

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwarter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Die Gleichstellung der GmbH. mit ihren Gesellschaftern

Von Rechtsanwalt Dr. Kurt Schumacher, Berlin

Inhaltsübersicht

A. Grundsätzliches.

I. Die GmbH. ist grundsätzlich mit ihren Gesellschaftern gleichzustellen.

II. Ausnahmen von dem Gleichstellungsgrundsatz.

B. Die praktische Auswirkung des Gleichstellungsgrundsatzes.

I. Die Gleichstellung im Bereich der Mängelhaftung.

II. Die Gleichstellung bei der Gläubigerbenachteiligung.

III. Die Gleichstellung bei der Stimmausübung.

IV. Die Gleichstellung bei der Kapitalbeteiligung.

V. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen der Gesellschafter.

VI. Die Gleichstellung bei der Geschäftsführung.

VII. Sonstige Fälle der Gleichstellung.

*

A. Grundsätzliches

I. Die GmbH. ist grundsätzlich mit ihren Gesellschaftern gleichzustellen

Es wird allgemein als eine Selbstverständlichkeit und juristische Notwendigkeit angesehen, zwischen der GmbH. und dem Unternehmen einerseits und ihren Gesellschaftern andererseits einen scharfen Trennungsstrich zu ziehen. Das Unternehmen wird von der GmbH. betrieben; die Gesellschafter selbst haben mit dem Unternehmen nichts zu tun. Ihre Stellung erschöpft sich in der Kapitalbeteiligung und der Mitgliedschaft innerhalb der GmbH. als juristische Person.

Die Anschauung der beteiligten Volkskreise ist aber gerade entgegengesetzt. Jeder, der die Wirklichkeit kennt, weiß, daß auch der GmbH.-Gesellschafter das Unternehmen der GmbH. als sein eigenes Unternehmen betrachtet, daß er die Geschäfte der GmbH. als seine eigenen Geschäfte ansieht. Eine Rechtsentwicklung, die Wert auf Klarheit und Volksverbundenheit legt, wird daher prüfen müssen, ob die spitzfindige Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern im Hinblick auf die Anschauungen der Praxis noch aufrechterhalten werden kann¹⁾.

Als einziger Grund für die Trennung von Gesellschaftern und Gesellschaft kommt in Frage, daß das Gesetz die GmbH. als besondere Rechtspersönlichkeit ausgestaltet hat, daß also

juristisch die GmbH. einerseits und die Gesellschafter andererseits verschiedene Personen sind.

Dieser Grund erweist sich indessen bei näherer Prüfung nicht als stichhaltig.

Wenn der Gesetzgeber die GmbH. mit besonderer Rechtspersönlichkeit ausgestattet hat, so war hierfür der einzige Zweck, die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter durchzuführen.

Zur Verwirklichung der Haftungsbeschränkung standen dem Gesetzgeber zwei Möglichkeiten zur Verfügung, die seinerzeit eingehend gegeneinander abgewogen worden sind²⁾. Der Gesetzgeber konnte entweder an die OHG. anknüpfen und gleichsam eine OHGmbH., eine KommGes. ohne Komplementäre, schaffen. Vielleicht wäre diese Gesellschaftsausgestaltung, die seinerzeit von der Berliner Kaufmannschaft befürwortet wurde³⁾, besser den Anforderungen der Praxis gerecht geworden. — Oder der Gesetzgeber konnte die Aktiengesellschaft zum Vorbild nehmen und nur die Organisation der Aktiengesellschaft zwangloser ausgestalten. Diesen Weg hat der Gesetzgeber bekanntlich beschritten. Er hat wie bei der Aktiengesellschaft die Haftungsbeschränkung dadurch verwirklicht, daß er zwischen die Gesellschafter und das Unternehmen eine juristische Person eingeschaltet hat, auf deren Vermögen sich die Haftung gegenüber den Unternehmensgläubigern beschränkt, während die Gesellschafter nur durch eine der Höhe nach beschränkte Einlage zur Bildung des Vermögens dieser juristischen Person beitragen und im übrigen nicht haften.

Man darf nicht übersehen, daß die Ausgestaltung der GmbH. als juristische Person also nur ein gesetzestechnisches Hilfsmittel war, um die Haftungsbeschränkung in die Tat umzusetzen. Nur soweit die vermögensrechtliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Unternehmensgläubigern in Frage steht, besteht daher ein Anlaß, zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter zu unterscheiden.

Wenn das Recht in einer Personenvereinigung eine juristische Persönlichkeit erblickt, so heißt das nur, daß diese Personenvereinigung Vermögenssubjekt ist, eigene Rechte und Pflichten hat, ebenso wie eine natürliche Person. Daß die GmbH. juristische Person ist, besagt im Grunde auch nur, daß sie ihre eigenen Rechte und Pflichten hat, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 Abs. 1 u. 2 GmbHG.).

II. Ausnahmen von dem Gleichstellungsgrundsatz

Es steht somit nach geltendem Recht nichts im Wege, die GmbH. und ihre Gesellschafter grundsätzlich gleichzustellen, soweit nicht die Vermögenszuständigkeit und die Haftung in Frage steht. In letzterer Beziehung muß allerdings nach wie vor zwischen dem Vermögen der GmbH. und dem der Gesellschafter scharf getrennt werden.

Wenn im übrigen Gesellschaft und Gesellschafter gleichzustellen sind, so ist das jedoch nur ein Grundsatz, der nicht

¹⁾ Vgl. Feine, „GmbH.-Recht“ in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Abt. III, Bd. 3 S. 1 ff.

²⁾ Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin, 1888, S. 66.

¹⁾ Vgl. auch Crisolti in Ann. JW. 1934, 2969 und Culcmann in der Ann. JW. 1936, 3471.

ausnahmslos und schematisch angewendet werden kann. Die Struktur der einzelnen Gesellschaften in der Praxis ist so verschieden, daß eine unterschiedlose Behandlung der Gesellschaften nicht richtig sein kann. Man denke nur auf der einen Seite an die Einmann-GmbH. und auf der anderen Seite an die GmbH. mit 50 und mehr Mitgliedern, die ihrem Wesen nach mehr der Aktiengesellschaft entspricht.

Ob bei einer GmbH. von dem Grundsatz der Gleichstellung eine Ausnahme zu machen ist, wird man nur von Fall zu Fall entscheiden können. Maßgebend wird sein, ob nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten eine Unternehmergesellschaft oder nur eine Kapitalgesellschaft vorliegt, d. h. ob die einzelnen Gesellschafter nach den gesamten Umständen als Unternehmer oder nur als Kapitalbeteiligte zu betrachten sind. Ausschlaggebend ist hierbei, welche Herrschaftsmacht den einzelnen Gesellschaftern innerhalb des Unternehmens zusteht, welchen Einfluß sie auf die Organisation und die Geschäfte nehmen. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Gesellschafter selbst Geschäftsführer sind, da sie ihren Einfluß ebensovoll durch abhängige Geschäftsführer zur Geltung bringen können. Einen gewissen äußeren Anhalt bieten das Maß der Beteiligung, die Zahl der sonstigen Gesellschafter und die persönlichen Verhältnisse⁴⁾.

Andererseits wird der Gleichstellungsgrundsatz auch auf einige Typen der Aktiengesellschaften auszudehnen sein, insbesondere auf die Einmann-Aktiengesellschaft und die Familienaktiengesellschaft, und wird auf das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft im Konzernrecht nicht ohne Einfluß bleiben können.

B. Die praktische Auswirkung des Gleichstellungsgrundsatzes

I. Die Gleichstellung im Bereich der Mängelhaftung

Wo in einem gesetzlichen Tatbestand das Wissen und Wollen einer Person erheblich ist, z. B. bei den Willensmängeln, bei dem gutgläubigen Erwerb, bei arglistigem Verhalten, führt der Gleichstellungsgrundsatz dazu, es auch auf die Person der Gesellschafter abzustellen⁵⁾. Bisher hat man das vertretungsberechtigte Gesellschaftsorgan, die Geschäftsführer, allein als maßgebend angesehen und das Wissen und Wollen der Gesellschafter für unerheblich erklärt.

Wenn die Gesellschafter nicht zugleich auch Geschäftsführer sind, wird es auf die Kenntnis und den Willen der Gesellschafter oft allerdings deshalb nicht ankommen, weil die Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft allein führen und die Gesellschafter von den Einzelheiten der laufenden Geschäfte keine Kenntnis haben. Wenn indessen die Gesellschafter von den einzelnen Geschäften Kenntnis haben oder wenn sie sogar für die einzelnen Geschäfte den Geschäftsführern Anweisung erteilen, liegt kein Hindernis vor, auch die innere Einstellung der Gesellschafter für die Beurteilung der Geschäfte zu werten.

Wenn beispielsweise die Gesellschafter jemanden unter arglistiger Täuschung zum Abschluß eines Geschäftes mit ihrer GmbH. veranlassen, den Geschäftsführer selbst aber in bestem Glauben lassen, so können die Gesellschafter bei der Anwendung des § 124 BGB. nicht als Dritte angesehen werden. Ein weiteres Beispiel ist die Arglist des Verkäufers im Bereich der Mängelhaftung. Wenn die Gesellschafter z. B. wissen, daß das von ihrer GmbH. verkaufte Haus schwammverdächtig ist, so muß die verschärfte Mängelhaftung wegen Arglist nach §§ 460, 463, 474 ff. BGB. auch dann Platz greifen, wenn der Geschäftsführer von den Mängeln keine Kenntnis hat, etwa weil er die Geschäftsführertätigkeit erst vor kurzem aufgenommen hat. Dieses Ergebnis entspricht durchaus der Billigkeit, denn man kann unter diesen Umständen erwarten, daß der Gesellschafter seinem Geschäftsführer Aufklärung gibt.

Das RG. hat hierzu grundsätzlich noch nicht Stellung genommen. Einen Anhaltspunkt für den Standpunkt des RG. gibt eine Entscheidung, die sich mit der Anfechtung eines

Rechtsgeschäfts wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der GmbH. (§ 119 Abs. 2 BGB.) beschäftigt⁶⁾.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine GmbH. hatte mit einer Firma einen Vertrag geschlossen, der in besonderem Maße auf die Vertrauenswürdigkeit der Vertragspartner abgestellt war. Der Hauptgesellschafter der GmbH. — es handelte sich um eine Familien-GmbH. — war indessen denkbar unzuverlässig. Er war nicht selbst Geschäftsführer, sondern sein minderjähriger Sohn, leitete aber auf Grund einer Vollmacht tatsächlich die GmbH.

Daß die Anfechtung wegen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der GmbH. in diesem Fall durchgreifen mußte, war nach natürlichem Empfinden nicht zweifelhaft. Das RG. ist in seiner Entscheidung auch zu diesem Ergebnis gekommen. Doch ist die Begründung eine unbefriedigende Kompromißlösung. Sie stellt es in erster Linie darauf ab, daß der Gesellschafter als gewillkürter Vertreter des Geschäftsführers die Gesellschaft vertritt. „Sie (die Gesellschaft) kann die Organe für ihr Handeln wechseln, aber solange sie das nicht tut, und gerade dann, wenn, wie hier, der zum Handeln Berufene zugleich als Gesellschafter im Innern das Tun und Lassen der Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 45 ff. GmbHG. beherrscht, sind in Ansehung zu erwartenden Handelns die Eigenschaften des Berufenen als für sie maßgebend und kennzeichnend anzusehen.“ Diese Begründung ist insofern bedenklich, als es für die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. wegen Irrtums über die persönlichen Eigenschaften des Vertragspartners nur auf diesen selbst, nicht auf seinen Bevollmächtigten ankommt.

Das RG. scheint die Zweifelhaftigkeit der Begründung zu fühlen und gibt gleichsam eine Hilfsbegründung mit den Worten: „und gerade dann, wenn der zum Handeln Berufene zugleich als Gesellschafter im Innern das Tun und Lassen der Gesellschaft beherrscht“. Diese Nebenbemerkung zeigt die richtige Lösung des Falles: Für die persönlichen Eigenschaften kommt es weniger auf die Geschäftsführer an, die, wie das RG. selbst bemerkt, jederzeit vom Gesellschafter abberufen werden können, noch weniger auf einen bevollmächtigten Vertreter des Geschäftsführers. In erster Linie muß vielmehr die Person des Gesellschafters als maßgeblich angesehen werden, da es in seiner Macht steht, die Geschäftsführer auszuwählen und mit Weisungen zu versehen.

Das RG. schließt diesen Teil der Entscheidungsgründe mit der allgemeinen Bemerkung: „Bei einer Familien-GmbH. bildet die GmbH. nur die Rechtsform, unter der der geschäftliche Betrieb geführt wird. Dann läßt sich . . . die Gleichstellung der Gesellschafter mit der vor und hinter ihr stehenden natürlichen Person im praktischen Leben bis zu einem gewissen Umfang nicht vermeiden.“

So dankenswert dieser Satz ist, so ist er doch viel zu eng und vorsichtig. Die Ausdrucksweise, daß die Gleichstellung „sich nicht vermeiden lasse“ zeigt, daß das RG. die Gleichstellung als etwas Unbefriedigendes und Unnatürliches betrachtet. Daß das RG. die Gleichstellung auf Familiengesellschaften beschränkt, entbehrt der inneren Berechtigung. Wenn sich mehrere zu einer GmbH. zusammenschließen, von denen jeder gleichmäßig unzuverlässig ist, so wird man hier, obwohl von einer Familiengesellschaft nicht die Rede sein kann, die Anfechtung in gleicher Weise zulassen müssen.

Wenn es sich nicht um eine Familiengesellschaft oder eine Einmann-GmbH. handelt, werden allerdings dann Schwierigkeiten auftreten können, wenn nur bei einzelnen Gesellschaftern persönliche Eigenschaften vorliegen, die zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. berechtigen. Man wird es in diesen Fällen darauf abstellen müssen, wie groß der Einfluß dieser einzelnen Gesellschafter auf die Geschäftsführung der GmbH. ist.

II. Die Gleichstellung

bei der Gläubigerbenachteiligung

Bei Durchführung des Gleichstellungsgrundsatzes bietet auch die Anfechtung von Rechtshandlungen der GmbH. wegen Gläubigerbenachteiligung keine Schwierigkeiten. Die Benachteiligungsabsicht der Gesellschafter

⁴⁾ Vgl. RG.: JZ. 1926, 600.

⁵⁾ So auch Brodmanu § 2 Ann. 8a für die Einmanngesellschaft.

⁶⁾ RG. 143, 429 = JZ. 1934, 1783.

wird man genügen lassen, auch wenn beim Geschäftsführer eine Benachteiligungsabsicht nicht besteht.

Wenn die R.D. (§§ 31 Nr. 2, 32 Nr. 2) und das AnFG. (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 u. 4) bei Geschäften zwischen dem Schuldner und gewissen nahen Angehörigen die Anfechtung erleichtern, wird man es bei der GmbH. für das Angehörigenverhältnis auf die Person der Gesellschafter abzustellen haben. Andernfalls würde man zu dem Ergebnis kommen, daß bei einer GmbH. die Verwandtenanfechtung überhaupt nicht möglich ist⁷⁾.

Das RG. hat zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Für das Gebiet des Aufwertungsrechts hat das RG. die nahen Angehörigen der Gesellschafter als nahe Angehörige der Gesellschaft selbst angesehen⁸⁾.

In dieser Entscheidung spricht das RG. auch beiläufig von der Angehörigeneigenschaft im Sinne der R.D. und des AnFG. Seine Ausführungen lassen erkennen, daß es hier ebenfalls die Gleichstellung befürwortet. Daß gerade auf diesem Gebiete der nationalsozialistische Gesetzgeber die Gleichstellung anstrebt, zeigt § 108 Abs. 2 Bergf.D.

