, gelten diese Höchstgrenzen auch für die eigenen Aktien, für die die AktG. das Risiko oder eine Kursgarantie übernehmen darf. Erwirbt die AktG. z. B. zur Abwendung eines schweren Schadens eigene Aktien und übernimmt sie auch für solche Aktien eine Kursgarantie, so ist auf den Höchstbetrag der Nennbetrag der erworbenen Aktien sowohl wie der der garantierten Aktien anzurechnen. Erwirbt sie Aktien zur Einziehung, so ist für die Bestimmung des Höchstbetrages nach § 226 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 der Betrag eigener Aktien, die ein anderer für ihre Rechnung besitzt, anzurechnen. Da eigene Aktien, die einem anderen für ihre Rechnung oder unter ihrer Kursgarantie gehören, den der AktG. gehörenden Aktien gleichstehen, so liegt ein Erwerb von eigenen Aktien i. S. des § 226 Abs. 1 nicht vor, falls die AktG. eigene Aktien erwirbt, die vorher einem anderen für ihre Rechnung oder unter ihrer Kursgarantie gehörten.

Auch eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerks-

schaft, auf die eine AktG. oder Aktien-KommGes. einen beherrschenden Einfluß ausübt (abhängige Gesellschaft), ist im Erwerbe und in der Pfandnahme sowie in der Übernahme des Risikos und der Kursgarantie in bezug auf Aktien der beherrschenden Gesellschaft in der gleichen Weise beschränkt wie die herrschende Gesellschaft selbst (§ 226 Abs. 4). Durch diese Vorschrift wird der Begriff der abhängigen Gesellschaft in das Handelsrecht gesetzgeberisch eingeführt. Abhängige Gesellschaft kann nur eine Handelsgesellschaft oder eine bergrechtliche Gewerkschaft sein. Zu den Handelsgesellschaften gehören die OHG. (vgl. Überschrift des 2. Buches des HGB.), die KommGes., die AktG. (§ 210 Abs. 2 HGB.), die KommGes. a. N. (§ 320 Abs. 3 i. Verb. m. § 210 Abs. 2 HGB.) und die GmbH. (§ 13 Abs. 3 GmbHG.). Nicht dagegen können abhängige Gesellschaften i. S. des § 226 Abs. 4 Genossenschaften, Stille Gesellschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sein, die zwar handelsrechtliche Gesellschaften, aber nicht Handelsgesellschaften sind. Gleichgestellt ist den Handelsgesellschaften nur die bergrechtliche Gewerkschaft. Die Beschränkung im Aktien-erwerb usm. gilt für derartige Gesellschaften, die unter den beherrschenden Einfluß einer AktG. oder Aktien-KommGes. stehen. Der beherrschende Einfluß der herrschenden Gesellschaft ist das Kennzeichen für die Abhängigkeit. Die abhängige Gesellschaft muß also in ihrer Willensbildung von der herrschenden Gesellschaft so entscheidend bestimmt werden, daß sie einen Willen ohne Zustimmung der herrschenden Gesellschaft tatsächlich nicht bilden kann. Durch welche Mittel dieses Abhängigkeitsverhältnis hergestellt wird, ist gleichgültig. Das Gesetz nennt die Beteiligung als Beispiel. Die Beteiligung braucht, um das Abhängigkeitsverhältnis herzustellen, nicht immer eine Majorität zu sein. Es kann der Einfluß einer Minderheitsgruppe z. B. dann zu einem beherrschenden werden, wenn die übrigen Beteiligungen so zersplittert sind, daß sie in der GenVers. nicht zur Auswirkung kommen oder wenn sie erfahrungsgemäß in der Versammlung nicht vertreten sind. Es kann das Abhängigkeitsverhältnis auch dadurch hergestellt werden, daß die beherrschende Gesellschaft auf die übrigen Gesellschafter einen entscheidenden Einfluß hat. Die Abhängigkeit kann aber auch auf andere Weise als durch Beteiligung hergestellt werden, z. B. wenn statutarisch (soweit zulässig) oder vertraglich die Zustimmung der herrschenden Gesellschaft zu wichtigen Entschlüssen der abhängigen Gesellschaft notwendig ist oder wenn die Besetzung der Mehrheit des Aufsichtsrates oder der Vorstandsmitglieder an ihre Zustimmung gebunden ist. Der beherrschende Einfluß kann auch dadurch gesichert sein, daß die herrschende Gesellschaft den Umfang der Produktion oder die Preise des Produktes der abhängigen Gesellschaft nach ihrem Ermessen bestimmen kann. Die Abhängigkeit kann auch mittelbar bestehen, z. B. wenn die Gesellschaft A die Gesellschaft B beherrscht und von dieser die Gesellschaft C abhängig ist. Dann ist A von C abhängig. — Dagegen liegt ein Abhängigkeitsverhältnis bei koordinierten Gesellschaften, die sich gegenseitig beeinflussen, sogen. Schwestergesellschaften, nicht vor, z. B. bei Gesellschaften, die gleichberechtigt durch Interessengemeinschaftsvertrag verbunden sind oder die gegenseitig aneinander beteiligt sind.

Die abhängige AktG. wird für den Erwerb von Aktien und Interimscheinen der herrschenden Gesellschaft so angesehen, als bilde sie eine Einheit mit dieser. Sie darf in bezug auf die Aktien der herrschenden AktG. nur die Rechtsgeschäfte schließen, die dieser für ihre eigenen Aktien erlaubt sind. Die abhängige AktG. darf Aktien und Interimscheine der herrschenden AktG. nur dann erwerben oder zum Pfande nehmen, oder Risiko und Kursgarantie für Aktien der herrschenden AktG. übernehmen, wenn es auch die herrschende dürfte. Für die Anwendung der beschränkenden Vorschriften kommt es nicht darauf an, ob der Erwerb der abhängigen Gesellschaft für Rechnung der herrschenden AktG. geschieht; sonst hätte es einer besonderen Vorschrift nicht bedurft (§ 226 Abs. 3 „für Rechnung der Gesellschaft“). Die besonderen Voraussetzungen, an die die Zulässigkeit des Erwerbs nach § 226 Abs. 1 geknüpft ist, müssen beim Erwerb durch die abhängige Gesellschaft bei der herrschenden AktG. gegeben sein. Der schwere Schaden, zu dessen Abwendung der Erwerb zulässig ist, muß der herrschenden, nicht der erwerbenden abhängigen Gesellschaft drohen. Soweit eine zahlenmäßige Begrenzung für den Aktienerwerb nach § 226 Abs. 1 gilt, sind die Aktien

beider Gesellschaften, der herrschenden und der abhängigen zusammenzurechnen; sonst könnten die Vorschriften des § 226 leicht umgangen werden (s. a. Flechtheim a. a. O. S. 13). — Für den Erwerb von Aktien der herrschenden AktG. durch die abhängige zum Zwecke der Einziehung können Schwierigkeiten sich daraus ergeben, daß die abhängige AktG. selbst über die Einziehung nicht bestimmen kann.

Über den abgeleiteten Erwerb von Aktien der herrschenden AktG. hinaus, ist der abhängigen Gesellschaft auch der Erwerb solcher Aktien durch Zeichnung verboten. Der Erwerb auf Grund mittelbaren Bezugsrechtes ist als abgeleiteter Erwerb nach § 226 Abs. 4 Satz 1 verboten.

Die Rechtsfolgen eines verbotswidrigen Erwerbes eigener Aktien betreffen die Wirksamkeit des Erwerbes und die Ersatzpflicht des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Der Erwerb ist verboten, wenn die Voraussetzungen für die Zulässigkeit nicht erfüllt sind oder insoweit die für einen zulässigen Erwerb vorgeschriebenen Höchstgrenzen nicht eingehalten sind. Ein verbotswidriger Erwerb vollgezahlter Aktien ist rechtsgültig (§ 226 Abs. 2). Unwirksam ist der verbotswidrige Erwerb von Interimscheinen und von nicht vollgezahlten eigenen Aktien (§ 226 Abs. 2). Die AktG. wird also nicht Eigentümer der Aktien, der Veräußerer kann ihre Herausgabe verlangen. Diese Grundsätze über die Wirksamkeit des verbotswidrigen Erwerbes eigener Aktien und Interimscheine gelten auch für den verbotswidrigen Erwerb von vertraglichen Pfandrechten an eigenen Aktien und Interimscheinen. Ein entgegen den Bestimmungen erworbenes Pfandrecht an voll gezahlten eigenen Aktien ist rechtswirksam erworben. Unwirksam dagegen ist der verbotswidrige Erwerb von Pfandrechten an Interimscheinen und nicht vollgezahlten eigenen Aktien. Nicht deutlich aus der Fassung der Novelle zu entnehmen ist die Anwendbarkeit des § 226 Abs. 2, falls die AktG. verbotswidrig für Aktien eines anderen Kursgarantie oder Risiko übernimmt. Nach dem Zweck der Vorschrift soll nicht der Erwerb des anderen, sondern die Verlastung der AktG. durch die Kursgarantie und die Übernahme der Aktien auf ihre Rechnung gegenüber dem Erwerber verhindert werden. Die Unwirksamkeit des Erwerbes durch den anderen wäre für den Verkehr nicht erträglich, da der Veräußerer die Vereinbarung zwischen Erwerber und AktG. regelmäßig nicht kennt. Hiernach ist nicht die Wirksamkeit des Erwerbes des anderen nach dem Grundsatz des Abs. 2 zu beurteilen; dieser Erwerb wird stets rechtsgültig sein. Dagegen finden diese Vorschriften Anwendung auf die Vereinbarung, nach der der andere für Rechnung oder unter Kursgarantie der AktG. besigt. Daher ist die verbotene Vereinbarung der Verpflichtung der AktG. unwirksam, wenn sie sich auf nicht vollgezahlte Aktien und Interimscheine bezieht. Unerheblich ist es hierbei, zu welchem Zeitpunkte die AktG. die Verpflichtung übernimmt.

Erwirbt entgegen einem Verbot eine abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden AktG., oder ein vertragliches Pfandrecht an solchen oder übernimmt sie solche Aktien auf ihre Rechnung oder eine Kursgarantie für sie, so gilt für die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte das gleiche, wie wenn sie die herrschende AktG. geschlossen hätte. Die verbotene Zeichnung von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige ist dagegen stets wirksam (§ 226 Abs. 4 Satz 2).

Die Nov. enthält keine Vorschrift darüber, ob eine Verpflichtung einer AktG. wirksam begründet werden kann, eigene Aktien entgegen einem Verbot zu erwerben. Die Frage muß verneint werden. Wäre die Verpflichtung gültig, so müßte der Anspruch gegen die AktG. auf die Abnahme solcher Aktien im Prozeß geltend gemacht werden können. Es würde aber allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechen, daß der Staat die Gerichte und die Organe der Zwangsvollstreckung bereitstellt, um Rechtshandlungen zu erzwingen, die durch Gesetz verboten sind (so auch Quassowski: JW. 1931, 2921). Wird eine solche Verpflichtung aber erfüllt, so bestimmt sich die Wirksamkeit des Erwerbes nach § 226 Abs. 2; ist der Erwerb wirksam, so können weder die Aktien noch die Gegenleistung zurückgefordert werden, ähnlich wie in dem Fall des § 55 BörsenG. Ist er nicht wirksam, so sind Aktien und Gegenleistung kondizierbar.

Die Sicherung des Verbotes des § 226 besteht in der

Erfazpflicht des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Nach bisherigem Recht (§§ 241 Abs. 3 Ziff. 3, 242 HGB.) waren die Mitglieder und die stellvertretenden Mitglieder des Vorstandes der AktG. zum Erfaz verpflichtet, wenn sie für die AktG. eigene Aktien oder Interimscheine oder ein Pfandrecht an solchen verbotswidrig erwerben. Dieser Inhalt der §§ 241 Abs. 3, 242 HGB. ist im § 227a der Nov. mit einer Erweiterung, die die abhängige Gesellschaft betrifft, aufgenommen. Wohl nur irrtümlich ist der § 241 Abs. 3 Ziff. 3 trotz der Einfügung des § 227a durch die Nov. unverändert gelassen. Aus dieser Entstehung des § 227a ist herzuleiten, daß sein Inhalt im Zusammenhange mit dem § 241 auszulegen ist. Daher besteht die Erfazpflicht der Vorstandsmitglieder nur, wenn sie bei dem Erwerbe die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben (§ 241 Abs. 2). Die klagende AktG. hat das Verschulden aber nicht zu beweisen; beweispflichtig ist das Vorstandsmitglied, das sein Verschulden befreit (RG. 98, 100; Brodmann, Erl. 2 zu § 241; Staub-Pinner, Anm. 2 zu § 241). Ein GenVersBefchl., der den Vorstand zu verbotswidrigem Erwerb ermächtigt, entlastet den Vorstand nicht (ebenso Flechtheim a. a. D. S. 14). Hat der Vorstand Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens erworben, diesen aber nur irrtümlich angenommen, so ist er nur erfazpflichtig, wenn er schuldhaft geirrt hat. Hat der Vorstand Aktien zur Einziehung erworben und erfolgt der GenVersBefchl. über die Einziehung nicht oder nicht rechtzeitig, so wird man ein Verschulden nur dann bejahen können, wenn die Vorstandsmitglieder nicht alles Erforderliche für die rechtzeitige Einberufung der GenVers. und die Fassung des Beschlusses getan haben, oder wenn sie nicht davon ausgehen konnten, daß die GenVers. den Einziehungsbefehl fassen wird.

Zu der bereits nach bisherigem Recht strittigen Frage, ob die Erfazpflicht des Vorstandes eine reine Erfazpflicht (so Brodmann, Erläuterung 3b zu § 241) oder eine Schadensersatzpflicht (so Staub-Pinner, Anm. 9 zu § 241) ist, also die Entstehung eines Schadens voraussetzt und sich in ihrer Höhe nach der Höhe des Schadens richtet, hat die Nov. nicht Stellung genommen. Die Erfazpflicht dürfte als Schadensersatzpflicht aufzufassen sein. Beurteilt man sie anders, so bestände neben der Erfazpflicht aus § 227 Abs. 1 die Schadensersatzpflicht nach § 241 Abs. 2, der durch die Nov. nicht geändert ist. — Über den § 241 Abs. 3 HGB. hinaus sind nach § 227a Abs. 1 („oder einer anderen Gesellschaft“) die Vorstandsmitglieder einer abhängigen Gesellschaft zum Erfaz verpflichtet, wenn sie verbotswidrig Aktien der herrschenden AktG. erwerben. Es haftet hier der Vorstand der abhängigen Gesellschaft, nicht der der herrschenden AktG., obwohl dieser in der Regel den Vorstand der abhängigen AktG. zum Erwerb bestimmt haben wird. Dessen Haftung kann sich aber aus allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts ergeben.

Den Erfazananspruch der AktG. aus § 227a (nicht den Anspruch aus § 241 Abs. 2) können auch Gläubiger der AktG. geltend machen, die von dieser Befriedigung nicht erlangen können (§ 227a Abs. 2 i. Verb. m. § 241 Abs. 4). Die Gläubiger verfolgen dann einen Anspruch der AktG., nicht einen eigenen, und es können ihnen dieselben Einwendungen entgegengesetzt werden, die gegen die AktG. erhoben werden könnten; jedoch können sich die beklagten Vorstandsmitglieder nicht darauf berufen, daß die AktG. auf den Anspruch verzichtet hat, z. B. durch Entlastung der GenVers. in Kenntnis des Anspruchs, oder daß der verbotene Erwerb auf einem Beschl. der GenVers. beruht.

Nach § 249 Abs. 2 HGB. haften die Mitglieder des Aufsichtsrates bei Erfüllung ihrer Obliegenheiten für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Werden verbotswidrig eigene Aktien erworben und trifft Mitglieder des Aufsichtsrates hieran ein Verschulden, so haften sie nach § 249 Abs. 2 HGB. Geschehen diese Vorgänge mit Wissen und ohne Einschreiten von Aufsichtsratsmitgliedern, so trifft diese die gleiche Erfazpflicht wie die Vorstandsmitglieder nach § 241 Abs. 3 (Geltendmachung des Erfazananspruchs durch die Gläubiger der AktG.) (vgl. Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 249; Brodmann, Erl. 1 zu § 249; RG.: JW. 1904, 43<sup>15</sup>).

§ 227a Abs. 2 Nov. behandelt nur die Erfazpflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, wenn die Handlungen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten vorgenommen werden. § 249 ist durch die Nov. nicht geändert, obwohl die Vorschrift des § 227a Abs. 2 bereits im § 249 Abs. 3 — abgesehen von dem Sonderfall der abhängigen Gesellschaft — enthalten ist. Da die Nov. die Haftung des Aufsichtsrats nicht mildern, sondern verschärfen soll, so muß geschlossen werden, daß § 227 Abs. 2 nicht eine abschließende Regelung der Erfazpflicht der Aufsichtsratsmitglieder für den Erwerb eigener Aktien enthält, sondern daß daneben die Haftung aus § 249 Abs. 2 für alle Fälle des Verschuldens bestehen bleibt und daß § 227a Abs. 2 nur den erschwerten Fall behandelt, der bisher in dem § 249 Abs. 3 geregelt war.

Das Stimmrecht aus eigenen Aktien der AktG. ruht, gleichviel, ob ihr Erwerb zulässig war oder nicht (§ 226 Abs. 5). Dies war bereits nach dem bisherigen Recht die herrschende Auffassung, die sich aus dem Wesen der AktG. ergibt (RG. 103, 61). Ebenso ruht auch das Stimmrecht aus Aktien, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören. Dies gilt auch für eigene Stimmrechtsaktien, die der AktG. oder einem anderen für ihre Rechnung zuzurechnen. Dagegen kann das Stimmrecht für Aktien ausgeübt werden, deren Kurs die AktG. garantiert hat. Ob das Stimmrecht aus Aktien, die einer abhängigen Gesellschaft gehören, ausgeübt werden kann, darüber ist positiv nichts bestimmt. Die Verneinung der Frage ergibt sich aus der Heranziehung des Entw. 1931, der fast gleichzeitig mit der Nov. erschienen ist. Der Entw. übernimmt § 226 in der Fassung der Nov. unverändert als § 56. Im § 95 Abs. 5 Entw. ist vorgeschlagen, daß das Stimmrecht aus Aktien, für die der Aktionär zugunsten der AktG. oder einer abhängigen Gesellschaft in der Ausübung der Aktienrechte gebunden ist, ruhen soll. Diese Bestimmung muß folgerichtigerweise zur Voraussetzung haben, daß das Stimmrecht aus Aktien, die einer abhängigen AktG. gehören, ebenso ruhen muß, wie das Stimmrecht aus Aktien, die der Gesellschaft selbst gehören. Denn es kann der zugunsten einer abhängigen Gesellschaft gebundene Aktionär in der Ausübung des Stimmrechts nicht schlechter gestellt sein als die abhängige AktG. selbst. Da der Entw. eine Sonderbestimmung über das Ruhen des Stimmrechts der Aktien der abhängigen Gesellschaft nicht enthält, so kann dieser dem § 95 Abs. 5 Entw. zugrunde liegende Gedanke nur aus § 226 hergeleitet werden (a. A.: Flechtheim a. a. D. S. 15). Auch der Dividendenanspruch aus eigenen Aktien, die der AktG. oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, ruht. Über das Bezugsrecht aus solchen Aktien ist nichts bestimmt. Da die AktG. nicht eigene Aktien zeichnen kann, so ruht auch ihr Bezugsrecht.

Schließlich stehen mit dem Erwerb eigener Aktien einige Bestimmungen der Nov. über den Geschäftsbericht und den Jahresabschluß im Zusammenhang. Nach § 260a Abs. 3 Ziff. 2 ist im Geschäftsberichte der Bestand an eigenen Aktien der AktG. anzugeben, die ihr oder einem anderen für ihre Rechnung (nicht unter ihrer Kursgarantie!) gehören. Sind solche Aktien im Laufe des Geschäftsjahres erworben oder veräußert worden, so ist auch im Geschäftsberichte über den Erwerbs- oder Veräußerungspreis und über die Verwendung des Erlöses zu berichten. Die der Gesellschaft gehörenden eigenen Aktien sind unter Angabe ihres Nennbetrages unter dem Umlaufvermögen als besonderer Posten der Jahresbilanz auszuweisen (§ 261 Aa Abs. 1 AIV 5). Diese Angabe ist nicht für die Verpflichtungen der AktG. in bezug auf eigene Aktien vorgeschrieben, die einem anderen für ihre Rechnung oder unter ihrer Kursgarantie gehören. Nicht zugelassen ist, daß die eigenen Aktien etwa auf der Passivseite vom Grundkapital abgesetzt werden können, solange sie nicht eingezogen sind. Die eigenen Aktien dürfen auf der Aktivseite der Bilanz nicht höher als zum Anschaffungspreis oder zum Börsen- oder Marktpreis des Bilanzstichtages, und zwar zum jeweils niedrigeren, bewertet werden. Ihre Bewertung nach den Vorschriften über Anlagens- oder andere Vermögensgegenstände, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind, ist nicht möglich (§ 261 Nr. 2).

# Die „Provision-Doktrin“ — ein Ersatz für die Sicherungsabtretung von Forderungen.

Von Gerichtsassessor Karl Arndt, Berlin, Referent am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin.

Die Sicherungsabtretung von Forderungen ist in Deutschland während der Nachkriegszeit mehr und mehr zu einem Hauptmittel für die Sicherung von Krediten geworden. Häufig taucht die Frage auf, ob und wie im Verkehr mit dem Ausland ähnliche Ziele erreicht werden können. Obwohl Deutschland im wesentlichen Schuldnerstaat ist, ist die Beantwortung solcher Fragen von hohem, praktischem Interesse; denn, um wettbewerbsfähig zu bleiben, muß unser Exporthandel auch jetzt noch in größtem Umfange seinen Abnehmern Kredit gewähren.

Scheinbar ist die Verwertung ausstehender Forderungen zur Kreditaufnahme eine Eigentümlichkeit Deutschlands — rechtlich, denn nur ganz wenige Rechte, besonders die Hollands und der Schweiz, geben überhaupt die Möglichkeit zu ähnlichen Konstruktionen und noch mehr wirtschaftlich, denn selbst in jenen Staaten wird die Sicherungsabtretung zum Teil als ungefunden und unverhältnismäßig kostspielig betrachtet und gemieden<sup>1)</sup>. In der weitaus überwiegenden Zahl von Ländern ist entweder die Regelung der Fession im bürgerlichen Recht derart, daß die in der Regel geheime Sicherungsabtretung nach deutscher Art unmöglich ist (im Gebiet des französischen c. c. und der ihm verwandten Gesetzbücher) oder für die Abtretung zur Sicherung werden, weil man in ihr eine Umgehung der Pfandvorschriften sieht, schwerere Erfordernisse als für die gewöhnliche Fession verlangt (so in Skandinavien, neuerdings in Österreich). Auch das Gebiet des common law kann dem deutschen Recht kaum an die Seite gestellt werden, obwohl grundsätzlich in jenem Rechtsgebiet im equitable assignment ein Rechtsinstitut besteht, das noch freier ist als die deutsche Norm. Doch engen Konkurs-, Aktien- und Abtretungsbesonderheiten dessen Wirksamkeit in einem Maße ein, daß der Ausgangspunkt fast völlig aufgegeben ist. Immerhin kennen die Rechte des britischen Weltreichs meist Formen der Sicherungsabtretung, die ohne Benachrichtigung des Drittschuldners die gewünschte Publizität herstellen (durch Registrierung und ähnliches).

Die Entschiedenheit, mit der in Deutschland von Teilen der Wirtschaft die Notwendigkeit der Sicherungsabtretung betont wird<sup>2)</sup>, legt die Frage nahe, wie es möglich ist, daß die Abtretung von Forderungen in zahlreichen Rechten nicht in der bei uns üblichen Art zugelassen wird, obwohl die Volkswirtschaften, die jene regeln, gegenüber der unseren keine grundlegenden Unterschiede aufweisen. Steht das nicht mit der oft gehörten Behauptung im Widerspruch, daß die Wirtschaft trotz der Fesseln des Rechts dem von ihr als notwendig Erkanntem auch Eingang in das Recht verschafft? Gibt es aber wirklich nichts unserer Sicherungsabtretung Ähnliches im Ausland, so wäre das eine beachtliche Widerlegung des in Deutschland gebrauchten Arguments von der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Sicherungsabtretung. Eingehenderes Studium der Fragen zeigt nun, daß der

erste Eindruck von der Rechtslage im Ausland falsch ist, der sich ergibt, wenn man nur das bürgerlich-rechtliche Institut der Abtretung berücksichtigt. Obwohl in Österreich, Skandinavien und dem britischen Weltreich die Abtretung von Forderungen ähnlich leicht möglich ist, wie in Deutschland, haben Praxis oder Sondergesetzgebung die Sicherungsabtretungen oder doch die wichtigsten Fälle unter ihnen anderen schwereren Voraussetzungen unterworfen. Im Gegensatz dazu zeigt sich bei manchen Rechten des romanischen Rechtskreises, daß trotz der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die die Erzielung der den deutschen Sicherungsabtretungen eigenen Wirkungen unmöglich machen, ein Institut besteht, das mit anderen juristischen Mitteln die gleichen Wirkungen herbeizuführen gestattet, die die Sicherungsabtretung der deutschen Wirtschaft so unentbehrlich machen. Von dieser Möglichkeit, der provision-Doktrin, soll im folgenden die Rede sein<sup>3)</sup>.

Bei einer Untersuchung darüber, ob die erwähnte provision-Doktrin als Ersatzmittel der Sicherungsabtretung Dienste leisten kann, ist zunächst festzustellen, worin die Eigenarten der sog. Sicherungsabtretung liegen, die das Institut so beliebt gemacht haben; anschließend ist zu prüfen, inwieweit die provision-Lehre gleiche Wirkungen herbeizuführen gestattet. Mir scheinen jene Eigenarten in folgendem zu liegen:

1. Die Verwendung der Forderung als Kreditgrundlage geschieht in einer Weise, daß in der Regel, d. h. bei einer planmäßigen Abwicklung des Kredites, nur der Zedent und der Fessionar von dem Geschäft erfahren.

2. Die Sicherungsabtretung erlaubt ohne Schwierigkeiten den Austausch einer Sicherungsforderung gegen eine andere und beeinträchtigt deshalb den Geschäftsbetrieb des Zedenten wenig.

3. Der Fessionar kann seine Sicherheit dadurch erhöhen, daß er (vertragsgemäß oder nicht gilt gleich) dem Drittschuldner von der Fession Mitteilung und ihm dadurch die befreiende Leistung an den Zedenten unmöglich macht.

4. Auch wenn er das nicht tut, wirkt die Fession gegenüber allen Dritten, insbesondere kann der Fessionar a) gegenüber pfändenden Gläubigern des Zedenten mit Erfolg die Interventionsklage erheben und b) im Konkurs des Zedenten mit Erfolg Ansprüche des Konkursverwalters abwehren.

Wie weit die mannigfachen Formulare, die in der deutschen Praxis üblich sind, geeignet sind, alle diese Ziele rechtlich wirksam zu erreichen, braucht hier nicht erörtert zu werden. Welche Gefahren für die Rechtswirksamkeit die regelmäßige Nichtnotifikation und die Möglichkeit des Forderungstausches in sich bergen, weiß der juristische Wirtschaftsberater.

Es ist sicher, daß ein Institut, das die erwähnten Hauptvorteile der Sicherungsabtretung ermöglicht, ohne der Gefahr ausgesetzt zu sein, für unwirksam erklärt zu werden, für den kreditgebenden Bankier oder Kaufmann von größtem Wert ist. Die provision-Doktrin ist ein solches Rechtsinstitut; um so erstaunlicher ist es, daß die Beziehungen zwischen beiden Rechtsinstituten (nicht die juristische, sondern die wirtschaftliche Gleichwertigkeit) bisher kaum erwähnt worden sind. Vielleicht mag dies darauf zurückzuführen sein, daß anscheinend überall da, wo die leicht zu bewerkstelligende Sicherungsabtretung möglich ist, die provision-Doktrin un-

<sup>3)</sup> Zuvor sei aber noch hervorgehoben, daß auch die andere erwähnte Verwertung der Rechtsvergleichung, nämlich zur Unterfützung der Behauptung von der Entbehrlichkeit der Sicherungsabtretung, möglich ist. Denn es gibt Rechte, denen weder eine Sicherungsabtretung noch irgendein Ersatzinstitut dafür bekannt ist. Hierher zählt in erster Linie Italien, wo eine Verwertung von Forderungen als Kreditgrundlage nach der gleich näher zu erörternden Art der deutschen Sicherungsabtretung nicht möglich ist. Besonders auffällig ist dabei, daß nach mir gewordenen Mitteilungen italienischer Juristen dort dieser Rechtszustand keinesfalls als Mangel empfunden wird.

Literatur: 1. In deutscher Sprache die Monographie von Hirsch, Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht (1930) (die eingehendste Darstellung); (Kürzer:) Wahl, Die französische Wechselprovisionslehre: *Äusl.-Int.Pr.R.* 4, 405. 2. In französischer Sprache Adatto, De la propriété de la lettre de change; François, De la propriété de la provision en matière de lettre de change (1930); Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* IV, 5. Aufl., Nr. 159 ff.; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7. Aufl., Nr. 1419 ff.; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial* II, 3. Aufl., Nr. 1235 ff.; Lacour, Quelques observations sur la provision en matière d'effets de commerce: *Annales de Droit Commercial* 40, 1 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. für die Schweiz: Neue Zürcher Zeitung Nr. 1532 vom 6. Aug. 1930 und für Österreich (wo früher die Sicherungsabtretung in der deutschen Gestalt anerkannt wurde) Ham-burger, Das Recht auf die Deckung bei der nichtakzeptablen Tratte, 39 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. z. B. schon den Geschäftsbericht von 1908 der früheren Mitteldeutschen Treuhand-WktG., zit. b. Obst, Die nichtakzeptable Tratte: *BfS-WissuSPrag.* 1913/14, 131.

bekannt ist, und da, wo sie bekannt ist, jene rechtlich unmöglich ist<sup>7)</sup>.

In der Nachkriegszeit hat, soweit ich sehe, im juristischen Schrifttum<sup>8)</sup> niemand auf die Ähnlichkeit der Wirkungen beider Institute hingewiesen, die sich bei einer Verwertung von Forderungen zur Sicherung von Krediten zeigen. Auch in der Vorkriegszeit scheint nur ganz vereinzelt im Ausland die Vergleichbarkeit beider Institute erörtert zu sein. Es ist nicht auffällig, daß dies gerade in Ländern geschah, die uns auf dem Wege der Verbreitung der Sicherungszeption vorausgegangen sind, nämlich in Holland und Österreich<sup>9)</sup>. Auch die in der Nachkriegszeit einsetzende internationale Beschäftigung mit dem provision-Begriff, die z. T. auf die französische Gesetzgebung von 1922 zurückzuführen ist, führte nicht dazu, beide Institute in Parallele zu setzen. Die umfassendste Monographie über die provision-Doktrin, das Buch von Hirsch, *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht* (1930), gedenkt z. B. dieser Vergleichsmöglichkeit nirgends<sup>10)</sup>.

Unter provision im wechselrechtlichen Sinne wird mehrerlei verstanden. Zunächst das, was man im deutschen Recht Deckung nennt, also die Mittel, die der Aussteller dem Bezogenen zu leisten hat, um ihn zur Einlösung der Wechsel instand zu setzen. Das mögen auch Waren sein. Die provision hat aber noch eine engere, hier allein in Betracht kommende Bedeutung. Hirsch definiert sie folgendermaßen: „Die ‚provision‘ ist die von der französischen Rechtsordnung mit besonderen Wirkungen für die Rechte und Pflichten der am Wechselumlauf beteiligten Personen ausgestattete Geldforderung des Ausstellers gegen den Bezogenen, die mit der Wechselziehung in Verbindung gebracht werden kann.“ Im allgemeinen wird von der der Wechselziehung zugrunde liegenden Forderung gesprochen; ein ausdrücklich bei der Begebung vorhandener Zusammenhang zwischen Kundenforderung und Wechselausstellung braucht aber nicht vorzuliegen, weder bedarf es der Kennzeichnung der provision-Forderung im Wechsel noch einer Abrede zwischen irgendwelchen der beteiligten Personen<sup>11)</sup>. Das zeigt schon die Tatsache, daß der Aussteller nach der Wechselbegebung die provision noch eigenmächtig zurückziehen oder austauschen (s. u.) und daß eine provision auch erst nach Wechselbegebung entstehen kann<sup>12)</sup>.

Bevor auf die besonderen Wirkungen näher eingegangen wird, muß schon hier betont werden, daß es nicht eine

provision-Doktrin gibt, sondern daß die provision-Doktrin in den verschiedenen Staaten, wo der Begriff bekannt ist, auch verschiedene Form hat<sup>13)</sup>. Auch haben ihn nicht etwa alle als romanische bezeichneten Rechtsordnungen: der italienische *Codice di commercio* und die von ihm abhängigen Gesetzbücher kennen den provision-Begriff nicht, und in den übrigen romanischen Staaten sind die Unterschiede der Ausgestaltung sehr beträchtlich, unterscheidet sich doch z. B. der französische Begriff von dem des sonst nahe verwandten belgischen Rechts wesentlich<sup>14)</sup>.

Der Begriff der provision ist in Frankreich im wesentlichen von der Rechtsprechung ausgebildet worden. Der Code de commerce enthielt in seiner ursprünglichen Fassung zwar das Wort, sagte aber nichts über die Wirkungen einer provision im engeren Sinn. Nach Art. 116 Abs. I:

„Il y a provision, si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change.“

Wie oft bei wichtigen durch die Rechtsprechung geschaffenen Neuerungen war die Rechtslage im einzelnen nicht ganz klar (ähnlich steht es, wie oben erwähnt, mit der deutschen Sicherungsabtretung, über die, obwohl viel tausendfach angewandt und sehr oft Gegenstand richterlicher Erkenntnisse, doch keineswegs zweifelloser Rechtsfälle bestehen). Durch Ges. v. 8. Febr. 1922 sollten die bisher in der Rechtsprechung ausgebildeten Sätze in den Code de commerce eingefügt werden. Dies geschah durch die Aufnahme des folgenden Abs. II zu Art. 116:

„La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change.“

Nicht alle Zweifel, die die bisherige Rechtsprechung offen ließ, sind damit gelöst. Doch sind die Punkte, in denen wir die Hauptvorteile der Sicherungsabtretung für die Praxis erkannten, bei der provision-Doktrin zweifellos geklärt. Die bloße Übertragung des nicht akzeptierten Wechsels bewirkt, auch wenn der Bezogene nicht davon erfährt, den Übergang der zugrunde liegenden Forderung auf den Inhaber<sup>15)</sup>. Wie es ist, wenn dem Aussteller keine Forderungen gegen den Bezogenen zustehen, wie wenn der Aussteller Wechsel in höherem Betrage zieht, als er Forderungen gegen den Bezogenen hat, braucht nicht näher erörtert zu werden, da bei der Sicherungsabtretung, wie sie heute in Deutschland, z. B. von kreditgebenden Banken geübt wird, der Sicherungsgeber sich in irgendeiner Weise vergewissert, daß die abzutretenden Forderungen auch wirklich bestehen. Zieht der Aussteller Wechsel über eine höhere Summe, als provision vorhanden ist, so geht nach herrschender Ansicht auch das Gläubigerrecht an dieser Forderung auf den Inhaber über<sup>16)</sup>, so daß die Wirkung die gleiche ist, wie wenn der deutsche Sicherungsnehmer eine Forderung abtritt, die nicht in der ganzen angegebenen Höhe besteht, und auch bei der Ausstellung von mehr Wechseln, als die vorhandene provision gestattet, kommt die französische Rechtslehre und Rechtspraxis zu einem Ergebnis, das in Deutschland durch die Anwendung der §§ 408 und 407 BGB. erzielt wird: Gläubiger der provision wird der Inhaber solcher Wechsel, bei deren Begebung dem Aussteller noch provision zustand. Doch wird der Bezogene geschützt, wenn er nach Erschöpfung der provision begebene Wechsel akzeptiert hat<sup>17)</sup>.

Erster Vorzug der Sicherungsabtretung ist, wie oben ausgeführt wurde, die Möglichkeit, insgeheim durch Vertrag

<sup>13)</sup> Mißverständnisse in dieser Richtung z. B. in der (sonst z. T. sehr verdienstvollen) Studie von Leo Hamburger, *Das Recht auf die Deckung bei der nichtakzeptablen Tratte*, S. 6 Anm. 12 u. 6.

<sup>14)</sup> Vgl. die Darstellung bei Hirsch a. a. O. S. 104 ff. Doch lassen sich, soweit ich sehe, auch mit dem belgischen Institut Wirkungen erzielen, die denen der Sicherungsabtretung ähneln.

<sup>15)</sup> Mit Hirsch a. a. O. S. 51 ff. ist anzunehmen, daß der Übergang erfolgt, gleichgültig, ob das Wechselrecht durch Indossament, Zession, bloße Willensübereinstimmung (bei Blankowechsel) oder anderes auf den Inhaber übergeht.

<sup>16)</sup> Lyon-Caen et Renault, *Traité IV*, 5. Aufl., Nr. 165; Cour de Rouen v. 1. Dez. 1854 (Sirey 1856, 2, 692) = Dalloz 1855, 2, 122).

<sup>17)</sup> Lyon-Caen et Renault a. a. O. Nr. 181; Cour de Rouen v. 15. Jan. 1857, Sirey 1857, 2, 566; Nîmes v. 18. April 1855; Sirey 1855, 2, 488; vgl. aber auch Bédarride, *De la lettre de change*, 2. Aufl., I, Nr. 165.

<sup>7)</sup> Allerdings muß vor dem Irrtum gewarnt werden, daß entweder das eine oder andere Institut in allen Ländern bekannt sei; das widerlegt schon das erwähnte Beispiel Italiens.

<sup>8)</sup> Wertvolle Hinweise da lege ferenda für das deutsche Recht in dem privatwirtschaftlichen Werk von Obst, *Das Bankgeschäft I*, 9. Aufl., 349 ff. — einem Vorkämpfer für die Einführung der nichtakzeptablen Tratte mit Übergang der zugrunde liegenden Forderung. Über die rechtsvergleichenden Ausgangspunkte dieser Reformbewegung vgl. Hirsch, *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht* S. 117 ff. sowie den Schluß dieser Arbeit.

<sup>9)</sup> Leise Andeutungen des Zusammenhangs bei Mas, *Discontierung von boekvordering in De Economist* 1913, 849 ff. und Janzen, *Het Middenstandsbankwezen in Nederland* (2) 111. Eingehender werden Vorteile und Nachteile der beiden Institute verglichen in der Monographie von Leo Hamburger, *Das Recht auf die Deckung bei der nichtakzeptablen Tratte*; darunter versteht Hamburger eine Tratte, in der der Aussteller eine bestimmte von ihm auf einen Kaufmann als Bezogenen ausgestellte Rechnung erwähnt und bei der der Bezogene als Zessionar der so bezeichneten Forderung gilt. Die Vorschläge (für diese nach der Ansicht Hamburgers mit dem französischen Rechtszustand übereinstimmenden Regelung) unterfützt die Hamburger'sche Arbeit, indem sie ihre Vorteile gegenüber dem einfachen „Buchforderungszeskompte“ preist. — Vgl. ferner Obst: *ZfW* 1913/14, 131 sowie Adler, *Bankpolitische Aufsätze* 5 ff.

<sup>10)</sup> Auf S. 76 f. wird allerdings die Rechtslage (in Frankreich) bei der Ausstellung mehrerer Wechsel in einem Betrage, der die provision übersteigt mit der (in Deutschland) bei der Abtretung höherer Beträge, als der Zessionar Forderungen an den Zedenten hat, in Parallele gesetzt. Das ist aber nur ein Einzelbeleg für die allgemein von Hirsch nicht hervorgehobene wirtschaftliche Gleichwertigkeit beider Institute. (Vgl. auch S. 117 f.)

<sup>11)</sup> Vgl. Cour de Rouen v. 24. April 1845; Sirey 1847, 2, 75.

<sup>12)</sup> z. B. Lacour-Bouteron, *Précis de Droit Commercial II*, 3. Aufl., Nr. 1236

zwischen Zedent und Zessionar den Übergang einer Forderung zu bewirken. Nach dem Wortlaut des Art. 116 Abs. 2 scheint dies auch die Folge einer jeden Wechselbegebung und Indossamentierung zu sein. In Deutschland hat man denn auch diesen Schluß gezogen<sup>18)</sup>. Es wird ausgeführt, daß die Wirkung, die anerkanntermaßen die Begebung des Wechsels hat, nicht anders als durch den Übergang des gegenwärtigen Gläubigerrechts auf den Nehmer logisch erklärt werden könne. Das ist richtig; doch darf man nicht vergessen, daß die logisch zwar nicht erklärbare französische Auffassung eine andere ist, mögen auch praktische Unterschiede zwischen beiden Konstruktionen kaum aufführbar sein. Nach französischer Auffassung ist das, was der Wechselinhaber vor der Fälligkeit des Wechsels erwirbt, ein Recht an der eventuellen (nämlich bei Fälligkeit vielleicht vorhandenen) Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen. Begründet wird dies damit, daß nach Art. 116 Abs. 1 provision die zur Zeit der Fälligkeit des Wechsels bestehende Forderung ist<sup>19)</sup>. Das wollte der Gesetzgeber von 1922 sanktionieren<sup>20)</sup>, und so konstruieren Rechtsprechung und Rechtslehre noch jetzt<sup>21)</sup>. Außerlich erscheint dieser Unterschied vom deutschen Recht der Sicherungsabtretung groß. In der Wirkung ist er kaum zu verspüren, denn in allen wesentlichen Wirkungen wird dem Recht des Inhabers Gegenwert beigegeben: es steht wirksamer Pfändung durch Gläubiger des Ausstellers im Wege, im Konkurs des Ausstellers gehört die provision-Forderung nicht zur Masse, und eine Mitteilung des Wechselinhabers an den Bezogenen kann alle Wirkungen eines Übergangs eines gegenwärtigen Rechts herbeiführen; auch der Tod des Ausstellers ist ohne Einfluß auf das Recht des Wechselinhabers<sup>22)</sup>. Der französische Wechelaussteller kann also bis zur Fälligkeit des Wechsels über die provision verfügen. Zieht er sie ein, so entzieht er sie damit dem Inhaber; nicht reicht zur Herbeiführung dieser Wirkung aber aus, wenn er dem Bezogenen nur gebietet, die provision zu seiner (des Ausstellers) Verfügung zu halten. Zahlt in solchem Falle der Bezogene (der den Wechsel nicht angenommen hat) entgegen dem Gebot an den Inhaber, so ist er befreit<sup>23)</sup>. In beiden Punkten ist also der Unterschied gegenüber dem deutschen Recht nur gering. Auch bei uns kann der Zedent von dem Drittschuldner, dem die Abtretung unbekannt ist, Zahlung erlangen (obwohl er es nicht dürfte); im Gegensatz zum französischen Recht erlischt bei uns die Möglichkeit zu befreiender Leistung an den Zedenten aber schon dann, wenn der Schuldner irgendwie von der Zession Kenntnis erlangt (§ 407 BGB.), während in Frankreich dazu Mitteilung durch den Zessionar notwendig ist.

Der zweite Punkt, in dem wir oben den Grund für die Beliebtheit der Sicherungsabtretung erblickten, ist die leichte Austauschbarkeit der Forderungen. Es erhellt ohne weiteres, daß dies auch bei der Hingabe eines Kundenwechsels möglich ist. Noch dazu ist hier kein Einwand zu befürchten<sup>24)</sup>, der die Gültigkeit einer solchen Transaktion in Zweifel stellen könnte. Wenn man in Deutschland (m. E. zu unrecht) die Ernstlichkeit der Übertragung vielleicht verneinen kann, wenn der Sicherungsgeber das Recht erhält, Zug um Zug gegen

die neue Abtretung die eingezogenen Beträge der bisher abgetretenen Forderungen für sich zu behalten, so entfällt dies Bedenken gerade wegen des soeben erwähnten Unterschiedes der französischen Konstruktion gegenüber der deutschen. Denn nach französischer Auffassung hat ja schon ohne besondere Abrede der Aussteller des Wechsels ohne Rücksicht auf das Recht des Inhabers die Macht und das Recht, die provision zurückzuziehen, da sie erst bei Fälligkeit vorhanden sein muß. Auch steuerlich ist übrigens die Auswechslung von Forderungen nicht allzu kostspielig, da der Wechselsteuersatz von 1½/100<sup>25)</sup> nicht übermäßig hoch ist.

Auch der dritte Vorzug der Sicherungsabtretung ist der Sicherung durch die provision eigen: die Möglichkeit, daß der Sicherungsnehmer die bisher nur ihm und dem Sicherungsgeber bekannte Sicherung dem Drittschuldner bekanntmacht und dadurch verhindert, daß dieser weiter an den Sicherungsgeber schuldbeitreitend leisten kann. Obwohl nach französischer Auffassung auf den Wechselnehmer nur ein Recht auf das bei Fälligkeit des Wechsels vielleicht vorhandene, also eine bedingte Forderung übergeht, ist dem Inhaber die Möglichkeit gegeben (ohne daß irgendwelche weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müßten, wie etwa Unsicherheit des Ausstellers), das bedingte Recht zu fixieren und dem Aussteller die Macht zu weiterer Verfügung zu nehmen. Dazu braucht er weiter nichts zu tun, als dem Bezogenen die Leistung an den Aussteller zu verbieten<sup>26)</sup>. Erstaunlich ist nun, daß weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtslehre Klarheit darüber besteht, wie ein derartiges Verbot zu geschehen hat. Es fehlt jede Andeutung darüber, wie der verbietende Wechselinhaber sich zu legitimieren hat, und es findet sich keine eindeutige Antwort auf die Frage, in welcher Form das Verbot geschehen muß. Die Entscheidungen sprechen teils von einer signification<sup>27)</sup>, teils von einer opposition<sup>28)</sup>, setzen sie in Gegensatz zu der durch den Gerichtsvollzieher erfolgenden saisie-arret. Die Schriftsteller reden gar nur von einer demande<sup>29)</sup> oder einem faire savoir<sup>30)</sup>, die die oben erwähnte große Wirkung haben sollen<sup>31)</sup>. Es scheint, als wenn durch die Gegenüberstellung mit der saisie-arret die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Gerichtsvollziehers verneint werden soll<sup>32)</sup>. Wahrscheinlich ist die Frage deshalb in Frankreich nie klar beantwortet worden, weil die weite Verbreitung von Urkundenformen sowie wohl auch der Gedanke an die zivilrechtliche Abtretung, zu deren voller Wirkung die durch den Gerichtsvollzieher erfolgende Benachrichtigung des Drittschuldners notwendig ist, dazu geführt haben, die formelle Benachrichtigung des Bezogenen als selbstverständlich zu betrachten<sup>33)</sup>. Jedenfalls wird man dem deutschen Sicherungsnehmer, der die provision in der erwähnten Weise fixieren will, die Hinzuziehung eines Gerichtsvollziehers dringend anraten müssen, da nur sie ihn bestimmt sichert.

Völlige Übereinstimmung der Sicherungsabtretung mit ihrem vorgeschlagenen Erfaß herrscht aber in dem oben

<sup>25)</sup> Magnus, Tabellen zum internationalen Recht IV, Wechselrecht, S. 107.

<sup>26)</sup> Cass. v. 11. Mai 1853: Sirey 1853, I, 401 und vom 11. Juni 1858: Sirey 1858, I, 807; Lyon-Caen et Renault a. a. O. Nr. 178 bis; Lacour et Bouteron a. a. O. Nr. 1246.

<sup>27)</sup> Cass. v. 1. Juni 1858 a. a. O. (signifier . . . une simple défense de se dessaisir . . .).

<sup>28)</sup> Cass. v. 11. Mai 1853 a. a. O. und Anm. dazu von G. Massé.

<sup>29)</sup> Lacour et Bouteron a. a. O. und Nr. 1244 (averti).

<sup>30)</sup> Lyon-Caen et Renault a. a. O.; in der 4. Aufl. Nr. 185 schienen Lyon-Caen et Renault sogar anzunehmen, daß bloße Kenntnis des Bezogenen von der Begebung die Aufrechnung hindere.

<sup>31)</sup> Hirsch a. a. O., S. 56, behandelt die Zweifel nicht. Er spricht von der dem Inhaber durch die Gerichte gegebenen Empfehlung „Kenntnis zu geben und abzufordern . . .“. Ähnlich Hamburger a. a. O. S. 16, 18.

<sup>32)</sup> Nach Tribunal de Commerce de Marseille v. 14. Nov. 1924 (Jurisprudence maritime 1926, 158) scheint eingeschriebener Brief auszureichen.

<sup>33)</sup> Wahl: ZAuslZntPrR. 4, 409, nimmt an, daß aus den Entsch. der Cour de Cassation das Erfordernis der amtlichen Zustimmung folge.

<sup>18)</sup> Hirsch a. a. O. S. 57 ff. und 118, anscheinend ebenso: Juris-Classeur Commercial Art. 115—117 Nr. 40, 41. Nicht zutreffend ist die Behauptung Hirschs S. 118, diese seine Auffassung sei heute in Frankreich herrschend. Sie ist mit den Ausführungen S. 57 nicht zu vereinen und wird durch die in Anm. 21 Zitierten widerlegt. Für Hirsch könnte man vielleicht anführen: Tribunal de Commerce de Marseille v. 14. Nov. 1924: Jurisprudence Maritime 1926, 158. — Richtig: Wahl: ZAuslZntPrR. 4, 408.

<sup>19)</sup> Lyon-Caen et Renault a. a. O. IV, 5. Aufl., Nr. 178 bis.

<sup>20)</sup> Vgl. Mater: Revue du droit bancaire 1926, 154.

<sup>21)</sup> Cass. v. 19. Nov. 1928: Sirey 1929, I, 142; Trib. de Commerce de Toulon v. 11. März 1929: Gaz. Pal. 1929, I, 2, 667 (= Revue du droit bancaire 1929, 364); Lyon-Caen et Renault a. a. O.; Thaller et Perceorou a. a. O. Nr. 1452; Mater: Revue du droit bancaire 1926, 206; vgl. auch Lacour et Bouteron a. a. O. Nr. 1244 ff.

<sup>22)</sup> Rouen v. 20. Aug. 1845 (Sirey 1846, 2, 255).

<sup>23)</sup> Tribunal de Commerce de Toulon v. 11. März 1929 a. a. O.

<sup>24)</sup> Wie er gegen die betreffende Abrede bei der Sicherungsabtretung in Deutschland erhoben worden ist.

unter 4a erwähnten Punkt: im Streit mit einem pfändenden Gläubiger des Ausstellers siegt der Wechselinhaber auch dann, wenn er die oben erörterte Anzeige nicht gemacht hat<sup>34</sup>). Dies ist namentlich deshalb erstaunlich, weil der Aussteller selbst ja vorerst zum *retrait de la provision* ermächtigt ist; grundsätzlich können aber nach Art. 1166 c. c. die Gläubiger die Rechte ihres Schuldners ausüben. Die französische Praxis scheint das Verfügungsrecht des Ausstellers als ein höchst persönliches aufzufassen<sup>35</sup>).

Ebenso ist die Übereinstimmung zwischen den beiden Instituten im Konkurs vorhanden (4b). Gerade für den Fall des Konkurses ist von der Rechtsprechung die eigenartige Konstruktion des Übergangs der provision gewählt worden. Für diese dem Sicherungsnehmer sicher wichtigste Möglichkeit zur Bewahrung seiner Sicherheit herrscht in Literatur und Judikatur völlige Übereinstimmung der Meinungen<sup>36</sup>). Dabei kommt es nicht einmal darauf an, ob zur Zeit der Fälligkeit und der Konkursöffnung die provision schon eine Geldforderung war; hatte der Bezogene Waren erhalten, die er für den Aussteller verkaufen sollte, so reicht es aus, wenn diese Deckung (auch sie wird bekanntlich *provision* genannt) zur Zeit der Fälligkeit und vor dem Konkurs<sup>37</sup>) in den Händen des Bezogenen ist; die durch einen späteren, aber vor Konkursöffnung stattfindenden Verkauf entstehende Geldforderung, die eigentliche provision im Sinne Hirsch's, gehört dann nicht in die Konkursmasse, sondern dem Wechselinhaber.

Wenn man prüft, in welchen Punkten sich das hier vorgeschlagene französische Ersatzmittel für unsere Sicherungsabtretung vom deutschen Rechtsinstitut unterscheidet, so findet man deren zwei: die notwendige Einschaltung des Wechsels und die nach dem Sicherungsgeschäft dem Sicherungsnehmer vorerst gegebene Verfügungsfreiheit. Verschiedentlich hat man geglaubt, auch diese beiden, wie mir scheint — nicht sehr bedeutenden, Unterschiede weitgehend beseitigen zu können<sup>38</sup>). Zwar kann der Wechsel nicht ganz entbehrt werden, aber man dachte, ihm wenigstens dadurch etwas von seiner vielleicht unbeliebten Schärfe zu nehmen, daß man die Vorlegung zum Akzept verbot. So erfuhr der Drittschuldner im Normalfall nichts davon, daß ein Wechsel auf ihn gezogen war. Besonders erwünscht wird dies dann sein, wenn der Sicherungsgeber den Wechsel aus der Hand gibt, bevor das provision erzeugende Kaufgeschäft abgewickelt ist. Nun werden aber nach französischem Recht die Inhaber nicht-akzeptabler Tratten erst nach allen anderen Wechselinhabern aus der vorhandenen provision befriedigt<sup>39</sup>). Dem wollte man durch eine Verbindung der nichtakzeptablen Tratte mit der sog. *affectation spéciale* entgegen. Unter *affectation spéciale* wird die besonders enge Verbindung einer provision mit einem Wechsel verstanden. Liegt sie vor, so fehlt dem Inhaber unter allen Umständen die Verfügungsbefugnis und -macht über die provision. Nicht so sicher ist, wie die *affectation spéciale* zu geschehen hat. Ihr Hauptfall ist die sog. Dokumententratte. Es scheint aber, als ob auch schon die Erwähnung der als provision bestimmten Forderung auf dem Wechsel, ja schon die bloße Abrede zwischen Aussteller und Nehmer, zu solcher Widmung ausreicht. Die Zustimmung des Drittschuldners, von der verschiedentlich gesprochen

wird<sup>40</sup>), dürfte nur notwendig sein, um ihm die Möglichkeit zu schuldbefreiender Leistung an den Sicherungsgeber zu nehmen; sie bildet aber kein Erfordernis für den Verlust der Verfügungsbefugnis durch den Aussteller<sup>41</sup>).

Den erwähnten Ausführungen ist Hirsch (S. 117 ff.) scharf entgegengetreten. Es sei hier eine nach französischer Auffassung unmögliche Verbindung geplant; eine nicht-akzeptable Tratte mit *affectation spéciale* sei ein Widerspruch in sich, da für das eine Institut der sofortige Verlust des Verfügungsrechts des Ausstellers, für das andere aber sein Weiterbestehen wesentlich sei.

Für keine der Ansichten finden sich sichere Belege in der französischen Literatur. Daraus dürfte folgen, daß das propagierte Rechtsinstitut in Frankreich kaum Bedeutung hat. Andererseits ist die Argumentation Hirsch's anfechtbar: zum Wesen der nichtakzeptablen Tratte gehört keineswegs, daß der Aussteller weiter zur Einwirkung auf die provision berechtigt bleibt. Die grundlegende Entscheidung des Kassationshofes sagt ausdrücklich, daß diese Konstruktion auf einer für das Kassationsgericht bindenden Auslegung des Willens von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer beruhe; daraus folgt also, daß eine solche Konstruktion keineswegs der Klausel wesensnotwendig ist<sup>42</sup>). Auch das Schrifttum ist dieser Ansicht<sup>43</sup>). Ich möchte die Verbindung von *affectation spéciale* und nichtakzeptabler Tratte daher für möglich halten. Etwas anderes ist es aber, ob man dem deutschen Kreditgeber zu dieser von französischen Juristen bisher nicht gebilligten Konstruktion<sup>44</sup>) zuraten darf. Das ist zu verneinen. Die Auslegung Hirsch's kann immerhin von den französischen Gerichten akzeptiert werden, und dann würden dem deutschen Kreditgeber Rechte entgehen, die er ohne diese künstliche Neubildung besäße<sup>45</sup>).

Ich fasse das Ergebnis der Untersuchung noch einmal kurz zusammen: Der Wechselnehmer erhält nach französischem Recht zugleich mit den Rechten aus dem Wechsel ein Recht auf die provision. Dies Recht bewirkt aber den Übergang der provision-Forderung zu vollem gegenwärtigen Recht erst bei Fälligkeit des Wechsels. Vorher kann der Wechselinhaber sein Recht zu einem unbedingten gestalten, wenn er in förmlicher Weise dem Bezogenen verbietet, über die provision zugunsten des Ausstellers zu verfügen. Mit diesem Verbot erlischt die bisher bestehende Macht des Ausstellers, über die provision zu verfügen; ähnliche, das Recht des Inhabers verstärkende Wirkung hat die Pfändung und die Konkursöffnung.

Erwägt man nun weiter, daß nach französischem Recht im Verkehr unter Kaufleuten der Gläubiger einer Geschäftsforderung nach Handelsbrauch auf seinen Schuldner Wechsel ziehen kann<sup>46</sup>), so ergibt sich daraus wohl, daß für die praktisch wichtigsten Fälle trotz der strengen Fesslungsformen ohne Benachrichtigung des Schuldners Wirkungen erreicht werden, die denen der deutschen Sicherungsabtretung weitgehend entsprechen. Hinzu kommt, daß jene Möglichkeit der Forderungsübertragung nicht einmal der Gefahr ausgesetzt ist, aus den Gründen für nichtig erklärt zu werden, die der deutschen Sicherungscession gefährlich sind. Allerdings ist der vorgeschlagene Weg zur Erreichung der Wirkungen unserer Sicherungscession m. W. in Frankreich bisher noch nicht in größerem Umfange eingeschlagen. Bei den regen Handelsbeziehungen zu Frankreich wird der deutsche Kaufmann sicher die hier gezeigte Möglichkeit begrüßen, in ähnlicher Weise,

<sup>34</sup>) So ausdrücklich (dies gegen Wahl a. a. D.) Cass. vom 19. Nov. 1850: Dalloz 1854, 5, 286 und die im *Juris-Classeur Commercial* art. 115/17 Nr. 59 Zitierten.

<sup>35</sup>) Vgl. Cass. v. 19. Nov. 1850 a. a. D. im Gegensatz zu dem dort zitierten Urteil zweiter Instanz.

<sup>36</sup>) Cass. v. 20. Aug. 1873: Dalloz 1873, I, 459 und die *Juris-Classeur* a. a. D. Nr. 43 Zitierten; vgl. auch Cass. v. 20. Juni 1854: Sirey 1854, I, 593.

<sup>37</sup>) Cass. v. 21. Mai 1884: Dalloz 1884, I, 291.

<sup>38</sup>) Dabei handelte es sich nicht um die hier untersuchte Frage eines Erlases für die Sicherungsabtretung im französischen Recht, sondern um Ausführungen de lege ferenda für das deutsche und österreichische Recht; unterstützend wurde die Identität des geplanten Vorschlags und der nichtakzeptablen Tratte mit *affectation spéciale* erwähnt. Vgl. Hamburger, Das Recht auf die Deckung bei der nichtakzeptablen Tratte; Dbst: *StW* 1913/14, 130.

<sup>39</sup>) Thaller et Percerou a. a. D. Nr. 1458 a. G.; Lyon-Caen et Renault a. a. D. Nr. 181 a. G.

<sup>40</sup>) *Juris-Classeur Commercial* Art. 115/17 Nr. 46.

<sup>41</sup>) Thaller et Percerou a. a. D. Nr. 1458; Lyon-Caen et Renault a. a. D. Nr. 179 bis.

<sup>42</sup>) Cass. v. 2. März 1857: Sirey 1857, I, 510.

<sup>43</sup>) J. B. Lyon-Caen et Renault a. a. D. Nr. 180.

<sup>44</sup>) Weber gibt Hamburger (S. 29) für seine Behauptung, es handele sich um eine allgemein anerkannte Tatsache, Belege, noch ist Hirsch's Widerlegung (S. 120) schlüssig. Er übersieht, daß es sich um eine Frage der Willensauslegung handelt (s. oben).

<sup>45</sup>) Ob wenigstens die *affectation spéciale* ratsam ist, wage ich nicht zu entscheiden. Ihr Nachteil scheint jedenfalls zu sein, daß der Inhaber nur auf eine bestimmte Forderung als provision rechnen kann (?), während sonst grundsätzlich alle Forderungen des Ausstellers gegen den Bezogenen in Betracht kommen.

<sup>46</sup>) *Juris-Classeur Commercial* Art. 115—117 Nr. 11.



wie er es in Deutschland gewöhnt ist, die gegebenen Kredite zu sichern. Noch einmal aber sei zum Schluß davor gewarnt, die hier gefundenen Einzelslösungen auch für andere Rechte als richtig anzusehen, in denen angeblich „die“ provision-Doktrin anerkannt ist. Es gibt keine einheitliche provision-Doktrin, wie namentlich Hirsch eingehend nachgewiesen hat. Darüber hinaus aber wird vielleicht genauere Prüfung zei-

gen, daß auch Rechte, für die gemeinhin das Bestehen einer provision-Doktrin geleugnet wird, sie doch kennen<sup>47)</sup>.

<sup>47)</sup> Vgl. hierzu für Deutschland Hirsch a. a. O. S. 135; BankArch. 27, 29f. Für die Vereinigten Staaten die Angaben bei Adatto a. a. O. S. 124 ff., die eine eingehende Nachprüfung verdienen.

## Strafrecht.

### Die Straftatbestände des Depotgesetzes und die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Von Rechtsanwält Dr. Walter Luetgebrune, Hannover.

Wenn man die Strafrechtsprechung des RG. als einen Spiegel der Zeitgeschichte betrachtet, so sieht man nicht nur große politische Ereignisse, an denen seit dem Weltkrieg kein Mangel ist, sondern dem aufmerksamen Beobachter machen sich alsbald kleinere Geschehnisse sozialer und wirtschaftlicher Art bemerkbar, die in ihrer Zusammendrängung auf einen bestimmten Zeitraum für die Lösung einer Geschichtsspanne besonders kennzeichnend sind. Wirtschaftliche Krisen und schwarze Tage der Börsen erkennt man in den plötzlichen und sich häufenden Entsch. des RG. über Verfehlungen gegen die Straftatbestände des Depotgesetzes. Sie erscheinen neuerlich plötzlich um die Mitte 1927 und reichen bis zur Gegenwart, vom 61. Band der offiz. Samml. der Entsch. bis zum gerade vorliegenden 5. Heft ihres 65. Bandes, während sie bis dahin von dem Ende der dreißiger Bände an kaum eine auffallende Rolle spielten. So erkennt man hier in dem strafrechtlichen Niederschlag von einzelnen Lebensvorgängen die Zeit der allgemeinen wirtschaftlichen Krise Deutschlands um 1923 mit Inflation und mit ihren Nachwirkungen in manchen grauen und schwarzen Tagen der Börse aus d. J. 1927 und 1929. Es ist ein reizvoller Weg, Zeitgeschichte an der Hand der Rspr. des RG. aufzuspüren. Doch den Juristen des Tageskampfes wird zunächst etwas anderes reizen: Bedeutende Zeitergebnisse häufen bestimmte Lebensvorgänge gleicher Art. In ihnen gewinnt der in gesetzlichen Bestimmungen lagernde Rechtsstoff plötzlich Leben. In ihrer Fülle zeigen sie das Rechtsbild mit neuen Seiten und in den von ihnen hervorgerufenen Entsch. des RG. geben sie wichtige Richtlinien. Für das Depotstrafrecht sind diese Entsch. seit 1927 in dem neueren Lehr- und Auslegungsschrifttum noch nicht gesichtet und gewertet.

1. Täter. Das „Ges. v. 5. Juli 1896, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere“ mit seiner Nov. v. 21. Nov. 1923 legt für den Effektenverkehr dem verwahrenden Bankier in §§ 1 und 2, dem kommittierenden Bankier in §§ 3 und 5 und dem geschäftsbesorgenden Bankier in § 8 verschiedene Sonderpflichten zum Schutz des Kunden auf. Der Kaufmann, dem im Betriebe seines Handelsgewerbes bestimmte Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung oder zum Pfand übergeben sind, hat diese Wertpapiere gesondert aufzubewahren (§ 1 Ziff. 1 DepotG.), sie nach Hinterleger oder Verpfänder, nach Gattung und nach Nennwert der Stücke in ein Handelsbuch einzutragen (§ 1 Ziff. 2) und darf über diese Papiere zu seinem Nutzen nur verfügen, falls ihm hierzu für das einzelne Geschäft und ausdrücklich und schriftlich die Ermächtigung erteilt wird (§ 2). Der Kommissionär, welcher einen Auftrag zum Einkauf von Wertpapieren ausführt, hat auf Verlangen binnen einer Woche (§ 3), und, wenn er einen Auftrag zum Umtausch von Wertpapieren oder zur Geltendmachung von Bezugsrechten ausführt, binnen zwei Wochen (§ 5) dem Kommittenten das Stücke- oder Nummernverzeichnis zu übersenden. Ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde (d. h. nicht verfügungsfreie) Wertpapiere zum Zwecke der Verwahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges einem Dritten ausantwortet oder einen Auftrag zur Anschaffung von Wertpapieren einem Dritten weitergibt, hat dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde sind, oder daß die Anschaffung für fremde Rechnung

geschehe (§ 8). Die Nichterfüllung dieser Sorgfaltspflichten für den Dienst am Kunden bedroht der Gesetzgeber mit Strafen, indem die Depotvorgangsverletzung in § 10, der Depotmißbrauch in § 9 und die Depotunterschlagung in § 11 unter Strafe gestellt sind. Von den Strafvorschriften werden die Kaufleute minderen Rechts gemäß § 13 ausgenommen. Für AktG., Genossenschaften und GmbH. haften hier die Organe auch strafrechtlich.

Bei solchen für mancherlei wirtschaftliche Gebilde verschiedenen Rechtsform aufgestellten Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art mit zivilrechtlichen Folgen, denen durch eine Strafdrohung Nachdruck verliehen ist, erhebt sich die Frage, wer strafrechtlich als Verlezer solcher Verpflichtungen in Anspruch zu nehmen ist. Die Strafdrohung richtet sich gegen den Kaufmann, den Bankier, der im Effekten-geschäft die einzelnen auferlegten Verpflichtungen verletzt. Im engen Raum der Rechtsstatsachenverwirklichung rühren sich viele Hände, ehe die Wertpapiere des Kunden im Verwahr oder zum Pfande genommen, die Einkaufskommission angenommen und ausgeführt, die Effekten weitergegeben sind. Eine ältere Entscheidung v. 9. Okt. 1925 (JW. 1926, 710) schließt hier zunächst den Bankangestellten von der Eigentäterschaft aus: „Stengleins (ältere) Ansicht, daß, wenn ein Angestellter im Einverständnis mit dem Inhaber des Bankgeschäftes in dem Willen gehandelt hat, die strafbare Handlung herbeizuführen, sie beide als Mittäter bestraft werden könnten, da es hierfür nicht erforderlich sei, daß die Tat zum eigenen Nutzen der Mittäter begangen wird, erscheint unrichtig, da der Handlungsgehilfe die Erfordernisse des delictum proprium nicht erfüllt.“ Darüber hinaus geht die neuerliche Entsch. v. 19. Jan. 1928 (RGSt. 62, 15): „Dem LG. ist darin beizutreten, daß die unbefugte Verpfändung der Wertpapiere durch die Angeklagten weder nach § 9 noch nach einer anderen Vorschrift des DepotG. strafbar ist, da die Angeklagten nur als Prokuristen ihrer Bank gehandelt haben — und die Verpfändung der Wertpapiere lediglich als Prokuristen ihrer Firma als deren offene Vertreter und nicht im eigenen, sondern im Interesse ihrer Firma vorgenommen haben.“ Ja sogar das Organ einer juristischen Person wird von der Eigentäterschaft mit gleicher Erwägung in RGSt. 64, 406 ausgeschlossen: „Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte in seiner Eigenschaft als Vorstand der Genossenschaftsbank die der Bank in Verwahrung gegebenen fremden Pfandbriefe ohne Einverständnis des Berechtigten namens der Genossenschaft verkaufen und der Genossenschaft gutschreiben lassen. Dieser Sachverhalt vermag die Verurteilung des Angeklagten wegen Verbrechen gegen das DepotG. nicht zu rechtfertigen. Der Tatbestand ist dann nicht erfüllt, wenn der Täter — nicht zu eigenem Nutzen verfügt, weil er alsdann nicht mit der Absicht handelt — die Sache für sich wirtschaftlich auszunutzen.“

Alle diese verschiedenen Tatbestände betreffenden Entscheidungen, in denen bei Effektenmaßnahmen für die Bankfirma der Angestellte einschließlich des Prokuristen ganz allgemein und sogar das Organ einer juristischen Person wenigstens für die Depotunterschlagung von der Eigentäterschaft bei Depotdelikten ausgeschlossen sind, haben eine einheitliche tiefere Grundlinie. Verantwortlich soll sein, wer wirtschaftlich die Verantwortung trägt. Deshalb werden bei

DHG. und KommGes. nicht ohne weiteres alle persönlich haftenden Gesellschafter gleichmäßig zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden können. Die Tatsache, daß zivilrechtlich sie alle vertretungsberechtigt sind und als Gesamtschuldner haften, ist gleichgültig. Untersteht in solchen Fällen wirtschaftlich der Bankbetrieb einem Seniorchef, so wird er allein bei strafrechtlicher Verletzung der Depotverpflichtungen für die Eigentäterschaft in Betracht kommen, sofern die Anordnungen wenigstens mit seiner Kenntnis getroffen sind. Inwieweit Angestellte, Prokuristen und unter einem leitenden Chef arbeitende persönlich haftende Gesellschafter einer DHG. oder einer KommGes. in einer anderen Form als der Eigentäterschaft an Depotdelikten strafrechtlich beteiligt sein können, hängt von der Gestaltung des einzelnen Falles ab.

2. Depotvergehen. Depotvorsatzverletzung. Die im § 1 DepotG. dem kaufmännischen Verwahrer auferlegten Sorgfaltspflichten, die in gesondeter Verwahrung und buchmäßiger Festlegung der fremden Wertpapiere bestimmt sind, sind unmittelbar nicht unter strafrechtlichen Schutz gestellt. Vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des § 1 Abs. 1 DepotG. als solche werden erst im Falle der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung des Konkursverfahrens zu Tatbestandsmerkmalen eines besonderen Vergehens nach § 10, sofern der Berechtigte, was regelmäßig der Fall sein wird, bezüglich seines Aussonderungsrechtes benachteiligt ist. Man hat die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung und der Konkursöffnung als Strafbarkeitsbedingungen und die unterlassene Absonderung fremder Wertpapiere als eine rechtswidrige Verfügung auffassen und alsdann den Tatbestand des § 10 dem in § 9 allgemein unter Strafe gestellten Depotmißbrauch im Wege der Gesetzeskonkurrenz vorangehen lassen wollen; der Strafrahmen in § 10 droht nur Gefängnis, und zwar bis zu zwei Jahren an, während § 9 die Strafe mit einem Jahr Gefängnis und Geldstrafe bis 3000 RM oder mit einer dieser Strafen begrenzt. RG. v. 16. März 1931 (RGSt. 65, 214) hat diesen Standpunkt ausdrücklich gemißbilligt; es lehnt die Überhöhung des Strafmaßes in § 9 durch den Tatbestand des § 10 ab, weil zwischen diesen beiden Strafvorschriften ein innerer Zusammenhang nicht besteht, und erkennt nur die Möglichkeit, nicht aber die Notwendigkeit eines rechtlichen Zusammenstehens zwischen ihnen an.

Depotmißbrauch. Die dem kommittierenden und geschäftsbeforgenden Bankier zum Schutz fremder Wertpapiere weiter auferlegte Verpflichtung der Fremdanzeige, wenn er diese Papiere weitergibt, ist in § 9 Abs. 2 DepotG. durch Strafandrohung geschützt. In der Entsch. v. 5. Jan. 1928 (JW. 1928, 1600) bezeichnet das RG. die Unterlassung der Fremdanzeige als eine Gefährdungsstraftat und sieht in der in § 9 Abs. 1 unter Strafe gestellten eigensüchtigen rechtswidrigen Verfügung über fremde Wertpapiere das Verletzungsdelikt. Ein Bankier, dem eine Verfügungsermächtigung über Wertpapiere seines Kunden nicht zustand, überlieferte trotzdem diese Papiere einem Großbankier, unterließ die Fremdanzeige und entnahm auf sie Darlehne. Die Verurteilung des Bankiers aus § 9 Abs. 2 DepotG. ist vom RG. gemißbilligt. „Die Gefährdungsstraftat nach § 9 Abs. 2 und die Verletzungsstraftat nach § 9 Abs. 1 treffen hier zusammen, dann wird die Gefährdungs- von der Verletzungsstraftat aufgezehrt, und es kann nur aus § 9 Abs. 1 DepotG. bestraft werden.“

Den wesentlichen Schutz will das DepotG. dem Kunden dadurch angeheben lassen, daß es nur mit ausdrücklicher schriftlicher Genehmigung für das einzelne Geschäft die Verfügung über fremde Wertpapiere erlaubt. RGSt. 61, 336 hat den Schutz von den unmittelbar unter den Schutz fallenden verwahrten und verpfändeten Wertpapieren des Kunden ausgedehnt auf die als Kommissionsgut für den Kunden vom Bankier erworbenen Papiere, ohne daß schon Eigentum auf den Kunden übertragen ist. „Der Kommissionsgut ist, auch wenn die Papiere zunächst sein Eigentum geworden sind und nur er ihr Besitzer ist, nicht mehr befugt, nach Belieben über sie zu verfügen; er hat sie vorbehaltlich seines Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 BGB.) und der Möglichkeit sich aus ihnen, auch wenn er ihr Eigentümer ist, wie ein Pfandgläubiger für seine Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft zu befriedigen (§ 398 BGB.), zur Verfügung des Kommittenten zu halten und sie ihm herauszugeben. Er handelt rechtswidrig, wenn er über die für Rechnung des Kommittenten erworbenen

und „für ihn“ in Besitz genommenen Papiere auftragswidrig „verfügt“, sie insbesondere verpfändet oder wieder veräußert. Auch wenn er Eigentümer und nur er Besitzer der Papiere ist, unterliegt seine Verfügungsmacht über sie als Kommissionsgut einer schuldrechtlichen Gebundenheit zugunsten des Kommittenten. Gerade dieses Rechtsverhältnis will § 9 Abs. 1 DepotG. auch dann schützen, wenn der Kommittent noch nicht Eigentümer des Papiers geworden ist.“

Das RG. dehnt den Schutz des Kunden noch weiter aus. Wenn der Bankier als Einkaufskommissionär für fremde Rechnung kauft und er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt und hierbei gemäß § 8 dem Dritten mitteilt, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe, so ist dieser Regelfall durch die Schutzstellung, die das RG. gewährt, gedeckt. Eine solche Schutzstellung bereitet das RG. aber auch dem Kunden, der dem Bankier den Selbsteintritt in die Einkaufskommission gestattet hat, obgleich RGSt. 65, 90 hier den Bankier von der Fremdanzeige nach § 8 entbunden sein läßt. „Die Bemerkung auf sämtlichen Vordrucken für Kommissionsgeschäfte — Bei allen Geschäften sind wir selbst Kontrahenten — hat den Bankier von der Mitteilungspflicht nach § 8 DepotG. entbunden, und die nachher von ihm dem Kunden gegebene Nachricht von der Ausführung des Kommissionsgeschäftes brachte, auch wenn hierüber nichts weiter gesagt war, das Geschäft in der Form des Selbsteintritts zum Abschluß. — Was nun in RGSt. 61, 336 zu dem § 9 Abs. 1 allgemein ausgeführt wird, betrifft in jeder Richtung auch den Fall des Selbsteintritts. Es mag hier in einem einzelnen Falle Schwierigkeiten machen, die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 nachzuweisen; ob insbes. der Kommissionär die Wertpapiere aus Anlaß und zur Durchführung eines bestimmten Auftrages durchgeführt hat „mit dem Willen, den wirtschaftlichen Erfolg dieses Geschäftes dem bestimmten Kommittenten zuzuwenden“. — Wo aber der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der einzelnen Kommission und dem Deckungsgeschäft nachweisbar ist, besteht kein solches Hindernis gegen die Anwendung des § 9 Abs. 1. — Denn der Bankier darf sich nicht der nach unbefangener Auffassung des Verkehrslebens — „eigentlich“ — dem Kunden gehörenden Papiere als Grundlage für eigenen Kredit bedienen.“

Rechtswidrigkeit. Der wesentliche Strafmaßbestand des § 9 DepotG. verlangt, daß ein Kaufmann über fremde Wertpapiere der im § 1 bestimmten Art, welche ihm zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind oder welche er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat — zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt. Das Tatbestandsmerkmal der „Rechtswidrigkeit“ spielt in seiner subjektiven Beziehung für die Praxis eine besondere Rolle. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit einer Verfügung wird sich nicht immer leicht feststellen lassen. Denn im Interesse des Verkehrs hat man schon von dem objektiven Tatbestandsmerkmal des Verfügungsrechtes, von dem Erfordernis der einzelnen, ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung Ausnahmen zugelassen. Nach RG. 56, 149 ist ein Handelsbrauch vom RG. anerkannt, wonach die Weitergabe fremder Wertpapiere zur Hinterlegung bei einem sicheren Bankier nicht zu beanstanden ist. Das von dem Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes E. V. herausgegebene Formular der allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Bankverkehr umreißt diesen Handelsbrauch für die Behandlung von Wertpapieren dahin: „Die Wertpapiere werden mit gleicher Sorgfalt wie die eigenen Bestände des Bankhauses — aufbewahrt. — Das Bankhaus ist berechtigt, ihm übergebene Werte nach anderen Plätzen zu bringen, wenn es dies — für angebracht hält. — Bei Aufbewahrung von Wertpapieren an auswärtigen Plätzen haftet das Bankhaus nur für sorgfältige Auswahl des Unterverwahrers.“ Hier wird dem Handelsbrauch die Gestaltung eines Verfügungsrechtes über die einzelne ausdrückliche schriftliche Ermächtigung des § 2 hinaus nachgelassen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß dem Bankier oft Zweifel aufsteigen werden, ob und wann er auch, ohne das Vorliegen der vorgeschriebenen Ermächtigung über Kundenpapiere verfügen darf. Solche Zweifel berechtigter Art müssen den Bankier schützen. Freilich scheint das RG. einen anderen Standpunkt einzunehmen, wenn es auch nicht ausdrücklich zu dieser Frage bisher Stellung genommen hat. Es scheint hier dem Bankier

in der vom RG. beliebigen Unterscheidung zwischen der Bedeutung des Strafrechtsirrtums und des Zivilrechtsirrtums unerfreuliche Gefahr zu drohen. Nach RGSt. 62, 15 hatte ein Bankhaus gegen die Anklage des Depotmißbrauches nach § 9 geltend gemacht, daß nicht nur bei diesem Bankhaus, sondern allgemein das Geschäftsgebahren üblich gewesen sei, daß die Banken über die ihnen anvertrauten Wertpapiere der Kunden, ohne deren Genehmigung einzuholen, wie über eigene verfügten und sich nur zur Rückgabe gleichartiger Stücke für verpflichtet hielten, wenn nicht bei der Hinterlegung ein dies ausschließender Vorbehalt gemacht worden wäre. Das RG. will „diese Annahme, durch die damalige Üblichkeit des Zuwiderhandelns gegen § 2 DepotG. seitens der Banken entfallen dessen Rechtswidrigkeit, nur einen unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum darstellen lassen.“ Daß der Verkehr für solche Differenzierung zwischen Handelsbrauch und Handelsbrauch kein Verständnis hat, nimmt nicht Wunder. Der Irrtum darüber, daß eine Befugnis in der vorgeschriebenen Form erteilt ist oder daß eine Befugnis sonst zusteht, muß gleiche den Angekl. entschuldigende Wirkung haben. Im Schrifttum (u. a. Stengleins Strafr. Nebenges. Bd. 11 S. 97) ist die Meinung vertreten, daß, wenn der Täter den § 2 überhaupt nicht gekannt hat, seine Unkenntnis geeignet sei, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auszuschließen. Bekannt ist aber, daß das RG. (RGSt. 61, 191) noch den früheren Standpunkt aufrechterhalten hat, wonach der ein fremdes Kind züchtigende Täter durch die Annahme, die Züchtigung ungezogener Kinder sei allgemein erlaubt, nicht geschützt, dagegen durch die Annahme, das den Eltern zustehende Züchtigungsrecht sei ihm für dieses Kind übertragen, entschuldigt ist.

3. Depotunterschlagung. Während man so in den Entsch. des RG. das Bestehen sieht, die Grenzen des Tatbestandes nach § 9 DepotG. zum Schutze des Kunden weit zu stecken, zeigt sich für den Tatbestand der Depotunterschlagung nach § 11 DepotG. der Wunsch nach berechtigter Einengung der Tatbestandsgrenzen. RGSt. 64, 406 zeichnet den Tatbestand der Depotunterschlagung wie folgt: „Im Gegensatz zu § 9 DepotG. bedroht § 11 einen Kaufmann mit Strafe, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, wenn er in dem Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung fremde Wertpapiere, die er im Betrieb seines Handelsgewerbes in Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet. Hier ist also — entsprechend der Vorschrift des § 246 StGB. — nicht wie im § 9 DepotG. der Begriff der Verfügung zu eigenem oder fremdem Nutzen, sondern der Begriff der Zueignung verwertet worden. Es handelt sich danach im § 11 DepotG. lediglich um einen Sonderfall der Unterschlagung i. S. des § 246 StGB., der nur mit Rücksicht auf die Eigenschaft des Täters als Kaufmann sowie auf seine Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen als Verbrechen gekennzeichnet und mit besonders schwerer Strafe (grundsätzlich Zuchthausstrafe) bedroht wird.“

Für die Frage nach dem Vorliegen des Tatbestandes der Depotunterschlagung ist also das wesentliche, ob das Merkmal der Zueignung in objektiver und subjektiver Beziehung

gegeben ist. „Zuzugeben ist“, meint RGSt. 62, 17, „daß die Unterschlagung, ebenso wenig wie der Diebstahl eine Bereicherungsabsicht erfordert und daß eine Zueignungsabsicht auch dadurch betätigt werden kann, daß man die fremde Sache ihrem Sachwerte nach dem eigenen Vermögen zuführt, indem man sie einem Dritten zur eigentümlichen Ausnutzung überträgt und dadurch über sie wie ein Eigentümer verfügt.“ Man hat in der Weitergabe fremder Wertpapiere vom Lokalbankier an den Großbankier zum Zwecke der Verpfändung diese Voraussetzungen als erfüllt ansehen wollen. Dies liegt aber keineswegs unbedingt in der Folge des reichsgerichtlichen Anspruchs. Zum Beweise mag auf RG. 55, 291 verwiesen sein. „Es ist zu bemerken, daß eine Weiterverpfändung einem Eigentumserwerb (und -verlust) auch dann nicht mit Notwendigkeit darstellt, wenn der Bankier die Unmöglichkeit, die verpfändeten Wertpapiere wieder einzulösen sich nicht verhehlt. — Konnte der Bankier die Papiere verpfänden, ohne daß das Eigentumsrecht selbst dem Kunden entzogen wurde, so ist auch die Kenntnis des Bankiers von seiner ungünstigen Vermögenslage und die voraussetzliche Untüchtigkeit, die Papiere wieder einzulösen, an und für sich nicht geeignet, einen Schluß auf seinen Zueignungswillen zu rechtfertigen, denn aus ihr ergibt sich zwar sein Bewußtsein, durch die Verpfändung in Höhe der Forderung, welche durch sie gesichert wird, dem Eigentümer endgültig einen Nachteil zuzufügen, nicht aber sein Wille darüber hinaus noch den Eigentümer in der Weise zu schädigen, daß sein Eigentum ihm entzogen wird.“

Immer wieder aber weist das RG. in den neueren Entsch. darauf hin, daß das Merkmal des Zueignungswillens dann nicht gegeben sei, wenn der Bankier geglaubt habe, in der Lage zu sein, jederzeit die Papiere wieder einzulösen und dem Kunden auszuhändigen. In RGSt. 65, 214 = JW. 1931, 2131 wird besonders hervorgehoben: „Der Tatbestand des § 246 StGB. (und damit des § 11 DepotG.) liegt nicht vor, da das BG. festgestellt hat, daß der Bankier den Willen zu einer rechtswidrigen Zueignung der Papiere nicht gehabt habe, er habe von den Papieren nur einen rechtswidrigen Gebrauch machen wollen; er sei stets der Überzeugung gewesen, jederzeit die Papiere auszulösen und herausgeben zu können, sobald ein Kunde die Herausgabe der Papiere verlangen würde. Diese Erwägungen sind zutreffend. Ob in der Verpfändung einer fremden Sache ein unerlaubter Gebrauch oder eine rechtswidrige Zueignung liegt, hängt wesentlich von der Willensrichtung des Täters ab.“ Der Nachweis, daß der Bankier mit dem Rückruf und der Wiedereinlösung solcher Papiere bisher regelmäßig keinerlei Schwierigkeiten gehabt hat und daß er geglaubt hat, zur Einlösung der Papiere die erforderlichen Mittel zur Hand zu haben, wird die Möglichkeit, den Zueignungswillen festzustellen, deshalb ausschließen müssen.

Betrachtet man so die neuerlichen Entsch. des RG. zu den Straftatbeständen des DepotG. geordnet und gewertet, so sieht man in ihnen nicht nur einen beachtlichen Niederschlag der Zeitgeschichte, sondern auch eine bedeutame den Nöten der Zeit gerecht werdende Fortführung lebenskräftiger Rechtsentwicklung.

## Aktienstrafrecht und Notverordnung.

Von Kammergerichtsrat Rothmann, Berlin.

Die NotVd. des RPräs. über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493) greift in das Aktienstrafrecht in dreifacher Hinsicht ein:

1. Sie verschärft die Strafbestimmungen, die sich gegen die aktienrechtliche Untreue und gegen unwahre Darstellung des Vermögensstandes richten (§§ 312, 314 Nr. 1 StGB.), indem sie besonders schwere Fälle mit Zuchthaus bedroht (Art. IX Abs. 1).
2. Sie ergänzt und erläutert den Tatbestand der Untreue durch das ausdrückliche Verbot bestimmter, für die AktG. regelmäßig nachteiliger Handlungen, ebenso den Tatbestand des § 314 Nr. 1 durch Aufzählung bestimmter Angaben, deren Weglassung die Darstellungen oder Übersichten der Gesellschaftsorgane zu unwahren oder verfälschten macht.

3. Sie schafft schließlich neue Strafvorschriften gegen Pflichtverletzungen der Prüfer (§ 318 a).

Zu 1: Der Begriff der besonders schweren Fälle ist bekannt aus der Vd. des RPräs. gegen die Kapital- und Steuerflucht v. 18. Juli 1931 (RGBl. I, 373) (vgl. Doerner: JW. 1931, 2220). Die Annahme eines besonders schweren Falles macht die Tat zum Verbrechen und begründet die Strafbarkeit auch des Versuchs.

Zu 2: a) Die näher ausgestalteten Vorschriften über die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien oder Interimscheine (§§ 226, 227 n. F., § 227a StGB.) beschränken sich nach wie vor darauf, die Erfaßpflicht der für einen verbotenen Erwerb verantwortlichen Organe festzusetzen; dagegen ist ein solcher Erwerb an sich nicht strafbar. Unter Umständen kann aber darin ein absichtliches Handeln zum Nachteil der AktG.

liegen (§ 312). Die Strafbarkeit wird hier vielfach mit der Nichtigkeit des Erwerbgeschäftes korrespondieren. Der Erwerb eigener Aktien bleibt, sofern sie vollbezahlt sind, rechtswirksam, auch wenn er nicht notwendig war zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft, oder wenn das Kontingent von 10% des Grundkapitals überschritten ist (§ 226 Abs. 1 u. 2 n. F.); in diesen Fällen wird sich regelmäßig auch keine absichtliche Benachteiligung feststellen lassen. Absicht i. S. des § 312 bedeutet zwar nur Vorsatz und soll nach der Mpr. des RG. auch den bedingten Vorsatz umfassen (RGSt. 53, 194). Man wird jedoch bei den üblich gewordenen Ankäufen eigener Aktien, die der Kursstärkung oder der stillen Sanierung dienen, den Gesellschaftsorganen eine vorfällige Schädigung der AktG. nicht schon deshalb vorwerfen können, weil das Geschäft schließlich zu einem Verlust führte, und weil mit diesem Ausgang auch vorher zu rechnen war. Soweit hier ein normales Geschäftskrisis ein kalkuliert wurde, kann man darin so wenig wie bei sonstigen Verlustgeschäften eine strafbare Untreue sehen (vgl. Staub-Pinner, Anm. 8 zu § 312).

Anderes steht es beim Erwerb nicht vollzahlter Aktien, der unter allen Umständen verboten und nichtig ist, und ferner beim Erwerb von Interimsaktien, der gleich behandelt wird, wenn er nicht durch die Gefahr eines schweren Schadens entschuldigt ist (§ 226 Abs. 1 u. 2 n. F.). Solche Anschaffungen können nach der Auffassung der RotW. niemals wirtschaftlich zu rechtfertigende Geschäfte sein. Verschlechtern sie, unmittelbar oder infolge der weiteren Entwicklung, den Vermögensstand der AktG., so setzen sich deren Organe nicht nur der Ersatzpflicht, sondern auch der Anschulldigung der Untreue aus.

b) Der Verdacht der Untreue trifft künftig besonders die unerlaubten Kreditgewährungen, d. h. dem AufsR. verschwiegene Kredite an Mitglieder des Vorstandes, gesellschaftliche Vertreter abhängiger oder beherrschender Unternehmen (§ 266 Abs. 4 n. F.), ferner an deren Angehörige oder Strohänner. Darlehen an diese Personen sind schon dann unerlaubt, wenn in dem zustimmenden Beschluß des AufsR. Bestimmungen über Verzinsung und Rückzahlung fehlen. Gehaltsvorschüsse und andere Entnahmen sind den Darlehen gleichgestellt (§ 240 a). Zur Anwendung des § 312 ist hier wie auch sonst eine tatsächliche Verschlechterung der Vermögenslage der AktG. erforderlich (RGSt. 47, 32; 53, 173), und an einer solchen fehlt es, wenn der Anspruch an den Kreditnehmer in voller Höhe als Aktivum bewertet werden kann. Als Schaden gilt aber auch eine ernstliche Gefährdung (RGSt. 53, 194). Die AktG. ist daher benachteiligt, sobald die rechtzeitige Rückzahlung des Kredits oder die gehörige Verzinsung des Darlehens unsicher wird. Ausschlaggebend ist auch hier der innere Tatbestand. Gehört z. B. die Gewährung von Bank- oder Hypothekenkredit oder die Beleihung von Versicherungsscheinen zum satzungsmäßigen Geschäftsbetriebe, so wird die Einhaltung der allgemeinen, insbes. der vom AufsR. genehmigten Bedingungen für die Kreditgewährung den Vorstand auch dann, wenn er im Einzelfall die erforderliche Zustimmung des AufsR. nicht eingeholt hat, vor dem Vorwurf der absichtlichen Benachteiligung schützen, weil eintretende Verluste hier normales Geschäftskrisis darstellen. Ist dagegen die Kreditgewährung ein geschäftsfremdes Geschäft, so sind strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen, daß der Vorstand mit der dadurch hervorgerufenen Schädigung der AktG. von vornherein nicht rechnen konnte. Prima facie ist eine solche, dem AufsR. verheimlichte „Fehlleitung von Kapital“ als Untreue anzusehen.

c) Das Verbot unwahrer Darstellung oder Verschleierung der Verhältnisse der AktG. (§ 314 Nr. 1) hat vieldeutige Begriffe geschaffen, die einerseits gewissenhafte Kaufleute in schwere Konflikte bringen konnten, andererseits zur Bekämpfung krasser Mißbräuche nicht ausgereicht haben. Die RotW., die im wesentlichen dem Entw. eines Ges. über AktG. und KommAktG. von 1930 folgt, sucht die Frage: „Was ist (Bilanz-)Wahrheit?“ zu beantworten durch noch eingehendere Spezialisierung der bisherigen Vorschriften über den Inhalt des Geschäftsberichts, des Jahresabschlusses, über deren Wertansätze in der Jahresbilanz sowie namentlich über deren Gliederung (§§ 260 a Abs. 3, 261—261 c). Darlegung der Beziehungen zu abhängigen oder Konzerngesellschaften ist für den Geschäftsbericht wie für die durch den AufsR. erforderlichen Auskünfte ausdrücklich vorgeschrieben (§§ 260 a Abs. 2, 246 Abs. 1 Satz 2 und 3 n. F.). Verstöße gegen

diese Vorschriften fallen daher regelmäßig als Unwahrheiten auch unter die Strafbestimmung des § 314. Neben der unzulässigen Fortlassung wertvoller Vermögensstücke (RGSt. 62, 357) kann auch willkürliche Unterbewertung von Aktiven eine Verschleierung darstellen. Nach der Begründung zum Entw. 1930 ist aber anzunehmen, daß die Bildung und Auflösung stiller Reserven grundsätzlich, neben den besonders auszuweisenden Rückstellungen und Wertberichtigungsposten (§ 261 a Abs. 1 B III und IV), nach wie vor zulässig bleiben, und daß die Entscheidung der kritischen Frage, in welchem Maße stille Reserven durch Unterbewertung geschaffen werden können, der Mpr. überlassen werden soll (Begr. S. 112). Es bleibt also bei der Regel, daß die Abschreibungen nicht willkürlich sein und kaufmännischen Gepflogenheiten nicht zuwiderlaufen dürfen. Als unwahre Darstellung kennzeichnet dagegen die RotW. in § 261 a Abs. 3 Satz 3 die Bildung stiller Reserven durch Einstellung fiktiver Kreditoren unter die Passiven, als Verschleierung in § 261 a Abs. 2 u. 3 namentlich die Verrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten, von Grundstücksrechten und Belastungen ohne persönliche Forderung, die Vermengung des Gewinnes oder Verlustes mit dem vorjährigen Gewinn oder Verlustvortrage (vgl. auch § 261 c Abs. 2) sowie die Aufführung eigener Aktien, die gesondert aktiviert werden müssen (§ 260 a Abs. 3 Nr. 2, § 261 a Abs. 1 A IV Nr. 5), unter anderen Posten. Die Pflicht, alle nach § 240 a verdächtigen Kreditgewährungen auszuweisen, wird in § 261 a Abs. 1 A IV Nr. 10 besonders hervorgehoben. Daß die Verschweigung von Verbindlichkeiten aus Bürgschaften usw. die Bilanz unwahr macht (§ 261 b), unterlag schon nach bisherigem Recht keinem Zweifel.

Die RotW. gewährt aber nicht nur verschärften Strafschutz gegen Bilanzvergehen; sie schränkt auch andererseits den Grundsatz der Bilanzwahrheit dort ein, wo seine absolute Geltung mehr schaden als nützen muß. Bisher konnten sich die Gesellschaftsorgane nicht damit entschuldigen, daß die ihnen vom Gesetz auferlegte oder von einzelnen Aktionären geforderte Aufklärung gegen das Interesse der AktG. verstößen hätte (RGSt. 38, 195). Die Pflicht zur Wahrheit ging der anderen Pflicht, die AktG. vor Schaden zu behüten (§ 312), unter allen Umständen vor (so besonders deutlich RGSt. 49, 363). Nunmehr erkennt § 260 a Abs. 4 an, daß das Einzelinteresse der Aktionäre an einer Aufklärung der Verhältnisse der AktG. sich dem Interesse der AktG. selbst sowie dem Interesse der Allgemeinheit an einer Geheimhaltung unterordnen muß (vgl. Begr. z. Entw. 1930 S. 108 ff.). Der Widerstreit der Pflichten, in den die Leitung der AktG. hierbei geraten muß, tritt am deutlichsten hervor, wenn Beruntreuungen vorgekommen sind. Bisher mochten sie unerwähnt bleiben, wenn sie von untergeordneten Angestellten verübt waren und das Geschäftsergebnis nicht erheblich beeinflussten (vgl. Staub-Pinner, Anm. 4 zu § 314). Dagegen bedurften Verfehlungen von Vorstandsmitgliedern wegen ihrer Bedeutung für das der Geschäftsleitung zu gewöhnliche Vertrauen unbedingt der Erwähnung im Geschäftsbericht (RG.: JW. 1909, 113). Die Verschweigung solcher Vorgänge wurde selbst dann für strafbar erklärt, wenn für die Erbsprüche der AktG. Deckung vorlag und die Enthüllung im Geschäftsbericht geeignet war, den Zusammenbruch der AktG. herbeizuführen. War hier der Leitung durch das bisherige Recht als einziger Weg derjenige vorgeschrieben, der zur Benachteiligung der AktG. führen mußte, so gestattet § 260 a Abs. 4 Satz 2 künftig auch ein anderes Vorgehen: Die Berichterstattung kann insoweit unterbleiben, als das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften (d. h. der AktG. selbst, einer abhängigen oder einer Konzerngesellschaft) oder der Allgemeinheit es erfordert. Danach können unter Umständen auch erhebliche Verluste oder Beruntreuungen verschwiegen werden. Die Feststellung, welches Interesse im Einzelfalle überwiegt, ist nicht Aufgabe des Strafrichters. Ergibt sich, daß die Organe der AktG. den Bericht unvollständig gelassen haben, weil sie glaubten, gewisse Enthüllungen im Interesse der beteiligten Gesellschaft oder der Allgemeinheit nicht verantworten zu können, so sind sie stets straflos, auch wenn sie die Sachlage unrichtig beurteilten. Ob ihr Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte, ist gleichfalls belanglos, da das Vergehen des § 314 Nr. 1 nur vorsätzlich begangen werden kann.

Zu den „Darstellungen und Übersichten“ ist noch zu bemerken, daß diese Mitteilungen nicht unmittelbar zur Aufklärung der Aktionäre oder Dritter bestimmt zu sein brauchen (RGSt. 5, 147; 49, 240; 64, 422). Unwahre Berichte des Vorstandes an den AufsR. sind strafbar, auch wenn sie intern bleiben. Das gilt jetzt namentlich für die Berichte, die der Vorstand spontan und regelmäßig, mindestens vierteljährlich, sowie bei wichtigem Anlaß, dem AufsR. zu erstatten hat (§ 239 a), andererseits für die Berichte, die jedes Mitglied des AufsR. nach Maßgabe des neuen § 246 Abs. 1 vom Vorstand verlangen kann. Im übrigen ist nicht jede gelegentliche Auskunft über den Geschäftsgang eine „Darstellung“, nicht jede Angabe von Zahlen eine „Übersicht“. Aber alle Erklärungen, die Vorstand oder AufsR. in ihrer Eigenschaft als solche und in Erfüllung ihrer Auskunftspflicht abgeben, stehen unter Wahrheitszwang. Dieser erstreckt sich daher nunmehr auch auf die „Aufklärungen und Nachweise“, die der Vorstand den Prüfern zu erteilen hat (§§ 262 d Abs. 2, 262 e Abs. 1 Satz 2, 267 Abs. 2). Wahrheitsgemäße Auskunft schuldet der Vorstand nicht nur den Bilanzprüfern (§ 262 a) und den von der GenVers. bestellten Prüfern (§ 266), denen die NotWd. dieses Recht ausdrücklich verleiht, sondern auch den Gründungsrevisoren (§ 192 Abs. 2).

Zu 3: § 318 a gewährt für das Gebiet des Aktienrechts erstmalig Strafschutz gegen Pflichtverletzungen von Prüfern, entsprechend der Erweiterung des Kreises der Pflichtprüfungen und des Umfangs der Prüferrechte. Bisher bestanden weder für die Gründungsrevisoren (§ 192 Abs. 2) noch für die von der GenVers. bestellten Revisoren (§ 266) Strafvorschriften. Inzwischen hat die Nov. z. VerwAussG. v. 6. Juni 1931 (RGBl. I, 315) Vorschriften eingeführt, die die dort vorgesehenen Prüfer mit Strafe bedrohen, wenn sie falsch berichten oder die Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen (§§ 57—64, 137). Nach diesem Vorbild ist § 318 a HGB. geschaffen, nur daß hier die Strafverfolgung nicht wie dort bloß auf Antrag, sondern von Amts wegen eintritt.

Der Kreis der betroffenen Personen ist in den drei Fällen des § 318 a verschieden:

Nach Nr. 1 wird bestraft, wer als Prüfer oder als Gehilfe eines Prüfers über das Ergebnis der Prüfung falsch berichtet oder erhebliche Umstände im Berichte verschweigt. Prüfer sind hier auch die Gründungsrevisoren (§ 192 Abs. 2); daß sie noch als „Revisoren“ bezeichnet bleiben, kann keinen Unterschied machen.

Andererseits die Nr. 2, nach der strafbar ist, wer entgegen den Vorschriften dieses Abschnitts (d. h. des 3. Abschnitts des 2. Buchs des HGB.) seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die er bei Wahrnehmung seiner Obliegenheiten erfahren hat, unbefugt verwertet. Hierunter fallen nur die Bilanzprüfer und die nach § 266 bestellten Prüfer, deren Verschwiegenheitspflicht durch die NotWd. normiert ist (§§ 262 g, 266 Abs. 7). Dagegen sind die Gründungsrevisoren wegen gleicher Verfehlungen strafrechtlich nicht zu belangen, da ihre Schweigepflicht, soweit ihnen eine solche auferlegt ist, nicht auf den Vorschriften des HGB. beruht.

Nr. 2 spricht zwar nicht ausdrücklich von Prüfern; aber trotz der allgemein gehaltenen Fassung können hiernach keine anderen Personen als Prüfer oder deren Gehilfen be-

straft werden. Eine Schweigepflicht, deren Verletzung Erfordernisse begründet, trifft zwar namentlich auch die Organe der AktG., da die Verschwiegenheit zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehört (§§ 241, 249). Aber eine ausdrückliche Vorschrift, die dem Vorstand oder AufsR. Verschwiegenheit auferlegt, findet sich im Gesetz nicht. Der Entw. 1930 erwähnte denn auch in seiner Strafvorschrift (§ 258) nur die Prüfer und die Angestellten von Treuhändergesellschaften. Ob die NotWd. weitergehen wollte, ist zweifelhaft. M. E. ist die Anwendbarkeit der Nr. 2 auf andere Personen als Prüfer zu verneinen, da die Verletzung eines besonderen gesetzlichen Schweigegebots zum Tatbestande gehört.

Die Nr. 3 schließt sich an die neuen Vorschriften der §§ 262 g Abs. 3, 266 Abs. 7 an, nach denen der Vorsitzende des AufsR. einer Prüfungsgesellschaft und sein Stellvertreter die von ihrer Gesellschaft erstatteten Berichte einsehen, die hierbei erlangten Kenntnisse aber nur verwerten dürfen, soweit es die Erfüllung der Überwachungspflicht des AufsR. erfordert. Eine durch diesen Zweck nicht gedeckte Verwertung von Kenntnissen ist strafbar.

Allgemein ist zu § 318 a zu sagen, daß nur vorsätzliche Verstöße strafbar sind, da es an einer Strafdrohung gegen fahrlässige Handlungen fehlt. Dies ist vor allem von Bedeutung für die falschen und lückenhaften Berichte (Nr. 1).

Dürfen die Bilanzprüfer in ihrem Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses, der Buchführung und des Geschäftsberichts (§ 262 a) erhebliche Umstände dann verschweigen, wenn deren Erwähnung im Geschäftsbericht mit Rücksicht auf überwiegende Gegeninteressen (§ 260 a Abs. 4) unterblieben ist? — Sie können es, wenn sie die Überzeugung erlangt haben, daß der Geschäftsbericht trotz seiner Lücken, eben wegen jener anderen Interessen, den gesetzlichen Vorschriften, also auch dem § 260 a Abs. 4 entspricht. Ihre Berichte und Prüfungsvermerke, die dies feststellen und bestätigen müssen (§§ 262 a Abs. 1, 262 f), sind dann nach bestem Wissen abzugeben; in diesem Falle verschweigen die Prüfer ja wohl auch keine „erheblichen“ Umstände (§ 318 a Nr. 1). Den Bilanzprüfern wird damit freilich eine Entscheidung zugewiesen, die für sie Haftpflichtgefahren birgt (§ 262 g Abs. 1 Satz 3). Eine vorsätzliche und daher allein strafbare Pflichtverletzung scheidet aber stets aus, wenn der Prüfer gutgläubig die Zulässigkeit einer Berichtslücke anerkennt.

Die NotWd. ist nur zum Teil am 1. Oktober 1931 in Kraft getreten. Der Geltungsbeginn der neuen Vorschriften über Jahresabschluß, Geschäftsbericht und Prüfung ist noch von der Reichsregierung zu bestimmen (Art. XII). Von den Strafvorschriften ist also im wesentlichen vorerst nur die Strafschärfung für besonders schwere Fälle der §§ 312 und 314 Nr. 1 in Kraft (Art. IX Abs. 1). Da auch dieser Bestimmung keine rückwirkende Kraft zukommt (§ 2 Abs. 1 StGB.), so ist sie unanwendbar gerade auf die Fälle, die Anlaß zur NotWd. gegeben haben mögen (Fabag, Nordwolle usw.). Zu beachten ist, daß auch der mehrfach besprochene § 260 a Abs. 4 (zulässige Lücken im Geschäftsbericht) noch der Inkraftsetzung harret. Sobald er aber in Geltung ist, wird man die geläuterte Rechtsauffassung, die in ihm hervortritt, nach dem Grundsatz des § 2 Abs. 2 StGB. auch auf zurückliegende Fälle anwenden können, die nach altem Recht gegen die Pflicht zur absoluten Bilanzwahrheit verstießen (vgl. RGSt. 34, 37).

## Notverordnung - Rechtspflege - Anwaltschaft!

Von Rechtsanwalt Robert Held, Starnberg.

### I.

Müde werden die Wächter am Recht! Im Frühjahr 1930 hatte der Reichstag einstimmig den von der Reichsregierung vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und einiger Vorschriften über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ abgelehnt, ihn nicht einmal einer Ausschußberatung gewürdigt. Alle Berufenen — Richter und Anwälte, Rechtslehrer und Wirtschaftler — hatten immer und immer wieder ihre Stimme da-

gegen erhoben. Im Winter 1930 sollte im Notverordnungswege der Inhalt des abgelehnten Entwurfs Gesetz werden. Wiederrum standen die auf beiden Seiten der Barre, wiederum Wissenschaft und Wirtschaft einmütig gegen den Anschlag auf die Rechtspflege zusammen: Die NotWd. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517) achtete ihrer nicht. Der Gesetzgeber verfügte — zwar „zur Sicherung der Wirtschaft und Finanzen“ vergeblich, aber mit dem Erfolg schweren Schadens der Rechtspflege und des Vertrauens des Volkes in die Rechtspflege. In der NotWd. v. 6. Okt. 1931 „zur

Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen“ geht er diesen Weg weiter, unbeeinträchtigt durch Warnungen, Kritik, Vorstellungen und Bitten aller, die draußen im Dienste am lebenden Recht tagtäglich ihre bitteren Erfahrungen mit dem am grünen Tisch ausgeheckten machen müssen. Hat es Sinn, so oft Gefagtes zu wiederholen? Denn es kann sich zumeist nur um Wiederholungen gegenüber der neuen RotW. handeln, die in ihrem 6. Teil: „Rechtspflege“ im wesentlichen nur eine Verschärfung der bisherigen Maßnahmen bringt und in ihrem Grundsätzlichen den gleichen Ungeist atmet, wie der 9. Teil der RotW. v. 1. Dez. 1930. Man wird müde durch die Einsicht in die Zweck- und Sinnlosigkeit alles Getanen. Wer es genügt nicht, neben vielem<sup>1)</sup>, auf die Sondernummer der JW. v. 29. Nov. 1930 zu verweisen<sup>2)</sup>. Gerade die Anwaltschaft darf nicht müde werden zu warnen, da sie es ist, die die Mißgriffe des Gesetzgebers an sich selbst zu tragen hat und sie dem Rechtsvolk und seiner Kritik am nächsten steht.

## II.

Der sachliche Inhalt des 6. Teils der RotW. vom 6. Okt. 1931 ist in JW. 1931, 2889 in Aufsätzen von Volkmar und Dörffler, die sich bewußt der „kritischen Würdigung enthalten“, wiedergegeben; er kann als bekannt vorausgesetzt werden.

A. 1. Die amtsgerichtliche Zuständigkeit ist auf 1000 RM erhöht, die Berufungssumme auf 100 RM, die Beschwerdesumme für das isolierte Kostenurteil auf 50 RM; eine Maßnahme für unerträglich wie die andere. Der AR. — auch der beste versagt in der Überlastung und der Hitze des amtsgerichtlichen Prozeßbetriebs — soll über Werte entscheiden, die von lebenswichtiger Bedeutung für die Parteien sind; die Berufung an die erfahrenen, die Konstanz der RPr. verbürgenden, abgeklärten Senate der OLG. ist dafür ausgeschlossen. Das AG, das kleinste BayernAG, wird nunmehr mit Dingen befaßt, denen es nicht gewachsen sein kann: Patent- und unlautere Wettbewerbsprozesse, Urheberrecht, Aktienrecht usw., Materien, für die es keinerlei Praxis und nicht einmal die Literatur hat! Der Anwaltszwang ist bis zu 1000 RM aufgehoben; die Prozesse, durch die Parteien selbst mangelhaft vorbereitet, werden mangelhaft entschieden werden, die Arbeit der Amtsgerichte, die sich aus dem Wirrwarr des Parteivorbringens erst den Tatbestand mühsam herausfinden müssen, wird erschwert und verzögert. Die Verminderung der erstinstanzlichen OGSachen wird zum Teil wettgemacht durch eine Erhöhung der landgerichtlichen Berufungssachen, so daß die Möglichkeit eines Abbaues von Hilfsrichtern, der von dem Gesetzgeber beabsichtigt ist —

<sup>1)</sup> Vgl. die in JW. erschienenen Aufsätze aus allen Kreisen der Juristen (JW. 1930, 1, 515, 518, 520, 535, 602, 607, 608, 613, 616, 681, 683, 686, 689, 745, 746, 748, 1033, 1465, 3457, 3463, 3466).

<sup>2)</sup> „Der Spargedanke wird, bei aller Hochachtung vor seiner Bedeutung, heute leicht zu einer Suggestion, vor der die Vernunft zurücktritt“ (Deerberg, M. d. PrL, JW. 1930, 3505). „Für unannehmbar halte ich den Vorschlag, § 511a Abs. 1 ZPO. dahin umzugestalten, daß die Berufungssumme nunmehr 100 M beträgt“ (Soelling; JW. 1930, 3508). „Ganz unannehmbar ist der Gedanke, das Schiedsurteil des § 20 EntlastBek. bis zur Höhe von 100 M zuzulassen“ (Heilberg; JW. 1930, 3509). „Die Anwaltschaft wird in einem Ausmaße von den Folgen des Rückgangs des Wirtschaftslebens und der Verarmung unseres Volkes betroffen, über das sich Außenstehende noch immer kein richtiges Bild zu machen scheinen“ (Prakenberger; JW. 1930, 3511). „Weße dem Staat, der eine seiner Säulen so tief ins Elend versetzt! Ein gewichtiger Unterbau einer gesunden Rechtspflege ist ein gesunder, wirtschaftlich freier Anwaltsstand. Ihn so zu erhalten, muß eine der ersten Aufgaben des Staates sein“ (v. d. Pforden; JW. 1930, 3517). „Die Abstimmung über die Justizreform ist Schicksalsstunde und Schicksalswende für den Rechtsstaat“ (Eld; JW. 1930, 3522). „Es bedarf nicht der Schwarzseherei in die Zukunft, um die vorgeschlagene Verdoppelung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit abzulehnen. Ihre Gegenwartswirkungen sind katastrophal genug“ (Goldschmidt; JW. 1930, 3523). „Ich halte die Erhöhung der Zuständigkeitsgrenze für die Landwirtschaft untragbar“ (Ernst Böttger; JW. 1930, 3527). „Die beabsichtigte Verjagung der Berufungsmöglichkeit bei Objekten unter 100 M würde die Wirkung einer afizialen Maßnahme nachteiliger Art haben“ (Preuß. Richterverein; JW. 1930, 3528). Alles war vergeblich!

der aber doch nur in den Ländern in Betracht kommen kann, die das Hilfsrichterwesen kennen! —, ganz gering sein wird. Der Mehrbedarf an Amtsrichtern, an Raum- und Sachbedarf bei den AG. gleicht auch dies aus!

2. Prozesse bis zu 100 RM werden dem Schiedsurteilsverfahren und der Berufungsunfähigkeit ausgeliefert. Ein Betrag von 100 M entspricht dem Monatseinkommen weitester Volkskreise und seine Zu- oder Aberkennung kann die Vernichtung von Geschäften, Existenzen und Familien sein! Jeder Praktiker aber weiß, wie wenig sich das Schiedsurteilsverfahren bewährt hat, wie es zur Verlängerung statt zur Verkürzung der Prozesse, zu endlosem Schriftsatzwechsel schreibungewandter Parteien und oft zur Ermessensentscheidung, statt nur zum Ermessensverfahren geführt hat.

3. Die Neuregelung des Armenrechtsverfahrens kann, vernünftig gehandhabt, eine Abstellung der bisherigen Mißbräuche bringen. Bedauerlich ist, daß sie nicht von dem fragwürdigen Zahlungsunvermögen und der in zahllosen Fällen leichtfertigen Ausstellung von Armenrechtszeugnissen ausgeht, sondern sich durch die Einschränkung der Voraussetzung der Aussichtslosigkeit sehr leicht antisozial auswirken kann. Jeder Anwalt kennt die Fälle, in denen ein von den Instanzen wiederholt für aussichtslos erachteter Prozeß nach Ablehnung des Armenrechtsgefuchs von dem Anwalt im freiwilligen Armenrecht durchgeführt und — gewonnen wurde. Auch die Verweisung auf die sonst so verpönten Teilklagen ist unerfreulich; eine Verminderung der Prozesse durch Teilklagen ist nicht zu erwarten! Die Erhebungen, die das Gericht vor Bewilligung des Armenrechts anstellen kann, dürfen nicht, wie es leider jetzt schon sehr häufig geschieht, zu einer fast vollständigen Vorbereitung des Prozesses und zur Vornahme und Durchführung des Beweisverfahrens in Abwesenheit des Gegners führen. Wenn Volkmar: JW. 1931, 2890 meint, den Parteien „werde Gelegenheit zur Anwesenheit bei der Beweiserhebung zu geben sein“, so entspricht dies nicht der bisherigen Praxis, und der von ihm angezogene § 357 ZPO., der den Parteien im Prozeß die Anwesenheit bei der Beweisaufnahme gestattet, zwingt im Armenrechtsverfahren die Gerichte nicht zur Zuziehung der Parteien. Die Verf. der RotW. hätten in sie selbst die entsprechende Mußvorschrift einfügen sollen! Die Armenrechtsbewilligung in Form der Gestattung von Ratenzahlung, die sicherste Maßnahme zur Verhütung unbegründeter Armenrechtsgefuche und fiskalischer Schädigung, ist leider wiederum nicht Gesetz geworden, nach Volkmar a. a. O. S. 2890 „weil sie namentlich auch unter Berücksichtigung kassentechnischer Gesichtspunkte keine nennenswerten Ersparnisse verspricht“, eine, wenigstens in dieser Kürze, nicht verständliche Begründung.

4. Die Erhöhung der Mindestgebühr auf 2 RM ist eine empfindliche Belastung kleinster Streitwerte, die Klärung der Frage der Mindestprozeßgebühr bei vorausbezahlter Mindestgebühr für Mahn- oder Güteverfahren zu begründen. Die Erhöhung der Gerichtsvollzieherkosten, also eine weitere starke Belastung der Kosten der Rechtsverfolgung, hier noch des meist zwecklosen Teils der Rechtsverfolgung, wäre nur tragbar mit einer Verbesserung des Gerichtsvollzieherwesens selbst.

5. Daß nunmehr Zeugen- und Sachverständigen-Gebührenvorschüsse angeordnet werden „sollen“, also „müssen“, ist gut, bedenklich aber die Außerkräftsetzung des § 4 ZeugGebD., da es außerordentlich schwer sein wird, in wichtigeren Sachen geeignete, hochqualifizierte Sachverständige zu den sehr geringen Normalfäzen zu erhalten.

B. 1. Eine außerordentliche Gefahr ist die Abschaffung des Legalitätsgrundsatzes bei Übertretungen. Seine Durchbrechung war unter den engen Voraussetzungen des § 153 StPO. noch gerade erträglich. In einer politisch so bewegten Zeit den Verfolgungszwang, sei es auch nur für Übertretungen, ganz allgemein in das Ermessen der von der jeweiligen Justizverwaltung abhängigen StA. zu stellen, kann die Öffnung der Tore des Rechts für die Politik und die Willkür und damit eine nicht wieder gutzumachende Schädigung des Vertrauens in die Rechtspflege bedeuten.

2. Schlimmer noch sind die Änderungen im Privatklageverfahren. Der gerichtliche Ehrenschutz war schon bisher ein sehr fragwürdiger; die Bestrebungen Aller gingen auf seine Verbesserung; er wird nunmehr praktisch überhaupt

verfaßt. Der Richter soll entscheiden, ob in einer Privatklagesache die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, Dinge subjektivster Art, die sich der eindeutigen Erkenntnis durch das Gericht meist überhaupt entziehen. Es ist kaum möglich, die Wirkung einer, vielleicht objektiv nicht erheblichen Beleidigung, das Maß des dolus beim Beleidigten, die Wirkung auf den Lebenskreis des Verletzten, innere Vorgänge — z. B. Reizung des Täters durch den Verletzten, böshafte Gesinnung usw. — festzustellen, die verschiedenen Abstufungen der Ehrenkränkung im Einzelfalle durch eine objektiv gleiche Tat, wie sie sich aus den verschiedenen Stufen der gesellschaftlichen Schichtung, der Mentalität der Beteiligten ergeben, richtig abzuwägen, keinesfalls ohne mündliche Verhandlung oder wenigstens ohne Anhörung der Gegenpartei. Aber nach der NotW. braucht nicht einmal der Versuch dazu gemacht zu werden. Der Richter kann „von der Erhebung der Privatklage an“ die Einstellung verfügen. Während sonst der Justizfiskus jede richterliche Handlung von der vorherigen Bezahlung der Gebühr abhängig machen läßt, eilt ihm die Vernichtung der Privatklage so sehr, daß sie sogar vor Bezahlung des Vorschusses erfolgen darf. Der Verletzte braucht nicht zuzustimmen, braucht nicht einmal gehört zu werden! Die Einstellung kann in jeder Lage des Verfahrens, bis zur Verkündung des Urteils zweiter Instanz erfolgen. Bei der Einstellung hat das Gericht „die in dem Verfahren entstandenen Auslagen sowie die dem Privatkläger und dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zu verteilen oder (!) dem Beschuldigten ganz aufzuerlegen“. Voraussetzung der Einstellung ist die Schuld des Täters, die Feststellung eines nach dem bisherigen Recht zur Verteilung genügenden Tatbestandes (sonst müßte Zurückweisung der Privatklage erfolgen). Trotzdem droht dem Privatkläger, dem in seiner Ehre oder in seinem Hausfrieden Getrübten, dem Mißhandelten, dem Verleumdeten, dem Bedrohten, der sein Recht beim Richter sucht und der Recht hat, trotz des Geständnisses des Verletzten und klarsten Sachverhalts, daß er erhebliche Kosten zu tragen hat! Der Anwalt wird diese Rechtsgrundsätze dem Verletzten vergeblich klarzumachen versuchen. Eine Prognose für den Privatklageprozeß wird auch dem tüchtigsten und gewissenhaftesten Berater nicht mehr möglich sein, wenn er auch die Privatklage in Zukunft mit ausführlichen Darlegungen über das Maß „der Schuld des Täters“ und über die Bedeutung der „Folgen der Tat“ wird belasten müssen! Der Ruhhandel über die Ehre, der Vergleich wird zum ethischen Prinzip, zum Grundsatz dieses Verfahrens erhoben, der Zwangsvergleich statt der Bestrafung für die Ehr- und Körperverletzung der regelmäßige Abschluß des Strafverfahrens sein, weil der Richter erklären wird: „Wenn Ihr Euch nicht so und so vergleicht, werde ich einstellen und die Kosten so und so verteilen.“ Die bayerische Justizverwaltung hat in einer Entschliebung den ihr unterstellten Gerichten zwar in Erkenntnis der Tragweite der neuen Bestimmungen eindringlichst größte Vorsicht bei der Anwendung der neuen Bestimmungen zur Pflicht gemacht und ausgeführt: „Die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens bei geringer Schuld des Täters und unbedeutenden Tatfolgen liegt allein bei dem Gerichte. Daraus ergibt sich für den Richter die Pflicht, vor der Entscheidung die einander gegenüberstehenden Interessen ganz besonders gewissenhaft zu prüfen und abzuwägen. Er wird aber von der Befugnis des § 7 stets Gebrauch machen, wenn auf Grund der Prüfung die Anrufung des Gerichtes als ein Mißbrauch anzusehen ist oder nach den Umständen des Falls ein Bedürfnis für eine Entscheidung durch richterliches Urteil nicht besteht.“ Es wäre zweckmäßig gewesen, den Gerichten noch nahezu legen, vor der Einstellung den Privatkläger zu hören.

3. Die Einschränkung der Rechtsmittel in Privatklagesachen kommt praktisch auf den Verzicht auf die Revisionsinstanz hinaus. Auch z. B. die schwierigen Fragen des § 193 StGB., die erst durch die Rspr. der Revisionsgerichte geklärt wurden und heute noch im steten Fluß sind, werden kaum mehr die Revisionssenate zu beschäftigen haben.

4. Über die Bedeutung der weiteren Änderungen der Strafprozeßordnung (präjudizielle bürgerlich- oder verwaltungsrechtliche Vorfrage, Monstre-Prozeßkammern, Schnellverfahren, Revisionsentscheidung, Entbindung von der Verpflichtung des Angekl. zum Erscheinen in der Hauptverhand-

lung) werden sich Berufene äußern. Das Bedenken jedes Justizisten gegen „Kap. II Sondergerichte“ soll aber hier nicht unterdrückt werden. „Die Reichsregierung wird ermächtigt, zur Aburteilung bestimmter strafbarer Handlungen . . . Sondergerichte zu bilden . . . und . . . Vorschritten über die Zusammensetzung der Sondergerichte, ihre Zuständigkeit und das Verfahren zu erlassen.“ Eine Blankovollmacht dieses Umfangs birgt die allergrößten Gefahren in sich. Wer wird sie ausfüllen und wie? Wir Anwälte in Bayern haben überdies die Erfahrungen mit den bayerischen Volksgerichten noch nicht vergessen!

### III.

1. Die NotW. ist nach dem Ausgeführten eine Stilllegungsanzeige der Justiz in wichtigsten Gebieten. Von dem Gesichtspunkt aus, daß die Rechtspflege ein rentabler oder sich selbst erhaltender Betrieb sein müsse (so sagt z. B. Volkmar, daß die Gebühr von 1 RM nicht ausreiche, um in den zahlreichen Fällen, in denen zwei Zustellungen von Amts wegen erforderlich sind, die dadurch erwachsenden Kosten zu decken und daß die Gebühr deshalb auf 2 RM erhöht werden müsse!), wohl auch mit Recht! Man stellt die Arbeiter am Recht, Richter und Rechtsanwälte, aus und schließt die Tore der Urteilsfabriken! Das ist allerdings ein Gesichtswinkel. Statt daß der Staat in einer Zeit verwirrtester Rechtsbegriffe, schwankender Rechtsgrundlagen und schwindenden Vertrauens in die Rspr. alles tut, um die Justiz — die doch auch und erst recht *reipublicae liberae fundamentum* ist! — auf höchstem Stand zu halten! Es ist nicht richtig, „daß es noch gleichwichtige andere Kulturaufgaben gibt, wie z. B. das Bildungswesen“ (Volkmar a. a. O. S. 2889). Sicher setzt „eine gesunde Rechtspflege einen gesunden Staat voraus“, aber noch viel mehr ein gesunder Staat eine gesunde Rechtspflege! Ohne bestes Recht und beste Rechtspflege kann der kranke Staat nicht genesen! Besteht „die Gefahr, daß aus Mangel an Mitteln die Aufrechterhaltung einer geordneten Rechtspflege überhaupt in Frage gestellt würde“, so müssen diese Mittel überall anders hergenommen werden, nicht aber aus einer Verschlechterung der Rechtspflege selbst; ganz abgesehen davon, daß es nicht dargetan ist — und von zuständigen Kennern entschieden bestritten wird —, daß der finanzielle Erfolg der Einsparungen ein nennenswerter sein wird.

2. Nennenswert werden die finanziellen Auswirkungen nur bei der Anwaltschaft sein. Es ist bisher absichtlich von ihr nicht gesprochen worden, weil die NotW. auch von den übrigen Interessen der Rechtspflege aus betrachtet sich als unerträglich erweist. Zu den Interessen der Rechtspflege gehört aber die Erhaltung eines gesunden, wirtschaftlich wenigstens nicht verelendeten Anwaltsstandes. Das ist nicht nur die Überzeugung der Anwaltschaft; die Justizverwaltung selbst hat es immer und immer wieder feierlichst erklärt, daß auch sie dieser Überzeugung sei. Die Anwaltschaft will auch nicht von der allgemeinen Notlage ausgenommen sein. Aber eine weitere Einschränkung des Anwalts Einkommens vertragen die Interessen der Rechtspflege nicht mehr. Jeder, der in die anwaltschaftliche Allgemeinheit Einblick hat — sei es von einem Kammervorstand, einem Ehrengericht, einer Ständesorganisation, einer Unterstützungsstelle aus —, weiß, in welcher unerhörten Notlage der überwiegende Teil der Anwaltschaft sich schon befindet und wie täglich der Kreis der verarmten, der hungernden Anwälte sich erweitert, wie plötzlich Anwälte mit guten Kanzleien vor dem Nichts stehen, ohne Sicherung für ihre Familien, ohne Sparrücklagen. Das verschärft sich alles ungeheuerlich durch die Verschlechterung der Wirtschaftslage, deren Barometer die Anwaltschaft ist. Statistisches Material liegt den obersten Justizverwaltungsbehörden vor. Nun eine nochmalige stärkste Kürzung der Armenrechtsgebühren, die um so schlimmer wirkt, als die fortschreitende Verarmung des Volkes den Armenrechtsprozeß immer mehr überhand nehmen läßt! Der Anwalt wird bald fast keine honorierte Prozeßpraxis mehr haben und die schwierigsten und haftungsreichsten Prozesse für einen Bettelohn des Staates führen müssen, den er dann dem Staat durch Einkommen-, Umsatz- und Gewerbesteuer zum

großen Teil wieder zurückbezahlt<sup>3)</sup>! Ist es den zuständigen Stellen — für die Justiz sind leider zur Zeit sehr zuständig das Reichs- und vor allem das preuß. Finanzministerium! — nicht klargeworden, daß, wenn sich die Armenanwaltsausgaben des Staates erhöht haben, das Anwaltseinkommen aus freier Prozesspraxis sich gesenkt hat, aber um ein Vielfaches der Armenrechtsgebühren, da diese geringsten Gebühren die höheren Gebühren der frei geführten Prozesse ersetzen mußten? Es geht daher völlig neben den Kern der Sache, wenn darauf verwiesen wird, daß die neue Kürzung für jeden Anwalt „nur etwa eine Einbuße von 200 RM im Jahre ergäbe“ — wobei übersehen wird, daß große Kategorien von Anwälten beim Divisor ausscheiden, z. B. AG-Anwälte, Syndizi — „und daß diese Kürzung immerhin erheblich kleiner sei als die Gehaltskürzungen, die noch neuerdings ganze Beamtengruppen auf mannigfache Art, z. B. durch Herabsetzung von Funktionszulagen, Auf-rücksperrre usw. zugemutet werden müßten“. Das heißt par impari conferre! Beamtentum und freier Beruf, fester Gehalt und schwankendes Einkommen werden hier in unzulässiger Weise auf einen Nenner gesetzt. Die Eingriffe des Staates, die Gehaltskürzungen sind die einzigen Ursachen der Einkommensminderung bei den Beamten; den Beamten ist aber ein Einkommen (Speisenfrei und pensionsberechtigt!) garantiert. Die Quellen des Anwaltseinkommens sind dagegen nicht nur durch die staatlichen Maßnahmen zum Verhindern gebracht; diese Kürzungen treffen ein schon durch andere Umstände (z. B. durch die Wirtschaftskrise, durch die Überfüllung des Standes, die zunehmende Selbstvertretung der Partei, das Winkelkonsulententum, die Schiedsgerichte, die starr gebliebenen Spesen) aufs äußerste geschmäleretes Einkommen. Durch die neue NotW.D. wird jetzt von unmittelbarer finanzieller Auswirkung für die Anwaltschaft — neben den Kürzungen der Armenrechtsgebühren — noch die Erhöhung der Zuständigkeitsgrenze, da die Parteien sich auch bei diesen höheren Streitwerten selbst vertreten werden und den OVG-Anwälten ein wesentlicher Teil ihres Tätigkeitsgebietes entzogen wird; ferner der Ausschluß der Berufung für die Streitwerte bis zu 100 RM und nicht zuletzt das neue Verfahren in Privatklagesachen, da das Risiko, den staatlichen Ehrenschutz anzurufen, zu groß geworden ist.

3. „Auf der anderen Seite versucht die W.D. der Anwaltschaft die Unterstützung ihrer in wirtschaftlicher Bedrängnis befindlichen Mitglieder zu erleichtern. ... § 16 ... gibt die Möglichkeit, daß die Anwaltskammern ... von ihren Mitgliedern noch Sonderbeiträge zur Unterstützung notwendiger Mitglieder erheben; ... es genügt ein Beschluß des Vorstandes, der aber der Zustimmung der Landesjustizverwaltung bedarf“ (Volkmar a. a. D. S. 2892). Keinen Zorn über dieses Geschenk an die Anwaltschaft, die das, was der Gesetzgeber im Stande vernichtet, selbst durch „Unterstützungen“ gutmachen soll! Die NotW.D. will der Anwaltschaft die Möglichkeit geben, die von den NotW.D. geschlagenen Wunden zu heilen.

<sup>3)</sup> Warum ist nur das Krankenkasseneinkommen der Ärzte umsatzsteuerfrei, nicht aber auch das Armenrechtsprozesseinkommen des Anwalts?

Aber in tiefer Bekümmernis muß die Anwaltschaft feststellen, daß auch diese Bestimmung nicht imstande ist, ihr Hilfe oder Erleichterung zu bringen. Die Hilfskasse hat, aufgebracht aus den freiwilligen Zuschüssen der deutschen Anwälte, in den ersten ¼ Jahren des Jahres 1931 ungefähr 1 000 000 RM verteilt und verteilen müssen; Anwaltskammern und örtliche Vereine und private Aktionen in engeren Kollegenkreisen haben ebenfalls hohe Beträge für Nothilfe verwendet. Aber im gleichen Verhältnis in dem der Kreis der Unterstützungsbedürftigen von Tag zu Tag wächst, sinkt die Zahl derjenigen, die noch Hilfe leisten können. Schon die Kammerbeiträge, die Beiträge für die Stabesorganisationen sind für den größeren Teil der Anwaltschaft kaum mehr erschwinglich. Sie können, auch zu Unterstützungszwecken, nicht mehr erhöht werden, weil, von wenigen Ausnahmen abgesehen, kein Anwalt auch nur die geringste Höherbelastung mehr tragen kann, weil die untere Grenze der Lebenshaltung für die meisten schon erreicht ist, weil, wenn die wenigen noch nicht Verelendeten die Hilfsbedürftigen retten sollen, auch sie zusammenbrechen müssen. § 16 NotW.D. ist eine leere Geste der Freundlichkeit für die Anwaltschaft, ein Rettungsring aus Blei, den der Gesetzgeber ihr zuwirft, nachdem er sie in den Strom gestoßen hat.

4. Was alle Wissenden im Dezember 1930 bei den damaligen Eingriffen in die Rechtspflege vorausgesehen und vorausgesagt haben, ist eingetreten: Die Rechtspflege und das Vertrauen in sie hat schweren Schaden genommen. Das läßt sich allerdings nicht ziffernmäßig nachweisen, aber jeder Anwalt, jeder, der in der Praxis, jeder, der dem Rechtsuchenden nahe steht, weiß es. Ziffernmäßig aber läßt sich das andere Vorausgesehene und Vorausgesagte nachweisen: daß die Anwaltschaft auf diese Weise zugrunde gerichtet wird. Nicht zu ahnen war allerdings, wie rasch und in welchem Maße ihre Verelendung steigen wird. Die Ziffern der Einkommensteuerstatistik, der Hilfskasse und leider auch der Kammervorstandstätigkeit, der Klagen, Vollstreckungen und Wechselproteste gegen Anwälte ergeben es jetzt. Das Einkommen Einzelner, immer weniger werdender, darf darüber nicht hinwegtäuschen, daß der Stand der deutschen Rechtsanwälte daran ist, unterzugehen. Berufsmäßige Rechtsberater wird es auch dann noch geben; aber die deutsche Rechtsanwaltschaft, auf die das deutsche Volk stolz sein kann, die — wir dürfen es wiederholen, weil es uns höchste Richter und höchste Justizverwalter oft gesagt haben — beste und tüchtigste und zuverlässigste Anwaltschaft der Welt, dieses notwendige Organ der Rechtspflege, das seine Aufgaben im Rechtsleben nur erfüllen kann, wenn es bleibt, was es war, ist am Ende seiner Kraft und seines Daseins. Glaubt der Gesetzgeber, daß er diesen Stein aus dem erschütterten Gebäude des deutschen Rechtslebens reißen darf, ohne daß es zusammenstürzt? Die deutsche Anwaltschaft hat zu lang und zu oft vorgebetet und gebeten und ersucht und Denkschriften eingereicht. Sie wartet vor weiteren NotW.D. Bestimmungen gegen die Rechtspflege und gegen die Anwaltschaft, nicht ihretwegen, sondern von Rechtspflege und Rechts wegen!

### Notarielle Bescheinigung über den Erwerb von Reichsbahnleihe zur Erlangung von Steueramnestie.

In der 2. StAnnW.D., das ist der III. Teil der W.D. des RPPr. v. 19. Sept. 1931 (RStBl. I, 493), ist eine Mitwirkung der Notare bei Erlangung von Steueramnestie durch Erwerb von Reichsbahnleihe vorgesehen. In dem Rundverlaß des RM. v. 1. Okt. 1931 (RStBl. 31, 732) ist unter VI Ziff. 2 näheres über die zur Erlangung von Steueramnestie von den Notaren zu entfaltende Tätigkeit gesagt.

Nach der 2. StAnnW.D. ist die Ausstellung von notariellen Bescheinigungen verschiedenen Inhalts vorgesehen. Es kommen danach in Betracht notarielle Bescheinigungen über 1. den Erwerb von Reichsbahnleihe, 2. die ununterbrochene Verwahrung von Anleihestücken während eines bestimmten Zeitraums. Zur Zeit interessieren nur die notariellen Bescheinigungen über den Erwerb von Reichsbahnleihe.

Die erste Frage ist, ob diese Bescheinigungen bis zum Ablauf der Amnestiefrist ausgestellt werden mußten oder auch noch nach Ablauf dieser Frist ausgestellt werden können. Die Frage ist im

zweiten Sinne zu beantworten. Das geht aus der Vorschrift des § 12 Abs. 1 StAnnW.D. hervor, daß die Bescheinigung über den Erwerb von Reichsbahnleihe bis zum Ablauf der in der Bek. der Deutschen Reichsbahngesellschaft vorgeschriebenen Zahlungsfrist ausgestellt werden kann. Der Erwerb von Reichsbahnleihe setzt voraus: Zeichnung der Anleihe innerhalb der Amnestiefrist und rechtzeitige und vollständige Bezahlung des Erwerbspreises. Erst wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Erwerb von Reichsbahnleihe bescheinigt werden, zumal in der Bescheinigung die Anleihestücke angegeben sein müssen.

Wenn die im § 12 2. StAnnW.D. geforderte Bescheinigung über den Erwerb der Reichsbahnleihe demnach erst nach vollständiger Bezahlung der Anleihe erteilt werden kann, so schließt das nicht aus, daß vorher eine Bescheinigung über die erfolgte Zeichnung erteilt oder eine Urkunde aufgenommen wird, wie sie in dem Rundverlaß des RM. v. 1. Okt. 1931 unter VI Ziff. 2 zu a) und b) empfohlen wird.

Der Notar kann, wenn der Steuerpflichtige seinen Namen der Zeichnungsstelle nicht offenbaren will, im eigenen Namen, aber



für Rechnung seines Auftraggebers zeichnen. Das ergibt sich zwar nicht aus der 2. StAnnO., wohl aber aus dem Runderlaß des RM. v. 1. Okt. 1931. In diesem Falle ist in der Bescheinigung deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß die Zeichnung für einen bestimmten Auftraggeber erfolgt. Wenn der Notar in einem solchen Falle bescheinigt, im Auftrage eines Dritten gezeichnet zu haben, so bescheinigt der Notar eine eigene Handlung; hierzu ist er nach der herrschenden Ansicht berechtigt.

In der endgültigen Bescheinigung sind Zeitpunkt und Höhe der verschiedenen Teilzahlungen anzugeben; denn die Bescheinigung muß rechtzeitige und vollständige Zahlung des Erwerbspreises der Anleihe ergeben.

Die stempelrechtlichen und gebührenrechtlichen Fragen sowie die Ausschließungsgründe richten sich nach den Landesgesetzen.

In Preußen ist für Bescheinigungen über Tatsachen oder eigene Handlungen des Notars ein Stempel nicht zu verwenden.

An Gebühren kommen in Preußen in Betracht solche aus § 14 PrNotGebO., soweit der Notar im Zusammenhang mit dem Erwerb von Reichsbahnleihe Gelder empfängt oder auszahlt oder Anleihestücke empfängt oder verwahrt.

Für die Ausstellung einer Bescheinigung über die erfolgte Zeichnung oder über den Erwerb von Anleihestücken erhält der Notar nach § 47 Ziff. 1 PrGRG. eine volle Gebühr. Für die Zeichnung von Anleihe erhält er, da eine Gebühr hierfür im Gesetz nicht vorgegeben ist, nach § 16 PrNotGebO.  $\frac{2}{10}$  Teile der vollen Gebühr und gegebenenfalls eine Wegegebühr aus § 51 PrGRG.

Die Ausschließung des Notars von der Mitwirkung bei einem Erwerb von Reichsbahnleihe regelt sich für preuß. Notare auf Grund der Verweisung des Art. 84 PrFGG. nach den Vorschriften der §§ 6 ff. RZGG.

Im übrigen wird auf den Aufsatz des Unterzeichneten in dem Novemberheft der NotB. verwiesen, wo weitere Einzelheiten erörtert werden. Inshes. wird Bezug genommen auf die im Novemberheft der NotB. veröffentlichte Mitteilung der Deutschen Reichsbahngesellschaft, daß diese den Notar aus Zeichnungen für fremde Rechnung nur insoweit in Anspruch nehmen wird, als der von dem Notar Betretene seinen Verpflichtungen nachkommt, auch wenn der Notar bei der Zeichnung nicht zu erkennen gegeben hat, daß die Zeichnung für fremde Rechnung erfolgt.

RA. Dr. Leo Sternberg, Berlin.

### Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erben.

Die Frage, ob durch die Fortführung des Geschäftes eines Einzelkaufmanns das ererbte Geschäft nach ungenützem Ablauf der Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. von selbst in eine OHG. übergeht oder ob die Erbengemeinschaft noch weiter bestehen kann, wird von der h. M. in letzterem Sinne beantwortet. Durch die in Rz. 1925, 842 ff. veröffentlichte Abhandlung des RA. Dr. E. Lion, Hamburg, der ein kurzer Aufsatz des nämlichen Verf. in Fw. 1925, 2105 vorausging, wurde diese Rechtsauffassung mit gewiß ernst zu nehmenden, aber nicht durchgreifenden Argumenten in Zweifel gezogen. Der Beschl. des BayObLG. v. 4. April 1930 (unten S. 3129 Nr. 3) legt sich in W. zum ersten Male eingehend mit Lion auseinander, und dies ablehnend.

Es kreuzen sich bei dem Problem gesellschaftsrechtliche, spezifisch handelsrechtliche und allgemeine erbrechtliche Bestimmungen.

Die OHG. ist eine Unterart der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft. Sie beruht deshalb auf Vertrag, wenigstens sie gewisse verbandrechtliche Elemente enthält. Die Laband'sche Theorie von der bloßen Haftungsgemeinschaft und die Kohler'sche Lehre von der juristischen Person der OHG. können als erledigt angesehen werden. Verwandte Rechtsmeinungen, so die von Wieland, Gaff und Schönfeld, berühren unsere Frage nicht.

Außer Streit ist, daß der Gesellschaftsvertrag den allgemeinen Bestimmungen der BGB. gerecht werden muß. Er kann grundsätzlich formlos und darum auch stillschweigend abgeschlossen werden. Sondervorschriften des BGB. sind allerdings zu beachten. Schreibt das BGB. eine Form für bestimmte Rechtsakte vor, so muß dieselbe auch bei Gesellschaftsverträgen, die diesbezügliche Wreden enthalten, gewahrt werden. Der praktisch wichtigste Fall der Formbedürftigkeit ist die Verpflichtung eines Gesellschafters, ein Grundstück einzubringen. Hierher gehört auch die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages für einen Minderjährigen. Nach §§ 1822 Nr. 3, 1643, 1686 BGB. bedarf der gesetzliche Vertreter (Vater, Mutter, Vormund) bei Vermeidung der Unwirksamkeit der vertraglichen Verpflichtung der Genehmigung des VormGer.

Die Erbengemeinschaft ist ein Gesamthandsverhältnis auf vertragloser Grundlage. Demzufolge kann die Erbengemeinschaft nicht Gesellschaft sein und nicht ohne besondere Willensentschließung der Erben Gesellschaft werden. Das — begriffswidrige — Gegenteil könnte nur durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift angeordnet werden. In einer solchen fehlt es nicht nur, das Gesetz setzt vielmehr in §§ 22 und 25 HGB. die Fortführung des Nachlassgeschäftes durch die Erbengemeinschaft voraus. Nirgends ist auch nur mittelbar zu erkennen, daß von einem bestimmten Zeitpunkte an die Erben-

gemeinschaft als OHG. auch nur zu behandeln sei. Daraus allein ergibt sich das Freige in dem Ausgangspunkt Lions, daß nämlich die Vereinigungsformen, unter denen ein Handelsgeschäft betrieben werden dürfe, in HGB. erschöpfend geregelt seien. Dagegen für das Recht von 1900 bereits RZGG. 23, 166; Rz.: Fw. 15, 8. Im geltenden Rechte ist die Rechtslage keine andere. Die Erbengemeinschaft ist gewiß durch § 27 HGB. beeinflusst, aber nicht in dem weiten Umfange, wie Lion meint. Übrigens erkennt Lion die Führung des Geschäftes durch die Erbengemeinschaft während der Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. an. Durch den automatischen Übergang in eine OHG. nach Ablauf der Frist ohne Einstellung des Betriebes sind sicherlich dank des sofort kalendermäßig feststellbaren Abschnitts für die Geschäftsgläubiger eindeutige Verhältnisse geschaffen. Aber gleichzeitig können dadurch die Rechte der Erben erheblich beeinträchtigt werden. Aus Zweckmäßigkeitgründen ein Wesenselement der Gesellschaft einfach unter den Tisch fallen zu lassen, geht schlechterdings nicht an. Man braucht noch kein Anhänger der viel geschmähten Begriffsjurisprudenz zu sein, wenn man an bestimmt umgrenzten Begriffen festhält. Auf die Schädigung der Erben weist zutreffend das erwähnte Urteil hin. Man würde die Erben zwingen, entweder eine Teilauseinanderetzung vorzunehmen, d. h. das Geschäft zu geschlagen, oder sich in eine OHG. umwandeln zu lassen. Die Auseinanderetzung müßte stattfinden, obgleich nach § 2043 BGB. gesetzliche Hinderungsgründe der Auseinanderetzung im Wege stehen können, obgleich der Erblasser die Auseinanderetzung letztwillig ausgeschlossen haben kann (§ 2044 BGB.). Dafür, daß das HGB. diese erbrechtlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt hat, fehlt jeder Anhaltspunkt. Würde man den Erben die Rechtsform einer OHG. aufzwingen, so müßte dieselbe mit allen Nachteilen, die der Zerstörung eines Unternehmens anhaften, wieder aufgelöst werden, wenn sie den Interessen der Erben nicht entspricht, ohne daß aber die Erbengemeinschaft wieder herstellbar wäre. Nach einem weiteren richtigen Zweckmäßigkeitgrund, der gegen den einseitigen Gläubigerstandpunkt Lions spricht, führt das Urteil an. Die dreimonatliche Überlegungsfrist mag selbst in verwickelten Fällen genügen, sich über die Geschäftsschulden des Erblassers zu unterrichten, um so ein Bild zu gewinnen, ob sich die Fortführung des Geschäftes mit unbeschränkter Schuldenhaftung lohnt. Dagegen wird man in derselben Zeit sich häufig über die Art der Auseinanderetzung oder über die Umwandlung des Geschäftes in eine Gesellschaftsform nicht klar werden können. Wenn man auch als Zweck der Erbengemeinschaft die Beendigung der Rechtsbeziehungen unter den Miterben bezeichnen darf, wenn die Erbengemeinschaft auch nur ein Liquidationsunternehmen ist, so denkt das Gesetz doch nicht im entferntesten daran, daß sie eine kurze Lebensdauer haben müsse (vgl. §§ 2044, 2209, 2210 BGB.).

Vielmehr wird die Meinung vertreten, daß die Überführung von Vermögen aus einer Gesamthand in eine andere sich als Eigentumswechsel darstellt und Auflassung erfordert. Die Verpflichtung der Miterben, Grundstücke in die OHG. einzulegen, erfordert alsdann die Form des § 313 BGB. Auch diese Vorschrift wäre durch § 27 HGB. leicht hin ausgeschaltet, wenn man die Lions'schen Ausführungen gelten lassen wollte.

Vollends wären die minderjährigen Erben des Schutzes des § 1822 Nr. 3 BGB. bei zwangsläufiger Überleitung der Erbengemeinschaft in eine OHG. beraubt. Auch diese Reichweite dem § 27 HGB. einzuräumen, ist nicht angängig.

Nach § 27 Abs. 2 HGB. haftet der Erbe für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers unbeschränkt, wenn er nicht vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkte, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, die Fortführung des Geschäftes einstellt. Unter gewissen, im Augenblick nicht interessierenden Umständen wird die Frist erstreckt. Eine solche unbeschränkte Haftung ist mit dem Wesen der Erbengemeinschaft nicht unverträglich. So geht durch Verkäufe hinsichtlich des Inventars (§§ 1994, 2005 BGB.) oder des Offenbarungseides nach § 2006 BGB. den Miterben die auf den Nachlaß beschränkte Haftung verloren, ohne daß dadurch die Erbengemeinschaft gesprengt würde.

Grundsätzlich haften die Miterben ebenso wie die offenen Handelsgesellschafter als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB. und § 128 HGB.). Allein zwischen beiden Haftungen besteht ein wesentlicher Unterschied. Der gesellschaftsrechtliche Haftung des § 128 HGB. kann man nicht entkommen. Anders ist es mit der erbrechtlichen Haftung. Gegen Staub-Von Di § 27 HGB. Anm. 14 muß betont werden, daß auch die Haftung aus § 27 HGB. eine erbrechtliche ist; § 27 HGB. verschärft lediglich diese Haftung. Die gesamtschuldnerische Haftung nach § 2058 BGB. kann im Gegensatz zu der des § 128 HGB. abgewendet werden. Zunächst kann bis zur Teilung des Nachlasses jeder Miterbe die Verichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen verweigern. Dieses Recht wird eingengt, wenn der Erbe für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftet; das ist der Fall bei Fortführung des Geschäftes über die dreimonatliche Schutzfrist hinaus. Aber auch jetzt verwanbelt sich die Gesamtschuld noch in eine Teilschuld. Denn der Miterbe kann die Verichtigung des, seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Privatvermögen verweigern (§ 2059 Abs. 1

BGB.). Selbst nach der Teilung des Nachlasses haftet der Miterbe mit seinem Privatvermögen nur in diesem Umfange, wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist. Das Aufgebot erstreckt sich auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet. Ferner wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe von fünf Jahren dem Miterben bekannt geworden ist oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist. Weiterhin, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendet worden ist (§ 2060 BGB.) und endlich wenn ein Miterbe die öffentliche Aufforderung, das sog. Privataufgebot nach § 2061 BGB. erlassen hat für die nicht binnen sechs Monaten angemeldeten Forderungen, es sei denn, daß die Forderung einem Miterben vor der Teilung bekannt war.

Lion vermißt in den bisherigen Erörterungen eine Stellungnahme für den Fall der Testamentvollstreckung. Entweder müsse man, so meint Lion, annehmen, daß ein Gesellschaftsvertrag unter den Erben unmöglich sei, so lange die Testamentvollstreckung bestehe. Ein solcher Dauerzustand aber würde mit der Pflicht des Testamentvollstreckers, die Auseinandersetzung herbeizuführen in Widerspruch stehen. Oder man müsse den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrags annehmen. Dabei sei es fraglich, ob ein solcher Vertrag als vom Testamentvollstrecker in sich als Vertreter der einzelnen Erben oder als vom Testamentvollstrecker mit der Erbengemeinschaft geschlossen aufzufassen wäre. Dem ist folgendes entgegenzuhalten. Nach § 2203 BGB. hat der Testamentvollstrecker die Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Hat der Erblasser die Auseinandersetzung in Ansehung des ganzen Nachlasses oder des Handelsgeschäftes ausgeschlossen, so kann bis zu 30 Jahren die Erbengemeinschaft weiter bestehen müssen (§ 2044 BGB.). Ja im Falle der besonderen Verwaltung (§§ 2209, 2210 BGB.) können die 30 Jahre noch überschritten werden. Das Gesetz sieht also gerade einen solchen Dauerzustand vor. Man kann füglich nicht behaupten, daß auch hier das BGB. durch § 27 HGB. geändert werden sollte. Das Handelsgeschäft als Bestandteil des Nachlasses teilt eben dessen Schicksal; das muß in Kauf genommen werden. Besteht keine zeitliche Bindung für die Testamentvollstreckung, dann muß die Auseinandersetzung nach den Grundätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung erfolgen (§ 2218 BGB.). Damit wird in der Regel das Geschäft zerschlagen. Dem können die Erben nur durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages vorbeugen. Keinesfalls aber ist der Testamentvollstrecker befugt, „in sich“ oder mit der Erbengemeinschaft einen offenen Handelsvertrag zu schließen, gleichviel wie man rechtlich seine Stellung beurteilt. Schon die Tatsache, daß der Testamentvollstrecker an Stelle sämtlicher Erben steht, hindert ihn nach § 181 BGB. an dem Vertragsabschluß in sich. Auch mit der Erbengemeinschaft — besser gesagt: zwischen den Miterben — kann er keinen Gesellschaftsvertrag abschließen. Ein solcher Vorgang wäre nur vorstellbar, wenn er in den Machtbereich der Verwaltungstätigkeit fiel. Dem ist natürlich nicht so; weder §§ 2205 noch 2209 BGB. gestatten die Auflösung der Erbengemeinschaft in anderer Form als durch Auseinandersetzung, gestatten insbes. nicht die Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft.

Aber auch die Erben können das Geschäft nicht in eine OHG umgestalten, so lange es der Verwaltung des Testamentvollstreckers unterliegt. Denn innerhalb dieser Zeit ist dem Erben die Erlösung über den Nachlaßgegenstand entzogen (§ 2211 BGB.).

Während des Bestandes der Testamentvollstreckung ist also weder der ausdrückliche noch der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages möglich.

Nach Abschluß dieser Ausführungen wird mit der RG-Befehl. v. 26. März 1931, II B 5/31 mit Anm. Bondis oben S. 3073 bekannt, der die Zulässigkeit des Registereintrags des Testamentvollstreckers für ein auf die Erben übergegangenes Handelsgeschäft verneint und grundsätzlich die Schaffung eines Unternehmens mit beschränkter Haftung kraft Willensbestimmung des Erblassers ablehnt. Der Testamentvollstrecker sei nur dann eintragungsfähig, wenn er das Geschäft in eigenem Namen fortführe:

Im Gegensatz zu Bondi vermag ich mich dem Leitgedanken dieser Entsch. nicht anzuschließen. Lediglich was Bondi gegen das RG. über registerfähige Tatsachen ausführt, ist billigenwert. Allerdings hat der Registerrichter keine Möglichkeit, den Eintrag des Testamentvollstreckers zu erzwingen und dieser oder die Erben haben keinen unmittelbaren Rechtsanspruch auf Eintrag. Aber Klarstellungsvermerke sind mit Recht vielfach üblich und geboten, um nicht Fritrümer über den Inhalt des Registers auskommen zu lassen. Natürlich dürfen sich solche Vermerke nur auf sonst eintragungspflichtige Tatsachen beziehen. Abdam erfüllen sie aber auch die über Einzelbestimmungen hinausragende Aufgabe des Registers, ein wahres Bild über die Eintragungen zu gewähren.

Die Ausnahme, die das RG. unter Billigung Bondis für die Eintragungsfähigkeit eines Testamentvollstreckers anerkennt, ist von sehr problematischer Natur. Es ist an den Fall gedacht, daß der Testamentvollstrecker in eigenem Namen und in eigener Haftung das Geschäft führe. Ersteres tut er aber immer, namentlich wenn man von der vom RG. vertretenen Antstheorie ausgeht. Die vom

RG. als möglich gedachte Stellung des Vollstreckers hätte, worauf Bondi mit Recht hinweist, zur Folge, daß der Vollstrecker, nicht aber die Erben, persönlich und unbeschränkt haften. Ob sich ein solcher Testamentvollstrecker findet, ist doch recht fraglich. Diese Seite der Angelegenheit hat darum nur geringe praktische Bedeutung.

Allen wichtiger ist das vom RG. und von Bondi vertretene Hauptergebnis, daß die Testamentvollstreckung ein Handelsgeschäft nie erlassen könne. Es fehlt schlechthin jeder Anhaltspunkt dafür, daß § 27 HGB. die Rechtswirkungen der Testamentvollstreckung irgendwie ausschalten wollte. Art. 2 Abs. 1 GGWB. kommt nicht in Betracht, da im HGB. nichts vom BGB. Abweichendes bestimmt ist. Diese vom RG. abweichende Auffassung mag zu nicht wünschenswerten Erscheinungen führen; aber ist die Einmann-GmbH., die tatsächlich doch auch einem Einzelkaufmann mit beschr. Haftung darstellt, etwa eine lobenswertere Rechtsfigur? Und doch wird sie vom RG. anerkannt. Es ist übrigens nicht einzusehen, warum es weniger störend für den Geschäftsverkehr sein sollte, wenn ein Testamentvollstrecker Jahrzehnte hindurch Grundstücksgeschäfte macht — und das kann er bei hinausgeschobener Auseinandersetzung — als wenn er ein Handelsgeschäft weiterführt. Das RG. behauptet, daß die von ihm bekämpfte Rechtsauffassung im Widerspruch stehe, mit den gesetzlichen Bestimmungen. Welches diese sind — abgesehen von den in Bezug genommenen §§ 22 und 27 HGB. —, ist nicht erkennbar. Diese Bestimmungen konnten aber vom RG. nur dadurch als Stütze genommen werden, daß man ihnen keine Auslegung gab, die zu dem zu Beweisenden benötigt wurde — ein Schulbeispiel der *petitio principii*.

Wenn nun das Geschäft dem Testamentvollstrecker unterstellt ist, kann § 27 HGB. gar nicht zur Anwendung kommen. Er hat den Nachlaß zu verwalten, er ist der unmittelbare Besitzer des Nachlasses, er kann allein über die Nachlaßgegenstände verfügen, er geht Verbindlichkeiten ein (§§ 2205, 2206, 2211 BGB.). Der Erbe ist sohin gar nicht in der Lage, das Geschäft fortzuführen. Mit diesem Satz befinde ich mich im Einklang mit Staub-Bondi § 27 Anm. 33 HGB.

Wer mit dem Testamentvollstrecker als Fortführer des Handelsgeschäftes nicht in Verbindung treten will, mag es lassen. Dann hat sich die Anordnung des Erblassers als verfehlt erweisen; das gestattet aber nicht, die Anordnung als gesetzwidrig zu behandeln.

JR. Dr. Friedrich Goldschmidt II, München.

### Kann derjenige, zu dessen Gunsten eine Aktienurkunde für kraftlos erklärt worden ist, neben der neuen Aktie auch neue Gewinnanteilscheine (Kupons) und Erneuerungsscheine (Talons) verlangen?

1. Eine abhanden gekommene oder vernichtete Aktienurkunde kann im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (§ 228 Abs. 1 S. 1 HGB.; §§ 1003 ff. ZPO.). Das Ausschlußurteil tritt insoweit an die Stelle der ungültigen Urkunde, als es denjenigen, der das Urteil erwirkt hat, zur Wahrnehmung der Aktienrechte — z. B. des Stimmrechts in der Generalversammlung, des Dividendenbezugsrechts (§§ 252, 213 HGB.) — berechtigt (§ 1018 Abs. 1 ZPO.). Für die Übertragung der Aktienrechte erstet jedoch das Urteil die Urkunde nicht. Der Übergang des Eigentums an einer Inhaberkarte erfordert vielmehr Übergabe der Aktienurkunde; denn diese Urkunde folgt nicht „dem Recht aus dem Papier“ (wie die Urkunden des § 952 BGB.), sondern sie verkörpert (verbrieft) es, unterliegt daher den Vorschriften für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 796, 797, 929 ff. BGB.). Auch die Bestimmungen, welche den Erwerb von Namensaktien regeln, setzen zum Teil das Vorhandensein der Aktienurkunde voraus (§§ 222 Abs. 3, 223 Abs. 1 und 2 HGB.). Es kann deshalb auf Grund des Ausschlußurteils die Erteilung einer neuen Aktienurkunde an Stelle der für kraftlos erklärten verlangt werden (§ 228 Abs. 1 S. 2 HGB.; § 800 BGB.).

2. Sind zu der kraftlos gewordenen Aktie Gewinnanteilscheine ausgegeben, so bleiben diese, soweit sie auf den Namen lauten, oder bereits fällig waren, in Kraft (§ 228 Abs. 2 HGB.; § 803 BGB.). Soweit auf den Inhaber ausgestellte Dividendscheine noch nicht fällig waren, erlischt der Anspruch aus ihnen mit der Kraftloserklärung der Aktie (§ 228 Abs. 2 HGB.). Damit kann aber der bisherige Inhaber der Gewinnanteilscheine seiner Rechte ebensowenig endgültig verlustig gehen, wie er durch Kraftloserklärung der Aktie sein Aktienrecht verloren hat. Ausdrückliche Vorbehalte trifft das Gesetz für diesen Fall nicht. Die Wirkung des § 1018 Abs. 1 ZPO. muß hier verlagern, da sich das Ausschlußurteil allein auf die Aktienurkunde bezieht. Ein Sonderaufgebot von Gewinnanteilscheinen mit der Folge des § 800 BGB. gibt es nicht (§ 799 Abs. 1 S. 2 BGB.), wäre auch im Bereiche des § 228 Abs. 2 HGB. bedeutungslos. Allerdings bestimmt § 804 BGB. für den Fall des Verlustes von Dividendscheinen, daß der bisherige Inhaber, der dem Aussteller den Verlust innerhalb der vierjährigen Vorlegungsfrist (§ 801 BGB.) anzeigt, nach dem Ablaufe der Frist Leistung vom Aussteller verlangen kann (§ 804 Abs. 1 S. 1 BGB.). Diese Vorschrift spricht aber ausdrücklich von einer Vorlegung „zur Einlösung“ und von einem „Anspruch aus dem Scheine“ (§ 804

Abf. 1 S. 2 BGB.). Sie setzt also gültige Dividendenscheine voraus. Gerade diese Voraussetzung trifft auf die nicht fälligen Scheine des § 228 Abs. 2 HGB. nicht zu. Sie sind mit dem Ausschlußurteil über die Aktie kraftlos geworden. Ein Anspruch kann aus ihnen nicht mehr hergeleitet werden. Die Anwendbarkeit des § 804 BGB. beschränkt sich daher auf die bei Kraftloserklärung der Aktie bereits fälligen und die auf Namen lautenden Gewinnanteilscheine, die gemäß § 228 Abs. 2 HGB. gültig bleiben, sowie auf Fälle, in denen die Scheine ohne die Aktie in Verlust geraten. Geht andererseits die Aktie ohne die Scheine verloren, so beruht es ebenso bei der Vorchrift des § 228 Abs. 2 HGB., wie wenn Aktie und Scheine zusammen abhanden kommen oder vernichtet werden. Für eine einschränkende Auslegung des § 228 spricht nichts, sie muß auch angesichts des eindeutigen Wortlauts als ausgeschlossen gelten.

Steht dem Aktionär ein Anspruch auch auf Erteilung neuer Dividendenscheine zu? Die unmittelbare Anwendung des § 800 BGB. muß ausbleiben. Die §§ 799 ff. BGB. berücksichtigen den Fall des § 228 HGB. nicht. Sie unterscheiden scharf zwischen Schuldverschreibung auf den Inhaber einerseits und Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen andererseits. Nur die erstgenannten können für kraftlos erklärt werden, nur sie werden in § 800 erwähnt.

Der Anspruch auf Erteilung von Ersatzstücken könnte sich jedoch aus § 228 HGB. selbst ergeben. Die gesetzliche Anordnung dieser Vorchrift in zwei Absätzen, von denen nur der erste die Aktienurkunden betreffende in seinem zweiten Satz den § 800 BGB. ausdrücklich erwähnt, läßt es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob dieser Satz sich auch auf die Urkunden des Abs. 2 bezieht. Der Sinn des § 228 Abs. 2 HGB. ergibt sich aus der Bedeutung der Gewinnanteilscheine. Der Anspruch auf Reingewinn ist das dem Aktionär aus Grund seiner Mitgliedschaft zustehende durch den Eintritt der sachungsmäßigen und gesetzlichen Voraussetzungen bedingte Recht auf Auszahlung der Dividende (§ 213 HGB.). Mit dem Eintritt der Bedingungen, d. h. bei Fälligkeit der Dividende, wird der Anspruch zu einem jeder Einwirkung der AktG. entzogenen Gläubigerrecht (Staub-Pinner, Anm. 8, 9, 12 zu § 213 HGB.). Die Geltendmachung des Dividendenrechts kann unmittelbar an die Vorlegung der Aktie geknüpft sein. Regelmäßig werden jedoch besondere Dividendenscheine ausgeben, die selbständig übertragbar, pfändbar und verpfändbar sind. Diese Scheine verbriefen zunächst das Recht auf künftige Ausschüttung von Dividende, das als Mitgliedschaftsrecht in seinem Inhalt und seinem Fortschreiten zum unbedingten Forderungsrecht vom Willen der AktG. und der Aktionäre abhängig ist. Ein die Verteilung anordnender Generalversammlungsbeschluss kann das Dividendenrecht festlegen; die Aufnahme einer die Verteilung ausschließenden Satzungsbestimmung kann es noch vernichten. Die künftige fälligen Dividendenscheine sind daher, wenn auch rechtlich selbständig, so doch ihrem Inhalt nach an die Ausübung der durch die Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechte gebunden. Im Gegensatz dazu scheiden die fälligen Dividendenscheine als Verkörperung des unentziehbaren Gläubigerrechts auch tatsächlich aus der Gebundenheit an die AktG. aus. Diesem Unterschied entspricht die Regelung des Gesetzes. Aus der Verknüpfung der Aktie und der künftigen fälligen Dividendenscheine einerseits, aus der Selbständigkeit der fälligen Dividendenscheine andererseits folgt, daß im Falle der Kraftloserklärung der Aktie die erstgenannten und nur sie das Schicksal der Aktienurkunde teilen müssen. § 228 Abs. 2 HGB. ist demnach dahin zu verstehen, daß die darin genannten Urkunden — künftige fällige auf den Inhaber gestellte Gewinnanteilscheine — den Aktienurkunden des Abs. 1 S. 1 gleichgestellt werden. Einer besonderen Erwähnung des § 800 BGB. im Abs. 2 bedurfte es dann nicht. Denn bei dieser Auslegung bezieht sich der zweite Satz des ersten Absatzes sowohl auf die Urkunden des Abs. 1 S. 1 wie auf die des Abs. 2, einer Auslegung, die um so unbedenklicher ist, als § 228 Abs. 1 S. 2 BGB. nur die entsprechende Anwendung des § 800 BGB. vorschreibt.

Kalt man trotzdem die unmittelbare Unterstellung der Gewinnanteilscheine unter § 228 Abs. 1 S. 2 HGB. nicht für zulässig, so bleibt noch die Möglichkeit eines Analogieschlusses auf § 800 BGB. Allerdings spricht § 800 von Urkunden, die im Wege des Aufgebotsverfahrens „für kraftlos erklärt“ worden sind. Wesentlich für den dort gegebenen Anspruch ist jedoch nicht der formelle Vorgang der Kraftloserklärung, sondern die Rechtsstatute der Kraftloswerden. Dann muß aber auch der gleichen Rechtsfolge der Kraftlosigkeit der gleiche Anspruch auf Ersatzstücke entsprechen. Dagegen kann nicht eingewandt werden, es bestehe für den Aussteller nunmehr die Gefahr, den alten wie den neu erteilten Schein einlösen zu müssen. Der Aussteller befindet sich für die gemäß § 228 Abs. 2 HGB. kraftlos gewordenen Scheine in derselben Lage wie hinsichtlich der für kraftlos erklärten Aktien. Die ungültigen Urkunden legitimieren den Inhaber nicht. Nur die Ersatzstücke brauchen eingelöst zu werden. Gerade hieraus erhellt, daß die inneren Gründe des § 800 BGB. auch für die Gewinnanteilscheine des § 228 Abs. 2 BGB. zutreffen. In den Fällen des § 804 BGB. gibt es keine Möglichkeit, die Kraftlosigkeit der Dividendenscheine herbeizuführen (§ 799 Abs. 1 S. 2 BGB.). Der Aussteller bleibt einlösungsplötzlich.

Ihn sichert die in § 804 getroffene Regelung. Im Falle des § 228 Abs. 2 HGB. werden die Scheine kraftlos, ihre Einlösung scheidet aus. Der Aussteller läuft bei Erteilung von Ersatzstücken ebenso wenig Gefahr wie bei der Erteilung neuer Aktien, der Aktionär bedarf ihrer. Zur Abrechnung des Gewinnanteilscheins ist seine Übergabe erforderlich; die Geltendmachung des Dividendenrechts ist regelmäßig an die Vorlegung des Scheins geknüpft. Ist nach alledem die Rechtslage kraftlos gewordener Dividendenscheine der Rechtslage für kraftlos erklärter Aktien ähnlich, wenn nicht gleich, so rechtfertigt sich jedenfalls die entsprechende Anwendung des § 800 BGB., auch ohne Heranziehung von § 228 Abs. 1 S. 2 HGB.