Geschäfte zwischen der Gesellschaft und nahen Angehörigen der Geschäftsführer wird man, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, nicht der Anfechtung unterwerfen. Wenn das Rechtsgeschäft mit nahen Angehörigen nur eines Gesellschafters abgeschlossen ist, wird man die Anfechtung zulassen müssen, gleichviel in welchem Maß der Gesellschafter an der GmbH. beteiligt ist⁹⁾.

III. Die Gleichstellung bei der Stimmrechtsausübung

Die Gleichstellung ist von besonderer Bedeutung für die Beurteilung der Stimmrechtsausübung, vor allem in den Fällen, wo auch der Gesellschafter eine Gesellschaft — GmbH. oder Aktiengesellschaft — ist, wo es sich also um das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft handelt.

Es müssen hier zwei Fälle unterschieden werden:

- Kann eine Gesellschaft A in der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft B mitstimmen, wenn zwar nicht unmittelbar gegenüber der Gesellschaft A, wohl aber gegenüber einer Mutter- oder Tochtergesellschaft ein Stimmrechtsverbot gegeben ist?
- Hat die Tochtergesellschaft in der Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft ein Stimmrecht?

Bei der Beurteilung der Frage a hatte das RG. früher einen formalen Standpunkt eingenommen¹⁰⁾. Es hatte aus dem Umstand, daß mehrere Rechtspersönlichkeiten in Frage stehen, die Folgerung gezogen, daß ein Stimmrechtsverbot gegen die eine Rechtspersönlichkeit nicht auch ein Stimmrechtsverbot gegen die beherrschende oder die abhängige juristische Person begründet¹¹⁾. Auch das Schrifttum hatte die Ausdehnung des Stimmrechts überwiegend abgelehnt¹²⁾.

Jetzt hat das RG.¹³⁾ die Stimmrechtsverbote auch auf die Tochtergesellschaften ausgedehnt. In der Entscheidung legt das RG. zwar Gewicht auf die Tatsache, daß es sich um eine Familiengesellschaft handelte. Doch läßt die allgemein gehaltene Begründung der Entscheidung vermuten, daß das RG. ebenso entscheiden würde, wenn es sich nicht um eine solche handelte.

Die Gründe des Urteils lassen eine Ausdehnung des Stimmrechtsverbotes auch für den Fall angezeigt erscheinen, wo die Muttergesellschaft abstimmt, das Stimmrechtsverbot sich aber gegen die Tochtergesellschaft richtet.

⁷⁾ Scholz; JW. 1935, 1522 und GmbHRdsch. 1934, 851 ff.; ZJ. 1926, 581; a. M. die h. L., z. B. Mengel, „RD.“ § 31 Anm. 14, Jaeger, „RD.“ § 31 Anm. 30, Warneier, „AnFG.“ S. 113.

⁸⁾ RGZ. 130, 340 = JW. 1931, 582.

⁹⁾ Scholz a. a. O.

¹⁰⁾ RGZ. 115, 246 ff. (252) = JW. 1927, 672.

¹¹⁾ Hierin lag ein gewisser Rückschritt und Widerspruch gegenüber den Entscheidungen RGZ. 104, 128 und 108, 41 = JW. 1924, 679.

¹²⁾ Vgl. z. B. Scholz § 47 Anm. VI 3 a; Feine S. 454 mit weiteren Nachweisen; a. M. Brodmann § 47 Anm. 6 a, der die Ausdehnung des Stimmrechtsverbots im Einzelfall zuläßt.

¹³⁾ RGZ. 146, 385 = JW. 1935, 1550; vgl. auch Hamburg: HansRGZ. 1936, B 382.

Auch für die Abstimmung der Tochtergesellschaft in der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft (Fall b) ist das Gleichheitsprinzip durchzuführen.

Es ist davon auszugehen, daß für eigene Aktien und Geschäftsanteile das Stimmrecht ruht. Das RG. hat dies für die GmbH. bereits in RGZ. 103, 64 ff. (66) unter Billigung des Schrifttums¹⁴⁾ ausgesprochen.

Für die Aktiengesellschaft ist dieser Standpunkt vom Gesetzgeber durch die Novelle 1931 im § 221 Abs. 5 HGB. = § 65 Abs. 7 AktG. zur Anerkennung gebracht worden.

Die Frage, ob auch das Stimmrecht für die Tochtergesellschaft gehörigen Anteile an der Muttergesellschaft in der Gesellschafterversammlung ruht, war streitig. Für das Aktienrecht hatte sie die Novelle 1931 nicht entschieden. Das RG.¹⁵⁾ hatte die Frage verneint mit der Begründung, daß der Novellengesetzgeber es hätte zum Ausdruck bringen müssen, wenn er das Ruhen des Stimmrechts hätte anordnen wollen.

Für das Aktienrecht ist diese Entscheidung durch § 114 Abs. 6 AktG. überholt. Danach kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden für Aktien, die einem abhängigen Unternehmen gehören.

Aber auch für das GmbH.-Recht wird man den Standpunkt des RG. ablehnen und sich der Regelung des AktG. anschließen müssen. Denn diese Regelung ergibt sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits aus den Grundsätzen, die in den früheren Entscheidungen RGZ. 103, 64 und 146, 385 = JW. 1935, 1550 ausgesprochen und oben wiedergegeben worden sind. In der letzteren Entscheidung hat das RG. die Stimmrechtsverbote auf abhängige Gesellschaften mit der Begründung ausgedehnt, daß bei der Beherrschung der abhängigen Gesellschaft doch nur der Wille der beherrschenden Gesellschaft bei der Abstimmung zum Ausdruck kommt. Wenn aber in einer Stimmabgabe durch die Tochtergesellschaft nur der Wille der beherrschenden Gesellschaft zum Ausdruck kommt, so würde in der Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft ihr eigener Wille „mitbestimmend sein bei Beschlüssen, die gerade erst gegeben sollen, was die Gesellschaft eigentlich will“. Aber gerade dieser Gedanke war es, der das RG. in RGZ. 103, 64 dazu veranlaßt hat, das Stimmrecht für die eigenen Geschäftsanteile ruhen zu lassen.

IV. Die Gleichstellung bei der Kapitalbeteiligung

Es entsteht die Frage, ob die Tochtergesellschaft Geschäftsanteile an der Muttergesellschaft erwerben kann, wenn der Muttergesellschaft der Erwerb eigener Anteile verboten wäre¹⁶⁾.

Für den Fall, daß die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft oder KommGes. a. A. ist, ist seit der Novelle 1931 im § 226 Abs. 4 Satz 1 HGB. = § 65 Abs. 5 AktG. ausgesprochen, daß die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden Gesellschaft nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen erwerben oder als Pfand nehmen darf.

Für den Fall, daß die herrschende Gesellschaft eine GmbH. ist, fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung. Doch wird der gesetzgeberische Gedanke der aktienrechtlichen Regelung hier zu demselben Ergebnis führen. Denn der innere Grund für diese Bestimmung liegt nicht in den Besonderheiten des Aktienrechts, sondern in dem Verhältnis zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft.

Ähnliches gilt für die Beteiligung der abhängigen Gesellschaft an dem Kapital der herrschenden. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung¹⁷⁾ ist für die Aktiengesellschaft im § 226 Abs. 4 Satz 2 HGB. = § 51 Abs. 2 AktG. die Kapitalbeteiligung eines abhängigen Unternehmens verboten worden. Dieses Verbot wird auch ohne ausdrückliche

¹⁴⁾ Brodmann § 33 Anm. 2 b; Scholz § 33 Anm. IV 3; Feine S. 420 mit Nachweisen.

¹⁵⁾ RGZ. 149, 305 = JW. 1936, 919; schon früher RGZ. 103, 64 a. E.

¹⁶⁾ Zum Beispiel nach § 226 HGB., § 33 GmbHG.

¹⁷⁾ RGZ. 108, 41 = JW. 1924, 679.

Gesetzesbestimmung auf den Fall auszudehnen sein, wo die Muttergesellschaft eine GmbH. ist¹⁸⁾.

Man wird bei der Beurteilung der Kapitalbeteiligung mit der Gleichstellung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft weiter gehen müssen als bei der Beurteilung des Stimmrechts. Während beim Stimmrecht die Gleichstellung nur Platz greift, wenn die Muttergesellschaft maßgebenden Einfluß auf die Willensbildung der Tochtergesellschaft hat, wird man bei jeder noch so geringen Kapitalbeteiligung die Gleichstellung durchführen müssen. Denn solange die Gesellschaft A an der Gesellschaft B beteiligt ist, würde eine Beteiligung der Gesellschaft B an der Gesellschaft A, d. h. eine Kapitalzuführung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, wirtschaftlich betrachtet nur eine Rückzahlung des Kapitals bedeuten. Dies zeigen z. B. die folgenden Bilanzen, wo die Gesellschaften A und B gegenseitig bei der anderen mit 40% beteiligt sind:

Gesellschaft A			Gesellschaft B	
Aktiva			Passiva	
40 000 RM Beteiligung an B		100 000 RM	Stammkapital	
60 000 RM sonstiges Vermögen				
<u>100 000 RM</u>				

Gesellschaft B			Gesellschaft A	
Aktiva			Passiva	
40 000 RM Beteiligung an A		100 000 RM	Stammkapital	
60 000 RM sonstiges Vermögen				
<u>100 000 RM</u>				

Jede der beiden Gesellschaften hat also im Grunde nur Vermögenswerte von 60 000 RM. Nur durch die gegenseitige Beteiligung weisen die Bilanzen ein Vermögen von 100 000 RM auf.

Auch praktisch besteht keinerlei Bedürfnis für derartige Machenschaften. Wenn die Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft überflüssiges Kapital zuführen will, mag die Tochtergesellschaft die der Muttergesellschaft gehörigen Anteile nach § 33 Abs. 2 GmbHG. erwerben oder nach § 34 GmbHG. einzuziehen. Dies würde wirtschaftlich denselben Erfolg haben und es würden die ungesund und irreführenden Gesellschaftsverschachtelungen vermieden werden.

Im übrigen sei noch bemerkt, daß auch eine Kurs- oder Dividendengarantie der Tochtergesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft nach § 211 HGB., § 30 GmbHG. für unzulässig angesehen werden muß.

V. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen der Gesellschafter

Die Gleichstellung von Gesellschaftern und Gesellschaft führt zu der rechtlichen Folgerung, daß auch die Gesellschaftsanteile mit dem Gesellschaftsvermögen gleichzustellen sind, daß das Unternehmen unmittelbar als Vermögensbestandteil, als Sondervermögen der Gesellschafter betrachtet wird.

Betrachtet man das Gesellschaftsvermögen nur als Sondervermögen der Gesellschafter, so kann man die Überführung von Gegenständen aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen der Gesellschafter — und umgekehrt — wirtschaftlich nicht als Eigentumswechsel ansehen. So hat das RG. in der Aufwertungsrechtsprechung bei Übertragung von Grundstücken aus dem Gesellschaftsvermögen in das Vermögen des einzigen Gesellschafters die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB. i. Verb. m. § 20 oder 22 AufwG. abgelehnt, wenn ein Hypothekengläubiger die Aufwertung für eine inzwischen zurückgezahlte Hypothek verlangte¹⁹⁾: Erwerber und Veräußerer seien dieselbe natürliche Person, wenn auch in verschiedener rechtlicher Gestalt²⁰⁾. In dem umgekehrten Fall,

wo zwar wirtschaftlich, nicht aber formell ein Eigentumswechsel vorliegt — sämtliche Aktien einer Grundstücksgesellschaft gehen in andere Hände über —, hat das RG. mit Recht jedoch den Schutz des guten Glaubens ebenfalls abgelehnt²¹⁾: Für den guten Glauben ist nur dann Platz, wenn das Grundstück wirtschaftlich und formell den Eigentümer wechselt.

Im Aufwertungsrecht hat das RG. die Identität weiter insofern bejaht, als es für die Bemessung der Aufwertung einer gegen die GmbH. gerichteten Forderung nicht nur die Vermögensverhältnisse der GmbH., sondern auch die des alleinigen Gesellschafters für maßgebend erklärt hat²²⁾.

Die Behandlung des Gesellschaftsvermögens als Sondervermögen der Gesellschafter hat weiter zur Folge, daß die Veräußerung aller Geschäftsanteile ebenso zu behandeln ist, als wenn das Gesellschaftsvermögen selbst veräußert wird.

Das RG. hat sich nach anfänglichem Schwanken schließlich dazu bekannt, regelmäßig in der Veräußerung sämtlicher Anteile gleichzeitig die Veräußerung des Gesellschaftsunternehmens zu erblicken²³⁾.

Diese Auffassung wirkt sich praktisch insbesondere dahin aus, daß die Mängelhaftung beim Verkauf der Geschäftsanteile sich nicht nach den Vorschriften für Rechtsmängel (§ 437 BGB.) richtet, sondern nach den Vorschriften über Sachmängel (§§ 459 ff. BGB.): Dies ist insbesondere für den Umfang der Haftung und für die Verjährung von Bedeutung.

Eine weitere praktische Konsequenz liegt darin, daß, wenn für die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens eine Genehmigung erforderlich ist, diese auch für die Veräußerung von Geschäftsanteilen zu fordern ist. So hat das RG. angenommen, daß die Veräußerung aller Anteile einer Gewerkschaft nach der Bek. v. 18. März 1918 genehmigungspflichtig ist, wenn die Veräußerung des der Gewerkschaft gehörenden Grundstücks unter diese Bekanntmachung fällt²⁴⁾.

Ebenso ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung z. B. nach § 1821 Ziff. 1 BGB., § 1822 Ziff. 3 BGB. erforderlich, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke oder ein Erwerbsgeschäft gehören²⁵⁾.

Das RG. nimmt die Gleichstellung des Vermögens offenbar nur vor, wenn sämtliche Gesellschaftsrechte vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen²⁶⁾. Wenn sämtliche Anteile von einem Veräußerer auf mehrere Erwerber übertragen werden, scheint das RG. nur dann eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens selbst annehmen zu wollen, wenn zwischen den verschiedenen Erwerbern eine „wirtschaftliche Verbundenheit“ besteht²⁷⁾.

Dieser Standpunkt ist jedoch zu eng. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise steht nichts entgegen, in der Übertragung von 50% der Anteile die Übertragung des halben Gesellschaftsvermögens zu erblicken. Wo die Grenze liegt, wird man der Entscheidung des Einzelfalles überlassen müssen. Es wird darauf abzustellen sein, ob die Beteiligten nach den Umständen des Falles einen Teil des Gesellschaftsvermögens oder nur ein Mitgliedschaftsrecht zu veräußern beabsichtigen. Nach der Rechtsprechung des RG. bietet das Maß der Beteiligung, die Zahl der beteiligten Gesellschafter und das persönliche Verhältnis der Gesellschafter zum Geschäftsbetrieb einen Maßstab²⁸⁾.

¹⁸⁾ RG.: JW. 1928, 154.

¹⁹⁾ RG.: JW. 1931, 39.

²⁰⁾ So jetzt RGZ. 120, 283 = JW. 1928, 1392; RGZ. 124, 166 = JW. 1929, A 2519; früher RGZ. 86, 146 = JW. 1915, 143; RGZ. 98, 289; 100, 200.

²¹⁾ RGZ. 113, 163 = JW. 1926, 1664, wo allerdings mehr auf den allgemeinen Wortlaut und die besondere volkswirtschaftliche Bedeutung der Bek. v. 18. März 1918 abgestellt wird; a. M. RGZ. 104, 42 für das Vorkaufsrecht nach dem RestbG.

²²⁾ RGZ. 1934, A 89; JW. 1926, 600; a. M. RGZ. 133, 7 = JW. 1931, 3107.

²³⁾ JW. 1930, 3470.

²⁴⁾ RGZ. 122, 373 ff., insbes. C. 382 = JW. 1929, 574.

²⁵⁾ RG.: JW. 1926, 600.

¹⁸⁾ Brodmann § 55 Anm. 3a.