3. Der Erneuerungsschein — Legitimationspapier, auf Grund dessen die Gewinnanteilscheine ausgehändigt werden — ist noch enger mit der Aktie verknüpft als der Dividendenschein. Träger des Bezugsrechts ist der Aktionär. Sein Widerspruch entkräftet die Vermutung, daß der Besitzer des Erneuerungsscheins bezugsberechtigt sei (§ 230 HGB.). Es kann zweifelhaft sein, ob der Erneuerungsschein als Zubehör zur Aktie anzusehen ist. Jedenfalls werden die für das Zubehör geltenden Vorschriften, insbes. § 314 BGB. analog anzuwenden sein (Staub-Pinner, Anm. 14 zu § 213 HGB.). Der Erneuerungsschein ist weder in den §§ 799 ff. BGB. noch im § 228 HGB. erwähnt. Ein besonderes Aufgebotsverfahren gibt es für ihn mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorchrift nicht (§ 946 ZPO.). Wird aber schon der rechtlich selbständige nur inhaltlich von der Aktie abhängige künftige fällige Dividendenschein mit der Aktienurkunde kraftlos und gilt für ihn die Bestimmung des § 800 BGB., so muß dasselbe von dem rechtlich umhüllenden eng mit der Aktie verknüpften Erneuerungsschein gelten, der seinerseits auf den Bezug künftiger fälliger Dividendenscheine gerichtet ist.

4. Derjenige, welcher das Ausschlußurteil über die Aktienurkunde erwirkt hat, kann demnach außer der neuen Aktie auch Ersatzstücke für die künftige fälligen Dividendenscheine und für den Erneuerungsschein beanspruchen. Die neuen Stücke sind — zur Unterscheidung von den kraftlos gewordenen — als Ersatzstücke zu bezeichnen (im Ergebnis ebenso, jedoch ohne Begründung: Brand, HGB., 1911, Bem. 4, 6, 7, 8 zu § 228 HGB.; Staub-Pinner, 1926, Anm. 4 zu § 228 HGB.). Ref. Dr. Ruge, Berlin.

### Wirkt sich der im Eigentumsvorbehalt enthaltene Sicherungszweck auch zugunsten eines Dritten als Wechselinhabers aus?

Der Verkehrstyp, aus dem sich das hier zu erörternde Problem ergibt, ist folgendermaßen zu beschreiben:

Verkauf und Lieferung einer Ware unter Eigentumsvorbehalt bis zur Tilgung des in Raten zu zahlenden Kaufpreises verbunden mit Wechseln, die der Käufer akzeptiert hat; anschließend Weiterbegebung der Akzepte durch den Verkäufer an Dritte.

Die Frage, die sich hieraus erhebt, ist die: Ist der dritte Wechselinhaber durch den Eigentumsvorbehalt geschützt? Hat er einen Eigentumsherausgabeanpruch? Hat er im Konkurs des Verkäufers einen Anspruch auf bevorzugte Befriedigung, einen Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch?

Das Indossament des Verkäufers überträgt auf den Dritten den Wechsel, der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und das diesen sichernde Eigentum verbleiben bei der Person des Verkäufers.

Der Wechsel abstrahiert und ver selbständig aus dem Rechte auf Zahlung des Kaufpreises die Zahlungsfunktion. Die Zahlungsfunktion der Kaufpreisforderung ist durch die Begebung des Wechsels gehemmt. An die Stelle der Zahlungsfunktion der Kaufpreisforderung ist das Wechselrecht getreten.

Da die Zahlungsfunktion der Kaufpreisforderung rechtslogische Voraussetzung der Ausübung der Sicherungsrechte auf Grund des Eigentumsvorbehaltes ist, so ist für den Verkäufer mit der Begebung des Wechsels auch die Ausübung der Eigentumsrechte gehemmt. So zeigt sich, daß ein negativer funktionaler Zusammenhang zwischen Eigentumsrecht und Wechsel vorhanden ist: Die Weiterbegebung des Wechsels durch den Verkäufer hemmt die Ausübung des Rechtes aus dem Eigentum.

Die individuelle Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts für die Kaufpreisforderung ist also durch die Wechselbegebung gehemmt. Da nun die Zahlungsfunktion die rechtslogische Voraussetzung der Ausübung der Sicherungsfunktion ist, auf der anderen Seite aber die Widmung des Eigentums zur Sicherung und die Abstrahierung der Zahlungsfunktion durch den Wechsel in einem einheitlichen Rechtsgeschäft oder in einem zusammengehörigen Komplex von Rechtsgeschäften erfolgt ist, so ergibt sich, daß die Zweckwidmung des Eigentumsrechtes auch der abstrakten Gestaltung und Ver selbständigung der Zahlungsfunktion entsprechen muß. Hieraus geht hervor, daß die Zweckwidmung auf Grund des Eigentumsvorbehalts zugunsten des jeweiligen Wechselinhabers gilt.

In der Person des Verkäufers ergibt sich hierdurch ein Auseinanderfallen von wirtschaftlichem Zweck und förmlicher Rechtsmacht. Das Subjekt des förmlichen Eigentums ist der Verkäufer. Das Subjekt des wirtschaftlichen Eigentums ist eine dritte Person,

der Wechselinhaber. So zeigt sich das Vorhandensein eines Treuhandverhältnisses. Treugeber ist der Wechselinhaber, Treuhänder ist der Verkäufer. Außerhalb des Konkurses hat der Wechselinhaber daher gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums und Abtretung des Herausgabeanspruches. Im Konkursfalle andererseits hat der Wechselinhaber ein Absonderungsrecht.

Wie gestaltet sich die Rechtslage bei einer Mehrheit von Wechselinhabern? Der Verkäufer ist der gemeinschaftliche Treuhänder. Jeder Wechselinhaber hat gegen den Verkäufer einen Anspruch aus der Treuhandbeziehung, die ein Schuldverhältnis ist. Die Leistung, welche der treuhänderische Verkäufer verschuldet, ist eine unteilbare. Daher stehen die Wechselinhaber in einem Verhältnis der Gesamthandgläubigerschaft i. S. von § 432 BGB. zueinander.

Hieraus folgt: Außerhalb des Konkurses kann jeder Wechselinhaber die Übertragung des Eigentums und die Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den Käufer an alle Wechselinhaber verlangen. Durch die Erfüllung dieses Anspruches treten danach die Wechselinhaber in eine Gemeinschaft nach Bruchteilen gemäß § 741 BGB. Auf die Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber dem Käufer finden die §§ 1011, 432 BGB. Anwendung. Also jeder Wechselinhaber kann jetzt auf Herausgabe der Sache an alle Wechselinhaber oder auf Hinterlegung oder sofern die Sache sich zur Hinterlegung nicht eignet, auf Herausgabe an einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter klagen.

Im Konkurs hat die Gesamthandgläubigerschaft der Wechselinhaber das Recht auf abgeordnete Befriedigung. Jeder einzelne kann dieses Recht nach Maßgabe des § 432 BGB. gegenüber dem Konkursverwalter ausüben. *RA. Dr. Ludwig Alexander, Köln.*

### Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung.

In *JW.* 1931, 515 Anm. habe ich die Frage aufgeworfen, wie weit mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung den Tatbestand des § 826 BGB. begründet. Nähere Prüfung des dort behandelten Falles sowie auch die Beschäftigung mit einer Reihe anderer Tatbestände zeigen mir, daß die aufgeworfene Fragestellung einer weiteren Klärung bedarf.

Von mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung wird zweckmäßig nur bei folgendem Tatbestande zu sprechen sein: Die Bestellung der Sicherheit im Wege der Übereignung ist gültig erfolgt. Ein Knebelungsvertrag nach § 138 BGB. kommt nach den Verhältnissen zur Bestellungszeit nicht in Frage. Der sicherungsgebende Schuldner hat zu dieser Zeit neben den zur Sicherung übereigneten Vermögensgegenständen noch ausreichende Mittel, um sonstige Gläubiger zu befriedigen. Später verschlechtern sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse, sein Vermögen schrumpft zusammen. Schließlich hat er nur noch die zur Sicherung übereigneten Gegenstände in seinem Vermögen. Der Sicherungsnehmer (Dauerkreditgeber) kennt diese Verhältnisse. Er wird — das ist naheliegend und oft in dem ursprünglichen Sicherungsvertrage schon vorgeesehen — zu einer verschärften Kontrolle des sicherungsgebenden Schuldners schreiten. Jetzt ist der Tatbestand der mala fides superveniens gegeben. Es ist jetzt ohne Zutun des Sicherungsnehmers der Sachverhalt eingetreten, der, wenn er von Anbeginn an vorhanden gewesen wäre, die Sicherungsübereignung nach § 138 BGB. nichtig gemacht hätte. Verstößt der Sicherungsnehmer (Dauerkreditgeber) nicht jetzt gegen § 826 BGB., wenn er diesen Zustand aufrechterhält? Hat jetzt der Sicherungsnehmer nicht vielmehr die Pflicht, Schluß zu machen, wenn er sieht, daß der Schuldner auf die Dauer nicht mehr wirtschaftlich lebensfähig ist?

Der Sinn dieser Frage kann etwas weiter verdeutlicht werden. Verneint man sie, so läßt man den Sicherungsnehmer (Dauerkreditgeber) auf Kosten der mit kurzfristigem Kredit liefernden Warenlieferanten spekulieren. Er kann dann zunächst einmal ruhig eine längere Zeit zuwarten, auch wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners weiter verschlechtern; denn die Warenlieferanten füllen ihm ja seine Sicherheit immer wieder neu auf. Er kann sich dann auch den Zeitpunkt des Schlußmachens herausuchen, der ihm am günstigsten erscheint, z. B. den Zeitpunkt eines frisch gefüllten, mit sehr marktgängigen Waren verseehten Lagers. Kann wirklich der Sicherungsnehmer (Dauerkreditgeber) auf Kosten der Warenlieferanten in dieser Weise einen mehr oder weniger bankrotten Sicherungsgeber weiterleben lassen, solange es ihm gefällt zum Schaden der Warenlieferanten? Das möchte ich bestimmt verneinen. Der Dauerkreditgeber hat dem Warenlieferanten gegenüber die Pflicht, Schluß zu machen, wenn er erkennt, daß das Erwerbsgeschäft des sicherungsgebenden Schuldners nicht mehr lebensfähig ist. Man muß also dem Dauerkreditgeber, der Sicherungsübereignung nimmt, nicht nur bei Bestellung der Sicherheit, sondern auch fortläufig eine — natürlich sich in angemessenem Rahmen haltende — Prüfungspflicht auferlegen, ob dem sicherungsgebenden Schuldner auch weiterhin noch Mittel zur Befriedigung der anderen Gläubiger, insbes. der Warenlieferanten, zur Verfügung stehen. Ist das nicht der Fall und ist dieser Zustand nicht bloß vorübergehend, dann hat der Schutz des Dauerkrediters, den das *RG.* durch seine *Rpr.* über die Sicherungs-

übereignung von Warenlagern dem Dauerkreditgeber auf Kosten des Warenlieferanten gewährt, seine Sinn verloren.

Die Wirtschaftskrise der Gegenwart mit ihren schweren Kapitaleinbußen und Vermögensverlusten bringt für die Sicherungsübereignung das nun schärfer umgrenzte neue Problem der mala fides superveniens. Bei ursprünglich gültiger Sicherungsübereignung tritt durch Schrumpfung des Vermögens des sicherungsgebenden Schuldners nachträglich der Tatbestand ein, der die Sicherungsübereignung nach § 138 BGB. nichtig gemacht hätte, wenn er von Anfang an vorhanden gewesen wäre. Die wissenschaftliche Aufrechterhaltung eines solchen Zustandes durch den kreditgebenden Sicherungsnehmer kann zwar die einmal gültig begründete Sicherungsübereignung nicht nachträglich nichtig machen, sie kann aber den Tatbestand des § 826 BGB. auslösen. Wer trotz ursprünglich gültiger Sicherungsübereignung durch nachträgliche und ohne sein Zutun eingetretene Veränderung der Verhältnisse den wesentlichen Teil des Vermögens des Schuldners zur Sicherheit hat, darf den Schein der Selbständigkeit dieses Sicherungsgebers zum Schaden der Warenlieferanten nicht aufrechterhalten. Er muß rechtzeitig Schluß machen.

Für den in *JW.* 1931, 515 mitgeteilten Tatbestand ist diese nunmehr genauer präzierte Frage der mala fides superveniens — wie ich meine dortige Anmerkung berichtigend hervorheben möchte — nicht von Bedeutung. Nach dem dortigen Tatbestand hatten kreditgebende Banken zunächst in zwei Verträgen vom 30. Juli und 17. Aug. 1925 Sicherungsübereignungen genommen. Die Sittenwidrigkeit dieser Verträge stand zur Entscheidung. Es waren aber später, nachdem die kritische Lage des sicherungsgebenden Schuldners bekannt geworden war, noch weitere Sicherungsverträge geschlossen worden, die unbestrittenermaßen nichtig sind. Es entsteht die Frage, ob durch Hinzutritt der späteren zweifellos nichtigen Verträge zu den früheren und möglicherweise gültigen Sicherungsübereignungen der Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt wird. Hier liegt mehr an Tatbestandsmerkmalen vor, als zu dem von mir präzierten Fall der mala fides superveniens erforderlich werden. Hier liegen positive, den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllende Handlungen vor. Es werden weitere Sicherungen genommen, die zusammen den Tatbestand ausmachen, der, wenn er von Anfang an vorgelegen hätte, die Sicherungsübereignung nichtig gemacht hätte. Der von mir skizzierte Fall der mala fides superveniens ist enger umgrenzt. Weitere Sicherungen werden nicht genommen. Die Schrumpfung im Vermögen des Schuldners findet ohne Zutun des kreditgebenden Gläubigers statt. Dieser verhält sich passiv und unternimmt nichts, obwohl er die veränderte Lage des sicherungsgebenden Schuldners und die Gefährdung der Warengläubiger erkennt. Es handelt sich also darum, ob der Tatbestand des § 826 BGB. auch durch bloße Unterlassung, nämlich durch Unterlassung des rechtzeitigen Schlußmachens bei der Sicherungsübereignung begründet werden kann.

Das *RG.* hat die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande als Institut des langfristig gesicherten Kredites geschaffen. Es ist naturgemäß, daß es sich bei den wechselnden Wirtschaftsverhältnissen bei diesem auf Rechtspredigungsrecht beruhendem Institute immer vor neue Aufgaben gestellt sieht. Die Schrumpfung der Vermögen in der gegenwärtigen Zeit stellt ihr das neue Problem der mala fides superveniens.

*Prof. Dr. Heinrich Hoeninge, Freiburg i. Br.*

### Kann ein eingetragener Verein einen mehrfachen Sitz haben?

Die Frage ist in Literatur und *Rpr.* bestritten. Bei ihrer Beantwortung ist zunächst scharf zu unterscheiden zwischen dem Verwaltungssitz des Vereins als dem tatsächlichen Mittelpunkt der Organisation und Tätigkeit des Vereins und dem gewillkürten, vom Verwaltungssitz unabhängigen sachungsmäßigen Sitz des Vereins. Daß Sitz und Verwaltungssitz voneinander verschieden sein können, ergibt sich zwingend aus § 24 BGB., wonach der Verwaltungssitz nur subsidiär, nämlich nur in den Fällen gleichbedeutend ist mit dem Sitz des Vereins, wenn in der Satzung nichts anderes bestimmt ist. Für den eingetragenen Verein, bei dem durch § 57 BGB. die Notwendigkeit einer Satzungsbestimmung über den Sitz des Vereins zwingend vorgeschrieben ist, hat § 24 BGB. also die Bedeutung, daß darin die Befugnis zur Wahl eines willkürlich bestimmten, vom Verwaltungssitze unabhängigen Sitzes zum Ausdruck kommt.

Im folgenden soll daher der Verwaltungssitz völlig außer Betracht bleiben und lediglich erörtert werden, ob auch ein mehrfacher gewillkürter, sachungsmäßiger Sitz des Vereins möglich ist. Der Umstand, daß dem Vereinsrecht eine dem § 7 Abs. 2 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt, könnte an sich nach dem Grundsatz der Analogie für die Bejahung der Frage, ebensogut aber auch arg. o. contr. in entgegengesetztem Sinne verwertet werden. Der Gesetzgeber selbst lehnt einen Analogieschluß ausdrücklich ab, nachdem in § 40 Abs. 3 BGB. ausgeführt ist, daß der an die menschlichen Lebensverhältnisse anknüpfende Begriff des Wohnsitzes auf juristische Personen

nicht anwendbar ist. Aus dem Mangel einer dem § 7 Abs. 2 BGB. entsprechenden Vorschrift für das Vereinsrecht leitet auch Plauck die Unzulässigkeit eines mehrfachen Vereinsitzes ab (§ 24 BGB. Anm. 1). Ebenso Hölder in der Anm. zu § 24 und OLG. Kolmar: OLG. Rpr. 13, 73 (bez. des Sitzes einer OHG.). Der RGRKomm. nimmt zu der Frage überhaupt nicht Stellung, sondern führt nur aus, daß vom Sitz des Vereins der tatsächliche Verwaltungssitz verschieden sein kann und daß nach § 17 Abs. 3 ZPO. neben dem Sitz der des Vereins bestimmten allg. Gerichtsstand noch ein weiterer allg. Gerichtsstand in der Satzung festgesetzt werden kann. Staubinger (§ 24 BGB. Anm. 5) bejaht die Möglichkeit eines mehrfachen Vereinsitzes lediglich mit Rücksicht auf die — nach dem oben Ausgeführten abzulehnende — Analogie des Wohnsitzbegriffs des § 7 Abs. 2 BGB. Warneher bejaht die Frage ohne jede weitere Begründung und ohne zwischen Sitz und Verwaltungssitz zu unterscheiden.

Die in einigen Komm. und im Beschlusse eines Münchener BeschwG. zur Begründung der Auffassung, daß ein mehrfacher Sitz zulässig sei, herangezogene Entsch. des RG.: JW. 1909, 504<sup>33</sup> ist für die hier zu erörternde Frage überhaupt nicht einschlägig; denn sie behandelt lediglich von wechselseitlichen Gesichtspunkten aus die Frage, ob der Zusatz „Verwaltungssitz M.“ als Angabe eines Zahlungsortes auf dem Wechsel aufgefaßt werden kann.

Endlich wäre auch völlig unersinnlich, warum für den eingetragenen Verein als juristische Person des bürgerlichen Rechts mangels anderweitiger Regelung hinsichtlich des Sitzes etwas anderes gelten sollte als bei den juristischen Personen des Handelsrechts, bei denen die Unzulässigkeit eines mehrfachen Sitzes in Literatur und Rpr. übereinstimmend und unbefristet anerkannt ist (vgl. für die AktG. Staub, HGB., Anm. 17 Abs. 2 zu § 182; für die GmbH. Staub-Hachenburg, GmbHG., Anm. 4 § 3; für die eGmbH. Parisius-Trüger, GenG., Aufl. 1930, Anm. 2 zu § 6).

Für die Auffassung, daß ein mehrfacher Sitz des eingetragenen Vereins abzulehnen ist, sprechen jedoch vor allem eine ganze Reihe praktischer Gesichtspunkte. Nach § 55 BGB. hat die Eintragung des Vereins in das Vereinsregister bei dem VG. zu geschehen, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat. Könnte der Verein einen mehrfachen Sitz haben, so müßte nach dieser zwingenden Vorschrift die Eintragung bei sämtlichen VG. erfolgen, in deren Bezirk die mehreren Sitze liegen. Daß sich hieraus geradezu unlösbare Schwierigkeiten ergeben können, liegt auf der Hand. Nach § 21 BGB. erlangt der Verein Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Register des zuständigen VG. Erlangt ein Verein mit mehreren Sitzen nun die Rechtsfähigkeit bereits mit der ersten Eintragung eines der mehreren VG.? Dem steht entgegen, daß nach § 55 BGB. jedes der mehreren Gerichte in gleicher Weise „zuständig“ ist. S. des § 21 BGB. ist und nicht irgendeines von ihnen willkürlich herausgegriffen werden kann. Oder soll der Verein die Rechtsfähigkeit erst dann erlangen, wenn er in die Register der sämtlichen VG. seiner verschiedenen Sitze eingetragen ist? Dann wäre der Fall gegeben, daß der Verein bereits bei einem der mehreren Gerichte ordnungsgemäß eingetragen ist, gleichwohl aber entgegen der Bestimmung der §§ 21, 65 BGB. die Rechtsfähigkeit nicht erlangt.

Der dem Handelsrecht geläufige Begriff der Zweigniederlassung (§ 13 HGB.) ist dem Vereinsrecht völlig fremd und auch auf dieses nicht entsprechend anzuwenden. Es ist also nicht möglich, einen der mehreren Vereinsitze etwa als Hauptitz und die anderen Sitze als „Zweigniederlassungen“ oder „Filialen“ des Vereins mit den aus § 13 HGB. sich ergebenden Besonderheiten aufzufassen. Bei mehreren Vereinsitzen müßte vielmehr jedem die gleiche rechtliche Bedeutung zukommen.

Die gleichen Widersprüche und Schwierigkeiten ergeben sich natürlich auch bei allen Satzungsänderungen, die zu ihrer Wirksamkeit nach § 71 BGB. der Eintragung bedürfen. Wie verhält es sich in einem solchen Falle, wenn das eine Gericht die Eintragung des Vereins oder der Satzungsänderung vollzieht, das andere sie ablehnt; wenn die eine der nach § 61 BGB. zuständigen Verwaltungsbehörden von ihrem Einspruchsrecht keinen Gebrauch macht, die andere Einspruch erhebt? Um nur ein Beispiel aus vielen anzuführen, darf in diesem Zusammenhange auf die Möglichkeit verwiesen werden, daß ein Dritter auf den Eintrag einer Satzungsbestimmung verläßt, während diese von einem der übrigen zuständigen Gerichte nicht eingetragen, also nicht wirksam geworden ist. Denn daß es nicht möglich ist, den Geltungsbereich einer Eintragung nach Bezirken abzugrenzen, in der Weise, daß ein Verein oder seine Satzung in dem einen Gerichtsbezirk Rechtswirksamkeit erlangt, in einem anderen nicht, dürfte ohne weiteres klar sein.

Zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten müßte also wohl gefordert werden, daß die sämtlichen beteiligten Registergerichte sich zunächst zwecks Herbeiführung einer einheitlichen Stellungnahme sowohl unter sich als auch mit den zuständigen Verwaltungsbehörden und folgerichtig auch diese selbst wieder unter sich in Verbindung setzen und die Eintragungen erst nach festgestellter Übereinstimmung vollzogen werden. Die durch ein solches Verfahren bedingte erhebliche Verzögerung läge wohl ebensowenig im Interesse des Vereins selbst als die dadurch verursachten beträchtlichen Mehrkosten; denn bei mehreren Vereinsitzen müßten natürlich nicht nur die Eintragung des Vereins als solchen und die jeweiligen Satzungs-

änderungen, sondern gem. § 67 BGB. auch sämtliche Vorstandswahlen bei sämtlichen zuständigen Gerichten kostenpflichtig angemeldet werden, auch die Bestellung eines Vorstandes nach § 29 BGB. bei sämtlichen beteiligten Gerichten beantragt und von sämtlichen beschlossen werden.

Dies zeigt, daß die Anerkennung der Richtigkeit der teilweise in der Literatur und auch in dem Beschlusse eines Münchener BeschwG. vertretenen Auffassung von der Zulässigkeit eines mehrfachen Vereinsitzes für die Praxis zu Schwierigkeiten führen würde, die Anwendung dieser Rechtsauffassung aber auch keineswegs im Interesse des Vereins selbst gelegen sein kann, der ja bei der Möglichkeit eines vom Sitz verschiedenen Verwaltungssitzes dieser Befugnis gar nicht bedarf.

RGK. Dr. Großer, München.

## Entgegnungen.

### Zur Frage der Übertragung der Anwartschaftsrechte, die dem Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache zustehen.<sup>1)</sup>

Die Resultate, zu denen Brandis: JW. 1931, 305 und Schanz: JW. 1931, 507 gelangten, sind unbefriedigend.

Man ist sich darüber einig, daß eine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht, dem Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache zu ermöglichen die investierten Mittel sich dadurch wieder flüssig zu machen, daß er die erworbenen Rechte sicherheitsshalber oder endgültig weiterveräußert. Dem Käufer unter Eigentumsvorbehalt stehen nach herrschender Ansicht nicht nur die Rechte aus dem obligatorischen Kaufvertrag, sondern auch sogenannte Anwartschaftsrechte aus dem unter aufstiegender Bedingung abgeschlossenen dinglichen Überleitungsvertrag zu. Auch darüber besteht Einigkeit, daß die Übertragung dieser Anwartschaftsrechte rechtlich zulässig ist und daß sie in den Formen der Eigentumsübertragung (§§ 929 ff. BGB.) zu erfolgen hat. Aber über die Wirkung einer solchen Rechtsübertragung ist man sich nicht einig. Es wurde nämlich behauptet, bei Vollzahlung des Kaufpreises gehe das Eigentum vom Verkäufer nicht unmittelbar auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts über, sondern auf den ursprünglichen Käufer, obwohl dieser seine Rechte wirksam auf den Zessionar übertragen hat. Erst vom Käufer erwerbe dann der Zessionar das Eigentum, vorausgesetzt, daß der ursprüngliche Käufer im Augenblick der Vollzahlung des Kaufpreises noch frei verfügungsberechtigt und auch gewillt ist seine frühere Abtretung gelten zu lassen. Diese Ansicht ist heute die herrschende. Sie steht im direkten Gegensatz zu dem wirtschaftlichen Zweck, den man mit der ganzen Übertragung des Anwartschaftsrechts verfolgt, und vereitelt ihn. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts hat nach dieser Ansicht bestenfalls die Stellung, die gemäß § 185 BGB. jemand hat, der von einem völlig Unberechtigten eine diesem nicht gehörende Sache erwirbt. Diese Rechtsstellung ist eine so schwache, daß sie normalerweise keine genügende Kreditunterlage bilden kann. Das zeigt folgendes Beispiel:

A. kauft ein Auto unter Eigentumsvorbehalt. Er tritt sodann seine Anwartschaftsrechte zur Sicherung eines eingeräumten Kredits an B. ab, und zwar gemäß § 930 BGB. derart, daß A. leihweise im Besitze des Autos bleibt. Nachträglich pfändet ein Gläubiger des A. namens C. das Auto bei A. Nach Vollzahlung des Kaufpreises geht nun nicht etwa das freie Eigentum an dem Auto vom Verkäufer auf B. über, dem die Rechte des A. schon lange vor der Pfändung des C. abgetreten waren, sondern die Pfandrechte des C. gehen vor und B. erwirbt nur das mit diesen Pfandrechten belastete Eigentum.

Man sollte nun eigentlich annehmen, daß in der Literatur die Frage erörtert ist, welcher praktischen Sinn diese Ansicht hat, und daß irgendwo wenigstens versucht werde, diese Ansicht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigen. Das ist aber nicht der Fall. Man begnügt sich, das Resultat „begrifflich“ abzuleiten.

Wenn man dieses Resultat vermeiden will, so ist man nach herrschender Ansicht darauf angewiesen, den Verkäufer und Eigentümer der Sache an der Übertragung des Anwartschaftsrechts zu beteiligen. Nur wenn die Übertragung ihm mitgeteilt worden war und er ihr zugestimmt hat (so Brandis) oder mindestens nicht widersprochen hat (so Schanz und die Rpr.), geht im Augenblick der Vollzahlung des Kaufpreises das Eigentum vom Verkäufer direkt auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts über. Diese Rechtsübertragung unter Beteiligung des Verkäufers nennt Brandis „erweiterte Anwartschaftsrechtsübertragung“. Sie bedeutet praktisch nichts anderes, als daß auch in dieser Beziehung die Übertragung des Anwartschaftsrechts der Verfügung eines Nichtberechtigten über ein fremdes Recht (§ 185 BGB.) gleichgestellt wird. Während es aber dort nur vernünftig ist, daß ein Nichtberechtigter nur mit Beteiligung und Genehmigung des Rechtsinhabers über dessen Rechte verfügen kann, ist hier die Beteiligung der Verkäufer nicht nur ohne Zweck, sondern zweckwidrig. Der Käufer überträgt ja nicht Rechte des Verkäufers,

<sup>1)</sup> Vgl. auch Senf: Ztschr. der Breslauer Anwaltskammer 1931, 45 und Brandis daselbst 1931, 74; ferner Rosenbergs: JW. 1929, 2959 und Jacoby: JW. 1930, 331.

sondern nur seine eigenen Rechte. Der Verkäufer hat an dieser Rechtsübertragung so wenig Interesse wie irgendein Drittschuldner an einer Zession. Seine Rechte werden hierdurch nicht geschmälert oder verändert. Er behält seine Eigentumsrechte bis zur Vollzahlung. Zur Empfangnahme aller den Kaufvertrag betreffenden Erklärungen bleibt trotz der Abtretung nach wie vor der Käufer legitimiert. Ihm gegenüber hat ein eventueller Rücktritt vom Vertrag zu erfolgen. Er bleibt persönlicher Schuldner des Kaufpreises. Der Verkäufer könnte ein Interesse daran haben, zu wissen, wo die verkaufte Ware sich jeweils befindet, und zu unterzagen, daß sie ohne seine Zustimmung aus dem Besitz des Käufers herauskommt. Zum Schutze dieses Interesses ist aber die Mitwirkung des Verkäufers bei der Abtretung der Anwartschaftsrechte des Käufers weder erforderlich noch genügend. Sie ist nicht genügend, weil es ja einen Besitzwechsel auch geben kann, ohne daß die Anwartschaftsrechte abgetreten werden. Und sie ist nicht erforderlich, weil in sehr häufigen Fällen die Abtretung der Anwartschaftsrechte erfolgt, ohne daß damit ein Besitzwechsel verbunden ist. Der Verkäufer, der einen Besitzwechsel von seiner Zustimmung abhängig machen will, muß dies ausdrücklich ausbedingen, und derartige Klauseln finden sich auch in vielen typischen Kaufverträgen. Auch sonst ist kein Interesse des Verkäufers an der Mitwirkung bei der Abtretung ersichtlich. Dagegen sprechen alle praktischen Erwägungen gegen eine solche Beteiligung. Der Verkäufer wird durch die Mitteilung der Übertragung nur unnötig belästigt und beunruhigt. Er wird meistens nicht wissen, was eine solche Abtretung der Anwartschaftsrechte für ihn bedeutet, und muß sich darüber beraten lassen oder er wird fürsorglich der Abtretung widersprechen. Dem Käufer wird die Bewertung seiner Rechte erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht, und dem Erwerber des Anwartschaftsrechts drohen Rechtsverluste, wenn die Zustimmung des Verkäufers nicht erlangt werden kann oder aus Unkenntnis oder Unachtksamkeit seine Benachrichtigung unterbleibt.

Man stelle sich auch einmal vor, was geschehen kann, wenn der Verkäufer seine Zustimmung zu der Rechtsübertragung verweigert. Dann wird man ihn mit Erfolg auf Erteilung der Zustimmung verklagen können. Er hat kein Interesse, das ihn zur Verweigerung berechtigt, und er schuldet die Zustimmung nach Treu und Glauben sowohl auf Grund des Kaufvertrags wie meistens auch gemäß § 226 BGB. Der Verkäufer muß also um eine Zustimmung ersucht werden, die er gar nicht verweigern darf. Für was fragt man da erst bei ihm an?

Nach der herrschenden Ansicht ist die Rechtsstellung dessen, der eine Sache unter Eigentumsvorbehalt erwirbt, ungünstiger als diejenige eines Käufers, der sich nur die Sache bis zur Vollzahlung des Kaufpreises leiht, sie also noch nicht bedingt übereignet erhielt. Dieser kann doch wenigstens über seine Rechte ohne Zustimmung des Verkäufers verfügen, ohne daß der Zessionar Gefahr läuft, späteren Pfändungspfandgläubigern des Käufers mit seinen Rechten nachgehen zu müssen. Der Käufer unter Eigentumsvorbehalt kann das nicht mehr.

Sind nun wirklich diese überzweckten Ergebnisse „begrifflich“ nötig? Ist es wirklich mit unserem juristischen Denken nicht möglich, zu dem einzig praktisch vernünftigen und zweckmäßigen Resultat zu kommen, daß durch einfache Übertragung der Anwartschaftsrechte der Erwerber im Augenblick der Vollzahlung das Eigentum direkt vom Verkäufer erwirbt, und zwar, ohne daß dieser um Zustimmung ersucht wird? Betrachten wir die Argumente der herrschenden Ansicht.

Man weist zunächst darauf hin, daß das Anwartschaftsrecht des Käufers unter Eigentumsvorbehalt kein dingliches Recht sein kann, weil die Zahl der dinglichen Rechte durch das BGB. fest begrenzt ist. Deshalb könne die Übertragung des Anwartschaftsrechts auch keine dingliche Wirkung ausüben, insbes. nicht unmittelbar gegenüber dem Verkäufer wirken. Schon dieses Argument überzeugt nicht. Wir streiten ja gar nicht darüber, ob das Anwartschaftsrecht dinglicher Natur ist, sondern ob seine Übertragung Dritten gegenüber wirksam ist. Das hängt aber nicht davon ab, ob das Anwartschaftsrecht selbst dinglicher oder obligatorischer Natur ist oder ein Recht sui generis darstellt. Auch die Abtretung von obligatorischen Rechten wirkt Dritten gegenüber. Die nicht dingliche Natur des Anwartschaftsrechts würde also nicht hindern, daß der Übertragungsakt als solcher Wirkungen gegenüber Dritten äußert und seinerseits dinglicher Natur ist, ebenso wie die Forderungsabtretung. Es wäre das Einfachste zu sagen, der Verkäufer und Eigentümer der Sache hat bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts dieselbe Stellung wie ein Drittschuldner bei einer Forderungsabtretung.

Hieran fühlt man sich aber durch die Bestimmungen des BGB. über die Eigentumsübertragung gehindert. Danach kommt ein Eigentumsübergang nur durch eine Einigung des Eigentümers mit dem Erwerber (i. Verb. m. der Besitzerräumung oder ihre Surrogate) zustande. Nach herrschender Ansicht fehlt es an einer solchen Einigung zwischen Anwartschaftserwerber und Eigentümer. Was soll uns aber hindern, diese Einigung zu fingieren? Warum legt man den zwischen dem Verkäufer und dem Käufer abgeschlossenen bedingten Überleitungsvertrag nicht dahin aus, daß der Verkäufer von vornherein für den Fall der Vollzahlung die Sache an den Käufer oder denjenigen der von diesem seine Anwartschaftsrechte erwirbt, über-

eigen will? Dann verschwindet die unnötige Schwierigkeit, die man sich macht. Eine solche Vertragsauslegung ist legitim. Daß wir einen darauf gerichteten Vertragswillen präsumieren, ist der juristische Ausdruck dafür, daß eine bestimmte Entscheidung den Interessen der Vertragsparteien entspricht und deshalb als von ihnen gewollt gedacht werden kann. Auch sonst entfällt die Annahme eines Willens auf Übereignung der Sache an den Käufer oder seinen Rechtsnachfolger nichts Systemwidriges. Solche Übereignungsangebote an unbestimmte aber bestimmbar Dritte sind uns auch sonst geläufig. Man denke an das Vertragsangebot das in der Aufstellung eines Automaten liegt.

Man kann sich aber auch mit der Annahme einer stillschweigend bei Vertragsabschluss erteilten Einwilligung oder Ermächtigung des Verkäufers zu einer Weiterveräußerung des Anwartschaftsrechts helfen. Der Verkäufer hat, wie ausgeführt, im Zweifel kein Interesse, den Käufer an der vollwirksamen Bewertung seiner Anwartschaftsrechte zu hindern, und es ist ihm gleichgültig, wer im Augenblick der Vollzahlung Eigentümer wird. Dieser seiner Interessenlage entspricht also die Annahme einer im voraus gegebenen Ermächtigung zur Weiterveräußerung des Anwartschaftsrechts mit der Wirkung, daß der Erwerber bei Vollzahlung des Kaufpreises Eigentümer wird, und zwar ohne daß der Verkäufer nochmals mit der Sache belästigt werden mußte.

Ebenso ist im Fall der Sicherungsübereignung, die unter der resolutiven Bedingung des Rückfalls des Eigentums an den Sicherheitsgeber nach Abzahlung des gesicherten Kredits erfolgte, der Sicherheitsgeber im Zweifel als ermächtigt anzusehen, ohne weitere Mitwirkung des Sicherungseigentümers über die ihm verbliebenen Anwartschaftsrechte zu verfügen, und zwar derart, daß der Erwerber der Anwartschaftsrechte im Augenblick der Bezahlung der gesicherten Schuld vom Sicherungseigentümer direkt das Eigentum an der Sache erwirbt.

Beide Konstruktionen haben den Vorzug, elastisch genug zu sein, in den Fällen die Mitwirkung des Verkäufers der Sache bei der Kaufrechtsübertragung zuzulassen, in denen die Interessen des Verkäufers eine vollwirksame Übertragung ohne seine Zustimmung verbieten sollten. Wenn ausdrücklich dem Käufer die Übertragung untersagt ist oder ein darauf gerichteter Wille des Verkäufers aus dem Vertrag zu entnehmen ist, sind die vorgeschlagenen Vertragsauslegungen unzulässig. Es ist aber fast nicht möglich, sich einen solchen Fall ausdenken, daß ein vernünftiges Interesse des Verkäufers die Weiterveräußerung gerade des Anwartschaftsrechts verbieten sollte und er daran interessiert sein könnte, daß gerade der Käufer und nicht der Erwerber des Anwartschaftsrechts bei Vollzahlung Eigentümer wird.

Man sieht also, es bestehen keine juristisch-systematischen Schwierigkeiten, das oben als allein zweckmäßig nachgewiesene Resultat zu erreichen, nämlich die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch Vertrag zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber mit der Wirkung zuzulassen, daß der Erwerber im Augenblick der Vollzahlung des Kaufpreises das Eigentum an der Sache unmittelbar vom Verkäufer erwirbt. Und zwar kommt man ohne analoge Anwendung von § 161 BGB. aus, die, wie Brandis: JWB. 1931, 507 zutreffend hervorhebt, bedenklich wäre. Nichts zwingt uns, den Verkehr mit Formalien zu belasten, an denen niemand ein praktisches Interesse hat.

Es bedeutet keinen Einwand gegen diese Auffassung, daß danach die Rechte des Anwartschaftserwerbers den Rechten eines Pfandgläubigers vorgehen, der die Sache beim Käufer pfänden ließ, ehe noch der Käufer sein Anwartschaftsrecht weiter übertragen hat. Das ist nur eine Folge davon, daß der Pfändungsgläubiger eben eine Sache pfänden ließ, die seinem Schuldner gar nicht gehörte. Auch wenn man der herrschenden Ansicht folgt, kann dasselbe eintreten. Auch dann erwirbt der Pfändungsgläubiger kein wirksames Pfandrecht, wenn nach der Pfändung das Anwartschaftsrecht mit Zustimmung des Verkäufers veräußert wird oder wenn mindestens nachträglich die Zustimmung des Verkäufers zu einer früher erfolgten Übertragung des Anwartschaftsrechts erteilt wurde.

Dr. Dr. Karl Benheimer, Karlsruhe.

### Zur Wirkung der Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages auf die Haftung für die früheren Schulden (besonders im Falle des § 123 BGB.).

Bauer-Mengelberg: JWB. 1931, 781 wirft die Frage auf, ob der neueintretende Gesellschafter einer OHG. nach § 28 BGB. für die vor der Gründung der Gesellschaft im Geschäft des Einzelkaufmanns entstandenen Schulden auch dann haftet, wenn der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig ist oder kraft § 142 Abs. 1 BGB. als nichtig gilt. Die Frage ist in der Tat nicht unbefritten; ihre Lösung scheint mir aber durch feststehende Sätze des Handelsrechts so eindeutig vorgeschrieben zu sein, daß es einer „Zwangnahme des Problems“ kaum bedürfen sollte.

I. Wenn eine OHG. gegründet und betrieben wird, ohne daß ein bisher von dem einen Gesellschafter geführtes Geschäft i. S. des § 28 BGB. übernommen wird, sind nachträglich aber die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages heraussteht, dann haften alle Gesellschafter

für die von der Eheingefellschaft eingegangenen Verpflichtungen. Das folgt in dem Fall, daß die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen war, ohne weiteres aus dem zum Gewohnheitsrecht erstarrten Satz des Handelsrechts: „Wer eine für die Öffentlichkeit bestimmte Erklärung erteilt, wer insbef. ein Haftungsverhältnis oder eine sonstige Tatsache im Handelsregister anmeldet, muß den Inhalt des Erklärten gegen sich gelten lassen“ (vgl. statt aller Ehrenberg: Handb. I S. 644 ff.; Wieland S. 235; Julius v. Gierke S. 57; Martin Wolff: Festschr. f. Gierke S. 158 Anm. 7 und die zahlreich, dort zit. Entsch.). Ist die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen, so ändert sich am Ergebnis nichts, denn § 123 Abs. 2 HGB. stellt, soweit nicht § 2 HGB. entgegensteht, der Eintragung den Geschäftsbeginn gleich. Deshalb ist es nur eine notwendige, in der (DVG. Frankfurt: SeuffArch. 73, 50 Nr. 33) und Literatur (Staub-Pinner § 123, 16; anders Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 123, 10) bereits gezogene Folgerung aus jenem gewohnheitsrechtlichen Satz, im Geschäftsbeginn wie in der Eintragung einen „abstrakten Verpflichtungsgrund“ zu sehen: auch der Geschäftsbeginn ist unabhängig von den zugrunde liegenden Verträgen; auch er schafft einen äußeren Tatbestand, dem der Verkehr vertraut; auch er enthält eine Erklärung an die Öffentlichkeit, die der Erklärende so lange gegen sich gelten lassen muß, als er nicht widerrufen hat. Eine „differenzierte rechtliche Untersuchung“ kann nicht Raum gegeben werden. Denn die Eintragung einer OHG. ins Handelsregister hat keinerlei selbständige, rechtserzeugende, sondern lediglich rechtsbekundende Bedeutung, und diese Bedeutung teilt mit ihr der Geschäftsbeginn.

II. Wird bei der Gründung einer OHG. von dem einen Gesellschafter ein bisher von ihm als Einzelkaufmann betriebenes Handelsgeschäft eingelegt oder tritt jemand in eine schon bestehende Gesellschaft als Gesellschafter oder Kommanditist ein, so haftet gem. §§ 28, 130, 173 HGB. der Neue für alle früheren Schulden. Allerdings haftet er nicht schon vom bloßen Abschluß des Vertrages an. Da es sich nämlich — ebenso wie in dem unter I besprochenen Fall — letzten Endes doch um die Gründung eines neuen, anderen Unternehmens handelt, ist die Haftung gem. §§ 28, 130, 173 HGB. an die Voraussetzungen des § 123 HGB. geknüpft: der Neue haftet für die früheren Schulden erst dann, wenn er der Öffentlichkeit gegenüber eine darauf abzielende Erklärung abgegeben hat. Im Fall des § 28 HGB. muß also die neu entstandene OHG. entweder eingetragen sein oder ihre Geschäfte begonnen haben (Staub-Bondi § 28, 4; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 28, 4); im Fall der §§ 130, 173 HGB. muß entweder der Eintritt des neuen Gesellschafters oder des Kommanditisten in das Handelsregister eingetragen sein oder die Gesellschaft nach dem Eintritt die Geschäfte fortführen (Staub-Pinner § 130, 4; § 173, 1; Könige-Teichmann-Röhler § 130, 1; DVG. Hamburg: HanRz. 1921, 359).

Nur bei Eintragung oder Geschäftsführung entsteht die Haftung des Neuen, — aber auch dann immer! Entscheidend ist die der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung. Die §§ 28, 130, 173 HGB. beruhen auf zwei nebeneinander möglichen, sich kreuzenden Gedankengängen (vgl. Wieland S. 278): auf der Haftung kraft Vermögens(teil)übernahme und auf der Haftung kraft handelsüblicher Kundgabe. Die anfängliche Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages hat zur Folge, daß ein Vermögensübergang niemals stattgefunden hat; die spätere Anfechtung vermag den eingetretenen Vermögensübergang rückgängig zu machen. Wenn aber nicht nur der Vertrag abgeschlossen ist, sondern zu ihm das im Rahmen der §§ 28, 130, 173 HGB. wesentliche Moment der handelsüblichen Kundgabe in Form der Eintragung oder der Geschäftsführung hinzugekommen ist, dann ist jene unbedingte, abstrakte Tatsache geschaffen, die nach altem deutschen rechtlichem Gedankengut der Veranlassende gegen sich gelten lassen muß. Die Erklärung, in das Geschäft einzutreten und die Schulden des Geschäfts zu übernehmen, ist abgegeben worden, sie wird nicht nur — wie Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 28, 4 meinen — fingiert. Der Eintretende hat kundgetan, daß er das Geschäft auch als sein Geschäft, die Geschäftsforderungen auch als seine Forderungen, die Geschäftsschulden auch als seine Schulden betrachtet wissen will. Der Vermögensübergang mag rückgängig gemacht werden können, — die Erklärung an die Öffentlichkeit bleibt bestehen und

verpflichtet, ohne daß es, wie Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 130, 7 meint, besonderer Momente bedarf.

Man kann deshalb nur zustimmen, wenn die Rpr. (RG. 51, 39; 76, 439 = JW. 1911, 770; 89, 97 = JW. 1917, 105; 93, 228; RG.: LZ. 1909, 858f.; DVG. Hamburg: HanRz. 1921, 358f. Nr. 104) und die Literatur (Staub-Pinner § 130, 6 a. G.; Staub-Bondi § 28, 4; Könige-Teichmann-Röhler § 28, 3; § 130, 1; Müller-Erzbach S. 84; Pisko: Ehrenberg's Handb. II S. 290) die Haftung des Neueintretenden für die früheren Schulden nicht an die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages, sondern an die Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit knüpft und wenn man eine solche Erklärung schon in der Geschäftsführung erblickt (so DVG. Frankfurt: SeuffArch. 73, 50 Nr. 33). Die abweichende Ansicht von Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130, 7, Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 28, 4 und Bauer-Mengelberg ist abzulehnen.

Von den beiden letzteren wird in erster Linie geltend gemacht, daß zu solch „übertriebenem Schutz des früheren Gläubigers kein Anlaß bestehe, da er ja nicht im Vertrauen auf die Haftung des später hinzutretenden Gesellschafters kreditiert und da er demgemäß an sich einen Anspruch auf Erweiterung seiner Rechte nicht habe“. Allein wenn diese Erwägung richtig wäre, dann dürfte auch im Falle eines gültigen Gesellschaftsvertrages der Neueintretende für die früheren Schulden nicht haften; auch hier erfährt der Gläubiger das „unverdiente Glück“, einen weiteren Schuldner zu erhalten. Daran zeigt sich, daß die von Düringer-Hachenburg-Hoeniger und Bauer-Mengelberg getriebene Art der Interessensjurisprudenz nicht zu billigen ist. Das Gesetz wertet die Interessen in den §§ 28, 130, 173 HGB. anders, nach der in ihm zum Ausdruck gelangten Interessenabwägung ist es nicht unangemessen, wenn der Gläubiger einen weiteren Schuldner erhält. Deshalb kann die Billigkeit und das Verkehrsinteresse dem Ergebnis der herrschenden Lehre nicht entgegengehalten werden.

Auch die letzte Erwägung Bauer-Mengelbergs versagt: er meint, daß es wenigstens im Fall des § 28 HGB. möglich sei, den Ausschluß des Übergangs der Passiven zu vereinbaren; da aber zur Wirksamkeit des Ausschlusses die Eintragung erforderlich sei (§ 28 Abs. 2 HGB.), infolge der Anfechtung die Gesellschaft aber nicht eingetragen werde, lasse sich nicht abschließend feststellen, ob der Ausschluß rechtswirksam vereinbart worden wäre; der Neue habe also kein Mittel, sich von der Haftung zu befreien. Indessen ist eine Befreiung von der Haftung dadurch möglich, daß die OHG. ins Handelsregister mit dem Vermerk eingetragen wird, daß der Übergang der Passiven ausgeschlossen sei, und daß zugleich die OHG. wieder gelöscht wird. Das entspricht dem von der durchaus herrschenden Lehre vertretenen — vgl. Staub-Bondi § 15, 4; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 15, 6c; anders lediglich Hueck: ArchZivPr. 118, 350 ff. — Standpunkt, daß die Tilgung eines Rechtsverhältnisses, um Dritten gem. § 15 HGB. entgegengehalten werden zu können, auch dann der Eintragung fähig ist und bedarf, wenn seine Begründung nicht eingetragen war. Diese Eintragung äußert ihre Wirkung allerdings nur dann, wenn sie unmittelbar oder wenigstens unverzüglich nach der Fortführung des Geschäfts erfolgt (RG.: JW. 1904, 8; HöchstRpr. 1929 Nr. 320; Staub-Bondi § 25, 18; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 25, 26; Könige-Teichmann-Röhler § 25, 6; Martin Wolff: RPr. 47, 261). Die Wahrheit der Frist wird nach der Anfechtung häufig erschwert sein, weil der Anfechtungsgegner seine zur Eintragung erforderliche Mitwirkung vielfach versagen wird. Aber diese Möglichkeit der nicht rechtzeitigen Eintragung besteht auch im Fall eines gültigen Gesellschaftsvertrages: auch hier kann ein anderer Gesellschafter die Mitwirkung versagen oder die Anmeldung widerrufen oder etwa der Registerrichter die Eintragung nicht rechtzeitig bewirken (vgl. RG. 75, 141 = JW. 1911, 287). Dann haftet der Eintretende für die früheren Schulden. Da somit beim nichtigen wie beim gültigen Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit der Eintragung, aber auch die Möglichkeit der nicht rechtzeitigen Eintragung besteht, kann auch aus § 28 Abs. 2 HGB. nichts zugunsten der bekämpften Ansicht gefolgert werden.

Dr. Fritz A. Mann, Berlin.

## Schrifttum.

### Handelshochschule.

Chronik der Handelshochschule Berlin 1926—1930. Berlin 1930. 136 S. Preis 2,50 M.

Das Bändchen enthält einen kurzen Überblick über den inneren Betrieb der Hochschule seit 1926, dem Jahre, wo sie Anstalt des öffentlichen Rechts wurde und das Promotionsrecht erhielt. Die Berichte über Seminare und Promotionen zeigen dem Juristen, was er auf

dem Gebiete der Wirtschaftswissenschaften an der Berliner Hochschule lernen kann. Vehrreich sind auch die im juristischen Seminar von Prof. Gieseke behandelten Fragen. Es wäre sicher zu begrüßen, wenn die Untersuchungen, inwieweit das gesetzliche Kaufrecht durch Lieferungsbedingungen, Handelsbräuche usw. abgedungen wird, der Öffentlichkeit mitgeteilt würden, da das bearbeitete Material nicht leicht zugänglich ist. D. S.

## Handelsrecht.

**Ronrad Cofak: Lehrbuch des Handelsrechts.** 12., neu bearbeitete Auflage. Stuttgart 1930. Verlag Ferdinand Enke. 533 Seiten. Preis 17 *M.*, geb. 19 *M.*

Wir besitzen — ganz abgesehen von kleineren wie *Heinrich Heimer-Geiler*, das oben erwähnte von *Locher* — eine Reihe großer Lehrbücher über das geltende Handelsrecht, von denen jedes von namhafter Bedeutung ist. Es seien nur genannt: das — leider unvollendete — von *Wieland* im *Binding'schen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, ein Werk von monumentaler Anlage; das von *Müller-Erzbach*, bereits in 3. Auflage, welches von reizvoller Eigenart und tiefgründig ist; das von *Julius v. Gierke*, welches sich in erster Linie an Studierende wendet, aber über diesen pädagogischen Zweck beträchtlich hinausreicht. Vor allem erschien i. J. 1888 das *Cofak'sche Lehrbuch*, dessen bereits 12. Aufl. vor kurzem ausgegeben wurde. Ein nicht alltäglicher äußerer Erfolg; ihm entspricht aber der innere Gehalt dieses wunderbaren Buches. Fast jede Auflage hat die Eigenschaft, die *Cofak* seiner neuesten im Vorwort zuspricht, daß sie so gründlich umgearbeitet ist, daß sie fast als neues Buch gelten kann. *Cofak* veröffentlicht wenig; aber was er schreibt, ist höchst vollendet. Man kann über den in den verschiedenen Auflagen wechselnden systematischen Aufbau vielleicht anderer Auffassung sein als der Verfasser. Das ist ganz nebensächlich. Denn die Anlage ist immer so fein durchdacht, daß eine Beanspruchung geradezu kleinlich wirken würde. Das viele Feilen an dem einmal Geschaffenen bekundet eine liebevolle Vertiefung in den Rechtsstoff und den ethischen Willen, stets das Beste zu bieten. Dieses wissenschaftliche Verantwortungsgesühl wirkt geradezu suggestiv auf den Leser und dies, obgleich ihm die Lektüre nicht leicht gemacht ist. *Cofak* will auch nicht populär sein. Den Lesern einer „Einführung“ soll, wie *Cofak* ausführlich, das Wandern durch das neue Reich, in das sie vertrauensvoll an der Hand ihres Führers eintreten, von eben diesem Führer nicht gar zu bequem gemacht werden, sondern sie sollen zugleich von ihm lernen, wie man in dem Reich selbständig vorwärts kommt. Die Beispiele, die dieser wahrhaftige Führer gibt, sollen solange durchdacht werden, bis dessen Sinn voll erfaßt ist. „Es lohnt sich“ sagt *Cofak* mit berechtigtem Selbstbewußtsein.

Die Kunst der Darstellung, die das *Cofak'sche* Werk auszeichnet, ist wohl kaum zu übertreffen. Die Begriffe sind ungemein plastisch dargestellt; oft beleuchtet ein Wort von eigener Prägung und dadurch erzeugter Einprägbarkeit ein ganzes Rechtsinstitut. Und ebenso ist es mit der systematischen Entwicklung der einzelnen Abschnitte.

Fast erscheint es, als ob die Darstellung sich mühelos entfaltet hätte. Prüft man genauer, dann entdeckt man die Fingergearbeit, die allem gewidmet ist. Es ist wenig, vielleicht zu wenig, Literatur angeführt. Aber der Verf. hat sie in, man möchte fast sagen, beneidenswerter Weise durchgearbeitet und in sich aufgenommen. Ein kleiner Hinweis verrät seine Stellungnahme und seine selbständige Denkarbeit. Eine überlegene Gabe der kritischen Betrachtung! So ist das *Cofak'sche* Lehrbuch nicht etwa nur ein Hilfsmittel für den auf der Universität Lernenden, sondern auch ein Berater für den, der im Leben noch weiter lernen will. Das gilt sogar für die Beispiele, die scheinbar nur unmittelbaren Lehrzweck verfolgen. In denkbarst konzentrierter Form gibt *Cofak* im Anschluß an einzelne Abschnitte selbständachte Rechtsfälle, die den Kern des eben Gelehrten treffen. Das ist fürwahr eine Kunst für sich und muß gar oft den Nurpraktiker, der sich über den sog. Theoretiker erheben fühlt, beschämen. Dieser Teil des Buches ist nicht minder wertvoll als der dogmatische. Aus ihm spricht ein offener Sinn für das Leben und — so überraschend das klingt — menschliche Liebeshwürdigkeit allein schon in der Namensgebung. So wenn die Verkäuferin *Käthe* *Lenz*, deren Prinzipal *Herbst* heißt und zu dem sie, die „Spröde“, natürlich keine Zuneigung besitzt, von eben diesem *Herbst* in ihrer Mädchenchre bebrängt wird. Bald gibt *Käthe* — jetzt wird sie nur noch mit dem Vornamen genannt — dem „unverschämten“ *Herbst* eine „kräftige Ohrfeige“. An diesem Menschlichen und Allzumenschlichen werden die Kündigungsbestimmungen erläutert. Oder wenn wir die Fahrt der „*Taube*“ verfolgen, die dem *Reeder* *Reich* gehört, von dem *Schiffer* *Sturm* geführt wird, bald mit der „*Gule*“ zusammenstößt, die im Eigentum des *Reeders* *Feind* steht und deren Führer der *Schiffer* *Wind* ist.

*Cofak* ist nicht mehr jung an Jahren, aber ewig jung im Denken. Mit erstaunlicher Einfühlungsfähigkeit tritt er an die neuzeitlichen Probleme heran. Sein Lehrbuch des Handelsrechts ist in seiner neuen Gestalt wiederum ein Geschenk von unschätzbarem Werte an die deutsche Rechtswissenschaft.

ZR. Dr. Friedrich Goldschmidt II, München.

**Handelsgesetzbuch nebst Wechselordnung und Scheckgesetz.** Mit systematischen Paragraphenüberschriften und ausführlichem Sachregister herausgegeben von Dr. Julius von Gierke,

o. ö. Professor an der Universität in Göttingen. Berlin 1931. Verlag von Walter de Gruyter & Co. Oktav. VIII und 295 Seiten. Preis geb. 5 *M.*

Dieser neue Band der *Bühler'schen* Lehrausgabe entspricht in der Anlage den bisher erschienenen. Durch Paragraphenüberschriften und verschiedenen Druck wird dem Studenten der Aufbau des Gesetzes und seine grundlegenden Bestimmungen nahegebracht. Außer dem *HGB.* und seinem *EinfG.* sind auch *WD.* und *ScheckD.* in gleicher Weise bearbeitet. Ein eingehendes Sachregister erhöht die Brauchbarkeit. D. S.

**Handelsgesetzbuch nebst Einführungs-gesetz.** Textausgabe mit Verweisungen auf abändernde und ergänzende Gesetze. Mit Sachregister sowie einer Einleitung von Dr. Max Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. 5. Auflage, bearbeitet von Prof. Dr. Heinrich Hoeninge, Freiburg i. Br. Mannheim 1931. Verl. Benzheimer. LIX, 320 S. Preis 2 *M.*

Die neue Auflage dieser bekannten Textausgabe gibt den nach der letzten *NovD.* geltenden Text des *HGB.* wieder. Noten verweisen jeweils auf das *AbändGes.*; über das Inkrafttreten der letzten Änderung unterrichtet die Anm. vor § 178, wo die Art. XIII und XIV *NovD.* im Wortlaut wiedergegeben sind. Trotz der bekannten guten Ausstattung wurde der Preis der Ausgabe erfreulicherweise noch etwas herabgesetzt. D. S.

**Dr. Artur Weinmann, Amts- und Landgerichtsrat in Krefeld: Kurzes Lehrbuch des Handelsrechts an Hand von praktischen Fällen für Studium, Examen und Praxis.** Marburg 1931. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun). 176 Seiten. Preis brosch. 6 *M.*, geb. 7,50 *M.*

Das Kompendium und der Grundriß werden sich neben ausführlicheren Lehrbüchern immer behaupten. Sie können und sollten dem Studierenden zur Vorbereitung auf die systematische Vorlesung als auf das Kernstück des Universitätsunterrichtes dienen; sie ermöglichen oder erleichtern aber auch dem Examenskandidaten in beschränkter Zeit eine überall das Wesentliche herausarbeitende Wiederholung.

*Weinmann*, dem Studierende und Referendare eine Reihe von Hilfsbüchern für Studium und Examensvorbereitung verdanken, erstrebt mit dem neuen Lehrbuch eine Darstellung des Rechts des *HGB.* in möglichst anregender Form. Zu diesem Zweck knüpft er die systematische Erörterung der Gesetzesvorschriften an praktische Fälle an. Da er die Darstellung des Inhalts der drei ersten Bücher des *HGB.* — das *Seerecht* und die handelsrechtlichen Nebengesetze — werden gar nicht oder nur kurz herangezogen — an Hand von insgesamt nur 15 solcher Fälle bewältigt, ist er allerdings gezwungen, in den Rahmen der Erörterung des einzelnen Falles viel Stoff hineinzupressen, dessen es zur Lösung dieses Falles nicht bedarf. Doch mag es nicht unpädagogisch gedacht sein, dem Leser Abschnitt für Abschnitt immer wieder den Ariadnefaden des Ausgangspalles zu zeigen und ihm im Rückblick und in der Vorausschau das juristische Verständnis und die Erkenntnis des lebendigen Gehalts der in abstracto dem Anfänger noch lebensfremd und unwirklich erscheinenden Formen des Rechts zu vermitteln.

Besonderes Gewicht hat der Verf. darauf gelegt, die neuere *Rspr.* des *RG.* in ihren wichtigsten Entsch. zu bringen. In zwangloser Folge wird sie im Anschluß an die jeweils behandelten Bestimmungen des Gesetzes nach Art kurzer Inhaltsangabe der leitenden Rechtsätze dargestellt. So ist im Grunde eine Mischung von Lehrbuch und Komm. entstanden. Mit der Systematik eines reinen Lehrbuchs wäre das nicht ohne weiteres verträglich. Darauf legt der Verf. mit Rücksicht auf den besonderen Zweck des Buches aber wohl auch nicht das entscheidende Gewicht. Indem er es insoweit dem Leser überläßt, aus den aneinandergereihten Rechtsätzen die verbindenden Gedanken selber herauszuarbeiten und die Lösung auf das im Vorhergehenden dargestellte Rechtsprinzip zurückzuführen, weist er ihm eine für den Anfänger zwar nicht ganz einfache, aber doch eine Aufgabe von erheblichem Bildungswerte zu. Der gewissenhafte Leser wird sich veranlaßt sehen, die zitierten Entsch. nachzulesen, ihren juristischen Gehalt sich zu erarbeiten und sie in das System des Gesetzes einzugliedern. So gesehen wird man die Darstellungsweise des Verf. als einen Appell an den — wertvolleren — Teil des juristischen Nachwuchses auffassen dürfen, der das Heil nicht allein in der gewissenhaften Sammlung von Rechtskenntnissen sucht, sondern sich in die juristische Methode einarbeiten will, um so gerüstet jeder auch auf anderem Gebiete ihm gestellten juristischen Aufgabe mit Erfolg sich unterziehen zu können.

Die Druckanordnung ist übersichtlich, der Text auf Druckfehler im allgemeinen sorgfältig durchgesehen.

Ministerialrat Dr. Zimmer, Berlin.



## Einzelne Fragen des Handelsrechts.

**Dr. W. Koehler, Rechtsanwalt in Mannheim: Orderekopie und Vekellschein.** (Rech. Fragen der Praxis Heft 43.) Halle 1931. Verlag Sack & Montanus GmbH. 47 S. Preis 1,50 M.

Zu der Sammlung gehört schon eine Reihe wertvoller kleiner Schriften, die im besten Sinne des Wortes populär und deshalb wissenschaftlich fundiert und klar dargestellt sind. Zu den hervorragendsten darf sich die Koehler'sche Arbeit zählen. Die rechtliche Bedeutung, ihre Unterscheidungsmerkmale, die Bedingungen aus den beiden Urkunden, die einschlägigen Beweisfragen, sind scharf gezeichnet. Man muß die Darlegungen mit großer Aufmerksamkeit lesen; sie enthalten kein überflüssiges Wort. Dem im Geschäftsleben Stehenden wird der Inhalt des Heftes sehr dienlich sein. Aber auch der Jurist, der die vortreffliche Behandlung von Koenige bei Staub kennt, wird gern zur raschen Orientierung auf Koehler zurückgreifen.

R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

**Dr. Karl Erlanger: Eigentumswerb beim Effekten-sammeldepot.** Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 44 Seiten. Preis 3,20 M.

Die kleine Arbeit stellt geschildert und unter gründlicher Literaturbenutzung die bestehenden Ansichten zusammen und ist in dem Bereich, den sie sich selbst setzt, brauchbar.

Prof. Dr. Martin Wolff, Charlottenburg.

**Staatsfinanzrat Dr. Wilhelm Dieben: Anleiheteknik.** (Bd. 6, Schulzenstein: Finanzrechtliche Zeitfragen). Berlin 1931. Wilhelm Christians Verlag.

Die Schrift gibt einen Überblick über die mit der Aufnahme von Anleihen und ihrem Schuldendienst verknüpften technischen Fragen. Die Darstellung befaßt sich nicht mit anleihenrechtlichen Fragen, sondern gibt unter besonderer Berücksichtigung der Anleihen des Reichs und Preußens eine Übersicht über die verschiedenartige Ausgestaltung des Anleiheschuldverhältnisses, die einzelnen technischen Hilfsmittel, die der Anleihepolitik zur Verfügung stehen, um unter den jeweiligen Bedingungen des Geld- und Kreditmarktes das bestehende Anleihebedürfnis zu befriedigen. Demgemäß behandelt der Verf. Fragen der Verkörperung der Anleihen in Schuldverschreibungen oder in Buchschuldbriefen, die im Interesse der Verhütung von Fälschungen u. dgl. gegebenen Vorschriften über die druck- und papiertechnische Ausstattung und die Ausfertigung von Schuldverschreibungen unter Berücksichtigung der im Anhang auszugsweise abgedruckten Richtlinien der Berliner wie der New Yorker Börsenzulassungsstellen, die Vorgehensformen unter besonderer Hervorhebung der in den letzten Jahren häufigen Erscheinungen der indirekten Anleiheaufnahme von Reich und Staaten durch juristische Personen des Privatrechts wie der mehr oder weniger zwangsweisen Anleiheaufnahme (Zwangsanleihe, Gewährung von Entschädigungen in Anleihebuchforderungen), die Fragen der Beschränkung der Anleiheaufnahme der öffentlichen Hand (Richtlinien der Beratungsstelle), die Stückelung der Anleihen, für die einerseits verwaltungswirtschaftliche Gesichtspunkte, andererseits Rücksichten auf den Abnehmerkreis maßgebend sind. Eine eingehende Darstellung erfahren ferner die verschiedenen Arten der Sicherung der Wertbeständigkeit (Feingoldschulden, Goldmarkschulden, Reichsmarkschulden mit Goldsicherungen, Valutaschulden), die sonstigen Anleiheversicherungen (Pfandbestellungen, Bürgschaften, Tilgungsfonds, Treuhänder), die einzelnen Ausgestaltungen des Zinsdienstes (variable Zinsen, Zinsansammlung, Rückzahlungsaufgeld) und die Tilgung. Vier werden die Fragen der Pflicht- und freiwilligen Tilgung, der Tilgung durch Rückkauf und Auslösung, der zum Zwecke der Tilgung erfolgenden Einteilung der Anleihen in Serien (z. B. Schuldbuchforderungen für Kriegsschäden und Polenschäden), die Ausgestaltung der modernen Tilgungsfonds (mit gleichbleibender oder variabler Tilgungsannuität) und die praktische Durchführung und Auswirkung der Tilgung mittels Tilgungsfonds sowie die Verlosungstechnik (Bildung von Gruppenlosen, Abwicklung der Verlosung) erörtert. In den abschließenden Abschnitten werden die Besonderheiten der Prämienanleihen, die Ersatzlieferung für beschädigte und verlorene Stücke, Verzinsungsfragen und die Fälle von Steuerbefreiungen dargestellt.

Von Einzelheiten scheint mir nicht richtig, daß der Verf. (S. 55) die Goldklausel der Young-Anleihe deshalb für anleiheteknisch schlechter hält als diejenige der deutschen Goldanleihen auf Feingoldbasis, bei denen die Berechnung des Gegenwertes über den Londoner Goldpreis und die englische Währung erfolge, weil bei ihr für die Berechnung des zu bezahlenden Betrages der jeweilige Goldankaufpreis der Notenbanken der betreffenden Währungsländer maßgebend sei. Letzteres ist m. E. aus der Bestimmung des Abschn. VI des General Bond nicht zu entnehmen. Es ist dort gesagt, daß Kapital und Zinsen in der Währung des Ausgabelandes zu zahlen sind, wobei die Währungseinheit demjenigen Goldstandard entsprechen müsse, der zur Zeit der Anleiheaufnahme gesetzlich gelte, und der Gegenwert dieses Gold-

wertes am jeweiligen Fälligkeitstage in der betreffenden Währung zu zahlen sei. Wie dieser Gegenwert zu berechnen sei, ist allerdings nicht näher bestimmt (wie regelmäßig bei amerikanischen Goldbollaranklauseln). Deshalb kann aber nicht ohne weiteres auf den Goldankaufpreis der betreffenden Notenbank zurückgegriffen werden, der möglicherweise künstlich niedrig gehalten sein kann, vielmehr wird gem. Abschn. VI des Abschn. VI der B.Z. das Recht zur Bestimmung der anzuwendenden Berechnungsmethode zuzusprechen sein.

Richtig hebt der Verf. (S. 59) hervor, daß es sich bei den z. B. bei der Dawes-Anleihe vorkommenden Pfändern nicht um eigentlich bürgerlich-rechtliche Pfandrechte handle. Wenn der Verf. die Sicherung der Anleihe durch besondere Einnahmen als „Fundierung“ im historischen Sinne des Wortes ansprechen will, wird man ihm, soweit nur die anleiheteknische Klassifizierung in Betracht kommt, zustimmen können. Für die rechtliche Beurteilung des so geschaffenen Rechtsverhältnisses ist damit allerdings noch nicht viel gewonnen und sie wird besonderer Untersuchung bedürfen.

Bedenken scheinen mir gegen die Ausführungen (S. 100) zu bestehen, wonach in den Fällen der ausschließlichen Pflichttilgung, bei denen dem Schuldner nicht die Befugnis vorbehalten ist, vorzeitig zu kündigen oder verstärkt zu tilgen, wie bei der Dawes-Anleihe und der preuß. 6% Anleihe von 1928, trotz eines etwaigen völligen Ankaufs der Anleihe durch den Schuldner der vereinbarte Tilgungsdienst durch Zahlung der Tilgungsraten an den Treuhänder bis zum Ablauf der Laufzeit der Anleihe fortgesetzt werden müsse. Selbst wenn die Anleiheverträge für diesen Fall keine besondere Bestimmung vorsehen, so dürfte sich doch aus dem Grundsatz des Forderungsuntergangs bei Vereinerung der Forderung und Schuld ergeben, daß im Falle des völligen Ankaufs einer Anleihe der Tilgungsdienst, der ja dann nur noch eine unnütze Formalität wäre, in Wegfall kommt.

S. 150 übersieht der Verf. die Bestimmung des Abschn. XII bzw. des Abschn. XVIII der General Bonds der Dawes- bzw. Young-Anleihe, wo ausdrückliche Vorschriften über den Ersatz beschädigter oder in Verlust geratener Stücke gegeben sind. Diese Bestimmungen enthalten übrigens — und das gilt m. E. auch für die vom Verf. zitierte Bestimmung der Kreuger-Anleihe — keinen Ausschluß des Aufgebotsverfahrens, denn in allen derartigen Bestimmungen, die sich regelmäßig bei internationalen Anleihen finden (vgl. z. B. chinesische Reorganisationsanleihe 1913), ist stets der die Schuldverschreibungen ausgebenenden Stelle ein ausreichender Nachweis zu erbringen, daß der Verlust tatsächlich eingetreten ist. Die regelmäßige Form eines derartigen Nachweises ist aber die Vorlegung eines Ausschlußurteils.

W. Albrecht Wehl, Berlin.

**Dr. Dr. E. S. Meher: Die kreditgenossenschaftliche Unternehmung.** (Veröffentlichungen des Genossenschaftlichen Giroverbandes der Dresdner Bank, Heft 11.) 1931.

Der Inhalt dieser lebendig und leicht faßlich geschriebenen Darstellung wendet sich an alle, die an kreditgenossenschaftlichen Unternehmungen irgendwie interessiert sind.

Ich kann den Lesern der JW. das Werk aufs wärmste empfehlen, denn der Verf. schöpft aus einem überreichen Material der Praxis und führt aufs Lebendigste die außerordentliche Bedeutung der Kreditgenossenschaften vor Augen, welche in der juristischen Praxis leider oft genug verkannt wird. Die Arbeit gliedert sich in sieben Hauptabschnitte, von denen die ersten vier im wesentlichen der Stellung der Kreditgenossenschaften in der Wirtschaft geweiht sind. Es wird darin von der Sonderstellung der Kreditgenossenschaften zwischen Privat- und Gemeinwirtschaft, von Liquiditäts- und Rentabilitätsfragen, von den Beziehungen der Kreditgenossenschaften zu ihren Spareinlegern und andererseits von der Verbindung der Kreditgenossenschaften zum Kapitalmarkt in sehr anziehender Weise ohne Belastung des Stoffes mit gelehrten Zitaten geplaudert, so daß man schnell ein Bild von den Grundzügen der großen wirtschaftlichen Bewegung gewinnt, welche mit dem Dasein der Kreditgenossenschaften verbunden ist.

Die letzten drei Abschnitte behandelt die Genossenschaft in der Gesetzgebung und in der Praxis, sowie die Lehren aus dem Zusammenbruch der Bank für deutsche Beamte eGmbH. Berlin.

Diese drei letzten Abschnitte sind für den Juristen besonders bemerkenswert. Es wird auch den versierten Juristen, soweit er sich nicht speziell mit Fragen des Genossenschaftsrechts befaßt, überraschen, wenn er liest, wie zahlreiche Gesetze sich mit dem Genossenschaftswesen beschäftigen. Abgesehen von dem GenG. und seinen in letzter Zeit sich mehrernden Novellen, erwähnt die Schrift die Behandlung der Genossenschaft in der WBerf. und in den Steuergesetzen, in der Aufwertungs-gesetzgebung, in der VerglD., in der Sozialgesetzgebung, im Arbeitsrecht, in der Mietgesetzgebung usw.

Wertvoll ist auch die von Meher gegebene kritische Betrachtung der Praxis. Wenn er auf S. 73 in Übereinstimmung mit dem früher in JW. 1928, 2600 von ihm vertretenen Standpunkt die Entsch. des RG. v. 26. Sept. 1929; JurWbch. 1930 Nr. 545, daß nur die alle zwei Jahre vorgenommenen Revisionen als gesetzliche anzusehen und vom Registrator erzwingbar seien, zustimmend begrüßt, so scheint mir das in Widerspruch zu der von ihm vertretenen Forderung

einer möglichst effektvollen Ausgestaltung der Revisionen und der von ihm geforderten Verhinderung des Übertritts einer Genossenschaft von einem Revisionsverband zu einem anderen (bei drohender Revisionsgefahr) zu sehen (vgl. S. 40, 41, 42). Auch ist von ihm in der Schrift der Tatsache nicht Rechnung getragen, daß RG. schon in einer Entsch. v. 30. Juni 1916 (WGenossW. 1916, 447) ausgesprochen hat, ein Revisionsverband sei gesetzlich verpflichtet, erforderlichenfalls auch eine außerordentliche Revision vorzunehmen. Einer solchen Verpflichtung muß aber m. E. andererseits auch die Verpflichtung der dem Revisionsverband angehörenden Genossenschaften, sich einer außerordentlichen Revision zu unterziehen, sowie die Möglichkeit der Erzwingung einer solchen Revision durch den Registerrichter gegenüberstehen (vgl. dazu auch die Zitate bei Crüger-Creelius-Citron, kl. Komm., 20. Aufl., Anm. 2 zu § 53 GenG.). Von besonderer Bedeutung ist die von Meyer an der Nrpr. des RZB. geübte Kritik. Mit Recht wendet sich Meyer scharf gegen die Ausführungen des RZB., daß es bei dem schweren Konkurrenzkampf zwischen Konsumvereinen und freiem Handel nicht angängig sei, die Konkurrenzfähigkeit der Konsumvereine durch eine weitgehende Steuerrechtsprechung zu stärken. Eine solche Stellungnahme des hohen Gerichts im Wirtschaftskampfe erscheint mir äußerst bedenklich. Derartige Erwägungen stehen wohl dem Gesetzgeber, aber nicht dem Richter, auch nicht dem höchsten, zu.

Der letzte Abschnitt des Werkes, welcher von den Lehren des Zusammenbruchs der Bank für deutsche Beamte handelt, erscheint mir besonders lesenswert, weil es dem Verf. gelungen ist, einen großen Teil der wichtigen, zur Zeit schwebenden Streitfragen des Genossenschaftsrechts an der Hand dieses Einzelfalles zu beleuchten. Der Verf. erscheint dazu besonders berufen, weil er in dem schwebenden Vergleichsverfahren als Treuhänder der Bank für deutsche Beamte fungiert. Im Fall der Bank für deutsche Beamte ist besonders die Lückenhaftigkeit und Verbesserungsbedürftigkeit des Rechtsinstituts der Vertreterversammlung aufs lebhafteste in Erscheinung getreten.

Die Prozesse, in denen die Wahlen zur Vertreterversammlung als ungültig bezeichnet und die von der Vertreterversammlung gefaßten Beschlüsse auf Grund dieser Tatsache als ungültig angefochten werden, werfen ein grelles Schlaglicht auf Mängel des Gesetzes, auf welche ich schon oft hingewiesen habe (vgl. beispielsweise die zahlreichen Zweifelsfragen, die in den letzten Jahren in den WGenossW. behandelt sind, und die Zitate in der 20. Aufl. des kl. Komm. zum GenG. von Crüger-Creelius-Citron, Anm. 7 zu §§ 43 und 43a). Wenn Meyer im Zusammenhange mit dem Zusammenbruch der Bank für deutsche Beamte eine Verschärfung der Haftpflicht der Revisionsverbände fordert (S. 96), so vermag ich ihm nicht recht zu folgen. Abgesehen davon, daß m. E. die Nrpr. des RG. in der Haftbarmachung der Revisionsverbände schon sehr weit geht (vgl. das oben zit. Ur. des RG. v. 30. Juni 1916), wird es den meisten Revisionsverbänden auch an Vermögen fehlen, welches als geeignetes Zugriffsobjekt im Falle eines durchgeführten und siegreichen Regreßanspruches dienen könnte. Mir scheint es auch zur Zeit nicht durchführbar, den Revisionsverbänden ein solches Vermögen zu schaffen, weil dazu eine neue starke Belastung der Genossenschaften nötig wäre, die unter den heutigen Verhältnissen nicht tragbar erscheint.

D. W. R. Fritz Citron, Berlin.

**Hein: Jahrbuch des Treuhänderrechts. 2. Jahrgang 1930.**  
Berlin 1931. Verlag Georg Stilke. 373 S. Preis geh.  
12 M., in Ganzleinen geb. 13 M.

Das zweite Jahrbuch gleicht nach Inhalt und Form dem ersten Jahrbuch. Die allgemeinen Ausführungen, die in meiner Besprechung des ersten Jahrbuchs (JW. 1930, 2038) gemacht sind, gelten auch für das vorliegende Werk, insbes. muß erneut das Bedürfnis nach einem Sammelwerk für alle Treuhänderfragen bejaht werden. Die Wichtigkeit dieser Materie vom wissenschaftlichen und praktischen Standpunkt aus tritt immer klarer hervor, wie insbes. die Entwicklung des letzten Jahres zeigt. So war in dem neuen Jahrbuch eine reiche Ernte von Stoff aus Schrifttum und Nrpr. zu verarbeiten, die äußerlich in einer erheblichen Vermehrung der Seitenzahl erscheint. Auf dem Gebiet des Treuhänderwesens steht im Vordergrund das wichtige Problem der Berufsgestaltung des sogenannten „Wirtschaftstreuhänders“, welches von den zu einem Institut zusammengefügten Berufsverbänden der Revisoren und Treuhänder in Verbindung mit den zuständigen Ministerien bearbeitet wird. Diese Fragen sind auch für die Anwaltschaft von höchster Bedeutung, wie mehrfach bei anderer Gelegenheit betont ist; nähere Ausführungen hierüber an dieser Stelle wären verfrüht, da die Dinge noch im Fluß sind. Wer mit diesen praktischen Fragen irgendwie beschäftigt ist, wird aus dem in diesem Werk gesammelten Material reichen Gewinn ziehen, mag es auch seiner Natur nach nur vorübergehende Bedeutung haben und vielfach durch den weiteren Verlauf der Dinge bereits überholt sein.

Was das materielle Treuhänderrecht betrifft, so nehmen einen größeren Spielraum alle diejenigen Materialien ein, die der Vorbereitung des auf dem Lübecker Juristentag zu behandelnden Themas über die gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses

dienen. Inwieweit diese Beratungen eine Aufhellung und Festigung dieses schillernden Rechtsgebildes bringen werden, bleibt mit Spannung abzuwarten.

Im übrigen wird insbes. die weitere Rechtsentwicklung auf allen Gebieten des Treuhänderrechts nach der im ersten Jahrbuch zugrunde gelegten Gliederung dargestellt.

Das Werk ist in erster Linie für die Bedürfnisse und das Verständnis der Fachpraxis eingerichtet und wird dieser zweifellos große Dienste erweisen, ist aber auch allen Anwälten, die sich auf „rechts-wirtschaftlichem“ Gebiet betätigen, dringend zu empfehlen.

Für die künftige Ausgestaltung sei eine Anregung gegeben. Es liegt in dem Charakter eines Jahrbuchs, daß das gesammelte Material in objektiver Form wiedergegeben und die Würdigung dem Leser je nach seinen Bedürfnissen überlassen wird. Im Gegensatz hierzu wendet der Verf. bei der Wiedergabe des Schrifttums fast durchweg die Form einer kritischen Behandlung an, die den Charakter einer Stoffsammlung vielfach aufgibt und sich einseitig auf einen subjektiven Standpunkt einstellt (vgl. als markantes Beispiel die Wiedergabe von Schwarzkopf, „Treuhänder als Gesetzgebungsproblem“ S. 104 ff.). Ich wiederhole den früher gegebenen Ratsschlag, alle Ausführungen zu den Dingen selbst dem Parallelwerk des „Grundrisses des Treuhänderrechts“ vorzubehalten; sollte der Verf. der Meinung sein, daß der Praxis vorzuziehende Ausführungen im Rahmen des Jahrbuchs dienlich sind, worüber sich reden läßt, so ist es geboten, diese aus dem objektiven Bericht zu entfernen und in die Form von Anmerkungen zu kleiden.

RA. Paul Jessen, Kiel.

**Dr. Heinrich Göppert, Wirklicher Geheimer Rat, ordentlicher ö. Professor der Rechte an der Universität Bonn: Die rechtliche Natur der Zulassung zum Börsenbesuche.** (Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Triepel, Kaufmann, Smeid. 12. Heft.) Berlin 1931. Otto Liebmann. Preis 2 M.

In neuerer Zeit haben sich die Gerichte wiederholt mit Klagen von Börsenbesuchern gegen die Börsenleitung auf Gestattung des Börsenbesuches bzw. auf Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Ausschliefung vom Börsenbesuch beschäftigt. Der Verf. führt mit m. E. zwingenden Gründen aus, daß für solche Streitigkeiten der Rechtsweg ausgeschlossen und nur die Beschwerde im Aufsichtsweg zulässig ist. Die Börse ist als solche kein Rechtsgebilde und nicht als eine Veranstaltung des Börsenunternehmers anzusehen, ebensowenig wie man z. B. den Verkehr auf einem Wege als eine Veranstaltung des Wegeunternehmens ansehen kann. Die Börsenordnung ist daher keineswegs als eine auf Grund des Eigentums an den Börsenräumen erlassene Hausordnung anzusehen, sondern sie ist Rechtsverordnung. Soweit sie über die Börsenräume und Börseneinrichtungen verfügt, beschränkt sie die privaten Eigentumsrechte; die Bestimmungen der Börsenordnung werden dadurch in die Sphäre des öffentlichen Rechts erhoben. Anders liegt der Fall, wenn an einer Börse ein besonderer Verein besteht, der bestimmte Räumlichkeiten und Einrichtungen an der Börse innehat, die er seinen Mitgliedern zur Verfügung stellt. So hatte der Vorstand des „Vereins der Mitglieder der Wertpapierbörse in Hamburg“ ein Vereinsmitglied wegen Verdachts einer strafbaren Handlung durch Entziehung der speziellen, zur Benutzung der Vereinsvorrichtungen ermächtigenden Börsenkarte „vom Börsenbesuch suspendiert“. Das Mitglied klagte gegen den Verein auf Feststellung der Unrechtmäßigkeit dieses Beschlusses und auf Schadensersatz. Diese Klage hat das RG. für zulässig erklärt, und der Verf. tritt dieser Entsch. bei. Freilich können durch derartige private Sondereinrichtungen die Vorschriften der Börsenordnung unwirksam gemacht werden. Inwieweit aber solche Sondereinrichtungen zuzulassen sind, wird man dem Ermessen der Börsenaufsichtsbehörden und den Bestimmungen der Börsenordnung überlassen müssen.

Prof. Dr. Trumpler, Frankfurt a. M.

## Gesellschaftsrecht.

**Felz Makower: Notverordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 und Übersicht über Gründungssteuern.** Berlin 1931. Struppe & Winkler. 62 S. Preis 2 M.

Man freut sich, den Namen Makower wieder auf handelsrechtlichem Gebiete zu treffen. Er war allzulang daraus verschwunden. Die kleine Schrift zeigt, was uns Makower schuldet. Man kann das Buch ein Kolleg über das neue Recht nennen. In gedrängter Kürze wird der wirtschaftliche Zweck und der juristische Inhalt der neuen Bestimmungen vorgetragen. Makower hebt den Gedanken der einzelnen Vorschriften scharf hervor. Die verschiedenen darin behandelten Fälle werden klar gefondert. Der Gegensatz zum bisherigen Recht wird aufgezeigt. Streitfragen wer-

den nicht aufgeworfen. So wird auch die vom RG. 114, 217 (= JW. 1927, 123) zuerst angenommene Zwangsanziehung bei der Nebenleistungsgesellschaft einfach verzeichnet (§ 12). Bei den Bilanzvorschriften wird mitgeteilt, daß nach der herrschenden Ansicht den Sonderbestimmungen des HGB. die Auffassung der „Verteilungsablang“ zugrunde liege. Das fließt aus der Aufgabe, die sich der Verf. gestellt hat. Sein Buch dient Lehrzwecken. Es gibt den ersten Unterricht über das neue Recht. Der Lehrer ist willkommen zu heißen.

RA. Dr. Dr. Max Sacherburg, Mannheim.

**Dr. Richard Cohn: Die wichtige offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz.** (Heft 3 der Beiträge zum Handelsrecht, hrsgg. von Guido Risch.) Leipzig 1930. Universitätsverlag Robert Koske. Preis 106 S. Preis 5 M.

Die Arbeit hat vor anderen Anfängerstudien vor allem voraus, daß sie einem Bedürfnis entspricht: Die Rechtsfolgen der Wichtigkeit einer OHG. sind nämlich nichts weniger als geklärt. Die bisherigen Ergebnisse der Rechtslehre und Rspr. sind uneinheitlich; manche sind aus Gründen der Rechtssystematik unbefriedigend; bei anderen sind die praktischen Auswirkungen unerwünscht. So hat es sich gewiß belohnt, diese Materie auf das gründlichste darzustellen. Eine vielleicht manchmal übertriebene Breite kann dabei in Kauf genommen werden.

Cohn findet für eine befriedigende Regelung zwei Vorbilder: Er verweist auf die schöne Konstruktion, die das französische Recht mit der Société de fait gibt. Und er will andererseits die Grundsätze, die für die wichtige Ehe gelten, sinngemäß angewendet wissen. Daraus ergibt sich dann die Möglichkeit eines umfassenden Gläubigerschutzes. Sowohl in materieller Hinsicht (Haftung der sämtlichen Gesellschafter) wie in formeller und prozessualer Beziehung wird dem Gläubiger nicht zugemutet, daß er durch die ihm unbekanntem Wichtigkeit der Gesellschaft Nachteile erleide. Interessant und im Prinzip zu billigen ist es gewiß, daß Klagen aus diesem Grund nicht abgewiesen werden, daß die Konkursfähigkeit bejaht werden soll usw.

Trotzdem wird man den Cohnschen Gedankengängen nicht uneingeschränkt folgen dürfen. Der Praktiker vermißt vor allem die nähere Umschreibung und Abgrenzung des Begriffs „schutzwürdiges Interesse der Gläubiger“. Denn der Gläubigerschutz kann übertrieben werden. Daß das tatsächlich geschieht, habe ich gerade jüngst in einem kleinen Aufsatz in JW. 1931, 781 auszuführen versucht. Man wird — da schließlich die Interessen der oft ahnungslosen und unschuldigen Gesellschafter gleichfalls berechtigt und schutzwürdig sind — nur demjenigen Gläubiger helfen können, der im Vertrauen auf die Gültigkeit der OHG. gehandelt hat. Dabei müßten (darüber hat sich Cohn leider nur nebenbei ausgelassen) vor allem die wichtigen Fragen der Übernahme früherer Verpflichtungen nach § 28 HGB. gesondert behandelt werden.

Eine Schrift also, die durchaus lesenswert ist, bei der man sich vor allem auf eine zweite Auflage nach längerer praktischer Erfahrung des Verf. freuen darf.

RA. Dr. R. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

**Dr. Josef Schafheutle: Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen.** Beiträge zur Erläuterung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. 6. Heft. Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht. Herausgegeben von Dr. Heinrich Hoeniger, Professor an der Universität Freiburg i. Br. Mannheim 1931. Verlag J. Benzheimer. 101 Seiten. Preis 4,50 M.

Die Arbeit, die der Freiburger Rechtslehrer Dr. Heinrich Hoeniger mit einem kurzen Nachwort versehen hat, befaßt sich mit einem interessanten Problem des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Verf. untersucht, wie sich der Erwerb in das Gesellschaftsvermögen vollzieht. Dazu war erforderlich, die Vorfrage zu beantworten, welche Gesellschaften überhaupt Vermögen haben, insbes. ob die herrschende Lehre mit Recht bei sog. Innengesellschaften, das sind Gesellschaften, die im Rechtsverkehr nach außen hin nicht auftreten, die Möglichkeit eines Gesellschaftsvermögens verneint. Im Anschluß an Hoeniger kommt der Verf. in außerordentlich interessanten Darlegungen zu dem Ergebnis, daß auch Innengesellschaften Vermögen haben können. Der Verf. sieht das Wesen der Gesellschaft nicht so sehr in der Gemeinsamkeit des Zwecks als in der Unterwerfung der gemeinsamen Angelegenheiten unter die Einwirkung und Kontrolle aller Gesellschafter. Das hierin zum Ausdruck kommende verbandrechtliche Moment beruht also nicht, wie noch Gierke meinte, auf dem Gesamthandsprinzip, sondern ist unabhängig vom Gesellschaftsvermögen. Ob ein solches gebildet werden soll, unterliegt der freien Vereinbarung der Gesellschafter und ist nicht auf die Außengesellschaft beschränkt. Auch bei der Innengesellschaft können mit Hilfe des antizipierten Besitzkonstituts und der antizipierten

Abtretung bewegliche Sachen und Rechte von einem Gesellschafter im eigenen Namen unmittelbar für die Gesellschaft erworben werden. Die Gesamthand dient nicht, wie die herrschende Lehre meint, den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, sondern denjenigen der Gesellschafter, deren gemeinsame Einwirkung auf die Gesellschaftsangelegenheiten und das Gesellschaftsvermögen durch die Gesamthand gesichert wird.

Der Verf. untersucht dann die einzelnen Möglichkeiten, durch die in das Gesellschaftsvermögen erworben wird. Als wichtigstes Ergebnis sei hier referiert, daß zum Erwerb durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft (§ 178 BGB.) ein Wille des Übertragenden auf Übertragung an eine Gesamthand und ein äußeres Hervortreten des Umfanges, daß für eine Gesamthand erworben wird, grundsätzlich nicht erforderlich ist. Es genügt vielmehr, daß eine Gesellschaft besteht, daß es sich um einen Erwerb aus der Geschäftsführung handelt und daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen, falls keine Gesellschaft bestünde, ein Erwerb nach Bruchteilen eintreten würde. Gestützt wird diese Theorie im wesentlichen auf die Ergebnisse der Rspr. des RG. über das antizipierte Besitzkonstitut, die antizipierte Abtretung und die Eigentumsübertragung an den, den es angeht.

Wenn man auch nicht allen Ergebnissen des Verf. zustimmen wird, so fördern doch die außerordentlich klaren und sorgfältigen Ausführungen des Verf. die behandelten Probleme ungemein.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

**Robert Liefmann: Beteiligungs- und Finanzierungsgeellschaften.** Eine Studie über den Effektenkapitalismus. 5., neu bearbeitete Auflage. Jena 1931. Verlag Gustav Fischer. VIII und 642 Seiten. Preis brosch. 30 M., geb. 32 M.

Wie so ziemlich alle volkswirtschaftlichen Begriffe, so ist auch der über das Kapital umstritten. Liefmann, der ein wenig die Rolle des wirtschaftstheoretischen Außenstehers spielt, vertritt einen Kapitalbegriff, der im Gegensatz zu den meisten Anschauungen über Kapital steht, die in den Lehrbüchern entwickelt werden. Das ist kennzeichnend für den Zustand der Volkswirtschaftstheorie: Meinungsunterschiede über den elementarsten volkswirtschaftlichen Begriff in einer Wissenschaft, deren Objekt der wirtschaftliche Kreislauf bildet, den die Kapitalbildung und -verwertung in starkem Maße bestimmt. Es ist beinahe so, als wenn im Privatrecht der Eigentumsbegriff umstritten würde.

Diese theoretischen Auseinandersetzungen berühren in erster Linie die Fachmänner, in dem hier angezeigten Buche spielen sie bei der Begriffsbestimmung und Begriffsbildung des durch Liefmann 1909 in die Literatur eingeführten sog. „Effektenkapitalismus“ eine Rolle. Während die herrschende Meinung unter „Kapital“ ein in besonderer Weise verwertetes Sachkapital versteht (Sombart: nicht eine Person, sondern ein Sachvermögen, tritt in den Vordergrund, und das Verwertungsbedürfnis dieses Sachvermögens, eben des Kapitals: die Erzielung von Profit, wird zum Zweck der kapitalistischen Unternehmung!), definiert Liefmann folgendermaßen: „Kapital ist die zur Feststellung und Vergleichen von Gelderträgen dienende Geldrechnungssform dauerbarer Kostengüter und das Geld selbst als dauerhaftes Kostengut verwendet“. Dieser Kapitalbegriff macht die „Zurechnung“ des Einkommens verschiedener Einkommensgruppen an die Träger verschiedener Einkommensformen überflüssig. Denn alle Einkommen, auch die mit Kapital erzielten, werden durch die Preisbildung erklärt. Liefmann geht von einer „Grenztragslehre“ aus, die Lohn, Kapitalzins und alle anderen Einkommensarten aus den Preisen und ihrem Zustandekommen erklärt. „Weil sie auch die einzige ist, die wirklich erklärt, wie es von den individuellen Nutzen- und Kostenvergleichen der Individuen zum objektiven Phänomen Preis kommt, und zwar ohne diesen als Wert in irgendeinem Sinne aufzufassen. Das ist nur mit der Unterscheidung von Konsum- und Erwerbswirtschaften und Eingehen auf ihr Verhalten, ihre subjektiven Erwägungen dem Gelde gegenüber, möglich.“ Diese nützlich angeführte Stelle zeigt die Eigenart der Liefmannschen Deutung des Kapitalbegriffs und ihren Zusammenhang mit den Meinungsunterschieden über theoretische Grundbegriffe in der Nationalökonomie recht deutlich. Sie zu kritisieren ist hier nicht der Ort. Entscheidend ist der Effektenkapitalismus, den Liefmann konstruiert. Kapitalismus ist für ihn die Wirtschaftsepoch, in der sich die „gebliche Veranschlagung von Kostengütern als Kapital“ entwickelt hat. Dieses Kapital ist entweder Geldkapital oder Sachkapital. Damit verbunden ist die Gegenüberstellung: Leihkapital oder Unternehmungskapital, wobei das erstere gegen Zins ausgeliehen, das letztere Gewinne in der Stoffumwandlung oder im Warentrieb sucht. Das Geldkapital und das Leihkapital bedient sich in zunehmendem Maße der Formen, die durch die „Effektifizierung“ des Kapitals entstehen. Die Vertretbarkeit und das Unpersönlichwerden des Kapitals, die damit verbunden sind, werden nun von Liefmann bei der Bildung des Begriffs „Effektenkapitalismus“ verwertet, dessen Wesen darin besteht, daß einem großen ständig wachsenden Teile des in der Volkswirtschaft investierten Kapitals zum Zwecke leichter übertragbar-

keit die Effektenform gegeben und ein immer größerer Teil des in einer Volkswirtschaft erarbeiteten Einkommens in Effekten angelegt wird. Die Umwandlung von Geldkapital in Effektenkapital kann von einer fiktiven Kapitalbildung begleitet sein, die dann eintritt, wenn die aus gegebenen Effekten nicht auf unmittelbarer Ersparnis, sondern wieder auf neu aus gegebenen Effekten beruhen. Wenn eine Unternehmung Aktien oder Obligationen ausgibt, weil sie auf diese Weise die Effekten einer anderen Gesellschaft erwerben, „sich beteiligen“ will, also nicht zum Zwecke der Beschaffung neuen Aktienkapitals, so ist das „Effekten substitution“. Sie begegnet uns bei den Kapitalanlagegesellschaften, den Effektenübernahme Gesellschaften und den Kontrollgesellschaften. Auf diese drei Arten von Beteiligungsgesellschaften führt Liefmann die durch große Mannigfaltigkeit ausgezeichneten Erscheinungen des Effektenkapitalismus zurück.

In der Hauptsache steuert Liefmann Tatsachenmaterial zur Beurteilung dieser effektenkapitalistischen Formen und Wirkungen bei, ergänzt durch von Mitarbeitern des Autors stammende monographische Schilderungen wichtiger effektenkapitalistischer Tatbestände. Eine Effektenstatistik, die bis zum Jahre 1930 reicht, gibt statistische Unterlagen über alle Länder mit einer entwickelten Kapitalverfassung. Während das erste Kapitel sich mit dem Kapitalbegriff auseinandersetzt, erörtert das zweite die Beteiligungsgesellschaften und das dritte die Finanzierungs gesellschaften. Dann folgt ein beschreibender Teil, der der Reihe nach Kapitalanlagegesellschaften, Kontrollgesellschaften, Effektenübernahme Gesellschaften und Finanzierungs gesellschaften behandelt. Ein Schlusskapitel zieht theoretische und wirtschaftspolitische Schlussfolgerungen und schildert die Besteuerung der Effekten substitutionsgesellschaft, wobei neben Deutschland, Frankreich, England und der Schweiz auch Luxemburg und Liechtenstein behandelt werden, des bekannten aktuellen Interesses halber, das diese beiden Länder durch den Zusammenhang zwischen Effektenkapitalismus und Kapitalwanderung erfahren haben. Der Wert des aus allen möglichen Quellen zusammengetragenen Materials, das bis in die Gegenwart hineinreicht, wird durch seinen historischen Aufbau erhöht. Für viele Länder und für viele Erscheinungsformen des Effektenkapitalismus gestattet die Liefmannsche Darstellung, die Entwicklung von ihren Anfängen bis zur Gegenwart genau zu verfolgen.

Der Zusammenhang des von Liefmann behandelten Themas mit den Rechtsfragen, die durch die Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen hervorgerufen wurden, liegt auf der Hand. Das Problem des Konzernrechtes und der Aktienrechtsreform, das diesen Wandlungen entspricht, ist nur die juristische Seite des von Liefmann geschilderten wirtschaftlichen Entwicklungsprozesses. Die Berichte der dritten Arbeitsgruppe des Enqueteausschusses über die Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, insbes. die über Aktienwesen und Konzernrecht, sind eine Art von handelsrechtlichem Kommentar zu der Liefmannschen Schilderung der Erscheinungsformen und Wirkungen des Effektenkapitalismus. Liefmanns wirtschaftstheoretische Schlussfolgerungen sind vor allem für den Begriff der Banken und des Bankwesens von Bedeutung, sie interessieren in erster Linie die Wirtschaftstheorie. Für den Juristen liegt der Wert des Liefmannschen Werkes in der eindringlichen Betonung der das Wesen und die Formen und Wirkungen des Effektenkapitalismus bestimmenden Wirtschaftstatsachen. So wird die ungeheure materielle Bedeutung der hier entstandenen und tagtäglich neu entstehenden Rechtsprobleme in einer Weise unterstrichen, die kaum noch wirksamer gestaltet werden könnte.

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

**Dr. Franz Scholz: Der Austritt aus der GmbH.** Köln. Dr. Otto Schmidt. 39 S. Preis 2,50 M.

Die Abhandlung bezeichnet sich als „nach einem Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft“. Der Ursprung kommt ihr zugute. Die Arbeit zeigt alle Vorzüge, die wir schon lange an Scholz schätzen. Er greift seinen Gegenstand herzlich an. Ausgangspunkt bildet für ihn die wirtschaftliche Lage. Er kann als einer der Borkämpfer für die Gestaltung des wirklichen Rechts bezeichnet werden. Das alles gilt auch hier. Die Sprache ist frisch und lebendig. Von der ersten bis zur letzten Zeile bleibt man gefesselt. Die Aufstellung des Problems ist allein schon dankenswert. Mit dem Ergebnisse kann man sich freilich nicht zufrieden geben. Scholz will zeigen, daß es zwar keinen Austritt aus der GmbH. durch einseitigen Rechtsakt, wohl aber ein Auscheiden des Gesellschafters aus wichtigen, in seiner Person liegenden Gründen gibt. Dieser könne, wenn auch unter Hinzutritt anderer Rechtsvorgänger, den Austritt erreichen. Das widerspricht aber dem Wesen der GmbH. als Kapitalgesellschaft. Gewiß kann es kommen, daß ein Gesellschafter auf unbegrenzte Zeit „an die Mitgliedschaft“ gefesselt ist. Ebenso sicher aber ist es, daß es keinen Grundgedanken unseres Rechtes gibt, „daß es unlösliche Bindungen nicht zuläßt“. Für persönliche Verpflichtungen gilt dies. Für Kapitaleinlagen gilt es nicht. Aus diesen wird die Körperschaft aufgebaut. Das eingelegte Kapital ist das einzige Objekt der Gläubiger. Mit dem steht ein unmittelbares wie ein durch das Mittel anderer Rechtsvor-

schriften erreichtes Auscheiden in Widerspruch. Das ist auch der Grund, warum das Gesetz keinen Anspruch eines Gesellschafters auf Einziehung seines Geschäftsanteils kennen darf. Es mag zutreffen, daß das „Individualinteresse“ die Befreiung von der Mitgliedschaft verlangt (§. 26). Aber gerade dieses hat hinter dem allgemeinen Interesse des Gläubigerschutz zurückzutreten. Das gäbe dann anerkannte Auscheiden soll nach Scholz durch eine Kündigung des Gesellschafters i. Verb. m. der von der Gesellschaft auszuführenden Einziehung des Geschäftsanteils erfolgen. Das gäbe dann dem Gesellschafter ein Recht auf Amortisation, ein mit dem bestehenden Recht nicht zu vereinbarendes Ergebnis. Der Gesellschaftsvertrag kann dem Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen eine Kündigung gestatten. Dann löst sich die GmbH. auf. Es kann bestimmt werden, daß die anderen Gesellschafter durch Auskauf oder durch Einziehung die Auflösung abwenden können. Aber in keinem Gesellschaftsvertrage, so viele deren mir durch die Hände gingen, habe ich eine Vorschrift des Inhalts erlebt, daß bei Kündigung eines Gesellschafters die Einziehung erfolgen müsse. Behnt man diese Möglichkeit ab und gibt man den anderen Gesellschaftern nur das Wahlrecht, die Auflösung hinzunehmen oder den kündigenden Gesellschafter abzulösen, so ist dies schon kein Recht auf Auscheiden des letzteren mehr. Ohne eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag wird man aber eine Kündigung mit der Wirkung der Auflösung der Gesellschaft aus Gründen, die nicht in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen (§ 61 GmbHG.) nicht anerkennen dürfen. Der Inhalt des Gesetzes ist zu deutlich dagegen. Es mag sein, daß das individuelle Interesse leidet, wenn der Gesellschafter sein Kapital nicht wieder zurückziehen kann, obwohl er es für sich braucht. Er muß aber, wenn er die Vorteile der GmbH. und AktG. genießen will, sich über diese Nachteile klar sein.

Es trifft schließlich auch nicht zu, daß RG. 128, 15 das außerordentliche Kündigungsrecht eines Gesellschafters anerkennt (§. 21). Es verweist auf seine frühere Praxis. Danach ist dem Gesellschafter einer GmbH. ein Kündigungsrecht außerhalb der KartW.D. vom RG. bisher grundsätzlich nicht zugebilligt worden. „Ist nun auch im allgemeinen an dem Grundsatz festzuhalten, daß sich der Gesellschafter einer GmbH. nicht durch Kündigung von der Gesellschaft freimachen kann (sofern nicht etwa Kündigung sühnmäßiger Auflösungsgrund ist), so sind doch für den Fall der Nebenleistungs-GmbH. in Ansehung der Nebenleistungspflichten gewisse Ausnahmen zuzulassen.“ Daraus ist ersichtlich, daß das RG. ein allgemeines Recht eines Gesellschafters auf Auscheiden ablehnt.

Die ganze Materie ist deshalb schwierig, weil die GmbH. eine andere Entwicklung nahm, als ihre Urheber voraussetzten. Die Ideen, die Scholz vorträgt, werden bei einer Neubearbeitung des Rechts der GmbH. beachtet werden müssen. Ob sie Erfolg haben, wird von der ganzen Neugestaltung des Gesetzes abhängen. Heute wird man sie als contra legem stehend nicht verwirklichen können.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

## Wechsel- und Scheckrecht.

**Dr. Max Sotal: Die Genfer Scheckrechtskonferenz 1931.** (Mitteilungen des Verbandes österreichischer Banken und Bankeiers. XIII. Jahr, Heft 6/7.) Wien 1931.

Ein ausführlicher, sehr interessanter Bericht des österr. Delegierten. Der klar und lebendig geschriebene Aufsatz ist zur Einführung in das Genfer Vertragsrecht sehr brauchbar. Wie sehr sind bei einzelnen Staaten selbst bei einer so univervellen Einrichtung wie dem Scheck bemüht, an teilweise recht nebensächlichen Einrichtungen ihres nationalen Rechts zu Lasten der Einheitlichkeit festzuhalten!

OGN. u. PrivDoz. Dr. Ernst E. Hirsch, Frankfurt a. M.

## Kartellrecht.

**Horst Wagenführ: Deutsche, ausländische und internationale Kartellverträge im Vorklaut.** Nürnberg 1931. Hochschulbuchhandlung Krieger & Co. IX. und 103 Seiten. Preis 6,50 M.

In dieser Schrift gibt der als Sammler von Kartellmaterial verdiente Verf. Sagen von 15 deutschen, 4 ausländischen und 6 internationalen Vereinbarungen, nicht nur Kartelle, sondern auch Erklusivverträge, Absatzverträge mit den Weiterverarbeitern u. dgl. Als wichtigste seien genannt: Sühung des Rhein-Weiß. Kohlen Syndikats von 1919, Abverträge der deutschen Rohstoffgemeinschaft, ein Werkzeugmaschinenkartell, Errichtung einer Nachrichtenstelle für Bauunternehmungen, Verkaufsbedingungen eines Verbandes für Elektrizitätsmaterial, ein Erklusivvertrag der Porzellanindustrie, Produktionskartell der Juteindustrie, Vertrag zwischen den Kunstseide-

produzenten und den Abnehmern, Kundenschutzvertrag von Brauereien. Zwei Verträge der kanadischen Weizenproduzenten (englisch), Abkommen der österr. Eisenindustrie, Verpflichtungsschein der Schweiz. Zigarrenhändler gegenüber dem Zigarettenkartell. Der deutsch-franz. Kalivertrag von 1926. Die internationale Kohstahlgemeinschaft von 1926. Die Satzungen der Internationalen Superphosphate Manufacturers Ass., endlich zwei Schifffahrts- und ein Transportversicherungsabkommen. Den Satzungen sind überall Erläuterungen beigegeben. Der Verfasser konnte natürlich die außerordentliche Vielgestaltigkeit derartiger Vereinbarungen nicht annähernd erschöpfen, aber er hat, wie man sieht, eine Auswahl von besonders wichtigen und typischen Verträgen geboten.

Prof. Dr. Robert Liefmann, Freiburg i. Br.

**Gorft Wagenführ: Kartelle in Deutschland.** Mit zahlreichen Tafeln, graphischen Darstellungen und Karten. Nürnberg 1931. Hochschulbuchhandlung Krieger & Co. XV und 416 Seiten.

Seit der 1905 vom Reichsamt des Inneren verfaßten Denkschrift über das Kartellwesen ist keine Materialsammlung für alle diese Organisationen in Deutschland wieder versucht worden. Das vorliegende Buch füllt diese Lücke in dankenswerter Weise aus. Es ist die Ergänzung zu dem von demselben Verf. zusammen mit Dr. P. Fischer im gleichen Verlag 1930 herausgegebenen Sammelwerke: Kartelle in Europa (ohne Deutschland). Die Berichterstattung wird im allgemeinen auf die monopolistischen Verbände beschränkt, also alle kapitalmäßigen Organisationen sind weggelassen. Doch werden auch Konditionenvereinbarungen angeführt und die Spitzenvereinigungen derjenigen Erwerbszweige, in denen Kartelle bestehen. Die Organisationen der Landwirtschaft und das Handwerk werden nur kurz behandelt, die Kartelle des Handels im Anschluß an die verschiedenen Produktionszweige mit einigen späteren Ergänzungen. Dazu kommen dann noch Verkehr, Gas- und Schankwirtschaftsgewerbe, Banken und Börsen, Versicherung, freie Berufe.

Auf die historische Entwicklung ist in der Regel nicht eingegangen, aber überall auf die Literatur der einzelnen Erwerbszweige verwiesen. Die fleißige Arbeit bedeutet eine wesentliche Bereicherung der Kartellliteratur. Beim Durchblättern ist mir nur ein Fehler aufgefallen. Der Neckarsalinenverein, das älteste Kartell Deutschlands, gegründet 1828, besteht noch heute, ist aber nicht ein Zusammenschluß der Norddeutschen und Süddeutschen Salinenvereine (S. 57), sondern eine Verkaufsvereinigung der bei Wimpfen a. N. gelegenen bad., hess. und württemb. Salinen.

Prof. Dr. Robert Liefmann, Freiburg i. Br.

**Eugen Langen: Der Quotenkauf, zugleich über die Rechtsnatur der Kartellquote.** Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 40 Seiten. Preis 3 M.

Flechtheim (Kartellrecht S. 120) hatte die Beteiligungsziffer nicht als selbständiges Recht anerkannt, sondern in ihr das Maß der Mitgliedschaft gesehen. Dem war die ganze Literatur gefolgt. Die Praxis hatte sich, so gut es gehen wollte, mit dieser Theorie abgefunden. Allerdings war sie dabei auf immer steigende Schwierigkeiten gestoßen. Denn wenn die Übertragung der Beteiligungsziffer nichts anderes ist als die Übertragung der Mitgliedschaft, so sind die in der Praxis vielfach üblichen Quotenübertragungen auf Zeit oder in beschränktem Umfange eigentlich ein Widerspruch in sich selbst.

Langen geht diesen Schwierigkeiten dadurch zu Leibe, daß er die herrschende Theorie bekämpft, und zwar mit guten Gründen. Er geht von öffentlich-rechtlichen Beteiligungsziffern aus, wie wir sie in der Regelung der Kohlen- und Kaliumwirtschaft, der Zündholzproduktion und anderwärts kennen. Hier besteht ein allgemeines gesetzliches Verbot des Kalibafages, der Zündholzherstellung usw. Diesem Verbot steht ein subjektives öffentliches Recht gegenüber, das einzelnen das an sich verbotene Gewerbe in begrenztem Umfange erlaubt. Ebenso unterscheidet Langen auch bei dem privatrechtlichen Kontingentierungskartell zwischen dem vertraglichen Gewerbeverbot oder Gewerbeverzicht einerseits, der begrenzten Gewerbeerlaubnis, der Quote, andererseits. Wesentliche Grundlage der Kartellmitgliedschaft ist der Gewerbeverzicht, die allen übrigen Kartellgenossen gegenüber eingegangene Verpflichtung, nur im Rahmen der Kartellvorschriften, d. h. bei Verkaufsziffern nur durch das Syndikat, den Absatz der Erzeugnisse zu betreiben. Dem steht gegenüber der Anspruch des einzelnen auf Beteiligung am Absatz. Mit Recht fragt Langen, warum dieser nicht ein anderes Schicksal haben könne als der Gewerbeverzicht, warum das einzelne Mitglied sich insbes. nicht durch Übertragung der Quote in ein passives Mitglied verwandeln könne, das zwar noch an den Gewerbeverzicht gebunden ist und daher den stillgelegten Betrieb nicht wieder eröffnen darf, aber keinen Anspruch auf Beteiligung am Absatz hat.

Durch diese Unterscheidung von negativem Gewerbeverzicht und positiver Absatzberechtigung gelangt Langen nicht bloß zu einer brauchbaren Konstruktion des in der Praxis immer häufigeren Quotenkaufs, sondern auch sonst zu verständigen Ergebnissen. Namentlich begründet er mit ihr den Satz, daß die Beteiligungsziffer nur so lange Bestand hat, als der Gewerbeverzicht „valutiert“ ist. Der Bestand der Quote hängt nicht von ihrer positiven Ausnutzung, wohl aber davon ab, daß der negative Gewerbeverzicht noch einen realen Wert hat. Ist der Veräußerer nachträglich z. B. durch Konkurs aus dem Kartell ausgeschieden, so daß seine Anlagen wieder zur Herstellung von Verbandszeugnissen ausgenutzt werden dürfen, so erlischt damit die veräußerte Quote. Zu weit geht allerdings Langen, wenn er das Erlöschen der Quote auch in dem Falle annimmt, daß die Betriebsstätte des Veräußerers in Fortfall kommt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb man den Veräußerer der Quote zwingen sollte, die stillgelegten Anlagen in betriebsfähigem Zustande zu erhalten. Dem Interesse der Kartellgenossen ist genügt, wenn der Veräußerer weder persönlich noch durch Überlassung seiner Anlagen an einen Außenseiter dem Gewerbeverzicht zuwiderhandelt.

Von der gewonnenen Grundlage aus werden noch eine ganze Reihe weiterer Einzelfragen behandelt, und zwar durchweg mit juristischem Scharfsinn und praktischem Blick. Auf sie einzugehen, verbietet leider der Raum.

Es macht immer Freude, Erfindungsarbeiten anerkennend zu besprechen, besonders wenn man es mit so gutem Gewissen tun kann wie hier. Die Schrift von Langen stellt eine wirkliche Bereicherung der kartellrechtlichen Literatur dar, was man leider nur von ganz wenigen Erscheinungen der letzten Jahre sagen konnte.

RM. Dr. R. Jsa y, Berlin.

**Dr. Dr. F. A. Bergemann-Gorft: Das Verbindungskartell.** Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 12,— M., geb. 13,— M.

Die in wirtschaftlicher wie rechtlicher Hinsicht, und zwar unter umfassender Berücksichtigung auch des Auslandes, sehr eingehende Darstellung bietet für die deutsche Literatur die erste wissenschaftliche Gesamtdarstellung dieses bis heute stark umstrittenen Organisationsproblems. Sie gewinnt auch ihre Bedeutung im Hinblick darauf, daß in dem in Bearbeitung befindlichen neuen ADStGB. Bestimmungen zum Schutze der von öffentlichen Körperschaften ergehenden Submissionen vorgesehen sind. Verf. gibt S. 109 ff. eine kritische Übersicht über die Entwicklung dieses legislativen Gedankens bis zu seiner Fassung durch den Strafrechtsausschuß in dem § 355 des Entwurfs. Er selbst verneint ein Bedürfnis besonderer rechtlicher, namentlich aber strafrechtlicher Regelung derartiger Tatbestände. Seine Arbeit hat auch die wesentliche Aufgabe, diesen Standpunkt zu erhärten, zunächst durch Feststellung der wirtschaftlichen Bedeutung der Verbindungen in einer geschichtlichen Darstellung und Analyse der ökonomischen Grundlagen des Verbindungswesens. Zu diesem Zwecke gibt er im Hauptteil des I. Abschnittes kurze Angaben über eine große Zahl derartiger Organisationen in Deutschland, angefangen von den sechziger Jahren bis zu neuesten Beispielen in der Bau-, Eisen-, Maschinen- sowie Elektroindustrie, wobei aber auch rechtliche Exkurse über einzelne organisationsrechtliche Streitfragen, wie etwa den Kartellcharakter i. S. des § 1 KartellD., eingetreten sind. Der gleichen Aufgabe dient die Behandlung der Verbindungskartelle de lege lata im III. Abschnitt. Hier beschäftigt er sich besonders auch mit der in Publikatur und Schrifttum umstrittenen Bedeutung des § 270 PrStGB. Der zweite Hauptteil des Buches bringt sehr interessante Übersichten über die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Verbindungswesens in siebzehn, also fast allen bedeutenden europäischen Ländern, die wertvolle Grundlagen auch für rechtsvergleichende Betrachtungen bieten. In einem Schlußabschnitt „Verbindungskartell und Kartellpolitik“ stellt Verf. noch einmal kurz die Hauptgründe zusammen für seine im wesentlichen die Notwendigkeit der in Frage kommenden Kartellart zum Schutze gegen die bekannten Auswüchse des Submissionswesens betonende Stellungnahme. Einige Bedenkllichkeiten der gegenwärtigen Durchführung, wie namentlich die mit der Geheimhaltung mögliche Täuschung des Ausschreibenden — die übrigens nach seinen Feststellungen im Auslande noch viel weitgehender geübt wird — werden auch vom Verf. als befeitigungswert anerkannt. Er hält aber den heute schon mit der KartellD. und den allgemeinen zivilrechtlichen Normen (insbes. § 138 BGB.) gegebenen Rechtsschutz für ausreichend. Er will dabei auch rechtlich jedenfalls einen Unterschied zwischen „Versteigerungen“ und „Verbindungen“ festgehalten wissen, dem auch die ursprünglich vielfach einheitliche rechtliche Behandlung heute mehr und mehr nachkommt. Jedenfalls fordert er i. S. der Stellungnahme unseres Enqueteausschusses die Anerkennung dieser Schutzorganisationen, wie sie auch in der Reichsverbindungsordnung für Bauleistungen und seitens der Reichsbahn tatsächlich bereits erfolgt ist. In einer grundsätzlichen Untersuchung über „Ausschreibungs- und Verbindungskartelle“ (KartellDsch. 1931, 320 ff.) hat (StA.)

Franz Böhm mit Recht vermißt, daß Verf., der nur eine verträglich ausdrückliche vorgesehene Offenlegung anerkennt, die Methode der Geheimhaltung nicht auch unter dem Gesichtspunkte des pactum de contrahendo untersucht hat, aus dem wesentlich schärfere Verpflichtungen in dieser Richtung sich ableiten lassen. Allerdings betont Gorski selbst, daß seine Arbeit — auch in kartellpolitischer Hinsicht — nur eine erste Grundlage, nicht aber die Lösung der schwierigen Frage eines wirtschaftlich und rechtlich völlig befriedigenden Ausgleichs der hier verknüpften Parteiinteressen bringen will — in dieser Begrenzung aber hat er seine Aufgabe zweifellos in ebenso anregender wie gründlicher Weise gelöst.

RWSt. Dr. Siegfried Tschierschky, Berlin.

## Wirtschaftsrecht.

### Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit Jahresbericht 1930.

Berlin 1931. Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit.

Das Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit (R.W.) gibt als Veröffentlichung Nr. 75 den Jahresbericht für das Jahr 1930 heraus, der zugleich einen Überblick über die Arbeit der letzten fünf Jahre bringt. Das R.W. hält in seinem Bericht fest an einer richtig verstandenen Rationalisierung als der „Erfassung und Anwendung aller Mittel, die Technik und planmäßige Ordnung zur Hebung der Wirtschaftlichkeit bieten“.

An eine knappe Darstellung der Entwicklung und Zielrichtung der Rationalisierungsbewegung schließt sich ein Überblick über Ausbau und Arbeitsweise des R.W.

Der Bericht vermittelt in übersichtlicher Form einen Einblick in die vom R.W. bearbeiteten Aufgaben und in die erzielten Arbeitsergebnisse und schließt mit einer Zusammenfassung der Auswirkungen der Arbeitsgebiete für die gesamte Wirtschaft. D. S.

### Friedrich Bülow: Volkswirtschaftslehre. Eine Einführung in das wirtschaftliche Denken. (Kröners Taschenausgabe, Band 81.) Leipzig. Verlag Alfred Kröner. VII und 613 Seiten. Preis in Leinen 4 M.

Die volkswirtschaftliche Literatur in Deutschland bevorzugt gegenwärtig die Darstellung von Einzelragen; das volkswirtschaftliche System ist als Objekt der Betrachtung nicht sonderlich beliebt und tritt meistens als Lehrbuch für den akademischen Nachwuchs auf. Die meisten auf mehrere voluminöse Bände verteilten Gesamtdarstellungen, die Volkswirtschaftslehre und Volkswirtschaftspolitik umfassen, sind Sammelwerke zahlreicher Autoren, die natürlich die in der Volkswirtschaftslehre vorhandenen starken Meinungsunterschiede über Theorie und Praxis widerpiegeln und mehr den Fachgelehrten fesseln als den nach Aufschluß über volkswirtschaftliche Fragen suchenden Nichtfachmann. Für diesen ist die hier anzugebende Schrift in erster Linie bestimmt. Sie will „in das volkswirtschaftliche Denken einführen“, wodurch das Vorwalten von Wirtschaftsgeschichte und Wirtschaftstheorie bedingt wird. Bülow faßt den Begriff: Wirtschaftstheorie aber nicht so eng, wie das nach der heute üblichen volkswirtschaftlichen Systematik geschieht. So ist ein eigenartiges Buch entstanden, das zwar vor allem in die theoretische Volkswirtschaftslehre einführen will, sich aber dabei einer Methode bedient, die den Leser mit einer Fülle von praktischen Problemen in Verbindung bringt. Diese „angewandte Wirtschaftstheorie“ hat Vorzüge. Man lernt durch sie den Zusammenhang zwischen viel umstrittenen wirtschaftspolitischen Fragen mit ihren theoretischen Unterlagen kennen, und da der Verf. über gebiegene Kenntnisse und zugleich über eine anerkanntwertige Fähigkeit zu klarer, leicht verständlicher Darstellung schwieriger Probleme verfügt, so wird man sich mit Nutzen seiner Führung durch das Labyrinth kontroverser Überzeugungen und Urteile über die Bedeutung volkswirtschaftlicher Tatsachen anvertrauen. Die Schrift schildert erst die Historie der Volkswirtschaft, behandelt dann ihre systematischen Grundlagen und gelangt so zur theoretischen Sozialökonomie. Von der ersten bis zur letzten Seite illustrieren bis in die unmittelbarste Gegenwart reichende Darlegungen über praktische volkswirtschaftliche Fragen die geschichtlichen und theoretischen Auseinandersetzungen. Von der Aktie bis zum Zins gibt es kaum einen volkswirtschaftlich bedeutenden Gegenstand oder Zusammenhang, über den nicht etwas Aufschlußreiches aus dem Büchlein zu entnehmen ist. Wir erfahren ebenso das Wesentlichste über die organische Zusammenfassung des Kapitals bei Marx wie über die Bedeutung der Ergebnisse der Konjunkturforschung, der Einkommenslehre von Cassel, die neuesten gelbtheoretischen Anschauungen, die „monetäre“ Nationalökonomie und die „konjunkturlose Wirtschaft“ von Keynes und seinen amerikanischen Gefinnungsfreunden. Die Schrift erfüllt die an eine Einführung zu stellenden Aufgaben, indem sie alle Lehrmeinungen, Begriffe und Tatsachen der Volkswirtschaft in einem größeren Zusammenhang darstellt, und sie erleichtert jedem, der sich der Führung des Verf. anvertraut, die Vertiefung in die Probleme durch eine ebenso

sorgfältige wie vielseitige und nur die wertvollen Quellen behandelnde Literaturzusammenstellung, die nicht nur Bücher, sondern auch Zeitschriften und sonstige periodischen Veröffentlichungen von Instituten und Körperschaften umfaßt.

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

### Dr. Helmut Kühl, o. Prof. d. Rechte a. d. Handelshochschule Mannheim: Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft. (Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Handelshochschule Mannheim am 10. Juli 1931.) Mannheim 1931. J. Benzheimer.

Eine nach Form und Inhalt gleich treffliche Arbeit, die, mit reichen rechtsstatistischen Belegen versehen, eine Anzahl schwieriger Fragen der Rechtsquellenlehre unter neuen Gesichtspunkten erörtert. Daneben ist sie ein Beispiel dafür, wie schwierigere juristische Fragen in einer auch gebildeten Laien verständlichen Weise erörtert werden können. D. S.

### Dr. Zula Simons: Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz v. 23. März 1919. (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 20.) Bonn 1931. Ludwig Röhrscheid Verlag. 96 Seiten.

Die Verf. schildert eingehend den Aufbau und die Funktion der Kohlenwirtschaftlichen Organe, um sich schließlich auf eine Untersuchung der Frage zu konzentrieren, welche Rechtsnatur den einzelnen Organen zuzusprechen ist. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, daß der Reichskohlenrat weder ein selbständiger Rechtsträger noch Organ eines Kohlenwirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpers ist, sondern ein Organ des Reichs, und zwar eine Behörde. Der Reichskohlenverband (R.K.V.) und insbes. auch die Kohlenyndikate (K.S.) werden von ihr als Körperschaften des öffentlichen Rechts entwickelt. Mit dieser letzteren These tritt Verf. der verbreiteten Meinung entgegen, welche im R.W. und in den K.S. privatrechtliche Gebilde sieht. Entscheidend für ihren Standpunkt ist dabei nicht so sehr die Tatsache, daß der Staat die Entsetzung dieser Organe beeinflusst (z. B. durch Zwangsgründung) und sie beaufsichtigt oder daß ihnen hoheitliche Funktionen (z. B. Erlaß von allgemeinverbindlichen Anordnungen und echte Gerichtsbarkeit über Mitglieder und Außenstehende) übertragen sind, als vielmehr der Umstand, daß der R.K.V. und die K.S. nach Ansicht der Verf. Staatsaufgaben wahrnehmen. Die Verf. erkennt zwar nicht, daß § 2 KohlenW.G. lediglich von einer Regelung der gemeinwirtschaftlichen Organisation der Kohlenwirtschaft spricht. Sie sieht darin aber nicht nur eine Feststellung der äußeren Organisationsformen, sondern auch eine einschneidende inhaltliche Erfassung der Kohlenwirtschaft. Wenn der Staat die Kohlenwirtschaft in der Weise organisiert, daß er von sich aus bestimmt, welche Verbände gebildet werden müssen, welches ihr sachlicher und räumlicher Aufgabenkreis ist, welche Nachmittel zur Durchführung ihrer Aufgaben gegeben sind und nach welchen Gesichtspunkten diese Aufgaben erfüllt werden müssen, so liegt nach Ansicht der Verf. keine Privatwirtschaft mehr vor, sondern öffentliche Kohlenwirtschaft. Diese öffentliche Wirtschaft ist auf den Kohlenvertrieb beschränkt und nach wie vor in die Hände der nächstbeteiligten gelegt. Der Kohlenvertrieb ist aber nach Ansicht der Verf. nicht mehr privatwirtschaftliche Aufgabe der Syndikate aus eigenem Recht der Beteiligten, sondern seit dem Gesetz von 1919 eine grundsätzlich vom Staat übernommene und den K.S. nur noch übertragene Aufgabe.

Diesem Grundgedanken der Arbeit kann ich nicht zustimmen. Für die Beurteilung der Rechtsnatur der Kohlenwirtschaftsorgane sind im wesentlichen zwei Maßstäbe denkbar. Entweder stellt man auf die Form ab, in die das Organ gekleidet ist, oder auf seine Funktion im Staatsleben und die sich daraus ergebenden Beziehungen zum Staat oder anderen Personen. So werden, um nur zwei entgegengesetzte Schriftsteller zu nennen, der R.K.V. und die K.S. von Gieseke (Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen, 1922, 115) als juristische Personen des Privatrechts bezeichnet, weil sie in dieser Form erscheinen. Cohn (Die Rechtsgebilde des KohlenW.G., 1926, 48) läßt demgegenüber die mannigfachen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse und Verhältnisse dieser Organe für ihre Charakterisierung entscheidend sein. Wenn ich auch mit der Verf. grundsätzlich den letzteren Maßstab für richtig halte, so kann ich ihr doch nicht folgen. Legt man auf die Stellung, welche ein Organ im Staatsleben einnimmt, entscheidendes Gewicht, so wird man angesichts der problematischen Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht bei einer normativen Betrachtung stehenbleiben dürfen. Es kann nicht darauf ankommen, wie sich Aufgaben und Befugnisse auf dem Papier ausnehmen, sondern wie sie wirklich gehandhabt werden. Das KohlenW.G. hat, wie wenig andere Gesetze, von vornherein eine starke politisch-taktische Bedeutung gehabt. In den zwölf Jahren seines Bestehens ist manches anders gekommen oder richtiger gesagt: stärker geblieben, als diejenigen dachten, welche wirklich grundlegende Änderungen mit diesem Gesetz bewirken wollten. Der völlige Umbruch am Kohlenmarkt hat dazu ein übriges getan. Aus einem Problem der Kohleverteiler, welches das KohlenW.G. im Interesse der Konsumenten allenfalls als

Staatsaufgabe zu lösen gedacht war, ist ein Problem des Kohlenabfages geworden, dessen Lösung in voller Wucht den privatwirtschaftlichen Beteiligten überlassen ist. Von der Wahrnehmung einer Staatsaufgabe durch die R.S. kann man angesichts der tatsächlichen Verhältnisse nicht gut sprechen. Das KohlenWiG. stellt in Wahrheit weit eher als eine Lösung positiver Staatsaufgaben eine Hemmung der Privatwirtschaft dar, ähnlich wie die KartV.D. Gerade von dem Grundgedanken der Verf. aus wären diese und andere Entwicklungen der tatsächlichen Verhältnisse, so wie sie u. a. Voose (Vorgeschichte, Gestaltung und Auswirkung des KohlenWiG., 1930) geschildert hat, auch in einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung m. E. nicht zu übergehen gewesen.

Daß auch in Einzelheiten zuweilen Widerspruch geboten ist, kann bei der Fülle der Fragen nicht wundernehmen. Wenn die Verf. z. B. die Auffassung vertritt, daß die Verlängerung eines Syndikatsvertrages durch V.D. des RWiM. rechtlich notwendigerweise eine Neugründung des R.S. bewirke (S. 44), so ist diese Notwendigkeit nicht einzusehen. Die V.D. des RWiM. ist ein Erbschaftsgeschäft, durch das Willenserklärungen der Bergwerksunternehmer mit der gleichen Wirkung erzeugt werden, als wenn diese selbst die Erklärung abgegeben hätten (vgl. Heinemann, Das Erbschaftsgeschäft: Gruch. 69, 319 f., 335). Ebenso gut wie die Bergwerksunternehmer ein altes R.S. fortführen können (wie es im derzeitigen Vertrag des Rhein.-Westf. R.S. geschieht), kann auch der RWiM. durch Ersetzung der Willenserklärungen aller Bergwerksunternehmer ein Gleiches bewirken. Eine Überschreitung seiner Befugnisse liegt darin um so weniger, als das KohlenWiG., wenigstens bis zur KartV.D. v. 5. Juni 1931, von einem dauernden Bestand der R.S. ausging.

Andererseits sind die Ausführungen der Verf. zu der praktisch bedeutsamen Frage, wie ein Bergwerksunternehmer zwangsweise einem als GmbH. organisiertem R.S. beigelegt werden kann, besonders interessant. Verf. unterscheidet bis zur Übernahme eines Geschäftsanteils durch den beigelegten Bergwerksunternehmer zwischen einem weiteren Kreis von Mitgliedern der juristischen Person des öffentlichen Rechts und einem engeren Kreis von Gesellschaftern der GmbH. Auf Grund derselben Unterscheidung spricht sie auch der Eintragung eines R.S. im Handelsregister eine entscheidende Bedeutung für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit ab. Man kann aus diesen Ausführungen auch ohne Zustimmung zu dem Grundgedanken der Verf. manche Anregung entnehmen.

Im ganzen gesehen ist die Arbeit ein durchaus selbständiger und gedankenreicher Beitrag zu den erörterten Problemen.

Rh. Dr. Dr. Gustav W. Heinemann, Essen.

**Dr. jur. Carl Zimmermann: Am Bankhalter.** Zusammenstellungen zur Orientierung aus „Bankgeschäfte und Bankbuchungen.“ 2. Auflage 1930. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 1 M.

Der Verf. des bekannten Lehrbuches „Bankgeschäfte und Bankbuchungen“ gibt in dem Heft einige Zusammenstellungen aus dem Lehrbuch.

In drei Kapiteln: Legitimationsfragen, Kreditficherheiten und Warendokumente sind in knapper, leicht verständlicher Form die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen erläutert.

Für Studienzwecke ist die Zusammenstellung gut geeignet. D. S.

## Registerrecht.

**Das Registerrecht: Handels- und Genossenschaftsregister, Vereins-, Güterrechts- und Musterregister, Schiffsregister und Register für Pfandrechte an im Bau befindlichen Schiffen.** Von Sternberg und Siehr. Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag. Preis in Leinen geb. 20 M.

Das Registerrecht wird in der Junft der Juristen gemeinhin als eine „Geheimwissenschaft“ betrachtet; nicht nur der junge Jurist, sondern auch der erfahrene Richter und Notar, der sich plötzlich mit Registerfragen befassen muß, sieht sich völligem, erst in mühseliger Kleinarbeit allmählich zu erforschendem Neuland gegenüber. Hier als Wegweiser zu dienen, ist die Aufgabe, die sich die vorliegende, für die Praxis bestimmte Darstellung des Registerrechts gesetzt hat; sie beleuchtet die Anwendung der einschlägigen Vorschriften einmal vom Gesichtspunkte des Richters, der Eintragungen in ein Register vorzunehmen hat, sodann vom Standpunkte desjenigen, der eine Eintragung in ein Register begehrt; insbes. ist dabei die in das Registerrecht einschlagende Tätigkeit der Notare, die vielfach bei Eintragungsanträgen mitzuwirken haben, berücksichtigt worden.

Die schwierige Aufgabe, die sich das Werk gesetzt hat, hat eine geradezu musterhafte Lösung gefunden; gab es für sie doch

auch kaum Berufener als die beiden Verfasser: auf der einen Seite der ausgezeichnet bewährte langjährige Wegegenosse des jüngst verstorbenen Altmeisters der Notare, auf der anderen Seite der erfahrene Richter, der mehrere Jahre hindurch an der höchst richterlichen Rpr. in Registersachen im 1. ZivSen. des RG. in hervorragender Weise beteiligt war. Das Buch unterzieht neben dem formellen auch das materielle Recht einer eingehenden Behandlung. Die Rpr. — einschließlich derjenigen in Regresssachen — ist nahezu erschöpfend verwertet worden; insbes. haben auch — was das Buch für die Praxis besonders wertvoll macht — nicht veröffentlichte Entsch., vor allem solche des 1. ZivSen. des RG., Berücksichtigung gefunden. Auch die mit dem Registerrecht und insbes. dem Gesellschaftsrecht zusammenhängenden Kosten-, Gebühren- und Steuerfragen sind erörtert worden. Dem Texte schließt sich ein — nach Stichproben zuverlässiges — Sachregister an.

Ich bin bei der ziemlich eingehenden Durchsicht des Buches bemüht gewesen, auch irgendwelche Anstände zu finden; es ist mir nicht gelungen. Ich kann nicht einmal sagen, daß ich bei der Beurteilung der sehr eingehenden Darlegungen mit der Rechtsauffassung der Verf. irgendwo nicht einverstanden bin.

Das Buch ist ein unentbehrliches Hilfsmittel für einen jeden mit Registersachen befaßten Richter und Notar.

RM. Dr. Koehne, Leipzig,  
Hilfsrichter beim Reichsgericht.

**Walther Michaelis, Amtsgerichtsrat: Registerwesen. 2. Auflage.** (Band 10 von „Die Gerichtspraxis“, herausgegeben von Dr. Ernst Pape, Senatspräsident des Oberverwaltungsgerichts.) Berlin 1930. Franz Vahlen. 300 Seiten. Preis 9,50 M.

Nach der neuen preuß. Ausbildungsordnung wird der Referendar nicht mehr im Handelsregister oder sonstigen Registern ausgebildet. Das Erscheinen einer neuen Auflage dieses trefflichen Bandes ist daher besonders zu begrüßen. Eine Fülle neuen Rechtsstoffes hat der Bearbeiter zu dem Werke Kiefenstahl hinzugefügt und so nicht nur für Zwecke der Referendarausbildung, sondern vielleicht noch mehr für den Handgebrauch des in eine Registerabteilung versetzten Praktikers ein wertvolles Hilfsmittel geschaffen. Den Anfang und Hauptteil des Buches bildet das Recht des Handelsregisters (in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gegliedert). Daran schließt sich die Darstellung des GenReg., VerReg., GüterReg., MusterReg. sowie der einzelnen Schiffsregister. Den Abluß bildet ein Abriss des Pfandrechtsregisters für Schiffsbauwerke.

Wertvoll am Buche ist namentlich — abgesehen von der reichen Anführung höchst richterlicher Judikatur — die ständige Anführung der in Betracht kommenden meist schwer zugänglichen allgemeinen Verfügungen. Manchmal wäre hier noch eingehendere Zitierung erwünscht, z. B. S. 2.) Doch muß vor dem Irrtum gewarnt werden, daß der Verf. nur fremde Ansichten referiert; an einer Anzahl Stellen wird begründete, wenn auch zurückhaltende Kritik geübt (S. 37, 45 u. ä.). D. S.

## Schiedsgerichtswesen.

**Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen.** Unter Mitredaktion von Dr. Hellmut Kofst herausgegeben von Prof. Dr. A. Rufbaum. Band III. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis brosch. 36 M., geb. 38 M.

Ebenso wie in seinen wissenschaftlichen Arbeiten versteht Rufbaum als Redaktor Theorie und Praxis in einer Weise zu vereinen, die zeigt, daß jener oft behauptete Gegensatz nicht besteht oder zum mindesten nicht bestehen sollte. Er hat in dem dritten Band des Jahrbuchs neben rein referierenden Abhandlungen wiederum eine Reihe von Aufsätzen anzuregen und zu sammeln gewußt, in denen deutlich wird, welche praktische Bedeutung scheinbar bloß theoretische Fragen gewinnen und wie praktische Fragen nur auf Grund tiefgreifender theoretischer Erwägungen gelöst werden können. Den Anfang des Jahrbuchs bilden verschiedene Länderberichte über das Deutsche Reich, Lettland, die Niederlande (Nachtrag), Ungarn, über die interamerikanische Schiedsgerichtsbewegung, Brasilien, Chile, Japan, die Türkei und die Vereinigten Staaten von Amerika. Kraft der besonderen Kompetenz des Verf. beansprucht der Artikel Volkmar über die Novelle v. 25. Juli 1930 erhöhte Aufmerksamkeit, und es ist nur zu bedauern, daß Volkmar nicht noch mehr in die Behandlung der internationalen Probleme eingetreten ist. Denn ich glaube nicht, daß die Schwierigkeiten der Behandlung ausländischer Schiedsprüche, die man auf Grund der früheren Fassung des Gesetzes zu finden glaubte, jetzt beseitigt sind. Trotz der von mancher Seite (vgl. JZusPrR. 3, 53) erhobenen Bedenken hielten offenbar die Redaktoren der Novelle ebenso wie Volkmar in dem vorliegenden Aufsatz die Meinung des RG. für

wohlbegründet, nach der ein ausländischer Schiedspruch im Inland nicht aufgehoben werden kann. Sie führten deshalb den Feststellungsbeschluß bei, Urteil, daß der Schiedspruch im Inland nicht anzuerkennen sei, ein. Zunächst fragt sich, welcher Art diese Feststellung ist. Ist es eine rein prozessuale Feststellung, nämlich daß der Schiedspruch im Inland nicht vollstreckt werden kann? Sie wäre wohl neben der Ablehnung des Antrags auf Vollstreckbarkeitsklärung überflüssig, es sei denn, man spräche dem Urteil oder Beschluß, in dem die Ablehnung erfolgt, materielle Rechtskraftwirkung ab. Sie wäre aber auch ungenügend; denn der ausländische Schiedspruch kann ja auch inzidenter in einem inländischen Verfahren geltend gemacht werden, und es ist wohl klar, daß man aus dem ausländischen Schiedspruch im Inland nicht mehr die Rechtskraftwirkung oder irgendeine andere Wirkung ableiten kann, wenn einmal im Vollstreckbarkeitsverfahren ausgesprochen wurde, daß der Schiedspruch im Inland nicht anerkannt werden kann. Es handelt sich also um eine materielle Feststellung, nämlich, daß der Schiedspruch im Inland keinerlei Wirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Parteien hat (soweit das Nichtbestehen der Rechtskraftwirkung festgestellt wird, würde für die Anhänger der prozessualen Rechtskrafttheorie wohl eine prozessuale Feststellung vorliegen, die sich aber von der obenerwähnten prozessualen Feststellung erheblich unterscheidet). Weiter erhebt sich die Frage, ob diese Feststellung auch außerhalb des Vollstreckbarkeitsverfahrens erfolgen kann. Sie ist m. E. zu bejahen; denn ebenso, wie gegenüber dem inländischen Schiedspruch, muß der Schuldner auch gegenüber dem ausländischen Schiedspruch die Möglichkeit haben, dem Vollstreckbarkeitsverfahren zuvorzukommen. Bedeutet die Feststellung, daß der Schiedspruch im Inland nicht anzuerkennen sei, nichts anderes als die Feststellung der Unwirksamkeit des Schiedspruchs, so fragt sich, was zu geschehen hat, wenn nach dem maßgebenden ausländischen Recht der Schiedspruch so lange Wirkung hat, bis er durch ein Gestaltungsurteil aufgehoben ist. Streng genommen, könnte dann eine Feststellung, daß der Schiedspruch im Inland keine Wirkung hat, nicht erfolgen; aber es ist klar, daß nach der Meinung der Gesetzesverfasser im Vollstreckbarkeitsverfahren die Unwirksamkeit des Schiedspruchs trotzdem festgestellt werden kann, und wir haben damit einen Fall der angeblich verpönten Aufhebung des ausländischen Schiedspruchs. Wenn es aber im Vollstreckbarkeitsverfahren möglich ist, den ausländischen Schiedspruch mit Wirkung für das Inland aufzuheben, so muß es auch in einem selbständigen Verfahren möglich sein, nämlich wiederum in den Fällen, in denen es nicht möglich ist, festzustellen, daß der ausländische Schiedspruch unwirksam ist, weil er nach seinem Recht mangels erfolgter Aufhebung noch wirksam ist. Nach der Novelle ist also die Aufhebung eines ausländischen Schiedspruchs zum mindesten in Einzelfällen möglich, wenn auch diese Aufhebung in dem ungewohnten Kleid einer Verjagung der Anerkennung erscheint. Wenn also der ausländische Schiedspruch bis zu einer ausdrücklichen Aufhebung wirksam ist, so wirkt die Verjagung der Anerkennung wie eine Aufhebung; kann dagegen nach dem maßgebenden ausländischen Recht die Unwirksamkeit des Schiedspruchs schon vor Durchführung einer Aufhebungsklage geltend gemacht werden, so unterscheidet sich die Wirkung der Feststellung der Unwirksamkeit nicht von der einer Aufhebung durch Gestaltungsklage. Nur hinsichtlich der subjektiven Grenzen der Rechtskraftwirkung könnte man vielleicht an eine Verschiedenheit der Urteilswirkungen denken, aber diese Verschiedenheiten sind, wenn sie überhaupt existieren, jedenfalls so gering, daß es sinnlos wäre, in dem einen Fall einen unzulässigen Eingriff in eine ausländische Gerichtshoheit zu erblicken und in dem anderen nicht. Man wird also sagen können, daß die Verjagung der Anerkennung im Inland sachlich nichts anderes als die Aufhebung bedeutet, nur mit Worten hat man der Theorie des R.G. recht gegeben und dadurch, daß man die Beschränkung der Urteilswirkungen auf das Inland ausdrücklich aussprechen läßt. Das letztere ist überflüssig für die Fälle, in denen das Ausland ein solches Urteil ohnehin nicht anerkennen würde, in den anderen Fällen aber ist es höchst unzuverlässig, weil dadurch eine Wiederholung des Prozesses im Ausland ermöglicht wird.

Guzwiller behandelt das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesehten Gemischten Schiedsgerichtshöfe. Ich zweifle zwar, ob die Ansicht Ruzbaums richtig ist, wonach sich für die privaten internationalen Schiedsgerichte das Problem des anzuwendenden Rechts ebenso stellt, wie für die I.M., weil sich nämlich private Schiedsverfahren und Schiedsprüche „nationalisieren“ lassen (vgl. Z.NatPrR. 3, 53 Anm. 4), aber die tiefdringenden Ausführungen Guzwillers verdienen nichtsdestoweniger die aufmerksamste Beachtung eines jeden, der sich für internationales Privatrecht interessiert. Sie weisen die Richtung, in der sich ein international gemeinsames Internationalprivatrecht entwickeln könnte. Die Abhandlung Hamburgers über die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte untersucht ein Problem, dessen richtige Lösung für eine gezielte Fortentwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit von entscheidender Bedeutung ist. Praktisch gesprochen, handelt es sich, die richtige Mitte zu finden zwischen der einen Gefahr, daß die Schieds-

gerichte kraft einer Kompetenzentsch. ihre Kompetenz überschreiten, und der anderen, daß der Bekl. durch Bestreitung der Kompetenz, hauptsächlich unter Berufung auf die Nichtigkeit des Hauptvertrags, die Tätigkeit des Schiedsgerichts böswillig lahmlegt. Hamburger geht von richtigen Grundsätzen aus, nämlich das einerseits das Schiedsgericht nicht bindend seine Kompetenz feststellen kann und daß andererseits die Schiedsklausel vom Hauptvertrag unabhängig sein kann oder sogar unabhängig ist. Die Begründung der letzteren These ist mir allerdings nicht ganz verständlich geworden. Es scheint, daß Hamburger sie in der Möglichkeit sieht, die Schiedsklausel dahin auszulegen, daß die Schiedsrichter auch über den Bestand des Hauptvertrags entscheiden können. Was die Auslegung der Reichweite der Schiedsklausel betrifft, so glaubt Hamburger keinerlei Auslegungsregeln aufstellen zu können. Natürlich leugnet auch Hamburger nicht, daß Mängel des Hauptvertrags zugleich die Schiedsklausel treffen können, und es ist nur schade, daß Hamburger seine umfassende Kenntnis der internationalen Literatur und Mspr. nicht dazu benutzt hat, die einzelnen Fälle, in denen Mängel des einen oder anderen Vertrags oder beider vorliegen, näher zu analysieren. Doch werden schon die kurzen Ausführungen auf S. 181 ff. besonderes Interesse erwecken.

Rudolf Kahn stellt das Sanktionsverfahren bei Nichterfüllung von Schiedsprüchen nach dem Rechte Englands, der Vereinigten Staaten und Deutschlands dar, Leo gibt Ratsschlüsse über die zweckmäßige Gestaltung von Schiedsgerichtsklauseln, die seine umfassenden Erfahrungen auf dem Gebiet des Schiedsgerichtswesens verateten. Besonders belehrend für den außenstehenden Juristen, der nicht die Chance hat, im internationalen Schiedsgerichtswesen selbst aktiv mitzuwirken, sind die „Praktischen Gesichtspunkte für Schiedsabreden bei internationalen Dauerverträgen“ von Ehlers, die zeigen, wie man bei einem internationalen Kartell verfuhr hat, der Schiedsgerichtsbarkeit internationale Wirkung zu verleihen (vgl. dazu Reinhardt: Z.NatPrR. 2, 460 ff.). Krause gibt eine Zusammenfassung seiner preisgekrönten Schrift über die Entwicklung des deutschen Schiedsgerichtswesens. Man kann als bestes Lob des Aufsatzes ausprechen, daß man bei seiner Lektüre Lust bekommt, die Preischrift selbst zu lesen.

Die übrigen Teile des Jahrbuchs enthalten wie die früheren Jahrgänge Gesetze, internationale Verträge, kommentierte Urteile, statistische Nachweise usw. Als auf ein besonderes Kuriosum möchte ich auf das persische Gesetz über die Zwangsschiedsgerichtsbarkeit aufmerksam machen. Am Schluß findet sich das Register für die drei ersten Bände des Jahrbuchs.

Prof. Dr. Robert Meuner, Prag.

## Ausland.

**Schweizer Aktienrecht.** Mit Anmerkungen und Verweisungen von Dr. C. Krebs, Chef des eidg. Amtes für das Handelsregister. Zürich. Polygraphischer Verlag N.-G. 4. Aufl. Preis geb. 4 Fr.

Das Buch enthält keine systematische Darstellung des schweizerischen Aktienr., sondern ist im wesentlichen eine Textausgabe der zum Aktienr. gehörenden oder es beeinflussenden Rechtsquellen. Als solche ist es für den praktischen Gebrauch, namentlich im Ausland, recht brauchbar. Abgedruckt werden auch entlegene Verwaltungsanordnungen; besonders wertvoll für die Praxis erscheinen uns die Angaben betr. die Obligationen- und Gesellschaftsteuer, die man in systematischen Darstellungen nur zu oft vergeblich sucht. Lehrreich sind die (drucktechnisch hervorgehobenen) Bestimmungen der letzten Novelle, die sich zum großen Teil gegen die Ausländerinvasion richteten. D. S.

## Notverordnung.

**Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931.** Erläutert von Dr. Julius Lehmann, Rechtsanwalt und Universitätsprofessor, Frankfurt a. M., und Dr. Ernst C. Girich, Land- und Amtsgerichtsrat Privatdozent, Frankfurt a. M. (Sammlung Deutscher Gesetze Band 144) Mannheim 1931. J. Benzheimer. 201 Seiten. Vorzugspreis bis zum 31. Oktober 1931 5 M.

Eine ausführliche Würdigung des erst nach Redaktionsschluß eingegangenen Buches folgt baldmöglichst. D. S.



# Rechtsprechung.

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

## A. Ordentliche Gerichte.

### Reichsgericht.

#### a) Zivilsachen.

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

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

#### I. Materielles Recht.

##### 1. Handelsrecht.

**\*\* 1.** §§ 8, 22, 27, 31 HGB.; §§ 2205 ff. BGB. Bei Fortführung eines Handelsgeschäftes durch die Erben des verstorbenen Einzelkaufmanns ist die Tatsache, daß Testamentsvollstrecker ernannt sind, im Handelsregister nicht einzutragen. Auch kann dadurch die Haftung der Geschäft und Firma fortsetzenden Erben für die Geschäftsschulden nicht in eine beschränkte im Sinne der Erbenhaftung umgewandelt werden. †)

Im Handelsregister des O. G., Abteilung für Einzel-Firmen, ist als Alleininhaber der Firma Gebrüder M. in S. der Kaufmann A. M. eingetragen. Derselbe ist am 5. Jan. 1929 gestorben und laut Erbscheins je zu einem Sechstel beerbt worden von seinen fünf Kindern und der Witwe Margot geb. J.; letztere ist bezüglich ihres Erbteils befreite Vorerbin, ihre Nacherben sind die Kinder. Der Fall der Nacherbsfolge soll mit der Wiederverheiratung oder dem Tod der Witwe eintreten. Es ist Testamentsvollstreckung angeordnet. Nach dem Vollstreckerzeugnis sind Testamentsvollstrecker (T.V.) der M. S., die Witwe Margot M. und der Kaufmann S., sämtliche in S. Denselben sind die weitgehendsten Befugnisse eingeräumt, die ihnen als T.V. nach dem Gesetz erteilt werden konnten, darunter die Befugnis, die Rechte der Nacherben wahrzunehmen und deren Pflichten zu erfüllen sowie Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen.

Unter dem 19. Juli 1929 haben nun die drei T.V. bei dem O. G. als Registergericht zur Eintragung im Handelsregister angemeldet, daß das Geschäft mit der Firma von Frau Margot M. und den fünf Kindern des Verstorbenen in Erben-Gemeinschaft fortgeführt würde und T.V. ernannt seien.

Zu 1. I. Der wichtigste Punkt der Entsch. scheint mir der zu sein, daß der § 27 HGB. nicht anwendbar ist, wenn das Handelsgeschäft eines verstorbenen Einzelkaufmanns nicht durch die Erben selbst oder einen von ihnen Bevollmächtigten, sondern durch den Testamentsvollstrecker (T.V.) fortgeführt wird (das gleiche gilt bei Fortführung durch den Nachlaßverwalter), und daß der T.V. nicht die Macht hat, Verbindlichkeiten für die Erben einzugehen, für die diese persönlich unbeschränkt haften. Insofern steht die Entsch. mit der allgemeinen Meinung in Übereinstimmung. Den oben angeführten Zitaten möchte ich noch meinen Aufsat: Der T.V. des Kaufmanns, *BBW.* 1926, 308 ff., hinzufügen. Dort lege ich unter Ziff. 6 dar, daß der T.V. durch seine Handlungen für die Erben stets nur vorzusagen den Nachlaß verpflichten, also nur eine beschränkte Haftung der Erben herbeiführen kann, niemals eine unbeschränkte Haftung.

II. Aus diesem Grunde habe ich Bedenken dagegen, den T.V. überhaupt als zuständig dafür anzusehen, beim RegGer. die Anmeldung der Erben als Inhaber des ererbten Handelsgeschäfts vorzunehmen. Ich habe zwar in Staub *HGB.* § 31 Anm. 1, § 22 Anm. 6 a und zum Teil auch in dem soeben erwähnten Aufsatze selbst diesen Standpunkt vertreten. Indes die Fortentwicklung des unter I. dargelegten Rechtsgebankens hat mich zu der Überzeugung gebracht, daß die Anmeldung der Änderung der Firmeninhaber gemäß § 31 Abs. 1 HGB. stets durch die Erben selbst geschehen muß, die ja auch laut § 29 die Firma zu den Registerakten zu zeichnen haben, nicht durch den T.V., der vielmehr nur seine Einwilli-

gun zu erklären und nach Befinden das Geschäft aus der Testamentsvollstreckung zu entlassen hat. Der T.V. ist ja eben nicht berechtigt, durch seine Handlungen eine unbeschränkte Haftung der Erben herbeizuführen. Durch die Anmeldung aber, wie sie dem Reg. vorlag, wurde eine unbeschränkte Haftung der Erben begründet. Dies konnte mindestens nicht ohne deren Mitwirkung geschehen. Auch in dem vom Reg. selbst angeführten Parallelsalle des OLG. Dresden (King: *FFB.* 5, 217) war die Anmeldung zum Handelsregister von der Erbin ausgegangen und hatte der T.V. die soeben bezeichnete Erklärung beigelegt.

III. Der Schlussfolgerung unter II kann nicht durch einen Hinweis auf § 27 HGB. entgegengetreten werden. Eine Anmeldung zum Handelsregister, die nicht zum Ausdruck bringt, daß zunächst nur eine einseitige Fortführung des Geschäfts mit Firma beabsichtigt sei, bedeutet einen Verzicht auf die Rechte aus § 27 Abs. 2 (Staub § 27 Anm. 16, § 139 Anm. 26). Und auch der § 27 Abs. 2 eröffnet ja nach Ablauf der dort gedachten drei Monate die unbeschränkte Haftung.

IV. Auf Grund dieser Erwägungen erscheint es mir nach reiflicher Überlegung — wiederum in Abänderung meiner früheren, unter II bezeichneten Auffassung — überhaupt zweifelhaft, ob ein Einzelkaufmann mit Wirkung nach außen eine Testamentsvollstreckung in dem Sinne anordnen kann, daß sein Handelsgeschäft nicht durch die Erben (obgleich diese als Inhaber des Geschäfts in das Handelsregister eingetragen werden) fortgeführt werden soll, vielmehr nur durch den T.V. Das Reg. hebt selbst hervor, daß eine solche Testamentsvollstreckung auf viele Jahrzehnte sich erstrecken

Das OLG. hat diese Anmeldung beanstandet mit der Begründung, daß die Eintragung eines Hinweises auf die Bestellung von T.V. im Gesetz nicht vorgesehen und deshalb unzulässig sei; für ebenso bedenklich hält es die namentliche Bezeichnung der T.V. in dem Registereintrag; es führt weiter aus, daß Inhaber des Geschäfts die Erben in Erben-Gemeinschaft zur gesamten Hand seien; da die Firma fortgeführt werde und der Übergang der Verbindlichkeiten nicht ausgeschlossen worden sei, seien die Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten persönlich haftbar; kein Erbe dürfe von der Vertretung ausgeschlossen werden, vorausgesetzt, daß er unbeschränkt geschäftsfähig sei; demnach seien die T.V., soweit es sich um den Geschäftsbetrieb handle, von der Vertretung überhaupt ausgeschlossen, ihre Eintragung im Register — so folgert das OLG. — würde im Verkehr nur verwirrend wirken.

Hiergegen ist von Seiten der T.V. Beschwerde eingelegt. Das OLG. hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und sich den Gründen des OLG. angeschlossen.

In der weiteren Beschwerde ist zunächst geltend gemacht, daß auch eine Erben-Gemeinschaft als solche ein Geschäft fortführen und als Inhaberin im Handelsregister eingetragen werden könne und müsse. Die T.V. seien aber die „allein vertretungsberechtigten Vertreter“ der Erben-Gemeinschaft und daher auch allein zeichnungsberechtigt hinsichtlich des Geschäfts; deshalb müsse auch ihre Eintragung erfolgen, da jede andere Eintragung der bestehenden Rechtslage widersprechen und das Handelsregister unrichtig machen würde. Die Anordnung der T.V. bedeute für deren Dauer den Ausschluß der Auseinandersetzung; solange Testamentsvollstreckung bestehe, seien auch nicht die Erben, sondern nur die T.V. hinsichtlich der ihrer Verwaltung unterworfenen Gegenstände verfügungsberechtigt.

Das HansOLG. möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, sieht sich aber daran durch den bei King: *RFZ.* 5, 217 abgedruckten Beschluß des OLG. Dresden v. 15. Nov. 1927 (6 Reg. 292/27) behindert und hat deshalb die Akten dem Reg. zur Entscheidung gemäß § 28 FGG. vorgelegt. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind gegeben. Das HansOLG. führt aus:

Entgegen *Rechtsh.* 1917, 14 f. wird die Eintragung der Testamentsvollstreckung für zulässig erachtet von Staub, *Komm. z. HGB.* 1926 zu § 22 Anm. 6 a. *Genjo Bondi*, *Der Testamentsvollstrecker des Kaufmanns*, *BBW.* 1929, 308 II, 317;

gung zu erklären und nach Befinden das Geschäft aus der Testamentsvollstreckung zu entlassen hat. Der T.V. ist ja eben nicht berechtigt, durch seine Handlungen eine unbeschränkte Haftung der Erben herbeizuführen. Durch die Anmeldung aber, wie sie dem Reg. vorlag, wurde eine unbeschränkte Haftung der Erben begründet. Dies konnte mindestens nicht ohne deren Mitwirkung geschehen. Auch in dem vom Reg. selbst angeführten Parallelsalle des OLG. Dresden (King: *FFB.* 5, 217) war die Anmeldung zum Handelsregister von der Erbin ausgegangen und hatte der T.V. die soeben bezeichnete Erklärung beigelegt.

III. Der Schlussfolgerung unter II kann nicht durch einen Hinweis auf § 27 HGB. entgegengetreten werden. Eine Anmeldung zum Handelsregister, die nicht zum Ausdruck bringt, daß zunächst nur eine einseitige Fortführung des Geschäfts mit Firma beabsichtigt sei, bedeutet einen Verzicht auf die Rechte aus § 27 Abs. 2 (Staub § 27 Anm. 16, § 139 Anm. 26). Und auch der § 27 Abs. 2 eröffnet ja nach Ablauf der dort gedachten drei Monate die unbeschränkte Haftung.

IV. Auf Grund dieser Erwägungen erscheint es mir nach reiflicher Überlegung — wiederum in Abänderung meiner früheren, unter II bezeichneten Auffassung — überhaupt zweifelhaft, ob ein Einzelkaufmann mit Wirkung nach außen eine Testamentsvollstreckung in dem Sinne anordnen kann, daß sein Handelsgeschäft nicht durch die Erben (obgleich diese als Inhaber des Geschäfts in das Handelsregister eingetragen werden) fortgeführt werden soll, vielmehr nur durch den T.V. Das Reg. hebt selbst hervor, daß eine solche Testamentsvollstreckung auf viele Jahrzehnte sich erstrecken

berf. DZJ. 1923, 563. Der Ansicht, daß diese Eintragung zulässig sei, ist beizupflichten.

Einsetzung einer Testamentsvollstreckung ist als eintragungsfähig und sogar von Amts wegen einzutragen ausdrücklich erwähnt in § 53 GBD., § 119 FGG. (Schiffsregister). Die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung ist daher nicht lediglich auf Register wie die GBD., deren Eintragungen originären Rechtserwerb kraft guten Glaubens begründen können, beschränkt. Insofern ist die Rechtslage für das Handelsregister von der Rechtslage hinsichtlich des Schiffsregisters nicht wesentlich verschieden; die ausdrückliche Bestimmung in § 118 FGG. begründet, daher nicht ein argumentum e contrario für das Handelsregister, schließt auch nicht eine (hier in der Rechtskonsequenz liegende) ausdehnende Auslegung i. S. der Eintragungsfähigkeit einer Testamentsvollstreckung, jedenfalls auf Anmeldung, im Handelsregister aus. Vgl. ferner § 32 HGB., wonach die Veröffentlichung des Konkurses über das Vermögen eines Kaufmannes, welches dadurch seiner Verwaltungsbefugnis entzogen wird, von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen ist.

Der Grundsatz, daß das Handelsregister nur den im Gesetz vorgesehenen Eintragungen eröffnet ist und nicht ein lückenloses Bild der Rechtsverhältnisse der Firma zu geben bestimmt ist (Staub a. a. D. Anhang zu § 8 Anm. 6), besteht allerdings zu Recht, läßt sich aber nicht gegen die hier fragliche Zulässigkeit der Anmeldung und der Eintragung ins Feld führen. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, welche kraft Gesetzes den Erben die Verwaltung des Nachlasses entzieht und nicht etwa einer von den Erben rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleichzustellen ist (vgl. v. Sprekelsen, Der Begriff des privatrechtlichen Amtes), ist i. S. des § 31 HGB. als eine „Änderung“ des Inhabers der Firma aufzufassen, etwa wie eine capitis deminutio i. S. des römischen Rechts. Die Einsetzung einer Testamentsvollstreckung ist deshalb als Änderung des — auch bei Ersteintragung in qualitate qua aufzunehmenden — Inhabers der Firma i. S. des § 31 HGB. anzumelden und einzutragen. Solche Eintragung entspricht auch dem praktischen Zwecke des Handelsregisters (vgl. auch Reim, Das sogenannte Publizitätsprinzip im Deutschen Handelsrecht S. 20; Prausnitz, Rechtsfinden und Wirklichkeit im Handelsregister, in GoldschmidtsZ. 96, 11 ff.).

Offenbar rechtsirrtümlich ist die Auffassung des AG., daß ein Erbe auch durch Einsetzung einer Testamentsvollstreckung von der Vertretung des Nachlasses nicht ausgeschlossen werden könnte, und daß die Fortführung der Firma durch den Testamentsvollstreckere persönliche Verpflichtung der Erben für die früheren Geschäftsschulden mit sich brächte (vgl. Bondi a. a. D.; Staub a. a. D. zu § 27 Anm. 23). Es ist in der Tat auch ein Rechtsgrund nicht ersichtlich, weshalb die Fortführung eines Geschäftes durch einen vom Erblasser eingesetzten, die Verwaltung des Nachlasses selbständig und ohne rechtliche Bindung durch den Willen des Erben führenden Testamentsvollstreckere dem Erben die ihm nach allgemeiner Norm zustehende Möglichkeit, seine Haftung für die auf dem Nachlasse ruhenden Schulden auf diesen zu beschränken, sollte entziehen können. Daher würde, entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanzen, nicht die Eintragung des Bestehens einer Testamentsvollstreckung (zumal wenn man entgegen RGW. 1906, 91 auf Grund § 29 HGB. die Zeichnung des Erben statt derjenigen des Testamentsvollstreckers im Handelsregister aufbewahrte), wohl aber die Unterlassung eines

könnte. Das geht über die Befugnisse hinaus, die ein Erblasser seinem TB. einräumen kann. Ich denke hierbei nicht an die unbeschränkte Haftung der Erben für die beim Tode des Erblassers vorhandenen Geschäftsschulden. Abgesehen davon, daß eine solche unbeschränkte Haftung für die beim Erbfall bestehenden Geschäftsschulden in der Regel von den Erben unbedenklich übernommen werden dürfte, ließe gerade diese Haftung sich gemäß § 27 Abs. 1 HGB. dadurch ausschließen, daß im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wird, daß die Erben nur in ihrer Eigenschaft als solche für die Geschäftsschulden haften, nicht aber darüber hinaus unbeschränkt. Eine derartige Erklärung hat aber keine Bedeutung hinsichtlich der neuentstehenden Geschäftsschulden. Vielmehr würden durch jede Handlung des TB. in der Fortführung des Handelsgeschäfts tagtäglich die Erben als Inhaber des Geschäftes persönlich haftbar gemacht. Zur Herbeiführung einer derartigen unbeschränkten Haftung der Erben aber ist der TB. kraft seines Amtes gerade nicht befugt. Ich meine aber, daß es eine logische Folgerung aus den trefflich begründeten Darlegungen des RG. ist, zu sagen, daß eine Testamentsvollstreckung der gedachten Art überhaupt nicht angeordnet werden kann. Man stelle sich auch einmal praktisch den Fall vor, daß ein TB. ein Handelsgeschäft für die Erben, die als Inhaber der Firma im Handelsregister eingetragen sind, jahrelang fortführt. Da einer der Erben sehr reich ist, räumt ein Lieferant der Firma einen hohen Kredit ein. Der TB. hat aber mit seinem Unternehmen Unglück, so daß die Firma in Konkurs kommt. Blösiglich erfährt der Kreditgeber, daß der reiche Mitinhaber, auf dessen Kreditwürdigkeit hin er den Kredit eingeräumt hat, gar nicht persönlich haftet, obgleich er als Firmeninhaber eingetragen war. Ich glaube, daß schon dieser Gedankengang beweist, daß die Fortführung eines Handelsgeschäfts

Hinweises auf die Einsetzung einer Testamentsvollstreckung im Rechtsverkehr verwirrend wirken können.

Zutreffend ist lediglich, daß die namentliche Bezeichnung der Testamentsvollstreckere, weil im Gesetz nicht vorgesehen und deshalb im Handelsregister nicht vermerkbar, bedenkl. sein würde (vgl. § 53 GBD., § 118 FGG.). Solche Eintragung ist aber gar nicht angemeldet worden.

Die Eintragung einer Anordnung der Testamentsvollstreckung entspricht auch der in der Praxis üblichen Bemerkung des Geburtsdatums der zur Zeit der Anmeldung etwa minderjährigen Geschäftsinhaber, als Hinweis auf das Bestehen einer Vormundschaft.

Deshalb, weil die Grundeintragung einer Fortführung der Firma durch die Erbengemeinschaft nicht eintragbar wäre, ist die Anmeldung von der Vorinstanz nicht beanstandet worden und auch nicht zu beanstanden (vgl. RGZ. 22, A 280; 35, A 152; LZ. 1930 Spalte 1269 Nr. 3).

Nicht entgegensteht obiger Auffassung des erkennenden Gerichts (RGZ. 35, A 152), wonach eine unter den Erben vereinbarte Vertretungsbefugnis bzw. vertraglicher Ausschluß solcher Vertretungsbefugnis handelsregisterlich ebenso wenig eintragungsfähig ist, wie gewillkürte Vollmachten im allgemeinen (vgl. auch SächsAnn. 22, 334).

Entsprechend der zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung der weiteren Beschwerde stattzugeben, ist das erkennende Gericht gehindert durch die Entsch. des OLG. Dresden: RGZ. 5, 217, in welcher die Eintragungsfähigkeit der hier fraglichen Anmeldung verneint wird. Das erkennende Gericht sieht sich daher veranlaßt, gemäß § 88 FGG. die weitere Beschwerde dem RG. zur Entscheidung vorzulegen.

Der Senat tritt der Auffassung des OLG. Dresden bei. Mit Recht geht dasselbe in seinem Beschluß davon aus, daß das Handelsregister nur für die im Gesetz vorgesehenen Eintragungen offen steht und nicht dazu bestimmt ist, ein lückenloses Bild der Verhältnisse einer eingetragenen Firma und ihres Inhabers zu geben. Dieser Grundsatz ist in Schrifttum und Rspr. durchaus anerkannt (s. z. B. auch RGZ. 29, A 213 ff.; Düringer-Hachenburg-Höniger, Anm. 2 zu § 8 HGB.; Staub-Bondy, Anm. 6 Anhang zu § 8 HGB. mit weiteren Nachweisen). Auf diesen Boden stellt sich übrigens auch das HansOLG.

Nun findet sich eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des Inhalts, daß im Fall einer Testamentsvollstreckereanordnung in bezug auf ein zum Nachlaß gehöriges Handelsgeschäft hierwegen Eintrag im Handelsregister erfolgen müsse oder könne, nirgends.

Wohl ist ein solcher Eintrag im Grundbuch durch § 53 GBD. und im Schiffsregister durch § 118 FGG. vorgesehen; für das Handelsregister fehlt eine entsprechende Vorschrift. Es mag sein, daß aus diesem Umstand weder allein noch im Zusammenhalt mit § 53 GBD. und § 118 FGG. ein durchschlagender Beweisgrund gegen die Zulässigkeit eines Vermerks über das Bestehen einer Testamentsvollstreckung ent-

durch den TB. ohne persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Erben ein Unding ist, das vom Rechte nicht gebilligt werden kann.

V. Nun läßt es sich nicht verkennen, daß in vielen Fällen ein Erblasser guten Grund haben mag, seinen Erben selbst nicht die Fortführung seines Handelsgeschäfts anzuvertrauen, vielmehr dafür einen Vertrauensmann einzusetzen. Dann hat er verschiedene Möglichkeiten:

a) Er kann z. B. bestimmen, wie ja auch das RG. darlegt, daß der TB. das Handelsgeschäft in eigenem Namen, jedoch für Rechnung der Erben, fortführen soll. In diesem Falle wird nur der TB. als Firmeninhaber eingetragen. Eine persönliche oder gar eine unbeschränkte Haftung der Erben kommt also gar nicht in Frage, dafür aber freilich eine persönliche und unbeschränkte Haftung des TB.

b) Oder er kann noch bei Lebzeiten sein Unternehmen in eine AktG. oder GmbH. umwandeln und den TB. als Vorstand bzw. Geschäftsführer bestellen. Dann erhalten seine Erben überhaupt nur seine Aktien bzw. Geschäftsanteile, werden also gar nicht Inhaber des Handelsgeschäfts im eigentlichen Sinne. Hinsichtlich dieser Aktien bzw. Geschäftsanteile kann der Erblasser den Erben in dem zulässigen Umfange die ihm geeignet erscheinenden Bindungen auferlegen.

c) Oder er kann letztwillig verfügen, daß der TB. sofort nach seinem Tode sein Unternehmen in der und der Weise in eine AktG. oder in eine GmbH. umwandeln soll (vgl. hierzu meinen unter 1 angeführten Aufsatz über den TB. des Kaufmanns unter Ziff. 7). Der Erblasser kann auch die Erben verpflichten, hierbei mitzuwirken, was mir zweckmäßig erscheinen würde.

d) Endlich kann auch die Form der Kommanditgesellschaft dem

nommen werden könnte. Indessen sprechen noch weitere Erwägungen gegen diese Möglichkeit. Zunächst einmal kann der Inhalt und Umfang des Testamentsvollstreckeramts im Einzelfall ein sehr mannigfaltiger sein; der Rahmen und der Spielraum, den das Gesetz hier nach den §§ 2203 ff. BGB. dem Willen des Erblassers läßt, ist ein außerordentlich weitgespannter; die verschiedensten Möglichkeiten sind denkbar; der Aufgabekreis des TV. und seine Rechte und Pflichten können enge, aber auch sehr umfassende sein. Die Anordnung einer selbständigen Verwaltung des TV., wie sie § 2209 Satz 1 und 2 BGB. vorsieht, kann sich nach § 2210 BGB. auf eine Reihe von Jahrzehnten erstrecken, sei es auf den Nachlaß im ganzen, sei es auf einzelne Stücke desselben. Die Befugnisse des TV. können sich aber auch in einer einzelnen Maßregel, z. B. der Durchführung der von dem Erblasser für seine Verdrigung getroffenen Maßnahmen erschöpfen. Nach § 2207 BGB. kann der Erblasser anordnen, daß der TV. in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll, ebenso aber auch diese Befugnis des TV. über § 2206 BGB. hinaus gemäß § 2208 daselbst beschränken oder sie überhaupt ausschließen. Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß es sich bei der Testamentsvollstreckung um eine Rechteinrichtung handelt, die je nach dem Willen des Erblassers den aller verschiedensten Inhalt haben kann, und zwar gerade auch dann, wenn sie mit einer Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des Nachlasses oder einzelner Stücke desselben ausgestattet ist. Alles kommt insoweit auf die vom Willen des Erblassers abhängige Regelung des Einzelfalles an. Insofern ist der Rechtscharakter der Testamentsvollstreckung ein durchaus atypischer, deshalb auf die Bedürfnisse des kaufmännischen und Handelsverkehrs nicht zugeschnitten und zur Eintragung im Handelsregister nicht geeignet. So gesehen legt das Schweigen des Gesetzes zur Frage der Zulässigkeit eines Handelsregistereintrags über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gerade im Zusammenhang mit dem zu Eingang hervor gehobenen Grundsatz, daß eingetragen werden kann nur, was im Gesetz vorgesehen ist, von vornherein schon den Schluß nahe, daß Einträge über Testamentsvollstreckungsanordnungen vom Handelsregister geflissentlich ferngehalten werden sollten.

Gewiß muß sich ein TV., der ein seiner Verwaltung unterworfenen Handelsgeschäft im eigenen Namen, wenn auch in fremdem Interesse führt, im Handelsregister eintragen lassen, aber nicht deshalb, weil er TV. ist, sondern deshalb, weil er nach außen als Inhaber des Geschäfts auftritt. Das hat aber mit der hier zu entscheidenden Frage nichts zu tun. Im übrigen sind Inhaber der Firma in aller Regel die Erben des eingetragenen Kaufmanns, dessen Rechte auf sie kraft Erbrechts im Wege der Gesamtrechtsnachfolge

Erblasser dienen, seinen Wunsch zu erfüllen. Etwa in der Weise, daß er einen oder einzelne seiner Erben zu persönlich haftenden Inhabern, andere zu Kommanditisten bestimmt und dabei festsetzt, daß die Rechte der letzteren dauernd durch den TV. wahrzunehmen sind.

VI. Folgt man diesen Ausführungen, dann erledigt sich überhaupt die Frage, ob im Handelsregister die Anordnung der Testamentsvollstreckung zu erwähnen ist.

VII. Ich möchte diese Ausführungen nicht schließen, ohne noch eine allgemeine Bemerkung über die Handelsregistereintragen hinzuzufügen. Der vom RG. unter Anführung der einschlagenden Zitate an die Spitze seiner Begründung gestellte Satz, daß das Handelsregister nur für die im Gesetz vorgesehenen Eintragungen offen steht, ist ja ohne Zweifel richtig. Aber er muß cum grano salis verstanden werden. Der darin enthaltene Grundsatz darf nicht, wie es auch bisweilen vorkommt, überpannt werden. Vielmehr sollte in geeigneten Fällen dem RegGer. das Recht eingeräumt werden, auch — gewissermaßen als Nebenbemerkung — andere Eintragungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um einer mißverständlichen Auffassung der Eintragung vorzubeugen oder, falls diese inhaltlich nicht mehr zutrifft, sie zu berichtigen. In dieser Hinsicht gedenke ich der Frage, ob Veränderungen der im Handelsregister vermerkten Personalkarten (Namen, Stand, Wohnort) dort eingetragener Personen ebenfalls in das Handelsregister einzutragen sind. Meine Ansicht hierüber habe ich ZW. 1928, 201 dargelegt und dort — unter anderem unter Hinweis auf den vom BayObLG.: DNotV. 1922, 72 — ausführlicher BayObLG. 20 (1920), 63 — behandelten Fall der Verheiratung einer Prokuristin — folgende berichtigende Eintragungen empfohlen. Zustimmung: Düringer-Hachenburg-Spoeniger § 8 Anm. 2 unter b. Ähnlich auch Brodmann,

übergangen sind. Auf diesem Boden steht offenbar auch das HansObLG. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit dem Recht und der Pflicht der Verwaltung eines zum Nachlaß gehörigen, unter einer Einzelirma betriebenen Geschäfts begründet als solche für den TV. auch noch kein Verhältnis, das einem Mietbrauch oder Pachtvertrag hinsichtlich des Handelsgeschäfts ähnlich wäre (§ 22 Abs. 2 BGB.). Wenn sodann das HansObLG. die Zulässigkeit der von ihm vertretenen Rechtsauffassung aus § 31 BGB. herleiten will, sofern die Einsetzung einer Testamentsvollstreckung als Änderung des — auch bei Ersteintragung „in qualitate qua“ aufzunehmenden — Inhabers der Firma anzusehen sei, so kann dem nicht gefolgt werden. Gewiß ist richtig, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung mit Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des Nachlasses nicht einer von den Erben einem Miterben oder einem Dritten erteilten Vollmacht gleichzustellen ist. Die TV. haben ihre Befugnisse unabhängig vom Willen der Erben kraft der letztwilligen Verfügung des Erblassers; sie führen die Verwaltung des Nachlasses weder als gesetzliche noch als gewillkürte Vertreter der Erben, sondern kraft eigenen Rechts, das auf der von dem Erblasser getroffenen Verfügung von Todes wegen beruht, wenn sie auch ihre Befugnisse in Wahrnehmung fremder Interessen ausüben. Sie sind Inhaber eines Amtes zu eigenem Recht. Daraus ergibt sich aber noch keineswegs die Zulässigkeit der Eintragung der Testamentsvollstreckungsanordnung selbst im Handelsregister, wenn sich die Verwaltungsbefugnisse auf ein zum Nachlaß gehöriges Handelsgeschäft erstrecken. Gewiß könnten alsdann an und für sich insoweit die Rechte der Erben je nach der Ausgestaltung dieser Verwaltungsbefugnis im Hinblick auf §§ 2205, 2206, 2211, 2212 ff. BGB. weithin zurückgedrängt, ja so gut wie ausgeschaltet sein. Allein auch hier gilt wieder, daß die Rechtsstellung der verwaltungsberechtigten TV. von dem Erblasser in der aller verschiedensten Weise geregelt sein kann, die Testamentsvollstreckungsanordnung sich eben deshalb von vornherein schon nicht zu ihrer Eintragung im Handelsregister eignet. Mit der Begründung des ObLG. Hamburg ließe sich auch die Eintragung einer Nachlaßpflegschaft, Nachlaßverwaltung, Vormundschaft, Entmündigung rechtfertigen, und zwar um so mehr, als es sich insoweit wenigstens um Tatbestände typischen Charakters handeln würde. Sollten aber auch Eintragungen dieses Inhalts zulässig sein, so wäre zumal angehts der für den Konkursfall getroffenen Sondervorschrift des § 32 BGB. (vgl. hierzu jetzt auch § 37 VerglD. v. 5. Juli 1927) und des allgemeinen Grundgesetzes über den Kreis der eintragungsfähigen Tatbestände sicherlich im Gesetz eine entsprechende Bestimmung getroffen worden.

Das ObLG. Hamburg bezeichnet sodann die Auffassung

Aktienrecht § 234 Anm. 2 unter e und Hachenburg, OmbG. § 39 Anm. 1. Auch bestimme ich mich, daß, als vor langen Jahren (vor dem Kriege) das Vorstandsmitglied einer Großbank in den Adelsstand erhoben und dabei sein Name geändert wurde, dies im Register der Hauptniederlassung der betreffenden Bank und in allen Registern von deren Zweigniederlassungen eingetragen und bekanntgemacht wurde. Ebenso halte ich es für richtig, wenn zahlreiche RegGer. bei Eintragung minderjähriger Firmeninhaber den Tag und das Jahr der Geburt mit eintragen, damit jeder sich er rechnen kann, ob der Eingetragene minderjährig oder volljährig ist (Staub, Anh. zu § 8 Anm. 6). Und doch gibt es in allen diesen Fällen keine eine derartige Eintragung vorschreibende Gesetzesbestimmung. Brand-Meyer zum Gottesberge, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis, halten in § 57 sogar, sofern die Beteiligten dies wünschen, unter Bezugnahme auf AllgZf. v. 12. Juni 1900 und v. 15. Mai 1923 eine Eintragung und Bekanntmachung des Geschäftsziels und der Lage der Geschäftsräume für zulässig. Auch das BayObLG., Beschl. v. 18. Juni 1930: ZW. 1931, 1715, läßt für § 36 BGB. neben den dort vorgeschriebenen Eintragungen weitere Eintragungen nach freiem gerichtlichen Ermessen zu und sagt, diese seien nicht unzulässig.

In allen Fällen der hier gedachten Art kann zwar der Registerrichter Anmeldungen nicht verlangen und noch weniger sie durch Ordnungstrafen erzwingen (Brand: ZW. 1928, 102). Allein wenn solche Tatsachen freiwillig angemeldet werden, so gehört es meines Dafürhaltens zum nobile officium des Registerrichters, sie einzutragen. Jede Anmeldung, die der Wahrheit dient, und nicht den Zwecken des Handelsregisters zuwiderläuft, sollte nach freiem Ermessen des Registerrichters zugelassen werden.

Geh. ZR. Dr. Felix Bondt, Dresden.

des AB., daß die Fortführung der Firma durch die EB. eine persönliche Verpflichtung der Erben für die früheren Geschäftsschulden mit sich bringe, als offenbar rechtsirrtümlich. Das OBG. führt weiter aus, es sei in der Tat nicht einzusehen, weshalb die Fortführung eines Geschäfts durch einen vom Erblasser eingesetzten, die Verwaltung des Nachlasses selbständig und ohne rechtliche Bindung durch den Willen der Erben führenden EB. dem Erben die ihm nach allgemeiner Norm zustehende Möglichkeit, seine Haftung für die auf dem Nachlaß ruhenden Schulden auf diesen zu beschränken, nehmen könnte. Dabei ist aber nicht beachtet, daß hier der beantragte Eintrag dahin geht, daß das Geschäft mit der Firma von den Erben in Erbengemeinschaft fortgeführt werde. Würden sie in der Tat das Geschäft fortführen, so wäre nicht abzusehen, weshalb die Folgen, welche § 27 HGB. an eine solche Fortführung über die dort festgesetzte Dreimonatsfrist hinaus knüpft, nicht eintreten sollten. So wie die Anmeldung lautet, würde das Geschäft ja gerade nicht von den EB., sondern von den Erben fortgeführt. Soll der Vermerk über das Vorhandensein von EB. auf das Gegenteil, d. h. darauf hinweisen, daß sie (EB.) und nicht die Erben das Geschäft fortführen, so wäre die Anmeldung an sich widerspruchsvoll und auch deshalb zu beanstanden.

Richtig ist nur, daß eine Fortführung des Geschäfts durch die EB. kraft ihres Vollstreckeramtes auch hinsichtlich der Frage der Schuldenhaftung nicht einer Fortführung durch die Erben gleichgestellt werden kann. Gewiß ist es für die Anwendbarkeit des § 27 HGB. gleichgültig, ob die Erben das Geschäft persönlich betreiben oder ob dies in ihrem Namen durch ihren Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreter geschieht. Dem kann aber, wie auch das OBG. Hamburg annimmt, die Fortführung durch einen von ihrem Willen unabhängigen EB., der seine Machtbefugnisse von dem Erblasser erhielt, ebensowenig gleichgestellt werden, wie die Geschäftsfortführung z. B. durch einen Nachlassverwalter (s. a. Düringer-Hachenburg-Höniger, Anmerkung 2 zu § 27 HGB.; Staub-Bondi, Anm. 33 zu § 27 daf.; Kiesenfeld, Erbenhaftung Bd. I S. 20; Staudinger-Herzfelder, Anm. 5 zu § 2205 BGB.). Die EB. können ferner, soweit ihnen diese Befugnis von dem Erblasser eingeräumt ist, Verbindlichkeiten immer nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen, nicht aber darüber hinaus die Erben schlechthin persönlich verpflichten.

Faßt man diese Rechtsgestaltung ins Auge, so würde die Fortführung des Handelsgeschäfts durch die EB., die zeitlich je nach dem Willen des Erblassers sich unter Umständen im Hinblick auf §§ 2209, 2210 BGB. auf viele Jahrzehnte erstrecken könnte, auf Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung hinauslaufen. Ein solcher Rechtszustand wäre aber mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs, wie auch mit den gesetzlichen Bestimmungen, insbes. der §§ 22, 27 HGB. völlig unvereinbar. Bei dem Widerstreit der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 2197 ff. BGB. mit den handelsrechtlichen Bestimmungen über Firmenführung und Haftung für die Geschäftsschulden müssen aber in aller Regel, wie es auch Art. 2 EGHGB. vorsieht, die Vorschriften des BGB. zurücktreten. Dem Erblasser ist nicht die Macht gegeben — auch nicht auf dem Umweg über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit selbständiger Verwaltung —, das bisher von ihm betriebene Handelsgeschäft in der Person seines oder seiner Erben zu einem Unternehmen mit beschränkter Haftung zu gestalten. Soll dies der Fall sein, so müssen die hierfür vom Gesetz einzig und allein zur Verfügung gestellten Rechtsformen (z. B. KommGes., GmbH.) benützt werden.

(Beschl. v. 26. März 1931; II B 5/31. — Hamburg.)

[Ru.]

<= RG. 132, 138.>

## 2. §§ 15, 25 HGB.

1. Kein Haftungsausschluß für die Verbindlichkeiten einer mit Firma übernommenen und fortgeführten Zweigniederlassung, wenn es im Handelsregister und der Hauptniederlassung vermerkt ist; auch dann, wenn die Zweignieder-

lassung nicht im Handelsregister eingetragen war.

2. Persönliche Mitteilung an den Gläubiger ist unwirksam, wenn sie zwar für die zu gründende GmbH. als Übernehmerin gemacht, diese aber noch nicht gegründet war; der Schuldnerin ist auch der Einwand der Arglist verschlossen.

Das BG. geht von dem in § 25 HGB. aufgestellten Rechtsatz aus, wonach im Fall des Erwerbs eines Handelsgeschäfts durch Rechtsgehalt unter Lebenden und Fortführung der bisherigen Firma, sei es mit, sei es ohne einen das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatz, der Erwerber für alle im seitherigen Betrieb begründeten Schulden haftet, es sei denn, daß der Ausschluß der Haftung im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder seitens des Veräußerers oder des Erwerbers dem Dritten mitgeteilt ist. Das BG. legt weiter dar, daß die DSG. L. & Co. für die Klageansprüche in vollem Umfang haftet und stellt fest, daß die Bekl. deren Stuttgarter Zweigniederlassung übernommen, auch unter der bisherigen Firma fortgeführt habe. Der Vorberrichter mißt dabei dem Umstand, daß diese Fortführung mit dem Zusatz „GmbH.“ geschehen ist, hierher keine Bedeutung bei (s. a. RG. 113, 306<sup>1</sup>); 131, 27<sup>2</sup>). Diese Ausführungen sind rechtlich bedenkensfrei.

Das BG. verneint sodann unter Bezugnahme auf das Ur. des 3. ZivSen. ZB. 1907, 679<sup>23</sup>, daß der Eintrag des Haftungsausschlusses im Handelsregister der Hauptniederlassung und die dortige Bekanntmachung ohne weiteres auch für die Stuttgarter Zweigniederlassung den Ausschluß der Haftung für die in deren Betrieb begründeten seitherigen Schulden nach sich gezogen habe; insoweit sei auch unerheblich, daß die Stuttgarter Zweigniederlassung zunächst nicht als eine solche der Bekl. im dortigen Handelsregister eingetragen worden sei; die Bekl. sei rechtlich nicht behindert gewesen, auch bei dem Registergericht Stuttgart den Geschäftsübergang auf sie und den Ausschluß der Haftung für die bisherigen Geschäftsschulden alsbald zur Eintragung und Bekanntmachung anzumelden; es müsse als ein durchaus unbefriedigendes Ergebnis angesehen werden, wenn die Bekl. gerade durch die gesetzwidrige Nichteintragung ihrer Stuttgarter Zweigniederlassung sich der Haftung aus § 25 HGB. entziehen könnte; der schließlich am 17. Juli 1929 erfolgte dortige Eintrag sei verspätet gewesen und habe eine schon eingetretene Schuldenhaftung der Bekl. nicht mehr ungeschehen machen können; Bekl. hätte vielmehr unmittelbar im Anschluß an Erwerb und Fortführung des Geschäfts mit Firma die Eintragung und Bekanntmachung auch bei dem Registergericht der Zweigniederlassung bewirken müssen.

Die Rev. rügt demgegenüber Verletzung der §§ 15, 25 HGB. zunächst in der Richtung, daß das BG. hier überhaupt § 15 Abs. 3 HGB. zur Anwendung gebracht habe; sie macht unter Berufung auf Pisko bei Ehrenberg, Hdb. d. ges. Hf. II S. 259 geltend, daß der im Handelsregister der Hauptniederlassung erfolgte Eintrag des Haftungsausschlusses und dessen Bekanntmachung dort von selbst auch für die Verbindlichkeiten der Zweigniederlassung wirke. Insoweit ist aber durchaus an dem in ZB. 1907, 679<sup>23</sup> entwickelten und begründeten gegenteiligen Standpunkt festzuhalten, dem auch das Schrifttum überwiegend beigetreten ist (s. z. B. Staub-Bondi, Anm. 13 zu § 15 HGB. und Anm. 19 zu § 25 HGB.; Düringer-Hachenburg-Höniger, 3. Aufl., Anm. 26 zu § 25 HGB.; Makower, Anm. III, 3d [S. 127] zu § 25 HGB.).

Zu Unrecht hält sodann die Rev. eine andere Beurteilung deshalb für geboten, weil die Stuttgarter Zweigniederlassung als eine solche der Bekl. bis 13. Juli 1929 gar nicht im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Dabei wird verkannt, daß das Entscheidende hier die Fortführung der Stuttgarter Zweigniederlassung unter der bisherigen Firma durch die Bekl. ist.

So wenig es für die Anwendung des § 25 HGB. darauf ankommt, ob die tatsächlich fortgeführte Firma im Handelsregister überhaupt eingetragen war, ob sie zu Recht oder Unrecht bestand oder fortgeführt worden ist, vielmehr Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma, sei es mit

<sup>1</sup>) ZB. 1926, 1958.

<sup>23</sup>) ZB. 1931, 792.

oder ohne Nachfolgerzufuß genügt, so wenig kommt es hierher bezüglich der Zweigniederlassung auf die Eintragung bzw. Nichteintragung derselben an; die Haftung für deren bisherige Schulden ist vielmehr an und für sich mit deren Erwerb und Fortführung unter der bisherigen Firma verknüpft, soweit nicht die §§ 25 Abs. 2, 15 Abs. 3 HGB. etwas anderes ergeben. Der Vorderrichter hat aber rein tatsächlich Erwerb und Fortführung von Geschäft und Firma der Stuttgarter Zweigniederlassung der D.H.G. L. & Co. durch die Befl. einwandfrei festgestellt. Daß die Eintragung im Stuttgarter Handelsregister und Bekanntmachung dort, da sie erst Mitte Juli 1929 erfolgten, angesichts der Tatsache, daß Geschäftsübergang und Firmenfortführung schon in den Februar 1929 fielen, verspätet waren, kann füglich nicht bezweifelt werden. Gleiches gilt, wie der Vorderrichter zutreffend annimmt, übrigens auch von der am den 12. April 1929 erfolgten Mitteilung der Befl. als Erwerblerin an die Kl. von dem Haftungsausschluß. Beides wird auch von der Rev. nicht bemängelt. Dagegen erhebt sie weitere sachlich-rechtliche Rügen aus § 25 Abs. 2 HGB., soweit der Vorderrichter eine der Vorschrift des § 25 Abs. 2 HGB. entsprechende Mitteilung von dem Ausschluß der Haftung an die Kl. vermisst. Das BG. hat nun hier wiederum rein tatsächlich festgestellt, daß die Unterredung M.s mit dem Prokuristen N. der Kl., auf die sich die Befl. zunächst beruft, am 13. Febr. 1929 stattgefunden habe. Im Anschluß daran führt das BG. unter Hinweis auf § 11 GmbHG. weiter aus, daß damals die Befl. noch gar nicht existiert habe, geschweige denn, daß zwischen ihr und der D.H.G. L. & Co. schon ein „rechtswirksamer Kaufvertrag“ zustande gekommen gewesen sei. M. sei damals noch Prokurist der D.H.G. gewesen, seine Mitteilung könne nur eine solche der bisherigen Geschäftsinhaber gewesen sein, sei nur eine unverbindliche und so auch nur von dem Zeugen N. aufgefäßt worden.

Nun könnte es allerdings nicht entscheidend darauf ankommen, ob die bef. GmbH. schon durch Eintragung im Handelsregister zur Entscheidung gelangt war (s. a. das Urteil des erf. Sen. RG. 131, 27 ff.). Allein am 13. Febr. 1929 war noch nicht einmal der notarielle Gesellschaftsvertrag errichtet. Insofern unterscheidet sich der jetzt vorliegende Fall gerade im entscheidenden Punkt von dem Sachverhalt, wie er dem Urteil RG. 131, 27 ff. zugrunde liegt. Schon dort aber ist ausgeführt, daß der Zweck der Mitteilung i. S. des § 25 Abs. 2 HGB. es erheische, daß sie sich auf eine feststehende Tatsache, nicht auf eine erst in Aussicht genommene Maßnahme beziehen müsse und daß deshalb die Mitteilung bloßer Pläne und Absichten nicht genüge, um den Haftungsausschluß i. S. des § 25 Abs. 2 HGB. herbeizuführen. Von diesem auch hier unbedenklich festzuhaltenden Standpunkt aus unterliegt aber die Beurteilung, welche das BG. den Verhandlungen M.s und N.s v. 13. Febr. 1929 angedeihen läßt, keinen Bedenken.

Die Rev. meint sodann, die Kl. hatte mindestens nach Treu und Glauben die Mitteilung M.s zum Anlaß nehmen müssen, sich ohne Aufschub durch Anfrage bei der Befl. über die Haftungsfrage Klarheit zu verschaffen; sie hätte daraufhin von ihr, und zwar verbindlich und endgültig eine dem § 25 Abs. 2 HGB. entsprechende Erklärung erhalten und ihre Ansprüche gegen die D.H.G. sofort geltend machen können; dadurch, daß sie ungeachtet der Mitteilungen M.s sich untätig verhalten, der Befl. zur Nachholung der versichtlich unterbliebenen Erklärung keine Gelegenheit gegeben, den Zeitablauf also gesessentlich ausgenützt habe, könne sie einen bei loyalen Verhalten nicht zugekommenen Vorteil nicht erlangen. Allein auch damit kann die Rev. keinen Erfolg haben. Aus RG. 131, 27 ff. kann sie auch insoweit nichts für sich herleiten. Die Haftung des Erwerbers dem Geschäftsgläubiger gegenüber tritt kraft Gesetzes als unmittlere gesetzliche Folge der Geschäftsführung unter der bisherigen Firma ein; sie entfällt nur, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB. gewahrt sind, und etwa dann, wenn der Gläubiger in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise entweder die Eintragung des Haftungsausschlusses im Register und die Bekanntmachung oder aber die Mitteilung an ihn selbst hintertrieben hat. Weder das eine noch das andere kann Befl. aber hier behaupten. Dabon, daß die Kl. etwa rechtlich oder nach den Geboten von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ver-

pflichtet gewesen wäre, die Befl. auf das Erfordernis einer besonderen Mitteilung oder der Eintragung im Handelsregister und der Zweigniederlassung hinzuweisen, kann keine Rede sein. Daran würde auch ihre angebliche Kenntnis vom Eintrag des Haftungsausschlusses im Handelsregister der Hauptniederlassung nichts ändern. Soweit die Tatsache der Eintragung im Handelsregister und deren Bekanntmachung nicht durchschlägt, wird die Schuldenhaftung dem Gläubiger gegenüber aber nur durch Mitteilung von seiten des Erwerbers oder Verkäufers ausgeschlossen; sonstige Kenntniserlangung reicht nach dem klaren Wortlaut des § 25 Abs. 2 HGB. nicht aus.

(U. v. 19. Juni 1931; 533/30 II. — Stuttgart.) [Ru.]

3. §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 2 HGB.; § 20 Abs. 1 FGG.; §§ 3, 13 UnlWG. Das Recht zur Beschwerde gegen einen Beschluß des Registerrichters, durch den die Änderung der Firma eines Dritten abgelehnt worden ist, steht nur demjenigen zu, dessen Firmenrecht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Ansprüche, die auf Grund unlauteren Wettbewerbes erhoben werden könnten, geben ohne die obige Voraussetzung das Beschwerderecht nicht. †

1. Im Handelsregister des AG. ist seit 17. Jan. 1919 die Firma „D.-Werke Adolph D. GmbH.“ mit 50 000 RM Stammkapital für ein Unternehmen zur Herstellung von Maschinen und Eisenwaren und zum Handel mit solchen eingetragen. Die BeschwF., Firma „Bereinigte Baubeschlagfabriken G. & Co., GmbH.“ in St.-F., die nach ihrem Vortrag mit der vorbezeichneten Firma in schärfstem Wettbewerb steht, hat am 6. Okt. 1930 bei dem AG. wegen des Wortes „D.-Werke“ angeregt, die Firma gemäß § 142 FGG. zu löschen, notfalls gemäß § 37 Abs. 1 HGB. i. Verb. m. §§ 140, 132—139 FGG. gegen sie einzuschreiten. Bei diesem Einschreiten könnte es sich immer nur um ein Vorgehen gegen den Gebrauch der Firma im ganzen handeln, nicht um eine Unterdrückung des bestandenen Firmenbestandteils allein (RG.: DOLMfpr. 6, 340; RG.: JW. 1925, 24891; Staub-Bondbi, § 37 A. 4a; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 37 A. 5). Die BeschwF. macht geltend, die Bezeichnung „D.-Werke“ verstoße gegen den Grundfatz der Firmenwahrheit und sei nach § 4 GmbHG. i. Verb. m. § 18 Abs. 2 HGB. unzulässig. Nur große Industriebetriebe dürften nach ständiger Rspr. die Bezeichnung „Werk“ oder gar „Werke“ führen. Die Gegnerin aber, eine Familiengesellschaft, besitze nur ein Grundstück und beschäftige nur etwa 80 Arbeiter, sie sei daher ein kleineres, nicht einmal zur Führung der Bezeichnung „Werk“ in der Anzahl berechtigtes Unternehmen. Durch den unbefugten Firmengebrauch sei sie, die BeschwF., in ihren Rechten, nämlich in dem Rechtsgut ihres selbständigen, eingerichteten Gewerbebetriebs, verletzt.

2. Das AG. B. hat mit Beschl. v. 28. Okt. 1930 ein Einschreiten abgelehnt, nachdem durch die Handelskammer

Zu 3. Der Entsch. ist beizutreten, wenngleich die Annahme, ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes sei ein Rechtsgut, vielfach bekämpft wird (vgl. Salinger: Grundr. 62, 289 und Reventhal, ebenda 63, 715). Es fragt sich dann, ob die Firma „Dowalwerke Adolph Dowald Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ den Vorschriften entspricht, die das GmbHG. und das HGB. über die Berechtigung zu ihrer Führung und die Art ihrer Bildung aufgestellt hat, also dem § 4 GmbHG. i. Verb. m. § 18 Abs. 2 HGB., da die GmbH. als Handelsgesellschaft gilt und daher für die Firma dieser Gesellschaft die allgemeinen Grundfätze über die Firmen und insbes. über die Form und den Inhalt der Zusätze gelten. Zutreffend ist die Ansicht der BeschwF., daß der Zusatz „Werk“ oder „Werke“ nur von einem großindustriellen Unternehmen geführt werden darf (vgl. RG.: DZB. 1911, 1504; RGZ. 41, A 109; RG.: DOLMfpr. 34, 152; RG.: DNotW. 1928, 188; RG.: FZG. 3, 176; DNotW. 1925, 11 ff.). Bestere Entsch. ist bezüglich des Zusatzes: „Werk“ bedenklich. Siehe Näheres Brand: Recht und Handel 1926, 331; Bondbi, ebenda 1926, 613; Th. Cohn: JW. 1928, 2638; Schneider: Volkswirtschaftliche Wätter 1929, 119. Vgl. auch die Bek. des JustMin. v. 10. April 1922 über täuschende Zusätze, wie „Fabrik“, „Fabrik“ (JWBl. 1922, 151). Ob vorliegend kein großindustrielles Unternehmen vorliegt, das den Zusatz „Werk“ oder „Werke“ in der Firma nicht führen darf, läßt sich aus den Angaben der BeschwF.

zu B. festgestellt worden war, daß die GmbH. aus der D.G. „D.-Werke Adolph D.“ hervorgegangen ist, welche am 9. Juni 1917 zunächst unter der Firma „D.-Werk Adolph D.“ handelsgerichtlich eingetragen wurde, aber nach Eröffnung einer zweiten Betriebsstätte, die erst in der Inflationszeit wieder aufgelöst wurde, am 11. Juni 1918 die veränderte Firma „D.-Werke Adolph D.“ angenommen und zur Eintragung gebracht hat. Die hiergegen erhobene Beschwerde hat das O.G. unter Bejahung des Beschwerderechts als unbegründet zurückgewiesen, weil ein Einschreiten im öffentlichen Interesse, wie sowohl für das Verfahren nach § 140, als auch für dasjenige nach § 142 FGG. erforderlich, nicht geboten sei. Auf die weitere Beschwerde mit dem Antrag, nach den beim O.G. gestellten Anträgen zu erkennen, will das HansO.G. zu H. sich dahin aussprechen, daß die nach § 29 FGG. formgerecht eingelegte Beschwerde unzulässig sei, weil kein Recht der Beschwerf. i. S. des § 20 Abs. 1 FGG. verletzt sei. Es sieht sich jedoch am Auspruch dieser Unzulässigkeit, wofür es sich auch auf die Entsch. des RG. v. 26. Nov. 1908: RGZ. 37, A 199 = RZA. 10, 20 beruft, durch die Erkenntnisse des BayObLG. v. 19. Sept. 1921: BayRpflZ. 1922, 74 = LZ. 1922, 31 und v. 17. Juni 1922: Ringz. FFG., Bd. 1 (1924) S. 188 gehindert, wofür selbst ein Beschwerderecht des Wettbewerbers anerkannt ist. Daher hat das O.G. Hamburg die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt. Der Fall des § 28 Abs. 2 FGG. ist nach dieser Gesetzesstelle i. Verb. m. § 199 Abs. 1 und 2 FGG. gegeben.

3. Dem O.G. und RG. ist beizupflichten. Nach § 20 Abs. 1 FGG. steht die Beschwerde jedem zu, „dessen Recht durch die Verfügung“ (des Gerichts erster und höherer Instanz) „beeinträchtigt ist“. Diese Vorschrift hat ihre gleichmäßige Bedeutung für alle Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jede erweiternde Auslegung auf dem einen Gebiet hat unübersichtbare Auswirkungen auf die übrigen Gebiete. Wie die Entstehungsgeschichte zeigt (vgl. die Darstellung bei Schlegelberger, Komm. z. FGG., 3. Aufl. 1927, zu § 20, Bd. I S. 291), war wegen der Ausdehnung des Beschwerderechts schon die Fassung des Gesetzes umstritten. Angenommen wurde schließlich die Fassung des Entwurfs § 19, zu der die Denkschrift, Mat. S. 39, erklärt: „Hiernach genügt es zur Anfechtung nicht, daß die Verfügung auf die rechtlichen Beziehungen des Beschwerf. von Einfluß ist und daß er insofern ein Interesse an ihrer Änderung hat, vielmehr ist stets erforderlich, daß eine Beeinträchtigung seines Rechtes vorliegt. Diese Regelung steht mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklange. Darüber hinauszugehen ist weder durch ein praktisches Bedürfnis noch durch Rücksichten der Billigkeit geboten.“

Die „Verfügung“ des Gerichts muß die Beeinträchtigung des Rechtes enthalten. Kann dies auch dadurch ge-

sehen, daß eine Verfügung, die eine Beeinträchtigung von Rechts wegen zu beseitigen hatte, nicht erlassen wird, so muß in diesem Falle doch zweierlei vorliegen: eine Beeinträchtigung des Rechtes und eine Verpflichtung des Gerichtes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sie zu beseitigen. Diese Verpflichtung des Registergerichts hat das O.G. bei beiden vorgeschlagenen Wegen des Einschreitens verneint, gleichermaßen hinsichtlich des als Kamrvorschrift gefaßten (vgl. hierzu RG. 122, 312 [314]<sup>1)</sup>) und die späteren Urte. dieses Sen. v. 1. Febr. 1929, II 419/28<sup>2)</sup>) und v. 30. Sept. 1930, II 11/30) Lösungsverfahrens nach § 142 FGG. — hier i. Verb. m. § 144 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 FGG. und §§ 75, 3 Ziff. 1 GmbHG. —, wie der als Kamrvorschrift gekennzeichneten Gebrauchsunterfügung nach § 37 Abs. 1 GmbHG., § 140 FGG., die auch bei der GmbH. Anwendung findet (F.W. 1910, 121<sup>3)</sup>). Die Ansicht des O.G. kann hier jedoch unerörtert bleiben, da die Meinungsverschiedenheit der Obergerichte nach der anderen Richtung hin besteht, ob ein Recht der Beschwerf. beeinträchtigt sein kann. Dies ist aber zu verneinen.

Das Recht, auf dem die Beschwerf. fußt, ist ihr selbständiger eingerichteter Gewerbebetrieb. Eine Beeinträchtigung ihres Namens (RG. 109, 213<sup>4)</sup>; 115, 401 [406]<sup>4)</sup>; F.W. 1927, 1586) und Firmenrechts kommt nicht in Frage, da die Gegnerin, abgesehen von dem nach § 4 Abs. 2 GmbHG. gleichmäßig vorgeschriebenen Zusatz, keinen Firmenbestandteil der Beschwerf. gebraucht und bei dem sonst völlig verschiedenen Wortlaut der beiderseitigen Firmen jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist (weßhalb auch § 16 UnlW.G. ausscheidet). Jener eingerichtete Gewerbebetrieb, den die Rsp. als ein Recht anerkennt, müßte aber als solcher Gegenstand der Beeinträchtigung sein, wenn der Beschwerf., die allerdings wie jeder andere zu dem Amtsverfahren nach §§ 142, 144 oder 140 FGG. Anregung geben konnte, auch ein Beschwerderecht nach § 20 FGG. eingeräumt werden soll. Eine Verhinderung oder Störung ihres eigenen Gewerbebetriebs kann aber auch von der Beschwerf. selbst nicht behauptet werden. Eine solche hat auch das BayObLG. in den von ihm entschiedenen ähnlichen Fällen nicht angenommen, vielmehr in der älteren Entsch. v. 19. Sept. 1921, zu welcher die spätere nichts Neues bringt, unter Anführung von RG.: F.W. 1913, 435<sup>12)</sup>; 1915, 915<sup>3)</sup> und Recht 1918 Nr. 236 selbst ausdrücklich abgelehnt.

Aber es ist der Meinung, nach §§ 3, 13 UnlW.G. bestehe ein Unterlassungsanspruch des Wettbewerbers gegenüber dem Mißbrauch des — gesetzlichen — Firmenrechts, und wenn die Verfügung des Registerrichters dieses Recht verleihe, müsse das Beschwerderecht nach § 20 FGG. gegeben sein. Es weist darauf hin, in F.W. 1913, 435<sup>12)</sup>, Urte. des 1. ZivSen. des RG. v. 8. Jan. 1913, I 166/12, sei ausdrücklich „das Recht aus dem sonstigen Wettbewerbsrecht“, außer § 16, „vorbehalten“. Es sei, so wird weiter gesagt,

nicht entnehmen, da diese nichts enthalten über die Betriebsart der Dornalwerke usw., über Betriebs- und Anlagekapital, den Umsatz, die Gewerbesteuer, über die Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Zahl und Art der verwendeten gewerblichen Hilfsmittel, Menschen — Maschinen — und sonstigen Kräfte, die Höhe der Einnahmen, die Zahl der Lieferanten und Kunden, die Organisation des Betriebes, insbes. ob die Zahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist, alles dies aber zur Beurteilung der Frage, ob ein großindustrielles Unternehmen vorliegt, erforderlich ist, wenigstens alle diese Momente in jedem einzelnen Falle nicht zusammenfallen müssen und es genügt, wenn der Betrieb seiner inneren Natur und seinem ganzen Charakter nach zu einer kaufmännischen Organisation um seines Umfanges willen hinbrängt (vgl. BayObLG.: DRZ. 1931, 212). Aus der Behauptung, daß die Dornalwerke usw. nur ein Grundstück besitzen und etwa 80 Arbeiter beschäftigen, läßt sich ein Schluß dahin nicht ziehen, daß jenes Unternehmen kein großindustrielles ist, da jenes Grundstück genügend große Räume für ein großindustrielles Unternehmen besitzen kann und in diesen Räumen so ausgedehnte maschinelle Anlagen und so große Transportanlagen mit maschinellem Betrieb sein können, daß 80 Arbeiter für einen großindustriellen Betrieb ausreichen. Nimmt man an, daß die Dornalwerke usw. keinen großindustriellen Betrieb haben, so würde der Zusatz „Werke“ in der Firma unzulässig sein. Die Firma könnte alsdann gemäß § 142 FGG. gelöscht werden, und zwar entweder von Amts wegen oder auf Anregung eines Dritten, da der Zusatz geeignet ist, eine Täuschung des Publikums über den Umfang des Geschäfts herbeizuführen und daher gegen § 18 Abs. 2 GmbHG. verstößt. Kommt der Registerrichter

zu der Überzeugung, daß ein Einschreiten oder die Anregung auf Lösung abzulehnen ist, so findet gegen die Verfügung des RegGer. das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde aus § 20 Abs. 1 FGG. statt. Beschwerdeberechtigt ist aber nicht jeder, sondern nur derjenige, der in seinem Rechte beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung liegt aber im gegebenen Falle nicht vor.

Bemerkte sei hierbei, daß die Frage, ob ein Einschreiten des Registerrichters gemäß § 142 FGG. immer nur gegen den Gebrauch der Firma im ganzen und nicht gegen einen Teil desselben zulässig ist, bestritten ist. Josef: F.W. 1926, 600 ist der Ansicht, daß nach § 142 FGG. die Lösung nur insoweit stattfindet, als sie unzulässig ist, also z. B. nur wegen des Firmakerns oder wegen des Firmazusatzes. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, da das Register nur eine durch die Anmeldung gedeckte Firma aufnehmen darf (vgl. F.W. 1927, 121). Die Ansicht Josefs würde auch zu gesetzwidrigen Eintragungen führen. Es könnte danach z. B. der Firmakern gelöscht werden, während der Firmazusatz eingetragen bliebe. Dadurch würde ev. aus einer nur zulässigen Personenfirma eine Sachfirma werden.

Im übrigen mag noch folgendes angeführt werden: Der Registerrichter hat bei der Eintragung von Firmen lediglich zu prüfen, ob die angemeldete Firma den Vorschriften entspricht, die das GmbHG. über die Berechtigung zu ihrer Führung und die Art ihrer Bildung aufgestellt hat. Entspricht die Firma diesen Vorschriften, so ist es nicht seine Aufgabe zu untersuchen,

<sup>1)</sup> F.W. 1929, 629.

<sup>2)</sup> F.W. 1929, 1360.

<sup>3)</sup> F.W. 1926, 367.

<sup>4)</sup> F.W. 1927, 1585.

nur folgerichtig, daß, wer selbst das Recht zur Unterlassungsklage habe, auch das Beschwerderecht erhalte. Hierbei geht die Bezugnahme auf das angeführte RG-Urt. für den springenden Punkt, ob durch die Führung einer unwahren, zur Täuschung über die Verhältnisse des unter ihr betriebenen Unternehmens geeigneten Firma das „Recht“ eines Wettbewerbers verletzt sei, fehl. Damals ist nur Zurückverweisung der Sache erfolgt, damit — im ordentlichen Prozeßverfahren — die Prüfung vorgenommen werde, ob zur Rechtfertigung des erhobenen Unterlassungs- und Lösungsanspruchs „vielleicht eine andere Bestimmung des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb Platz zu greifen habe“. Daß die Kl. durch den Gebrauch der zur Täuschung über den Umfang des Geschäfts geeigneten, folglich gegen § 18 Abs. 2 HGB. verstößenden Firma „in ihren Rechten“ verletzt sei, wird ausdrücklich unter Veragung des Klagerichts nach § 37 Abs. 2 HGB. verneint. Das Zutreffen irgendeiner anderen Bestimmung des UnlWG. wird also gerade nicht dahin beurteilt, daß dadurch die Kl. „in ihren Rechten verletzt“ sein müsse. Nun ist die Rspr. des RG., besonders des erkennenden, jetzt mit dem einschlägigen Rechtsgebiet befaßten Senats, auch hinsichtlich der Anwendung der auf §§ 823, 1004 BGB. sich stützenden quasinegatorischen Unterlassungsklage auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nicht dabei stehengeblieben, daß nur ein unmittelbar gegen den Bestand des Betriebs des Klagen den gerichteter Eingriff sich als Verletzung des Rechts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs darstelle — so noch Urt. dieses Sen. v. 3. Febr. 1931, II 113/30 —, vielmehr ist dies als zu eng erklärt und die Klage gegen unbefugte Beeinträchtigungen gewerblicher Betätigung auch ohne Rücksicht darauf gewährt oder als berechtigt erklärt worden, ob ein sich unmittelbar gegen den Bestand richtender Eingriff vorliege, so unter Berufung auf JW. 1905, 174<sup>15</sup> und den Fall RG. 109, 52 die Urt. dieses Sen. v. 19. Okt. 1928, II 53/28<sup>6</sup>) = JW. 1929, 1217<sup>25</sup> (1218) und v. 27. Febr. 1931, II 155/30. Immer sind dabei aber, mag auch diese Unterlassungsklage des bürgerlichen Rechts als mit zur Abwehr unlauteren Wettbewerbs gegeben bezeichnet sein, doch Beeinträchtigungen des freien Gewerbebetriebs des Klagen den verlangt. Es handelt sich um eine auf diesem Sondergebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, wie stets betont, vor sich gehende Ausfüllung der in den Einzelbestimmungen des BGB. und in den Sondergesetzen enthaltenen Lücken durch Richterrecht zur Deckung schutzwürdiger Interessen. Diese Rspr. liegt am äußersten Rande oder entfernt sich schon von dem Rechtsboden, auf dem das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Beschwerderecht zuläßt. Hier genügt es gerade nicht, daß schutzwürdige Interessen bestehen; es muß ein Recht beeinträchtigt sein. Das hält die Rspr. des Sen. auch insoweit fortbauend für erforderlich, als es sich um das durch eine Verletzung „in seinen Rechten“ bedingte Klagericht des Firmeninhabers nach § 37 Abs. 2 HGB. handelt JW. 1902, 27<sup>20</sup>; 1913, 435<sup>12</sup>; RG. 114, 90 (94<sup>6</sup>); vgl. Staub-Hondt, § 37 A. 14 gegen Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 37 A. 8). Es ist nicht, wie das BayObLG. sagt, folgerichtig, jedem, der irgendeine Unterlassungsklage hat, das Beschwerderecht zu verstaten, sondern gegenüber dem positiven Inhalt des § 20 FGG. unstatthaft, dies zu tun. Die Unterlassungsansprüche des UnlWG., zu deren Verfolgung in den Fällen der §§ 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12 nach § 13 nicht bloß Gewerbetreibende, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr

bringen, sondern auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen berechtigt sind, haben in der Regel kein außerhalb derselben bestehendes Rechtsverhältnis zur Voraussetzung; sie entstammen grundsätzlich nicht einem Individualrecht. Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind nicht bloß der Wettbewerber halber gegeben, sondern sie dienen auch den Interessen des Publikums und der Bewahrung des Rechtsfriedens (RG. 115, 330<sup>7</sup>); 120, 49<sup>8</sup>). Von irgendeinem Eingriff in die freie gewerbliche Betätigung der Beschwerd. ist hier keine Rede; was hier allein in Betracht kommt, ist das, daß die Gegnerin durch eine inhaltlich unwahre Angabe in einem Firmenbestandteil ihren eigenen Absatz fördere und dadurch mittelbar dem Erfolg der geschäftlichen Betätigung der Beschwerd. Abbruch tue. Konkurrenz ist aber, wie in JW. 1913, 435<sup>12</sup> mit Recht gesagt ist, noch nicht ein Eingriff in den geordneten Geschäftsbetrieb eines anderen. Dies gilt selbst dann, wenn sie sich eines nicht zugleich einen solchen Eingriff enthaltenden unlauteren Mittels bedient. Der in JW. 1905, 174<sup>15</sup> behandelte Fall, wo von den Unterlassungsansprüchen des UnlWG. ein Unterlassungsrecht hergeleitet und der geschäftlichen Betätigung der Kl. in den Weg gelegt war, enthält demgegenüber gerade den Eingriff in die geschäftliche Betätigung des klagen den Teils. Die Unterlassungsklage nach §§ 3, 13 UnlWG. ist der Beschwerd. durch die Verfügung des Registergerichts weder benommen noch beeinträchtigt. Wie bei der Ordnung des Beschwerderechts nach § 20 FGG. gemäß der Denkschrift das praktische Bedürfnis in Erwägung gezogen worden ist, so ist bei der Zulassung des Beschwerderechts des Wettbewerbers als solchen, das dann auch den zur Unterlassungsklage berechtigten Verbänden nicht versagt werden könnte, der mehr aufs Formale gerichtete Aufgabenkreis der Registerführung gegenüber demjenigen der Zivilrechtsprechung zu bedenken und als Gegengrund zu würdigen. In jenen Kreis paßt, wie schon vom Gesetzgeber mit § 127 FGG. berücksichtigt, Denkschrift S. 70 zu § 123 Entw., die unter Umständen von eingehenden Erörterungen und Ermittlungen des Tatbestands abhängige Beurteilung „streitiger Rechtsverhältnisse“ und erst recht solche schutzwürdiger Interessen nicht, wie sie gerade im UnlWG. gesetzgeberisch gesichert sind. Es geht nicht an, die Ausprägung der mannigfaltigen Wettbewerbsfreiheiten, die mit der Firmenführung zusammenhängen, durch Einräumung der Beschwerd. in das Amtsverfahren des Registerrichters zu verlegen.

Gegen das Beschwerderecht aus dem Grunde des Wettbewerbs und insbes. wegen eines Verstoßes der Firma gegen § 18 Abs. 2 HGB. sprechen sich auch aus: Schlegelberger, Komm. z. FGG., § 20 A. 22 (S. 301/02) und Josef: HanfRZ. 1922, 871.

(Beschl. v. 21. April 1931; B 1/31 II. — Hamburg.) [Stu.]  
<= RG. 132, 312.>

#### 4. §§ 363, 364, 366 HGB.

1. Ob im Einzelfall in der Übergabe eines Liefer Scheins eine Abtretung des Herausgabeanspruchs zu finden ist, ist Tatfrage.

2. Der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers besteht nicht, wenn dem Erwerber bekannt ist, daß derjenige, von dem der Veräußerer seine Rechte herleitet, zur Verfügung nicht berechtigt war.†)

Im Dezember 1928 verkaufte die Kl. von einem größeren

ob die angemeldete Firma etwa zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbs oder in der Absicht gebildet ist, Verwechslungen mit der Firma eines Konkurrenzunternehmens hervorzurufen. Hierzu würde selbst dann eine Veranlassung nicht bestehen, wenn dem Registerrichter schon vor der Eintragung der Firma bekannt wäre, daß von anderer Seite gegen den Gebrauch der angemeldeten Firma auf Grund der Vorschriften des UnlWG. Einspruch erhoben würde, denn der Registerrichter ist lediglich zur Überwachung der Einhaltung der firmenrechtlichen Vorschriften des HGB. berufen und der oft schwierigen und zeitraubenden Prüfung überhoben, ob eine angemeldete Firma in einer Weise benutzt werde, die geeignet sei, Verwechslungen mit einer anderen Firma hervorzurufen (RG.: HanfRZ. 11, 116). Er hat daher die Eintragung selbst dann zu bewirken,

wenn einem Dritten ein Anspruch auf Unterlassung des Firmengebrauchs zusteht, weil die neu angemeldete Firma geeignet ist, Verwechslungen mit der Firma des Dritten hervorzurufen. Steht aber dem Registerrichter eine Prüfung nach der gedachten Richtung nicht zu, so verletzt die Eintragung auch kein Recht des Dritten. Es steht dem letzteren daher auch die Beschwerde gegen die Eintragung nicht zu, da gemäß § 20 Abs. 1 FGG. die Beschwerde nur dem zusteht, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Der Dritte kann daher im Falle des Verstoßes gegen das UnlWG. sein Recht nur im Prozeßwege verfolgen (§ 37 Abs. 2 HGB.; Josef: HanfRZ. 1922, 870 ff.).

AGM. a. D. Theodor Cohn (†), Verlin.

†) JW. 1927, 777. \*) JW. 1928, 1218.

Zu 4. 1. Dem Liefer Schein ist in dem vorstehenden Urteile die

für sie auf der Weser eingetroffenen und in der Folge bei der Firma M. in Brakel eingelagerten Posten Golfgerste 250 t gegen Zwei-Monatsakzept unter Eigentumsvorbehalt an die AktG. U. in Hamburg. Diese Firma hat das im Februar 1929 fällige Akzept nicht eingelöst, vielmehr schon am 11. Jan. 1929 ihre Zahlungen eingestellt.

Nach Abschluß des Kaufvertrages stellte die Kl. bei der Firma M. zugunsten des von der U. ausgegebenen Spediteurs, nämlich der Firma B. in Bremen, 250 t Gerste, ohne Vorbehalt frei. Demgemäß bestätigte M. der Firma B., daß die Ware zu ihrer Verfügung stehe und brachte B. 250 t Gerste buchmäßig gut, die dem Konto der Kl. abgeschrieben wurden.

Auf Wunsch der U. stellte B. am 22. Dez. 1928 einen Lieferschein aus, in dem er dem Inhaber des Scheins aus dem in den nächsten Tagen eintreffenden Dampfer „Dalmore“ 250 t Golfgerste fob zur Verfügung stellte. Die U. übertrug diesen Schein durch Indossament an eine GmbH. in Hamburg, deren Geschäftsführer mit den Vorstandsmitgliedern der U. identisch waren. Am gleichen Tage noch übersandte die GmbH. den blanko indossierten Lieferschein der Befl., einer Bank in Bremen, mit der Bitte um Gewährung eines Vorschusses von 25 600 fl. in Scheck auf Holland. Die Befl. gab den Vorschuß und wies B. unter gleichzeitiger Überendung des Lieferscheins, den er als Treuhänder verwahren sollte, an, die Ware zu ihrer ausschließlichen Verfügung zu halten.

Am 11. Jan. 1929 ließ sich B. von M. auf Veranlassung der Befl. drei Orderlagercheine über die 250 t Gerste ausstellen, indossierte sie auf die Befl. und übergab sie ihr am folgenden Tage. Die Befl. hat die Gerste weiter verkauft.

Die Kl. behauptete, daß die Gerste niemals in das Eigentum der Befl. übergegangen sei und daß diese schuldhaft das Eigentum der Kl. verletzt habe. Mit der Klage verlangte sie Zahlung von 46 250 RM Schadensersatz entsprechend dem Wert der Ware. Diese Forderung stützte die Kl. eventuell auf ungerechtfertigte Bereicherung.

Die Befl. meinte, die Kl. habe bereits beim Verkauf an die U. oder doch durch die Einlagerung bei M. ihr Eigentum verloren. Mindestens aber habe die Befl. durch Übergabe der Lagerscheine gutgläubig Eigentum erworben, nachdem B. ihr auf Anfrage mitgeteilt habe, daß der Lieferschein eingelöst werden würde. Die Kl. bestritt den guten Glauben der Befl.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat nach Beweisaufnahme die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BG. geht davon aus, daß durch den Verkauf der Gerste an die U. das Eigentum der Kl. unberührt geblieben sei und daß auch die Übergabe des Lieferscheins durch B. der U. nicht einmal den Besitz der Ware verschafft habe, also auch nicht der GmbH. und nicht der Befl. Indessen habe B. durch den Verkauf und die Maßnahmen der Kl. sowie der Firma M. den mittelbaren Besitz der fraglichen

Quantität Gerste erlangt, diesen dadurch allerdings auch der U. vermittelt. Durch Übergabe der Lagerscheine, die B. an die Befl. indossiert habe, sei diese dann so gestellt worden, wie sie durch Übergabe des Gutes selbst gestellt worden wäre, sie habe also alleinigen mittelbaren Besitz erlangt. Die Befl. habe damit auch das Eigentum an der von der Kl. verkauften Gerste erlangt, die Einigung sei durch den Erwerb des Lieferscheins bewiesen und die Übergabe der Lagerscheine sei erfolgt, um der Befl. Eigentum zu verschaffen. Der gute Glaube der Befl. könne sich nur auf die Verfügungsbefugnis B.s beziehen und es sei nichts dafür dargetan, daß der Befl. Anlaß gehabt habe, an dieser Verfügungsbefugnis zu zweifeln.

Diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken in wesentlichen Punkten Anlaß. Die Rev. rügt zunächst mit Recht, daß das OLG. den von B. ausgestellten Lieferschein als Verpflichtungsschein i. S. des § 363 HGB. ansieht. Es ist nach dem Tatbestand des angef. Urteils richtig, daß der Lieferschein nicht „nur allgemein von Golfgerste spricht“, wie das OLG. in anderem Zusammenhang sagt, daß vielmehr ausdrücklich aus dem Dampfer „Dalmore“ 250 t Golfgerste zur Verfügung gestellt wurden. Ein Verpflichtungsschein i. S. des § 363 HGB. liegt aber auch schon deshalb nicht vor, weil die Urkunde v. 22. Dez. 1929 auf den Inhaber ausgestellt ist und die Person des Berechtigten nicht nennt. Die von der Befl. während des ganzen Rechtsstreits für den Lieferschein in Anspruch genommene Wirkung des § 364 HGB. kommt also überhaupt nicht in Betracht. Richtig ist aber, wenn die Befl. darauf hinweist, daß es hier auf diese Unterscheidung zunächst nicht ankomme, weil B. der U. gegenüber keine Einreden hatte, die er der U. gegenüber hätte geltend machen können. Richtig ist auch, daß es zunächst darauf ankommt, ob in der Ausstellung und Übergabe des Lieferscheins eine Abtretung eines Herausgabeanspruchs i. S. des § 931 BGB. zu erblicken ist.

Aber damit ist noch nicht ohne weiteres dargetan, daß der Lieferschein der Firma B., wie die Befl. behauptet, eine solche Abtretungserklärung enthalte oder nach dem Willen der Vertragsparteien enthalten sollte. Dazu würde genügen, daß B. einen ihm gegen M. zustehenden Herausgabeanspruch aufgab. Das OLG. hat aber nichts darüber gesagt, weshalb es eine solche Annahme ablehnt, sondern hat nur unter Berufung auf RG. 103, 152 den rein schuldrechtlichen Charakter des Verpflichtungsscheins betont und daraus gefolgert, daß seine Indossierung nicht die Wirkung einer Besitzübertragung gehabt habe. Letzteres ist richtig, doch wird dabei übersehen, daß die Übertragung des Herausgabeanspruchs auch ohne wirksames Indossament schon aus der Gesamtheit aller begleitenden Umstände gefolgert werden konnte. Nicht auf die Wirksamkeit eines Indossaments, sondern auf den Willen der Beteiligten kommt es an, der formlos zum Ausdruck gebracht werden kann, z. B. durch Übergabe des Lieferscheins mit einem als solchem unwirksamen, aber den Übertragungswillen bekundenden Indossament, insbes. wenn die begleitenden

Umstände druck gebracht werden kann, z. B. durch Übergabe des Lieferscheins mit einem als solchem unwirksamen, aber den Übertragungswillen bekundenden Indossament, insbes. wenn die begleitenden Umstände dafür sprechen, daß der mittelbare Besitzer den Besitz übertragen und der Erwerber des Lieferscheins den Besitz erwerben will.“ Im übrigen Staub a. a. D.

2. „Der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers (besteht) dann nicht, wenn dem Erwerber bekannt ist, daß derjenige, von dem der Veräußerer seine Rechte herleitet, zur Verfügung nicht berechtigt ist.“ Demgemäß steht es z. B. nach dem Urteil dem guten Glauben des Erwerbers entgegen, wenn er wußte, daß der Vormann seines Verkäufers unter Eigentumsvorbehalt erworben hatte, es sei denn, daß er den Vorbehalt für erledigt halten durfte. Über diesen Satz des vorstehenden Urteils scheint keine Übereinstimmung in der Lehre zu bestehen, einerseits Düringer-Hachenburg, § 366 Anm. 2, dem das Urteil folgt, andererseits Staub, § 366 Anm. 17, 21, dem „es genügt, wenn man seinen unmittelbaren Vormann für Verfügungsberechtigten hielt. Daß ein früherer Vormann nicht Verfügungsberechtigter war und diesen selben Gegenstand ohne Befugnis veräußert hat, ist gleichgültig, deshalb ist es auch gleichgültig, wenn der Erwerber dies gewußt hat.“ Nach dem Beispiel des vorstehenden Urteils verständig angewandt, dürfte der rechtliche Verkehr mit der Auffassung des Urteils auskommen.

H. Dr. Plum, Köln.

Bedeutung einer Urkunde i. S. des § 363 HGB. mit der Wirkung des § 364 HGB. mit Recht versagt, weil „der Lieferschein nicht nur allgemein von Golfgerste spricht, ... vielmehr aus dem Dampfer Dalmore 250 t Golfgerste zur Verfügung gestellt wurden“ und der Schein auf den Inhaber ausgestellt war, damit den Erfordernissen des § 363 BGB. einer Anweisung oder eines Verpflichtungsscheines über vertretbare Sachen und mit Orderklausel nicht entsprach. Zu dem Merkmale vertretbare Ware bei einem Lieferschein siehe auch RG. 101, 297 (299), über den Begriff des Lieferscheines i. allg. z. B. Staub, § 363 A. 8a, über Lieferscheine im Getreidehandel auch LG. I Berlin: WuM. 1930, 29.

Es entspricht auch der bisherigen Rspr., z. B. RG. 49, 99; 101, 299; 103, 153, und leuchtet ohne weiteres ein, wenn das Urteil weiter davon ausgeht, die Aushängung des Lieferscheins an den Käufer bedeute nicht ohne weiteres Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. und damit Eigentumsübertragung an den Käufer, diese hingen vielmehr von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab. „In der Aushängung eines solchen Lieferscheines (kann) beim Mangel sonstiger Umstände, die auf einen dahingehenden Willen der Parteien hindeuten, eine Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht erblickt werden“ (RG. 103, 153). Keiner Erläuterung bedarf es auch, daß, wie das Urteil weiter ausführt, die Übertragung des Herausgabeanspruchs auch ohne wirksames Indossament schon aus der Gesamtheit aller begleitenden Umstände gefolgert werden konnte. „Nicht auf die Wirksamkeit eines Indossaments, sondern auf den Willen der Beteiligten kommt es an, der formlos zum Aus-



den Umständen dafür sprechen, daß der mittelbare Besitzer den Besitz übertragen und der Erwerber des Lagerscheins den Besitz erwerben will. Wie das RG. in der angeführten Entscheidung und unter Bezugnahme auf RG. 49, 97 ausgesprochen hat, ist es Tatfrage, ob im Einzelfall in der Übergabe des Lagerscheins eine Abtretung des Herausgabeanspruchs zu finden ist. Dann genügt zur Verneinung der Frage nicht der Hinweis auf den schuldrechtlichen Charakter des Lagerscheins, solange nicht festgestellt ist, daß aus den begleitenden Umständen Folgerungen über den rechtserheblichen Willen der Beteiligten nicht gezogen werden können. Es bedarf also der Klarstellung, ob nicht schon trotz des rechtlichen Irrtums der Beteiligten über die Wirksamkeit des Lagerscheins und seiner Indossierung aus dessen Ausfertigung und Ausfertigung der vertragliche Wille der Beteiligten zur Besitzübertragung abgeleitet werden muß. Dann wird angenommen werden müssen, daß die U. bzw. die GmbH. der Bekl. ihren mittelbaren Besitz übertragen hat und daß P. künftig nicht mehr für die U., sondern für die Bekl. den mittelbaren Besitz ausüben wollte.

Zweifelhaft bleibt dann aber noch, ob damit die Bekl. nicht auch zugleich Eigentum erworben hat. Das OLG. verneint diese Frage mit unzureichender Begründung. Denn auch wenn die Kl. unter Eigentumsvorbehalt an die U. verkauft hat, ist damit nicht ohne weiteres die rechtliche Bedeutung dieses Vorbehalts klargestellt, wenn man beachtet, daß die Kl. nach den Feststellungen des BG. unstreitig bei M. zugunsten des von der U. beauftragten Spediteurs 250 t Gerste freigestellt hatte. Darin lag einmal das Einverständnis, daß dieser Spediteur — P. — sich den Kosten der Gerste ausshändigen lassen dürfe. Außerdem aber muß beachtet werden, daß die Freistellung trotz des Eigentumsvorbehalts doch wohl nur zu dem Zweck erfolgt sein konnte, damit die U. über die Ware durch Verkauf und Übergabe weiterverfüge. War das der Sinn der Freigabeerklärung, die ja für den schuldrechtlichen Kaufvertrag allein entbehrlich gewesen wäre, so kommt es auf die Regel des § 455 BGB. nicht an. Vielmehr wäre die U. berechtigt gewesen, unter Abtretung des Herausgabeanspruchs der GmbH. und auf diesem Wege der Bekl. Eigentum zu verschaffen, was offenbar dem Willen der Bekl. entsprach.

Ist dagegen die Freigabeerklärung anders zu verstehen, so würde auch das den Eigentumserwerb der Bekl. zur Zeit der Übergabe des Lagerscheins an sie noch nicht hindern. Es käme dann aber darauf an, ob die Bekl. hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts der Kl. in gutem Glauben war. Läßt sich ihr das nicht widerlegen oder ist die Freigabeerklärung der Kl. in dem oben erörterten Sinn zu verstehen, so kommt es auf alle späteren Ereignisse, insbes. auf die Bedeutung der Übergabe der Lagerscheine, gar nicht an.

Das angef. Urteil muß daher aufgehoben, die Sache muß an das OLG. zurückverwiesen werden; denn gegen die vom OLG. gezogenen Schlussfolgerungen über den gutgläubigen Eigentumserwerb der Bekl. in einem späteren Zeitpunkt bestehen, wie noch auszuführen ist, rechtlich erhebliche Bedenken. Diese müssen hier erörtert werden, da sie beachtlich sind, wenn das OLG. nicht schon aus den oben erörterten Gründen zur Anerkennung des Eigentumserwerbs der Bekl. und damit zur Abweisung der Klage gelangt.

Es kommt dann darauf an, ob die Bekl. nicht etwa in einem späteren Zeitpunkte gutgläubig Eigentum erworben hat. Selbst wenn sie mit der Übergabe des Lagerscheins nicht schon den Besitz der Ware erworben haben sollte, muß mit dem OLG. angenommen werden, daß sie durch die ihr von P. indossierten Lagerscheine den Besitz erlangt hat. Das beanstandet die Rev. nicht. Sie wendet sich aber um so schärfer gegen die Annahme, daß aus dem Besitz des Lagerscheins die Einigung der Bekl. mit P. über den Eigentumsübergang folge und daß P. durch Übergabe des Lagerscheins der Bekl. das Eigentum an der Ware verschaffen wollte. Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Ausführungen des BG. nicht besonders klar sind. Es ist auch richtig, daß die Bekl. von vornherein den Standpunkt vertreten hat, sie habe bereits durch den Lagerschein das Eigentum der Ware erworben, habe daher gar nicht mehr nötig gehabt, es später durch den Lagerschein noch einmal zu erwerben. Aber auch wenn das nicht zutrifft, so hat doch offenbar P. durch Übergabe

des indossierten Lagerscheins den Eigentumserwerb der Bekl. vollenden wollen, falls er noch nicht zustande gekommen war, und die Bekl. hatte denselben Willen. Das hat das OLG. ohne Rechtsirrtum aus der ganzen Sachlage entnommen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen zutreffend sind, mit denen die Rev. darzulegen versucht, daß die Bekl. bereits vorher nach ihrer eigenen Ansicht von der GmbH. das Eigentum erworben zu haben glaubte und daß P. diese Ansicht teilte. Damit ist eine spätere, sicherheitsshalber wiederholte Einigung mit P. nicht unvereinbar. Es ist auch nicht richtig, daß dann die Bemerkung des OLG., als Anzeichen für die Einigung über den Eigentumsübergang sei der Lagerschein anzusehen, ihren Sinn verliert.

Es ist nur zutreffend, wenn die Rev. sagt, der Lagerschein übermittle nur den Besitz, für den Inhalt des damit erworbenen Rechts komme es aber darauf an, in welchem Sinne das Papier übertragen wird. Das OLG. stellt aber tatsächlich fest, der Sinn sei gewesen, Eigentum zu übertragen, soweit solches nicht schon vorher erworben sei. Das kann nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden.

Begründet erscheint die Rev. dagegen insofern, als sie sich gegen die Ausführungen des BG. über den guten Glauben der Bekl. richtet. Das BG. hält es für genügend, wenn die Bekl. von der Verfügungsmacht des P. überzeugt gewesen sei, und führt aus, daß die Bekl. keinen Anlaß gehabt habe, an seiner Verfügungsmacht zu zweifeln. Mit Recht sagt die Rev., daß das im vorliegenden Fall nicht genüge, daß das OLG. die Behauptungen der Kl. nicht hinreichend berücksichtigt habe. Mit Düringer-Hachenburg (Anm. 2 zu § 366 BGB.) ist in Fällen der vorliegenden Art trotz der Regel des § 366 BGB. anzunehmen, daß der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers dann nicht besteht, wenn dem Erwerber bekannt ist, daß derjenige, von dem der Veräußerer seine Rechte herleitet, zur Verfügung nicht berechtigt war. War P. Veräußerer der Gerste, so konnte er seine Rechte nur von der GmbH. herleiten. War das aber, wie die Kl. behauptet hat, der Bekl. bekannt und wußte diese auch, daß die U. und demgemäß die GmbH. unter den Bedingungen des Bremer Getreideschlusscheins, also unter Eigentumsvorbehalt, gekauft hatte, so war ihr guter Glaube ausgeschlossen, sofern sie nicht aus der Freigabeerklärung der Kl. zu einem anderen Schluß kommen konnte. Auf die diesbezüglichen Behauptungen ist das OLG. gar nicht eingegangen. Auch das muß zur Aufhebung des angef. Urteils führen.

Es ist nicht richtig, wenn das OLG. ausführt, zu irgendwelchen Bedenken der Bekl. an der Verfügungsmacht des P. und zu Nachforschungen sei kein Anlaß gewesen, weil der Lagerschein nur ganz allgemein von Golsgerste spreche, eine bestimmte Partie gar nicht nenne. Das steht mit dem Wortlaut des Lagerscheins laut Tatbestand in Widerspruch. Außerdem aber hat die Kl. ausdrücklich und wiederholt unter Sachverständigenbeweis gestellt, daß man im Getreidehandel mit den Bedingungen des Bremer Schlusscheins rechne und daß deshalb jede Bank sich vor einer Bevorschussung danach erkundige, ob die Ware bezahlt ist oder ob noch Eigentumsvorbehalte bestehen. Dazu nimmt das OLG. überhaupt nicht Stellung, obwohl die Kl. sogar eine entsprechende Bankauskunft vorgelegt hat. Würde dieser Beweis geführt, so würde die ohne jede Begründung hingestellte Annahme, die Bekl. habe keinen Anlaß gehabt, an P.s Verfügungsmacht zu zweifeln, erst recht unhaltbar sein.

Bei dieser Sachlage ist schließlich auch die auf § 286 ZPO. gestützte RevKlage gerechtfertigt, wonach das OLG. ohne stichhaltigen Grund die Vernehmung des Zeugen C. (Firma M.) unterlassen hat. Bei der höchst eigenartigen Sachlage und der Behauptung, daß P. und K. entgegen ihrer Zeugenaussagen der Bekl. durchaus den guten Glauben genommen hätten, dürfte ein für die Bewertung dieser Aussagen so außerordentlich wichtiges Beweismittel nicht ohne weiteres übergangen werden.

Die Sache muß daher an das BG. zurückverwiesen werden, damit dieses den Sachverhalt, soweit erforderlich, weiter klärt und nach den obigen Rechtsgrundsätzen erneuter Prüfung unterzieht.

(U. v. 15. April 1931; 490/30 IX. — Hamburg.) [H.]

\*\* 5. §§ 765 ff., 774 HGB. Die beschränkt persönliche Haftung des Reeders kann zwar über den Rahmen der §§ 765 ff. HGB. hinaus erweitert werden, aber nur dann, wenn eine Gefährdung des Schiffsgläubigerrechts in Frage kommt.†)

Am 5. Dez. 1924 ist der der Befl. gehörige Dampfer „Kanal IV“ auf der Fahrt von F. nach H. gesunken. Das Schiff hatte außer anderen Stückgütern 225 t Kupferbleche geladen. Der größte Teil der Ladung, insbes. die Kupferbleche, waren für die Reise bei der Kl. versichert. Die Kl. hat diesen Versicherungsnehmern die ihnen durch den Unfall entstandenen Schäden sachungsgemäß vergütet. Die Kl. macht einen Teil der aus dem Unfall von den Ladungsinteressenten hergeleiteten Schadenersatzansprüche geltend, die durch die Schadensregulierung auf die Kl. übergegangen seien. Das Schiff sei teils wegen unsachgemäßer Stauung der Ladung und wegen Fehlens einer Garnierung, teils aus anderen Gründen nicht festüchtig gewesen; dies beruhe auf von der Befl. zu vertretendem Verschulden. Die Befl. hat das Schiff nicht in das Ausland veräußert. Bei der von der Befl. vorgenommenen freiwilligen Versteigerung des Schiffes ist der Zuschlag dem Kaufmann K., der nicht Ausländer sei, erteilt worden. K. hat das Schiff im Auftrage und für Rechnung des Werftbesizers R. ersteigert und seine Rechte aus dem Zuschlag an diesen abgetreten, und zwar für die R.-Werft in R.-W. (Deutschland), nicht etwa für die gleichfalls dem R. gehörige D.-Werft in S. Auf der R.-Werft ist das Schiff dann noch sieben Monate verblieben, bis K. es an den Reeder C. in Ha. weiterverkauft habe. K. hat die dänische, aber nicht die deutsche Staatsangehörigkeit beiseen. Wollte man nun auch — so fährt das BG. fort — unterstellen, daß der Erwerb des Schiffes über K. einem unmittelbaren Erwerb R.s gleichzusetzen sei, so sei doch für eine analoge Anwendung von § 774 HGB. im Verhältnis der Parteien kein Raum. Aus Grund des Verkaufes des Schiffes an den Ausländer K. sei das Schiff nicht in das Ausland gekommen, sondern zunächst im Inlande geblieben. Solange das Schiff im Inlande verblieben sei, sei die Befriedigung der Schiffsgläubiger aus demselben nicht dadurch gefährdet worden, daß K. ein Ausländer war (§ 761 Abs. 1 HGB., § 864, 870 Abs. 2 ZPO.). Die Veräußerung an K. habe zwar die Folge gehabt, daß das Schiff nach § 13 Abs. 2, §§ 2, 4 Flaggenges. v. 22. Juni 1899 (i. d. Fass. des Gef. v. 29. Mai 1901) im deutschen Schiffsregister gelöst sei. Trotzdem seien nach § 171 ZwVerfG. v. 24. März 1897 (i. d. Fass. der Befl. v. 20. Mai 1898) die Vorschriften des genannten ZwVerfG. entsprechend anwendbar gewesen. Die Kl. habe auch noch nach dem Übergang des Schiffseigentums auf K. ihr Schiffsgläubigerrecht ohne Schwierigkeit geltend machen können, zumal der Kl. durch Schreiben vom 8. Mai 1926 spätestens von R. mitgeteilt worden sei, daß er das Schiff gehoben habe.

Die Revisionsangriffe sind unbegründet.

Die Fälle der beschränkt-persönlichen Haftung des Reeders, welcher sein mit Schiffsgläubigerrechten belastetes Schiff freiwillig verkauft, gegenüber den Schiffsgläubigern sind in §§ 765 ff. HGB. geregelt. In Schrifttum und Spr. ist

Zu 5. Die Veräußerung des mit dem Pfandrecht eines Schiffsgläubigers belasteten Schiffes läßt (der allgemeinen Hand-wahre-Hand-Regel zum Trotz) das Pfandrecht unberührt (§ 765 HGB.). Es besteht daher an und für sich kein Grund, dem Schiffsgläubiger, dem nur das Schiffsvermögen haftet, der nur in das Schiffsvermögen vollstrecken kann, die Vollstreckung auch in das sonstige Vermögen des Reeders zu gestatten. Das Gesetz läßt gleichwohl in gewissen Fällen der Veräußerung in gewissem Umfang die Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Reeders zu (§ 773 HGB.). Zu diesen Fällen gehört der Fall, in dem das RG. entschieden hat, nicht. Das RG. nimmt gleichwohl an, daß auch dann, wenn der Reeder in solchen vom Gesetz nicht behandelten Fällen das Schiff veräußert und die Vollstreckung in das Schiffsvermögen in ähnlicher Weise gefährdet, wie die Vollstreckung in den gesetzlich geordneten Fällen gefährdet ist, die Vollstreckung in das sonstige Vermögen zulässig ist. Gewiß mit Recht. Ob im vorliegenden Fall tatsächlich die Vollstreckung in das Schiff gefährdet war oder nicht, ist eine Tatsache, die das RG. nicht hätte zu erörtern brauchen. Ja, es hätte sich auch der Rechtsfrage entziehen können und wohl auch sollen. Denn es hätte die Rev. natürlich erst recht zurückweisen müssen, wenn es die Rechtsfrage anders als geschehen beantwortet hätte.

SensPräf. Dr. Ritter, Hamburg.

anerkannt, daß über diese Fälle in analoger Anwendung von § 774 HGB. hinausgegangen werden kann, aber nur in besonderen Ausnahmefällen (Schaps, Seerecht, 2. Ausgabe, § 774 Anm. 16, 9; § 765 Anm. 4; Wüstendörfer in Ehrenbergs Hdb. d. gef. HR. Bd. 7 Abt. 2 S. 373 ff.; Pappenheim, Hdb. des Seerechts Bd. 2 § 24 S. 282 ff.; Mittelstein, Binnen-Schiffahrtsrecht Bd. 1 § 114 Anm. 1 S. 443; Mittelstein in Ehrenbergs Hdb. d. gef. HR. Bd. 7 Abt. 1 § 11 S. 59 ff.; Mittelstein, Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht § 21 S. 155; Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht S. 256, 257, 298—300; Schroeter: GoldschmidtsZ. 32, 248; Brandis, Das deutsche Seerecht I S. 112 u. a.; HansRZ. 1927, 279 Nr. 92, Ur. des HansOLG. v. 23. Febr. 1927). Die tatsächlichen Feststellungen des BG. ergeben, daß ein solcher Ausnahmefall hier nicht vorliegt, da eine den Grundfätzen von § 774 HGB. entsprechende Gefährdung der Schiffsgläubigerrechte der Kl. oder ihrer Rechtsvorgänger durch den Verkauf des Schiffes an K. und den Übergang des Schiffseigentums auf ihn nicht erfolgt ist. Denn trotz dieser Vorgänge hätten — wie das BG. ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat — die genannten Schiffsgläubiger ihre Schiffsgläubigerrechte während der sieben Monate, in denen das Schiff nach dem mehrerwähnten Verkauf auf der R.-Werft in R.-W. verblieben ist, in der gleichen Weise wie bisher wahrnehmen können. Unter solchen Umständen ist die bloße Tatsache des Schiffesverkaufes an einen Ausländer nach der hier maßgeblichen Richtung hin bedeutungslos. Dies um so mehr, als, wie die Aussage des Zeugen R. v. 2. Juni 1930 ergibt und von der Kl. ersichtlich nicht bestritten ist, K. beim Erwerb des Schiffes noch nicht wußte, wie er es verwerten würde, insbes. auch mit der Möglichkeit des Weiterverkaufes des Schiffes an einen inländischen (deutschen) Käufer rechnete und jedenfalls beim Erwerb des Schiffes nicht schlechthin ein als baldiges oder demnächstiges Verbringen desselben in das Ausland im Auge hatte. Wenn das Schiff dann späterhin auf Grund eines von K. mit dem Reeder C. in Ha. abgeschlossenen Kaufvertrages in das Ausland gekommen ist, so stand dies nicht mehr in einem adäquaten Zusammenhang mit dem von der Befl. im Wege der freiwilligen Versteigerung durchgeführten Verkaufes des Schiffes an K. und dem darauf beruhenden Schiffserwerb durch K. Es ist daher im Verhältnis der Parteien unerheblich, ob infolge der so erfolgten Verbringung des Schiffes in das Ausland die Verfolgung der Schiffsgläubigerrechte der Kl. oder ihrer Rechtsvorgänger erschwert oder bereitet ist.

(U. v. 24. Juni 1931; 56/31 I. — Kiel.)

[Ka.]

## 2. Bürgerliches Gesetzbuch.

\*\* 6. §§ 119, 123 BGB. Widerspruchlose Hin-nahme eines Bestätigungsschreibens schließt unter Kaufleuten Irrtumsanfechtung der zuvorigen Vertragserklärungen aus. — Wenn ein Reisender den Bestellschein absichtlich unrichtig ausfüllt und sein gutgläubiger Prinzipal den Vertrag dieses Inhalts bestätigt, so hat der Empfänger nach widerspruchloser Hin-nahme dieses den wahren Vertragssinhalt unrichtig wiedergebenden Bestätigungsschreibens keine Arglistanfechtung.†)

(U. v. 5. Juli 1930; 66/30 I. — Köln.)

[Ka.]

Abgedr. ZB. 1930, 3757<sup>22</sup>.

Zu 6. A. Anm. Klausung, ebenda.

B. Die Entsch. ist bedeutsam für die Lehre vom kaufm. Bestätigungsschreiben (B.). Der für die rechtliche Betrachtung zu unterstellende Sachverhalt ist folgender: Zwischen den Parteien ist ein Kaufvertrag in der Weise geschlossen worden, daß ihre Vertreter einen Bestellschein unterschrieben haben. Dabei hat ein Vertreter der Verkäuferin arglistigerweise den Bestellschein über eine größere Bestellung ausgeschrieben, als mündlich vereinbart war. Der Vertreter der Käuferin hat in der Meinung unterschrieben, daß der Schein nur das mündlich Vereinbarte enthalte. Die Verkäuferin (juristische Person) hat den Kauf durch ein Organ oder einen anderen Vertreter bestätigt. Die Käuferin hat dem B. nicht

7. § 242 BGB. Verwirkung der Aufwertungsforderung aus einem sog. lebenswichtigen Verhältnis. Ablehnung der rückwirkenden Aufwertung, weil die Teilleistung dem Empfänger besondere Vorteile gebracht hat.

Am 15. Sept. 1921 schied der Kl. im Einverständnis

binnen angemessener Frist widersprochen. Zu entscheiden war, ob die Unterlassung des Widerspruchs trotz der Arglist des Vertreters der Verkäuferin die auf Handelsbrauch beruhende rechtserzeugende Wirkung haben konnte, daß ein Vertrag mit dem Inhalt des B. als zustande gekommen galt. Das RG. bejaht diese Frage grundsätzlich: Die Anfechtbarkeit und Anfechtung des Hauptvertrages sählich: Die Anfechtbarkeit und Anfechtung des Hauptvertrages soll an sich der rechtserzeugenden Wirkung des B. nicht entgegenstehen. Wirkungslos bleibt das B., wenn sein Absender nicht in gutem Glauben war, daß der Inhalt des B. „dem tatsächlichen, durch arglistig herbeigeführten Willensfehler nicht beeinflussten Absender entspreche“. In einem solchen Fall bedarf es nicht, wie der erste Besprecher irrigerweise dem Urteil entnehmen will, einer Anfechtung durch den B.-Empfänger: der Berufung auf das B. steht ohne weiteres die Arglist einrede entgegen. Das entspricht feststehender Rspr. Auch der Grundsatz ist nicht neu, daß die Frage der Gut- oder Schlechtgläubigkeit nur aus der Person des Bestätigenden zu entscheiden sei. Bestätigt also der Geschäftsherr einen von einem Angestellten oder einer sonstigen Hilfsperson erfundenen oder verfälschten Vertragschluß, so soll sich der B.-Empfänger mangels eines Widerspruchs als zustimmend behandeln lassen müssen, wenn der bestätigende Geschäftsherr gutgläubig war, und der Empfänger keinen begründeten Anlaß hatte, an dieser Gutgläubigkeit zu zweifeln (vgl. Staub, 12./13. Aufl., S. 799 Anm. 38a). Im vorl. Fall kommt es nach Ansicht des RG. darauf an, ob die Verkäuferin oder genauer das Organ oder der sonstige Vertreter, der das B. unterzeichnet und abgehandelt hat, dabei das arglistige Verhalten der anderen Vertreter bei der Bestellung gekannt hat oder aus anderen Gründen schlechtgläubig gewesen ist. Ich halte das für bedenklich und bin der Meinung, daß die zugrunde liegende bisherige Rechtsansicht der Nachprüfung bedürftig ist. Das RG. weist selbst darauf hin, daß die Kl. hinsichtlich der Anfechtung des Hauptvertrages die Handlungsweise ihrer Vertreter gegen sich gelten lassen muß. Aber das Verhalten der Vertreter ist doch noch nach anderer Richtung rechtlich von Bedeutung. Der Bestellschein war die Unterlage des B. Das Zustandekommen des Bestellscheins steht also mit dem Vertragschluß durch das B. und seine widerspruchsfreie Sinnahme in einem so engen äußeren und inneren Zusammenhang, daß sich das Verhalten der Vertreter der Verkäuferin als schuldhaftes Verhalten beim Vertragschluß darstellt, für das die Verkäuferin nach der fortentwickelten Lehre von der c. i. c. einstehen muß. Die Käuferin kann nach § 249 BGB. verlangen, daß der Zustand hergestellt wird, der ohne das schuldhaftes Handeln der Vertreter der Verkäuferin bestanden hätte. Dieser besteht in der Befreiung von der rechtserzeugenden Wirkung des B., da dieses ohne die Arglist der Vertreter gar nicht abgehandelt worden wäre. Mir scheint diese Lösung auch mehr der Billigkeit und auch wohl dem kaufmännischen Rechtsempfinden zu entsprechen. Im vorl. Fall steht einer —vielleicht— grob fahrlässigen Verletzung der kaufmännischen Sorgfaltspflicht auf Seiten der Käuferin ein arglistiges Verhalten im Hilfspersonenkreis der Verkäuferin gegenüber. Wie sich der Käufer versehen seiner Angestellten bei der Nichtbeantwortung eines B., so muß sich m. E. der Verkäufer auch ein schuldhaftes Verhalten seiner Angestellten als eigenes zurechnen lassen, das den Eintritt der mit der Abhandlung eines rechtlichen B. verbundenen Wirkung hindert.

Eine zweite in dem Urteil behandelte Frage ist die der Anfechtbarkeit der Unterlassung eines Widerspruchs gegen das B. durch den Empfänger. Das RG. verjagt die Anfechtung wegen eines bei den vorhergehenden Verhandlungen unterlaufenen Irrtums und den ebenso wegen eines Irrtums über den Inhalt des B. Das folgert das RG. mit Recht aus dem Zweck des B. Es räumt jedoch dem B.-Empfänger ein Anfechtungsrecht ein, wenn er „mangels Kenntnis des Vertragschlusses und des Zuges des B. eine Erklärung überhaupt nicht hat abgeben wollen“. Diese Ansicht unterliegt erheblichen Bedenken. Ist das B. dem Gegner gar nicht zugegangen und infolgedessen unbekannt geblieben, so ist es überhaupt wirkungslos. Wer sich auf die rechtserzeugende Wirkung eines B. beruft, muß als erste ansprucherzeugende Tatsache das Zuges des B. behaupten und im Falle des Bestreitens beweisen. Wird das Zuges nicht bewiesen, so ist eine Anfechtung nicht nur überflüssig, sondern gegenstandslos. Das RG. will dem B.-Empfänger ein Anfechtungsrecht aber auch dann einräumen, wenn ihm das B. zwar zugegangen, aber unbekannt geblieben ist. Das zeigt der Hinweis auf die frühere Entsch. in RG. 103, 405. Dort hat das RG. ausgesprochen, daß der Empfänger wegen Irrtums anfechten könne, gleichviel, ob die Unkenntnis verschuldet oder unverschuldet sei. Zunächst erscheint die Gleichsetzung beider Fälle nicht gerechtfertigt. Die Lehre von der rechtserzeugenden

mit dem Bess. aus dessen Dienst und endete gleichzeitig das Beteiligungsverhältnis, in dem der Kl. zum Bess. stand. Kl. erhielt „zum vollständigen Ausgleich“ seines Kontos einen Verrechnungsscheck über den festgestellten Betrag seines Guthabens. Mit der im Mai 1928 erhobenen Klage verlangt er

Wirkung eines unwidersprochen gebliebenen B. beruht auf dem Grundsatz, daß es Pflicht eines ordentlichen Kaufmanns ist, ein ihm zugegangenes B. sorgfältig zu lesen und ihm ausdrücklich zu widersprechen, wenn er mit seinem Inhalt nicht einverstanden ist. Dieser Grundsatz ist unanwendbar, wenn der Empfänger von dem B. keine Kenntnis hat nehmen können infolge von Umständen, die weder er noch seine Angestellten zu vertreten haben. Erst die pflichtwidrige Unterlassung eines Widerspruchs hat zur Folge, daß der Empfänger den Inhalt des B. gegen sich gelten lassen muß. Diese Haftung muß also entfallen, wenn der Empfänger unverschuldet keine Kenntnis von dem B. erhielt, mithin nicht widersprechen konnte. Freilich werden solche Fälle selten sein, da der Kaufmann in weitgehendem Maße Vorkehrungen treffen muß, daß er und seine Angestellten von den zugehenden Schreiben keine Kenntnis nehmen können. Liegt aber ein — als rechts hindernder Ausnahmetatbestand vom B.-Empfänger zu beweisender — Fall der Unmöglichkeit vor, so ist das B. wiederum wirkungslos, ohne daß eine Anfechtung des B.-Empfängers erforderlich ist (ebenso Staub, 12./13. Aufl., 3 S. 803 Anm. 386).

Hat aber der Empfänger von einem B. infolge von ihm zurechenbaren Umständen keine Kenntnis erhalten, so möchte ich vorab bezweifeln, daß ein Anfechtungsrecht mit der kaufm. Anschauung im Einklang steht, die der Lehre vom kaufm. B. zugrunde liegt. Es scheint mir auch ein gewisser Widerspruch darin zu liegen, daß das Anfechtungsrecht demjenigen, der infolge flüchtigen Lesens über den Inhalt des B. irrt, verjagt, dagegen demjenigen, der es schuldhafterweise überhaupt unbeachtet läßt, zugehandelt wird. Die Ersatzpflicht aus § 122 BGB. verschafft dem Anfechtungsgegner, zumal wenn es sich um ein Handelsgeschäft handelt, selten einen ausreichenden, oft aber überhaupt keinen Schadensausgleich. Auf der anderen Seite ist die Gefahr von Härten für den B.-Empfänger nicht groß. Die Lehre von der rechtserzeugenden Wirkung von B. beruht völlig auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Es kann sich niemand darauf berufen, der arglistig oder überumpelnd vorgegangen oder sich in dem B. von dem Verhandeln so weit entfernt hat, daß er unmöglich annehmen konnte, der Empfänger werde sich mit dem Inhalt des B. stillschweigend einverstanden erklären.

Aber auch begriffliche und dogmatische Gründe sprechen gegen die Zulässigkeit einer Anfechtung (vgl. meinen Aufs. in JurWdch. 1927, 295 ff.). Anfechtbar ist nach unserem Rechtssystem nur eine Willenserklärung. Bloßes Schweigen ist keine Erklärung. In § 151 BGB. wird immer noch eine schlüssige, nach außen in die Erscheinung tretende Erklärungshandlung verlangt. Wird im Gesetz aus dem Schweigen der Schluß auf eine bestimmte Willensrichtung gezogen, so wird das durch besondere Begleitumstände gekennzeichnete Schweigen als die der Willensrichtung entsprechende Erklärung fingiert (vgl. § 362 BGB.). Friedenhal (Das kaufm. B. in Rechtsfragen d. Praxis Bd. 21), der mir im Ergebnis zustimmt, aber meiner Beweisführung entgegentritt, irrt, wenn er meint, daß es Fiktionen nur kraft ausdrücklich gesetztes Rechtes gebe. Fiktionen finden sich in Verträgen und in Verkehrsitten. Die Fiktion ist ja nichts anderes als eine Denkhilfe für die verschiedensten Zwecke (vgl. Bahinger, Die Philosophie des NS ob). Wer darauf achtet, wird staunen, wie oft die sog. heuristische Fiktion dem Richter zur Findung des richtigen Rechts dient. Die Fiktion des Schweigens des B.-Empfängers als Annahmeerklärung bringt die Folge eines Vertragschlusses in Einklang mit unserer Rechtsordnung, wonach es dazu übereinstimmender Willenserklärungen bedarf. Der Wirkungsbereich einer Fiktion ist bestimmt durch ihr Wesen (bewußte Gleichsetzung von etwas nicht Vorhandenem mit Vorhandenem) und ihrem Zweck. Als objektiver Gegenstand einer Anfechtung wäre an sich auch die fingierte Erklärung denkbar. Aber die Anfechtung setzt eine wirkliche Erklärungshandlung voraus (vgl. ZB. 1912, 26). So hat das RG. auch eine Anfechtung nach § 1956 BGB. nur bei willentlicher Unterlassung der Ausschlagung zugelassen (RG. 58, 85). Daher kann der B.-Empfänger nicht anfechten, wenn er von dem B. keine Kenntnis erhalten hat, mag die Unkenntnis verschuldet oder unverschuldet sein. Daß der B.-Empfänger wegen eines Irrtums über den Inhalt des B. nicht anfechten kann, folgert das RG., wie schon erwähnt, zutreffend aus dem Zweck des B. Die Anfechtung setzt eine Willenserklärung voraus, während es nach dem Zweck des B. und der Annahmefiktion gar nicht darauf ankommt, was der Empfänger gewollt hat: im Gegenteil soll sich ihr Zweck gerade da wirksam erweisen, wo der Empfänger einen der Annahmefiktion widersprechenden Willen gehabt hat. Im Ergebnis hat also der Empfänger eines B., der sich als annehmend behandeln lassen muß, überhaupt kein Anfechtungsrecht.

DRS. Dr. Siller, Köln.

Aufwertung. Er ist in den Vorinstanzen unterlegen, seine Revision zurückgewiesen. Der VerR. stellt fest, daß der Goldmarkwert der Forderung des Kl. nach den Maßzahlen des AufwG. etwa 56 000 G.M. betragen, die am 15. Sept. 1921 geleistete Zahlung aber nur einen Wert von rund 3000 G.M. gehabt habe. Er erkennt an, daß ein unbilliges Mißverhältnis zwischen dem inneren Wert der dem Bekl. zugesprochenen und der von ihm zurückgegebenen Geldsumme bestehe, trotzdem verneint er den Aufwertungsanspruch. Der Kl. habe sich mit den 70 000 M., die er vom Bekl. zum Zwecke des Erwerbes eines Schlächtereigenschaftes im September 1921 zurückgefordert habe, eine neue wirtschaftliche Existenz geschaffen. Das neue Unternehmen habe seine Vermögens- und Einkommenslage gegenüber der vor dem Kriege wesentlich verbessert, und zwar nicht nur in rein geldlicher Beziehung, sondern auch in Ansehung der Sicherheit seiner Existenzgrundlage und damit seiner gesamten sozialen Stellung. Der VerR. begründet dieses Ergebnis unter Betrachtung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Kl. vor dem Kriege und in der späteren Zeit, insbes. auch in den Jahren 1925—1927. Aus den Veranlagungen zur Einkommensteuer und Gewerbebeitragssteuer und der Umsatzsteuer aus den letzten Jahren lasse sich der hohe innere Wert des Unternehmens des Kl. voll erkennen, mit dem sich seine frühere Stellung nicht vergleichen lasse. Wenn die 70 000 M., die der Bekl. dem Kl. überlassen habe, ihrem generellen Werte nach den Beträgen, die der Kl. dem Bekl. überlassen habe, nicht gleichzustellen seien, so sei der individuelle Wert, zu dem er die 70 000 M. verwerten konnte, doch groß genug, um ihm eine bessere wirtschaftliche und soziale Stellung zu verschaffen, als er sie früher hatte. Der Umstand, daß der Bekl., was sein möge, selbst infolge der unwägbaren Verhältnisse des Krieges und der Inflation besonders große Vermögenswerte erlangt habe, wäre nur von Bedeutung, wenn der Kl. infolge der entwerteten Rückzahlung seines Kapitals einen Verlust erlitten habe. Der Kl. habe aber durch sein Zusammenwirken mit dem Bekl. während des Krieges und der Inflation nichts verloren, sondern nur gewonnen.

Die Rev. des Kl. kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil im Gegensatz zu der Annahme des BG. der den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Anspruch wegen verspäteter Geltendmachung als verwirkt anzusehen ist. Da die Zahlung in Papiermark zum Nennbetrage schon im September 1921 erfolgt ist, konnte der Kl. eine Aufwertungsfrage mit Aussicht auf Erfolg allerdings erst erheben, nachdem durch die Rsp. klargestellt war, daß vor Mitte August 1922 bewirkte Zahlungen der Aufwertung zugänglich sind, wenn es sich nicht um Ansprüche aus Geschäften des kaufmännischen Güterumsatzes oder des täglichen Wirtschaftslebens handelt, bei denen im Interesse der Rechtssicherheit die Aufwertung so weit zurückliegender Zahlungen auszuschließen ist. Die Klärung erfolgte aber jedenfalls durch die Entsch. des erf. Sen. v. 18. Febr. 1927 RG. 115, 201<sup>1</sup>). Diese Entsch. wurde auch innerhalb der nächsten Monate allgemein bekannt, so daß seit Mitte des Jahres 1927 kein Hindernis mehr bestand, den Aufwertungsanspruch durchzusetzen. Ein längeres weiteres Zuzwarten des Kl. mit der gerichtlichen Geltendmachung der Aufwertung, die ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist und deshalb gerade nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht für unbeschränkte Zeit zugelassen werden kann, war von da an nicht mehr gerechtfertigt. Der erf. Sen. hat daher, wenn auch eine bestimmte zeitliche Grenze nicht festgelegt werden kann, in der Regel Aufwertungsfragen aus dem Jahre 1928 als verspätet erklärt, insbes. wenn es sich, wie hier um Ansprüche kaufmännisch und rechtlich erfahrener Personen handelt (vgl. zuletzt RG. 131, 225 [231]). Der Kl. ist nun erstmals durch das Schreiben seines Rechtsanwalts v. 10. März 1928 mit Aufwertungsansprüchen an den Bekl. herantreten. Der Umstand, daß die Parteien Brüder sind, mochte wohl eine Zurückhaltung mit einem gerichtlichen Vorgehen entschuldigen. Das verwandtschaftliche Verhältnis bildete jedoch keinen Hinderungsgrund, daß der Kl. dem Bekl. klar zu erkennen gab, daß er Aufwertung verlange und daß der Bekl. sich nicht darauf verlassen dürfe, daß die Sache endgültig erledigt sei. Dies hat er aber nicht getan.

Die Rev. des Kl. ist aber auch unbegründet, soweit sie sich dagegen wendet, daß der VerR. das Bestehen eines Aufwertungsanspruchs überhaupt verneint. Sie rügt insofern Verletzung der Bestimmungen des materiellen Rechts, insbes. des § 242 BGB. Der Ausgangspunkt des BG. sei verfehlt, wenn es sage, die erhebliche Verbesserung der Vermögensverhältnisse des Bekl. könne nur dann von Bedeutung sein, wenn der Kl. infolge der entwerteten Rückzahlung seines Kapitals einen Verlust erlitten hätte. Es handle sich doch nicht darum, daß dem Kl. ein Verlust ersetzt werden solle, vielmehr sei die Rechtslage die, daß der Kl. seinerzeit nicht die Leistung erhalten habe, auf die er nach § 242 BGB. Anspruch hatte, daß also diese Leistung heute noch aussteht. Den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien, würde aber nur dann Anlaß vorliegen, wenn seine Verhältnisse sich verschlechtert hätten. Bei dem Verhältnis der beiderseitigen Vermögenslage, wie das BG. sie feststelle bzw. unterstelle, bestehe kein Anlaß, die Aufwertung zu verlagern.

Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Grundlage jedes Aufwertungsanspruchs ist, daß der Gläubiger, dasjenige, was ihm zukommt, nicht oder nicht vollwertig, also nur teilweise erhalten hat. Aus dieser Grundlage ergibt sich aber nicht notwendig, daß ein geltend gemachter Aufwertungsanspruch begründet ist. Da die Aufwertung auf den Grundsätzen von Treu und Glauben i. S. des § 242 BGB. beruht, ist in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu prüfen, ob der Gläubiger sich mit der bereits empfangenen Leistung begnügen muß, oder ob dem Schuldner noch eine weitere Leistung zuzumuten ist. Wenn auch in der Regel der Schuldner die Aufwertung nicht deshalb ablehnen kann, weil der Gläubiger einen hoch zu bewertenden Teil der Gesamtleistung erhalten hat, so kann doch im Einzelfall die Teilleistung für den Gläubiger so wichtig sein, daß trotz günstiger Vermögensverhältnisse des Schuldners der Gläubiger nicht oder nur unbedeutend benachteiligt erscheint. Wenn der VerR. zu diesem Ergebnis kommt auf Grund der Erwägung, daß der Schuldner dem Gläubiger auf dessen Wunsch durch die vor Fälligkeit geleistete Zahlung entgegengekommen sei, um ihm die Ausnützung einer günstigen Gelegenheit zu ermöglichen, und daß die so ermöglichte Kapitalanlage sich für den Gläubiger als auernd äußerst vorteilhaft erwiesen habe, so kann hierin ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Ein solcher liegt auch nicht in der Ausführung des VerR., daß der Kl. durch das Zusammenarbeiten mit dem Bekl. keinen Verlust erlitten, sondern Vorteil gehabt habe. Denn auch diese Erwägung war im Rahmen des § 242 BGB. durchaus zulässig, für die Beantwortung der Frage, ob der Kl. nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vom Bekl. noch eine Leistung zu fordern hat. Mit Unrecht vermischt der Kl. auch eine Stellungnahme des VerR. zu seiner Behauptung, der Bekl. verdanke die gewaltige Verbesserung seiner Vermögenslage gerade der Tätigkeit des Kl. Wenn es sich auch hier um die Behauptung einer Tatsache handelt, die wie alle Umstände des Einzelfalles für die Frage der Aufwertung von Bedeutung sein können, und wenn sie der VerR. auch nicht ausdrücklich würdigt, so ist doch nicht ersichtlich, daß der VerR. sie übersehen hat und daß er bei ihrer Beachtung zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Die ausführliche Begründung des BU. läßt vielmehr erkennen, daß der VerR. die außerordentliche Verbesserung der Lage des Kl., die durch die vorzeitige Rückzahlung der Kapitaleinlage durch den Bekl. erst möglich wurde, für so ausschlaggebend gehalten hat, daß dadurch allein schon der Aufwertungsanspruch ausgeschlossen wurde. Bei dieser Annahme hat der VerR. die Grenzen des von ihm in Aufwertungsfragen zu übenden billigen Ermessens nicht verletzt. Es bestehen auch keine Bedenken in der Richtung, ob der VerR. das Verhältnis zwischen dem Wert der tatsächlichen Leistung des Bekl. und dem Wert der Forderung genügend berücksichtigt hat. Auch hier konnte der VerR. trotz des recht erheblichen Mißverhältnisses in den Werten der Forderung und der Leistung des Bekl. ohne Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben den Ausgleich finden in dem außerordentlichen Vorteil, den der Kl. durch die für ihn im günstigsten Zeitpunkt geschehene Papiermarkzahlung hatte.

(U. v. 16. Juni 1931; 445/30 II. — Berlin.)

[Ru.]

<sup>1</sup>) ZB. 1927, 974.

8. § 138 BGB. Grundsätze für die Gültigkeit vertraglicher Freizeichnungsklauseln. Grenzen der Berechtigung der Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit der Unternehmergruppe. †)

(U. v. 8. Juli 1931; 84/31 V. — Hamburg.) [Sch.]  
Abgedr. JW. 1931, 2719<sup>19</sup>.

9. §§ 276, 278, 138 BGB. Rechtsgültigkeit des Haftungsausschlusses der Auskunfteien, auch soweit es sich um die Versehen leitender Angestellter handelt, soweit nicht die Unrichtigkeit der Auskunft auf Einrichtungsängeln beruht. †)

Die bekl. Auskunftei hatte der Kl. das Kapital der angefragten Firma mit 101 500 RM angegeben. Das Kapital betrug in Wirklichkeit nur 11 500 RM. Die Zahl 101 500 beruhte auf einem in der Niederlassung der Bekl., sei es schon im Entwurf des Berichters, sei es bei dessen Übertragung in die Maschine gemachten Schreibfehler.

Die Kl. macht die Bekl. wegen ihres Schadens, den sie infolge der Kreditgewährung an jene Firma erlitten hat, verantwortlich. Das BG. hat auf Grund der Freizeichnungsklausel in den Geschäftsbedingungen der Bekl. die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. hatte keinen Erfolg.

Der Vertrag der Parteien schließt nach seinem klaren Wortlaut die Verantwortung der Bekl. für die auf Grund ihrer Auskünfte getroffenen Entschlüsse der Besteller aus. Die Ansicht der Kl., sie habe danach nur die Gefahr übernommen, die mit der Verwendung von Vertrauensleuten und Gehilfen im Außendienst der Bekl. verbunden sei, haben die Vorinstanzen in Übereinstimmung mit RG. 115, 122<sup>1)</sup> abgelehnt. Die Rev. kommt darauf nicht zurück. Sie läßt die Vereinbarung aber nicht gelten, wenigstens nicht, wenn der Bekl. selbst oder ihren leitenden Beamten ein Verschulden zur Last falle, und beharrt darauf, daß dies hier zutrefte. Nach den §§ 276, 278 BGB. haftet der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit, soweit nichts anderes bestimmt ist. Er muß auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes eintreten. Die Haftung für den eigenen Vorsatz kann ihm nicht im voraus erlassen werden. Wegen der eigenen Fahrlässigkeit und wegen des Verschuldens seiner Erfüllungsgehilfen ist gleiches im Gesetze nicht bestimmt. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, die hiernach insoweit herrscht, gilt nach der Rspr. aber nicht ausnahmslos. Wer ein für den Verkehr unentbehrliches Gewerbe betreibt, wenn auch nicht allein, sondern in einer Gruppe von Unternehmern, darf ebensowenig wie der Inhaber eines Monopols die Zwangslage derer, die seine Dienste in Anspruch nehmen, dazu benutzen, zu seinem Vorteil der Allgemeinheit unbillige und unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen. Auch in der Form des Vertrags muß ihm das verwehrt werden, weil seine Ver-

tragsgegner außerstande sind, das Für und Wider jedesmal abzuwägen, sondern ein für allemal seine Bedingungen annehmen müssen, da sie auf seine Dienste nicht verzichten können. Dieser Gedanke hat das RG. dazu geführt, für verschiedene Geschäftszweige, besonders die mit der Beförderung und Lagerung von Gütern befaßten, allgemeine Bedingungen, welche die gesetzlich gewollte und im Verkehr als billig empfundene Haftung ausschließen, nicht in vollem Umfang gelten zu lassen, sondern auf Grund des § 138 BGB. insoweit für nichtig zu erklären, wie sie mit den guten Sitten unvereinbar erscheinen (vgl. RG. 62, 266; 102, 396<sup>2)</sup>; 103, 83<sup>3)</sup>; 106, 386). Der Haftungsausschluß, den das Auftragsformular der bekl. Auskunftei enthält, ist in dem wegen einer Auskunft des Jahres 1924 gegen sie angestregten Schadenersatzprozesse (RG. 115, 122) hinsichtlich der Angestellten nicht beanstandet worden; in den Gründen heißt es, es sei weder dargetan, daß sich die gewerbmäßigen Auskunfteien zusammengeschlossen und den Kunden gleichartige Bedingungen auferlegt hätten, noch zuzugeben, daß ihr Gewerbebetrieb dem Verkehr ebenso unentbehrlich wäre wie das Speditionsgewerbe, ohne das der Handel nicht leben könne; niemand sei in gleicher Weise genötigt, mit Auskunfteien in vertragliche Beziehungen zu treten. Die Kl. tritt diesem auch im Schrifttum (JW. 1927, 1086; RGWRomm., Anm. 5 zu § 276) zum Teil angefochtenen Darlegungen entgegen.

Nach Lage des Falles bedarf es nun keiner Erörterung der Frage, ob die gewerbmäßig betriebenen Auskunfteien einem erheblichen Teil der Allgemeinheit unentbehrlich sind. Ebensovienig braucht hier entschieden zu werden, ob es keinen Unterschied macht, daß nur die „seriösen“ Auskunfteien die Haftung ein für allemal ausschließen und daß sie dazu nicht durch ein Bedingungsartell verpflichtet sind. Wenn man in alledem auch die Ansicht der Kl. gelten ließe, so bliebe doch zu prüfen, ob der Haftungsausschluß, den die Auskunfteien von ihren Kunden verlangen, diesen ein unbilliges und unverhältnismäßig großes Opfer auferlegt, das die Anwendung des § 138 BGB. rechtfertigen könnte. Schon die Rechtslage ist insoweit nicht dieselbe wie bei den Gewerben, deren Verhältnisse das RG. früher beurteilt hat. Denn für diese ist eine verschärfte Haftung mannigfach vorgeschrieben (vgl. §§ 390, 417, 429, 431 BGB.). Für das Auskunftsgewerbe kommt nur die allgemeine Regel der §§ 276, 278 BGB. in Betracht. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß, wie Heinsheimer in seiner Besprechung JW. 1927, 1088 sagt, die Freizeichnung von der Haftung für die Folgen eines bei der Erteilung der Auskunft waltenden Verschuldens den Vorbehalt bedeute, gerade die Leistung, wofür die Gebühr entrichtet wird, nicht richtig zu bewirken. Die Schadenersatzpflicht bei fahrlässig mangelhafter Leistung ist nur eine der Folgen der Verpflichtung zur gehörigen Leistung. Ihr Ausschluß ist, wie schon die §§ 276, 278 BGB. zeigen, mit der Leistungspflicht im allgemeinen nicht unverträglich. Bei

Zu 8 u. 9. Beide Urteile sind von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der sog. Freizeichnungsklausel und ergänzen sich.

In der Entsch. (JW. 1931, 2719<sup>19</sup>) stellt das RG. die Grundsätze zusammen, die sich in der Rspr. über die Freizeichnungsklauseln herausgebildet haben. Auszugehen ist von der Vertragsfreiheit, die ihre Grenze findet in den zwingenden Regeln des Gesetzes. Zunächst kommt als solche Regel § 276 Abs. 2 BGB. in Frage, wonach die Haftung wegen Vorsatzes nicht im voraus erlassen werden kann. Das gilt aber nur für eigenes Verschulden. Dagegen kann die Haftung für jedes Verschulden der Erfüllungsgehilfen (§ 278) grundsätzlich ausgeschlossen werden. Aber die Zulassung eines unbeschränkten Haftungsausschlusses würde häufig zu großen Unbilligkeiten führen. Um hier den nötigen Ausgleich zu schaffen, gibt § 138 BGB. die geeignete Handhabe. Wenn der Haftungsausschluß die übermäßige Ausnutzung einer wirtschaftlichen Übermacht oder einer absoluten oder relativen Monopolstellung bedeutet, die zu sachlich ungerechtfertigten und unbilligen Vertragsbedingungen führt, so ist er unwirksam (vgl. Enneccerus-Ripperden, Allg. Teil S. 589 IV). Das trifft zu, wenn Unternehmergruppen in wirtschaftlichen Monopolstellungen lebendig aus eigenem Interesse dem Verkehr unerträgliche Opfer aufbürden. Deshalb erklärt das RG. mit Recht Freizeichnungsklauseln insoweit für nichtig, als sie das Verschulden (wenn auch nur die Fahrlässigkeit!) der Geschäftsinhaber oder ihrer leitenden Angestellten in lebenswichtigen (z. B. nicht bei Luftschiffahrtsgesellschaften

[vgl. RG. 117, 104 = JW. 1927, 2210]) Monopolbetrieben betrifft. Im übrigen ist die Klausel gültig.

In dem Urteil JW. 1931, 2719 lehnt das ArbGG. es ausdrücklich ab, diese Grundsätze auch auf Angestellte, die nicht zu den leitenden Angestellten zu rechnen sind, auch wenn sie selbständig verantwortungsvolle Betriebsposten ausfüllen, auszudehnen. In dem Urteil 291/30 V schränkt das RG. mit ausführlicher Begründung sogar den Grundsatz, daß der Ausschluß der Haftung für Verschulden leitender Angestellten unzulässig ist, noch ein. Wenn besondere Gründe, namentlich wirtschaftliche Erwägungen es rechtfertigen, ist u. U. auch der Haftungsausschluß für leitende Angestellte zulässig. M. E. ist die Stellungnahme des RG. zu billigen. Es darf nicht übersehen werden, daß unsere Wirtschaftsordnung auf den Prinzipien der Konkurrenz- und Vertragsfreiheit beruht und daß im wirtschaftlichen Kampf naturgemäß jedes Unternehmen auf seinen eigenen Vorteil und auf mögliche Gefahrabwälzung bedacht sein muß. Dabei ist die Schädigung Dritter nicht immer zu vermeiden.

Besonderes Interesse hat das Urteil 291/30 V noch deswegen, weil darin die Freizeichnungsklauseln der Auskunfteien wiederum in sehr erheblichem Maße als rechtmäßig anerkannt werden (vgl. dazu auch RG. 115, 122 = JW. 1927, 668). Allerdings scheint das RG. seinen früheren Ausgangspunkt, daß Auskunfteien im Gegensatz zu Speditionsunternehmern noch keine für den Verkehr unentbehrlichen Einrichtungen seien, nicht mehr ganz aufrechterhalten zu wollen. Die Richtigkeit dieser Begründung läßt es hier ausdrück-

<sup>1)</sup> JW. 1927, 668.

<sup>2)</sup> JW. 1922, 32. <sup>3)</sup> JW. 1922, 575. <sup>4)</sup> JW. 1927, 668.

der Beurteilung der Zumutungsfrage erscheint es zunächst unbedenklich, daß die Auskunftsei es ablehnt, für die Gehilfen und Vertrauenspersonen einzustehen, soweit sie den Stoff der Auskunft beschaffen. Das folgt aus der Eigenart des Unternehmens und wird von der Kl. kaum ernsthaft angezweifelt. Hier handelt es sich aber um ein Versehen, das nicht bei der Stoffsammlung, sondern bei ihrer Verarbeitung zu der an die Kl. gegebenen Auskunft im Innendienst der Bekl. unterlaufen ist. Die Tätigkeit, die dabei entwickelt wird — Niederschrift und Durchsicht des Schreibens —, unterscheidet sich, wie der Kl. zugegeben ist, nicht von der Herstellung geschäftlicher Briefe mit anderem Inhalt in anderen kaufmännischen Betrieben. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß solche Auskünfte als schnell zu liefernde Massenware ohne Rücksicht auf den Geldwert des Geschäfts, wofür sie benutzt werden sollen, zu einem ganz billigen Preise verlangt und gewährt werden. Die Bekl. hat mit der Kl. einen Preis von 4 RM für jede Auskunft vereinbart und will durchschnittlich noch weniger erhalten. Andererseits können die Geschäfte, für welche die Auskünfte angefordert werden, über unbegrenzte Beträge lauten. Hohe Summen sind sogar die Regel. Die Auskunftsei hat wohl nicht einmal ein Recht darauf, das nähere darüber zu erfahren, und sie könnte dem, wenn es ihr mitgeteilt wird, für die übliche Gebühr nicht Rechnung tragen. Die Versicherungsprämie, die sie zahlen oder die Rücklage, die sie zur Sicherung gegen Rückgriff machen müßte, wäre selbst mit der ganzen vereinbarten Vergütung nicht zu erschwingen. Diese Verhältnisse sind den Kunden wohl bekannt. Es widerspricht unter diesen Umständen nicht den guten Sitten, insbesondere nicht guter Kaufmannsart, die stets unverhältnismäßig hohe Haftung für Versehen von Angestellten auch bei der Niederschrift und Übermittlung der Auskunft abzulehnen.

Anderes wäre es zu beurteilen, wenn die Auskunftsei durch die Fahrlässigkeit der ihre Geschäftsführung bestimmenden Personen, sei es des Inhabers, sei es der in diesem Sinne leitenden Angestellten, überhaupt nicht die Einrichtungen hat, die der Betrieb des Geschäfts erfordert, um zur Erteilung einer richtigen Auskunft zu führen. Daß die Kundschaft aller Bedingungen ungeachtet auf den Bestand solcher Einrichtungen vertraut und sonst die Auskunftseien nicht in Anspruch nähme, liegt zu nahe, um von diesen verkannt werden zu können. Für den Fall, daß es daran gebriecht, hat aber auch das BG. die Haftung der Bekl. nicht verneint. Es nimmt vielmehr nach der Ermittlung des Sachverhalts an, daß hier kein Organisationsfehler dargetan sei. Diese Würdigung kann nicht als rechtsirrig bezeichnet werden. Die Kl. vermißt infoweit die Anordnung der Bekl., die in den Auskünften vorkommenden Zahlen auch mit Buchstaben auszusprechen. Dieses Verfahren ist aber im Geschäftsverkehr nicht so üblich, daß der Mangel einer solchen Weisung ausreichte. Die Annahme, daß die Organisation fehlerhaft sei, folgt auch nicht ohne weiteres daraus, daß der Richter im vorliegenden Falle die vorgeschriebene Zeichnung der Urschrift der Auskunft, also wohl auch ihre Durchsicht, unterlassen hat, und das beim Abgang von der sog. Kontrollstelle, auch vom Leiter der Niederlassung bei der am nächsten Tage erfolgten allgemeinen Durchsicht der Auskünfte übersehen worden ist. Es handelt sich um ein unglückliches Zusammenreffen von Fehlern in einem Fall, wie es auch in einem sonst geordneten Betrieb möglich ist. Die Sache liegt wesentlich milder als etwa der in RG. 102, 397<sup>5</sup>) beurteilte Fall, wo ein solcher Schluß gezogen worden ist. Die Kl. meint zwar, die Bekl. müsse schon deshalb für das Ver-

sehen eintreten, weil die Beteiligten leitende Angestellte seien, und das BG., das diese Eigenschaft dem Richter mit Recht abspriecht, hat sich nicht darüber schlüssig gemacht, ob nicht wenigstens der Leiter der Niederlassung dazu gehört. Aber wenn man das zugunsten der Kl. unterstellt, so ändert es am Ergebnisse nichts. Soweit einen leitenden Angestellten nicht der Vorwurf trifft, die allgemeine Einrichtung des Geschäfts vernachlässigt zu haben, sondern nur, wie hier, daß er den Mangel einer einzelnen Auskunft oder der Art ihrer Erledigung übersehen hat, greifen die Erwägungen durch, aus denen zuvor es grundsätzlich für zulässig erachtet worden ist, daß die Auskunftseien ihre Haftung für das Versehen ihrer Angestellten ausschließen. Es ist keine für die Kundschaft unerträgliche Zumutung und kein Mißbrauch einer etwa vorhandenen Monopolstellung der Auskunftseien, wenn sie bei den sonstigen Bedingungen ihrer Geschäfte auch die Verantwortung für solche Versehen ihrer leitenden Angestellten vertraglich ablehnen.

(U. v. 10. Juni 1931; 291/30 V. — Kassell.)

[Sch.]

**\*\*10. § 138 BGB.**

1. Bei der Aufrechnung mit einer Gegenforderung darf nicht sowohl die Zulässigkeit der Aufrechnung, wie auch evtl. der Bestand der Gegenforderung verneint werden. Solche Eventualentscheidungen sind wegen der Ungewißheit über den Umfang der Rechtskraft unzulässig.

2. Sittenwidrige Ausbeutung einer Monopolstellung.

3. Bedeutung der Klausel: „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten.“<sup>†</sup>)

Die Kl. hat der Bekl. etwa 2700 t Schiffszbaumaterial geliefert entsprechend den von letzterer vorgenommenen Spezifikationen. Die Lieferungen sollten etwa 4—6 Wochen nach Eingang der jedesmaligen Spezifikationen erfolgen. Lieferungs- und Versandmöglichkeit war vorbehalten. Der Vertrag war auf Grund der dem Bestätigungsschreiben beigefügten gedruckten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Kl. abgeschlossen. Die Bekl. hat das gelieferte Material zum Schiffsbau verwendet.

Die Kl. verlangt Zahlung des restl. Kaufpreises. Die Bekl. hat die Klageforderung an sich nach Grund und Höhe nicht bestritten. Sie rechnet aber gegenüber der Klageforderung in voller Höhe mit Gegenforderungen auf Schadenersatz auf, die sie in Höhe des überschießenden Betrages von 9903,63 RM widerklagend geltend macht. Sie stützt diese Gegenforderungen auf den durch die Nichteinhaltung der vertraglich festgelegten Liefertermine eingetretenen Lieferungsverzug der Kl., durch den sie selbst an der rechtzeitigen Fertigstellung des Schiffes, für dessen Bau die Lieferungen der Kl. bestimmt gewesen, trotz Überstunden und erhöhter Lohnaufwendungen verhin- dert worden sei und daher von der Bestellerin des Schiffes auf Zahlung der Vertragsstrafe in Anspruch genommen werde. Auch darin, daß die Kl. den Vertrag mit den festen Lieferterminen abgeschlossen, ohne sich vorher zu vergewissern, ob ihre ausländische Lieferfirma auch zur Einhaltung derselben imstande sei, erblickt die Bekl. ein für ihren Verzug ursächliches Verschulden der Klägerin.

Die Kl. hat ihren Verzug bestritten; im übrigen hat sie die Unzulässigkeit der Aufrechnung und die Unbegründetheit der Gegenforderungen auf Grund des § 4 Abs. 1 (Freizeichnungsklausel: „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“) und des § 12 Abs. 3 (Aufrechnungsverzicht gegenüber der Kaufpreisforderung) der zum Vertragsinhalt gemachten gedruckten

**Zu 10. 1.** Der prozessuale Teil der Entsch. darf der Zustimmung sicher sein. Es muß klar erkennbar sein, ob das Bestehen der Gegenforderung rechtskräftig verneint ist oder nicht. Die materielle Zulässigkeit der geltend gemachten Aufrechnung ist Voraussetzung der Entsch. über das Bestehen oder Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Zutreffend sagt das Ur.: Ist die Aufrechnung zulässig, so durfte die Gegenforderung der Bekl. nicht für unzulässig erklärt werden. Sie durfte in diesem Falle überhaupt nicht geprüft und es durfte über sie nicht entschieden werden.

2. Der zivilrechtliche Teil des Urteils ist recht bedeutsam, wenn er auch neue Grundsätze nicht aufstellt.

a) Das Ur. führt zielbewußt die Grundsätze der Rspr. über die Sittenwidrigkeit einseitig und unter Ausnützung einer Monopol-

lich dahingestellt. Trotzdem hält es die Freizeichnungsklausel für gültig und legt in einleuchtender Weise dar, daß die Gebühr für erteilte Auskünfte im Verhältnis zu den Objekten, für deren Behandlung sie benutzt werden, sehr gering ist und daß deshalb von einer unverhältnismäßigen und drückenden Belastung des Verkehrs nicht gesprochen werden kann. Denn erst die rücksichtslose Ausnutzung der Monopolstellung zum eigenen Vorteil macht die Freizeichnungsklausel nach § 138 unwirksam. Es müssen immer die beiderseitigen Interessen berücksichtigt werden, und es ist verfehlt (bedenklich) Heinsheimer: JW. 1927, 1088), allein auf die Interessen der Auskunftsempfänger abzustellen.

Prof. Dr. Ripperhey, RMn.

<sup>5</sup>) JW. 1922, 32.

Verkaufs- und Lieferungsbedingungen geltend gemacht. In den Vorinstanzen ist die Besl. unterlegen; ihre Rev. führte zur Aufhebung des Bl. aus folgenden Gründen:

Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts in § 12 Abs. 3 der zum Vertragsinhalt gemachten gedruckten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Kl. wird mit Recht vom BG. auch auf die Aufrechnung bezogen. „Zurückbehaltung“ einer fälligen Geldforderung wegen einer gleichfalls fälligen Gegenforderung auf Geld ist in Wahrheit gar nichts anderes als Aufrechnung. Ebenso ist die weitere Ansicht des BG., daß die Vereinbarung des Ausschlusses einer Aufrechnung mit Gegenforderungen gegenüber dem Kaufpreisanpruch an sich rechtswirksam ist, übrigens auch im Geschäftsleben durch die Klauseln in Kaufverträgen „Kasse gegen Faktura“ oder „Kasse gegen Dokumente“ weiteste Anerkennung durch den Verkehr gefunden hat, rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Kl. hatte der Aufrechnungseinrede gegenüber replicando geltend gemacht, die Aufrechnung sei in erster Linie unzulässig gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 12 Abs. 3 a. a. D., aber auch für den Fall der Zulässigkeit sei dem nach Grund und Betrag an sich unstreitigen Klageanspruch stattzugeben, weil die geltend gemachte Gegenforderung mit Rücksicht auf die Freizeichnungsklausel des § 4 a. a. D. („Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“) nicht bestehe, also unbegründet sei.

Das BG. ist gleicher Ansicht. Es verurteilt nach dem Klageantrag, läßt aber dahingestellt, ob der Aufrechnungsverzicht (das Aufrechnungsverbot) des § 12 gültig oder nichtig ist. Dieser Standpunkt des BG. ist rechtsirrig wegen der sich aus der Vorschrift des § 322 Abs. 2 ZPO. ergebenden ganz verschiedenen Tragweite seines Urts. in bezug auf die Rechtskraft, je nachdem der Entscheidungsgrund und damit die Entsch. selbst die Aufrechnung für unzulässig erklärt oder aber das Nichtbestehen der Gegenforderung feststellt. Das BG. mußte die Frage der Gültigkeit des Aufrechnungsverzichts entscheiden. Ist er gültig, die Aufrechnung also unzulässig, so durfte die Gegenforderung der Besl. nicht für unbegründet erklärt werden. Durch Hinzufügung dieser zweiten Entsch. wird die Rechtskraftwirkung des Urts. verändert; es wird außer der ersten, die ausdrückt, daß die Klageforderung besteht, weiter noch eine der Rechtskraft fähige Entsch. über das Nichtbestehen der Gegenforderung gefällt. Beide stehen im Eventualverhältnis zueinander. Solche der Rechtskraft fähige Eventualentscheidungen sind aber unzulässig, wie auch die Rev. im Anschluß an das von der Besl. überreichte Privatgutachten von Prof. Dr. Pagenstecher ausführt. Denn die Rechtskraft eines solchen Urts. ist nach § 322 Abs. 2 ZPO. völlig in Zweifel gerückt, da es keinen bestimmbareren Inhalt hat (RG.: JW. 1906, 394<sup>21</sup>). Es gibt keine klare Entsch. darüber, ob die Besl., ohne sich dem Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache auszusetzen, befugt ist, ihre Schadenersatzforderung in einem neuen Prozeß gegen die Kl. geltend zu machen. Die Besl. läuft somit bei Aufrechterhaltung des Bl. Gefahr, ihre Gegenforderung einzubüßen. Sie ist daher durch das angefochtene Urt. im Hinblick auf dessen Entsch. über die Gegenforderung belanglos. Daß sie den Verfahrensmangel in der schriftlichen

Revisionsbegründung nicht gerügt hat, steht seiner Geltendmachung nicht entgegen; er ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Denn es handelt sich auch hier ebenso wie in RG. 110, 169 ff. (172<sup>1</sup>) ausgeführt, um einen in der Rev.Just. fortwirkenden Verstoß gegen einen prozessrechtlichen Grundsatz, der im öffentlichen Interesse zu beachten und dessen Befolgung dem Belieben der Parteien entzogen ist.

Das Urt. war daher wegen dieses prozessualen Mangels aufzuheben, aber auch wegen der von der Rev. gerügten materiellrechtlichen Verstöße.

Die Besl. hatte bei Begründung ihrer Gegenforderung wegen verspäteter Lieferungen gegenüber dem Hinweis der Kl. auf die gedruckten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, insbes. auf die Freizeichnungsklausel des § 4 das. („Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“) und den Aufrechnungsverzicht im § 12 geltend gemacht, daß der Kl. kein Recht zustehe, sich auf diese Bestimmungen zu berufen. Denn ihre Festsetzung als Vertragsinhalt auf Verlangen der Kl. sei sittenwidrig und daher gemäß § 138 BGB. nichtig; zum mindesten stehe der Berufung der Kl. auf diese Bestimmungen wegen der Art ihres Zustandekommens die *exceptio doli* entgegen.

Die Besl. macht für diesen Standpunkt geltend:

1. Die Kl. habe als Mitglied des Eisen- und Stahlhandelsverbandes oder eines Verbandes mit ähnlichem Namen, zu dem alle größeren Firmen dieses Geschäftszweigs gehören und dessen Mitglieder Ware nur unter den von diesem diktierten Vertragsbedingungen verkaufen, unter Ausnutzung dieser Monopolstellung ihr die Annahme dieser Bedingungen als Vertragsinhalt aufgezwungen; ohne deren Annahme sei für die Werften eisernes Schiffsbaumaterial nicht zu erhalten gewesen;

2. die Kl. habe in Kenntnis des Umstandes, daß die Besl. bei Meidung hoher Vertragsstrafen zur rechtzeitigen Ablieferung des Schiffes an die Bestellerin verpflichtet war und in fernerer Kenntnis, daß sie selbst sich mit Baumaterial noch nicht eingedeckt habe und vermutlich sich auch nicht mehr so rechtzeitig eindecken könne, um die bedungenen Lieferfristen einzuhalten, die Lieferung des Materials innerhalb der Fristen zugesagt.

Würde auch nur eine dieser beiden Behauptungen (Ziff. 1 und 2) zutreffen, so wäre nicht nur die Freizeichnungsklausel des § 4 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, sondern auch das Aufrechnungsverbot des § 12 das. nach § 138 BGB. nichtig. Denn im Falle der behaupteten Ausnutzung ihrer angeblichen wirtschaftlichen Monopolstellung durch die Kl. (Ziff. 1) wäre der Besl. die Annahme beider Bestimmungen sittenwidrig aufgezwungen worden, wie in Übereinstimmung mit der ständigen Rspr. des RG. anzunehmen wäre (vgl. RG. 62, 266; 99, 109, 110<sup>22</sup>; 103, 84<sup>23</sup>); 104, 308; 106, 388; JW. 1925, 1395<sup>26</sup>). Für den Fall aber, daß die oben zu Ziff. 2 wiedergegebenen Behauptungen der Besl. zutreffen sollten, würden — auch ohne Ausnutzung einer etwaigen Monopolstellung der Kl. — die unter Ausbeutung der Unkenntnis der Besl. von der wahren Sachlage auf Verlangen der Kl. zu ihren Gunsten und zum Nachteil der Besl. bedungenen Bestimmungen in §§ 4 und 12 als Verletzung der Anforderungen, die der Geschäftsverkehr

stellung diktiert Vertragsbedingungen fort. Die meisten der bisherigen Entsch. beziehen sich auf Vertragsbedingungen bei Verkehrsanstalten und im Verkehrsgewerbe (Kaiser-Wilhelm-Kanal; Speditionen; vgl. auch RG. 20, 117, Verfrachtungsbedingungen). In RG. 104, 308 wird zwar der gleiche Grundsatz auch für Lieferungsbedingungen bei Umjahrgeschäften aufgestellt; im dortigen Falle reichten jedoch die tatsächlichen Grundlagen zu seiner Anwendung nicht aus. Im obigen Urt. wird dieser Grundsatz nicht nur aufgestellt, sondern er wird auch angewendet. — Besonders wichtig ist folgendes: Die Sittenwidrigkeit der überspannten Geschäftsbedingungen wird nicht durch einen Zusatz über die Abänderungsmöglichkeit im Einzelfall ausgeschlossen, wenn tatsächliche Abänderung wegen der Machtstellung des Lieferers nicht zu erreichen, der Zusatz also faktisch bedeutungslos ist.

b) Die bisher aufgestellten Grundsätze über die Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“ werden noch schärfer begründet. Die Klausel schließt die Lieferungsverpflichtung nur aus, wenn künftige, bei Vertragschluß noch ganz ungewisse und nicht voraussehbare Lieferungs Hindernisse eintreten. Die Klausel deckt nicht Lässigkeiten, deren man sich beim Vertragschluß schuldig macht. Sie kann noch

weniger dazu dienen, um sich in einfacher Weise unbequem gewordenen Verpflichtungen zu entziehen. — Ein Verkäufer, der sich zu einer fristgemäß zu erfüllenden erheblichen Lieferung verpflichtet, muß den Käufer darauf aufmerksam machen, daß er sich noch nicht eingedeckt hat. Sonst kann er sich auf die Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“ nicht berufen.

3. Urteile von der Art des vorliegenden sollten eine Mahnung an unseren Handelsstand sein. Es gereicht unseren Unternehmern und unseren Großunternehmungen nicht zur Ehre, wenn das RG. ihre Geschäftsbedingungen wegen Sittenwidrigkeit für ungültig erklären muß. Neben den Geschäftsbedingungen der Verkehrsunternehmungen und der Warenlieferanten werden wohl auch die der Großbanken einmal daraufhin durchzuprüfen sein, ob sie nicht Verstöße gegen § 138 BGB. enthalten. Auf einen Fall dieser Art habe ich in einer Abhandlung „Die Erweiterung der Pfandklausel in den Bankbedingungen“ in der demnächst erscheinenden Festschrift für Ernst Lehmann, Bd. II, die Aufmerksamkeit zu lenken gesucht.

Prof. Dr. Heinrich Döntiger, Freiburg i. Br.

<sup>1</sup>) JW. 1925, 766. <sup>2</sup>) JW. 1920, 773. <sup>3</sup>) JW. 1922, 575.

an Wahrung von Redlichkeit und Anstand stellt und daher als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen sein; zum mindesten stände der Berufung der Kl. auf die durch ihr doloses Verhalten zum Vertragsinhalt gemachten Bestimmungen der Einwand der Arglist entgegen.

Die Ausführungen, mit denen das BG. das obige Vorbringen der Befl. zurückweist, sind unzureichend und rechtsirrig.

Das BG. sieht den auf die mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Monopolstellung durch die Kl. gegründeten Einwand der Befl. ohne weiteres als unerheblich an, weil diese es unterlassen habe, von der in § 4 Abs. 1 Satz 2 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen gegebenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, sich entgegen der im vorhergehenden Satz enthaltenen Freizeichnungsklausel („Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“) durch schriftliche Vereinbarung das Recht auf Geltendmachung von Verzugsstrafen und auf sonstige Schadensersatzansprüche vorzubehalten. Damit verkennt das BG., wie die Rev. mit Recht rügt, Sinn und Zweck des ganzen Einwandes. Denn dieser enthält naturgemäß auch die Behauptung, daß die in § 4 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Möglichkeit nur auf dem Papier stehe, eben weil die Kl. unter mißbräuchlicher Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Monopolstellung die Befl. zum Abschluß des Lieferungsvertrages unter Anerkennung der uneingeschränkten, d. h. nicht durch gegenteilige Abmachungen i. S. des zweiten Satzes außer Kraft zu setzenden Freizeichnungsklausel und der übrigen die Interessen der Kl. einseitig wahren den gedruckten Bedingungen u. a. des § 12 Abs. 3 gezwungen habe.

Hiernach erübrigte sich keineswegs die Nachprüfung der von der Befl. unter Beweis gestellten Behauptung über die mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Monopolstellung durch die Kl. (oben Ziff. 1), wie die Rev. mit Recht rügt.

Weiter ist die Begründung des BG., durch die es das Vorbringen der Befl. oben zu Ziff. 2 als unerheblich hinzustellen sucht, rechtsirrig. Es glaubt auch hier, von einer Aufklärung des Sachverhalts absehen zu können, und zwar durch die Erwägung, es sei weder festzustellen, daß die Befl. den Vertrag nicht oder nicht so wie geschlossen geschlossen hätte, wenn die Kl. ihr mitgeteilt hätte, daß sie sich wegen der verkauften Schiffbaumaterialien noch nicht eingedeckt habe, noch sei festzustellen, daß die Kl. sich bewußt gewesen sei, daß sie der Befl. diesen Umstand als für ihren Entschluß maßgebend mitzuteilen habe. Diese ganzen Ausführungen sind rechtsirrig, wie die Rev. zutreffend rügt. Die Kl. war, falls sie sich zur Zeit der zum Abschluß des Vertrages mit der Befl. führenden Verhandlungen wegen des von ihr an diese zu liefernden eisernen Schiffbaumaterials noch nicht eingedeckt hatte, auch nicht wenigstens die Lieferung der erforderlichen Mengen — es handelt sich um das bedeutende Quantum von 2700 t — fest an der Hand hatte, nach der ihr obliegenden Offenbarungspflicht bei Vertragsschluß gehalten, der Befl. bei den Verhandlungen hiervon Mitteilung zu machen. Denn für die Übertragung so umfangreicher Materiallieferungen für den Bau eines selbstverständlich zu einem bestimmten Termin bei Meidung hoher Vertragsstrafen für jeden Tag der Verspätung der Ablieferung fertig zu stellenden Schiffs ist die Frage ausreichender Eindeckung der Lieferantin für ihre pünktliche Erfüllungsmöglichkeit von ausschlaggebender Bedeutung. Es erscheint deshalb mit Rücksicht auf den Mangel jeder Sicherheit pünktlicher Lieferung der Kl. geradezu ausgeschlossen, daß die Befl. mit ihr abgeschlossen hätte, falls sie gewußt hätte, daß diese, wie für die Rev. Inst. zu unterstellen ist, zur Zeit des Vertragsschlusses noch ohne feste Eindeckung war, auch nicht über eine sichere Abschlußmöglichkeit zur Erfüllung des Vertrages unter pünktlicher Einhaltung der bedungenen Lieferfristen verfügte. Darüber war auch die Kl. als bedeutende Handelsfirma, die im Geschäftsleben steht, nicht einen Augenblick im Zweifel. Die gegenteilige Ansicht des BG. bezüglich des Standpunkts jeder der Parteien ist nicht verständlich; sie läßt nicht nur eine Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles, sondern auch allgemeine Erfahrungssätze vermessen und beruht weiter auf einer Verkennung der durch die Rspr. des RG. aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelten Grundsätze über die Offenbarungspflicht beim Vertragsschluß und deren Verletzung (§ 276 BGB.; vgl. z. B.

RG. 97, 327; 103, 47 [50]; 107, 357 ff. [362]; ferner RG.: JW. 1912, 743<sup>3</sup>; 1919, 36; 1921, 1235<sup>11</sup>; 1927, 1993<sup>3</sup>).

Danach erübrigte sich auch zu diesem Punkte (oben Ziff. 2) nicht die Nachprüfung der von der Befl. unter Beweis gestellten Behauptungen.

Offenichtlich ist die vorstehend behandelte rechtsirrigte Begründung des BG. zum zweiten Einwand der Befl. (oben Ziff. 2) durch seine ebenfalls gerügte Verkennung der rechtlichen Bedeutung der Lieferungs-Freizeichnungsklausel beeinflusst. Das BG. behandelt diese, ohne auch nur mit einem Worte auf ihre rechtliche Bedeutung einzugehen trotz der sehr eingehenden Rechtsausführungen der Befl. und ihrer Hinweise auf die Rspr. des RG. zu der Klausel so, als ob sie der Kl. ohne Rücksicht auf ihr eigenes Verhalten das Recht gebe, sich ganz nach ihrem Belieben auf sie zu berufen, und als ob es Sache der Befl. gewesen wäre, den Rechtswirkungen aus dieser für sie „unbequemen“ Vereinbarung dadurch zu entgehen, daß sie von der in § 4 Abs. 1 Satz 2 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte (vgl. oben). Da das unstreitig nicht geschehen ist, nimmt das BG. ohne weiteres an, daß durch die Klausel alle Schadensersatzansprüche der Befl. wegen Lieferungsverzugs abgeschnitten sind. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung der rechtlichen Bedeutung der Freizeichnungsklausel. Diese gibt der Verkäuferin nicht etwa einen Freibrief in die Hand, wie das BG. anzunehmen scheint, durch den sie einseitig ihre Pflichten aus dem Kaufvertrage nach ihrem Belieben gestalten könnte. „Die Nichteinhaltung der vertraglichen Lieferzeit ohne zwingende sachliche Gründe wäre reine Willkür, der andere Teil nach der Auffassung aller redlichen Kaufleute nicht ausgesetzt sein soll“ (Urt. des ert. Sen. in RG. 105, 368 ff., bes. S. 371, ebenso Urt. des 3. ZivSen. in RG. 104, 306 ff.). Sehr deutlich sagt das Urt. des ert. Sen. in JW. 1921, 1235<sup>11</sup>: „Die schon in ihrer sprachlichen Fassung so lässige, inhaltlich ganz vage Klausel ‚Lieferungsmöglichkeit vorbehalten‘ darf nicht die Handhabe bieten, leichtfertig tönende Versprechungen zu machen, die man einfach im Stich läßt, wenn die Sache mißglückt.“ Diese Rspr. des RG. beruht auf dem rechtlichen Gedanken, daß die Lieferungs-Freizeichnungsklausel eine Gefahrklausel ist. Daraus ergibt sich, daß von ihr nur zukünftige und noch ganz ungewisse Gefahren gedeckt werden sollen, nicht auch solche Ereignisse, deren sicherer oder möglicher Eintritt dem durch die Klausel begünstigten Vertragspartei bei Vertragsschluß bekannt, dem anderen Teil aber unbekannt und verschwiegen war (Urt. des ert. Sen. in RG. 97, 325 ff.). Nun handelte es sich aber bei Unterstellung der unter Beweis gestellten Behauptung der Befl., daß die Kl. zur Zeit des Vertragsschlusses mit ihr weder über bereits perfekte Abschlüsse mit Eisenerwerken verfügte, noch sichere Abschlußmöglichkeiten mit solchen fest an der Hand hatte, nicht um ein möglicherweise künftig einmal vorkommendes Lieferungs Hindernis, d. h. um den Fall, daß für dieses Geschäft besondere unvorhergesehene Umstände, die die Lieferung hindern oder verzögern könnten, in Frage kommen. Vielmehr bestand bei Unterstellung jener Behauptung der Befl. als wahr zum mindesten unter allen Umständen eine große Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit pünktlicher Erfüllung. Es handelte sich dann also nicht um ganz allgemeine, unbestimmte, erst in Zukunft als möglich drohende Hindernisse für die Lieferungen, sondern mangels jeder sicheren Eindeckung um eine bereits vorhandene Gefahr für die Möglichkeit pünktlicher Lieferung, zumal bei Berücksichtigung der großen Abschlußmenge von 2700 t eisernes Schiffbaumaterial in den verschiedensten Abmessungen.

(U. v. 21. April 1931; 241/30 II. — Hamburg.) [Ru.]  
(= RG. 132, 305.)

**11.** § 252 BGB. Schadensersatz. Auch entgangener Spekulationsgewinn kommt unter Umständen in Betracht. Aber abgesehen von der Frage, ob der Gegner mit dieser Möglichkeit rechnen mußte, kann dem Anspruch der Einwand entgegenstehen, daß die Spekulation auch mit Bankkredit durchführbar gewesen wäre.†)

Die Rev. wendet sich gegen die Art, in der das RG. den

**Zu 11.** Die Entsch. beschäftigt sich mit der Frage, wann ein



Umfang des dem Kl. des Verzuges des Vekl. entgangenen Gewinns bestimmt hat. Das RG. unterstellt es als wahr, daß der Kl. die Absicht gehabt habe, die ihm zu kalendermäßig bestimmten Terminen zurückzahlenden Beträge in erstklassigen Aktien anzulegen und diese zu halten, daß er hierbei auch den behaupteten Kursgewinn erzielt hätte. Verneint wird aber der vom Kl. erhobene Anspruch, den ihm zufolge der verspäteten Zahlung entgangenen Kursgewinn gemäß § 252 BGB. der Schadensberechnung zugrunde zu legen. Hierzu ist ausgeführt, daß die Voraussetzungen des § 252 BGB. nicht gegeben seien. Es könne keine Rede davon sein, daß Kurssteigerungen, wie sie in den vom Kl. genannten Papieren tatsächlich eingetreten und vom Kl. seiner Behauptung nach erhofft worden seien, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit hätten erwartet werden können. Auch die festeste Überzeugung des Kl. und auch vielleicht einiger anderer Börsenspekulanten änderte nichts an der Tatsache, daß das Festlegen von Kapitalbeträgen in solchen Papieren Spekulation wäre, weil die Entwicklung von Börsenpapieren überhaupt keinem „gewöhnlichen“ Lauf der Dinge unterliege.

Das BG. geht hier offensichtlich von der vereinzelt in der Literatur, insbes. bei Staudinger, Anm. 2 zu § 252 BGB., verteidigten Rechtsauffassung aus, daß der Kursgewinn deshalb bei der Bemessung des Schadens nach § 252 nicht berücksichtigt werden dürfe, weil dieser Gewinn zur Zeit des Eintrittes des Verzuges, d. h. in der Zeit v. 25. Okt. 1925 bis 2. April 1926 „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ nicht mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Beurteilung ist in zweifacher Richtung von Rechtsirrtum beeinflusst, und zwar zunächst insofern, als das BG. die Beurteilung der Frage der Wahrscheinlichkeit auf den Zeitpunkt des Verzuges, als der zum Schadensersatz verpflichtenden Tatsache, ausgestellt hat. Der erf. Senat hat zu dem Streit um die Auslegung des § 252 BGB. in seinem Urte. v. 29. April 1929, IV 670/28: JW. 1928, 2508<sup>3</sup> Stellung genommen. Dort ist er der Entsch. des 3. ZivSen. in dem Urte. v. 22. Okt. 1907, III 74/07: JW. 1907, 828<sup>4</sup> = Seuff-Arch. 63, 262 beigetreten, wonach die Vorschrift lediglich eine Beweiserleichterung enthält und nicht etwa den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns durch Heranziehung des Zeitpunktes, in dem das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis eintritt, beschränken will. An dieser Entsch., die auch

Schadensersatzpflichtiger entgangenen Börsenspekulationsgewinn zu ersetzen hat. Das RG. nimmt dabei zunächst zur Auslegung des § 252 Satz 2 BGB. Stellung. Danach gilt als entgangen „der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbes. nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“. Streitig ist hier vor allem, ob nur dieser mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Gewinn zu ersetzen ist. Der 4. ZivSen. des RG. verneint dies unter Berufung auf Entsch. des 3. und 6. ZivSen. Daß der 5. ZivSen. in neuerer Zeit noch die gegenteilige Ansicht entwickelt hat, wird dabei ausdrücklich erwähnt; aber auch der 3. ZivSen. hat in einem Urte. v. 1. April 1913 (Warn. S. 416) einen abweichenden Standpunkt eingenommen. Immerhin entspricht die neueste Entsch. des 4. ZivSen. der in Rspr. und Rechtslehre herrschenden Meinung. Danach bietet § 252 Satz 2 dem Entschädigungsberechtigten lediglich eine Beweiserleichterung; es bleibt diesem aber offen, darzutun, daß ein Gewinn ihm entgangen ist, wenn auch die Voraussetzungen der gesetzlichen Vorschrift fehlen. Ob man nun aber die eine oder die andere Ansicht zugrunde legt, ist praktisch von keiner oder doch nur von geringer Bedeutung, sofern man nur mit der herrschenden Richtung der Rspr. die Lehre der adäquaten Verursachung für richtig erachtet. Dann nämlich ergibt sich: die Ansicht, welche in § 252 Satz 2 nicht lediglich eine Beweiserleichterungsvorschrift erblickt, muß bei einem angeblich entgangenen Spekulationsgewinn ausschließlich fragen, ob dieser Gewinnentgang nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Falles infolge des schädigenden Ereignisses mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Wer aber in § 252 Satz 2 nur eine Beweiserleichterungsbestimmung sieht, hat überhaupt die Frage zu stellen: war mit dem schädigenden Ereignis ein gewisser, nicht ganz geringfügiger Grad allgemeiner Wahrscheinlichkeit dafür begründet, daß ein Spekulationsgewinn ausblieb (adäquate Verursachung)? Muß im einzelnen Falle jene erste Frage bejaht werden, dann steht die Schadensersatzpflicht nach jeder der beiden Auslegungen des § 252 Satz 2 fest; anders freilich — aber wiederum bei jeder Auslegung des Gesetzes (vgl. Warn. 1913, 416) —, wenn bestimmt nachzuweisen ist, der Spekulationsgewinn würde dem Geschädigten auch ohne das schädigende Ereignis nicht zugewachsen sein.

vom 7. ZivSen.: RG. 68, 165<sup>1</sup>) und vom 6. ZivSen. in seinem Urte. v. 11. Okt. 1928, VI 137/28, gebilligt wird (abw. nur 5. ZivSen.: JW. 1928, 961<sup>2</sup>), ist festzuhalten.

Das BG. geht hiernach fehl, wenn es einerseits feststellt, daß der Kl. den behaupteten Gewinn zwar hätte erzielen und behalten können, andererseits die Berücksichtigung dieses Kursgewinnes ablehnt, weil er anfangs nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unwahrscheinlich gewesen sei.

Der zweite Rechtsirrtum des BG. tritt darin hervor, daß es die zweite Alternative, die der § 252 BGB. für die Berücksichtigung entgangenen Gewinnes, nämlich die etwaigen besonderen Umstände, insbes. die vom Gläubiger getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, außer Betracht läßt. In Übereinstimmung mit Staub, BGB., § 347 Anm. 21 ist allerdings davon auszugehen, daß das rapide Steigen oder Fallen des Kurses von Spekulationspapieren nicht zum gewöhnlichen Verlauf gehört, und daß Gewinne aus Börsenspekulationen insoweit nicht in Betracht kommen. Anders liegt es jedoch, wenn der Gewinn sich infolge der besonderen Veranstaltungen ergeben konnte (a. a. O. Anm. 22), wie es vom Kl. behauptet und in dem angefochtenen Urte. als wahr unterstellt ist.

Hat hiernach die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe im § 252 BGB. eine ausreichende Stütze finden könnte, keine erschöpfende Erörterung gefunden, so vermögen jedoch die auf § 254 BGB. gestützten Erwägungen des BU. die getroffene Entsch. zu rechtfertigen.

Nach Maßgabe des § 254 BGB. hat das BG. zunächst die Frage geprüft, ob nicht bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Kl. insoweit mitgewirkt habe, als er es unterlassen hätte, den Vekl. auf die Gefahr eines außergewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder gekannt hätte noch hätte kennen müssen. Zusammenfassend ist festgestellt, daß die vom Kl. seiner Behauptung nach beabsichtigte Anlegung des Geldes dem Vekl. nicht bekannt gewesen sei; diese Anlegung sei auch nicht so gewöhnlich gewesen, daß der Vekl. ohne Kenntnis des von der Neigung des Kl. zu solchen Anlagen mit ihnen habe rechnen müssen. Der Kl. sei daher gemäß § 254 Abs. 2 BGB. verpflichtet gewesen, den Vekl. auf die Gefahr beträchtlicher Gewinneinbußen aufmerksam zu machen, habe jedoch den ihm hiernach obliegenden Hinweis unterlassen und dadurch den Schaden vorwiegend selbst veranlaßt. Das BG. will einen solchen dem Vekl. gegenüber wirksamen Hinweis auf den bevorstehenden hohen Schaden in

Muß jene erste Frage dagegen verneint werden, dann ist meines Dafürhaltens die Verneinung auch der zweiten Frage notwendig geboten; eine allgemeingültige Wahrscheinlichkeit kann nämlich zugunsten des Spekulationsgewinns nicht wohl angenommen werden, wenn weder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch nach den besonderen Umständen des Falles der Eintritt eines Gewinnes zu erwarten war. Danach ist zu bezweifeln, ob das RG. die erwähnte Streitfrage über die Auslegung des § 252 mit Recht in seine Entsch. hereingezogen hat. Freilich ist das Ausgeführte nur dann richtig und dieser Zweifel nur dann berechtigt, wenn man bei der Anwendung des § 252 die Frage der Wahrscheinlichkeit nicht im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses prüft, sondern im Zeitpunkt des Urteilspruchs. Daß diese Stellungnahme geboten ist, führt das RG. mit Recht aus. Zwar legt der Wortlaut des Gesetzes eine andere Ansicht nahe, da vom Gewinne die Rede ist, der erwartet werden „konnte“. Aber die inneren Gründe, welche die in der Rspr. herrschende Kaufalitätslehre dahin führen, die Frage der adäquaten Verursachung vom Standpunkt der nachträglichen Prognose aus zu beurteilen, rechtfertigen auch die Auffassung, daß bei der Anwendung des § 252 das Vorliegen einer Wahrscheinlichkeit vom Standpunkt des nachträglich entscheidenden Richters aus zu prüfen ist (vgl. Rümelin: ArchZivPr. 90, 252 ff.). Nach dem Gesagten hat der Richter einem angeblich entgangenen Spekulationsgewinn gegenüber zu klären, ob nach der von ihm zu überschauenden Sachlage die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß ohne das schädigende Ereignis der Gewinn erwachsen wäre. Dabei wird grundsätzlich der Richter sich nicht allein auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge stützen können, da dieser allein nicht zu der Annahme berechtigt, ein Börsenspekulationsgewinn sei zu erwarten gewesen (so schon RG.: Recht 1904, 600 Nr. 2589); ohne die entscheidende Heranziehung der besonderen Umstände läßt sich eine solche Erwartung nicht rechtfertigen, wie dies das RG. unter Hinweis auf Staub überzeugend ausspricht. Nicht weniger überzeugend ist es, wenn das RG. — im Ergebnisse — die dem Geschädigten obliegende Pflicht zu möglichst weitgehender Schadensabwendung im Zusammenhang mit Börsen-

<sup>1</sup>) JW. 1908, 298.

der dem Zeugen Dr. L. gegenüber getanen Äußerung des Kl. über die von ihm veräumten Anlagemöglichkeiten nicht erblicken, obwohl der Zeuge der Generalbevollmächtigte des Bekl. war und jene Äußerung dem Bekl. gesprächsweise mitgeteilt hat. Diese Ausführungen sind von der Rev. angegriffen. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob sie geeignet waren, ein konkurrierendes Verschulden auf Seiten des Kl. zu begründen, weil die weiteren zur Schadensberechnung angestellten Ermäßigungen des BG. das Ur. tragen.

Nach § 254 Abs. 2 BGB. kann ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten auch darin erblickt werden, daß er es unterlassen hat, den Schaden abzumindern oder zu mindern. Das BG. hebt diese Bestimmung ausdrücklich hervor und begründet seine Bemessung des ersatzfähigen Schadens damit, daß der Kl. so gestellt werden müsse, daß er den Zinsbetrag ersetzt erhalte, den er hätte aufwenden müssen, um sich den ausstehenden Betrag während der Verzugszeit von anderer Seite zu beschaffen und dieses Kapital in seiner Eigenschaft als Großkaufmann gewinnbringend zu verwerten. Damit hat das BG. ersichtlich auch sagen wollen, daß der Kl. tatsächlich die entsprechenden Beträge von anderer Seite erhalten haben würde, was nach den eigenen Angaben des Kl. über seine Vermögensverhältnisse auch sicherlich zutrifft. Gegenüber der Behauptung des Bekl., daß der Kl. seiner eigenen Angabe nach selbst in Geldverlegenheit gewesen sei und daher das aus den fälligen Zahlungen an ihn zurückfließende Geld nicht zu Spekulationen hätte verwenden können, hat der Kl. betont, er sei dem Bekl. als sehr vermöglicher Mann bekannt gewesen. Die gelegentliche Erwähnung seiner Geldverlegenheit sei nur eine im Mahnschreiben übliche Floskel gewesen. In Wahrheit habe er über große Kapitalien verfügt und gewußt, sie gewinnbringend anzulegen. Er hätte es sich leisten können, die gekauften Effekten so lange durchzuhalten, bis ihre Kurse sich voll entwickelt hätten, in den letzten 2½ Jahren habe er allein für 930 000 RM Dessauer Gasaktien gekauft und behalten.

Hiernach hätte der Kl. für die in Rede stehenden Beträge sicherlich Kredit erhalten können. Tatsächlich behauptet er auch, er habe im Juli und August 1926 nom. 90 000 RM Dessauer Gasaktien auf Bankkredit gekauft, weil der Bekl. nicht zahlte (Schriftsatz v. 17. Nov. 1928, S. 4—5). Er hat also den Weg zur Abwendung eines übermäßigen Schadens wenigstens teilweise selbst beschritten. Bei seinen Vermögensverhältnissen war er demnach, wie das BG. ersichtlich annimmt, ohne jedes Risiko in der Lage, Spekulationen im Rahmen der vom Bekl. geschuldeten Beträge mit beschafftem fremden Gelde auszuführen und dem Bekl. die hierdurch entstandenen Unkosten demnächst in Rechnung zu stellen, die das BG. ohne erkennbaren Rechtsirrtum nach Maßgabe der für die zweite Hälfte des Jahres 1925 bis Ende 1927 geltenden Höchstsätze für Debezinsen auf 60 000 RM geschätzt hat. Wenn er statt dessen die beabsichtigten Spekulationen unterließ, um dem Bekl. die gesamte Einbuße an Spekulationsgewinn zu belasten, so trifft ihn ein Verschulden, das die Zubilligung eines über den Umfang des festgestellten normalen Schadens hinausgehenden Erlasses ausschließt.

(U. v. 22. Jan. 1931; 397/30 IV. — Berlin.) [Ra.]

**\*\* 12.** §§ 276, 30, 89 i. Verb. m. 831, 839 BGB.; §§ 167, 254, 278, 826 BGB. Auskunftsvertrag.

1. Wenn eine Sparkasse einem Kreditsucher ein einlageleeres Gefälligkeitsparbuch ausstellt, damit er von einem das Buch erwerbenden Geldgeber ein Darlehen erhält, so bedeutet das eine Vereinbarung dahin, daß das, was der Erwerber zahlt, die dem Sparbuch entsprechende Valuta sein soll und daß deshalb der Sparkasse

Spekulationen besonders scharf betont. Wer die Haftungshöhe eines Schädigers von dem Gange unberechenbarer Börsenkursbewegungen und so von ganz unsicheren Faktoren abhängig macht, ist verbunden, die damit für den Schädiger erwachsende besondere Gefahr mit allen Kräften einzuschränken. Darum kann es nur gebilligt werden, daß das RG. fordert, die Spekulation müsse, wenn irgend möglich, mit Kreditkapital durchgeführt werden und als Schaden seien deshalb nur die Kosten der Kreditaufnahme zu betrachten, soweit eine solche hätte erfolgen können.

SenPräs. Dr. Otto Levis, Karlsruhe.

Einreden aus dem Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Kreditsucher nicht zustehen sollen.

2. Der Möglichkeit der Annahme einer allgemeinen Außenvollmacht, insbes. einer solchen auch für ungewöhnliche Geschäfte an einem einzelnen seitens des Vorstandes einer städtischen Sparkasse sind die Grenzen gezogen, die sich aus der Notwendigkeit des Schutzes öffentlicher Belange ergeben.

3. Aus einer Anfrage betreffend die Ordnungsmäßigkeit eines Sparbuchs bei einer Sparkasse und der von ihr erteilten Auskunft in Verbindung mit der Würdigung der Verkehrszug und des Verkehrsbedürfnisses kann die Folgerung auf den Abschluß eines Auskunftsvertrages gezogen werden.

4. Die Beantwortung einer Frage nach der Ordnungsmäßigkeit eines Sparbuchs fällt in den laufenden Geschäftsbereich des Sparkassenleiters, soweit die Frage auf die sachgemäße Ausstellung oder sonstige Umstände zielt, die der zuständigen Prüfung des Sparkassenleiters unterliegen. Deshalb besteht unter Umständen die vertragliche Schadensersatzpflicht der Sparkasse nach §§ 276, 278 BGB.

5. Eine öffentliche Körperschaft haftet zwar bei unerlaubten Handlungen ihrer Beamten im Gebiet des privaten Rechts wie eine Körperschaft des nichtöffentlichen Rechts, also ohne Anspruch auf die im § 839 BGB. bestimmten Milderungen der Haftung, aber andererseits begründet das Vorliegen eines Falles des § 839 ihre Haftung nicht auch dort, wo eine nichtöffentliche Körperschaft nicht haften würde. Die Verwirklichung des Tatbestandes einer Amtspflichtverletzung kann nicht als widerrechtliche Schadenszufügung i. S. des § 831 BGB. betrachtet und es kann § 839 BGB. nicht als Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. anerkannt werden.

6. Bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft über die Ordnungsmäßigkeit eines Sparbuchs kann schon Eventualdolus den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllen.

7. Bei einem Geschäft von großer Bedeutung kann ein Mitverschulden des nach der Ordnungsmäßigkeit eines Sparbuchs Fragenden angenommen werden, wenn er sich mit einer schematischen Frage an denselben Beamten begnügte, dessen Unterschrift das Buch schon trägt, und er auch sonst den Inhalt der Antwort nicht sorgfältig geprüft hat. +)

In die jetzt beklagte Stadt Hn. ist die ursprünglich beklagte Stadtgemeinde He. (beide im folgenden „Bekl.“) während des Rechtsstreits eingemeldet worden. Aus den Geschäften der städtischen Sparkasse He. Anfang 1924 ist der Streit entstanden. Als Leiter der Sparkasse war damals, seit Oktober 1923, der „Sparkassendirektor“ H. tätig, der seit Ende 1923 bis zu seiner Entlassung aus dem Amt Ende März 1924 zahlreiche und bedeutende Geldgeschäfte, besonders durch Hereinnahme und Ausleihe großer Summen zwecks Zinsgewinns unternommen und der Bekl. schwere Verluste verursacht hat. Er trat bei diesen Geschäften auch in Verbindung mit dem Kaufmann S., der für das Stahlwerk B. Geld suchte und gegen Akzente der Firma B. insgesamt 4—5 000 000 GM. an Kredit erhalten hat. Einen anfangs

Zu 12. Die Entsch. nimmt Stellung zu einer Fülle von Fragen und gibt fast einen Katalog der einschlägigen Judikatur. Nach verschiedenen Richtungen werden auch ganz allgemeine Fragen zu einer weiteren Klärung gebracht, darunter erfreut insbes. die Begründung, daß § 839 BGB. nicht als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 anzuerkennen ist. Hierauf sei aber nicht näher eingegangen, sondern auf den wesentlichen Inhalt der Entsch., der nach den verschiedensten Richtungen Fragen des Sparkassenrechts durchleuchtet. Auch hier gibt die Entsch. praktisch die gesamte Judikatur über das Sparkassenwesen an. Bezeichnend ist es, daß diese Judikatur

März 1924 von S. nachgesuchten Kredit für die Firma B. von 500 000 G.M. gab S. nicht, erklärte sich aber bereit, nachdem S. durch einen weiteren Mittler die Klagen Bank als Geldgeber gefunden hatte, zur Kreditgewährung seitens der Kl. durch Ausstellung eines Sparbuchs, das dem Geldgeber als Sicherheit dienen sollte, gegen  $\frac{1}{4}$ % Monatsprovision für die Sparkasse und Sicherung durch 600 000 R.M. Akzepte des Stahlwerks zu helfen. Das Sparbuch (Nr. 23 353) wurde am 7. März 1924 über 500 000 Billionen Mark auf den Namen von S. ausgestellt, war von S. und dem Sparkassenbeamten M. unterzeichnet und trug den Sperrvermerk: „Einlage fest auf 3 Monate“. Durch S. ist dies Sparbuch an die Kl. gelangt, die daraufhin an das Stahlwerk B. 500 000 Billionen Mark — nach Vorabzug von Zins — gegeben zu haben behauptet.

Nach Aufdeckung der Geschäftsführung von S. in der Sparkasse seit einer Sitzung des Sparkassenvorstands vom 21. März 1924 hat die Befl., und zwar zuerst am 9. Mai 1924, der Kl. gegenüber die Haftung aus dem Sparkassenbuch 23 353 abgelehnt.

Am 19. Mai 1924 kam das Stahlwerk B. unter Geschäftsaufsicht; erst danach, am 20. Mai 1924, erhielt die Befl. von S. die Akzepte des Stahlwerks über 600 000 Billionen Mark.

Wegen der Nichtanerkennung des ihr übertragenen Guthabens reichte die Kl. Klage auf Zahlung von 500 000 G.M. (in 20 187/24) ein und beantragte gegen die Befl. den Erlass des dinglichen Arrests. In dem Arrestverfahren kam es am 6. Juni 1924 zu einem gerichtlichen Zwischenvergleich, dessen Bestimmungen unstreitig das Ziel hatten, den überaus dringlichen Geldbedarf der Kl. mit Hilfe der Befl. zunächst zu decken. Und zwar bestimmt der Vergleich:

„Die Kl. verpflichtet sich, den Arrestantrag v. 23. Mai 1924 zurückzunehmen.

Die Befl. stellt zwei Wechsel über die Beträge von 300 000 und 200 000 G.M. aus, die die Kl. akzeptiert und die von der Befl. mit einem Blankoindossament versehen werden. Die Wechsel sind sechs Wochen nach Ausstellungsdatum zahlbar zu stellen und der Kl. zur Diskontierung auszuhandigen.

Beide Parteien sind mit einer Prolongation des Wechsels über 300 000 G.M. auf weitere sechs Wochen einverstanden. Bezüglich des Wechsels über 200 000 G.M. . . .

Die Befl. behält im Einverständnis mit dem . . . Erschienenen zu 3, S., die Akzepte des Stahlwerks B. per 5. Aug. 1924 über insgesamt 600 000 G.M. als Sicherheit bis zur Abwicklung des vorliegenden Geschäfts in ihrem Besitz. . . . Werden die vorbezeichneten Wechsel des Stahlwerks B. eingelöst, so sind die darauf eingehenden Beträge zu verwenden zur Einlösung der vorgenannten beiden Akzepte der Kl. von 300 000 und 200 000 G.M. Ein bei Einlösung des Wechsels des Stahlwerks B. sich etwa ergebender Überschuß über 500 000 G.M. wird nach Deckung der entstandenen Unkosten dem Miterchienenen zu 3, S., oder der von ihm vertretenen GmbH. verrechnet.