¹⁹⁾ RGZ. 119, 126 = JW. 1928, 620.

²⁰⁾ Vgl. noch RG.: JW. 1927, 1431; RG.: JW. 1930, 256; RGZ. 130, 340 = JW. 1931, 582; RGZ. 130, 390 = JW. 1931, 2731; RG.: JW. 1932, 728.

VI. Die Gleichstellung bei der Geschäftsführung

Sinngemäß der Vertretungsbefugnis würde das Gleichstellungsprinzip dazu führen, die Erklärungen der Gesellschafter als die Erklärungen der Gesellschaft anzusehen, also die Gesellschafter unmittelbar als vertretungsberechtigte Organe anzuerkennen. Dieses Ergebnis würde aber in Widerspruch zu § 35 GmbHG. stehen, wonach die Vertretungsbefugnis bei den Geschäftsführern liegt.

Für die Lösung dieses Widerspruchs ist auf das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern zurückzugehen, wie es nach dem GmbHG. grundsätzlich ausgestaltet ist. Danach bildet die Gesellschafterversammlung das oberste Gesellschaftsorgan, ist aber nach außen hin mundtot. Die nach außen gerichteten Erklärungen müssen vielmehr vom Geschäftsführer abgegeben werden, der seinerseits von der Gesellschafterversammlung abhängig ist. Die Willensbildung gehört also zur Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, die Willensäußerung zu der der Geschäftsführer.

Aus dieser Regelung kann man aber nicht folgern, daß auch die Willensäußerung der Gesellschafterversammlung Dritten gegenüber stets unbeachtlich sein muß. Wenn z. B. die Gesellschafterversammlung beschließt, mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abzuschließen, und wenn sie dieses Rechtsgeschäft mit dem in der Gesellschafterversammlung anwesenden Dritten sofort selbst abschließt, so ist kein vernünftiger Grund einzusehen, warum der Geschäftsführer, der in der Gesellschafterversammlung nicht anwesend war, später den Geschäftsabschluß wiederholen oder genehmigen muß, um ihn wirksam zu machen²⁹⁾. Denn man darf nicht vergessen, daß die Gesellschafterversammlung die Macht hat, ihren Willen durch den Geschäftsführer in die Tat umzusetzen, außerstenfalls indem sie einen widerspenstigen Geschäftsführer durch einen anderen ersetzt.

Zweckmäßigkeitsgründe sprechen allerdings dafür, zur Erhaltung des Überblicks alle Geschäfte einheitlich durch die Hand der Geschäftsführer laufen zu lassen. Doch kann dieses Interesse nicht für so wichtig angesehen werden wie der Schutz der Allgemeinheit, die mit Recht darauf vertraut, daß die Gesellschaft die Beschlüsse ihres obersten Organs anerkennt.

Bei der Einmangengesellschaft gibt es keine „Gesellschafterversammlung“ und keine „Beschlüsse“. Es genügt hier der formlose Entschluß des Gesellschafters. Man muß daher die Erklärungen des Einmangengesellschafters, die dieser für die Gesellschaft abgibt, als für die Gesellschaft bindend ansehen, auch wenn der Geschäftsführer nicht zustimmt³⁰⁾.

Wenn man durchaus eine juristische Konstruktion braucht, um dieses praktisch durchaus natürliche Ergebnis gegenüber § 35 GmbHG. zu rechtfertigen, so mag man bedenken, daß der Einmangengesellschafter oder die Gesellschaftsversammlung jederzeit sich selbst zum alleinigen vertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellen kann. Da für die Wirksamkeit der Vertretungsbefugnis die Eintragung im Handelsregister nicht Wesensmerkmal ist, muß in der Abgabe von Erklärungen gegenüber Dritten gleichzeitig die schlüssige Legitimation der Gesellschafterversammlung bzw. des Einmangengesellschafters zur Vertretung der Gesellschaft gesehen werden.

Die Vertretungsbefugnis kann aber nur der Gesamtheit der Gesellschafter oder der ordnungsmäßig berufenen Gesellschafterversammlung zugestanden werden, nicht aber schon der Gesellschaftermehrheit oder einem herrschenden Gesellschafter. Es ist selbstverständlich, daß Dritte sich auf die Erklärungen der Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, nicht ein-

zulassen brauchen und Erklärungen der Geschäftsführer selbst verlangen können.

Beachtungswert für die Praxis ist die Ansicht des RG.³¹⁾, die dem herrschenden Gesellschafter, der die tatsächliche Oberleitung in der GmbH. hat, die steuerlichen Pflichten eines Geschäftsführers auferlegt. Man wird dies auch auf die Pflichten ausdehnen müssen, die dem Geschäftsführer nach dem GmbHG., z. B. § 64, obliegen, und man wird auch in diesen Fällen die gegen den Geschäftsführer gerichteten Strafvorschriften auf den alleinigen Gesellschafter anzuwenden haben, wenn diesen ein Verschulden trifft.

Hinzuweisen ist schließlich in diesem Zusammenhang auf § 35 Abs. 2 DebG., wonach Anbieterspflichten, die dem Eigentümer obliegen, in gleicher Weise auch von dem zu erfüllen sind, der durch „eine Erwerbsgesellschaft ... die Verfügungsmacht über den Gegenstand ausübt“, d. h. also von dem beherrschenden Gesellschafter.

VII. Sonstige Fälle der Gleichstellung

Zum Schluß sollen einige weitere Tatbestände aufgeführt werden, in denen der Gleichstellungsgrundsatz praktische Bedeutung erlangt hat.

So hat das RG. die Beurteilung des Einmangengesellschafters persönlich zur Vorlegung der Gesellschaftsbilanz für zulässig erklärt, denn eine Leistung sei für den Einmangengesellschafter nicht unmöglich, wenn sie für die Gesellschaft möglich sei³²⁾.

Ein Schuldner der Gesellschaft befreit sich durch eine Leistung, die irrtümlich statt an die Gesellschaft auf ein Privatkonto des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers vorgenommen wird³³⁾.

Das RG. hat sogar für einen Gläubiger des Einmangengesellschafters den Zugriff in das Gesellschaftsvermögen im Wege des Arrestes zugelassen³⁴⁾.

Bei der Vollstreckung gegen eine GmbH. sind bei Bewilligung des Vollstreckungsschutzes auch die Verhältnisse der Gesellschafter mit zu berücksichtigen³⁵⁾. Und umgekehrt wird bei der Vollstreckung der GmbH. dem Schuldner der Vollstreckungsschutz zu gewähren sein, wenn es die Verhältnisse der Gesellschafter angezeigt erscheinen lassen, z. B. wenn der Schuldner seinerseits Ansprüche gegen die Gesellschafter persönlich hat³⁶⁾.

Zu Unrecht hat das RG.³⁷⁾ die Gleichstellung in einem Fall abgelehnt, der ein Börsentermingeschäft betraf: Ein Terminunfähiger hatte ein unverbindliches Terminsgeschäft mit einer GmbH. abgeschlossen; der alleinige Gesellschafter hatte die Schuld an die Gesellschaft beglichen. Das RG. ist der Ansicht, der Schuldner könne der Erfassung der Gesellschaft nicht den Terminseinwand entgegenhalten, weil dieser mit der Gesellschaft nicht identisch sei.

Für das Warenzeichenrecht hat das RG. entschieden³⁸⁾, daß Geschäftsbetrieb und Zeicheninhaberschaft auseinanderfallen, wenn das Zeichen für den alleinigen Gesellschafter eingetragen ist, der Betrieb aber von der Gesellschaft ausgeübt wird. Das RG. hat in diesem Fall also die Lösungsklage für begründet angesehen. Dieses Ergebnis steht aber in Widerspruch mit der oben wiedergegebenen Aufwertungsrechtsprechung des RG., wo es das Gesellschaftsvermögen gleichsam als ein Sondervermögen der Gesellschafter angesehen hat.

Zu Unrecht hat das RG. auch für die Frage, ob eine GmbH. die deutsche Staatsangehörigkeit i. S. des § 7 PrStaatshaftG. hat, die Person des Gesellschafters für un-

²⁹⁾ StW. 1936 Nr. 532.

³⁰⁾ RGZ. 99, 232. Zustimmung Brodmann, „GmbHG.“ § 2 Anm. 8. Anders aber RG.: JW. 1922, 1520 f.

³¹⁾ RG.: JW. 1912, 794.

³²⁾ RG.: „Recht“ 1905, 743. Zustimmung Brodmann a. a. O., der aber den Gesellschaftsgläubigern ein Widerspruchsrecht nach § 771 P.D. einräumt. Anders aber ständige Rechtsprechung, z. B. RGZ. 85, 383 = JW. 1915, 35.

³³⁾ RG. Berlin: JW. 1933, 2474.

³⁴⁾ RG.: JW. 1936, 2476.

³⁵⁾ RGZ. 85, 382 = JW. 1915, 35.

³⁶⁾ RG.: JW. 1927, 103⁹.

²⁹⁾ So auch Brodmann, „GmbHG.“ § 36 Anm. 2 e.

³⁰⁾ Urd. M. RG.: JurWbJ. 1929, 1750; für die Aktiengesellschaft RG.: JW. 1928, 397; doch hat das RG. anerkannt, daß die Genehmigung der Gesellschaft zur Teilung und Veräußerung von Geschäftsanteilen auch durch die Gesellschafter ausgesprochen werden kann, obwohl an sich der Geschäftsführer hierfür allein zuständig ist: RGZ. 130, 45 = JW. 1930, 3738; RGZ. 142, 36 = JW. 1933, 2833; vgl. auch RGZ.: JW. 1929, 2205. Brodmann, „GmbHG.“ § 2 Anm. 8 will den alleinigen Gesellschafter als den geborenen Geschäftsführer anerkennen, wenn ein besonderer Geschäftsführer nicht vorhanden ist.

beachtlich angesehen³⁹⁾. Anders dagegen die Rechtsprechung des RFG., der für den Ort der Leitung eines Unternehmens es auf den Aufenthaltsort des herrschenden Gesellschafters abstellt, nämlich dann, wenn der Gesellschafter in wichtigen Geschäften selbst das entscheidende Wort mitspricht, so daß er als Seele und Kopf der Geschäftsführung anzusehen ist und die gesetzlichen Vertreter nur seine ausführenden Organe sind⁴⁰⁾.

Für das Gebiet des Sozialversicherungsrechts wird man die Hauptgesellschafter als Betriebsunternehmer ansehen müssen, so daß nach § 544 RVD. ihnen bei einem Unfall kein Versicherungsschutz zu gewähren ist⁴¹⁾.

Ein Beispiel dafür, daß die Gleichstellung nicht ausnahmslos durchgeführt werden darf, bietet der Tatbestand des § 1197 Abs. 2 BGB., wonach für Eigentümergrundschulden die Verzinsung der Grundschuld ruht. Wenn der Einmangengesellschafter Gläubiger einer auf dem Grundstück der GmbH ruhenden Grundschuld ist, so hat eine Verzinsung der Grundschuld trotzdem stattzufinden⁴²⁾. Denn hier handelt es sich lediglich um die Frage der Vermögenszugehörigkeit.

Im Prozeßrecht wird allgemein die Gleichstellung abgelehnt. Aus dem Satz, daß die Gesellschaft gerichtlich durch

³⁹⁾ RG.: JW. 1934, 2969 mit ablehnender Anm. von Crifolli.

⁴⁰⁾ StW. 1936 Nr. 377; vgl. StAnpG. § 15 Anm. 2.

⁴¹⁾ Anb. M. ständige Rechtsprechung des RVerfSt. z. B. JW. 1928, 1955.

⁴²⁾ RG.: HöchstRpPr. 1929, 389.

ihren Geschäftsführer vertreten wird (§ 35 Abs. 1 GmbHG.), schließt man, daß der Gesellschafter Dritter ist, ebenso wie ein Mitglied einer sonstigen juristischen Person⁴³⁾.

Der Gesellschafter wird daher von der Gerichtspraxis allgemein als Zeuge zugelassen, auch gilt er nicht nach § 41 Nr. 1 ZPO. als kraft Gesetzes vom Richteramt ausgeschlossen⁴⁴⁾. Dasselbe gilt für den Strafprozeß nach §§ 61 Nr. 2, 22 StPO., wo bei Straftaten gegenüber der GmbH. der Gesellschafter nicht als Verletzter anzusehen ist⁴⁵⁾.

Man kann wohl sagen, daß die herrschende Gerichtsübung alles andere als volkstümlich ist. Jemand, der ein Unternehmen in Form einer GmbH. betreibt, ist genau so befangen wie jemand, der das Unternehmen als Einzelfirma oder in Form einer OHG. betreiben würde.

Eine gewisse Lockerung seiner formalen Einstellung läßt das RG. in einer neueren Entscheidung erkennen⁴⁶⁾, wo es nach §§ 17, 22 UntWG. die Erzeugerfirma zum Strafantrag für berechtigt ansieht in dem Fall, wo unmittelbar lediglich die Betriebsgesellschaft verletzt ist, sofern die Erzeugerfirma maßgebend an der Betriebsgesellschaft beteiligt ist.

⁴³⁾ Zum Beispiel Jonas Vor § 373 Anm. I 2.

⁴⁴⁾ Doch kann die Gesellschafterversammlung nicht zum Schiedsrichter für Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft bestimmt werden (RG. 55, 326).

⁴⁵⁾ RGSt. 69, 127 = JW. 1935, 1787.

⁴⁶⁾ RG.: JW. 1936, 3471 mit zustimmender Anm. von Eulemann.

Das Einzelhandelschutzgesetz und seine Auslegung

Von Regierungsrat Dr. W. Britsch, Referent im Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministerium

I.

JW. 1937, 1137 ff. weist Assessor Walter Haars, Hamburg, unter der Überschrift „Das Einzelhandelschutzgesetz und die Ausdehnung des Verkaufs auf eine ‚artfremde Ware‘“ darauf hin, daß das EinzelhandelSchG. lediglich wegen der ihm beigegebenen Strafbestimmung ganz gelegentlich in den Gesichtskreis der Staatsanwaltschaften und Strafgerichte tritt, daß ihm aber im übrigen weder von Seiten der Richter noch insbesondere von den Rechtsanwälten das gebotene Interesse entgegengebracht wird. Dies sei um so mehr zu bedauern, weil das EinzelhandelSchG. nicht nur für jeden im Wirtschaftsleben Beteiligten — alle Stufen vom Erzeuger zum Verbraucher eingeschlossen — seine Wirkungen äußere, sondern weil vor allem diese Gesetzesmaterie in ihrer praktischen Anwendung allzu sehr in den Bereich einer zweckbestimmten und damit notwendig einseitigen Betrachtungs- und Anwendungsweise gelangt sei. Haars führt dabei treffend aus, daß in Zusammenhang mit der Anwendung des Runderlasses des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 10. Jan. 1936, V 26152/35, von dem er die wichtigsten Stellen wörtlich zitiert, erhebliche Schwierigkeiten bei Auslegung und Anwendung des EinzelhandelSchG. aufgetaucht sind, die nicht so sehr von der Seite des Gesetzes, als vielmehr von der des praktischen Wirtschaftslebens aus hervorgerufen werden. In diesem Zusammenhang wird mein Aufsatz „Der Arzneimittelvertrieb in Einzelhandelsgeschäften“ im „Ministerialblatt für Wirtschaft“ Nr. 6 v. 27. April 1936, S. 74 f. für die Auffassung zitiert, daß der in Frage stehende Runderlaß des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 10. Jan. 1936 in Wirklichkeit die Analogietatbestände des § 3 EinzelhandelSchG. (Ziff. 5 und 6) um den dritten, der sich „artfremde Ware“ betitelt, erweitere. Dies gibt mir Anlaß, in Zusammenhang mit einem in der Tagespresse der letzten Zeit besprochenen amtsgerichtlichen Strafurteil über den Rahmen meines Aufsatzes in der „Textilzeitung“ v. 1. Juni 1937 Nr. 130 hinaus zu dem EinzelhandelSchG. und seiner Auslegung, insbesondere zu der rechtlichen Bedeutung und Rechtsgültigkeit des Erlasses des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 10. Jan. 1936, V 26152/35, Stellung zu nehmen.