Werden durch die Einlösung der Akzepte des Stahlwerks B. die beiden Wechselorderungen von 300 000 und 200 000 G.M. abgedeckt, so ist die Kl. verpflichtet, das Sparbuch Nr. 23 353 der Sparkasse H. e. an die Befl. herauszugeben.

Die Kl. verpflichtet sich, die eingereichte, bislang noch nicht zugestellte Klage bis zur Deckung der beiden Akzepte von 300 000 und 200 000 G.M. ruhen zu lassen.

Sollte der Versuch, die Wechsel zu diskontieren, bis zum 18. Juni 1924 keinen Erfolg haben, so sind die Wechsel von beiden Parteien zu vernichten. In diesem Falle hat die Kl. das Recht, beide Verfahren fortzusetzen. Die Bestimmung in

aus Vorfällen entstanden ist, welche unmittelbar nach dem Ende der Inflation liegen. Die Sparkassen hatten zwar schon geraume Zeit vorher einen großen Expansionsdrang entwickelt. Die Wirkungen der Inflation aber löschten die meisten der Fehler und Vergehungen, die ehrgeizige Sparkassenbeamte oder geschäftsführende Stadtgemeinden und Kreise begangen hatten, restlos aus. Nach der Wiederherstellung der Währung wurde das Bedenkliche des Verfahrens klar und führte zu einer juristischen Durchleuchtung einer großen Anzahl von Geschäftsvorgängen und Situationen. Schulbeispiele geben die skandalösen Vorgänge im Kreise L., welche allein drei Entsch.

Abf. 1 des Vergleichs tritt alsdann außer Kraft. Dem wechselseitigen Anspruch der Befl. gegen die Kl. aus den vorbezeichneten Wechseln von 300 000 und 200 000 G.M. darf der Einwand aus dem der Klage 20 187/24 zugrunde liegenden Rechtsverhältnis im Wechselprozeß nicht entgegen gesetzt werden. Im übrigen bleiben die dort geltend gemachten Ansprüche einschließlich etwaiger Schadenserfassungsansprüche unberührt.

Das Sparbuch Nr. 23 353 der Sparkasse H. e. bleibt bei dem Jk. Dr. St. in Verwahrung, er darf es nur mit Genehmigung der Parteien sowie des Miterchienenen S. herausgeben. Die Kosten . . . Werden die Wechsel diskontiert, so fällt die etwaige Haftung der Befl. für Verzugschaden für die Zeit vom 7. Juni 1924 bis zur Deckung der Wechsel fort.“

Das Stahlwerk B. hat seine Akzepte nicht eingelöst. Es kam zur Diskontierung der Vergleichswechsel von 300 000 und 200 000 G.M. und mehrmals zu deren Prolongation. Bei den letzten Prolongationen, und zwar der des Wechsels über 200 000 G.M. zum 6. Sept. 1924, des Papiers über 300 000 G.M. zum 5. Okt. 1924, hat nicht dem Vergleich gemäß die Befl. als Ausstellerin, die Kl. als Akzeptantin gezeichnet; vielmehr hat die Befl. die Tratten akzeptiert, die von einer fremden Firma, zahlbar bei der Reichsbankstelle E. zu Lasten des Girokontos der Kl., ausgestellt sind, die Kl. als Remittentin nennen und deren Indossament tragen. Die Befl. hat durch die Landesbank jene Wechsel bei Fälligkeit eingelöst und hat daraufhin das Sparbuch zurückgehalten.

Die gegenwärtige Klage betrifft Wechselzinsen, die während der Laufzeit der diskontierten Tratten erwachsen sind, Diskontierungskosten und sonstige im Zusammenhang damit von der Kl. berechnete Kosten, nach einer freiwilligen Zahlung der Befl. in Höhe von 17 961,12 R.M. zunächst erhoben in Höhe von 107 479,88 R.M. und im ersten Rechtszug auf 90 393,88 R.M. ermäßigt. Das LG. hat durch Teilurteil am 30. Okt. 1925 die Klage in Höhe von 2800 R.M. (Kosten eines Verkehrsanzwalts) abgewiesen; in Höhe von 3246,20 R.M. (Anwaltskosten der Klage 20 187/20) die Befl. verurteilt und im übrigen den Grund des Klageanspruchs festgestellt.

Die Befl. hatte Widerklage auf Zahlung eines Teilbetrags von 20 000 G.M. nebst Zinsen der von ihr zur Einlösung der Wechsel gezahlten 500 000 G.M. erhoben. Diese Widerklage hat das LG. durch ein zweites Teilurteil vom 15. Jan. 1926 abgewiesen.

Gegen beide Teilurteile des LG. hat die Befl. Berufung eingelegt, um Abweisung der Klage und Verurteilung nach dem Antrag der Widerklage zu erreichen.

Das OLG. hat die Berufung der Befl. zurückgewiesen. Die Rev. der Befl. führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

I. Gegenstand des Streits ist zur Klage nicht unmittelbar, ob die Befl. an die Kl. den in dem Sparbuch der Sparkasse H. e. Nr. 23 353 verbrieften Betrag von 500 000 G.M. aus Gesichtspunkten der Vertragserfüllung oder des Schadenserfasses zu zahlen hat. Dennoch stellt der VerR. die Erörterung dieses Punktes mit Recht in den Mittelpunkt seiner Ausführungen, weil die Klage Ansprüche wegen Verletzung dieser Verpflichtung erhebt.

Soweit es sich um die Anwaltskosten der in 20 187/24 erhobenen Klage auf künftige Leistung handelt, erwägt der VerR. ohne Rechtsfehler, das Bestreiten der Leistungspflicht seit Mai 1924 habe zwar mangels Fälligkeit der Zahlung keine Verzugsfolgen zeitigen können, aber nach Lage der Umstände aus dem Gesichtspunkt des § 276 BGB. der Befl. die Gefahr eines Rechtsirrtums aufgebürdet, wenn in Wahrheit die bestrittene Leistungspflicht bestand. Die sonst eingeklagten und dem Grund nach festgestellten Wechselzinsen

zur Folge gehabt haben (RG. 115, 311 = JW. 1927, 779; 116, 227 = JW. 1927, 2215 und 116, 247 = JW. 1927, 2215).

Das preuß. Sparkassenreglement v. 12. Dez. 1888 ist in seiner Anwendung naturgemäß beschränkt und es mag auch in einigen Einzelheiten nicht mehr dem Gang der Entwicklung von fast 100 Jahren Rechnung tragen, insbes. was den Wert des Geldes und die Verteilung des Wohlstands unter die verschiedenen Bevölkerungsschichten anlangt. Aber der Grundsatz muß allgemein auch heute noch als richtig angesehen werden, daß es der Zweck der Sparkassen ist, den Sparfann, insbes. der minderbemittelten

und Wechselunkosten sind infolge der in dem Vergleich vom 6. Juni 1924 vereinbarten Wechseldiskontierung entstanden. Der VerN. faßt aber mit Recht ins Auge, daß diese Diskontierung deshalb als nötig erkannt wurde und zur Hinderung größeren Schadens unvermeidbar war, weil die Bekl. zu dem Sparbuchmäßigen Fälligkeitstermin (ihrer grundsätzlichen Ablehnung gemäß) nicht zahlte. Danach ist die Entstehung dieser Kosten allerdings (wenn der Standpunkt der Kl. wegen der Sparbuchforderung zutra) als Verzugsfolge anzusprechen.

Der letzte Satz des Vergleichs, daß im Fall des gelungenen Diskonts die Bekl. auf Verzugschaden für die Zeit vom 7. Juni bis zur Deckung der Wechsel nicht haften solle, scheint der Geltendmachung solcher Ansprüche entgegenzustehen. Der VerN. hat aber in rechtlich einwandfreier Auslegung als den Sinn dieser Bestimmung erkannt, sie betreffe nur die unübersehbaren Schäden, die in den Vermögensverhältnissen der Kl. in der bezeichneten Spanne eintreten könnten, und lasse die Geltendmachung der Diskontunkosten, die nach dem Vergleichsinhalt entstehen mußten, zur Geltendmachung als Verzugsfolge offen.

II. Die Rechtsgehalt des zwischen dem Direktor der Kl., Dr. M., S. und H. vorgenommenen Geschäfts, in dem H. mit dem Sparbuchbeamten F. ein Sparbuch über 500 000 Billionen Mark auf S. ausstellte, ohne daß eine Einlage des S. bestand, und M. das Sparbuch als Sicherheit für ein an S. für das Stahlwerk B. zu gewährendes Darlehen nahm, bezeichnet der VerN. als Bürgschaft, hilfsweise als Garantievertrag. Diese Rechtsauffassung unterliegt Bedenken. Der VerN. stellt fest: S. habe aus dem Sparbuch keine Ansprüche erwerben sollen, wenn er den Kredit von der Kl. nicht erlange; M. und H. seien beide darüber klar gewesen, daß die Bekl. der Kl. nach Maßgabe des Sparbuchs zur Sicherung des von der Kl. an S. (Stahlwerk B.) zu gebenden oder gegebenen Kredits verpflichtet werde. Der VerN. meint, das entspreche einem Bürgschaftswillen; bei der bankmäßigen, kaufmännischen Geschäftsführung des Sparkassenbetriebs sei die Wahrung der Bürgschaftsform entbehrlich gewesen. — Auch wenn man darüber hinwegsieht, daß der Inhalt der zwischen H. und S. getroffenen Abreden dem Vertreter der Kl., an den das Buch durch weitere Vermittlung ging, nicht bekannt war, so ergibt sich doch jedenfalls aus diesen von dem VerN. festgestellten Abreden, vollends aber aus den Einträgen des Sparbuchs, nichts für die der Bürgschaft wesentliche akzessorische Natur der von der Sparkasse übernommenen Verpflichtung. Die Gestaltung der Hauptschuld war nach den Feststellungen des VerN. bei der Ausstellung des Sparbuchs vollkommen unklar und ist auch später im Verhältnis der Parteien zueinander nicht geklärt worden. Der Inhalt der von der Sparkasse zu vertretenden Leistung war dagegen in Höhe, Verzinsung, Fälligkeit und anderen Bedingungen fest bestimmt. — Die Rechtsverhältnisse, die bei der Ausstellung eines einlageleeren „Gefälligkeitsparbuchs“ zwecks Kreditbeschaffung entstehen, hat das RG. in dem Urteil RG. 124, 217 (VI 405/28<sup>1</sup>) und in der Sache IV 419/26 (Urteil vom 23. Dez. 1926) behandelt. In dem letztgenannten Urteil

kommt entsprechend den Ausführungen des VerN. hier nur zum Ausdruck, daß der Umstand, daß keine Einlage gemacht ist, der Annahme eines ernstlichen Verpflichtungswillens nicht entgegenstehe. Das in RG. 124, 217 abgedruckte Erkenntnis faßt die Ausstellung eines solchen Buchs zu Kreditzwecken dahin auf, daß der Aussteller dem Begünstigten (hier S.) ein Darlehensversprechen i. S. des § 610 BGB., und zwar dahin gebe, er werde dem berechtigten Vorleger des Buchs nach dessen Inhalt Zahlung leisten und damit dem Begünstigten ein Darlehen gewähren, das dieser zurückzahlen habe. Der VerN. hat auch diese Auffassung in Erwägung gezogen, aber abgelehnt, weil nach dem Zweck der Ausstellung des Sparbuchs die Verpflichtung der Bekl. gegenüber dem Geldgeber nicht von den Einwendungen der Sparkasse sollen, die aus dem Schulverhältnis der Sparkasse zu S. entsprangen, insbes. nicht von der Erfüllung der von S. zugefügten Sicherstellung durch Wechsel. Diese bindende und der Natur der Sache entsprechende Auslegung des Parteiwillens durch den VerN. führt zu dem Gedankengang, der dem Ur. RG. 60, 21 zugrunde liegt. Auch in jenem Fall handelte es sich wie hier um Kreditverschaffung statt Kreditgewährung, deren Mittel in jenem Fall die Ausstellung eines Schulscheins durch den Kreditnehmer war, der den Tatsachen zuwider den Empfang eines Darlehens von dem Kreditnehmer bescheinigte und Rückzahlungsverpflichtungen enthielt. Die Rechtsauffassung dieser zur Weitergabe bestimmten Schulurkunde durch das genannte Ur. RG. 60, 21 geht dahin, daß der Aussteller (Kreditnehmer) sich gegenüber dem Erwerber des Schulscheins (Geldgeber) als Darlehensschuldner verpflichtete. Das, was der Erwerber an den Kreditnehmer zahle, sei die der Schuldscheinsverpflichtung entsprechende Valuta. Weil der Helfer nicht gegen eine Zahlung des Kreditnehmers, sondern auf Grund einer Zahlung des Erwerbers der Forderung diesem den verschriebenen Betrag schuldig werde, stünden ihm gegen den Erwerber auch nicht die Einreden aus dem zwischen ihm und dem Kreditnehmer begründeten Schulverhältnis zu. Diese Auffassung der Schulbeziehungen deckt sich auch für den vorliegenden gleichartigen Fall mit dem, was der VerN. als Parteiwerk und Parteiwillen für diese Instanz bindend feststellt. Die vorgesehene Darlehenshingabe seitens der Kl. an S. (für Stahlwerk B.) ist, nach den tatsächlichen Feststellungen des VerN., zustande gekommen. Die „Rückzahlungspflicht“ nach Maßgabe des Sparbuchs bestand deshalb (sei es als alleinige Schuld des Bekl., sei es in Mitschuld mit dem Darlehensempfänger), wie der VerN. im Ergebnis zutreffend annimmt, unter der Voraussetzung, daß die Maßnahmen H.s die Bekl. wirksam verpflichten konnten.

III. In dieser Prüfung geht der VerN. von dem Inhalt der am 3. Mai 1923 in Kraft getretenen Satzung der städtischen Sparkasse H. aus.

Nach § 3 dieser Satzung wird die Verwaltung der Sparkasse durch einen Vorstand geführt, der a) aus dem Bürgermeister als Vorsitzenden, b) aus sechs Mitgliedern, von denen mindestens zwei der Stadtverordnetenversammlung angehören müssen, c) aus dem Leiter der Kasse als beratendem Mitglied besteht. Nach § 4 hat der Vorstand die Stellung einer

Bevölkerungskreise, zu fördern und zur sicheren Anlegung von Geldern und zur Erlangung von Darlehen Gelegenheit zu geben. Was man in einzelnen unter diesen Begriffen vor 100 Jahren und heute zu verstehen hat, mag nicht vollkommen dasselbe sein. Die am 26. Juli 1927 geschaffene Normalstatute für Sparkassen füllt die Grundsätze den gegenwärtigen Verhältnissen entsprechend aus. Aber auch trotz Einbeziehung der Geschäfte des reinen Zahlungsverkehrs und Überweisungsverkehrs oder sonstiger Geldgeschäfte muß der Gegenstand der Sparkassen derselbe bleiben; nicht die Erzielung von Gewinn, sondern der Nutzen für die Allgemeinheit. Es ist infolgedessen sehr zu begrüßen, wenn das RG. ausdrücklich hervorhebt, „daß die sprunghafte und nicht überall gesunde (ich behaupte, die völlig krankhafte) Entwicklung der Sparkassengeschäfte in der Inflations- und Deflationszeit nicht dazu führen kann, die zur Erhaltung der volkswirtschaftlichen Funktion des öffentlichen Sparwesens und zur Sicherung der öffentlichen Hand für die Dauer gegebenen Grundgesetze zu entkräften“. Dagegen ist es unrichtig, wenn gesagt wird, daß das DG. in der angegriffenen Entsch., die sich in Gegensatz zu diesem Grundgedanken setzt, nur die Interessen des Handelsverkehrs ins Auge faßt. Genau das Gegenteil trifft zu, wenn die Dinge richtig betrachtet werden. Wenn einzelne Sparkassen einen

bankmäßigen Betrieb oder ein bankmäßiges Äußere annehmen, so fördern sie damit in keiner Weise den legitimen Handelsverkehr. Der reine Kassenhaltungs- und Gelbüberweisungsverkehr, der nur bei ganz formalistischen Methoden, wie z. B. der Postcheckverkehr, kein reines Verlustgeschäft für den Unternehmer darstellt, und der infolgedessen mehr den Unternehmungen gemeinen Nutzens, als denjenigen der privaten Geschäftstätigkeit obliegen muß, stellt keine Förderung des Handelsverkehrs dar. Wenn sich die Sparkassen im Interesse der Allgemeinheit zusammen mit Girozentralen u. ä. dieses Geschäftsverkehrs annehmen, so ist dagegen nicht das geringste einzuwenden. Dagegen können die Sparkassen den Handelsverkehr als solchen niemals fördern, und es ist unrecht, sich auf die Interessen des Handelsverkehrs berufen zu wollen, wenn die Beachtung der öffentlichen Interesse gegebenen Beschränkungen des Verfügungsrechts der Sparkassenverwaltung zur Erörterung steht. Kredite im Handelsverkehr, und sie stellen keine Förderung dar, können nur nach kaufmännischer Entscheidung gewährt werden und nicht durch ein Beamtenkollegium auf Vorschlag eines anderen Beamten, der das Kollegium berät. Es fehlt an der Erfahrung des Kaufmanns, um die Vermögenslage des Kreditnehmers richtig zu beurteilen; solche Kenntnis ist in Beamteneigenschaft nicht zu erlangen. Aber selbst wenn sie im Einzelfall vorliegen sollte, würde sie eine derartige Ausdehnung des Geschäftsverkehrs nicht rechtfertigen, da die Stadt-

<sup>1</sup>) JW. 1929, 2343.

öffentlichen Behörde und vertritt die Sparkasse gerichtlich und außergerichtlich mit der Befugnis zur Bestellung besonderer Vertreter für bestimmte Geschäfte.

Nr. 3 „Obliegenheiten des Vorstands“ verordnet § 6:

Der Vorstand verwaltet die Sparkasse nach Maßgabe der Satzung, für deren genaue Befolgung er verantwortlich ist.

Der Vorstand ist befugt, die Bewilligung der Kredite aus den §§ 27, 28, 29 (Anlegung der Spargelder in Darlehen, gegen Faustpfand, gegen Schuldschein und Wechsel sowie an Gemeinden) einem Ausschuss zu übertragen, der aus dem Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter, dem Leiter der Kasse und mindestens zwei Vorstandsmitgliedern besteht, welche Mitglieder der Stadtverordnetenversammlung sein müssen. Die durch diesen Ausschuss bewilligten Kredite sind dem Vorstande bei seinem nächsten Zusammentritt zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen.

Über Beamte und Angestellte bestimmt § 9 Ziff. 1:

Die Kassengeschäfte und Buch- und Rechnungsführung besorgen unter Aufsicht des Leiters nach dem Inhalt der Satzung und der Geschäftsanweisung die hierfür bestellten Beamten und Angestellten.

Nach Ziff. 3 sind alle Quittungen . . . nur gültig, wenn sie von zwei vom Vorstand dazu bestimmten Beamten und Angestellten gemeinschaftlich vollzogen sind. . . .

Nach Ziff. 4 ist der Leiter der Kasse zur Eintragung und zwangsweisen Beitreibung der rückständigen Zinsen, Tilgungszinsen und sonstigen fälligen Forderungen ermächtigt und verpflichtet.

Über „Urkunden“ verordnet § 7:

„Öffentliche Urkunden, durch welche die Sparkasse gegen andere verpflichtet werden soll, müssen von dem Vorsitzenden und dem Leiter der Kasse oder deren Stellvertretern vollzogen und mit dem Sparkassenstempel versehen sein, soweit in dieser Satzung nichts anderes bestimmt ist.“

Für die Eintragungen über Ein- und Rückzahlungen im Sparbuch verlangt § 13 Ziff. 3 die eigenhändige Unterschrift von zwei dazu bestimmten Beamten (S. und M. waren bestimmt).

Der VerR. erkennt nicht, daß diese Satzungsbestimmungen unmittelbar keine Rechtsgrundlage für S. geben, unter der Maske der Sparbuchausstellung ein Kreditgeschäft der in Frage stehenden Art zu schließen. Dennoch gelangt der VerR. dazu, die Vertretungsmacht des S. für die Befl. zu bejahen, im wesentlichen ausgehend von der Kaufmannseigenschaft des Sparkassenbetriebs, die der VerR. wegen des starken Anteils von bankmäßigen Geschäften und des obwaltenden Gewinnzwecks in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (RG. 116, 227<sup>3</sup>) bejaht.

Diese Ausführungen, die sich zum Teil bewußt in Widerspruch zu der von dem VerR. angeführten und auch sonst erwachsenen Rspr. des RG. setzen, halten den Angriffen der Rev. nicht stand.

Der Erörterung bedarf es nicht, ob der Vorstand selbst

gemeinde oder der Kreis durch Handelsgeschäfte nicht in Gefahr gebracht werden darf. Dem Gewinn jedes Handelsgeschäfts steht ein vollkommen gleichwertiges Risiko entgegen und die Gemeinde einer Stadt und die Einwohner eines Kreises sind nicht die Aktionäre einer Handelsgesellschaft, die sich nach eigenem freien Entschluß betreiben, sondern die mit Abgaben belastet werden, damit die Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufgebracht werden. Noch viel weniger läßt sich von einer Förderung des Handelsverkehrs sprechen, wenn, wie im Fall L., die Sparkasse von einer regierenden Clique zur Geldmacherei mißbraucht wird, entweder um durch erhoffte Gewinne die Folgen einer üblen Verschwendung zu decken oder gar um Darlehn aufzunehmen, ohne die durch StädteD., KreisD. usw. vorgeschriebenen, mit Recht sehr strengen Kontrollvorschriften zu beachten. Es sind naturgemäß auch nicht die gesunden Kreise des Handelsverkehrs, die mit Sparkassen in Verbindung treten, um mit ihnen Geldgeschäfte zu tätigen, sondern es treten an die expansionslüsternen Sparkassen diejenigen Geschäfte heran, welche seitens zuverlässiger Banken und Bankhäuser längst abgelehnt sind. Wenn derartige Geschäftsleute in einem an dolus eventualis grenzenden Reichsinn Geschäfte tätigen, die satzungsmäßig nicht in Ordnung sind, so erleidet der legitime Handelsverkehr dadurch keinen Scha-

oder der in § 6 Abs. 2 vorgesehene Ausschuss angesichts der Bestimmungen, die den Kreis der überhaupt zulässigen Geschäfte einschränken — in der Form des § 7 oder körperschaftlich handelnd —, die Befl. hätte verpflichten können. Denn ein Handeln der Befl. durch den ordnungsmäßigen Vertreter liegt nach den Feststellungen des VerR. gerade nicht vor. Es fehlt sogar, wie der VerR. nicht verkennet, an einer erklärten Bestellung des S. zum Vertreter durch Beschluß des Vorstands, sei es zur allgemeinen Vertretung der Sparkasse, sei es zur Vertretung für bestimmte Geschäfte i. S. des § 4 der Satzung (letzter Satzteil). Der VerR. nimmt vielmehr eine stillschweigende Bevollmächtigung des S. durch den Gesamtvorstand zu allen Geschäften der Sparkasse, mindestens aber zu Geschäften der in Rede stehenden Art an, weil S. schon seit Ende Dezember 1923 gleich bedeutende und auch noch größere Kredite für die Befl. eingegangen sei, Geschäfte, deren Vornahme dem Vorstand nur habe verborgen bleiben können, weil er seine satzungsmäßig (§ 8), durch besondere Beschlüsse und durch die Erfordernisse des Verkehrs gebotene Kontrollpflicht grob fahrlässig außer acht gelassen habe. Mit denselben Erwägungen hat sich die reichsgerichtliche Rspr. schon vielfach auseinandergesetzt und mit Rücksicht auf das zu schützende öffentliche Interesse die Wirksamkeit einer aus den tatsächlichen Vorgängen zu entnehmenden Außenvollmacht i. S. des § 54 HGB. da verneint, wo nach dem Inhalt und Sinn der Satzung der Vertretungsmacht zum Schutz der Sparkasse feste Grenzen gesteckt sein sollen (RG. 115, 311<sup>3</sup>); 116, 230<sup>4</sup>); 247<sup>4</sup>); 122, 175<sup>5</sup>); 351<sup>6</sup>); 127, 226<sup>7</sup>); Gruch. 69, 601; JW. 1929, 1002<sup>3</sup> und öfter). Die von dem VerR. in Bezug genommene Entsch. des 5. ZivSen. (RGWarn. 1923/24 Nr. 157) setzt sich mit dem Gesichtspunkt des Schutzes öffentlicher Belange nicht auseinander; dasselbe gilt von der im BankArch. 1928/29, 387 veröffentlichten Entsch. des 4. ZivSen., der in der vorgenannten bei Gruch. 69, 601 abgedr. Entsch. auf dem Standpunkt der sonst angezogenen Rspr. steht. Der Tatbestand der bezeichneten abweichenden Urteile schließt die Annahme nicht aus, daß es sich dort um Geschäfte der laufenden Verwaltung gehandelt haben mag, deren Führung nach Inhalt und Sinn der Satzung den Kassenbeamten zustand. Daß im Sinn der reichsgerichtlichen Rspr. (vgl. RG. 115, 311<sup>3</sup>)) bei den zur Entscheidung stehenden Rechtsvorgängen Geschäfte der laufenden Verwaltung vorgelegen haben könnten; lehnt auch der VerR. zutreffend ab.

Er hat des weiteren nicht festgestellt, daß es im Sinne der vorliegenden Satzung wäre, auch für ungewöhnliche Geschäfte wie das streitige, m. a. W. in vollem Umfang, die Vertretungsmacht an einen einzelnen, noch dazu an ein nicht beschließendes Mitglied des Vorstands, zu übertragen. Eine solche Auslegung wäre auch angesichts der Bestimmungen über die Zusammensetzung des Vorstands in § 1, des § 4 und der Vorschrift des § 7 über die urkundliche Niederlegung verpflichtender Erklärungen unmöglich. Der VerR. verkennet auch nicht, daß die von ihm vertretene Zulassung einer umfassenden Vollmacht durch Geschehenlassen die im öffentlichen Interesse gegebene Bestimmung des § 7 vereiteln würde. Er

den. Zutreffend bemerkt das RG. an anderer Stelle (RG. 116, 254), jede Bank weiß oder muß wenigstens bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wissen, daß die Sparkassen der kommunalen Körperschaften Satzungen besitzen, worin die Vertretungsbefugnisse ihrer Organe genau geregelt sind. Nachdem jetzt durch eine ganze Reihe von RGEntsch. festgestellt ist, daß die Bestimmungen der Sparkassensatzungen keine Formvorschriften, sondern eine Beschränkung der Vertretungsmacht aussprechen, wird man bald mit Recht sagen können, daß nicht nur jede Bank, sondern jeder Kaufmann dies weiß oder wissen muß.

„Geschäfte der laufenden Verwaltung“ dürfen zufolge der gesamten Judikatur die angestellten Sparkassenbeamten vornehmen, ohne daß der Sparkassenvorstand in der feierlichen, meist drei Unterschriften und den Siegelbeindruck voranzusetzenden Form tätig werden muß. Hinsichtlich der Begrenzung des Begriffs der laufenden Geschäfte liegen noch nicht völlig klare Grundfälle in der Judikatur vor. Nach der negativen Seite ist festgestellt, daß die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, wenn diese, was wirtschaftlich und politisch ein schwerer Fehler sein würde, nicht ausdrücklich in den Satzungen als unter die Befugnisse der Sparkassenbeamten

<sup>3</sup>) JW. 1927, 779. <sup>4</sup>) JW. 1927, 2215. <sup>5</sup>) JW. 1929, 648.

<sup>6</sup>) JW. 1929, 1134. <sup>7</sup>) JW. 1930, 1198. <sup>8</sup>) JW. 1927, 779.

will aber auch über dieses Bedenken hinweggehen, weil eine solche Bestimmung für den Bankverkehr absurd sei; im übrigen sei aber ihre Anwendung deshalb auszuschalten, weil der Vorstand (stillschweigend) „in corpore“ (RG.: JW. 1916, 677) gehandelt habe.

Diese Erwägungen, die dem Verkehrsinteresse Rechnung tragen wollen, verkenneren zunächst trotz der an sich zutreffenden Ausgangserörterung, daß ein Handeln „in corpore“ gegenüber der in vielen Städte- und Gemeindeordnungen vorgeschriebenen Beurkundung von Verpflichtungen mit den Unterschriften zweier Gemeindevertreter die stärkere Form der Vertretung und nur aus diesem Grunde und von diesem Gesichtspunkt gesehen, an Stelle der Urkundsform zugelassen werden kann und zugelassen wird. Wenn man aber mit dem VerR. nach § 157 BGB. und den Grundsätzen des Handelsrechts aus Stillschweigen und Pflichtverletzung einen rechtsgeschäftlichen Willen der Körperschaft fingiert, so wird ebensowohl der Zweck der Formvorschrift wie das Ziel öffentlich-rechtlicher Schutzbestimmungen vereitelt. Im übrigen ist aber auch die Sachanschauung des VerR. einseitig; sie faßt nur die Interessen des Handelsverkehrs ins Auge und läßt die in der Rspr. des RG. berücksichtigte Schutzbedürftigkeit öffentlicher Belange außer acht. Eines Eingehens auf diese in der angeführten Rspr. vielfach erörterten Gedanken bedarf es im allgemeinen nicht. Hinzuweisen ist nur darauf, daß die sprunghafte und nicht überall gesunde Entwicklung der Sparkassengeschäfte in der Inflations- und Deflationszeit nicht dazu führen kann, die zur Erhaltung der volkswirtschaftlichen Funktion des öffentlichen Sparwesens und zur Sicherung der öffentlichen Hand für die Dauer gegebenen Grundgesetze zu entkräften. Beachtlich ist ferner, daß trotz der weitgehenden Annäherung vieler öffentlicher Sparkassen an bankmäßige Betriebe auch die am 26. Juli 1927 auf Grundlage des preuß. Reglements v. 12. Dez. 1838 neu geschaffene und die Anpassung an den tatsächlichen Entwicklungsstand erstrebende Musterfakung (vgl. Simon, Das neue Sparkassenrecht, Vorwort) in § 11 zwar erleichterte Verpflichtungsformen schaffen will, aber, ebenso wie der die Stellung des Sparkassenleiters regelnde § 8, weit entfernt davon ist, auf Sicherungen gegen Überschreitung der fakungsmäßigen Zuständigkeit einzelner Beamter ganz zu verzichten.

Somit ist die Meinung des VerR. abzulehnen, daß die Befl. durch die Ausgabe des Sparbuchs seitens H. samt den diese Handlung begleitenden Abreden rechtsgeschäftlich wirksam verpflichtet worden sei.

Was für diese Vorgänge gilt, trifft in gleichem Maße zu, insofern eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Befl. zur Leistung gemäß dem Sparbuch aus den Erklärungen H.s gegenüber der Kl. hergeleitet werden könnte. Dafür kommt nach den Feststellungen des VerR. in Betracht, daß der vertretungsberechtigte Vorstand der Kl., Dr. M., sich mündlich bei H. erkundigt hat, ob das Buch in Ordnung sei, und daß H. die Frage bejaht und schriftliche Bestätigung zugesagt hat. Dieser Rücksprache ist nach einigen Tagen das Ersuchen des Dr. M. um Bestätigung gefolgt, daß der Betrag von 500 000 Billionen Mark für die Kl. bei der Befl. als Sicherheit liege und daß das Geld ohne Weisung der Kl. an keinen Dritten ausgezahlt werde. H. hat nur bestätigt, daß auf Sparbuch Nr. 23 353 Rückzahlungen vor dem 7. Juni 1924 nicht erfolgen und daß auch dann nur gegen Vorlage des kompletten Buchs Zahlung geleistet werde.

IV. Der VerR. hat aus dem Hergang dieser Erkundi-

fallend vorgelesen ist, nicht als laufendes Geschäft anzusehen ist (vgl. RG. 115, 311 [Wechselprozeß] mit der ergänzenden Entsch. [im ordentlichen Verfahren] 116, 230; auch nicht als Indossant: 116, 247, ebenso 122, 175 = JW. 1929, 1132 — modifiziert durch Annahme der aus dem Wechsel selbst sich ergebenden nachträglichen Genehmigung). Dasselbe gilt von der Eingehung von Bürgschaften (RG. 127, 226 = JW. 1930, 1198) sowie, wie der vorl. Entsch. zu entnehmen ist, von sämtlichen außergewöhnlichen Geschäften. Dagegen ist zweifellos ein laufendes Geschäft der Sparkasse, wenn ein Sparbuch ausgestellt wird. Hinsichtlich des in dem Sparbuch erscheinenden Guthabens ist zu berücksichtigen, daß die Satzungen sehr vieler Sparkassen noch heute die Höhe des einzelnen Guthabens ziffernmäßig beschränken. In einem solchen Fall wird sicherlich der Rahmen des laufenden Geschäfts überstiegen, wenn die Sparkassenbeamten eine Einlage bescheinigen, die über den Höchstfuß hinausgeht. Die Eintragung über eine erfolgte Einlage im Sparbuch setzt

ungen, insbes. aus dem der mündlichen Rücksprache vom 8. (11.) März 1924 entnommen, daß zum mindesten ein Vertrag auf Auskunftserteilung zwischen den Parteien zustande gekommen sei, daß H. als Erfüllungsgehilfe der Befl. grobfahrlässig unrichtige Auskunft erteilt habe, so daß die Befl. nach den §§ 276, 278 BGB. auf Leistung von Schadensersatz hafte (§. 90—93).

Die Angriffe der Rev. gegen diese Stellungnahme sind im wesentlichen unbegründet. Die Entscheidung zunächst, ob die Hingabe und Belassung von Darlehnsbeträgen an S. (Stahlwerk B.) von insgesamt 500 000 Billionen Mark und deren mindestens teilweiser Verlust als Folge einer schuldhaft unrichtig erteilten und von der Befl. zu vertretenden Auskunft des H. anzusehen ist, beruht wesentlich auf tatsächlichen Erwägungen. Einen Rechtsfehler enthalten die hier einschlagenden Ausführungen des VerR. nicht. Hätte die Befl. deshalb der Kl. den durch die Darlehnsverleihung entstandenen Schaden zu ersetzen, so folgte der VerR. ebenfalls ohne Rechtsirrtum, daß zu diesem Schaden die streitigen Anwalts- und Diskontkosten gehören würden.

Zur Grundfrage dieses Schadensersatzanspruchs sieht der VerR. die Rücksprache des Dr. M. und die von H. namens der Sparkasse gegebenen Antworten als Abschlußhandlungen eines selbständigen Vertrags auf Auskunftserteilung an. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Folgerungen auf den Abschluß solcher Auskunftverträge hat auch das RG. in anderen Fällen, so in RG. 101, 301; Ur. v. 17. Okt. 1925, I 31/25 und in dem von dem BL. angezogenen Erkenntnis RG. 126, 50<sup>a</sup>) aus Frage und Auskunft in Verbindung mit der Würdigung der Verkehrsübung und des Verkehrsbedürfnisses gezogen. Die Rev. stellt das zwar nicht in Zweifel; sie meint aber, auch zum Abschluß eines Vertrages auf Auskunftserteilung sei H. nicht befugt gewesen, weil es insoweit an jeder Grundlage in der Satzung fehle. Der VerR. hat aber darin recht, daß die Befugnis, verbindliche Auskunft an Kunden zu erteilen, nicht notwendig mit der Vertretungsmacht hinsichtlich des Geschäfts zusammenfällt, auf das die Anfrage sich bezieht. Der VerR. betont zutreffend, daß schon mit der selbständigen Bearbeitung der Post, die H. oblag, ein erhebliches Maß laufender verbindlicher Auskunftstätigkeit notwendig verknüpft ist. Dem ist hinzuzufügen, daß auch die nach § 13 der Satzung H. übertragene Eigenschaft eines Urkundsbeamten hinsichtlich der Sparbucheinträge nach dem Verkehrsbedürfnis notwendig zur gleichen Folge führt. Es liegt zutage, daß die (verbindliche) Frage nach der Echtheit der Unterschriften unter den Einträgen des Sparbuchs, das durch die zuständigen Ausgabebeamten in den Verkehr gelangt war, sich an keinen anderen zutreffender wenden könnte, als an den Sparkassendirektor. Aber auch im übrigen fällt die Beantwortung der Frage nach der Ordnungsmäßigkeit des Sparbuchs in den laufenden Geschäftsbereich des Sparkassendirektors, soweit die Frage auf die fakungsmäßige Ausfertigung oder sonstige Umstände zielt, die der zuständigen Prüfung des Sparkassenleiters unterliegen. Jedenfalls ist dem VerR. darin beizutreten, daß dahin die Frage nach der Zuständigkeit der handelnden Beamten gehört und daß ferner die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit des Buchs von H. nicht ohne Aufklärung bejaht werden durfte, wenn es fakungswidrig auf Grund eines Geschäfts ausgestellt war, für das der Sparkassendirektor, wie er wußte, Vertretungsmacht nicht hatte. Der VerR. hat auch ohne Rechtsirrtum grob fahrlässiges Handeln von H. angenommen und

begrifflich voraus, daß die Einlage auch wirklich gemacht ist. Die Rechtsverhältnisse würden sich viel klarer gestalten, wenn das RG. diesen Grundgedanken weiter verfolgt und eine Gutschrift im Sparbuch ohne entsprechende Einlage als rechtsunerheblich bezeichnet hätte (Gefälligkeitsparbuch). Der legitime Verkehr hätte daraus nicht den geringsten Schaden genommen. Wenn auch die Sparkasse nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Vorgeigers eines Sparkassenbuches zu prüfen, so ist damit das Sparkassenbuch nicht zu einem für den Umlauf bestimmten Wertpapier gemacht worden. Es lassen sich auch nach verschiedener Richtung gewichtige Gründe dagegen vorbringen, daß die Eintragung im Sparkassenbuch, die eine Einlage oder einen Zinszugang bescheinigt, eine Schuldbekundung und nicht nur eine Empfangsbekundung darstellen soll. Aber leidet ist das RG. diesem Gedankengang nicht gefolgt, sondern hat (RG.

deshalb nach den §§ 276, 278 BGB. zutreffend eine ver-  
tragliche Schadenersatzpflicht der Bekl. wegen Verletzung der  
wirksam übernommenen Auskunftspflicht bejaht.

V. Soweit der VerN. diese Stellungnahme noch aus  
den Vorschriften über unerlaubte Handlung begründet, sind  
seine Ausführungen von Rechtsirrtum beeinflusst. Er geht  
davon aus, daß sowohl H., wie der damalige Bürgermeister  
der Bekl. Dr. A. als verfassungsmäßig berufene Vertreter  
der Bekl. i. S. der §§ 31, 89 BGB. die Kl. geschädigt hät-  
ten, H. durch Erteilung fahrlässig falscher Auskunft, Dr. A.  
durch Vernachlässigung der gebotenen Aufsicht. Daß H., dem  
eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Bekl. sachungsmäßig nur  
in den engen Grenzen der §§ 9 Abs. 1, 3 und 4, 13 der  
Satzung zustand, zu den Vertretern i. S. des § 31 oder auch  
des § 30 BGB. gehört, ist nach den Gesichtspunkten der in-  
soweit grundlegenden Entsch. RG. 74, 250 ff.<sup>10)</sup> nicht an-  
zuerkennen. Der Sparkassenrentand, den die Entsch. in der  
ZB. 1912, 283 als verfassungsmäßig berufene Vertreter  
der dort beklagten Sparkasse einer Amtsgemeinde gelten läßt,  
hatte als Vorsitzender des die Sparkasse allgemein vertreten-  
den Vorstands eine andersartige Stellung als der im wesent-  
lichen nur zur technischen Leitung berufene und im Vorstand  
nur beratende H. Bei im wesentlichen gleichartig gestellten  
Sparkassenleitern ist die Anwendung der §§ 31, 89 BGB.  
in der Rspr. des RG. abgelehnt worden (RG.: ZB. 1929,  
1002<sup>3)</sup>; Art. v. 20. Jan. 1930, VIII 505/29<sup>11)</sup>). Sicherlich  
trifft aber für den früheren Bürgermeister Dr. A. zu, daß  
er verfassungsmäßig berufener Vertreter der Bekl. war, und  
der VerN. hat rechtlich einwandfrei dargelegt, daß Dr. A.  
seine Aufsichtspflicht grob fahrlässig vernachlässigt hat. Ist  
damit das Schuldmoment, soweit die Person des Dr. A. in  
Frage steht, für die §§ 31, 89 BGB. und für den Haftungs-  
weg aus § 831 BGB. aus der Verletzung der verkehrs-  
mäßigen (nicht vertraglichen) Auskunftspflicht durch H. gegen  
die Bekl. festgestellt, so bedarf es doch zur Feststellung einer  
zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung i. S. der ge-  
nannten Gesetzesbestimmungen auch der Verwirklichung min-  
destens der objektiven Tatbestände einer deliktischen Schädig-  
ung, wie sie die §§ 823, 826, 831 BGB. ergeben. Der  
VerN. knüpft nicht an diese Haftungsgründe an, von denen  
er den des § 826 BGB. prüft und als anwendbar verneint,  
sondern an § 839 BGB. Diese Auffassung ist rechtsirrig.  
Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Erörterung, daß die  
in § 839 BGB. geregelte Amtshaftung der Beamten, zu  
denen nach den Feststellungen des VerN. sowohl Dr. A. wie  
H. gehören, sich nicht auf das durch Art. 131 RVerf. ge-  
gebene Gebiet der Ausübung öffentlicher Gewalt beschränkt,  
sondern (den Beamten gegenüber) auch die Handhabung  
privatrechtlicher Belange der öffentlichen Rechtsträger durch  
ihre Beamten angeht. Es sind auch keine Rechtsbedenken  
gegen die Ausübung zu erheben, daß die Pflicht zutreffen-  
der Auskunft H. und die Aufsichtspflicht dem Bürgermeister  
nicht nur als Dienstpflicht gegenüber der Bekl., sondern auch  
als Amtspflicht gegenüber dem mit der Sparkasse verkehren-  
den Publikum oblag (RG. 53, 276; 91, 341).

Es steht aber nicht ein Anspruch gegen die Beamten,  
sondern gegen die Stadt in Frage; die Anwendbarkeit des  
Art. 131 RVerf., auf den zurückzukommen ist, zieht der  
VerN. nicht in Erwägung. Er will vielmehr aus dem Wort-  
laut des § 31 BGB. entnehmen, daß die beamtenrechtliche  
Bestimmung des § 839 BGB. nicht weniger wie die Haf-  
tungsgründe des allgemeinen bürgerlichen Rechts i. S. des

§ 31 die Pflichtverletzung des vertretenden Beamten als „eine  
zum Schadenersatz verpflichtende Handlung“ kennzeichnet.  
Ob das gegen § 839 BGB. verstößende, die Voraussetzungen  
des allgemeinen Deliktsrechts aber nicht erfüllende Verhalten  
eines Beamten auch als widerrechtliche Schadenszufügung  
i. S. des § 831 BGB. angesehen werden soll, läßt der VerN.  
unerörtert. Auch das läge i. S. seiner Beweisführung.

Dem VerN. ist zuzugeben, daß das Ur. des RG.  
68, 278<sup>12)</sup> auf dem Wege über § 839 BGB. i. Verb. m.  
§§ 31, 89 BGB. die Haftung einer Stadtgemeinde für fahr-  
lässig falsche Auskunft zuzulassen scheint, wenngleich das Er-  
kenntnis einen unzweideutigen Auspruch dieses Sinnes nicht  
enthält. Dagegen hat die neuere Rspr. des RG. diesen Ge-  
dankenweg abgelehnt, zwar nicht die von dem VerN. an-  
gezogene Entsch. RG. 126, 359<sup>13)</sup>, die einen Fall der Haf-  
tung auf dem Gebiet der öffentlichen Gewalt betrifft, wohl  
aber das (vermutlich gemeinte) Urteil RG. 122, 351<sup>14)</sup>,  
insbes. 359<sup>14)</sup>, und im Anschluß daran das Ur. v. 20. Jan.  
1930, VIII 505/29<sup>15)</sup>. Ohne Erörterung der Frage geht die  
Rspr. zur Staatshaftung im privatrechtlichen Kreis aber ganz  
regelmäßig davon aus, daß nur die Haftungsgründe des all-  
gemeinen Rechts zur Herstellung der Verantwortlichkeit der  
öffentlichen Körperschaft in Frage kommen und zieht § 839  
BGB. dazu nicht heran (so RG. 74, 250<sup>16)</sup>; 78, 325<sup>17)</sup>;  
91, 341; 121, 382<sup>18)</sup>; 128, 353<sup>19)</sup>; ZB. 1929, 1002<sup>3)</sup>;  
Art. v. 20. Nov. 1928, II 418/28<sup>20)</sup> und vielfach). An dieser  
auch im Schrifttum vorherrschenden Ansicht ist festzuhalten.  
Der Gedanke des § 89, der die nach § 31 für Körper-  
schaften privaten Rechts bestimmte Haftbarkeit auf den Staat  
und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts ausdehnt,  
ist der, „daß der Staat, wenn er auf Ertrag des Schadens  
in Anspruch genommen wird, den seine Beamten durch Ver-  
nachlässigung ihrer Dienstobliegenheiten Dritten zugefügt  
haben, keine gesonderte Rechtsstellung um deswillen be-  
anspruchen kann, weil den Beamten die von ihnen verletzte  
Dienstpflicht als öffentlich-rechtliche obliegt. Wird bei Hand-  
habung dieser Obliegenheiten diejenige Sorgfalt außer acht  
gelassen, welche im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze  
zu beobachten ist, so muß sich auch der Staat die Beurteilung  
der Handlungsweise seiner Beamten nach den allgemeinen  
Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 276, 823 BGB.)  
gefallen lassen, wie seine eigene Haftung für diese den all-  
gemeinen Vorschriften der §§ 31, 89, 831 BGB. untersteht.“  
Diesen Ausführungen des 3. ZivSen. in RG. 78, 329<sup>21)</sup> ist  
in vollem Umfange zu folgen. Ergibt sich daraus einerseits,  
daß die öffentliche Körperschaft bei unerlaubten Handlungen  
ihrer Beamten im Gebiet des privaten Rechts keinen Anspruch  
auf die in § 839 BGB. bestimmten Milderungen der Haftung  
hat, so kann die öffentliche Körperschaft andererseits auch  
nicht darin schlechter gestellt sein, daß sie für eine im Privat-  
rechtsverkehr verübte Pflichtverletzung eines Beamten deshalb  
eintreten müßte, weil er eben Beamter ist, während im glei-  
chen Falle eine Körperschaft nicht öffentlichen Rechts für  
ihren pflichtwidrig handelnden Angestellten nicht haften würde.  
Diese Erwägungen schließen gleichzeitig aus, die Verwirk-  
lichung des Tatbestandes einer Amtspflichtverletzung als  
widerrechtliche Schadenszufügung i. S. des § 831 BGB. zu  
betrachten oder § 839 BGB. als Schutzgesetz i. S. von § 823  
Abs. 2 BGB. anzuerkennen.

VI. Fällt damit die Grundlage der von dem VerN. an-  
genommenen deliktischen Haftung, so ist andererseits nicht  
ohne Bedenken, ob seine Erwägungen zur Ausschließung des

124, 217 = ZB. 1929, 2343) eine sog. Gefälligkeitseintragung für  
rechtswirksam erklärt. Diese Eintragung wurde dahin interpretiert,  
daß die Sparkasse durch die Eintragung ein Darlehnsversprechen  
nach § 610 BGB. habe geben wollen, auf Grund dessen also der In-  
haber des Buches durch Abhebung die als bestehend behauptete Ein-  
lage zu einem Darlehen gestalten konnte, und daß die Sparkasse  
verpflichtet ist, das Darlehn zu geben, es sei denn, daß in der Person  
des Verschuldensempfängers, also des Namenssträgers des Buches,  
zwischen eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögens-  
verhältnissen eingetreten sein sollte. Im Anschluß daran folgert die  
vorl. Entsch., daß die Valuta, die der Einlage entspricht, dadurch  
geschaffen werden kann, daß der Namenssträger durch Begebung des  
Buches es versucht, den Kredit zu realisieren, wo dann die Spar-  
kasse als sog. Kreditgeber — offenbar mit der Beschränkung, daß bei

dieser Realisierung die Vermögensverhältnisse des Namenssträgers  
noch keine Verschlechterung erfahren haben — dem Geber der Valuta  
aus ihrer Eintragung verpflichtet wird. Außerdem ist noch in Be-  
tracht zu ziehen, ob die Ausstellung des Gefälligkeitssparbuches in  
den sachungsmäßigen Rahmen fällt, insbes. es sich um ein Geschäft  
der laufenden Verwaltung handelt. Wenn der dritte Nehmer des  
Sparkassenbuches weiß, daß es sich um eine Gefälligkeitseintragung  
handelt, ist das sicher zu verneinen, ebenso auch, wenn die be-  
scheintigte Einlage über das sachungsmäßige Maximum hinausgeht.  
Wenn der Nehmer des Sparbuches dagegen diese Kenntnis nicht hatte  
und die Bescheinigung sich auch in dem Rahmen hält, so wäre er

<sup>12)</sup> ZB. 1908, 413. <sup>13)</sup> ZB. 1930, 821. <sup>14)</sup> ZB. 1929, 15.

<sup>15)</sup> ZB. 1930, 1198. <sup>16)</sup> ZB. 1911, 27. <sup>17)</sup> ZB. 1912, 381.

<sup>18)</sup> ZB. 1928, 2317. <sup>19)</sup> ZB. 1930, 1941. <sup>20)</sup> ZB. 1929, 1003.

<sup>21)</sup> ZB. 1912, 381.

<sup>10)</sup> ZB. 1911, 27. <sup>11)</sup> ZB. 1930, 1198.

§ 826 BGB. bei dem Handeln von H. hinreichen. Der erst. Sen. hat schon in dem Ur. v. 20. Jan. 1930, VIII 505/29<sup>21</sup>) darauf hingewiesen, daß es zum Ausschluß des Schädigungsvorfalls in § 826 BGB. nicht genügt, daß der in Kenntnis des Mangels seiner Vertretungsmacht handelnde Sparkassenbeamte damit rechnet, es werde schließlich die Befriedigung aller Ansprüche erfolgen und ein Schaden nicht eintreten (Bl. S. 84). Schon die Herbeiführung einer Rechtsunsicherheit und Rechtsgefährdung stellt eine Schädigung dar; zudem war der Täter, wenn er die Rechtsgefährdung erkannte, sich bewußt, daß der andere durch sein Handeln Schaden leiden könne (Eventualdolus). Auch diese Form des Vorfalls genügt in § 826 BGB. (so auch Ur. v. 6. Dez. 1930, IX 549/30).

Angeichts der Feststellungen des VerR. über die Schuld des H. hätte dieser Gesichtspunkt die Entscheidung des Bl. zur deliktischen Haftung vielleicht tragen können. Einer näheren Erörterung in dieser Instanz bedarf diese Frage noch die andere, ob nicht etwa auch die Verantwortung der Bekl. nach Art. 131 RVerf. in Frage kommen kann, insoweit H. bei der Ausstellung des Sparkassenbuchs als einer öffentlichen Urkunde tätig geworden ist (RGSt. 61, 126) und der Vertreter der Kl. etwa gerade durch das Vertrauen auf diese Beurkundung in Irrtum versetzt und geschädigt worden ist (RG. 96, 275; 104, 143; 107, 275; JW. 1927, 1352<sup>4</sup>; Simon a. a. D. S. 97 und 149). Soweit das nicht zutrifft, hat der VerR. von der Anwendung der Grundsätze des Art. 131 RVerf. auf die Haftung der Bekl. mit Recht abgesehen (RG. 68, 285<sup>22</sup>); 91, 344; II 371/26, VI 450/27, VIII 505/29).

VII. Jedenfalls ist mit dem VerR. schon aus dem Gesichtspunkt der Vertragshaftung wegen fahrlässig unrichtiger Auskunft die Schadenerschuld der Bekl. zu bejahen. Der VerR. hat erwogen, ob der so gegründeten Haftung ein mitwirkendes Verschulden des für die Kl. vertretungsberechtigten Dr. M. gegenüber stehe und hat die Frage verneint. Die Rev. greift diese Entsch. mit Recht an. Der VerR. meint dadurch, daß Dr. M. sich bei dem Sparkassendirektor „in dem offiziellen Rassenraum“ erkundigte, habe er alles Erforderliche getan, um so mehr, als H. auch beratendes Mitglied des Vorstands gewesen sei. Diese Erwägungen stehen schon deshalb auf unsicherem Rechtsgrund, weil der VerR. den Umfang, in dem die Kl. Anspruch auf Auskunft erheben konnte, rechtsirrig zu weit bemißt. Denn über das vorher erörterte Maß einer bestehenden Auskunftspflicht hinaus hat er zu Unrecht angenommen, daß die Kl. eine schlichte Rechtsbestätigung unter der Form der Auskunft in Anspruch nehmen konnte. Das Bl. hat aber auch nicht erwogen, ob die Form der mündlichen und schriftlichen Anfrage nach den Auffassungen und Anforderungen des Verkehrs sachgemäß war, ob sie in ihrer allgemeinen und nichtsagenden Wendung den bedeutenden Interessen, die hüben und drüben im Spiel waren, und dem Umstande Rechnung trug, daß (nach der Unterstellung des VerR.) Dr. M. wußte, an einer Barzahlung fehle es jedenfalls. Sicherlich mochte trotzdem ein solides Geschäft vorliegen können; aber der VerR. stellt fest, daß Dr. M. Bedenken gehegt hat, Bedenken, die ihn nicht nur zu einer Reise nach H., sondern danach noch zu einer schriftlichen Anfrage veranlaßten. Es kann nicht ungewürdigt bleiben, ob es diesen Umständen entspricht, wenn der Vorstand der Kl. bei einem Betrage von 500 000 Billionen Mark (anfangs 1924) sich mit der schematischen Frage nach der Ordnungsmäßigkeit des Buchs an denselben Beamten begnügte, dessen Unterschrift schon das Buch trug. In höherem Maße ist für die Frage des § 254 BGB. noch

der Umstand einer Erörterung und Wertung bedürftig, weshalb die Kl. darüber hinweggehen konnte, daß die einzige konkrete Frage ihres Schreibens v. 12. März 1924, ob der Betrag von 500 000 Billionen Mark für die Kl. bei der Sparkasse als Sicherheit liege, nicht beantwortet ist. Für die Aufklärung dieser Punkte und das gesamte Verfahren des Vorstands der Kl. wird auch eine erhebliche Bedeutung haben können, wie sich die teilweise Zahlung der Kl. vor der Fahrt des Dr. M. nach H., falls die Nachfrage erst am 11. März 1924 stattfand (Unterstellung S. 86), erklärt, und wie die Zahlung von fast 400 000 Billionen Mark am 11. und 13. März, also vor Eintreffen des Bestätigungsschreibens der Bekl. bei der Kl. Abgesehen von diesen Umständen, die die besondere Lage der Sache beachtlich macht, hat der VerR. aber auch einen allgemeineren Gesichtspunkt übersehen. Es kann gerade für Zeiten einer unruhigen Entwicklung, wie es die Zeit von Anfang 1924 war, nicht anerkannt werden, daß der Geschäftsverkehr in der Zusammenarbeit mit öffentlichen Sparkassen sich an den äußeren Anschein halten und einer Prüfung der sachgemäßen Vertretungsmacht entziehen darf, während im eigentlichen Handelsverkehr die Beachtung der handelsregisterlichen Eintragungen für jeden geboten ist, der nicht auf eigene Gefahr handeln will.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen zur Klage wird der VerR. die Sachlage erneut zu prüfen haben.

VIII. Zur Widerklage, mit der die Bekl. die Erstattung eines Teilbetrags von 20 000 RM der auf die Wechsel geleisteten Zahlungen fordert, ist nach den tatsächlichen Grundlagen, die der VerR. feststellt, Rechtsgrund des Anspruchs ein Auftragsverhältnis. Die Bekl. hat nicht Zahlung an die Kl. geleistet, wenn die Wechsel auch zu Lasten ihres Kontos bei der Reichsbankstelle C. zahlbar gemacht waren, sondern hat als Wechselschuldnerin (Akzeptantin) an den Wechselgläubiger gezahlt. Da die Wechsel aber zugunsten der Kl. diskontiert waren und nach dem Vergleich die Kl. letzter Wechselschuldner sein sollte, stellt sich die Zahlung der Bekl. objektiv als eine Geschäftsbesorgung für die Kl. dar. Der Vergleich hätte dahin verstanden werden mögen, daß die Zahlung der Kl. zu tragen soll, den sie nach dem Ausgang des sachlichen Streits angeht. Da der VerR. aber den Vergleich nicht so gedeutet hat, kann nur in Frage kommen, daß der aus den §§ 670 (675) BGB. erhobenen Forderung der Bekl. der Anspruch auf Zahlung der 500 000 RM (aus den zur Klage erörterten Gesichtspunkten) im Wege der Aufrechnung entgegengestellt wird. Soweit es auf diese Aufrechnung ankommt, würde deshalb das Schicksal der Widerklage von der zur Klage stattfindenden Erörterung über die Zahlungspflicht der Bekl. abhängig sein.

Insoweit unterliegt die Entscheidung des VerR. zur Widerklage denselben Bedenken, die zur Klage hervorgehoben worden sind.

Der VerR. hat aber seine Abweisung der Widerklage noch auf eine andere Grundlage gestellt, die den dargelegten Rechtsgrund der Widerklage unmittelbar angeht, und diese Begründung trägt die Entscheidung zur Widerklage.

Aus Äußerungen von Vertretern der Bekl., aus Teilen des vorgetragenen Schriftwechsels, aus dem Umstand, daß die Bekl. an die Kl. vor dem Rechtsstreit 17 961,12 RM auf Diskontierungskosten freiwillig gezahlt hat, und aus anderen Umständen entnimmt der VerR. in tatsächlicher Würdigung, die Bekl. habe endgültig und in eigener Angelegenheit zahlen wollen, um dem Drängen der Landesbank gemäß das „Gefälligkeitsparbuch“ einzulösen und ihr Ansehen als öffentliche Sparkasse zu wahren. Diese Feststellung unterliegt einer Nachprüfung in der RevInst. nicht. Ist sie richtig, so stellt

auf Grund der reichsgerichtlichen Rspr. geschützt. Erfüllt die Eintragung nicht diese Voraussetzungen, so würde der Nehmer des Sparbuches auch dann noch einen Anspruch gegen die Sparkasse haben, wenn die Sparkasse durch ihren sachgemäßen Vorstand ein entsprechendes Geschäft mit ihm abgeschlossen und dabei die Ausstellung eines Gefälligkeitsparbuches vorgeesehen hätte.

Es läßt sich nicht sagen, daß das Ergebnis durchaus befriedigt. Entweder verneint man den Schutz gutgläubiger Erwerber von Sparkassenbüchern allgemein, oder man erklärt die Eintragung als abstrakte Schuldverpflichtung der Kasse. Wo das RG. zur zweiten

Auffassung hinneigt, ist es verständlich, daß in dem vorl. Fall versucht wird, auf einem anderen Wege dem Nehmer des Sparbuches zu helfen, indem eine Schadenerschuld aus der Folge unrichtiger Auskunft über die Wirksamkeit der Eintragung zur Erörterung gezogen wird. Soweit Verletzung einer Vertragspflicht und nicht eine sittenwidrige Schädigung nach § 826 zur Betrachtung steht, scheinen die Ausführungen aber festzugehen. Denn wenn der Sparkassendirektor ein detariertes Kreditgeschäft nicht vornehmen könnte, bestände zwischen der Sparkasse und dem Nehmer des Buches keinerlei Vertragsverhältnis; es ließe sich infolgedessen nicht sagen, daß neben dem allgemeinen Vertrag noch ein besonderer auf Auskunftserteilung vorlag.

M. C. Hermann D hje, Berlin.

<sup>21</sup>) JW. 1930, 1198. <sup>22</sup>) JW. 1908, 413.



sich heraus, daß die Bekl. die Wechsel nicht im Auftrag, sondern auf eigene Rechnung und unter Verzicht auf Rückgriff an die Kl. aus irgendeinem Gesichtspunkt eingelöst hat. Damit erweist sich die Entscheidung zur Widerklage, ohne daß Rückschlüsse auf die Beurteilung zur Klage gerechtfertigt sind, als zutreffend. Eines Eingehens auf den von dem Bekl. unzutreffend herangezogenen § 814 BGB. bedurfte es nicht.

(U. v. 2. Febr. 1931; 559/30 VIII. — Hamm.) [S.]  
(= RG. 131, 239.)

13. §§ 278, 405, 839, 823 Abs. 2 BGB.; Art. 131 RVerf. Die Erteilung einer Auskunft durch den Sparkassendirektor kann Gegenstand eines Vertrages sein, der bei Unrichtigkeit die Sparkasse zum Schadenersatz verpflichtet. Mitverschulden, wenn nach Lage der Sache die Richtigkeit der Auskunft bedenkl. erscheinen muß (Ablehnung anderer Haftungsgründe).

Dem Klageanspruch liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Gemäß einem im Februar 1924 geschlossenen Vertrage gab die Kl. der durch Generaldirektor P. vertretenen Deutschen Handels- und Kreditbank AktG. in D. ein Darlehn von 1 000 000 GM. Sie erhielt als Sicherheit außer zwei von der Schuldnerin ausgestellten Wechseln ein auf P. ausgestelltes Sparkassenbuch der eine öffentliche Anstalt des Landkreises darstellenden Kreis Sparkasse in S. i. W. über 1 000 000 Billion Mark. Es wurde zunächst gegen ein Sparbuch über 1 000 000 GM. umgetauscht und dieses dann geteilt in zwei auf 900 000 GM. und 100 000 GM. lautende Bücher. Sämtliche Bücher trugen die Unterschriften des Sparkassendirektors R. und des Sparkassenrendanten N. In Betracht kommt nur noch dasjenige über 900 000 GM. Da entsprechende Einlagen nicht erfolgt waren, lehnte die beklagte Sparkasse der Kl. gegenüber jede Zahlung ab. Nachdem die Darlehnsschuldnerin in Vermögensverfall geraten und das Darlehn gekündigt war, erhob die Kl. gegen I. P., II. die Darlehnsschuldnerin und III. die Kreis Sparkasse Klage auf Zahlung von Hauptsumme und Zinsen. Sie ist bezüglich der Bekl. zu I und II durch rechtskräftig gewordene Urte., die dem Antrage der Kl. entsprechen, erledigt. Das OLG. hat die Drittbekl. zur Zahlung von 450 000 RM verurteilt, im übrigen aber abgewiesen.

Das OLG. hat das Urte. im wesentlichen, wie folgt, begründet. Das zwischen den (namens der Sparkasse handelnden) Beamten R. und N. einerseits und der Kl. andererseits im Februar 1924 zustande gekommene Geschäft sei nicht zum Schein geschlossen, sondern ein ernstlicher Kreditvertrag. Die Beteiligten seien darüber einig gewesen, daß das Sparbuch dazu dienen sollte, dem P. in gleicher Weise, wie bei den i. J. 1922 unter Mitwirkung des Landrats Kr. und unter Zuhilfenahme gleichartiger, ohne Einzahlung ausgestellter Sparbücher abgeschlossenen Kreditgeschäften, sich durch Verpfändung des Buches von dritter Seite Geld zu verschaffen. Gleichwohl sei eine vertragliche Haftung des Bekl. abzulehnen, weil weder der Bekl. dem Geschäft zugestimmt noch R. und N. es auf Grund und im Rahmen einer ihnen organisatorisch zugewiesenen Vertretungsbefugnis oder sonst erteilter Vollmacht abgeschlossen und weiterbearbeitet hätten. Wenn auch die Sparkasse als Kaufmann Bankgeschäfte in großem Umfang betrieben und dies unter stillschweigender Bevollmächtigung der genannten Beamten nach außen kundgegeben habe, so sei doch eine stillschweigende Vollmacht nach dem Inhalt der Satzung ausgeschlossen gewesen und deshalb unter dem Gesichtspunkt des Vertragsrechts wirkungslos geblieben.

Als Klagegrund komme die von R. erteilte Auskunft, das Buch gehe in Ordnung, als solche nicht in Betracht, da es an einer Geschäftsverbindung unter den Parteien fehle, die ein Vertrauensverhältnis zwischen ihnen begründet hätte und zur Anwendung des § 278 BGB. habe führen können. Ebenso scheide die Anwendung des § 405 BGB. sowie diejenige der Grundfälle über eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus, letzteres, weil das Geschäft ohne Wissen des Bekl. abgeschlossen worden sei.

Dagegen hafte der Bekl. nach den Vorschriften über un-erlaubte Handlungen, und zwar nach §§ 839, 823 Abs. 2

BGB. i. Verb. m. Art. 131 RVerf. Sowohl der Landrat des beklagten Kreises, Kr., als auch die Sparkassenbeamten R. und N. hätten schuldhaft die ihnen Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten verletzt und dadurch den durch die Auszahlung des in Wahrheit ungeicherten Darlehns entstandenen Schaden verursacht. Hierfür habe der Bekl. einzustehen. Kr. habe es entgegen den §§ 32, 80, 81 KreisD. unterlassen, die Geschäftsführung der genannten Sparkassenbeamten zu überwachen; es habe ihm überhaupt der Wille gefehlt, unzulässige Geschäfte der fraglichen Art ernstlich zu unterbinden. Dabei habe ihm die Pflicht zu einer verschärften Überwachung obgelegen. Dem einmal seien gleichartige Verfehlungen von Sparkassenbeamten im Februar 1924 Gegenstand einer Besprechung im Oberpräsidium in M. gewesen. Dann habe er damit zu rechnen gehabt, daß den Beamten durch ein gleichartiges Geschäft mit P. aus dem Jahre 1922, das Kr. ausdrücklich genehmigt habe, ein schlechtes Beispiel gegeben worden sei. Auch sei Kr. seit Verstärkung der Inflation nie das Gefühl los geworden, daß R. und N. infolge der demoralisierenden Wirkung der Inflation unzulässige Geschäfte betrieben. Die Ausgabe von numerierten Sparbüchern und die Zuziehung eines geeigneten Sachverständigen habe nahe gelegen. Nur mündlich ausgesprochene Verbote und Warnungen, die Kr. behaupte, hätten nicht genügt. Endlich habe auch der erhebliche Gewinn der Sparkasse im ersten Vierteljahr 1924 dem Landrat auffallen müssen. Das OLG. hat noch darauf hingewiesen, daß alle Geschäfte ohne Zuziehung eines Bank- oder Sparkassensachmannes unternommen wurden und daß es der Sparkasse an wirklich fachmännischer Leitung fehlte wie auch an den zur Durchführung derartiger Geschäfte nötigen Mitteln. — R. und N. habe die Verwaltung und Ausfertigung der Sparbücher obgelegen. Eine Ausstellung ohne Einlage sei nach der Satzung unzulässig gewesen. KreisD. und Satzung seien aber Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB.

Die Kl., so führt das OLG. weiter aus, sei insofern in gutem Glauben gewesen, als sie angenommen habe, daß es sich um ein ordnungsmäßiges Sparbuch handle, dessen Betrag gegebenenfalls von der Sparkasse anstandslos ausbezahlt werden würde. Es komme nicht darauf an, ob auf das Buch tatsächlich eine Einlage geleistet war, sondern nur darauf, daß es nach dem Willen der Beteiligten unter allen Umständen so behandelt werden sollte, als wenn eine solche geleistet worden wäre. Der Zeuge M., der das Darlehns-geschäft für die Kl. bearbeitete, habe denn auch bekundet, er sei bei Empfangnahme des Buches von der festen Überzeugung ausgegangen, daß der Betrag des Sparbuchs, wenn nicht eingezahlt, so doch auf andere Weise an die Sparkasse geleistet worden sei, etwa durch Hinterlegung von Wertpapieren oder Verpfändung anderer Werte.

Dagegen treffe die Kl. ein mitwirkendes Verschulden i. S. des § 254 BGB. Allerdings nicht schon deshalb, weil sie erst nach Empfang des Buches bei der Sparkasse die nach Sachverständigenurteilen erforderliche Erkundigung nach der Ordnungsmäßigkeit desselben eingelegt habe. Diese Veräußerung sei nicht ursächlich für den Schaden gewesen, da bei früherer Erkundigung dieselbe Auskunft erteilt sein würde, als sie tatsächlich später gegeben worden sei. Auch darin liege kein Verschulden, daß sie die Auskunft nicht beim Vorstande der Kasse, sondern bei dem Direktor R. eingeholt habe. Die Anfrage bei dem leitenden Beamten habe genügt. Das Verschulden sei in folgendem zu finden. Die mißbräuchliche Ausstellung einlageloser Sparkassenbücher sei auf das Geschäftsgebahren derjenigen Banken zurückzuführen, die in der Inflationszeit groß geworden seien und ihren Verdienst im wesentlichen aus Geldarbitragegeschäften gezogen hätten. Als den Schöpfer und Vater dieser Bücher hätten die Sachverständigen den früheren Mitbekl. P. bezeichnet. Zu den Banken der geschilderten Art gehöre die Kl. Sie sei an den erörterten Mißständen wesentlich beteiligt und habe erst den Boden für Pflichtverletzungen der Sparkassenbeamten geschaffen. Eine gleichmäßige Verteilung des Schadens sei angemessen.

Die von beiden Parteien gegen dieses Urte. eingelegten Rev. erweisen sich im Ergebnis als nicht begründet.

1. Dem OLG. kann darin nicht entgegengetreten werden, daß zwischen den Parteien eine vertragliche Haftung aus

der Ausstellung des Sparbuchs nicht begründet worden sei. Hier greifen die mit der Rfpr. des RG. im Einklang stehenden Ausführungen über die mangelnde Bevollmächtigung der beiden Sparkassenbeamten durch und es bedarf infolgedessen keines Eingehens auf die Rechtsnatur des Vertrages selbst.

2. Dagegen erheben sich Bedenken gegen die Begründung, mit der die Haftung für die von dem Sparkassendirektor R. der Kl. erteilte Auskunft abgelehnt worden ist. Allerdings ist von dem Grundsatz des § 676 BGB. auszugehen, wonach die Erteilung einer Auskunft zum Ersatz des auf ihrer Befolgung beruhenden Schadens grundsätzlich nicht verpflichtet. Es bedeutet aber eine durch das Gesetz nicht begründete Einschränkung, wenn die in ihm vorbehaltene Haftung aus Vertrag von vornherein deshalb abgelehnt worden ist, weil es an einer Geschäftsverbindung zwischen den Parteien und einem dadurch begründeten Vertrauensverhältnis fehle. Richtig ist, daß im Falle einer solchen Verbindung aus ihr die vertragliche Verpflichtung für eine Auskunftshaftung hergeleitet werden kann. Damit sind aber nicht die möglichen Fälle erschöpft. Die Besonderheit des vorliegenden besteht in folgendem: Das Sparkassenbuch sollte der Kreditbeschaffung für die spätere Darlehnschuldnerin dienen. Es konnte diesen Zweck nur dann erfüllen, wenn der Kreditgeber die Sicherheit hatte, daß gegebenenfalls der in dem Buch vermerkte Betrag an ihn auch ausbezahlt werde. Die Feststellung, ob dem so sei, war der erkennbare Zweck der Anfrage der Kl. Das Buch war für die KreisSparkasse von den zur Ausstellung von Sparbüchern sachungsgemäß berufenen Beamten ausgestellt. Die Auszahlung konnte ohne Prüfung der Legitimation an jeden Vorzeiger des Buches erfolgen. Dazu kommt, daß dem die Auskunft erteilenden Beamten das Interesse der anfragenden Kl. bekannt war. In solchem Falle muß angenommen werden, daß es der Kl. darauf ankam, eine verbindliche Erklärung über die Ordnungsmäßigkeit des Buches zu erhalten und daß der auskunfterteilende Beamte das erkannte und die Auskunft mit dem Willen gab, für deren Richtigkeit und die Folgen ihrer Beachtung einzustehen. Die erteilte Auskunft wurde damit Gegenstand eines Vertrages. Was die Ermächtigung des Sparkassendirektors zum Abschluß eines derartigen Vertrages angeht, so ist auf die zutreffenden Ausführungen des BG. zu verweisen, nach denen ihm zum Abschluß von Bankgeschäften stillschweigend Vollmacht erteilt war. Mag diese Vollmacht auch mit Rücksicht auf den Inhalt der Satzung nicht in vollem Umfange wirksam geworden sein, so galt sie doch für laufende Geschäfte, wie sie der Sparkassen- und Bankverkehr ständig mit sich bringt. Dazu gehört, zumal im Hinblick auf die Berechtigung der beiden Beamten zur Ausstellung von Sparbüchern, ohne weiteres die Auskunft darüber, ob ein Sparbuch ordnungsmäßig und in einer die Kasse verpflichtenden Weise ausgestellt worden sei. Die Auskunft war, wie der sie erteilende Beamte wußte, unrichtig. Weder war eine bare Einzahlung erfolgt noch hatte die Sparkasse unabhängig hiervon eine Zahlungsverpflichtung gegenüber der in dem Buche genannten oder einer dritten Person übernommen. Die Auskunft war ferner ursächlich für den der Kl. erwachsenen Schaden, da sie die Auszahlung des Geldes nach Annahme des Urts. nur im Vertrauen auf die Richtigkeit des Mitgeteilten vorgenommen hat (vgl. zu vorstehendem das Urts. des 8. ZivSen. v. 2. Febr. 1931 = RG. 131, 239).

3. Ist hiernach die Haftung des Bekl. aus dem Gesichtspunkte schuldhaft unrichtiger Auskunft zu bejahen, so bedarf es nicht der Feststellung, ob der Klageanspruch auch nach den Vorschriften über außervertragliche Haftung begründet ist. Mit Rücksicht auf die nicht überall einwandfreien Ausführungen des BG. soll nur auf folgendes hingewiesen werden. Wie in dem erwähnten Urts. v. 2. Febr. 1931 des näheren dargelegt ist, hatte die Anwendung des § 839 BGB. auszuscheiden. In Betracht konnten kommen

a) § 131 RVerf., sofern der Landrat Kr., R. oder N. als Beamte des Bekl. in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihnen einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt haben sollten. Eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch den Landrat genügt dafür schon deshalb nicht, weil diese ihm auch bei Berücksichtigung der Bestimmungen der KreisD. nur der

Allgemeinheit, nicht aber dem geschädigten Dritten gegenüber oblag (vgl. RGRKomm., Anm. 3 zu § 839 BGB.). Dagegen konnte die Ausstellung der Sparbücher als öffentlicher Urkunden (RGSt. 61, 126) bei Prüfung der Frage von Bedeutung sein, ob die Voraussetzungen des § 131 auf Seiten der beiden Sparkassenbeamten erfüllt waren und ob die Kl. durch das Vertrauen auf die Beurkundung in einen Irrtum versetzt und dadurch geschädigt worden ist.

b) §§ 31, 89 BGB. i. Verb. m. den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, nämlich den §§ 823, 826, 831 daf. Dabei setzt die letztere Bestimmung wiederum voraus, daß der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach §§ 823, 826 gegeben ist. Ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 konnte aber in den vom BG. angeführten Bestimmungen der KreisD. ebensowenig wie in der Sparkassensatzung erblickt werden. Eine Erörterung, ob die Voraussetzungen des § 826 vorlagen, hat das BG. nicht vorgenommen. Die Anführung dieses Paragrafen auf S. 15 des Urts. unter VI beruht auf einem offensibaren Schreibversehen.

4. Die Gründe, aus denen das BG. ein mitwirkendes Verschulden der Kl. hergeleitet hat, können nicht gebilligt werden. Abgesehen davon, daß der Bekl. sich auf die verwerteten Tatsachen zur Rechtfertigung eines solchen Verschuldens nicht berufen hatte und daß nicht ersichtlich ist, ob die als offenkundig bezeichneten Gegenstand der Verhandlung waren, würde im Verhältnis der Parteien dann kein Verschulden der Kl. gegeben sein, wenn sie die berufenen Vertreter der Sparkasse zur Ausstellung einlageleerer Sparbücher veranlaßt hätten. Auch auf Grund solcher Sparbücher konnte eine rechtliche Verpflichtung der Sparkasse begründet werden, mag das Rechtsverhältnis i. S. von RG. 124, 217<sup>1)</sup> oder 131, 243 zu beurteilen sein. Noch weniger ist die Annahme gerechtfertigt, die Kl. habe bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, daß die Einführung von sog. Gefälligkeitsparbüchern die Sparkassenbeamten zu Pflichtwidrigkeiten der hier fraglichen Art veranlassen werde.

Darin, daß die Kl. sich bei der Sparkasse verspätet, nämlich nach Empfang des Sparbuches, erkundigt und sich damit begnügt hat, einen Herrn der Direktion um Auskunft zu ersuchen, statt sich an den Vorstand zu wenden, hat das BG. kein mitwirkendes Verschulden zu finden vermocht. Was die unterlassene Befragung des Vorstandes anlangt, so verneint der VerR. unter Berufung auf die sachmännische Auffassung ein Verschulden überhaupt. Die an und für sich schuldhaft verspätete Erkundigung aber sei für den Schaden nicht ursächlich gewesen, da eine rechtzeitige Anfrage dasselbe Ergebnis gehabt haben würde. Diese Begründung wird dem Parteivorbringen und dem festgestellten Sachverhalt nicht gerecht. Wie im Urts. ausgeführt, betrachtete die Kl. das Sparbuch als wesentlichen Teil ihrer Sicherstellung. Sie ging davon aus, daß es sich um ein „ordnungsmäßiges“ Buch handle, dessen Betrag, wenn nicht bar eingezahlt, so doch auf andere Weise an die Sparkasse geleistet worden sei, etwa durch Hinterlegung von Wertpapieren oder Verpfändung anderer Werte. Auch in der RevInst. hat sie vorgebracht, daß sie auf den Gedanken eines nicht valutierten und doch vollzogenen Sparbuches nicht habe kommen können, zumal der Sparkassendirektor auf ihre Anfrage die Auskunft gegeben habe, das Buch sei in Ordnung und die Unterschriften stimmten. Damit ist aber ein Verschulden auf Seiten der Kl. nicht ausgeräumt. Die der Kl. obliegende Sorgfaltspflicht erscheint vielmehr in hohem Maße als verletzt. Wie ihr bekannt war und dazu aus dem dem Sparbuch beigefügten Satzungsauszug sich ergab, werden Sparbücher nur als Legitimationspapiere für bare Einzahlungen ausgestellt. Mit einer solchen Deckung hat die Kl. aber nach den Feststellungen nicht sicher gerechnet. Sie würde das auch ohne grobe Fahrlässigkeit nicht habe tun können angesichts der Höhe der Einlage, des niedrigen Verzinsungssatzes und der Knappheit und Unsicherheit, die zu der fraglichen Zeit auf dem Geldmarkt bestand. Eine andere als bare Deckung fiel aus dem Rahmen eines Sparbuches und hätte die Kl. bei gehöriger Überlegung zu durchgreifenden Bedenken gegen die Ordnungsmäßigkeit des Buches führen müssen. Wenn sie sich angesichts dessen mit der festgestellten Auskunft des Sparkassendirektors

<sup>1)</sup> ZB. 1929, 2343.

begnügte, statt die Bestätigung einer baren Einzahlung oder doch eine nähere Erklärung über den Grund der Ausfertigung des Buches ohne bare Einzahlung zu fordern, so läßt das nur zwei Deutungen zu. Entweder unterließ sie die weitere Aufklärung bewußt (das hat das BG. in tatsächlicher Würdigung abgelehnt) oder sie ließ es in hohem Grade an der erforderlichen Sorgfalt fehlen. Daß dieses Verschulden bei Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, erhellt ohne weiteres. Darüber hinaus ergibt aber das Festgestellte, daß das beiderseitige Verschulden, soweit es zur Verursachung des Schadens geführt hat, gleich zu bemessen ist. Das kann von hier aus festgestellt werden, ohne daß es der Zurückverweisung der Sache an das BG. bedarf. Denn der Sachverhalt ist während der langen Dauer des Rechtsstreits ausgiebig erörtert und es ist kein Gesichtspunkt erkennbar, der noch zu einer abweichenden tatsächlichen Beurteilung führen könnte. Die Verteilung des Schadens würde auch dadurch nicht zugunsten einer der Parteien beeinflusst werden können, daß die unentschieden gebliebene Haftung außerhalb des Vertrages zu bejahen sein möchte.

(U. v. 19. März 1931; 195/30 IV. — Düsseldorf.) [Ka.]

14. §§ 667 ff., 279 BGB. Rechtsverhältnis zwischen deutschen Banken und ihren Londoner Zweigniederlassungen und insbes. deren Rechtsstellung während des Krieges auf Grund der englischen Kriegsgesetze. Wann hat die Zweigniederlassung i. S. von § 667 BGB. etwas aus der Geschäftsbeforgung „erlangt“?†)

Die Kl. hatte vor dem Kriege der Deutschen Bank Wertpapiere in Verwahrung gegeben, die diese im Einverständnis mit der Kl. zwecks Stempelerparung ihrer Londoner Zweigniederlassung (London Agency) übergab. Diese Wertpapiere wurden aber nicht auf den Namen der Kl. verbucht, sondern mit Genehmigung der Kl. auf einem „Konto A“, das eine laumit Kontoverbindung zwischen der Berliner Hauptniederlassung der Bekl. und der „London Agency“ darstellte, so daß als Inhaberin der Wertpapiere die Hauptverwaltung der Bekl. in den Büchern erschien. So blieben die Verhältnisse bis zum Ausbruch des Krieges. Damals wurde die „London Agency“ unter die Aufsicht der englischen Regierung gestellt. Ihr Geschäftsbetrieb durfte nur nach Maßgabe der vom englischen Schatzamt gewährten Lizenzen weitergeführt werden. Zahlungen nach Deutschland durften nicht mehr geleistet werden.

Zu den auf „Konto A“ hinterlegten Wertpapieren der Kl. gehörten auch 3 $\frac{3}{4}$ %ige Züricher Kantonalanleihe von 1905 im Nennwerte von 170 000 Fr., die am 28. Febr. 1915 zur Rückzahlung ausgelöst wurden. Die Stücke wurden von der Londoner Zweigniederlassung der Bekl. unter Vermittlung des Schweizer Bankvereins bei der Züricher Kantonalbank vorgelegt und der Gegenwert von 170 000 schweiz. Fr. in der Weise an die „London Agency“ abgeführt, daß die Züricher Kantonalbank ihre Londoner Filiale zur Zahlung an die „London Agency“ anwies. Hierbei wurde der Frankenbetrag in einen Scheck über 6000 £ umgewandelt, den die „London Agency“ in ihren Büchern am 14. Juli 1915 dem „Konto A“ gutschrieb. Die Gutschriftsanzeige gelangte erst nach Kriegsende an die Berliner Hauptniederlassung der Bekl. und hierdurch auch zur Kenntnis der Kl.

Während der Kriegszeit hatte die „London Agency“ gemäß den englischen Kriegsgesetzen die von ihr für deutsche Gläubiger vereinnahmten Zinsen, Dividenden und Erlöse aufgefahrener oder ausgeloster Papiere dem öffentlichen Treuhänder (Public Trustee) laufend anzuzeigen. Das geschah

auch für die Zeit vom 5. Aug. 1914 bis 28. Juni 1916 hinsichtlich der 170 000 schweiz. Fr. Züricher Kantonalanleihe und an ihrer Stelle des Betrags von 6000 £. Dann wurde das Vermögen der „London Agency“ einschließlich des Konto A liquidiert und der nach Deckung der Schulden übrig bleibende Aktivsaldo an den Public Trustee abgeführt. Die Kl., deren Londoner Wertpapierbesitz von der Liquidation des Vermögens der London Agency mit betroffen worden war, hat später als ehemaliger englischer Untertan von der britischen Regierung eine Entschädigung erhalten. Ihre weiteren Ansprüche sind im deutschen Entschädigungsverfahren angemeldet worden und haben zur Bewilligung von Entschädigungen geführt.

Mit der Klage verlangt die Kl. aus dem mit der Bekl. geschlossenen Geschäftsbeforgungsvertrage die Herausgabe des von der Bekl. „erlangten“ Erlöses der Züricher Kantonalanleihe, und zwar nach Wahl der Bekl. in Pfunden oder Schweizer Franken. Unter Bezugnahme auf die Entsch. in RG. 116, 330 führt sie aus, der Erlös der Anleihe sei schon durch den Eingang bei der Londoner Zweigniederlassung der Bekl. in das Vermögen der Bekl. gelangt, wodurch diese herausgabepflichtig geworden sei. Die Bekl. habe auch den Betrag zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten und Abwicklung ihrer Geschäfte in London voll verwendet. Daher sei, als i. J. 1923 das übrig gebliebene Vermögen der London Agency an den Public Trustee abgeführt worden sei, der Erlös der Anleihe überhaupt nicht mehr vorhanden gewesen und habe als solcher dem Liquidationsverfahren nicht mehr unterliegen können. Somit könne sich die Bekl. nicht darauf berufen, daß durch die Liquidation ihre Herausgabepflicht erloschen sei.

Die Bekl. tritt dem Antrage entgegen; der Gegenwert der Anleihe sei niemals in ihr freies Eigentum, sondern vielmehr infolge der Kriegsmaßnahmen der englischen Behörden von vornherein nur als beschlagnahmter Wert an die London Agency gelangt und habe, ebenso wie eine etwaige Forderung der Kl. an die Bekl. auf Herausgabe, der Liquidation unterlegen. Durch die Abführung des Gegenwertes an den englischen Treuhänder sei sie also ihrer Herausgabepflicht der Kl. gegenüber enthoben. Gerade durch die hier tatsächlich nachweisbare Konfiskation und Liquidation des Streitgegenstandes unterscheide sich dieser Fall wesentlich von dem RG. 116, 330 entschiedenen. Die Kl. habe außerdem wegen ihrer Wertpapiere, also auch wegen der Züricher Anleihe, Entschädigung von der englischen Regierung erhalten, und wegen ihrer Restansprüche stünden ihr nur die gesetzlichen Entschädigungsansprüche gegen die deutsche Regierung zu, die mit Erfolg durchgeführt worden seien.

Das RG. hat die von den Vorinstanzen zugesprochene Klage abgewiesen.

Der Streit der Parteien geht darum, ob die 6000 £, die als Gegenwert für die in Zürich ausgelosten 170 000 Fr. Schweizer Wertpapiere am 14. Juli 1915 durch die Züricher Kantonalbank über ihre Londoner Filiale der Zweigniederlassung der Bekl. in London überwiesen worden sind, in das freie Vermögen der Bekl. gelangt und erst durch spätere englische Kriegsmaßnahmen liquidiert und konfisziert worden sind, oder ob sie von vornherein überhaupt nicht in das freie Eigentum der Londoner Zweigniederlassung übergegangen sind, weil sie beschlagnahmt oder mit sonstigen Verfügungsbeschränkungen belastet waren.

Das RG. geht davon aus, daß dieser Pfundbetrag am 14. Juli 1915 in die allgemeine Kasse der Zweigniederlassung geflossen sei, wenn er auch in ihren Büchern dem „Konto A“ der Berliner Hauptniederlassung gutgeschrieben worden sei, und damit freies Eigentum der Londoner Zweigniederlassung

lich und tatsächlich gebunden war, daß die Zweigniederlassung darüber nicht frei verfügen konnte und daher auch nicht „erlangt“ hat“. Der 3. ZivSen. folgt also immer noch grundsätzlich der abgelehnten Entsch., schließt ihre Anwendbarkeit aber aus durch eine tatsächliche Würdigung, was als „erlangt“ angesehen werden kann.

Immerhin zeigt sich aber bei dieser neuesten Entsch. zu der Frage, daß die Auffassung sich langsam Bahn zu brechen sucht, daß die ausländische Zweigniederlassung nicht ohne weiteres oder jedenfalls nicht immer eine Identität mit der deutschen Hauptniederlassung bedeutet. Bemerkenswert ist der Satz: „Daraus mußte sich notwendigerweise eine gewisse Verschiedenheit zwischen dem eigentlichen Geschäftsvermögen der Londoner Zweigniederlassung und dem Ber-

Zu 14. Eine weitere Entsch. des 3. ZivSen., welche die ungewöhnlichen Ergebnisse der Entsch. des 2. ZivSen. v. 29. März 1927 (RG. 116, 330 = JW. 1927, 295) zu vermeiden sucht! Zu der einen anderen Tatbestand betreffenden, aber rechtlich dieselben Fragen beruhenden Entsch. des 3. ZivSen. v. 17. Okt. 1930 habe ich bereits Stellung genommen und dabei die m. E. grundsätzlichen Fragen erwähnt (JW. 1931, 722).

Auch in der jetzt vorl. Entsch. wird wiederum ein Unterschied im Tatbestand besonders betont, demzufolge von den Grundsätzen der Entsch. des 2. ZivSen. von 1927 abgewichen werden kann.

Der Unterschied wird darin gefunden, daß der „Pfundbetrag bei seinem Eingange bei der Zweigniederlassung derartig recht-

der Befl. geworden sei, über das diese innerhalb der Lizenzen der englischen Regierung hätte frei verfügen und mit dem sie innerhalb des Rahmens ihrer Bewegungsfreiheit Geschäfte hätte machen können. Es erachtet deshalb den Fall für gleichliegend mit demjenigen, der in RG. 116, 330<sup>1)</sup> entschieden worden ist.

Dem kann nicht beigetreten werden. Zwischen beiden Fällen bestehen erhebliche Unterschiede. Dort waren zur Sicherung eines Darlehens von der Hamburger Filiale der Deutschen Bank von einem Kunden Wechsel hereingenommen worden, die englische Akzente trugen. Die Hamburger Filiale gab deshalb vor Kriegsausbruch diese Akzente an die Londoner Filiale der Deutschen Bank weiter, damit diese sie einlöste, und zwar erschien die Londoner Filiale auf den Wechseln als durch Vollindossament legitimierte Berechtigte. Wenn diese Wechsel nunmehr nach Kriegsausbruch in England eingelöst wurden, floß dieser Gegenwert in die allgemeine Kasse der Londoner Zweigniederlassung der Deutschen Bank, und diese war lediglich verpflichtet, sie buchmäßig der Hamburger Filiale der Deutschen Bank gutzuschreiben. Hier aber hatte die Befl. von der Kl. ganz bestimmte Wertpapiere in Verwahrung genommen und sie auf ihrer Zweigniederlassung in London hinterlegt, zwar nicht auf den Namen der Kl., aber doch auf einem besonderen Konto A, das allein für die Hauptniederlassung in Berlin vorbehalten war. Es ist richtig, daß diese Wertpapiere in London äußerlich stets als solche der Befl., nicht der Kl. behandelt worden sind. Dennoch muß hervorgehoben werden, daß sie nach außen hin als ein Depot der Hauptniederlassung in Berlin gekennzeichnet wurden. Wenn nun auch die Londoner Zweigniederlassung der Befl. dieser gegenüber keine selbständige Rechtspersönlichkeit darstellte und an sich das Vermögen der Zweigniederlassung und das der Hauptniederlassung rechtlich ein und dieselbe Masse bildete, so behandelte doch die englische Kriegsgesetzgebung diese Vermögensmassen verschieden. An den ersten Proklamationen und Verordnungen der englischen Regierung nach Kriegsausbruch fällt auf, daß jeglicher Verkehr mit dem feindlichen Ausland strikt unterbunden, aber die wirtschaftliche Weiterarbeit von Ausländern im englischen Inlande unter bestimmten Beschränkungen weiter geduldet wurde. Das springt besonders ins Auge aus der Bef. der engl. Regierung v. 22. Aug. 1914. Hier wird unter Nr. 3 gerade der Fall erwähnt, wo eine im feindlichen Auslande sesshafte Hauptniederlassung auf englischem Boden eine Filiale unterhält: hier wird der Verkehr mit der Hauptniederlassung unterbunden, aber der Handel mit der Filiale in England bleibt, abgesehen von verbotenen besonderen Fällen, zulässig. Danach durfte also auch die Londoner Zweigniederlassung der Befl. im engen Rahmen und unter Aufsicht des vom englischen Schahamt ernannten Kontrolleurs (supervisor) weitere Geschäfte abschließen. Gänzlich untersagt waren solche mit der Hauptniederlassung der Beklagten; insbes. durfte an sie nichts mehr bezahlt werden (vgl. die Proklamation v. 5. Aug. 1914 und die zweite Proklamation über den Handel mit dem Feinde v. 9. Sept. 1914). Daraus mußte sich notwendigerweise eine gewisse Verschiedenheit zwischen dem eigentlichen Geschäftsvermögen der Londoner Zweigniederlassung der Befl. und den Vermögensstücken der Hauptniederlassung der Befl. in Berlin, die sich bei der Londoner Zweigniederlassung befanden, entwickeln. Obgleich juristisch beide Vermögensmassen derselben Rechtspersönlichkeit zustanden, blieb das Vermögen der Londoner Zweigniederlassung freier gestellt. Die Filiale durfte mit ihm im Rahmen der Lizenz der englischen Regierung weitere Geschäfte abschließen. Vermögensstücke der Hauptniederlassung in Berlin, insbes. Depots auf den Namen der Hauptniederlassung wurden be-

handelt wie Eigentum eines feindlichen Ausländers. Das zeigte sich praktisch sofort bei der Handhabung der Zusatzakte v. 27. Nov. 1914 zum Gesetz über den Handel mit dem Feinde. In ihm wird das Amt eines Treuhänders für das feindliche Eigentum geschaffen. Im Kapitel 2 Abs. 1 (vgl. Armstrong, Britische Gesetzgebung im Kriege und zum Friedensvertrag 1914 bis 1921 S. 34 ff.) wird angeordnet, daß alle Dividenden, Zinsen oder Gewinnanteile, die im Nichtkriegsfall an eine im feindlichen Auslande wohnhafte Person zu zahlen gewesen wären, von der Person, die sie hätte zahlen müssen, an den Treuhänder künftig zu zahlen sind. Im vorliegenden Falle ist diese Bestimmung auch auf das „Konto A“ der Londoner Zweigniederlassung anstandslos angewandt worden. Denn dieses enthielt ja Depots der Hauptniederlassung in Berlin. Die Zweigniederlassung in London durfte deshalb die Zinsen aus den Depots der Hauptniederlassung im „Konto A“ nicht mehr an diese abführen, mußte sie vielmehr an den Treuhänder abliefern. Schon hieraus ist die unterschiedliche Behandlung des Vermögens der Befl. zu ersehen.

Die Zusatzakte v. 27. Nov. 1914 führte aber nicht nur eine Beschlagnahme der Zinsen usw. des Depots der Befl. herbei, sondern betraf auch die Wertpapiere selbst, also die 170 000 Schweiz. Fr. Nach Kap. 3 Abs. 1 wurde jegliches bewegliche oder unbewegliche Vermögen einer im feindlichen Auslande wohnhaften Person in England einer Anmeldepflicht an den englischen Treuhänder unterworfen. Demgemäß hatte auch die Zweigniederlassung der Befl. die Depots anzumelden, die bei ihr auf den Namen der Hauptniederlassung in Berlin lagerten. Tatsächlich sollte diese Maßregel nur die Vorstufe für eine Beschlagnahme sein. Im Kap. 4 Abs. 1 wurde nämlich den englischen Gerichtsbehörden die Befugnis eingeräumt, auf Antrag des Treuhänders die Übertragung jedweden Vermögensstückes eines Feindes auf den Treuhänder anzuordnen. Das sind die Vesting Orders, von denen in dem Schreiben des Clearing Office v. 30. Okt. 1929 die Rede ist. Richtig ist, daß eine solche Übertragung oder Beschlagnahme und Abführung an den Treuhänder hinsichtlich der 170 000 Schweiz. Fr. oder der an ihre Stelle getretenen Auslosungssumme nicht besonders angeordnet worden ist. In dem oben genannten Schreiben des Clearing Office wird auch der Grund angegeben, warum das nicht geschehen ist: weil die Zusatzakte v. 29. Juli 1915 zu dem Gesetz über den Handel mit dem Feinde (Armstrong S. 48) im Kap. 1 Abs. 1b generell anordnete, daß auch die Beträge aus den ausgelosten Wertpapieren an den Treuhänder abzuführen waren, wie bisher schon die Zinsen, Dividenden usw.

Hieraus ergibt sich, daß gerade bei der Zugrundelegung des englischen Rechts, wie es das RG. zusammengestellt hat und an dessen Auslegung durch das RG. das RG. gebunden bleibt, der gegenwärtige Fall anders liegt als der in RG. 116, 330<sup>2)</sup>, zunächst hinsichtlich der Schweizer Wertpapiere auf dem Konto A.

Fraglich ist noch, wie die Veränderung zu werten ist, die im Juli 1915 in dem Depot auf Konto A vor sich ging: die Wertpapiere waren ausgelost worden, mußten insfolgedessen in Zürich vorgelegt werden, und ihr Auslosungsbetrag wurde nach Umwandlung in englische Pfund der Zweigniederlassung der Befl. in London wiederum überwiesen.

Das RG. will aus dem Umstande, daß die Überweisung am 14. Juli 1915 erfolgte, die Zusatzakte vom 29. Juli 1915 aber, die eine Abführung des Betrags ausgeloster Wertpapiere an den Treuhänder anordnete, erst vierzehn Tage später in Kraft trat, folgern, daß insfolgedessen der Pfundbetrag in das freie Vermögen der Zweigniederlassung geflossen sei. Es ist richtig, daß diese Pfundsumme in die allgemeine Kasse der Londoner Zweigniederlassung gelangt ist. Auch ist richtig, daß dieser Pfundbetrag, wie das RG. an der Hand des englischen Kriegsrechts, das irreflexibel ist, nachgewiesen hat, nicht im Sinne der englischen Gesetze beschlagnahmt war. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß dieser Pfundbetrag in das freie Vermögen der Befl. geflossen ist. Darüber, ob etwas i. S. des § 667 BGB. „erlangt“ ist, entscheidet das deutsche Recht. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gelangt das RG. zu der Überzeugung, daß dieser Pfund-

mögensstücken der Hauptniederlassung in Berlin, die sich bei der Zweigniederlassung in London befanden, entwickeln.“

Wenn aber die Eingriffe einer ausländischen Souveränitätsgewalt in die Sphäre der dieser Gewalt unterliegenden Zweigniederlassung eine Verschiedenheit hervorrufen kann, so zeigt dies deutlich, daß der Begriff der Personenidentität mancherlei Modifikationen nötig macht. Es ist zu hoffen, daß diese grundsätzlichen Erwägungen künftig nicht nur als gelegentliche Bemerkungen, sondern als die die Entsch. tragenden *BP*-Gründe erscheinen.

RA. E. Hermann Ojse, Berlin.

<sup>1)</sup> *ZW*. 1927, 2295.

<sup>2)</sup> *ZW*. 1927, 2295.

betrag bei seinem Eingange bei der Zweigniederlassung der Bess. derartig rechtlich und tatsächlich gebunden war, daß die Zweigniederlassung der Bess. darüber nicht frei verfügen konnte und daher auch nicht „erlangt“ hat.

Auch das R. O. muß anerkennen, daß die Zweigniederlassung insoweit über den Einlösungswert der Papiere nicht frei verfügen konnte, als sie ihn nicht in Zürich belassen durfte, sondern nach London überführen mußte. Es war ja selbstverständlich, daß die englische Regierung, die bisher schon die Zinsen aus den Wertpapieren beschlagnahmt und für sich eingezogen hatte, sich des Zugriffs auf das Kapital, aus dem sie bisher Einkünfte bezogen hatte, nicht begeben wollte. Die Zweigniederlassung der Bess. mußte ferner den ausgelosten Betrag, der an sich der Hauptniederlassung der Bess. zustand, nach der Zusatzakte v. 27. Nov. 1914 Kap. 3 Abs. 1 dem Treuhänder innerhalb bestimmter Frist anzeigen. Auf eine Unterlassung dieser Anzeige standen schwere Strafen. Sie mußte naturgemäß diesen Betrag mindestens so lange zur Verfügung halten, bis annehmbar eine Rückübernahme des Treuhänders auf die Anmeldung eintreffen konnte. Denn die Anmeldung hatte nur den Zweck, der englischen Behörde die Möglichkeit zu geben, mit einer Vesting Order eine Beschlagnahme herbeizuführen. Endlich trat Ende Juli 1915 die Zusatzakte v. 29. Juli 1915 in Kraft, die die Ausführung des Betrags ausgeloster Wertpapiere ganz allgemein anordnete, und die sich auch auf den Betrag früher ausgeloster Wertpapiere bezog. In allen diesen Maßregeln lag eine so starke rechtliche und tatsächliche Beschränkung der Zweigniederlassung der Bess. in der Verfügung über den Pfundbetrag, daß ihre freie Verfügungsgewalt über ihn ausgeschlossen erscheint.

Eine starke Stütze für diese Auffassung ist, daß die Beteiligten den Auslosungsbetrag für die hinterlegten 170 000 Schweizer Franken so behandelt haben, als wenn er ordnungsmäßig beschlagnahmt und später liquidiert worden wäre. Vor allem spricht hierfür die Ausnahme des Pfundbetrags in die sog. Receivable Order A. Wenn auch diese Zusammenstellung viel später als 1916 erfolgt sein mag, so stellt sie doch die Wertpapiere und Summen auf, die auf Grund des Gesetzes über den Handel mit dem Feinde v. 18. Sept. 1914 und den beiden Zusatzakten v. 27. Nov. 1914 und v. 29. Juli 1915 von der Zweigniederlassung der Bess. an den englischen Treuhänder abzuführen waren. Beide Teile, sowohl der englische Treuhänder als auch die Zweigniederlassung erkennen damit indirekt an, daß diese durch Gesetze erfolgte Beschlagnahme und Verfügungsbeschränkung sich auf die in der Zusammenstellung aufgeführten Wertobjekte erstreckte dergestalt, daß damit der Zweigniederlassung eine Verfügung darüber entzogen war. Daß die tatsächliche Abführung erst viel später, nämlich i. J. 1923 erfolgt ist, kann daran nichts ändern. Diese Wertpapiere und Beträge mußten von der Zweigniederlassung der Bess. jederzeit zur Verfügung gehalten werden, konnten insoweit also in ihrem Geschäft nicht mitarbeiten. Der englische Treuhänder aber war durch den supervisor in der Lage, die Einhaltung dieser Verfügungsbeschränkung zu überwachen. Eine weitere Anerkennung des oben entwickelten Rechtsstandpunktes liegt darin, daß sowohl England als auch Deutschland den Pfundbetrag als individuell beschlagnahmtes Vermögensstück der Hauptniederlassung der Bess., ja sogar der Bess. behandelt haben: England, indem es diesen Betrag Deutschland gutgeschrieben, Deutschland, indem es gemäß Art. 297 B. V. die Kl. im Ausgleichsverfahren hierfür entschädigt hat. Hierzu kommt endlich das Anerkenntnis des englischen Clearing Office v. 20. April 1928, daß der Gegenwart der 170 000 schweiz. Fr. „in Ausführung der Bestimmungen der Kriegsgesetzgebung“ an den Verwalter deutschen Vermögens (Administrator of German Property) „ausgezahlt“ worden ist. Es unterliegt danach keinem Zweifel, daß die Beteiligten untereinander die Beschränkungen hinsichtlich des Pfundbetrages als einen Beschlagnahmeakt angesehen und behandelt haben.

Hiernach hat die Zweigniederlassung der Bess. in London den Pfundbetrag nicht i. S. des § 667 BGB. „erlangt“. Er ist vielmehr ohne ihre Schuld ihr entzogen worden. Eine Haftung der Bess. aus § 279 BGB. muß deshalb verneint werden.

(U. v. 7. Juli 1931; 289/30 III. — Berlin.) [Sch]

15. §§ 719, 1282, 157 BGB. Wird vereinbart, daß eine D. H. G. bei einer Bank ein Guthaben unterhalten solle, das dem Debitsaldo ihrer Teilhaber als persönlicher Schuldner gleichkomme, so liegt darin nicht die Befugnis der Teilhaber, mit dem Aktivsaldo der Gesellschaft zugunsten ihrer persönlichen Passivsalbi aufzurechnen.

Die D. H. G. in Firma Jos. A. & Co. in F., deren einzige Gesellschafter die beiden Bess. sind, stand mit der Firma N. & Co. in Kontokorrentverkehr; außerdem unterhielten auch die beiden Bess., jeder für sich, bei ihr ein Konto. Das Konto der Gesellschaft A. & Co. war für ihre geschäftlichen Umsätze bestimmt, auf den Konti der Bess. wurden An- und Verkäufe von Wertpapieren verbucht. Über die Firma N. & Co. ist am 16. Sept. 1929 das Konkursverfahren eröffnet und der Kl. zum Verwalter bestellt worden. Damals betrug das Guthaben der Gesellschaft A. bei der Gemeinschuldnerin 40 719 RM, während diese nach Behauptung des Kl. von A. 5077 RM, von L. 28 639 RM zu fordern hatte. Mit der Klage ist beantragt worden, A. zur Zahlung von 5077 RM, L. zur Zahlung eines Teilbetrages von 7000 RM zu verurteilen. Die Bess. haben eingewendet, es handle sich bei den Konten nur rechnerisch und formal um getrennte Rechnungen, rechtlich und wirtschaftlich bestche nach den getroffenen Vereinbarungen nur eine Rechnung, die in sich ausgeglichen werden müsse. Jedenfalls sei schon vor der Konkurseröffnung verabredet worden, daß die Guthaben und Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden könnten, und eine solche Aufrechnung sei auch erklärt worden. Mindestens müsse man die getroffenen Abreden dahin auslegen, daß das Guthaben der Gesellschaft A. der Firma N. & Co. verpfändet sei. Auch in diesem Falle habe die Firma N. wie auch die Bess. das Recht gehabt, Guthaben und Forderungen miteinander zu verrechnen. Die in der Klage bezeichneten Forderungen seien daher getilgt.

Dieser Einwand blieb ohne Erfolg.

Die Bess. machen gegenüber den gegen sie persönlich gerichteten Klageforderungen geltend, daß sie durch Aufrechnung mit einer der Gesellschaft gegen die Gemeinschuldnerin zustehenden Forderung getilgt seien. Die Befugnis zu solcher Aufrechnung, welche nach feststehender Rspr. aus dem Gesetze nicht herzuleiten ist (vgl. auch § 719 Abs. 2 BGB.), wollen sie auf ein besonderes, angeblich zwischen dem Bess. L. und den Vertretern der Gemeinschuldnerin getroffenes Abkommen stützen. Das BG. verneint, daß ein solches Abkommen getroffen sei. Ihm ist im Ergebnis beizutreten.

Nach den Feststellungen des BG. ist zwischen dem Bess. L. als Vertreter der Firma A. und dem Zeugen W. als Vertreter der Firma N. & Co. vereinbart worden, daß die Gesellschaft A. bei der Bank ein Guthaben unterhalten solle, das dem Debitsaldo der beiden Bess. als persönlicher Schuldner entspreche. Das BG. lehnt es ab, dieses Abkommen über seinen Wortlaut hinaus auszulegen. Es meint, es sei nicht vereinbart worden, daß die Bank sich im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschafter an das Guthaben der Gesellschaft halten und sich durch Aufrechnung befriedigen dürfe; es sei vielmehr nur ein tatsächlicher Zustand geschaffen, den die Bank aus irgendwelchen, nicht näher auflärbaren Gründen als genügende Sicherheit angesehen habe. Es mag sein, daß diese Auslegung, namentlich unter Berücksichtigung der von den Bess. behaupteten Umstände der tatsächlichen Handhabung, die als richtig zu unterstellen ist, zu eng ist, weil sie den erkennbaren Zweck der Vereinbarung nicht genügend berücksichtigt. Es liegt die Annahme nahe, daß der Bank nicht nur die Sicherheit gewährt werden sollte, welche in dem Bestehen eines den Debitsalden der Bess. entsprechenden Guthabens der D. H. G. für sie lag, sondern daß man ihr darüber hinaus die Befugnis geben wollte, sich bei Fälligkeit der Schulden der Beklagten aus dem Guthaben zu befriedigen. Rechtlich würde sich dann das Abkommen als die Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung darstellen, die gegen den Pfandgläubiger selbst gerichtet ist; die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist anerkannt (vgl. RG. 57, 363; 116, 207<sup>1</sup>); RG.: LZ. 1922, 557<sup>2</sup>). Die Gemeinschuldnerin würde dann bei Fälligkeit

<sup>1</sup>) JW. 1927, 1356.

keit der Schulden der Bekl. befugt gewesen sein, sich aus dem Pfande zu befriedigen, und zwar, da eine Einziehung (§ 1282 BGB.) nicht in Betracht kommt, durch einfache Erklärung, die einer Aufrechnungserklärung sachlich gleichgekommen wäre. Aber mit einer solchen Auslegung ist — da die Bank eine Erklärung solcher Art unfreiwillig nicht abgegeben hat — für die Bekl. noch nichts gewonnen. Sie müssen nachweisen, daß auch ihnen das Recht eingeräumt worden ist, ihre Schuld durch Aufrechnung mit dem Guthaben der Gesellschaft zu tilgen. Das Abkommen soweit auszulegen, hat das BG. mit Recht abgelehnt. Der Wortlaut gibt dafür keinerlei Anhalt. Der erkennbar verfolgte Zweck, nämlich die Sicherung der Bank gegen eine Zahlungsunfähigkeit der Bekl., wurde völlig erreicht, wenn nur ihr das Recht zustand, sich aus dem Guthaben der D.G. zu befriedigen. Daß daneben auch noch der Zweck verfolgt worden wäre, die Bekl. im Falle einer Zahlungseinstellung der Bank zu schützen, haben sie selbst nicht behauptet. Sie haben vielmehr vorgetragen, daß eine solche Möglichkeit bei den Verhandlungen überhaupt nicht ins Auge gefaßt worden sei. Wollte man daher in das Abkommen hineinlesen, daß nicht nur die Bank das Recht haben sollte, sich aus dem Guthaben der Gesellschaft zu befriedigen, sondern auch die Bekl., mit ihm gegen ihre Schulden aufzurechnen, so wäre das nicht mehr eine Auslegung, sondern eine Ergänzung der vertraglichen Abmachungen, die durch § 157 BGB. nicht gedeckt wäre. Die Berufung auf Treu und Glauben hilft hier nichts. Denn auch bei Berücksichtigung von Treu und Glauben ist es nicht angängig, einem Verträge einen anderen Inhalt zu geben, als er tatsächlich hat.

(U. v. 28. März 1931; 338/30 I. — Darmstadt.) [R.]

**\*\*16.** § 826 BGB. Der Inhaber eines Monopolbetriebes darf sich nicht durch Sperre eine bevorrechtigte Stellung in der Zwangsverwaltung des gesperrten Grundstücks oder gegenüber dem die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubiger beschaffen. Auch die Benutzung rechtskräftiger Vollstreckungstitel kann gegen die guten Sitten verstoßen.†)

Für die Kl. waren i. J. 1925 auf dem Grundbesitz des Ziegelwerkes St. Hypotheken in Höhe von insgesamt

**Zu 16. A.** Die Entsch. rührt an die grundlegenden Probleme des Verhältnisses zwischen Privat- und Prozeßrecht, die natürlich eine höchst sorgfältige Behandlung erfordern und nicht mit ein paar Bemerkungen abzutun sind.

1. Am einfachsten liegt noch die privatrechtliche Frage, ob ein Vertrag, den ein Teil unter Benutzung einer Zwangslage des Gegners und der eigenen Machtmittel, insbes. eines rechtlichen oder auch nur tatsächlichen Monopols abschließt, gegen die guten Sitten verstößt. Diese Frage kann im Grundsatz unbedenklich bejaht werden, wenn auch zugegeben werden muß, daß es im Einzelfall nach der tatsächlichen Seite hin sehr zweifelhaft sein kann, ob einerseits eine Zwangslage des Vertragsgegners gegeben ist, ob andererseits eine Monopolstellung vorliegt und ob ihr Gebrauch als ein Mißbrauch anzusehen ist. Im vorliegenden Fall erblickt das RG. in Übereinstimmung mit dem BG. die Zwangslage in der Tatsache, daß der an der Bewirtschaftung des unter Zwangsverwaltung gestellten Objektes interessierte Gläubiger ohne die Elektrizitätslieferungen der Gegenpartei den Betrieb und damit die Nugbarmachung des beschlagnahmten Grundstücks nicht fortsetzen könnte. Der Mißbrauch wird darin erblickt, daß der Monopolinhaber durch die Sperre seiner Lieferungen einen mit ihm konkurrierenden Gläubiger des Zwangsverwaltungsverfahrens dazu bewegen hat, durch Übernahme und Zahlung einer Verbindlichkeit dieses Schuldners an den Monopolinhaber diesem eine Befriedigung zu verschaffen, auf die er (gegenüber dem übernehmenden und zahlenden Konkurrenten) kein Recht hatte und auf die er im Vollstreckungsverfahren nicht hätte rechnen können. Man wird gegen diesen Teil der Entsch. keine Bedenken erheben können, wenngleich noch zu prüfen wäre, ob hier die Regeln der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung oder diejenigen der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit des Geschäftes anzuwenden wären, und wenngleich man weiter betonen muß, daß nicht jede Abmachung zwischen zwei Gläubigern desselben Zwangsvollstreckungsschuldners (oder auch Konkurschuldners), durch welche der eine dem anderen gewisse Vorteile im Verfahren zusichert, schon um deswillen als sittenwidrig anzuspochen ist. Was im vorliegenden Fall die Sittenwidrigkeit begründet, ist lediglich das Moment des Zwangs durch Ausnutzung des Monopols.

2. Die Zweifel beginnen aber bei der Frage, ob die Sittenwidrigkeit des privatrechtlichen Vertrages noch gegenüber dem

700 000 G.M. hinter einer erstellenden Hypothek der Grundkreditbank G. von 500 000 G.M. eingetragen. Am 12. Okt. 1925 wurde auf Antrag der Kl. die Zwangsverwaltung des Ziegelwerkes angeordnet, zum Zwangsverwalter wurde der Betriebsleiter S. bestellt. Dieser und der Prokurist der Kl., K., trafen alsbald auf dem Werk mit mehreren Vertretern der Geschäftsstelle G. der beklagten Elektr. Werke zusammen. Diese wollten die der Bekl. gehörigen Motoren und Transformatoren abtransportieren. Dem widersprach der Zwangsverwalter. Eine Inbetriebsetzung des Werkes war aber nicht möglich, da die Bekl. inzwischen sowohl die Licht- als auch die Kraftstromzufuhr unterbrochen hatte. Sie machte die Weiterlieferung von Strom von der Bezahlung ihrer alten Installationsforderung in Höhe von 37 000 RM sowie der rückständigen Stromlieferungsgebühren in Höhe von etwa 2600 RM abhängig. Darauf schloß die Kl., nachdem inzwischen über das St.-Werk auch das Konkursverfahren eröffnet worden war, den Vertrag v. 22. Okt. 1925 mit der Bekl., wonach die Bekl. die Belieferung des St.-Werkes wieder aufnahm, während die Kl. sich zur Bezahlung der erwähnten Rückstände des St.-Werkes verpflichtete. Da die Kl. die verbinteten Teilzahlungen auf die Installationsschuld von 37 000 RM nicht leistete, erwarb die Bekl. fünf Vollstreckungsbefehle in der Zeit v. 16. Febr. 1926 bis 29. Mai 1926 über insgesamt 37 000 RM und ließ hieraus Pfändungen bei der Kl. vornehmen. Diese zahlte insgesamt 15 050 RM. Im Versteigerungstermin am 9. Nov. 1927 ist das St.-Werk von der Stettiner Gemeinnützigen Baugesellschaft GmbH. in Stettin erstanden worden. Die Kl. ist mit ihrer Hypothek von 700 000 RM ausgefallen.

Die Kl. macht nun geltend, der Vertrag v. 22. Okt. 1925 sei nichtig. Denn die Bekl. habe in sittenwidriger Weise unter Mißbrauch ihrer Monopolstellung die Zwangslage der Kl. ausgenutzt, indem sie die Stromlieferung von der Übernahme von Schulden des St.-Werkes abhängig gemacht habe. Um den Weiterbetrieb des St.-Werkes zu ermöglichen und ihre Hypothek zu retten, habe sich die Kl. dem Verlangen der Bekl. fügen müssen. Sie fordert mit der Klage die gezahlten 15 050 RM zurück. Die Bekl. ist in allen Instanzen verurteilt.

Der VerK. hält die Geltendmachung der Sittenwidrig-

rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl geltend gemacht werden kann. Dieser besitzt bekanntlich eine doppelte Eigenschaft. Einerseits kommt ihm die Vollstreckungskraft zu. Andererseits hat er, da er einem Verjümnisurteil gleichsteht, materielle Rechtskraft. Und hier erhebt sich das große Problem, ob es nicht einen Verstoß gegen die Rechtskraft bedeutet, wenn man dem Verurteilten gestattet, die Ausnutzung der Rechtskraft und Vollstreckungskraft durch Berufung auf § 826 im praktischen Effekt zu verhindern oder rückgängig zu machen.

Hier muß zunächst daran festgehalten werden, daß die bloße Tatsache des Gebrauchens von einem materiell unrichtigen Urteil für sich allein noch nicht den Tatbestand des § 826 BGB. ausmachen kann. Es muß zum mindesten das Bewußtsein der siegreichen Partei von der materiellen Unrichtigkeit hinzukommen. Aber auch dies genügt nicht. Die bloße Zwangslage, in der sich der Unterlegene im Hinblick auf die Unanfechtbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung befindet, ist eine solche, die mit dem Institut des Prozesses und der formellen Rechtskraft untrennbar verbunden ist. Daß der vollstreckende Gläubiger von diesem Institut Gebrauch macht, ist auch bei Bewußtsein der materiellen Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels, für sich allein noch keine Sittenwidrigkeit. Vielmehr muß hinzukommen, daß der siegreiche Teil diese in der Rechts- und Vollstreckungskraft begründete Zwangslage in sittenwidriger Weise herbeigeführt hat, indem er das Prozeßverhalten des Gegners unter Verletzung der guten Sitten in einer Weise beeinflusst hat, welche für das Zustandekommen des rechtskräftigen und vollstreckbaren Titels kausal geworden ist. So kann es sich namentlich verhalten, wenn die Zwangslage des Gegners nicht nur dazu mißbraucht worden ist, ihn zum Abschluß eines materiell ungünstigen Vertrages zu zwingen, sondern auch dazu, um ihn zu verhindern, sich im Prozeß gegen die Unwirksamkeit dieses Vertrages zu wehren, sei es schon vor dem Urteil durch Vorbringen von Einwendungen, sei es nach Erlass des Urteils (Vollstreckungsbefehls) durch Gebrauch von Rechtsmitteln. Der Verstoß gegen § 826 liegt also nicht an der Ausnutzung des materiell unrichtigen Titels als solchen, sondern in der sittenwidrigen Schaffung dieses Titels. Er liegt sozusagen in dem sittenwidrigen Mißbrauch des Prozeßinstitutes selbst.

Damit entfallen, wie mir scheint, die Schwierigkeiten, die man

keit des Vertrags v. 22. Okt. 1925 zur Begründung von Ansprüchen auf ungerechtfertigte Bereicherung und aus unerlaubter Handlung nicht für zulässig, weil diese Gründe schon vor dem nach § 796 Abs. 2 ZPO. maßgebenden Zeitpunkt, der Zustellung der Vollstreckungsbefehle, entstanden seien. Auch gegenüber einer etwaigen Drohung der Befl. würde § 796 Abs. 2 ZPO. durchgreifen.

Dagegen nimmt der Bev. an, die Befl. habe in sittenwidriger Weise unter Ausnutzung einer Zwangslage der Kl. die Vollstreckungsbefehle für in Wirklichkeit nichtige oder ansehbare Ansprüche erwirkt. Denn die Befl. habe ihre Monopolstellung zu ihrem Vorteil und zum Schaden der Kl. in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise ausgenutzt, indem sie die Weiterlieferung von elektrischem Strom an das St.-Werk nicht bloß von der Bezahlung der rückständigen Stromlieferungsschulden und der Motoren und Transformatoren, sondern auch von der Übernahme einer auf 37 000 RM festgesetzten Schuld des St.-Werks für Installationsarbeiten durch die Kl. abhängig gemacht habe. Darüber hinaus habe die Befl. die Vollstreckungsbefehle für tatsächlich nicht rechtswirksam bestehende, weil auf einem nichtigen Vertrag beruhende Ansprüche in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise erwirkt. Sie habe erkannt, daß ihre Installationsforderung gegen das St.-Werk eine völlig wertlose Konkursforderung darstelle. Wenn sie trotzdem die Vollstreckungsbefehle gegen die Kl. erwirkte, deren Zwangslage fortbestand, habe sie hierdurch wie durch die daraus betriebene Zwangsvollstreckung sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten i. S. von § 826 BGB. schuldig gemacht. Der hiernach der Kl. zustehende Schadensersatzanspruch gehe auf Herausgabe der Schuldtitel und auf Rückzahlung des durch die Vollstreckung Erlangten.

Der Bev. der Befl. war der Erfolg zu versagen. Nach der in Rspr. und Rechtslehre herrschenden Ansicht folgt aus der Monopolstellung von Unternehmen von der Art der Befl. ein Kontrahierungszwang; die Monopolstellung darf insbes. nicht dazu ausgenutzt werden, sich im Konkurs eine bevorzugte Stellung zu verschaffen (vgl. Jaeger, Komm. zur RD., 6./7. Aufl., Bd. 1 § 17 Anm. 18b und die dort auf S. 315 angeführte Literatur und Rspr.; Menzel, Komm. zur RD., 3. Aufl., S. 103). Danach stellt die Er-

aus § 767 Abs. 2 ZPO. (gegenüber dem Vollstreckungsbefehl aus § 796 Abs. 2 ZPO.) ableiten könnte. Diese Vorschriften wollen lediglich materielle Einwände ausschließen, die sich gegen den eigentlich bestehenden Anspruch richten und die bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung bereits vorlagen; und sie wollen es ermöglichen, dem ergangenen Titel die Vollstreckungskraft zu entziehen, wenn solche Einwände nach dem genannten Zeitpunkt entstehen. Dagegen die Berufung auf § 826 erhebt, genau gesehen, gar keinen Einwand gegen den materiellen Anspruch, sondern gegen die sittenwidrige Beeinflussung der Prozeßführung des unterlegenen Teiles, sie will auch nicht den rechtskräftigen und vollstreckbaren Titel aus der Welt schaffen oder seiner Wirkungen, insbes. seiner Vollstreckbarkeit entkleiden, sondern sie geht gerade von dem vorhandenen und unangreifbaren prozessualen Bestand dieses Titels aus und erblickt gerade in diesem Bestande die sie schädigende Tatsache. Sie leitet Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt ab, daß diese für sie schädliche Sachlage in sittenwidriger Weise herbeigeführt worden ist. An die prozessualen Grundfälle (formelle Unanfechtbarkeit, die materielle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Titels) wird nicht gerührt; im Gegenteil wird von dieser unantastbaren prozessualen Situation ausgegangen.

Wollte man also gegen die Anwendbarkeit des § 826 einwenden, daß es nach § 767 Abs. 2 (§ 796 Abs. 2) ZPO. nicht gestattet sei, Einwendungen gegen den materiellen Anspruch zu erheben, die schon vor Erlass des Titels begründet waren, um diesem die Vollstreckungskraft zu entziehen, so wäre demgegenüber zu bemerken, daß dies im vorliegenden Falle tatsächlich nicht geschieht, daß vielmehr die Einwände sich gegen die sittenwidrige Herbeiführung eines Titels richten, dem mit prozessualen Mitteln nicht mehr beizukommen ist.

Andererseits darf man auch nicht, um die Schwierigkeiten aus §§ 767 Abs. 2 und 796 Abs. 2 ZPO. aus dem Wege zu räumen, damit argumentieren, daß die sittenwidrige Ausnutzung des nun einmal vorliegenden Titels eine neue Tatsache (Einwendung) im Sinne der genannten Vorschriften darstelle. Denn die Berufung auf § 826 ZPO. zielt, wie schon bemerkt, gar nicht auf Entkräftung des Titels, insbes. Beseitigung seiner Vollstreckbarkeit, auch nicht auf etwas Prozessuales, sondern auf Verhinderung oder Rückgängigmachung der zivilrechtlichen Folgen, die sich aus dem prozessualen

Zwang einer konkursordnungswidrigen Vollzahlung auch bei rein tatsächlichen Monopolen eine rechts- und sittenwidrige Notstandsausbeutung dar. Gas- und Elektrizitätswerke haben die zur Fortsetzung des Betriebs erforderlichen Lieferungen von Gas und elektrischem Strom weiter zu bewirken; sie dürfen die Weiterlieferung nicht von der Bezahlung der Rückstände als Masseschulden abhängig machen. Eine diesbezügliche Weigerung ist als eine zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Handlung i. S. von § 826 BGB. anzusehen. Was aber für das Konkursverfahren allgemeinen Rechts ist, das muß auch für die Zwangsverwaltung gelten. Die Zwangslage, in der sich ein in Zwangsverwaltung befindliches, zur Zwangsversteigerung kommenden Unternehmen befindet, ist gleichzuachten der Notlage eines Unternehmens, über das der Konkurs verhängt ist. Wenn im vorliegenden Fall die Befl. dem Zwangsverwalter gegenüber die Weiterlieferung des St.-Werks mit elektrischem Strom von der Bezahlung ihrer rückständigen Stromforderung und obendrein noch ihrer Installationsforderung in Höhe von 37 000 RM abhängig machte und von der die Zwangsverwaltung und -versteigerung betreibenden Kl. die Übernahme dieser Schulden verlangte, nutzte sie ihre Monopolstellung in sittenwidriger Weise gerade so aus, wie sie es getan haben würde, wenn sie dem Konkursverwalter gegenüber die Weiterlieferung von Strom von der Anerkennung ihrer rückständigen Forderungen als Masseschulden abhängig gemacht hätte.

Die Ausnutzung ihrer Machtstellung zum Schaden der in einer Zwangslage befindlichen Kl. setzte die Befl. durch die Erwirkung der Zahlungs- und Vollstreckungsbefehle fort. Daß die Zwangslage für die Kl. fortbestand, ergeben die Umstände ohne weiteres; die diesbezügliche Feststellung des BG. läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Das BG. stellt in subjektiver Beziehung fest, daß die Befl. die Schuldtitel unter Ausnutzung der weiterhin bestehenden Zwangslage der Kl. erwirkte; ihr Verhalten habe keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, daß die Einlegung von Rechtsmitteln die erneute Stromsperre zur Folge gehabt hätte; unter diesen Umständen habe die Erwirkung der Vollstreckungsbefehle und die aus ihnen betriebene Zwangsvollstreckung einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 826 BGB. gebildet. Diese Ausführungen lassen im Zusammenhang mit den übrigen Dar-

Tatbestand ergeben könnten oder ergeben haben. Gerade weil die Möglichkeit nicht mehr besteht, auf Grund der §§ 767 II und 796 Abs. 2 ZPO. gegen den materiellen Anspruch Einwendungen zu erheben, um den Vollstreckungstitel zu entkräften, ist eine für den unterlegenen Teil schadenbringende Situation geschaffen, deren vorfällige sittenwidrige Herbeiführung den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt.

Der Fall hat, bei aller Verschiedenheit im übrigen, eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Fall, daß jemand durch rechtswidrige Drohung zum Abschluß eines Vertrages veranlaßt worden ist, dessen Anfechtung wegen Fristablaufs nicht mehr möglich ist. Daß hier der Vertrag nicht mehr anfechtbar, daß er also für die Partei materiell verbindlich ist, hindert nicht den Betroffenen, noch Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung geltend zu machen. Ebenso verhält es sich gegen die Unanfechtbarkeit, die materielle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit einer prozessualen Entsch., wenn aus der sittenwidrigen Art ihrer Herbeiführung dem Betroffenen ein Schadensersatzanspruch gewährt wird. Und wie in jenem Vergleichsfall die Sittenwidrigkeit schon und gerade in der Herbeiführung des nicht mehr anfechtbaren Vertrages begründet liegt (also demselben zeitlich vorausgeht), so liegt auch in unserem Falle die Sittenwidrigkeit nicht in der nachträglichen Benutzung des materiell unrichtigen Vollstreckungstitels, sondern schon in seiner Herbeiführung.

Gch. M. Prof. Dr. W. Risch, München.

B. Die Überlandzentrale war nicht befugt, die Weiterlieferung von Strom davon abhängig zu machen, daß die rückständigen Stromlieferungsgebühren und außerdem eine alte Installationsforderung in Höhe von 37 000 RM bezahlt würden. Gegen die Entsch. selbst ist daher nichts einzuwenden. Aber die Begründung des BG. schießt über das Ziel hinaus. Hätte nämlich das Elektrizitätswerk sich darauf beschränkt, die Weiterlieferung von der Bezahlung der rückständigen Stromlieferungsschuld abhängig zu machen, so wäre es damit dem Zwangsverwalter gegenüber vollkommen im Recht gewesen (vgl. OVG. Kofodak, Urt. v. 20. Jan. 1930: ElektrWirtsch. 1930, 97). Ebenso wäre auch die Rechtslage gewesen, wenn der Überlandzentrale statt des Zwangsverwalters ein Konkursverwalter gegenübergestanden wäre (vgl. OVG. Hamm v. 13. Jan. 1930: ElektrWirtsch. 1930, 147; OVG. Kiel: Elektr-

legungen des BG. erkennen, daß es annimmt, die Befl. habe im Bewußtsein von der fortdauernden Zwangslage der Kl. unter wissentlicher Ausnutzung derselben die Schuldtitel vorfänglich erwirkt und vollstreckt. Damit sind auch in subjektiver Beziehung die Voraussetzungen des § 826 BGB. ausreichend festgestellt.

(U. v. 24. März 1931; 322/30 VII. — Berlin.) [Ru.]  
 (= RG. 132, 274.)

17. §§ 383 ff. HGB. Der Kommissionär ist berechtigt, an dem Kommissionsgut Eigentum nicht nur an den Käufer, sondern auch an einen Dritten zu übertragen, der zur Finanzierung des Kaufgeschäftes ein Darlehn gewährt.

Die Kl. hat im Sommer 1929 verschiedene Lastkraftwagen eigener Herstellung der Firma F. & Co. in M. zum

Wirtsch. 1931, 179; DVB. Köln v. 24. April 1930: ElektrWirtsch. 1930, 531; ferner die bei Henke-Müller-Kumpf, Rechtsgrundlagen der öffentl. ElektrWirtsch. in Deutschland, S. 203 ff. angeführten Entsch.). Auch das RG.: JW. 1930, 1402 (derselbe Senat!) hat es nicht beanstandet, daß das Elektrizitätswerk dem Konkursverwalter gegenüber nach § 17 RD. verfuhr, also die weitere Stromlieferung von der Zahlung der Rückstände für Strom abhängig machte. Es ist nicht anzunehmen, daß das RG. mit dieser, sachlich wohl begründeten Praxis brechen wollte, ohne sich mit den bisherigen Entsch. und den die Frage betreffenden eingehenden Darlegungen von Kumpf (in dem oben erwähnten Buch und JW. 1930, 1346 ff.) und von Geiler, Die rechtl. Natur der Elektr. auseinanderzusetzen. Es wäre gut, wenn das RG. bald Gelegenheit zur Klarstellung der Frage erhielte, die nicht nur für die Elektrizitätswerke, sondern auch für die angeschlossenen industriellen Unternehmungen von großer Tragweite ist. Die Überlandzentralen sind nämlich regelmäßig nach ihren Konzessionsverträgen berechtigt, von ihren Abnehmern Sicherheit zu verlangen. Von dieser Befugnis ist bisher im allgemeinen kein Gebrauch gemacht worden, weil die bei Zahlungsschwierigkeiten sich ergebende Rechtslage ohnehin hinreichenden Schutz zu bieten schien. Wenn auf Grund der Ausführungen in dem obigen Urteil sich darin eine Änderung ergeben würde, so wäre möglich, daß die Elektrizitätswerke in weitem Umfang zu dem Verlangen nach Sicherheitsleistung übergehen würden. Hieraus könnte sich eine erhebliche Belastung der Industrie ergeben, der gegenüber der bisherige Zustand der Anwendung des § 17 RD. bei weitem vorzuziehen ist. Man darf eben nicht vergessen, daß man aus der Monopolstellung eines Unternehmens wohl einen gewissen Kontrahierungszwang, aber nicht einen allgemeinen Kreditierungszwang ableiten kann; vielmehr muß gerade der Kontrahierungszwang, soweit man ihn anerkennen will, sein Gegengewicht in einer gewissen rechtlichen Sicherstellung des Versorgungunternehmens finden (vgl. auch RG.: Henke-Müller-Kumpf S. 208).

JR. Dr. Eßlinger, München.

C. I. Die vorliegende Entsch. ist nach der materiellrechtlichen Seite vor allem deshalb beachtlich, weil sie das ausdrückliche Bekenntnis des RG.<sup>1)</sup> zum Kontrahierungszwang enthält. Die in der Tagespresse mehrfach von interessierter Seite gemachten Versuche, das Urteil zu bagatellisieren, müssen zurückgewiesen werden.

Wer dem Problem des Kontrahierungszwanges einmal nähergetreten ist, weiß, daß es noch immer eine unstrittene Frage war, wie weit die Nrpr. des RG. der Forderung nach einem Kontrahierungszwang entgegenkommt. Das RG. hatte zwar schon in einer Reihe von Entsch. (vgl. Zit. bei Ripperden, Stromperre S. 29) den Monopolmißbrauch als gegen die guten Sitten verstoßend gekennzeichnet. Einen Kontrahierungszwang hatte es aber ausdrücklich daraus noch nicht gefolgert. In RG. 115, 258 ließ es die Frage dahingestellt. Allerdings mußte die logische Durchführung seiner Gedankengänge das RG. schließlich zu einer Anerkennung des Kontrahierungszwanges bringen; denn die Grundfäße des RG. wären praktisch kaum brauchbar gewesen, wenn nicht der Zwang zum Vertragschluß hinter ihnen stand. Das Ergebnis dieser Entwicklung bringt nun die vorliegende Entsch., indem sie eindeutig den Kontrahierungszwang bejaht.

Allerdings kann die Formulierung, mit der dies geschieht, wohl auf den ersten Blick nicht ganz befriedigend — nicht, weil sie zu wenig, sondern diesmal, weil sie zu viel zu geben scheint; denn das RG. folgert den Kontrahierungszwang ohne weiteres aus der (tatsächlichen) Monopolstellung eines Elektrizitätswerks. Man könnte deshalb denken, es wolle der Ansicht Wimpfheimer's folgen, der in der Tat in der Monopolstellung als solcher auch schon den Kontrahierungszwang begründet sieht. Das ist jedoch nicht an-

kommissionsweisen Verkaufe übergeben. Der Kaufmann Br. hat damals mit F. & Co. und auch mit der Kl. über den Ankauf eines 2½-Tonnen>Lastkraftwagens verhandelt. Wegen Finanzierung des Geschäfts ist an die Befl. herangeraten worden. Am 18. Juli 1929 haben Br., F. & Co. und die Befl. einen „Darlehnsvertrag“ geschlossen. Danach gewährte die Befl. („Bayerntredit“) dem Br. als „Darlehnsnehmer“ zwecks Ankaufs eines Lastkraftwagens bei F. & Co. als „Verkäufer“ ein Darlehn von mehr als 10000 RM, über dessen Rückzahlung nähere Vereinbarungen getroffen wurden; für den — unstreitig vorliegenden — Fall, daß das Fahrzeug beim Vertragschluß vom Verkäufer dem Darlehnsnehmer noch nicht übergeben ist, war vereinbart: „Die sämtlichen Vertragsschließenden sind sich darüber einig, daß das Eigentum an dem Fahrzeug an die „Bayerntredit“ übergegangen ist. Der Verkäufer verwahrt das Fahrzeug bis zur Übergabe an

zunehmen, würde jedenfalls nicht in der bisherigen Entwicklungslinie liegen, die mit dem § 826 engstens verknüpft ist. Dagegen spricht auch, daß im konkreten Falle selbst ausdrücklich die Sittenwidrigkeit festgestellt (§ 826) und damit das Ergebnis begründet wird.

Den Kontrahierungszwang als Folge der Monopolstellung zu bezeichnen, hat in der Tat auch dann noch einen guten Sinn, wenn man den Kontrahierungszwang aus § 826 ableitet. Die Anwendung des § 826 — sittenwidrige Vertragsablehnung — setzt voraus, daß derjenige, dem der Vertragschluß verweigert wird, zur Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse auf den andern und dessen Leistung angewiesen ist. Eben dieses Angewiesensein deutet aber, von dem andern aus gesehen, auf das wesentliche Merkmal des Monopols, die Konkurrenzlosigkeit, hin. So läßt sich die innere Verbindung zwischen Monopol und Kontrahierungszwang nicht verkennen, die das RG. offensichtlich zu seiner Formulierung veranlaßt hat. Sachliche Voraussetzung des Kontrahierungszwanges bleibt damit auch für das RG. nichts anderes als der Monopolmißbrauch.

II. Neben dieser ausdrücklichen Anerkennung des Kontrahierungszwanges aus § 826 sind nach der materiellrechtlichen Seite weiterhin aber auch bedeutsam die Ausführungen über den Monopolmißbrauch selbst. Das RG. sieht ihn darin, daß der Monopolinhaber seine Stellung dazu benutzt, im Falle der Zwangsverwaltung von einem dritten Gläubiger, dem der Ausfall seiner Forderungen droht, die Übernahme und Zahlung restlicher Strom- und Installationsforderungen zu verlangen. Dieses Ergebnis hat mit Recht volle Billigung erfahren (s. die vorhergehenden Anm.).

In der Begründung nimmt das RG. nun — man kann wohl sagen unnötigerweise — auf den Parallellfall im Konkurs Bezug und spricht dabei dann ganz unmißverständlich aus, daß die fraglichen Forderungen im Konkurs keine Masseforderungen seien, die Forderung der Vollzahlung sich also als Monopolmißbrauch darstelle. Ein Unterschied zwischen Stromrückständen und Installationsforderungen wird nicht gemacht. (Entgegenstehende Behauptungen in der Tagespresse sind irreführend.) Was diese Rückstände für Stromlieferungen angeht, so folgt das RG. hier — wie im übrigen auch der ausdrückliche Hinweis auf Jaeger zu § 17 RD. zeigt — dessen Ansicht vom Wiederkehrschuldenverhältnis, das kein einheitliches Schuldverhältnis i. S. des § 17 RD. sei. Zu dieser Frage ist nur in jüngster Zeit wiederholt Stellung genommen worden, und zwar durchgehend im Sinne einer Ablehnung des Jaegerschen Standpunktes (so vom RG. selbst in JW. 1930, 1402; vgl. aus neuester Zeit DVB. Kiel: JW. 1931, 2139; DVB. Köln: JW. 1931, 2169 mit Anm.).

Auf die Erörterung dieser Streitfrage soll im einzelnen darum hier nicht wieder eingegangen werden. Im Ergebnis neige ich dazu, die einheitliche Natur des Elektrizitätslieferungsverhältnisses anzuerkennen und damit die Anwendbarkeit des § 17 RD. zu bejahen.

Eine andere bisher nicht gebührend beachtete Frage ist es dann aber, ob mit der Entsch. für Masse Schuld oder nicht auch die Entsch. über den Monopolmißbrauch schon gegeben ist. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Es lassen sich durchaus Fälle denken, in denen trotz Masse Schuld die Weigerung der Weiterlieferung ohne Restzahlung doch Monopolmißbrauch wäre: so etwa, wenn der Konkursverwalter eines Betriebes, der viel Strom verbrauchte, eine verhältnismäßig hohe Summe an Rückständen schuldet, jedoch zur Zahlung nicht ohne weiteres in der Lage ist, und nun etwa für die Beleuchtung eines Büroraumes Lichtstrom benötigt. Verweigerung dieses Lichtstroms wäre trotz allem Monopolmißbrauch. Die bisherige Lehre und Nrpr. zu § 17 RD. könnte leicht dazu führen, hier eine Schematisierung zu begünstigen, die den Grundgedanken des Kontrahierungszwanges allzu sehr in den Hintergrund treten läßt. Nicht Schematisierung, sondern Auflockerung der Tatbestände unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles muß das Ziel der Rechtsanwendung sein, wenn sie dem Grundgedanken des Kontrahierungszwanges aus § 826 wahrhaft gerecht werden will.

Prof. Dr. Ripperden, Köln.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu m. Anm. zu BG. Königsberg, Urf. v. 21. Mai 1931, 1 S 258/31 unten S. 3150<sup>2</sup>.



den Darlehnsnehmer unentgeltlich für die „Bayernkredit“ und händigt das Fahrzeug dem Darlehnsnehmer in dessen Eigenschaft als Stellvertreter der „Bayernkredit“ aus. Der Darlehnsnehmer anerkennt, daß er das Fahrzeug nur als Stellvertreter der „Bayernkredit“ erworben und als Entleiher der „Bayernkredit“ unter den vorausgeführten Bedingungen besitzt wird.“ In der Vertragsurkunde wurde beim Vertragschluß als der in Frage kommende Lastkraftwagen nur „Marke International Harvester Co., Modell 1929, Baujahr 1929, offen, 2½ t“ angegeben, dagegen die Spalten über PS, Fahrgestell-Nr. und Motor-Nr. noch nicht ausgefüllt. Diese Nummern wurden erst einige Tage später, nachdem F. & Co. sie der Befl. fernmündlich mitgeteilt hatte, von dieser eingesezt; sie bezogen sich aber nicht auf einen Lastkraftwagen von 2½ Tonnen, sondern auf einen anderen von 2 Tonnen. Die Befl. hat die Darlehnssumme im Einverständnis mit Br. der Firma F. & Co. ausgehändigt. Einige Zeit später hat der bei der Befl. angestellte Kaufmann S. den nachträglich in der Vertragsurkunde bezeichneten Lastkraftwagen von F. & Co. mit deren Zustimmung wegfahren lassen und für die Befl. in Besitz genommen.

Mit der Klage hat die Kl. die Herausgabe dieses Lastkraftwagens begehrt, und die Parteien streiten darüber, ob die Kl. Eigentümerin dieses Wagens geblieben ist, oder ob die Befl. das Eigentum daran erworben hat. BG. hat verurteilt, BG. und RG. haben abgewiesen.

Mit der Ausfüllung der in der Urkunde gelassenen Lücke kam aber gemäß der laut der Urkunde getroffenen Vereinbarung über die Eigentumsübertragung und die unentgeltliche Verwahrung des Wagens durch F. & Co. für die Befl. bis zur Übergabe an Br., also mittels der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 868 BGB., die Übereignung nach § 930 BGB. zustande. Vorher war der vereinbarte Eigentumsübergang, weil noch keine bestimmte einzelne Sache vorlag, die übereignet werden konnte, freilich wirkungslos; mit der gemäß der vorausgegangenen Abmachung erfolgten Bestimmung des Wagens kam aber bei dem fortdauernden Übereignungswillen beider Teile die Übereignung zustande, und dies auch, obgleich der auf diese Weise übereignete Wagen ein 2½-Tonnen-Wagen, wie in der Urkunde vorgelesen, sondern ein 2-Tonnen-Wagen war. Ob mit Rücksicht hierauf die Befl. etwa ein Recht zur Anfechtung des dinglichen Übereignungsgeschäfts wegen Irrtums gehabt hätte, kann auf sich beruhen, da eine solche Anfechtung nicht stattgefunden hat.

Mit Recht hat aber das BG. weiter auch angenommen, daß es für die Rechtswirksamkeit der hiernach zwischen der Firma F. & Co. und der Befl. zustande gekommenen Übereignung des Lastkraftwagens ohne Bedeutung ist, daß sie sich unstreitig auf einen der Kl. gehörigen Wagen bezogen hat, den diese der Firma F. & Co. nur zum kommissionarischen Verkauf überlassen hatte. Das BG. hat diese Rechtswirksamkeit der Übereignung nicht mit Rücksicht auf einen gutgläubigen Erwerb seitens der Befl. angenommen, sondern ausgeführt, daß die Firma F. & Co. als Kommissionarin nach allgemeinen Regeln des Handelsverkehrs über das Kommissionsgut habe verfügen dürfen und deshalb der Befl. auch Eigentum an dem der Kommittentin, der Kl., gehörigen Wagen habe verschaffen können. Das erscheint aber rechtlich einwandfrei. Ein Verkaufskommissionär muß ganz im allgemeinen als vom Kommittenten ermächtigt und damit als befugt angesehen werden, im Rahmen der Verkaufskommission das Eigentum an der Ware mit Wirkung gegen den Eigentümer, den Kommittenten, auf einen anderen zu übertragen. Das gilt unzweifelhaft bei einer Übertragung auf den Käufer, es muß aber auch gelten bei einer Übereignung, die als Sicherungsübereignung im Rahmen der Verkaufskommission an einen Dritten geschieht, der zur Finanzierung des Kaufgeschäfts ein Darlehn gewährt. So liegt aber der Fall hier, wo von der Befl. die Darlehnssumme für Rechnung des Käufers Br. der Firma F. & Co. als Verkäuferin gezahlt werden sollte und dann auch tatsächlich gezahlt worden ist, und es ist auch hierfür unerheblich, ob schließlich der zur Sicherung der Darlehnsforderung übereignete Wagen ein solcher mit anderer Tonnenzahl gewesen ist, als ihn Br. erwerben wollte. Auf den guten Glauben der Befl. betreffs des Eigentums der Firma F. & Co. an dem der Befl. übereigneten Wagen oder auch betreffs ihrer Verfügungsbefugnis

(§ 366 BGB.) kommt es aber hiernach nicht an, und deshalb ist es auch unbedenklich, daß das BG. nicht, was die Rev. als Verfahrensverstöß gegen § 286 ZPO. gerügt hat, auf die Beweisüberwindung der Befl. eingegangen ist.

(U. v. 6. März 1931; 270/30 VII. — München.) [Ru.]

<= RG. 132, 196.>

\*\*18. § 1190 BGB.

1. Das Treuhandverhältnis setzt die Übertragung eines zum Vermögen des Treuhandgebers gehörenden Gegenstandes auf den Treuhandnehmer voraus.

2. Haben die Parteien trotz des Fehlens dieser Voraussetzung das zwischen ihnen begründete Rechtsverhältnis als Treuhandverhältnis bezeichnet, so wurde dadurch ein Treuhandverhältnis nicht begründet.

3. Wird die Eintragung einer Höchstbetragshypothek in das Grundbuch durch dessen Beseitigung seitens der feindlichen Regierungen unmöglich, so kann die Hypothek nicht zur Entsetzung gelangen. Keine Umdeutung in eine Abtretung der persönlichen Forderung unter Ausschluß der Hypothek. †)

Von einem Treuhandverhältnis im Rechtsinn kann nach der ständigen Ausr. des RG. nur in solchen Fällen gesprochen werden, in denen der eine (Treuhandgeber) einen bisher auch rechtlich zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand einem anderen (Treuhandnehmer) zu treuen Händen anvertraut, d. h. mit der Bestimmung übereignet hat, daß der andere das übertragene Recht zwar im eigenen Namen ausübe, es aber nicht zu seinem Vorteil solle gebrauchen können. Denn nur in solchem Falle kann davon die Rede sein, daß das Treugut zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treuhandgebers ausgeschieden ist. Dagegen ist die Annahme eines Treuhandverhältnisses ausgeschlossen, wenn jemand einen Gegenstand lediglich für Rechnung und im Interesse eines anderen als stiller Stellvertreter für diesen von einem Dritten erworben hat und infolge des Vertretungsverhältnisses dem anderen nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung des erworbenen Vermögensgegenstandes zusteht (RG. 84, 217<sup>1)</sup>; 91, 16<sup>2)</sup>; 127, 344<sup>3)</sup>).

Im vorliegenden Falle liegt lediglich der letzte Tatbestand vor. M. hatte zwar, wie das BG. festgestellt, die für das Darlehn an die S. Gesellschaft erforderlichen Geldbeträge

Zu 18. I. Zum Verständnis der Bedeutung der vorl. Entsch. für das Treuhandrecht muß der Tatbestand kurz geschildert werden. Die Befl. hatte i. J. 1913 der S. Gesellschaft 200 000 M. geliehen; die Mittel dazu hatte sie von M., dem Rechtsvorgänger der Kl., erhalten, der nach außen als Gelbgeber nicht hervortreten wollte und auch nicht hervorgetreten ist. Zur Sicherung des Darlehens wurde für die Befl. eine Höchstbetragshypothek auf einem der S. Gesellschaft gehörenden, auf Samoa gelegenen Grundstück eingetragen. Dem M. gegenüber erklärte die Befl. in notariell beglaubigter Urkunde, daß die Hypothek nur formell auf ihren Namen eingetragen sei, in Wahrheit aber samt der Forderung dem M. zustehe, an den sie deshalb die Hypothek mit allen Rechten abtrete. J. J. 1928 hatte die Befl. durch einen gerichtlich bestätigten Vergleich ihr gesamtes Vermögen einem Treuhänder zur bestmöglichen Verwertung nach konkurssrechtlichen Grundregeln überlassen, darunter auch die auf Grund des VisSchG. an die Stelle der Hypothek getretene Entschädigungsforderung. Im vorliegenden Rechtsstreit macht nun die Kl. einen Anspruch auf diese Entschädigungsforderung geltend und verlangt von der Befl. Abtretung des ihr gegen den Treuhänder zustehenden Anspruchs auf Rückabtretung der für den Treuhänder im Reichsschuldbuch eingetragenen Entschädigungsforderung, und zwar aus den Gesichtspunkten des Treuhandverhältnisses und der Abtretung.

II. Läge ein Treuhandverhältnis vor, so wäre der Klageanspruch gerechtfertigt in entsprechender Anwendung der für den Gläubigerzugriff (nach herrschender Meinung und ständiger Ausr.) geltenden Regel, daß der Treugeber im Konkurse des Treuhänders nach § 43 ZPO. das Treugut aussondern (und einem Einzelzugriff nach § 771 ZPO. widersprechen) kann.

1. Das RG. verneint aber ein Treuhandverhältnis zunächst deshalb, weil hier keine unmittelbare Übertragung des Treugutes vom Treugeber auf den Treuhänder, sondern ein Erwerb von Dritten im Wege indirekter Stellvertretung vorgelegen habe. Es handelt sich um das Verhältnis von Treuhand zu indirekter

<sup>1)</sup> ZB. 1914, 596. <sup>2)</sup> ZB. 1918, 43. <sup>3)</sup> ZB. 1930, 2394.

hergegeben, aber die Darlehnsforderung und die zu deren Sicherung eingetragene Sicherungshypothek sind nicht in seiner Person, sondern in der Person der Bekl. entstanden. Beide Werte sind also aus dem Vermögen des M. nicht herausgegangen. Wenn die Rev. dieser Rechtslage dadurch ausweichen will, daß sie darauf hinweist, die Bekl. sei jedenfalls echte Treuhänderin der Geldbeträge gewesen, die ihr von M. für die S. Gesellschaft zur Verfügung gestellt seien, und wenn diese Gelder echtes Treugut gewesen seien, so sei auch das als Treugut anzusehen, was die Bekl. durch ihre bestimmungsgemäße Verwendung als Surrogat erworben habe, so kann sie damit keinen Erfolg haben. Denn einmal ist es nicht zutreffend, daß die Gelder der Bekl. im Rechtssinne zu treuen Händen gegeben worden sind. Sie sollten nicht in der Hand der Bekl. verbleiben, sondern waren von vornherein dazu bestimmt, nach Weisungen des M. für dessen Rechnung verwendet zu werden. Sie gingen deshalb überhaupt nicht in das Eigentum — auch nicht in das formale — der Bekl. über, sondern blieben bis zur beabsichtigten Verwendung Eigentum des M. Daran ändert es auch nichts, daß die Bekl. bei der Verwendung des Geldes in ihrem eigenen Namen handeln sollte. Denn auch dabei blieb sie im Innenverhältnis Vertreterin des M. und ist darum nicht anders zu behandeln, wie sonst ein Dritter, der zur Ausführung eines Auftrags von dem Auftraggeber Geld erhält. Der Rev. kann aber auch nicht zugegeben werden, daß die mit diesem Geld erworbenen Werte Treugut geworden sind. Denn diese waren keine Ersatzstücke für das Geld, sondern neue Werte, die mit dem Gelde erworben waren und deshalb eigener Rechtsbeurteilung unterlagen. Da aber die Bekl. der S. Gesellschaft gegenüber als Selbstkontrahentin aufgetreten war und die Gesellschaft nichts davon wußte, daß M. der Gelögeber sei, so entstanden die aus der Geldhergabe erwachsenden Rechte in der Person der Bekl., mochte diese auch im Verhältnis zu M. verpflichtet sein, das Erworbenene diesem herauszugeben.

In der Urkunde v. 18. Nov. 1913 bekannte zwar die Bekl., daß die Sicherungshypothek nur formal auf ihren Namen eingetragen sei und sowohl diese wie die durch sie gesicherte Forderung dem M. zuzuhänden. Aber durch diese Erklärung wurde ein Treuhandverhältnis nicht geschaffen, sondern höchstens bezeugt, daß die Beteiligten ihr Rechtsverhältnis für ein solches hielten. Der Glaube, daß ein Treuhandverhältnis bestehe, reicht aber für dessen Feststellung nicht aus. Aus diesem Grunde kann sich die Rev. auch nicht auf den Brief der Bekl. v. 23. Mai 1928 berufen, aus dem hervorgehen soll, daß sich die Parteien schon vor

Stellvertretung, wobei die vorliegende Entsch. der ständigen Rpr. (Angaben in den Entscheidungsgründen) sowie der überwiegenden Ansicht im Schrifttum (abw. z. B. Emmerich, Sanierung I, S. 146 ff.) entspricht. Immerhin bedarf diese Ansicht noch einer näheren systematischen Begründung, da die von der Rpr. bisher dazu vorgebrachten Gründe wesentlich rechtspolitischer Natur sind und allein noch nicht zu überzeugen vermögen. — Man muß sich nämlich zunächst vergegenwärtigen, daß die Rechtslage des Treugutes im Ergebnis die gleiche ist bei unmittelbarer Übertragung oder bei Erwerb von Dritten her: in beiden Fällen liegt Vollrechtsinhabung mit obligatorischer Zweckbeschränkung vor. Man müßte also an sich in beiden Fällen von einem (fiduziarischen) Treuhandverhältnis sprechen. Es kann sich dann nur um die Frage handeln, ob die Wirkungen dieses Treuhandverhältnisses bei den verschiedenen Begründungsmöglichkeiten verschieden sind, oder ob der Erwerb im Wege indirekter Stellvertretung eine der unmittelbaren Übertragung gleichwertige Begründungsmöglichkeit darstellt. Diese Frage läuft hier darauf hinaus, ob auch bei einem im Wege indirekter Stellvertretung geschaffenen Treuhandverhältnis dem Treugeber im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zuzubilligen ist. Dies muß aus einem besonderen, systematisch selbständigen Grunde verneint werden. Wie man auch das Aussonderungsrecht bei unmittelbar übertragenem Treugut rechtfertigen mag, so handelt es sich doch jedenfalls um eine „überobligatorische“ oder „quasibürgliche“ Wirkung des Treuhandverhältnisses. Nach dem System des BGB. soll aber der Geschäftsherr bei wirklicher indirekter Stellvertretung vor Weiterübertragung das Rechts auf rein obligatorische Ansprüche gegen den Mittelmann beschränkt bleiben, die indirekte Stellvertretung soll also keine unmittelbaren Erwerbsergebnisse über die Person des Vertreters hinaus äußern. Dann geht es aber nicht an, vom BGB. nicht gewollte Schutzwirkungen der indirekten Stellvertretung auf dem — praktisch wichtigsten — Gebiete des Gläubigerzugriffs durch eine „weitherzige“ Auslegung des § 43 RD. und

diesem Zeitpunkt darüber einig gewesen sind, daß nuncmehr Gläubiger in der Entschädigungsforderung gegen das Reich die Kl. sei. Denn auch in dieser Beziehung handelt es sich nur um die Rechtsauffassungen der Beteiligten, die für die Frage, welche Rechtsbeziehungen wirklich zwischen ihnen bestanden, nicht maßgebend sind. Für die wirklichen Rechtsbeziehungen der Beteiligten und ihre Folgen würde es ebenso wenig ins Gewicht fallen, wenn die Bekl. die Gläubigerrechte aus der in ihrer Person entstandenen Forderung mit Einverständnis der Kl. im Entschädigungsverfahren nur als deren Treuhänderin geltend machen wollte, denn auch damit konnte sie an der wirklich bestehenden Rechtslage nichts ändern.

Wenn die Rev. zur Erwägung stellt, ob nicht von der an sich zur Begründung eines Treuhandverhältnisses erforderlichen Übertragung eines Vermögensstückes vom Treuhandgeber auf den Treuhandnehmer abzusehen sei, wenn dieses sich zwar schon in dem Vermögen des Treuhandnehmers befindet, der Treuhandgeber aber einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Übertragung an ihn besitzt, so besteht kein Anlaß, von der bisherigen Rpr. abzugehen. Denn wie der erst. Sen. schon in RG. 84, 214 ausgeführt hat, würde der Begriff des Treuhandverhältnisses völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man bei ihm vom Erfordernisse des Anvertrauens zu treuen Händen ganz absehen würde und ein solches Verhältnis schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt. Es würde dadurch auch die Begriffsgrenze der dinglichen und persönlichen Rechte zum Schaden des Verkehrs und der Kredit Sicherheit ohne Grund verwischt sein. Dem kann die Rev. auch nicht entgegenhalten, daß es ein bloßer Formalismus wäre, wenn man zunächst die Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruchs des Treuhandgebers und dann eine Rückübertragung an den Treuhandnehmer zur Begründung des Treuhandverhältnisses verlangen wollte. Denn ein solcher Tatbestand liegt hier gar nicht vor, da an die Bekl. von der Kl. nichts zurückübertragen werden soll.

Was aber die Abtretung der von der Bekl. gewonnenen Rechte an den Rechtsvorgänger der Kl. betrifft, so ist dem BG. darin beizutreten, daß eine wirkliche Übertragung der Sicherungshypothek und der durch sie gesicherten Darlehnsforderung auf M. mit der Urkunde v. 18. Nov. 1913 nicht bewirkt worden ist, weil nach §§ 1190 Abs. 3, 1185 BGB. die grundbuchliche Eintragung der Abtretung hinzukommen mußte und diese trotz der in der Urkunde bewilligten und beantragten Eintragung unterblieben ist. Die Forderung für sich allein, d. h. losgelöst von der Sicherungshypothek, konnte

§ 771 BPD. zu einem guten Teile doch zu verwirklichen! Aus diesem (m. W. bisher noch nicht entwickelten) Grunde liegt ein wirkliches fiduziarisches Treuhandverhältnis nur vor bei unmittelbar zu Vollrecht übertragenem Treugut; der Erwerb im Wege indirekter Stellvertretung ist keine gleichwertige Treugutbegründungsmöglichkeit. (In einzelnen muß Verf. auf spätere ausführliche Erörterungen verweisen.)

2. Zu erörtern ist dann noch der Gedanke der Surrogation. Kann man die Hypothek vielleicht deshalb als echtes fiduziarisches Treugut ansehen, weil die Bekl. wenigstens die Geldmittel, mit denen die Hypothek erworben war, unmittelbar von der Kl. erhalten hatte? Hierzu weist das RG. darauf hin, daß zunächst einmal im Zweifel an dem Gelde kein fiduziarisches Treuhandverhältnis begründet, sondern nur eine Ermächtigung zur Verfügung im eigenen Namen geschaffen werden sollte (der Ausdruck „Vertreterin im Innenverhältnis“ ist allerdings keine glückliche Bezeichnung dafür). Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung (vgl. auch RG. 101, 307). Aber selbst wenn man einen Eigentumserwerb an dem Gelde und damit die Entstehung eines echten fiduziarischen Treuhandverhältnisses annehmen wollte, könnte der Surrogationserwerb als gleichwertige Treugutbegründungsmöglichkeit nicht anerkannt werden, denn auch dies würde eine Durchbrechung der vom BGB. gewollten lediglich obligatorischen Wirkung der indirekten Stellvertretung bedeuten; außerdem lassen die gesetzlich anerkannten Fälle der Surrogation eines mit Mitteln eines Sondervermögens erworbenen Gegenstandes eine entsprechende Anwendung auf das fiduziarische Treuhandverhältnis nicht zu.

III. Im Ergebnis erscheint die Entsch. also zutreffend. Zunächst in der Frage des Treuhandverhältnisses (wobei auch die irrige Rechtsvorstellung der Parteien mit Recht für unerheblich erklärt worden ist). Aber auch gegen die eine gültige Abtretung verneinenden Ausführungen dürften Bedenken nicht zu erheben sein.

Verf., Fakultätsassistent Dr. W. Siebert, Halle.

nach § 1190 Abs. 4 BGB. zwar auch nach schuldrechtlichen Grundrätzen ohne grundbuchliche Umschreibung der Hypothek abgetreten werden. Aber es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das RG. in Auslegung der Urkunde annimmt, daß eine derartige Forderungsabtretung von den Beteiligten nicht beabsichtigt war und nur die Abtretung der Hypothek in Verbindung mit der Forderung als erklärt zu gelten hat. Was die Rev. dagegen vorbringt, kann die Auffassung des RG. nicht entkräften. Denn wenn es in der Urkunde v. 18. Nov. 1913 heißt, daß die Forderungen aus der Sicherungshypothek und diese selbst dem M. zuständen und demzufolge die Sicherungshypothek mit allen Rechten an M. abgetreten werde, so mag damit allerdings anerkannt worden sein, daß sowohl die Forderung wie die Hypothek dem M. zukommen, aber daß die gesicherte Forderung losgelöst von der Sicherungshypothek nach schuldrechtlichen Grundrätzen an diesen abgetreten sein sollte, ergibt sich aus den Erklärungen nicht. Denn solchenfalls wäre der Übergang der Sicherungshypothek auf M. ausgeschlossen gewesen, während er doch gerade erklärt worden ist.

Unerheblich ist es auch, daß zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Sicherungshypothek nicht mehr bestand. Denn dadurch ist nicht etwa die Abtretung der schuldrechtlichen Ansprüche für sich allein wirksam geworden. Zwar mag es sein, daß von dem Augenblick, wo die deutschen Hypotheken und Forderungen in der Südfsee von den feindlichen Regierungen beschlagnahmt gewesen sind und das deutsche Grundbuch in S. durch einen Akt der feindlichen Regierung beseitigt wurde, auch die Eintragung der in der Urkunde vom 18. Nov. 1913 erklärten Abtretung unmöglich wurde. Aber daraus ergibt sich nicht, daß die bisher unwirksame Abtretung hinsichtlich eines Teils nunmehr wirksam wurde und jetzt der Rechtsvorgänger der Kl. als Gläubiger der gesicherten Forderung anzusehen war. Denn wenn die Eintragung der in der Urkunde erklärten Abtretung unmöglich war, so blieb die Abtretung im ganzen unwirksam und konnte auch nicht hinsichtlich der Forderung dadurch Wirksamkeit erlangen, daß man sie insoweit jetzt in eine Forderungsabtretung nach § 1190 Abs. 4 BGB. umdeutete. War sie solche vorher nicht gewesen, so kann man sie auch infolge des Wegfalls der Hypothek nicht als solche ansehen. Und darum kann auch die Kl. als Rechtsnachfolgerin des M. jetzt nicht als Gläubigerin der Entschädigungsforderung gelten.

(U. v. 9. Juni 1931; 501/30 VII. — Hamburg.) [Ru.]

**\*\*19. §§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1, 3 u. 10, 139 BGB.**

1. Der Verkauf der Anteile einer GmbH. durch einen Minderjährigen bedarf, auch wenn der eigentliche Gegenstand des Kaufvertrages ein Grundstück ist, welches der einzige Vermögensgegenstand der GmbH. ist, nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

2. Der Besitz von Anteilen der GmbH. bedeutet noch nicht den Betrieb, ihre Veräußerung, nicht die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts, die bei einem Minderjährigen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte.

3. Bei dem gemeinsamen Verkauf von Anteilen einer GmbH., von denen ein Teil einem Minderjährigen gehört, bedarf die Bestimmung der Gesamthaltung aller Verkäufer, also die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit für jeden einzelnen Verkäufer bezüglich des Minderjährigen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

4. § 139 BGB. findet auch Anwendung, wenn bezüglich eines Mitverpflichteten die übernommene Verpflichtung unwirksam ist.

Der VerR. hält den Vertrag schon nach § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 i. Verb. m. § 1643 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für bedürftig (in Betracht käme auch Ziff. 3 daselbst, soweit es sich um die Verpflichtung zur Verfügung der in Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Art dreht). Denn die Verfügung betreffe den Miteigentumsanteil des Minderjährigen an einem Grundstück. Formell seien zwar nur die Anteile an einer GmbH. übertragen. Wirtschaftlich handle es sich dagegen um den Verkauf des einzigen Vermögens-

objektes der GmbH., des Grundstücks. Alle Anteile seien durch den Vertrag zusammen übertragen worden. Die Erwerber beabsichtigten, das bezeichnete Grundstück in ihre Verfügungsgewalt zu bekommen. Den Weg der Übertragung der GmbH.-Anteile habe man nur deshalb gewählt, weil formell die GmbH. Eigentümerin war. Gehe aber aus einem Vertrage erkennbar hervor, daß für die Parteien das wirtschaftliche Moment maßgebend war, so könne es auf die Form nicht ankommen. Wirtschaftlich handle es sich hier um die Übertragung des Grundstücks, so daß die für Grundstücksgeschäfte maßgebenden Vorschriften, insbes. auch § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 Anwendung zu finden haben.

Der hiergegen gerichtete Angriff der Rev. ist begründet. Zwar hat das RG., auch der erf. Sen., in den vom VerR. erwähnten Entsch. (RG. 120, 283<sup>1)</sup>; 124, 164<sup>2)</sup>), für den Fall, daß sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH., deren einziges Vermögen in einem Grundstück besteht, veräußert werden, ausgesprochen, daß in einem solchen Falle nach der Verkehrsauffassung das Unternehmen der GmbH. oder das Grundstück selbst veräußert werde und daß deshalb die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften über den Kauf anwendbar sind. Die Begründung mit der Verkehrsauffassung zeigt, daß es sich bei diesen Entsch. nur um die Ermittlung dessen handelte, was die Vertragsparteien nach dem Inhalt des Vertrages sich gegenseitig zu leisten hatten, welche Verpflichtungen sie also durch den Vertragsabschluß nach dem nach der Verkehrsauffassung zu ermittelnden Parteinwillen übernahmen. Es folgt aus dieser Rspr. aber nicht, daß auf einen derartigen Verkauf alle gesetzlichen Vorschriften über den Verkehr mit Grundstücken anwendbar sind, so die für den Verkehr mit Grundstücken bestehenden Formvorschriften (§§ 313, 873, 925 BGB.) oder die Bestimmungen über die Mitwirkung Dritter bei Grundstücksveräußerungen oder die Wirksamkeit solcher Verfügungen (vgl. die Bestimmungen des ehelichen Güterrechts [z. B. § 1445 BGB.] oder des Erbrechts [§ 2113 BGB.]). Es ist vielmehr bei jeder einzelnen Gesetzesbestimmung zu prüfen, ob auch für diese die wirtschaftlichen Erwägungen in den Vordergrund zu stellen sind, oder ob die rechtliche Gestalt, in der sich das wirtschaftliche Interesse des Geschäftsunfähigen verkörpert, aus anderen Gründen, insbes. aus Gründen der Rechtsicherheit, als ausschlaggebend anzusehen ist. Ob nun der wirtschaftliche Gesichtspunkt ausschlaggebend wäre, wenn der Minderjährige Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile einer nur ein Grundstück besitzenden GmbH. ist, kann, da dies hier nicht zutrifft, dahingestellt bleiben, obwohl auch dann die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Veräußerung der Geschäftsanteile dem Minderjährigen keinen unbedingten Schutz gewähren könnte, da der Geschäftsführer der GmbH. kraft dieser seiner Rechtsstellung (§§ 35, 37 GmbHG.) das Grundstück selbst veräußern und damit den erstrebten Erfolg auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung herbeiführen könnte. Hat der Minderjährige nur einzelne Geschäftsanteile, so fehlt aber vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die Notwendigkeit der Gleichstellung der Rechtsstellung als Gesellschafter mit derjenigen des Eigentümers. Dagegen spricht das Interesse der Rechtsicherheit gegen die Genehmigungspflicht. Da es sich bei der erwähnten Rspr. über die Gewährleistung nur um eine Übertragung der an sich für den Verkauf von Sachen geltenden Grundrätze handelt, kann von der Ausdehnung auf die für die Wirksamkeit des Vertrages geltenden Vorschriften, soweit es sich um die Veräußerung einzelner Geschäftsanteile einer GmbH. handelt, nicht die Rede sein. Die Anwendbarkeit des § 1821 Abs. 1 Ziff. 1, 3 BGB. war somit zu verneinen.

Der VerR. hält die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch nach § 1822 Ziff. 3 BGB. für erforderlich, weil Gegenstand des Vertrages die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes eines Minderjährigen sei. Der dagegen gerichtete Revisionsangriff ist ebenfalls begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Eigentümer eines Grundstücks schon wegen dieser Rechtsstellung als Inhaber eines Erwerbsgeschäftes anzusehen ist. Der Umstand, daß nicht eine oder mehrere natürliche Personen, sondern eine GmbH. Grundstückseigentümer ist, begründet die Annahme, daß ein Er-

<sup>1)</sup> JW. 1928, 1392.

<sup>2)</sup> JW. 1929, 2519.

werbsgeschäft vorliege, noch nicht. Zu Unrecht beruft sich der VerN. für seine gegenteilige Auffassung auf den § 13 Abs. 3 GmbHG. Wenn auch nach dieser Bestimmung die GmbH. als Handelsgesellschaft i. S. des HGB. gilt und nach dessen Vorschriften als Vollkaufmann anzusehen ist, so folgt daraus noch nicht, daß die GmbH. stets ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Ziff. 3 BGB. betreibt, d. h. eine berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit entwickelt. Wohl mag der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes der regelmäßige Gegenstand des Unternehmens einer GmbH. sein. Der Zweck des Unternehmens muß aber nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet sein. Die GmbH. kann auch gemeinnützigen oder anderen idealen Zwecken dienen (vgl. Brodmann, GmbHG. § 3 A. 3f., § 13 A. 4). Jedenfalls liegt ein Erwerbsgeschäft des Minderjährigen, auch dessen Beteiligung an einem solchen, nicht vor. Es ist unbestritten, daß der Vater des Minderjährigen die Geschäftsanteile lediglich als Treuhänder der Befl. zu 1 oder der hinter ihr stehenden AktG. besaß, und daß er am Gedeihen des Unternehmens der GmbH. nicht beteiligt war. Ob das Treuhandverhältnis durch seinen Tod erlosch (vgl. § 673 BGB.) oder ob es nach den bei seiner Begründung getroffenen Vereinbarungen mit dem Treugeber mit seinem Tode auf seine Erben übergang, ist nicht festgestellt. Jedenfalls liegt aber nichts dafür vor, daß der Minderjährige an dem Gewinn oder Verlust des Unternehmens in irgendeiner Weise beteiligt war. Damit entfällt ohne weiteres die Genehmigungsbedürftigkeit des Veräußerungsvertrages aus § 1822 Ziff. 3 BGB.

Der VerN. hält weiter den Vertrag nach § 1822 Ziff. 10 BGB. für genehmigungsbedürftig, weil er die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch den minderjährigen Mitbeteiligten enthalte. Zu Unrecht behauptet die Rev., die Verbindlichkeiten der GmbH., über die § 5 des Vertrages bestimmt, seien für den Minderjährigen keine „fremden“ Verbindlichkeiten i. S. des § 1822 Ziff. 10 BGB. Selbst wenn man mit dem BG. annimmt, die Übertragung der Geschäftsanteile sei wirtschaftlich dasselbe wie der Verkauf des Grundstückes und wirtschaftlich sei der Inhaber der Geschäftsanteile Eigentümer des Grundstückes, so folgt daraus doch nicht, daß die Schulden der GmbH. als Schulden der Gesellschafter anzusehen sind. Mag sich die Schuldenbelastung der GmbH. auch wirtschaftlich zum Nachteil der Gesellschafter auswirken, indem sie den Wert der Geschäftsanteile beeinflusst, so erfährt diese Wirkung doch nicht das übrige Vermögen des Gesellschafters und berührt auch nicht seine Stellung zu den Gläubigern der Gesellschaft. Die Begrenzung der Haftung des einzelnen Gesellschafters gehört zu dem Wesen der Kapitalgesellschaft. Gerade diese Beschränkung der Haftung des Gesellschafters auf seine Kapitaleinlage sollte den Anreiz zur Beteiligung geben und dadurch der Wirtschaft dienen. Auch hier zeigt sich, daß Beteiligung an einer Grundstücks-Gesellschaft als Gesellschafter nicht in jeder Beziehung dem Eigentum an Grundbesitz der Gesellschaft gleichgestellt werden kann. Verpflichtet sich der Gesellschafter, für eine Schuld der GmbH. mit seinem übrigen Vermögen aufzukommen, so entsteht somit für ihn eine neue, ihm bisher fremde Verbindlichkeit. Jedoch liegt in der Eingehung der in § 5 des Veräußerungsvertrages enthaltenen Verpflichtungen (für die Beibringung der Abschungsurkunde für die auf dem Grundstück ruhende Hypothek zu sorgen und dafür einzustehen, daß die GmbH. keine weiteren Schulden hat), nicht die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit i. S. des § 1822 Ziff. 10 BGB. Denn bei dieser Gesetzesbestimmung ist, wie sich aus der Bezugnahme der Mot. 4, 1144 auf die gemeinrechtliche Interzession ergibt, nur an Fälle gedacht, „in denen eine Verbindlichkeit eines Dritten als wirtschaftlich fremde, als eine solche übernommen wird, für die in letzter Linie der Dritte trotz der Übernahme aufkommen soll“. „Der Fall muß so liegen, daß entweder der Mündel nur neben oder hinter dem Dritten haftet, dessen Verbindlichkeit übernommen wird, oder zwar allein haftet, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen den Dritten“ (so Ripp, Familienrecht, 7. Bearbeitung, § 115 II 13 S. 506). Die Vorschrift des § 1822 Ziff. 10 wolle also den Mündel schützen gegen die Gefahren einer Bürgschaft oder eines ähnlichen Eintretens für einen Dritten, Gefahren, die darin bestehen, daß die

Erlangung des Erfages von dem Dritten zweifelhaft ist. Eine derartige Gefahr besteht nicht, wenn der Mündel nach dem Vertrag die Leistung als eine eigene bewirken soll, so wenn er beim Erwerb eines Grundstückes den Kaufpreis ganz oder zum Teil durch Abtragung einer Schuld des Verkäufers oder eines Dritten leistet.

Dagegen liegt die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit darin, daß nach § 6 des Vertrages die Verkäufer samtverbindlich für die Erfüllung aller Verpflichtungen aus diesem Vertrage haften. Der Minderjährige übernahm damit auch die Haftung für die Verpflichtungen der Verkäufer der anderen, ihm auch nicht formell gehörenden Geschäftsanteile, insbes. auch die Haftung für deren Lieferung. Insofern liegt die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit vor. Wenn nach § 427 BGB. mehrere, die sich durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten, nur im Zweifel als Gesamtschuldner haften, so wurde hier der Zweifel ausgeglichen durch die ausdrückliche Festlegung der Gesamthaftung im Vertrage. Für die Anwendung des § 1822 Ziff. 10 BGB. ist es aber nach dem Zweck der Bestimmung auch gleichgültig, ob die Haftung für die fremde Verbindlichkeit ausdrücklich übernommen wird, oder ob sie die gesetzliche Folge des Vertragschlusses ist. Denn der Mündel soll durch das Gesetz gegen die Gefahren des Abschlusses solcher Verträge geschützt werden, durch die seine Haftung für eine fremde Verbindlichkeit nach Art einer Bürgschaft begründet wird. Deshalb kann es auch keinen Unterschied begründen, ob die Verbindlichkeit des Dritten schon vor dem Vertragschluß bestand oder erst durch diesen entsteht. Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Ziff. 10 BGB. wird auch nicht dadurch berührt, daß der Vater des Minderjährigen den Geschäftsanteil nur als Treuhänder der Befl. zu 1 oder der hinter ihr stehenden AktG. erworben hat. Mochte der Treuhänder auch verpflichtet sein, auf Verlangen des Treugebers den Geschäftsanteil nicht nur an diesen, sondern auf dessen Weisung auch unmittelbar an einen Dritten abzutreten, und mag diese Verpflichtung auch auf seine Erben übergegangen sein, so ergab sich aus dem Treuhandverhältnis doch nicht die Verpflichtung, bei Veräußerung des Geschäftsanteiles auch eine Haftung für andere Treuhänder zu übernehmen.

Hiernach bedurfte der Vertrag nach § 1822 Ziff. 10 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hatte aber nicht die teilweise Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Vielmehr hing die Wirksamkeit des Vertrages von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Bis diese erfolgte, trat ein Schwebezustand ein, dem die Anteils Käufer allerdings durch Setzung einer Frist nach § 1829 Abs. 2 BGB. ein Ende machen könnten. Daß letzteres geschehen ist, ist nicht behauptet. War aber auch der Vertrag nur schwebend teilweise unwirksam oder stellte sich nachträglich diese Unwirksamkeit wegen Versagens der Genehmigung oder Ablaufs der Frist nach § 1829 Abs. 2 BGB. heraus, so sind auf einen solchen Vertrag nach der Abspr. des RG. doch die Vorschriften des § 139 BGB. über die Folgen der Nichtigkeit anzuwenden; d. h. es treten dieselben Folgen ein, wie wenn ein Vertrag von Anfang an nichtig ist oder durch Anfechtung nichtig wird. Daraus ergibt sich auch die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 139, daß die Regel, wonach die Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen nach sich zieht, nicht gilt, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre (vgl. RG. 114, 35; 120, 126<sup>9)</sup>). Der VerN. hält die Ausnahme nicht für gegeben, „da die Parteien erkennbar das ganze Grundstück übertragen wollten und nicht anzunehmen ist, daß die Erwerber mit einer weiteren Beteiligung des Minderjährigen einverstanden gewesen wären“. Mit Recht erhebt die Rev. hiergegen die Rüge, daß der VerN. ungenügend geprüft habe, ob die Parteien den Vertrag nicht auch geschlossen hätten, wenn sie seine Unwirksamkeit für den minderjährigen S. R. gekannt hätten. Auch wenn man in der Ausführung des VerN., die Erwerber wären mit einer weiteren Beteiligung des Minderjährigen nicht einverstanden gewesen, im Gegensatz zur Rev.

<sup>9)</sup> JW. 1928, 960.

eine tatsächliche Feststellung findet, so waren damit die Möglichkeiten, den Vertrag teilweise aufrechtzuhalten, nicht erschöpft. Die Rspr. zu § 139 BGB. läßt die teilweise Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäftes zu, sowohl unter dem Gesichtspunkt, ob die Vertragsschließenden den Vertrag abgeschlossen hätten, wenn einzelne Bestimmungen über die gegenseitigen Leistungen nicht in den Vertrag aufgenommen worden wären, wie unter dem Gesichtspunkt, ob der Vertrag mit einem Teil der auf der einen Seite stehenden mehreren Personen abgeschlossen worden wäre, wenn einer der auf dieser Seite stehenden Vertragsschließenden weggefallen wäre (vgl. RG. 59, 174; 114, 35). So hat das RG. in der letztgenannten Entsch. eine besondere Prüfung in der Richtung für erforderlich gehalten, ob die mehreren Verpächter und der Pächter das Pachtverhältnis wenigstens auf kürzere Zeit eingegangen hätten, wenn wegen Beteiligung eines Minderjährigen auf Seiten der Verpächter ein Pachtvertrag von längerer Dauer nach § 1822 Ziff. 5 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftig hätte.

Danach hätte das VG. prüfen müssen, ob nicht der Verkauf aller Geschäftsanteile, auch derjenigen, an denen der Bekl. zu 3 als Erbe seines Vaters beteiligt war, doch zustande gekommen wäre, wenn nicht der Minderjährige, sondern nur die anderen Verkäufer den Käufern gegenüber die Verpflichtung in § 6 des Vertrages übernahmen, der Minderjährige also seinen Anteil ohne die samtverbindliche Haftung für die übrigen übertrug. Dann wäre die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Ziff. 10 BGB. nicht erforderlich gewesen. Die Frage war zu bejahen. Denn einmal hatten die Käufer kein besonderes Interesse daran, daß der Minderjährige die Haftung für die anderen übernahm, und der Minderjährige hatte keinen Anlaß, den Vertrag ohne die Belastung nach § 6 nicht abzuschließen. Soweit es sich um die eigene Verpflichtung des Minderjährigen zur Abtretung der Geschäftsanteile handelte, genügte es den Käufern, wenn die anderen Verkäufer für den Minderjährigen die samtverbindliche Haftung übernahmen. Sie erlangten damit gegen die anderen Verkäufer zum mindesten einen Schadensersatzanspruch. Die Inhaber der anderen Geschäftsanteile hatten aber, auch wenn H. R. nicht für sie haftete, keinen Anlaß, nicht abzuschließen. Denn auf Grund des Treuhandverhältnisses konnten sie von dem Minderjährigen die Herausgabe der Geschäftsanteile verlangen und erzwingen. Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hätte also nur zu dem Ergebnis führen können, daß im Falle ihres Fehlens der Vertrag unter allen Beteiligten — auch mit dem Minderjährigen — abgeschlossen wurde, nur mit der Einschränkung, daß die samtverbindliche Haftung des Minderjährigen wegfiel. Mit dieser Beschränkung war der Vertrag aufrechtzuerhalten.

(U. v. 12. Mai 1931; 294/30 II. — Frankfurt a. M.)

[Ru.]

← RG. 133, 7.)

### 3. Genossenschaften.

**\*\*20.** § 1 GenG.; §§ 20, 21 BGB. Die Voraussetzung für die Errichtung einer eingetragenen Genossenschaft (Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder) ist auch dann gegeben, wenn die Genossenschaft der Beschaffung der wirtschaftlichen Mittel für eine gemeinsame Sportbetätigung dienen soll (Erbau einer Regelsporthalle durch die Genossenschaft, deren Genossen Mitglieder eines Reglerbundes sind). †)

Am 9. Dez. 1930 meldete der Vorstand der B. er Regelsport-Hallen-Baugenossenschaft, eGmbH., das Statut und die Mit-

glieder des Vorstandes zur Eintragung in das Genossenschaftsregister des AG. an. Nach § 2 des Statuts ist Gegenstand des Unternehmens: „Der Erwerb von Baugelände sowie die Erbauung, Ausnutzung und der Verkauf von Regelsporthallen mit Wirtschaftsbetrieb in B. und anderen Orten.“ „Mitglied der Genossenschaft kann jeder werden, der Interesse an der Errichtung von Regelsporthallen und der damit verbundenen Geschäfte hat“ (§ 4). Durch Beschluß v. 13. Dez. 1930 lehnte das AG. in B. die Eintragung ab. Nach § 1 GenG. sei Voraussetzung der Eintragung: Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes. Die Genossenschaft müsse also der Befriedigung materieller Bedürfnisse dienen. Für Erkennung des Zweckes sei der Gegenstand des Unternehmens nicht allein entscheidend. Der Gegenstand des Unternehmens könne wirtschaftlicher Natur sein und der Zweck gleichwohl ideeller Natur. Das Gericht halte nun nach Lage der Sache nicht für ausgeschlossen und sogar für wahrscheinlich, daß der Zweck vorliegend die Förderung eines Sportes, nämlich des Regelsports der Mitglieder sei. Dann aber sei eine Genossenschaft unzulässig. In der Beurteilung des wirklichen Zweckes der Genossenschaft werde das Gericht auch bestärkt durch den vorstehend angegebenen Eingang des § 4 des Statuts und dessen § 9 (der die Übertragung des Geschäftsguthabens auf einen anderen Genossen nur zuläßt, wenn dieser Mitglied des B. er Reglerverbandes e. B. von 1890 B. ist). Ferner verwertet der Registerrichter in dieser Beziehung die Tatsache, daß die Interessenten ihm früher einen anders lautenden Entwurf vorgelegt hatten, der den gleichen Inhalt hatte, wie der einer Entsch. des RG.: JZB. 1929, 222/25 = JW. 1929, 1151<sup>1</sup> zugrunde liegende, und in der das RG. die Zulässigkeit der Eintragung einer Genossenschaft, die den Betrieb einer Regelsporthalle zum Gegenstand hatte, verneint. Nach Bekanntgabe dieser Entscheidung hätten die Interessenten dem Statut die vorliegende Fassung gegeben.

Der Registerrichter nimmt weiter Bezug auf Parisius-Krüger, Komm. z. GenG., 11. Aufl., § 1 Anm. 10, 11 und die dort angeführten Entsch. Danach genüge die Absicht eines Vermögenserwerbes allein nicht. Es müsse auch ein innerer Zusammenhang bestehen zwischen dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb (der Genossenschaft) und dem anderweitig bestehenden Erwerbsberuf oder der Wirtschaft der Mitglieder. Es fehle aber nicht nur an einem Zusammenhang mit dem Erwerbsberuf, sondern auch mit der Wirtschaft der Mitglieder. Die gegen diese Entsch. erhobene Beschwerde hat das AG. in B. zurückgewiesen. Es tritt der Begründung des AG. und der genannten Entsch. des RG. bei. Der Ausführung der Beschwerde, es sei Zweck der Genossenschaft, die Privativwirtschaft der Genossen durch Verbilligung der Ausübung des Regelsports zu fördern, hält es entgegen, daß es sich hierbei nicht um die Förderung und Verbilligung eines materiellen Lebensbedürfnisses handle, wie dies nach § 1 GenG. zu fordern sei. Es komme im vorliegenden Falle hinzu, daß die Genossenschaft auch die Erbauung und Ausnutzung von Regelsporthallen an anderen Orten als B. und den Verkauf solcher Hallen zu ihrem Gegenstande gemacht habe, was über die Förderung der wirtschaftlichen Lebensbedürfnisse der Mitglieder weit hinausgehe.

Der gegen diese Entsch. eingelegten weiteren Beschwerde möchte das OLG. stattgeben, sieht sich daran aber durch die erwähnte Entsch. des RG. gehindert. Es legt deshalb die Sache gemäß § 28 JZB. dem RG. zur Entscheidung vor.

Das OLG. B. geht davon aus: Es sei nach dem begründeten und glaubwürdigen Vorbringen des Vorstandes anzunehmen, daß die Genossenschaft zur Hauptsache der Verbilligung und wirtschaftlichen Erleichterung der Ausübung des Regelsportes dienen solle. Daß dies nicht etwa ein vorgesch-

Zu 20. Die Entsch. ist zu begründen:  
Die Rechtsform der eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft hat in der Gesetzgebung des vergangenen Jahrzehnts erheblich an Boden gewonnen. Die Novellen v. 1. Juli 1922 (RGBl. 567) und v. 12. Mai 1923 (RGBl. 288) haben festgelegt, daß auch eine Beteiligung der Genossenschaft an anderen Gesellschaften in weitem Umfang zulässig ist, was von der Rspr., insbes. dem OLG. Hamburg, in Zweifel gezogen war (vgl. Krüger-Crecelius-Citron, Komm. [11. Aufl.], Anm. 43 zu § 1 GenG.). Man kann daher sagen, daß die Tendenz der Gesetzgebung der Genossenschaftsform

günstig ist, wenn auch neuerdings in § 114 Ges. v. 6. Juni 1931 (RGBl. 315 ff.) die Zulässigkeit der Genossenschaftsform für das schwierige Gebiet der Bausparkassen (berechtigterweise) verneint worden ist.

Der Wert der vorl. Entsch. besteht darin, daß sie eine der Genossenschaftsform günstige Entwicklung auch in der Rspr. auf einem Gebiete zum Abschluß bringt, für welches sich diese Form meiner Ansicht nach durchaus eignet. Das RG. tritt der Neigung, die Grenzen der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft gegenüber dem eingetragenen Verein allzu scharf zu ziehen, mit Recht entgegen.

Diese Grenzen sind in der Tat flüchtig. Es wird sehr häufig von

gener Zweck sei, erhelle daraus, daß die Gründer, die den verschiedensten Berufen angehören, offenbar Regelbrüder sind, nicht etwa Baumeister, Wirte u. dgl. (nicht also Personen, die in dem Bau von Regelhallen oder des mit ihrem Betrieb verknüpften Schankwirtschaftsgeschäftes ihren Lebensunterhalt suchen). Auch die Förderung einer sonstigen dauernden, gewohnheitsmäßigen und mit nicht unerheblichen Ausgaben verknüpften Nebenbeschäftigung könne aber zur Förderung der Wirtschaft der Mitglieder gezählt werden. Es sei eine zu enge Auffassung hierunter nur die Förderung der beruflichen bzw. gewerblichen Wirtschaft und der engsten Hauswirtschaft der Mitglieder zu verstehen. Der Begriff „Wirtschaft der Mitglieder“ umfasse die gesamte Privatwirtschaft des einzelnen. Wenn auch nur ein Zweig der Privatwirtschaft gefördert werde, werde damit die Gesamtwirtschaft gefördert, da eine Ersparnis von Ausgaben für dieses Gebiet den anderen Gebieten zugute komme. Es komme daher nicht darauf an, ob das Regeln ein Sport sei und als Leibesübung gefördert zu werden verdiene. Maßgebend sei nur, daß jeder Regelbruder gewohnt sei, allwöchentlich einen bestimmten Betrag seines Einkommens dem Regeln zu widmen. Könne er diesen Posten seines Haushaltes durch genossenschaftlichen Zusammenschluß, durch eine gemeinschaftliche Regelwirtschaft mindern, so werde dadurch seine Privatwirtschaft gefördert. Daß die Ersparung von Ausgaben zum Ziel einer Genossenschaft gemacht werden könne, sei unbestritten. Warum aber nur die Ersparung von Ausgaben im Beruf oder in der Privatwirtschaft, die sich im Hause selbst abspielt, dazu gehören solle, nicht auch die Ersparung von Ausgaben in einer dauernd geübten und mit Kosten verknüpften Mußestundenbeschäftigung, vermöge nicht einzuleuchten, werde doch auch durch solche Ersparnis die Wirtschaft direkt gefördert. Gesellige Spiele, wie das Regeln, seien seit alters her ein weitverbreitetes Lebensbedürfnis, das bei der Aufteilung der Lebenshaltungskosten ebenso berücksichtigt werde, wie die ursprünglichsten physischen Bedürfnisse.

Das RG. verwendet in seiner obengenannten Entsch., bei der es sich um die Gründung einer Genossenschaft „zum Zwecke der Erbauung und Ausnützung einer Regelsporthalle“ handelt, zur Auslegung des § 1 GenG. die Ausführungen der Bundesrats- und der Reichstagsvorlage zu den §§ 21, 22 BGB., wo für die Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister zugelassen ist, während Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften, die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erlangen können. Die Übertragung der Auslegung der §§ 21, 22 BGB. auf das Gebiet des Genossenschaftsrechts sei um so unbedenklicher, als sie mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimme. Nach dem Sprachgebrauch bedeute Wirtschaft im allgemeinen Haushaltung, planmäßige Tätigkeit des Menschen zur Befriedigung seines

dem Willen der Gründer abhängen, ob sie die eine oder die andere Rechtsform zur Entstehung bringen wollen. Es ist hier darauf hinzuweisen, daß die Genossenschaft vom Gesetze selbst als Verein angesehen wird und daß nach der herrschenden Meinung die Vorschriften des BGB. über Vereine ergänzend auf sie Anwendung finden (vgl. Crüger-Crecelius-Citron a. a. O. Einl. S. 31 u. 32).

Gewiß unterscheidet sich die Genossenschaft dadurch vom eingetragenen Verein, daß ihr Zweck im wesentlichen ein wirtschaftlicher und der des eingetragenen Vereins im wesentlichen ein idealer sein soll. Die RPr. läßt aber sowohl bei der Genossenschaft die Verfolgung idealer Nebenwecke wie bei dem eingetragenen Verein die Verfolgung wirtschaftlicher Nebenwecke zu. Es wird häufig zweifelhaft sein, welches der Hauptzweck und welches der Neben Zweck ist, und man wird schließlich bei der Frage nach der zulässigen Rechtsform darauf angewiesen sein, denjenigen Zweck als Hauptzweck anzusehen, den die Gründer in der Satzung als solchen bezeichnen, auch wenn der Neben Zweck dem Hauptzweck nahezu gleichwertig ist.

Im vorliegenden Fall wird man zunächst im Zweifel sein können, ob man mit dem RG. sagen kann, bei der Errichtung einer Regelhalle sei der Hauptzweck der, den Mitgliedern die Ausübung des Regelsports zu verbilligen, oder ob man nicht vielmehr mit dem RG. (vgl. ZW. 1929, 1151<sup>1</sup>) wird sagen müssen, der Hauptzweck sei doch die Ausübung des Regelsports. Endgültig wird m. E. die Entscheidung zugunsten des RG. ausfallen müssen, da, wie gesagt, bei der Klässigkeit der Grenzen der Wille der Parteien ausschlaggebend sein muß, und da auch die Auslegung des Begriffs „Wirtschaft“, wie das RG. sie gibt, den Bedürfnissen des Lebens mehr gerecht wird als die mit dem

Bedürfnisses an äußeren Gütern. Unter Wirtschaft sei eine auf Befriedigung nur materieller Bedürfnisse gerichtete Tätigkeit zu verstehen. Es stehe daher außer Zweifel, daß Gesellschaften, die für ihre Mitglieder die billige Verschaffung von Lebensmitteln, Kleidung, Wohnung bezwecken, unter § 1 GenG. fallen. Aber nicht alles, was zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse (auch in kultureller Beziehung) diene, zähle zu den Wirtschaftsgütern.

Der Auslegung des RG. in G. ist beizutreten.

Wenn auch unter Wirtschaft in den §§ 21 und 22 BGB. daselbe zu verstehen ist, wie in § 1 GenG., so können im übrigen die erstgenannten Bestimmungen, die erst viel später als die letzteren entstanden sind, für die Auslegung des GenG. doch nicht entscheidend herangezogen werden. Durch § 21 BGB. wurde die Erlangung der Rechtsfähigkeit für einen Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erleichtert in der Erwägung, daß durch einen derartigen Verein in der Regel öffentliche oder Verkehrsinteressen nicht berührt werden. Anders verhält es sich aber bei Vereinen, deren Zweck die Gewinnerzielung ist. Hier bedurfte es insbes. eines Schutzes Dritter, die mit dem Verein in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, ihm Kredit gewähren u. dgl. Hier bot die Form des eingetragenen Vereins keine Gewähr gegen die Schädigung Dritter und der Allgemeinheit. Der Schutz sollte dadurch geschaffen werden, daß ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die Rechtsfähigkeit nur erlangen kann, entweder durch staatliche Verleihung, wobei durch die Konzeptionsbedingungen eine Schädigung Dritter vermieden werden kann, oder dadurch, daß sich der Verein einer der in den Gesetzen vorgesehenen Normativbestimmungen unterwirft, die gerade den Schutz der Allgemeinheit bezwecken. Diesem Bedürfnis ist aber Rechnung getragen, wenn ein Verein die Form der eingetragenen Genossenschaft wählt, da durch die Bestimmungen des GenG. über die Kapital- und Kreditunterlagen und deren Erhaltung die Gefahren für die Allgemeinheit, die beim eingetragenen Verein bestehen könnten, beseitigt sind.

Daß ein Verein neben der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft seiner Mitglieder auch einem ideellen Zweck dient, würde der Wahl der Form der eingetragenen Genossenschaft nicht entgegenstehen. Durch das Gef. v. 1. Juli 1922 (RGBl. I, 567) und das Gef. v. 12. Mai 1923 (RGBl. I, 288) und § 1 Abs. 2 GenG. ist den Genossenschaften auch die Beteiligung an gemeinnützigen Bestrebungen gestattet. Das ist aber ein sog. ideeller Zweck, den besonders die Baugenossenschaften, eine der typischen Verbindungen i. S. des § 1 Abs. 1 GenG. verfolgen. Daß die Förderung des Sportes wie auch der Erholung gemeinnützig sein kann, zeigen die hierauf gerichteten Bestrebungen öffentlich-rechtlicher Organisationen.

Wenn das RG. und mit ihm die Vorinstanzen unter Wirtschaft „im allgemeinen Haushaltung, planmäßige Tätigkeit des

Sprachsinns des Wortes „Wirtschaft“ vielleicht besser übereinstimmende Auslegung des RG., welche betont, daß nicht alles, was zur Deckung des Lebensbedarfs gehört, zu den Wirtschaftsgütern zähle.

Das RG. ist weitherziger, indem es eine Förderung der Wirtschaft der Mitglieder schon dann annimmt, wenn die Tätigkeit der Genossenschaft auf Erzielung von Ersparnissen bei der Beschaffung von Wirtschaftsgütern gerichtet ist.

Auch im Freistaate Danzig hat sich bereits vor einigen Jahren, als es sich um die Errichtung eines Hallenbades in Form einer Genossenschaft handelte, der gleiche Konflikt zwischen den unteren Instanzen und der oberen Instanz abgespielt. Über diese Entsch. des ObGer. Danzig ist von Leminsky: WGenossW. 1927, 724 berichtet, und auch ich habe sie später im Zusammenhange mit der oben erwähnten RGEntsch. WGenossW. 1929, 324, „Hallenbad und Regelhalle“, besprochen.

Auch das ObGer. Danzig kommt im Gegensatz zu den unteren Instanzen (RG. und G.) zu dem Ergebnis: die Schaffung von Badegelegenheiten sei bei dem heutigen Kulturstande nicht nur ein hygienisches, sondern in Verbindung damit auch ein wirtschaftliches Bedürfnis, es liege daher eine Förderung der Wirtschaft der Mitglieder auch in der Schaffung von Badegelegenheiten bequemer und billiger Art, als sie z. B. in Danzig bereits beständen. Wenn die Schaffung neuer Einrichtungen, insbes. in Hallenbadform, auch daneben aus gemeinnützigen Erwägungen heraus erfolge, so hindere das nicht, sich dabei der Genossenschaftsform zu bedienen. Denn der § 1 Abs. 2 GenG. bestimme ganz allgemein, daß eine Beteiligung an Gesellschaften zulässig sei, wenn sie, ohne den alleinigen oder über-

Menschen zur Befriedigung seines Bedürfnisses an äußeren Gütern" oder eine „auf Befriedigung nur materieller Güter gerichtete Tätigkeit" verstehen, so bedarf diese Begriffsbestimmung doch der Ergänzung und Erläuterung. Sie wäre zu eng, wenn sie nur den Haushalt des einzelnen Menschen und die Befriedigung der unmittelbaren materiellen Bedürfnisse des einzelnen Menschen umfassen würde. Denn nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und nach der Volkswirtschaftslehre gibt es auch eine Wirtschaft nicht natürlicher Personen, des Staates, der Gemeinde, der Kirche, der Volksgemeinschaft. Auch Vereinigungen, deren Ziel ein ideelles ist, führen zur Erreichung ihres Zweckes eine Wirtschaft. Alle diese bedürfen der materiellen Güter, nicht nur des Geldes, sondern auch der Sachgüter zur Verfolgung ihrer Bestrebungen. Es ist nun nicht einzusehen, warum die genannten Gemeinschaften, soweit sie eigene Rechtspersönlichkeiten besitzen, nicht berechtigt sein sollen, sich in Genossenschaften zusammenzuschließen, um sich die materiellen Güter gemeinsam zu beschaffen, deren sie zur Erfüllung ihrer Hauptaufgabe, auch soweit sie ideeller Natur ist, bedürfen, und dadurch ihre Wirtschaft zu fördern. Sieht man von den großen öffentlichen Körperchaften mit ihren erheblichen Mittel erfordernden bedeutenden Aufgaben rein kultureller Art ab, so können doch auch Vereinigungen privatrechtlicher Art zu großen Anschaffungen materieller Art gezwungen sein. Auch für diese kann ein Bedürfnis bestehen, durch Zusammenschluß bei Beschaffung der materiellen Unterlagen ihre Wirtschaft zu fördern. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck des GenG. ergibt sich ein Grund, diese Vereinigungen davon auszuschließen, ihr Ziel durch Zusammenschluß in der Form der eingetragenen Genossenschaft zu erreichen. Aber auch vom Standpunkt der Einzelperson aus hat die Förderung ideeller Bestrebungen fast immer auch eine wirtschaftliche Seite. Denn die Erreichung dieses Zieles ist mit Aufwendung von Wirtschaftsmitteln, mit der Beschaffung materieller Güter verbunden. Auch im Einzelhaushalt dient die Wirtschaft der Befriedigung aller Bedürfnisse des Menschen, nicht nur der rein physischen, sondern auch der geistigen und sportlichen. Alle diese Bedürfnisse werden aus Mitteln der Wirtschaft bestritten, und es ist Sache der Wirtschaftsführung, im Sinne einer planmäßigen Verwendung der materiellen Güter diese so zu verwerten, daß alle Bedürfnisse befriedigt werden können. Daher ist die Beschaffung von Gegenständen, die der Befriedigung eines Kulturbedürfnisses dienen, wie Bücher, Musikinstrumente, Lehrmittel, auch der erforderlichen Räume, eine wirtschaftliche Tätigkeit. Zielt die Tätigkeit des einzelnen oder einer Genossenschaft auf Verbilligung der Beschaffung dieser Sachgüter, so wird damit die Förderung der Wirtschaft der Mitglieder erstrebt. Daß schon die Erzielung von Ersparnissen bei der Anschaffung von Sachgütern als Förderung der Wirtschaft i. S. des § 1 GenG. anzusehen ist, ergeben auch die dort angeführten Beispiele, so namentlich die Zulässigkeit des Zusammenschlusses in Konsumvereinen. Die Förderung der Wirtschaft kann auch darin bestehen, daß die ersparten Geldmittel der Befriedigung anderer Wirtschaftszwecke bedürfnisse des Mitgliedes zugute kommen. Ob ein Verein die Förderung der Wirtschaft seiner Mitglieder oder ideelle Bestrebungen zum Ziele hat, ist Sache der Feststellung im Einzelfalle, die der Richter an der Hand des Statuts oder der Satzung zu treffen hat. Wenn ein Verein

wiegenden Zweck der Genossenschaft zu bilden, gemeinnützigen Bestrebungen der Genossenschaft zu dienen bestimmt sei.

Die Gründe des ObVer. Danzig decken sich sowohl in der Zulassung idealer Nebenzwecke neben dem Hauptzweck (Förderung der Wirtschaft) wie in der Definition des Begriffs der Wirtschaft mit denen des RG.

Diese Nrpr. kommt in der Tat den Bedürfnissen der Praxis entgegen, in welcher es nicht so sehr auf die Rechtsform des Unternehmens als darauf ankommt, ein bestimmtes wirtschaftliches oder ideales Ziel auch wirklich zu erreichen.

Diese Judikatur stellt sich würdig an die Seite der Auffassung, die es für unzulässig erklärt, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsform noch gestellt werde, wenn die Genossenschaft oder der eingetragene Verein als solche schon eingetragen worden sind (vgl. dazu RG. 119, 104 = JW. 1928, 219 und für den eingetragenen Verein RG. Komm., 7. Aufl., Anm. 3 zu § 21 BGB., dessen Ansicht übrigens auch von Staudinger, Soergel, Warneher und Rosen- thal in den neuesten Auflagen ihrer Komm. zum BGB. geteilt wird).

OBGR. Citron, Berlin.

sowohl der Wirtschaft der Mitglieder dient, als auch ihre ideellen Bestrebungen fördert, kommt es auf den Hauptzweck des Zusammenschlusses an. Es kann deshalb ein Verein, dessen Ziel auf ideale Förderung der Mitglieder gerichtet ist, nach § 21 BGB. in das Vereinsregister eingetragen werden, auch wenn er nebenbei den Mitgliedern materielle Vorteile bietet. Andererseits steht es der Eintragung als Genossenschaft nicht entgegen, wenn die Vereinigung neben der in erster Linie erstrebten Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder diesen auch Vorteile ideeller Art gewährt; so auch Parisius-Rrüger, A. 10—12 zu § 1 GenG.; Joel, GenG. im Jahrbuch des Deutschen Reichs 1890 S. 445 ff.; vgl. auch RG. 83, 231<sup>1)</sup>; 85, 334, wo die Frage bejaht worden ist, ob ein ärztlicher Standesverein oder ein Hausbesitzerverein die Rechtsstellung eines eingetragenen Vereins erlangen können, auch wenn durch deren die Förderung der Standesinteressen dienenden Einrichtungen daneben die wirtschaftlichen Belange der Mitglieder gewahrt werden. Mag auch der Anlaß zum Zusammenschluß das gleiche Bedürfnis zu kultureller oder sportlicher Betätigung sein, so kann doch der Zweck der Vereinigung die Förderung der Wirtschaft der Mitglieder sein, indem die Verringerung der mit der Betätigung verbundenen finanziellen Aufwendungen erstrebt wird. Könnten die Mitglieder auch ohne Zusammenschluß ihrem Sportbedürfnis genügen, so können sie die Verminderung der geldlichen Aufwendungen doch nur durch die Vereinigung erreichen. Dieser Zweck tritt namentlich in den Vordergrund, wenn mit der Ausübung des Sports erhebliche Ausgaben verbunden sind, wie Bereitstellung der Räume, der Sportgeräte, Aufwand für die bei der Sportbetätigung übliche Beköstigung. Dann ist der Zweck des Zusammenschlusses die Förderung der Wirtschaft der Mitglieder, mag daneben auch der Sport selbst gefördert werden. So aber liegt die Sache im vorliegenden Fall. Nach der vom Vorstand dem Registergericht eingereichten endgültigen Fassung des Statuts tritt freilich der Zweck der Förderung der Wirtschaft der Mitglieder nicht sehr deutlich hervor. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Fassung, die durch ein Bedenken des Registerrichters gegen die erste Fassung veranlaßt wurde, ergibt sich aber doch, welches der Zweck der Genossenschaft sein soll, und aus den Erklärungen des Vorstandes in der Beschwerde gegen die Entscheidung des Registergerichts ist zu entnehmen, daß die Mitglieder bereit sind, das Statut dem GenG. anzupassen. Die ursprüngliche Fassung des § 2 des Statuts lautete: „Gegenstand des Unternehmens ist die Erwerbung eines Baugrundstückes und die Erbauung und Ausnützung einer Kegelsporthalle in B.“ Nach § 4 des Statuts kann Mitglied jeder werden, der Interesse an der Errichtung von Kegelsporthallen und den damit verbundenen Geschäften hat. Scheint nach dieser Fassung des § 4 der Kreis der Mitglieder sehr weit gezogen zu sein, so ergibt sich doch in Verbindung mit § 8, der die Übertragung des Geschäftsguthabens nur an einen Genossen zuläßt, der zugleich Mitglied des Reglerverbandes 1890 e. V. ist, daß nicht das bloße Interesse an der finanziellen Ausnützung von Kegelsporthallen durch Gewinnerzielung genügt, sondern daß die Mitgliedschaft sich nur auf diejenigen erstrecken soll, die durch Verbilligung des von ihnen auszuübenden Kegelsportes ihre Wirtschaft fördern wollen. Kommt dies in der vom Vorstand in Aussicht gestellten neuen Fassung des Statuts zum Ausdruck und wird klargestellt, daß der Förderung des Kegelsports selbst der genannte Reglerverband dient, die Genossenschaft aber die gemeinschaftliche Beschaffung des Raumes und dessen Ausstattung mit Sportgeräten zum Zwecke der Ausübung des Kegelsportes, also die Bereitstellung der materiellen Unterlage zum Ziele hat, und kommt dazu noch der Betrieb einer gemeinschaftlichen Wirtschaft zur Verbilligung der bei und nach Ausübung des Sportes üblicherweise zu verzehrenden Speisen und Getränke, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gründung in erster Linie die Verbilligung des Sportes und die Verringerung der damit verbundenen Ausgaben, also die Förderung der Wirtschaft der Mitglieder zum Ziele hat. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn an mehreren Orten Sporthallen zur Benutzung durch die Mitglieder erstellt werden sollten.

(Beschl. v. 29. Juni 1931; B 12/31 II. — Hamburg.) [Ru.]

<sup>1)</sup> JW. 1914, 70.

## 4. Kartellrecht.

## 21. § 9 KartW.D.

1. Rechtslage nach berechtigter Kündigung des Kartellverhältnisses durch einzelne Gesellschafter der sog. NebenleistungsGmbH.; Einziehungsrecht der Gesellschaft hinsichtlich des Geschäftsanteils der Kündigenden, insbes. ausnahmsweise auch trotz des mit der Auflösung der Gesellschaft verknüpften endgültigen Fortfalles der Kartellbindungen aller Gesellschafter.

2. Stichtag für die Bestimmung des Abfindungsanspruches des Gesellschafters, dessen Geschäftsanteil eingezogen wird, ist nicht der Tag des Einziehungsbeschlusses (so RG. 125, 121), sondern der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Beschlusses durch Mitteilung an den Gesellschafter.

3. Gegeneinwand der Arglist gegenüber der Berufung auf ein rechtskräftiges Urteil.

Der Kl. war als Alleininhaber einer Getreidepreßfabrik und Dampfornbrennerei seit der im Febr. 1921 erfolgten Gründung der verklagten GmbH. deren Gesellschafter. Gegenstand des Unternehmens dieser Gesellschaft war die Verwertung der von den Gesellschaftern in ihren in Deutschland gelegenen Fabriken erzeugten Hefe. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die sich auf die Ablieferung und den Vertrieb von Hefe beziehen, sind in einer „Übereinkunft“ niedergelegt worden, die nach dem Gesellschaftsvertrag einen Bestandteil dieses Vertrags bilden und deren Geltungsdauer gleich derjenigen des Gesellschaftsvertrags sein sollte. Mit Schreiben v. 17. Nov. 1923 kündigte der Kl. seine Zugehörigkeit zum Hefeverband zum Tage des Inkrafttretens der KartW.D. v. 2. Nov. 1923, also zum 20. jenes Monats, fristlos. Dieses Schreiben ging am 19. Nov. 1923 bei der GmbH. ein, welche die Kündigung als unberechtigt zurückwies. Der Kl. erwiderte hierauf am 21. Nov., also am Tage nach dem Inkrafttreten der KartW.D.: er halte seinen Entschluß, aus dem Verband auszutreten, aufrecht. Durch Entsch. v. 7. Jan. 1924 sprach das KartG. die Zulässigkeit der Kündigung mit Wirkung von diesem Tage aus. Daraufhin kündigten weitere 17 Mitglieder des Hefeverbands, und das KartG. erklärte durch Entsch. v. 3. März 1924 diese Kündigungen für zulässig. Am 5. dess. Monats beschloß sodann die Gesellschaftsversammlung der Bekl. die Auflösung der Gesellschaft; dieser Beschluß wurde am 10. März 1924 in das Handelsregister eingetragen. Ein weiterer wirksamer Kündigungsakt des Kl. wurde vom jetzt erf. Sen. im Urte. v. 23. Sept. 1926 — RG. 114, 327 — (in einem zungunsten der Bekl., damaligen Kl., erledigten Rechtsstreit der Parteien, Vertragsstrafe betr.) in dem oben genannten Schreiben des jetzigen Kl. v. 21. Nov. 1923 gefunden, daß dem Hefeverband am 22. Nov. zugegangen, in der Entsch. des KartG. v. 7. Jan. 1924 aber nicht erwähnt ist. Im reichsgerichtlichen Urte. ist auf S. 335 darauf hingewiesen, daß der Kündigung v. 21./22. Nov. 1923 gegenüber die HefeverbandGmbH. keinen Antrag i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KartW.D. gestellt habe.

Die Bekl. war Inhaberin eines Patentes zum Schutz besonderen Verfahrens zur Herstellung von Preßhefe. Nachdem der Kl. aus dem Hefeverband ausgeschieden war, erhob die jetzige Bekl. gegen den jetzigen Kl. Klage auf Entlassung der Benutzung des Patents, welche die HefeverbandGmbH. ihren Mitgliedern gestattet hatte. In jenem Rechtsstreit wurde der Bekl., nunmehrige Kl., in allen drei Instanzen nach dem Klageantrag verurteilt. Das damals ergangene reichsgerichtliche Urte. v. 2. Juli 1926 (RG. 114, 212<sup>1)</sup>) erkannte der Kündigung nach § 8 KartW.D. in einem Falle wie dem vorliegenden zwar nicht die Wirkung unmittelbaren Ausscheidens des Kündigenden auch aus seinem Gesellschafterverhältnis bei der GmbH. zu, erklärte diese aber für berechtigt, das Ausscheiden des Kündigenden aus der GmbH. durch entgeltliche Einziehung seines Geschäftsanteils herbeizuführen. Weiter wurde damals ausgesprochen, daß die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Kündigenden bis zu dieser Einziehung ruhten. In der Gesellschafterversammlung der nunmehr in Liquidation befindlichen Bekl. v. 22. Sept. 1926 wurde darauf-

hin beschlossen: „Der Geschäftsanteil des B. — Kl. — wird eingezogen. Die Einziehung erfolgt entgeltlich.“ Mit einer im Juni 1927 erhobenen Klage hat Kl. Feststellung der Nichtigkeit dieses Beschlusses verlangt einmal, weil nach Eintritt der KartGmbH. in die Liquidation von einer Einziehung seines Geschäftsanteils im Wege der rechtsähnlichen Anwendung des § 34 GmbH. nicht mehr die Rede sein könne, sondern, weil der Einziehungsbeschluß ohne Festsetzung der Höhe des Entgelts nicht hätte gefaßt werden dürfen, endlich, weil er zu der Gesellschafterversammlung v. 22. Sept. 1926 hätte geladen werden müssen. Das VG. hatte dieser Klage stattgegeben, das RG. dieselbe, weil es den Beschluß für gültig hielt, abgewiesen. Durch Urte. des erf. Sen. v. 17. Mai 1929 (RG. 125, 114 ff.<sup>2)</sup>) ist die Rev. des Kl. gegen dieses Urte. als unbegründet zurückgewiesen worden. Nach dem Beschluß über die Auflösung der bekl. Gesellschaft war von dem Aufsichtsrat und der Gesellschafterversammlung beschlossen worden, denjenigen Gesellschaftern, die nach der Kündigung ihre Verpflichtungen aus dem „Übereinkommen“ weiter erfüllt hatten, ein unverzinsliches Darlehen, und zwar nach der Behauptung des Kl. in Höhe des Wertes, nach derjenigen der Bekl. in Höhe von 95% des Nennwerts ihrer Geschäftsanteile zu gewähren und ihnen eine unentgeltliche Lizenz an dem der Bekl. gehörigen Patent zu erteilen. Demgemäß ist auch verfahren worden.

Mit der jetzt vorliegenden Klage verlangt Kl. die Feststellung, daß die Bekl. nicht berechtigt sei, ihn bei Durchführung der Liquidation anders zu behandeln als die übrigen Gesellschafter, ferner Rechnungslegung über den Wert seines Geschäftsanteils, Gewährung eines unverzinslichen Darlehens in Höhe dieses Wertes und Erteilung einer unentgeltlichen Lizenz an dem Patent. Die Vorinstanzen haben den Rechnungslegungsanspruch für sachlich erledigt erklärt, im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Rev. des Kl. wurde, unter Zurückweisung der Rev. im übrigen, die Bekl. zur Auskunftserteilung über die Höhe des Abfindungsguthabens des Kl. im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Einziehungsbeschlusses v. 22. Sept. 1926 verurteilt.

1. Durch das Urte. des erf. Sen. v. 17. Mai 1929 (RG. 125, 114 ff.<sup>3)</sup>) ist die Wirksamkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Bekl. v. 22. Sept. 1926 über die entgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils des Kl. rechtskräftig ausgesprochen worden. Die Rechtskraftwirkung dieses Urte. würde selbst dann nicht entfallen, wenn ihm in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht — wie der Kl. ausführt — eine irgendwie irrtümliche Auffassung zugrunde liegen würde.

2. Mit rechtlich bedenkenfreier Begründung hat der VerKl. ferner den Einwand der gegenwärtigen Arglist zurückgewiesen, mit dem Kl. die auf das Urte. v. 17. Mai 1929 gestützte Rechtskrasteinrede der Bekl. schlagen will. Zutreffend geht das RG. davon aus, daß nach feststehender Rpr. der Gegeneinwand der Arglist gegenüber der Berufung auf ein rechtskräftiges Urte. nur dann durchgreift, wenn dieses Urte. bewußt rechtswidrig zu dem Zweck herbeigeführt worden ist, Unrecht zu Recht zu stempeln (siehe u. a. auch JW. 1926, 1148<sup>4</sup>; 1928, 1853<sup>2)</sup>). Der Kl. selbst kann aber nicht behaupten und hat dies auch nicht getan, daß der Bekl. hinsichtlich des Urte. v. 17. Mai 1929 ein solcher Vorwurf zu machen ist. In der Geltendmachung eines sachlich unrichtigen Urte. durch den daraus Begünstigten kann sodann, selbst wenn sie in Kenntnis der Unrichtigkeit erfolgen würde, überhaupt noch kein Sittenverstoß gefunden werden (siehe auch RG. 67, 151<sup>4)</sup>; 80, 153<sup>5)</sup>; Grundr. Vertr. 53, 611 und Recht 1920 Nr. 2854). Der gegenteiligen Ansicht der Rev. kann nicht gefolgt werden. Im übrigen kann keine Rede davon sein, daß das Urte. v. 17. Mai 1929 ein Fehlurteil wäre. Die Rechtslage, die nach berechtigter Kündigung des Kartellverhältnisses durch einzelne Gesellschafter entsteht, bedarf gerade auch dann, wenn man der Gesellschaft über das GmbHG. hinaus ein Recht zur Einziehung des Geschäftsanteils der Kündigenden gibt, noch sehr der Klärung. So vertritt neuestens Schoß in der Rundschau für GmbH. 1930 Spalte 490 und in seiner Schrift: „Austritt aus der GmbH.“ S. 36/37 den Standpunkt, daß, wenn die Kündigung vor Auflösung der Gesellschaft rechtswirksam geworden sei, die Einziehung selbst ohne

<sup>1)</sup> JW. 1927, 123.

<sup>2)</sup> JW. 1929, 2600. <sup>3)</sup> JW. 1929, 2600. <sup>4)</sup> JW. 1908, 38.

<sup>5)</sup> JW. 1913, 19.



weiteres auch noch im Liquidationsstadium erfolgen könne, die Gesellschaft mithin dieses Rechts durch die Auflösung selbst nicht wieder verlustig gehe. Im vorliegenden Fall würde es ferner durchaus der Billigkeit entsprechen, die Einziehung schon deshalb noch während der Liquidation zuzulassen, weil sich der Kl. nach erklärter Kündigung sofort von allen Kartellbindungen losgesagt und seine Hefeherzeugung beliebig im eigenen Interesse und zum eigenen Vorteil verwertet hatte, während alle anderen noch bis zur Auflösung die Übereinkunft von 1921 sei es überhaupt oder jedenfalls hinsichtlich der Verrechnung befolgten. Aber auch vom Standpunkt des Ur. v. 17. Mai 1929 aus wäre das Mißverständnis des Tatv. bestands, auf das sich der Kl. diesem Ur. gegenüber beruft, nicht ohne weiteres von durchschlagender Bedeutung. Gesezt den Fall, die Lizenz sei den übrigen Gesellschaftern, nicht wie dort angenommen, gegen die Verpflichtung erteilt worden, weiter an die Gesellschaft zu liefern, sondern habe mit der Entschädigung der übrigen Gesellschafter für die bis zur Auflösung bewirkten Lieferungen oder deren Verrechnung nach den Grundsätzen der Übereinkunft gebient, so hätte das keinen wesentlichen Unterschied gemacht. Wenngleich die Wortfassung in RG. 125, 120 Zeile 5 ff. <sup>6)</sup> von oben nicht ganz scharf ist, so hat der erf. Sen. doch klar und deutlich ausgesprochen, daß das Einziehungsrecht ausnahmsweise auch trotz des mit der Auflösung der Gesellschaft verknüpften endgültigen Fortfalls der Kartellbindungen aller Gesellschafter anzuerkennen sei, nämlich dann, wenn die Umstände es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Kündigenden als Vertreter einer Sondergruppe den übrigen gegenüberzustellen. So aber hätte es auch dann sich verhalten, wenn der Liquidator sich aus vertretbaren Gründen veranlaßt gesehen hätte, alle anderen Gesellschafter, nur den Kl. nicht, weil dieser sich längst vor der Auflösung von den Kartellbindungen losgesagt hatte, durch Dauerleistungen, wie Lizenz- oder Darlehensgewährungen, zu entschädigen.

Bei dieser Sachlage kann auch nicht in Frage kommen, daß die Befl. von der Unrichtigkeit des Urteilspruchs vom 17. Mai 1929 selbst, nur darauf könnte es bei dem Arglistseinwand ankommen, Kenntnis gehabt hätte.

Bei der weiteren Beurteilung ist demnach im Gegensatz zu der Rev., aber im Einklang mit dem VerKl. davon auszugehen, daß der Befl. allerdings die Rechtskraft des Ur. v. 17. Mai 1929, ebenso aber auch die des Ur. v. 2. Juli 1926, II 570/25: RG. 114, 212 ff. <sup>7)</sup> zur Seite steht.

3. Demnach ist der Kl. seit dem Wirksamwerden des Einziehungsbeschlusses v. 22. Sept. 1926, d. h. mit der Mitteilung dieses Beschlusses an ihn, die nach seiner Behauptung am 29. Nov. 1926 geschehen ist, nicht mehr Gesellschafter der Befl. Damit erledigt sich zunächst seine Feststellungsklage ohne weiteres, soweit sie sich auf die Zeit nachher bezieht. Sie ist aber auch hinsichtlich der Zeit v. 5. März, d. h. dem Tage der Auflösung bis zu seinem Ausscheiden durch Wirksamwerden des Einziehungsbeschlusses unbegründet. Mag auch dieser Antrag gegenüber den Klagenträgen unter Ziff. 3 und 4 rechtlich selbständige Bedeutung haben und die Zulässigkeit eines solchen Klagebegehrens, ebenso wie das Feststellungsinteresse zu bejahen sein, so kann doch Kl. angesichts der Tatsache, daß er rund 3½ Monate vor der Auflösung schon sich von den Kartellpflichten völlig losgesagt hatte, während die übrigen Gesellschafter noch denselben jedenfalls hinsichtlich der Verrechnung nachkamen, keineswegs verlangen, daß er mit diesen schlechthin gleich behandelt werde. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Ausmaßes der finanziellen Beteiligungsrechte. Unmöglich kann der Kl., der seine gesellschafterlichen Leistungen eingestellt und seine Hefeherzeugung frei und ausschließlich im eigenen Interesse und eigenen Nutzen verwertet hatte, ungeachtet dessen an dem späteren finanziellen Ergebnis der GmbH. effektiv verhältnismäßig im selben Umfang beteiligt sein wie die übrigen Gesellschafter. Schon diese Erwägung muß zur Abweisung des Feststellungsbegehrens so wie es erhoben ist führen.

4. Anlangend den Anspruch auf Erteilung einer unentgeltlichen Lizenz an dem Patent, so ist Kl. durch das rechtskräftige Ur. des erf. Sen. v. 2. Juli 1926 (RG. 114, 212\*) verurteilt worden, es zu unterlassen, gärkräftige Preßhese in der Weise herzustellen, daß hierzu eine gemischte Stickstoffnahrung mit etwa 10—50% Ammonialstickstoff verwendet

werde, d. h. dem Kl. wurde das Recht zur Benützung des der Befl. gehörigen deutschen Reichspatents abgesprochen, weil ihm ein solches Benützungsrecht nicht zustehe und er auf dessen Einräumung keinen Anspruch habe. Soweit die Rechtskraftwirkung dieses Ur. reicht, ist durch sie wiederum eine abweichende Beurteilung der Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander ausgeschlossenen, gleichviel, ob auch jenes Ur. in seinen tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen richtig ist oder nicht. Das führt folgerichtig im vorliegenden Fall dazu, daß Kl. seine Leistungsklage auf Lizenzerräumung nur auf solche Tatumsstände stützen kann, die nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BG. im Unterlassungsprozeß — das war der 21. März 1925 — entstanden sind. Als solche Gründe kommen aber nach der Sachlage nur in Betracht der Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 22. Sept. 1926, durch welchen nochmals das Benützungsrecht derjenigen Gesellschafter festgestellt worden ist, die bis zur Auflösung übereinkunftsgemäß abgerechnet hätten, sowie die weitere Behauptung, daß der Ausschluß des Kl. durch diesen Beschluß gegen Art. 9 Abs. 7 KartW. verstoße, daß endlich eine Wertermittlung hinsichtlich des Patents zum Abschichtungsstichtag des Kl. nicht möglich sei.

Wieso aber aus dem Beschluß v. 22. Sept. 1926 Kl. ein Recht auf Lizenzerteilung sollte herleiten können, ist nicht ersichtlich. Er hatte die in diesem Beschluß festgelegte Voraussetzung übereinkunftsmäßiger Abrechnung bis zum Auflösungsabschluß der Gesellschaft jedenfalls nicht erfüllt. Verstieß der Beschluß aus irgendwelchen Gründen gegen Gesetz und Satzung, so konnte dies Anlaß zur Richtigkeitsfeststellungs- oder Anfechtungsklage geben, mit der Folge der Richtigkeit des Beschlusses. Nicht aber kann Kl. umgekehrt auf diesen Beschluß ein Recht zur Patentbenützung auch für sich gründen. Dies verkennt die Rev.

Ebenso verfehlt ist die Revisionsrüge aus Art. 9 Abs. 7 KartW., soweit sie den erwähnten Beschluß v. 22. Sept. 1926 zum Ausgang nimmt. Dieser Angriff scheidet schon daran, daß es sich hierbei um eine Maßregel handelt, die erst längst, nachdem die Kündigung mit ihren Rechtsfolgen eingetreten war, getroffen worden ist. Eine Maßnahme, die zur Verhinderung von Kündigungen an diese Nachteile knüpfte, liegt hiernach überhaupt nicht vor.

Im übrigen ist auf alle Fälle daran festzuhalten, daß das ursprüngliche Benützungsrecht des Kl. mit Wirksamwerden seiner Kündigung erloschen ist (siehe auch RG. 114, 212 ff. <sup>8)</sup>). Zum Wiedererwerb desselben oder eines Anspruchs auf die Wiedereinräumung bedurfte es entweder eines individual- oder eines sozialrechtlichen Titels. Daß ihm etwa auf Grund von Abmachungen mit den Liquidatoren der Befl. in der Folge eine solche Befugnis erwachsen wäre, kann Kl. selbst schlüssig nicht behaupten; ebensowenig vermag er einen dahingehenden Gesellschafterbeschl. darzutun. Auf den Beschl. v. 22. Sept. 1926 kann er sich, wie schon dargelegt, nicht stützen, auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt, daß derselbe auf eine Teilausschüttung in Form der Naturalteilung hinauslaufe. Soweit die Zeit bis zum 21. März 1925 in Betracht kommt, stünde dem wiederum der Einwand der Rechtskraft aus dem Ur. v. 2. Juli 1926: RG. 114, 212 <sup>9)</sup> im Wege.

Es bleibt demnach hierher nur übrig die Behauptung, daß der Wert des Patents zu dem für die Verrechnung des Abschichtungsanspruchs des Kl. maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr objektiv feststellbar sei. — Richtig ist, daß das RG. nicht das Gegenteil dieser von der Befl. bestrittenen Behauptung festgestellt hat. Allein ganz abgesehen davon, daß das Vorbringen des Kl. der erforderlichen schlüssigen, näheren Darlegung entbehrt, würde es selbst im Fall seiner Richtigkeit, wie das RG. zutreffend annimmt, noch keineswegs dazu führen, daß sich um deswillen etwa der Wertabschichtungsanspruch auf eine unentgeltliche Lizenzerteilung umsetzen würde. Für die Wertberechnung müßte alsdann eben insoweit ein anderer Zeitpunkt zugrunde gelegt werden mit der Maßgabe, daß Kl. aus einem etwaigen schuldhaften Verhalten der Befl. darüber hinaus noch Schadenersatzansprüche herleiten könnte.

Damit erledigen sich die Revisionsangriffe zu diesem Teil des Klagebegehrens.

5. Der Anspruch auf Gewährung eines zinslosen Darlehens scheidet auf alle Fälle daran, daß Kl. zufolge Wirk-

<sup>6)</sup> ZB. 1929, 2600. <sup>7)</sup> ZB. 1927, 123. <sup>8)</sup> ZB. 1927, 123.

<sup>9)</sup> ZB. 1927, 123. <sup>10)</sup> ZB. 1927, 123.

samwerden des Einziehungsbefchlusses schon längst nicht mehr Gesellschafter der Bekl. ist. Er hätte deshalb, wenn die Darlehenshingabe je als gesellschafterliches Genußrecht anzusehen wäre, auf Verstattung bzw. Befassung desselben als nunmehriger bloßer Dritter keinerlei Rechtsanspruch mehr.

6. Dagegen muß die Rev. bez. des sog. Rechnungslegungsanspruchs Erfolg haben. Dieser Anspruch ist dahin auszulegen, daß Kl. von der Bekl. Auskunft über die Höhe seines Abfindungsanspruchs haben will. Dieser Auskunft bedarf er, um überhaupt in der Lage zu sein, seinen Engeltanspruch beziffern zu können. Mit Unrecht nimmt jedoch das RG. an, daß die Bekl. dieser ihrer Auskunftspflicht durch Vorlage der Bilanz genügt habe. In dieser Bilanz sind das Inventar und die Patente der Bekl. je nur mit einer Reichsmark eingestellt. Ein Inventarverzeichnis hat die Bekl. nicht vorgelegt, obwohl der Kl. behauptet hatte, daß gerade auch der Wert des Inventars ein nicht unerheblicher sei. Die Bilanz läßt so den Kl. völlig im ungewissen, wie hoch der zur Ermittlung seines Absichtungsguthabens einzusetzende wirkliche Wert des Inventars etwa anzunehmen ist. Mit einer Auskunft solcher Art braucht er sich aber nicht zu begnügen. Nicht anders verhält es sich mit dem sog. „Patenterwerbskonto“. Auch dieses ist in der mitgeteilten Bilanz nur mit einer Reichsmark eingestellt. Auch insoweit kann der Kl. verlangen, daß bei der Errechnung seines Abfindungsanspruchs der wahre Wert des bzw. der Patente zugrunde gelegt wird. Daß dieser Wert aber nur eine Reichsmark betrage, kann die Bekl. im Ernst selbst nicht behaupten. Dann aber hat sie auch zu diesem Punkt ihrer Auskunftspflicht nicht genügt. Demgemäß war das Urteil zu diesem Punkt aufzuheben und, da insoweit Entscheidungserreife besteht, in der Sache selbst durchzuerkennen, wie gefeschen.

Wenn in dem Urteil des erf. Sen. v. 17. Mai 1929 (RG. 125, 114<sup>11</sup>) als der für die Bestimmung des Abfindungsanspruchs des Kl. maßgebliche Stichtag schlechtthin der Tag des Einziehungsbefchlusses — 22. Sept. 1926 — angenommen worden ist, so kann dies allerdings nicht aufrecht erhalten werden. Stichtag ist vielmehr der Zeitpunkt des Wirksamwerden dieses Beschlusses durch seine Mitteilung an den Kl. Schon darauf hingewiesen ist, daß diejenigen Gesellschafter, die nach der Kündigung des Kl. die Übereinkunft von 1921 weiter befolgt haben, hierfür entschädigt werden durften. Soweit diese Entschädigung aber über den Umfang der der Bekl. durch die Befolgung der Übereinkunft zugeflossenen Vorteile hinausging, würde allerdings eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller vorliegen, die sich bei Bemessung der Abfindung des Kl. auswirken müßte.

(U. v. 5. Mai 1931; II 277/30.)

Zu 22. I. Das RG. kommt zunächst zu dem Ergebnis, daß eine Fremdanzeige nach § 8 DepO. erforderlich ist, wenn Wertpapiere — ohne daß ausdrücklich eine Übergabe zur Verwahrung erfolgt — für eine bestimmte Forderung verpfändet werden. Es folgt hierbei der herrschenden Meinung im Schrifttum (Rießer-Bernstein, DepO. S. 204 Anm. 2 Nr. 1; Staub-Koenige, Anh. zu § 424 HGB. Anm. 121; Feisenberger, Anm. 1 zu § 8 DepO.) und der bisherigen Rpr. (BayObLG.: BankArch. XXV, 481 = HöchstRNStr. 1926, 226; JW. 1927, 1683). Es fällt allerdings auf, daß in § 8 Abs. 1 DepO. als Fälle für die Notwendigkeit der Fremdanzeige die Übergabe zur Aufbewahrung, zur Veräußerung, zum Umtausch, zum Bezug und die Weitergabe eines Anschaffungsauftrags einzeln aufgeführt sind, ohne daß daneben der Fall der Verpfändung erwähnt wird, wie dies bei §§ 1, 2, 9 und 11 DepO. geseschen ist, und daß auch die Gesichte über die Entstehung des Befehzes keinen Aufschluß gibt, aber der scharf betonte Schutzzweck der Anzeigevorschrift läßt es als ausgeflosfen erscheinen, daß der Depotkunde des Zwischenbankiers gerade bei dem wichtigen Geschäft der Weiterverpfändung ohne Schutz bleiben sollte. Man muß die Vorschriften § 9 Abs. 1, § 9 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 im Zusammenhang betrachten und darf nicht übersehen, daß die Verpfändung in § 9 Abs. 1 erwähnt ist. Es darf ferner nicht übersehen werden, daß schon nach § 1215 HGB. der Pfandgläubiger als solcher zur Verwahrung des Pfands verpflichtet ist. Da hierbei die Vorschriften über die Verwahrung wenn auch nicht unmittelbar, so doch entsprechend Anwendung finden (RGMMom. Anm. 2 zu § 1215 HGB.), so muß die Übergabe von Wertpapieren zur Verpfändung an eine Bankstelle, zu deren Geschäftsbereich das Depotgeschäft gehört, die Folge haben, daß in diesem Fall für den Pfandgläubiger die Verwahrerpflichten im Rahmen des DepO. in vollem Umfange entstehen.

<sup>11</sup>) JW. 1929, 2600.

**\*\*22.** Im Falle des § 8 Abs. 2 DepO. trifft die Beweislast für die Gutgläubigkeit nicht den Dritten, dem die Papiere übergeben worden sind. f)

Das BG. geht von dem zwischen M. und der Bekl. abgeschlossenen Verträge v. 1. April 1924 (I 29) aus, inhaltlich dessen die von M. der Bekl. verpfändeten Wertpapiere für den Kredit von 20 000 RM nebst den „erwachsenden Zinsen und Kosten“ haften sollten. Das BG. stellt weiter fest, daß M. zwar der Bekl. mitgeteilt habe, daß er nicht Eigentümer der verpfändeten Wertpapiere sei, daß er aber der Bekl. in keiner Weise zu erkennen gegeben habe, daß er dem Eigentümer der Papiere gegenüber verpflichtet sei, dieselben nicht für höhere Beträge als den ursprünglich eingeräumten Kredit zu verpfänden. Hieran anknüpfend meint das BG., unter solchen Umständen habe M. aus der Tatsache, daß der ihm gewährte Kredit überhaupt von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht sei, schließen müssen, daß ein über die 20 000 RM nebst Zinsen und Kosten hinaus gegebener Kredit ebenfalls von einer Sicherheitsleistung abhängig sei und daß mit einer solchen weiteren Kreditierung eine stillschweigende Vereinbarung zwischen ihm und der Bekl. verbunden sei, daß die hinterlegten und verpfändeten Papiere auch für diesen weiteren Kredit haften.

Auf Grund des Schreibens der Bekl. v. 24. Mai 1924, daß ihre Vorlage 24 968,83 RM betrage und durch die hinterlegten Papiere nicht mehr ausreichend gesichert sei, habe M. am 3. Juni 1924 weitere, gleichfalls nicht ihm, sondern dem Kl. gehörige Wertpapiere als Sicherheit für die betr. Darlehensschuld bei der Bekl. in der von dieser verlangten Höhe hinterlegt.

Mit Schreiben v. 20. Dez. 1924 (II S. 123 Nr. 33) habe M. um Erhöhung des Kredites auf 34 000 RM gebeten mit dem Bemerkten: er hoffe, daß die Bekl. mit der Sicherheit der hinterlegten Aktien auskomme, um so mehr, da der innere Wert derselben weit höher sei als die eigentlichen derzeitigen Kursnotierungen. Der Brief enthalte das Angebot des M., ihm gegen weitere Verpfändung der bereits der Bekl. verpfändeten Papiere den erhöhten Kredit einzuräumen, und die Bekl. habe dieses Angebot durch die Bewilligung des Kredites angenommen.

Mit Schreiben v. 30. Jan. 1925 habe M. eine weitere Erhöhung seines Kredites auf 45 000 RM erbeten, und zwar wiederum unter Hinweis auf die hinterlegten Papiere und deren Wert. Auch diese Kreditierung sei von der Bekl. bewilligt worden, zunächst durch die Tatsache der Gewährung

II. Die weiteren Ausführungen des RG. befassen sich — abseits von dem allgemeinen Pfandrecht des Zentralbankiers aus der Pfandabrede nach den üblichen Geschäftsbedingungen — mit dem Pfandrecht für Forderungen, die durch Gewährung eines Kredites entstanden sind, wobei durch einen Sondervertrag bestimmte ausdrücklich genannte Wertpapiere unter Fremdanzeige verpfändet werden. In einem solchen Fall wird die gesamte Forderung aus Kreditgewährung, also einschließlich Zinsen und Kosten, als pfand gesichert angesehen in dem Sinne, daß es sich um Forderungen handelt, die mit Bezug auf die übergebenen Papiere entstanden sind (§ 8 Abs. 2 DepO.). Es handelt sich also um ein Spezialdepot, das nach der Verkehrsübung im Bankgewerbe nicht geeignet ist, im laufenden Geschäft als Kreditunterlage für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Zentralbankiers an den Zwischenbankier zu dienen, und für das die Grundsätze des Depot „B“ i. S. der Bankenbeschlüsse vom Juli 1896 gelten (vgl. Rießer-Bernstein S. 221 ff. und 265). Für ein solches Pfanddepot ergibt sich nach der Stellungnahme des RG. die auf den ersten Blick überraschende Sach- und Rechtslage, daß der gute Glaube (§ 366 HGB., §§ 932, 1293, 1207 HGB.) für den Pfandgläubiger bis zum Beweis des Gegenteils wirkt, während beim Tatbestand der Fremdanzeige mit behaupteter Verfügungsbefugnis da, wo es sich um Depot handelt, das im laufenden Geschäft als Kreditunterlage dienen kann (Depot „A“), die genannten Vorschriften auch Anwendung finden, aber nach herrschender Rpr. — an der auch hier das RG. nichts ändern will — unter Umkehrung der Beweislast zuungunsten des Pfandgläubigers (RG. 71, 339 = JW. 1909, 474 = BankArch. VII, 334; RG. 87, 331 = JW. 1916, 265; JW. 1927, 1683). Es darf aber nicht übersehen werden, daß die angeführte Rpr. sich auf das allgemeine Pfandrecht nach den üblichen Geschäftsbedingungen des Zentralbankiers bezieht, während der hier behandelte Fall die Sicherstellung bestimmt begrenzter Forderungen betrifft, derentwegen eine besondere Pfandabrede getroffen ist. Die Entsch. hat also lokale Bedeutung im Rahmen von § 8 Abs. 2 DepO.,

des erhöhten Kredites, der am 28. Febr. 1925 bereits 44 973,31 RM betragen habe, und sodann durch das Schreiben der Befl. an M. v. 28. Febr. 1925 (II 47). Allerdings heiße es in diesem Schreiben: „Die Kreditkommission (d. h. der Befl.) hat . . . den Kredit nur bis 35 000 RM genehmigt. Wir (d. h. die Befl.) werden jedoch die Überziehung Ihres Kontos bis zum Betrage von 45 000 RM stillschweigend zulassen.“ M. habe aber hieraus im Beihalt der Gesamtumfnde, insbes. auch der damals bereits vollzogenen Kreditierung bis zum Betrage von nahezu 45 000 RM, entnehmen müssen und entnommen, daß die von ihm der Befl. verpfändeten Wertpapiere zur Sicherheit für den vollen Kredit und nicht etwa nur bis zur Höhe von 35 000 RM dienen sollten.

An dieser Sach- und Rechtslage sei hinsichtlich der Haftung der von M. der Befl. verpfändeten Wertpapiere für den gesamten von der Befl. dem M. bewilligten Kredit nichts geändert durch den zwischen M. und der Befl. im November 1925 geschlossenen und auf den 6. März 1925 zurckdatierten Vertrag (I Bl. 11). Denn von da ab hätten nebeneinander die durch die Briefe des M. v. 20. Dez. 1924 und 30. Jan. 1925 nebst der entsprechenden Kreditgewährung seitens der Befl. und durch den Brief der Befl. v. 28. Febr. 1925 geschlossenen Verträge und der Vertrag vom November (datiert v. 6. März) 1925 bestanden, und zwar derart, daß — entsprechend dem § 7 des Vertrages v. 1. April 1924 (I 29) — nicht nur der Betrag von 45 000 RM, sondern auch die erwachsenen und erwachsenden Zinsen und Kosten von den mehrerwähnten Pfandsicherheiten gedeckt sein sollten.

Die hiergegen erhobenen Revisionsangriffe sind nicht durchschlagend. (Wird ausgeführt.)

Hat nach Vorstehendem das BG. ohne erkennbaren formellen oder materiellen Rechtsirrtum festgestellt, daß M. auf Grund besonderer Verträge für den gesamten, ihm von der Befl. gewährten Kredit dieser die streitigen Wertpapiere verpfändet hat, so liegt ein Fall der im § 8 Abs. 2 BankdepotG. v. 5. Juli 1896 vorgesehenen Art vor. Die Anwendbarkeit v. dieser Vorschrift auf eine Verpfändung von Wertpapieren, wie sie hier vorliegt, wird — was das BG. verkennt — von der herrschenden Rechtsmeinung bejaht (Rießer, DepotG., 5. Aufl., § 8 Nr. 3 Fußnote 2 S. 204 ff.; RUrt. vom 18. Mai 1927, I 327/26: JW. 1927, 1683). Die Feststellungen des BG. ergeben, daß das streitige Pfandrecht an den von M. der Befl. bergebenen Wertpapieren nur solche Forderungen betrifft, welche i. S. von § 8 Abs. 2 BankdepotG.

stht allerdings in gewissem Grade die Meinung derjenigen Schriftsteller, die sich mit der Umkehr der Beweislast in dem genannten Fall des Depot „A“ (Fremdanzeige mit behaupteter Verfügungsbefugnis) schwer abzufnden vermögen (Rießer-Bernstein S. 228 ff.; Staub-Koenige, Anm. 136 Anh. zu § 424 HGB.). Hierzu ist zu bemerken, daß in der Bankpraxis eine Verbuchung im Depot „A“ sowohl dann stattfindet, wenn Fremdanzeige erfolgt ist, aber Verfügungsbefugnis (§ 366 HGB.) versichert wird, als auch dann, wenn eine Fremdanzeige überhaupt nicht erfolgt ist. Für den letzteren Fall des Depot „A“ ist nach der Nrpr. des RG. (RG. 68, 134 = JW. 1908, 312) der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen. Es wäre im Interesse der Rechtsicherheit im Pfandverkehr zwischen Bankiers erwünscht, wenn dieser Grundsatz der Beweislastregelung in allen Fällen einheitlich Anwendung finden könnte, also dann, wenn eine Fremdanzeige nicht erfolgt ist, sowie dann, wenn eine solche Fremdanzeige zwar erfolgt, aber Verfügungsbefugnis versichert ist, wobei es keinen Unterschied machen dürfte, ob es sich um Verpfändung bestimmter Papiere für bestimmte Forderungen handelt oder um Verpfändung von Papieren für alle Forderungen aus laufendem Geschäft.

III. Nach der bisherigen Nrpr. ist eine Naganwendung der vorliegenden Entsch. für das Verpfndungsgeschft im Verkehr des Zwischenbankiers mit dem Zentralbankier nur insoweit möglich, als bei Fremdanzeige Sonderkredite unter Sondericherungen gegeben werden (§ 8 Abs. 2 DepG.). Wollte man den ganzen Pfandverkehr darauf abstellen, so würde dies die Eröffnung und dauernde Beobachtung unzhligler einzelner Depot- und Geldkonten zur Voraussetzung haben. Das wurde schon im Geburtsmonat des DepG. als mit den Bedürfnissen der Praxis unvereinbar erklärt (vgl. Rießer-Bernstein S. 221 ff.), und diese Einstellung muß heute unter dem Zwang scharfer Betriebskostenkalkulation (vgl. Nummel: BankArch. XXXI, 18 ff.) erst recht gelten. In vereinzeltten Fällen aber wird die Sonderbehandlung eines pfandgesicherten Kreditgeschäfts gute Dienste leisten können.

„mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind“. Denn die Beklagte macht an den Effekten nicht etwa gemäß Nr. 13 ihrer „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (I 39) ein allgemeines Pfandrecht „für alle ihre bestehenden und künftigen Forderungen“ geltend, sondern nur ein Pfandrecht wegen derjenigen Forderungen, welche durch die Gewährung eines Kredites entstanden sind, für dessen Sicherung die Wertpapiere auf Grund besonderer, zwischen dem Verpfänder und dem Pfandnehmer abgeschlossenen Einzelverträge als Pfand dienen sollten.

Dieses Pfandrecht konnte die Befl. gemäß § 366 HGB., §§ 932, 1293, 1207 BGB. erwerben, ohne ihrerseits darlegen und beweisen zu müssen, daß sie zu den maßgeblichen Zeiten in gutem Glauben war. Vielmehr wäre es Sache des das Pfandrecht der Befl. beanstandenden Kl. gewesen, seinerseits das Fehlen jenes guten Glaubens nachzuweisen (siehe auch RG. 71, 339 ff.<sup>1)</sup>; 87, 331 ff.<sup>2)</sup>; RG.: JW. 1927, 1683; RG. 68, 133 ff.<sup>3)</sup>; 58, 163 ff. usw.). Die Feststellungen des BG. zeigen zur Genüge, daß der Kl. dieser Beweispflicht nicht nachgekommen ist. —

(U. v. 4. Juli 1931; 22/31 I. — Karlsruhe.) [Ka.]

### 5. Sonstiges materielles Recht.

\*\*23. VersorgG. v. 11. Nov. 1926; § 77 R VersorgG.; § 65 GenG.

1. Ein auf Grund des R VersorgG. eingetragenes Veräußerungsverbot wirkt nicht gegenüber einem früher eingetragenen Wiederkaufsrecht.

2. Die Bestimmung eines von einer Genossenschaft mit einem Genossen abgeschlossenen Kaufvertrages, daß für den Fall des Austritts des Genossen ein Wiederkaufsrecht vereinbart werde, bedeutet an sich nicht eine verbotene Erschwerung des Austritts. Diese kann nur in besonderen Bedingungen des Wiederkaufs liegen.†

(U. v. 6. Nov. 1930; 22/30 VI. — Königsberg.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1931, 798\*.

Zu 23. Das RG. nimmt in dem oben mitgeteilten Urteil zu zwei Fragen Stellung, die zwei ganz verschiedenen Rechtsgebieten angehören.

I. Die erste Frage fällt in das Gebiet des Liegenschaftsrechts. Es gibt kaum eine Frage, über die so zahlreiche Entsch. ergangen sind, wie über die im obigen Urteil entschiedene Frage, ob ein auf Grund des R VersorgG. eingetragenes Veräußerungsverbot auch gegenüber früher eingetragenen Rechten wirkt. ber diese Frage hat sich auch nicht annähernd eine herrschende Meinung herausgebildet. Wie die Zusammenstellung in RG.: JW. 1930, 1079<sup>4</sup> ergibt, haben zwei Senate des RG. verschieden geurteilt. Der 5. Sen. des OLG. Königsberg hat seine Stellungnahme zu der Frage geändert.

Die Zusammenstellung in JW. 1930, 1079<sup>4</sup> ist zu ergänzen durch später ergangene Urteile des OLG. Kiel: SchleswHoltstAnz. 1930, 54 und OLG. Darmstadt: HessNrpr. 1930, 240. Das OLG. Kiel hat die Wirksamkeit des Veräußerungsverbots aus § 77 R VersorgG. gegenüber früher eingetragenen Rechten bejaht. Das OLG. Darmstadt hat sie verneint. In der Praxis trat die Bedeutung der Frage, ob die Verfügungsbeschränkung aus § 77 R VersorgG. gegenüber früher eingetragenen Rechten wirksam ist, hauptstchlich in der Zwangsversteigerung hervor. Der Zwangsversteigerungsrichter oder der Notar, dem das Vollstreckungsgericht die Durchführung der Versteigerung übertragen hat, mußte prüfen, ob die spätere Eintragung des Veräußerungsverbots aus § 77 R VersorgG. der Zwangsversteigerung des Grundstücks aus einer früher eingetragenen Hypothek entgegenstand. Für den Notar, dem das Vollstreckungsgericht zur Durchführung einer solchen Versteigerung die Akten überreichte, entstand noch die weitere Frage, ob er sich dabei beruhigen konnte, daß das Vollstreckungsgericht die Versteigerung angeordnet hatte. Wiefingler (WahNotW. 1930 S. 12) vertritt mit Recht den Standpunkt, daß der Notar in einem solchen Falle die Verantwortung nicht dem Vollstreckungsgericht überlassen durfte, sondern den Zuschlag versagen mußte, wenn er zu der An-

**\*\*24.** Art. 131 RVerf.; § 1 RHaftG. v. 22. Mai 1910; § 547 Ziff. 2 ZPO.; § 71 BGB.

1. Durch den Postscheckvertrag wird ein rein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Reich und dem Postscheckkunden begründet, es entstehen keine dienstlichen Hoheitsrechte, daher keine Haftung des Reiches auf Grund des RHaftGef. und der RVerf. für amtliche Versehen der Postscheckbeamten.

2. Wenn bei nichtvorhandener Revisionssumme auf Grund mehrerer gesetzlicher Bestimmungen der Anspruch begründet wird, aber nur bei einem Klagegrund die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig ist, kann das RG. auch trotz privatrechtlichen Tatbestandes sich nur mit dem privilegierten Klagegrund befassen. Die bisherige andere Rechtsauffassung wird fallen gelassen.

M. verwaltete im Dienste der Kl. in D. eine Niederlage der Kl. Er pflegte die von ihm für die Kl. eingezogenen Gelder beim Postamt D. mittels Zahlkarte auf das Postscheckkonto der Kl. einzuzahlen. Dabei benutzte er ein Posteinlieferungsbuch, auf dessen Vorderseite mit Blaukitt „Sch. P.-Brauerei, Niederlage D.“ stand und in dem der an-

sicht verlangte, daß die Zwangsvollstreckung infolge der Eintragung des Veräußerungsverbots unzulässig war.

Die Unsicherheit über den Umfang der Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung aus § 77 RVerfOrgG. barg eine schwere Gefährdung des Realkredits in sich. Dem hat das ArbM. in gewissem Umfang Rechnung getragen. Es hat sich zwar grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt, daß die Verfügungsbeschränkung des § 77 RVerfOrgG. auch gegenüber früher eingetragenen Rechten wirke. Um die sich hieraus ergebende Härte zu mildern, hat es aber die Versorgungsämter angewiesen, die Interessen der vorgehenden Berechtigten nach Möglichkeit zu berücksichtigen. Eine ähnliche Anweisung hat das RVerf. an die ihm unterstellten Berufsgenossenschaften erlassen.

Diese Anweisungen reichten aber nicht aus, um den Mißstand zu beseitigen, der sich als Folge der Unsicherheit über den Umfang der Wirkung der erwähnten Verfügungsbeschränkung ergab. Jede hypothekarische Sicherheit mußte in ihrem Wert zweifelhaft erscheinen, solange der Gläubiger damit rechnen mußte, daß infolge späterer Eintragung einer Verfügungsbeschränkung aus § 77 RVerfOrgG. ihm die Geltendmachung der Rechte aus der Hypothek unmöglich gemacht werden könnte.

Diesem untragbaren Zustande hat nunmehr das obige Urteil ein Ende gemacht. In diesem Urteil handelte es sich um die Frage, ob der Geltendmachung eines im Grundbuch eingetragenen Wiederkaufsrechts der Einwand entgegengehalten werden kann, daß nach der Eintragung das Wiederkaufsrecht gemäß § 77 RVerfOrgG. in das Grundbuch eingetragen worden ist, daß die Weiterveräußerung des Grundstücks innerhalb von 5 Jahren nur mit Genehmigung des Hauptversorgungsamts zulässig sei. Das RG. verneint diese Frage und begründet diese Stellungnahme damit, daß die fragliche Anordnung ihre Wirksamkeit nicht auf bereits vorhandene Grundbucheinträge erstreckt. Daraus ergibt sich zugleich, daß aus früher eingetragenen Hypotheken die Zwangsvollstreckung ohne Genehmigung des Hauptversorgungsamts betrieben werden kann, auch wenn später eine Eintragung des angegebenen Inhalts in das Grundbuch bewirkt worden ist.

Zur Begründung der obigen Entsch. beruft sich das RG. im wesentlichen auf RG. 105, 71, wo das RG. die rechtliche Natur und den Zweck des § 6 KapAbfG. erörtert hat. Der Zweck des § 6 KapAbfG. und auch des § 77 RVerfOrgG. geht dahin, durch die dort zugelassenen Anordnungen die bestimmungsmäßige Verwendung des zur Verfügung gestellten Kapitals zu sichern. Mit Hilfe dieses Kapitals soll der Versorgungsberechtigte sich ein Grundstück beschaffen oder ein ihm bereits gehörendes Grundstück sich erhalten. Mit Recht weist der sehr eingehend begründete Beschluß des LG. Greifswald (ZW. 1929, 800) darauf hin, daß zur Erreichung dieses Zwecks die Ausdehnung der Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung auf früher eingetragene Rechte nicht notwendig sei. Bei ausreichender Voricht kann der erwähnte Zweck auch dann erreicht werden, wenn die Wirksamkeit gegenüber früher eingetragenen Rechten nicht besteht. Dies gilt sowohl für den Fall des Neuerwerbes eines Grundstücks wie auch für den Fall, daß dem Versorgungsberechtigten Kapital zur Verfügung gestellt wird, damit er sich ein ihm bereits gehörendes Grundstück erhalte. Kann der Zweck der Verfügungsbeschränkung aber auch ohne Eingreifen in früher erworbene Rechte erreicht werden, so liegt kein Anlaß vor, der Verfügungsbeschränkung aus § 77 Wirksamkeit gegenüber früheren Red-

nehmende Postbeamte die jeweiligen Einzahlungen bescheinigte. Als M. am 25. Febr. 1928 750 RM an die Kl. einzahlen wollte, benutzte er versehentlich ein auf den Namen des K. lautendes Zahlartenformular, während er im Posteinlieferungsbuche richtig wie immer den Namen der Kl. als Empfängerin eintrug. Der annehmende Postbeamte merkte das Versehen nicht und setzte sowohl in das Einlieferungsbuch als auch auf das Formular Annahmevermerk und Stempel. Der Geldbetrag wurde darauf dem Konto des K. gutgeschrieben, von dem die Kl. den Betrag nicht zurückerlangen konnte. Sie verlangt den Betrag von dem beklagten Deutschen Reich als Schadenersatz.

Das LG. hat verurteilt, LG. u. RG. haben abgewiesen.

Die Rev. wird darauf gestützt, daß vom BG. der § 1 RHaftG. v. 22. Mai 1910 oder richtiger, der seit dem Inkrafttreten der RVerf. an die Stelle des § 1 Abs. 1 dieses Gef. getretene Art. 131 Abs. 1 Satz 1 RVerf. durch Nichtanwendung verletzt worden sei, und damit also der Klageanspruch auf die angezogenen Bestimmungen gegründet. Da dieser Klagegrund bereits in der Klage eingeführt, auch im All. erörtert worden ist und nach § 3 RHaftG. für einen solchen Anspruch die LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, ist die Rev. nach § 547 Nr. 2 ZPO. zulässig. Sie ist aber unbegründet. Die von der Kl. angezogenen gesetzlichen Bestimmungen setzen

ten beizulegen. Mit Recht führt das RG. aus, daß das Gesetz keinen Anhalt dafür bietet, daß ein so tiefergehender Eingriff in das Eigentumsrecht beabsichtigt sei. Der Umstand, daß die Wirksamkeit der Anordnung erst mit ihrer Eintragung beginnt, spreche dafür, daß früher eingetragene Rechte unangetastet bleiben sollen. Sowohl in der Rpr. wie auch im Schrifttum ist auch der Gesichtspunkt hervorgehoben worden, daß eine Enteignung i. S. des Art. 153 RVerf. vorliegen würde, wenn ein vorgehender Hypothekengläubiger infolge späterer Eintragung der Verfügungsbeschränkung das Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück verlieren würde (vgl. Behrend: GrundE. 1931, 569). Es mag dahingestellt bleiben, ob eine gesetzliche Grundlage zur Enteignung i. S. des Art. 153 Abs. 2 RVerf. ausdrücklich im Gesetz bestimmt sein muß, oder ob es ausreicht, daß die entschädigungslose Enteignung — um eine solche würde es sich hier handeln — vom Gesetzgeber beabsichtigt ist (vgl. Lewin: ZW. 1929, 1676 Anm. zu Nr. 21). Denn weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte noch Zweck des Gesetzes sprechen dafür, daß eine entschädigungslose Enteignung mit der Vorschrift des § 77 RVerfOrgG. beabsichtigt war.

Da das RG. in der obigen Entsch. ausführt, daß die Verfügungsbeschränkung nach § 77 RVerfOrgG. ihrem Wesen nach dieselbe ist wie nach § 6 KapAbfG., ergibt sich aus der obigen Entsch. zugleich, daß auch der Verfügungsbeschränkung des § 6 KapAbfG. die Wirksamkeit gegenüber früher eingetragenen Rechten abzusprechen ist.

II. Die zweite vom RG. entschiedene Frage gehört dem Genossenschaftsrecht an.

Bereits in früheren Urteilen hatte das RG. den Grundsatz aufgestellt, daß trotz der Vorschrift des § 65 GenG. der aus einer Genossenschaft Ausretende den Verlust der genossenschaftlichen Vorteile auf sich nehmen muß. Dies kann unter Umständen dazu führen, daß der Ausretende seine wirtschaftliche Existenz verliert. Man denke z. B. an den Fall, daß der Genosse von der Genossenschaft, deren Zweck die Gewährung von Darlehen an die Genossen ist, ein Darlehn erhalten hat und auf diesem Darlehn seinen Gewerbebetrieb aufgebaut hat. In diesem Falle besteht die Möglichkeit, daß der Austritt für den Genossen wirtschaftlich unmöglich wird, wenn damit die Pflicht zur Rückzahlung des Darlehns verbunden ist. Trotz dieser Möglichkeit ist eine Bestimmung des Inhalts zulässig, daß im Falle des Austritts des Genossen eine vorzeitige Kündigung des ihm gewährten Darlehns zulässig ist (vgl. RG. 91, 335).

An diesem Rechtsstandpunkt hält das obige Urteil fest. Es hebt aber gleichzeitig hervor, daß immerhin den Bestimmungen über die Folgen des Austritts eines Genossen eine Grenze gezogen ist. Der Nachteil, der mit dem Austritt eines Genossen verbunden ist, darf nicht hinausgehen über den Wegfall des genossenschaftlichen Vorteils. So darf von einem austretenden Genossen nicht verlangt werden, daß er ein Grundstück, das ihm die Genossenschaft überlassen hat, zu einem hinter dem Werte des Grundstücks zurückbleibenden Preise der Genossenschaft zurückgebe, oder daß er ein Darlehn, das er von der Genossenschaft erhalten hat, zu einem über den Nennbetrag hinausgehenden Betrag zurückzahle.

Die obige Entsch. wird den Genossenschaften Anlaß geben, ihre Satzungen wie auch die mit ihnen Genossen abgeschlossenen Verträge einer Nachprüfung zu unterziehen.

RA. Dr. Leo Sternberg, Berlin.

voraus, daß der Reichsbeamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt eine Amtspflicht verletzt haben muß. Nach dem eigenen Vorbringen der Kl. handelt es sich aber im vorliegenden Falle bei der Betätigung des Postbeamten, bei der die Amtspflichtverletzung vorgekommen sein soll, gar nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt. Der Postbeamte, dem das Versehen untergelaufen ist, hatte der Kl. gegenüber Amtshandlungen vorzunehmen, die lediglich einen Postschekvertrag betrafen, den die Kl. mit dem Bekl. abgeschlossen hatte. Diese Amtshandlungen betrafen also das rein privatrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien und hatten keinerlei Beziehungen zu dem Gebiete staatlicher Hoheitsrechte (vgl. RG. 104, 143). Liegen aber die Amtspflichten des Reichsbeamten außerhalb des Kreises einer Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt, dann kann das Haft-Ges. für den vorliegenden Fall überhaupt nicht zur Anwendung kommen.

Das RG. hat noch geprüft, ob es in der Lage ist, auf das Vll., soweit es eine Haftung des Bekl. aus dem Postgesetz ablehnt, einzugehen, obwohl für die Ansprüche aus dem Postgesetz im vorliegenden Falle die Revisionssumme nicht gegeben ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob es für das RevG. als zulässig zu erachten ist, einen einheitlichen Tatbestand, der auf Grund verschiedener gesetzlicher Bestimmungen einen Anspruch begründet erscheinen läßt, nach allen gesetzlichen Gesichtspunkten nachzuprüfen, auch wenn nur bei der einen Klagebegründung die Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig, bei den anderen Klagegründen aber an sich die Revisionssumme erforderlich ist. Der erf. Sen. hat in einer Reihe von Entsch. diese Nachprüfung für zulässig erachtet (III 505/18 v. 28. März 1919; RG. 95, 214<sup>1)</sup>; III 197/20 v. 29. Okt. 1920; III 49/23 v. 16. Okt. 1923<sup>2)</sup>; III 279/28 v. 19. März 1929; III 14/29 v. 15. Okt. 1929<sup>3)</sup>; RG. 126, 28; III 370/29 v. 8. Juli 1930), im wesentlichen mit der Begründung, daß ein einheitlicher, dem RevG. unterbreiteter Tatbestand im Einzelfalle nur sehr schwer nach rechtlichen Gesichtspunkten abgegrenzt werden könne. Zum Teil wird bei diesen Entsch. (RG. 95, 214; III 1071/23 v. 18. Nov. 1924) auch darauf abgestellt, ob der Klagegrund, für dessen Nachprüfung an sich die Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zulässig wäre, bereits in den Vorinstanzen zur Erörterung gestellt worden ist, womit die Gedankengänge des Urteils vom 7. Sen. in RG. 101, 350 übereinstimmen. Bei einer nochmaligen Nachprüfung der Rechtsfrage ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, daß die in den vorstehend genannten Entsch. vertretene Anschauung nicht aufrechterhalten werden kann. Es muß ausgegangen werden von dem Zwecke jener Bestimmung, durch die für Rechtsstreitigkeiten über ganz bestimmte Ansprüche die Zuständigkeit der LG. und damit auch die Zulässigkeit der Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes begründet werden sollte. Es sollte für eine Reihe von Streitigkeiten, die auf öffentlich-rechtlichem Gebiete oder auf dem Grenzgebiete zwischen öffentlichem und privatem Rechte liegen, die in ihrem Streitwerte in der Regel nicht allzu erhebliche Summen erreichen und die doch im Interesse der Allgemeinheit, des Reichs und der Länder einheitlich beurteilt und entschieden werden müssen, die Möglichkeit geschaffen werden, sie in letzter Instanz der Entsch. des RG. zu unterstellen, während dessen Überlastung durch Streitigkeiten anderer Art, namentlich über vermögensrechtliche Ansprüche, durch die Einführung einer Revisionssumme vorgebeugt werden sollte (vgl. hierzu die Begründung zur ZPO. S. 306 und die zum BGB. S. 94). Danach sollte also nur eine ganz bestimmte Anzahl von Ansprüchen den Vorzug genießen, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes der Entsch. des höchsten Gerichtshofs unterbreitet zu werden. Es widerspricht aber dem Zwecke dieser Bestimmung, wenn Ansprüche, die mit den bevorrechtigten im Zusammenhange stehen, bloß aus diesem Grunde vom RG. mit nachgeprüft werden müßten, obwohl deren Nachprüfung durch das RG. für sich allein an das Vorhandensein einer Revisionssumme geknüpft ist. Als Grund für die gleichzeitige Behandlung vor dem RG. wird vielfach

angeführt, daß sich in den Einzelfällen sehr oft nur mit größter Schwierigkeit der Tatbestand des bevorrechtigten von dem des nichtbevorrechtigten Anspruchs abgrenzen ließe (vgl. III 197/20 v. 29. Okt. 1920). Das mag zugegeben werden. Aber darin stimmen alle vorstehenden genannten Urteile überein, daß eine Einschränkung doch unter allen Umständen aufrechterhalten werden müsse, nämlich die, daß eine Nachprüfung des im Zusammenhange stehenden Anspruchs nur möglich ist, wenn ein Tatbestand sich festlos mit dem des bevorrechtigten Anspruchs deckt, wenn es sich also letzten Endes nur um die verschiedene rechtliche Qualifikation desselben Tatbestandes handelt. Diese Feststellung wird aber in sehr vielen Fällen zu den gleichen Schwierigkeiten führen. Es erscheint danach einfacher und klarer zu sein, die Abgrenzung noch früher vorzunehmen: nur soweit ein Anspruch bevorrechtigt ist und für ihn die Voraussetzungen nach § 547 Nr. 2 ZPO. gegeben sind, ist seine Nachprüfung in der RevInst. möglich, alle damit im Zusammenhange stehenden sonstigen Klagebegründungen, für die es an der Revisionssumme fehlt, scheiden aus (vgl. hierzu die Entsch. des Senats III 394/13 v. 20. Nov. 1913; RGWarn. 1914 Nr. 120; III 226/14 v. 16. Okt. 1914; RG. 85, 338<sup>4)</sup>; III 279/28 vom 19. März 1929, mit denen die des VII. Sen. 186/20 vom 29. Okt. 1920, 334/21 v. 3. Jan. 1922 und 770/21 vom 13. Juli 1922 übereinstimmen). Damit entfällt für das RevG. die Möglichkeit, auf den vom BG. erörterten Klagegrund der Haftung aus dem Postgesetz einzugehen.

(U. v. 9. Dez. 1930; 382, 29 III. — Breslau.) [Sch.]

## II. Verfahren.

25. § 550 ZPO.; § 276 BGB. Nachprüfbarkeit des Kausalzusammenhanges in der RevInst. Prima-facie-Beweis. Haftung einer Bank aus vorzüglich falscher Auskunft.

In eine zu gründende AktG. sollte der Kl. sein Geschäft, KommGes., verschiedene Sägewerke, einbringen. Der Gründung ging voran die durch eine Warnung von dritter Seite, worin gesagt war, dem Warnenden sei über Ko. vom Hörensagen und aus eigener Erfahrung nur das denkbar Schlechteste bekannt, veranlaßte Einholung einer schriftlichen Auskunft über Ko. bei der Kreisbank D. Diese Auskunft wurde mit Brief und mit der Mitteilung eingefordert, daß das Unternehmen des Ko. der E. M. AktG. angegliedert werden solle und die neue Gesellschaft ein erhebliches Interesse daran habe, die Persönlichkeit des Ko., seine finanziellen Verhältnisse, seinen Charakter und seine Geschäftsweise zu kennen. Die Kreisbank D., eine Einrichtung des beklagten Kreises D., der als die wahre Rechtspersönlichkeit derselben verantwortlich belangt wird, war die Bankverbindung des Ko. Mit ihr stand auch der Kl. in Geschäftsverbindung. Die Kreisbank antwortete durch einen vom Bekl. K., ihrem Direktor, und einer zweiten Person gezeichneten Brief, worin sie sich „streng vertraulich und ohne unsere Verbindlichkeit“ über Ko. ausließ, ihn als tüchtigen Geschäftsmann, der sein Unternehmen vorwärts gebracht und erweitert habe und dessen Wert finanziell recht gut fundiert sei, schilderte, sein Vermögen, dessen Schätzung natürlich ohne Unterlagen schwierig sei, bei vorsichtiger Bewertung auf mindestens drei Millionen Mark angab und behauptete, seine gesamten Liegenschaften seien nur mit 40 000 M belastet.

Die am 2. Febr. 1921 gegründete AktG. wurde mit dem erhöhten Grundkapital am 27. April 1921 ins Handelsregister eingetragen. Am 28. Juli 1921 kam sie in Konkurs.

Mit der Behauptung, die Auskunft der Kreisbank, der Ko. verschuldet gewesen sei, sei wesentlich falsch gewesen, um diesen in die zu gründende AktG. zu bringen, dadurch seien er und seine Mitgründer getäuscht und zu der Gründung mit Ko. bewogen worden, und dadurch habe er nicht nur sein in die AktG. eingebrachtes, sondern in der weiteren Auswirkung auch sein gesamtes übriges Vermögen, namentlich Grundbesitz, im Wert von weit über 1½ Million Goldmark verloren, hat der Kl. auf Ersatz geklagt.

Das VG. in B. hat dem Kreis D. und Kl. gegenüber den Klageanspruch wegen wesentlich falscher Auskunftserteilung zu ¾ dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das VG. in vollem Umfange abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben.

<sup>1)</sup> ZB. 1920, 378. <sup>2)</sup> ZB. 1924, 814<sup>24)</sup>. <sup>3)</sup> ZB. 1930, 1925.

<sup>4)</sup> ZB. 1915, 31.

Während der erste Richter tatsächlich festgestellt hat, die Kreisbank habe durch K. eine vorsätzlich falsche Auskunft in dem Brief v. 3. Jan. 1921 erteilt, und diese Auskunft sei für die Gesellschaftsgründung des K. und der übrigen mit K. und weiterhin für den Vermögensschaden des K. ursächlich geworden, hat das BG. die Schuldfrage bei der Auskunft offengelassen, indem es objektiv und subjektiv die Unrichtigkeit der Auskunft dahingestellt sein läßt. Es hat aber verneint, daß der K. durch diese Auskunft zu der Gründung mit K. bestimmt oder auch nur mitbestimmt worden sei. Die für die Verneinung dieses Ursachenzusammenhanges angegebene Gründe werden von der Rev. für unhaltbar erklärt. Außerdem bringt sie vor, der Vorderrichter habe nicht verneint, daß die Auskunft, wenn nicht für ihn, so für die übrigen Mitgründer, derenthalten sie nach der Annahme des Vorderrichters eingeholt worden sei, bestimmend zu der Gründung gewesen sei. Treffend dies aber zu, so sei sie doch wegen der Haltung dieser Mitgründer für seinen Schaden ursächlich, weil er allein die schadenbringende Gründung gar nicht hätte vornehmen können.

Den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Auskunft und der Gründung — und weiterhin der Schadensfolgen aus dieser — hat der K. zu erweisen, wie ihm auch obliegt, ein zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden in der Gestaltung des Inhaltes der Auskunft darzutun. In letzterer Richtung hat schon der erste Richter mit Recht angenommen, daß nur vorsätzlich falsche Erteilung der Auskunft als Grund für die Haftung sowohl des Kreises (der Kreisbank) als auch des Vekl. K. (des Kreisbankdirektors), auf welchen unstreitig die Gestaltung der Auskunft zurückgeht, in Betracht kommt. Denn damit, daß die Auskunft, zu deren Erteilung eine Verbindlichkeit der Kreisbank nicht bestand und für welche ihr auch keine Vergütung zugesagt noch gewährt worden ist, „ohne unsere Verbindlichkeit“ gegeben worden ist, hat sich die Bank jede Haftung wegbedungen. Wirksam konnte dies jedoch, soweit ein Vertrag oder ein vertragsähnliches Verhältnis anzunehmen wäre — was beide Vorinstanzen nicht festgestellt haben —, gemäß § 276 Abs. 2 BGB. für Vorsatz zum voraus nicht geschehen. Die Haftung für Vorsatz bliebe daher trotzdem bestehen. Außerhalb des Vertragsgebietes, also insbes. bei dem Vekl. K., der persönlich nicht um diese Auskunft angegangen worden ist und sie auch nicht in eigenem Namen erteilt hat, kommt nach Maßgabe der Feststellungen nur eine vorsätzliche, sittenwidrige Vermögensschädigung nach § 826 BGB. in Betracht, für die nach den in dieser Instanz nicht mehr strittigen Darlegungen der beiden Vorderrichter hierzu der Kreis gemäß §§ 89, 30, 31 BGB., der Vekl. K. als der eigentliche Täter dieser unerlaubten Handlung einzustehen hätte. Der Vorsatz muß sich hierbei, mindestens als bedingter, gerade auf die Schadenszufügung richten. Haftung aus solcher unerlaubten Handlung hat denn auch der erste Richter allein angenommen.

Von einer Bankauskunft aber, die, wie der Zusammenhang der Briefe v. 27. Dez. 1920 bis 3. Jan. 1921 dartut, eingefordert wurde, um gegenüber einer schlechten Auskunft über einen künftigen Vertragsbeteiligten die unparteiische und zuverlässige Ansicht der mutmaßlich besten Kennerin der Person und der Verhältnisse des zu Würdigen beizubringen, ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß sie bei günstigem Inhalt bei denjenigen, für die sie bestimmt und denen sie vor ihrer Entschließung bekanntgemacht war, bestimmend oder doch mitbestimmend für einen Vertragsschluß war. Es gilt auch hierbei, wie sonst in der Kaufaltitätsfrage, der Grundsatz vom Beweise auf den ersten Blick (vgl. Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. vor § 249 IV 5). Grundsätzlich ist die Ursächlichkeit auch unabhängig von der Schuldart und dem Schuldmaß beim angeblichen Schädiger. Die Entsch. nun aber, die der Vorderrichter — ohne eine Feststellung zur Schuldfrage bei den Vekl. — in bezug auf den K. in entgegengelegtem Sinne getroffen hat, ist mit der gegebenen Begründung nicht haltbar. Die Frage des Kausalzusammenhanges ist, weil nicht reine Tatfrage, in der RevInst. nachzuprüfen (RG. 119, 206<sup>1)</sup>; 120, 67 [70]; 125, 393<sup>2)</sup>; JW. 1929, 2251<sup>1)</sup>). Auch soweit es sich um tatsächliche Erwägungen und Feststellungen handelt, die tatbestandswidrig und will-

kürlich sind, gegen die Denkfetze oder sichere Erfahrungen verstoßen und die daher nicht beibehalten werden können, muß die Entsch. über den Ursachenzusammenhang fallen, wenn mit ihnen die Beweisführung des Tatfahrichters ihre Schlüssigkeit verliert (Urt. v. 19. Juni 1925, II 381/24<sup>3)</sup>; RG. 111, 192<sup>4)</sup> [198], und v. 21. März 1930, II 374/29; JW. 1930, 3749<sup>10</sup> [3751]). So liegt aber die Sache hier.

(U. v. 13. Febr. 1931; 473/29 II. — Berlin.) [Ku.]

## b) Strafsachen.

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

### I. Materielles Recht.

#### 1. Strafgesetzbuch.

26. § 246 StGB.; §§ 929, 164, 166, 116, 370, 311 BGB. Der geheime Wille, die zum Inkasso empfangenen Gelder für sich zu verwenden, schließt den Eigentumsübergang auf den Geschäftsherrn und damit die Unterschlagung nicht aus. Die Aufrechnung mit Provisionsansprüchen gegen Ansprüche auf Auszahlung einkassierter Prämien ist unzulässig, auch wenn der Agent Inkassoprovision hat.)

(2. Sen. v. 15. Mai 1930; 2 D 1553/29.)

Abgebr. JW. 1931, 1702<sup>12</sup>.

Zu 26. A. Anm. Hellmuth Mayer: JW. 1931, 1702.

B. Der Inkassobevollmächtigte A. kassierte Geld namens des Gläubigers G. RG. stellt fest, mit der Empfangnahme durch A. sei G. Eigentümer der Geldstücke geworden und habe somit gegen A. einen Herausgabanspruch gem. § 985 erlangt. A. verbrauchte das kassierte Geld für sich. Den Einwand des A., er sei berechtigt gewesen, über die kassierten Gelder „zu Lasten (!) seiner Provisionsforderungen zu verfügen“, d. h. in Höhe dieser Gegenforderungen den G. durch Aufrechnung zu befriedigen, weist RG. zurück, da die Forderungen nicht gleichartig gewesen seien. Hierzu folgendes:

1. Sollte A. vor der Strk. behauptet haben, ihm sei die Aufrechnung von G. gestattet worden, so hätte die Strk. diesen schlüssigen Einwand tatsächlich widerlegen müssen. Denn die vertragmäßige Aufrechnung setzt Gleichartigkeit beider Forderungen nicht voraus; eine vertragsmäßig verstattete einseitige Aufrechnung aber steht insoweit einer vertragsmäßigen gleich.

2. Entfällt 1, so entscheidet sich diese Aufrechnungsfrage objektiv nach § 387. Die Provisionsforderung mußte also fällig (was unterstellt wird) und gleichartig sein. RG. verneint die Gleichartigkeit ohne Begründung. Die Verneinung folgt nicht schon daraus, daß die Herausgabepflicht aus § 985 eine dingliche, die Provisionsschuld aus § 611 eine schuldrechtliche ist; denn der Entstehungsgrund der Forderungen ist für die Aufrechnung gleichgültig. Daher kann z. B. der Darlehensschuldner mit einer Gegenforderung aus § 1108 (Geldbreitlast) aufrechnen. Die Verneinung dürfte sich vielmehr auf die Erwägung stützen, daß die Herausgabepflicht des A. eine Speziesschuld (diese Geldstücke), die Provisionsschuld des G. hingegen eine Gattungsschuld (Geld schlechthin) gewesen sei. Es muß nun aber stark bezweifelt werden, ob die Herausgabepflicht des A. wirklich Speziesschuld war. Gleichgültig hierbei, ob man sie mit RG. auf das Eigentum des G. oder — was näher liegt — auf den Dienstvertrag G.—A. (§§ 675, 667) gründen will. Nachdem nämlich A., was wohl angenommen werden darf, das kassierte Geld mit dem seinigen vermischt hatte, entstand für ihn an diesen Geldstücken mindestens Miteigentum (§ 948), wo nicht Alleineigentum (vgl. Staudinger 6 zu § 948) — mit der Folge, daß er zur Herausgabe nicht der kassierten Stücke in specie, sondern des kassierten Betrages in genere verpflichtet war. Damit aber war die Gleichartigkeit gegeben, die Aufrechnung also statthaft.

3. Hat keine Vermischung stattgefunden oder mißbilligt man die Ausführungen unter 2, so wäre der Einwand des A. immerhin unter dem Gesichtspunkt eines sehr glaubhaften Zivilrechtsirrtums (§ 59 StGB.) zu würdigen. Ob RG. hierzu in der Lage war, falls der Einwand erst in der RevInst. vorgebracht sein sollte, mögen die Strafprozessualisten erörtern.

Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

C. Die Entscheidung ist von weittragender Bedeutung für das gesamte Agenturgewerbe, da es häufig vorkommt, daß Handlungsagenten für ihre Geschäftsherrn

<sup>1)</sup> JW. 1928, 563.

<sup>2)</sup> JW. 1930, 1736.

<sup>3)</sup> JW. 1925, 2453.

<sup>4)</sup> JW. 1925, 2453.

**\*\*27.** § 264 StGB.; § 11 DepotG.; §§ 929, 952, 1154 BGB.

1. Hypothekenbriefe sind auch dann keine „Wertpapiere“ i. S. von § 11 DepotG., wenn sie unter Hinzufügung von Blankozessionserklärungen übergeben worden sind.

2. Die Hypothekenbriefe können durch Einigung und Übergabe der Briefe nebst den — un- ausgefüllten — Zessionsurkunden übereignet werden, unter der Bedingung, daß der Übergang

das Inkasso besorgen und mit den eingezogenen Beträgen gegen ihre Provisions- und Auslagenerstattungsansprüche aufrechnen.

Das RG. nimmt an, daß der Handlungsagent an den eingezogenen Geldern Eigentum für den Geschäftsherrn erwirbt, und schließt die Aufrechnung aus, weil der Zahlungsanspruch des Handlungsagenten und der Eigentumsverschaffungsanspruch des Geschäftsherrn ihrem Gegenstande nach nicht gleichartig seien. Das RG. unterscheidet nicht, ob der Handlungsagent das Inkasso berechtigt oder unberechtigt ausgeübt hat, ob sein Anspruch vom Geschäftsherrn anerkannt oder bestritten wird, ob er begründet ist oder nicht. Die vom RG. ausgesprochenen Grundätze sind m. E. nicht haltbar und beruhen auf einer Verkenennung der wirtschaftlichen Tatsachen.

1. Richtig ist zwar, daß für die Frage der Eigentumsübertragung entscheidend ist, was als Wille der Parteien in die Erscheinung tritt, und daß der innere Wille des Handlungsagenten, Eigentum für sich zu erwerben, unbeachtlich ist, wenn sein Handeln von dem Kunden dahin verstanden werden muß, daß er Eigentum für den Geschäftsherrn erwerben will. Unrichtig ist aber, daß der Kunde und der Handlungsagent den Willen, dem Geschäftsherrn Eigentum an dem Gelde zu verschaffen, geäußert haben. Eine entsprechende ausdrückliche Erklärung fehlt. Als geäußelter Wille kann daher nur das gelten, was bei einem solchen Inkasso die Beteiligten als redliche Menschen vernünftigerweise wollen. Der Kunde will seine Verpflichtung dem Geschäftsherrn gegenüber erfüllen; der Handlungsagent will die Forderung des Geschäftsherrn einziehen, sich selbst in den Besitz des Geldes setzen, um dann seinerseits den Geschäftsherrn zu befriedigen. Alle Beteiligten werden daran denken, daß durch das Inkasso die Verpflichtung des Handlungsagenten zur Abführung des eingezogenen Betrages an den Geschäftsherrn begründet wird. Niemand aber wird auf den Gedanken kommen, daß der Geschäftsherr gerade die gezahlten Geldstücke oder Geldscheine erhalten soll. Der Handlungsagent wird kaum je in der Lage sein, gerade die eingezogenen Münzen und Scheine abzuliefern, da er diese nicht in natura abgeben oder etwa in eingeschriebenem Brief übersenden, sondern einen entsprechenden Betrag durch Post-, Postcheck- oder Banküberweisung abführen wird. Es wird auch niemand erwarten, daß der Handlungsagent das eingezogene Geld von seinem übrigen Gelde gesondert aufbewahrt, um das Eigentum des Geschäftsherrn zu wahren. Dies ist ja auch immer dann unmöglich, wenn der Handlungsagent in der Weise kassiert, daß er sich die Beträge auf sein Bank- oder Postcheckkonto überweisen läßt, oder wenn er 20 RM in der Weise einzieht, daß er einen 100-RM-Schein erhält und 80 RM herausgibt. Im letzteren Falle wird auch niemand auf die Idee kommen, daß an dem 100-RM-Schein Eigentum des Geschäftsherrn zu  $\frac{1}{5}$ , des Handlungsagenten zu  $\frac{4}{5}$  begründet ist. Dies würde zu weiteren Schwierigkeiten führen, wenn der Handlungsagent mit dem Schein eine persönliche Ausgabe von 5 RM macht — was sicherlich nicht unzulässig ist — und auf den Schein 95 RM zurückkehrt. Wenn also die Beteiligten vernünftig denken, so können sie nur den Willen haben, daß der Handelsagent Eigentum an dem Gelde erwirbt und seinerseits dem Geschäftsherrn obligatorisch zur Zahlung einer entsprechenden Geldsumme verpflichtet wird.

Der Fall, daß ein Handlungsagent kassiert, liegt wirtschaftlich ganz anders, als wenn die Post durch einen Gelbbriefträger Nachnahmen einzieht, wenn eine Bank einen Kassaboten, die Steuer- einen Steuerbeamten oder ein Geschäftsinhaber einen Boten weg- schickt, um bestimmte Beträge einzuziehen, die dann sogleich abgeführt werden sollen. Diese Inkassobeamten sollen die Beträge, die sie ein- kassieren, sofort nach der Rückkehr von ihrem Gang in natura ab- liefern. Dies kommt bei den Personen, die ständig das Inkasso ausüben, vielfach schon darin zum Ausdruck, daß sie Geldtaschen er- halten, in denen sie die eingezogenen Gelder als Eigentum ihres Auftraggebers gesondert zu verwahren haben.

2. Selbst wenn man sich mit dem RG. auf den hier abgelehnten Standpunkt stellt, daß der Handlungsagent Eigentum für den Ge- schäftsherrn erworben hat, so ist die Aufrechnung nicht ausgeschlossen. Voraussetzung der Aufrechnung ist gem. § 387 BGB., daß die gegen- seitigen Forderungen „ihrem Gegenstande nach gleichartig sind“. Es ist anerkannt, daß sich das Erfordernis der Gleichartigkeit auf den Gegenstand, nicht auf den Grund der beiderseitigen Forder- ungen erstreckt, daß also die Aufrechnung eines dinglichen Anspruchs gegen eine schuldrechtliche Forderung an sich nicht ausgeschlossen ist (Staudinger-Werner, I, 2a zu § 387). Die Aufrechnung wäre aber wegen Ungleichartigkeit des Gegenstandes unzulässig, wenn

der Forderungen demnächst zustande komme, ohne daß der Erwerber zunächst schon Gläubiger der Hypothekenforderungen wird. f)

Gegenstand des Verbrechens gegen § 11 DepotG. können nur „Wertpapiere“ sein, d. h. Urkunden, bei denen die Gel- tendmachung des verbrieften Rechts an das Papier geknüpft ist und die Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechts bedeutet. Hypothekenbriefe sind keine solchen Urkunden. Sie sollen bestimmungsgemäß eine öffentliche Auskunft so- wohl über das Bestehen des Rechts als auch über die seiner

der Geschäftsherr Anspruch auf Herausgabe bestimmter Geldscheine oder Geldstücke hat, während der Handlungsagent nur einen Anspruch auf Zahlung eines bestimmten Betrages hat. Einen solchen Anspruch hat der Geschäftsherr aber nicht. Selbst wenn er Eigentümer des im Besitz des Handlungsagenten befindlichen Geldes wäre, so könnte er doch nach Treu und Glauben nicht fordern, daß der Handlungsagent ihm gerade die ihm gehörigen Geldscheine und Münzen ausliefert; denn er hat kein beachtliches Interesse hieran, und eine Ablieferung des Geldes in natura ist ja auch, wie oben dargelegt, wirtschaftlich kaum durchführbar. Die Schuld des Handlungsagenten ist daher auch dann eine Gattungsschuld, wenn das Geld Eigentum des Ge- schäftsherrn ist und die Aufrechnung ist daher nicht unzulässig. Das Institut der Aufrechnung beruht auf dem Grundatz, daß nach Treu und Glauben niemand etwas fordern soll, was er sogleich zurückgeben muß. Dieser Grundatz ist hier anwendbar. Dafür, daß gerade hier nach Treu und Glauben, d. h. wirtschaftlich befriedigend, entschieden werden muß, sei auf RG.: LZ. 1912, 458 verwiesen. Dort hat das RG. ausgesprochen: „Das Gesetz hindert nicht, nach Prüfung des Einzelfalles, die Leistung von Wertpapieren als gleichartig mit der Leistung von Geld zu behandeln, wenn im verständigen Sinne der Parteien keinerlei besonderes Interesse an einer bestimmten Art der Leistung obwaltet.“

Bertritt man die Auffassung, daß das Geld Eigentum des Geschäftsherrn ist, so muß man den Handlungsagenten für ermächtigt halten, das Geld als Vertreter des Geschäftsherrn durch Vertrag mit sich selbst an sich zu übereignen (§ 181 BGB.), sobald er den Ge- schäftsherrn durch Zahlung oder Aufrechnung befriedigt.

Auch hier liegt der Fall des Gelbbriefträgers, des Steuer- beamten, des Bankboten und des vom Geschäftsinhaber zum Inkasso geschickten Boten anders. Diese Personen sollen nach dem Inhalt ihres Vertrages das abliefern, was sie eingezogen haben. Hier kann gegen die Speziesforderung des Auftraggebers nicht mit einer Gat- tungsforderung aufgerechnet werden.

Ich glaube, daß meine Ausführungen im Einklang stehen mit der Anm. zu A (Mayer); denn dieser nimmt an, daß „aus der Interessenlage und dem Geschäftsgebrauch“ festzustellen ist, ob der Empfänger des Geldes gehalten ist, das Geld für den Gläubiger ge- sondert und erreichbar zu verwahren. Interessenlage und Geschäfts- gebrauch haben im Falle der mir nicht bekannten Entsch. des RG. v. 8. Nov. 1929, die das Inkasso eines Steuerbeamten betrifft, ebenso wie in DZS. 1907, 540, in dem ein Brauereiangestellter Beträge für die Brauerei eingezogen hatte, offenbar anders gelegen als im vor- liegenden Falle.

Die Aufrechnung des Handlungsagenten ist zulässig, wenn dieser berechtigt inkassiert hat. Dagegen ist dem Agenturvertrage ein — rechtlich zulässiges — Aufrechnungsverbot für den Fall unberechtig- ten Inkassos zu entnehmen; denn es kann dem Handlungs- agenten nicht gestattet werden, unberechtigt zu kassieren, um dadurch seine Rechtsstellung gegenüber dem Geschäftsherrn zu verbessern. Regelmäßig steht auch § 393 BGB. bei unberechtigtem Inkasso der Aufrechnung entgegen.

Unberührt ist, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung an- erkannt oder bestritten ist. Besteht die Forderung nicht, so würde der Glaube an das Bestehen derselben als außerstrafrechtlicher Irrtum vor Strafe schützen, wenn man sich im übrigen der hier bekämpften Auf- fassung des RG. anschließt.

RM. Dr. Alfred Jacusiel, Berlin.

Zu 27. I. Der Entsch. ist, soweit sie die Anwendung des § 11 DepotG. auf den Hypothekenbrief ablehnt, im Ergebnis zu- zustimmen.

Für die Auslegung des § 11 stehen sich zwei Meinungen gegen- über. Eine Minderheit betont den Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen des DepotG. Da diese sich durchweg auf Wertpapiere „der im § 1 bezeichneten Art“ beziehen, so will sie auch § 11 nur auf solche Wertpapiere anwenden. Nach dieser Auffassung kann der Hypothekenbrief, auch der mit Blankozession versehene, nicht Gegen- stand eines Verbrechens gegen § 11 sein, denn er ist kein „vertret- bares“ Wertpapier i. S. des § 1. Dagegen nimmt die herrschende Lehre an, daß § 11 ohne die erwähnte Einschränkung allgemein für Wert- papiere gilt (vgl. Rießer-Bernstein, Erl. I 2c; Stenglein-Feisenberger, Erl. 4; Breit, Erl. II 4 zu § 11); sie stützt sich dabei auf den Wortlaut des § 11, der im Gegensatz zu andern Be- stimmungen des DepotG. gerade nicht auf § 1 Bezug nimmt. Das

Sicherheit dienenden Umstände geben und so das Einsehen des Grundbuchs entbehrlich machen (RG. 77, 423<sup>1</sup>) [425]). Sie sind niemals Rechtsträger, sondern stets Legitimations- und Beweisurkunden über anderweit begründete und bestehende Forderungen (RG. 66, 24 [27]). Sie bleiben allerdings zum Teil hinter dem Begriff des Legitimationspapiers (z. B. eines Sparkassenbuchs) zurück und gehen zum Teil darüber hinaus, sofern der Erwerb des Gläubigerrechts an die Übertragung des Briefes gebunden ist. Das nähert sie dem Wesen des Wertpapiers, wie ihnen das Gesetz auch in sonstiger Beziehung eine gewisse selbständige — vermögensrechtliche oder wirtschaftliche — Bedeutung beilegt (vgl. hierzu §§ 1117, 1154, 1155, 1160, 1819 BGB.). Der begriffliche Unterschied bleibt jedoch bestehen: wären sie „Wertpapiere“, so würde das Recht mit dem „Besitz“ oder der „Begebung“ des Briefes übergehen; es geht aber stets erst mit der daneben herlaufenden Übertragung des Rechts als solchem über. Die Forderung hängt also zwar mit dem Hypothekenbriefe zusammen, ist aber nicht in ihm verkörpert (vgl. hierzu auch RGSt. 41, 265 [268] und RG. VII 454/06 v. 28. Mai 1907). Dafür, daß der § 11 DepotG. von einer anderen Begriffsbestimmung ausgeht, gibt weder das Gesetz noch die amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf einen Anhalt. Die Str. A. verkennt dies keineswegs, glaubt den Hypothekenbriefen hier jedoch deshalb Wertpapiereigenschaft zusprechen zu sollen, weil der Gläubiger sie dem Angekl. mit „Blanko-Abtretungserklärungen“ übergeben habe, „so daß der jeweilige Inhaber nur seinen Namen einzufügen brauche, um Eigentümer der Hypothek und der ihr zugrunde liegenden Forderung zu werden“. Die Hypothekenbriefe mit hinzugefügten Blankozessionserklärungen des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers — so meint die Str. A. weiter — hätten den ihnen innewohnenden Vermögenswert soweit verkörpert, daß dieser durch die Übergabe der Briefe ohne weiteres übertragen worden sei. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ergibt sich aus dem bereits Gezagten. Denn wenn gerade die Notwendigkeit besonderer Übertragung des Rechts (außer oder neben der Besitzübertragung) das entscheidende Merkmal gegen die Eigenschaft als „Wertpapier“ ist, so kann alles, was die Abtretung des Rechts betrifft, unmöglich für die Wertpapiereigenschaft sprechen. Folglich kann die Frage der „Blankoabtretung“ dabei keine

Rolle spielen. Der Brief und sein rechtlicher Charakter werden davon überhaupt nicht berührt.

Kann sich der Angekl. hiernach in diesem Falle nicht gegen § 11 DepotG. vergangen haben, so fragt es sich, ob in den Urteilsfeststellungen die Merkmale eines anderen Straftatbestandes zu finden sind; die Frage ist nach der Ansicht des Senats zu bejahen. Die „Sparbank von 1820 in W.“ hatte Hypothekenbriefe über ihr zuzehende Forderungen mit notariellen „Blanko-Abtretungserklärungen“ dem Angekl. zu dem Zwecke übergeben, damit dieser sich „mit ihrer Hilfe weitere Gelder beschaffe“ (Ul. S. 100, 101). Die Abtretungsurkunden waren so gefaßt, daß nur noch der Name des Zessionars eingefügt zu werden brauchte (Ul. S. 120). Wie die Str. A. ersichtlich annimmt und es auch den Zwecken des ganzen Geschäfts entsprach, lag in der Überlassung der Hypothekenbriefe und der Abtretungsurkunden an den Beschw. die Ermächtigung, die Hypothekenforderungen mit verbindlicher Wirkung für die Gläubigerin den als Geldgeber in Betracht kommenden Personen abzutreten oder die Ermächtigung zur Abtretung auf andere geeignete Personen weiter zu übertragen. Der Übergang der Forderungen konnte sich nach § 1154 BGB. erst dadurch vollziehen, daß dem Zessionar die Hypothekenbriefe übergeben und Abtretungserklärungen, die dem Erfordernis der Schriftlichkeit in vollem Umfang genügen, erteilt wurden; dazu war auch die Beifügung des Namens des Zessionars nötig. Nach den Feststellungen der Str. A. hat der Angekl. dem Zeugen von St. die Hypothekenbriefe nebst den Abtretungsurkunden übergeben, ehe diese in der geschilderten Weise vervollständigt waren. Es herrschte aber Einverständnis darüber, daß die Forderungen an die als Zessionar in Betracht kommende Person übergehen sollten, sobald die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt seien. Dabei war die Frage offen gelassen, ob der Zeuge von St. oder möglicherweise eine andere Person endgültig Zessionar sein würde. Auf die Frage, welche Voraussetzungen zum rechtswirksamen Übergang der Hypothekenforderungen auf die eine oder die andere Person unter den gegebenen Umständen im einzelnen zu erfüllen gewesen wären (vgl. hierzu RG. 63, 230; 81, 257), braucht nicht eingegangen zu werden. Hier ist nur die Feststellung von Bedeutung, daß der Angekl. — in Ermächtigung der W. er Sparkasse — und der Zeuge von St. mit dem einverständlichen

RG. hat sich in RGSt. 34, 241 in einer beiläufigen Bemerkung dieser Ansicht angeschlossen. Für die herrschende Lehre hängt die Beantwortung der Frage, ob der Hypothekenbrief unter § 11 fällt, also davon ab, welchen allgemeinen Wertpapierbegriff man zugrunde legt. In der hier vorliegenden Entscheidung bleibt das RG. dem früher eingenommenen Standpunkt treu, insofern es wiederum § 11 auf alle Wertpapiere anwendet. Bemerkenswert ist aber, daß es den Begriff „Wertpapiere“ stark einschränkt.

Das Verfahren der herrschenden Lehre und damit des RG. ist methodisch bedenklich! Man kann einen allgemeinen Begriff der Wertpapiere wohl zu theoretischen Zwecken, zur Systemübung aufstellen, aber nicht zu normativen Zwecken, zur Gesetzesauslegung und Lückenausfüllung. Dazu sind die einzelnen Bestimmungen, in denen von Wertpapieren die Rede ist, in ihrem Sprachgebrauch viel zu verschieden. Man vgl. nur § 1 HGB., § 821 ZPO. und § 1818 BGB., die alle drei von Wertpapieren sprechen, in ihrer Bedeutung! Gerade bei dem Begriff „Wertpapiere“ ist das deduktive Verfahren gefährlich. Immer muß gefragt werden, welchen Zweck die einzelne Vorschrift verfolgt, welchen Sinn gerade sie mit dem Wort Wertpapier verbindet. Offenbar steht § 11 in engerem gedanklichem Zusammenhang mit den §§ 9, 10, bei denen es sich um Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art handelt. Schon aus diesem Grunde liegt es nahe, auch § 11 nur auf sie zu beziehen. Warum sollte auch diese Bestimmung dadurch, daß sie allein von allen Vorschriften des DepotG. für andere Wertpapiere gilt, aus dem Rahmen des Gesetzes herausfallen? Betrifft das Schutzbedürfnis, das das Gesetz befriedigen will, nicht auch hier gerade die Wertpapiere des § 1, während es für andere doch kaum in diesem Maße besteht? Ich kann diese Untersuchung hier nicht im einzelnen anstellen. M. E. ist das Wort „Wertpapier“ auch in § 1 i. S. des § 1 zu verstehen.

Zu dem Wertpapierbegriff des RG. mag nur noch folgendes bemerkt werden: Der Wertpapiercharakter des Hypothekenbriefes wird von manchen verneint, z. B. deshalb, weil er weder konstitutive Urkunde noch skripturrechtliches Papier ist. Ein ähnlicher Begriff wie der des RG. findet sich bei Rieber-Vernstein, Erl. 4b Anm. 3 zu § 1. Im allgemeinen geht die Tendenz der Literatur heute dahin, als Wertpapiere solche Papiere zu bezeichnen, deren Besitz zur Aus-

übung des verbrieften Rechts erforderlich ist (vgl. z. B. Jacobi, Wertpapiere S. 127, 130; v. Schöner, Recht der Wertpapiere S. 2; Bondi, Art. Wertpapiere im JW. Bd. 6 S. 883; Martin Wolff, Sachenrecht § 142 IV). Man legt also im Gegensatz zum RG. auf die Art der Übertragung kein Gewicht. Nach dieser heute üblichen Begriffsbestimmung würde auch der Hypothekenbrief im allgemeinen Sinne Wertpapier sein. Die Begriffsbestimmung des RG. steht mit der Ausdrucksweise des DepotG. nicht recht im Einklang. Nach ihr würden nämlich der Kux und die „vertretbare“ Namensschuldverschreibung keinen Wertpapiercharakter haben, weil bei ihnen eine besondere Übertragung des Rechts außer oder neben der Besitzübertragung des Papiers erforderlich ist. § 1 führt sie aber als Wertpapiere auf. Auch davon abgesehen, ist die übliche Begriffsbestimmung der des RG. vorzuziehen, kann es doch nach dieser sogar für alle Orderpapiere zweifelhaft sein, ob sie Wertpapiere sind.

II. Die zunächst recht eigenartig wirkende Konstruktion der Eigentumsverhältnisse an den Hypothekenbriefen läßt sich aus der besonderen Lage des Falles rechtfertigen. Daß eine Blankozession der Hypothek unzulässig ist, der Zeuge also nicht Hypothekengläubiger wurde, entspricht der allgemeinen Auffassung. Andererseits erscheint es denkbar, daß der Angekl. ihm mit Ermächtigung der Hypothekengläubigerin durch Einigung und Übergabe das Eigentum an den Hypothekenbriefen verschaffe. Der dispositive Charakter des § 952 BGB. wird von der herrschenden Lehre auch sonst anerkannt. Das Bedenken, daß das Auseinanderfallen von Gläubigerrecht und Eigentum an der Urkunde Verwirrungen mit sich bringt, wie unten zu zeigen ist, nicht so schwer, daß es zur Annahme des Gegenteils führen müßte.

Die Auffassung, daß nach dem Willen der Beteiligten das Eigentum übergehen sollte, kann sich im vorliegenden Fall auf besondere Umstände stützen. Trifft sie auch sonst zu? Das RG. hat in den ähnlich liegenden Fällen der Übergabe eines Hypothekenbriefes zu Sicherungszwecken ohne formgültige Abtretung bisher keine fiduziarische Überweisung des Briefes, sondern nur die Vereinbarung eines (persönlich wirkenden) Zurückbehaltungsrechts angenommen. Diese Konstruktion wird man normalerweise auch in Zukunft anwenden müssen. Im Zweifel wollen die Beteiligten nicht etwas so Kompliziertes wie die gesonderte Eigentumsübertragung am Brief; zur Sicherung genügt das Zurückbehaltungsrecht durchaus.

<sup>1</sup>) JW. 1912, 195.



Willen handelten, eine sich in den gesetzlichen Formen (§ 1154 BGB.) vollziehende Übertragung der Hypothekenforderungen zu ermöglichen und vorzubereiten. Zu diesem Zwecke hat der Angekl. dem Zeugen die Hypothekenbriefe nebst den Besitzurkunden übereignet (§ 929 BGB.), unter der Bedingung, daß der Übergang der Forderungen demnächst zustande komme. Nach § 952 Abs. 2 BGB. steht zwar das Eigentum an einem Hypothekenbrief an sich dem Gläubiger der Forderung zu, über die der Brief ausgestellt ist; diese Vorschrift ist indes nicht zwingend, so daß eine abweichende Regelung zwischen den Beteiligten möglich ist (RG. 51, 83 [85]; 91, 155 [157]). Um einen solchen Fall handelt es sich hier.

Wie das Urteil weiter feststellt, pakte der Zeuge von St. die Hypothekenbriefe und Abtretungsurkunden in einen Umschlag und übergab das von ihm versiegelte und mit seiner Eigentumskennzeichnung versehene Paket dem Angekl. zur Aufbewahrung. Dadurch, daß dieser über die Papiere — ihm anvertraute fremde bewegliche Sachen — in der im Urteil festgesetzten Weise anderweit verfügte, hat er sich der schweren Unterschlagung i. S. des § 246 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB. schuldig gemacht. Die sämtlichen Merkmale des äußeren und inneren Tatbestands ergeben sich aus den Urteilsfeststellungen (vgl. hierzu RGSt. 3, 344 [349]).

(3. Sen. v. 13. April 1931; 3 D 31/31.)

[A.]

**28.** § 267 StGB. Zwar erfordert die Urkundenfälschung nur die — neben der Unrechtheit festzustellende — „abstrakte“ Rechts- und Beweiserheblichkeit der Urkunde, immer aber muß sich aus dem Inhalt der Urkunde selbst ergeben, daß sie allein oder in Verbindung mit anderen Beweismitteln für Rechte und Rechtsverhältnisse beweisenerheblich sein kann.)

Für den Tatbestand des § 267 StGB. kommt es nach feststehender Rspr. des RG. nur auf die „abstrakte“ Rechts- und Beweiserheblichkeit der Urkunde an (RGSt. 62, 218 ff.); der Rechtsstandpunkt der vom LG. angeführten Entsch. RGSt. 8, 187 ist vom RG. später aufgegeben. Immerhin aber muß sich aus dem Inhalt der Urkunde selbst ergeben,

Eine Verurteilung wegen Unterschlagung ist natürlich nur möglich, wenn es sich, wie hier, um fremdes Eigentum handelt. Zivilrechtlich ist die Eigentumsübertragung in ihrer praktischen Auswirkung von der Begründung des Zurückbehaltungsrechts nicht sehr verschieden. Dritten gegenüber macht es nicht viel Unterschied, ob man einen etwaigen Herausgabeanspruch auf § 985 oder auf § 1006 BGB. stützt. Im Verhältnis der Parteien zueinander werden immer, auch wenn es sich um eine Eigentumsübertragung handelt, die schuldrechtlichen Vereinbarungen das Wesentliche sein. Nur im Konkurs des Übertragenden scheint ein erheblicher Unterschied zu bestehen. Das Zurückbehaltungsrecht kann dann an dem zur Masse gehörigen Hypothekenbrief nicht geltend gemacht werden. Im Fall der Übergangung scheint es dagegen zunächst so, als ob der Brief überhaupt nicht zur Masse gehört. Diese Annahme führt zu unmäßigen Konsequenzen, da die Hypothek als solche Teil der Masse ist. Ein Ausweg erscheint denkbar. Man muß sich vergegenwärtigen, daß die Übertragung doch immer nur als Vorstufe für eine wirksame Hypothekenabtretung gedacht ist. Wird diese unmöglich, so wirkt das daher als Eintritt einer auflösenden Bedingung, das Eigentum fällt wieder zurück. So auch im Fall des Konkurses, wo mit der Konkursöffnung feststeht, daß die in Aussicht genommene Abtretung nicht mehr vorgenommen werden kann. Auch das RG. spricht übrigens von der Übergangung „unter der Bedingung, daß der Übergang der Forderungen demnächst zustande komme“. Es ist anzunehmen, daß es ebenfalls an eine auflösende Bedingung denkt.

Prof. Dr. Gieseke, Berlin.

Zu 28. Die vorliegende Entsch. läßt zwar eine zureichende Auskunft darüber vermessen, wie eigentlich der Inhalt des von dem Angekl. gefälschten Schreibens beschaffen war, dennoch kommt ihr strafrechtlich deshalb Bedeutung zu, weil sie mit Eindringlichkeit einen wichtigen Grundsatz aus der Dogmatik der Urkundenfälschung stabilisiert, der offenbar letzthin ein wenig in Vergessenheit geraten ist, wie zahlreiche Verstöße dagegen beweisen. Die neue Rspr. des RG. kann nicht von jeder Schuld an dieser Entwicklung freigesprochen werden. Nachdem das RG. früher in zahlreichen Entsch. schriftlichen unbeschworenen Privatzeugnissen die Eigenschaft beweisenerheblicher Privaturkunden um deswillen abgesprochen hat, weil sie in keinem geordneten Rechtsverfahren den Beweis für die in ihnen unbeschworen behaupteten Tatsachen zu erbringen vermöchten, es

daß sie — wenn auch nicht für sich allein, so doch in Verbindung mit anderen Beweismitteln — für Rechte und Rechtsverhältnisse beweisenerheblich sein kann, wie das im Hinblick auf § 826 BGB. für die in der Entsch. RGSt. 62, 218 erwähnten kaufmännischen Empfehlungsschreiben, aber auch für andere Schriftstücke zutrifft, die ihrem Inhalt nach den Empfänger zu einem sonstige seine rechtlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse beeinflussenden Verhalten, etwa zu bestimmten Anschaffungen, auffordern oder sie ihm wenigstens nahelegen sollen. Weitere Beispiele beweisenerheblicher Urkunden sind — im Hinblick auf den staatlichen Strafanspruch und das Strafantragsrecht des Verletzten — Briefe beschimpfenden Inhalts. Für den hier vorliegenden Fall fehlt es dagegen an diesem Erfordernis. Daß die Absicht des Angekl. dahin gegangen sei, die Empfängerin zu einem Kostenaufwand für Trauerkleidung und für eine Reise usw. zu veranlassen, wird in der Revisionsbegründung der StA. allerdings behauptet; es ist aber nicht festgestellt, und noch weniger, daß der Urkundeninhalt in diesem Sinne zu verstehen sei. Das Tatbestandsmerkmal der Beweiserheblichkeit i. S. des § 267 StGB. ist also nicht dargetan, wobei darauf hingewiesen sei, daß dieses Merkmal neben dem der Unrechtheit vorliegen muß. Hinsichtlich der Beweiserheblichkeit für eine Bekleidung fehlt es daran, daß eine Bekleidung aus dem gedanklichen Inhalt der Urkunde sich nicht ergibt, sondern lediglich aus Umständen, die außerhalb des Inhalts der Urkunde liegen.

(4. Sen. v. 20. Dez. 1930; 4 D 22/30.)

[A.]

## 2. Strafrechtliche Nebengesetze.

**29.** §§ 44, 55 RWGed.; §§ 1, 2, 6, 18 PrGef. betr. die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen (HausStG.); Art. V PrGef. v. 22. Mai 1852.

1. Kaufleute und andere Personen, welche ein stehendes Gewerbe betreiben und außerhalb des Ortes ihrer gewerblichen Niederlassung ohne vorherige Aufforderung und bei

insoweit vielmehr aus prozessualen Gründen stets der Vernehmung der Aussteller als Zeugen bedürfe (RGSt. 8, 187; 19, 174; 24, 395; I 606/22 v. 7. Nov. 1922), ist die Tragweite dieser Entsch. neuerlich stark eingeschränkt worden (RGSt. 40, 174 (177); III 481/26 v. 8. Juli 1926). Eine besondere Rolle spielt hierbei die Berufung auf den vom RG. vertretenen Grundsatz der sog. „abstrakten“ Rechts- und Beweiserheblichkeit der Urkunden i. S. von § 267 StGB., von dem auch das vorliegende Urteil wiederum ausgeht. Damit soll gesagt werden, es sei nicht erforderlich, daß das Schriftstück gerade für den Zweck, für den es bestimmt war, Beweis zu erbringen vermag, es vielmehr genüge, wenn diese Urkunde in irgendeiner Beziehung, sei es auch nicht einmal für sich allein, sondern erst in Verbindung mit anderen Tatsachen oder Umständen, für den Beweis von Rechten oder Rechtsverhältnissen „erheblich“ seien, also mit ins Gewicht fallen kann (vgl. dazu die zahlreichen Belege in RGSt. 62, 218 [220]). Diese (in VpZkomm. [4. Aufl.] als III 430/28 v. 5. Juni 1928 angeführte) Entsch. stellt den vorläufigen Abschluß der angebotenen Entwicklung dar und erblickt beispielsweise in einem nicht unter § 363 StGB. fallenden Dienstzeugnis eine beweisenerhebliche Privaturkunde. Denn „schon der Umstand, daß der Aussteller die darin enthaltenen Erklärungen — wahr oder unwahr — abgab, kann in irgendeiner Weise für den Beweis rechtlich erheblicher Verhältnisse von Bedeutung sein“, z. B. für die Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht (aus dem Gesichtspunkt des § 826 BGB.). Mag gegen diese äußerste Erstenisierung des Begriffs der Beweiserheblichkeit auch kein grundsätzliches Bedenken obwalten, so ist sie doch deshalb so gefährlich, weil sie nur zu leicht zur Vernachlässigung der folgenden fundamentalen Grundvoraussetzung aller wiederergegebenen Interpretationsgesichtspunkte führt: Die Beweiserheblichkeit, so erkenne man den Begriff auch immer auslegen mag, muß aus dem objektiven Gedankeninhalt der Urkunde selbst hervorgehen und erkennbar sein (nicht „lediglich aus Umständen, die außerhalb des Inhalts der Urkunde liegen“), RGSt. 1, 293; 8, 184; Ebermayer: VpZkomm. 10; Olschhausen Nr. 15; Frank IV, 2; es muß aus der Urkunde selbst ein unmittelbarer Ausfluß auf eine rechtserhebliche Tatsache gezogen werden können. Diesem außerordentlich wichtigen, leider etwas in den Hintergrund gedrängten Grundsatz wieder zur gebührenden Bedeutung verholfen zu haben, ist das Verdienst der vorliegenden Entsch.

RA. Prof. Dr. Max Alsborg, Berlin.

jedermann Warenbestellungen suchen, sind der Hausiersteuer auch dann unterworfen, wenn sie von den Waren, auf welche sie Bestellungen suchen, nur Proben oder Muster mit sich führen.

2. Die Verjährungsfrist für die Steuerzuwiderhandlung beträgt fünf Jahre.

Gegen die Verurteilung des Angekl. wegen Zuwiderhandlung gegen die §§ 1, 6, 18 PrGes. betr. die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen v. 3. Juli 1876 (PrGS. 247) bestehen nach dem festgestellten Sachverhalt im Schlußspruche keine durchgreifenden Rechtsbedenken, wenn gleich auch hier die maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte in dem angefochtenen Urte. nicht durchweg klar zutage treten.

Der Angekl. hat nach den Urteilsfeststellungen außerhalb seines Wohnortes, ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person Warenbestellungen aufgesucht; er unterlag deshalb grundsätzlich nach § 1 Ziff. 3 Ges. von 1876 der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen; nach § 6 hatte er zu diesem Zwecke einen Gewerbebeschein, d. h. die Quittung der Gemeindebehörde über die Entrichtung der Steuer, einzulösen.

Nun sind freilich nach § 2 Abs. 1 Ziff. 1a des Ges. der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen u. a. nicht unterworfen: Kaufleute ... und andere Personen, welche ein stehendes Gewerbe betreiben, ... und außerhalb des Ortes ihrer gewerblichen Niederlassung Warenbestellungen suchen, wenn sie von den Waren, auf welche sie Bestellungen suchen, nur Proben oder Muster mit sich führen. Diese Voraussetzungen lagen nach den Urteilsfeststellungen bei dem Angekl. in der Tat vor. Nach Abs. 2 des § 2 des Ges. findet indes die vorstehende Bestimmung des Abs. 1 auf diejenigen wiederum keine Anwendung, welche nach den reichsgerichtlichen Vorschriften nach Aufsuchen von Bestellungen ... eines Wandergewerbebescheins (§ 55 RWGD.), d. h. eines Ausweises über die gewerbepolizeiliche Erlaubnis zum Betriebe des Hausiergewerbes, bedürfen, für die also eine Legitimationskarte, wie sie nach den Urteilsfeststellungen der Angekl. hier gelöst hatte (vgl. § 44a RWGD.), nicht genügte. Eine solche Legitimationskarte reichte im vorliegenden Falle für den Angekl., dessen Hausierbetrieb den Vertrieb von Heilkräutern zum Gegenstand hatte, nicht aus. Die nach § 55 RWGD. begründete Pflicht zur Lösung eines Wandergewerbebescheins für das Aufsuchen von Warenbestellungen bezüglich dieser Heilkräuter ohne vorgängige Bestellung würde nach § 44 Abs. 3 RWGD., soweit diese Vorschrift hier in Betracht kommt, nur dann entfallen, wenn das Aufsuchen von Bestellungen entweder auf vorherige Aufforderung erfolgte oder ausschließlich bei Kaufleuten und Gewerbetreibenden, in deren Geschäftsbetriebe Waren der angebotenen Art Verwendung finden. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier, da nach den Feststellungen des angefochtenen Urte. der Angekl. die Bestellungen auf Heilkräuter ohne vorherige Aufforderung und bei jedermann aufgesucht hat, nicht bloß bei Kaufleuten und Gewerbetreibenden der in Rede stehenden Art. Der § 18 HausStG. ist danach zu Recht auf ihn angewendet worden.

Der Schutzbehauptung des Angekl., er habe sich auf Grund einer Auskunft des Amtsvorstehers bei Ausstellung der Legitimationskarte für befugt gehalten, Warenbestellungen auch bei Privatpersonen ohne Aufforderung nachzusuchen, hat die Strk. keinen Glauben geschenkt; es kann daher dahingestellt bleiben, ob es sich insofern überhaupt — was das RG. in ständiger Rspr. verneint hat, vgl. z. B. JFG., ErgBd. 1, 125, 127, 128, 130 — um einen nach § 59 StGB. beachtlichen außerstrafrechtlichen Irrtum handeln würde.

Die gewerbepolizeiliche Seite des Falles kann hier unerörtert bleiben, da die Strafverfolgung wegen einer solchen Übertretung (Aufsuchen von Warenbestellungen ohne Wandergewerbebeschein [§§ 55, 148 Abs. 1 Ziff. 7 RWGD.]) offensichtlich verjährt, der Angekl. überdies keinesfalls dadurch beschwert ist, daß seine Verurteilung nicht auch wegen dieser Übertretung erfolgt ist. Eine Bestrafung könnte dieserhalb ohnehin nicht stattfinden, weil die strafbare Handlung, zugleich eine Zuwiderhandlung gegen ein Steuergesetz enthält (§ 148 Abs. 2 RWGD.).

Eine Verjährung der Steuerzuwiderhandlung kommt nicht in Frage, da insofern die Verjährungsfrist gemäß dem — zufolge § 2 Abs. 2 GGStGB. in Geltung gebliebenen — Art. V PrGes. v. 22. Mai 1852 (PrGS. 250) fünf Jahre beträgt (vgl. RGSt. 30, 31).

Die Strafe für die Hausiersteuerzuwiderhandlung hat nach den §§ 18, 28 des Ges. von 1876 dem doppelten Betrage der von der Regierung festzusetzenden Jahressteuer für das betriebene Gewerbe zu entsprechen. Die Regierung hat die Jahressteuer vorliegend auf 20 RM festgesetzt, so daß die Strafe von dem BG. zutreffend auf 40 RM bemessen worden ist. Als Ersatzstrafe kommt jedoch — insofern hat nicht bloß die Strk., sondern auch das SchöffG. geirrt — nach § 26 HausStG. nur eine Haftstrafe in Frage. In diesem Punkte bedarf deshalb das angefochtene Urte. einer Richtigstellung, die sich auch darauf zu erstrecken hatte, daß die Steuerzuwiderhandlung, da die Geldstrafe weniger als 150 RM beträgt, nicht, wie die Vorinstanzen angenommen haben, ein Vergehen, sondern eine Übertretung darstellt.

Mit diesen Maßgaben war daher die Rev. des Angekl. zu verwerfen.

(2. Sen. v. 26. März 1931; 2 D 219/31.)

[A.]

\*\*30. §§ 8, 9, 11 DepotG.

1. Das Vergehen des § 9 Abs. 1 DepotG. kann auch an solchen Wertpapieren begangen werden, die im Eigentum des Täters stehen. Es schadet auch nichts, daß der Täter, der als Bankier von seinem Kunden mit der Anschaffung und Aufbewahrung eines bestimmten Wertpapiers beauftragt war, das Kommissionsgeschäft durch Selbsteintritt ausgeführt hatte.

2. Zum Tatbestand des § 11 DepotG. f)

1. In der Frage, ob § 9 Abs. 1 BankdepG. fremde, d. h. nicht dem Verfügenden zu eigen gehörende Wertpapiere voraussetze, schließt sich der erf. Sen. der Entsch. des 2. Sen. in RGSt. 61, 336 an. In der von dem erf. Sen. am 8. Juli 1927 entschiedenen Sache 1 D 458/27 (mitgeteilt in JW. 1927, 3012) hatte die Strk. die tatsächlichen Grundlagen dafür festgestellt, daß der Angekl. über Wertpapiere, die dem Kunden gehörten, also über fremde Papiere, verfügt hatte. Es lag also auch auf dem Boden des Urte. in RGSt. 47, 38, 42 ein Vergehen nach § 9 Abs. 1 vor. Die Frage, ob das Vergehen des § 9 Abs. 1 auch begangen werden könne an Wertpapieren, die Eigentum des Verfügenden sind, hat der Senat damals nicht geprüft.

Das genannte Urte. des 2. Sen. macht nun keine Ausführungen darüber, ob etwa im Falle eines Selbsteintritts des Kommissionärs etwas anderes zu gelten hätte. In jener Sache war im StrkUrte. nicht mehr festgestellt, als daß von dem Bankgeschäft des Angekl. für vier Kunden in deren Auftrag gewisse Aktien angekauft worden waren, daß die Kunden vergeblich Nummernverzeichnisse verlangten und der Angekl., als seine Firma Geld benötigte, die Kundeneffekten lombardierte, ohne dem Geldgeber mitzuteilen, daß die Effekten für die

Zu 30. 1. Zum ersten Teil der Entsch.: Die Entsch. bringt eine äußerst wichtige und heiß umstrittene Frage zur endgültigen Erledigung; aber diese Erledigung befriedigt keineswegs. Eine Kritik bietet kaum Aussicht, daß das RG. zu einer abweichenden Praxis gelangt, wo jetzt der 1. StrSen. sich der Entsch. des 2. v. 16. Juli 1927 (RGSt. 61, 336 = JW. 1927, 2372 = BankArch. 26, 485) angeschlossen hat. Die seeben erwähnte Entsch. des 2. StrSen. bejahte im Gegenfalle zu einer früheren des 4. (11. Febr. 1913; RGSt. 47, 39) diese Frage, unterließ aber die Anrufung der VerStrSen., „da der 4. StrSen. für das Revisionsverfahren nicht mehr in Betracht kommt“. In dem der Entsch. des 2. StrSen. unterliegenden Fall war nichts darüber gesagt, ob die Entscheidungsgründe auch auf den Fall des Selbsteintritts Anwendung finden sollen. Nach der im BankArch. 26, 487 wiedergegebenen Auskunft des Einfenders der Entsch. soll es sich nicht um einen Fall des Selbsteintritts gehandelt haben, so daß deshalb auch für das RG. kein Anlaß bestanden hätte, darin die Auswirkungen für den Fall des Selbsteintritts zu erörtern. Die vorliegende Entsch. des 1. StrSen. wendet dieselben Grundsätze, die der 2. entwickelt hat, ausdrücklich auf die Fälle des Selbsteintritts an, den er nach den mitgeteilten Unterlagen mit Recht als gegeben erachtet.

Gegen die Ausführungen des 2. StrSen. über die Inbesitznahme für den Kommittenten hatten sich besonders gewandt: Otto Bern-

Kundschaft angekauft waren. Diese Feststellungen konnten auch eine Sachlage von der Art treffen, daß der Angekl. bei der Ausführung der Einkaufskommission das Recht des Selbsteintritts ausgeübt und dem Kunden mitgeteilt hatte, er habe den Kaufauftrag in dieser Form ausgeführt, und hierfür spricht wegen der großen Verbreitung des Selbsteintritts bei der Wertpapierkommission sogar eine erhebliche Wahrscheinlichkeit. Über diese Frage ist, wie gesagt, in dem Ur. des 2. Sen. nichts erwähnt. Ob die in ihm vertretene Auslegung des § 9 Abs. 1 gleichwohl auch für den Fall des Selbsteintritts gelte, ist alsbald Gegenstand der Erörterung geworden. So im BankArch. 26, 486; JW. 1927, 2372, 3012, und in dem Nachtrag Feisenbergers DepotG. in Stengleins Strafrechtlichen Nebengelesen (Sonderabdruck S. 219).

In der jetzt vorliegenden Strafsache hat sich nun der Angekl. — anscheinend für alle die Fälle, die als ein fortgesetztes Vergehen nach § 9 Abs. 1 zusammengefaßt sind — darauf berufen, daß er von seinem Selbsteintrittsrechte Gebrauch gemacht habe. Die StrR. ist dieser Verteidigung gefolgt und hat „in allen Fällen“ Selbsteintritt angenommen. Die Frage ist aber nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt. Der Fall des Selbsteintrittsrechts muß zunächst auseinander hinsichtlich einer Anzahl von Einzelfällen, die sich so abspielten, daß der Angekl. an Kunden Wertpapiere aus eigenen Beständen verkauft und geliefert oder sonst die für sie gekauften Stücke in Verwahrung genommen hatte und sie erst später einer Bank verpfändet hat. Denn hier läge, soweit überhaupt ein Kommissionsgeschäft in Frage war, die Verfühlung erst nach der vollständigen Erledigung der Kommission, und dann liegt insoweit der erste Tatbestand des § 9 Abs. 1 vor, daß nämlich der Angekl. als Kaufmann über Wertpapiere, die ihm zur Verwahrung übergeben waren, verfügt hat (und zwar hier über fremde Wertpapiere). Auch insoweit steht kein Selbsteintritt in Frage, als der Angekl. zufolge eines Auftrags Wertpapiere des Kunden zum Umtausch oder zur Ausübung eines Bezugsrechtes eingereicht und sie bei dieser Gelegenheit für eigene Verbindlichkeiten dem Zentralbankier verpfändet hat. Denn das Selbsteintrittsrecht besteht nur für die Einkaufs- und die Verkaufskommission.

In der großen Mehrzahl der behandelten Fälle allerdings war der Angekl. Einkaufskommissionär, und hier kommt eine Ausübung des Selbsteintrittsrechtes in Frage. Auch bezüglich dieser Fälle geben indessen die Ausführungen des angefochtenen Ur. noch kein klares Bild. Wenn sich der Angekl. nur — wie es im Ur. heißt — die Ausführung der Kommission in der Form des Selbsteintritts „vorbehalten“ hatte, so war damit zunächst nichts weiter gesagt, als was nach § 400 S. 2 ohnehin galt: daß er befugt war, in das Geschäft als Selbstverkäufer einzutreten. Dann aber durfte er nicht die im § 8 DepotG. vorgeschriebene Mitteilung an den Zentralbankier unterlassen, sofern er nicht vor der Erteilung des Auftrags an den Zentralbankier, oder gleichzeitig mit ihr, seinen Kunden davon benachrichtigte, er trete in das Geschäft selbst ein. Immerhin ist durch eine solche Sachlage, da es zu einer allgemeinen Regel geworden ist, die Kommission durch

sein in seiner „Nachschrift“ im BankArch. 26, 486 und in seinen Anm. zu JW. 1927, 2372 und der Entsch. des 1. StrSen. v. 8. Juli 1927; JW. 1927, 3012 und Hagenburg: JW. 1927, 2372), während Alsberg: JW. 1927, 3012 zu der Entsch. des 1. StrSen. und in Wiederholung seiner Theorie in dem in der vorliegenden Entsch. zitierten Aufsatz in LZ. und Feisenberger (bei Stenglein, Strafrechtl. Nebengef., 1927, S. 95) die gegenteilige Auffassung vertraten.

Die Ausdehnung der von Bernstein als unhaltbar und unmöglich bezeichneten Konsequenzen auf den Fall des Selbsteintritts ist nunmehr Tatsache geworden. Die Rechtfertigung, die das RG. dieser Ausdehnung gibt, läuft darauf hinaus, die besondere Strafvorschrift des § 9 Abs. 1 DepotG. habe sich wegen der Eigenart des Kommissionsgeschäfts mit Wertpapieren als nötig erwiesen, namentlich mit Rücksicht darauf, daß hier der Kunde in einem ganz besonders hohen Grade auf die Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit des Bankiers angewiesen ist, während ihm selbst der Überblick über den ordnungsmäßigen Gang des Geschäfts erschwert ist: durch den Selbsteintritt werde die Unübersichtlichkeit der Sach- und Rechtslage noch erhöht, zumal bei dem „modernen frickelosen Effektenverkehr“. Diese Begründung ist nicht stichhaltig und kann nur als eine Ausdehnung der bestehenden Vorschriften angesprochen werden.

Zu betrachten sind nur diejenigen Fälle, wo der Bankier die

Selbsteintritt auszuführen, nicht das Recht zum Selbsteintritt untergegangen, und der Kommissionär kann von ihm noch Gebrauch machen, nachdem das von ihm eingeleitete Deckungsgeschäft vollzogen ist. Sollte aber der im angefochtenen Ur. so genannte Vorbehalt einer Ausführung durch Selbsteintritt in der Form ausgedrückt worden sein, wie es die Rev. behauptet: daß auf sämtlichen Vordruckblättern für die Kommissionsaufträge gestanden habe „Bei allen Geschäften sind wir Selbstkontrahenten“, so hätte dies den Angekl. von der Mitteilungspflicht des § 8 entbunden, und die nachher von ihm dem Kunden gegebene Nachricht von der Ausführung des Kommissionsgeschäfts brachte, auch wenn hierüber nichts weiter gesagt war, das Geschäft in der Form des Selbsteintritts zum Abschluß. Bei beiden Sachlagen wäre also, soweit ein Selbsteintritt überhaupt möglich war, ein solcher anzunehmen, so daß es auf die im angefochtenen Ur. weiter erörterte Frage ankommt, ob auch für den Fall des Selbsteintritts die in RSt. 61, 336 vertretene Auffassung Geltung beanspruchen kann.

Dies hat nun die StrR. mit näherer Begründung bejaht. In der Tat kann hier kein Unterschied zwischen der eigentlichen Ausführungsform der Kommission und der durch Selbsteintritt gemacht werden. Dafür kann zunächst angeführt werden, daß der 2. Sen. in seinem genannten Ur., obwohl bei dem damals von der StrR. festgestellten Sachverhalt die Möglichkeit oder selbst Wahrscheinlichkeit einer Ausführung der Kaufaufträge durch Selbsteintritt gegeben war, keinen Unterschied in der rechtlichen Beurteilung gemacht hat. So hatte auch Alsberg in seinem lange vor dem Ur. des 2. Sen. veröffentlichten Aufsatz in LZ. 1914, 54, 524 ff. bei der Begründung seiner Ansicht, daß § 9 Abs. 1 keine fremden Wertpapiere voraussetze, ausgeführt, es sei zu erforschen, ob der Wille des Bankiers bei einem Effektenauf darauf gerichtet gewesen sei, den wirtschaftlichen Erfolg einem bestimmten Kommittenten zuzuwenden; sei diese Willensrichtung festgestellt, so sei, einerlei, ob der Kommissionär den Selbsteintritt ausübte oder nicht, „anzunehmen, daß die Effekten für den Kunden angeschafft worden seien“ (S. 528).

Diese Auffassung ist in dem Zweck der Strafvorschrift des § 9 Abs. 1 wohl begründet. Die besondere Strafvorschrift des § 9 Abs. 1 hat sich wegen der Eigenart des Kommissionsgeschäfts mit Wertpapieren als nötig erwiesen, namentlich mit Rücksicht darauf, daß hier der Kunde in einem ganz besonders hohen Grade auf die Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit des Bankiers angewiesen, und ihm selbst der Überblick über den ordnungsmäßigen Gang des Geschäfts besonders erschwert ist. In dieser Richtung liegt aber die Sache für den Kunden nicht günstiger im Falle des Selbsteintritts. Ja, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs erhöht die Unübersichtlichkeit der Sach- und Rechtslage und fordert daher einen erhöhten Schutz. Wie aber das Geschäft in bürgerlich-rechtlicher Hinsicht auch nach Ausübung des Selbsteintrittsrechtes noch unter dem Gesichtspunkt der Kommission steht und die dem Kommissionär obliegende Treupflicht weiterwirkt, kann auch der im § 9 Abs. 1 verfügte strafrechtliche Schutz des Kommiss-

angeschafften Wertpapiere noch nicht auf den Kommittenten übertragen hat, es sich also um eigene Wertpapiere des Bankiers handelt. § 9 spricht zwar von Wertpapieren schlechthin, während § 11 (vgl. unten Nr. 2) ausdrücklich „fremde“ Wertpapiere erwähnt. Daraus ließe sich höchstens herleiten, daß in § 9 nicht ausschließlich Wertpapiere gemeint sind, bei denen das juristische Eigentum auf den Kommittenten bereits übergegangen ist, sondern daß auch Fälle darunter gehören — ich erwähne insbes. englische Aktien —, bei denen nur das Nußeigentum auf den Kunden übergegangen, das juristische Eigentum noch beim Bankier verblieben ist. Das Ausführungsgeschäft (bei der einfachen Kommission) wird für Rechnung des Kommittenten geschlossen; insoweit läßt sich vielleicht sagen, daß bei der einfachen Kommission der Bankier als Kommissionär die durch das Ausführungsgeschäft angeschafften Wertpapiere für den Kommittenten in Besitz genommen hat; dies ist aber unmöglich in dem Fall des Selbsteintritts. Denn der selbst eintretende Kommissionär tätigt nicht ein Ausführungsgeschäft, wo er als Lokalbankier, wenn er das Geschäft nicht selbst an der Börse abschließen oder durch Kompensation im eigenen Hause erledigen kann, nach § 8 Abs. 1 Satz 2 bei Weitergabe des Anschaffungsauftrags zu erklären hat, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschähe. Sondern beim Selbsteintritt schließt der Bankier ein Deckungsgeschäft, und dieses nach herrschender und zutreffender Auffassung nicht für Rechnung des Kommittenten,

sionärs nicht grundsätzlich mit der Erklärung des Selbsteintritts sein Ende finden. Gerade bei dem „modernen stückelosen Effektenverkehr“, d. h. da im deutschen Bankwesen der Selbsteintritt des Kommissionärs weiteste Verbreitung gefunden hat, wäre der Schutz, den die Strafvorschrift des § 9 Abs. 1 dem Kunden bieten will, außerordentlich abgeschwächt, wenn nicht überhaupt ausgeschaltet. Und doch ruht die Zulassung des Selbsteintritts des Kommissionärs auf der Vorstellung, daß der Kommittent bei ihm wirtschaftlich nicht ungünstiger gestellt sei als bei der der Kommission eigentlich gemäßen Ausführungsweise.

Was in RGSt. 61, 336 zu dem § 9 Abs. 1 allgemein ausgeführt wird, trifft in jeder Richtung auch den Fall des Selbsteintritts. Es mag hier in einem einzelnen Falle Schwierigkeiten machen, die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 nachzuweisen: ob insbes. der Kommissionär die Wertpapiere aus Anlaß und zur Durchführung eines bestimmten Auftrags angeschafft hat „mit dem Willen, den wirtschaftlichen Erfolg dieses Geschäfts dem bestimmten Kommittenten zuzuwenden“. Eine Beweisführung dieser Art mag vielleicht da sogar unmöglich sein, wo der Kommissionär größere oder runde Posten beim Zentralbankier anschafft, um damit in seinem umfangreichen Geschäftsbetrieb die Anschaffungswünsche seiner Kunden zu befriedigen. Wo aber der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der einzelnen Kommission und dem Deckungsgeschäft nachweisbar ist, besteht kein solches Hindernis gegen die Anwendung des § 9 Abs. 1. Wenn schließlich die Auffassung, zu der der erf. Sen. gelangt, an ihren Wirkungen geprüft werden soll, so ist es zunächst nach der Lage des vorliegenden Falles sicher nicht befremdlich, daß das eine schwere Verletzung des Treuverhältnisses darstellende Vorgehen des Angekl. als strafbar erachtet wird. Es ist aber auch allgemein nicht ersichtlich, daß diese Auffassung eine unerträgliche Belastung des ankündigen Bankverkehrs begründete und etwa deshalb deren Richtigkeit anzuzweifeln wäre. Denn der Bankier, dessen Geschäftsbetrieb sich in der Art desjenigen des Angekl. abspielt, braucht nur, um nicht in die Gefahr einer Bestrafung nach § 9 Abs. 1 zu geraten, dafür zu sorgen, daß die von ihm auf dem Weg über den Zentralbankier angeschafften Papiere dort auf dem Depotkonto B geführt werden, darf sich also nur nicht der nach unbefangener Auffassung des Verkehrslebens „eigentlich“ dem Kunden gehörenden Papiere als einer Grundlage für den von ihm beim Zentralbankier in Anspruch genommenen Kredit bedienen.