Das EinzelhandelSchG. v. 12. Mai 1933 hatte ursprünglich ausschließlich dem Zwecke gedient, eine sofortige wirksame Sperre für die Vermehrung der Zahl der vorhandenen Einzelhandelsverkaufsstellen aufzurichten. Es hat damit keineswegs eine endgültige Regelung für die Zulassung zum Einzelhandel treffen können, sondern in E. lediglich zu einer solchen Regelung die gesetzgeberischen Voraussetzungen geschaffen. Dieser Auffassung entspricht es auch, daß das EinzelhandelSchG. im Wege mehrfacher Änderung in seinen Tatbeständen umgewandelt worden ist und im Wege der DurchfVd. v. 23. Juli 1934 eine Auslegung erfahren hat, die zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht, wohl aber weit über den durch die Präambel des ursprünglichen Gesetzes vorgezeichneten Inhalt hinausgegangen ist. Das ursprüngliche Sperrgesetz ist de facto in ein Zulassungsgesetz umgewandelt worden, wobei die Zulassung zum Einzelhandel, sei es, daß ein Antragsteller eine Verkaufsstelle errichten, sei es, daß er sie übernehmen will, an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wird. Solche Voraussetzungen sind die in Ziff. I DurchfVd. aufgestellten Erfordernisse der Sachkunde und der persönlichen Zuverlässigkeit des Antragstellers. In den Ziff. II und III sind lediglich für Sondertatbestände Sperrvoraussetzungen (Prüfung der außergewöhnlichen Überzeugung; Nachweis eines Bedürfnisses) beibehalten worden. Die Sachkunde eines Antragstellers wird, sofern sie nicht durch Zeugnisse oder durch Nachweis einer mindestens fünfjährigen Hilfstätigkeit dargetan werden kann, durch Ablegung einer besonderen Prüfung vor der zuständigen Industrie- und Handelskammer nachgewiesen. Die Sachkundeprüfung erstreckt sich einmal auf die kaufmännischen Kenntnisse, dann aber auch auf die Warenkenntnisse des Bewerbers. Die Warenkenntnisse kann ein Prüfling nicht für alle in Einzelhandel feilgebotenen Waren dartun, sondern nur für einen bestimmten Warenkreis, der dem von dem Bewerber in Aussicht genommenen Einzelhandelsgeschäft eigen ist. Mittelbar besteht somit schon auf Grund der DurchfVd. zum EinzelhandelSchG. eine Einflußnahme der für die Beurteilung von Anträgen auf Grund des EinzelhandelSchG. zuständigen Stellen auf den Geschäftsz-

typ und den Warenkreis, für den eine Zulassung ausgesprochen wird. Damit ist, wie auch mit den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen, die Grundlage geschaffen worden, bei Anwendung und Auslegung des EinzelhandelSchG. eine wirtschaftspolitische Linie zu beachten und einzuhalten. Das EinzelhandelSchG. ist ein wirtschaftspolitisch orientiertes Gesetz. Da es unmittelbar auf die mannigfaltigsten Erscheinungsformen innerhalb derselben Wirtschaftsstufe angewandt werden muß, stellt es die staatlichen Behörden vor die Aufgabe, bei der Anwendung und Auslegung dieser wirtschaftspolitischen Linie getreue Entscheidungen zu treffen und von einem starren Rechtsformalismus abzusehen.

Wohl im Hinblick hierauf hat es der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister für erforderlich gehalten, durch seine wiederholten Ausführungserlasse den Verwaltungsbehörden und Gutachterstellen vor Augen zu führen, welcher wirtschaftspolitische Sinn dem EinzelhandelSchG. innewohnt und welche wirtschaftspolitische Linie demgemäß bei Anwendung des Gesetzes einzuhalten ist. Wie ich oben dargelegt habe, ist das EinzelhandelSchG. in seiner ursprünglichen Fassung, wie aus dieser Fassung schon damals entnommen werden mußte, nicht ein auf Dauer berechnetes Gesetz gewesen. Die verschiedenen Änderungen, die das Gesetz im Laufe seines vierjährigen Bestehens erfahren hat, sind, und das ist dem Inhalt dieser Änderungen ohne weiteres zu entnehmen, in Verfolgung eines klaren wirtschaftspolitischen Zweckes getroffen worden. Dieser Zweck, der insbesondere aus der DurchfW.D. v. 23. Juli 1934 zu erkennen ist, ist m. E. der, im Wege der Auslese bei der Zulassung zum Einzelhandel den Boden für einen wirtschaftlich gesunden Berufsstand und damit für einen auf Dauer berechneten Schutz des Einzelhandels zu bereiten. Aus dieser Erwägung heraus dürfte es m. E. gerechtfertigt erscheinen, daß der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister ohne wesentliche Änderung des Wortlautes des Gesetzes den Inhalt wirtschaftspolitischen Erfordernissen folgend weitergebildet und umgestaltet hat.

II.

Diese Weiterbildung und Umgestaltung des Inhalts des EinzelhandelSchG. hat deshalb nicht zur Rechtsunsicherheit geführt, weil der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister in seinen Runderlassen immer klar zu verstehen gegeben hat, welche Ziele bei Anwendung des EinzelhandelSchG. verfolgt werden müssen und welches Ziel wohl der Gesetzgeber als Ergebnis seiner gesetzlichen Maßnahmen anstrebt.

Die Erlasse des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers enthalten im wesentlichen Auslegungsvorschriften. Sie bringen aber auch — und das wohl im Hinblick auf § 11, wonach die Reichsregierung (der Reichswirtschaftsminister) die zur Durchführung erforderlichen Rechts- und Verwaltungsverordnungen erläßt und auch Vorschriften ergänzenden Inhalts erlassen kann — Ergänzungen der DurchfW.D., wenn sie z. B. für den Sachkundennachweis Richtlinien aufstellen und erklären, was bei der Bedürfnisprüfung und bei Prüfung anderer Voraussetzungen zu beachten ist.

Einer der wichtigsten Erlasse des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers ist der v. 10. Jan. 1936, V 26152/35, dessen Rechtsgültigkeit in dem oben zitierten Aufsatz von Assessor Haars, Hamburg, hinsichtlich seines wesentlichsten Punktes, nämlich der Genehmigungspflicht bei der Ausdehnung des Verkaufs auf eine „artfremde Ware“, in Zweifel gezogen wird. Hierzu ist m. E. folgendes zu sagen:

1. Der Runderlaß v. 10. Jan. 1936 ist im „Ministerialblatt für Wirtschaft“, Jahrg. 1936, dem amtlichen Veröffentlichungsblatt des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers, veröffentlicht worden. Er hat gleichzeitig durch einen Aufsatz von MinR. Dr. Michel eine umfangreiche Kommentierung erfahren. Wenn der Reichswirtschaftsminister auf Grund des § 11 EinzelhandelSchG. ermächtigt ist, auch Vorschriften ergänzenden Inhalts zu erlassen, so ist ihm damit die Möglichkeit gegeben, solche Vorschriften im Wege der DurchfW.D. oder im Wege des Erlasses zu treffen. Unter diesem Gesichtspunkte kann der Erlaß des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 10. Jan. 1936 unabhängig da-

von, welchen Inhalt er hat, erforderlichenfalls als eine den Bestimmungen des EinzelhandelSchG. gerecht werdende Vorschrift anerkannt werden.

2. Im Runderlaß v. 10. Jan. 1936 wird u. a. erklärt, daß „die Hinzunahme solcher Waren, die im Verhältnis zu den bisher in den Verkaufsstellen geführten Waren völlig artfremd sind und die in keinerlei innerem Zusammenhang mit den bisher geführten Waren stehen, als Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, und zwar in räumlicher Verbindung mit einer schon vorhandenen Verkaufsstelle, angesehen wird“. Durch Beispiele wird sodann dargetan, welche Fälle mit dieser Regelung gemeint sein sollen.

Nachdem ein Gericht seine Entscheidung in einem Einzelfalle damit begründet hat, daß die einer Errichtung gleichzustellenden Tatbestände in § 3 EinzelhandelSchG. erschöpfend aufgezählt und nach dem Willen des Gesetzgebers weitere Tatbestände nicht als Errichtungstatbestände genehmigungspflichtig seien, damit also der Erlaß des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers v. 10. Jan. 1936 insoweit nicht für das Gericht bindend sei, hat der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister in einem Erlaß mitgeteilt, er habe nicht über den Rahmen des § 3 EinzelhandelSchG. hinaus Tatbestände, die nicht Errichtungstatbestände sind (Analogietatbestände), der Errichtung im Sinne des § 2 Abs. 1 EinzelhandelSchG. gleichgestellt, sondern dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend und in Auslegung des Gesetzes dargetan, daß bei Neuaufnahme „artfremder Waren“ in einer bestehenden Einzelhandelsverkaufsstelle eine Neuerrichtung einer Verkaufsstelle angenommen werden muß, diese Neuaufnahme also selbst Errichtungstatbestand ist.

Dieser Auffassung des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers widerspricht nach Ansicht von Assessor Haars die Tatsache, daß § 3 in seinen Ziff. 5 und 6 ganz ausdrücklich die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genussmittel sowie auf Arzneimittel schon als „Errichtungstatbestand“ fingiert und so logisch zum Umkehrschluß zwingt, so daß dieser Ansicht entsprechend § 3 in seinen Ziff. 5 und 6 in Wirklichkeit nicht Analogietatbestände, sondern eigentliche Errichtungstatbestände nach § 2 Abs. 1 des Ges. enthält. Diese Ansicht ist m. E. irrig. § 3 Ziff. 5 ist schon in der ersten Fassung des EinzelhandelSchG. enthalten; diese Ziffer stammt also aus einer Zeit, in der die mit der DurchfW.D. v. 23. Juli 1934 eingeführte Hauptvoraussetzung der Sachkunde noch nicht aufgestellt war. Das bedeutet, daß die Ziff. 5 in § 3 heute nicht allgemein zur Beweisführung für einen Tatbestand herangezogen werden kann, der erst aus der Sachkunde erwachsen ist, sondern einem bestimmten Einzelzweck diene, wie auch im Kommentar Pfundtner-Neubert bei den Erläuterungen zu Ziff. 5 erklärt wird. Hiernach richtete sich die Ziff. 5 vorwiegend gegen die Aufnahme von Lebens- und Genussmitteln in großen Kaufhäusern, um das Entstehen von Warenhäusern im Sinne des EinzelhandelSchG. zu verhindern. Darüber hinaus mußte es wohl, wie es auch in einer in einem Einzelfall getroffenen Entscheidung des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers lautet, Würdigung marktpolitischer Forderungen sein, die zur Aufnahme der Ziff. 5 in § 3 des Ges. geführt hat.

Auch die Bestimmung in Ziff. 6 des § 3, die wohl in Anlehnung an die Ziff. 5 bei der letzten Änderung durch das Gesetz v. 13. Dez. 1934 aus volksgesundheitlichen Gründen für die Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel in den § 3 aufgenommen worden ist, geht nicht von der Hauptvoraussetzung der DurchfW.D. aus, sondern verfolgt überwiegend andere Zwecke, als sie bei der Branchenbereinigung in Frage kommen. Die Ziff. 5 und 6 in § 3 EinzelhandelSchG. können daher nicht zur Beurteilung der Rechtsgültigkeit und des rechtlichen Umfangs des Runderlasses v. 10. Jan. 1936 so herangezogen werden, wie dies in dem Aufsatz von Assessor W. Haars geschehen ist. Die Aufnahme von Lebensmitteln und Arzneimitteln gilt nach § 3 Ziff. 5 und 6 unabhängig von der Branche des Geschäftes als Errichtung; ein Analogietatbestand ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes anzunehmen und auch tatsächlich gegeben, da — wenn auch in den genannten Ziffern des § 3 die Ausdehnung des Ver-

kauf auf die fraglichen Waren nur in den Geschäften verboten wird, in denen bisher ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden — in den Fällen des § 3 Ziff. 5 und 6 nicht immer Errichtungstatbestände nach § 2 Ziff. 1 des Ges. gegeben sind. So ist es m. E. unrichtig, zu behaupten, daß „Analogietatbestand“ und „selbständiger Errichtungstatbestand“ in dem letztgenannten Erlaß des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers nur zwei verschiedene Ausdrücke für dieselbe Sache seien, da die Ausdehnung des Verkaufs auf Arzneimittel und Drogen und auf Lebensmittel auch dann als Errichtung genehmigungspflichtig ist, wenn Waren nicht als artfremd im Sinne des Erlasses v. 10. Jan. 1936 bezeichnet werden können. Solche Fälle sind unzweifelhaft möglich.

3. Wie oben dargelegt wurde, ist das EinzelhandelSchG. ein wirtschaftspolitisch orientiertes Gesetz, das an die das Gesetz anwendenden Stellen die Anforderung richtet, bei Auslegung dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht zu werden. Sinn und Zweck des Gesetzes war schon ursprünglich, zu verhindern, daß durch Vermehrung der vorhandenen Verkaufsstellen eine weitere Überfüllung im Einzelhandel entsteht. Einer solchen Vermehrung von Verkaufsstellen ist es unbedingt gleichgültig, wenn bestehende Verkaufsstellen den Vertrieb von Waren aus völlig verschiedenen Branchen, d. h. also den Vertrieb von betriebsfremden Waren, neu hinzunehmen. Wie ich an anderer Stelle schon ausgeführt habe, entspricht die rechtliche Konstruktion im Runderlaß des Reichs- und Preussischen Wirtschaftsministers, wonach die Hinzunahme solcher artfremder, mit den bisher geführten Waren nicht in innerem Zusammenhang stehender Waren als Errichtung neuer Verkaufsstellen in räumlicher Verbindung mit schon vorhandenen Verkaufsstellen anzusehen ist, durchaus dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Dies muß um so mehr gelten, als die nach der DurchfW.D. v. 23. Juli 1934 geforderte Voraussetzung der Sachkunde nur dann einen Sinn haben kann, wenn diese Sachkunde, insbesondere soweit sie als Warenkunde in Betracht kommt, auf bestimmte Branchen oder Geschäftstypen beschränkt wird. Denn ein einzelner Antragsteller kann unmöglich die Warenkunde auf allen Gebieten und für alle Branchen besitzen. Aus demselben Grunde hat es daher der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister auch für zulässig bezeichnet, daß die Inhaber von Einzelhandelsgroßunternehmungen, besonders von Warenhäusern, in eigener Person nur die kaufmännische Sachkunde nachzuweisen haben und die Warenkunde in der Person ihrer Geschäftsführer oder Abteilungsleiter nachweisen können. Die Voraussetzung

der Sachkunde muß auf bestimmte Branchen bezogen werden. Der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister hat m. E. die Sachkunde nur dann in die DurchfW.D. aufnehmen können, wenn der Gedanke des Geschäftstyps oder der Branche gleichzeitig im Rahmen dieser Voraussetzung seine Verwirklichung finden durfte. Es entspricht daher auch dem Inhalt der DurchfW.D., daß der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister in seinem Runderlaß v. 10. Jan. 1936 bestimmte Tatbestände der Neuaufnahme von Waren als Errichtung im Sinne des Gesetzes bezeichnet hat. Auf dem Wege über die Sachkundeprüfung hat der Reichs- und Preussische Wirtschaftsminister, wie ich oben dargelegt habe, so mittelbar eine Möglichkeit für eine der wirtschaftspolitischen Linie des Gesetzes entsprechende Art der Branchenvereinigung geschaffen. Wer die Sachkunde für ein bestimmtes Geschäft nachgewiesen hat, kann die Waren, die für dieses Geschäft ortsüblicherweise und nach Auffassung des Publikums nicht einschlägig sind, nicht neu aufnehmen, da er für diese neu aufgenommenen Waren nicht sachkundig wäre, mindestens aber die Sachkunde nicht nachgewiesen hätte.

III.

So steht m. E. fest, daß grundsätzlich die Neuaufnahme von Waren, soweit die im Erlaß v. 10. Jan. 1936 erwähnten besonderen Umstände gegeben sind, als Errichtung genehmigungspflichtig ist und die Hinzunahme ohne Genehmigung unter die Strafvorschrift des § 9 EinzelhandelSchG. fällt. Dies kann nicht nur für die objektive Erfüllung des Tatbestandes gelten, sondern ist in der Regel auch für die subjektive Erfüllung des strafbaren Tatbestandes anzunehmen. Denn der Erlaß v. 10. Jan. 1936 ist im „Ministerialblatt für Wirtschaft“ verkündet und in der Tagespresse, in der Fachpresse und in Rundschreiben der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft besprochen worden. Jeder Einzelhändler weiß heute und muß wissen, daß bei der Hinzunahme von Waren im Hinblick auf die Bestimmungen im Erlaß v. 10. Jan. 1936 Vorsicht geboten ist. Er muß in allen Fällen, in denen er bestehende Zweifel nicht selbst klären kann, die zu seiner Beratung berufenen Stellen um Auskunft anfragen oder auf die Aufnahme solcher Waren verzichten, wenn er sich nicht auch subjektiv strafbar machen will. Ein Strafurteil, das einen Angeklagten freispricht, weil die Hinzunahme von bestimmten Waren entgegen dem Erlaß v. 10. Jan. 1936 nicht unter das EinzelhandelSchG. falle oder weil der Angeklagte dieser Auffassung sein könnte, ist daher m. E. ein Fehlurteil.

Zur Schadensausgleichung nach § 17 KraftfG.

Von Kammergerichtsrat Dr. W. Franz, Berlin

1. Sind für einen durch Verkehrsunfall angerichteten Schaden mehrere Personen verantwortlich, so haften sie dem Verletzten gegenüber stets als Gesamtschuldner. Hierbei macht es keinen Unterschied, aus welchem Rechtsgrunde jeder von ihnen haftet. Haben sie sich sämtlich einer unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. schuldig gemacht, so ergibt sich die Haftung als Gesamtschuldner aus § 840 Abs. 1 BGB. Haftet ein Beteiligter nur nach den Vorschriften des KraftfG. oder aus Vertrag, so ist für seine Haftung diese Vorschrift zwar nicht anwendbar, jedoch besteht auch hier, wenn nur die als Ersatzpflichtige in Anspruch Genommenen sämtlich an der Entstehung des Unfalles beteiligt waren, ein innerer Zusammenhang des Schuldgrundes, der zur Anwendung des § 426 BGB. führt (RGW. Komm. 2 zu § 840 BGB.). Diese Vorschrift regelt die Ausgleichung des Schadens im Innenverhältnis unter den mehreren Ersatzpflichtigen. Der hiernach jedem Gesamtschuldner gegen die übrigen zustehende Ausgleichsanspruch ist naturgemäß unabhängig von dem Scha-

denersatzanspruch des Verletzten; das Bestehen des Schadensersatzanspruches ist lediglich Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs, am Ausgleich beteiligt ist ja nur der, der dem Verletzten ersatzpflichtig ist. Im übrigen sind die beiden Ansprüche verschiedener Natur. Während der Schadensersatzanspruch auf Vertrag, unerlaubter Handlung oder Gefährdungshaftung beruht, findet der Ausgleichsanspruch seine Grundlage in der zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsgemeinschaft (RGW. Komm. 1 zu § 426), ist also kein Schadensersatzanspruch.

Gleicher Natur ist auch der Ausgleichsanspruch aus § 17 Satz 1 KraftfG. Auch bei ihm handelt es sich, anders als im Falle des § 17 Satz 2, nicht etwa um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen schuldrechtlichen Anspruch eigener Art, während der Anspruch des verletzten Fahrzeughalters oder -führers nach Satz 2 seinem Wesen nach stets ein auf Schadensersatz gerichteter Anspruch bleibt. Die beiden Sätze des § 17 Abs. 1 betreffen also ganz verschiedene Tat-

bestände, die zwar hinsichtlich des Schadensausgleichs gleich zu behandeln sind, im übrigen aber einer völlig verschiedenen rechtlichen Regelung unterliegen.

2. Diese Verschiedenheit zeigt sich z. B. bei der Frage der Verjährung, wie das RG. klargestellt hat (RG. 146, 97 = JW. 1935, 854). Der Ausgleichsanspruch unterliegt, da er kein Schadenersatzanspruch ist, niemals der kurzen Verjährung nach § 852 BGB. oder § 14 KraftfG., er verjährt in 30 Jahren (§ 195 BGB.). Bei dem Schadenersatzanspruch des Verletzten Fahrzeughalters oder -führers dagegen (§ 17 Satz 2 KraftfG.) richtet sich die Verjährung danach, welchen Anspruch der Kläger geltend macht; stützt er seine Klage auf § 823 BGB. oder § 831 BGB., so beträgt die Verjährungsfrist 3 Jahre (§ 852 BGB.), klagt er dagegen nur aus § 7 oder § 18 KraftfG., so verjährt sein Anspruch nach § 14 KraftfG. in 2 Jahren.

3. Ebenso verschieden ist in beiden Fällen die Behauptungs- und Beweislast des Klägers. Aus der Tatsache, daß der Ausgleichsanspruch aus Satz 1 kein Schadenersatzanspruch ist, folgt ohne weiteres, daß hier nur die allgemeinen Beweisregeln gelten können. Zur Klagebegründung gehört, daß der Beklagte ebenfalls als Gesamtschuldner haftet, der Kläger muß daher behaupten und beweisen, daß und aus welchem Rechtsgrunde der Beklagte dem Verletzten ersatzpflichtig ist, ferner in welchem Umfange der Haftungsgrund des Beklagten zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Behauptet der Beklagte seinerseits, der Kläger müsse den ganzen Schaden oder einen Teil davon tragen, weil dieser selbst den Unfall mitverursacht habe, so ist der Beklagte in dieser Richtung darlegungs- und beweispflichtig. Etwaige Unklarheiten über den Unfallshergang gehen gleichmäßig zu Lasten jedes der Ausgleichspflichtigen. Etwas anderes wäre unumgänglich; denn wenn die gesamte Beweislast etwa hier dem Kläger oder dem Beklagten auferlegt würde, so müßte der Ausgleich unter ihnen, falls der Unfall im einzelnen nicht aufzuklären ist, verschieden ausfallen, je nachdem wer von ihnen zufällig in der Rolle des Klägers auftritt. Die Ausgleichspflicht kann aber nur einheitlich für alle Beteiligten festgestellt werden, ohne daß es darauf ankommen kann, wer von ihnen zufällig klagt. Da im Innenverhältnis jeder Ausgleichsbeteiligte zugleich Gläubiger und Schuldner ist, kann auch jeder von ihnen gegen die übrigen klagen. Eine gleichmäßige Verteilung der Beweislast erscheint hier unumgänglich.

Völlig anders ist dagegen die Rechtslage im Falle des § 17 Satz 2 KraftfG. Hier richtet sich die Behauptungs- und Beweislast des Klägers nach den Vorschriften, die für den von ihm erhobenen Anspruch gelten. Klagt er aus §§ 823 ff. BGB., so muß er den vollen Beweis der unerlaubten Handlung des Beklagten führen; klagt er aus § 7 KraftfG., so muß er beweisen, daß sich der Unfall bei dem Betriebe des Kraftfahrzeugs des Beklagten ereignet hat, während es diesem überlassen bleiben muß, den Beweis zu führen, daß seine Ersatzpflicht nach § 7 Abs. 2 KraftfG. ausgeschlossen sei; klagt er aus § 18 KraftfG., so ist der Kläger im gleichen Umfange beweispflichtig, während der beklagte Kraftwagenführer nun zu beweisen hat, daß der Schaden nicht durch sein Verschulden verursacht ist (§ 18 Satz 2 KraftfG.). Will der Beklagte hier weiterhin einen Teil des Schadens auf den Kläger abwälzen, so kann er sich zunächst darauf berufen, die Betriebsgefahr des Wagens des Klägers habe den Schaden mitverursacht. „Die Bedeutung des § 17 Satz 2 liegt darin, daß er die dem § 254 BGB. entsprechende Abwägung auch für den Fall vorgeschrieben hat, daß auf Seiten des Verletzten nicht ein Verschulden, sondern nur die von seinem Kraftfahrzeug ausgehende Betriebsgefahr mitgewirkt hat“ (RG. 114, 73 = JW. 1927, 891). Dem Beklagten trifft also die Beweislast dafür, daß sich der Unfall beim Betriebe des Kraftwagens des Klägers ereignet hat. Es würde naheliegen, anzunehmen, daß nunmehr der Kläger, falls er Halter oder Führer des Wagens ist, den ihm nach § 7 Abs. 2 oder § 18 Satz 2 KraftfG. obliegenden Entlastungsbeweis zu führen habe; zur Begründung dieser Ansicht ließe sich, m. E. mit gutem Recht, anführen, im Rahmen des § 17 Satz 2 KraftfG.

erschöpfe sich der Einwand des Beklagten nicht darin, daß er eine Mitschuld des Klägers (§ 9 KraftfG., § 254 BGB.) geltend mache, sondern dessen Mithaftung nach § 7 Abs. 1, § 18 Satz 1 KraftfG.; daß der Ausgleich hier nicht nach § 9 KraftfG. oder § 254 BGB., sondern allein nach § 17 Satz 2 KraftfG. zu finden habe, ist ja in der Rechtsprechung des RG. anerkannt; vgl. z. B. JW. 1937, 1312: „Liegen die Voraussetzungen des § 17 KraftfG. vor, ... so ist § 17 Abs. 1 als die Sondervorschrift für die Ausgleichspflicht der beiderseitigen Halter oder Führer (§ 18 Abs. 3 KraftfG.) ausschließlich anzuwenden und nicht daneben § 9 KraftfG. oder § 254 BGB., wie der Senat mehrfach entschieden hat.“ Das RG. hat jedoch in ständiger Rechtsprechung eine solche Verteilung der Beweislast abgelehnt; es sagt hierzu in RG. 114, 73 = JW. 1927, 891: „Auf dem Boden des § 254 BGB. wie des § 9 KraftfG. ist es anerkanntes Rechtens, daß die Beweislast für die zur Begründung des Einwandes eines mitwirkenden Verschuldens des Verletzten dienenden Tatsachen dem Haftpflichtigen obliegt. Das gleiche gilt notwendigerweise auch für diejenigen Tatsachen, welche nach § 17 Abs. 1 Satz 2 KraftfG. zu einer Entlastung des Haftpflichtigen führen sollen. Hiernach ist aus dem § 17 Abs. 1 Satz 2 weder eine Befreiung der Beklagten von der sie nach § 7 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 2 treffenden Beweislast noch von der dem § 9 KraftfG., § 254 BGB. entsprechenden Beweislast dafür herzuleiten, inwieweit bei dem Unfall ein Verschulden des Verletzten oder die von seinem Kraftfahrzeug ausgehende Betriebsgefahr mitgewirkt hat. Das ... Mißlingen der Aufklärung ist vielmehr nach beiden Richtungen von dem Beklagten zu vertreten.“ An diesen Grundsätzen hat das RG. trotz der dagegen erhobenen Angriffe festgehalten (JW. 1931, 3310). Das Ergebnis ist also hier: Klage der Kläger aus den Vorschriften des BGB., so gehen Unklarheiten des Unfallsherganges in gleicher Weise zu Lasten beider Parteien; klagt er aus den Haftungsgründen des KraftfG., so gehen Unklarheiten zu Lasten des Beklagten.

4. Die Verschiedenheit der Tatbestände des § 17 KraftfG. zeigt sich auch darin, daß es in beiden Fällen zu ganz verschiedenen Rechtsfolgen führt, wenn der Verletzte Inasse eines der beteiligten Kraftwagen gewesen ist; dieser Umstand kann dazu führen, daß die Ausgleichspflicht nach Satz 1 entfällt, kann aber nicht die Ausgleichung nach Satz 2 hindern. Ist nämlich der verletzte Dritte durch eins der beteiligten Kraftfahrzeuge befördert worden, so haften Halter und Führer nach § 8 KraftfG. nicht auf Grund der Gefährdungshaftung des KraftfG., sie scheiden als Ausgleichspflichtige aus, wenn ihnen nicht eine Haftung nach § 823 ff. BGB. nachzuweisen ist. Ist dagegen im Falle des Satzes 2 der Kläger selbst Inasse seines am Unfall mitbeteiligten Wagens gewesen, so schließt das seine Ausgleichspflicht nicht aus, der Beklagte kann ihm auch dann entgegenhalten, daß die Betriebsgefahr dieses Wagens den Schaden mitverursacht habe (RG. 130, 129 = JW. 1930, 2943). In der Entscheidung RG. 146, 97 = JW. 1935, 854 hat das RG. es ausdrücklich abgelehnt, aus der Entscheidung RG. 130, 129 = JW. 1930, 2943, die lediglich den § 17 Satz 2 KraftfG. betraf, zu folgern, daß die Ausgleichspflicht nach § 17 Satz 1 KraftfG. auch dann bestehe, wenn keine Schadenersatzverpflichtung des Fahrzeughalters gegenüber dem Verletzten besteht. (Dieser Ansicht hat sich jetzt auch Müller, 11. Aufl., S. 359 angeschlossen.)

5. Gemeinsam ist den beiden Ausgleichsfällen des § 17 KraftfG. die Voraussetzung, daß der Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge, durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier oder durch ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn verursacht ist. Demnach scheiden alle Fälle hier aus, in denen nur ein Kraftfahrzeug den Schaden verursacht hat; der Ausgleich zwischen Halter und Fahrer bezüglich ihrer Gesamtschuld findet hier nicht nach § 17 Satz 1 statt, sondern nach den Vorschriften des BGB., der Fahrer haftet dem Halter für den vollen Schaden (§ 840 Satz 2 BGB.), falls er dem Dritten nach § 823 BGB. ersatzpflichtig geworden ist; ihre gegenseitigen Ersatzansprüche regeln sich gleichfalls nach den Vorschriften des BGB., ohne daß eine Ausgleichung nach

§ 17 Satz 2 in Frage käme. Nicht erforderlich ist, daß es sich um Kraftfahrzeuge handelt, für die die Gefährdungshaftung des § 7 KraftfG. gilt; auch wenn sie eine auf 20-Stunden-Kilometer begrenzte Geschwindigkeit nicht übersteigen können (§ 8 Nr. 2 KraftfG.), findet § 17 Anwendung (JW. 1937, 1769). Dagegen gelten Kleinkrafträder überhaupt nicht als Kraftfahrzeuge im Sinne des KraftfG. (vgl. § 26 KraftfG.), § 17 ist daher nicht anwendbar, wenn der Schaden durch ein Kraftfahrzeug und ein Kleinkraftrad verursacht ist.