In der hier vorliegenden Sache nun ist überall, wo überhaupt eine Einkaufskommission in Frage ist, ersichtlich, daß der Angekl. jeweils die ganz bestimmten vom Kunden ausgegebenen Wertpapiere angeschafft hat, jedesmal auf Grund und zur Erfüllung gerade des erteilten Auftrags. Dann aber hatte er, nicht anders als in dem Falle RGSt. 61, 336, im Sinne des § 9 Abs. 1 die Papiere „als Kommissionär“ und „für den Kommittenten“ angeschafft und in Besitz genommen, hat also über sie, indem er sie zur Sicherung eigener Verbindlichkeiten verwandte, unbefugt zum eigenen Nutzen verfügt.

sondern für seine eigene (des Kommissionärs) Rechnung. Wenn auch die Deckung seitens des Kommissionärs nötig ist und ein Bankier, der dies nicht tun würde, als betrügerischer bucket shop anzusprechen ist, so läßt sich doch nicht sagen, daß das Deckungsgeschäft die Bedeutung habe, daß der Bankier den wirtschaftlichen Erfolg einem bestimmten Kommittenten zuwenden wolle; der Bankier will sich und muß sich nur durch das Geschäft decken, damit er seinen Verpflichtungen aus dem Selbsteintritt nachkommen kann. Ein klarer Zusammenhang zwischen der durch Selbsteintritt ausgeführten Kommission und einem bestimmten Deckungsgeschäft wird nur ausnahmsweise sich konstruieren lassen. Der Bankier wird bei einem nicht nur ganz minimalen Geschäftsumfang, insbes. bei Geschäften in kuranten Werten, sich zunächst ansehen, wie viele wegen desselben Wertpapiers bei ihm eingelaufene Kauf- und Verkaufsaufträge sich kompensieren lassen, wie viele er wegen der verbleibenden Kaufaufträge aus eigenen Beständen erfüllen kann und will, und sodann wie viele er insgesamt für eigene und fremde Rechnung an der Börse unmittelbar oder durch einen oder mehrere Zentralbankiers hinzukaufen will, Käufe, die nach der Marktlage und keineswegs in einem Block erfolgen. Liegen die Dinge so, so sieht selbst das RG. in der vorliegenden Entsch. keine Möglichkeit, zum Ziele zu gelangen: es wäre dabei unmöglich, nachzuweisen, daß der Kommissionär die Wertpapiere aus Anlaß und zur Durchführung eines bestimmten Auftrags angeschafft hat „mit

Nicht begründet ist hier schließlich das von der Rev. erhobene Bedenken, das Ur. lasse die bei dem geschäftlichen Zusammenbruch des Angekl. gegebene Rechtslage der Kunden nicht erkennen. Denn festgestellt ist für jeden Fall des Selbsteintritts, daß der Angekl. die Papiere, die er aus Anlaß einer bestimmten Kommission angeschafft hatte, trotz der Erkenntnis seiner gefährdeten Wirtschaftslage und trotz der Deckung, die er selbst von den Kunden erlangt hatte, den Zentralbanken als Sicherheit für seine eigenen Verbindlichkeiten dienen ließ, so daß unmittelbar hierdurch die Kunden in ihrem Vermögen zum mindesten gefährdet waren.

Richtig ist im einzelnen allerdings der Hinweis der Rev. darauf, daß die Strk. bei den im Ur. aufgeführten Kunden hervorhebt, es sei kein Nummernverzicht erklärt worden, daß sie also diesen Umstand für bedeutungsvoll gehalten haben müsse. Die Strk. hat hier übersehen, daß seit der W. v. 21. Nov. 1923 ein Verzicht des Kommittenten auf Überlieferung des Stückeverzeichnis nur noch unter ganz besonderen Verhältnissen wirksam ist. Indessen kann das übersehen die Rev. nicht rechtfertigen. Denn wenn, wie die Strk. feststellt, kein Nummernverzicht erklärt worden ist, so war damit die Sachlage genau so, wie sie sich aus dem jetzigen § 3 DepotG. ergibt: daß der Kunde das Recht hatte, vom Angekl. ein Stückeverzeichnis zu fordern, daß er aber von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht und daher auch kein Stückeverzeichnis erhalten hat.

Zusammenfassend ist hiernach an der Auffassung der Strk. nur zu beanstanden, daß sie bezüglich aller zu einer Einheit zusammengefaßten Einzelgeschäfte angenommen hat, der Angekl. habe über Wertpapiere verfügt, die er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hatte, während dies, wie ausgeführt, bei einigen der Einzelgeschäfte nicht zutrifft. Da indessen auch insoweit der Tatbestand des § 9 Abs. 1, wenn auch in anderer Weise, verwirklicht ist, ist die Beurteilung im Ergebnis nicht zu beanstanden. Ebenso besteht kein Bedenken, daß dann die beiden Mischtatbestände des § 9 Abs. 1 miteinander zu dem Sammelvergehen der fortgesetzten Handlung zusammengefaßt sind.

2. Zum Falle L... heim hat die Strk. den Sachverhalt zum Teil durch Wiedergabe des wesentlichen Inhalts von Urkunden dargelegt. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ebensovienig ist es die Angabe des Ur., daß eine Nummernaufgabe zunächst unterblieben sei. Das war für die rechtliche Beurteilung des Falles ebenso belanglos wie die Frage, weshalb die Nummernaufgabe unterblieben ist. Denn die Strk. findet die Übereignung der für das L... heim angeschafften Pfandbriefe darin, daß die Stücke mit einem Streifenband zusammengefaßt, und daß dieses mit der Aufschrift L... heim versehen worden ist, und der Pack im Gewölbe niedergelegt wurde, sowie daß den Angekl. das Geschäft diese Sachlage bekannt gewesen ist. Nachdem die bestimmten Stücke auf diese Weise Eigentum des L... heims geworden waren, hat sie der Angekl. später dem Verwahrungsort entnommen und zur Sicherung einer eigenen Schuld einer Bank verpfändet. Rechtliche Bedenken bestehen dagegen nicht, daß die Strk. auf

dem Willen, den wirtschaftlichen Erfolg dieses Geschäfts dem bestimmten Kommittenten zuzuwenden“. Das bedeutet aber praktisch eine klare Widerlegung der Auffassung, daß die gegebene Auslegung nötig sei, um einen erhöhten Schutz im Interesse der Kommittenten zu schaffen, wie dies der Grundgedanke des DepotG. sei. Denn hiernach könnten nur in kleinen Verhältnissen oder bei ausgefallenen Wertpapieren die Regeln dieser neuen Abspr. Anwendung finden. Damit ist aber dem Publikum, das doch geschützt werden soll, keinesfalls geholfen. Denn wo gerade die zu verhindernden rechtswidrigen Verfügungen zum eigenen Nutzen erfolgen, geschähen sie naturgemäß in erster Linie in kuranten Werten, auf die ohne weiteres Kredit erhältlich ist, und wo der Zusammenhang zwischen einer bestimmten Kommission und einer Deckungsanschaffung nicht auf der Hand liegt.

Das RG. meint, daß durch diese Abspr. der anständige Bankverkehr nicht unerträglich belastet werde, der Bankier habe nur dafür zu sorgen, daß die von ihm auf dem Wege über den Zentralbankier angeschafften Papiere dort auf dem Depotkonto B geführt werden. Wie anders soll der korrekte Bankier dies erreichen, als daß er auch in den Fällen des Selbsteintritts bei Vornahme des Deckungsgeschäfts die bei einem Deckungsgeschäft völlig unlogische Anzeigepflicht nach § 8 Abs. 1 Satz 2 macht, eine Anzeigepflicht bei der einfachen Kommission, welche sehr stark mit dazu beigetragen hat, daß sich der Selbsteintritt des Bankiers allgemein herausbildete, weil durch der

Grund der von ihr festgestellten tatsächlichen Verhältnisse angenommen hat, das Eigentum an den Papieren sei auf das L...heim dadurch übertragen worden, daß der Angekl., im Besitz der Papiere sich befindend, mit dem L...heim ein Rechtsverhältnis vereinbarte, vermöge dessen das Heim den mittelbaren Besitz erlangte. Das Ur. stellt fest, der Angekl. habe am 28. März 1928 bei Bestätigung des ihm erteilten Anschaffungsauftrags erklärt, er werde die Stücke nach ihrem Eingang dem Depot des L...heims beifügen. Mit anderen Worten, er verpflichtete sich damit — was übrigens nach der Sachlage wohl selbstverständlich war —, die Papiere für das L...heim in Verwahrung zu nehmen; daß die Strk. weiter angenommen hat, die Leitung des L...heims habe dieses Erbieten des Angekl. angenommen, ist nach den Ausführungen des Ur. außer Zweifel. Dann aber hatte der Angekl. vermögensmäßig die Papiere in Verwahrung zu nehmen, und gerade dies hat er nach der Feststellung der Strk. auch getan, wenn auch die Art der Verwahrung nicht genau die war, wie er sie am 28. März 1928 in Aussicht gestellt hatte.

Siernach waren die Pfandbriefe, über die der Angekl. durch Verpfändung verfügt hat, für ihn fremde. Wenn anschließend an diese Feststellung die Strk., unter Berufung auf Feisenberger, Anm. 5 Abs. 2 zu § 11, weiter ausführt, der Tatbestand dieser Strafbestimmung setze übrigens nicht rechtlich fremde Sachen voraus, so braucht diese Frage nicht erörtert zu werden. Immerhin mag darauf hingewiesen werden, daß inzwischen die Entsch. in RSt. 61, 340 die entgegen gesetzte Auffassung ausgesprochen hat.

Rechtlich bedenkenfrei ist schließlich die Feststellung, daß der Angekl., als er die Pfandbriefe veräußerte, seine Überschuldung gekannt habe; insbes. bestehen keine Bedenken gegen die Begründung, mit der die Strk. die Erwartung oder Hoffnung des Angekl. als rechtlich bedeutungslos ablehnt, seine Frau werde ihm zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ihr Vorbehaltsgut zur Verfügung stellen.

Frrig ist nur, daß die Strk. sagt, der Angekl. habe über die für das L...heim angeschafften Papiere durch die Verpfändung als Kommissionär verfügt. Angeschafft hatte er sie allerdings auf Grund einer Kommission. Auch übersendet wurden die Papiere von dem Zentralbankier an ihn auf Grund des Kommissionsverhältnisses. Das war am 10. April 1928. Nachdem aber der Angekl. anschließend die Papiere in der angegebenen Weise dem L...heim übereignet hatte, war, wie auch zu Nr. 2 bereits auszuführen war, das Kommissionsverhältnis zu den Papieren erledigt. Der Angekl. war vielmehr jetzt nichts weiter als Verwahrer, wie er es hinsichtlich des sonstigen Depots des L...heims war. Erst am 1. Juli 1928 hat er sodann die Papiere verpfändet. Die Auffassung, daß er gleichwohl als Kommissionär verfügt hätte, könnte nicht damit begründet werden, daß § 11 darauf abstellt, daß der Täter die Wertpapiere als Kommissionär „in Gewahrsam genommen habe“ (was ja in der vorliegenden Sache vorher tatsächlich geschehen war); es ist vielmehr im Sinne der Vorschrift zu ergänzen, daß das Rechtsverhältnis — hier die Kommission —, auf Grund deren der

Gewahrsam erlangt war, noch fortbestand, während ein Kommissionär, der etwa die Wertpapiere zur Ausführung des Geschäfts dem Kunden körperlich übergeben und sie nachträglich von ihm zur Verwahrung wieder erhalten hätte, nicht auf der Grundlage der früher geschehenen „Erlangung als Kommissionär“ beurteilt werden könnte. Indessen ist der Irrtum der Strk. im Ergebnis belanglos, da für die Tat des § 11 DepotG. der Verwahrer dem Kommissionär gleichsteht.

(1. Sen. v. 20. Jan. 1931; 1 D 1287/30.)

[A.]

## Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates des RG.

1. 1. Zum Nachweis der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 des AufwStG. genügt es grundsätzlich nicht, wenn sich der Schuldner zur Erlangung der für die Rückzahlung des Aufwertungsbeitrages erforderlichen Mittel nur an eine Stelle gewandt hat.

2. Als eine Verletzung des Gesetzes ist es in der Regel anzusehen, wenn das Landgericht die Frage der Zahlung des Aufwertungsbeitrages in Teilbeträgen mit den Parteien nicht erörtert hat. †)

Der Antragsgegner ist Gläubiger, die Antragstellerin Schuldnerin einer aufgewerteten Forderung, die auf dem Grundstück der Schuldnerin durch eine ersttellige Hypothek dinglich gesichert ist. Die Schuldnerin hat die Bewilligung einer Zahlungsfrist beantragt. Die AufwSt. hat für die Schuldsomme in voller Höhe eine Zahlungsfrist bis zum 31. Dez. 1934 bewilligt, die Bewilligung jedoch gem. § 10 Abs. 2 a. a. D. davon abhängig gemacht, daß die Schuldnerin den nicht gesicherten Teil der Forderung an der nächstbereiten Stelle im Grundbuch dinglich sichert. Das RG. hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Nach § 7 AufwStG. darf die AufwSt. eine Zahlungsfrist nur bewilligen, wenn der Antragsteller über die zur Rückzahlung des Aufwertungsbeitrages erforderlichen Mittel nicht verfügt und auch nicht in der Lage ist, sie sich zu Bedingungen zu verschaffen, die ihm billigerweise zugemutet werden können. Sache des Antragstellers ist es, anzugeben, welche Schritte er zur Beschaffung der Mittel unternommen hat. Die Aufgabe der AufwSt. ist es, an der Hand dieser Angaben, erforderlichenfalls nach Ausübung des richterlichen Fragerechts (§ 12 ZPO.), die nötigen Beweise zu erheben. Bei einer ersttelligen Hypothek wird es im allgemeinen genügen, daß der Antragsteller die Bescheide, welche er auf Beleihungsanträge von Hypothekenbanken, öffentlichen Kreditinstituten, Versicherungsgesellschaften, Sparkassen oder ähnlichen Beleihungsanstalten erhalten hat, vorlegt. Jedoch ist es keinesfalls als ausreichend zu erachten, daß der Antragsteller nur einen ablehnenden Bescheid vorlegt. Bei nachstelligten Hypotheken wird es nicht genügen, daß der Antragsteller ablehnende Bescheide von Kreditinstituten vorlegt; er wird vielmehr auch darlegen müssen, daß er sich auf Zeitungsanzeigen, in denen Geld für nachstellige Hypotheken angeboten ist, gemeldet hat oder daß er selbst eine entsprechende Anzeige aufgegeben oder daß er einen Makler mit der Beschaffung einer Hypothek beauftragt hat, und was das Ergebnis dieser Verhandlungen (Vorlegung des Schriftwechsels) der AufwSt. unterbreiten müssen. Vgl. Radler, Komm. z. AufwStG. § 7 Anm. 5 (S. 43). Das gleiche gilt für dinglich nicht gesicherte Aufwertungsforderungen.

die Wertpapiere fremde, zur Verwahrung übergebene Wertpapiere geworden. Sehr richtig ist die Zurückweisung, die das RG. erteilt, daß § 11 keinesfalls sich auf eigene Wertpapiere des Bankiers bezieht. Selbstverständlich, aber zur weiteren Verbreitung des Verständnisses sehr nützlich ist die emphatische Feststellung, daß mit der Übergabe das Kommissionsverhältnis beendet ist und die Strafe in diesem Fall den Bankier als Verwahrer trifft.

RA. E. Permann D hse, Berlin.

artige Anzeigen dem Zentralbankier ein zu intimer Einblick in die Geschäfte seines lokalen Kollegen gewährt wurde, ganz abgesehen davon, daß bei Ausführungen im Ausland die Erklärung nicht nur völlig überflüssig, sondern oft geradezu verhängnisvoll wirkt. Abgesehen davon wird jeder anständige und sorgfältige Bankier jetzt in ein Dilemma geraten, wenn er eigene Wertpapiere verpfänden oder verkaufen will, wenn bezüglich dieser Gattungen Kommissionen laufen, die noch nicht durch Eigentumsübergang völlig abgewickelt sind. Wer vermag zu sagen, ob nicht ein geschickter Buchführer den Zusammenhang zwischen einer Kommission und einem Deckungsgeschäft zur Überzeugung eines Strafrichters nachweisen kann, während der tägliche Geschäftsverkehr nur darauf sieht, daß für alle Ausführungen Deckung vorhanden ist und infolgedessen auch die späterhin als eine bestimmte Kommission betreffend anzusprechenden eigenen Wertpapiere zur Erfüllung eigener Verbindlichkeiten des Bankiers verwendet. Selbst das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit kann da kaum helfen, und es bleibt die große Frage offen, welcher Art war der Irrtum des schuldigen Bankiers.

2. Zum zweiten Teil der Entsch.: Der Übergang des Eigentums der für das L...heim angeschafften Pfandbriefe durch gesonderte Aufbewahrung ist rechtlich zutreffend festgestellt, wo der Bankier bei der Bestätigung des Anschaffungsauftrags erklärt hatte, er wolle die Stücke nach Eingang dem Depot beifügen. Damit waren

Zu 1. Die Lösung der Aufgaben, die das AufwStG. den AufwSt. und den höheren Instanzen zudiktiert hat, stellt mit dem traurigen Verfall der deutschen Wirtschaft die entscheidenden Stellen vor kaum lösbare Probleme, und man kann sich vorstellen, daß diese Stellen die Aufgaben, die ihnen gegenwärtig obliegen, kaum mehr mit besonderer Arbeitsfreudigkeit werden erfüllen können. Gewiß sind, theoretisch betrachtet, die beiden Rechtsgrundsätze, die das RG. in der vorliegenden Entsch. ausspricht, absolut zweifellos, aber die Entscheidung der ersten Frage hat im großen ganzen nur formale Bedeutung; denn ein Schuldner wird in einer Zeit, in der Gelder zur Anlegung von Hypotheken überhaupt nur äußerst schwer zur Verfügung gestellt werden, auch die Negativbescheide von mehr als einer Stelle mit Wichtigkeit beibringen können. Größere praktische Bedeutung hat der zweite vom RG. ausgesprochene Rechtsatz; nur sollte

Die Antragstellerin hat lediglich dargetan, daß die Stadtparkasse in A. die Gewährung einer Hypothek in voller Höhe der Aufwertungsforforderung des Gläubigers abgelehnt, daß sie aber eine erstfällige Verleiheung mit 3000 G.M. als vielleicht möglich bezeichnet hat. Auf Grund dieser Auskünfte hat das RG. angenommen, daß die Antragstellerin weder von der Stadtparkasse noch auch von sonstiger Seite eine Ersatzhypothek oder sonst Geld zu erträglichen Bedingungen erhalten könne. Mit Rücksicht hierauf sowie auf die ungünstige Wirtschaftslage der Antragstellerin hat es deshalb die beantragte Zahlungsfrist bewilligt.

Dieses Verfahren ist rechtmäßig zu beanstanden. Das RG. dürfte sich mit der ablehnenden Auskunft nur einer Stelle nicht begnügen. Es mußte vielmehr die Antragstellerin zu einer näheren Darlegung veranlassen, ob und welche Schritte sie sonst zur Erlangung des erforderlichen Betrages getan hat, und ob und zu welchen Bedingungen ihr etwa Kreditgewährung in Aussicht gestellt ist. Sofern die Antragstellerin derartige weitere Schritte nicht nachweisen konnte, hätte ihr das RG. unter Freisetzung eine dahingehende Auflage machen müssen.

Das RG. hat ferner nicht geprüft, ob die Antragstellerin in der Lage ist, den Aufwertungsbeitrag zu einem Teile zurückzuzahlen.

§ 10 Abs. 1 Aufw. u. V. G. gibt dem Aufwertungsrichter das Recht und legt ihm andererseits — gem. § 12 F. G. — auch die Pflicht auf, vor der Bewilligung einer Zahlungsfrist mit dem Gläubiger zu verhandeln und ihn zu befragen, ob er gegen Leistung einer oder auch mehrerer Abschlagszahlungen mit der Gewährung der Zahlungsfrist einverstanden ist. Der Schuldner, dem die Rückzahlung des gesamten Aufwertungsbeitrages nicht möglich ist, weil er das dazu erforderliche Vermögen nicht besitzt und sich auch Kredit in ausreichender Höhe nicht beschaffen kann, wird häufig in der Lage sein, einen Teil des Aufwertungsbeitrages zu beschaffen oder Teilzahlungen, sei es aus seinem Kapitalvermögen, sei es aus seinem Einkommen, zu leisten. Andererseits wird eine dringende Notlage des Gläubigers in vielen Fällen es rechtfertigen, die unbillige Härte i. S. des § 7 Abs. 2 Aufw. u. V. G. zu bejahen und wenigstens, sofern der Gläubiger zustimmt, Teilzahlungen anzuordnen. Vgl. Adler a. a. O. § 7 Anm. 7 und 8 (S. 46, 47).

Das RG. hätte deshalb den Gläubiger befragen müssen, ob er der Leistung von Abschlagszahlungen durch den Schuldner zustimmt.

Das RG. wird den Gläubiger aber auch darauf hinzuweisen haben, daß die Verweigerung seiner Zustimmung zur Leistung von Abschlagszahlungen unter Umständen mit Rücksicht auf § 10 a. a. O. zur Folge haben kann, daß im Interesse der Schuldnerin die Bewilligung einer Zahlungsfrist für den gesamten Aufwertungsbeitrag geboten ist.

(RG., 9. Zivilsen., Beschl. v. 23. Sept. 1931, Aw F 9/31.)

Mitgeteilt von RWM. Dr. Stephan, Berlin.

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### 1. Preußen.

1. §§ 93a ff. GenG. Mit wieviel Geschäftsanteilen tritt bei der Genossenschaftsfusion ein Mitglied der aufgelösten in die übernehmende Genossenschaft über? \*)

Die Beschw. war Genossin der Sch. L. Genossenschaftsbank e. G. m. b. H. in B., die mit der Provinzial-Genossenschafts- und Raiffeisenbank e. G. m. b. H. in D. als der übernehmenden Genossenschaft ver-

die Praxis auch hier nicht vergessen, daß schließlich auch Teilbeträge bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen nur gegen hypothekarische Sicherstellung zu beschaffen sind, und daß deshalb die Erlangung von Teilbeträgen unter Umständen noch schwieriger ist als die Erlangung des ganzen Betrages. Fälle, in denen aus dem Einkommen oder sonstigen Quellen die Teilzahlungen geleistet werden können, werden heutzutage leider nicht häufig sein. Der Gesetzgeber sollte sich wirklich überlegen, ob er in einer Wirtschaftslage wie unserer gegenwärtigen nicht den Vorschlag der allgemeinen Stundung der Hypotheken über den 31. Dez. 1931 hinaus sich zu eigen machen muß (vgl. Breslauer: DNotZ. 1931, 567).

RM. Dr. Lemberg, Breslau.

Zu 1. Das RG. entscheidet die in der Überschrift gestellte Frage — in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen — dahin, daß der Genosse so viele Geschäftsanteile bei der übernehmenden Genossenschaft erwerben, wie er bei der aufgelösten besessen habe.

Mit Recht lehnt das RG. allerdings zunächst die Begründung der Vorinstanzen ab. § 93c Abs. 1 Satz 1 GenG. besagt im Grunde etwas Selbstverständliches und trifft eine Feststellung, die nicht auf den vorliegenden Tatbestand abzielt. Wenn eine Genossenschaft aufgelöst und von einer anderen übernommen wird, so muß sich die Rechtsstellung der Genossen nunmehr nach der Genossenschaft richten, zu deren Mitgliedschaftskörper sie jetzt gehören. Das bringt § 93c Abs. 1 Satz 1 auch sprachlich ganz eindeutig zum Ausdruck: Die Mitglieder „dieser“, d. h. der unmittelbar vorher genannten „aufgelösten Genossenschaft“ gelten mit der Eintragung der Verschmelzung als Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft mit den aus dieser, d. h. der — wiederum gerade zuvor genannten — übernehmenden

Genossenschaft eingetragenen und die Firma der aufgelösten Sch. L. Genossenschaftsbank gelöst. Da die Beschw. bei dieser mit zwölf Geschäftsanteilen beteiligt war, wurde sie bei der Eintragung in die Genossenschaft der übernehmenden Genossenschaft gleichfalls mit zwölf Geschäftsanteilen eingetragen. Daraufhin beantragte sie beim Registergericht, diese Eintragung hinsichtlich von elf weiteren Geschäftsanteilen zu löschen, weil sie nur mit einem, aber nicht mit weiteren Geschäftsanteilen als Genossin der übernehmenden Genossenschaft habe eingetragen werden dürfen. Der Antrag blieb in allen Instanzen erfolglos.

Es handelt sich um die Frage, ob bei der Verschmelzung zweier Genossenschaften die Genossen der aufgelösten Genossenschaft bei der übernehmenden ohne weiteres mit derselben Zahl von Geschäftsanteilen beteiligt sind, die sie bei der aufgelösten Genossenschaft hatten. Im GenG. ist diese Frage nicht beantwortet. Einen Anhalt für die Beantwortung bietet nach der Ansicht der Vorinstanzen der § 93c Abs. 1 Satz 1 GenG., welcher lautet:

„Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Genossenschaftsregister des Sitzes der aufgelösten Genossenschaft gelten die Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft mit den aus dieser Mitgliedschaft sich ergebenden Rechten und Pflichten.“

Das RG. hat ebenso wie das Registergericht diese Bestimmung für seine Entsch. herangezogen und sie dahin ausgelegt, daß die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft in derselben Weise, wie sie bisher Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft gewesen seien, durch die Verschmelzung Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft würden, also auch mit soviel Geschäftsanteilen, wie sie bisher bei der aufgelösten Genossenschaft gehabt hätten. Diese Auslegung widerspricht allerdings dem Wortlaut des Ges., welches bestimmt, daß die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft als Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft mit den aus dieser Mitgliedschaft sich ergebenden Rechten und Pflichten gelten. Das kann nur heißen, daß sie in die übernehmende Genossenschaft übertreten mit den Rechten und Pflichten, die sich aus der Mitgliedschaft bei der übernehmenden Genossenschaft ergeben. Diese Auslegung ist nicht nur sprachlich, sondern auch dem Sinne nach geboten. Denn mit der Vollziehung der Verschmelzung, d. h. mit ihrer Eintragung in das GenReg. des Sitzes der aufgelösten Genossenschaft (§§ 93a Abs. 3, 93c Abs. 1 GenG.), erlischt die aufgelöste (übernommene) Genossenschaft mit ihrer Firma; ebenso erlischt die Mitgliedschaft bei ihr (Parifiusus=Erüger, Vertausg. zum GenG., 1928, A. 4 zu § 93d GenG.). Die Rechtslage entspricht derjenigen, die bei der Verschmelzung von AktG. eintritt, wie denn auch die Verschmelzung von Genossenschaften betreffenden, durch die Novelle v. 1. Juli 1922 (RGBl. I, 567) geschaffenen Best. der §§ 93a bis 93d GenG. sich eng an die Vorschr. der §§ 304 bis 306 HGB. über die Verschmelzung von AktG. anlehnen. Erfolgen aber mit dem Untergange der aufgelösten Genossenschaft auch die Mitgliedschaft ihrer Genossen und deren Geschäftsanteile an ihr und treten gleichzeitig die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft als Mitglieder in die übernehmende Genossenschaft über, so erhellt, daß der Inhalt der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten dieser Genossen sich von nun an nicht mehr nach ihrem Verhältnis zu der aufgelösten, sondern nur nach dem Rechte der übernehmenden Genossenschaft richten kann. Nur so ist § 93c Abs. 1 Satz 1 GenG. zu verstehen, wenn er bestimmt, daß die Genossen der aufgelösten Genossenschaft Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft mit den aus

Genossenschaft sich ergebenden Rechten und Pflichten. § 93c Abs. 1 Satz 1 kann also keinesfalls — wie von RegGer. und Beschw. — dafür verwandt werden, daß ein Genosse genau so, wie er bei der aufgelösten Genossenschaft gestanden hat, in die übernehmende trete. Die Vorschrift regelt aber auch nur das genossenschaftliche Leben der durch die Verschmelzung neu gewonnenen Mitglieder, soweit es sich auf die allgemeinen und gleich gültigen Berechtigungen und Verpflichtungen bezieht. Zu den Fragen des Übergangs selbst, wie sie sich aus der persönlichen Verschiedenartigkeit der Beteiligungen durch mehrere Geschäftsanteile ergeben, nimmt § 93c Abs. 1 Satz 1 nicht Stellung.

Auch aus § 93d Abs. 3 GenG. läßt sich ein Anhaltspunkt für die Lösung der Frage nicht herleiten. Das Gesetz trifft hier lediglich eine Sicherung für die Gläubiger, wonach ein Spitzenbetrag vom Geschäftsguthaben, der sich durch die verschiedene Höhe der Geschäftsanteile bei aufgelöster und übernehmender Genossenschaft ergibt, nicht vor einem bestimmten Termin auszubehalten werden darf. Das Gesetz spricht von „dem“ Geschäftsanteil bei der aufgelösten und stellt ihm „den“ Geschäftsanteil der übernehmenden Genossenschaft gegenüber. Es geht also nur von dem einfachsten und grundsätzlichen Fall aus, daß bei der Verschmelzung ein Geschäftsanteil in Betracht kommt. Eine entsprechende Anwendung kann diese Regelung erfahren, wenn die mehrfache Beteiligung auch bei der übernehmenden Genossenschaft feststeht und es sich dann noch um die Herauszahlung einer Spitze handelt. Dagegen bezieht sich die Rechtsfrage, ob die mehrfache Beteiligung bei der einen Genossenschaft auf die andere weiter wirkt, auf anderer Linie.

Wenn sich das RG. für seine eigene Begründung im wesentlichen auf Citron (WGenoss. 1930, 184) stützt, so übergeht es einen Gesichtspunkt, zu dem eine Stellungnahme erforderlich scheint.

dieser Mitgliedschaft sich ergebenden Rechten und Pflichten werden. Derselben Ansicht ist Citron: WGenoßW. 1930, 184, welcher zu der hier streitigen Frage ausführt, wenn im Verschmelzungsvertrage über die Anzahl der von den Genossen der aufgelösten Genossenschaft bei der übernehmenden Genossenschaft zu erwerbenden Anteile nichts Besonderes bestimmt sei, so sei § 93 c Abs. 1 Satz 1 GenG. maßgebend. Danach sei aber für die Pflichten der neuen Genossen lediglich das maßgebend, was für die Pflichten der Genossen bei der übernehmenden Genossenschaft gelte. Richtigerweise wird jedoch für die Entscheidung der Frage, mit welcher Anzahl von Geschäftsanteilen der Genosse der aufgelösten Genossenschaft in die übernehmende übertritt, der § 93 c Abs. 1 Satz 1 überhaupt nicht heranzuziehen sein. Citron zieht denn auch aus der vorstehend wiedergegebenen, an die bezeichnete Vorschrift anknüpfende Ausführung nicht die Folgerung, daß ein bei der aufgelösten Genossenschaft mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligter Genosse bei der übernehmenden, solange er nicht weitere Anteile besonders erwerbe, der bloßen Tatsache seiner Mitgliedschaft entsprechend nur einen Anteil erhalte. Er führt vielmehr weiter aus, wenn beispielsweise bei beiden in Frage kommenden Genossenschaften der Geschäftsanteil 200 RM betrage, der Genosse aber bei der aufgelösten Genossenschaft ein Geschäftsguthaben von 500 RM und drei Geschäftsanteile gehabt habe, der letzte also noch nicht voll eingezahlt worden sei, so werde nach Lage der Sache anzunehmen sein, daß er, soweit die Satzung der übernehmenden Genossenschaft den Erwerb von drei Anteilen zulasse, auch dort drei Anteile erwerbe. Lasse die Satzung der übernehmenden Genossenschaft aber nur den Erwerb von zwei Anteilen zu, so werde der Genosse nur zwei Anteile erwerben, und es werde, falls über den Spitzenbetrag von 100 RM nichts bestimmt sei, dieser an den Genossen nach der Vereinigung der Vermögen der beiden Genossenschaften herausgezahlt werden müssen. Citron leitet diese Lösungen aus einer entsprechenden Anwendung des § 93 d Abs. 3 GenG. her, welcher bestimmt, wenn der Geschäftsanteil bei der übernehmenden Genossenschaft geringer als der bei der aufgelösten sei, so dürfe eine aus diesem Grunde gebotene Rückzahlung an die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft nicht vor der Vereinigung der Vermögen der beiden Genossenschaften erfolgen. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob auch diese Bestimmung sich für die Beantwortung der zur Entscheidung stehenden Frage verwenden läßt, da sie nicht von der Anzahl der Geschäftsanteile, sondern von ihrer Höhe handelt und lediglich den Zeitpunkt einer etwa notwendig werdenden Rückzahlung auf den Geschäftsanteil bestimmt. Im Ergebnis ist aber Citron bezutreten, auch darin, daß die von ihm vorgeschlagenen Lösungen, wie er sich ausdrückt, „nach Lage der Sache“ geboten sind. Der Wegfall der „weiteren“ Geschäftsanteile, wie er nach der Ansicht der Beschwerde als Folge der Verschmelzung eintreten soll, und die dadurch sich ergebende Veränderung in der Rechtsstellung des mehrere Anteile besitzenden Genossen, sind nicht etwas Selbstverständliches; eine solche Folge wäre demnach, wie angenommen werden muß, wenn sie vom Gesetzgeber gewollt gewesen wäre, im Gesetz zweifelsfrei angeordnet worden. Ein anderes Ergebnis als dasjenige, zu dem Citron und die Vorinstanzen gelangen, widerspräche aber auch dem Zwecke der Fusion, die übernehmende Genossenschaft möglichst zu stärken und ihr jedenfalls die Mittel zuzuführen, über die die aufgelöste Genossenschaft schon bisher verfügte. Dieser Erfolg würde im Regelfälle vereitelt werden, wenn ein Genosse, der bei der aufgelösten Genossenschaft mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligt war, bei der neuen Genossenschaft, der er kraft der Fusion, also

Citron und mit ihm das RG. gehen mit dem zit. Beispiel von dem einfachen und unbedenklichen Fall aus, daß der Geschäftsanteil und damit — § 131 GenG. — der Mindestbetrag der Haftsumme bei beiden Genossenschaften gleich hoch ist. Alsdann will Citron den Genossen, der bei der aufgelösten Genossenschaft mehrere Geschäftsanteile erworben und somit ein über den Betrag eines Geschäftsanteils hinausgehendes Geschäftsguthaben erreicht hat, bei der übernehmenden Genossenschaft so viele Geschäftsanteile erwerben lassen, daß das volle Geschäftsguthaben in Anteilen erreicht ist. Der Schwerpunkt der Citron'schen Darlegungen liegt in dem Bestreben, aus den Zwecken der Fusion heraus das ganze Geschäftsguthaben eines Genossen der aufgelösten Genossenschaft für die übernehmende Genossenschaft nutzbar zu machen. Citron hat die Folgerungen, die das RG. aus seinen Erörterungen gezogen hat, abgelehnt (a. a. D. S. 725).

So bleiben als Gründe des RG. im wesentlichen das Fehlen einer seiner Auffassung entgegenstehenden Gesetzesregelung und der Zweck der Fusion, die Erhaltung der in der aufgelösten Genossenschaft angefallenen Mittel, übrig. Diese beiden Argumente sind angesichts der weittragenden Konsequenzen vielleicht allein nicht durchschlagend. Trotzdem ist dem RG. im Ergebnis beizupflichten. Es ist das Wesen der Verschmelzung ohne Liquidation, wie sie hier vorliegt, daß die ausgenommene Genossenschaft als Ganzes, als in allen Teilen erhaltener Organismus, übergeht. Deshalb müssen auch die innergesellschaftlichen Verhältnisse, wie sie bei der übernommenen Genossenschaft bestanden haben, weiter Geltung behalten, es sei denn, daß dies mit dem satzungsmäßigen Rechte der übernehmenden Genossenschaft, unter das die fusionierte tritt, nicht in Einklang zu bringen wäre. Es muß demnach der Genosse, der in der übernommenen Genossenschaft

insbes. auf Grund des Beschlusses der GenVers. seiner eigenen bisherigen Genossenschaft, angehört, nur mit einem Geschäftsanteil beteiligt sein könnte. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein. Will ein Genosse, der bei der aufgelösten Genossenschaft mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligt war, bei der übernehmenden — vorausgesetzt, daß diese wie in vorliegenden Falle die Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen in mindestens demselben Maße zuläßt, in dem der Genosse bei der aufgelösten Genossenschaft beteiligt war — nicht in dieselbe Rechtsstellung eintreten, so steht ihm das Recht der Kündigung nach § 93 c Abs. 3 GenG. zu...

(RG., 1b ZibSen., Beschl. v. 3. Juli 1930, 1b X 275/30.)

Mitgeteilt von WM. Dr. Heymann, Berlin.

\*

2. §§ 94 ff. PrAllgBergG. Die Vertretungsmacht des Repräsentanten einer Gewerkschaft ist in den Fällen, wo der Repräsentant nach § 120 eines besonderen Auftrags der Gewerkschaftsversammlung bedarf, nur insofern eingeschränkt, als zur Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Vertretungshandlung die Zustimmung der Gewerkschaftsversammlung erforderlich ist. Wird zum Nachweise der Zustimmung der Gewerkschaftsversammlung dem Grundbuchamt ein von dem „alleinigen Gewerke“ gefaßter Beschluß in notarieller Form vorgelegt, so braucht die Übertragung aller Rüge auf den beschließenden Gewerke dann nicht in der Form des § 29 GBD. nachgewiesen werden, wenn nach dem Inhalte des über die Versammlung aufgenommenen Protokolls der Gewerke die Versammlung als der im Gewerkenbuche als alleiniger Eigentümer aller Rüge Eingetragene abgehalten hat.)

Gewerke der als Eigentümerin des Bergwerks eingetragenen Gewerkschaft waren zunächst der Rittergutsbesitzer E. mit  $\frac{99}{100}$  Anteilen und der Major a. D. B. mit  $\frac{1}{100}$  Anteil. Die von beiden Gewerken am 27. März 1930 abgehaltene Gewerkschaftsversammlung stellte zum alleinigen Repräsentanten den Rittergutsbesitzer E. und beschloß weiter, daß der Bestellte u. a. „zu jedweder Verfügung über das Gewerkschaftsvermögen berechtigt sein solle, soweit nicht das AllgBergG. für die preuß. Staaten zwingend eine Beschlußfassung der Gewerkschaftsversammlung für notwendig hält“. An demselben Tage bewilligte und beantragte der Rittergutsbesitzer E. als Repräsentant der Gewerkschaft die Eintragung einer Grundschuld. Das GWA. bestandete den Antrag u. a. dahin, daß die in der Gewerkschaftsversammlung v. 27. März 1930 beschlossene Ermächtigung an den Repräsentanten „zu jedweder Verfügung über das Gewerkschaftsvermögen, soweit nicht ...“ noch der Bestätigung des Oberbergamts bedürfe. Der Rittergutsbesitzer E. hielt hierauf als alleiniger Gewerke die in der not. Verhandlung v. 3. Juni 1930 beurkundete Gewerkschaftsversammlung ab und beschloß: „zu § 5 der Satzung wird hinzugefügt: Der Repräsentant soll ... zur Belastung des Bergwerkseigentums ohne Beschlußfassung der Gewerkschaftsversammlung berechtigt sein“; ferner „Die Bestellung einer Grundschuld von 50 000 G.M. durch den alleinigen Repräsentanten der Gewerkschaft in der notariellen Verhandlung v. 27. März 1930 ... wird einstimmig genehmigt.“ Das GWA. gab nunmehr durch eine neue Zwischenverfügung auf, zum Nachweise dafür, daß am 3. Juni 1930 alle Rüge in der Hand des Rittergutsbesitzers E. vereinigt gewesen seien, sämtliche Rüge der Gewerkschaft und ferner

durch den Erwerb mehrerer Geschäftsanteile eine Sonderstellung erlangt hat, in dieser Sonderstellung verbleiben. Es widerspräche m. E. dem Sinne der §§ 134 f. GenG., wenn in dem Verhältnis der Genossen zueinander und von ihnen zur Genossenschaft durch eine Verschmelzung mit einer anderen Genossenschaft eine allgemeine Gleichmachung eintrete. Die bisher vorhandenen Berechtigungs- (z. B. §§ 19, 91) und Verpflichtungs- (z. B. § 135 GenG.) Relationen müssen erhalten bleiben.

Diese Regelung kann allerdings, wie schon angedeutet, eine Pflichtenerhöhung des Genossen mit mehreren Anteilen im Gefolge haben, nämlich dann, wenn der Geschäftsanteil (und damit die Haftsumme) der übernehmenden Genossenschaft höher ist als bei der aufgelösten. Diese Pflichtenerweiterung muß der Genosse aber „dulden“. Ebenso wie die aufgelöste Genossenschaft durch einen Beschluß mit Dreiviertelmehrheit der Erschienenen gem. §§ 16 Abs. 2 und 132 GenG. Geschäftsanteil und Haftsumme gegen die Stimme des einzelnen Genossen hätte erhöhen können, hat die GenVers. ebenfalls mit Dreiviertelmehrheit der Erschienenen die Fusion beschlossen, und zwar in Kenntnis der höheren Verpflichtungssumme bei der übernehmenden Genossenschaft. Deshalb fällt die Pflichtenerweiterung, die bei Billigung der kammergerichtlichen Entsch. bei dem einzelnen Genossen eintreten kann, in den Rahmen der anerkannten Duldungspflicht und kann den einzelnen Genossen aufgebürdet werden. Will der Genosse sich nicht fügen, so bleibt ihm der Weg des Austritts gemäß § 93 c Abs. 3 GenG., den ihm das RG. auch gewiesen hat.

RM. Prof. Dr. A. Saenger, Frankfurt a. M.

Zu 2. Zu der Rechtsstellung des Repräsentanten einer Gewerkschaft preuß. Rechts bringt der Beschluß keine neuen Gesichtspunkte.

eine gerichtlich oder notariell beglaubigte Abtretungsurkunde über den früher in der Hand des B. gewesenen Kuz vorzulegen. Der Beschw. E. hielt daraufhin am 29. Okt. 1930 als alleiniger Gewerke eine neue Gewerkenversammlung ab, über die sich die notarielle Urkunde von demselben Tage verhält. Nach dem Protokoll erklärte E. zu Beginn der Verhandlung, er lege u. a. das Gewerkenbuch vor. Hiernach heißt es in der Urkunde: „Der Notar stellte durch Einsicht des Gewerkenbuches fest, daß der Erschienene der alleinige Gewerke der Gewerkschaft ist.“ Sodann folgen dieselben Beschlüsse wie in der Urkunde v. 3. Juni 1930.

Die in der Versammlung v. 29. Okt. 1930 beschlossene Satzungsänderung wurde am 10. Nov. 1930 von dem Oberbergamt bestätigt. Der Grundbuchrichter wies nach Vorlegung auch dieser Urkunden den Antrag auf Eintragung der Grundschuld zurück. Die von dem Repräsentanten der Gewerkschaft eingeleitete Beschwerde hatte keinen Erfolg. Seine weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen.

Nach §§ 119 Abs. 2, 120 AllgBergG. bedarf der Repräsentant, der gem. § 119 Abs. 1 AllgBergG. die Gewerkschaft grundsätzlich in allen ihren Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertritt, zur Belastung des Bergwerks mit einer Grundschuld eines „besonderen Auftrages der Gewerkenversammlung“ (§ 120), einer „Spezialvollmacht“ (§ 119 Abs. 2). Denn bei der dinglichen Belastung des Bergwerks handelt es sich um einen Gegenstand, welcher gem. § 114 Abs. 1 AllgBergG. nur von einer Mehrheit von wenigstens drei Vierteln aller Kuz beschlossen werden kann (§ 120 Ziff. 1). Nach §§ 94 Abs. 3, 124 AllgBergG. kann allerdings die Zustimmung des § 120 abgeändert werden, jedoch nur durch ein förmliches, d. h. durch ein notariell oder gerichtlich errichtetes Statut, welches der Zustimmung von wenigstens drei Vierteln aller Anteile und der Bestätigung des Oberbergamts bedarf (§ 94 Abs. 2). Ob diese erschwerte Form, wie *Sfah*, AllgBergG. § 119 A. 4 und § 120 meint, nur für den Fall gilt, daß die Erweiterung der Vertretungsmacht als allgemeine, die Verfassung der Gewerkschaft dauernd, ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Repräsentanten beherrschende Regel gedacht ist, nicht dagegen, wenn die Erweiterung der Vertretungsmacht nur für die Amtsdauer des derzeitigen Repräsentanten vorgesehen ist, kann dahingestellt bleiben. Ebenso kann auf sich beruhen, ob nicht der die Erweiterung der Vertretungsmacht ausprechende Beschl. der Gewerkenversammlung v. 27. März 1930 den Erfordernissen eines förmlichen Statuts entspricht, insbes. ob nicht die von dem Oberbergamt zu dem in derselben Gewerkenversammlung beschlossenen Satzung erteilte Bestätigung sich auch auf den ersten Beschl. mitbezieht, zumal nach dem Protokoll die Genehmigung des Oberbergamts für beide Beschlüsse beantragt worden ist. Die Wirksamkeit der von dem Repräsentanten erklärten Eintragungsbewilligung v. 27. März 1930 ist jedenfalls aus anderen Gründen zu bejahen.

Die nachträglich von der Gewerkenversammlung am 29. Okt. 1930 beschlossene und von dem Oberbergamt bestätigte Satzungsänderung, wonach der Repräsentant zur Belastung des Bergwerkseigentums ohne Beschlußfassung der Gewerkenversammlung berechtigt sein solle, ermöglicht allerdings noch nicht die Annahme, daß die Bewilligung wirksam geworden sei. Denn diese Satzungsänderung gibt dem Repräsentanten nur für die Zukunft uneingeschränkte Vertretungsmacht auch zur Belastung des Bergwerks. Der Repräsentant hätte also auf Grund der Satzungsänderung die Eintragungsbewilligung in zweifelsfrei wirksamer Weise wiederholen können. Eine solche Wiederholung ist jedoch nicht nachgewiesen. In der erwähnten Gewerkenversammlung ist aber auch beschlossen worden, daß die in der Not. Verhandlung v. 27. März 1930 von dem Repräsentanten bewilligte Bestellung einer Grundschuld einstimmig genehmigt werde. Diese Genehmigung ist es, welche für die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung allein in Frage kommt. Sie hat auch die Bewilligung wirksam

gemacht, falls diese nicht bereits von vornherein wirksam gewesen sein sollte.

Die in §§ 94 ff. AllgBergG. geregelte Gewerkschaft ist eine juristische Person (ZFG. 4, 361; 7, 436). Der bestellte Repräsentant oder Grubenvorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 26 BGB.; RG. 120, 61). Als solcher vertritt er grundsätzlich die Gewerkschaft in allen Angelegenheiten. Wenn in § 120 AllgBergG. für die dort bezeichneten Geschäfte ein „besonderer Auftrag der Gewerkenversammlung“ für erforderlich erklärt wird, so wird, wie RG. 120, 59 überzeugend ausgeführt hat, damit in diesen Fällen zur Begründung der Vertretungsmacht des Repräsentanten nicht eine besondere Vollmacht i. S. des BGB. verlangt, sondern die Vertretungsmacht des Repräsentanten nur eingeschränkt, und zwar dahin, daß die Wirksamkeit der von dem Repräsentanten vorgenommenen Vertretungshandlung an die Zustimmung der Gewerkenversammlung gebunden ist. Daraus folgt, daß der Repräsentant, der eines der in § 121 aufgeführten Geschäfte ohne Zustimmung der Gewerkenversammlung vornimmt, nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, sondern daß das vorgenommene Geschäft zu seiner Wirksamkeit noch der Zustimmung der Gewerkenversammlung bedarf. Es kommen hiernach auf Rechtsgeschäfte, die nach § 120 AllgBergG. zu ihrer Wirksamkeit die Zustimmung der Gewerkenversammlung erfordern, die §§ 182 ff. BGB. zur Anwendung.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Repräsentant ohne vorherigen „besonderen Auftrag“ vorgenommen hat, ist daher nicht nach § 180 BGB. nichtig, sondern kann gem. §§ 182, 184 BGB. durch nachträgliche Genehmigung wirksam werden (*Sfah* § 119 A. 8).

Die sich auf die Grundschuld beziehende Eintragungsbewilligung des Repräsentanten ist mithin wirksam, wenn eine wirksame Zustimmung der Gewerkenversammlung nachgewiesen ist.

Die Zustimmung ist nach dem notariellen Protokoll v. 29. Okt. 1930 von dem Ritzergutsbesitzer E. als dem alleinigen Gewerken beschlossen. Das LG. verlangt mit Rücksicht hierauf, daß E. den zur Gültigkeit des Beschlusses notwendigen Besitz von wenigstens drei Vierteln aller Kuz durch Vorlegung der Kuz beim GVB. oder durch eine gerichtlich oder notariell beglaubigte, die Vorlegung bei dem Notar bezeugende Urkunde nachweist. Dieser Standpunkt ist nach zwei Rücktionen rechtsirrtümlich. Zunächst vermag die bloße Innehabung der Kuzscheine nicht darzutun, daß die Kuz rechtswirksam übertragen sind. Denn nach § 105 Abs. 1 AllgBergG. ist zur Übertragung des Kuzes die Übergabe des Kuzscheines weder erforderlich noch ausreichend (*Westhoff-Bennhold*, Das preuß. Gewerkschaftsrecht § 105 II 3; *Sfah* § 105 A. 1). Zur Übertragung der Berechtigung aus dem Kuz bedarf es vielmehr der Übertragung des Kuzes in schriftlicher Form. Andererseits würde, um die Gültigkeit des Genehmigungsbeschlusses zu beweisen, nicht der Nachweis genügen, daß der Ritzergutsbesitzer E. der Berechtigte von mindestens drei Vierteln aller Kuz ist. Nach § 114 AllgBergG. erfordert der erwähnte Beschl. allerdings nur eine Mehrheit von wenigstens drei Vierteln aller Kuz. Da der Beschl. aber in einer Versammlung gefaßt worden ist, die E. allein ohne vorherige Einladung abgehalten hat, so gehört nach § 112 Abs. 1 AllgBergG. zur Gültigkeit des gefaßten Beschlusses, daß alle Gewerke anwesend waren, also daß der Ritzergutsbesitzer E. der Berechtigte hinsichtlich aller Kuz und damit der alleinige Gewerke war. Aber auch die Auffassung des Grundbuchrichters ist unrichtig. Sein Verlangen nach Vorlegung aller Kuz und einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Abtretungserklärung über den bisher in der Hand des Dr. B. befindlichen Kuz, stützt sich auf die in RGZ. 51, 209 abgedr. Entscheidung. Der Senat hat sich jedoch bereits in dem Beschlusse ZFG. 7, 435 für den Nachweis der Vertretungsmacht des Repräsentanten auf einen abweichenden Standpunkt gestellt und gegenüber einem die Bestellung und Vertretungsmacht des Repräsentanten regel-

kenntnis in ZFG. 7, 435 begonnenen Bah'n. Nach RG.: RGZ. 51, 209 hatte eine Feststellung des protokollierenden Notars darüber, daß die Gewerken Kuz. im Gewerkenbuch als Inhaber sämtlicher Kuz bezeichnet seien, nicht als genügende Legitimation gegenüber dem GVB. angesehen, wobei nicht zuletzt die Tatsache mitbestimmend war, daß die Gewerkenbücher ohne Kontrolle durch die Bergbehörde geführt werden und keine öffentlichen Urkunden darstellen. Der Beschl. in ZFG. 7, 435 ging bereits vorsichtig hiervon ab, indem das RG. nunmehr den § 106 AllgBergG. in den Vordergrund treten ließ. Die vorliegende Entsch. vollendet die Schwenkung. Sie stellt in bedenkenfreier Widerlegung der vom LG. geforderten Formalitäten lebendig darauf ab, ob der in der Form des § 29 GVB. beurkundete und vorgelegte Beschl. der Gewerkenversammlung sich nach dem Inhalt der Urkunde als ein mit der erforderlichen Mehrheit gefaßter gültiger Beschl. darstellt. Die Entsch. bringt damit eine erhebliche Erleichterung des Verkehrs. Sie bedeutet jedoch gleichzeitig eine nicht unwesentliche Erhöhung der Verantwortung des Notars. Da ein Gewerkenbuch jederzeit beliebig abgeschlossen und neu angelegt werden kann — eine Möglichkeit, von der in der Praxis keineswegs selten Gebrauch gemacht wird! —, besteht eine Gefahr des Mißbrauchs, die den Notar zur besonderen Vorsicht ermahnen muß.

RA. Dr. Dr. Gustav W. Heinemann, Essen.

Die in ihrer praktischen Bedeutung besonders von Ruhn.: „Glückauf“ 1911, 592 erörterte Frage, ob der Repräsentant im Falle des § 120 AllgBergG. als Bevollmächtigter oder als gesetzlicher Vertreter mit erweiterten Befugnissen handelt, ist bereits durch RG. 120, 59 = ZW. 1928, 964 so überzeugend und — wie auch dieser Fall wieder lehrt — befriedigend in dem letzteren Sinne klargestellt worden, daß sich das RG. nur vorbehaltlos anschließen konnte. Streitig ist zu § 120 AllgBergG. weiterhin, ob ein Beschl. der Gewerkenversammlung über einen Gegenstand des § 120 erst nach Ablauf der vierwöchigen Klagfrist des § 115 AllgBergG. wirksam wird. Wollte man diese Frage bejahen, so würde der Grundbuchrichter einen Nachweis darüber fordern müssen, daß eine Anfechtungsklage nicht rechtzeitig angestrengt oder zugunsten der Gewerkschaft erledigt worden ist. Das RG. äußert sich nicht hierüber, vielleicht weil es bei der Vereinigung aller Kuz in einer Hand das Anfechtungsrecht praktisch nicht als bedeutungsvoll ansah. Es ist aber zu bedenken, daß das Anfechtungsrecht demjenigen zusteht, der zur Zeit des Beschlusses Gewerke ist, einerlei, ob er im Gewerkenbuch steht oder nicht. Denkbar wäre also, daß trotz der für den Tag der Beschlußfassung im Grundbuch verzeichneten Vereinigung aller Kuz in einer Hand ein anfechtungsberechtigter Gewerke vorhanden war.

Was den Nachweis des Eigentums an den Kuzen anlangt, so bedeutet der Beschl. ein weiteres Fortschreiten auf der mit dem Er-



den Beschlüsse der Gewerker-Verammlung die Prüfung für ausreichend erachtet, ob die beschließende Gewerker-Verammlung nach dem Inhalte der Beurkundung als zur wirksamen Willensäußerung der Gewerkschaft geeignet anzusehen ist. Die Prüfung hat sich also in dem erwähnten Falle darauf zu beschränken, ob der in der Form des § 29 G.W.D. beurkundete und vorgelegte Beschluß sich nach dem Beurkundungsinhalte als ein mit der erforderlichen Mehrheit gefaßter gültiger Beschluß der Gewerker-Verammlung darstellt. Hierbei ist der Inhalt des Protokolls über die Gewerker-Verammlung bescheinigte Inhalt des Gewerkerbuches zu berücksichtigen, da nach § 106 Allg.BergG. der im Gewerkerbuch als Eigentümer der Ruze Verzeichnete der Gewerkschaft gegenüber bei Ausübung seiner Rechte als Eigentümer angesehen wird. Zu den Gewerkerrechten i. S. des § 106 Allg.BergG. gehört vor allen Dingen das Stimmrecht (Westhoff-Bennhold § 106 A. 1; Klostermann-Ehliemann, Allg.BergG., 6. Aufl., § 106 A. 5; Fjaj § 106 A. 7; RG, 123, 282 [bez. Eintragung im Aktienbuch]). Wer also im Gewerkerbuch als Eigentümer der Ruze eingetragen ist, gilt der Gewerkschaft gegenüber als Gewerke, auch wenn er in Wirklichkeit kein Eigentum an Ruze erlangt hat. Eine Verammlung, die von einem im Gewerkerbuch als alleinigen Gewerker eingetragenem abgehalten wird, muß die Gewerkschaft als Gewerker-Verammlung gelten lassen, ebenso muß sie die in einer solchen Verammlung gefaßten Beschlüsse als Beschlüsse der Gewerker-Verammlung anerkennen. Die Richtigkeit der Eintragung im Gewerkerbuch würde es aber hinauslaufen, wenn das G.W.D. die Vorlegung der Übertragungserklärung und die Vorlegung der Ruzeinscheine verlangen dürfte (§ 105 Allg.BergG.). Dem G.W.D. muß es vielmehr genügen, wenn ihm ein in der Form des § 29 G.W.D. beurkundeter Beschluß vorgelegt wird, der nach dem Beurkundungsinhalte sich als ein wirksamer Beschluß einer Gewerker-Verammlung darstellt. Ein solcher Beschluß ist z. B. nachgewiesen, wenn der beurkundende Notar in dem Protokoll bescheinigt — wozu er nach Art. 31 PrFGG. zuständig ist —, daß der die Verammlung Abhaltende im Gewerkerbuch als alleiniger Gewerke eingetragen ist. Denn in diesem Falle ist der im Gewerkerbuch als alleiniger Gewerke Eingetragene der Gewerkschaft gegenüber befugt, ohne vorherige Einladung eine Gewerker-Verammlung abzuhalten (§ 112 Allg.BergG.) und für die Gewerkschaft gültige Beschlüsse zu fassen.

Diese vom Senat auf Beschlüsse, die dem Nachweise der Vertretungsmacht des Repräsentanten dienen, angewendeten Grundsätze finden auch Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art, wo die zur Wirksamkeit der Vertretungshandlung des Repräsentanten erforderliche Zustimmung der Gewerker-Verammlung durch Vorlegung des Beschlusses nachgewiesen werden soll. Auch hier genügt es, wenn der Beschluß selbst in der Form des § 29 G.W.D. beigebracht wird und der Inhalt der Beurkundung das Vorliegen eines für die Gewerkschaft wirksamen Beschlusses ergibt. In dieser Hinsicht bestehen aber in dem vorliegenden Falle keine Bedenken. Denn der Notar hat in dem Protokoll v. 29. Okt. 1930 bescheinigt, daß in dem von ihm eingesehenen Gewerkerbuch der Rittergutsbesitzer E. als alleiniger Gewerke der Gewerkschaft eingetragen ist. Da nach anerkannten Rechtsgrundsätzen die Vereinigung aller Ruze in einer Hand nicht die Auflösung der eine juristische Person darstellenden Gewerkschaft der §§ 94 ff. Allg.BergG. bewirkt (RGZ. 12, A 83; 19, A 85; 51, 212; JZ. 4, 361), so beweist die not. Verhandlung v. 29. Okt. 1930 in der durch § 29 G.W.D. vorgeschriebenen Form das Vorliegen eines wirksamen Genehmigungsbeschlusses der Gewerkschaft.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 30. April 1931, 1 X 172/31.)

Mitgeteilt von RGK. Dr. Karge, Berlin.

## 2. Bayern.

3. §§ 27, 28 HGB. Eine Erbengemeinschaft, die das ererbte Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma oder mit einem das Nachfolgerhältnis andeutenden Zusage weiterführt, verwandelt sich nach ungenüttem Ablaufe der in § 27 HGB. bestimmten dreimonatigen Überlegungsfrist hinsichtlich des weiterbetriebenen Handelsgeschäfts nicht ohne weiteres in eine offene Handelsgesellschaft.<sup>1)</sup>

Der am 10. Jan. 1921 verstorbene Brauereibesitzer Josef St. hatte die Schloßbrauerei in H. unter der im Firmenregister eingetragenen Firma Josef St. betrieben. Nach seinem Tode führten seine Erben, die Witwe Krejzenz St. und seine drei Kinder Maria, Franz und Krejzenz St. die Schloßbrauerei unter der Firma „Schloßbrauerei H. Josef St.s Erben“ weiter. Die am 21. Aug. 1927 verstorbene Witwe Krejzenz St. wurde von ihren genannten drei Kindern beerbt. Die Tochter Krejzenz, verheiratete M., übertrug im August 1928 durch notarielle Urkunde ihren mütterlichen Erbteil auf ihre Geschwister Maria und Franz St. Am 6. Sept. 1928 trug hierauf das RegGer. B. im Firmenregister ein, daß die Witwe Krejzenz St. infolge Todes und die Tochter Krejzenz auf Grund der Übertragung ihres mütterlichen Erbteils aus der bisherigen Firma ausgeschieden

seien. Im Januar 1929 beantragte das FinA. beim RegGer., die Erbengemeinschaft Maria und Franz St. in eine OHG. umzuwandeln. Nach Anhörung der beiden, die dem widersprachen, gab ihnen das RegGer. auf, bei Meibung einer Ordnungstrafe von je 50 RM innerhalb einer Frist von drei Wochen ab Zustellung der Verf. die von ihnen durch den gemeinschaftlichen Betrieb der Schloßbrauerei begründete OHG. zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Der Einspruch der Geschwister St. wurde vom RegGer. als unbegründet verworfen. Auch ihrer sofortigen Beschwerde wurde der Erfolg versagt. Die sofortige weitere Beschwerde der Maria und Franz St. ist begründet.

1. Die Beschlüsse der Vorderrichter geben schon insofern zu Bedenken Anlaß, als nicht auch Frau Krejzenz M. als Beteiligte des Eintragungsverfahrens betrachtet wurde (§ 132 FGG.). Nach den bisherigen Feststellungen und der Aktenlage muß angenommen werden, daß Frau M. nur ihren mütterlichen, nicht ihren väterlichen Erbteil an ihre Geschwister übertragen hat. Sie ist demzufolge (§ 2033 BGB.) nur aus der mütterlichen, nicht aus der väterlichen Erbengemeinschaft ausgeschieden. Sie war Miterbin des Vaters auf ein Viertel und Miterbin der Mutter auf ein Drittel geworden; zum Nachlasse der Mutter gehörte nur ein Viertel des väterlichen Nachlasses, auf das die Mutter Erbin geworden war. Übertrag Frau M. ihren Geschwistern nur ihren Eintritteanteil an mütterlichen Nachlasse, so war sie doch Teilhaberin der väterlichen Erbengemeinschaft zu ihrem unmittelbar vom Vater ererbten Einviertelanteile geblieben. Wie so dann bei dieser Sachlage Frau M. infolge der Veräußerung ihres mütterlichen Erbteils nicht mehr Gesellschafterin der OHG. sein soll, die nach der Ansicht der Untergerichte schon seit dem väterlichen Erbfall in Ansehung des Brauereigeschäftes an die Stelle der väterlichen Erbengemeinschaft getreten war, ist schlechterdings nicht abzusehen. Im übrigen wäre diese OHG. durch den Tod der Mutter aufgelöst worden (§ 131 Nr. 4 HGB.) und damit in den Zustand der Liquidation gelangt (§ 145 a. a. O.). Besondere Vereinbarungen der Beteiligten, die zu anderen Ergebnissen führen könnten, sind weder den angefochtenen Beschlüssen noch den Akten zu entnehmen. Nach alledem würde auch die Eintragung im Firmenregister v. 6. Sept. 1928 nicht durchaus der wirklichen Sachlage entsprechen (vgl. dazu § 142 FGG.).

2. Auch die sachliche Stellungnahme der Vorderrichter vermag indessen nicht gebilligt zu werden. Sie gehen im Anschluß an eine Abhandlung von Lion: LZ. 1925, 842—847 von der Ansicht aus, daß eine Erbengemeinschaft, die das ererbte Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma oder wie im vorl. Falle mit einem das Nachfolgerhältnis andeutenden Zusage weiterführt, nach ungenüttem Ablaufe der im § 27 HGB. bestimmten dreimonatlichen Überlegungsfrist sich ohne weiteres in eine OHG. verwandelt, soweit es sich um das weiterbetriebene Handelsgeschäft handelt. Diese Ansicht läßt sich jedoch mit dem Gesetze nicht vereinbaren.

Nach §§ 105, 109 HGB. i. Verb. m. § 705 BGB. ist zur Entstehung einer OHG. ein Gesellschaftsvertrag erforderlich. Den Vorschriften in § 27 HGB. kann nicht die Ausnahme entnommen werden, die die Untergerichte im Einklang mit Lion daraus ableiten wollen. Sie ist dort weder ausdrücklich bestimmt noch mittelbar den Vorschriften zu entnehmen. Im Abs. 1 wird nur die Haftung des Erben für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsverbindlichkeiten geregelt, und darauf § 25 HGB. für anwendbar erklärt. Im Abs. 2, der neben dem § 25 Abs. 2 seine volle Berechtigung hat, wird die nach § 25 Abs. 1 eintretende unbeschränkte Haftung in der Weise begrenzt, daß sie entfällt, wenn der Erbe innerhalb dreier Monate seit Kenntnis des Erbschaftsanfalles den Geschäftsbetrieb einstellt. An die Fortführung des Geschäfts über diese Zeit hinaus wird nirgends die Folge geknüpft, daß die Erbengemeinschaft sich in Ansehung des Handelsgeschäftes von selbst in eine OHG. verwandelt. Der Eintritt der unbeschränkten Haftung vermag sie auch im Zusammenhange mit der Fortführung des Geschäfts nicht zu begründen. Die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ist auch mit der Fortdauer der Erbengemeinschaft vereinbar; der Fortbestand einer Erbengemeinschaft wird auch sonst nicht vom Eintritte der unbeschränkten Haftung berührt. Letzterer weist also keinesfalls zwingend auf die Rechtsform der OHG. hin. Er hat auch nicht notwendig eine gesamtschuldnerische Haftung zur Folge (vgl. §§ 2058 bis 2063 BGB. gegenüber § 128 HGB.). Die Fortführung des Handelsgeschäftes kann aber ebensowohl für die Zwecke der Auseinandersetzung wie als „werbende Tätigkeit“ geschehen. § 27 HGB. beabsichtigt, nach außen baldmöglichst Klarheit über die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zu schaffen und doch die Belange der Erben und der Gläubiger entsprechend auszugleichen. Über diesen Zweck würde aber die von Lion vertretene gesetzliche Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG. in einer mit der Absicht des Gesetzes nicht mehr zu vereinbarenden Weise hinausgehen. Sie zwingt den Miterben ohne zureichende Gründe eine bestimmte Art der Auseinandersetzung und die Rechtsform einer Gesellschaft auf, die wieder aufgelöst werden müßte, wenn sie den Belangen der Miterben nicht entspricht, ohne daß dann die frühere Erbengemeinschaft wieder herstellbar wäre. Die dreimonatliche Überlegungsfrist mag selbst in verwickelten Fällen genügen, sich über die Schulden des

<sup>1)</sup> Vgl. Aufsatz Goldschmidt S. 3057.

Erblässers, eines Vollkaufmanns, und den Wert der Nachlassgegenstände zu unterrichten, um so ein Bild zu gewinnen, ob sich die Fortführung des Geschäftes mit unbeschränkter Schuldenhaftung lohnt. Dagegen wird es häufig unmöglich sein, in derselben Zeit sich darüber schon klar zu werden, wie die Auseinandersetzung vor sich gehen soll, ob es z. B. zweckmäßiger ist, das Geschäft an Dritte oder einen der Teilhaber zu veräußern oder in eine der zulässigen Gesellschaftsformen überzuleiten, und schließlich die Auseinandersetzung selbst durchzuführen. Der Entschluß wird besonders erschwert sein, wenn, wie dies anscheinend hier der Fall ist, Grundstücke zum Handelsgeschäfte gehören; er hängt auch oft von Dingen ab, die außerhalb des Willensbereiches der Miterben liegen. Die Ansicht Lions tritt endlich mit den Vorschriften in §§ 2042—2045, 719 Abs. 2, 3 und 750, 751 BGB. in Widerspruch; es kann nicht angenommen werden, daß diese Vorschriften durch den ungenügigen Ablauf der Überlegungsfrist außer Wirksamkeit gesetzt werden sollten. Nach alledem hätte es der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck bringen müssen, wenn er an den ungenügten Fristablauf den gesetzlichen Übergang der Erbengemeinschaft in eine OHG hätte knüpfen und damit jede andere Art der Auseinandersetzung ausschalten oder doch erschweren wollen. Dies ist aber weder im § 27 BGB. noch sonst im Gesetze geschehen; auch in der Denkschrift zum BGB. (Gutentagsche Ausgabe S. 41) wird dieser Rechtsfolge mit keinem Worte Erwähnung getan.

Bei dieser Sachlage muß es bei der h. M. verbleiben, wonach in allen Fällen zur Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG ein Gesellschaftsvertrag, also eine ausdrückliche oder den Umständen des Falles zu entnehmende Vereinbarung der Miterben über den Weiterbetrieb des Handelsgeschäfts in eine OHG. erforderlich ist (vgl. dazu *WZ.* 35, A 152; *Staub-Pinner*, BGB. § 105 Anm. 40 und die daselbst angeführten Belege). Ein derartiger Vertrag muß natürlich den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entsprechen. Danach kann er für die Regel formlos geschlossen werden. Anders wird aber die Sache liegen, wenn man mit der herrschenden Ansicht (vgl. hierüber *RG.* 117, 265, das selbst keine Stellung nimmt; a. M. *Staub a. a. O.* § 105 Anm. 29 B e; *RZ.* 6, 27; *Prebani*, *GBD.* § 19 Anm. 2; *Arnheim*, *GBD.* § 19 Anm. 4) annehmen wollte, daß, falls Grundstücke zu dem Vermögen gehören, das die Erbengemeinschaft in die OHG. einbringen will, nach § 925 BGB. Auflassung erforderlich und demzufolge der auf die Übertragung der Grundstücke gerichtete Gesellschaftsvertrag der Formvorschrift des § 313 a. a. O. unterworfen sei, auch wenn die Träger der Erbengemeinschaft und der OHG. dieselben Personen sind. Nach diesen Richtungen haben die Vorderrichter bis jetzt die Sache in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht noch nicht geprüft. Einen Zwang zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages sieht weder das allgemeine bürgerliche Recht noch das Handelsrecht vor.

(*BayObLG.*, *ZivSen.*, Beschl. v. 4. April 1930, *Reg. III Nr. 39/30.*)  
Mitgeteilt v. *FR. Dr. Friedrich Goldschmit II*, München.

## Bayerisches Oberstes Landesgericht.

### Strafsachen.

Berichtet von *FR. Dr. Friedrich Goldschmit II*, München.

1. §§ 42, 44, 44a, 55 GewD. Eine Legitimationskarte genügt für die Tätigkeit des Reisenden nur, soweit sich das Auffuchen von Bestellungen im Rahmen des § 44

Zu 1. Die Entsch. bringt drei Rechtsätze zum Ausdruck:

1. Der Gewerbebetrieb außerhalb des Ortes der gewerblichen Niederlassung gilt im allgemeinen als Gewerbebetrieb im Umherziehen (*Hoffmann*, *Bem. 2* zu § 42), und zwar auch dann, wenn es sich im übrigen um ein stehendes Gewerbe handelt. Das ist in § 42 mit den Worten: „Unbeschadet der Bestimmungen des dritten Titels auch außerhalb“ zwar nicht sehr klar, aber doch deutlich genug zum Ausdruck gebracht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet das in § 44 geregelte Detailreisen. Daraus, daß es sich dabei nur um eine Ausnahme handelt, ergibt sich von selbst, daß die Legitimationskarte nicht genügt, vielmehr ein Wandergewerbechein notwendig ist, sobald die Grenzen des § 44 überschritten werden.

2. Daß auch eine in dem Halten von Vorträgen oder in der Vorführung von Apparaten oder sonstigen Waren bestehende vorbereitende Tätigkeit ein Auffuchen von Bestellungen sein kann, hat der 3. StrSen. des RG. in seiner Entsch. v. 19. Juni 1930: *DRZ.* 1930 Nr. 642 bereits mit Recht ausgesprochen, indem er ausgeführt hat, daß ein Auffuchen von Bestellungen dann vorliegt, wenn der Auffuchende als Endzweck seiner Tätigkeit eine Bestellung für sich oder die Firma, in deren Auftrag er handelt, zu erlangen sucht, auch wenn er nicht die endgültige Bestellung entgegennimmt, sondern durch seine Tätigkeit die Erlangung der endgültigen Bestellung nur vorbereitet.

Besonders wichtig und in der Praxis vielfach schwierig ist hier

Abf. 3 GewD. bewegt. Sowie der Reisende diesen Rahmen überschreitet und entgegen der Bestimmung in § 44 Abs. 3 Bestellungen auf Waren auch bei Privaten aufsucht, bedarf er nach § 55 Abs. 7 GewD., der nach § 42 Abs. 1 GewD. auch für den Inhaber eines stehenden Gewerbes und seine Reisende gilt, eines Wandergewerbecheines. Auch vorbereitende Tätigkeit kann Auffuchen von Bestellungen sein. f)

Der Reisende ist in diesem Falle auch haufiersteuerpflichtig nach Art. 1 u. 2 *BayHaufStG.* Das in *ZW.* 1928, 1606 veröffentlichte Ur. des *BayObLG.* v. 24. Okt. 1927, *RevReg.* II 342/27, betrifft eine Zuwiderhandlung gegen die §§ 44 Abs. 4 und 56 Abs. 3 GewD.; die hierfür maßgebenden Rechtsgrundsätze sind auf eine Überschreitung der Befugnis nach § 44 Abs. 3 GewD. nicht anwendbar.

Im Umherziehen gehaltene Vorträge über Strahlentherapie und Hochfrequenzapparate stellen nicht unter allen Umständen eine haufiersteuerpflichtige Tätigkeit dar. Wenn der Vortragende sich darauf beschränkt, die Zuhörer über die Strahlentherapie im allgemeinen aufzuklären und zu belehren, Hochfrequenzapparate vorzuführen, sie im allgemeinen zu kennzeichnen und ihre Vorteile im allgemeinen anzupreisen, und wenn er sich vollständig davon freihält, die Apparate einer bestimmten Firma zum Ankauf zu empfehlen, so liegt ein Auffuchen von Warenbestellungen nicht vor. Hingegen ist es unbedenklich, ein Auffuchen von Warenbestellungen anzunehmen, wenn der Zweck des Vortragenden der ist, Bestellungen auf Apparate einer bestimmten Firma zu gewinnen.

Diesem Zwecke sollte auch die durch den Angekl. S. erfolgte Verteilung der Belegbücher an die Zuhörer gegen Empfangsbestätigungen dienen, aus denen die Anschriften von Kaufinteressenten entnommen werden konnten, die dann in ihrer Wohnung noch persönlich von Vertretern der Firma F. ausgesucht und dort unter nochmaliger Vorführung eines Hochfrequenzapparates dieser Firma für Bestellungen auf einen solchen Apparat bestimmt werden sollten. Die Vorträge des Angekl. S. haben somit nicht wissenschaftliche, sondern gewerbliche Zwecke, nämlich den Zweck verfolgt, Bestellungen auf Heilapparate zu erlangen, die die Firma F. betreibt. Daß die Vorträge als Ausübung der Heilkunde i. S. des § 6 GewD. betrachtet werden müßten, wie die *Rev.* meint, ist abwegig. Ebensovienig kann in ihnen lediglich eine Tätigkeit erblickt werden, durch die nichts weiter als Befuchsgestaltungen gewonnen werden sollten.

Allerdings sind Bestellungen auf Hochfrequenzapparate der Firma F. im unmittelbaren Anschluß an die Vorträge des Angekl. S. nicht gemacht und nicht entgegengenommen worden. Allein auch eine vorbereitende Tätigkeit kann ein Auffuchen von Bestellungen sein, wenn sie auf die Einwirkung von Bestellungen unmittelbar abzielt, dies namentlich dann, wenn sie die Hauptursache für das Zustandekommen von Bestellungen ist. Die Entgegennahme von Bestellungen kann auch einer späteren Einzelbearbeitung der durch die Vorträge zum Kauf angezogenen Zuhörer vorbehalten bleiben. In die Herbeiführung einer Bestellung können sich mehrere Personen teilen, und zwar auch in der Weise, daß sie nacheinander auf einen anderen einwirken, um ihn durch ihre Tätigkeit zur Aufgabe einer Bestellung zu bestimmen (vgl. Ur. des *BayObLG.* v. 28. Jan. 1929, *RevReg.* II 659/28; *ZW.* 1929, 2168 und *BayObLGSt.* 29, 22).

Die Abgrenzung von der reinen Reklame- oder Propagandatätigkeit. Diese ist regelmäßig noch kein Auffuchen von Bestellungen i. S. des § 44. Es kommt darauf an, ob die Tätigkeit des Auffuchenden sich in der Aufklärung und Belehrung des Kunden erschöpft und ob es dem Kunden überlassen bleibt, die ihm angepriesene Ware später seinerseits zu kaufen. Ist das der Fall, so ist auch eine das Auffuchen von Bestellungen vorbereitende Tätigkeit noch nicht gegeben. Wenn insbes. der Reisende sich davon frei hält, die Apparate einer bestimmten Firma zum Ankauf zu empfehlen und nur theoretisch die Vorzüge von Apparaten dieser Art erörtert, so kann, wie das *BayObLG.* mit Recht sagt, von einem Auffuchen von Warenbestellungen noch nicht die Rede sein.

3. Daß bei einer Überschreitung der Grenzen des § 44 Abs. 3 nicht nur ein Wandergewerbechein erforderlich, sondern auch die haufiersteuerpflicht auf Grund des bay. und übrigens auch des preuß. *HaufStG.* gegeben ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Die Auffassung, daß der von dem *BayObLG.*: *ZW.* 1928, 1606 ausgesprochene Rechtsatz dem nicht entgegensteht, ist zu billigen. Denn dort ist lediglich zum Ausdruck gebracht, daß derjenige, der im stehenden Gewerbebetriebe mit Argernis erregenden Druckschriften handelt, zwar dem Verbote des § 44 Abs. 4 und demgemäß der Strafbestimmung des § 148 Abs. 1 Nr. 5 zuwiderhandelt, nicht aber der Verpflichtung zur Führung eines Wandergewerbecheines oder der haufiersteuerpflicht. Diese Verpflichtungen können deshalb nicht gegeben sein, weil für eine auch im Umherziehen nach § 56 Abs. 3 verbotene Tätigkeit niemals ein Wandergewerbechein erteilt werden und demnach auch eine Verpflichtung zur Führung eines Wandergewerbecheines nicht bestehen kann. Das sind aber Erwägungen, die im Falle des § 44 Abs. 3 nicht in Frage kommen.

*FR. Dr. Werner Ränder*, Berlin.

Den gleichen Rechtsstandpunkt wie der erk. Sen. vertritt übrigens auch das RG. (s. DZ. 1929, 1214; 1930, 1206; DZ. 1930, Nr. 642; s. auch DLG. Stuttgart: HöchstRp. 1929 Nr. 482).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 3. Nov. 1930, RevReg. VI Nr. 449/30.)

**2.** § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewD.; Art. 1 Nr. 1 BayHauStG. Zum Begriffe des Feilbietens von Waren im Umherziehen. †)

Das RG. ist zutreffend davon ausgegangen, daß ein „Feilbieten von Waren“ i. S. der bezeichneten Vorschriften dann vorliegt, wenn äußerlich erkennbar gemacht wird, daß eine Ware zum Verkauf bestimmt ist, und wenn diese Ware derart bereitgehalten wird, daß sie im Fall eines Kaufabschlusses sofort übergeben werden kann (vgl. Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., § 55 Anm. 8; BayObLGSt. 4, 123; 6, 33, 36, 312; 8, 234). Dem Kauf steht der Tausch gleich (§ 515 BGB.; vgl. BayObLGSt. 6, 310; GewArch. 24, 233; Landmann-Rohmer a. a. D., § 55 Anm. 10 Abs. 3).

Zum Feilbieten von Waren im Umherziehen ist allerdings nicht erforderlich, daß der Gewerbetreibende die Ware stets mit sich führt. Allein das Bereitstellen der Ware zur sofortigen Übergabe muß jedenfalls außerhalb des Wohnorts oder einer gewerblichen Niederlassung des Gewerbetreibenden (und zwar des die Ware anbietenden) erfolgen; an einem fremden Orte muß die Ware mit der Bereitschaft zur sofortigen Übergabe vorgezeigt oder sonstige der Besichtigung zugänglich gemacht werden. Es genügt nicht, daß sie sich am Wohnort oder am Sitz einer gewerblichen Niederlassung des Anbietenden befindet und dort übergeben werden kann (vgl. Kelken, Das Gewerberecht in Preußen S. 134, 135).

Dieser Rechtsauffassung steht die Entsch. des erk. Sen. vom 6. März 1930, R II 64/30, nicht entgegen. Dort ist ausdrücklich hervorgehoben, daß die Standorte, wie die Pferde, um die es sich damals handelte, zur Besichtigung und Übergabe bereitgestellt waren und wohin die Kaufliebhaber zum Zwecke der Besichtigung von dem Händler befördert wurden, weder Wohnort noch Sitz einer gewerblichen Niederlassung des Händlers waren und daß deshalb ein Feilbieten der Pferde im Umherziehen vorlag, obwohl der Händler die Pferde „nicht stets mit sich führte“.

Im vorliegenden Falle dagegen waren die beiden Milchkühe des Angekl. Fr. in F. zur sofortigen Übergabe im Fall eines Kauf- oder Tauschabschlusses bereitgehalten. Der Kaufliebhaber Th. sollte sie dort besichtigen und sich dann erst zum Tausch an Ort und Stelle anschließen. Die Kühe sind also in F. feilgeboten worden; die vorausgehenden Verhandlungen in Sch. haben dieses Feilbieten nur vorbereitet.

Der Aufkäufer H. hatte aber in F. seinen Wohnort. Schon aus diesem Grunde war er befreit, ohne Wandergewerbebeschein und Besteuerungsnachweis — auch im Auftrag und für Rechnung des Angekl. Fr. — die Kühe dort feilzubieten (vgl. BayObLG. 13, 488; 27, 182, 185; Landmann-Rohmer a. a. D., § 44a Anm. 2, § 55 Anm. 9). Ob der in M. wohnhafte Angekl. Fr. in F. etwa eine gewerbliche Niederlassung hatte — wofür allerdings die Errichtung der Handelsviehstallung nicht ohne weiteres genügen würde (vgl. BayObLGSt. 10, 101; 16, 126; 21, 1; 28, 74) —, ist nicht festgestellt, aber unerheblich; er hat nicht in eigener Person die Kühe feilgeboten.

Die von H. in Sch. — zum Zwecke des Abfahres der beiden Milchkühe des Fr. — gepflogenen Tauschverhandlungen sind auch nicht als ein Auffuchen von Warenbestellungen i. S. des Art. 1

Zu 2. Der Entsch. ist in allen Punkten beizutreten.

Nach Art. 1 Nr. 1 BayHauStG. i. d. Fass. des Ges. vom 27. Juli 1921 (GWB. 439) ist steuerpflichtig, wer außerhalb seines Wohnortes, ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung, in eigener Person Waren irgendeiner Art (außer selbstgewonnenen Erzeugnissen der Land- und Forstwirtschaft, des Garten- und Obstbaues, der Jagd und des Fischfanges) feilbietet und. Zum Begriffe des Feilbietens gehört „weiter nichts als ihre Bereitstellung zur sofortigen Übergabe“ (Jacob, HauStG., 2. Aufl. 1923, S. 59, Anm. 9a zu Art. 1 mit Verweisungen). Woher Bereitstellen genügt (Jacob a. a. D.; RGSt. 6, 358; DLG. München 8, 305). Gleichgültig ist auch, wo die Ware feilgeboten wird, vorausgesetzt, daß das Feilbieten überhaupt außerhalb einer gewerblichen Niederlassung geschieht, wie schon der Gesetzeswortlaut zweifelsfrei ergibt (übereinstimmend Jacob a. a. D.); das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das BayObLG. für den gegebenen Fall mit Recht verneint: Die Kühe sind in F. feilgeboten worden, dem Wohnort des Aufkäufers H. Daß für die Steuerpflicht nur dieser maßgebend sein kann und nicht der Ort der gewerblichen Niederlassung des Auftraggebers, sagt schon der Wortlaut des Gesetzes.

Ebenso ist zutreffend dargelegt, daß die von H. geführten Verhandlungen auch nicht als Auffuchen von Warenbestellungen i. S. des Art. 1 Nr. 3 HauStG. und des § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewD. aufzufassen sind. Das Auffuchen von Warenbestellungen ist die Bemühung, feste Aufträge für Lieferung von bestimmten Waren zu erwirken auf Grund von Proben, Mustern, Zeichnungen u. dgl. (Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., § 55 Anm. 9), d. h.

Nr. 3 HauStG. und des § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewD. aufzufassen. Darunter fällt nur das Bemühen eines Gewerbetreibenden, feste Aufträge auf künftige Lieferung bestimmter Waren auf Grund von Proben, Mustern, Zeichnungen u. dgl. zu erhalten; es setzt den Willen voraus, den Gegner zu binden, zur Abnahme einer bestimmt bezeichneten Ware zu verpflichten. Das ist aber beim Viehhandel, der regelmäßig eine vorherige Besichtigung und nähere Prüfung der einzelnen Stücke erfordert, in solchen Fällen naturgemäß ausgeschlossen (vgl. Landmann-Rohmer a. a. D., § 55 Anm. 9; BayObLG.: GewArch. 23, 112 und BayZ. 21, 232; DLG. Darmstadt: GewArch. 14, 102). Die gewerbliche Tätigkeit, die der Aufkäufer in Sch. entfaltet hat, kann daher insoweit nur als Einlabung zur Besichtigung, als einleitende Tätigkeit für das nachfolgende Feilbieten in F. angesehen werden.

Daher ist nicht zu prüfen, ob etwa auf dieses Verhalten, wenn es sich als Auffuchen von Warenbestellungen darstellte, die Vorschrift des § 44 Abs. 3 GewD. Anwendung fände.

Aber auch soweit H. durch den einheitlichen Kaufvertrag die Viehstücke des Th. erworben hat, kommt ein hausiersteuerpflichtiger Wandergewerbebetrieb des H. nicht in Frage, insbes. nicht ein Ankauf von Waren zum Weiterverkauf i. S. des Art. 1 Nr. 2 HauStG., § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewD. Denn das Erwerbsgeschäft ist von H. an seinem Wohnort F. abgeschlossen worden; dort ist der Ankauf erfolgt. Daher ist auch insoweit nicht zu prüfen, ob der Besitz der Legitimationskarte nach § 44 Abs. 3 GewD. zum Ankauf genigte.

Liegt sonach bei H. ein steuerpflichtiger Wandergewerbebetrieb nach keiner Richtung vor, so kann auch nicht der Angekl. Fr. als Auftraggeber auf Grund des Art. 20 HauStG. bestraft werden.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 27. April 1931, RevReg. II Nr. 193/31.)

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

#### I. Materielles Recht.

Berlin.

§§ 1, 3, 5 UNWG.; §§ 123, 276, 826 BGB. Die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks „Firma“ darf nicht zu Irreführungen ausgenutzt werden. Wird aus einem Text eine Stelle durch Druck oder auf andere Weise herausgehoben („Blickfang“), so erlangt sie hierdurch reklamemäßige Selbstständigkeit; sie darf daher auch dann nicht für sich betrachtet irreführend sein, wenn der weitere Text die Irreführung berichtigt. Dies gilt insbesondere für „Gratis“-Ankündigungen aller Art; diese sind grundsätzlich unzulässig, wenn die angekünndigte Leistung nicht wirklich unentgeltlich stattfinden soll. Der abweichenden Auffassung des Reichsgerichts (ZB. 1928, 2364 ff.; 1930, 1687 ff.) vermag das Kammergericht nicht zu folgen. Kommt infolge einer Irreführung der genannten Art ein Vertrag zustande, so sind §§ 123, 826, 276 BGB. anwendbar. †)

Die Antragsgegnerin gibt ein Adressbuch heraus und versendet an in- und ausländische Firmen gedruckte Rundschreiben, in denen sie den Empfängern der Rundschreiben die Eintragung ihrer Firma in das Adressbuch anbietet. In den Rundschreiben wird darauf hingewiesen, daß die Eintragung der „Firma“ kostenlos erfolgt. Dieser Hinweis ist in den früher von der Antragsgegnerin

also die Bemühung zum Abschluß eines Kaufes (oder Tausches) nach Probe oder Muster (§ 494 BGB.) auf der Stelle (vgl. auch Jacob S. 62 Anm. 14 b). Daß eine solche Tätigkeit beim Viehhandel zwar vorkommen kann, aber regelmäßig nicht vorliegen wird, ist Erfahrungstatsache. Mit Recht ist deshalb auch die Anwendung des § 44 Abs. 3 GewD. abgelehnt worden. Darüber, daß auch nicht etwa ein Ankauf von Waren zum Weiterverkauf vorliegt, bedarf es keiner weiteren Ausführungen. Gemäß Art. 20 HauStG. ist dann, wenn die Hinterziehung im Auftrage einer anderen Person ausgeübt worden ist, gegen den Auftraggeber auf die gleiche Strafe zu erkennen wie gegen den Beauftragten. Liegt beim Beauftragten keine strafbare Handlung vor, so ist für die Anwendung dieser Vorschrift selbstverständlich kein Raum und der Auftraggeber ist freizusprechen.

Bezirksamtman Dr. Emig, Dichtenfels (Oberfr.).

Zu 1. A. Das RG. hat einen ganz gewöhnlichen Schwindelfall, der an sich weder vertrags- noch wettbewerbsrechtlich schwierig ist, zum Anlaß grundsätzlicher Darlegungen über die wettbewerbsrechtliche Behandlung der Reklame genommen. Soweit sich das RG. mit dem vorliegenden Tatbestand und der Auslegung der Ankündigungskostenloser Eintragung der Firma befaßt, bedürfen seine Ausführungen keiner weiteren Erläuterung. Es ist zutreffend, daß das Wort „Firma“ mehrdeutig ist, daß im Verkehr hierunter in erster Linie nicht die Bezeichnung des Unternehmens, sondern das Unternehmen selbst verstanden wird, und das Ergebnis entspricht auch dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, daß bei der Verwendung mehrdeutiger Bezeichnungen

versandten Rundschreiben durch fetten und großen Druck besonders hervorgehoben; in dem nicht durch den Druck hervorgehobenen Text ist zum Ausdruck gebracht, daß sich die Kostenlosigkeit nur auf die Firmenbezeichnung als solche und nicht auf die sonstigen das Unternehmen betreffenden Angaben bezieht. Zur Zeit verwendet die Antragsgewnerin Rundschreiben, in denen es zunächst in einem unter dem Wort „Aufnahmeantrag“ stehenden Text — ohne druckmächtige Hervorhebung einzelner Worte — heißt, unentgeltlich sei für die Firma die Aufnahme, soweit sie sich auf die einmalige Nennung des Namens, der Geschäftsstelle sowie des Fernsprechers in gewöhnlicher Schrift beschränke, sofern diese Angaben eine Zeile nicht überstiegen. In einem zweiten Teil des Rundschreibens heißt es unter der Überschrift „Raum für Änderungen“: „Die Eintragung der Firma ist kostenlos.“ Diese Worte stehen für sich allein und sind mit größeren Buchstaben gedruckt als der soeben erwähnte Text unter dem Wort „Aufnahmeantrag“. In dem „Raum für Änderungen“ sind Rubriken vorgesehen für die „Firma“, den „Ort“, die „Straße“, den Gründungszeitpunkt, das „Telephon“, die „Telegramm-Adresse“, das „Bank-Konto“, das „Postcheck-Konto“ und „Sonstiges (Spezialitäten)“.

Der Antragsteller hat unter Hinweis auf die früheren Rundschreiben eine EinstwVerf. erwirkt, die gegen An kündigungen gerichtet ist, nach denen die Eintragung der Firma kostenlos erfolgt, sofern nicht gleichzeitig darauf hingewiesen wird, daß die kostenlose Eintragung ausschließlich die Firmenbezeichnung als solche und keine weiteren Eintragungen betrifft und sofern nicht dieser Hinweis im gleichen Druck wie die An kündigung der kostenlosen Eintragung der Firmenbezeichnung veröffentlicht wird.

Das RG. hat — unter Verneinung der Wiederholungsgefahr — die EinstwVerf. aufgehoben.

Das RG. hat der Berufung im wesentlichen stattgegeben.

... Auch die neuen Rundschreiben, die der Antragsteller jetzt gleichfalls angreift, verstößen gegen das Gesetz (§§ 1, 3 UntWG.).

Es ist davon auszugehen, daß der Ausdruck „Firma“ mehrdeutig ist. Insbesondere wird im Geschäftsleben ganz allgemein unter „Firma“ nicht nur der Name des Kaufmanns verstanden, sondern auch sein Unternehmen. Man spricht davon, daß eine „Firma“ sich in bestimmter Weise entwickle, daß sie Erfolge oder Mißerfolge habe, daß sie zusammenbreche und dergleichen mehr. Es ist sogar so, daß wenn im Geschäftsleben von einer Firma gesprochen

die dem An kündigenden ungünstige Deutung als die des Publikums angenommen wird.

Die Bedeutung der Entsch. aber liegt in der psychologischen Bewertung des sog. Blickfangs und der Vorreklame.

Daß die Vorreklame ebenso wie die Reklame selbst wettbewerbsrechtlicher Beurteilung unterliegt, ist nicht zweifelhaft und hat auch bisher in allen Fällen, in denen Vorreklame Gegenstand richterlicher Prüfung war, zu keinen Schwierigkeiten geführt. Dennoch sind derartige begriffliche Unterscheidungen wertvoll und zur dogmatischen Klärung eines Rechtsgebietes erforderlich.

Blickfang ist rechtlich nichts anderes als eine Veranstaltung i. S. des § 5, denn hier liegt die An kündigung nicht lediglich im Inhalt der gewählten Ausdrucksmittel, sondern in seiner Form. Ja, in der Regel sogar nur in der Form, denn der Inhalt ist in den meisten Fällen nicht ernst zu nehmen. Gerade auf dem Gebiet des Blickfangs feiert die marktschreierische Reklame Orgien. J. B.: „Mord — an seinen Haaren begeht, wer Dauerverellen vom Nichtschadmann machen läßt.“ „Die Polizei machtlos — wenn Veranstaltungen durch Luften und Käuspern gestört werden.“ (Siehe auch die Fälle in „Die Reklame“ 1931, 478.) Wo eine Veranstaltung i. S. des § 5 vorliegt, bedürfen die Grundsätze des § 3 der Umgestaltung und Anpassung an die Besonderheiten, durch die sich die Veranstaltung von der üblichen Art der An kündigung unterscheidet. Beachtlich ist, daß das RG. die Schwierigkeiten betont, die im Geschäftsverkehr gerade darin liegen, überhaupt das Interesse des Kunden für ein Unternehmen oder eine Ware zu wecken. Diese Schwierigkeit zu betonen, ist nicht nur angebracht im Zusammenhang dieses Falles, sondern sie spielt auch eine hervorragende Rolle in dem Problem der unerlaubten Zugabe. So wie das Zugabemittel einen Kunden zum Betreten des Geschäfts veranlassen soll, so soll der Blickfang den Kunden auf ein Warenangebot hinweisen.

Ist der „Blickfang“ sachlich ernst zu nehmen, wie im vorl. Fall, so finden die Grundsätze des § 3 Anwendung, und hierbei hat sich das RG. in einem Gegenfall zum RG. gestellt, der m. E. zugunsten des RG. zu entscheiden ist. Wenn das RG. bei seiner Prüfung erwägt, ob der Leser der An kündigung auf Grund seiner Bildungsstufe und auf Grund der im besonderen Falle geübten Aufmerksamkeit über den „Blickfang“ hinaus weiterlesen und dann Aufklärung finden werde, so widerspricht das allerdings dem immer wieder hervorgehobenen Grundsatz, daß in § 3 mit der Anlockung schlechthin der Erfolg herbeigeführt ist, und das RG. zieht deshalb zutreffend aus der unrichtigen Auffassung des RG. die Folge, daß es jedem gestattet sein müsse, seine Ware gratis anzubieten, auch wenn dies nicht wahr sei, sofern nur der Leser durch den nachfolgenden Text aufgeklärt werde.

Hat der vorl. Tatbestand das RG. veranlaßt, sich grundsätzlich

wird, eine solche Äußerung im Zweifel in erster Linie auf das Unternehmen und nicht auf die Bezeichnung bezogen wird. So wird der Satz „Die Eintragung der Firma ist kostenlos“ von jedem unbefangenen Leser zunächst auf das Unternehmen bezogen und dahin verstanden, daß die Eintragung des Unternehmens kostenlos erfolge; wenn dann im folgenden neun Rubriken vorhanden sind, so denkt der Leser, daß alle zu diesen neun Rubriken gehörigen Angaben kostenlos erfolgen.

Es ist auch die Absicht der Antragsgewnerin, diesen Eindruck zu erwecken. Einmal ergibt sich dies aus der Tatsache, daß die Antragsgewnerin in dem voranstehenden Text das Wort „Firma“ selbst i. S. von „Unternehmen“ gebraucht und für „Firma“ i. S. von Firmenbezeichnung das Wort „Namen“ wählt: „Unentgeltlich ist für die Firma die Aufnahme, soweit sie sich auf die einmalige Nennung des Namens ... beschränkt, ...“ Hier kann das Wort „Firma“ nicht die Firmenbezeichnung bedeuten. Die Antragsgewnerin weiß genau, daß der Leser bei dem Wort „Firma“ im Zweifel zunächst an das Unternehmen denkt. Sodann ist folgendes zu beachten. Unentgeltlich soll nach dem neuen Formular nicht nur der Name eingetragen werden, sondern auch — unter gewissen Voraussetzungen — die Geschäftsstelle und der Fernsprecher. Würde der Satz: „Die Eintragung der Firma ist kostenlos“ vom Leser auf die Firmenbezeichnung bezogen werden, so wäre er irreführend in einem der Antragsgewnerin ungünstigen Sinne; er würde die Annahme nahelegen, daß kostenlos nur die Eintragung der Firmenbezeichnung ist. Es darf bei jedem Kaufmann, insbes. aber bei einem Kaufmann, der zunächst die der EinstwVerf. v. 21. Jan. 1931 zugrunde liegenden Formulare versandt hat, als sicher gelten, daß er bei Sätzen, die in der hier in Betracht kommenden Weise herausgehoben sind, keinesfalls einen zu ungünstigen Eindruck erwecken will. Unerheblich ist der Umstand, daß die erste der neun Rubriken die „Firma“ i. S. von Firmenbezeichnung betrifft und daß hier das Wort Firma durch Fettdruck ganz besonders stark herausgehoben ist. Dies ist deshalb unerheblich, weil das Denken dauernd „unspringt“; wird ein Ausdruck in verschiedenen Bedeutungen verwandt, so wird er zunächst in der nächstliegenden Bedeutung aufgefaßt; zwingt der Zusammenhang dazu, den Ausdruck an einer weiteren Stelle in einem andern Sinne zu deuten, so führt dieser Zwang nicht ohne weiteres dazu, die vor dieser Stelle erfolgten Deutungen nochmals nachzuprüfen und

zu den Gratisentscheidungen des RG. zu äußern, so sehe ich mich hinwiederum durch die Entsch. des RG. veranlaßt, weitere Kritik an den RG-Urteilen zu üben, und es ist m. E. neben der Beanstandung des RG. und neben der in meinem Kommentar niedergelegten Kritik an dem System der Gratiszugaben (s. § 1 Anm. 79 f.) noch folgendes zu berücksichtigen: Daß die Unterscheidung zwischen der Urteilsfähigkeit des Leserkreises von Brehms Tierleben und Schillers Werke unerheblich ist, wenn man, wie das RG., den „Blickfang“ als solchen als unlauter betrachtet, ist klar. Weiterhin aber ist überhaupt diese Unterscheidung unrichtig und führt zu Differenzierungen des Leserkreises, wie sie im täglichen Verkehr keineswegs vorkommen. Anscheinend findet jedoch die Entsch. des RG.: JW. 1930, 1687 vom RG. Billigung, weil sie in einem „grundlegenden Punkte“ die Ausführungen des Urteils in JW. 1928, 2364 „nicht in vollem Umfange aufrechterhält“. Auch Wertheimer: JW. 1931, 451 meint, daß die Entsch. JW. 1930, 1687 in befriedigender Weise die Entsch. JW. 1928, 2364 aufbehalte. Damit hat Wertheimer zwar von seinem Standpunkt aus recht, aber mir erscheint dieses Abweichen von der früheren Entsch. als ein neuer Fehler, der zu den früheren hinzukommt. Die Entsch. JW. 1928, 2364 ist m. E. deshalb unrichtig, weil es im geschäftlichen Verkehr auch unlauter ist, seine Ware zu verschenken. Dies verstößt gegen den Grundsatz der Sachlichkeit, d. h. der Kaufmann soll nur durch die Qualität seiner Waren oder gewerblichen Leistungen und unter Hinweis auf diese (Reklame) seine Geschäfte betreiben. In dem Augenblick, wo er das Moment der Unentgeltlichkeit verwertet, bedient er sich eines Mittels, das nicht anders denn als Lockmittel, nicht aber als Hinweis auf die Qualität der angebotenen Waren aufzufassen ist (eingehend hierüber s. Callmann a. a. D.).

Der neue Fehler der Entsch. JW. 1930, 1687 liegt nun darin, daß die Prüfung der Unentgeltlichkeit in diesem Falle unrichtig ist. Im Falle JW. 1928, 2364 hatte das RG. zutreffend bemerkt, daß die Erhebung der geringfügigen Porto- und Verpackungskosten das Gratisangebot nicht zu einem entgeltlichen mache. Das halte ich für richtig. Wenn jemand nach dem Preise einer Ware fragt, so kommt es ihm nicht darauf an, zu wissen, welche Porto- und Verpackungskosten ihm berechnet werden, sofern solche geringfügig sind und ihre Berechnung nicht ungewöhnlich ist. Wer eine Ausgabe von Brehms Tierleben oder Schillers Werken in mehreren Bänden geschenkt erhält, wird den Wert des Geschenkes nicht dadurch beeinträchtigt sehen, daß er pro Band einige Pfennige Spesen bezahlen muß. Selbst derjenige, der in gewöhnlichen Verhältnissen sich nicht entschließen würde, Schillers Werke oder Brehms Tierleben zu kaufen, wird für den Besitz eines solchen Werkes gerne die wenigen Pfennige Verpackungs- und Versendungsspesen bezahlen. Wie man so oft, wenn man glaubt,

der neuen Deutung anzupassen; vielmehr „springt“ das Denken „um“: das selbe Wort wird zunächst in der einen Bedeutung verstanden und — vielleicht noch im gleichen Satz — in einer anderen Bedeutung, ohne daß dies zum Bewußtsein zu kommen braucht. So wird das Wort „Firma“ in dem Satz „Die Eintragung der Firma ist kostenlos“ vom Durchschnittsleser in dem oben angegebenen Sinne verstanden, auch wenn derselbe Leser das fett gedruckte Wort „Firma“ — in der ersten der neun Rubriken — auf die Firmenbezeichnung bezieht. Derartige Vorgänge spielen im täglichen Denken eine außerordentlich große Rolle. Der erfahrene Kaufmann bedient sich ihrer, ohne die Zusammenhänge erkenntnistümlich erfassen zu haben, um Suggestivwirkungen zugunsten seiner Firma zu erzeugen, niemals jedoch, um ungünstige Wirkungen hervorzurufen.

Hält man alles dies zusammen, so ist deutlich, daß die Antragsgegnerin die Absicht der Irreführung hat. Diese Absicht ist zwar nicht Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs, aber — wie seit langem erkannt ist — ein wichtiges Indiz für die Gefahr der Irreführung.

Der durch den Druck — nämlich durch Größe und Isolierung — herausgehobene Satz „Die Eintragung der Firma ist kostenlos“ ist somit ein in sich unwahrer und daher nach der Rechtsprechung des Senats unzulässiger „Blickfang“, mag auch der sorgfältig verfahrenende Leser aus dem klein gedruckten Text die Aufklärung über das in Wahrheit Gemeinte erhalten.

Der hier vertretene Standpunkt ist vom Senat insbes. in einem Urte. eingemommen worden, das die Ankündigung „kostenloser Sprachkurse“ zum Gegenstand hatte (31 U 4639/30). Hier ist betont, daß sich der Tatbestand der §§ 3, 5 UnlWG. im „Anlocken“ erschöpft. Weiter heißt es in diesem Urte.: „Ob der Kunde nach erfolgtem „Anlocken“ über die Unrichtigkeit der ihm gegenüber gemachten Angaben aufgeklärt wird, ist gleichgültig (vgl. Callmann, UnlWG. § 3 Note 21, 22a). Eine der wichtigsten Arten des „Anlockens“ im Rahmen der modernen Reklame ist der „Blickfang“. Durch den Druck, durch Beleuchtungsmaßnahmen oder auf andere Weise werden die Augen des Publikums auf Teile eines Textes hingezogen; die Lektüre dieser Teile soll den Leser zum Lesen des ganzen Textes veranlassen. Sobald der Leser dem „Blickfang“ erlegen ist, sobald er die durch Druck oder auf andere Weise herausgehobenen Teile des Textes gelesen hat, ist er „angelockt“. Deshalb darf der den „Blick-

fang“ bildende Teil des Textes nicht unrichtig i. S. der §§ 3, 5 UnlWG. sein. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich Angaben nach ihrer Gesamtwirkung beurteilt werden müssen. Wird jedoch ein Teil herausgehoben und kommt diesem Teil kraft dieser Heraushebung eine „Sonderfunktion“ zu, so darf dieser Teil im Hinblick auf diese ihm gewordene Selbständigkeit auch für sich betrachtet keine unrichtige Angabe i. S. der §§ 3, 5 UnlWG. enthalten (vgl. Rosenthal, UnlWG. § 1 Note 48 b; § 3 Note 32, 33). Soweit die beiden „Gratis“-Entsch. des RG. (JW. 1928, 2364 ff.; 1930, 1687 ff.) mit diesen Ausführungen nicht übereinstimmen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Wird durch eine „Blickfang“-Angabe eine „Gratis“-Leistung angeboten und hierdurch der Leser „angelockt“, d. h. dazu bestimmt, sich für die Art der Gratisleistung zu interessieren, so liegt ein Fall der §§ 3, 5 UnlWG. vor, wenn es sich in Wahrheit nicht um eine Gratisleistung i. S. der Auffassung maßgeblicher Verkehrskreise handelt, mag auch durch den weiteren Text eindeutig klargestellt sein, in welchem eingeschränkten (dem wahren Sachverhalt entsprechenden) Sinne das Wort „Gratis“ gemeint ist.

Hier gilt genau das gleiche wie bei der vom RG. in ständiger Rspr. in Übereinstimmung mit dem RG. (RGSt. 50, 16) als Verstoß gegen §§ 3, 5 UnlWG. angesehenen Ausverkaufsanzeige, bei der die „Preismäßigung bis zu 50%“ durch Heraushebung der Worte „Preismäßigung“ und „50%“ zunächst als allgemeine Preismäßigung um 50% erscheint.

In verstärktem Maße gilt das hier Ausgeführte dann, wenn es sich um Annoncen handelt, die als Ganzes sich als „Vorfühler“ darstellen, d. h. — nach der Definition der Defk. — um solche Anzeigen, die nicht den Zweck verfolgen, bereits die Reklame selbst durchzusetzen, sondern das Publikum überhaupt einmal auf eine Angelegenheit aufmerksam zu machen, die alsdann in umfangreicherer Reklame weiter verfolgt werden soll. Auch für derartige „Vorfühler“ gilt §§ 3, 5 UnlWG., in vollem Umfange, also auch in dem Sinne, daß der „Vorfühler“ für sich betrachtet keine unrichtigen Angaben i. S. der §§ 3, 5 UnlWG. enthalten darf.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß kein vernünftiger Mensch damit rechnen werde, einen ganzen Sprachkursus unentgeltlich zu erhalten. Zunächst wird hierbei die „Psychologie der Re-

einen Tatbestand an der Wurzel nicht anpacken zu können, an nebensächlichen Punkten angreift, gewissermaßen die Gerechtigkeit durch die Hintertür hineinschlüpfen läßt (ähnlich wie man den Geheimnisverrat im Diebstahl eines Notizbuches bestraft), so scheint mir auch das Gratisproblem von der Rspr. am falschen Ende angefaßt worden zu sein. M. E. kommt man in diesem wie auch in den mit Recht ablehnend aufgenommenen Zugabe-Urteilen des RG. nur durch Anwendung des Grundsatzes der Sachlichkeit zu einem praktisch wie auch dogmatisch befriedigenden Ergebnis (s. auch Wertheimer: JW. 1931, 475).

Selbstverständlich schließt die vertragsrechtliche Beurteilung des Falles die wettbewerbsrechtliche nicht aus. Interessant aber ist, daß man in beiden Fällen, wenn auch nicht rechtskonstruktiv, so doch praktisch zur Prüfung der gleichen Frage gelangt. Bei der vertragsrechtlichen Prüfung sind in erster Linie die Fragen zu stellen: Ist ein Werkvertrag zustande gekommen? Liegt ein rechtswirksames Angebot vor? Wie ist das Angebot der die Eintragung in das Adreßbuch bestellenden Firma auszulegen? Da für diese Auslegung maßgebend ist einmal der Wille der Parteien und ferner die Verkehrssitte, da ferner die gesamten Papiere, die von der Adreßbuchfirma vorgelegt wurden, als einheitliche Urkunde zu betrachten sind und hier wieder in erster Linie der „Blickfang“ in die Augen springt, so erstreckt sich die Auslegung der Willenserklärung ebenfalls auf die Worte „Eintragung der Firma kostenlos“ (hierüber s. eingehend Sauerlandt: JW. 1930, 1364).

Dr. Rudolf Callmann, Köln.

B. Der über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgreifende Wert des Urte. liegt in den Sätzen, die über die sog. Blickfangreklame aufgestellt werden. Es ist eine reiche richterliche Erfahrung in Wettbewerbsfällen, die die Ausführungen des 31. ZivSen. leitet und die ihnen ihren besondern Reiz gibt. Die Worte „Die Eintragung der Firma ist kostenlos“ sind durch besonderen Druck hervorgehoben. Mit Recht deutet das RG., dem Sprachgebrauch des Lebens und nicht der juristischen Fachsprache folgend, die Bezeichnung „Firma“ in dem weiteren, dem Ausdruck „Unternehmen“ gleichkommenden Sinn, so daß sie alle auf die Blickfangreklame folgenden Rubriken auch die über Gründungszeitpunkt, Telegrammadresse, Bankkonto usw. mit umfaßt. Die ohne druckmäßige Hervorhebung in das Rundschreiben aufgenommene Bemerkung, unentgeltlich sei für die Firma die Aufnahme, soweit sie sich auf die einmalige Nennung des Namens der Geschäftsstelle, sowie des Fernsprechers in gewöhnlicher Schrift beschränke, bedeutet demnach eine wesentliche Einschränkung gegenüber dem, was der Leser auf den ersten Blick sich verspricht. So reiht sich der Fall als gleichartig neben die „Gratis“-Angebote von „Brehms Tierleben“ und „Schillers Werken“, Fälle, die zur Entsch.

des RG. gekommen sind (JW. 1928, 2364 ff. und 1930, 1687 ff.), neben RGSt. 50, 15 ff., neben den Fall von den angeblich „kostenlosen Sprachkursen“, den das RG. aus seiner eigenen Praxis zitiert, und er wird als nunmehr schon typischer Fall reif für eine die leitenden Gesichtspunkte herausarbeitende Rspr. Der Leser vermerkt mit Freude die Sicherheit, mit der die Probleme, wenn nötig auch im Widerspruch mit dem RG., angefaßt werden.

Die durch die reichsgerichtliche Rspr. gegebene Lage ist eine eigentümliche. Der 2. ZivSen. hatte bei dem „Gratis“-Angebot von „Brehms Tierleben“ unlauteren Wettbewerb verneint, obwohl der Verlag in Wahrheit nicht bereit war, gratis zu liefern, sondern, wie sich aus den im kleineren Druck beigefügten Bemerkungen ergab, Bezahlung von 4,80 RM sog. Verpackungs- und Annoncenposten und von weiteren Postospesen, von denen auch im Kleinruck nicht die Rede war, verlangte. Dieses Urte. war in der Literatur stark befehdet worden. So schon von Wertheimer in der ihm der JW. beigegebenen Anmerkung; so von Baumbach (Komm. S. 203) und Callmann (zu § 1 Nr. 79). Auch das RG. (2. ZivSen.) hat zwei Jahre später in dem durchaus verwandt liegenden Fall des „Gratis“-Angebots von „Schillers Werken“ durch denselben Verlag sich zu der Auffassung von der Unlauterkeit dieses Geschäftsgebahrens bekehrt. Aber die Rechtslage ist dabei nicht völlig geklärt worden. Denn wenn das RG. auch in seiner zweiten Entsch. mitunter deutlich von der ersten abrickt, so geht es doch nicht ohne Rückzugsgefecht ab. Es klingt der Gedanke mit an: bei „Brehms Tierleben“ konnten wir annehmen, daß die Interessenten im allgemeinen Leute sind, die sich sagen, der Buchhandel werde wohl nicht dazu übergegangen sein, umfangreiche Werke zu verschänken, und die daher den Inhalt des auffallend verlockenden Angebots näher in Augenschein nehmen; bei „Schillers Werken“ müssen wir mit Lesern, insbes. auch „aus den Kreisen der heranwachsenden, auf ihre Weiterbildung bedachten, aber weniger geschäftserfahrenen Jugend rechnen“, die dem Zauber des Schlagworts „Gratis“ eher erliegen.

Damit kommt man auf den springenden Punkt im dem Problem überhaupt: kommt es darauf an, ob die Leser oder ein Teil der Leser, weil sie das Kleingedruckte nicht aufmerksam genug beachten, endgültig irreführt werden? Oder genügt es nicht schon, daß die werbenden Firmen es vermögen, durch die in fettgedruckten Schlagworten enthaltenen Übertreibungen die Aufmerksamkeit der Leser anzuziehen, auch wenn diese zu näherer Prüfung sich veranlassen sehen, die Übertreibung entdecken, aber eben trotzdem für die Sache gewonnen sind? Das RG. scheint, wie aus dem über seine Rspr. Berichteten hervorgeht, unlauteren Wettbewerb nur bei der ersten Alternative anzunehmen, während das RG. ausdrücklich betont, auch im zweiten Falle verurteilen zu wollen. Der Unterschied ist wett-

klame“ verkannt. Wer etwas von „unentgeltlichem Sprachunterricht“ liest, wird zunächst sofort aufmerksam auf diese sehr auffällige Erscheinung, sein Interesse wird fast reflexmäßig wachgerufen; dies geschieht regelmäßig mit so großer Geschwindigkeit, daß der Gedanke des wirtschaftlichen Widerstimmens einer solchen Ankündigung zu spät kommt, um die Entstehung des Interesses zu verhindern. Ist aber erst das Interesse erwacht, so ist auch der Erfolg erzielt, der durch unrichtige Angaben i. S. der §§ 3, 5 UmlWG. nicht erzielt werden soll: die „Anlockung“ hat stattgefunden. In Wahrheit ist es aber nicht einmal so, daß der Durchschnittsleser die Ankündigung eines abgeschlossenen kostenlosen Sprachkurses für schlechthin widersinnig halten wird. Er ist durch eine Fülle der verschiedensten Reklamemaßnahmen daran gewöhnt, daß man unter Umständen ohne besondere „Kosten“ erhebliche wirtschaftliche Werte erlangen kann, etwa im Rahmen von „Gratiszugaben“, bei Preisrästeln oder bei sonstigen Wettbewerben der verschiedensten Art. Er glaubt nur zu gern, daß sich ihm jetzt eine Möglichkeit eröffnet, ohne Kosten eine fremde Sprache zu erlernen und wird zum mindesten sehr begierig sein zu erfahren, welche Bedingungen er erfüllen muß, um den kostenlosen Unterricht zu erhalten, d. h. er wird „angelockt“ in einer nach §§ 3, 5 UmlWG. und § 826 BGB. unzulässigen Weise.“

Die Anwendung der hier entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zur Bejahung des dem Antrag auf Erlaß der EinstwVerf. zugrunde liegenden Unterlassungsanspruchs.

In einem Ur. v. 17. April 1931 (33 Q 80/31) hat allerdings das O. I Berlin dem Sinne nach ausgeführt, ein sittenwidriges Verhalten liege nicht vor, wenn eine Angabe sich innerhalb der vom RG. für eine laudere Reklame aufgestellten Erfordernisse halte, möge sie auch gegen die Richtlinien verstoßen, die in dem oben zitierten Ur. des Sen. (31 U 4639/30) enthalten sind. Im Hinblick auf diese Entsch. des O. I ist es notwendig, auf die grundlegende Abweichung der Auffassung des Sen. von den genannten „Gratis“-Urteilen des RG. einzugehen. Vorweg muß betont werden, daß eine Angabe, die zwar den Anforderungen der ersten der beiden „Gratis“-Entscheidungen des RG., nicht aber den Anforderungen der zweiten Entsch. genügt, unlauter ist und zwar gerade auch nach der Auffassung des RG.; denn das RG. hat die Ausführungen seines ersten Ur. in einem „grundlegenden Punkte“, nicht in vollem Umfange aufrechterhalten“ (vgl. JW. 1930, 1689 Sp. 1—3). Es muß jedoch anerkannt werden, daß der Sen. auch über die zweite der genannten RG-Entsch. hinausgegangen ist. Das RG. hat zwar in dieser Entsch. betont, daß das Schlagwort eines Gratisangebots von ganz außerordentlicher Anziehungskraft sei; daß es eine Anlockung stärkster Art sei; daß das RG. hat auch zutreffend ausgeführt, die streitigen Zeitungsanzeigen seien auch deshalb unlauter, weil darin, vor allem auch in dem schlagwortartig als

Überschrift gebrauchten, allen Lesern sofort in die Augen fallenden Worte „Gratis“ ein Anlocken der Kundschaft durch unwahre Angaben zu erblicken sei; das Wort habe die Aufgabe, als sog. „Blickfänger“ zu wirken. Das RG. spricht jedoch in seinem Ur. nicht den nach der Auffassung des Sen. grundlegenden Satz aus, daß ein „Blickfang“ nicht in sich unrichtig sein darf; vielmehr legt das RG. umgekehrt — soweit erkennbar — entscheidenden Wert darauf, ob erfahrungsgemäß die als Interessenten in Betracht kommenden Kreise den Wortlaut genau lesen und so über den wahren Sachverhalt unterrichtet werden oder ob sie an dem Schlagwort „Gratis“ „hängen bleiben“. Kommt es hierauf entscheidend an, so darf ein Kaufmann, der eine in keinem Sinne als „Gratis“-Leistung anzuprechende Leistung anbietet, das Wort „Gratis“ stets dann als „Blickfang“ bewerten, wenn die Interessenten nicht an dem Schlagwort „Gratis“ hängen bleiben, sondern — nachdem ihr Interesse durch diese „Anlockung stärkster Art“ erweckt ist — beim Lesen des weiteren Textes den wahren Sachverhalt erfahren. Gerade ein derartiger in sich unrichtiger „Blickfang“ erfüllt nach der Auffassung des Sen. den Tatbestand der §§ 3, 5 UmlWG.; es ist nicht erkennbar, warum gerade diese „Anlockung stärkster Art“ trotz ihrer „ganz außerordentlichen Anziehungskraft“ zulässig sein soll, während sonst jedes Anlocken mit unrichtigen Angaben der im § 3 genannten Art unzulässig ist. Welches die unmittelbare Folge des Anlockens ist, ist unerheblich. Ob der Interessent durch das „Anlocken“ zunächst zum Lesen eines Textes, zum Eintritt in einen Laden oder zur Bestellung einer Probefendung veranlaßt wird und ob er dann durch das Lesen des Textes, durch den Verkäufer im Laden oder durch die der Probefendung beigefügten Bedingungen über die Unrichtigkeit der Anlockung unterrichtet wird, ist nach der Auffassung des Sen. bedeutungslos. Es ist auch nicht einzusehen, welches rechtschutzwürdige Interesse an „Gratis“-Ankündigungen von Leistungen bestehen soll, die in Wahrheit nicht als unentgeltliche Leistungen angesehen werden können. Hier ist noch besonders zu beachten, daß die Reklame im modernen Wettbewerbskampf eine zentrale Bedeutung gewonnen hat, daß es dem Kaufmann in erster Linie darauf ankommt, nicht für die Ware, sondern für die Reklame Interesse zu wecken, daß er dies wiederum nur durch Reklame zu erreichen vermag — man mag diese Form der Reklame als „Vor-Reklame“ bezeichnen — und daß die vielleicht wichtigste Form der „Vor-Reklame“ der „Blickfang“ in seinen mannigfaltigen Abwandlungen ist. Ist aber die irreführende Reklame unzulässig, so ist auch die irreführende „Vor-Reklame“ unzulässig.

Da im vorliegenden Falle die Empfänger der Rundschreiben Kaufleute sind, muß noch zu einem weiteren Punkt der hier erörterten RG-Entsch. Stellung genommen werden. Das RG. meint, der „für unsere Klassiker in Betracht kommende Käuferkreis“ sei „ein weiterer, als bei einem doch ein gewisses Spezialinteresse auf be-

werbersrechtlich recht interessant. Während im ersten Fall ganz einfach unwahre Reklame, in dem gefäufigen Sinne des § 3 UmlWG. vorliegt, gehört der zweite Fall im Grunde zu einer anderen Gruppe wettbewerbsrechtlicher Tatbestände, die man üblicherweise als Kundenfang oder auch als Anreizertum bezeichnet. „Man spiegelt eine wohlfeile Kaufgelegenheit vor, ohne überhaupt derartige Waren zu haben; und wenn der Käufer kommt, so gebraucht man Ausflüchte und veranlaßt ihn, da er doch nicht vergebens den Gang gemacht haben will, etwas anderes zu kaufen; auch hält man ihn dadurch vom Konkurrenten fern“, so umschreibt schon Josef Kohler in seinem „Unlauteren Wettbewerb“ (S. 104) einen der hierher gehörenden Fälle. Und wir wissen aus der Praxis von genügend einschlägigen Fallagerungen, von Zurschaustellung von Waren in der Auslage, die überhaupt nicht oder nur zu teureren als den angegebenen Preisen abgegeben werden usw. (Rosenthal zu § 1 Note 101). Im weiteren Sinn gehört auch das Anreizen durch Ansprechen auf der Straße hierher. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß zwar (jedenfalls noch vor Geschäftsabluß) der Geworbene über das Angebot, das ihm gemacht wird, Klarheit erhält, daß aber in unlauterer Weise seine Aufmerksamkeit gewonnen wurde. Von „Vorreklame“ spricht das RG., wobei wir dahingestellt lassen, ob die Wahl dieses Wortes eine sehr glückliche ist. Jedenfalls, so sagt der Senat aus seiner reichen Erfahrung heraus, der Blickfang in seinen mannigfachen Abwandlungen ist heute die vielleicht wichtigste Form der Vorreklame — und nach der Rspr. des Senats darf schon der den Blickfang bildende Teil des Reklametextes nicht unwahr sein. Diese Rspr. zieht die Schranken lauderen Wettbewerbs bewußt enge. Man wird ihr etwa entgegenhalten, daß es zahlreiche und sehr weitgehende Mittel gibt, die Aufmerksamkeit des Kunden anzu ziehen, die nicht als unlauter betrachtet werden. Man braucht zu diesem Zweck nur den Reklameteil einer Tageszeitung zu lesen. Die Phantasie hat freiesten Spielraum. Das Schlagwort „Wirtschaftsnot“, der Name des Königs Aman Ullah, dessen Klang den Leser anzieht, führt ihn unversehens zur Reklame für Hühneraugenmittel u. dgl. mehr. Solche Reklameformen sind nicht oder minder geschmackvoll, aber im allgemeinen jedenfalls nicht unlauter. Wenn das moderne Wettbewerbsrecht allmählich dazu übergeht, neben dem Erfordernis der Wahrheit auch das der Sachlichkeit der Reklame zu betonen (Callmann S. 37 f.), so

gilt für den Blickfang jedenfalls der Grundsatz der Sachlichkeit nicht und ein Anreizen der Aufmerksamkeit unter Verwertung von Affoziationen, die mit der angebotenen Leistung nichts zu tun haben, ist im allgemeinen erlaubt. Aber es besteht eben noch ein wesentlicher Unterschied zwischen Blickfang durch sachfremde und solche durch zur Sache gehörende, aber unwahre Angaben. Und wir sind geneigt, mit dem RG. den in sich unwahren Blickfang als wettbewerbsrechtlich unzulässig zu beurteilen, wobei freilich nach Ort und Methode (einsparende Redensarten auf Jahrmärkten, drastische bildliche Darstellungen) gewisse Ausnahmen zu gelten haben werden.

Wir haben im Vorhergehenden den Trennungsstrich zwischen den nur als Blickfang unwahren und den in ihrer Unwahrheit weiter wirkenden Gratis- usw. Angeboten scharf gezogen, um die maßgeblichen wettbewerbsrechtlichen Kategorien zu entwickeln. Aber es bleibt zu betonen — und das ist eine wichtige Stütze für die kammergerichtliche Auffassung —, daß in praxi beides stets mehr oder weniger ineinander übergehen wird. Das RG. belegt es für den konkreten Fall. Es entwickelt an ihm den Satz, daß schon der in sich unwahre Blickfang, mag auch der Leser nachträglich aufgeklärt werden, unzulässig sei. Aber es hebt auch gleichzeitig hervor, daß endgültige Irrführungen vorgekommen sind, wie sich aus den Prozessen zwischen Infereuten und Adressbuchverleger, die sich an das Gratisangebot angeschlossen, ergibt. Der im Leser durch die im Druck betonte Schlagzeile hervorgerufene Eindruck wirkt weiter; er bleibt für ihn der maßgebendste an der ganzen Reklame. Es wird das in gewissem Grad auch noch bei einem qualifizierten Leserkreis der Fall sein. Gewiß ist es im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht notwendig, nach den Adressaten der Reklame zu fragen, nach dem Maß von Kritik, mit dem sie einem Angebot gegenüberstehen. Aber man erweist m. E. dem Rechtsleben keinen Dienst, wenn man diese Unterscheidung in der Frage des Blickfangs vornimmt. Die Rspr. des RG., die reinen Tisch macht und den in sich unwahren Blickfang grundsätzlich verbietet, hat den Vorzug. Sie bringt die diesem Rechtsgebiet so notwendige, größere Rechtsicherheit, sie ist ein Fortschritt auf dem Weg zu der Hygiene des Reklamewesens, die unserer Zeit so not tut.

Prof. Dr. U. Imer, Heidelberg.

sonderem Gebiete voraussetzenden Werke" (wie „Brehms Tierleben“); der Kreis der Interessenten von Schillers Werken umfasse „einen sehr großen Teil des deutschen Volkes“; bei diesem Kreise sei „also ein erheblicher Teil wenig geschäftsgewandt und urteilsfähig“. Diesen Unterscheidungen vermag der Sen. nicht zu folgen. ... Sind die Unterscheidungen des RG. richtig, so muß — bei Zugrundelegung der hier abgelehnten grundsätzlichen Auffassung des RG. — die Anwendbarkeit der §§ 3, 5 UmlWG. im vorliegenden Falle allerdings verneint werden; denn von den Kaufleuten, die als Empfänger der hier freitigen Rundschreiben in Frage kommen, darf angenommen werden, daß sie noch wesentlich geschäftsgewandter und urteilsfähiger sind als diejenigen, die sich für „Brehms Tierleben“ interessieren, und daß sie durch die hier freitigen Formulare weniger leicht zu täuschen sind als die Interessenten für „Brehms Tierleben“ durch die „Gratis“-Ankündigungen des V. f. d. Verlags. In Wahrheit erscheint es jedoch auf Grund allgemeiner Erfahrungen als sicher, daß durch die im vorliegenden Falle versandten Formulare nicht nur diejenigen Kaufleute getäuscht worden sind, mit denen es zu Prozessen gekommen ist, sondern auch zahlreiche weitere Empfänger, die es mit Rücksicht auf die verhältnismäßige Geringfügigkeit der zu zahlenden Beträge oder aus andern Gründen vorgezogen haben, freiwillig zu zahlen. Die druckmäßige Heraushebung der angeblichen Kostenlosigkeit der Eintragung soll und wird bei vielen Empfängern ohne weiteres die Überzeugung auslösen, daß keinerlei Risiko mit der Unterzeichnung verbunden ist, so daß diese Empfänger sehr geneigt sein werden, ohne weiteres die Unterzeichnung vorzunehmen, da sie sich sagen werden, daß es jedenfalls unschädlich ist, wenn sie unentgeltlich in das neue Adreßbuch aufgenommen werden. Dies muß — insbes. auch gegenüber den Unterscheidungen des RG. — besonders betont werden, daß jede Gratisankündigung — im Gegensatz zu sonstigen irreführenden Ankündigungen — eine besondere Gefahr in sich schließt; sie wiegt den Leser in den Glauben, daß es sich um eine Angelegenheit handelt, die ihm nur Vorteile bringt, und er wird daher nur zu leicht geneigt sein, sich ohne eine genaue Prüfung auf diese anscheinend völlig risikolose Angelegenheit einzulassen.

In diesem Zusammenhange ist auch zu den von der Antragsgegnerin überreichten Urte. Stellung zu nehmen. Die Antragsgegnerin ist in einem Teil der von ihr geführten Prozesse mit ihrer Zahlungsansprüchen gegenüber solchen Kaufleuten, die die Formulare unterzeichnet haben, durchgebrungen. In einer Reihe anderer Prozesse ist die Antragsgegnerin unterlegen, wie dem Sen. aus dem Prozeß bekannt ist, den die englische Firma Sk. gegen die Antragsgegnerin geführt hat. Den der Antragsgegnerin ungünstigen Entsch. ist der Vorzug zu geben. Es ist zwar richtig, daß ein Dissens nicht vorliegt. Die Verträge sind vielmehr mit dem aus den Formularen ersichtlichen Inhalt zustande gekommen. Soweit die Formulare jedoch in der Annahme unterzeichnet sind, die Eintragung erfolge hinsichtlich aller neun Rubriken kostenlos, ist die Unterzeichnung durch eine arglistige Täuschung veranlaßt worden: Durch den irreführenden „Blickfang“ ist der Empfänger des Formulars davon zurückgehalten worden, den zu unterzeichnenden Text genau zu lesen, wobei betont sei, daß es sich hier nicht um einen „Blickfang“ im strengen Sinne handelt, da hier der Leser gerade nicht zum Lesen des ganzen Textes veranlaßt werden, sondern erkennbar von diesem Lesen, jedenfalls vom genauen Lesen zurückgehalten werden soll. Dem Zahlungsanspruch steht daher auch nach Ablauf der Frist des § 124 BGB. die Einrede der Arglist entgegen (vgl. z. B. RG. 130, 125<sup>1)</sup>). Ob es einem Kaufmann obliegt, einen Vertragstext vor der Unterzeichnung zu lesen, ist ohne Bedeutung, denn ungünstigstenfalls hat sich der Empfänger des Formulars bei der Unterzeichnung fahrlässig verhalten; eine solche Fahrlässigkeit fällt jedoch gegenüber dem vorsätzlichen Verhalten der Antragsgegnerin nicht ins Gewicht. Erwähnt sei hier, daß der 1. ZivSen. des RG. in einem Falle von Dissens sei hier, daß derjenige für schädensersatzpflichtig erklärt hat, der durch seine Fahrlässigkeit ein Mißverständnis der Gegenpartei hervorgerufen hat; trifft auch diese Gegenpartei ein Verschulden, so soll der Schaden gemeinschaftlich nach dem Grade des beiderseitigen Verschuldens getragen werden (vgl. RG. 104, 268<sup>2)</sup>). Erwähnt sei ferner, daß die neuere Rpr. allgemein die in dieser Entsch. des 1. ZivSen. anerkannte culpa in contrahendo aufs stärkste betont; nicht nur wesentlich oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen haben während der Vertragsverhandlungen zu unterbleiben, durch die Eröffnung von Vertragsverhandlungen wird vielmehr ein Vertrauensverhältnis begründet, von dessen Inhalt „eine Offenbarungspflicht der Beteiligten im Rahmen der nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr zu stellenden Anforderungen hinsichtlich solcher Tatsachen“ gehört, die „für die Entscheidung des anderen Teiles, ob er sich auf den Vertrag einlassen will, erkennbar von Bedeutung sein können“ (vgl. RG.: JW. 1928, 1285; 1929, 3150).

Siehe Vertragsverhandlungen unter einer so strengen Offenbarungspflicht, so leuchtet ohne weiteres ein, daß einem Gläubiger, der nur durch einen Unentgeltlichkeit vortäuschenden „Blickfang“

den Abschluß eines Vertrages herbeigeführt hat, die Einrede der Arglist entgegengehalten werden kann.

Aber selbst wenn der Antragsgegnerin vertragliche Ansprüche zustehen würden, würde dies die Anwendbarkeit der §§ 3, 5 UmlWG. nicht ausschließen.

(RG., 31. ZivSen., Urte. v. 8. Juni 1931, 31 U 5718/31.)

Mitgeteilt von RGR. Caro, Berlin.

\*

2. Die Grundsätze über die Verwechslungsfähigkeit zweier Firmen sind für § 30 HGB. und § 16 UmlWG. die gleichen; entscheidend nach § 16 UmlWG. ist die örtliche Priorität.<sup>3)</sup>

Der Senat vermag die Auffassung des UG. nicht zu teilen, daß die Firmenunterscheidbarkeit nach § 30 HGB. nicht den strengen Anforderungen der Firmenunterscheidbarkeit nach § 16 UmlWG. unterliege. Der Senat geht im Gegensatz auch zu RG.: JW. 1928, 1215 davon aus, daß im geschäftlichen Verkehr gerade in neuerer Zeit es selbst unter Kaufleuten mehr und mehr Sitte wird, nicht so sehr auf die Firmen in der Fassung, wie sie im Handelsregister eingetragen ist, zu achten und sie in dieser Fassung zu verwenden, daß vielmehr auch die Kaufleute und sonstigen Angehörigen des Handelsstandes mehr und mehr dazu übergehen, die Firmen in abgekürzter Form zu benutzen, vor allem, die Firmenschlagwörter zu verwenden, wenn ein solches Schlagwort vorhanden ist. Zutreffend führt in Übereinstimmung mit Düringer-Sachenburg (§ 30 Note 3) Baumbach bei XXIX 2 C aus, daß die Grundsätze über die Verwechslungsfähigkeit bei § 30 HGB. und § 16 UmlWG. die gleichen sein müßten. In der Tat bezweckt auch § 30 HGB. Verkehrsverwechslungen vorzubeugen. Deshalb erscheint es nach dem Sinne dieser Vorschrift gerechtfertigt, zwischen § 16 UmlWG. und § 30 HGB. keinen Unterschied hinsichtlich der Anforderungen an die Unterscheidbarkeit zu stellen. Selbst wenn aber ein solcher Unterschied gerechtfertigt sein sollte, so würde vorliegend der Senat der Auffassung sein, daß selbst nach § 30 HGB. eine ausreichende Unterscheidbarkeit zwischen der Firma der Antragstellerin und der Berliner Zweigniederlassung der Antragsgegnerin nicht besteht. Sie stimmen in dem Schlagwort „Triton“ bzw. „Tritonwerke“ überein, also gerade in dem Bestandteil, der sich besonders kennzeichnend von den übrigen Firmenbestandteilen abhebt, wobei die Unterschiede in der Gesellschaftsform wie auch der Zusatz „Zweigniederlassung“ keine ausreichende Unterscheidbarkeit gewähren. Selbst die Verwendung von Personennamen in der Firma der Antragsgegnerin begründet die Unterscheidbarkeit nicht, weil man schon wegen des streitigen Firmenschlagwortes allein Beziehungen zwischen beiden Firmen annehmen kann, was bei den heute vielfach stattfindenden Verschmelzungen geschäftlicher Unternehmungen nicht fernliegt.

Der Anspruch ist aber auch aus § 16 UmlWG. gerechtfertigt. Daß eine Verwechslungsfähigkeit i. S. dieser Vorschrift besteht, wird selbst von der Antragsgegnerin nicht bestritten. Für die Verursachung auf § 16 UmlWG. entscheidet nicht die Priorität des Eintrags wie bei § 30 HGB., sondern die Priorität des Gebrauchs. Die Antragsgegnerin benutzt durch ihre Hamburger Rechtsvorgänger nur das Schlagwort „Triton“ seit Anfang 1913. Damit steht an sich ihre Priorität fest. Dies gilt jedoch nur für Hamburg, nicht für Berlin. Allerdings hat die Hamburger Stammfirma der Antragsgegnerin schon vor dem Kriege Geschäfte nicht nur in Hamburg und sonst in Deutschland, sondern auch mit Berliner Firmen getätigt. Der Umfang der Geschäfte mit

Zu 2. Das interessante Urteil behandelt wichtige Fragen.

1. Abweichend von der Rpr. des RG. wird ausgeführt, daß zwischen den Anforderungen der Unterscheidbarkeit der Firma nach § 16 UmlWG. und § 30 HGB. kein Unterschied besteht. Bei rein logischer Auslegung der beiden Bestimmungen hat diese Ansicht etwas Bestechendes. Es scheint einzuleuchten, daß eine Firma, die sich nach § 30 HGB. deutlich von einer anderen unterscheidet, nicht nach § 16 UmlWG. verwechslungsfähig sein kann. Trotzdem halte ich die Auffassung des RG. für die zutreffende. In der Stiller-Entsch. (RG. 75, 370 f. = JW. 1911, 465) ist der rechtsgrundsätzliche Unterschied zwischen § 30 HGB. und § 16 UmlWG. scharf herausgearbeitet. In einem neueren Urteil des RG. (JW. 1928, 1214) wird dieser Standpunkt aufrechterhalten. Es ist belanglos, daß nach nunmehr ständ. Rpr. (RG. 114, 90 f. = JW. 1926, 2906) § 16 UmlWG. nicht auf Fälle des Wettbewerbs beschränkt ist; denn es ist daran festzuhalten, daß § 30 das „ausschließliche subjektive Recht an der Firma als einem Unterscheidungszeichen“ regelt, während nach § 16 UmlWG. der mit dem Kennzeichen bezeichnete Gewerbebetrieb als „geschütztes Rechtsgut“ in Betracht kommt. Diese Verschiedenartigkeit des geschützten Rechts ist für die erneut vom RG. aufgeworfene Frage von Bedeutung. Die Prüfung der Unterscheidungskraft nach § 30 HGB. ist im wesentlichen eine isolierte, von den Umständen nicht abhängige; umgekehrt ist die Frage der Verwechslungsgefahr zweier Firmen nach § 16 UmlWG. ohne Berücksichtigung der verschiedenartigsten Umstände nicht zu entscheiden. Die Verwechslungsgefahr der beiden Firmen nach § 16 UmlWG. ist vom RG. mit Recht bejaht worden.

2. Die Grundsätze, die das RG. für die Behandlung der Priorität

<sup>1)</sup> JW. 1931, 1350.

<sup>2)</sup> JW. 1922, 1313.

Berlin ist nicht nachgewiesen. Darauf aber kommt es gerade an. Die bloße Warenverwendung an einen bestimmten Ort erzeugt nicht den Status, den man mit der Gebrauchspriorität als erfüllt ansieht, erzeugt nicht ein lebendiges Einwirken auf den Verkehr, wie es das Vorhandensein eines Firmenzeichens an einem bestimmten Ort gewährleistet. Hiernach steht fest, daß die Priorität des Berliner Gebrauchs nicht der Antraggegnerin, sondern der Antragstellerin zukommt. Hierauf aber kommt es für den Unterlassungsanspruch an. Es genügt nicht eine allgemeine Anwartschaft, keine bloße Bekanntmachung des Namens oder der Firma im Verkehr. Es ist hierzu ein wirklicher und beachtlicher Geschäftsumfang notwendig. Daß eine nur lokale Durchsetzung gegenüber Unterlassungsansprüchen aus Kennzeichnungsrechten genügt ist, vom RG. im Reichardt-Urteil<sup>1)</sup>: GewRSch. 1930, 322 anerkannt. Es besteht daher kein Bedenken, gegenüber der an sich prioritätsälteren Bezeichnung der Antraggegnerin den lokalen Vorrang der Antragstellerin entgegen Callmann, § 16 Note 27, in Übereinstimmung mit Rosenthal, § 16 Note 6, anzuerkennen, zumal RG. 117, 219<sup>2)</sup> den (Eskimo-Pie-Urteil) eingenommenen Standpunkt, daß für die Anerkennung der Priorität schon die bloße Anwartschaft genüge, neuerdings (II 298/30 v. 30. April 1931: GewRSch. 1931, 768) aufgegeben und eine tatsächliche Benutzung erheblichen Umfangs gefordert hat. Danach kann die Antragstellerin auch aus § 16 UrW.G. den Unterlassungsanspruch herleiten. Zu Unrecht beruft sich die Antraggegnerin darauf, daß die Antragstellerin bösgläubig das ihr wohlbekannte Schlagwort und ihr ebenso wohlbekanntes Warenzeichen der Hamburger Stammfirma übernommen habe, um in unlauterer Weise deren Ruf für sie auszubeuten. Ganz abgesehen davon, daß die Antraggegnerin die Bösgläubigkeit der Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht hat, würde im vorliegenden Falle die Antraggegnerin bzw. ihre Hamburger Stammfirma ihre besseren Rechte verwirkt haben. Sie hat schon 1915 einen — erfolglosen — Widerspruch gegen die Eintragung der Antragstellerin im Handelsregister an das AG. Berlin-Mitte gerichtet. Sie hat weiter am 29. Okt. 1915 mit der Antragstellerin vereinbart, daß diese Materialien, die unter das Warenzeichen „Triton“ der Antraggegnerin stießen, nur von der Antraggegnerin bzw. der Hamburger Stammfirma beziehen durfte. Sie hat aber schon zugeben müssen, daß dieser Vertrag sozusagen eingeschlafen ist, insofern die Antragstellerin die letzten Waren im Dez. 1919 aus Hamburg bezogen hat. Wenn trotzdem die

tatsache entwickelt, sind m. E. nicht bedenkenfrei. Im vorliegenden Fall sagt das AG., daß der Firma der Antraggegnerin zwar die Priorität in Hamburg zustehe, nicht aber in Berlin. Das AG. beruft sich einerseits auf das Reichardt-Urteil, welches m. E. für diesen Fall überhaupt nicht heranzuziehen ist, zum anderen auf die Eskimo-Pie-Entsch. und namentlich auf das einschränkende Urteil des RG.: GewRSch. 1931, 768. In diesem neuesten Urteil hat das RG. seine Auffassung in der Eskimo-Pie-Entsch. zwar eingeschränkt, aber nicht so erheblich, wie das AG. anzunehmen scheint. Es ist außerdem ein Unterschied zu machen zwischen der Priorität einer ausländischen Firma im Vergleich zu einer deutschen Firma und derjenigen zweier deutscher Firmen, insbes. solcher Unternehmen, die nicht allzu weit voneinander ihren Sitz haben. § 16 UrW.G. wollte ja gerade die räumlichen Grenzen nach § 30 HGB. beseitigen. Wenn eine in Hamburg ansässige Firma in Berlin eine Zweigniederlassung errichten will, so muß für die Zweigniederlassung die Priorität der Hauptniederlassung gelten. Etwas Gegenteiliges wird man auch aus Rosenthal, Note 6 zu § 16, nicht entnehmen können, wenn man Note 16 beachtet. In Note 16 betont Rosenthal ausdrücklich, es müsse die Freiheit gewahrt bleiben, Zweigniederlassungen an Orten zu errichten, wo solche einstweilen noch nicht beständen.

3. Noch immer verwirrt der Ausdruck „Verwirkung“ nicht aus der Rechtsprache. Verwirkung und Entrechtung sehen sich manchmal zum Verwechseln ähnlich.

Im vorliegenden Fall ist die Frage der Verwirkung m. E. ohne jede praktische Bedeutung. Selbst wenn die Antraggegnerin aus § 16 UrW.G. keinen Anspruch mehr gegen die Antragstellerin hätte, wäre um deswillen allein der umgekehrte Anspruch noch nicht begründet. Freilich kann keine Rede davon sein, daß die Antragstellerin nach dem zugrunde liegenden Tatbestand arglistig gehandelt hat. Aber dieser unbegründeten Einrede bedurfte es nicht, da die Antragstellerin die an sich verwirklichungsfähige Firma kraft der ihr zukommenden Priorität nicht unbejagt benutzt hat.

RA. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

Zu 3. § 21 ScheckG. bestimmt: „Der Aussteller, dessen Regreßverbindlichkeit durch Unterlassung rechtzeitiger Vorlegung oder durch Verjährung erloschen ist, bleibt dem Inhaber des Schecks soweit verpflichtet, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde.“

1. Deutlich wird damit zum Ausdruck gebracht, daß der Scheckberechtigungsanspruch vom Gesetz nicht als Scheckregreßanspruch angesehen wird; sonst könnte das Gesetz doch nicht von einer Fortsetzung im Falle erloschener Regreßverbindlichkeit sprechen. Die Fortsetzung betrifft nur den Inhalt, nicht die Art der Schuld.

Wenn nun im § 28 Abs. 3 ScheckG. auf die Geltendmachung

1) JW. 1930, 1681. 2) JW. 1927, 3045.

Hamburger Firma seit der Zeit gegen die Benutzung des Schlagwortes „Triton“ durch die Antragstellerin nichts unternahm, so mußte letztere des Glaubens sein, daß ihr die Benutzung des Schlagwortes „Triton“ nicht verwehrt werden würde, auch wenn sie Waren aus Hamburg nicht mehr bezog. Die Antraggegnerin kann daher dem Vorgehen der Antragstellerin die Einrede der Arglist (§ 1 UrW.G., § 826 BGB.) nicht entgegenhalten.

Schließlich gibt das ältere Warenzeichen „Triton“ der Antraggegnerin zwar das Recht, ihre Waren mit dem Herkunftshinweis zu versehen, nicht aber das Recht, diesen Herkunftshinweis als Firma bzw. Firmenbestandteil zu benutzen. Die Antragstellerin wendet sich nur gegen das Letztere, nicht dagegen, daß die Antraggegnerin das Schlagwort „Triton“ auf den von ihr betriebenen Waren anbringt. (RG., 31. ZivSen., Ur. v. 22. Juni 1931, 31 U 5522/31.)

Mitgeteilt von RA. Lothar Wachsmann, Berlin.

3. § 21 ScheckG. Voraussetzungen der scheckrechtlichen Bereicherungsklage. +)

Nach § 28 ScheckG. können „Regreßansprüche aus einem Scheck“ im Wege des Scheckprozesses geltend gemacht werden. Derartige Regreßansprüche werden mit der Verjährung des Schecks nicht völlig zerfällt, vielmehr verbleibt dem Regreßgläubiger ein Bereicherungsanspruch gemäß § 21 ScheckG. Dieser Anspruch ist zwar beengt und in seiner Auswirkung beschränkter, als der ursprüngliche Regreßanspruch; er ist aber seiner Natur nach als Restanspruch des Regreßrechts anzufprechen. Es liegt kein ausreichender Anlaß vor, dem Gläubiger insofern den Weg des Scheckprozesses zu verlagern (zu vgl. Michaelis, Anm. 2 und 9 zu § 21 ScheckG.).

Die Bereicherung kann freilich nicht schon darin erblickt werden, daß die Regreßverbindlichkeit durch den Eintritt der Verjährung erloschen ist. Nach dieser vom Vorderrichter in Übereinstimmung mit Michaelis (Note 5 zu § 21 ScheckG.) vertretenen Meinung wäre der Bereicherungsanspruch wie Breit (Anm. 18 zu § 21 ScheckG.) zutreffend ausführt, nichts anderes als ein zeitlich verlängerter Regreßanspruch, dessen Geltendmachung sogar gegenüber der Verfolgung von echten Regreßansprüchen erleichtert wäre, weil es hierzu der rechtzeitigen Vorlegung des Schecks und der Verurteilung der Vorlegung nicht bedarf. Schon an dieser Erwägung scheitert die Aussicht des Vorderrichters. Dann aber muß der Klage der Erfolg verjagt bleiben. Es mag unterstellt werden, daß der Kl.

von Regreßansprüchen aus einem Scheck die den Wechselprozeß betreffenden Vorschriften entsprechend Anwendung finden, so ist damit die Folgerung verknüpft, daß dem Scheckberechtigungsanspruch als einem vom Regreßanspruch wesensverschiedenen der Wechselprozeß verschlossen ist. Der Bereicherungsanspruch eignet sich in der Tat auch wenig für den Scheckprozeß. Wird doch die Bereicherung zumeist nicht durch den für einen solchen Prozeß erforderlichen Urkundsbeweis feststellbar sein.

Würde im Ausnahmefalle dem Kl. ein solcher Nachweis möglich sein, so steht ihm der allgemeine Urkundenprozeß offen. Würde der Scheckkläger erklären, daß er seinen Anspruch im Wechsel- bzw. Scheckprozeß erhebt, so wäre nicht etwa wegen der Unzulässigkeit dieser besonderen Art des Urkundenprozesses die Klage in der gewöhnlichen Prozeßart als unzulässig abzuweisen. Eine solche Abweisung angebrachter Maßnahmen findet sich nur bei Unstatthaftigkeit des gewöhnlichen Urkundenprozesses überhaupt, von dem der Wechsel- bzw. Scheckprozeß eben nur eine Unterart ist.

Es stehen dem Kl. für die Bereicherungsklage also nur die besonderen Erleichterungen des Wechselprozesses nicht zur Verfügung, die sehr kurze Einlassungsfrist (§ 604 ZPO.) und die Zuständigkeit an jedem Ort, an welchem einer der Beteiligten allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 603 II ZPO.), während der Kl. im übrigen, mag er auch irrtümlich seine Klage als Klage im Scheckprozeß bezeichnen, die Prozeßrechte eines Urkundskl. ausübt.

Es ist aus dem vorl. Urteilsauszuge nicht recht ersichtlich, weshalb im Sonderfalle das AG. überhaupt die Frage erörtert hat, ob der Bereicherungsanspruch sich als Regreßanspruch und damit als im Scheckprozeß verfolgbar darstellt.

2. Die Scheckberechtigungs-klage hat nach dem angezogenen § 21 ScheckG. zwei Voraussetzungen: a) Schaden des Scheckinhabers; b) entsprechende Bereicherung des Scheckausstellers.

Die Bereicherung als Voraussetzung des scheckrechtlichen Bereicherungsanspruchs stellt sich nach der herrschenden Meinung in dem Werte dar, den der Scheckaussteller für die Hingabe des Schecks erhalten hat gegenüber seiner Befreiung aus dem Scheckregreß (zu § 21 ScheckG.; Breit, Anm. 17 f.; Lessing, Anm. 3; Kiefler, Anm. 4; Ruhlenbeck, Anm. 2; Simonson, Anm. 3 c).

Schon der Wortlaut des ScheckG. läßt die namentlich von Michaelis, Anm. 5 zu § 21 vertretene Gegenmeinung als abwegig erscheinen, daß die Bereicherung des Ausstellers ohne weiteres die Rehrseite des dem Scheckinhaber durch Verlust des Regreßanspruchs entstandenen Schadens sei. Man würde gedachtenfalls nicht verstehen, aus welchem Grunde vom Gesetz überhaupt als Voraussetzungen der Bereicherung Schaden des Scheckinhabers und Bereicherung des Ausstellers aufgestellt sind, wenn schon mit dem Schaden des Scheckinhabers, der seinen Regreßanspruch verlor, die



einen Schaden erlitten hat. Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Bekl. liegt jedoch nicht vor. Denn er hat für die Begebung des Schecks kein Entgelt erhalten.

(RG., 13. Zivilsen., Urf. v. 12. Dez. 1930, 13 U 13 554/30.)

Mitgeteilt von J. R. Dr. Eugen Wolff, Berlin.

#### Darmstadt.

4. §§ 652 ff. BGB.

1. Der Immobilienmakler kann eine Nachweisprovision nicht fordern, wenn das dem Käufer nachgewiesene Objekt allgemein bekannt war.

2. Der Immobilienmakler kann Vermittlungsprovision fordern, wenn zwischen seiner vermittelnden Tätigkeit und dem Abschluß des Kaufvertrages ein Zeitraum von zwei Jahren liegt. Es ändert sich nichts daran, wenn der Kaufvertrag unter Vermittlung eines zweiten Maklers zustande kam. f)

Die Bekl. S. haben im April 1929 das Haus Sch. gekauft. Der Kl. B. hat den Bekl. am 7. Juni 1926 dieses Haus angeboten und dieses Angebot näher detailliert, nachdem er vorher die Bekl. bei Angebot eines anderen Hauses darauf aufmerksam gemacht hatte, daß er sowohl Vermittlungs- wie Nachweisprovision im Falle des Kaufs eines von ihm nachgewiesenen Objektes zu erhalten habe. Die sehr langwierigen Verhandlungen im Verlaufe der selben die Verkäufer mit dem Kaufpreis erheblich heruntergingen, endeten im März 1927, nachdem beide Parteien bezüglich der Kaufbedingungen soweit einig waren, die Käufer aber auch infolge der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse sich nicht zum Kauf entschließen konnten.

Im April 1929 kam zwischen den Parteien und den Verkäufern der Kaufvertrag zustande zu im wesentlichen denselben Bedingungen, die zuletzt die Basis der i. J. 1927 abgebrochenen Verhandlungen bildeten. Bei Abschluß dieses Kaufvertrages hatte der Makler S. mitgewirkt. Der Makler B. verlangt nun von dem Käufer S. die Maklergebühr: 1. da er das Objekt nachgewiesen und 2. da er das Objekt vermittelt hat.

Das LG. hat abgewiesen. Das OLG. hat verurteilt.

Der Kl. ist für seine Behauptungen, den Bekl. das Haus nachgewiesen zu haben, beweispflichtig geblieben und kann eine Nachweisprovision nicht verlangen, da die Verkäuflichkeit allgemein bekannt war.

Das LG. hat ihm auch die Vermittlungsprovision versagt, weil ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der i. J. 1926 begonnenen und im Frühjahr 1927 beendeten Vermittlertätigkeit des Kl. und dem erst im April 1929 erfolgten Ankauf des Hauses durch die Bekl. nicht bestehe. Dabei erkennt es zutreffend an, daß zur Begründung der Vermittlungsprovision die Tätigkeit des Maklers als mitwirkende Ursache genügt, und daß dann, wenn bei dem Geschäftsabschluß selbst ein anderer Makler mitgewirkt hat, der zuerst tätig gewordene Makler einen Anspruch auf Provision hat, falls nur der

Bereicherung des Ausstellers — weil dessen Regressverbindlichkeit entsprechend erlosch — ohne weiteres verknüpft wäre.

Die vom OLG. ausgesprochene Abweisung der Klage aus dem Grunde, weil im abgeurteilten Fall der Aussteller bei Fortgabe des Schecks einen Gegenwert nicht erhalten hatte, also nicht als bereichert angesehen werden könne, erscheint durchaus gerechtfertigt.

J. R. Dr. Wilhelm Bernstein, Berlin.

Zu 4. Die Entsch. ist im Ergebnis zutreffend, doch scheint mir die Begründung nicht auf das Wesentliche abzustellen. Der Maklerlohn wird geschuldet, wenn die Tätigkeit des Maklers allein oder i. Verb. m. anderen Momenten den Vertragsgegner zu dem Abschluß bestimmt hat; daß sie den Auftraggeber zum Abschluß bestimmt hätte, ist weder erforderlich noch genügend (Reichel, Die Maklerprovision 163, mein Handlungsagent in Ehrenb. Handb. V, 1, 139). Im vorl. Falle hat nun die Tätigkeit des Maklers sicher die Vertragsgegner, die Verkäufer, zu dem Abschluß bestimmt, seine Tätigkeit in den Jahren 1926 und 1927 hat auch noch 1929 motivierend fortgewirkt. Die Auftraggeber, die Bekl., sind allerdings vielleicht erst dadurch zum Abschluß bestimmt worden, daß sie durch Vermittlung des S. auch das Nachbargrundstück erwerben konnten; aber darauf kommt es nach dem Gesagten gar nicht an, da lediglich die Bestimmung der Vertragsgegner entscheidend ist. Das Urf. stellt aber auf die Motivierung der Auftraggeber ab. In gewissem Sinne sind freilich die Kaufbedingungen für die Bekl. durch die Möglichkeit, das andere Grundstück zu erwerben, objektiv günstiger geworden, aber es liegt nicht so, daß die Vertragsgegner sie etwa auf Veranlassung des S. verändert und sie so erst für die Bekl. annehmbar gemacht hätten: nur in diesem Falle aber würde es überhaupt problematisch werden, ob etwa nicht der Kl., sondern S. oder beide zusammen die Vertragsgegner zum Abschluß in der Weise, wie er zustande kam, bestimmt hätten.

Prof. Dr. Schmidt-Rimpler, Breslau.

Geschäftsabschluß auf der von ihm geschaffenen Grundlage zustande gekommen ist. Das LG. ist aber der Ansicht, erst dadurch, daß der Zeuge S. den Bekl. auch das nebenanliegende Haus zum Kauf angeboten und jetzt erst die Bekl. den Ankauf des benachbarten Hauses Sch.straße 21 für vorteilhaft gehalten hätten, sei der Kaufvertrag über letzteres zustande gekommen. Um deswillen bestehe ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Kl. und dem Geschäftsabschluß nicht. Damit wird aber das LG. der Tätigkeit des Kl. und ihrem Einfluß auf den Abschluß des Kaufvertrages nicht gerecht. Ausweislich der dem LG. überreichten Korrespondenz hat der Kl. von Mai 1926 bis Februar 1927 sich um Herbeiführung einer Einigung über die Höhe des Kaufpreises und des Zinsatzes des stehenbleibenden Restkaufschillings bemüht. Er behauptet auch, der Ankauf sei zu dem Preise und zu den Bedingungen erfolgt, wie sie im Februar 1927 abgeprochen gewesen seien. Dieser Darstellung sind die Bekl. nur mit dem Einwand entgegengetreten, damals hätten noch Differenzen bezüglich der Verzinsung des Restkaufschillings bestanden. Selbst wenn dies zuträfe, müßte immerhin schon nach der Einlassung der Bekl. als festgestellt gelten, daß die Bedingungen von Februar 1927 im großen und ganzen in den Vertrag v. 25. April 1929 aufgenommen worden sind. Daß dem so ist, geht aber auch aus der Aussage des Zeugen S. hervor. Hiernach haben zwischen den Verkäufern und den Bekl. im April 1929 Auseinandersetzungen über den Preis und die Zahlungsbedingungen sowie die sonstigen Kaufbedingungen nicht oder nur noch im unbedeutenden Umfang stattgefunden. Dem Vertrag müssen also im Februar 1927 schon abgeprochenen Bedingungen zugrunde gelegt worden sein, die durch die vermittelnde Tätigkeit des Kl. zustande gekommen waren. Damit ergibt sich ohne weiteres der ursächliche Zusammenhang zwischen der Vermittlungstätigkeit des Kl. und dem Kaufabschluß trotz der längeren Unterbrechung der Verhandlungen. Dieser Zusammenhang würde dadurch nicht beseitigt werden, daß die Bekl. vielleicht erst durch die Möglichkeit des Erwerbs des anliegenden Hauses feststellten, daß der Ankauf des Hauses entschlossen haben. Denn wenn für die Entschließung der Bekl. auch noch ein weiterer Anreiz erforderlich gewesen sein mag, so war doch die durch den Kl. herbeigeführte Einigung über die Kaufbedingungen gleichfalls erforderlich. Der Kl. war überdies noch in weiterem Umfang als bisher erörtert für das Zustandekommen einer Einigung tätig. Er hat den Bekl. mit Schreiben v. 10. Juni 1926 auch die Mieter des Hauses und die Höhe der von ihnen gezahlten Mieten, sowie den Wertbeitragswert des Hauses bekanntgegeben und sie über die hypothekarische Vorkriegsbelastung (80 000 M) und darüber unterrichtet, daß letztere schon vor dem 15. Juni 1922 zurückgezahlt worden ist. Die Kenntnis dieser Umstände war zur Berechnung der Rentabilität des Hauses zum Teil auch zu der Feststellung erforderlich, daß die Wiedereintragung gelöschter Hypotheken kraft Rückwirkung (§§ 15, 22 Abs. 2 AufwG.) nicht zu befürchten war. Es ist ausgeschlossen, daß die Bekl. als vorsichtige Käufer ohne diese Kenntnis das Haus zu dem Preis und den Bedingungen des Vertrages v. 25. April 1929 gekauft haben würden. Gerade dadurch tritt aber der ursächliche Zusammenhang zwischen der Maklertätigkeit des Kl. und dem Abschluß des Kaufvertrages noch deutlicher zutage. Der Provisionsanspruch des Kl. ist hiernach im Grunde berechtigt. Er ist auch nicht dadurch vereitelt worden, daß der Kl. den Namen der Bekl. gegen deren Willen den Verkäufern schon bald nach Beginn der Vertragsverhandlungen bekanntgegeben hat.

Denn aus dem Schreiben v. 8. Juni 1926, in dem die Bekanntgabe enthalten ist, geht einwandfrei hervor, daß der Kl. aus lauterem, uneigennützigem Beweggrund von dem Wunsch der Bekl. auf Geheimhaltung ihres Namens abgewichen ist. Außerdem ist nirgends zutage getreten, daß die frühzeitige Bekanntgabe den Bekl. nachteilig geworden wäre, und auf die Dauer hätte sich die Geheimhaltung des Namens der Käufer unmöglich durchführen lassen. Darauf, ob der Kl. mit dem Abbruch der Verhandlungen im Februar 1927 seine Bemühungen um das Zustandekommen des Kaufvertrages für endgültig gescheitert angesehen und i. J. 1928 das Haus anderweit zum Kauf angeboten hat, kommt es nicht an. Der oben festgestellte ursächliche Zusammenhang zwischen seiner Tätigkeit in den Jahren 1926 und 1927 und dem Vertragsabschluß v. 25. April 1929 wird dadurch nicht ausgeschlossen.

(OLG. Darmstadt, Urf. v. 30. Okt. 1930, 2 U 123/30.)

Mitgeteilt von R. A. Fritz Strauß, Mainz.

#### Dresden.

5. Eine das Ausscheiden eines Genossen aus einer eingetragenen Genossenschaft nach § 91 Ziff. 6 BerglD. v. 5. Juli 1927 hinauschiebende Stundung liegt dann nicht vor, wenn nach dem Inhalte des beschäftigten Vergleichs hinsichtlich eines Teilbetrags der Forderung durch sog. Verbesserungscheine nur eine ganz unbestimmte Aussicht auf eine zukünftige möglicherweise überhaupt nicht erfolgende Zahlung begründet wird. f)

Der von der Genossenschaft gemachte, von der Gläubigerschaft

Zu 5. Der § 91 BerglD. enthält die Sonderbestimmungen für

angenommene und gerichtlich bestätigte Vergleichsvorschlag gliederte sich in zwei Teile. Im ersten Teile wurde bestimmt, daß die am Verfahren beteiligten Gläubiger von ihren Forderungen 50% in zeitlich genau festgelegten Teilzahlungen von genau bestimmter Höhe erhalten sollten. Inwieweit lag zweifellos eine Stundung der Forderungen vor, die sich bereits auf den Zeitraum von über 1 1/2 Jahren erstreckte. Der zweite Teil des Vergleichs ging dahin, daß sog. „Besserungsscheine“ gegeben werden sollten und daß zu deren Tilgung 50% des jährlich bilanzmäßig ausgewiesenen Reingewinns verwendet werden sollten. Eine zeitliche Begrenzung war insoweit nicht vorgesehen. Der Vergleichsvorschlag ließ insoweit aber überhaupt nicht ersehen, ob nach dieser Bestimmung die Gläubiger jemals weitere Beträge tatsächlich erhalten würden. Denn die Tilgung sollte nur nach Maßgabe des jährlich bilanzmäßig ausgewiesenen Reingewinns erfolgen. Auf die Ermittlung und Feststellung dieses Reingewinns hatten die Gläubiger keinen Einfluß. Er war allein von den künftigen Ergebnissen des genossenschaftlichen Betriebs abhängig und auch insoweit wiederum nur von dem in der Bilanz eingestellten Reingewinn. Die Gestaltung der Bilanz und des bilanzmäßigen Reingewinns war mehr oder weniger in das Belieben der Genossenschaft und ihrer Organe gestellt. Es war also gar nicht abzusehen, wann oder auch nur ob je ein bilanzmäßiger Reingewinn sich ergeben werde. Schon mit Rücksicht auf diese aus der Sachlage sich ergebende völlige Ungewißheit, ob den Gläubigern auf die Besserungsscheine einmal weitere Beträge zufließen würden, kann nicht angenommen werden, daß die Gläubiger ernstlich damit gerechnet haben, daß sie in absehbarer Zeit weitere Zahlungen erhalten würden. Offenbar haben sie sich mit der ihnen für die nächsten Jahre in sichere Aussicht gestellten 50% ihrer Forderungen begnügt und sich hinsichtlich des weiteren Teils ihrer Forderungen damit abgefunden, daß sie vielleicht einmal noch etwas Weiteres beziehen würden, ohne daß ihnen hierauf eine sichere Aussicht und ein in der Erfüllung sicherer Rechtsanspruch eingeräumt wurde.

Jedenfalls kann nicht angenommen werden, daß, soweit die zweiten 50% in Betracht kamen, eine Stundung i. S. des § 91 Ziff. 6 VerglD. gewährt und vereinbart sein sollte. Denn, war es mehr oder weniger von dem Belieben der Genossenschaft und der Gestaltung ihrer Bilanz abhängig, ob und wann auf die Besserungsscheine noch eine weitere Zahlung gewährt werden würde, so hatte das nach § 91 Ziff. 6 VerglD. zur Folge, daß die Genossen dadurch auf unabsehbare Zeit daran gehindert wurden, ihren Austritt aus der Genossenschaft zu erwirken. Grundsätzlich steht aber nach § 65 GenG. jedem Genossen das freie Austrittsrecht, „das Recht, mittels Aufkündigung seinen Austritt aus der Genossenschaft zu erklären“, zu. Wenn dieses Recht durch die angef. Best. in der VerglD. bis zum Schlusse des Geschäftsjahres, in dem das Vergleichsverfahren endet, oder, wenn im Vergleich eine Stundung bewilligt wird, die Stundung abläuft, ausgeschlossen wird, so darf diese an sich gesetzlich geordnete Einschränkung des Austrittsrechts nicht dazu führen, daß dem einzelnen Genossen überhaupt die Fähigkeit genommen wird, sich von der Genossenschaft zu lösen. Kann ihm wohl zugemutet werden, auf eine bestimmte, in ihrer Dauer übersehbare Zeit in der Genossenschaft zu verbleiben, um deren Kreditgrundlage nicht zu erschüttern, so kann

das Vergleichsverfahren bei Genossenschaften. Die Ziff. 6 dieses Paragraphen geht dabei von der Erwägung aus, daß während der Dauer des Vergleichsverfahrens oder während der Erfüllung eines Vergleichs die Kreditunterlagen einer Genossenschaft durch den Austritt von Genossen nicht verändert werden sollen. Die Bestimmung bedeutet insofern eine Einengung des im § 65 GenG. verankerten Grundsatzes des ungehinderten Ausscheidens aus einer Genossenschaft.

Solange die Gläubiger einer Genossenschaft auf Grund des Vergleichs Forderungen an den Vergleichsschuldner zu stellen berechtigt sind, müssen die Mitglieder durch Aufrechterhaltung ihrer Mitgliedschaft die Erfüllung des Vergleichs sicherstellen. Zu dem vorliegenden Falle handelt es sich um einen Erlaßvergleich, der mit Stundungsfristen ausgestattet ist. Die Forderungen der Gläubiger gingen dabei einmal auf die Zahlung einer 50%igen Quote, zum anderen auf die Zusage, aus evtl. künftigen Gewinnen darüber hinaus Abzahlungen zu leisten. Der letztere Teil des Vergleichs ist dabei in keiner Weise zeitlich bestimmt, und die Forderungen der Gläubiger sind nur bedingt. Auf den Eintritt der Bedingung haben sie keinen Einfluß. Voraussetzung für ihre weiteren über die 50% hinausgehenden Forderungen ist nämlich, daß ein entsprechender Überschuß bei der Genossenschaft erzielt wird, wobei auch von vornherein ungewiß ist, ob überhaupt die Bedingung jemals eintritt.

Das OLG. Dresden hat sich nun mit der Frage zu befassen, ob auch in diesem Teil des Vergleichs eine Stundung i. S. des § 91 Ziff. 6 VerglD. zu erblicken ist. Mit Recht hat sich das OLG. auf dem Standpunkt gestellt, daß nur in dem ersten Teil des Vergleichs eine Stundung zu erblicken sei, in dem zweiten Teil des Vergleichs, der lediglich einen „Besserungsschein“ enthält, eine Stundung der Ansprüche, durch welche das Ausscheiden des Genossen gehindert wird, nicht zu erblicken sei.

Die fragliche Form des Erlaßvergleichs mit Stundungs- und „Besserungsschein“ ist eine bei genossenschaftlichen Vergleichen durchaus übliche. Es würde aber eine unbillige Härte gegenüber den Mit-

es doch nicht Absicht des Gesetzes sein, ihm für eine nicht absehbare, mehr oder weniger allein vom Willen der Genossenschaft abhängige Zeit entgegen dem Grundsatze des freien Austrittsrechts an seiner Mitgliedschaft festzuhalten und ihm den Austritt unmöglich zu machen. Im Sinne jener Vorschrift der VerglD. kann deshalb in der ganz unbestimmten Aussicht, etwa nach Jahr und Tag, noch einmal vielleicht die Zahlung der nach den Besserungsscheinen zu gewährenden weiteren 50% zu erhalten, eine Stundung nicht erblickt werden.

(OLG. Dresden, 6. Zivilsen., Beschl. v. 20. Jan. 1931, 308/30.)  
Mitgeteilt von OLG. Dr. Bessell, Dresden.

### Düsseldorf.

6. §§ 1, 3 KartW.D.; § 133 BGB. Bei Abschluß beiderseitiger Exklusivverträge liegt eine dem Kartell ähnliche Abmachung vor, auf welche die Vorschriften der KartW.D. Anwendung finden. Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit. Zulässigkeit von Strafandrohungen für absichtliche Verstöße gegen den Vertrag. \*

Nach § 1 unterliegen solche Verträge der KartW.D., „welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen)“. Der Hinweis auf die eingeklammerten Beispiele läßt erkennen, daß nicht jeder Vertrag, der im übrigen die aufgezählten Voraussetzungen erfüllt, ein solcher i. S. des zit. § 1 ist; er muß daneben noch eine besondere Bindung enthalten, wie sie aus dem (eingeklammerten) Zusatz zu entnehmen ist (vgl. Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Aufl., S. 36). Eine derartige Bindung kann durch einen formellen Gesellschaftsvertrag erfolgen, welcher Weg dann der gebene ist, wenn es sich um die Verbindung horizontaler gerichteter Unternehmungen handelt (Produzenten oder Großhändler), die alle das gleiche Gewerbe betreiben und daher auch vollkommen gleichgerichtete Interessen verfolgen, die von vornherein auf eine gemeinsame Beherrschung des Marktes abzielen (vgl. § 705 BGB.). Da diese Voraussetzungen nicht in dem gleichen Maße bei Vereinbarungen von Unternehmungen zutreffen, die im Verhältnisse vertikaler Schichtung zueinander stehen (Fabrikant und Großhändler, Großhändler und Kleinhändler), so werden diese, falls sie sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen, eine weniger starke Bindung wählen, als sie in einer formal gesellschaftsrechtlichen Vereinigung liegt. Ist diese Vereinigung aber derart, daß beiden Teilen gleiche Verpflichtungen auferlegt werden, indem der Produzent gehalten ist, ausschließlich an den Großhändler zu liefern und andererseits dieser nur vor dem Produzenten beziehen darf (beiderseitige Exklusivverträge), so liegt eine dem Kartell „ähnliche Abmachung“ i. S. des § 1 KartW.D. vor (vgl. Feyerhieschky, KartW.D., 2. Aufl., S. 124 Anm. 4 und S. 127; Staffels, Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, S. 20; Hausmann-Holländer, KartW.D., S. 20 unter d; Hemp-

gliedern bedeuten, wenn die Beendigung ihrer Mitgliedschaft durch einen solchen Besserungsschein in der Weise beeinflußt werden könnte, daß bis zur endgültigen Feststellung, ob überhaupt ein solcher Besserungsschein wirtschaftliche Bedeutung hat, ihr Ausscheiden gehindert wäre. Praktisch würde das in den meisten Fällen auf eine nahezu unlösbare Mitgliedschaft bei der Genossenschaft herauslaufen. Die durchaus berechtigte Regelung des § 91 Ziff. 6 kann gegenüber dem prinzipiellen Grundsatz der freien Lösbarkeit der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft nicht soweit interpretiert werden, daß bedingte unbefristete Forderungsansprüche der Gläubiger das Ausscheiden der Mitglieder in das Ungewisse hinaus verlagern könnten.

Mit Recht weist auch Kieselow, VerglD. § 91 Anm. 21 darauf hin, daß bei der Stundung der Zeitpunkt des Ablaufs der Stundung natürlich immer vorher feststeht, also immer sechs Wochen vor dem Ablauf des in Betracht kommenden Geschäftsjahres die Erklärungen gem. § 91 Nr. 6 Abs. 2 erfolgen können. Kieselow nimmt dabei mit Recht an, daß Stundungen ohne Zeitangaben das Ausscheiden eines Genossen nicht hindern können, eine Erwägung, die um so mehr Platz greifen muß, wenn außerdem noch ungewiß ist, ob überhaupt noch weitere Zahlungen an die Gläubiger erfolgen.

RA. Dr. Dr. E. J. Meyer, Berlin.

Zu 6. Vorstehendem Urteil ist im Ergebnis beizutreten. Zu der Begründung ist lediglich zu bemerken, daß das OLG. den Begriff des Gesellschaftsvertrages i. S. des § 705 BGB. wohl zu eng faßt, wenn es nur horizontale Zusammenschlüsse als echte Gesellschaften ansehen will. Vereinbarungen von Unternehmungen, die im Verhältnisse vertikaler Schichtung zueinander stehen, sind m. E. ebenfalls echte Gesellschaftsverträge, denn auch in diesem Falle vereinigen sich mehrere Personen zu einem gemeinsamen Zweck, beispielsweise zur Regulierung oder Beherrschung des Marktes.

RA. Dr. Rudolf Isah, Berlin.

ling, KartW.D., S. 30; vgl. ferner Sammlung von Entsch. und Gutachten des KartGer. Heft 24 aus 1925 unter 11).

Bei der Prüfung der Frage, ob der streitige Vertrag als ein „Exklusivvertrag“ in dem entwickelten Sinne anzufassen ist, ist er nicht für sich gesondert zu beurteilen, sondern im Rahmen der gesamten Abmachungen, welche die Parteien oder eine von ihnen aber mit Kenntnis des Gegners mit noch anderen Unternehmungen abgeschlossen haben. Nur i. Verb. m. diesen Abmachungen wird der Vertrag überhaupt erst lebensfähig und verständlich.

In Betracht kommt da zunächst der Vertrag zwischen der Röhren-Verband GmbH. und der Gruppe I der Rheinisch-Westfälischen Röhrengroßhändler, die sich ebenfalls zu einer GmbH., eben der Bekl., zusammengeschlossen haben. Diese Vertragsschließenden, von denen jede als Kartell gegründet ist, haben sich in § 1 verpflichtet, ausschließlich an den Vertragsgegner zu liefern, bzw. von ihm zu beziehen, womit die Voraussetzungen der kartellähnlichen Abmachung erfüllt sind. Darüber hinaus sind die Großhändler gemäß § 3 des Vertrages gehalten, aus den nicht zu ihrer Gruppe gehörigen Röhrenhändlerfirmen Untergruppen zu bilden, diesen entsprechende Rabatte zu gewähren und sie dafür zu verpflichten, die festgesetzten Preise einzuhalten und ihren Bedarf nur bei der Gruppe I zu decken. Dies ist auch noch in den „Bestimmungen“, welche die Bekl. herausgegeben hat, besonders betont worden. Die Bekl. hat sich dann in einem Rundschreiben an die Händler der Gruppe VI gewandt, zu dem damals noch die Kl. gehörte. In diesem Schreiben wird darauf hingewiesen, daß die Großhändler sich zu einer Vereinigung zusammengeschlossen hätten mit dem Ziel, den Röhrenhandel zu regeln und zu fördern, insbes. durch Ausschaltung eines verlustbringenden Wettbewerbes beim Verkauf; daß als Grundlage für die Durchführung dieser Aufgabe mit dem Röhrenverband ein Abkommen getroffen sei, welches die unmittelbar kaufenden Händler (Großhändler) zwingt, die Verkaufspreise und sonstigen Bedingungen einzuhalten; daß es zur „Ergänzung“ dieses Abkommens jedoch erforderlich sei, daß auch die sonstigen als Röhrenhändler anzusehenden Firmen eine gleiche Verpflichtung übernehmen. Die Kl. hat darauf den Vertrag unterzeichnet, und sich sonach laut dessen § 1 verpflichtet, die von der Bekl. für den Verkauf von Röhren „festgesetzten Preise, Bedingungen und Verpflichtungen in vollem Umfange einzuhalten“. Damit war die Kl. als weiteres Glied in die Organisation eingetreten, die von dem Röhrenverband und der Bekl. zur vollständigen Beherrschung des inländischen Röhrenmarktes geschaffen worden war. Aus dem Gesamthalt der Verträge, die als eine Einheit aufzufassen sind (vgl. Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht, S. 45), ergibt sich die gleichartige, wechselseitige Bindung der vertikalgeschichteten Unternehmungen (Fabrikant, Großhändler, Kleinhändler) zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Damit sind auch hinsichtlich des streitigen Vertrages die Voraussetzungen des § 1 KartW.D. erfüllt.

Nach § 3 a. a. D. sind Verträge der im § 1 bezeichneten Art nichtig, wenn sie die Anrufung des KartGer. ausschließen, erheblich erschweren oder die Wirksamkeit dieser W.D. in anderer Weise vereiteln oder beeinträchtigen sollen. Einen Verstoß gegen diese Bestimmung will die Kl. in den §§ 5 und 8 des Vertrages erblicken, wonach die Entsch. aller Streitigkeiten aus dem Vertrage einem Schiedsgericht unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges übertragen ist. Damit sollte aber lediglich die Anrufung der Gerichte ausgeschlossen werden, die nach dem GWB. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben. Die Fassung ist die übliche, um eine Vereinbarung gemäß § 1025 B.P.D. herbeizuführen. Keineswegs ist aus der Fassung zu entnehmen, daß auch die Zuständigkeit des KartGer. da ausgeschaltet werden sollte, wo es nach der KartW.D. angerufen werden kann oder eingreifen hat. KartGer. auf der einen Seite und Prozeß- sowie Schiedsgericht auf der anderen Seite sind keine Gegenläufe. Sie haben keineswegs die gleichen Arbeitsgebiete, sind vielmehr dazu bestimmt, einander zu ergänzen. Die Anrufung von Schiedsgerichten, deren Zuständigkeit in der Regel mit der Klausel „unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges“ begründet wird, ist im § 12 KartW.D. sogar ausdrücklich als möglich vorausgesetzt, indem die Entsch. des KartGer. als endgültig und für Gerichte und Schiedsgerichte bindend bezeichnet wird.

Im übrigen sind keinerlei Unterlagen für die Feststellung gegeben, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages den im § 3 angegebenen Zweck verfolgt haben. Nur die Absicht, die W.D. auszuschalten, macht jedoch nach Wortlaut und Sinn der W.D. den Vertrag nichtig (Goldbaum, S. 64, 65 a. a. D.; a. M. anscheinend Fjay, S. 152 a. a. D.). Denn das Wort „sollen“ ist auch auf die weiter vorausgegangenen Worte „ausschließen“ und „erheblich erschweren“ zu beziehen. Für eine strengere Auslegung besteht auch kein Bedürfnis, wenn, wie im vorl. Falle, mit dem Vertrage an sich ein durchaus erlaubter Zweck verfolgt wird. Haben aber die Parteien überhaupt nicht daran gedacht, die Anwendung der KartW.D. auszuschließen, so kann aus der Fassung einer anders lautenden Bestimmung kein Grund entnommen werden, die W.D. nicht doch zur Anwendung zu bringen. Das muß um so mehr hier gelten, wo der Wortlaut zum mindesten Zweifel zuläßt. Sodann spricht die Kl. den Vertrag gemäß § 138 BGB. als

nichtig an, weil die der Kl. in § 3 Abs. 2 dahin auferlegte Bindung, daß die Bekl. sie im Falle von absichtlichen Verstößen gegen die Bedingungen von der Liste der Röhrenhändler streichen, dabei aber den Vertrag aufrechterhalten und auf Grund des Vertrages gegen die Kl. die ihr geeigneten Maßnahmen ergreifen könne, sittenwidrig sei. Das mit der Bindung erzielte Ziel, die Ausschaltung eines verlustbringenden Wettbewerbes beim Röhrenverkauf, kann nur erreicht werden, wenn die sämtlichen Beteiligten sich streng an die Abmachungen halten. Deshalb kann auf schärfere Mittel nicht verzichtet werden. Da nun aber im vorl. Falle die Anwendung derartiger Mittel nur auf solche Fälle beschränkt ist, wo es sich um einen absichtlichen Verstoß handelt, kann sich die Kl. nicht beschwert fühlen. Sie handelte, als sie den Vertrag abschloß, ohne Zwang; sie selbst hat sich weder hierauf noch auf Leichtsinn oder Unerfahrenheit berufen (§ 138 Abs. 2 BGB.). Als sie seiner Zeit die scharfen Strafanordnungen auf sich nahm, tat sie das in der Erwartung, bei dem Abkommen ihre Rechnung zu finden. Diese Erwartung hat sich auch erfüllt, denn ihr Umsatz hat sich seither derart gesteigert, daß sie aus der vierten in die zweite Gruppe eingestuft werden konnte. Es wäre aber unvereinbar mit dem Rechtsgedankel aller diesen Denken, wollte man demjenigen, der unter dem Schutze eines solchen Vertrages geschäftlich hoch gekommen ist, dazu verhelfen, sich andererseits den Folgen einer von ihm absichtlich bewirkten Vertragsverletzung zu entziehen, indem mit Rückwirkung der ganze Vertrag für nichtig erklärt wird. Würden sich aber wider Erwarten die von der Kl. an die vertragstreue Durchführung des Vertrages geknüpften Erwartungen nicht erfüllt haben und würde sie dadurch in eine so schwierige Lage gekommen sein, daß die weitere Bindung an den Vertrag für sie eine nicht tragbare wirtschaftliche Fesselung bedeutete, so würde ihr die Kündigungsmöglichkeit aus § 8 Abs. 2 KartW.D. zur Seite gestanden haben, die durch die Bestimmung des § 8 des Vertrages, welcher nur ein Kündigungsrecht der Bekl. im Auge hat, nicht berührt wird. Da über die Zulässigkeit der Kündigung gemäß § 8 Abs. 2 des Ges. das KartGer. zu entscheiden hat, so ist eine Gewähr dafür gegeben, daß die Interessen beider Teile gebührend berücksichtigt werden. Im übrigen gibt auch § 9 des Ges. eine Handhabe gegen die mißbräuchliche Anwendung des § 3 Abs. 2 des Vertrages durch die Bekl.

(OLG. Düsseldorf, 2. Zivilsen., Ur. v. 11. Juli 1930, 2 U 359/29.)  
Mitgeteilt von OLG. Niedieck, Düsseldorf.

\*

#### Samm.

7. Elektrizitätslieferungsvertrag. Ein Elektrizitätswerk, das eine monopolartige Stellung einnimmt, darf mangels entgegenstehender vertraglicher Vereinbarungen einem Abnehmer die Zufuhr elektrischer Energie sperren, wenn dieser Abnehmer bereits eine Eigenanlage hat und von dem Elektrizitätswerk lediglich sogen. Reservestrom verlangt, zu einer Zeit, in der seine eigene Erzeugung versagt oder nicht ausreicht. †)

Der Kl. ist Inhaber des Lichtspieltheaters „Sch“. Die Bekl. betreibt ein Elektrizitätswerk.

Der Kl. beantragt festzustellen, daß die Bekl. nicht befugt ist, dem Kl. die Zufuhr elektrischer Energie deshalb zu sperren, weil er den Strom von ihr als Reservestrom bezieht.

Beide Instanzen haben nach Mitantrag erkannt.

Der Kl. stützt seinen Anspruch auf die angebliche Monopolstellung der Bekl. und den sich nach seiner Ansicht hieraus ergebenden Kontrahierungszwang.

Inhaber eines rechtlichen Monopols ist die Bekl. nicht. Sie nimmt aber in dem von ihr belieferten Bezirk eine Stellung ein, die sie einem mit Monopol ausgestatteten Betriebe ähnlich macht. Da sie das einzige Elektrizitätswerk in M. ist, dem die öffentlichen Wege zur Verlegung der Leitungen zur Verfügung stehen und der die Errichtung von Baulichkeiten auf fremdem Privateigentum gestattet

Zu 7. Der Entsch. kann im Endergebnis nicht zugestimmt werden. Der erste Teil stellt fest, daß durch die Aufstellung einer Eigenanlage der Abnehmer Konkurrent des Werkes geworden ist und es sich gefallen lassen muß, von dem Werk als Gegner im Wirtschaftskampf behandelt zu werden. Wenn daraus richtig gefolgert wird, daß dann von einem Monopol für die Stromlieferung keine Rede mehr sein und das Werk die Lieferung von Reservestrom an einen Selbsterzeuger ablehnen kann, ohne sich dadurch eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig zu machen, so hätte das Gericht zu anderen Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall kommen müssen. Die vom Gericht angestellten Erwägungen, eine Kündigung des Stromlieferungsvertrages wäre trotzdem unzulässig gewesen, weil die Bedingungen keine Bestimmung des Inhalts enthalten, daß der Stromabnehmer eine bestimmte Menge oder Strom zu einer bestimmten Zeit zu entnehmen habe, sind angesichts der vorangegangenen Feststellungen verfehlt. Vielmehr wäre aus der Verneinung eines Monopols nur der Schluß gerechtfertigt gewesen, daß das Elektrizitätswerk berechtigt wäre, die vertragsmäßige Kündigung auszusprechen,

werden können, so kann ihr praktisch keine größere Konkurrenz erwachsen. Möglich bleibt lediglich die Errichtung sog. Blockzentrale für einen Häuserblock und die Aufstellung einer eigenen Maschine durch den einzelnen Abnehmer. Einrichtung und Erhaltung einer Eigenanlage ist aber für den Kleinabnehmer jedenfalls wirtschaftlich nur schwer tragbar. Damit ist die Mehrzahl der Stromabnehmer auf die Lieferung durch die Bekl. angewiesen und wird auch in Zukunft darauf angewiesen bleiben. Damit soll jedoch nicht ausgesprochen werden, daß die Bekl. deswegen ein sog. tatsächliches Monopol innehat; sie nimmt aber doch ihren Abnehmern gegenüber eine monopolartige oder monopolähnliche Stellung ein.

Aus dieser Stellung der Bekl. ergibt sich ihre Verpflichtung, nicht lediglich für ihre eigenen Interessen zu arbeiten, sondern auch für die Allgemeinheit zu sorgen. Das gilt insbesondere, wenn, wie im vorliegenden Falle, das mit monopolähnlichem Charakter ausgestattete Werk von einem Kommunalverband betrieben wird. An dieser Auffassung kann auch die Tatsache nichts ändern, daß das Werk nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen betrieben wird und im Rechtsverkehr keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse hat. Ein unbedingter und für jeden Fall gültiger Abschlußzwang ist deswegen allerdings nicht festzustellen (vgl. RG. 115, 258<sup>1)</sup>); denn sogar bei den mit rechtlichem Monopol ausgestatteten Betrieben hat es der Gesetzgeber für notwendig gehalten, den Kontrahierungszwang ausdrücklich im Gesetz auszusprechen (vgl. § 453 HGB., § 3 PostG., § 5 TelegraphenG.). Die Interessen der Abnehmer sind auch genügend geschützt durch die Feststellung, daß die monopolartige Stellung einem solchen Werke verbiete, seine Macht in einer den guten Sitten (§ 826 BGB.) widersprechenden Weise zu mißbrauchen (vgl. RG. 48, 127; 62, 266; 79, 229<sup>2)</sup>; 99, 107<sup>3)</sup>). Nach diesem Grundsatz ist für jeden Einzelfall zu entscheiden, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt oder nicht. So ist jedem im Gebiet des Elektrizitätswerkes anfassigen Abnehmer das Recht zuzusprechen, von dem Werk den Abschluß eines typischen Lieferungsvertrages zu verlangen (vgl. auch OLG. Celle: OLG. 45, 181). Das Werk hat nicht das Recht, ihn auf die Möglichkeit einer eigenen Anlage zu verweisen.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn der Abnehmer bereits eine Eigenanlage hat und von dem Elektrizitätswerk lediglich sog. Reservestrom verlangt zu einer Zeit, in der seine eigene Erzeugung versagt oder nicht ausreicht. Durch die Aufstellung einer eigenen Lichtmaschine ist der Abnehmer Konkurrent des Werkes geworden und muß es sich gefallen lassen, daß er von dem Elektrizitätswerk auch als Gegner im Wirtschaftskampf behandelt wird. Die Auffassung, daß in diesem Falle ein relatives Monopol des Elektrizitätswerkes übrig bleibe, wonach das Elektrizitätswerk seine monopolartige Stellung insofern behalte, als die Eigenanlage des Abnehmers nicht ausreiche (so Reinhardt: LZ. 1929, 445), wird dem Interesse des Werkes nicht gerecht. Es kann von dem Werk nicht verlangt werden, daß es ständig die von diesem Abnehmer benötigte Energie miterzeugt, nur weil es darauf eingerichtet sein muß, daß der Abnehmer vielleicht einmal für ganz kurze Zeit seinen Bedarf der Leitung des Werkes entnimmt. Das Werk mag diese Belastung aushalten, wenn nur ein Abnehmer, oder doch nur wenige, Reservestrom von ihm verlangen; die Belastung wird aber gänzlich untragbar, wenn eine größere Anzahl von Abnehmern mit diesem Antritten an das Werk herantritt. Das Elektrizitätswerk kann demnach die Lieferung von Reservestrom

ohne daß es einer Verletzung der Interessen des Elektrizitätswerkes i. S. von § 1 der Bedingungen bedürfe. Dies hätte auch der Stellungnahme des RG. entsprochen, das in einer Entsch. v. 18. Febr. 1899 (veröffentlicht in der Elektrizitätswirtschaft, Jahrg. 1928, S. 592) festgestellt, daß eine Verpflichtung konzessionierter Anstalten, jedem ihre Dienste zu leisten, den Personen gegenüber, denen andere Gelegenheit zur Befriedigung des gleichen Bedürfnisses zu Gebote steht, mindestens so lange nicht anerkannt werden könne, als sie sich dieser anderen Gelegenheit bedienen. Daß dieser Gesichtspunkt über die Ablehnung neuer Verträge auch dann gilt, wenn wie im vorliegenden Fall ein Abnehmer während der Vertragsdauer zur Eigenerzeugung übergeht und den Anschluß in Zukunft nur zur Aushilfe behalten will, bedarf keiner besonderen Ausführungen, zumal es in Literatur und Rpr. anerkannt ist (vgl. Henke-Wüller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Jahrg. 1930, S. 197 und die dort zusammengestellten Entscheidungen).

Selbst wenn man jedoch der Argumentation des OLG. folgen und ein Kündigungsrecht nur für den Fall bejahen würde, daß gem. § 1 der Bedingungen die Weiterbelieferung sich mit dem Interesse des Werkes nicht vertrüge, müßte man zu einem dem Werk günstigen Ergebnis aus folgender Erwägung kommen.

Die Unkosten des Elektrizitätswerkes für die Lieferung der Elektrizität setzen sich in erster Linie aus den festen Kosten, d. h. besonders aus dem Kapitaldienst der für die Versorgung des Abnehmers erforderlichen betrieblichen Anlagen zusammen, hinter denen die beweglichen Kosten für Kohle usw. zurücktreten.

Wenn ein Elektrizitätswerk mit einem Abnehmer einen Ver-

trag an einen Selbsterzeuger ablehnen, ohne sich dadurch eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig zu machen.

Der Klage war aber deswegen stattzugeben, weil die Bekl. mit dem Kl. in Vertragsbeziehungen steht und der Kl. ihr keinen Grund gegeben hat, den Vertrag zu kündigen. Der zwischen den Parteien bestehende Vertrag ist vor langen Jahren geschlossen. Ihm sind die formularmäßigen Bedingungen der Bekl. zugrunde gelegt. In diesen sind die Rechte und Pflichten der Parteien erschöpfend geregelt: Voraussetzung der Stromlieferung (§ 1), Anmeldung (§ 2), Anlage (§§ 3 bis 7), Zahlung (§ 8), Beendigung (§§ 9, 10). Die Bedingungen enthalten keine Bestimmungen darüber, daß der Stromabnehmer eine bestimmte Menge oder zu einer bestimmten Zeit zu beziehen habe. In dieser Richtung ist der Kl. also nicht verpflichtet. Der Bekl. wird dies bei Vertragschluß auch wohl gleichgültig gewesen sein, da sie nach ihren Bedingungen grundsätzlich mit jedem Bezirksinsassen abschließt ohne Rücksicht darauf, ob er viel oder wenig, ob er zu Tages- oder zur Nachtzeit Strom abnimmt. Die Bestimmungen enthalten insbesondere keine Vorschrift darüber, daß die Bekl. nur sämtlichen vom Kl. benötigten Strom liefere und bei nur teilweiser Inanspruchnahme die Leistung verweigern dürfe. Die Bedingungen sagen auch nichts darüber, daß der Kl. sich keine Eigenanlage einrichten dürfe und daß die Bekl. Ersatzstrom nicht liefere.

Der Vertrag ist mangels entgegenstehender Abrede auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann beendet werden vom Abnehmer gemäß § 10 der Bedingungen, von der Bekl. kostenlos (§ 9) bei besonders groben Verstößen des Abnehmers, wie eigenmächtiger Änderung der Installation, unpünktlicher Zahlung usw. Eine weitere Möglichkeit für die Bekl., vom Vertrage loszukommen, enthält § 1: wenn eine Weiterlieferung sich mit dem Interesse des Werkes nicht mehr verträgt. Diese Bestimmung gilt nicht nur als Grundlage für den Abschluß des Vertrages, sondern auch als Voraussetzung für seine Fortsetzung.

Bei Eingehung des Vertrages hat die Bekl. gemäß § 1 der Bedingungen festgestellt, daß die Lieferung an den Kl. den Interessen des Werkes nicht zuwiderlaufe. Wenn sie behauptet, jetzt sei eine Lieferung an den Kl. mit ihren Interessen nicht mehr vereinbar, dann muß sie nachweisen, daß seit dem Vertragschluß eine Änderung der Verhältnisse eingetreten sei, sei es auf Seiten des Kl., sei es bei der Bekl. Daß sich in den Produktionsverhältnissen seitdem etwas geändert habe, hat die Bekl. selbst nicht behauptet. Im Hinblick auf die Lieferungsverhältnisse hat sie lediglich vorgebracht, daß der Kl. jetzt im Gegenfah zu früher nur einen Teil seines Bedarfes von ihr abnehme. Mit diesem Vorbringen kann sie aber nicht gehört werden, weil der zwischen den Parteien geltende Vertrag den Kl. nicht verpflichtet, seinen gesamten Bedarf bei der Bekl. zu decken. Ebenso wenig wie die Bekl. ein Kündigungsrecht haben würde, wenn der Kl. seinen Bedarf einschränkte, hat sie auf Grund der Vertragsbestimmungen eine Möglichkeit, vom Vertrage loszukommen, wenn der Kl. einen Teil seines Bedarfes aus einer anderen Quelle, sei es einer fremden oder eigenen, bezieht. Anders würde die Rechtslage nur dann sein, wenn etwa die Parteien die Abnahme einer Mindestmenge von Strom und mit Rücksicht hierauf billige Strompreise vereinbart hätten. Das ist hier aber nicht der Fall. Die Stromlieferung an den Kl. vollzieht sich vielmehr unter denselben Bedingungen, wie die Bekl. sie auch dem kleinsten anderen Abnehmer auferlegt hat. Es

trag abschließt, verpflichtet es sich, eine dem Anschlußwert der Anlage entsprechende Leistung in den Stromerzeugungs- und Verteilungsanlagen jederzeit für den Abnehmer bereitzuhalten. Bei den festen Kosten eines Elektrizitätswerkes macht es keinen Unterschied, ob der Abnehmer seine Anlage dauernd ausnützt oder vielleicht nur einmal in Jahren bei einem Störfall, wie es vorliegend durchaus der Fall sein kann.

Die Strompreise eines Elektrizitätswerkes sind nun, insbesondere bei reinen kWh-Tarifen, so kalkuliert, daß bei den vom Elektrizitätswerk als normal zugrunde gelegten Ausnützungsverhältnissen die festen und veränderlichen Kosten abgegolten werden. Wenn ein Abnehmer nur Reservestrom vom Elektrizitätswerk bezieht, so wird dieses für seine festen Kosten, die, wie oben ausgeführt, den größeren Teil seiner Unkosten ausmachen, im normalen Fall, d. h., wenn der Abnehmer keine Störung hat, überhaupt keinen Ersatz erhalten, obwohl sie in derselben Höhe bestehen bleiben wie bei einem Abnehmer, der seinen gesamten Bedarf bei einem Elektrizitätswerk deckt. Nicht nur ein Abnehmer durch eine lediglich von seinem Interesse diktierte Maßnahme, wie Anschaffung einer Eigenerzeugungsanlage, seinen Kraftwerksanschluß nicht aus, so sind die Voraussetzungen, die bei Abschluß des Vertrages vorlagen, nicht mehr gegeben. Eine Weiterbelieferung verträgt sich also nicht mehr mit den Interessen des Werkes. Der Nachweis, daß seit Vertragschluß eine Änderung in den Verhältnissen des Abnehmers eingetreten ist, den das Gericht verlangt, ist somit ohne weiteres zu führen. Hieraus ergibt sich, daß auch aus dem Gesichtspunkt des § 1 der Stromlieferungsbedingungen entgegen der Auffassung des Gerichts eine Kündigung des Vertrages zulässig gewesen wäre.

Dr. Robert Kauffmann, Berlin.

1) ZB. 1927, 788. 2) ZB. 1912, 687. 3) ZB. 1920, 773.

muß daher auch dem Kl. ebenso wie jedem anderen Abnehmer der Bekl., der in denselben Vertragsbeziehungen zur Bekl. steht, wie der Kl., und der keine Sondervereinbarungen mit der Bekl. getroffen hat, überlassen bleiben, die Menge des Stroms, die er von der Bekl. beziehen will, selbst zu bestimmen und sich entsprechend einzurichten.

(OLG. Hamm, Ur. v. 30. März 1931, 10 U 10/30.)

Mitgeteilt von J.R. Dr. Cohn, Münster i. W.

### Jena.

**S.** § 159 HGB. Die fünfjährige Verjährungsfrist gilt auch dann, wenn wegen eines an sich einer kürzeren Verjährung unterworfenen Anspruchs während der Zugehörigkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft ergangen ist.

Die Auflösung der DSG. Sp. & L. ist am 29. Juli 1925 ins Handelsregister des zuständigen AG. eingetragen worden. Die bereits vorher fällige Kaufgelderforderung der Verkäuferin oder deren Rechtsnachfolgerin für die zum Gewerbebetrieb der DSG. gelieferten Waren würde an sich nach § 196 letzter Absatz BGB. einer vierjährigen Verjährung unterliegen und, da die Klage frühestens als mit der am 31. Dez. 1929 erfolgten Einreichung des Antrags auf Zahlungsbefehl erhoben ist (§ 693 Abs. 2 ZPO.), zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt sein. Es fragt sich aber, ob sich nichts dadurch ändert, daß der Klagenanspruch gegen die DSG. durch das Veräumnisurteil v. 6. April 1925 rechtskräftig festgestellt ist, an sich also nach § 218 BGB. erst in 30 Jahren und unter Anwendung des für die Ansprüche gegen die DSG. und die Gesellschafter geltenden obengenannten § 159 HGB. in 5 Jahren verjähren würde. Denn dann wäre die fünfjährige Verjährungsfrist seit der am 29. Juli 1925 erfolgten Eintragung der Auflösung der Gesellschaft Ende Dezember 1929 noch nicht erfüllt.

Der Senat hat sich für die Verneinung der Frage entschieden. Allerdings betrifft der vom Bekl. hierfür angeführte Beschl. der Ber. Ziv. Sen. des AG. v. 27. Juni 1910 (RG. 73, 63f.) einen anderen Fall. Denn dort lag ein rechtskräftiger Vollstreckungstitel gegen die Gesellschaft bei der Eintragung von deren Auflösung noch nicht vor, während bei der am 29. Juli 1925 bewirkten Eintragung der Auflösung der DSG. Sp. & L. bereits das rechtskräftig gewordene Veräumnisurteil v. 6. April 1925 gegen diese ergangen war. Der Senat ist der Ansicht, daß es bei der in § 159 Abs. 1 HGB. bestimmten Verjährungsfrist von 5 Jahren für die Frage, ob der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt, nur auf die Rechtsnatur des zur Verjährung stehenden Anspruchs ankommt, unbekümmert um dessen prozedurrechtliche Gestalt. Würde der Gesellschafter ein anderes beabsichtigt haben, so würde er es unzweideutig zum Ausdruck gebracht haben, wie er ja bei der Regelung der Verhältnisse der DSG. und ihrer Gesellschafter wiederholt auf das prozedurrechtliche Gebiet hinübergreifen hat. Im Einklang mit der Auffassung des Senats steht es auch, wenn in § 129 Abs. 4 BGB. bestimmt ist, daß aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht stattfindet. Vor allem ist aber zu beachten, daß die Regelung der Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter, wie sie in § 159 HGB. getroffen ist, zugunsten der Gesellschafter wirken sollte, um möglichst rasch nach Auflösung der Gesellschaft Klarheit über deren weitere Haftung herbeizuführen.

(OLG. Jena, 1. Ziv. Sen., Ur. v. 11. Juli 1931.)

Mitgeteilt von H. Mah, Jena.

### Karlsruhe.

**O.** § 138 BGB. Die Abtretung einer Forderung durch eine GmbH. an den alleinigen Eigentümer ihrer Anteile zum Zweck der Erlangung des Armenrechts ist nichtig.

... Die Forderung, die der Kl. einklagen will, stand ihm ursprünglich nicht zu, sondern der K.-GmbH. in Z. und ist von dieser Gesellschaft, deren alleiniger Anteilbesitzer und Geschäftsführer der Kl. war, dem Kl. am 3. März 1931 abgetreten worden. Die Gesellschaft befindet sich seit 31. Jan. 1931 in Liquidation; Liquidator ist wiederum der Kl. Der Kl. besitz nach eigener Angabe kein Vermögen; die Anteile an der K.-GmbH. sind also wertlos. Die Gesellschaft ist zahlungsunfähig. Die Abtretung erscheint gemäß § 138 BGB. als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig. Solange es ihm zweckdienlich erschien, besorgte der Kl. seine Geschäfte durch die K.-GmbH. und war dadurch vor dem persönlichen Zugriff der Gläubiger geschützt. Es erscheint aber als Verstoß gegen die guten Sitten, wenn er einseitig diese Geschäftsform nur zu seinem Vorteil benützen will, und in dem Augenblick in dem ihm die Gesellschaftsform nachteilig ist, weil die Gesellschaft das Armenrecht für ihre Prozesse nicht erlangen kann, eine Gesellschaftsforderung sich abtreten läßt, um sie mit Hilfe des Staats auf dessen Kosten einzuklagen (vgl. auch RG. 81, 175).

(OLG. Karlsruhe, Ur. v. 2. Juni 1931, III ZBS 27/31.)

Mitgeteilt von H. Dr. Fr. Dppenheimer, Karlsruhe.

### Rdn.

#### 10. §§ 46, 70 GmbHG.

1. Nach Auflösung einer Gesellschaft, die den gemeinsamen Verkauf von Maschinen bezweckte, kann ein einzelner der bisherigen Gesellschafter nicht ohne weiteres von dem andern fordern, daß dieser das Feilbieten seiner Maschinen unter der Firma der früheren Gesellschaft unterlasse.

2. Unterlassungsansprüche, die gegen eine Firma begründet sind, können auch gegen deren verantwortlichen Geschäftsführer verfolgt werden.

3. Ein Anspruch auf Widerruf von Ankündigungen besteht nur bei Verschulden des Ankündigenden. f)

Fünf Maschinenfabriken, darunter die beiden Klägerinnen und die Firma St. & K. GmbH., gründeten i. J. 1919 die Firma Gießereimaschinengesellschaft mbH. Hauptgegenstand des Unternehmens war der Betrieb der von den Gesellschaftern oder von andern hergestellten Gießereimaschinen, sowie der Handel in diesen und ähnlichen Maschinen. Die Dauer der Gesellschaft betrug fünf Jahre bis zum 31. Dez. 1924 und sollte sich jeweils um weitere fünf Jahre verlängern, wenn nicht spätestens sechs Monate vor Ablauf der Vertragsdauer ein Gesellschafter kündigte. Am 14. Juni 1924 schrieb die Kl. zu 1 an die Gießereimaschinengesellschaft: „In Bestätigung unserer mündlichen Austrittserklärung aus der Gießereimaschinengesellschaft wiederholen wir hiermit unsere Kündigung, indem wir mitteilen, daß wir unsere Verbindung zur Gießereimaschinengesellschaft ab 31. Dez. 1924 als gelöst betrachten.“ Der Bekl., der gleichzeitig Geschäftsführer der Firma St. & K. und der Gießereimaschinengesellschaft war, stellte sich auf den Standpunkt, daß durch diese Erklärung lediglich die Kl. zu 1 ausgeschrieben, der Fortbestand der Gießereimaschinengesellschaft aber unberührt geblieben sei. Deswegen ließ er auch nach dem 1. Jan. 1925 wiederholt unter der Überschrift: „Gießereimaschinengesellschaft mbH.“ in Fachzeitschriften Anzeigen erscheinen, in denen er Gießereimaschinen anbot, die als „Fabrikat St. & K. GmbH.“ bezeichnet wurden. Die Kl. vertreten im Rechtsstreit den Standpunkt, die Gießereimaschinengesellschaft sei mit dem 31. Dez. 1924 aufgelöst und in Liquidation getreten. Darum habe der Bekl. durch Veröffentlichung der Anzeigen gegen seine Pflichten als Liquidator (§ 70 GmbHG.), gegen § 826 BGB. und gegen §§ 1, 3 UniWG. verstoßen. Sie haben Klage gegen ihn erhoben mit dem Antrag: 1. es zu unterlassen, unter der Firma Gießereimaschinengesellschaft mbH. Fabrikate der Firma St. & K. GmbH. in Inseraten feilzubieten; 2. die bisher erfolgten Ankündigungen dieser Art in verschiedenen Zeitschriften zu widerrufen.“

Ohne Zweifel statthaft waren die beanstandeten Ankündigungen, wenn die Gießereimaschinengesellschaft nicht zum 31. Dez. 1924 aufgelöst worden und in Liquidation getreten ist. Bestand nämlich die Gießereimaschinengesellschaft über den 1. Jan. 1925 hinaus un-

Zu 10. Das Ergebnis ist richtig. Doch gibt die Entsch. zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

1. Der einzelne Gesellschafter einer aufgelösten GmbH. steht in keinem Rechtsverhältnis zum Liquidator. Daher war die Klage aus § 70 GmbHG. abzulehnen. Das OLG. meint aber, ein Liquidator habe die beanstandeten Anzeigen, „die zur Anbahnung neuer Geschäfte bestimmt waren“, nicht erlassen dürfen. Allein aus der Aufgabe der Liquidatoren, dem Abbau des Geschäfts, darf nicht der Schluß gezogen werden, daß sofort nach der Auflösung des Geschäfts stillgelegt werden muß. Die Liquidatoren können auch die vorhandenen Vorräte aufarbeiten. Das Angebot von Gießereimaschinen kann sehr wohl unter dieser Art der Liquidation fallen.

Beanstandet ein Gesellschafter die Geschäfte des Liquidators, so kann er die Berufung der Gesellschafterversammlung erzwingen. Er kann, falls die Geschäfte des Liquidators außerhalb des Liquidationszweckes liegen, ein Verbot an diesen beantragen. Die Mehrheit der Gesellschafter entscheidet. Sie kann dem Liquidator die Befugnis erteilen, auch ein außerhalb der unmittelbaren Liquidation liegendes Geschäft zu tätigen. Dazu kann auch die Erlaubnis zur Werbung um neue Aufträge und zur Beschaffung des Materials hierzu gehören.

2. Das OLG. hat die Frage, ob die Kündigung des einen Gesellschafters die Auflösung der GmbH. nach sich zieht, offengelassen. Es behandelt beide Fälle, den Fortbestand und die Beendigung der Gesellschaft. Es ist anzunehmen, daß die Gesellschaft sich auflöst. Dafür wäre die Sachung maßgebend. Es gibt mehrere Wege, die Auflösung als Wirkung der einseitigen Kündigung auszuschließen. Namentlich die Einziehung des Geschäftsanteils des Kündigers kommt hier in Betracht. Sie kann auch ohne ausdrückliche Bestimmung aus dem sonstigen Inhalt des Gesellschaftsvertrags abgeleitet werden. So hat, scheint es, auch der Kl. seine Kündigung aufgesetzt. Er spricht von seiner „Austrittserklärung“. Die Frage des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der GmbH. wird heute lebhaft erörtert. Es sei nur auf Scholz' „Austritt aus der GmbH.“ verwiesen. Es wäre zu wünschen, daß auch die Gerichte hierzu Stellung nehmen.

H. Dr. Dr. Mag. Sackenburg, Mannheim.

verändert, nur unter Austritt der Kl. zu 1, fort, so war der Bekl. zu der von ihm gewählten Art des Inferierens nicht nur berechtigt, sondern nach den Gesellschaftsbeschlüssen sogar verpflichtet. Aber auch wenn die Gießereimaschinengesellschaft zum 31. Dez. 1924 aufgelöst worden ist, war dennoch die Abweisung der Klage geboten. In diesem Fall freilich hatte der Bekl. als Liquidator gem. § 70 GmbHG. nach dem 1. Jan. 1925 nur mehr die laufenden Geschäfte der Gießereimaschinengesellschaft zu beendigen. Er durfte die beanstandeten Anzeigen, die zur Anbahnung neuer Geschäfte bestimmt waren, nicht mehr erlassen. Allein die Kl. als bloße Gesellschafter waren nicht aktiv legitimiert, dieshalb auf Grund des GmbHG. irgendwelche Ansprüche gegen den Bekl. zu erheben. Denn nach § 46 Nr. 8 GmbHG. unterliegt die Geltendmachung von Ansprüchen, die der Gesellschaft aus der Geschäftsführung gegen Geschäftsführer zustehen, und die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen gegen die Geschäftsführer der Bestimmung der Gesellschafter. Nach dem GmbHGes. hätten also aus dem Verhalten des Bekl. nur der Gießereimaschinengesellschaft selbst, nicht den Kl., Ansprüche erwachsen können, und deren Geltendmachung hätte einen Beschluß der Gesellschafter vorausgesetzt, der nicht gefaßt worden ist. Soweit das VG. der Klage auf Grund des § 70 GmbHG. stattgibt, ist ihm daher nicht beizutreten.

Ansprüche der Kl. konnten gegebenenfalls nur aus § 826 BGB. und §§ 1, 3, 13 UnlWG. hergeleitet werden. Insofern bestrittet der Bekl. zu Unrecht seine Passivlegitimation. Obwohl er die beanstandeten Anzeigen in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gießereimaschinengesellschaft und als Geschäftsführer der Firma St. & K. aufgegeben hat, kann er neben der Firma St. & K. auch persönlich als Störer auf Unterlassung und Widerruf in Anspruch genommen werden (Rosenthal, 1928, S. 44 und die daselbst angeführte Entsch. des RG.). Allein § 826 BGB. und § 1 UnlWG. setzen übereinstimmend einen Verstoß gegen die guten Sitten voraus, und ein solcher fiel dem Bekl. beim Erlass der beanstandeten Ankündigungen keinesfalls zur Last. Sofern die Gießereimaschinengesellschaft zum 31. Dez. 1924 aufgelöst worden ist, durften die Ankündigungen allerdings nicht in der gewählten Fassung erscheinen. Aber der Bekl. hat offenbar in gutem Glauben — für das Gegenteil ist kein Beweis angetreten — den Fortbestand der Gesellschaft angenommen. Daraus konnte ihm bei der zweifelhaften Rechtslage kein Vorwurf gemacht werden. Das Schiedsgericht der Gießereimaschinengesellschaft ist sogar in dem ausführlich begründeten Schiedspruch v. 22. Dez. 1925 seiner Auffassung gefolgt. Dadurch wird bewiesen, daß die Annahme des Bekl. nicht leichtfertig, sondern, mochte sie objektiv richtig oder falsch sein, an sich haltbar und wohl zu begründen war. Vor allem hat die Kl. zu 1 selbst in einem Schreiben vom Ende 1924 die Auffassung vertreten, daß durch ihre Erklärung v. 14. Juni 1924 und ihr Rundschreiben v. 7. Juli 1924 die Gießereimaschinengesellschaft nicht aufgelöst worden sei. Auf jeden Fall ist es daher ausgeschlossen, die auf die gleiche Annahme gestützte Handlungsweise des Bekl. als schuldhaft oder gar als gegen die guten Sitten verstoßend zu bezeichnen. Damit scheiden § 826 BGB. und § 1 UnlWG. als Klagegrundlage aus; desgleichen § 4 UnlWG., der wissentlich unwahre Angaben erfordert.

Zu einer Unterlassungsklage aus § 3 UnlWG. waren die Kl. zwar unbenachteiligt auf Grund des § 13 UnlWG. legitimiert. Die Voraussetzungen des § 3 UnlWG. waren jedoch nicht erfüllt. Mochte die Überschrift: „Gießereimaschinengesellschaft mbH.“ in den beanstandeten Anzeigen an sich statthaft sein oder nicht; sie war jedenfalls nicht wie § 3 UnlWG. verlangt, geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Da in den Anzeigen jeweils die Firma St. & K. als Fabrikanten aufgeführt war, konnte unmöglich ein Leser das Angebot um deswillen als besonders günstig betrachten, weil er fälschlich glaubte, die Gießereimaschinengesellschaft bestehe noch fort. Deren Mitglied war ja die Firma St. & K. in der Tat jahrelang gewesen, und kein Leser konnte glauben, ihre Fabrikate seien durch die eventuelle Auflösung der Gießereimaschinengesellschaft weniger wertvoll geworden. Überdies hat die Kl. zu 1 selbst, sogar während des Bestehens der Gesellschaft und unter Verletzung des Gesellschaftsvertrags, wiederholt unter ihrer eigenen Firma statt unter derjenigen der Gießereimaschinengesellschaft annonciert. Sie hat dadurch, übereinstimmend mit der vorstehend getroffenen Feststellung, zu erkennen gegeben, daß auch nach ihrer Ansicht eine Anzeige unter der Firma Gießereimaschinengesellschaft nicht den Eindruck eines günstigeren Angebots hervorzurufen vermochte als eine Anzeige unter der Firma des einzelnen Gesellschafters.

Der Antrag auf Widerruf schließlich hätte nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes durchdringen können, also nach der zutreffenden herrschenden Meinung nur unter der Voraussetzung eines Verschuldens des Bekl. (Staudinger, Vorbem. VI 1 zu §§ 249 bis 255 BGB.; teilweise abweichend Rosenthal, 1928, S. 79 bis 81). Da dem Bekl. bei Veröffentlichung der streitigen Anzeigen kein Verschulden zur Last fiel, war der Antrag abzulehnen.

(OLG. Köln, 8. Zivilsen., Ur. v. 9. Jan. 1931, 8 U 168/28.)

Mitgeteilt von O.R.N.-Dr. Schmitz, Aachen.

\*

Raumburg.

II. §§ 17, 37 HGB.; § 14 WbzG.; §§ 1, 16 UnlWG.; § 12 BGB. Der frühere Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist berechtigt, der Firma seines als Einzelkaufmann (15 Jahre später) neu gegründeten Geschäfts den Zusatz „früherer Mitinhaber der Firma Müller und Schulze“ hinzuzufügen. †)

Die Parteien waren in den Jahren 1904—1914 persönlich haftende Gesellschafter der DSG. Müller & Schulze. Die Gesellschaft betrieb ein Möbelgeschäft. Nach dem Ausscheiden des Bekl. aus der Gesellschaft im März 1914 betrieb der Kl. das Geschäft allein fort und erwarb vertraglich das Recht, die Firma Müller & Schulze weiterzuführen. Als Gegenleistung hat er dem Bekl. hierfür 45 000 M. erstattet. Dem Bekl. war es aber verboten worden, ein Konkurrenzunternehmen bis zum 1. April 1919 zu betreiben. Am 10. Okt. 1929 eröffnete der Bekl. ein eigenes Möbelgeschäft unter der Firma Ernst Schulze. Er setzte aber in Zeitungsanzeigen seiner Firma die Worte: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“ hinzu. Auch stellte er in seinem Ladensfenster unter seinem Ladenschild mit seiner Firma ein kleines Schild, auf dem die Worte: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“ standen, auf. Der Kl. fordert Verurteilung des Bekl. zur Unterlassung des Zusatzes: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“. OLG. und OLG. haben abgewiesen.

Der Anspruch des Kl. ist zunächst nicht auf Grund der mit dem Bekl. getroffenen vertraglichen Abmachungen begründet. Wenn der Bekl. auch nach Ablauf der für das Konkurrenzverbot bestimmten Zeit die Firma des Kl. nicht führen durfte, da er diese nach dem Vertrag dem Kl. gegen ein Entgelt von 45 000 M. überlassen hatte, so war er doch berechtigt, den Zusatz zu seiner eigenen Firma zu machen. Sollte es dem Bekl. verjagt sein, seiner Firma den Zusatz hinzuzufügen, der im übrigen der Wahrheit entspricht und dem Publikum Aufschluß über seine Sachkunde gibt, so hätte dies im Vertrage ausdrücklich bestimmt werden müssen. Dies ist aber nicht geschehen.

Der Kl. kann an sich als Firmeninhaber nach § 37 Abs. 2 HGB. Unterlassung des Gebrauchs der Firma von dem verlangen, der die Firma unbefugt gebraucht, wenn er dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Der Gebrauch ist dann unbefugt, wenn der Bekl. nach den Vorschriften des Firmenrechts gemäß §§ 17 ff. HGB. zum Gebrauch der Firma des Kl. nicht berechtigt ist. Das Recht an der Firma ist ein Namensrecht eigener Art und würde durch den Bekl. dann verletzt sein, wenn er die Firma des Kl. als eigene verwendet hätte. Dies ist hier nicht der Fall. Der Bekl. hat lediglich seiner eigenen Firma den erklärenden Zusatz: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“ beigefügt. Der Gebrauch der Firma ist aber zu unterscheiden von dem bloßen erklärenden Zusatz. Ein unbefugter Firmengebrauch würde vorliegen, wenn der Bekl. die Firma: „Ernst Schulze, früher Müller & Schulze“, angenommen hätte, da dieser Zusatz Bestandteil einer Firma sein kann. Eine solche Firma entfällt den Hinweis darauf, daß ein früheres, nicht mehr bestehendes Geschäft von einem anderen fortgeführt wird. Dagegen kann der Zusatz: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“ nur als zulässige, auf Wahrheit beruhende Mitteilung erachtet werden (vgl. Staub, Anm. 20 zu § 37 HGB.; Polze 16 Nr. 116).

§ 37 HGB. ist außer zum Schutz des Firmenrechtes auch zum Schutz des Namenrechtes gedacht. Daneben ist ein besonderer Schutzanspruch des Namens in § 12 BGB. gegeben. Dieser Anspruch geht weiter als der in § 37 Abs. 2 HGB., da er auch dort Platz greift, wo § 37 Abs. 2 HGB. verjagt, so, wenn der fremde Name nicht in einer Firma, sondern neben einer Firma zu Reklamewezwecken gebraucht wird (Staub, Anm. 12 zu § 37 HGB.). Durch § 12 wird aber nur der Name natürlicher Personen geschützt. Die Firma einer DSG. wird nur durch die Vorschriften im Handelsrecht geschützt.

Das WbzG. schützt das Firmenrecht in weitergehendem Maße durch den § 14. Durch den Gebrauch einer Firma kann weiterhin gegen §§ 1, 16 UnlWG. verstoßen werden, das ebenso wie das WbzG. dem Firmenrechte weitergehenden Schutz verleiht. Der Firmeninhaber kann nach § 16 UnlWG. gegen einen Dritten, der sich der Firma bedient, vorgehen, obgleich dieser nach firmenrechtlichen Grundregeln zur Führung der Firma berechtigt ist, wenn dieser sie in einer Weise benutzt, die geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Durch den Zusatz der Firma des Bekl. kann eine Verwechslung mit der Firma des Kl. nicht hervorgerufen werden, da aus dem Zusatz gerade hervorgeht, daß der Bekl. mit der Firma des Kl. nichts mehr gemein hat. Zur Anwendbarkeit des § 16 UnlWG. ist das objektive Geeignetheit zu Verwechslungen maßgebend. Daß der gemachte Zusatz vielleicht dennoch von einzelnen Personen mißverstanden ist, ist belanglos. Die Verwechslungen können hier nur

Zu 11. Dieses richtig begründete Urteil bietet keinen Anlaß zu kritischen Bemerkungen. Daß es überhaupt zu einer Klage kommen konnte, ist nur daraus zu erklären, daß die RPr. zu § 1, aber auch zu § 16 UnlWG. die klare Erkenntnis dessen, was recht ist, mitunter getrübt hat. Erfreulich wirkt deshalb ein solches Urteil, das freilich dem Bekl. nur etwas Selbstverständliches bescheinigt, nämlich unangefochten die Wahrheit sagen zu dürfen.

OLG. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

auf großer Unachtsamkeit beruhen. Auch das Pappschild mit der Aufschrift: „früher Mitinhaber der Firma Müller & Schulze“, das mit weißem Lack beschriebene ist, und vom Bekl. unter sein Ladenschild mit der Firma gestellt worden ist, kann keinen Anlaß zu Verwechslungen mit der Firma des Kl. geben. Die Angaben des Kl., daß das Wort: „früher“ klein und die folgenden Wörter dick und fett dargestellt seien, erweisen sich nach dem zu den Akten überreichten Schild als unrichtig. Die Buchstaben haben alle dieselbe Stärke, das Wort „früher“ erscheint in derselben Größe wie die Worte „der Fa.“ auf dem Schild. Gerade dadurch, daß das Wort „früher“ nicht die gleiche Größe hat wie das folgende: „Mitinhaber“ wird es eher noch hervorgehoben und fällt mehr in das Gesicht. Aus § 16 UnlWG. ist die Klage also auch nicht begründet.

Im Gegenfag zu § 16 verlangt § 1 UnlWG. ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs. Die Generalklausel in § 1 verbietet Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr vorzunehmen, die gegen die guten Sitten verstoßen. Der objektive Maßstab für die Beurteilung der Handlung ist aus dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu entnehmen. Die Handlungsweise des Bekl. verstößt nicht gegen § 1 UnlWG. Der von ihm gemachte Zusatz zu seiner Firma sollte darauf hindeuten, daß er im Gegensatz von früher ein selbständiges Handelsgeschäft betreibt. Richtiger und ohne jeden Zweifel wäre es allerdings gewesen, wenn der Bekl. im Zusatz: „von 1904—1914 Mitinhaber“ gesagt hätte. Es kann ihm aber auch so nicht verwehrt werden, beim Eröffnen eines Geschäftes das Publikum darüber aufzuklären, daß er kein Laie, sondern ein Fachmann in dem Geschäftszweige, den er betreiben will, ist. Weist er in dem Zusatz darauf hin, daß er früher einmal Mitinhaber eines bekannten, gutgehenden Möbelgeschäftes in Magdeburg gewesen ist, so will er dadurch zum Ausdruck bringen, daß er seit langer Zeit über gute Fachkenntnisse verfügt. Gleichzeitig aber macht er für die Firma des Kl. auch Reklame, wenn er sich auf den guten Ruf der Firma beruft. Es ist allgemein üblich und erlaubt, wenn sich Gewerbetreibende, die ein neues Geschäft eröffnen, beim Publikum dadurch einführen, daß sie in öffentlichen Bekanntmachungen auf ihre frühere Tätigkeit hinweisen.

(OLG. Naumburg, 1. ZivSen., Ur. v. 12. Mai 1930, 1 U 69/30.)  
Mitgeteilt von RA. Dr. Raß, Magdeburg.

Zu 12. Das Urteil überspannt die Anforderungen an die in § 1 KartW.D. für Kartellverträge vorgeschriebene Schriftform.

Nach der ständigen Praxis des KartW., der sich nunmehr auch R.G. 128, 7 = ZW. 1930, 1387 angeschlossen hat, genügt es, wenn die kartellrechtlichen Abreden „derart schriftlich niedergelegt sind, daß jederzeit die sichere Feststellung ihres Inhalts wie auch der Teilnehmer möglich ist“.

Danach ist durchaus nicht erforderlich, daß der gesamte Inhalt des Kartellvertrages sich aus einer Urkunde ergibt. Im Gegenteil ist es sogar beinahe die Regel, daß Kartellverträge in mehreren separaten Urkunden enthalten sind. Die meisten Kartelle höherer Organisationsstufe sind in Form der sog. „Doppelgesellschaft“ errichtet, bestehen also aus der Kombination einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit einer GmbH. oder AktG. Sehr häufig, namentlich bei Verträgen, die aus einer großen Zahl von Teilnehmern bestehen, wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Weise beurkundet, daß die GmbH. oder AktG. mit allen Mitgliedern gleichlautende Verträge abschließt, die in ihrer Gesamtheit den Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB. darstellen. Solche Verträge hat das KartW. ständig als gültig behandelt, beispielsweise in Entsch. Nr. 81 v. 22. Okt. 1926: KartW.Sch. 1926, 593, sowie in einer ganz neuen, noch nicht veröffentlichten Entscheidung. Ebenso ist an der Tagesordnung, den Kartellvertrag aus Zweckmäßigkeitsgründen in anderer Form zu unterteilen, beispielsweise durch Zerlegung in einen „Gesellschaftsvertrag“, eine „Geschäftsordnung“ und in eine „Schiedsgerichtsordnung“. Auch hier hat noch nie jemand daran gedacht, die Form für nicht gewahrt zu halten.

Eine wirksame Beaufsichtigung der Kartelle wird durch eine solche rein äußerliche Teilung der Urkunden nicht verhindert. Das Reichswirtschaftsministerium ist vermöge der AuskunftsspflichtW.D. und der für ihre Übertretung angedrohten hohen Strafen ohne weiteres imstande, die sämtlichen Vertragsurkunden zu erhalten und sich damit ein vollständiges Bild von der Kartellorganisation und deren Mitgliedern zu verschaffen. Die Aufsichtsbehörde ist ohnehin gezwungen, wenn sie ihre Aufsicht wirklich in wirksamer Form ausüben will, sich ein sehr umfassendes Urkundenumaterial zu besorgen. Wenn die Szangung für sich allein nebst den Namen der Teilnehmer reicht hierzu nicht entfernt aus, vielmehr müssen auch alle wesentlichen Beschlüsse eingefordert werden, und daß diese Beschlüsse, die erst nachträglich nach Errichtung der Szangung zustande kommen, in selbständigen Urkunden wirksam niedergelegt werden können, wird überhaupt nicht bestritten werden können.

RA. Dr. Rudolf Isah, Berlin.

Zu 13. I. Wenn ein Kaufmann seinem Gläubiger zum Ausgleich seiner Kaufpreisschuld Wechsel übersendet, ohne daß diese Er-

## Stuttgart.

12. § 1 KartW.D.; § 125 BGB.; § 1041 Abs. 1 ZPO. Die Schriftform nach der KartW.D. muß im öffentlichen Interesse streng ausgelegt werden. †)

Um den Zuschlag auf eine größere Malerarbeit einem ihrer Genossen zu sichern, vereinbarten sechs Malermeister, daß einer von ihnen 85 Pf., die übrigen 88 Pf. pro Quadratmeter bieten sollten. Der Kl. bot demzuwider 72 Pf., erhielt den Zuschlag, wurde von einem Schiedsgericht zum Schadensersatz verurteilt, erzielte jedoch Aufhebung des Schiedsspruchs in zwei Instanzen. Die Schriftform, deren der Vertrag nach § 1 KartW.D. bedurfte, dient nicht wie sonst den privaten Belangen der Beteiligten, sondern dem öffentlichen Interesse, um eine wirksame Beaufsichtigung der Kartelle zu ermöglichen. Die Urkunde kann daher nicht aus dem eigenen Wissen der Beteiligten ergänzt werden, sondern muß für die Aufsichtsbehörde alles Vereinarbarte klarlegen. Hieran fehlt es einmal deshalb, weil jeder Meister für sich eine Urkunde unterzeichnete, worin die Namen der anderen nicht enthalten waren. Ferner unterwirft sich der Unterzeichner einer Szangung, die eine Vertragsstrafe und schiedsgerichtliche Entscheidung vorsieht, und dieser Inhalt der Szangung geht aus der Urkunde selbst nicht hervor. Wegen dieser Mängel ist die ganze Vereinbarung nichtig und die Aufhebung des Schiedsspruchs nach § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. begründet.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Ur. v. 24. Febr. 1931, U 1186/30.)

\*

13. § 369 HGB.; § 1294 BGB. Behält der Gläubiger angebotene Akzepte, so liegt darin im Zweifel keine Annahmehaftung, sondern die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mit der Verpflichtung, über die Verwendung Rechenschaft zu geben. †)

Der Bekl. behauptet Tilgung seiner Kaufschuld durch Hingabe von Wechselakzepten. Er hat die Wechsel zum Ausgleich seiner Schuld überhandt. Die Kl. erwiderte, sie könne die Wechsel nicht als Anschaffung verwenden, sie müsse sie „hier liegen lassen“. Lag darin eine Annahme zahlungshalber, so durfte die Kl. erst dann auf ihre Kaufpreisforderung zurückgreifen, wenn sie bezüglich der einzelnen Akzepte nachwies, daß sie nicht zu einer Verdringung daraus gelangen konnte (Staub vor § 373 Ann. 64b). Ihre Erwidering ist aber

füllungsart vertraglich vorgesehen ist, so kann hierin das Angebot einer Leistung an Erfüllungszustand oder erfüllungshalber liegen. Nach der Regel des § 364 Abs. 2 BGB. ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß eine Leistung an Erfüllungszustand gewollt ist. Auch im Handelsverkehr wird angenommen, daß die Hingabe von Wechseln auf eine Kaufpreisschuld mangels anderer Abreden in der Regel nur zahlungshalber erfolgt. Wenn der Gläubiger dem Schuldner, der Wechsel zum Ausgleich seiner Schuld übersendet, mitteilt, er könne sie nicht als Anschaffung verwenden, er müsse sie vielmehr „hier liegen lassen“, so kann diese Erklärung nicht ohne weiteres in dem Sinne ausgelegt werden, wie es in dem vorstehenden Urteil geschieht. Es ist durchaus möglich und weitaus wahrscheinlicher, daß der Gläubiger die Äußerung seines Schuldners dahin aufgefaßt hat, daß die Wechsel an Zahlungs Statt, also wie eine „Anschaffung“ = Geldleistung verwendet werden sollten. Dieses Angebot wollte er nicht annehmen, sondern die Wechsel bei sich liegen lassen. Jeder Kaufmann weiß, daß Wechsel nur eine bestimmte Laufzeit haben und rechtzeitig zum Einzug gebracht werden müssen, wenn ein Rechtsverlust vermieden werden soll. Erklärt der Gläubiger, die Wechsel zwar nicht als Anschaffung zu verwenden, sie aber bei sich liegen zu lassen, so ist darin m. E. die Bereitschaftserklärung des Gläubigers zu finden, die Wechsel jedenfalls zahlungshalber anzunehmen, sie bis Verfall bei sich liegen zu lassen, die Einziehung zu versuchen und sich gegebenenfalls aus den einkassierten Beträgen für die Kaufpreisschuld, soweit möglich, zu befriedigen. Auch der Schuldner muß unter normalen Verhältnissen die Erklärung des Gläubigers in dieser Weise auffassen. Sein Wille geht nicht dahin, dem Gläubiger eine Sicherung zu gewähren. Er will vielmehr die Wechsel zur Tilgung der Kaufpreisschuld verwenden und muß, wenn sich aus den sonstigen Umständen des Falles nichts anderes ergibt, in einer Erklärung des Gläubigers der hier fraglichen Art die Annahme seines Angebots jedenfalls erfüllungshalber sehen. Bei einer derartigen Sachlage müßte dann allerdings der Gläubiger, wenn er auf die Kaufpreisforderung zurückgreifen will, behaupten, daß er trotz Wahrung der ihn treffenden Dillgenzpflichten (vgl. hierzu vor allem Klausung, Zahlung durch Wechsel und Scheck, S. 245 ff.) Verdringung aus den Wechseln nicht habe erlangen können. Ob diese Umstände hier geprüft worden sind, läßt sich aus dem Urteil nicht ersehen.

II. Wenn man aber in Übereinstimmung mit dem Urteil in der Erklärung des Gläubigers, die Wechsel bei sich liegen zu lassen, nur die Geltendmachung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sehen will, so ist auch insoweit die Entsch. nicht bedenkenfrei.

1. Es mag unterstellt werden, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner den Voraussetzungen entspricht, die nach § 369 HGB. für die durch das Zurückbehaltungsrecht zu sichernde Forderung aufgestellt sind. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht

dahin auszulegen, daß sie die Wechsel auch nicht zahlungshalber annehmen, vielmehr das nach § 369 HGB. ihr zustehende Zurückbehaltungsrecht ausüben sollte. Auf Grund dieses Rechts dürfte sie nach § 1294 BGB. die Wechselsummen bei Fälligkeit einziehen und daran das Zurückbehaltungsrecht ausüben, das, weil sich jetzt Geld-

setzt aber ferner retinierbare Gegenstände voraus, d. h. bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die mit seinem Willen in den Besitz des Gläubigers auf Grund von Handelsgeschäften gekommen sind. Das Problem liegt hier darin, ob die Wechsel mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers auf Grund eines Handelsgeschäfts gekommen sind.

a) Die Wechsel sind in den Besitz des Gläubigers mit dem Willen des Schuldners gekommen, der Gläubiger sollte sie zum Ausgleich der Schuld des Schuldners verwenden. Nach § 369 Abs. 3 HGB. ist das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, widerspricht. Sieht man in der Erklärung des Schuldners ein Angebot zur Leistung der Wechsel an Zahlungs Statt, so widerspricht die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner bei der Übergabe erteilten Anweisung (ebenso Reichel in Anm. zu ObGH. Wien v. 24. April 1929 = JW. 1929, 3521). Legt man die Erklärung des Schuldners als Angebot einer Leistung erfüllungshalber aus, so kann ein Zurückbehaltungsrecht deswegen angenommen werden, weil der Schuldner von Anfang an die Wechsel mit der Weisung übergeben hat, der Gläubiger solle daraus Befriedigung suchen. Dann handelt der Gläubiger deshalb nicht anweisungswidrig, wenn er die Wechsel zurückhält, um sich aus ihnen entsprechend den Vorschriften des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts wegen seiner Forderung zu befriedigen. Allerdings übernimmt der Gläubiger in diesem Fall die gleichen Diligenzpflichten, die er übernehmen müßte, wenn er das Angebot des Schuldners (Leistung der Wechsel erfüllungshalber) als solches angenommen hätte. Das von dem Gläubiger in vorliegendem Fall angewandte Verfahren würde, wenn es vertretbar wäre, in allen Fällen dazu führen, daß die Gläubiger die ihnen erfüllungshalber übersandten Wechsel nicht aus dem Rechtsgrund der Leistung erfüllungshalber, sondern aus dem Rechtsgrund des Zurückbehaltungsrechts behalten und damit auf Kosten des Schuldners den Diligenzpflichten zu entgehen suchen. Ein derartiges Verfahren ist aber besonders bei Leistung von Wechseln erfüllungshalber nicht schutzwürdig. Will der Gläubiger die ihm übersandten Wechsel weder an Erfüllungs Statt noch erfüllungshalber annehmen, sondern nur daran ein Zurückbehaltungsrecht ohne Übernahme der Diligenzpflichten geltend machen, so widerspricht dies der ihm bei der Übergabe erteilten Anweisung; dann ist ein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs. 3 HGB. ebenfalls ausgeschlossen. Wäre also das OLG. zu der Überzeugung gekommen, daß der Gläubiger zwar ein Zurückbehaltungsrecht an den Wechseln beansprucht, ohne aber die Diligenzpflichten zu übernehmen, so wäre ein rechtmäßiges Zurückbehaltungsrecht überhaupt nicht entstanden.

b) Der Gläubiger muß den Besitz eines Handelsgeschäfts erlangt haben. Der Besitzwerb als solcher muß also selbst ein Handelsgeschäft sein (vgl. Martin Wolff: Ehrenbergs Handbuch IV 1 S. 94). Eine Leistung an Erfüllungs Statt oder erfüllungshalber, die zur Abwicklung eines beiderseitigen Handelsgeschäfts erfolgt, ist jedenfalls dann beiderseitiges Handelsgeschäft, wenn diese Art der Erfüllung vereinbart war. Wenn aber in der Übersendung der Wechsel lediglich ein Vertragsangebot liegt, so mag auf Seiten des Schuldners in allen Fällen ein Handelsgeschäft gegeben sein, auch wenn diese Offerte nicht angenommen wird. Das soll nach weitverbreiteter Lehre als Voraussetzung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts genügen (vgl. RG. 19, 123; Staub-Rönige, Anm. 27 zu § 369 HGB.; Reichel a. a. D.; a. M. Martin Wolff a. a. D. S. 95 und die dort zitierten). Diese Folgerung kann aber m. E. nur dann gezogen werden, wenn die Wechsel auf Grund des Vertragsangebots in den Besitz des Gläubigers gelangt sind (so mit Recht Reichel a. a. D. in Übereinstimmung mit dem OGH. Wien a. a. D.). Wenn Staub-Rönige a. a. D. unter Berufung auf ROHG. 7, 213; 10, 236 es für genügend erachten, daß die Wechsel in Veranlassung eines Handelsgeschäfts in den Besitz des Gläubigers gelangen, so wird diese Auffassung jedenfalls durch die beiden zitierten Entsch. nicht gedeckt. Hier wird ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nämlich nur dann angenommen, wenn bei einer Vertragsofferte die Übersendung von Sachen in der beiderseitigen Erwartung erfolgt, daß ein Vertrag zustande kommen werde. Diese beiderseitige Erwartung ist aber jedenfalls in dem Augenblick nicht mehr vorhanden, in dem das Vertragsangebot von der Gegenpartei abgelehnt wird, und sich aus den Umständen des Falles nicht ergibt, daß der Schuldner trotzdem auch weiterhin mit dem Besitz des Gläubigers einverstanden ist (ebenso im Ergebnis ObGH. Wien a. a. D., Reichel a. a. D.). Somit wäre in vorliegendem Fall ein Zurückbehaltungsrecht dann anzunehmen, wenn der Schuldner auf die Erklärung des Gläubigers, die Wechsel bei sich liegen zu lassen, nicht geantwortet hätte, und aus diesem Schweigen zu schließen wäre, daß

forderungen gegenüberstanden, zur Aufrechnung und insoweit zur Befriedigung der Kl. führte (Staub § 369 Anm. 14). Eine nachträgliche Annahme erfüllungshalber wäre nur dann eingetreten, wenn die Kl. die Wechsel nicht gegenüber dem Akzeptanten geltend gemacht, sondern vor Verfall weitergegeben hätte, wie der Bekl. behauptet.

er mit dem von dem Gläubiger beabsichtigten Verfahren einverstanden ist. Ob man diesen Schluß hier ziehen kann, ist mir bei der Unklarheit, die in der Erklärung des Gläubigers lag, außerordentlich zweifelhaft (vgl. auch RG.: JW. 1930, 1382 nebst Anm. Ludwig).

2. Nimmt man an, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entstanden ist, so ist die weitere Frage die, auf welche Weise sich der Gläubiger aus den zurückbehaltenen Sachen befriedigen kann. Insoweit übersieht das Urteil völlig die wichtige Bestimmung des § 371 Abs. 3 HGB. Der Gläubiger, der sich aus einem zurückbehaltenen Wechsel befriedigen will, bedarf entweder eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen den Schuldner wegen der gesicherten Forderung oder eines auf Gestattung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand gerichteten Vollstreckungstitels (§ 371 Abs. 3 HGB.). Der Gläubiger hätte sich also in vorliegendem Fall zunächst durch ein Urteil den Wechsel zur Einziehung oder an Zahlungs Statt überweisen, oder sich zur außergerichtlichen Einziehung des Wechsels ermächtigen lassen müssen. Dieser Vollstreckungstitel ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts (ebenso Martin Wolff a. a. D. S. 117). Mangels eines derartigen Vollstreckungstitels ist die Einziehung aus einem zurückbehaltenen Wechsel eine unrechtmäßige Handlung, die durch § 1294 BGB. nicht gedeckt ist. Das OLG. stellt hier offenbar hinsichtlich der Wirkung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts einem Vertragspfandrecht gleich. Wäre der Einzug der Wechsel rechtmäßig gewesen, so wäre die Kaufpreisforderung entsprechend §§ 1288 Abs. 2, 1282 BGB. in Höhe des eingezogenen Betrags ohne weiteres getilgt worden. Die Einziehung ist aber unrechtmäßig gewesen, weil die für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentliche Vorschrift des § 371 Abs. 3 HGB. nicht beobachtet worden ist. Außer der aus § 1243 BGB. abzuleitenden Schadensersatzpflicht des Gläubigers wird man entsprechend § 1247 Abs. 2 BGB. annehmen müssen, daß die eingezogene Forderung in vollem Umfang an die Stelle der zurückbehaltenen Wechsel getreten ist (vgl. auch Martin Wolff a. a. D. S. 114 Anm. 18). Es ist hier somit ein Zurückbehaltungsrecht kraft dinglicher Surrogation entstanden. Wenn das OLG. in Übereinstimmung mit Staub-Rönige Anm. 14 zu § 369 HGB. annimmt, das Zurückbehaltungsrecht führe, weil sich jetzt Geldforderungen gegenüberständen, zur Aufrechnung und damit zur Befriedigung des Gläubigers, so ist das unrichtig. Die Zulassung einer Aufrechnung im vorliegenden Fall würde dazu führen, daß die für den Schuldner außerordentlich wichtige Schutzbestimmung des § 371 Abs. 3 HGB. in allen Fällen illusorisch wäre, in denen der Gläubiger ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an Wertpapieren mit Einzugsberechtigung erwirbt. Eine Aufrechnung ist hier nach § 390 BGB. deswegen ausgeschlossen, weil sich der Gläubiger aus dem an die Stelle des zurückbehaltenen Wertpapiers getretenen Erlös erst dann befriedigen kann, wenn er einen vollstreckbaren Titel der in § 371 Abs. 3 HGB. geforderten Art besitzt (a. M. offenbar Staub-Rönige Anm. 10 zu § 371 HGB. unter Bezugnahme auf ROHG. 25, 224; RG. 1, 285; 43, 39; vgl. auch wegen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts an Geld und Geldforderungen die mit § 1247 BGB. nicht zu vereinbarenden Entsch. RG. 12, 90; 85, 114). Eine ganz andere Frage ist, ob sich der Schuldner mit der Berechnung des Erlöses auf die Kaufpreisforderung einverstanden erklären und durch Vertrag mit dem Gläubiger die Vorschrift des § 371 Abs. 3 HGB. ausschließen kann. Dies wird man entgegen Staub-Rönige Anm. 28 zu § 371 mit Düringer-Hachenburg Anm. 5 und 12 zu § 371 HGB., Martin Wolff a. a. D. S. 112 bejahen müssen.

III. Zusammenfassend ist die Rechtslage bei nicht vereinbarter Zufendung von Wechseln zur Tilgung einer Kaufpreisschuld dahin festzustellen:

1. Beabsichtigt ist Leistung an Erfüllungs Statt: dann muß der Gläubiger die Wechsel zurückgeben, wenn der Schuldner nicht damit einverstanden ist, daß der Gläubiger die Wechsel als Leistung erfüllungshalber oder auf Grund eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts behalten darf.

2. Beabsichtigt ist Leistung erfüllungshalber: dann darf der Gläubiger die Wechsel nur dann behalten, wenn er dieses Angebot des Schuldners annimmt oder ein Zurückbehaltungsrecht mit Übernahme der sich aus § 1285 Abs. 2 BGB. folgenden Diligenzpflichten geltend machen will. Andernfalls kann er an den Wechseln ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht erwerben.

3. Ist ein Zurückbehaltungsrecht gültig entstanden, so ist die Verwertung auch bei Wechseln nur unter Beachtung der Vorschriften des § 371 Abs. 3 HGB. zulässig.

4. Wird die Wechselforderung unter Beachtung dieser Vorschriften eingezogen, so wird die Kaufpreisschuld in entsprechender Höhe ohne weiteres getilgt.

5. Wird die Wechselforderung unter Verletzung des § 371 Abs. 3 HGB. eingezogen, so tritt der eingezogene Betrag kraft dinglicher



Da dies nicht erwiesen ist, vielmehr die K. nur auf einen Teil der Wechselzahlung vom Akzeptanten erhalten hat, ist nur dieser Betrag ihrer Forderung getilgt.

(OLG. Stuttgart, Urt. v. 2. Juli 1931, U 341/31.)

## II. Verfahren.

### Augsburg.

14. § 256 ZPO.; §§ 826, 825 BGB. Auch ein Kaufmann, der nicht Mitglied eines Börsenvereins ist, kann gegen den Verein Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit eines gegen ihn ergangenen Ausschließungsbeschlusses erheben. †)

Der K., dem wegen Ungebühr auf ein Jahr der Besuch der Produktenbörse A. untersagt wurde und der aus diesem Anlaß gegen die Produktenbörse A., e. V., Klage erhoben hat, hat ein rechtliches Interesse daran, daß die Rechtsunwirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses alsbald festgestellt wird. Er ist zwar weder ordentliches noch außerordentliches Mitglied der Produktenbörse zu A. Der Beschluß, dessen Beseitigung er anstrebt, hat aber, wie K. behauptet, gewisse rechtliche Beziehungen, also ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO., zwischen dem beklagten Verein und ihm erzeugt. In der Verweigerung der zum Besuch der Börsenversammlung erforderlichen Tageskarte auf die Dauer eines vollen Jahres erblickt er eine Beeinträchtigung seiner kaufmännischen Ehre und einen schädigenden Eingriff in seinen Handelsbetrieb. Er leitet daraus sogar einen Schadenersatzanspruch ab, dessen ziffermäßige Höhe er im Zeitpunkt der Klageerhebung nur noch nicht überblicken konnte. Sein rechtliches Interesse, zunächst eine Schadenersatzpflicht des Gegners festzustellen, die durch den unrechtmäßigen Beschluß begründet worden sei, ist hiernach nicht zu bestreiten. Dieses Feststellungsinteresse des K. wurde nicht dadurch beseitigt, daß die von der Vorstandschäft angeordnete Ausschließungsfrist im Laufe des Rechtsstreites abgelaufen war. Denn es ist anerkannt, daß auch an der alsbaldigen Feststellung eines der Vergangenheit angehörenden Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse bestehen kann, wenn nämlich Rechtswirkungen von dem festzustellenden Rechtsverhältnis ausgehen können, die bis in die Gegenwart hinreichen. Nach der Behauptung des K. ist das hier der Fall. Insofern erscheint seine kaufmännische Ehre, sein geschäftliches Ansehen solange angetastet, als nicht festgestellt ist, daß der beanstandete Beschluß zu Unrecht gefaßt worden ist (vgl. ZB. 1929, 847<sup>4</sup>).

Die allg. Voraussetzungen, die der Besucher der Produkten-

Surrogation an die Stelle des zurückbehaltenen Wechsels. Eine Verdringung aus dem Erlös ist daher ebenfalls nur unter Beobachtung von § 371 Abs. 3 BGB. möglich, eine Aufrechnung durch den Gläubiger somit nach § 390 BGB. auszuschließen. Jedoch kann der Schuldner die Unrechtmäßigkeit der Wechseleinziehung dadurch heilen, daß er seinerseits aufrednet oder sich mit der Verrechnung durch den Gläubiger einverstanden erklärt.

6. Dem Gläubiger ist somit zu empfehlen, die ihm durch Überlegung von Wechseln angebotene Leistung erfüllungshalber als solche anzunehmen und sich nicht auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu berufen, das ihm vor allem die Verwertung der Wechsel außerordentlich erschwert und ihn unter Umständen noch Schadenersatzansprüchen aussetzt.

OLG. u. Priv. Doz. Dr. Ernst E. Hirsch, Frankfurt a. M.

Zu 14. Die Produktenbörse zu Augsburg ist nicht wie die Börsen der großen Börsenplätze eine Institution des öffentlichen Rechts, welche dessen Normen unterliegt. Vielmehr handelt es sich, wie die Entsch. ausdrücklich hervorhebt, um einen eingetragenen Verein des bürgerlichen Rechts, der nicht unter staatlicher Aufsicht steht, und dessen Versammlungen eine statlich anerkannte Börse nicht darstellen. Es ist daher von vornherein nicht einzusehen, wie ein Außenstehender, der nicht Mitglied des Vereins ist, ein klagbares Recht darauf haben sollte, an den Mitgliederversammlungen dieses Vereins gegen den Willen des Vorstandes desselben teilzunehmen. Die Entsch. leitet ein solches Recht des K. aus den Bestimmungen der „Vereinsatzungen“ ab. Aber selbst wenn diese vorschreiben sollten, daß Nichtmitgliedern der Börsenbesuch gegen Lösung einer Tageskarte gestattet werden müsse, und daß auch beim Vorliegen wichtiger Gründe die Tageskarte nur dann verweigert werden dürfe, wenn vorher dem Betreffenden eine Frist zur schriftlichen Anbringung seiner Erinnerungen gegen die Verweigerung gesetzt war, so würde aus einer solchen Bestimmung der Vereinsatzung ein Außenstehender, dem die Gewährung einer Tageskarte verweigert worden ist, deswegen doch noch keineswegs gegen den Verein auf Recht auf Zulassung zu dessen Versammlungen erlangen. Zweck der Bestimmungen einer Vereinsatzung ist die Regelung der Vereinsverfassung. Dem Verein gegenüber sind die Organe desselben verpflichtet, sie einzuhalten. Die Mitglieder des Vereins sind daher berechtigt, die

Börse A. erfüllen muß, sind in § 14 der Satzungen positiv geregelt. Ergänzend hierzu stellt § 15 vier Personengruppen auf, denen die in § 14 vorausgesetzte „einwandfreie“ Eigenschaft von vornherein abzusprechen ist, und reißt § 15 d solche Personen an, welche „nachweisbar systematisch eingegangene kaufmännische Verpflichtungen nicht erfüllen“. An diese Richtpunkte ist, da die Satzungen jede Willkürherrschaft auszuschließen haben und ausschließen wollen, die Vorstandschäft gebunden, wenn sie gemäß § 4 über die Aufnahme von ordentlichen oder außerordentlichen Mitgliedern entscheidet. Die Abgabe oder Verweigerung von Tageskarten gegenüber Nichtmitgliedern verlangt im Interesse des Börsenverkehrs eine rasche Abwicklung. § 10 der Satzungen erklärt daher den Vorstand, d. i. die den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertretende Einzelperson, oder seinen in § 6 bezeichneten Stellvertreter zur Entscheidung für zuständig, wenn zur Frage der Nichtzulassung eines Nichtmitgliedes, das die Börse gegen Entrichtung einer Eintrittsgebühr (Tageskarte) besuchen will, Stellung genommen werden muß. Der Grundgedanke der Satzungen, durch geregelte Bestimmungen jeder Willkür vorzubeugen, hat für dieses vereinfachte Verfahren erst recht zu gelten. Der Vorstand ist daher an die Vorschriften der §§ 14, 15 gebunden, und es ist unrichtig, wenn der Erstrichter die Prüfung und Entscheidung nach § 10 ganz in das Belieben des Vorstandes stellte.

Ebenso sind die von ihm daraus gezogenen Folgerungen hin- fällig. Im Gegensatz zu der in § 10 mit §§ 14, 15 geregelten Zuständigkeit des Vorstandes weist § 16 mit § 5 vorletzter Satz wiederum der Vorstandschäft, d. h. dem zur Geschäftsführung berufenen Kollegium, eine Entscheidungsbezugnis zu, die dadurch hervor- sticht, daß der Beschlussfassung ein förmliches Verfahren vorausgehen muß, daß insbes. die vorherige Gewöhnung rechtlichen Gehörs an den Beteiligten zwingend vorgeschrieben und gegen die Ausschließung das Rechtsmittel der Beschwerde zum Ehrengerichte der Produkten- börse zugelassen ist. Es handelt sich hier um die eigentliche Straf- gewalt des Vereines, deren Ausübung sich jeder Willkür zu ent- halten hat. Darum mußten in die Satzung Bestimmungen auf- genommen werden, die das Anwendungsgebiet scharf abgrenzten und zugleich dem Grundsatz Geltung verschafften, daß dem durch die Strafe zu Treffenden rechtliches Gehör gewährt werden muß (vgl. RG. 80, 191<sup>1</sup>). In erster Linie ergibt die sinnemäßige Aus- legung des § 16, daß sich diese Vorschrift gegen ordentliche und außerordentliche Mitglieder richtet, welche sich gemißer Verfehlungen gegen die Börsenordnung, gegen die Börsendisziplin schuldig machten oder sich als unzuverlässig und unredlich erwiesen. Die einzelnen Ver- fehlungen sind in § 16 Abs. 1 erschöpfend aufgezählt. Die betreffenden Mitglieder können durch Beschluß der Vorstandschäft vom Besuch der Börse ausgeschlossen, also eines Mitgliedsrechtes entkleidet wer-

Gültigkeit einer gegen sie vom Vorstand verhängten Ausschließung anzusehen, wenn der Vorstand bei ihrer Verhängung eine Form- vorschrift der Satzung verletzt hat. Dagegen ist die Satzung weder dazu bestimmt noch dazu geeignet, Nichtmitgliedern Rechte gegen den Verein zu verleihen für den Fall, daß ein Vereinsorgan ihnen gegenüber eine Handlung vornimmt, bei welcher eine Vorschrift der Satzung nicht beachtet ist. Dem Dritten gegenüber kommt es lediglich darauf an, ob das Vereinsorgan nach außen hin zur Vertretung des Vereins befugt war. Mit demselben Recht könnte man dem- jenigen, welcher mit einem Prokuristen oder sonstigen Bevollmächtigten einen Vertrag abgeschlossen hat, das Recht zugestehen, seinem Gegen- kontrahenten gegenüber die Gültigkeit des Vertrages um deswillen zu bestreiten, weil der Bevollmächtigte bei dem Abschluß über die Instruktionen seines Machtgebers hinausgegangen sei. Erst recht nicht wird man demjenigen, welchem gegenüber der Bevollmächtigte entgegen der Instruktion des Machtgebers bei Abschluß eines Ver- trages abgelehnt hat, das Recht zubilligen, seinem Machtgeber gegen- über den Vertrag als zustande gekommen anzusehen. Zu Unrecht spricht die Entsch. von einer Ausschließung. Eine solche ist nur gegenüber Mitgliedern des Vereins möglich. Es handelt sich lediglich um die Anknüpfung des Vorstandes gegenüber einem Nichtmitglied, daß diesem während der Dauer eines Jahres die Lösung einer Tages- karte, d. h. der Abschluß eines den Eintritt gegen Zahlung eines Entgeltes gewährenden Vertrages verweigert werden würde. Nach § 26 BGB. vertritt der Vorstand den Verein gerichtlich und außer- gerichtlich, und seine Vertretungsmacht ist unbeschränkt, soweit die Satzung nicht Einschränkungen enthält. Eine solche Einschränkung ist nicht zu vermuten und in den von der Entsch. zitierten Bestim- mungen der Satzungen keinesfalls enthalten.

Die Entsch. erscheint daher schon aus diesem Grunde als un- richtig. Überdies unterliegt die Auslegung der fraglichen Bestimmungen der mir vorliegenden „Satzungen der Produktenbörse Augsburg e. V.“ v. 30. Juni 1922 auch sonst erheblichen Bedenken. § 10 lautet: „Auch Nichtmitgliedern ist der Börsenbesuch gegen Zahlung einer Eintrittsgebühr (Tageskarte) gestattet. Die Prüfung einer etwaigen Nichtzulassung ist Sache des Vorstandes.“ (Nach § 6 der Satzungen ist Vorstand i. S. des BGB. der erste Vorsitzende der

1) ZB. 1913, 15.

den, daß sie durch Lösung der Dauer- oder Jahreskarte (§ 9) erworben hatten. Die Vorschrift wendet sich aber auch gegen Prokuristen oder sonstige Angestellte einer Firma, die gemäß § 18 durch Lösung einer „Beikarte“ das Recht auf Besuch der Börse erlangten. Denn die Befehlungen und Verstöße, die § 16 Abs. 1 a—d bedroht, können ebensogut von handelsrechtlichen Stellvertretern oder Handlungsgehilfen, wie von einem eigentlichen Mitglied des beklagten Vereines begangen werden. Die Ansicht der bekl. Partei, daß § 16 in bezug auf Nichtmitglieder des Vereines keine Anwendung fände, ist nicht zutreffend. Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 c ist es keineswegs ausgeschlossen, daß auch außerhalb des Vereines Stehende der Vorstandsschaft Anlaß zur Einleitung eines Verfahrens aus § 16 geben können, z. B. wenn sie sich einmal oder öfters in eine Börsenversammlung unbefugt einschmuggelten, ohne die vorgeschriebene Tageskarte gelöst zu haben. Auch Verstöße gegen § 16 Abs. 1 b können unter Umständen bei Nichtmitgliedern in Frage kommen. Aber auch hier gilt, daß die Vorstandsschaft, wenn sie gegen ein Nichtmitglied des Vereines mit dauernder oder zeitweiliger Ausschließung vom Besuch der Börse vorgehen will, diesem vorher rechtliches Gehör gewähren muß. Die Vorstandsschaft des bekl. Vereines erblidete in dem Briefe v. 13. Sept. 1928, den der Kl. an die Produktenbörse richtete, eine erhebliche Beleidigung. Sie war von ihrem Standpunkt aus berechtigt, den Kl. zur Aufklärung und Rechtfertigung seines Schrittes zu veranlassen. Sie hat dies zunächst in der Weise getan, daß sie um Mitteilung des Namens des „prominenten Vorstandsmitgliedes“ eruchte, auf das der Kl. im Abs. 2 seines Briefes angespielt hatte. Der Kl. ließ die Zuschrift unbeantwortet. Die Vorstandsschaft erließ darauf am 5. Okt. 1928, also sofort nach Ablauf der bis 4. Okt. 1928 vorgesehene Frist den Strafbefehl. Die Ungebühr gegenüber der Vorstandsschaft oder der Institution der Börse ist aber nach § 16 Abs. 1 lit. b der Satzung nur dann mit Ausschluß vom Börsenbesuch bedroht, wenn sie trotz Warnung, also im Rückfall begangen wurde. Der Strafbefehl stellt nicht fest, daß diese Voraussetzungen gegeben ist, und auch die beklagte Partei hat es im Laufe des Rechtsstreites nicht behauptet. Die Vorstandsschaft hätte ferner dem Kl. eine Frist setzen müssen, innerhalb welcher er seine Erinnerungen gegen den Ausschluß schriftlich anbringen konnte. Sie war also gehalten, in ihrer Zuschrift ihre entsprechende Absicht ausdrücklich anzukündigen. Dies ist aber nicht geschehen. Es ergibt sich hieraus, daß das von der Vorstandsschaft eingeleitete Verfahren an einem wesentlichen Mangel litt und von dem Vorwurf einer gewissen Willkür nicht freizusprechen ist. Es ist daher festzustellen, daß der Beschluß v. 5. Okt. 1928 formell ungültig ist und eine Rechtswirkung nicht zu äußern vermag. Der Feststellungsanspruch des Kl. ist daher insoweit begründet.

In der Rspr. ist angenommen, daß eine Feststellungsklage aus § 256 ZPO. zugelassen werden muß, wenn die Befizierung des Anspruchs zumal bei allmählich sich entwickelnden Schadensersatzansprüchen unzulässig erscheint (vgl. ZW. 1929, 847<sup>4</sup>). Den Klagegrund einer solchen auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht gerichteten Klage bildet in erster Linie das festzustellende Rechtsverhältnis. Der Klagegrund ist nach allgemeinen Grundsätzen tatsächlich zu substantiieren. Der Kl. mußte also diejenigen Tatsachen angeben und vortragen, die nach seiner Ansicht geeignet sein sollen, die Schadensersatzpflicht des Gegners, deren Feststellung er beantragt, zu rechtfertigen (vgl. Stein-Jonas, Anm. IV, 2 zu § 256 mit Anm. III, 8 zu § 253). Der Kl. scheidet in seiner Ausschließung auf die Dauer eines Jahres eine unerlaubte Handlung des beklagten Vereines aus § 826 mit § 823 BGB. zu erblicken. Er mußte also darlegen, ob die Maßnahme des beklagten Vereines ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach einen Verstoß gegen § 826 BGB. darstellte, wobei im Hinblick auf RG. 107, 386<sup>2</sup>) zu betonen ist, daß es keinen Unterschied machen kann, ob sich ein solcher Verstoß gegen ein Vereinsmitglied oder einen Außenstehenden richtet, wie es der Kl. ist. Der Senat vermißt aber in den Ausführungen des Kl. eine

„Vorstandsschaft.“) Wie die Entsch. selbst hervorhebt, verlangt die Abgabe oder Verweigerung von Tageskarten gegenüber Nichtmitgliedern der Natur der Sache nach im Interesse des Börsenverkehrs eine rasche Abwicklung. Es erscheint daher nicht zulässig, aus dem freilich nicht besonders klar gefaßten § 16 herzuleiten, daß der Vorliegende eine Tageskarte nur dann verweigern solle, wenn er vorgängig dem Antragsteller eine Frist zur schriftlichen Anbringung seiner Erinnerungen gegen den Ausschluß gesetzt hat. Vielmehr geht die ihm durch § 10 erteilte Instruktion dahin, daß er als bald nach seinem pflichtmäßigen Ermessen (nicht nach seinem „Belieben“) über die Erteilung oder Verweigerung der Tageskarte an ein Nichtmitglied entscheiden soll. Dabei hat er die in den §§ 14—16 enthaltenen Gesichtspunkte allerdings zu berücksichtigen, während er nicht gehalten sein dürfte, die Mitgliedskarte nur dann zu verweigern, wenn einer der Fälle des § 16 Abs. 1 vorliegt. Dagegen ist die in § 16 Ziff. 2 gegebene Vorschrift der vorgängigen Fristsetzung durch die „Vorstandsschaft“ lediglich auf wahre Ausschließungsbeschlüsse, d. h. solche gegenüber Vereinsmitgliedern, zu beziehen.

RA. Dr. Goldfeld, Hamburg.

<sup>2</sup>) ZW. 1925, 47.

genügende überzeugende Darlegung, inwiefern ihm dadurch ein Schaden zugefügt wurde, daß er in der Zeit v. 5. Okt. 1928 bis 5. Okt. 1929 vom Besuch der Produktenbörse ausgeschlossen war. Die beklagte Partei bestreitet, daß ihre Börse im hiesigen Produkthandel eine Monopolstellung einnimmt. Es läßt sich daher nicht sagen, daß der Kl., wenn er in A. Getreide-, insbes. Hafer- abschüsse nach der Schweiz, machen wollte, auf den Besuch der Börse unbedingt angewiesen war. Die Produktenbörse zu A. ist keine staatlich anerkannte Börse, sie steht auch nicht unter staatlicher Aufsicht. Die Abhaltung von Börsenversammlungen ist lediglich die Einrichtung eines eingetragenen Vereines, der in erster Linie seine Vereinsmitglieder allwöchentlich nicht nur zum Zwecke des Abschlusses von Geschäften, sondern auch zum Zwecke einer einheitlichen Beurteilung der jeweiligen Geschäftslage und Marktlage sowie zur persönlichen Regelung abgewickelter oder in der Abwicklung begriffener Abschlüsse versammelt. Die Annahme, daß Geschäfte von Händler zu Händler oder von Händler und Verbraucher nur dort abgeschlossen werden, ist nach den Aufklärungen der beklagten Partei nicht haltbar. Unter diesen Umständen konnte der Kl. nicht behaupten, daß der Besuch der Produktenbörse zu A., der durch den Beschluß auf die Dauer eines Jahres unterbunden wurde, für ihn geradezu eine Lebensfrage bilde. Nach alledem konnte dem Feststellungsanspruch des Kl., soweit dieser auf eine Schadenersatzpflicht der beklagten Partei gerichtet war, nicht stattgegeben werden.

(OLG. Augsburg, 2. Zivilsen., Urk. v. 27. März 1930, L 18/30 II.)

### Frankfurt a. M.

15. § 17 RD.; § 940 ZPO.

1. Eine EinstwVerf. auf Versorgung mit Elektrizität setzt einen rechtlichen Anspruch darauf voraus.

2. Elektrizitätsversorgungsverträge sind einheitliche Verträge i. S. § 17 RD.

3. Der KonkVerw., der den Elektrizitätsversorgungsvertrag nicht fortsetzt, hat keinen Anspruch auf Abschluß eines neuen Vertrags. †)

I. Eine EinstwVerf. nach § 940 ZPO., die nach der Sachlage allein in Betracht kommen kann, setzt das Bestehen eines streitigen Rechtsverhältnisses voraus. Der Antragsteller stützt seinen Anspruch lediglich auf die erst abzuschließenden neuen Verträge. Nur dann kann aber im Hinblick auf einen künftig abzuschließenden Vertrag bereits das Bestehen eines Rechtsverhältnisses angenommen werden, wenn für den Gegner, sei es auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Zwang zum Abschluß des Vertrages besteht, und er trotz dieses Zwanges die Annahme eines an ihn gerichteten Vertragsantrages verweigert hat (vgl. Heinsheimer: ZW. 1924, 1520<sup>16</sup>; Staub-Roenige, § 453 Anm. 7; RG. 107, 304<sup>1</sup>).

Der Antragsteller macht nun allerdings geltend, die Berufungsbeklagte sei zum Abschluß neuer Lieferungsverträge verpflichtet, da sie eine monopolartige Stellung inne habe. Dies ist nicht richtig, selbst wenn man zugunsten des Antragstellers seine Behauptung, die Betriebe der Berufungsbekl. seien Monopolbetriebe, als wahr unterstellt.

Zur Zeit der Erklärung des Antragstellers, er verlange Lieferung von Wasser und elektrischer Energie auf Grund neuer Verträge, bestand ein vom Gemeinschuldner abgeschlossener Bezugsvertrag gleichen Inhaltes. Nun kann aber während des Bestehens eines Vertrages trotz eines an sich bestehenden Kontrahierungszwanges eine Verpflichtung zum Abschluß eines neuen Vertrages mit dem gleichen Inhalt nicht anerkannt werden. Der Antragsteller könnte sich daher nur dann auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Abschluß von Verträgen berufen, wenn der alte Bezugsvertrag nicht mehr bestände. Dies ist aber nicht der Fall.

II. Entgegen der von Jaeger in seiner RD. § 17 Anm. 18 b

Zu 15. 1. Außer den Entsch. der OLG. Kiel und Köln (ZW. 1931, 2139, 2169) liegen drei weitere neue OLGEntsch. vor (Düsseldorf v. 21. Mai 1931; ElektrWirtsch. 1931, 512; RG. v. 8. Mai 1931; ElektrWirtsch. 1931, 389 und die obige), die für Elektrizitätsversorgungsverträge die Wiederkehrschuldlehre Jaegers ablehnen. Besondere Beachtung verdient das abgedr. Urteil des OLG. Frankfurt wegen der richtigen Erfassung des Tatbestandes der Elektrizitätsversorgung. Der ganze Streit über den rechtlichen Charakter der Elektrizitätsversorgungsverträge und die Anwendung der Wiederkehrschuldlehre darauf beruht ja ausschließlich auf einer falschen Vorstellung des Sachverhaltes, indem man nur die Einzelleistungen (zwischen dem jedesmaligen Ein- und Ausschalten) beachtet und als alleinigen Vertragsinhalt behandelt, die Dauerleistung (ZW. 1930, 1346 ff.) dagegen übersehen hat. Die richtige Würdigung der technischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge, wie sie das OLG. Frankfurt anwendet, zeigt, daß die Wiederkehrschuldlehre jedenfalls auf den Tatbestand der Elektrizitätsversorgung nicht anwendbar ist,

<sup>1</sup>) ZW. 1924, 962.

und im Anschluß an ihn von dem OLG. Braunschweig: JW. 1930, 1427<sup>11</sup>; dem OLG. Berlin: JW. 1928, 78; dem OLG. Stettin: JW. 1930, 1429; Kiefow, VerglD., 3. Aufl., § 4 Anm. 19 und Wolff, RD., 2. Aufl., § 17 Anm. 8 vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem regelmäßigen Bezugsvertrag von Wasser, elektrischer Energie usw. nicht um ein sogenanntes Wiederkehrschuldverhältnis, das sich im Fortbezuge, nicht nach Zeitabschnitten, erneuert, sondern um einen einheitlichen Vertrag.

Maßgebend dafür, ob ein Einheitsvertrag oder ein sogenanntes Wiederkehrschuldverhältnis vorliegt, ist — auch nach der Ansicht Jaegers — in erster Linie der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien. Bei den Bezugsverträgen muß aber aus den Umständen entnommen werden, daß der Wille der Parteien auf den Abschluß eines Dauervertragsverhältnisses gerichtet ist. Auf Seiten des liefernden Werkes ergibt sich dieser Wille daraus, daß das Werk für jeden Abnehmer Kapital sowohl in den Verteilungs- als auch in den Erzeugungs- bzw. Sammlungsanlagen anlegen muß. Aber auch der Abnehmer wird, da er die oft recht erheblichen Kosten der Installationsanlagen hat tragen müssen, einen dauernden Anspruch auf Lieferung haben wollen.

Für die Annahme, daß es sich bei dem Bezugsvertrage um einen Einheitsvertrag handelt, spricht ferner, daß sich die zwischen den Beteiligten bestehenden Beziehungen nicht in der Entnahme und Zahlung des entsprechenden Entgeltes erschöpfen. Es bestehen selbst dann, wenn der Abnehmer aus irgendwelchen Gründen (z. B. eine längere Reise) im Bezuge gehindert ist, noch Vertragswirkungen. So muß der Zutritt zum Grundstück gestattet werden, und die Messer oder Zähler müssen auf dem Grundstück geduldet werden. Weiter bleibt die Verpflichtung bestehen, Zähler- bzw. Messermiete zu bezahlen.

Endlich liegt auf Seiten des liefernden Werkes in dem Zeitraum zwischen zwei Entnahmen nicht eine untätige Leistungsbereitschaft vor, sondern fortgesetzte aktive Arbeit.

Aus allen diesen Gründen hat der erk. Sen. an der bereits in dem Ur. v. 11. Dez. 1930, 1 U 348/30, niedergelegten Rechtsauffassung, daß auch die regelmäßigen Bezugsverträge als Einheitsverträge anzusehen seien, festgehalten. Diese auch der natürlichen, unbefangenen Betrachtungsweise entsprechende Auffassung wird ferner vertreten von Sydow-Busch-Krieg, RD., 15. Aufl., § 17 Anm. 1; Staub-Koenige, Vorbem. 16a vor § 373; OLG. 27, 243; Geiler, JW. 1930, 1402 zu Nr. 18; Rumpff: JW. 1930, 1346 ff. und 1427 ff. Der Antragsteller hat

so daß es einer rechtlichen Auseinandersetzung über die Richtigkeit der Lehre selbst gar nicht bedarf.

Ein Rückblick über die bis jetzt vorliegende Rpr. zeigt, daß man die Ablehnung der Wiederkehrschuldlehre für die Elektrizitätsversorgung wohl schon als herrschende Meinung ansprechen kann. Abgesehen von der Entsch. des RG. v. 8. Okt. 1929 (JW. 1930, 1402), die den § 17 RD. ohne weiteres auf einen Elektrizitätsversorgungsvertrag angewandt hat, haben sich ein OLG., nämlich Braunschweig (1913), Breslau, Celle, Düsseldorf, Frankfurt a. M., Hamm, RG., Kiel, Köln, Raumburg, Oldenburg, zum Teil in mehreren Entsch., in dem hier vertretenen Sinn ausgesprochen, während nur fünf OLG., nämlich Braunschweig (1929), Dresden, Jena (mehrere), Rostock und Stettin, im Jaeger'schen Sinn entschieden haben. Dabei sind bei den ersteren Entsch. diejenigen nicht mit berücksichtigt, die sich ausdrücklich nur auf Großabnehmerverträge beziehen, die ja auch nach Jaeger und den übrigen Vertretern seiner Lehre als einheitliche Dauerverträge gelten. Von den in großer Zahl vorliegenden landgerichtlichen Entsch. spricht sich auch der überwiegende Teil in dem hier vertretenen Sinn aus.

Die bereits erwähnte RG. Entsch. v. 8. Mai 1931 ist insofern noch von besonderem Interesse, als darin treffend ausgeführt wird, daß der Konkursverwalter, der stillschweigend weiter Strom gebraucht, den Vertrag i. S. des § 17 RD. fortsetzt und somit, da die einmal getroffene Entsch. innerhalb des Wahlrechts endgültig und unabänderlich ist, nicht mehr auf das Recht der Ablehnung zurückgreifen kann.

2. Darüber, daß der Konkursverwalter arglistig handelt, wenn er den laufenden Vertrag nicht fortsetzt, aber gestützt auf einen angeblichen Kontrahierungszwang des Werkes Weiterlieferung auf Grund eines neuen Vertrages verlangt, um so das Werk um die Rechtsvorteile des § 59 RD. zu bringen, herrscht völlige Übereinstimmung der OLG. — mit alleiniger Ausnahme von Jena —. Entscheidungen in diesem Sinn liegen vor von Braunschweig, Breslau (2), Celle, Frankfurt a. M., Hamm (3), RG., Kiel (2).

3. Besonders Interesse kommt der Entsch. des OLG. Frankfurt zu, weil sie sich mit dem RG. Ur. v. 24. März 1931 (JW. 1931, 3102) auseinandersetzt. Das RG. hat einen Vertrag für nichtig erklärt, durch den das Elektrizitätswerk unter Androhung der Stromsperrung die Vollzahlung nicht nur eines Stromgelddrückstandes, sondern auch einer etwa zwanzigfach höheren Installations Schuld durchgesetzt hatte. Da ein Installationsvertrag

sich zwar zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung auf die abschriftlich überreichte Entsch. des 7. Zivilsen. des RG. vom 24. März 1931 (Bl. 58 d. V.) bezogen. Der in dieser Entsch. behandelte Fall ist aber insofern ganz anders gelagert, als dort für rückständige Installationsarbeiten die Anerkennung als Masse schulden erzwungen werden sollte. Über die Frage, ob die Bezugsverträge als Einheitsverträge oder Wiederkehrschuldverhältnisse anzusehen sind, brauchte daher in dieser Entsch. nicht entschieden zu werden und ist auch nicht entschieden worden.

Handelt es sich aber bei den Bezugsverträgen um einheitliche Verträge, so unterliegen sie auch der Vorschrift des § 17 RD.

Der Antragsteller hatte demnach als Konkursverwalter die Wahl, ob er auf Grund des bestehenden Vertrages Weiterlieferung verlangen oder die Erfüllung des Vertrages ablehnen wollte. Dadurch, daß er auf die Aufforderung der Antragsgegnerin erklärte, er verlange Lieferung auf Grund eines neuen Vertrages, hat er, da er sein Wahlrecht nur einheitlich ausüben konnte, zu erkennen gegeben, daß er die Erfüllung des alten Vertrages nicht verlangen wolle. Die Antragsgegnerin war daher berechtigt, ihrerseits die Folgen aus dieser Erklärung zu ziehen und die Lieferung einzustellen (RG.: JW. 1930, 1402).

III. Nun macht aber die ablehnende Erklärung des Konkursverwalters den Vertrag nicht rückgängig. Der Vertrag bleibt vielmehr bestehen (vgl. Kleyer, RD., 3. Aufl., § 17 Anm. 7a; Wolff, RD., § 17 Anm. 2).

Da der somit noch weiterbestehende alte Bezugsvertrag den gleichen Inhalt wie die angebotenen neuen Verträge hat, so kann der Antragsteller nicht unter Berufung auf den für die Gegenseite bestehenden Kontrahierungszwang den Abschluß der neuen Verträge verlangen.

Die Weigerung der Antragsgegnerin ist auch schon um deswillen berechtigt, da der Antragsteller arglistig handelt; denn er will unter Ausbeutung des für die VerBekl. bestehenden Kontrahierungszwanges durch den Abschluß des neuen Vertrages wirtschaftlich denselben Erfolg erreichen wie durch die Fortsetzung des alten Vertrages, aber unter Umgehung des § 17 RD. der Gegnerin die Rechte nehmen, die dieser bei Fortsetzung des alten Vertrages kraft Gesetzes erwachsen würden (Geiler: JW. 1930, 1402 Anm. 7a; 18; Rumpff: JW. 1930, 1346).

Bei dieser Sachlage kann auch keine Rede davon sein, daß die Antragsgegnerin durch ihre Weigerung, neue Bezugsverträge abzuschließen, ihre Monopolstellung jüttenwidrig ausnütze.

selbständig neben dem Elektrizitätsversorgungsvertrag steht, und somit auch bei Fortsetzung dieses die Rückstände aus jenem nicht zu Masse schulden werden, hat das RG. hier eine konkursordnungswidrige Erzwingung einer Vollzahlung angenommen. Dieses Urteil, das durch die gesamte Tagespresse gegangen ist, hat große Verwirrung erregt, denn es ist weitgehend mißverstanden worden, indem einzelne Sätze der — allerdings nicht sehr glücklich abgefaßten — Entscheidungsgründe aus dem Zusammenhang mit dem Sachverhalt gelöst und verallgemeinert worden sind. Man hat insbes. herauszulesen versucht, daß der Elektrizitätsunternehmer dem Konkursverwalter gegenüber auf keinen Fall zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt sei. Dabei hat man aber die konkursrechtliche Grundregel übersehen, daß der Konkursverwalter die Rechte und Pflichten des Gemeindeführers mit allen bereits vor der Konkursöffnung entstandenen Einreden und Einwendungen behaftet übernimmt. Da nun der Leistende bei laufenden Lieferungsverhältnissen seine Leistung einstellen kann (§ 320 BGB.), wenn der Empfänger mit der Bezahlung früherer Raten im Rückstand ist (s. besonders Staub-Koenige Anm. 77b Vorbem. § 373 BGB.), welches Recht auch für die Elektrizitätsversorger sowohl vom RG. (RG. 111, 311<sup>1</sup>) als auch von den OLG. in ständiger Rpr. anerkannt wird, kann das Elektrizitätswerk gegenüber einem Abnehmer, der mit Zahlungen im Rückstand ist, die weitere Versorgung zurückhalten, und dieses vor der Konkursöffnung begründete Recht wirkt auch gegenüber dem Konkursverwalter. In dieser Praxis hat das Ur. des RG. v. 24. März 1931 sicher nichts ändern wollen. Es wäre undenkbar, daß das RG. eine so einschneidende Änderung der Rpr., durch die wichtige Teile des Wirtschaftslebens von bestimmten allgemeinen Rechtsbehelfen ausgeschlossen und dadurch zu Rechtsobjekten zweiter Klasse degradiert würden, nur so im Vorbeigehen ohne eingehende Würdigung des Für und Wider ausgesprochen haben würde. Es liegt auch gar kein sachlicher Grund dafür vor; vielmehr sind gerade für die Elektrizitätsunternehmer, die praktisch gar nicht in der Lage sind, vor dem Anschluß irgendeines Antragstellers erst seine Kreditwürdigkeit zu prüfen, die Rechtsbehelfe gegen säumige Zahler von besonderer Wichtigkeit. Es ist zu begrüßen, daß das OLG. Frankfurt alle Verallgemeinerungen des RG. Ur. zurückweist und ausdrücklich feststellt, daß es sich nur auf einen Sonderfall bezieht und zu den allgemeinen Streitfragen keine Stellung nimmt.

RA. Dr. Fritz Rumpff, Berlin.

1) JW. 1926, 1431.

Besteht danach für die Antragsgegnerin keine Verpflichtung zur Eingehung neuer Verträge, so ist auch das Bestehen eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 940 ZPO. zwischen den Streitparteien zu verneinen.

(OLG. Frankfurt a. M., Urz. v. 2. Juli 1931, 1 U 196/31.)

### Königsberg.

**16.** § 69 ZwVerfG. Bestätigte Reichsbankchecks sind nicht Geld i. S. dieser Bestimmung. †)

Das Gebot ist deshalb zurückgewiesen, weil die erforderliche Sicherheit mit einem bestätigten Reichsbankcheck geleistet werden sollte. — Die Ablehnung desselben durch den Versteigerungsrichter war gerechtfertigt, da die Sicherheitsleistung nach § 69 ZwVerfG. nur durch Hinterlegung von Geld oder inländischen Wertpapieren bewirkt werden kann. Als Geld kommen, nach dem BankG. und § 5 MünzG. v. 30. Aug. 1924 neben dem Hartgeld nur die auf Reichsmark lautenden Reichsbanknoten und die Rentenbankscheine in Betracht. Der Scheck ist lediglich eine Zahlungsanweisung an die Bank des Ausstellers und behält diesen Charakter auch, wenn es sich um einen bestätigten Reichsbankcheck handelt, zu dessen Einlösung die Reichsbank nach der BundesWD. v. 31. Aug. 1916 dem Inhaber gegenüber in der Vorlegungsfrist des § 11 ScheckG. selbst dann verpflichtet ist, wenn nach der Bestätigung in dem Guthaben des Scheckausstellers eine Veränderung eintritt. Infolgedessen wird zwar im Bank- und Geschäftsverkehr der bestätigte Reichsbankcheck innerhalb der Vorlegungsfrist von zehn Tagen als bares Geld angesehen, und es sind auch die öffentlichen Kassen, z. B. die Gerichtskassen durch die Vfz. v. 26. Sept. 1916 (ZMBl. 263), angewiesen, solche Checks an Zahlungs Statt anzunehmen, die Schuld als getilgt zu verbuchen und für rechtzeitige Einlösung des Schecks zu sorgen. Durch diese Wertung erlangt aber der Scheck keinesfalls die Bedeutung eines gesetzlichen Zahlungsmittels und die Eigenschaft von Geld i. S. des § 69 ZwVerfG.

Die Bedeutung eines solchen Schecks wird indessen dem Versteigerungsrichter regelmäßig Veranlassung geben, bei dem die Sicherheit Verlangenden die Erklärung des Einverständnisses mit dieser Art der Sicherheit anzugeben. Denn der Beteiligte kann sich auch mit einer geringeren Sicherheit begnügen. Verhandlungen in dieser Richtung sind auch geführt, aber ergebnislos gewesen.

(OLG. Königsberg, Wechl. v. 22. Dez. 1930, 7 W 1253/30.)

Mitgeteilt von OWR. Sieloff, Königsberg.

### Hamburg.

#### b) Straffachen.

**17.** § 263 StGB. Kreditbetrug durch Bestellung von Waren. †)

Der Angekl. ist vermögenslos, seine Frau jedoch Eigentümerin eines Grundstücks und eines Sparkassenbuchs. Anfang 1929 bestellte der Angekl. telephonisch bei der Firma B. 100 Ztr. Koks. Als diese am 7. Febr. geliefert wurden, äußerte der Angekl. gegenüber den Leuten, die den Koks anführen, er habe noch mehr Kohlen bestellt, und vereinbarte daraufhin telephonisch die Lieferung einer weiteren Zuhre von 100 Ztr. Diese wurde am 11. Febr. 1929 geliefert. Beide Lieferungen wurden ohne quittierte Rechnung nur mit Lieferchein übergeben. Im Kohlenhandel besteht die Gepflogenheit, daß stillschweigend 4 Wochen Ziel als vereinbart gelten. Auf die ihm zugesandte Rechnung über 540 RM hat der Angekl. im Juli 1929 25 RM bezahlt. Bezüglich der zweiten Kohlenlieferung hat das LG. Kreditbetrug angenommen. Die Behauptung des Angekl., daß er sofort habe bezahlen wollen, ist für widerlegt erachtet. Das LG. nimmt als erwiesen an, daß der Angekl. nach der ersten Kohlenlieferung mit seiner Frau vereinbart habe, daß eine zweite Kohlenlieferung in derselben Weise erfolgen solle wie die erste, und daß man das Sparguthaben der Ehefrau für die Kosten nicht angreifen wolle. Der Angekl. habe die zweite Bestellung nur deswegen gemacht, weil die erste Bestellung so gut geglückt sei. Durch die zweite Bestellung habe der Angekl. Zahlungswillen und Zahlungsfähigkeit seiner Person stillschweigend vorgepiegelt, die den Tatsachen nicht entprochen habe. Die Vorpiegelung werde durch die Vermögensverhältnisse der Ehefrau des Angekl. in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht beeinträchtigt. Da zur Zeit der zweiten Kohlenlieferung das Sparguthaben der Ehefrau ein ausreichendes Guthaben zur Bezahlung dieser Lieferung enthalten habe, sei die Nichtzahlung seitens des Angekl. nur auf fehlenden Zahlungswillen, nicht auf mangelnde Zahlungsfähigkeit zurückzuführen.

Die Rev. kann keinen Erfolg haben. Dem Ergebnis des LG. ist zuzustimmen.

Der Angekl., welcher durch Vertrag mit der Firma deren Schuldner wurde, ist vermögenslos und konnte nicht damit rechnen, er werde binnen angemessener Frist die erforderlichen Mittel zur Befriedigung seines Lieferanten erlangen. In dem Urteil wird nach dieser Richtung dargelegt, daß der Angekl. mit seiner Ehefrau abgemacht habe, daß das der Ehefrau gehörige Sparguthaben, über welches zugunsten seiner Gläubiger zu verfügen, der Angekl. nicht verpflichtet war (§§ 1376 Abs. 1 u. 1377 BGB.), für die Bezahlung der Kohlen keine Verwendung finden sollte. Andere Mittel haben nicht zur Verfügung gestanden. Wenn bei dieser Sachlage das LG. die Ver-

(§ 145 ff. BGB.); der Käufer erklärt den Willen, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen (§ 433 Abs. 2 BGB.). Wer also einen Kauf abschließt ohne Zahlungswillen, spiegelt eine falsche innere Tatsache vor. Der Zahlungswille des Angekl. fehlte aber gänzlich, weil er bei Fälligkeit weder aus eigenen, noch aus fremden Mitteln zahlen wollte. Die Unfähigkeit des Angekl., aus eigenen Mitteln zu zahlen, und die Verabredung mit seiner Ehefrau, deren Sparguthaben nicht anzugreifen, sind auf rein tatsächlichem Gebiet liegende Indizien für den absoluten Mangel an Zahlungswillen, gaben also zur Erörterung in der Rev.Just. keinen Anlaß.

Ebenso einfach liegt die Vermögensbeschädigung. Die Kohlen sind zu dem ortsüblichen Handelspreis, also mit einem nur normalen Handlungskosten und normales Risiko ausgleichenden Gewinn an den zahlungsunfähigen Angekl. verkauft worden. Das Vermögen des Lieferanten, der an Stelle der Ware einen nur bei gutem Willen des Schuldners realisierbaren Zahlungsanspruch erlangt hat, ist aus dem Gesichtspunkt der Vermögensgefährdung selbst dann beschädigt, wenn der Angekl. zunächst den Zahlungswillen gehabt hätte. Die seine juristische Unteruchung über die Bedeutung mangelnden Zahlungswillens als Entwertungsfaktors für die Gegenleistung ist für die Feststellung der Vermögensbeschädigung nur in anders gelagerten Fällen praktisch, wo nicht schon die mangelnde Zahlungsfähigkeit des Schuldners eine Vermögensbeschädigung herbeiführt hat; sie erscheint hier besonders deshalb überflüssig, wenn man mit der herrschenden Lehre (RG. StGB. § 263 Anm. 6a) die Vermögensbeschädigung als die effektive substantielle Verminderung des Gesamtvermögens unmittelbar im Zeitpunkt nach der Handlung des Getäuschten ansieht.

Auch der ursächliche Zusammenhang zwischen der Irrtumserregung und der Vermögensbeschädigung steht außer Zweifel. Wenn der Kohlenhändler gewußt hätte, daß der Angekl. nicht zahlen will, hätte er nicht geliefert, ohne sich überhaupt auf irgendwelche Erwägungen über die Zahlungsfähigkeit des Angekl. einzulassen. Die Geschäfte des täglichen Verkehrs werden regelmäßig in der sicheren Erwartung abgeschlossen, auch ohne Prozeß und Zwangsvollstreckung zu Geld zu kommen. Die Frage des ursächlichen Zusammenhanges wird allerdings in dem besprochenen Urteil nicht erörtert, dürfte aber unbenutzt den Anlaß zu den schwierigen Erörterungen gegeben haben, weil sich seit Jahrzehnten in der Rspr. immer wieder die Tendenz bemerkbar macht, irgendeinen über den reinen Kaufzusammenhang hinausgehenden spezifischen Zusammenhang zwischen dem

Zu 16. Der Scheck ist kein Geld, sondern Geldersatz. Das gilt auch für den bestätigten Reichsbankcheck. Insofern begegnet die Entsch. keinen Bedenken.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob der bestätigte Reichsbankcheck nicht als Wertpapier zur Sicherheitsleistung geeignet war. Er ist ein Wertpapier. Die Verpflichtung aus dem Bestätigungsvermerk ist von einer deutschen juristischen Person in Deutschland zu erfüllen. Er hat einen Kurswert von 100%, da er sofort durch Vorlegung zur Einlösung gebracht werden kann, und ist zu diesem Kurse im Geschäftsverkehr jederzeit verwertbar. Die Reichsbank ist dem jeweiligen Inhaber zur Einlösung verpflichtet (Art. 1 der WD. v. 31. Aug. 1916).

Den Erfordernissen des § 69 ZwVerfG. ist also genügt: der bestätigte Reichsbankcheck ist ein inländisches Wertpapier, das auf den Inhaber lautet und einen Kurswert hat. Mündelsicherheit wird im § 69 ZwVerfG. nicht erfordert.

Während beim gewöhnlichen Scheck die Scheckforderung nicht mit Sicherheit feststeht und der Wert der Rückgriffsansprüche unter Umständen zweifelhaft sein kann, verbrieft der bestätigte Reichsbankcheck einen unmittelbaren völlig sicheren Zahlungsanspruch gegen die Reichsbank, zu dessen Durchführung es lediglich der Vorlegung bedarf.

Zuzugeben ist, daß man beim Erlaß des ZwVerfG., wie der Entwurf, die Begründung und die Berichte ergeben, an Wertpapiere im engeren Sinne, besonders Schuldverschreibungen, gedacht hat. Hätte indessen die Einrichtung des bestätigten Reichsbankchecks schon damals bestanden, so wäre er vermutlich unter den nach § 69 zulässigen Sicherheiten genannt worden. Ich möchte annehmen, daß — da der Wortlaut des Gesetzes m. E. nicht entgegensteht und diese Auslegung zu einem zweckmäßigen Ergebnis führt — bestätigte Reichsbankchecks als zur Sicherheitsleistung geeignete Wertpapiere i. S. des § 69 ZwVerfG. anzuerkennen sind.

OLGDir. Dr. Sobernheim, Berlin.

Zu 17. Zahlungswille und Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers sind beim Kreditbetrug für zwei Tatbestandsmerkmale von Bedeutung, nämlich für die Irrtumserregung und für die Vermögensbeschädigung. Die rechtliche Konstruktion dieser letzteren beiden beruht erfahrungsgemäß oft Schwierigkeiten, wenn der Betrüger positive Angaben vermieden hat, nicht aber in einfachen Fällen der obigen Art, wo mangelnder Zahlungswille und absolute Zahlungsunfähigkeit zusammentreffen.

Kauf ist ein Vertrag, also eine zweiseitige Willenserklärung

mögensbeschädigung darauf abstellt, daß der zahlungsunfähige Schuldner von vornherein die Absicht gehabt habe, die Schuld nicht zu begleichen, so sind hiergegen Bedenken nicht zu erheben. Wenn auch rechtsgrundfähig mangelnder Zahlungswille bei vorhandener Zahlungsfähigkeit nicht ohne weiteres eine Vermögensbeschädigung bedingt, so kann doch bei der Prüfung der Frage nach dem Wert der Forderung auf Bezahlung der Schuld der mangelnde Zahlungswille berücksichtigt werden, insoweit wegen mangelnder Zahlungswilligkeit die Forderung von Anfang an gegenüber der Leistung minderwertig ist (RGSt. 42, 183; 43, 172).

Das RevG. hat in seinem früheren in dieser Sache ergangenen Urteil ausgesprochen, daß eine Rechtspflicht, ungefragt über seine Vermögensverhältnisse Auskunft zu geben, nicht bestehe, und daß dem Angekl. nicht zur Last gelegt werden könne, daß er ungefragt nichts über seine Vermögensverhältnisse und die seiner Frau verlaublich habe. An dieser Rechtsansicht ist festzuhalten. Anders ist die Rechtslage aber dann, wenn aus der Bestellung von Waren das Verschweigen des Bestellers entnommen werden kann, er werde die Ware innerhalb der ihm bekannten Zahlungsfrist auch bezahlen. Diese Voraussetzung liegt hier vor: Der Kohlenhandel ist auf Bezahlung binnen Monatsfrist eingestellt, so daß aus der vorbehaltlosen Bestellung die Zusicherung der Zahlung innerhalb dieser Frist entnommen werden kann. In solchem Falle tritt das Schweigen in Verbindung mit einem aktiven, auf Täuschung abzielenden Handeln auf, da die Tatsache, deren Verschweigen Vorspiegelung oder Unterdrückung darstellen soll, die Verneinung der aktiv vorgetäuschten Tatsache darstellt (Goldschmidt, Beiträge zur Lehre von Kreditbetrug, JZStW. 48, 149 [150] und RGSt. 24, 216). Dem UG. ist darin zuzustimmen, daß die auf den Vertragsabschluß abzielende Willenserklärung des Angekl. als eine Vorspiegelung falscher Tatsachen anzusehen ist, indem die Täuschung sich darauf bezog, daß der Angekl. einen Irrtum über seine Willigkeit, die Bedingungen des Vertrages zu erfüllen, erregte.

(OLG. Hamburg, StrSen., Urt. v. 18. Dez. 1930, R II 318/30.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Griebach, Hamburg.

## Altona.

## Landgerichte.

I. § 138 BGB.; § 771 ZPO. Kundenfinanzierungsgeschäfte, bei denen der Kunde Eigentum überträgt, insbesondere Sicherungsübereignungsverträge zwischen der Brauerei und den von ihr belieferten und finanzierten

Irrtum des Getäuschten und der Vermögensbeschädigung zu verlangen — eine Auffassung, die zu der vielfach verfolgten Straflosigkeit des Bettelbetruges, des Betruges bei unerlaubten Rechtsgeschäften u. a. führt (vgl. meine Ausführungen GoldArch. 63, 413).

Obiges Urteil erscheint also im Ergebnis zutreffend, ist aber gleichzeitig ein Beispiel dafür, wie unsere moderne Betrugstheorie einfache Fälle so schwierig gestaltet, daß sie zweimal in der RevZf. zu tiefgründigen theoretischen Erörterungen Anlaß geben. Da nimmt es nicht wunder, daß unsere Rpr. wirklich schwieriger Fälle (Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften, Budekshop und Kreditbetrug mit falschen Angaben über die Zahlungsfähigkeit bei vorhandenem Zahlungswillen) überhaupt nicht Herr wird.

RM. Rudolf Pröll, Berlin.

Zu 1. I. Schon nach den allgemeinen Grundfäden über Unfittlichkeit von Sicherungsübereignungen muß man dem Urteil zustimmen. Der Verstoß gegen die guten Sitten kann hergeleitet werden entweder aus einer Verletzung der wirtschaftlichen Freiheit des Schuldners oder des Interessenbereiches dritter Gläubiger. Dabei wird der dritte, hier nicht interessierende Fall außer acht gelassen, daß der Vertrag seinem Gegenstand nach unfittlich ist.

Nicht jede Einschränkung der Freiheit des Treugebers ist sittenwidrig. Aus der Fülle der Kasuistik wird man als Leitfaden für die im übrigen nach den jeweiligen Umständen zu treffende Entsch. ungefähr den herausheben können: es widerspricht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, den Schuldner durch Knebelung seiner finanziellen Handlungsmacht der wirtschaftlichen Selbständigkeit zu berauben und ihn durch völlige oder nahezu völlige Unterordnung unter die Gewalt des Gläubigers in eine Art Schuldknechtschaft zu werfen. Die gangbarsten Mittel, dies zu erreichen, sind Überantwortung sämtlicher Aktiva (Waren, Außenstände usw.) an den Treuehmer, womöglich gar auch aller zukünftigen Forderungen; Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht neben sonstigen umfassenden Sicherheiten (RG.: LZ. 1919, 493) u. dgl.

Unter diesem Winkel betrachtet, kann die Übereignung nahezu des gesamten Inventars und Mobilars in obigem Falle nicht sittenwidrig sein. Der Gastwirt M. erhielt von der klägerischen Brauerei ein Darlehen. Daß er dafür Sicherheiten gab, ist natürlich. Seine wirtschaftliche Selbständigkeit wurde nicht im entferntesten angetastet.

Ebenso wenig verletzt der Vertrag den Interessenbereich dritter Gläubiger, sei es gegenwärtiger, sei es künftiger. Gewiß: die Sicherung eines einzelnen Gläubigers schmälert immer die Zugriffsaus-

Gastwirten, wenn letztere fast ihr ganzes Inventar und Mobilar durch Besitzkonstitut übereignen, sind nicht schlechthin sittenwidrig.)

Zwischen der klägerischen Brauerei und dem Gastwirt M. ist eine Abmachung getroffen, derzufolge M. gegen ein ihm gewährtes Darlehen der Brauerei nahezu sein gesamtes Inventar und Mobilar mittels Besitzkonstituts übereignet hat. Die Dekl. hat bei M. Inventar pfänden lassen und die von der Brauerei beehrte Freigabe abgelehnt, da sie den Vertrag als sittenwidrig erachtet.

In der Tat bedeutet die Abmachung eine starke Einengung der wirtschaftlichen Freiheit des M. Er war auf Jahre hinaus verpflichtet, nur Bier der Kl. auszuschenken, und er übertrug den weitest größten Teil seiner Habe an die Kl. Da die Sachen im Besitz des M. verblieben, so wurde der äußere Anschein seiner Kreditwürdigkeit, der durch das Vorhandensein des Inventars und Mobilars hervorgerufen wurde, aufrechterhalten, obwohl die betreffenden Sachen dem Zugriff der übrigen Gläubiger entzogen waren. Trotzdem kann der Vertrag nicht als sittenwidriger Knebelungsvertrag betrachtet werden, der dem M. seine wirtschaftliche Selbständigkeit völlig nahm, ihn zu einem für Rechnung der Brauerei tätigen Werkzeug machte und ihn so gewissermaßen entmündigte. Denn erstens bekam M. für die von ihm eingegangene Verpflichtung ein beträchtliches Gelddarlehen in Höhe von 7000 RM., zweitens wurde er auf Grund dieses Darlehens in die Lage versetzt, sein Geschäft zu führen und daraus tägliche Einnahmen, die ihn ernähren und über die er frei verfügen kann, zu erzielen. Es ist den Gläubigern M.s unbenommen, sich an diesen Tageseinnahmen wegen der Befriedigung ihrer Forderungen schadlos zu halten. Auf dem Umsatz, nicht auf dem vorhandenen Mobilar beruht im wesentlichen die Kreditwürdigkeit eines Gastwirts (V. Hannover: JW. 1931, 1851). Denn bei der außerordentlichen Verbreitung, welche namentlich in der heutigen gebückten Wirtschaftslage Darlehensverträge mit Sicherungsübereignung zwischen Brauerei und Gastwirten in Deutschland gefunden haben, wird seitens der übrigen Gläubiger eines Gastwirts regelmäßig mit der Möglichkeit, wenn nicht gar Wahrscheinlichkeit gerechnet, daß der Gastwirt nicht Eigentümler der in seinen Räumen befindlichen Sachen ist, daß diese vielmehr eigentümlich der Brauerei gehören, durch deren bargeliehenes Geld ihm die Einnahmequelle erschlossen ist. Bei dieser Sachlage können Verträge der hier fraglichen Art nicht als deutscher Sittenanschauung zuwiderlaufend erachtet werden. Das um so weniger, als die Kl. erhebliche Mittel hergab, und als es nur natürlich war, daß sie das damit verbundene Risiko abzuschwächen suchte durch eine Deckung, die als übermäßig nicht angesprochen werden kann. Kunden-

sichten der anderen. Nicht jede Schmälerung aber verstößt gegen die guten Sitten. Sie tut es dann, wenn jener Dritte in seiner berechtigten Zurechtweisung mit einem insolventen Vertragsgegner zu paktieren, getäuscht wird. Sittenwidrig ist die Sicherungsübereignung, die den Treugeber seiner Kreditwürdigkeit beraubt, nach außen jedoch den Schein des Gegenteils wahr. Dabei sind allerdings von der Rpr. und Wissenschaft Leitfäden ausgebildet worden, die eine grobe Anwendung jenes Grundgedankens auf die empfindliche Struktur des Wirtschaftslebens verhindern sollen. So schließt einerseits nicht jeder gute Vorfall des Treuehmers gegenüber dem Treugeber, z. B. der auf Sanierung gerichtete, die Unfittlichkeit stets aus (RG.: Höchstr. Rpr. 1930 Nr. 90; Staub, § 368 Anm. 96 a). Andererseits zeitigt nicht jede Geheimhaltung die Sittenwidrigkeit, z. B. dann nicht, wenn gerade die Publizierung den Kredit des Treugebers erst erhübertern würde (RG.: JW. 1916, 477). Und es ist ferner nötig und genügend, daß auch der Treuehmer das Bewußtsein der Schädigung anderer Gläubiger hat. Eine Absicht ist nicht erforderlich (RG.: JW. 1928, 52; 1929, 1462; 1930, 2927; RG. IV 216/29 vom 20. Febr. 1930 in „Recht und Leben“, 1930; a. M. Weinhausen, „Die Sicherungsübereignung“, 1928, S. 68, der subjektive Momente ganz beiseite lassen will).

Auch nach dieser Richtung hin bietet der vorliegende Vertrag keine Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit. Das Urteil sagt richtig, es sei den Gläubigern unbenommen geblieben, sich an den Tageseinnahmen schadlos zu halten; Kundenfinanzierungsgeschäfte dieser Art seien eine alltägliche Erscheinung des gegenwärtigen Geschäftslebens. Im übrigen hat es Feststellungen über den subjektiven Tatbestand scheinbar gar nicht getroffen.

II. Vor allem aber — und das ist das an dem Urteil für den Spezialfall so Interessante — sind hier die Besonderheiten der Gastwirtschaftsfinanzierung durch Brauereidarlehen zu beachten. Es ist ein großer Unterschied, ob ein Angehöriger irgendeiner Branche sein Inventar usw. zur Sicherung eines Darlehens übereignet, oder ob er einem Berufszweige angehört, dessen Wesensmerkmal diese Art der Geldbeschaffung, jedenfalls seit langer Zeit, ist. Nicht umsonst sind Rpr. und Schrifttum über dieses Spezialgebiet so reichhaltig. Darlehen, mit Bierlieferungsverträgen verquickt, sind im Gastwirtsgerwebe eine Alltäglichkeit, ihre wirtschaftliche Unentbehrlichkeit ist anerkannt. Der Wirt, meistens arm an baren Mitteln, führt seinem Betriebe Kapital zu, begründet oder sichert seinen Kredit und gewährleistet dem Publikum durch Ausschank von Bier, an das es gewöhnt ist und das es bevorzugt, ein gleichbleibendes Getränk

finanzierungsgeschäfte, bei denen der Kunde Eigentum überträgt, sind nicht schlechthin sittenwidrig (RG. 131, 213 ff.<sup>1</sup>). Sie sind eine alltägliche Erscheinung im Geschäftsleben der Gegenwart geworden, ohne die zahlreiche Geschäftsleute, die mit fremdem Gelde arbeiten, zusammenbrechen müßten.

(LG. Altona, 1. B., Ur. v. 7. Juli 1931, 1 S 442/31.)

Mitgeteilt von OGR. Schumacher, Altona.

### Königsberg.

2. § 17 RD. ist auf den Elektrizitäts- und Gaslieferungsvertrag anzuwenden. †)

Der Kaufmann H. bezog von der Antragsgegnerin auf Grund deren allgemeiner Lieferungsbedingungen elektrischen Strom und Gas. Über sein Vermögen ist das Konkursverfahren eröffnet, der Antragsteller ist zum Konkursverwalter ernannt. Der Kaufmann H. verschuldete der Antragsgegnerin für Strom und Gas, die vor Konkursöffnung bezogen waren, einen Betrag. Nach der Eröffnung des Konkurses machte die Antragsgegnerin die Weiterlieferung von Strom und Gas davon abhängig, daß der Antragsteller die restliche Forderung der Antragsgegnerin als Masse Schuld (§ 59 Ziff. 2 RD.) anerkenne. Der Antragsteller lehnte dies ab, und die Antragsgegnerin sperre daraufhin die Gas- und Lichtleitung in den Räumen des Gemeinschaftsbüroers.

Der Antrag, daß der Antragsgegnerin die Sperrung der Gas- und Lichtleitung zu den Räumen des Gemeinschaftsbüroers untersagt werden möge, ist in beiden Instanzen zurückgewiesen worden.

Der Antragsteller erachtet die Absperrung der Zuleitungen für sittenwidrig; die Antragsgegnerin nutze ihre Monopolstellung in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise aus, wenn sie eine Anerkennung ihrer Restforderung als Masse Schuldverforderung verlange, obgleich sie eine solche nicht zu beanspruchen habe. Die Antragsgegnerin

zu gleichmäßigem Preise. Der Brauer sichert sich stetigen Absatz, dessen Durchschnitt ihm saubere Kalkulation erlaubt, und Bekanntheit in weiten Kreisen, das ihm Reklamekosten ersparen hilft und dadurch den Preis ermäßigt; auch schafft er sich für das Risiko, das in der Entziehung von barem Gelde aus dem Betriebe liegt, ein gewisses Äquivalent in der Förderung seiner eigenen Produktion. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Kreditgewährung geradezu „als eine sittlich und wirtschaftlich anerkennenswerte Tat“ (RG.: JW. 1906, 457). Brauer und Gastwirte sind nicht die einzigen, deren Geschäfte von derlei Transaktionen leben. Dasselbe findet man im Kolonial-, Kurzwaren-, Schokoladenhandel usw. häufig (RG.: LZ. 1917, 52). Man wird so weit gehen können, den Darlehens- und Bierlieferungsvertrag sogar als ein einheitliches Ganze zu betrachten (Staudinger, § 607 II, 10; Künstler, Der Bierlieferungsvertrag, Nürnberg 1929, S. 82; vgl. auch RG.: Höchst-AMpr. 1929 Nr. 1720).

Größte Vorsicht ist daher geboten, wenn man solche Verträge auf ihre Zulässigkeit prüft. Mögen sie für den Wirt zuweilen selbst Klauseln enthalten, die ihn nicht unempfindlich belasten, so ist der Vertrag noch bei weitem nicht sittenwidrig (Staub, Anh. zu § 346 Anm. 16). Das wird er erst, wenn er in eine Knebelung oder, wie Staub sagt, in „Biersklavererei“ (a. a. D.) ausartet, z. B. den Wirt für sich und seine Nachfolger für übermäßig lange Zeit an den Lieferungsvertrag kettet. Auch da aber sind die Anschauungen immer großzügiger geworden, indem man von der alten Auffassung, schon fünf oder zehn Jahre seien ein unbilliger Zeitraum, immer weiter abgerückt ist zu der jetzigen, die es viel mehr auf die Gesamtwirkung abstellt (RG.: JW. 1927, 119; 1930, 3471; RGKomm. § 138 Anm. 1 A f.). Bedenkt man dann noch, daß das BayAGWB. vom 9. Juni 1899 Art. 14 dem Brauer sogar die Eintragung einer Sicherungshypothek für den rückständigen oder gestundeten Bierkaufpreis auf dem Grundstück des Wirtes gestattet (Künstler a. a. D. S. 33, 90 ff.) und daß darüber hinaus Bestrebungen da sind, den Bierlieferungsvertrag in Form einer Dienstbarkeit eintragungsfähig zu machen (Künstler S. 35), so wird deutlich, wie empfindlich solche Verträge gegen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit sind.

Was hat in unserem Falle die Kl. getan? Nichts, als daß sie sich für ein Darlehen Inventar hat übereignen lassen; für ein Darlehen, mit dem der Schuldner seinem Betrieb neues Leben zugeführt hat. Irgendeine Verkladung des Wirtes ist nicht zu entdecken. Ebensovienig eine Schädigung der Gläubiger. Das Urteil sagt, unter Verweisung auf das ebenso erfreuliche Ur. des LG. Hannover: JW. 1931, 1851, mit Recht, die Kreditwürdigkeit des Gastwirtes fuße nicht auf dem Mobilien, sondern dem Umsatz; der Gläubiger könne sich an den Tageseinnahmen schadlos halten.

Wenn es weiter ausführt, dem Gläubiger des Gastwirts sei jene Art der Finanzierung gefällig, ist auch das völlig zutreffend (RG.: LZ. 1917, 52; Staub, Anh. zu § 346 Anm. 16). Eine gewisse Einsicht in wirtschaftliche Interessenverflechtungen muß man, auch wenn sie nicht anatomisch fein gebündelt zutage liegen, heute von jedem verlangen können.

RA. Dr. Otto Carstens, Rottbus.

1) JW. 1931, 1178.

sei vielmehr auf Grund ihrer Monopolstellung zur Fortsetzung oder zum Neuabschluß der Strom- und Gaslieferungsverträge verpflichtet.

Ob für die Antragsgegnerin als Monopolbetrieb ein Kontrahierungszwang besteht, d. h. ob sie einen laufenden Vertrag fortsetzen oder einen neuen Vertrag mit jedem, der es verlangt, abschließen muß, kann dahingestellt bleiben. Denn ein Kontrahierungszwang kommt für die Antragsgegnerin jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn ihr berechtigte Gründe zur Seite stehen, die Fortsetzung oder den Neuabschluß des Vertrages abzulehnen. Ob solche berechtigten Gründe gegeben sind, hängt wiederum davon ab, ob der gesamte Strom- und Gaslieferungsvertrag, wie es der Vorberrichter annimmt, als ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag anzusehen ist oder ob es sich um „Wiederkehrschulverhältnisse“ im Sinne Jaegers (RD., 6./7. Aufl. 1929, § 17 Anm. 18 a und b) handelt. Im ersten Falle ist § 17 RD. anzuwenden, andernfalls würde der Antragsgegnerin nur eine gewöhnliche Konkursforderung wegen der nicht gezahlten Gebührenbeträge zustehen können.

Mit Recht hat das LG. § 17 RD. für anwendbar erachtet und die Jaeger'sche Ansicht abgelehnt. Ob dem von Jaeger geprägten Begriff der „Wiederkehrschulverhältnisse“ praktische Bedeutung zukommt, mag dahingestellt bleiben; zum mindesten kann bei der Lieferung von Elektrizität und Gas nicht davon die Rede sein, daß diese Verträge „kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entstehen, also nicht ein für allemal begründet sind“. Jaeger verkennt, daß die Leistung der Elektrizitäts- und Gaswerke sich nicht darin erschöpft, daß jenseits nach Einschaltung des Stromes oder Öffnung des Gasahnes Strom und Gas tatsächlich von Fall zu Fall geliefert wird; vielmehr besteht die wesentlichste, für jede Einzelleistung die Voraussetzung bildende Leistung in der ständigen Lieferungsbereitschaft der Werke, d. h. die Werke arbeiten auch in den Augenblicken für den Abnehmer, in denen gerade Gas oder Strom nicht entnommen werden, sondern nur jederzeit entnommen werden können. Mit Recht führt Rumpff: JW. 1930, 1346 ff. aus, daß beide Teile, Werk

Zu 2. Das LG. Königsberg läßt die Frage dahingestellt, ob Elektrizitätswerke als Monopolbetriebe dem Kontrahierungszwang unterliegen oder nicht. M. E. ist das zu bejahen, und zwar ergibt sich der Kontrahierungszwang für derartige Betriebe aus § 826 BGB. (vgl. dazu Ripperbey, Stromsperrung, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, 1929, und neuerdings RG. v. 24. März 1931, VII 322/30 oben S. 3102). Aber dieser Kontrahierungszwang besteht nicht schlechthin, sondern nur unter zwei Voraussetzungen: einmal muß ein Monopol vorliegen und zum andern muß der Ausschluß von der Stromlieferung einen Mißbrauch der sich aus dem Monopol ergebenden Machtstellung enthalten. Auch wenn ein Monopolunternehmen besteht, ist noch nicht gesagt, daß jede Stromsperrung ein Monopolmißbrauch, also unsittlich ist. Das habe ich auch in meiner oben erwähnten Schrift S. 36 ausdrücklich hervorgehoben.

Es ist z. B. zutreffend, wenn im Falle des Zahlungsverzuges die Stromsperrung im allgemeinen für zulässig erachtet wird. Das gleiche gilt grundsätzlich, wenn der Konkursverwalter des Abnehmers die rückständigen Beträge nicht zahlen will. Selbstverständlich kann aber eine Berechtigung zur Sperre nur dann anerkannt werden, wenn der Konkursverwalter zur vollen Zahlung der von ihm geforderten Rückstände, nicht nur zur Zahlung einer Konkursdividende verpflichtet ist. Das hängt aber wiederum davon ab, ob man den Elektrizitätsvertrag als einen einheitlichen sog. Sukzessivlieferungsvertrag ansieht oder nicht. Mit Recht wird aber in dem vorstehenden Urteil die namentlich von Jaeger, RD., Anm. 18 b zu § 17 (vgl. auch LZ. 1912, 294 ff.) vertretene Auffassung abgelehnt, daß es sich bei den Elektrizitäts-, Gas- und Wasserlieferungsverträgen um sog. Wiederkehrschulverhältnisse handle, die als Einzelverträge immer wieder neu abgeschlossen werden. M. E. kann die Einheitlichkeit des Elektrizitätslieferungsverhältnisses nicht geleugnet werden, und in der vorstehenden Entsch. wird mit Recht darauf abgestellt, daß die Elektrizitätswerke ständig zur Lieferung von Strom bereit sein müssen. So wird dann auch heute überwiegend die Jaeger'sche Theorie abgelehnt und ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag angenommen (vgl. neben den Hinweisen in den Gründen des Urteils Geiler: JW. 1930, 1402 sowie die beiden Urteile des OLG. Kiel: JW. 1931, 2139 und des OLG. Köln: JW. 1931, 2169 mit weiteren Angaben und zustimmenden Anmerkungen von Kaufmann). Ist das aber richtig, so ist der Konkursverwalter auch verpflichtet, wenn er Weiterlieferung verlangt, die Rückstände als Masse Schulden zu zahlen (vgl. §§ 17, 59 Ziff. 2 RD.). Weigert er sich, so ist das Elektrizitätswerk zur Stromsperrung berechtigt. Denn aus der Monopolstellung kann nicht die Folge hergeleitet werden, daß der Inhaber des Monopols gezwungen wäre, ohne Gegenleistung seinerseits weiter zu leisten. Für die Teilnahme des einzelnen am Güterverkehr, die durch den Kontrahierungszwang gesichert werden soll, ist Voraussetzung, daß der Abnehmer die Pflichten beobachtet, die ihm durch die Teilnahme am Güterverkehr auferlegt sind. Vgl. im übrigen aber auch meine Anm. zu RG. oben S. 3102.

Prof. Dr. Ripperbey, Köln.

und Abnehmer, sich gerade auf eine Dauerleistung eingerichtet haben, das Werk durch die Herstellungs- und Zuleitungsanlagen und die Kapitalinvestition, aber auch der Abnehmer durch die Abnahmevorrichtungen (Lampen, Kocher usw.). Ist demnach § 17 R.D. auf den Elektrizitäts- und Gaslieferungsvertrag anzuwenden, so erfahren dadurch die Werke keine unberechtigte Bevorzugung; sie haben die gleiche Stellung wie die übrigen Lieferanten aus Sukzessivlieferungsverträgen. Der Jaegerischen Auffassung ist allerdings zuzugeben, daß es ein unerwünschtes Ergebnis ist, wenn die Lieferungswerke zufolge der Anwendung des § 17 R.D. als Massegläubiger besser dastehen als selbst der Fiskus, der die Abgaben nur als bevorrechtigter Gläubiger (§ 61 Ziff. 2 R.D.) geltend machen kann. Jedoch läßt sich dieses Ergebnis nach geltendem Recht nicht vermeiden; es kann dies allein — angesichts aller übrigen Ermägungen — kein Grund sein, die Anwendung des § 17 R.D. auf Sukzessivlieferungsverträge der vorliegenden Art abzulehnen.

Die Abspr. der O.V. zu der vorliegenden Frage ist nicht einheitlich. Die Mehrzahl der Entsch. (zusammengestellt Z.B. 1930, 1348 Anm. 11 und S. 1349 Anm. 21), neuerdings das O.V. Hamm: Z.B. 1930, 1426, folgt der hier vertretenen Ansicht. Z.B. 1930, 1402 hat das R.G. die Anwendbarkeit des § 17 R.D. für Elektrizitätslieferungsverträge ohne weiteres bejaht. Damit steht die Entsch. desselben Senats des R.G. v. 24. März 1931, VII 322/30<sup>1)</sup> nicht im Widerspruch. Denn in dieser letzteren Entsch. handelt es sich darum, daß das Elektrizitätswerk von einem Dritten, der gar nicht Schuldner der Stromkosten war, nicht allein die Bezahlung der rückständigen Stromlieferungsgebühren, sondern vor allem noch die Bezahlung von 37 000 RM. Installationsforderungen auf Grund einer Vereinbarung verlangte, die dieser Dritte, da er an der Erhaltung der Lebensfähigkeit des Stromabnehmers interessiert war, hatte abschließen müssen, obgleich die Forderungen gegen den Stromabnehmer selbst, der in Konkurs gefallen war, nur wertlose Konkursforderungen waren. Diese O.V. Entsch. hat daher mit der Rechtsfrage des vorliegenden Falles unmitttelbar nichts zu tun.

Im übrigen erscheint das Ergebnis, daß die Werke, sofern sie weiterliefern, volle Bezahlung der Rückstände verlangen können, auch wirtschaftlich erwünscht. Die Auffassung, daß die in der öffentlichen Hand befindlichen Werke ihre „Konkursverluste auf eine Vielzahl von Mitbürgern abzuladen“ vermögen (so Jaeger a. a. O.), verkennt,

Zu 3. Der Entsch. liegt, kurz zusammengefaßt, folgender Sachverhalt zugrunde: Die Kl. fordert sog. Rembursregreß, nachdem sie selbst im Regreßwege einen Wechsel eingelöst hat, den sie durch Blankogiro erworben und ihrerseits durch Blankogiro weitergegeben hatte. Ihr Blankogiro ist unlesbar.

Es ist zutreffend, daß die Kl. nur dann zur Regreßnahme legitimiert ist, wenn sie als Indossantin aus dem Wechsel ersichtlich ist. Hätte sie den Wechsel als Blankoindossatarin im Wege der Blankotradition weitergegeben und stünde ihr Name nicht auf dem Wechsel, so hätte sie sich selbst aus dem Wechselverbanne ausgeschaltet; sie könnte, was regelmäßig mit der Blankotradition des Wechsels bezweckt wird, von keiner Seite regreßpflichtig gemacht werden, andererseits könnte sie aber auch keinen Rembursregreß nehmen, wenn sie den Wechsel eingelöst hätte, da sie hierzu als außerhalb des Kreises der Indossanten stehend nicht verpflichtet gewesen wäre (vgl. Staub-Stranz, Art. 51, Anm. 1). Welche sonstigen Ansprüche sie geltend machen könnte, steht hier nicht in Frage.

Es kommt also darauf an, ob das unleserliche Indossament als wirksam anzusehen ist. Im allgemeinen wird — meist ohne eingehendere Erörterung der Frage — die Lesbarkeit einer Unterschrift als nicht erheblich bezeichnet (Staudinger § 126 IV, 4; Dertmann § 126, 3; Staub-Könige § 350 Anm. 57; Staub-Stranz Art. 4 Anm. 29; Art. 94 Anm. 3). Mit Recht ist aber schon früher, insbes. von S. Lehmann<sup>2)</sup>, darauf hingewiesen worden, daß die Ausdrucksweise der herrschenden Meinung geeignet ist, Unklarheiten hervorzurufen. Es sind, abgesehen von dem Fall der klar lesbaren Unterschrift, drei Möglichkeiten scharf zu trennen:

1. Es finden sich Zeichen, aus denen sich die Anwendung der Buchstabenschrift bzw. ein Namenszug überhaupt nicht erkennen läßt.  
2. Es finden sich Zeichen, die die Anwendung der Buchstabenschrift als gewollt, den Namenszug des Schreibers als beabsichtigt erkennen lassen, aus denen allein sich aber objektiv ein Name nicht entziffern läßt (unlesbare Unterschrift).  
3. Es finden sich Zeichen, die im einzelnen vielleicht unlesbar, in ihrer Gesamtheit aber doch einen bestimmten Namen erkennen lassen (undeutliche Unterschrift).

Hauptzweck einer Unterschrift ist es, die Person des Ausstellers zu kennzeichnen (vgl. Motive zum BGB. I, 185). Nur Schriftzeichen, welche diesen Zweck erfüllen können, wird man als Unterschrift anerkennen dürfen.

Darum können die zu 1. beschriebenen Zeichen keine Rechtswirkung haben. Wo überhaupt von einer Schrift, einem Namenszug nicht die Rede sein kann, kann auch keine Unterschrift vorhanden

<sup>1)</sup> Z.B. 1931, 3102.

<sup>2)</sup> Die Unterschrift im Tatbestand der schriftlichen Willenserklärung, S. 87.

zumal in Zeiten schwerster finanzieller Not der Kommunen, daß diesen Werken „mit Rücksicht auf die Lebensnotwendigkeit ihrer Betriebe nicht zugemutet werden kann, in Erfüllung ihrer Bestimmung an die Allgemeinheit Schäden zu erleiden“ (so R.G., zit. Z.B. 1930, 1349 Anm. 14 hinsichtlich eines Wasserwerkes). In aller Regel werden übrigens die anderen Konkursgläubiger durch die Anerkennung der Werksforderungen als Massegläubiger keinen sehr beträchtlichen Ausfall erleiden, da die Werke es im allgemeinen nicht zu erheblichen Rückständen kommen lassen werden, sondern, sobald der Rückstand einen größeren Umfang einnimmt, die Weiterlieferung nach Maßgabe ihrer Lieferungsbedingungen einstellen werden.

(O.G. Königsberg, Urte. v. 21. Mai 1931, 1 S 258/31.)

Mitgeteilt vom Magistrat der Stadt Königsberg i. Pr.

\*

### Rürnberg.

3. Art. 4, 11 W.D. Unlesbarkeit der Indossamentunterschrift, wenn kein Firmenstempel vorliegt, führt zur Abweisung der Wechselklage. †)

Es muß aus dem Wechsel ersichtlich sein, daß der Regreßnehmende Indossant ist; daß er den Wechsel im Regreßwege eingelöst hat, wird vermutet, wenn der Regreßnehmende auf dem protestierten Wechsel als Indossant erscheint. Nach Art. 11 W.D. muß das Indossament auf den Wechsel, eine Kopie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenes Blatt geschrieben sein.

Wenn die Firma F. als Indossantin des Wechsels Rechte aus demselben geltend machen will, muß ihre Firma auf der Rückseite des Wechsels geschrieben — gedruckt, gestempelt — sein; denn nur so kann sie ersichtlich gemacht werden. Die Lesbarkeit des Namens des Indossanten ist sonach ein Erfordernis für die Gültigkeit des Indossaments. Daher hilft der Kl. die Tatsache nichts, daß die Bekl. nicht bestritten hat, daß Firma F. den Wechsel durch Blankogiro erworben hat, auf diesem Wege weitergegeben und in dem Regreßwege wieder eingelöst hat. Es ist unbestritten, daß ein gültiger Wechsel nur dann vorhanden ist, wenn — neben anderen aus Art. 4 der W.D. zu ersiehenden Erfordernissen —, der Name der Person oder die Firma des Remittenten, die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma auf dem Wechsel steht, daß darunter

sein. Der Unterzeichner hätte sich ein Handzeichen beglaubigen lassen müssen (Art. 94 W.D.).

Die zu 3. behandelte undeutliche Unterschrift macht ebenfalls keine Schwierigkeiten. Sie ermöglicht, wenn auch vielleicht mit Mühe, die Feststellung des Unterzeichners und erfüllt somit ihren wesentlichen Zweck. Erhebliche Gründe gegen die Annahme ihrer Wirksamkeit sind nicht ersichtlich.

Bedenken ergeben sich nur für die unlesbare Unterschrift (zu 2), die aus sich selbst heraus den Namen des Schreibers nicht entziffern läßt. Auch hier kann der Zweck der Erkennbarkeit gewahrt sein; bisweilen können unlesbare, aber dem Aussteller eigenständige Schriftzüge eine größere Sicherheit, insbes. auch für die Echtheit der Schrift, geben als eine leserliche, aber unpersönliche Unterschrift (so auch von Tuhz, D. allg. Teil Bd. II, 1 S. 514). Deshalb ist die unlesbare Unterschrift nicht grundsätzlich unwirksam. Häufig ist es möglich, die Persönlichkeit des Schreibers aus außerhalb der Urkunde liegenden Umständen oder gar aus dem Inhalt der Urkunde selbst festzustellen, oder die Schriftzüge sind den an der Urkunde Interessierten trotz ihrer Unlesbarkeit als solche des Ausstellers bekannt. Man mag zweifeln, ob es genügt, daß sich die Urheberschaft aus irgendwelchen außerhalb der Urkunde liegenden Umständen erkennen läßt. Für den Wechsel kann das jedenfalls nicht ausreichen, da er als Formakt aus sich selbst verständlich sein muß (Staub-Stranz Art. 4 Anm. 69). Es ist aber auch beim Wechsel möglich, daß die aus sich selbst nicht lesbaren Zeichen aus dem sonstigen Wechselinhaltedeutet werden können; z. B. kann die deutliche Angabe des Indossatars Müller dazu führen, aus der folgenden, aus sich nicht zu entziffernden Indossamentunterschrift doch schließlich den Namen Müller herauszulesen. So kann die unlesbare Unterschrift im Zusammenhang mit dem übrigen Wechselinhalt immerhin den Zweck der Individualisierung erfüllen und darum gegebenenfalls auch beim Wechsel als wirksam angesehen werden. Letzteres muß m. E. selbst dann gelten, wenn die Schriftzüge objektiv unlesbar und auch mit Hilfe des sonstigen Urkundeninhalts nicht zu entziffern sind, aber doch denen, für die die Urkunde bestimmt ist, als Namenszug des Ausstellers bekannt sind. Es würde Treu und Glauben widersprechen, sollte sich eine Partei auf die Unlesbarkeit einer Unterschrift berufen dürfen, wenn sie genau weiß, von wem dieselbe herrührt. Nur muß die Unterschrift allen Beteiligten bekannt sein, sonst könnte der Fall eintreten, daß die Gültigkeit der Unterschrift auf ein und derselben Urkunde verschiednen beurteilt werden müßte, je nachdem die Schriftzüge des Ausstellers den einzelnen Beteiligten bekannt sind oder nicht. Das muß insbes. beim Wechsel zu unmöglichen Ergebnissen führen, bei dem die Unterschrift eine Legitimation für und gegen die verschiedensten Beteiligten bildet.

Liegen die soeben geschüberten Voraussetzungen, deren Fest-

zu verstehen ist der bürgerliche oder der Handelsname einer aktiv wechselfähigen Person. Es muß also aus dem Wechsel selbst hervorgehen, daß diesem Erfordernis der Bezeichnung des Remittenten oder des Ausstellers genügt ist. Das gleiche muß für das Indossament gelten. Aus einem nicht lesbaren Indossament ist nicht zu ersehen, daß der Indossant seinen Namen oder seine Firma geschrieben hat (Art. 12 W.D.). Nicht zu verwechseln mit diesem Erfordernis ist jenes, daß jede Unterschrift auf dem Wechsel lesbar sein müsse. Wird eine Firma auf einen Wechsel so angebracht, daß zum lesbaren Namen der Firma der Name des Zeichnungsberechtigten — des Inhabers — Vorstandes — Prokuristen gesetzt wird, so ist Lesbarkeit der Unterschrift des Zeichnungsberechtigten nicht zu verlangen. Es genügt, daß die Firma lesbar ist; daß ein Zeichnungsberechtigter den Namen der Firma auf dem Wechsel angebracht hat, kann auf Bestreiten mit den üblichen Beweismitteln erwiesen werden. Mangels eines formgültigen Indossamentes kann die Kl. als Indossantin Rechte aus dem Wechsel nicht ableiten. Wer auf Grund eines fremden Blankogiro's den Wechsel überträgt, scheidet aus dem Wechselverbande aus; er kann die Rolle des Regreßeinlösers spielen (s. Staub-Stranz, W.D., 12. Aufl., Art. 13, Anm. 4 a E). Demnach ist die Klage abzuweisen.

(LG. Nürnberg, II. R. f. Handelsf., Art. v. 4. März 1931, HK II G 2/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Franz Cahn IV, Nürnberg.

## B. Arbeitsgerichte. Reichsarbeitsgericht.

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

1. § 70 HGB. Ein Handlungsgehilfe, der — wenn auch gutgläubig — eine Strafanzeige gegen den Prinzipal erstattet, die sich als unbegründet erweist, gibt damit Grund zur fristlosen Entlassung.

Ein wichtiger Grund ist in der Regel dann anzunehmen, wenn Umstände eingetreten sind, die nach verständigem Ermessen dem einen oder anderen Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, da andernfalls die Interessen des einen

stellung keine Tatfrage ist, nicht vor, dann muß die unlesbare Unterschrift und damit auch das unlesbare Indossament als unwirksam bezeichnet werden. Für die Klage gegen die Indossanten wie auch für deren Regreßklage gegen ihre Vormänner ist zu ihrer Legitimation erforderlich, daß ihr Name auf dem Wechsel steht. Bei einer unlesbaren, auch aus dem Wechselaufdruck nicht zu entziffernden und schließlich auch den Beteiligten nicht bekannten Unterschrift ist diese Voraussetzung der Legitimation nicht festzustellen; auch der gem. Art. 36 W.D. erforderliche Nachweis einer zusammenhängenden Kette der Indossanten wäre nicht möglich. Ein Indossament, das solche Legitimation nicht geben kann und damit eine seiner wesentlichen Funktionen nicht zu erfüllen vermag, kann keine Wirksamkeit besitzen.

Daß bei dieser Entsch. Unbilligkeiten nicht zu vermeiden sind, zeigt der vorliegende Fall. Wie das Urk. erkennen läßt, hat die Bekl. nicht bestritten, daß die Kl. ein Indossament auf den Wechsel gesetzt und den Wechsel eingelöst hat. Sie wird demnach auch nicht bestreiten können, daß die unlesbare Unterschrift diejenige der Bekl. ist, und kann, wenigstens nach dem mitgeteilten Tatbestand, keinen materiellen Grund haben, den Klageanspruch zu leugnen. Unter solchen Umständen wäre zu erwägen, ob nicht der Kl. eine replicatio doli zuzurechnen ist; es kann nicht angehen, daß ein Wechselverpflichteter nur wegen der Unlesbarkeit der Unterschrift die Zahlung verweigern darf, obwohl er weiß, daß der Kl. sein Indossament auf den Wechsel gesetzt hat und auf Grund desselben selbst den Wechsel eingelöst hat, obwohl er also weiß, daß materiell alle Voraussetzungen seiner Regreßpflicht gegeben sind. Hier müssen die gleichen Erwägungen durchgreifen, aus denen man dem Wechselgläubiger das Recht versagt, sein formelles Wechselrecht geltend zu machen, wenn er weiß, daß er sich materiell nicht im Recht befindet (vgl. Staub-Stranz, Art. 82 Anm. 14).

Jedenfalls muß man mit der Annahme der Unwirksamkeit einer Urkunde wegen Unleserlichkeit der Unterschrift äußerst zurückhaltend sein. Eine Rsp., welche geeignet wäre, derartigen Argumenten leicht nachzugehen, würde zweifelhaften Elementen einen allzu starken Anreiz bieten, sich auf die Unleserlichkeit einer Unterschrift zu berufen und, wo sie selbst als Verpflichtete in Frage kommen, gar absichtlich unlesbar oder undeutlich zu schreiben, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, später einmal die Formgültigkeit ihrer Verpflichtungserklärung zu leugnen.

Die Feststellung des Urk., daß die Unlesbarkeit der Unterschrift bei einer Firma dann nichts schadet, wenn nur die Firma selbst erkennbar ist, entspricht einer ständigen Rsp. (Staub-Stranz, Art. 95 Anm. 8 d) sowie den hier ausgesprochenen Gedanken.

Präsident. Dr. H. Schumann, Marburg.

Teils in unbilliger Weise geschädigt werden. Es ist anerkanntes Recht, daß auch objektive Umstände, ohne Rücksicht auf ein Verschulden der Parteien einen wichtigen Grund abgeben können (NArbG. 1, 107).