6. Ferner setzt § 17 Satz 1 KraftfG. voraus, daß die Ersatzpflicht der Gesamtschuldner gegenüber dem Dritten auf einem Gesetz beruht; wer nur aus einem Beförderungsvertrage ersatzpflichtig ist, scheidet daher bei dem Ausgleich nach § 17 Satz 1 aus. Feststehende Rechtsprechung ist es, daß es dagegen gleichgültig ist, aus welchem Gesetze die Ersatzpflicht herzuleiten ist, ob aus BGB., KraftfG. oder Haftpflicht. Falls demnach alle Gesamtschuldner nicht aus dem KraftfG., sondern aus anderen Gesetzen dem Dritten ersatzpflichtig sind, müßte hiernach der Ausgleich im Innenverhältnis trotzdem nach § 17 Satz 1 KraftfG. erfolgen. Dies hat das RG. bisher stets folgerichtig angenommen, z. B. in Fällen eines Zusammenstoßes zwischen Eisenbahn und Kraftfahrzeug, in denen der Verletzte der Insasse des Kraftfahrzeugs war, nach der Vorschrift des § 8 Nr. 1 KraftfG. daher keine Ersatzansprüche aus dem KraftfG. herleiten konnte (RG. 96, 69 = JW. 1919, 731), oder soweit die Ansprüche den Rahmen des KraftfG. überstiegen und nur auf die Vorschriften des BGB. gestützt werden konnten (JW. 1932, 789). Neuerdings hat das RG. in einer Entscheidung v. 8. Okt. 1936, VI 163/36 (WZ. 1937, 37; vgl. Carl, „Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht“ S. 126), jedoch ohne nähere Begründung die Ansicht des Berufungsgerichts gebilligt, daß § 17 Satz 1 KraftfG. keine Anwendung finden könne, wenn es sich um den Ausgleich zwischen der nach § 1 Haftpflicht. ersatzpflichtigen Eisenbahn und dem nur nach BGB. haftenden Halter und Führer eines Kraftfahrzeugs handelt. In der Ann. von Müller a. a. O. ist mit Recht betont, daß hierin eine Abkehr von der früheren Rechtsprechung des RG. zu sehen ist. In der Entscheidung JW. 1937, 1769 ist allerdings wiederum ganz allgemein der Satz ausgesprochen: „Im Sinne des § 17 KraftfG. braucht die Schadenersatzpflicht, welche zum Ausgleich zu bringen ist, nicht dem KraftfG. zu entspringen, sondern sie greift insbesondere auch Platz, wenn die Haftpflicht auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über unerlaubte Handlungen gestützt wird.“ Mit diesem allgemeinen Grundsatz ist die Entscheidung WZ. 37, 37 nicht zu vereinbaren. Man wird vielmehr auch in derartigen Fällen § 17 Satz 1 KraftfG. anwenden müssen, wenn es auch auf den ersten Blick auffällig erscheinen mag, daß der Ausgleich nach KraftfG. erfolgt, obwohl keiner der Gesamtschuldner dem Verletzten nach KraftfG. haftet; dieser letztere Umstand kann deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil der Ausgleichsanspruch, wie oben ausgeführt, von den Ersatzansprüchen des Verletzten unabhängig und selbst kein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung oder Gefährdungshaftung ist.

7. Die Unterscheidung, ob der Ausgleich nach BGB. oder KraftfG. zu erfolgen hat, ist von weniger großer Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. Auch bei der Ausgleichung nach BGB. ist in entsprechender Anwendung des § 254 BGB. der Schaden nicht nach Kopfteilen zu verteilen, sondern auch hier hängt die Verteilung von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht

worden ist. Der Ausgleich nach KraftfG. bietet demgegenüber nur die eine Besonderheit, daß bei der Abwägung der beiderseitigen Verursachung auch, und zwar in erster Linie, die Betriebsgefahr der beteiligten Kraftfahrzeuge zu berücksichtigen ist. Im übrigen ist die Ausgleichung sowohl nach BGB. als auch nach KraftfG. in der gleichen Weise vorzunehmen. Die praktische Bedeutung der Entscheidung WZ. 37, 37 bestand also nur darin, daß sie bei der Ausgleichung die Betriebsgefahr des Kraftfahrzeugs unberücksichtigt ließ, ein Ergebnis, das bei einem Zusammenstoß zwischen Eisenbahn und Kraftfahrzeug wenig befriedigend ist; es ist nicht recht einzusehen, warum im Innenverhältnis die Betriebsgefahr nur auf Seiten der Eisenbahn, nicht auch auf Seiten des Kraftfahrzeugs von Bedeutung sein soll.

8. Übersehen wird häufig bei Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs aus §§ 426, 840 BGB. oder § 17 Satz 1 KraftfG., daß die Ausgleichspflichtigen nicht als Gesamtschuldner, sondern nach Kopfteilen haften; eine Haftung als Gesamtschuldner würde grundsätzlich dem Wesen des Ausgleichsanspruchs widersprechen (RGKomm. 1 zu § 426 BGB.).

Eine Ausnahme ist in der Rechtsprechung des RG. für den Fall anerkannt, daß der Ausgleichskläger von den Beklagten vollen Ersatz verlangen kann, weil er selbst bei dem Schadenausgleich vollständig ausscheidet; hier handelt es sich in Wahrheit nicht um einen Ausgleich zwischen Kläger und Beklagten, sondern um einen anders gearteten Ersatzanspruch (RGZ. 84, 415; 87, 64 = JW. 1915, 1018; RGZ. 92, 146; 136, 287 = JW. 1932, 2147). Praktisch ergibt sich daraus die Folgerung, daß der Kläger zwar die Beklagten gesamtschuldnerisch in Anspruch nehmen kann, wenn er selbst nicht ausgleichspflichtig zu sein glaubt, das Gericht jedoch, falls auch der Kläger einen Teil des Schadens tragen muß, den Schaden auf alle Beteiligten zu verteilen hat, die mehreren Beklagten also nicht gesamtschuldnerisch verurteilen darf, den restlichen Schaden zu tragen.

Eine weitere Ausnahme gilt nach RGZ. 136, 287 = JW. 1932, 2147 dann, wenn auf der einen Seite Geschäftsherr und Berrichtungsgehilfe nach § 831 BGB. stehen, dem ersteren der Entlastungsbeweis also nicht geglückt ist. „Geschäftsherr und Berrichtungsgehilfe bilden hier dem Kläger gegenüber eine einheitliche Gruppe. Letzteren trifft ein selbständiges Verschulden, das aber hier ohne das des Geschäftsherrn nicht ursächlich geworden wäre, wie umgekehrt das Verschulden (§ 831 BGB.) des Geschäftsherrn (hier) nicht ohne das des Berrichtungsgehilfen wirksam geworden wäre... Es steht nichts im Wege, unter solch besonders gearteten Verhältnissen dem Tatrichter im Wege des § 254 BGB. die Möglichkeit zu geben, festzustellen, daß mehrere Ausgleichsverpflichtete auch dem nicht völlig befreiten Ausgleichsberechtigten für den ihm zu leistenden Ersatz samtvorbündlich haften“ (RGZ. a. a. O.). Die gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten erscheint hier schon deshalb geboten, weil in ihrem Innenverhältnis der Berrichtungsgehilfe allein den Schaden zu tragen hat (§ 840 Satz 2 BGB.). Derselbe Grundsatz dürfte auch dann gelten, wenn die beiden Beklagten als Halter und Führer des Kraftfahrzeugs ersatzpflichtig sind; auch hier ist ihre Haftung eine gegenseitig bedingte, und auch sie stehen dem Ausgleichskläger als eine einheitliche Gruppe gegenüber (vgl. Carl: JW. 1935, 1459⁴ in der Ann. zu der abweichenden Entscheidung des OLG. Kiel HöchstRspr. 35, 426). Auch hier wird im Innenverhältnis zwischen beiden Beklagten der Fahrer regelmäßig allein ersatzpflichtig sein.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Die Organisation der Rechtsanwälte in Österreich

Das „Mitteilungsblatt“ des ANW. bringt in zwingender Reihenfolge Berichte über juristische Stanzesorganisations des Auslandes. Die folgenden Ausführungen über die Rechtsanwaltschaft in Österreich sind dem Bericht über die juristischen Stanzesorganisationen Österreichs („Mitteilungsblatt“ Nr. 8 S. 95) entnommen.

Die Stellung der Rechtsanwälte ist in Österreich durch die N. D. v. 6. Dez. 1868 wie folgt geregelt:

Die Rechtsanwaltschaft Österreichs ist nach ihrer geschichtlichen Entwicklung wie in fast allen Ländern ein freier Beruf, der nach der Eintragung in die Rechtsanwaltsliste ausgeübt werden kann. Voraussetzungen dieser Eintragung sind Besitz der österreichischen Bundesbürgerschaft, Beendigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Erwerb des Doktorates, Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung und der Nachweis eines Fachpraktikums, das 1 Jahr lang bei Gericht und 6 Jahre in einer Anwaltskanzlei bzw. bei der Finanzprokuratur zu verbringen ist.

Nach Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung kann der Rechtsanwaltsanwärter, wenn er wenigstens eine vierjährige praktische Verwendung nachzuweisen vermag, die Eintragung in die Verteidigerliste verlangen. Während der Strafverteidiger nur zur Parteienvertretung vor Strafbehörden zugelassen ist, erstreckt sich das Vertretungsrecht des Rechtsanwalts auf die Gerichte und Behörden sämtlicher Bundesländer Österreichs. Die in Deutschland bestehende Zulassungsbeschränkung von Rechtsanwälten zu bestimmten Gerichten ist der österreichischen N. D. fremd. Ebenso kann im Gegensatz zu Deutschland ein österreichischer

Anwalt auch andere Berufe ausüben, sofern sie nicht der Würde und dem Ansehen des Standes widersprechen.

Die Rechtsanwälte Österreichs sind Mitglieder der eine Art Zwangsgenossenschaft bildenden Rechtsanwaltskammer, die durch sämtliche im Kammer Sprengel eingetragenen Rechtsanwälte gebildet werden. Die Kammer der Bundeshauptstadt hat ihren Sitz in Wien, die Kammern der übrigen Bundesländer in den Landeshauptstädten.

Den Rechtsanwaltskammern, deren Vorstand in der Vollversammlung der Kammermitglieder in geheimer Wahl mit absoluter Stimmenmehrheit auf die Dauer von drei Jahren gewählt wird, obliegt die Wahrung des Ansehens und der Rechte des Anwaltsstandes. Festsetzung der Geschäftsordnung, Wahl der Prüfungskommission für die Rechtsanwalts- und Richteramtprüfung und der Mitglieder des Disziplinarrates, Erstattung von Vorschlägen und Gutachten über Gehaltswürfe und Honoraranprüche der Anwaltschaft, Namhaftmachung von Armenvertretern, das sind die wichtigsten Aufgaben der Rechtsanwaltskammern.

Die Rechtsanwälte unterliegen der Disziplinargewalt der Rechtsanwaltskammern und können gegen die Entscheidung des Disziplinarrates Berufung einlegen beim Disziplinarrat des OGH., der aus Richtern und Rechtsanwälten zusammengesetzt ist. Verweis, Geldstrafen, Einstellung der Berufsausübung bis zur Dauer eines Jahres und Streichung aus der Anwaltsliste sind die Disziplinarstrafen des Rechtsanwalts.

Die Zahl der österreichischen Rechtsanwälte beträgt etwa 3300. Hiervon leben allein in Wien 2300, im übrigen Bundesgebiet etwa 1000. Bemerkenswert ist, daß von den Wiener Rechtsanwälten über 85% Juden sind, während sich im übrigen Bundesgebiet der Prozentsatz jüdischer Anwälte auf 15 stellt.

Schrifttum

Dr. Karl Moser, *Fin. u. Dir. a. D.*: Das Strafverfahren nach der Reichsabgabenordnung. Berlin 1937. Verlag Beamtenpresse GmbH. 580 S. Preis brosch. 5,— RM.

Der Verf. hat sein im März 1937 abgeschlossenes Buch in erster Linie für die Behörden der Verwaltung, der Zölle und Verbrauchssteuern geschrieben. Es kann aber gleichzeitig auch als allgemeine Einführung in das Strafverfahren überhaupt angesprochen werden. Der Verf. muß, um den Anforderungen der Zollbeamten gerecht werden zu können, auch viele Ausführungen bringen, die dem künftigen Rechtswahrer aus seiner Kenntnis des Strafprozessrechts heraus bereits bekannt sind.

Der Verf. erläutert die §§ 420—477 NABGD.

In einer einleitenden Übersicht wird das Strafverfahren nach der NABGD. systematisch kurz dargestellt.

Die Schrift wird vornehmlich für denjenigen Rechtsanwalt von Nutzen sein, der über meine Darstellung des Strafverfahrens (Schriftenreihe Nr. 1 der RW.) hinaus eine systematische Darstellung mit allen Einzelheiten auch des allgemeinen Strafprozessrechts sucht.

Eine eingehende Würdigung der Schrift und Stellungnahme zu einzelnen Punkten ist im Rahmen einer Besprechung nicht möglich.

Von besonderer Bedeutung ist für die Rechtsanwälte die Auffassung von Moser zu der Frage der Akteneinsicht. Während die Mehrzahl der Schriftsteller ein Recht des Verteidigers zur Akteneinsicht im Strafverfahren erst nach Erlass des Strafbescheides anerkennt, hält Moser das Recht zur Akteneinsicht bereits dann gegeben, wenn die Ermittlungen so weit fortgeschritten sind, daß man im gerichtlichen Strafprozess von einem Schluß der Voruntersuchung sprechen könnte und die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift einzureichen im-

stande wäre. Mit Recht hebt Moser hervor, daß hierdurch eine Schlechterstellung desjenigen vermieden wird, gegen den im Verwaltungssteuerstrafverfahren vorgegangen wird. Moser läßt auch unter entsprechender Anwendung des § 147 Abs. 4 StPD. eine Verabfolgung der Akten in die Wohnung des Verteidigers zu, soweit hierdurch die Wahrung des Steuergeheimnisses sichergestellt ist.

Ausnahmsweise glaubt Moser, daß eine Wahrung des Steuergeheimnisses nicht sichergestellt sei, wenn z. B. bei der Verteidigung mehrerer Beschuldigter verschiedene Verteidiger vorhanden sind. Dieser Auffassung vermag ich mich jedoch nicht anzuschließen, da § 22 NABGD. nach seinem Sinn und Zweck sich nicht auf das Strafverfahren erstreckt, das ja auch bei der Überleitung in ein gerichtliches Verfahren sogar zu öffentlichen Verhandlungen führen kann. Auch beim Vorhandensein mehrerer Beschuldigter und mehrerer Verteidiger muß daher Akteneinsicht und Überlassung der Akten möglich sein.

Moser glaubt auf S. 266 eine Teilnahme des Verteidigers im Unterwerfungsverfahren ausschließen zu müssen. Auch dieser Auffassung vermag ich nicht beizutreten. Einmal ist es in der Praxis nichts Ungewöhnliches, wenn ein Rechtsanwalt gerade im Unterwerfungsverfahren den Beschuldigten berät. Auch Urteile des RG. haben ein solches Verfahren bisher nicht beanstandet.

Endlich muß das Akteneinsichtsrecht Verteidigern gewährt werden, die Nebenbeteiligte vertreten. Moser vertritt hier die Rechtsmeinung (S. 251), daß ein Vertreter des Nebenbeteiligten nicht mehr Rechte haben könne als dieser selbst. Dabei wird meines Ermessens jedoch die verfahrensrechtliche Stellung des Nebenbeteiligten verkannt. Der Nebenbeteiligte, insbesondere der Einziehungsbeteiligte, hat eine dem Angeklagten ähnliche Rechtsstellung. Auch hier ist also ein Akteneinsichtsrecht gegeben.

Wünschenswert wäre es ferner gewesen, wenn der Verf. die Rechtsprechung des RG. in Steuerstrafsachen, insbesondere im Steuerstrafverfahrensrecht, noch umfangreicher bearbeitet hätte. Es empfiehlt sich daher, bei Steuerstrafverfahrensrechtlichen Fragen noch die neuere Rechtsprechung (vgl. hierzu insbesondere die Abdrucke mit Besprechungen in der JW. und die Abdrucke im RStBl.) heranzuziehen.

Durch diese Ausstellungen wird der Wert der Schrift von Moser keineswegs beeinträchtigt. Ein außerordentlich eingehendes Sachwortverzeichnis (61 Seiten) ermöglicht ein jederzeitiges rasches Zurechtfinden.