Unter diesem Gesichtspunkt hat das NArbG. das Verhalten des Kl. nicht gewürdigt. Wenn der Kl. dazu überging, die Strafanzeige gegen die Geschäftsführer und den Prokuristen der Bekl. zu erheben, so mußte der Kl. sich darüber klar sein, daß die Bekl. ihn unter diesen Umständen nicht würde weiter beschäftigen können. Der Kl. erhob die Strafanzeige somit gewissermaßen auf sein eigenes Risiko. Behielt er unrecht, und führte das Strafverfahren nicht dazu, seine Behauptungen zu erweisen, so war damit durch das Verhalten des Kl. eine Sachlage geschaffen, bei der es für die Bekl. nicht mehr zumutbar erscheinen konnte, den Kl. auch weiterhin in ihren Diensten zu behalten. Dies muß um so mehr gelten, als durch die Anzeige schwerwiegende wirtschaftliche Interessen der Bekl. gefährdet wurden. Durch die notwendige Befragung der Kunden konnte der Kredit der Bekl. und ihr geschäftlicher Wirkungskreis untergraben werden. Alles dies mußte der Kl. bei seinem Bildungsgrade erkennen. Daß der Kl. in Wahrung seiner eigenen Interessen und gutgläubig handelte, verändert nicht das objektive Bild, das sich nach Einstellung des Verfahrens für die Bekl. ergab. Dabei fällt die Planmäßigkeit des Vorgehens des Kl. besonders schwer ins Gewicht, da er das von langer Hand gesammelte Material gegen die Bekl. verwertete. Ein derartiges Verhalten seitens eines Angestellten ist nicht entschuldbar und kann nicht gebudet werden. Wenn der Kl., ohne daß das Strafverfahren ihm Recht gab, den Ruf der Bekl. und ihre wirtschaftliche Existenz gefährdete, so schuf er dadurch eine Sachlage, welche sein Verbleiben bei der Bekl. bei verständigem Ermessen als unmöglich erscheinen lassen mußte, wenn sie nicht ihren Ruf auch weiterhin als gefährdet erscheinen lassen wollte. Denn behielt die Bekl. ihn trotzdem in ihren Diensten, so hätte dann von einem Mangel an Selbstachtung gezeugt, hätte sie sich dem Verdachte ausgesetzt, sie sehe selbst die Vorwürfe des Kl. als nicht völlig ungerechtfertigt an, und zur Untergrabung der Geschäftsdisziplin beigetragen.

(NArbG., Art. v. 1. Febr. 1930, RAG 192/30. — Chemnitz.) [B.]

\*

\*\*2. § 84 HGB.; § 394 BGB.; LohnbeschlG. Das LohnbeschlG. und damit das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. finden auf Handlungsagenten keine Anwendung. Abgrenzung zwischen Handlungsagenten und Handlungsgehilfen. f)

Das NArbG. geht davon aus, daß nach § 832 ZPO. das Pfandrecht sich auch auf die nach der Pfändung fällig gewordenen Beträge erstreckt, und daß der Anspruch des Ehemanns gegen den Bekl. der Kl. gegenüber gem. § 4 Ziff. 3 LohnbeschlG. unbeschränkt der Pfändung unterlegen habe. Das NArbG. hält die von dem Bekl. geltend gemachte Aufrechnung für unzulässig, weil der Ehemann der Kl. nicht selbständiger Agent gewesen sei, sondern sich in einem abhängigen Arbeitsverhältnis zu dem Bekl. befunden habe.

Die Rev. rügt Verletzung des § 84 HGB., § 394 BGB. Es ist der Rev. zuzustimmen, daß eine Anwendung des LohnbeschlG. und damit des § 394 BGB. ausgeschlossen ist, falls die Stellung des Ehemannes der Kl. die eines Handlungsagenten i. S. des § 84 HGB. war. Denn beim Handlungsagenten fehlt es an dem Erfordernis eines stetigen Verhältnisses persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit (Stein-Jonas nach § 850 II 1b Note 22; Schmidt-Kimpfer, Ehrenbergs Handbuch Bd. V 1 S. 166; Albrecht-Dentler, Das Recht des Agenten, 1908, S. 123; Jacuviel, Das Recht des Agenten II S. 94; Düringer-Sachnberg-Hoeniger, 1930, Bd. 1 S. 696 zu § 88 Anm. 18, unter Aufgabe der Ansicht in früheren Aufl.; RG. 63, 73; auch RG.: DZGEntsch. 13, 209; DZG. Hamburg das. S. 210; DZG. München das. 19, 17). Der abweichenden Ansicht von Staub-Hoeniger, Note 22 zu § 88 HGB. kann nicht beigetreten werden, denn der Agenturvertrag ist zwar ein Dienstvertrag, begründet aber kein Dienstverhältnis i. S. des § 1 LohnbeschlG. Der Agent tritt seinem Auftraggeber als selbständiger

Zu 2. Es handelt sich im vorstehenden Urk. grundsätzlich nur um die Frage, ob die Lohnansprüche der Agenten dem Anwendungsgebiet des LohnbeschlG. und damit auch des § 394 BGB. unterfallen. Mit der herrschenden Lehre verneint das Urk. diese Frage, und zwar m. E. mit Recht und mit einleuchtenden Gründen. Man muß in der Tat annehmen, daß jene Gesetze nur den Lohn der abhängigen Arbeiter, die ja auch allein unter das heutige Arbeitsrecht im engeren (technischen) Sinne einbezogen zu werden pflegen, schützen wollen; nur bei ihnen treffen die maßgebenden rechtspolitischen Gründe in der Regel zu. Daß der Agenturvertrag eine Abart des Dienstvertrages darzustellen pflegt, kann nicht entscheiden, zumal das LohnbeschlG. nicht von Dienstverträgen, sondern von einem „Arbeits- oder Dienstverhältnis“ redet, was offenbar nicht dasselbe ist. Daß i. S. von § 113 BGB. die Worte eine weitere Bedeutung haben dürften (s. m. Kommentar dazu Ziff. 4), kann für unsere rechtspolitisch wesentlich anders liegende Frage nicht entscheiden.

Gch. FR. Prof. Dr. P. Dertmann, Göttingen.





der Überschrift „Urlaub“ und erscheinen in sich erschöpfend. Im TarVertr. folgt in § 5 unter der Überschrift „Löhne“ eine genaue Regelung der Voraussetzungen für die Auszahlung des Barlohns, bei der wegen der genauen Höhe auf die jeweils geltende „Lohn tafel“ Bezug genommen wird. Im übrigen unterscheidet der TarVertr. a. a. D. Mindestlöhne für die Bergleute unter Tage, Mindestschichtlöhne für die über Tage beschäftigten Arbeiter und Gebirgs-löhne. Weiter regelt § 5 die Vergütung für das Mitnehmen von Reservelampen und die Zahlung von Sozialzulagen, namentlich von Kindergeld und Steuerzuschlägen für Verheiratete, und trifft dann noch u. a. Bestimmungen über die Entlohnung für die Fälle, daß Arbeiter aus betrieblichen Gründen vorübergehend eine Arbeit verrichten müssen, für welche ein niedrigerer Lohn festgesetzt ist, ferner, daß sie nach Altersstufen bezahlt werden, daß ihre Arbeitskraft durch Alter, Invalidität oder besondere Verhältnisse beeinträchtigt ist, daß zwei in der Lohnordnung verschieden bewertete Arbeiten von einem und demselben Arbeiter verrichtet werden. Schon dieser kurze Überblick über den Inhalt des sehr eingehenden § 5, dem überdies noch drei protokollarische Erklärungen für besondere Fälle angefügt sind, zeigt, daß gerade bei der Auszahlung des Barlohns Meinungsverschiedenheiten mannigfacher Art möglich sind. Wenn nun der oben wiedergegebene § 6 im Anschluß an § 5 unter der Überschrift „Lohnzahlungstermine“ festsetzt, daß die Lohnzahlung in drei näher bezeichneten Teilbeträgen zu erfolgen hat, so kann diese Bestimmung

schon deshalb nicht ohne weiteres auf die Geltendmachung des Urlaubsanspruchs oder der Urlaubsvergütung bezogen werden, weil es für beide keine bestimmten „Zahlungstermine“ gibt. In § 6 Ziff. 2 u. 3 ist weiter davon die Rede, daß Löhne und Abzüge in üblicher Weise im Lohnbuch zu verrechnen sind. Auch diese Bestimmungen passen weder für den ursprünglichen Urlaubsanspruch (Anspruch auf Freizeit bei Fortzahlung des Lohnes) noch für die Urlaubsvergütung. Wenn endlich im unmittelbaren Anschluß an diese Lohnzahlungsterminbestimmungen von Beschwerden wegen unrichtiger Lohnermittlung und von Klagen für den Fall fruchtloser Beschwerden die Rede ist, so liegt nach dem Vorhergehenden die Auslegung fern, daß diese Bestimmung sich auch auf das unter besonderen Umständen erwachsende Recht auf eine Urlaubsvergütung beziehen sollte. Das Verfahren wegen des Urlaubs ist in § 4 TarVertr. selbständig und eingehend geregelt. Nach § 4 Ziff. 5 (NArbG. 3, 331) soll die allgemeine Regelung der Urlaubsverteilung im Einvernehmen mit der Betriebsvertretung im März durch Eintragung in eine Liste erfolgen; der Antritt des Urlaubs im einzelnen Falle erfolgt nach Bestimmung der Betriebsleitung. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, daß aus § 6 Ziff. 3 TarVertr. klar hervorgehe oder auch nur überhaupt zu entnehmen sei, daß die Geltendmachung des Anspruchs auf eine Urlaubsvergütung nach den im Abschnitt „Lohnzahlungstermine“ enthaltenen Bestimmungen an eine innerhalb drei Monaten nach der unrichtigen Lohnermittlung zu erhebende Beschwerde und bei Erfolg

Folgerungen allein aus der Tatsache gezogen werden, daß er seine Ansprüche erst einige Monate, wohl möglich nur Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klageweise geltend macht und wird ein Verzicht oder eine Verwirkung daraus gefolgert. Die Rechts-einrichtung der Verjährung wird also, anscheinend wegen ihrer zu langen Fristen, nicht mehr als genügend betrachtet. Es ist dies offenbar eine Nachwirkung der Inflation, wo der ständige Wechsel der Lohnsätze und die erschwerte Nachprüfung zurückliegender Verhältnisse allerdings eine solche kurze Befristung für die Geltendmachung von Ansprüchen angebracht erscheinen ließ. Es wird jedoch übersehen, daß die Zulassung solcher außerordentlichen Rechtsbehelfe wie die Verwirkung oder der Einwand, daß die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen oder in dem untätigen Verhalten ein Verzicht liege, nur aus dem Grundsatz des § 242 BGB. zu rechtfertigen ist und daß dieser Grundsatz eine Berücksichtigung der Interessen beider Teile erfordert (RG. 117, 359 = JW. 1927, 2915; 181, 377 = JW. 1928, 650; 119, 235 = JW. 1928, 488). Die Umstände, die für eine Gewährung solcher außergewöhnlichen Rechtsbehelfe, für den Verlust des Anspruchs infolge verspäteter Geltendmachung sprachen, treffen jedoch heute in der Regel nicht mehr zu. Es liegt im allgemeinen keine Veranlassung vor, den Arbeitnehmer in seiner Entschlußfreiheit, wann er seinen Anspruch geltend machen will, einzuschränken, zumal ihm häufig im Hinblick auf sein Unterkommen bei einem anderen Arbeitgeber mit Recht ein Rechtsstreit mit seinem früheren Arbeitgeber zunächst nicht wünschenswert erscheinen mag. Andererseits mag die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen dem Arbeitgeber zwar un bequem sein, eine empfindliche Störung in seinen geschäftlichen Berechnungen und Maßnahmen, wie sie von der Rpr. des RG. als Voraussetzung für jene außergewöhnliche Rechtsbehelfe verlangt wurde, hat sie aber wohl niemals zur Folge, zumal wenn es sich nur um einen einzelnen Arbeitnehmer handelt. Aber auch wenn eine Streitfrage aus einer Tarifbestimmung für die gesamte Belegschaft von Bedeutung ist, so wird der Arbeitgeber schon durch den ersten Streitfall auf die Bedeutung dieser Frage hingewiesen, er kann und muß seine geschäftlichen Maßnahmen danach treffen. Selbst wenn also die einzelnen Arbeitnehmer mit ihren Forderungen an ihn erst allmählich herantreten, so liegt keine Veranlassung vor, dem Arbeitgeber einen anderen Rechtsbehelf als die Verjährung zu geben.

Eine Ausnahme besteht nur für die eigentliche Lohnberechnung, weil die dafür maßgebenden Umstände, wie die Anzahl der geleisteten Stunden und Überstunden, die Berechnungsgrundlagen für den Akkord nach längerer Zeit sich nur schwer ermitteln, ja wenn hierfür noch die örtlichen Verhältnisse der Arbeitsstelle wie im Bergbau maßgebend sind, sich nach Beendigung der Arbeit überhaupt nicht mehr feststellen lassen. Hier spricht nicht nur das Interesse des Arbeitgebers, sondern auch dasjenige des Arbeitnehmers dafür, daß die Ansprüche möglichst frühzeitig geltend gemacht werden, damit die nötige Aufklärung der Verhältnisse noch vorgenommen werden kann. Gerade der Zwang zur Einklagung der Ansprüche binnen kurzer Frist wirkt sich hier durchaus zugunsten des Arbeitnehmers aus, weil sie ihm dadurch ermöglicht wird, während sie später wegen der Unmöglichkeit der Aufklärung der maßgebenden Umstände keinen Erfolg haben würde. Tatsächlich betreffen denn auch, soweit mir bekannt, alle tariflichen Klauseln, die für die Geltendmachung von Ansprüchen Fristen setzen, nur diesen Fall, in dem immer von unrichtiger Lohnermittlung oder Lohnberechnung die Rede ist. Nur soweit gleichzeitig die Zuständigkeit einer tariflichen Schiedsstelle begründet, wird allgemein von Ansprüchen gesprochen.

Die obigen rechtspolitischen Erwägungen zwingen also dazu, tarifliche Klauseln, durch die die Geltendmachung von Ansprüchen aus

unrichtiger Lohnermittlung oder Lohnberechnung befristet ist, auch nur darauf zu beschränken, alle Ansprüche aber, die mit der Berechnung oder Ermittlung des Lohnes und der dafür maßgebenden Berechnungsgrundlagen nichts zu tun haben, wie insbes. alle Ansprüche, die nur von der Auslegung einer tariflichen Bestimmung abhängig sind, nicht darunter fallen zu lassen. Die vom NArbG. im vorliegenden Fall getroffene Unterscheidung zwischen dem eigentlichen Lohn und den sonstigen Teilen des Entgelts für geleistete Arbeit entspricht daher nur dem Sinn und Zweck der Klausel und ist auch auf Grund der Auslegung der Tarifbestimmungen unanfechtbar.

Dagegen ist zu bedauern, daß das NArbG. auf die rechtliche Bedeutung solcher Klauseln nicht näher eingegangen ist. Eine Klarstellung dahin, ob die Klausel eine Abkürzung der Verjährungsfrist, eine Ausschlussfrist oder eine Verwirkung der Ansprüche gibt, wäre aber um so angebrachter gewesen, als durch die Entsch. v. 30. April 1930 eine Verwirrung in der Anwendung dieser Klauseln hineingekommen ist. Während die Entsch. v. 21. März 1928 eine solche Klausel als rechtlich unbedenklich bezeichnet, die Entsch. v. 12. Okt. 1929 auch keine Bedenken äußert, ja die Meinung des NArbG., daß eine solche in der ArbD. getroffene Klausel nicht gegen die Unabdingbarkeit verstoße, im Gegensatz zu der Entsch. v. 3. Juli 1929 (RAG 629/28) offenbar billigt, hat dagegen die Entsch. v. 30. April 1930 einer solchen Klausel die Rechtswirkung versagt, weil sie als Verwirkungsabrede eine Vorverfügung über den Lohn bedeute und deshalb mit dem § 2 LohnbeschG. in Widerspruch stehe. Die Entsch. v. 27. Sept. 1930 hat dagegen diese Frage wiederum ausdrücklich dahingestellt gelassen, während die vorliegende Entsch. stillschweigend darüber hinweggeht, obwohl doch die weiteren Untersuchungen über Anwendung der Klausel auf Urlaubsansprüche überflüssig waren, wenn die Klausel wegen Verstoßes gegen das LohnbeschG. nichtig war. Ich halte die Heranziehung dieses Gesetzes vielleicht für die eigentliche Lohnverwirkung des § 134 GewD. erzwängenswert (anders die herrschende Meinung, vgl. Queck-Nipperdey, Lehrb. I S. 215), nicht aber für Klauseln der vorliegenden Art, da man mit Miksch und Meisinger (in der Ann. zu der Entsch. v. 30. April 1930: Samml. Vereinnigung 1930, 382) davon ausgehen muß, daß die Klausel selbst nur die Voraussetzungen für die Verfügung und deren Wirkung setzt, die eigentliche Verfügung aber erst durch das Untätigbleiben während der Frist, das Unterlassen der Einklagung, also nach der Fälligkeit der Forderung getroffen wird. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb zwischen einer Frist für die Geltendmachung von Ansprüchen vor einer Schiedsstelle und für die Einklagung vor den ArbG. ein wesentlicher Unterschied bestehen soll, die erstere nach der Entsch. v. 30. April 1930 zulässig sein soll, die letztere nicht. Wenn eine Klausel über Ausschlussfristen mit dem LohnbeschG. unvereinbar sein soll, so kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Klausel, wie es das BG. hier annimmt, als Abkürzung der Verjährungsfrist anzusehen ist, denn zwischen Ausschlussfrist und Verjährung besteht doch nur insofern ein Unterschied, als letztere nur bei Ansprüchen und einreibe-weise, erstere aber neben Ansprüchen auch bei sonstigen Rechten und ohne weiteres Anwendung findet. In ihrer Wirkung sind sie aber, abgesehen von dem Einfluß der Hemmungs- und Unterbrechungsgründe, im wesentlichen dieselben. Eine Klärung dieser Fragen unter eingehender Würdigung des Für und Wider erscheint daher dringend notwendig. Eine solche Klärung ist auch in der neuesten Entsch. v. 11. Febr. 1931 (304/30): BenschSamml. 11, 302 nicht erfolgt, da das NArbG. hier nur sagt, daß es derartige Klauseln in ständiger Rpr. für zulässig erklärt habe, ohne jedoch die Entsch. v. 30. April 1930 zu erwähnen und sich mit ihr auseinanderzusetzen. Sollte diese Ansicht aufgegeben sein, so wäre eine ausdrückliche Erklärung erwünscht gewesen.

losigkeit der Beschwerde an eine weitere Frist von drei Monaten geknüpft sein solle. § 6 TarVertr. ist daher auf den Urlaubsvergütungsanspruch nicht anwendbar.

(ArbG., Urt. v. 9. Juli 1930, RAG 114/30. — Aachen.) [B.]

\*

4. Der Urlaubsanspruch entsteht grundsätzlich mit dem Stichtag. Kann er wegen Krankheit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht in Natur erfüllt werden, so verwandelt sich der Urlaubsanspruch in einen Geldanspruch. †)

Unstreitig haben die drei Kl. nicht bei der Bekl. „ausgefieiert“, d. h. sie waren nicht schon am 1. April 1928 dauernd arbeitsunfähig und sind nicht im Anschluß an die Feiertagen invalidiert worden, sondern es handelte sich bei ihnen um vorübergehendes Kranksein, wenn es auch während der ganzen Zeit vom Beginn des neuen Urlaubsjahres ab bis zur Entlassung der Kl. fortbauerte. Das BG. meint, das Ur. des ArbG. v. 19. März 1930 (ArbG. 5, 222) betreffe nicht nur den Fall des Ausfieierens, sondern alle Fälle, in denen der Arbeitnehmer vom Beginn des neuen Urlaubsjahres ab bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses nicht mehr tätig, also nicht mehr in der Lage gewesen sei, den Urlaub in Natur entgegenzunehmen. In allen diesen Fällen sei dem Arbeitgeber die Urlaubsgewährung unmöglich gewesen, es sei also kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit entstanden, es könne daher auch nicht ein Anspruch auf Vergütung nicht gewährten Urlaubs entstanden sein, welcher stets nur an die Stelle eines Anspruchs auf Freizeit trete. Der VerM. verkennt aber damit den Gedanken- gang des Ur. v. 19. März 1930. Dort ist davon ausgegangen, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich den Anspruch auf Urlaub, wenn die Wartezeit erfüllt ist, mit dem Stichtag, d. i. dort wie hier dem 1. April, erwirbt, nicht aber etwa erst mit dem Zeitpunkt, in dem ihm der Urlaub tatsächlich gewährt wird. Es ist dann dargelegt, daß die Entstehung des Urlaubsanspruchs sich nicht vollziehen kann, wenn bereits an dem Stichtag die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers endgültig erloschen ist, also eine Freistellung von Arbeit in alle Zukunft schlechthin nicht mehr möglich ist. Liegt aber dieses Hindernis nicht vor, so entsteht der Anspruch auf Urlaub mit dem tarifmäßigen Stichtag. Kann er wegen Krankheit des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht in Natur erfüllt werden, so hat diese Unmöglichkeit nicht den Wegfall des entstandenen Anspruchs, sondern nur seine Umwandlung in einen Geldanspruch zur Folge (vgl. auch RAG 153/30).

(ArbG., Urt. v. 20. Dez. 1930, RAG 332/30. — Dortmund.) [B.]

## Landesarbeitsgerichte.

### Koblenz.

1. §§ 2, 5 ArbG. Provisionsvertreter werden im Weinhandel regelmäßig als selbständige Kaufleute angesehen.

Das ArbG. geht von einer falschen Voraussetzung aus, wenn es annimmt, daß im allgemeinen Weinprovisionsvertreter im Weinhandel nicht als selbständige Kaufleute angesehen werden. Die eingehende Beweisaufnahme über diese Frage hat das BG. zu der Überzeugung gebracht, daß gerade umgekehrt im allgemeinen es im Weinhandel üblich ist, Provisionsvertreter nur als Handlungsagenten zu beschäftigen. Wenn von dieser Regel im Weinhandel abgewichen wird, und ein Provisionsvertreter als Handlungsgehilfe angestellt wird, so sind besondere Gründe dazu Veranlassung, indem man seine Tätigkeit besonders überwachen und regeln will, ihn auch gelegentlich mit Büroarbeiten beschäftigen will. Einem als Hand-

Zu 4. Die Entsch. erscheint zutreffend.

Der im TarVertr. zugesicherte Urlaub bildet einen Teil des Arbeitsentgelts (vgl. Hueck-Ripperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I [3. bis 5. Aufl.] S. 271 ff.).

Ist der Arbeitnehmer bei Beginn des neuen Urlaubsjahres nicht mehr im Arbeitsverhältnis, so entfällt damit der Anspruch auf den bezahlten Urlaub (ArbG. v. 19. März 1930; JW. 1930, 3159). Steht also am Stichtage fest, daß der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist, seine Arbeit also nicht mehr aufnehmen kann, so erhebt er keinen Urlaubsanspruch und es entfällt auch der Anspruch auf Entschädigung, selbst, wenn der Arbeitsvertrag erst nach dem Stichtage aufgehoben oder aufgelöst wird (ArbG. v. 19. März 1930, RAG 583/29; BenschSamml. 9 Nr. 9).

In dem dort vom ArbG. entschiedenen Falle war der Arbeitnehmer schon seit 20. Dez. krank, wurde dann am 15. Juli 1927 entlassen und invalidiert. Schon vor dem Stichtage (1. April 1927) stand fest, daß der Arbeitnehmer invalidiert werden würde. Er hatte somit tatsächlich ausgefieiert und damit den Anspruch auf Urlaub verloren.

In ständiger Rspr. (3. B. Urt. v. 15. Okt. 1930, RAG 153/30; BenschSamml. 10 Nr. 119) ist also die Entsch., ob Urlaub zu ge-

lungsgesetzten Provisionsvertreter wird aufgegeben, sich regelmäßig Weisungen auf dem Büro der Firma zu holen, und schon äußerlich tritt dadurch eine gewisse Unselbständigkeit des Vertreters hervor, insbes., daß er den Weisungen seines Dienstherrn in Ausübung seiner Tätigkeit unterworfen ist und nicht mehr als selbständiger Kaufmann angesehen werden kann.

Berücksichtigt man diese Auffassung in den Kreisen des Weinhandels für den vorliegend abgeschlossenen Vertrag, so mußte das Gericht zu dem Ergebnis kommen, daß auch der vorliegende Vertrag nur der übliche Agentenvertrag ist, und daß keinerlei Umstände für den Abschluß eines Handlungsgehilfenvertrages sprechen. Der Ehemann der Kl. ist als Vertreter angenommen für den Betrieb von Moselweinen und war im übrigen bezüglich der Ausübung seiner Tätigkeit als Kaufmann nicht beschränkt, namentlich wäre er in der Lage gewesen, für andere Firmen noch tätig zu sein, die Rheingewine, Sekt oder Kognak verkaufen. Irigendwelche Vorschriften wegen Ausübung der Reiselätigkeit sind dem Kl. nicht vertragsmäßig auferlegt. Er war insofern völlig selbständig; war auch berechtigt, Untervertreter anzunehmen. Sein hereingebrachter Kundenkreis war ihm auch noch sechs Monate nach Auflösung des Agentenvertrages insofern geschützt, als die Bekl. für diese Zeit für deren Aufträge Provision zu zahlen hatte. Nach allen diesen Vertragsbestimmungen war der Ehemann der Kl., der sich mit seinem angeblich großen Kundenkreis bei der Bekl. um eine Vertreterstelle beworben hatte, in seiner Tätigkeit für die Bekl. wirtschaftlich selbständig und als selbständiger Kaufmann, als Agent für sie tätig. An dieser Rechtsauffassung kann sich nichts darin ändern, daß der Ehemann der Kl. angeblich kein Handelsgewerbe betreibt und dieses auch nicht angemeldet hätte. Tatsächlich hat er durch seine Erklärung gegenüber der Bekl. und die Übernahme der Vertretung zu erkennen gegeben, daß er durch Betreiben von Agentengeschäften selbständiger Kaufmann ist. Die Bezeichnung des Ehemannes der Kl. als Verkaufsdirektor der Bekl. ändert an dieser Rechtsstellung auch nichts, da diese Bezeichnung ihm lediglich beigelegt ist, um bessere Verkaufsmöglichkeit zu gewähren, nicht aber, um ihm die Stellung eines Angestellten zu verleihen. Auch mit der Verpflichtung des Vertrages, wöchentlich zweimal Berichte zu erstatten, ist ihm nicht die Tätigkeit eines Handlungsgehilfen übertragen, sondern diese Vertragsbestimmung diente lediglich zur Übermittlung der erzielten Aufträge. Jedenfalls hat der Ehemann der Kl. während seiner ganzen Tätigkeit für die Bekl. lediglich nur die erzielten Aufträge übermittelt, nie aber weitergehende Berichte erstattet und auch die Bekl. hat weitere Anforderungen wegen dieser Berichterstattung an ihn nicht gerichtet. Diese Handhabung beweist, daß der Ehemann der Kl. und auch die Bekl. die Übermittlung der Aufträge für genügend erachteten, daß der Ehemann der Kl. weiter keine Rechenschaft über seine Tätigkeit abzugeben brauchte, also völlig frei in der Ausübung seiner Handelsgeschäfte war.

Wenn dem Ehemann der Kl. wöchentlich eine feste Provisionsvorauszahlung von 400 RM zu leisten war, so ist diese Regelung lediglich aus wirtschaftlichen Gründen zu erklären, weil heute Provisionsvertreter die hohen Spesen der Reise kaum tragen können und ihnen durch Vorauszahlungen der später abzuverdienenden Provisionen die Durchführung ihrer geschäftlichen Tätigkeit erleichtert bzw. ermöglicht werden soll.

Da der Ehemann der Kl. lediglich als Agent der Bekl. beschäftigt wurde, war die Vereinbarung der Kündigung nicht den Vorschriften des § 67 HGB. unterworfen.

Das ArbG. ist nach §§ 2, 5 ArbG. zuständig, da der Weinprovisionsvertreter eine arbeitnehmerähnliche Person ist.

(ArbG. Koblenz, Urt. v. 7. März 1930, AS 118/29.)

Mitgeteilt von R. Th. Drönke, Koblenz.

währen oder Vergütung zu zahlen ist, darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer am Stichtage nur vorübergehend krank oder ob er dauernd arbeitsunfähig ist.

Das hängt damit zusammen, daß bei dauernder Arbeitsunfähigkeit die Gewährung von Urlaub am Stichtage unmöglich ist, da der Urlaub dann in Natur nicht mehr entgegengenommen werden kann. Die Entsch. wird damit in die Hand der medizinischen Sachverständigen gelegt, die feststellen müssen, wann eine Krankheit nur eine vorübergehende ist oder wann sie dauernde Arbeitsunfähigkeit und Invaldisierung bedingt.

In der oben abgedruckten Entsch. und in der Entsch. vom 15. Okt. 1930 sind, wie aus dem Tatbestand hervorgeht, die Kl. in dem Zeitraum v. 21. bis 30. März, also kurze Zeit vor dem Stichtage erkrankt. Es widerspricht in diesem Falle der billigen Auslegung des TarVertr., daß der zum großen Teil erworbene Anspruch auf Urlaub oder Vergütung nicht durch eine kurz vor Beendigung des Urlaubsjahres eintretende Krankheit ohne weiteres in Wegfall kommen kann.

Wenn Barvergütung zu gewähren ist, dürfte heute in Lehre und Rspr. nicht mehr streitig sein.

R. Dr. Richard Rosenthal, Duisburg.

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Voethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

× I. § 208 ABG.D. Auch einzelne besondere Umstände können das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit und Zuverlässigkeit der gesamten Buchführung derart erschüttern, daß Schätzung des Gewinns unter Verwerfung der ganzen Buchführung gerechtfertigt ist. †)

Der Beschw. ist Mehrgewermeister und hat für 1926 den Gewinn aus Gewerbebetrieb nach dem Ergebnis seiner Buchführung mit 6248 RM angegeben. Das FinV. hat der Veranlagung einen Reingewinn von 10% des auf 135 000 RM geschätzten Umsatzes zugrunde gelegt, das FinGer. hat diese Schätzung unter Verwerfung der Buchführung bestätigt. Die Verwerfung der Buchführung ist damit begründet, daß die bei der Nachprüfung des Kassensbuches festgestellten vielen Mafuren und Überschreibungen den Schluß rechtfertigten, daß die Einnahmen nicht nach ihrer tatsächlichen Höhe, sondern verkürzt verbucht worden seien. Hierzu komme, daß die Feststellungen der Tageslosungen nicht als einwandfrei angesehen werden könnten. Der Beschw. und seine Ehefrau führten Kasse und Bücher selbst, so daß keine Kontrolle dafür gegeben sei, daß tatsächlich den Bucheintragungen der richtige Kassensbestand zugrunde gelegt werde. Der Beschw. begehrt Veranlagung nach seinem Buchergebnis und führt aus, daß die festgestellten Mängel bei einfachen Gewerbetreibenden nicht zur völligen Verwerfung der Buchführung führen könnten. Die Änderungen im Kassensbuch seien darauf zurückzuführen, daß er Beträge — in der Regel 100 RM — aus der Ladenkasse zum Wiedereinkauf entnommen habe, ohne seine Ehefrau, die am Geschäftschluß die Ladeneinnahmen verbucht habe, vorher zu verständigen.

Die Rechtsbeschwerde kann keinen Erfolg haben.

Zutreffend geht das FinGer. davon aus, daß die besonderen Umstände des Einzelfalles das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit einer Buchführung derart erschüttern können, daß die Verwerfung der ganzen Buchführung gerechtfertigt ist. Ob die besonderen Umstände die Annahme der Unzuverlässigkeit der Buchführung begründen können, ist Tatfrage. Rechtfertigen die festgestellten besonderen Umstände die Annahme der Unzuverlässigkeit der Buchführung und stellt das FinGer. dies fest, dann liegt diese Feststellung auf dem der Nachprüfung durch den RFH. verschlossenen Gebiete der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse. Im vorliegenden Falle hat das FinGer. solche besonderen Umstände in den vielen Mafuren und Überschreibungen im

Zu 1. Daß dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen ist, unterliegt keinem Zweifel. Es fügt sich ein in die zahlreichen Erkenntnisse zu §§ 208 und 210 ABG.D. a. F.; die neue Fassung des früheren § 210 im jetzigen § 217 stellt heute gefehlich klar (was die Mpr. des RFH. längst entwickelt hatte), daß auch dann zu schätzen ist, „wenn die vorgelegten Bücher und Aufzeichnungen unvollständig oder formell oder sachlich unrichtig sind“.

Durch Fortfall des bisherigen § 210 Abs. 3, der bei schuldhafter Verletzung der Aufzeichnungspflichten eine Beschränkung des Rechtsmittelzuges vorsah, hat sich die Rechtsschutzstellung des StPfl. scheinbar verbessert: er kann heute stets wegen der Höhe der Schätzung die Entsch. des RFH. anrufen. Gerade das vorliegende Urteil zeigt aber, daß in solchen Fällen meist Tatsfragen freitrag sind, deren Nachprüfung dem RFH. verschlossen ist. Ja die bekannte Tendenz der neugefaßten ABG.D., dem RFH. die Ermessenskontrolle zu erschweren, kann sich nicht zum wenigsten in den kritischen Fällen der Schätzung bemerkbar machen.

Um so mehr muß darauf verwiesen werden, daß schon die bisherige Mpr. des RFH. über Buchführung sowie über Zulässigkeit, Methode und Höhe der Schätzung feste, oft wiederholte Regeln aufgestellt hat, die auch in Zukunft zu beachten sind. Im Hinblick auf das vorliegende Urteil, das nicht außerhalb des Zusammenhangs mit der übrigen Judikatur gerwürdigt werden darf, sei betont, daß der RFH. gerade die Schutzgrenzen des Schätzungsermessens der Verwaltung festzulegen unablässig bemüht gewesen ist.

Daß andererseits in Notzeiten die offensichtliche Verletzung von Formalpflichten keinesfalls zu einer Besserstellung des Säumigen führen darf gegenüber anderen, die ihre Bücher ordnungsgemäß geführt haben, daß hier die Verwaltung sorgsam, aber auch energisch den obersten Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung verteidigen muß, daß der RFH. diesem Bestreben der Veranlagungsbehörden aus mißverstandenen Schutz tendenzen heraus nicht in den Arm fallen darf,

Kassensbuche und im Fehlen von irgendwelchen verwertbaren Belegen zur späteren Nachprüfung der Übernahme der richtigen Tageslosungen in die Bücher gesehen. Wenn das FinGer. in freier Würdigung dieser Umstände der Buchführung die Beweiskraft abgesprochen hat, so ist hierin eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken. Die vorgenommene Schätzung war daher geboten (§ 210 ABG.D.).

(RFH., 6. Sen., Ur. v. 22. April 1931, VI A 867/31 S.)

\*

× 2. § 11 EinkStG.; § 6b KapVerfStG. Übernehmen die Gesellschafter einer GmbH. nach Maßgabe ihrer Beteiligung die Deckung eines Verlustes und wird dabei die Verrechnung des den Geschäftsführer treffenden Anteils mit rückständigen Gehaltsansprüchen vereinbart, so gelten diese Ansprüche nicht als zugeflossen. †)

Der Beschw. war Direktor und einer der Hauptgesellschafter einer GmbH. Er hatte seit 1919 die ihm vertraglich zustehenden Bezüge nicht voll erhalten. Am 3. März 1926 erkannte der Aufsichtsrat der Gesellschaft an, daß ihm 25 925 RM zuständen. Der Beschw. erklärte damals: „Ich hatte nicht die Absicht, diesen Betrag geltend zu machen, weil ich damit zu meinem Teil zur Sanierung beitragen wollte“ usw. Auch für 1926 erhielt der Beschw. nicht das volle Gehalt, sondern 11 000 RM weniger. In der Mitgliederversammlung v. 2. Mai 1927 wurde zum Ausdruck gebracht, daß die in den vergangenen Jahren nicht zugeflossenen Gehaltssummen zu gegebener Zeit nachergütet werden sollten. Am 26. Okt. 1927 beschloß die Gesellschaft der GmbH. Deckung eines Verlustes von 100 000 RM durch die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Beteiligung. Auf den Beschw. entfielen 36 678 RM; dieser Betrag wurde mit seinen rückständigen Gehaltsansprüchen verrechnet. Zugleich wurden ihm Darlehnszinsen, mit denen er belastet war, wieder gutgeschrieben und Zinsen eines Bürgschaftskontos erstattet.

Die Vorinstanz sieht in der Verrechnung des Gehalts mit dem Verlustanteil ein Zuließen von Gehalt.

Soweit eine Verrechnung von Gehalt und Verlustanteil erfolgt ist, kann der Senat kein Zuließen des Gehalts anerkennen. Der Beschw. war bereit, mit Rücksicht auf die Lage der Gesellschaft auf die Geltendmachung der rückständigen Gehaltsanteile zu verzichten, bis sich die Lage gebessert hätte. Wenn sich demgegenüber die anderen Gesellschafter veranlaßt sahen, einen Teil des Verlustes der GmbH. aus ihren Privatmitteln zu decken, so liegt darin rein rechnerisch allerdings eine Zuwendung an den Beschw., da unentgeltliche Zuwendungen einzelner Gesellschafter an eine GmbH. natürlich die Wirkung haben, daß sämtliche Beteiligungen an der GmbH. wertvoller werden. War also der Beschw. der einzige Gesellschafter, der der GmbH. nicht zugewendet hat, so wurde er durch die Zuwendungen der anderen bereichert, und da er zugleich Direktor der GmbH. war, käme natürlich nicht eine Schenkung an ihn, sondern eine Gehaltszahlung in Frage. Allein der RFH. hat bereits in RFH. 22, 302

das alles sind selbstverständliche Richtlinien der RFHMpr., die auch in dem vorliegenden Urteil mit genügender Deutlichkeit zu erkennen sind.

Prof. Dr. Albert Henjel, Königsberg.

Zu 2. Die Entsch. betrifft wiederum den häufigen Fall, daß einer GmbH. von ihrem geschäftsführenden Gesellschafter Zuwendungen gemacht werden zu dem Zwecke, das Unternehmen zu sanieren. Die Zuwendung besteht hier darin, daß ein gemäß Gesellschafterbeschuß zu leistender Zuschuß mit rückständigen Gehaltsforderungen verrechnet wird. Der RFH. verneint, daß darin ein Zuließen von Gehalt i. S. von § 11 EinkStG. zu erblicken ist, denn der einzige Vorteil, den der Beschw. durch diesen Vorgang zunächst hat, ist die „bessere Aussicht“ auf späteren Gewinn. Das ist unbedingt richtig und somit ist die Entsch. ein neuer wertvoller Beitrag zur Judikatur über § 11 EinkStG., insbes. über den an sich trefflich gewählten aber weiter Auslegung fähigen Ausdruck „Zuließen“.

Daß und wie sehr dieser Ausdruck rein wirtschaftlich ausgelegt werden muß, zeigen gerade Fälle, ähnlich dem hier vorliegenden, in denen ein Gesellschafter — um das Unternehmen zu sanieren — der Gesellschaft dergestalt Zuwendungen macht, daß er eigene Ansprüche gegen die Gesellschaft in irgendeiner Form zurücktreten läßt. Es sei in diesem Zusammenhang auf die Entsch. des RFH. v. 29. April 1931, IV A 1693/30, hingewiesen (StW. 1931, II Nr. 706, besprochen von Becker das. I Sp. 832 ff.): Eine geschäftsführende Gesellschafterin ließ, um die Gesellschaft nicht zu schwächen, ihr Gehalt stehen, es wurde ihr gutgeschrieben. Die Gesellschaft war aber finanziell gar nicht in der Lage, es auszubezahlen. Auch hier kein Zuließen des Gehalts, auch hier dient die Stundung wohl auch dem eigenen Interesse der Gesellschafterin, aber nur in der Weise, daß dadurch die Hoffnung auf einen späteren Gewinn begründet oder erhöht wird.

Dr. H. v. Hofstein, München.

anerkannt, daß bei Zuwendungen einzelner Gesellschafter an eine Kapitalgesellschaft zum Zwecke der Sanierung keine Schenkung vorliege, sondern eine nach § 6 KapVerkStG steuerpflichtige Leistung. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß das Interesse der Gesellschaft an einer Sanierung der Gesellschaft so groß ist, daß die einzelnen Gesellschafter häufig Zuwendungen für vorteilhaft halten, die zum Teil den anderen Gesellschaftern mit zugute kommen. Wenn nun der Teil der Zuwendungen machende Gesellschafter der Direktor ist, so mag der Gedanke mißsprechen, daß diesem infolgedessen ein gewisser Ersatz für mangelhaftes Gehalt gewährt wird. Es erscheint schon bedenklich, daraufhin den Fall einer wirklichen Gehaltszahlung gleichzustellen. Dazu kommt aber, daß der dem Direktor zukommende Vorteil im wesentlichen die Aussicht auf spätere bessere Einnahmen in Gestalt von Dividenden und Gehalt ist. Es liegt also ähnlich wie bei Gewährung eines zinslosen Darlehens, wo man auch sagen könnte, daß dem Empfänger ein erheblicher Vermögenswert zugewendet ist, daß der negative Wert einer erst nach Jahren fälligen unverzinslichen Schuld wesentlich geringer ist als der positive des sofort eingehenden Einkommens verneint ist, weil sich der Vorteil in zukünftigen steuerpflichtigen Einnahmen auswirkt. Wenn nun im vorliegenden Falle ausdrücklich vereinbart ist, daß auch der Beschw. einen Teil des Verlustes übernehmen, dieser jedoch auf sein rückständiges Gehalt verrechnet werden sollte, so liegt es trotz der von den Beteiligten beliebten rechtlichen Einkleidung wirtschaftlich nicht anders, als wenn er auf sein Gehalt verzichtet hätte und sich wegen dieses Verzichtes nicht an der Verlustdeckung beteiligt hätte. Er hat tatsächlich an Stelle des Gehalts lediglich eine bessere Aussicht auf Dividenden und Tantiemen erlangt, und es erscheint nicht gerechtfertigt, zunächst diese Aussicht und nachher auch die Dividenden und Tantiemen zur Steuer heranzuziehen. Demnach kann es dahingestellt bleiben, welche Wirkung der Ansetzung der Vereinbarung zuzuschreiben wäre. Andererseits kann der Senat der Annahme, daß die Bezahlung von Darlehenszinsen steuerfrei wäre, nicht zustimmen. In der Entsch., auf die sich das FinGer. beruft (VI A 1101/27 v. 9. Okt. 1928), ist lediglich ausgesprochen, daß eine Entschädigung für verspätete Gehaltszahlung nicht steuerpflichtig sei. In dem entschiedenen Falle war die Entschädigung deshalb gewährt, weil der Angestellte geltend gemacht hatte, er sei infolge der verspäteten Zahlung gehindert worden, das Geld in Wertpapieren zu einem günstigen Kurse anzulegen. Es handelte sich also um Entschädigung für einen Gewinn, der der

Einkommensteuer nicht unterlegen hätte. Im vorliegenden Falle handelt es sich dagegen lediglich um Verzinsung der Gehaltsforderungen, die Kapitaleinkommen darstellt. Auch der Vergleich mit der Gewährung eines zinslosen Darlehens trifft nicht zu. Ist jemand Darlehenszinsen schuldig, so fließt ihm der Betrag zu, falls sie von anderer Seite bezahlt werden. Die angefochtene Entsch. war danach aufzuheben und die nicht spruchreife Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 1. Juli 1931, VIA 1685/30 S.)

\*

3. §§ 13, 37 EinkStG. Effektengeschäfte eines Kaufmanns (nicht Bankiers). Betriebs- und Privatvermögen. f)

Der Beschw. ist ins Handelsregister eingetragen als Kaffeemakler. Er stellt keine Bilanzen auf, weil die Courtagen stets sofort bezahlt werden. Er verbucht deshalb nur Einnahmen und Ausgaben. Am 5. Jan. 1928 hat er für 25 522 RM Aktien auf Termin gekauft. Am 1. Februar hat er im Soll eines „Effektenkontos“ gebucht: an Zahlung, Verlust an Wertpapieren 556 RM, am 1. März 1928 1387 RM im Haben desselben Kontos: Übertrag an Gewinn und Verlustkonto 1943 RM, wodurch das Konto ausgeglichen war. Tatsächlich verkauft hat er am 27. Februar 1928. Die Vorinstanz hat angenommen, daß das Geschäft nicht als von Betriebs wegen abgeschlossen gelten könne, und daher der Verlust das Einkommen nicht mindere. Die Buchungen ließen nicht mit Sicherheit erkennen, daß das Geschäft von vornherein als Betriebsvorgang beabsichtigt gewesen sei. In der Rechtsbeschwerde wird ausgeführt, daß die Eigenart der Buchführung zu berücksichtigen sei, die keine Bestandskonten kenne. Deshalb habe eine Buchung erst erfolgen können, als ein Einfluß zu leisten war.

Unstreitig hat das Geschäft mit dem eigentlichen Betriebe nichts zu tun. Es kann dem Beschw. jedoch nicht verwehrt werden, auch sonstige Geschäfte von Betriebs wegen zu machen. Wenn es sich aber um Geschäfte handelt, die auch bei Privatpersonen üblich sind, so ist zu verlangen, daß sein Wille, das Geschäft von Betriebs wegen abzuschließen, in genügender Weise erkennbar ist. Der Sen. hat in einer anderen Sache eine Äußerung der Spitzenverbände eingeholt. Diese haben folgendes ausgeführt:

Nach der einhelligen Meinung der von uns befragten Gutachter hängt die Berechnung lediglich von dem Willen ab, den der Kauf-

sich bei Gewinn für das Privatgeschäft, bei Verlust für das Betriebsgeschäft entscheiden.

2. Man muß unterscheiden zwischen a) dem Einzelkaufmann, der Nichtbankier ist (bei Fall unseres Urteils), b) einer DKG, die keine Bankgeschäfte betreibt, c) dem Bankier.

a) Die Vorinstanz hatte deshalb Steuerpflicht angenommen, weil nicht mit Sicherheit zu erkennen war, daß das Geschäft von vornherein als Betriebsvorgang beabsichtigt gewesen sei. Nach der oben Nr. 1 wiederergegebenen strengen Ansicht hätte aber umgekehrt geschlossen werden müssen: „Weil unklar, gilt der Vorgang als Betriebsgeschäft“. Das treibende Motiv für die jedenfalls grundsätzlich unrichtige Einstellung liegt klar zutage. Anstatt am 5. Jan. war die erste Buchung erst am 1. Febr. vorgenommen, als bereits ein Verlust vorlag. Das FinGer. schloß daraus, daß deshalb das Geschäft nachträglich als Betriebsabhandlung aufrechnet wurde. Hätte sich die Sache z. B. in Hannover abgespielt, so hätte sich folgendes herausgestellt. Nach dort verbreiteter Übung gerade bei Privatbankiers erfolgt am 5. Jan. lediglich die Mitteilung „Wir kaufen heute für Sie 6000 RM K.-Aktien à 130% per Ultimo Jan.“, also ohne jede Buchungsaufgabe. Die wirklichen Buchungsaufgaben über Kauf und Verkauf (Report) erfolgen erst am Schlußzahlungstage. Z. B. „Kauf 5. Jan. Soll 7800 RM + Spesen 71 RM“ und andererseits: „Prolongation haben à 120 = 7200 RM“. Danach konnte der Pflichtige die erste Buchung gar nicht am Abschlußtage 5. Jan., sondern erst gegen Monatsende vornehmen. Offensichtlich war auch dem RFG. bei der Sachlage nicht ganz wohl. Sonst sind prozeßökonomisch die weiteren Erwägungen eigentlich überflüssig, so bankenswert sie für andere Fälle auch sind. Es hätte die Zurückweisung wegen § 267 ABGD. genügt. Jetzt sieht es beinahe so aus, als ob der Ankauf von Effekten ein Privatgeschäft ist, wenn es nicht sofort als Betriebsgeschäft gebucht wird. Das Gegenteil ist aber richtig: Im Zweifel Betriebsvorgang, wenn sich nicht aus der ersten möglichen Buchung das Gegenteil ergibt.

b) Bei einer DKG muß sich die Entsch. bei ordnungsmäßiger Buchführung ohne weiteres aus den Büchern ergeben. Ein Privatgeschäft muß über ein Privat-(Separat-) Konto des betreffenden Gesellschafters geführt werden, das mit den Bestands- oder Kapitalkonten nicht das mindeste zu tun hat. Der Gesellschafter steht der Firma wie ein beliebiger Dritter gegenüber (Rraag: StW. 1930, 345 ff.).

c) Das ist auch die strenge Übung gerade bei Bankiers, bei denen Privatpekulationen natürlich besonders häufig vorkommen. Ganz scharf ist das bei einer Bankier-DKG ausgeprägt. Das Privat-

Zu 3. 1. Wenn ein Privatmann durch Effektenspekulationen einen Gewinn erzielt, so ist er bei einem Verkaufe außerhalb der Dreimonatsfrist des § 42 steuerfrei. Anders der Kaufmann, sofern der Ankauf ein Betriebsgeschäft darstellt. In vielen Fällen ist die Sachlage zwangsläufig durch den Tatbestand bestimmt. Ein Kaufmann bringt nur einen Teil seiner Effekten in eine DKG ein. Andererseits: die DKG legt vorübergehend einen Teil ihrer ständigen Mittel in Effekten an. Dazwischen bewegen sich aber diejenigen Tatbestände, bei denen die Buchung unbestimmt und mehr oder minder willkürlich ist. Da Effektengewinne des Privatvermögens steuerfrei sind und ein Käufer doch auf sie rechnet, mußte man eigentlich annehmen, daß in der Regel ein mit dem Steuerrecht Vertrauter stets den Willen haben muß, Effektenankäufe immer als Privatgeschäfte zu behandeln. Wenn man aber die Urteile des RFG. durchliest, so läßt sich nicht verkennen, daß er trotz anfänglichen öfteren Schwankens in Einzelheiten sich immer mehr zu einer anderen Auffassung durchringt. Er beruft sich zwar nicht gerade auf § 344 HGB., steht aber in Wahrheit auf dem sich anbauern klarer präzisierenden Standpunkte, daß bei einem Kaufmann ein Effektengeschäft mit Ausnahme der sog. betriebsfremden Handlungen stets als Betriebsvorgang anzusehen ist, wenn nicht der entgegengesetzte Wille sich unzweifelhaft, insbes. aus der Art der Buchung ergibt (StW. 1928, 1003, 3275, betr. freier Beruf; 1929, 1410, 2184, 2451; RStW. 1928, 47, 280, 379; 1929, 175, 271, 567; RFG. 21, 228; DStZ. 1928, 1115; StW. 1928 Nr. 800; 1929 Nr. 160, 687, 838, 856, 927, 928, 930; 1930, Nr. 92). Der RFG. kehrt also a) die Beweislast um und b) erschwert sie. Das scheint dem doch vermutlichen, auf Einparung der Steuer gerichteten Willen des Pflichtigen, in gewisser Weise auch der Meinung der Spitzenverbände eigentlich zu widersprechen. Allein die logisch-juristische Zerspaltung eines und desselben Individuums in zwei, a) Kaufmann, b) Privatmann, eine Art Schizophrenie, mutet die Lebensauffassung etwas fremdartig an. Die Kaufmannsqualität ergreift den ganzen Mann. Schon rein handelsrechtlich begreift der Laie nicht recht, daß die privat übernommene Bürgschaft eines Kaufmanns der Schriftform bedarf. Der RFG. hat recht, wenn er im Zweifel eine Betriebsabhandlung annimmt. Man könnte mit mehr Grund bezweifeln, ob die von ihm zugunsten des Steuerpflichtigen gemachte Unterscheidung zwischen Privat- und Betriebsvorgängen überhaupt in voller Schärfe berechtigt ist, besonders angehts § 37 Abs. 3, § 38 Abs. 4, § 41 Nr. 1 (Hinzurechnung zum gewerblichen Einkommen). Bei AktG. und GmbH. gilt sie überhaupt nicht, weil Körperschaften kein Privatleben führen können. Die Erleichterung der Beweislast rechtfertigt sich auch aus einem praktischen Grunde. Wenn man eine spätere Wahl zuläßt, würde der Pflichtige

mann zur Zeit der Vornahme des Effektengeschäftes hatte. Dieser Wille kann für die einzelnen Geschäfte verschieden sein. In diesem Zusammenhang wird auf die Vermutung des § 344 StB. entscheidendes Gewicht gelegt. Der privatgeschäftliche Charakter wird also durch besondere Umstände nachgewiesen werden müssen. Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen: Entscheidend ist ausschließlich der Wille des Kaufmanns. Dieser Wille kommt am deutlichsten zum Ausdruck in der Art und Weise, wie er das Effektengeschäft verbucht. Hierbei wird man davon auszugehen haben, daß eine ordnungsmäßige Verbuchung die Zugehörigkeit der Umsätze zum gewerblichen Betriebe beweist. Aus der nicht sofortigen Verbuchung ist aber kein schlüssiger Beweis dahin zu ziehen, daß die Wertpapiere nicht für Rechnung des Geschäftes, sondern für die des Privatvermögens angeschafft sind. So wird es z. B. bei einem kleinen Buchführungsapparat genügen, wenn die saldenmäßigen Gewinne bzw. Verluste am Monatsende verbucht bzw. vermerkt werden. Des Weiteren können auch noch andere Merkmale von Wichtigkeit sein. Es kommt in Frage, ob die Geschäftsvorfälle während des Geschäftsjahres in den Geschäftsbüchern „vermerkt“, ob die Geschäfte unter der Firma oder unter dem bürgerlichen Namen abgeschlossen sind.

Danach kommt es grundsätzlich auf den aus den Umständen ersichtlichen Willen an. Wenn nun die Vorinstanz annimmt, daß nach den gesamten Umständen der Wille, das Geschäft von Betriebs wegen abzuschließen, nicht erkennbar ist, so handelt es sich um eine tatsächliche Feststellung, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt und bei dem beschränkten Charakter der Rechtsbeschwerde nicht nachzuprüfen ist.

(RFG., Urt. v. 15. Okt. 1930, VIA 1053/30.)

\*

Konto ist im Debet zinspflichtig, wenn auch oft in etwas reduzierter Höhe. Ob bei einem Einzelbankier diese Grundsätze immer ebenso exakt durchgeführt werden, entzieht sich meiner Kenntnis. Aber schon wegen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung muß man auch bei ihm dieselben Grundsätze anwenden. Also: Betriebsgeschäft, sofern es nicht von Anfang an ungewiss über Privatkonto gebucht ist. Demgemäß Besteuerung des Gewinnes, aber auch Abzug eines Verlustes. Beim Bankier kommt noch ein anderer Gesichtspunkt hinzu, der zu dieser Annahme zwingt, nämlich das Moment der Gewerbmäßigkeit (von mir bereits StB. 1929, 1410 hervorgehoben). Effektengeschäfte fallen in das eigentliche Arbeitsfeld des Bankiers; beim Getreidehändler etwa Getreideterminengeschäfte. Deshalb nimmt denn auch ganz richtig der RFG.: StB. 1930 Nr. 85 an: „Was man als steuerfreie Vermögensverwaltung bei einem Nichtbankier nicht zum Gewerbebetriebe zu rechnen hat, muß bei einem Bankier infolge der Ausnutzung beruflicher Fähigkeiten und Kenntnisse noch unter allen Umständen zum Gewerbebetriebe gerechnet werden.“ Ähnlich bereits (StB. 1930 Nr. 17) bei angeblichen Privatgeschäften eines Kurzmaklers. Es setzt sich hier die oben zu 1. erörterte Anschauung von der Einheit der Tätigkeit eines Kaufmanns — zum mindesten in seinem spezifischen Arbeitsfelde — durch; der character indelebilis. Ein Bankier, der infolge seiner Börsenbeziehungen einen boom voraussieht oder — ein Beispiel von Becker — ein Kunsthändler, der einen alten Meister aufstöbert, kauft formell privat, aber mit Weiterveräußerungsabsicht. Ich würde die Steuerpflicht, und zwar als gewerbliches Einkommen bejahen. Siehe RStBl. 1929, 271: „Ein Bankier hatte bei Geschäftsaufgabe (!) Betriebseffekten ordnungsmäßig, also zum Kurswert auf Privatkonto überbucht; das ist zwar zulässig. Aber er bleibt dennoch gewerbmäßiger Effektenhändler, wenn er seine Entschlüsse während der Börsenzeit faßt.“

3. Diese Tendenz wird verstärkt, wenn man sich die Neuregelung gerade des Gewerbes in der RotW.D. ansieht. Schon durch die Einbeziehung der freien Berufe ist der Gewerbebegriff stark erweitert. Besonders charakteristisch ist § 3 Abs. 2 Nr. 2: Gewerbesteuerpflicht einer Gutachtertätigkeit eines Richters oder reinen Wissenschaftlers, sofern sie einen geringen Umfang übersteigt. Es gehört keine Sehergabe zu der Erkenntnis, daß der RFG. sich einer starken Ausweitung des Gewerbebegriffes zuwenden und nur ausnahmsweise Privatgeschäfte anerkennen wird. Symptomatisch ist die von Becker (StB. 1931, 285) gestellte Frage: „Wie ist der Ankauf einer Sammlung zu behandeln, wenn sie nicht im ganzen, sondern einzeln veräußert werden soll?“ Ich würde die Steuerpflicht bejahen, übrigens auch bei einem Verkauf im ganzen. Wenn der Ankauf erst erfolgt, nachdem sich der Käufer eines Abnehmers versichert hat, so ist § 35 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 anwendbar (Einkommen aus selbständiger, wenn auch vorübergehender Arbeitstätigkeit). Der Käufer ist in Wahrheit Makler. Man wird daher schwerlich die Steuerpflicht verneinen können, wenn noch kein Abnehmer sich gebunden hat. Mindestens evtl. ist dann doch auch die Absicht der Veräußerung im einzelnen vorhanden.

Wenn man von diesen Grundsätzen ausgeht, unterbricht unser Urteil unter Maskierung durch § 267 RWGD. die sonst vom RFG. befolgte gerade Linie. Jedenfalls kann es so verstanden werden. Der RFG. hätte trotz der tatsächlichen Feststellung helfen können: im Interesse der von ihm doch sonst betonten typischen Behandlung

4. §§ 2 Nr. 14, 16 UmfStG. 1926. Rückvergütungen eines Konsumvereins an seine Mitglieder sind dem umsatzsteuerpflichtigen Entgelt zuzusetzen, soweit der Betrag der Rückvergütungen dadurch erhöht wird, daß in ihm auch durch den Verkauf an Nichtmitglieder erzielte Gewinne enthalten sind. +)

Das FinV. hat die Steuerpflichtige, einen Konsumverein in Form einer eGmbH., wegen der „Rückvergütungen“, die sie ihren Mitgliedern in der Zeit vom 1. Okt. 1924 bis 30. Sept. 1928 gewährt hat, nachträglich zur UmfSt. herangezogen. Nachdem der Einspruch der Steuerpflichtigen erfolglos gewesen war, hat auf ihre Berufung das FinGer. sie steuerfrei gestellt. Gegen das Urteil des FinGer. hat das FinV. Revision eingelegt. Es macht geltend, daß es sich bei den Rückvergütungen nicht um einen Warenrabatt, sondern um eine Kapitaldividende handle. Ohne daß den Mitgliedern ein Rechtsanspruch auf Auszahlung des Warenrabatts bei Abschluß des Kaufvertrags zustünde, würde die Höhe des Rabatts vielmehr durch die GenVers. nach Abschluß der Jahresbilanz unter Berücksichtigung des jeweiligen Gewinns festgesetzt. Hierbei könnten auch die bei den Verkäufen an Nichtmitglieder gemachten Gewinne berücksichtigt werden.

Das FinGer. geht auf Grund der Rsp. des RFG. zutreffend davon aus, daß Vergütungen aus dem Umsatz, die eine Genossenschaft ihren Mitgliedern gewährt (sog. Warenrabatte), wirtschaftlich einen Preisnachlaß darstellen, durch den die Entgeltlichkeit des früheren Besteuerungsgeschäfts nachträglich teilweise wieder aufgehoben wird, und daß es für die Frage des Vorliegens solcher Warenrabatte nicht darauf ankomme, ob eine Rechtspflicht zur Rückzahlung der Umsatzvergütungen bestehe, daß vielmehr die Tatsache der Zurückgewährung an sich genüge. Sind diese grundsätzlichen Ausführungen des BG. nicht zu beanstanden, so wird das

wohl auch helfen sollen: Meine Ansicht ist im allgemeinen für den Pflichtigen ungünstig. Sie verhindert Steuererminderungen durch Kunstbuchungen. Gerade das sollte sie aber empfehlen.

Nachschrift. Erst bei Drucklegung wurde mir das Urteil v. 14. Jan. 1931, VIA 1793/30: Mitt. 1931, 89 bekannt, das sich der hier vertretenen Anschauung stark nähert. Der RFG. sagt: Es widerspricht nicht den Regeln ordnungsmäßiger Buchführung, wenn ein Kaufmann, dessen Geschäftsbetrieb sonst auf Geschäfte anderer Art gerichtet ist, gelegentlich gewerbliche Effektenzeitgeschäfte macht und die Effektenzeitgeschäfte vor der endgültigen Abwicklung nicht durch seine sonstige Buchhaltung laufen läßt, sondern nur (richtiger: erst) in seiner Bilanz wegen des Verlustes eine Dekretenerückstellung macht, gekauft war am 15. Febr., dann allmonatlich prolongiert, das Dekretore ist erst per 31. Dez. gestellt. Zwischenbuchungen haben nicht stattgefunden. Hier hat also der RFG. weitherzig geholfen.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 4. Die Vergütungen auf den Umsatz, die eingetragene Genossenschaften ihren Mitgliedern gewähren, können nach § 2 Nr. 14 und nach § 16 UmfStG. Umsatzsteuerfreiheit genießen. § 2 Nr. 14 bezieht sich auf eingetragene Genossenschaften, die der gemeinschaftlichen Verwertung von Erzeugnissen der Genossen oder dem gemeinschaftlichen Einkauf von Waren ausschließlich für die Genossen dienen, und zwar befreit er u. a. von der Steuer den Teil ihres Umsatzes, der als Rückvergütung auf den Kaufpreis der von den Genossen bezogenen Waren auf Grund der Beschlüsse der GenVers. für das abgelaufene Jahr gewährt wird. Hierauf konnte sich die Genossenschaft im Streitfall nicht berufen, weil sie auch an Außenstehende verkauft hat; nach § 16 kann der Steuerpflichtige, gleichviel, ob Genossenschaft oder nicht, Entgelte, die er in dem gleichen Steuerabschnitt, in dem sie vereinmahmt wurden oder in einem späteren zurückgewährt, von dem Gesamtbetrag der Entgelte absetzen. Im ersteren Fall entsteht also überhaupt kein Steueranspruch, im letzteren fällt der bereits entstandene Anspruch wieder fort.

Vergütungen auf den Kaufpreis gelieferter Waren finden sich bei Lieferantenverbänden und Genossenschaften sehr häufig in verschiedenen Formen, oft im Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen. Als (nachträglich gewährter) Warenrabatt, Umsatzbonus, Umsatzvergütung kann der Fall bezeichnet werden, in welchem von vornherein ein Anspruch des Käufers auf einen bestimmten Rabatt nach Schluß des Geschäftsjahres besteht, also ohne daß eine besondere Festsetzung desselben durch ein Organ der liefernden Körperschaft zu erfolgen hat. (Gewährung des Rabatts nach Ablauf einer nicht von vornherein bestimmten, von der Höhe des Umsatzes abhängigen Zeit erfolgt bei der Ausgabe von Rabattsparmarken; vgl. RFG. 24, 349 = StB. 1929, 358; RFG. 27, 216). Als Umsatz-, Einkaufs- oder Warendividende bezeichnet man die Rückvergütung, wenn ihr Anfall von einem nach Jahreschluß zu fassenden Beschluß des Lieferantenverbandes oder der Genossenschaft abhängt. Gewinnanteil oder Kapitaldividende ist eine nach Maßgabe des Geschäftsanteils gezahlte, vom Umsatz unabhängige Vergütung

FinGer. damit noch nicht dem vom FinA. bereits im Verwaltungsverfahren hervorgehobenen Umstand gerecht, daß die Steuerpflichtige nicht nur an ihre Mitglieder, sondern auch an Außenstehende verkauft. Auf diese Tatsache hat das FinGer. bei seiner Entscheidung keine Rücksicht genommen. Erhöhen sich die Rückvergütungen an die Mitglieder dadurch, daß bei Verkauf der Höhe der Rückvergütungen auch die durch den Verkauf an Nichtmitglieder erzielten Gewinne berücksichtigt werden, so ist für eine Anwendung der Vorschriften des § 16 UmsStG. zum mindesten insoweit kein Raum, als diese Gewinne zu einer höheren Rückvergütung an die Mitglieder geführt haben. Insoweit liegt kein Warenabatt, sondern eine Gewinnbeteiligung vor. In diesem Falle würde es auch rechtlich unerheblich sein, daß die Rückvergütung nach der Höhe der von dem einzelnen Mitglied entnommenen Waren und nicht nach der Höhe des Geschäftsanteils bemessen wird. Die Rückvergütung enthält dann Bestandteile, denen nicht die Eigenschaft als „zurückgewährte Entgelte“ zukommt. Der Sachverhalt ist in tatsächlicher Hinsicht noch nicht geklärt. Das FinGer., an das die Sache zurückverwiesen wird, hat zu prüfen, ob in wesentlichem Umfang Verkäufe an Nichtmitglieder stattgefunden haben und ob dadurch die Höhe der den Mitgliedern gewährten Rückvergütungen beeinflusst worden ist. Ist dies der Fall, so wird das FinGer. sich darüber schlüssig werden müssen, ob unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse überhaupt noch von wirklichen Warenrabatten gesprochen werden kann und, wenn dies zutrifft, in welchem Ausmaß in den gewährten Rückvergütungen umsatzsteuerpflichtige Gewinnbeteiligungen enthalten sind. Die Höhe dieser Gewinnbeteiligungen wird erforderlichenfalls im Wege der Schätzung festgestellt werden müssen.

(RFS., 5. Sen., Urt. v. 20. Jan. 1931, VA 954/30, RFS. 28, 16.)

\*

(vgl. §§ 19, 48 GenG.; RFS. 18, 215; RStBl. 1922, 253 f.; Popitz [3] V 1 zu § 2 Nr. 14; Guldénagel: DStZ. 1921/22, 557; 1922, 774.)

Der Gewinnanteil oder die Kapitaldividende können zweifellos nicht als rückgewährte Entgelte betrachtet werden; es fehlt hier ein unmittelbarer Zusammenhang mit den Kaufpreisleistungen des Bezahlers. Dagegen macht es keinen Unterschied aus, ob es sich im übrigen um Umsatzvergütung oder Umsatzdividende in dem erweiterten Sinn handelt (vgl. RFS.: RStBl. 1922, 253; Popitz a. a. O.). Der Abzug von den Einnahmen wird bei ihnen auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß ihre Gewährung von Bedingungen wie der Wahrung der Kundentreue (Bezug sämtlicher Waren von dem Lieferantenverband oder bestimmten anderen Verbänden) oder eines Mindestbezuges abhängt (RFS. 19, 29).

Hiernach wären also an sich im vorliegenden Fall die Rückvergütungen als Abzugsposten zu berücksichtigen gewesen. Der RFS. legt nun aber entscheidendes Gewicht auf den vom FinA. hervorgehobenen Umstand, daß die Genossenschaft auch an Nichtmitglieder verkauft hat und hierdurch die Rückvergütungen erhöht wurden. Die Richtigkeit dieser Auffassung begegnet zunächst Bedenken. Das Gesetz enthält keine Andeutung darüber, daß die Quelle, aus der die Rückgewähr des Entgelts erfolgt, von Belang ist. Man kann daher sehr wohl den Standpunkt vertreten, daß es gleichgültig ist, aus welchen Mitteln die Vergütung erfolgt. Hierfür läßt sich auch geltend machen, daß nach der sonstigen Rspr. des RFS. § 16 UmsStG. im weitesten Sinn auszuliegen ist und nichts voraussetzt, als daß die Beteiligten das Liefergeschäft oder auch nur seine Entgeltlichkeit ganz oder teilweise ausüben wollen (RFS. 5, 234 = JW. 1921, 1124; RFS.: RStBl. 1923, 47). In der oben bereits angeführten Entsch.: RStBl. 1922, 253 scheint sogar ausdrücklich ausgesprochen zu werden, daß es auf die Quelle nicht ankommt, der die Mittel zur Rückvergütung entnommen werden: „Zur Verteilung des fünfprozentigen Rabatts kann unter Umständen der in anderer Weise als durch den Wareneinkauf erzielte Gewinn genau so beitragen wie zur Verteilung der Einkaufsdividende.“ Für beide Fälle wurde hier aber Steuerfreiheit gem. § 2 Nr. 11 (jetzt Nr. 14) angenommen. Trotzdem scheint mir die Auffassung des RFS. in der oben abgedr. Entsch. zuzutreffen. Die Rückgewähr von Entgelten muß doch mit dem ursprünglichen Geschäft in engem Zusammenhang stehen, wenn ihre Berücksichtigung angebracht sein soll. Bei den anderen Anwendungsfällen des § 16, insbes. Rückgängigmachung des Kaufvertrags auf Grund Vereinbarung oder Wandlung, Nichtigkeit des Kaufvertrags infolge Anfechtung, Minderung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes, Entstehen von Diskontospesen, ist dies auch der Fall. Wenn es anständig wäre, von den Einnahmen alles abzuziehen, was unter der Bezeichnung „Umsatzvergütung“ oder so ähnlich verteilt wird, wäre es dem Belieben der Verbände und Genossenschaften überlassen, alles, was sie an die Mitglieder ausschütten, nach Verhältnis des Umsatzes zu berechnen, ohne Rücksicht darauf, woher die dazu erforderlichen Mittel gewonnen wurden. Das kann aber unmöglich zulässig sein.

RA. Dr. Wassertrüding, Nürnberg.

5. § 8 UmsStG. 1926. Eine Fabrik, die auf Grund der mit ihren Kunden (Detailgeschäften) abgeschlossenen Verträge entweder diesen die Verpflichtung auferlegt, ihrerseits einen bestimmten Prozentsatz der Rechnungsbeträge für Zeitungserklame zu verwenden, oder selbst für sie in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Rechnungsbeträge Zeitungserklame betreibt, ist in Höhe des vollen Rechnungsbetrages, ohne Rücksicht auf die für Klame verwandten Prozentsätze, umsatzsteuerpflichtig. †)

Die Beschw., die orthopädische Schuheinlagen und Fußheilmittel herstellt, läßt ihre Fabrikate durch eine große Anzahl von Schuhhäusern in ganz Deutschland vertreiben. Die Beziehungen zwischen der Beschw. und ihren Kunden sind durch besondere Niederlageverträge (Bedingungen) geregelt. In § 2 der Bedingungen heißt es: „Die Insertionskosten in Höhe von 15% des Fakturenpreises der gelieferten Waren tragen die Werke... Die Insertionsaufträge werden durch die Werke... schriftlich aufgegeben, und zwar unmittelbar oder durch Beauftragung.“ Nach den tatsächlichen Feststellungen des FinGer. wird diese Vertragsbestimmung praktisch in folgender Weise gehandhabt: Die Beschw. hat bei ihren kleineren Kunden die Insertion selbst in die Hand genommen, indem sie die Inserate durch Vermittlung einer Annoncenerpedition aufgibt und bezahlt. Diese kleineren Kunden haben den vollen Betrag der ihnen von der Beschw. ausgestellten Rechnungen zu zahlen. Die größeren Kunden der Beschw. besorgen die Anzeigen selbst und ziehen dann entweder selbst die dafür aufgewendeten 15% von den Rechnungsbeträgen ab oder erhalten sie von der Beschw. gutgeschrieben.

Die Beschw. ist vom FinA. mit dem vollen Betrage ihrer Rechnungsbeträge zur UmsSt. herangezogen worden. Sie behauptet, daß sie nur 85% als Entgelt erhalte, während es sich bei den 15% um einen nicht steuerpflichtigen Rabatt handle. Einspruch und Berufung der Beschw. waren vergeblich. Auch die RBeschw. kann keinen Erfolg haben.

Die RBeschw. weist zunächst darauf hin, daß die tatsächlichen Feststellungen des BG. insofern unzutreffend seien, als auch ein Teil der kleineren Kunden die Insertionskosten selbst trüge oder aber die Beschw. die Rechnungsbeträge bei diesen Kunden entsprechend ermäßige, oder den Kunden die aufgewandten Insertionskosten gutbringe. Wie in der RBeschw. selbst zugegeben wird, ist diese Abweichung in tatsächlicher Beziehung aber ohne rechtliche Bedeutung.

Das FinGer. geht zutreffend davon aus, daß als Entgelt i. S. des § 8 UmsStG. alles das anzusehen ist, was der Leistungsberechtigte, hier der Kunde, aufwenden muß, um die Leistung vom Leistungsverpflichteten, der Beschw., zu erhalten. Mit Recht ist das BG. unter Anwendung dieses Grundsatzes zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kunden der Beschw. — mögen sie nun die Aufgabe der Anzeigen selbst vornehmen oder lassen sie von der Beschw. besorgt werden — 100% des Rechnungsbetrages aufwenden müssen, um die Ware von der Beschw. zu erhalten. Soweit ein Teil des Entgeltes von den Kunden der Beschw. nicht bar gezahlt wird, handelt es sich

Zu 5. Die Entsch. ist nicht unbedenklich. Wenn man in völliger Unbefangenheit den Anzeigenteil einer großen Tageszeitung oder einer Zeitschrift durchsieht, wird man feststellen können, daß manchmal der Fabrikant, manchmal der Großist und vermutlich ebenfalls der Detailist die Ware anpreist. Die Ansicht des RFS., daß die Herstellerin „das größte Interesse daran habe, daß ihre Fabrikate, die allein den Gegenstand ihres Gewerbebetriebes bilden, in der Öffentlichkeit bekannt werden“, ist daher nicht zutreffend. Ich könnte mir daher sehr wohl denken, daß eine Fabrik ein Paar Schuhe für 10 RM normalerweise liefert, dagegen für 8,50 RM an ein Warenhaus, das tagaus, tagein in den Zeitungen inseriert. Eine solche Vereinbarung würde ich weder als Steuerumgehung noch als eine Vereinbarung ansehen, die irgendeiner anderen Auslegung fähig ist, als der Auslegung, daß das Entgelt für die Schuhe nicht 10 RM, sondern nur 8,50 RM beträgt. Auch im vorliegenden Falle ist bei den Selbstinserten eine Verpflichtung zur Inserierung in bestimmtem Ausmaße nicht vereinbart worden. Man kann daher m. E. nicht sagen, daß die inserierten Aufträge Teil des vom Detailisten an die Fabrik gezahlten Entgelts für die Lieferung von Schuhen seien.

Anderer liegt es wohl hinsichtlich der kleineren Geschäfte, für welche die Schuhfabrik „das Inserieren selbst besorgt“. Hier fällt in der Tat der volle Preis von 10 RM der Fabrik als Entgelt zu; der Verwendungszweck ist nach feststehender Rspr. gleichgültig, also gilt auch der zur Klame verwandte Teil des Entgeltes als steuerpflichtig, und es kann keinen Unterschied machen, ob in dem von der Fabrik aufgegebenen Inserat der Abnehmer als „nächste Verkaufsstelle“ angegeben ist.

Vielleicht hat der RFS. in beiden Fällen die gleiche Entsch. getroffen, weil beide wirtschaftlich gleich zu liegen scheinen. M. E. beweist dies nur, daß die Lehre von der gleichen steuerlichen Behandlung bei wirtschaftlicher Gleichheit doch ihre recht erheblichen Bedenken hat, insbes. für eine Berkehrsteuer, wie es die Umsatzsteuer nun einmal ist. Soll man wirklich einen Berkehr dort fingieren dürfen, wo kein Berkehr vorhanden ist, bloß weil man für den Fall des Berkehrs Steuern zu zahlen haben würde?

RA. Dr. Paul Marcuse, Berlin.

bei der Übernahme der Verpflichtung, in Höhe von 15% des Rechnungsbetrages Zinse für zu bewirken, um Gegenleistungen i. S. des § 8 Abs. 7 UmStG. Ob die Beschw. F., wie sie behauptet, Verträge mit neuen Kunden auch ohne die Verpflichtung zur Insertion abschließen würde, ist rechtlich unerheblich. Die hier in Betracht kommenden Verträge enthalten, wie die Beschw. F. nicht bestritt, die Angelegenklause. Es kann für die Frage der Umsatzsteuerpflicht auch nicht von Bedeutung sein, ob die Kunden mit Anerkennung der Angelegenklause eine rechtliche Verbindlichkeit eingegangen sind. Entscheidend ist, daß tatsächlich die Verpflichtung, 15% der Rechnungsbeträge für Anzeigen aufzuwenden, von den Kunden der Beschw. F. eingehalten worden ist.

Davon, daß die Reklame in erster Linie den Interessen des Kunden diene, wie die Beschw. F. behauptet, kann keine Rede sein. Die Kunden, die Schuhgeschäfte, vertreten die Fabrikate der Beschw. F. als einen Nebenartikel in ihren Geschäftsbetrieben. Die Herstellerin, die Beschw. F., hat das größte Interesse daran, daß ihre Fabrikate, die allein den Gegenstand ihres Gewerbebetriebes bilden, in der Öffentlichkeit, auch durch Angabe der Verkaufsstellen, bekannt werden. Auch aus wirtschaftlichen Gründen ist danach die Steuerpflicht der Beschw. F. gerechtfertigt. Wenn die Beschw. F. schließlich geltend macht, daß ihre ganze Kalkulation auf der Basis von 85% der Rechnungsbeträge beruhe, so kann eine kaufmännische Berechnung, welche die Höhe der Steuerpflichtungen nicht richtig einschätzt, bei der Festsetzung der Steuern nicht berücksichtigt werden.

(RZS., 5. Sen., Urt. v. 20. Jan. 1931, V A 964/30.)

\*

6. § 8 Nr. 1 GrEwStG. Sehen sich zwei Eheleute, die zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verbunden sind, in der Weise auseinander, daß dem Ehemann das ganze mit Hypotheken belastete Grundstück (der einzige Gesellschaftsgegenstand) überwiesen wird, während die Ehefrau nichts erhält, so ist Steuerpflicht in Höhe des halben Grundstückswertes begründet, ohne daß § 8 Nr. 1 in Frage kommt. †)

Durch Vertrag v. 5. Okt. 1927 erwarben der Beschw. F. und seine Ehefrau, die sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gleichteilig zusammengeschlossen hatten, ein Grundstück zur gesamten Hand unter Übernahme von Hypothekenschulden im Gesamtbetrage von 49 848,72 R.M. Demgemäß wurden sie am 17. Nov. 1927 als Eigentümer in Grundbuch eingetragen.

Am 11. Febr. 1930 schlossen sie einen notariellen Vertrag, demzufolge sie das Gesellschaftsverhältnis aufhoben. Über das Gesellschaftsvermögen, das nur in dem Grundstück bestand, setzten sie sich in der Weise auseinander, daß es lediglich gegen Übernahme sämtlicher Grundstücksklasten, im übrigen ohne Gegenleistung dem Ehemann überlassen wurde. Gleichzeitig wurde das Grundstück an diesen aufgelassen.

Aus diesem Anlaß setzte die Steuerstelle nach § 24 gegen den Ehemann eine Steuervorauszahlung fest.

Der Herausgezogene legte Einspruch ein und machte folgendes geltend. Das Grundstück sei, da seine Ehefrau vermögenslos gewesen sei, i. J. 1927 ausschließlich mit seinen Mitteln erworben worden. Die Übertragung auf die Gesellschaft habe also eine Schenkung an seine Ehefrau bedeutet. Diese Schenkung sei durch den Vertrag v. 11. Febr. 1930 rückgängig gemacht worden. Deshalb greife die BetrVorschr. des § 8 Nr. 1 durch.

Der Einspruch blieb erfolglos. Auf Berufung stellte das FinGer. fest, daß die Steuer nicht nach dem Werte einer Grundstückshälfte, sondern nach dem Betrage der halben gemeinsamen Grundstücksbelaftung zu berechnen sei. Das FinGer. nahm an, daß eine Schenkung vorliege, jedoch beschränkt durch die dem Beschw. F. gemachte

Zu 6. Die Entsch. beruht m. E. auf einer unzutreffenden zivilrechtlichen Konstruktion des Falles. Nach der ständ. Anspr. des RZS. ist die Frage der Steuerfreiheit eines dinglichen Veräußerungsgeschäfts nach Maßgabe des zugrunde liegenden Kaufvertrages zu beurteilen (vgl. RZS. A II 272/30). Im vorliegenden Falle bildet der Auseinandersetzungsvertrag der Eheleute das Kaufgeschäft für die Abrechnung des Grundstückes an den Ehemann. Die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfolgt nach § 731 BGB. Hiernach ist in erster Linie die Vereinbarung der Gesellschafter, also der Auseinandersetzungsvertrag maßgebend; in Ermangelung eines solchen gelten die Vorschr. der §§ 732—735 und ergänzend diejenigen der §§ 752—758 BGB. Hieraus ergibt sich, daß die Gesellschafter grundsätzlich gem. §§ 734, 753 BGB. eine Teilung des Erlöses zu beanspruchen haben. Bereinnbaren sie nun im Auseinandersetzungsvertrage, daß der einzige Vermögensgegenstand der Gesellschaft gegen Übernahme der Schuld dem einen Gesellschafter allein zufallen soll, so liegt in diesem Vertrage eine gemischte Schenkung, insofern nämlich der ausfallende Gesellschafter bei gleichmäßiger Teilung einen Anteil an dem reinen Wert des Gegenstandes zu erhalten hätte. Im vorliegenden Falle war daher zu untersuchen, inwieweit der Wert des Grundstückes die Belastungen überstieg. In Höhe der Hälfte dieses Überschusses wurde der Ehemann aus dem Vermögen seiner Ehefrau bereichert, indem

Auflage, die Grundstücksklasten ganz zu übernehmen. Demgemäß gewährte es Steuerfreiheit, aber nur insofern, als der gemeine Wert des Grundstückes den Wert der Auflage überschreitet (§ 8 Nr. 1 Satz 2).

Gegen diese Entsch. legte die Steuerstelle Rechtsbeschwerde mit Erfolg ein.

In der Entsch. II A 634/29 v. 27. Dez. 1929 (Partei, § 8 Nr. 1 R. 25) ist ein Fall behandelt, der gerade umgekehrt lag wie der jetzige. Damals war die Steuerpflicht in Streit, die von der Steuerstelle angenommen wurde, als ein Ehemann ein Grundstück in eine aus ihm und seiner Ehefrau bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts einbringen wollte, ohne daß die Ehefrau etwas beizusteuern hatte. Der Senat hat damals ausgeführt, daß zwei von der Rechtsordnung gewiesene Wege beständen, um das wirtschaftliche Ziel zu erreichen.

a) Der Ehemann veräußert zunächst (falls gleiche Beteiligung beider Eheleute beabsichtigt war) eine ideelle Hälfte des Grundstückes (schenkweise oder gegen Entgelt) an die Ehefrau, und die Eheleute vereinbaren dann, durch Gesellschaftsvertrag, daß der Ehemann die ihm verbliebene Hälfte und die Ehefrau die andere Hälfte oder den Anspruch auf deren Abrechnung in die Gesellschaft einbringen sollte. In diesem Falle ist Steuerpflicht begründet für die Veräußerung der Hälfte an die Ehefrau, sofern keine reine Schenkung vorlag, und weiter für die Einbringung beider Hälften in die Gesellschaft, wobei die Ermäßigung aus § 15 Abs. 3 Platz greift.

b) Der Ehemann bringt das ihm allein gehörige ganze Grundstück auf Grund des mit seiner Ehefrau geschlossenen Gesellschaftsvertrages in die Gesellschaft unmittelbar ein. Dann entfällt nur einmalige Steuerpflicht, und zwar durch Umschreibung des Grundstückes auf das Gesamtgut der Gesellschaft. Die BetrVorschr. des § 8 Nr. 1 kommt hierbei nicht in Frage, weil zwischen dem Ehemann und der Gesellschaft kein Schenkungsvertrag geschlossen ist. Allerdings kann in dem Geschäft auch eine Schenkung an die Ehefrau liegen. Der Gegenstand der Schenkung ist dann aber nicht eine Grundstückshälfte, sondern eine gesellschaftliche Beteiligung, deren Wert zwar dem halben Grundstückswerte gleich sein kann, aber nicht gleich sein muß. Die Übereinstimmung mit dem Grundstückswerte ist z. B. zu verneinen, wenn in der gesellschaftlichen Beteiligung auch die Haftung für persönliche Schulden des Ehemanns liegt.

Genso ist die Rechtslage in dem umgekehrten Falle, wie er jetzt zu entscheiden ist. Entweder wird das der Gesellschaft gehörige Grundstück unmittelbar dem Ehemann übereignet, dann tritt volle Steuerpflicht ein, jedoch unter Berücksichtigung des § 15 Abs. 1. Daß die Gesellschaft oder die Ehefrau von persönlichen Hypothekenschulden befreit wird, kommt nicht in Betracht. Eine Schenkung liegt höchstens insofern vor, als die Ehefrau auf ihre Beteiligung an der Gesellschaft zugunsten des Ehemanns verzichtet; das ist aber keine Schenkung eines Grundstücksteils. Oder die Gesellschafter setzen sich in der Weise auseinander, daß jedem der beiden Gesellschafter eine Grundstückshälfte überwiesen wird und alsdann die Ehefrau ihre Hälfte dem Ehemann übereignet. In diesem Falle tritt für die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern volle Steuerpflicht unter Berücksichtigung des § 15 Abs. 1 ein und für die Veräußerung des Grundstücksteils der Ehefrau an den Ehemann eine weitere Steuer, soweit nicht reine Schenkung vorliegt, was hier aber nicht zutrifft.

Die Steuer ist vorliegend vom Werte einer Grundstückshälfte berechnet; die persönlichen Hypothekenschulden sind nicht berücksichtigt. Das ist nach Vorstehendem die Mindeststeuer, die in jedem der beiden möglichen Fälle zu erheben ist. Die angeforderte Entsch. beruht deshalb auf Rechtsirrtum und war aufzuheben.

(RZS., 2. Sen., Urt. v. 9. Dez. 1930, II A 640/30.)

beide Teile darüber einig waren, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgte. Insofern lag also eine Schenkung vor. Der RZS. übersieht, daß der Auseinandersetzungsvertrag den unmittelbaren Rechtsgrund der Abrechnung bildete; er unterstellt, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine von den Gesellschaftern unabhängige Rechtspersönlichkeit sei, und kommt daher zu der Konstruktion, daß die Gesellschaft das Grundstück entgeltlich dem Ehemann übereignet und daß die Ehefrau nicht den Grundstücksteil verschenkt habe, sondern ihren Anteil am Erlöse. Hierbei ist aber übersehen, daß ein Grundstückserlös gar nicht vorlag, sondern daß die Parteien, wozu sie nach § 731 BGB. berechtigt waren, das Gesellschaftsvermögen nicht veräußerten, sondern unmittelbar dem einem Gesellschafter zum Zweck der Auseinandersetzung überwiesen haben. Die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens ist nach § 733 Abs. 3 BGB. nur geboten, soweit sie zur Verichtigung der gemeinschaftlichen Schulden erforderlich ist. Diese Notwendigkeit war im vorliegenden Falle nicht gegeben. Auch die Bestimmung des § 753 BGB. enthält nachgiebiges Recht (vgl. RZS. 108, 290). Die Gesellschafter können daher die Auseinandersetzung dertat vereinbaren, daß das Gesellschaftsgrundstück unmittelbar zum Zweck der Auseinandersetzung einem Gesellschafter übertragen wird. Demnach dürfte im vorliegenden Falle das FinGer. das Richtige getroffen haben.

W. Dr. Ernst Hagelberg, Berlin.



## II. Länder.

## I. Oberverwaltungsgerichte.

## Preußen.

## Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. v. Kries u. RA. Dr. Görres,  
Berlin.

**I.** Auf die Verjährung von Handelskammerbeiträgen finden die Vorschriften des Gesetzes über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben v. 18. Juni 1840 (GS. 140), nicht diejenigen der KommAbgD. Anwendung. In analoger Anwendung des § 53 GewStWB. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) und seiner Ergänzungen ist die Erhebung von Vorauszahlungen auf die Handelskammerbeiträge zulässig.

Streitig sind zwei Fragen:

1. Ob die Bestimmungen des Ges. über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben v. 18. Juni 1840 oder die AbgD. auf die Verjährung von Handelskammerbeiträgen Anwendung finden.

2. Ob nach dem Ges. über d. Handelskammern v. 24. Febr. 1870 (GS. 1870, 134) u. 19. Aug. 1897 (GS. 1897, 343) die Handelskammerbeitr. als vorläufige Beiträge erhoben werden können oder ob bei ihnen nur eine endgültige Veranlagung nach Maßgabe der für ob bei ihnen nur eine endgültige Veranlagung nach Maßgabe der für das betreffende Rechnungsjahr veranlagten GewSt. erfolgen darf.

Zu 1: Die Ansicht der Rev., daß auf die Verjährung der Handelskammerbeitr. die Vorschriften der AbgD. anzuwenden seien, ist unzutreffend. Nach der ständ. Mpr. d. DVG. ist gem. § 14 Ges. über d. Verjährungsfristen dieses Ges. stets auf Handelskammerbeitr. angewandt worden (vgl. DVG. 39, 306 ff., 309; 53, 369 ff. sowie Art. v. 10. Febr. 1916, PrVerwBl. 37, 763). An diesem Rechtszustand ist durch die GewStWB. nichts geändert worden. Lediglich auf die GewStGrundbeträge finden nach § 19 a. a. D. die Vorschriften der AbgD. über Verjährung von Abgaben Anwendung. Das hat der erk. Sen. für die GewSt. bereits im Art. v. 21. Jan. 1930 (DVG. 85, 126 ff., 131) ausgesprochen. Er hat verneint, daß auf die gemeindl. Zuschläge zu den Steuergrundbeträgen die Vorschriften der AbgD. Anwendung zu finden haben. Das gleiche muß auch für Handelskammerbeitr. gelten.

Nach § 6 Ges. über d. Verjährungsfristen findet im Falle gänz. Übergang der Nachforderung von persönl. auf besonderen Titeln beruhenden Steuern, zu denen die Handelskammerbeitr. zu rechnen sind, nach den im § 5 enthaltenen Regeln statt. Nach § 5 ist eine Nachforderung nur zulässig sowohl bei gänz. Übergang als bei zu geringem Anfall, in beiden Fällen aber nur für das Kalenderjahr, worin die Nachforderung geltend gemacht wird (vgl. DVG. 63, 184 ff., 189; 68, 272 ff., 274; 69, 245 ff., 248). An die Stelle des Kalenderjahres ist nach § 1 Abs. 3 Ges., betr. d. Veranlagung u. Erhebung d. direkten Staatssteuern nach dem Etatsjahre, v. 12. Juli 1876 (GS. 288) i. Verb. m. § 1 Abs. 1 Ges., betr. Verlegung des Etatsjahres usw., v. 29. Juni 1876 (GS. 177) und § 14 VerjährungsfristenG. das Rechnungsjahr getreten. Hiernach konnten in dem Rechnungsjahre 1929 Nachforderungen für die Rechnungsjahre 1925, 1926, 1927 und 1928 nicht mehr stattfinden. Dies entspricht dem Standpunkte, den das DVG. in seiner gleichl. Entsch. über Landwirtschaftskammerbeitr. v. 6. Juli 1914 (DVG. 68, 414) eingenommen hat. Es kommt also nicht darauf an, aus welchem Grunde die Übergang erfolgt ist, insbes. darauf nicht, ob die Handelskammer nicht in der Lage war, schon vorher eine Veranlagung der Beiträge vorzunehmen. Es ist daher auch unerheblich, daß die bekl. Handelskammer erst am 26. Okt. 1929 die auf die Kl. für 1925, 1926 und 1927 veranlagten GewStGrundbeträge erfahren hat. Nur die Tatsache der gänz. Übergang oder der zu geringen Veranlagung, nicht die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Geltendmachung der Beitragsforderung ist für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Nachforderung entscheidend. Diese Voraussetzung liegt nicht nur für die endgültigen Beitragsforderungen der Rechnungsjahre 1925, 1926 und 1927, sondern auch für die vorl. Beitragsforderung für Rechnungsjahr 1928 vor. In allen Fällen waren innerhalb der maßgebenden Rechnungsjahre Beitragsforderungen nicht gestellt worden. Eine Nachforderung konnte daher nach den angeführten Vorschriften für diese Jahre auch nicht mehr erfolgen. Die von der Bekl. für sich in Anspruch genommene Anwendbarkeit des § 8 a. a. D. scheidet aus, weil sich die in dieser Vorschrift erwähnte Verjährung nur auf rückständige oder gestundete Steuern bezieht, die bereits zur Zahlung gestellt waren. Im vorl. Falle ist die Zurhebungstellung der Abgabe aber erst 1929 erfolgt. Für die Rechnungsjahre 1925 bis 1928 beruht die Entsch. d. BezAussh. daher auf zutreffender rechtl. Erwägung und war deshalb wegen dieses Punktes zu befätigen.

Zu 2: Nach § 26 Handelskammerges. bildet den Maßstab für die Handelskammerbeitr. die staatl. veranlagte GewSt. Die Handelskammerbeitr. sind danach keine Zuschlagsteuern. Ihre Erhebung hängt wegen dieser Eigenschaft von den Entscheidungen anderer Behörden ab, nämlich der staatl. Gewerbesteuerbehörden. Auf den Zeitpunkt, wann diese Entscheidungen gefaßt werden, hat die Handelskammer

keinen bestimmenden Einfluß. Schon aus allgemeinen finanzwirtschaftl. Gründen müßte den Handelskammern daher die Befugnis zuerkannt werden, wenn ihnen infolge der Verzögerung der Entschließung der staatl. GewStBehörden die rechtzeitige Erhebung ihrer Beiträge unmöglich gemacht würde, Vorauszahlungen darauf zu fordern. Andernfalls würde eine ordnungsmäßige Finanzwirtschaft der Handelskammern gefährdet sein. Nun hat aber § 53 GewStWB. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) i. F. v. 8. Mai 1929 (GS. 47), nachdem die GewSt. durch die WB. eine reine Zuschlagsteuer zu den staatl. zu veranlagenden GewStGrundbeträgen geworden ist, den Gemeinden das Recht gegeben, auf die Steuerfönd des laufenden Rechnungsjahrs bis zum Empfange des Veranlagungsbescheids über die Steuergrundbeträge Vorauszahlungen zu fordern nach Maßgabe der zuletzt veranlagten Steuergrundbeträge und der für das vorangegangene Rechnungsjahr beschlossenen Zuschläge. Der Gesetzgeber ist dabei von der Erwägung ausgegangen, daß bei Verzögerung der staatl. GewStVeranlagung die Finanzwirtschaft der Gemeinden anderenfalls eine unerträgl. Störung erleiden würde (Begr. d. Gesetzentw. für Regelung der GewSt. für d. Rechnungsjahre 1925 und 1926, Drucks. d. Preuß. LT., 2. Wahlp. 1. Tag. 1925/26 Bd. 9 Nr. 2499 S. 9). Da die Verzögerung der staatl. GewStVeranlag. bei den Handelskammern die gleichen Folgen haben würde, so muß ihnen in analoger Anwendung des § 53 a. a. D. ebenfalls das Recht zuerkannt werden, in gleicher Weise Vorauszahlungen auf die Handelskammerbeitr. vor den Beitragspfl. einzufordern. Wenn dies in der GewStWB. nicht besonders zum Ausdruck gebracht ist, so hat das darin seinen Grund, daß die WB. nach Art. I (Einkl.) in erster Linie die Berechtigung der Gemeinden regelt, nach den Vorschr. der WB. eine GewSt. zu erheben, und die Handelskammerbeitr. nur insoweit erwähnt, als im § 51 bestimmt wird, daß Handelskammerbeitr. nach den auf die einzelnen Gemeinden entfallenden Steuergrundbeträgen umzulegen sind. Wäre es danach zur Klarstellung der Rechtslage für die Handelskammerbeitr. auch zweckmäßig gewesen, durch eine Ergänzung des HandelskammerGes. die Erhebung von Vorauszahlungen ausdröckl. zuzulassen, so muß doch auch ohne solche ausdröckl. Zulassung aus der dem § 51 zu entnehmenden, engen Verkoppelung der Handelskammerbeitr. mit den auf die einzelnen Gemeinden entfallenden GewStGrundbeträgen als der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, daß der § 53 analog auch auf die Handelskammerbeitr. angewandt werden sollte. Unter diesen Umständen bedarf es keines Eingehens auf die von der Kl. für ihre Ansicht angeführten Art. d. DVG., da sich die Rechtslage infolgedessen gegenüber dem bei Erlaß dieser Entsch. bestehenden Rechtszustande geändert hat. Die zuletzt vor der streitigen Heranziehung für das Rechnungsjahr 1929 festgestellte Steuergrundbeträge waren die des Rechnungsjahrs 1927. Diese sind den Vorauszahlungen zugrunde gelegt. Die Zuschläge sind gegenüber 1928 für 1929 von 25% auf 20% herabgesetzt worden; nur in Höhe dieses geringen Zuschlags sind die Vorauszahlungen berechnet worden. Also ist die Heranziehung in der geforderten Höhe jedenfalls zu Recht erfolgt. Da der BezAussh. diese Rechtslage verkannt hat, ist seine Entsch. insoweit aufzuheben.

(PrDVG., 8. Sen., Art. v. 28. April 1931, VIII C 16/30.)

**2.** § 4a HauszinsStWB. v. 2. Juli 1926 u. 27. April 1927. Die Vergünstigung aus § 4 HauszinsStWB. wegen eigengenutzter gewerblicher Räume ist nicht gegeben, wenn der Nutzer der Räume eine Einzelperson oder Handelsgesellschaft ist, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin der Grundstücks-GmbH. ist (sog. Einmanggesellschaft). †

Die beschwerdeführende GmbH. ist Eigentümerin eines Grundstücks in der D-Straße in B., das teils von ihr selbst, teils von der „Firma“ M. gewerblich genutzt wird. Die Geschäftsanteile der Eigentümerin befinden sich nach ihrer Angaben sämtlich mittelbar oder unmittelbar im Besitze des L-Kongerns, während ihre Geschäftsführer der Firma M. treuhänderisch verpflichtet seien. Der Antrag der Beschwerd., die Hauszinssteuer auch für die auf dem bezeichneten

Zu 2. Die Begründung der Entsch. spiegelt die Zweifel deutlich wieder, die bei der Urteilsfindung aufstauten. Die Ermäßigung der Hauszinssteuer für Grundstücke, die vom Eigentümer benutzt werden, hat eigentlich nur einen wirtschaftlichen Grund, nämlich daß der selbstwohnende Eigentümer die Steuer nicht auf den Mieter abwälzen kann. Dieser Grund liegt natürlich auch dann vor, wenn Eigentümer und Benutzer des Hauses wirtschaftlich dieselben Personen sind. Von diesem Standpunkt aus müßte man aber weitergehen und die Ermäßigung der Steuer auch dann gelten lassen, wenn Eigentümer und Benutzer des Hauses fast vollständig wirtschaftlich eine Einheit bilden. Ferner würde diese Auffassung zu Widersprüchen bei der Auslegung anderer rechtlicher Bestimmungen innerhalb und außerhalb der HauszinsStWB. führen. So hat man sich für die andere Ansicht entschieden, daß Eigentümer und Hausnutzer rechtlich dieselben Personen sein müssen. Damit ist jedenfalls ein fester Gesichtspunkt gefunden, der, wenn man ihn einmal für richtig hält, alle in Betracht kommenden Fälle gerecht entscheiden läßt. Vom Standpunkt dieser Rechtssicherheit aus ist die vorliegende Entsch. also unbedingt zu begrüßen.

RA. Dr. Schlichting, Berlin.

Grundstücke von der genannten Firma M. gewerblich genutzten Räume gem. § 4 a HauszinsStW. auf 1000% der anteiligen fingierten Grundvermögensteuer herabzusetzen, ist von den Vorinstanzen abgelehnt worden, da die genannten Räume nicht als eigengenutzte i. S. der genannten Ermäßigungsbestimmung anzusehen seien.

Die Rechtsbeschwerde wies das OVG. ab.

Nach § 4 a HauszinsStW. i. d. Fassung des Gef. v. 27. April 1927 (GS. 61) ist bei Grundstücken, „die vom Eigentümer bewohnt oder für seine gewerblichen Zwecke genutzt werden“, auf Antrag des Eigentümers „die auf die eigenbewohnten oder eigengenutzten gewerblichen Räume entfallende Steuer“ herabzusetzen. Zur Entscheidung steht die Frage, ob zu den „eigengenutzten gewerblichen Räumen“ i. S. dieser Vorschrift auch solche Räume zu rechnen sind, die von einem kaufmännischen Unternehmen (Einzelkaufmann oder Gesellschaft) gewerblich genutzt werden, wenn der Träger dieses Unternehmens zwar nicht der Grundstückseigentümer ist, aber sämtliche Geschäftsanteile der Grundstücks-GmbH. in seiner Hand vereinigt. Die Vorinstanzen haben diese Frage mit der Begründung verneint, daß die Eigentümerin und die Benutzerin verschiedene Rechtspersonen seien, so daß von einer gewerblichen Nutzung der fraglichen Räume durch die Eigentümer keine Rede sein könne. Diese Auffassung läßt einen zur Aufhebung der Vorentscheidung führenden Rechtsirrtum nicht erkennen.

Mit dem genannten § 4 a verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, die Eigentümer von eigenbewohnten oder eigengenutzten Grundstücken oder Räumen durch Ermäßigung der Hauszinssteuer um 200% des Grundbetrags steuerlich zu begünstigen, da die Eigentümer hier nicht in der Lage sind, die Steuer auf Mieter abzuwälzen (vgl. Surén v. Heusinger, Die Hauszinssteuer in Preußen, 5. Aufl., S. 138 ff.; auf diesem Grunde beruht zum Teil auch die verwandte Vorschrift in § 5 HauszinsStW.; vgl. dazu OVG. 84, 75 ff., insbes. S. 78, auch R. u. v. PrVerwBl. 50, 702 und OVG. 85, 54 ff.). Weder der Wortlaut seiner Vorschrift noch ihr vorgenannter Grundgedanke trifft jedoch im vorl. Falle zu, da einerseits die Firma M. mit der Eigentümerin, einer selbständigen Rechtspersönlichkeit, nicht identisch ist, die von der Firma M. genutzten Räume also nicht von der Grundstückseigentümerin „eigengenutzt“ werden, und andererseits die Eigentümerin in der Lage ist, die auf jene Räume entfallende Steuer auf die Benutzerin jedenfalls rechtlich abzuwälzen. Aus ähnlichen Erwägungen hat der Gerichtshof bereits in seiner Entsch. v. 16. Dez. 1927, VII D 295/26 (bei Pape, Preuß. Hauszins- und Grundvermögensteuerrecht S. 61 Nr. 60) Grundstücke, deren Eigentümer eine juristische Person ist und die von den Angestellten der juristischen Person bewohnt werden, als nicht vom Eigentümer bewohnt angesehen und dementsprechend eine Steuerermäßigung gemäß der zweiten Alternative in § 3 Abs. 3 III. PrStMotW. v. 28. März 1925 (GS. 42) abgelehnt. Derartige Steuerbefreiungs- und Ermäßigungsbestimmungen sind, wie der Gerichtshof in der erwähnten Entsch. ausgesprochen hat, grundsätzlich einer ihren Anwendungskreis über den gesetzlich vorgesehenen Umfang hinaus ausdehnenden Auslegung nicht fähig. Das gleiche muß aber auch hinsichtlich der jener Vorschrift verwandten Bestimmung des § 4 a HauszinsStW. gelten.

Deshalb hat der Gerichtshof das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 a verneint und die Steuerbegünstigung wegen eigengenutzter gewerblicher Räume verjagt, wenn Nutzerin der Räume eine GmbH. ist und einzelne ihrer Gesellschafter zugleich Eigentümer des Grundstücks sind; ferner wenn Nutzerin der Räume eine KommGes. ist und einzelne ihrer Teilhaber zugleich Miterben hinsichtlich des zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücks sind (vgl. OVG. 85, 47).

In den genannten Entsch. hat der Gerichtshof noch nicht Stellung genommen zu der Frage, wie auf der Grundlage des § 4 a zu entscheiden wäre, wenn die Grundstückseigentümer die alleinigen Gesellschafter der das Grundstück nutzenden Gesellschaft — oder umgekehrt — sind, oder wenn, wie vorliegend seitens der Beschwerd. behauptet, sämtliche Geschäftsanteile der Grundstücks-GmbH. in den Händen eines Konzerns als Grundstücksnutzer sich befinden. Indessen dieselben rechtlichen Erwägungen, die in den oben angeführten Entsch. zur Verneinung der Eigennutzung i. S. des § 4 a führten, müssen auch in Fällen der letztgenannten Art, wo allerdings wirtschaftliche Identität zwischen Grundstückseigentümer und Grundstücksnutzer anzuerkennen ist, zur Verjagung der Steuerbegünstigung führen. Denn trotz der wirtschaftlichen Identität sind Eigentümer und Benutzer zwei rechtlich verschiedene Personen (jedenfalls kann der genannte Konzern, dessen Rechtsform, vermutlich eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, nicht feststeht, niemals mit der GmbH. rechtlich identisch sein), so daß die Abwälzung der Steuer auf den Grundstücksnutzer rechtlich jedenfalls immer möglich ist.

Gegenüber diesen aus der rechtlichen Betrachtungsweise sich notwendig ergebenden Folgerungen kann der wirtschaftlichen Identität zwischen Eigentümer und Benutzer hauszinssteuerrechtlich keine Bedeutung beigemessen werden. In dieser Richtung bewegen sich bereits die beiden letztgenannten, ebenfalls zu § 4 a ergangenen Urteile des erk. Sen., wo es sich allerdings nur um eine wirtschaftliche Teilidentität, besser um teilweise gegebene wirtschaftliche Beeinflussung der einen Gemeinschaft (Gesellschaft) durch die andere handelte. Dieser Ausschluß wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist auch zu anderen Vorschriften des Hauszinssteuerrechts vom Senate zur Geltung gebracht.

So ist die Anwendung des § 4 Abs. 3 Satz 3 HauszinsStW. (Bergünstigung für sog. Verwandtenhypotheken) abgelehnt worden in einem Falle, wo der Hypothekengläubiger mit einzelnen Teilhabern der das Grundstück zu eigen besitzenden OVG. verwandt war (OVG. 85, 28 ff.). Ferner ist in einem Urte. v. 13. Nov. 1928 (OVG. 83, 45 ff.) hinsichtlich des § 4 Abs. 6 Satz 1 a. a. D. entschieden worden, daß im Falle der Umwandlung einer OVG. in eine AktG. trotz völliger Identität der Mitglieder der alten und der neuen Gesellschaft dennoch hinsichtlich des zum Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gehörenden Grundstücks und der gebotenen rechtsgeschäftlichen Übertragung des Grundstücks auf die neue Gesellschaft auch steuerrechtlich ein „Erwerb“ durch die AktG. vorliegt. Ähnlich ist, und dieser Fall beruht sich mit dem vorliegenden, durch Urte. des Senats v. 18. März 1930, VI D 586/28 ein Rückverbot von Seiten des früheren Eigentümers i. S. des § 4 Abs. 6 Satz 3 a. a. D. nicht angenommen, wenn das Grundstück von einer juristischen Person erworben wird, die sämtliche Aktien der am Stichtage, dem 31. Dez. 1919, als Eigentümerin eingetragen gewesenen AktG. besitzt. Schließlich hat der Senat durch ebenfalls v. 14. Okt. 1930 ergangenes Urteil (VI D 312/28) in grundsätzlicher Entsch. dargelegt, daß unter dem „Eigentümer“ und Steuerpflichtner i. S. des Grundvermögens- und Hauszinssteuerrechts der juristische, nicht der wirtschaftliche Eigentümer zu verstehen ist. Dort ist besonders darauf hingewiesen, daß die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit allerdings da am Platze und von der Abstr. aus entscheidend anerkannt ist, wo es sich um die Besteuerung des Vermögens einer Person oder das Zustehen von Einkommen (§§ 11 Abs. 1, 14 EinkStG. 1925) handelt, daß daher auch im früheren preuß. Vermögenssteuerrecht (PrErgStGef. v. 14. Juli 1893 S. 134 nebst Änderungen) die wirtschaftliche Betrachtung maßgebend war, während sie für Gemeindegrundsteuern (§§ 24 ff. PrKommAbgG. v. 14. Juli 1893 [GS. 152]) wegen ihrer Rechtsnatur als Realsteuern vom Gerichtshofe ständig abgelehnt ist. Da auch die Grundvermögens- und Hauszinssteuer eine Realsteuer ist (so der Senat ständig; auch RG. 116, 111; RZB. 23, 23), die grundsätzlich vom Vermögen des Steuerpflichtners abfließt und daher einen Abzug wegen Schulden und Werbungskosten nicht zuläßt, vielmehr auf das Grundstück als solches und seine dinglichen Rechtsverhältnisse abstellt, so ist für die Berücksichtigung wirtschaftlicher Verhältnisse bei dieser Steuer grundsätzlich kein Raum (Ausnahmen in § 9 HauszinsStW., doch nicht im Rechtsmittelwege verfolgbar; OVG. 83, 54; 85, 60). Kann, wie aus den erwähnten Urteilen des Senats ersichtlich, die wirtschaftliche Beeinflussung des einen Personenrechtskreises durch den anderen nicht zur steuerrechtlichen Annahme einer Teilidentität oder entsprechender Anwendung des Verwandtenbegriffs führen, so kann es nicht anders liegen in den Fällen, wo der eine Kreis den anderen völlig beherrscht (sog. Einmanngesellschaft). Den Gesichtspunkt der überwiegenden Beteiligung einer Person an einer Gesellschaft (sog. Kontrollprinzip) hat der Senat für die Hauszinssteuer ständig abgelehnt (vgl. OVG. 85, 30). Dies muß auch für die Einmanngesellschaft gelten, wo nur ein erhöhter Beteiligungsgrad besteht. Daß Einmann und Einmanngesellschaft getrennte Rechtspersönlichkeiten sind, die daher auch Verträge miteinander abschließen können, ist feststehendes Recht (hinsichtlich der Einmann-GmbH. Nachweise bei Scholz, Kontr. z. GmbHG. S. 604 ff.). Wenn in der neuesten Abstr. des RG. im Verlaufe sämtlicher Geschäftsanteile an einer GmbH. der Verkauf eines Vermögens mit der Rechtsfolge erblickt wird, daß der Verkäufer wegen Rechts- und Sachmängel haftet, so beruht dies auf Auslegung des Kaufvertrages und Berücksichtigung des mit ihm erstrebten wirtschaftlichen Erfolges (RG. 112, 236<sup>1</sup>); 118, 113; 120, 286<sup>2</sup>); 124, 166<sup>3</sup>). Wird aber bei einer Realsteuer der überwiegenden Beteiligung an einer Gesellschaft die Berücksichtigung verjagt, so würde es zur Willkür, wollte man eine Beteiligung zu 100% steuerrechtlich beachten, eine solche zu 99% und weniger aber nicht. Dies auch deshalb, weil das Kapital an einer Handelsgesellschaft mit Rechtspersönlichkeit ständigem Wechsel unterworfen ist, besonders bei der AktG., die aber steuerrechtlich keineswegs anders als die GmbH. behandelt werden kann.

Hiernach kann eine Grundstücks-GmbH., deren sämtliche Geschäftsanteile ein die gewerblichen Räume dieses Grundstücks nutzender Unternehmer (Einzelkaufmann oder Gesellschaft jedweder Rechtsform) in seiner Hand vereinigt, nicht die Vergünstigung aus § 4 a HauszinsStW. für sich in Anspruch nehmen. Denn die hier vorausgesetzte Identität zwischen Eigentümer und Raumnutzer ist keine wirtschaftliche, sondern eine rechtliche. Da schließlich die Vergünstigung hier gewährt wird für Grundstücke oder Räume, „die vom Eigentümer bewohnt oder für seine gewerblichen Zwecke genutzt werden“ („eigengenutzte gewerbliche Räume“), und da unter dem Eigentümer nicht der wirtschaftliche, sondern der juristische Eigentümer zu verstehen ist, so ist es bei der hier verlangten Identität zwischen Eigentümer und Benutzer bei keiner Betrachtung möglich, den Eigentümerbegriff auf der einen Seite juristisch, auf der anderen Seite wirtschaftlich zu fassen. Da die Borentscheidung somit im Ergebnisse zutrifft, war die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

(PrOVG., 6. Sen., Entsch. v. 14. Okt. 1930, VI D 240/29.)

1) JW. 1926, 550. 2) JW. 1928, 1392. 3) JW. 1929, 2519.

## D. Ausländische Gerichte.

England.

## Court of Appeal.

## I. Klage aus einem Papiermarktscheck in England. †)

In Sachen Franklin v. Westminster Bank, Limited (The Times v. 14. Mai 1931) hatte die King's Bench Division des High Court of Justice in London (Richter: Mr. Justice MacKinnon) am 13. Mai 1931 die Klage eines Scheckinhabers gegen die englische Bank, die den Scheck ausgestellt hatte, abgewiesen, womit von der Bank Zahlung des englischen Gegenwerts von neun Milliarden Mark (Papiermark) in Höhe von 459 Millionen Pfund Sterling begehrt worden war. Der Scheck lautete auf den erwähnten Papiermarktbetrag und war zahlbar bei der Darmstädter und Nationalbank in Berlin. Ausstellungstag war der 27. Sept. 1923. Der Scheck wurde am 15. Dez. 1926 der Bezogenen zur Zahlung vor-

Zu 1. Dieser Fall beweist wieder einmal, daß nichts auf der Welt unmöglich ist. Also auch nicht eine Regreßklage auf Zahlung von neun Milliarden Reichsmark. Im übrigen kann dem Kl. der Vorwurf nicht erspart werden, daß, wenn er schon eine Klage auf Basis des Satzes Mark = Mark erheben wollte, er geschickter gehandelt hätte, wenn er sie noch vor der Marktstabilisierung erhoben hätte. (Welches Gesetz der Richter unter dem Währungs-gesetz v. 11. Okt. 1924 meint, ist nicht ganz klar; es ist wohl an das MünzG. v. 30. Aug. 1924 gedacht.)

Daß der englische Richter für die Beantwortung der Frage

gelegt, worauf der betreffende Bankbeamte das Wort „wertlos“ darauf setzte und ihn zurückgab. Der Scheck hatte den betreffenden Kunden der englischen Bank am Ausstellungstage 15 Pfund Sterling gekostet.

Der Richter der ersten Instanz (s. o.) bezeichnete den Fall als „fantastisch und lächerlich“ und sagte, er sei geneigt, weniger farblose Ausdrücke zu gebrauchen. Der Scheck sei infolge des Währungs-gesetzes v. 11. Okt. 1924 neun tausendstel einer Reichsmark wert gewesen, welcher Betrag nicht bezahlt werden konnte, da kein Land der Erde eine entsprechend kleine Münze habe. Außerdem sei die dreiwöchige Vorlegungsfrist nach dem deutschen ScheckG. bzw. der Bundesbank über die Vorlegungsfristen ausländischer Schecks nicht innegehalten worden.

Der englische Berufungsgerichtshof (Court of Appeal) in London hat die Berufung des Kl. gegen dieses Urteil am 16. Juli 1931 (Times v. 17. Juli 1931), aus den Gründen des Vorderrichters verworfen. Jetzt steht dem energischen Kl. noch die Rev. an das Oberhaus (House of Lords) in seiner Eigenschaft als höchstes Gericht für Großbritannien, Nordirland und den Irischen Freistaat zu; schmerzlich dürfte aber dort eine andere Entsch. ergehen.

Mitgeteilt von H. W. I. L. I. R. o. t. h. s. c. h. i. l. d., Frankfurt a. M.

der Rechtzeitigkeit der Vorlegung deutsches Recht angewendet hat, folgt aus allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Privatrechts und entspricht außerdem auch der englischen Auffassung. Im übrigen würde ja natürlich auch bei Zugrundelegung englischen Rechts (within a reasonable time) die Vorlegung verspätet gewesen sein.

H. Prof. Dr. James Breit, Dresden.

## Übersicht der Rechtsprechung.

Die mit ■ bezeichneten Entscheidungen können als besonders wichtig gelten. S. S.

## Heft 42 und 43/44.

## A.

## Bürgerliches Recht.

## 1. Materielles Recht.

## Bürgerliches Gesetzbuch.

■ Das Treuhandverhältnis setzt die Übertragung eines zum Vermögen des Treuhandgebers gehörenden Gegenstandes auf den Treuhandnehmer voraus. RG. 3105<sup>18</sup>

§ 12 BGB.; §§ 17, 37 BGB.; § 14 BGB.; §§ 1, 16 UrtW. Der frühere Gesellschafter einer D.G. ist berechtigt, der Firma seines als Einzelkaufmann (15 Jahre später) neu gegründeten Geschäfts den Zusatz „früherer Mitinhaber der Firma Müller und Schulze“ hinzuzufügen. OLG. Naumburg 3142<sup>11</sup>

§§ 119, 123 BGB. Widerspruchslose Hinnahme eines Bestätigungsschreibens schließt unter Kaufleuten Irrtumsanfechtung der zuvorigen Vertragserklärungen aus. RG. 3082<sup>6</sup>

§§ 123, 276, 826 BGB.; §§ 1, 3, 5 UrtW. „Gratis“-Ankündigungen aller Art. Kommt infolge einer Irreführung der genannten Art ein Vertrag zustande, so sind §§ 123, 826, 276 BGB. anwendbar. RG. 3131<sup>1</sup>

■ § 133 BGB. Sittenwidrige Ausbeutung einer Monopolstellung. Bedeutung der Klausel: „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten.“ RG. 3086<sup>10</sup>

§§ 138, 276, 278 BGB. Rechtsgültigkeit des Haftungsausschlusses der Auskunfteien, auch soweit es sich um die Versehen leitender Angestellter handelt, soweit nicht die Unrichtigkeit der Auskunft auf Einrichtungs-mängeln beruht. RG. 3085<sup>9</sup>

§ 138 BGB. Grundzüge für die Gültigkeit vertraglicher Freizeichnungsklauseln. Grenzen der Berechtigung der Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit der Unternehmergruppe. RG. 3085<sup>8</sup>

§ 138 BGB.; § 771 B.D. Kundenfinanzierungsgeschäfte, bei denen der Kunde

Eigentum überträgt, insbes. Sicherungs-übereignungsverträge zwischen der Brauerei und den von ihr belieferten und finanzierten Gastwirt, wenn letztere fast ihr ganzes Inventar und Mobiliar durch Besitzkonstitut übereignen, sind nicht schlechthin sittenwidrig. OLG. Altona 3149<sup>1</sup>

§ 138 BGB. Die Abtretung einer Forderung durch eine GmbH. an den alleinigen Eigentümer ihrer Anteile zum Zweck der Erlangung des Armenrechts ist nichtig. OLG. Karlsruhe 3141<sup>9</sup>

■ § 133 BGB. Nichtigkeit eines GenVerschlusses auf Kapitalerhöhung, wenn dieser, ohne einem Kapitalbedarf der AktG. zu dienen, lediglich zum Schutz vor einer Überfremdung gefaßt ist und dabei durch die Art der Aktienbildung, -ausstattung und -begebung in die kapitalistischen Rechte der Minderheit ergreift. RG. 2951<sup>4</sup>

§ 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. RG. 2982<sup>20</sup>

§ 139 BGB. findet auch Anwendung, wenn bezüglich eines Mitverpflichteten die übernommene Verpflichtung unwirksam ist. RG. 3107<sup>19</sup>

§ 242 BGB. Verminderung der Aufwertungs-forderung aus einem sog. lebenswichtigen Verhältnis. Ablehnung der rückwirkenden Aufwertung, weil die Teilleistung dem Empfänger besondere Vorteile gebracht hat. RG. 3083<sup>7</sup>

§§ 242, 133, 157 BGB.; §§ 320 ff. BGB. Die Auseinandersetzung von Gesellschaftern kann dann nicht auf Grund des ursprünglichen Beteiligungsverhältnisses erfolgen, falls später — wenn auch von der falschen Auffassung der Inflationszeit beeinflusst — eine Neuordnung der Beteiligungsrechte erfolgt ist. RG. 2965<sup>9</sup>

■ § 252 BGB. Schadenserfaß. Auch eingetragener Spekulationsgewinn kommt unter Umständen in Betracht. Über abgesehen von der Frage, ob der Gegner mit dieser Möglichkeit rechnen mußte, kann dem Anspruch der Einwand entgegenstehen, daß die Spekulation auch mit Bankkredit durchführbar gewesen wäre. RG. 3088<sup>11</sup>

§ 276 BGB. Prima-facie-Beweis. Haftung einer Bank aus vorsätzlich falscher Auskunft. RG. 3117<sup>25</sup>

§§ 278, 405, 839, 823 Abs. 2 BGB.; Art. 131 RVerf. Die Erteilung einer Auskunft durch den Sparkassendirektor kann Gegenstand eines Vertrages sein, der bei Unrichtigkeit die Sparkasse zum Schadenserfaß verpflichtet. Mitverschulden, wenn nach Lage der Sache die Richtigkeit der Auskunft bedenklich erscheinen muß (Ablehnung anderer Haftungsgründe. RG. 3090<sup>12</sup> 3097<sup>13</sup>

§ 364 BGB.; § 1294 BGB. Behält der Gläubiger angebotene Akzente, so liegt darin im Zweifel keine Annahme als Erfüllung, sondern die Ausbeutung eines Zurückbehaltungsrechts mit der Verpflichtung, über die Verwendung Rechenschaft zu geben. OLG. Stuttgart 3143<sup>13</sup>

§§ 549, 257 BGB. Ist ein Mietvertrag mit einer Gesellschaftsfirma, deren Inhaber ein Einzelkaufmann ist, als Mieterin mit der Maßgabe geschlossen, daß die Unter-sagung 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. RG. 2946<sup>2</sup>

§§ 652 ff. BGB. 1. Der Immobilienmakler kann eine Nachweisprovision nicht fordern, wenn das dem Käufer nachgewiesene Objekt allgemein bekannt war. 2. Der Immobilienmakler kann Vermittlungsprovision fordern, wenn zwischen seiner vermittelnden Tätigkeit und dem Abschluß des

Kaufvertrages ein Zeitraum von zwei Jahren liegt. Es ändert sich nichts daran, wenn der Kaufvertrag unter Vermittlung eines zweiten Maklers zustande kam. *OLG. Darmstadt 3137<sup>4</sup>*

§ 667 ff., 279 *BGB.* Rechtsverhältnis zwischen deutschen Banken und ihren Londoner Zweigniederlassungen und insbesondere Rechtsstellung während des Krieges auf Grund der englischen Kriegsgesetze. Wann hat die Zweigniederlassung i. S. von § 667 *BGB.* etwas aus der Geschäftsbeförderung „erlangt“? *RG. 3099<sup>14</sup>*

§ 733 *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. *RG. 2945<sup>1</sup>*

§ 817 *BGB.* Dem Rückforderungsrecht des auf Grund eines gegen § 317 *BGB.* verstößenden Vertrags Geleisteten steht § 817 *BGB.* nur entgegen, wenn der Fordernde das Verbot der Abtretungsverpflichtung gekannt hat, was von vornherein nicht anzunehmen ist. *RG. 2963<sup>3</sup>*

§ 826 *BGB.* Der Inhaber eines Monopolbetriebes darf sich nicht durch Sperre eine bevorrechtigte Stellung in der Zwangsverwaltung des gesperrten Grundstücks oder gegenüber dem die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubiger beschaffen. Auch die Benutzung rechtskräftiger Vollstreckungstitel kann gegen die guten Sitten verstoßen. *RG. 3102<sup>15</sup>*

§ 826 *BGB.* Elektrizitätslieferungsvertrag. Ein Elektrizitätswerk, das eine monopolartige Stellung einnimmt, darf mangels entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung einem Abnehmer die Zufuhr elektrischer Energie sperren, wenn dieser Abnehmer bereits eine Eigenanlage hat und von dem Elektrizitätswerk lediglich Jagen. Reservestrom verlangt, zu einer Zeit, in der seine eigene Erzeugung versagt oder nicht ausreicht. *OLG. Hamm 3139<sup>7</sup>*

Bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft über die Ordnungsmäßigkeit eines Sparbuches kann schon Eventualbolus den Tatbestand des § 826 *BGB.* erfüllen. *RG. 3090<sup>12</sup> 3097<sup>13</sup>*

§ 826 *BGB.* Der Konvert., der den Elektrizitätsversorgungsvertrag nicht fortsetzt, hat keinen Anspruch auf Abschluß eines neuen Vertrags. *OLG. Frankfurt am Main 3146<sup>15</sup>*

§ 1154 *BGB.* Die Hypothekenbriefe können durch Einigung und Übergabe der Briefe nebst den — unausgefüllten — Zessionsurkunden übereignet werden, unter der Bedingung, daß der Übergang der Forderungen demnächst zustande komme, ohne daß der Erwerber zunächst schon Gläubiger der Hypothekenforderungen wird. *RG. 3119<sup>27</sup>*

§ 1190 *BGB.* Wird die Eintragung einer Höchstbetragshypothek in das Grundbuch durch dessen Beseitigung seitens der feindlichen Regierungen unmöglich, so kann die Hypothek nicht zur Entfischung gelangen. Keine Umdeutung in eine Abtretung der persönlichen Forderung unter Ausschluß der Hypothek. *RG. 3105<sup>18</sup>*

§ 1821 *Abf. 1 Biff. 1, 3 und 10 BGB.* 1. Der Verkauf der Anteile einer GmbH. durch einen Minderjährigen bedarf, auch wenn der eigentliche Gegenstand des Kaufvertrages ein Grundstück ist, welches der einzige Vermögensgegenstand der GmbH. ist, nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. 2. Der Besitz von Anteilen der GmbH. bedeutet noch nicht den Betrieb, ihre Veränderung, nicht die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts, die bei einem Minderjährigen der vormundschafts-

gerichtlichen Genehmigung bedürfte. 3. Bei dem gemeinsamen Verkauf von Anteilen einer GmbH., von denen ein Teil einem Minderjährigen gehört, bedarf die Bestimmung der Gesamthaftung aller Verkäufer, also die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit für jeden einzelnen Verkäufer bezüglich des Minderjährigen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. *RG. 3107<sup>19</sup>*

#### Gesetz über die Fälligkeit von Aufwertungshypotheken.

1. Zum Nachweis der Voraussetzungen des § 7 *Abf. 1 Satz 1 AufwFällG.* genügt es grundsätzlich nicht, wenn sich der Schuldner zur Erlangung der für die Rückzahlung des Aufwertungsbeitrages erforderlichen Mittel nur an eine Stelle gewandt hat. 2. Als eine Verletzung des Gesetzes ist es in der Regel anzusehen, wenn das *LG.* die Frage der Zahlung des Aufwertungsbeitrages in Teilbeträgen mit den Parteien nicht erörtert hat. *RG. 3125<sup>1</sup>*

#### Arbeitsrecht.

Der Urlaubanspruch entsteht grundsätzlich mit dem Stichtag. Kann er wegen Krankheit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht in Natur erfüllt werden, so verwandelt sich der Urlaubsanspruch in einen Geldanspruch. *RRArbG. 3155<sup>4</sup>*

Die Ausschlussfristen des Tarifvertrages für den Aachener Steinlohlenbergbau gelten nicht für die Urlaubsgütung. *RRArbG. 3153<sup>3</sup>*

#### Handelsgesetzbuch.

§§ 15, 143 *HGB.*; § 1967 *BGB.* Der Erbe eines aus einer OHG. ausgeschiedenen Gesellschafters haftet nicht für die nach dem Ausscheiden, jedoch vor Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister begründeten Gesellschafterschulden. *RG. 2998<sup>1</sup>*

§§ 15, 25 *HGB.* 1. Kein Haftungsausschluss für die Verbindlichkeiten einer mit Firma übernommenen und fortgeführten Zweigniederlassung, wenn es im Handelsregister und der Hauptniederlassung vermerkt ist; auch dann, wenn die Zweigniederlassung nicht im Handelsregister eingetragen war. 2. Persönliche Mitteilung an den Gläubiger ist unwirksam, wenn sie zwar für die zu gründende GmbH. als Übernehmerin gemacht, diese aber noch nicht gegründet war; der Schuldner ist auch der Einwand der Arglist verschlossen. *RG. 3076<sup>2</sup>*

§§ 17, 37 *HGB.*; § 14 *WbzG.*; §§ 1, 16 *UnWzG.*; § 12 *BGB.* Der frühere Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist berechtigt, der Firma seines als Einzelaufmann (15 Jahre später) neu gegründeten Geschäfts den Zusatz „früherer Mitinhaber der Firma Müller und Schulze“ hinzuzufügen. *OLG. Raumburg 3142<sup>11</sup>*

§§ 18 *Abf. 2, 37 Abf. 2 HGB.*; § 20 *Abf. 1 HGB.*; §§ 3, 13 *UnWzG.* Das Recht zur Beschwerde gegen einen Beschluß des Registerrichters, durch den die Änderung der Firma eines Dritten abgelehnt worden ist, steht nur demjenigen zu, dessen Firmenrecht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Ansprüche, die auf Grund unlauteren Wettbewerbes erhoben werden könnten, geben ohne die obige Voraussetzung das Beschwerderecht nicht. *RG. 3079<sup>3</sup>*

§ 24 *Abf. 2 HGB.* Nur der Gesellschafter, der bei der Gesellschaftsgründung seinen Namen nach § 19 *Abf. 1 HGB.* für die Firmenbildung hergegeben, hat im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft das

Widerprüchrecht gegen die Fortführung der Firma. *BahObLG. 2998<sup>7</sup>*

§§ 27, 31, 8, 22 *HGB.*; §§ 2205 ff. *BGB.* Bei Fortführung eines Handelsgeschäftes durch die Erben des verstorbenen Einzelaufmanns ist die Tatsache, daß Testamentsvollstrecker ernannt sind, im Handelsregister nicht einzutragen. Auch kann dadurch die Haftung der Geschäft und Firma fortsetzenden Erben für die Geschäftsschulden nicht in eine beschränkte im Sinne der Erbenhaftung umgewandelt werden. *RG. 3073<sup>1</sup>*

§§ 27, 28 *HGB.* Eine Erbengemeinschaft, die das ererbte Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma oder mit einem das Nachfolgeberhältnis andeutenden Zusatz weiterführt, verwandelt sich nach ungenügendem Ablauf der in § 27 *HGB.* bestimmten dreimonatigen Überlegungsfrist hinsichtlich des weiterbetriebenen Handelsgeschäftes nicht ohne weiteres in eine offene Handelsgesellschaft. *BahObLG. 3129<sup>3</sup>*

§§ 53, 108, 116, 126 *HGB.* Proturisten einer OHG. können das Erlöschen einer Procura auch nicht beim Vertretungsberechtigten Gesellschafter anmelden. *RG. 2995<sup>6</sup>*

§ 70 *HGB.* Ein Handlungsgehilfe, der — wenn auch gutgläubig — eine Strafanzeige gegen den Prinzipal erstattet, die sich als unbegründet erweist, gibt damit Grund zur fristlosen Entlassung. *RRArbG. 3152<sup>1</sup>*

§ 84 *HGB.*; § 394 *BGB.*; LohnbeschlG. Das LohnbeschlG. und damit das Aussetzungsverbot des § 394 *BGB.* finden auf Handlungsagenten keine Anwendung. Abgrenzung zwischen Handlungsagenten und Handlungsgehilfen. *RRArbG. 3152<sup>2</sup>*

§§ 133, 146, 148 *HGB.* Das Prozeßgericht ist zu Einwirkungen auf die Tätigkeit des Registergerichts nicht befugt. *RG. 2992<sup>1</sup>*

§ 159 *HGB.* Die fünfjährige Verjährungsfrist gilt auch dann, wenn wegen eines an sich einer kürzeren Verjährung unterworfenen Anspruchs während der Zugehörigkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft ergangen ist. *OLG. Jena 3141<sup>8</sup>*

§ 205 *BGB.* 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 GenVer. 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. *RG. 2956<sup>5</sup>*

§§ 222, 185, 207 *Abf. 3, 252 Abf. 2, 264, 266 Abf. 2, 268, 275 Abf. 1 und 2, 288, 301 Abf. 1 HGB.* 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 angehts 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. *RG. 2951<sup>4</sup>*

§§ 243, 317 *HGB.* Ein Vertrag zwischen den beiden nahezu gleichberechtigten Großaktionären über die Verpflichtung, die Hälfte des Aufsichtsrats nach den Vorschlägen des anderen Teils zu wählen, verstößt nicht gegen § 243 *HGB.* 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. Bei Verletzung der Vertragspflicht kann nicht Erfüllung, sondern nur Schadensersatz verlangt werden. — Streitigkeiten zwischen den Vertragsschließenden berechtigen nicht zur Kündigung der streitigen Vereinbarung (wichtiger Grund), insbes. nicht, wenn sie durch objektiv vertragswidriges Verhalten des Kündigenden veranlaßt sind. Stellung des Aufsichtsrats. RG. 2958<sup>6</sup>

§§ 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 einsetzenden Liquidation. RG. 2993<sup>2</sup>

Der nach § 268 Abs. 2 HGB. gewählte Prozeßvertreter ist Vertreter der AktG. und nicht der Aktionärminderheit. Das Registergericht kann an Stelle des von der GenVers. gewählten Vertreters, aber nicht neben ihn, einen Sondervertreter bestellen; ob es dies tun will, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab. BahObLG. 2998<sup>8</sup>

§ 271 HGB. Ein in dem ungerechtfertigten Ausschluß eines Aktionärs aus der GenVers. liegender Rechtsverstoß ist unerheblich, wenn die Beschlussfassung unter keinen Umständen auf dem Verstoß beruhen kann. RG. 2961<sup>7</sup>

§ 271 HGB. Die Anfechtungsklage kann auch auf Nichtigkeit des Beschlusses gegründet werden. Anfechtungsgründe aus Abschreibungen und Rücklagen können nur vom 20. Teil des Grundkapitals und nur nach Maßgabe der Satzung geltend gemacht werden. Die Gewinn- und Verlustrechnung kann durch Mitteilungen im Geschäftsbericht vervollständigt werden. Die Anfechtung der Bilanz wegen Verschleierung des Vermögensstandes ist nicht von einer Kapitalbeteiligung abhängig, kann auch nicht durch die Satzung ausgeschlossen werden. RG. 2948<sup>3</sup>

§ 317 HGB. Die Unwirksamkeit einer Abstimmungsverpflichtung liegt auch dann vor, wenn sie nicht in besonderem Vertrag, sondern im Rahmen eines Gesamtvertrages übernommen worden ist. RG. 2963<sup>8</sup>

§§ 363, 364, 366 HGB. 1. Ob im Einzelfall in der Übergabe eines Lieferzeichens eine Abtretung des Herausgabeanspruches zu finden ist, ist Tatfrage. 2. Der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbesugnis des Veräußerers besteht nicht, wenn dem Erwerber bekannt ist, daß derjenige, von dem der Veräußerer seine Rechte herleitet, zur Verfügung nicht berechtigt war. RG. 3079<sup>4</sup>

§ 369 HGB.; § 1294 BGB. Behält der Gläubiger angebotene Akzente, so liegt darin im Zweifel keine Annahme eines Zurückbehaltungsrechts mit der Verpflichtung, über die Verwendung Rechenschaft zu geben. OLG. Stuttgart 3143<sup>13</sup>

§§ 383 ff. HGB. Der Kommissionär ist berechtigt, an dem Kommissionsgut Eigentum nicht nur an den Käufer, sondern auch an einer Dritten zu übertragen, der zur Finanzierung des Kaufgeschäftes ein Darlehen gewährt. RG. 3104<sup>17</sup>

§§ 765 ff., 774 HGB. Die beschränkt persönliche Haftung des Reeders kann zwar über den Rahmen der §§ 765 ff. HGB. hinaus erweitert werden, aber nur dann, wenn eine Gefährdung des Schiffsgläubigerrechts in Frage kommt. RG. 3082<sup>5</sup>

### Goldbilanzverordnung.

§§ 4, 5 GoldbilanzV.; § 30 GmbHG.; § 242 BGB. 1. Umstellung der GmbH auf Goldmark. Umstellungsbeschluss ohne Goldmarkeneröffnungsbilanz ungültig. Keine Heilung durch spätere Bilanzaufstellung. 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 Aufwertung mit einer 1920 entstandenen Gegenrechnung. — Grundsätzliche Zulässigkeit der Aufrechnung mit Gewinnanspruch des Gesellschafters. RG. 2973<sup>15</sup>

### Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Stichtag für die Bestimmung des Abfindungsanspruches des Gesellschafters, dessen Geschäftsanteil eingezogen wird, ist nicht der Tag des Einziehungsbeschlusses (so RG. 125, 121), sondern der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Beschlusses durch Mitteilung an den Gesellschafter. RG. 3112<sup>21</sup>

§ 4 GmbHG.; § 22 HGB. Bildung einer GmbH. Firma mit Nachfolgesatz. RG. 2993<sup>3</sup>

§§ 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. Frühe Annahme, daß solche Übertragung eine Einzahlung bedeute, ist unbeachtlicher Strafrechtsirrtum. RG. 2991<sup>26</sup>

§ 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. RG. 2967<sup>11</sup>

§ 15 Abs. 6 GmbHG. Auch wenn jemand Gesellschafter einer GmbH. nur im Austrag eines anderen geworden und diesem gegenüber verpflichtet ist, seinen Anteil an ihn abzutreten, bedarf diese Abtretung der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Genehmigung der Gesellschaft. RG. 2967<sup>12</sup>

§ 19 GmbHG.; §§ 211, 220, 221 HGB. Die Abtretung oder die Pfändung von Stammeinlagerständen einer GmbH. ist nur zulässig, wenn der Gesellschaft für die Abtretung ein vollwertiges Entgelt zusteht, oder wenn der Anspruch des Pfändungspfandgläubigers im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Pfändungsbeschlusses gegenüber dem gepfändeten Einzahlungsanspruch vollwertig ist. RG. 2968<sup>18</sup>

§ 24 GmbHG. Im Falle der Kapitalerhöhung der GmbH. haften die Übernehmer der neuen Stammeinlagen für die Ausfälle der früheren. RG. 2969<sup>14</sup>

§ 34 GmbHG. 1. Ein Beschluss auf Neueinführung von Sonderleistungspflichten der Gesellschafter bedarf der Zustimmung sämtlicher — auch der nicht in der GenVers. erschienenen — Gesellschafter. Die letzteren können dem Beschluss hinterher formlos zustimmen. RG. 2975<sup>16</sup>

§ 42 GmbHG.; § 138 BGB. 1. Bilanzgenehmigungsbeschluss nichtig, wenn wertlose Patente mit hohem Wert eingezogen sind. 2. Keine Nichtigkeit, sondern nur Unsechtheit, wenn der Ankauf von Erfindungen (Patenten) gebilligt ist, die der Gesellschaft als Wertverbindungen schon zustanden. RG. 2976<sup>17</sup>

§§ 45, 47 GmbHG.; § 1041 Ziff. 2 BPO. Die Vereinbarung der beiden Gesellschafter einer GmbH., daß sie für die Bestimmung einer bestimmten Person als Ge-

schaftsführer stimmen müßten, ist unwirksam. Ein dazu verurteilender Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung. RG. 2978<sup>18</sup>

§§ 46, 70 GmbHG. 1. Nach Auflösung einer Gesellschaft, die den gemeinsamen Verkauf von Maschinen bezweckte, kann ein einzelner der bisherigen Gesellschafter nicht ohne weiteres von dem andern fordern, daß dieser das Teilgebiet seiner Maschinen unter der Firma der früheren Gesellschaft unterlasse. 2. Unterlassungsansprüche, die gegen eine Firma begründet sind, können auch gegen deren verantwortlichen Geschäftsführer verfolgt werden. 3. Ein Anspruch auf Widerruf von Ankündigungen besteht nur bei Verschulden des Ankündigenden. OLG. Köln 3141<sup>10</sup>

§§ 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. RG. 2980<sup>19</sup>

§ 53 GmbHG. Unterschied zwischen Einziehung und Erwerb eines Geschäftsanteils durch die Gesellschaft. RG. 2975<sup>16</sup>

### Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

§ 1 GenG.; §§ 20, 21 BGB. Voraussetzung für die Errichtung einer eingetragenen Genossenschaft (Erbbau einer Regelsporthalle durch die Genossenschaft, deren Genossen Mitglieder eines Reglerbundes sind). RG. 3109<sup>20</sup>

§ 16 GenG. Beschlüsse über Umstellung und Erwerb der Geschäftsanteile, die entgegen der ursprünglichen 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. RG. 2983<sup>20</sup>

§§ 22, 133, 82, 90 GenG. Der Beachtung dieser Vorschriften bedarf es nicht, wenn trotz der Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftung die Haftung der bisherigen Genossen gegenüber den Gläubigern der Genossenschaft nicht geändert wird. RG. 2994<sup>4</sup>

§ 65 GenG. Die Bestimmung eines von einer Genossenschaft mit einem Genossen abgeschlossenen Kaufvertrages, daß für den Fall des Austritts des Genossen ein Wiederkaufrecht vereinbart werde, bedeutet an sich nicht eine verbotene Erschwerung des Austritts. Diese kann nur in besonderen Bedingungen des Wiederkaufs liegen. RG. 3115<sup>23</sup>

§ 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 Nichtigkeit unbekannt war. RG. 2985<sup>21</sup>

§§ 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, Erbschaftsprüche gegen frühere Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats nicht geltend zu machen, es sei denn, daß der Beschluss der Generalversammlung anfechtbar oder nichtig ist. RG. 2996<sup>6</sup>

§§ 93 a ff. GenG. Mit wieviel Geschäftsanteilen tritt bei der Genossenschaftsfusion ein Mitglied der aufgelösten in die übernehmende Genossenschaft über? RG. 3126<sup>1</sup>

§ 146 GenG. 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. RG. 2990<sup>24</sup>

#### Kartellverordnung.

§ 1 KartV.; § 125 BGB.; § 1041 Abs. 1 ZPO. Die Schriftform nach der KartV. muß im öffentlichen Interesse streng ausgelegt werden. OLG. Stuttgart 3143<sup>12</sup>

§§ 1, 3 KartV.; § 138 BGB. Bei Abschluß beiderseitiger Exklusivverträge liegt eine dem Kartell ähnliche Abmachung vor, auf welche die Vorschriften der KartV. Anwendung finden. Zulässigkeit der Schiedsgerichtsklausel. Zulässigkeit von Strafdrohungen für absichtliche Verstöße gegen den Vertrag. OLG. Düsseldorf 3138<sup>6</sup>

§ 9 KartV. Rechtslage nach berechtigter Kündigung des Kartellverhältnisses durch einzelne Gesellschafter der sog. NebenleistungsGmbH. RG. 3112<sup>21</sup>

#### Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

§§ 1, 16 UmlWG.; § 4 GmbHG.; §§ 18, 24 BGB. Durch Werbung 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 Einzelfirma in eine GmbH. durch Aufnahme des Namens in deren Firma erhalten werden. RG. 2965<sup>10</sup>

§§ 1, 3, 5 UmlWG.; §§ 123, 276, 826 BGB. „Gratis“-Ankündigungen aller Art. Die Doppeldeutigkeit des Ausdrucks „Firma“ darf nicht zu Irreführungen ausgenutzt werden. Wird aus einem Text eine Stelle durch Druck oder auf andere Weise herausgehoben („Blickfang“), so erlangt sie hierdurch reklamemäßige Selbstständigkeit; sie darf daher auch dann nicht für sich betrachtet irreführend sein, wenn der weitere Text die Irreführung berechtigt. RG. 3131<sup>1</sup>

Die Grundsätze über die Verwechslungsfähigkeit zweier Firmen sind für § 30 BGB. und § 16 UmlWG. die gleichen; entscheidend nach § 16 UmlWG. ist die örtliche Priorität. RG. 3135<sup>2</sup>

#### Depotgesetz.

Im Falle des § 8 Abs. 2 DepotG. trifft die Beweislast für die Gutgläubigkeit nicht den Dritten, dem die Papiere übergeben worden sind. RG. 3114<sup>22</sup>

§§ 8, 9, 11 DepotG. 1. Das Vergehen des § 9 Abs. 1 DepotG. kann auch an solchen Wertpapieren begangen werden, die im Eigentum des Täters stehen. Es schadet auch nichts, daß der Täter, der als Bankier von seinem Kunden mit der Anschaffung und Aufbewahrung eines bestimmten Wertpapiers beauftragt war, das Kommissionsgeschäft durch Selbsteintritt ausgeführt hatte. 2. Zum Tatbestand des § 11 DepotG. RG. 3122<sup>30</sup>

Hypothekenbriefe sind auch dann keine „Wertpapiere“ i. S. von § 11 DepotG., wenn sie unter Hinzufügung von Blankozessionserklärungen übergeben worden sind. RG. 3119<sup>27</sup>

#### Wechselordnung.

Art. 4, 11 WD. Unlesbarkeit der Inblossamentunterschrift, wenn kein Firmen-

stempel vorliegt, führt zur Abweisung der Wechselklage. OLG. Nürnberg 3151<sup>3</sup>

#### Schiedsgesetz.

§ 21 SchiedG. Voraussetzungen der scheidrechtlichen Bereicherungsklage. RG. 3136<sup>5</sup>

#### Preussisches allgemeines Berggesetz.

§§ 94 ff. PrAllgBergG. Die Vertretungsmacht des Repräsentanten einer Gewerkschaft ist in den Fällen, wo der Repräsentant nach § 120 eines besonderen Auftrags der Gewerkschaftsversammlung bedarf, nur insoweit eingeschränkt, als zur Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Vertretungshandlung die Zustimmung der Gewerkschaftsversammlung erforderlich ist. Wird zum Nachweise der Zustimmung der Gewerkschaftsversammlung dem Grundbuchamt ein von dem „alleinigen Gewerken“ gefaßter Beschluß in notarieller Form vorgelegt, so braucht die Übertragung aller Rechte auf den beschließenden Gewerken dann nicht in der Form des § 29 BGB. nachgewiesen werden, wenn nach dem Inhalte des über die Versammlung aufgenommenen Protokolls der Gewerke die Versammlung als der im Gewerkenbuche als alleiniger Eigentümer aller Rechte Eingetragene abgehalten hat. RG. 3127<sup>2</sup>

#### 2. Verfahren.

##### Zivilprozessordnung.

§ 256 ZPO.; §§ 826, 825 BGB. Auch ein Kaufmann, der nicht Mitglied eines Börsenvereins ist, kann gegen den Verein Klage auf Feststellung der Rechtswirksamkeit eines gegen ihn ergangenen Ausschließungsbeschlusses erheben. OLG. Augsburg 3145<sup>14</sup>

§ 322 ZPO. Bei der Aufrechnung mit einer Gegenforderung darf nicht sowohl die Zulässigkeit der Aufrechnung, wie auch eventuell der Bestand der Gegenforderung verneint werden. Solche Eventualentscheidungen sind wegen der Ungewißheit über den Umfang der Rechtskraft unzulässig. RG. 3086<sup>10</sup>

§ 546 ZPO. 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. RG. 2948<sup>3</sup>

§ 547 ZPO. Wenn bei nichtvorhandener Revisionssumme auf Grund mehrerer gesellschaftlichen Bestimmungen der Anspruch begründet wird, aber nur bei einem Klagegrund die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig ist, kann das RG. auch trotz einheitlichen Tatbestandes sich nur mit dem privilegierten Klagegrund befassen. Die bisherige andere Rechtsauffassung wird fallen gelassen. RG. 3116<sup>24</sup>

§ 550 ZPO.; § 276 BGB. Nachprüfbarkeit des Kaufalzusammenhanges in der RevZust. Prima-facie-Beweis. RG. 3117<sup>25</sup>

§§ 719, 1282, 157 BGB. Wird vereinbart, daß eine OHG. bei einer Bank ein Guthaben unterhalten solle, das dem Debitsaldo ihrer Teilhaber als persönlicher Schuldner gleichkomme, so liegt darin nicht die Befugnis der Teilhaber, mit dem Aktivsaldo der Gesellschaft zugunsten ihrer persönlichen Passivsaldo aufzurechnen. RG. 3101<sup>15</sup>

§ 940 ZPO. Eine EinstwVerf. auf Versorgung mit Elektrizität setzt einen rechtlichen Anspruch darauf voraus. OLG. Frankfurt a. M. 3146<sup>15</sup>

§ 1041 Ziff. 2 ZPO.; §§ 45, 47 GmbHG. a. F. Die Vereinbarung der beiden Gesellschafter einer GmbH., daß sie für die Be-

stellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer stimmen müßten, ist unwirksam. Ein dazu verurteilender Schiedspruch unterliegt der Aufhebung. RG. 2978<sup>18</sup>

#### Arbeitsgerichts-gesetz.

§§ 2, 5 ArbGG. Provisionsvertreter werden im Weinhandel regelmäßig als selbstständige Kaufleute angesehen. ArbG. 3155<sup>1</sup>

#### Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

§ 69 ZwVerfG. Bestätigte Reichsbankpfand sind nicht Geld i. S. dieser Bestimmung. OLG. Königsberg 3148<sup>15</sup>

§ 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. OLG. Dortmund 3001<sup>1</sup>

#### Konkursordnung.

§ 17 KO. ist auf den Elektrizitäts- und Gaslieferungsvertrag anzuwenden. OLG. Königsberg 3150<sup>2</sup>

Elektrizitätsversorgungsverträge sind einheitliche Verträge i. S. § 17 KO. OLG. Frankfurt a. M. 3146<sup>15</sup>

§ 240 Ziff. 3 KO. Beim Konkursverfahren braucht die Konkursöffnung vom Vorsatz nicht mitumfaßt zu werden. Auf Seiten des Gehilfen genügt es daher zum Vorsatz, daß er dem Haupttäter wissenschaftlich dabei hilft, die Bücher so unklar zu führen, daß sie den Anforderungen, welchen sie dienen sollen, nicht genügen. RG. 2990<sup>24</sup>

#### Vergleichsordnung.

Eine das Ausscheiden eines Genossen aus einer eingetragenen Genossenschaft nach § 91 Ziff. 6 VerglO. v. 5. Juli 1927 hinauschiebende Stundung liegt dann nicht vor, wenn nach dem Inhalte des bestätigten Vergleichs hinsichtlich eines Teilbetrags der Forderung durch sog. Besserungsscheine nur eine ganz unbestimmte Aussicht auf eine zukünftige möglicherweise überhaupt nicht erfolgende Zahlung begründet wird. OLG. Dresden 3137<sup>5</sup>

#### Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 20 Abs. 1 FGG.; §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 2 FGG.; §§ 3, 13 UmlWG. Das Recht zur Beschwerde gegen einen Beschluß des Registerrichters, durch den die Änderung der Firma eines Dritten abgelehnt worden ist, steht nur demjenigen zu, dessen Firmenrecht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Ansprüche, die auf Grund unlauteren Wettbewerbes erhoben werden könnten, geben ohne die obige Voraussetzung das Beschwerderecht nicht. RG. 3077<sup>3</sup>

#### B.

#### Strafrecht.

##### Strafgesetzbuch.

§ 49 StGB. Beim Konkursvergehen braucht die Konkursöffnung vom Vorsatz nicht mitumfaßt zu werden. Auf Seiten des Gehilfen genügt es daher zum Vorsatz, daß er dem Haupttäter wissenschaftlich dabei hilft, die Bücher so unklar zu führen, daß sie den Anforderungen, welchen sie dienen sollen, nicht genügen. RG. 2990<sup>24</sup>

§§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. Der Kaufmann, der sich zum Zwecke der Ausübung seines Berufs mit der Führung von

Kraftwagen besaß, ist auch dann Berufsjahrer, wenn sich diese Tätigkeit im Rahmen der Berufsausübung nur als eine Hilfs- oder Nebenverrichtung darstellt. RG. 2990<sup>25</sup>

§ 246 StGB.; §§ 929, 164, 166, 116, 370, 611 BGB. Der geheime Wille, die zum Inkasso empfangenen Gelder für sich zu verwenden, schließt den Eigentumsübergang auf den Geschäftsherrn und damit die Unterschlagung nicht aus. Die Aufrechnung mit Provisionsansprüchen gegen Ansprüche auf Auszahlung einlassierter Prämien ist unzulässig, auch wenn der Agent Inkassoprovision hat. RG. 3118<sup>26</sup>

§ 263 StGB. Kreditbetrug durch Bezeichnung von Waren. OLG. Hamburg 3148<sup>17</sup>

§ 267 StGB. Zwar erfordert die Urkundenfälschung nur die — neben der Unrichtigkeit festzustellende — „abstrakte“ Rechts- und Beweiserheblichkeit der Urkunde, immer aber muß sich aus dem Inhalt der Urkunde selbst ergeben, daß sie allein oder in Verbindung mit anderen Beweismitteln für Rechte und Rechtsverhältnisse beweis-erheblich sein kann. RG. 3121<sup>28</sup>

§ 269 StGB. liegt nicht vor, wenn jemand, der von einem anderen ein Blankoaktzept erhält, damit er es nach weiterer Ausfüllung für den Auftraggeber diskontiere, das Akzept im eigenen Interesse ausfüllt und verwertet. OLG. Dresden 2999<sup>2</sup>

### Strafprozeßordnung.

§ 331 StPD. Erachtet das VG. 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 Umfange der weiteren Ersatzfreiheitsstrafe überschreiten. Die alsdann aus den festgesetzten Freiheitsstrafen zu bildende Gesamtfreiheitsstrafe darf nicht höher sein als die des ersten Urteils. RG. 2990<sup>24</sup>

## C.

### Steuerrecht.

#### Reichsabgabenordnung.

§§ 68, 234 ABGd.; § 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 verjährt ist. RFS. 3006<sup>2</sup>

§ 208 ABGd. Auch einzelne besondere Umstände können das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit und Zuverlässigkeit der gesamten Buchführung derart erschüttern, daß Schätzung des Gewinns unter Verwertung der ganzen Buchführung gerechtfertigt ist. RFS. 3156<sup>1</sup>

#### Reichsbewertungsgesetz.

§§ 28 Abs. 1, 30 Abs. 1, 33 Abs. 1, 47 Abs. 1 BewG. 1. § 30 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn ein offener Handelsgesellschafter in der Zeit zwischen dem Geschäftsabschlusse der OHG. 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 Darlehnsforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. RFS. 3018<sup>17</sup>

#### Einkommensteuergesetz.

§§ 6 Abs. 2, 17, 26—45, 29 Nr. 3, 37 Abs. 1 Nr. 2, 65 EinkStG.; § 82 ABGd. Ist zweifelhaft, ob wegen der Beteiligung eines Pfllichtigen an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft als Mitunternehmer eine einheitliche Gewinn- bzw. Verlustfeststellung zu treffen ist, oder verzögert sich die einheitliche Feststellung, so kann die Veranlagung des Pfllichtigen bezüglich der übrigen Einkünfte in entsprechender Anwendung des § 82 Abs. 1 ABGd. vorläufig vorgenommen werden. RFS. 3005<sup>1</sup>

§ 11 EinkStG.; § 6b KapVerStG. übernehmen die Gesellschafter einer GmbH. nach Maßgabe ihrer Beteiligung die Deckung eines Verlustes, und wird dabei die Berechnung des den Geschäftsführer treffenden Anteils mit rückständigen Gehaltsansprüchen vereinbart, so gelten diese Ansprüche nicht als zugellosen. RFS. 3156<sup>2</sup>

§§ 13, 37 EinkStG. Effetengeschäfte eines Kaufmanns (nicht Bankiers). Betriebs- und Privatvermögen. RFS. 3157<sup>3</sup>

§§ 13, 16, 12, 19 EinkStG. Behandlung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen einem Unternehmer und einer von ihm beherrschten GmbH. Entnahmen, Kapitalzuführungen, Aktivierungen, Bewertung auf lange gestundeter Forderungen. RFS. 3007<sup>3</sup>

§§ 18, 30 EinkStG. Übertragung von Gewinnbeteiligungen bei einer OHG. RFS. 3008<sup>4</sup>

#### Körperschaftsteuergesetz.

§ 11 Nr. 6 KorpStG. Legt eine Körperschaft Mitgliederbeiträge zinsbringend an, so stellen die Zinsen keine Mitgliederbeiträge dar. RFS. 3010<sup>6</sup>

§§ 13, 18 KorpStG.; § 13 EinkStG. Die Verpflichtung einer AktG., ihr Vermögen bei der Liquidation an Nicht-Aktionäre auszuschütten, kann nicht in einem mit der Vermehrung des Vermögens wachsenden Passivposten zum Ausdruck gebracht werden. RFS. 3010<sup>6</sup>

§§ 15 Nr. 3, 17 Nr. 3 und 4, 11 Nr. 3 KorpStG. a) Ist der zur Abdeckung einer Unterbilanz zur Verfügung stehende Jahresgewinn größer als die Unterbilanz, so sind nach dem Ur. v. 16. April, IA 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. RFS. 3012<sup>7</sup>

#### Kapitalverkehrssteuergesetz.

§ 6a KapVerStG. Die Schaffung neuer Stammeinlagen für die bisherigen Gesellschafter einer GmbH. durch Verwendung des unverteilten Reingewinns des letzten Jahres begründet keine Gesellschaftsteuerpflicht. RFS. 3013<sup>8</sup>

§ 6a KapVerStG. 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. RFS. 3013<sup>9</sup>

§ 6c KapVerStG. 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 § 6c gegeben. RFS. 3014<sup>10</sup>

§ 6e KapVerStG. Verschmelzen sich zwei ausländische AktG., von denen die eingeschmolzene Gesellschaft eine inländische Niederlassung besaß, und wird diese Niederlassung als solche von der aufnehmenden Gesellschaft fortgeführt, so gilt das in ihr angelegte Kapital als der Niederlassung neu zugewendet. RFS. 3015<sup>12</sup>

§ 12 KapVerStG. 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 Gesellschaftern der aufnehmenden Gesellschaft zu machen. RFS. 3014<sup>11</sup>

#### Ausführungsbestimmungen zum Kapitalverkehrssteuergesetz.

§ 9 AusfVest. z. KapVerStG. Entstehung der Steuerschuld bei Kapitalerhöhung in der Inflationszeit und aufgewertete Zahlung im Jahre 1928. RFS. 3016<sup>13</sup>

#### Gründerwerbsteuergesetz.

§ 1 GrErwStG.; § 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 um deswillen als steuerpflichtig ansehen, weil die beiden Personen durch den vorausgegangenen Erwerb aller Anteile aus § 1 GrErwStG. i. Verb. mit § 5 ABGd. steuerpflichtig geworden sind. RFS. 3020<sup>19</sup>

§ 1 GrErwStG.; § 5 ABGd. überträgt ein einzelner Teilhaber einer sog. Grundstücksmobilisierungsgesellschaft einen Geschäftsanteil auf eine andere Person, so ist die Unterstellung möglich, daß die Veräußerung eines entsprechenden Grundstücksbruchteils durch die Veräußerung des Geschäftsanteils ersetzt ist. Die Anwendung von § 5 ABGd. ist also nicht ausgeschlossen. RFS. 3019<sup>18</sup>

§ 3 GrErwStG. 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. RZf. 3023<sup>20</sup>

§ 8 Nr. 1 GrErmStG. Sehen sich zwei Eheleute, die zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes verbunden sind, in der Weise auseinander, daß dem Ehemann das ganze mit Hypotheken belastete Grundstück (der einzige Gesellschaftsgegenstand) überwiesen wird, während die Ehefrau nichts erhält, so ist Steuerpflicht in Höhe des halben Grundstückwertes begründet, ohne daß § 8 Nr. 1 in Frage kommt. RZf. 3023<sup>21</sup>

§ 8 Nr. 1 GrErmStG. Sehen sich zwei Eheleute, die zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes verbunden sind, in der Weise auseinander, daß dem Ehemann das ganze mit Hypotheken belastete Grundstück (der einzige Gesellschaftsgegenstand) überwiesen wird, während die Ehefrau nichts erhält, so ist Steuerpflicht in Höhe des halben Grundstückwertes begründet, ohne daß § 8 Nr. 1 in Frage kommt. RZf. 3160<sup>6</sup>

### Umsatzsteuergesetz.

§§ 2 Nr. 14, 16 UmsStG. 1926. Rückvergütungen eines Konsumvereins an seine Mitglieder sind dem umsatzsteuerpflichtigen Entgelt zuzurechnen, soweit der Betrag der Rückvergütungen dadurch erhöht wird, daß in ihm auch durch den Verkauf an Nichtmitglieder erzielte Gewinne enthalten sind. RZf. 3158<sup>4</sup>

§ 8 UmsStG. 1926. Eine Fabrik, die auf Grund der mit ihren Kunden (Detailgeschäften) abgeschlossenen Verträge entweder diesen die Verpflichtung auferlegt, ihrerseits einen bestimmten Prozentsatz der Rechnungsbeiträge für Zeitungsreklame zu verwenden, oder selbst für sie in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Rechnungsbeiträge Zeitungsreklame betreibt, ist in Höhe des vollen Rechnungsbetrages, ohne Rücksicht auf die für Reklame verwandten Prozentsätze, umsatzsteuerpflichtig. RZf. 3159<sup>5</sup>

§ 8 UmsStG. 1926. Eine Fabrik, die auf Grund der mit ihren Kunden (Detailgeschäften) abgeschlossenen Verträge entweder diesen die Verpflichtung auferlegt, ihrerseits einen bestimmten Prozentsatz der Rechnungsbeiträge für Zeitungsreklame zu verwenden, oder selbst für sie in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Rechnungsbeiträge Zeitungsreklame betreibt, ist in Höhe des vollen Rechnungsbetrages, ohne Rücksicht auf die für Reklame verwandten Prozentsätze, umsatzsteuerpflichtig. RZf. 3018<sup>16</sup>

§ 8 Abs. 1 UmsStG. Wenn ein Gewerbetreibender Notstandsarbeiten i. S. von § 5 der Best. v. 30. April 1925 (RGBl. I, 53) für Körperschaften des öffentlichen Rechtes als Unternehmer ausführt, so sind bei ihm die Arbeitslöhne, die er von der vereinbarten Vergütung an Erwerbslose zahlt, nicht durchlaufende Posten. RZf. 3017<sup>15</sup>

### Preuß. Stempelsteuergesetz.

ArtSt. 7 Abs. 1 b, 10 II c RStempStG.; §§ 78, 79 Durchf. Best. z. KallWStG. vom

18. Juli 1919. Die Übertragung der Beteiligungsziffer am Kallabjah ist Verpachtung, nicht Kauf. RG. 2986<sup>22</sup>

§ 7 Abs. 9 Nr. 3 RStempStG. Verstempe lung eines Vertrages, durch den ein Recht gegen Lieferung von Strom auf gegeben wird. Keine Anwendung der für Kauf- und Lieferungs geschäfte gegebenen Befreiungsvorschrift. RG. 2988<sup>23</sup>

### Preussische Gewerbesteuerverordnung.

§ 5 Abs. 1 PrGewStVd. Aufwendungen einer GmbH., die sie anlässlich ihrer Gründung für Gesellschaftssteuer machen muß, gehören zu den Werbungskosten und können daher vom Ertrage der Gesellschaft abgezogen werden. PrDVBG. 3025<sup>1</sup>

§ 5 Abs. 1 PrGewStVd.; § 52 EinkStG. Die gemäß § 52 EinkStG. bei der Festsetzung der Einkommensteuer vorzunehmenden Abzüge kommen bei der Gewerbesteuer nach dem Ertrage nicht in Betracht. RG. 3026<sup>2</sup>

### Preussische Hauszinssteuerverordnung.

§ 4 a HauszinsStVd. v. 2. Juli 1926 u. v. 27. April 1927. Die Vergünstigung aus § 4 HauszinsStVd. wegen eigennutzter gewerblicher Räume ist nicht gegeben, wenn der Nutzer der Räume eine Einzelperson oder Handelsgesellschaft ist, die ihrerseits alleinige Gesellschafterin der Grundstücks-GmbH. ist (sog. Einmanggesellschaft). PrDVBG. 3161<sup>2</sup>

### Preuß. Gesetz betr. die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen.

§§ 1, 2, 6, 18 HausStG.; §§ 44, 55 RGewD.; Art. V PrGef. v. 22. Mai 1852. 1. Kaufleute und andere Personen, welche ein stehendes Gewerbe betreiben und außerhalb des Ortes ihrer gewerblichen Niederlassung ohne vorherige Aufforderung und bei jedermann Warenbestellungen suchen, sind der Haussteuer auch dann unterworfen, wenn sie von den Waren, auf welche sie Bestellungen suchen, nur Proben oder Muster mit sich führen. 2. Die Verjährungsfrist für die Steuerzuzwiderhandlung beträgt fünf Jahre. RG. 3121<sup>29</sup>

### Preuß. Handelskammerbeiträge.

Auf die Verjährung von Handelskammerbeiträgen finden die Vorschriften des Gesetzes über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Angaben v. 18. Juni 1840 (GS. 140), nicht diejenigen der KommAbgD. Anwendung. In analoger Anwendung des § 53 GewStVd. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) und seiner Ergänzungen ist die Erhebung von Vorauszahlungen auf die Handelskammerbeiträge zulässig. PrDVBG. 3161<sup>1</sup>

## D.

### Sonstiges öffentliches Recht.

#### Reichsverfassung.

Art. 131 RVerf.; § 1 RPostG. vom 22. Mai 1910; § 71 WStG. 1. Durch den Postcheckvertrag wird ein rein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Reich und dem Postcheckkunden begründet, es entstehen keine dienstlichen Hoheitsrechte, da-

her keine Haftung des Reiches auf Grund des RPostG. und der RVerf. für amtliche Versehen der Postcheckkunden. RG. 3116<sup>24</sup>

### Gewerbeordnung.

§ 34 GewD. Das sich durch die Art des Pfandgegenstands und die nicht bankmäßige Geschäftsführung vom bankmäßigen Lombardgeschäft unterscheidende gewöhnliche Pfandleihgeschäft ist erlaubnispflichtig. DVBG. Dresden 3001<sup>5</sup>

§§ 42, 44, 44 a, 55 GewD. Eine Legitimationskarte genügt für die Tätigkeit des Reisenden nur, soweit sich das Aufsuchen von Bestellungen im Rahmen des § 44 III bewegt. BayObLG. 3130<sup>1</sup>

§ 55 Abs. 1 Nr. 1 GewD.; Art. 1 Nr. 1 BayHausStG. Zum Begriffe des Feilbietens von Waren im Umherziehen. BayObLG. 3131<sup>2</sup>

### Betriebsrätegesetz.

§ 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. RArbG. 3003<sup>1</sup>

### Reichsverorgungsgesetz.

§ 77 RVerfOrgG.; VerfOrgG. v. 11. Nov. 1926. Ein auf Grund des RVerfOrgG. eingetragenes Veräußerungsverbot wirkt nicht gegenüber einem früher eingetragenen Wiederkaufrecht. RG. 3115<sup>23</sup>

### Preuß. Sparkassenrecht.

Gefälligkeitsspargbuch. Auskunftsvertrag. RG. 3090<sup>12</sup> 3097<sup>13</sup>

## E.

### Ausländische Gesetze, Friedensverträge u. ä.

#### Österreich.

Auch nach dem OstGmbHG. können Nachschüsse vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen nur eingefordert werden, wenn eine bezügliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage enthalten ist. OGH. Wien 3027<sup>1</sup>

#### Ungarn.

Die in Ungarn eingetragene Vertretung einer ausländischen AktG. besitzt eine von der Rechtspersönlichkeit der ausländischen Gesellschaft verschiedene Rechtspersönlichkeit nicht. Ladung und Prozesseinlassung der Filiale wirkt für und gegen die Muttergesellschaft. Ung. Rgl. Kurie 3027<sup>2</sup>

#### England.

Klage aus einem Papiermarktscheck in England. Court of Appeal 3163<sup>1</sup>

#### Kriegsrecht.

Rechtsverhältnis zwischen deutschen Banken und ihren Londoner Zweigniederlassungen und insbes. deren Rechtsstellung während des Krieges auf Grund der englischen Kriegsgesetze. RG. 3099<sup>14</sup>