RM. Dr. Dr. Megow, Rüstlin.

RWiGR. Dr. Hans Klinger, Mitgl. d. Kartellgerichts: Die Rechtsprechung des Kartellgerichts. Heft III. Berlin 1937. Carl Heymanns Verlag. 99 S. Preis brosch. 6,— RM.

Das Heft I ist von Coper: JW. 1930, 3719, das Heft II von Walther: JW. 1934, 3050 schon eingehend besprochen worden. Im jetzt vorliegenden Heft III werden nach dem gleichen System und in der gleichen Art und Weise die Entscheidungen des Kartellgerichts und der ordentlichen Gerichte abgedruckt, welche zwischen dem 1. Juni 1934 und Mitte März 1937 veröffentlicht sind. In diesem Zeitraum haben sich die neuen Grundzüge des nationalsozialistischen Staates auch in der Rechtsprechung des Kartellgerichts ausgewirkt. Das Buch ist daher zur schnellen Unterrichtung unentbehrlich. Von den 87 Textseiten sind 52 allein der Rechtsprechung über die Einwilligung in die Verhängung von Sperrern oder sperrähnlichen Nachteilen und davon wiederum 14 Seiten dem Begriff der Sperre und des sperrähnlichen Nachteils gewidmet. Auf diesem besonderen und praktisch sehr bedeutsamen Rechtsgebiet ist also auch eine besondere Vollständigkeit erreicht. Der Verf. hat schon im Vorwort zum ersten Heft darauf hingewiesen, daß der Wert der Hefte in der systematischen Ordnung des gesamten Entscheidungsmaterials für den Praktiker liegen soll. Wer mit dem Kartellgericht nicht genau vertraut ist, wie auch jeder, der die tieferen Beweggründe irgendeiner Entscheidung kennenlernen will, wird niemals versäumen dürfen, außer den bei Klinger abgedruckten Entscheidungsgründen auch die beim Kartellgericht meist sehr ausführlichen Tatbestände an anderer Stelle nachzulesen.

RM. Dr. Eugen Langen, Berlin.

Dr. D. L. von Hinüber, DRG., Celle: Neues Aktienrecht. (Schaeffers Neugestaltung von Recht und Wirtschaft. 7. Heft, 3. Teil.) 1. Aufl. Leipzig 1937. Verlag W. Kohlhammer, Abt. Schaeffer. 70 S. Preis kart. 1,50 RM.

Der handliche Band enthält eine ausgezeichnete knappe Darstellung des neuen am 1. Okt. 1937 in Kraft tretenden Aktienrechtes und reiht sich nach Art der Darstellung und Inhalt würdig an die übrigen Schaeffer-Bände an. Insbesondere ist der Band gut geeignet, den Anwalt ebenso wie aber auch den in der praktischen Wirtschaft stehenden Kaufmann oder den Aktionär über die Grundzüge des neuen Rechtes zu unterrichten.

Bei der Darstellung wird zunächst das Wesen der Aktiengesellschaft, die geschichtliche Entwicklung und alsdann das neue Recht dargestellt. Dabei sind die grundlegenden Änderungen kurz zusammengefaßt vorangestellt. Es folgt die Darstellung der Kapitalbasis und der Gründung. Hier fehlt bei der Darstellung des Rechtes der Zweigniederlassung ein Hinweis auf die Rechtslage der ausländischen Gesellschaften. Dann schließen sich die Abschnitte über die Rechtsverhältnisse der Aktionäre und über die Verfassung der Aktiengesellschaft an. Hierbei ist besonders eingehend die neue Stellung des Vorstandes dargestellt. Es folgt der Abschnitt über Rechnungslegung — hier beschränkt sich der Verf. auf die Wiedergabe der Gliederungs- und Bewertungsgrundsätze; eine ausführlichere Darstellung, namentlich hinsichtlich der Bewertungsfragen, wäre hier vielleicht bei einer Neuauflage zu erwägen, obwohl auch die jetzige Darstellung die Grundzüge des neuen Rechtes klar erkennen läßt. Die letzten Abschnitte umfassen die Satzungsänderungen nebst den Vorschriften über Kapitalerhöhung und -herabsetzung sowie die Vorschriften über Auflösung und Abwicklung, über die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Verschmelzungs Vorschriften, die Umwandlungs Vorschriften einschließlich des Umwandlungs Gesetzes und des Anleihen Gesetzes. Ein kurzer Abschnitt über das Konzernwesen beschließt die Darstellung.

RM. Dr. Daniel Leib, Berlin.

Paul Gilgan, Rechtspfleger: Das Registergericht und seine Abteilungen. (Teil I: Verfahrensvorschriften.) (Deutsches Gerichtswesen: Das Amtsgericht.) Berlin 1937. Deutscher Rechts-Verlag GmbH. 101 S. Preis kart. 2,40 RM.

Die bisherigen Darstellungen des gesamten Registerwesens sind veraltet, so daß eine zeitgemäße Behandlung dieses Themas einem praktischen Bedürfnis entspricht. Behandelt sind: Handelsregister A und B, Genossenschaftsregister, Vereinsregister, Güterregister, Musterregister, Seeschiffsregister, Binnenschiffsregister, Pfandrechtsregister für Schiffsbauwerke, Kabelauch. Die Darstellung ist eine vergleichende: es werden die gemeinsamen Vorschriften erörtert und anschließend die Unterschiede hervorgehoben. Diese Darstellungsmethode, die meines Wissens neuartig ist, ist ein Vorzug des Wertes. Die neuesten Bestimmungen, die bis zu seinem Erscheinen Geltung hatten, sind verarbeitet. Dabei kommen dem Verf. seine Erfahrungen aus dem praktischen Geschäftsbetriebe der Registerbeamten und seine Kenntnis der Verwaltungsvorschriften zustatten. Insbes. die Buro ist weitgehend berücksichtigt. Die Sammlung „Deutsches Gerichtswesen“, der das Buch angehört, will die Ausbildung der Rechtswahrer und Justizbeamten fördern. Dieser Zweck ist hier erreicht. Verf. hat den Weg gewählt, die Verfahrensvorgänge besonders zu erörtern, und die Behandlung des materiellen Rechtes, dessen Kenntnis die Handhabung des formellen Rechtes erfordert, einem späteren Bande vorbehalten. Wenn dieser vorliegt, wird sich ein abschließendes Urteil ermöglichen.

DAR. Groschuff, Berlin.

RM. Dr. Kurt Buchmann, Hamburg: Name, Firma, Marke. (Beiträge zum Patent-, Marken- und Wettbewerbsrecht Bd. 2.) Berlin 1937. Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte GmbH. XV und 370 S. Preis brosch. 14 RM.

Verf. unternimmt den interessanten Versuch, alle Unternehmens-Keimzeichen in einer Monographie zusammenzufassen, und das Recht der Benennung unter einheitliche rechtliche Gesichtspunkte zu bringen. Der wohlgelungene Versuch einer solchen Systematik bildet einen weiteren Baustein zu neuer deutscher Rechtsforschung und Rechtsbetrachtung. Ohne Rechtsforschung, ohne ein Zurückgehen auf die gemeinsamen Grundlagen der Einzelerklärungen des gewerblichen oder des privaten Rechtslebens ist ein Neuaufbau des deutschen Rechts nicht denkbar. Auch läßt sich die Fülle des Rechtsprechungs- und Wissenschaftsgutes nur dann für die Rechtsfindung voll auswerten, wenn die Querverbindungen zwischen den verschiedenen Rechtsparten geschaffen werden, denen ein Rechtsphänomen und die ihm verwandten Erscheinungen angehören.

Mag die Disposition befürchten lassen, daß der Bogen der Systematik hier und da überspannt ist, so ist auch ein Zuviel hier besser als ein Zuwenig. Jede Durcharbeitung der Rechtsprechung und des Schrifttums und deren systematische Einordnung ist wertvoll.

Dem praktischen Gebrauch abträglich ist der Umstand, daß der Verf. nur MuW. zitiert, statt auch die entsprechenden Zitate aus der JW. und den anderen Fundstellen anzuführen.

Auf S. 29 meint Verf., die Unzulässigkeit solcher Zusätze zur Firma, die Täuschungsgefahr hervorgerufen, könne sich auch aus den Richtlinien des Werberats Ziff. 6 der 2. Bekanntmachung ergeben. Allein herrschende Lehre ist, daß die Richtlinien des Werberats kein Gesetz sind. Ihre Nichtbefolgung macht eine Wettbewerbsbehandlung nicht unzulässig, sondern ermöglicht allenfalls dem Werberat, den Nichtbefolgenden um die Befolgung seiner Richtlinien zu ersuchen. Zweckmäßig ist, daß der Werberat die Prüfung der Zulässigkeit einer Firma und ihrer Zusätze dem ordentlichen Gericht, der freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Handelskammern überläßt.

RM. Dr. Culemann, Düsseldorf.

RM. Dr. Georg Dpiß: Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (DepotG.) v. 4. Febr. 1937. (Guttagische Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 203.) Berlin und Leipzig 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. XXXII u. 704 S. Preis geb. 14 RM.

Der Name des Verf. ist in dem Fachschrifttum wohl bekannt. War er es doch, der dem Sammeldepot feinerzeit in der Praxis zum Durchbruch verhalf und die neue Einrichtung in zahlreichen Abhandlungen (vgl. die Literaturübersicht S. 46 ff.) rechtlich zu untermauern suchte. Seine berufliche Stellung liefert ihm ein reichhaltiges Material zu allen Fragen des Depotrechtes. Einem

Kommentar von seiner Hand wird man daher mit besonderem Interesse begegnen.

Das vorgelegte umfangreichere Erläuterungswerk rechtfertigt durchaus die daran geknüpften Erwartungen. Es zeichnet sich nach zwei Richtungen besonders aus: Einmal durch die Berücksichtigung praktischer Bedürfnisse; durchweg stehen Fragen der Behandlung anvertrauter Depots durch den Verwahrer im Vordergrund; zur Veranschaulichung sind zahlreiche Musterformulare in den Text und die Anlagen eingefügt. Sodann ist die umfangreiche Heranziehung der bisherigen Rechtsprechung und auch der Literatur in den Erläuterungen erfreulich. Wer weiteres Material zur Vertiefung wünscht, findet es fast lückenlos verzeichnet und verwertet; überall wird der Zusammenhang mit dem bisherigen Recht betont und gepflegt.

Der praktischen Handhabung dienen auch die zahlreichen Anlagen: Ein besonders gelungener Abschnitt erörtert in systematischer und erschöpfender Darstellung die verschlossene Einlage und den Schranckfachvertrag. Es folgen sodann: Ein Abdruck des alten DepotG. v. 5. Juli 1896 und die Gegenüberstellung der alten mit den Bestimmungen des neuen DepotG.; ein Abdruck der Geschäftsordnung für das Effetengirodepot der Bank des Berliner Rassenvereins und sonstige für den Giroverkehr wichtige Geschäftsbestimmungen; Anordnungen und Richtlinien für die Depotprüfung; Geschäftsbedingungen für den Wertpapierverkehr; schließlich einschlägige Bestimmungen aus anderen Gesetzen. Den Beschluß macht ein sorgfältig bearbeitetes Sachregister.

Der Verf. ist bestrebt, den Kommentar nicht auf die Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des DepotG. zu beschränken, sondern weitgehend den gesamten Wertpapierverkehr in die Erörterung einzubeziehen. Besonders liebevoll wird der Effetengiroverkehr behandelt (§. 91 ff.). Diese Erweiterung des Rahmens wird auch in dem Vorwort besonders betont. Das gibt dem Kommentar seine besondere Note.

So erweist das Erläuterungsbuch seinen Wert gerade als Hilfsmittel für die Banken bei der Anpassung ihres Geschäftsverkehrs an die neuen Bestimmungen. Die Dinge sind wesentlich von der Seite der Banken her gesehen. Daher kommt es, daß zahlreiche für den interessierten Bankkunden wichtige Fragen zurücktreten und nur beiläufig behandelt sind. Man erfährt verhältnismäßig wenig von den Schmerzen der Bankkunden. Wünschenswert wäre beispielsweise eine eingehendere Betrachtung über die Depotgebühren, über die Rechtslage der Kunden bei Versehen oder Befehlen der Bank (abgesehen von den Strafbestimmungen), über die Rechtsverhältnisse bei unwirksamer Erteilung der Ermächtigung zur Sammelverwahrung oder bei fehlender Verfügungsbeziehung des Ermächtigenden, eine genauere Gegenüberstellung von Sonderdepot und Sammeldepot in ihren Vorzügen und Nachteilen für den Hinterleger u. a.

Prof. Dr. R u t h, Frankfurt a. M.

Handbuch des gesamten Kreditwesens. Herausgegeben von Dr. jur. Walter Hofmann, Berlin. Frankfurt a. M. 1937. Verlag Fritz Knapp. IX u. 491 S. Preis geb. 9,60 R.M.

Diese Arbeit verfolgt einen andern Zweck als das (hier in *JW.* 1937, 1396 kürzlich besprochene) Buch von J a h n. Während dieses auch die öffentlich-rechtliche organisatorische Seite der Kreditorganisation zeigt, beschränkt sich Hofmann bewußt darauf, diejenigen Bestimmungen zusammenzustellen, die der Bankpraktiker braucht, so daß die materiellrechtlichen Bestimmungen vor den organisatorischen notwendigerweise überwiegen. In der Tat haben die als Folge der großen deutschen Bank-Enquete 1933 und im Zusammenhang mit dem organischen Aufbau der deutschen Wirtschaft erlassenen, inzwischen umfangreich und vielfach wichtig gewordenen Gesetze, Verordnungen usw. — an der Spitze das KWG. — die Praxis des Kredit- und Bankgeschäfts in fast jeder Hinsicht entscheidend geändert, und zwar so, daß dieses in der täglichen Arbeit, namentlich bei jeder Krediteinräumung, fühlbar wird. Jeder im Bankwesen Arbeitende hat dies erfahren. Die Kenntnis des einschlägigen Gesetzapparates gehört heutzutage zu seiner fachlichen Vorbildung. Er muß aber die von ihm zu beachtenden Bestimmungen in einer Form vor sich wünschen, die ihm das Eindringen in den Inhalt bei jeder konkreten Frage, die er gerade sucht, zugleich so genau und so schnell wie möglich gewährleistet.

Diesem aus der Praxis hervorgegangenen Wunsch sucht der Verf. zu erfüllen, und man kann feststellen, daß er sein Ziel durch die besondere Anordnung des weit verzweigten Materials erreicht.

Das Buch gibt die Gesetze usw. zu den folgenden fünf Abschnitten wieder:

1. Zum organisatorischen Aufbau des deutschen Kreditwesens, wobei der Verf. sich entsprechend dem vorher Besagten im wesentlichen auf die Bestimmungen über die ständische Ordnung beschränkt.
 2. Zur eigentlichen Regelung des Kreditwesens.
 3. Zur Sozialordnung im Kreditwesen.
- In zwei weiteren Abschnitten werden
4. wichtige statistische Unterlagen gebracht und
 5. das periodische Schrifttum des deutschen Kreditwesens aufgezählt.

Erstmalig in einer derartigen Zusammenstellung erscheint das im dritten Abschnitt enthaltene Material. Dieser Umstand ist bereits von offiziöser Stelle der Arbeitsfront mit Recht begrüßt worden. —

Zum vierten Abschnitt empfehlen wir für eine künftige Auflage, ihn noch in bezug auf die Bilanzstatistik zu erweitern. —

Das Schwergewicht für den Praktiker liegt naturgemäß in dem zweiten Abschnitt: Hier ist zunächst das KWG. selbst abgedruckt; sodann zu jedem einzelnen wichtigen Punkt (z. B. Aufsicht, Passiv- und Aktivgeschäft, Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital, Publizität) nochmals die entsprechende Rahmenvorschrift des KWG. und anschließend die verschiedenen Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen, selbstverständlich auch die des Reichskommissars und des Kreditaufsichtsamts. Auch die behördlichen Formblätter sind vorhanden. So ist jeweils der aktuelle Gesetzesstand in einer für den Praktiker schnell verwendbaren Weise niedergelegt.

Das Buch ist übersichtlich gedruckt und sehr lesbar, wozu nicht zuletzt neben einer Einleitung und einem Sachregister die verbindenden und erläuternden Bemerkungen des Verf., die immer vorzüglich klar sind, beitragen. Das Handbuch ist jedem, der Bank- und Kreditfragen zu bearbeiten hat, zu empfehlen.

R. A. Dr. jur. August Most, Berlin

Die gesamten Preisbildungsvorschriften. Nach dem Vierjahresplan unter Einfluß des bisherigen Rechts erläutert von Fritz Wohlhaupt, OBR., Dr. Wilhelm Kentrop, RegR., Martin Bertelsmann, GerRsch., sämtl. beim Reichskommissar für Preisbildung, Stand v. 1. März 1937. München und Berlin. C. S. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. 497 S. Loseblattausgabe in Leinenordner 12,50 R.M.

Die Verf., beim Reichskommissar für Preisbildung tätig (Wohlhaupt und Kentrop als Abteilungsleiter, Bertelsmann als Referent), haben die nach dem Vierjahresplan geltenden Preisbildungsvorschriften unter Einfluß des bisherigen Rechts in einer verdienstvollen Übersicht zusammengestellt und erläutert. Diese Zusammenstellung ist stets nach dem neuesten Stand ergänzbar (Lochblattform). Ein Teil des Materials war bisher der Öffentlichkeit nicht leicht zugänglich (so insbes. die Erlasse des Reichspreiskommissars), im übrigen für den nicht ständig berufsmäßig mit ihm Vertrauten kaum zu übersehen. So ist diese in fünf Teilen systematisch geordnete Zusammenstellung (Grundlagen des Preisrechts, Vorschriften für die gesamte Wirtschaft, Vorschriften für die Ernährungs- und Forstwirtschaft, Vorschriften für die gewerbliche Wirtschaft, Vorschriften auf anderen Gebieten) nebst einem Anhang (Behördenverzeichnis und allgemein wichtige Vorschriften) eine kaum entbehrliche Grundlage für die Einführung in dieses wichtige Rechtsgebiet. Die Anmerkungen sind klar und leicht verständlich. Ein Sachverzeichnis erleichtert die Auffindung der einschlägigen Bestimmungen.

R. A. Dr. R o t h, Berlin.

Die 1. Ergänzungslieferung im Umfang von 140 Blatt bringt das Werk auf den Stand vom Juli 1937. D. S.

Dr. Walter Kriege, MinR. im RM., und Dr. Arthur Bülow, OBR. im RM.: Kommentar zur Hinterlegungsordnung v. 10. März 1937 mit Nebenbestimmungen. München und Berlin 1937. C. S. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. VIII u. 284 S. Preis geb. 6 R.M.

Der Kommentar bringt zunächst den Wortlaut des Gesetzes ohne Anmerkungen und folgt darin einer Übung vieler Erläuterungsbücher, die sich als sehr zweckmäßig erwiesen hat. Hieran schließt sich die amtliche Begründung des Gesetzes an. Ihr folgt das eingehend erläuterte Gesetz mit Durchführungs- und Ausführungsvorschriften. Neben verschiedenen anderen Bestimmungen sind in das Buch noch einschlägige Auszüge aus der Justizkassenordnung, aus der Kostenordnung mit Durchführungsverfügung, aus

dem BGB. und der ZPO., sowie die amtlichen Vordrucke für das Hinterlegungsverfahren aufgenommen. Ein übersichtliches Sachverzeichnis, das sich hauptsächlich auf den erläuterten Teil bezieht, bildet den Abschluß.

Schon die Zusammentragung des Stoffes, die Auswahl der zum Abdruck gebrachten Bestimmungen und die Aufstellung des Buches lassen die besondere Sachkunde und Vertrautheit der Verf. mit dem Hinterlegungsverfahren erkennen.

Die Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen zeichnen sich durch große Klarheit aus. Ebenso verdient die leichtverständliche Sprache eine besondere Hervorhebung. Schwierigere Fragen sind an Hand von kurzen Beispielen anschaulich erläutert. Die Übersichtlichkeit der Anmerkungen erhöht der logische Aufbau und eine geschickte Druckeranordnung.

Die Verf. haben das Buch in erster Linie den Bedürfnissen der Praxis angepaßt, wobei sie ihre langjährige Erfahrung auf dem Gebiet des Hinterlegungsverfahrens verwerten konnten. Bei aller Kürze ist aber auch der hohe wissenschaftliche Stand des Kommentars anzuerkennen. Diese Vorzüge genügen, um dem Buch eine weite Verbreitung zu sichern.

Dr. H a n n s R i c h m a n n, Sulzbach-Rosenberg.

Otto Krieg, SenPräs. beim RG.: Vergleichsordnung v. 26. Febr. 1935 mit Erläuterungen. Zugleich Nachtrag zu „Endow-Buch-Krieg, Konkursordnung“. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 13 a). Berlin und Leipzig 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. 328 S. Preis geb. 6 RM.

Das kleine Buch ist eine außerordentlich wertvolle Bereicherung der Literatur über die neue Vergleichsordnung. Zwei Vorzüge möchte ich hier hervorheben. In den Erläuterungen wird ständig darauf hingewiesen, wie sich die Vorschriften des jetzigen Gesetzes verhalten zu den entsprechenden Bestimmungen der Vergleichsordnung von 1927 und der Konkursordnung. Die Ausgabe ist deshalb jungen Juristen besonders zu empfehlen. Bei Anfängern besteht stets die Gefahr, daß sie nach flüchtiger Lektüre glauben, den Sinn eines Gesetzes erfaßt zu haben, weil sie die Probleme nicht sehen. Wird ihnen aber vor Augen geführt, daß die gleiche oder eine ähnliche Frage in anderen Gesetzen anders gelöst worden ist, so werden sie dadurch veranlaßt, über die Bedeutung der einzelnen Bestimmungen nochmals nachzudenken.

Ein zweiter Vorzug ist, daß Verf. den Fehler vermeidet, in den Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen nur das zu kommentieren, was in dem Paragraphen selbst steht. Er zieht vielmehr überall auch schon die späteren Bestimmungen heran, die berücksichtigt werden müssen, wenn man die volle Tragweite der zu erläuternden Vorschrift erkennen will. Als Beispiel verweise ich auf § 7 des Gesetzes, in dem vom „Inhalt des Vergleichsvorschlages“ die Rede ist.

Die Literatur ist ausgiebig, die Judikatur (soweit ich sehe) vollständig berücksichtigt. Überhaupt gewinnt man beim Durchlesen den Eindruck, daß der Verf. den Stoff souverän beherrscht.

Prof. Dr. P a g e n s t e c h e r, Hamburg, Mitgl. der Akademie für Deutsches Recht.

Hauseigentümer und Mieter. Eine gemeinverständliche Darstellung des gesamten Wohnungsrechts auf Grund praktischer Fälle. Von Dr. Friedrich Deering, SenPräs. beim RG., und Dr. Richard Niese, ObermagRat bei der Stadt Berlin. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 115 S. Preis kart. 2,80 RM.

„45 praktische Fälle aus dem Mietrecht“, so läßt sich der Inhalt des Buches wohl am besten kennzeichnen. Eine Darstellung des gesamten Wohnungsrechts läßt sich auf diesem Weg kaum geben. Aber es ist anzuerkennen, daß die Verf. aus der Fülle des Materials die Fragen ausgewählt haben, die zwischen Mieter und Vermieter am häufigsten streitig zu werden pflegen und Schwierigkeiten bereiten. Ich zweifle nicht daran, daß der Laie, an den sich das Buch hauptsächlich wendet, aus dieser Form der Darstellung gute Belehrung zu schöpfen vermag. Durch den jeweils vorausgestellten klaren Tatbestand wird der Leser auf das Wesentliche des Falls gelenkt und sein Interesse an der Beantwortung geweckt. Die folgende Lösung bemüht sich, in gemeinverständlicher Weise die gesetzlichen Bestimmungen und die für die Entscheidung maßgebenden Gesichtspunkte vor Augen zu führen. Völlig zu entäußern vermögen sich freilich die Verf. der juristischen Redeweise nicht. So dürfte beispielsweise die Erklärung des Unterschieds zwischen Garantievertrag und Bürgschaft (§ 14) für den Laien kaum begreiflich sein. Doch ist im allgemeinen dem Verständnis des Laien nicht zu viel zugemutet. Die gegebenen Lösungen sind zuverlässig und durchweg im Einklang mit der

höchstrichterlichen Rechtsprechung, der auch die Tatbestände zumeist entnommen sind.

Manche Lösungen könnte man sich anders denken. Aber das würde auf eine eingehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung hinauslaufen, die hier nicht zur Diskussion steht. Einzelne Fälle sind in der Art, wie sie auf einen Ausnahmefallbestand stellen (z. B. Nr. 2, Rücktritt vom Mietvertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage), nicht unbedenklich, weil sie den oberflächlichen Leser zu unrichtigen Verallgemeinerungen verleiten. Doch solche Beanstandungen sind bei einem Buch, das vielerlei Kreise zu befriedigen und Wissenschaft zu popularisieren sucht, immer unausbleiblich. Es bedeutet viel, wenn ein solches Werk auch „dem Richter und Anwalt ein Wegweiser für die Praxis sein“ kann, wie es die Verf. mit einer gewissen Berechtigung erhoffen. Auch der Studierende vermag sich mit diesem Praktikum des Mietrechts gut zu schulen.

Prof. Dr. R u t h, Frankfurt a. M.

Dr. R. Schäfer, OVR. im RM.: Das Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. Juni 1931 und das Gesetz über die Geheime Staatspolizei v. 10. Febr. 1936 mit Ausführungsbestimmungen und ergänzenden Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften. 4. vermehrte Aufl. Berlin 1937. Kameradschaft, Verlagsgef. 149 S. Preis brosch. 1,50 RM.

Die 4. Aufl. der ZW. 1937, 1226 besprochenen Schrift entspricht dem Stande der Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung vom Juni 1937. D. S.

Grundriß der Angestelltenversicherung. Von Dr. Erwin Gaber und Dr. Alfred Post, Regierungsräten bei der Reichsversicherungsanstalt für Angestellte, Berlin. Berlin 1937. Verlag Langewort. 128 S. Preis geb. 4,50 RM.

Die Flut des Schrifttums in der Sozialversicherung ist seit einigen Jahren unübersehbar. In Erläuterungsbüchern, Sammelwerken und Einzelaufsätzen ist wirklich kein Mangel. Eigentümlicherweise ist dabei gerade das wichtige Gebiet der Angestelltenversicherung immer recht stiefmütterlich behandelt worden. Das Interesse fast aller Schriftsteller konzentriert sich auf die Krankenversicherung. Infolge dessen ist der vorliegende, von zwei Praktikern auf diesem Stoffgebiet verfaßte Grundriß, der ähnlich wie die Schäfer'schen Lehrbücher, auch in der drucktechnischen Anordnung, aufgebaut ist, zu begrüßen. Er wird sicher jedem, der sich mit Fragen der Angestelltenversicherung zu befassen hat, von großem Nutzen sein. An einen ersten allgemeinen Teil, der sich mit dem Zweck, dem Wesen, der rechtsgeschichtlichen Entwicklung, den Rechts- und wirtschaftlichen Grundlagen der Angestelltenversicherung befaßt, schließen sich Abschnitte über die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte als Versicherungsträger dieses Teils der Sozialversicherung, die Versicherten (Versicherungspflichtige und -berechtigte), die Beiträge, die Leistungen und ihre Voraussetzungen und das Verfahren (Abschnitte 2 bis 6). Der 7. Abschnitt behandelt die für alle Versicherungszweige wichtige, in §§ 1544 ff. RVD. neu geordnete Wanderversicherung, d. h. die Rentengewährung an Versicherte der Invaliden-, Angestellten- und knappschaftlichen Pensionsversicherung. Der 8. Abschnitt gibt einen gedrängten (3 Seiten) Überblick über die Bedeutung der Angestelltenversicherung für die deutsche Volkswirtschaft. Die zahlreichen, den einzelnen Abschnitten beigefügten Beispiele dienen dazu, dem Benutzer die an sich oft recht schwer verständlichen gesetzlichen Vorschriften klarer zu machen. Die — schon erwähnte — drucktechnische Anordnung erleichtert die Durcharbeitung des Stoffes und ebenso wie das am Schluß befindliche Stichwortverzeichnis (mehr als ein solches ist es aber auch nicht) das Auffinden der für einzelne Fragen wichtigen Bestimmungen.

SenPräs. K e r s t i n g, Berlin.

RA. Dr. Wilh. Weimar, Köln: Die Dreiwochenarbeit in der Referendarprüfung. Eine praktische Anleitung mit zahlreichen Beispielen und erprobten Grundregeln. Köln 1937. Verlag Valduin Pic. 70 S. Preis brosch. 2,70 RM.

Das vorliegende kleine Buch ist ein gutes Rüstzeug für die Anfertigung der Hausarbeit in der ersten juristischen Staatsprüfung.

Der Verf., der bereits durch seine Schriftenreihe: „Die Rechtswahrerprüfung“ als ein Kenner des Prüfungstoffes der juristischen Prüfungen bekannt geworden ist, trägt hier eine Summe von Ratsschlägen zusammen, die jeder Examenstandidat

zur Kenntnis nehmen und beachten sollte. An Hand der typischen Fehler, die bei der Vorbereitung auf die Dreiwochenarbeit und während ihrer Abfassung immer wieder zu beobachten sind, wird eine Arbeitsmethode entwickelt, die eine Vermeidung grober Fehlerhaftigkeit garantiert. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß die Vorbereitung gerade auf die häusliche Arbeit nicht früh genug während des Studiums einsetzen kann. Die Vertrautheit mit dem Lehrmaterial der örtlichen Büchereien ist unbedingte Voraussetzung für jeden Kandidaten, der sich zum Examen meldet.

Die Art der Behandlung der Prüfungsarbeit selbst wird, entsprechend der zur Verfügung stehenden drei Wochen, in drei Abschnitte eingeteilt. Der Examenkandidat muß sich darüber klar sein, daß jede dieser drei Wochen eine besondere Arbeitsmethode erfordert, die eine durchdachte und fertiggestellte Arbeit gewährleistet sein soll.

Der Verf. hat ferner eine Anzahl junger Rechtswahler in dem vorliegenden kleinen Werte zu Worte kommen lassen, die diejenigen Schwierigkeiten der Dreiwochenarbeit hervorheben, die der Examenkandidat am meisten als solche empfindet.

Die theoretische Darstellung wird ergänzt durch mehrere Tatbestände häuslicher Arbeiten, die zum Teil mit Lösungsratschlägen verbunden sind. Die Lösungsanleitungen geben bis ins einzelne gehende Hinweise hinsichtlich der Durchföhrung und des Aufbaues der jeweiligen Arbeit.

Die „Grundstellung bestimmter „Grundregeln für den täglichen Gebrauch“ während der Dreiwochenarbeit wird den Kandidaten über viele überflüssige Schwierigkeiten hinweghelfen.

Der vorliegende Ratgeber für die häusliche Arbeit in der Referendarprüfung kann jedem Studierenden der Rechte auf das Beste empfohlen werden.

RM. Dr. Riff, Berlin.

Die Deutsche Erbpflege. Ein Grundriß von Dr. med. Gerhard Friebe und VerMf. Hans Joachim Lemme, beide im Reichsausschuß für Volksgesundheitsdienst beim Reichs- und PrMdZ. Leipzig 1937. Verlag Georg Thieme. X und 238 S. Preis kart. 4,80 RM.

Das Buch ist eine allgemeinverständliche und doch wissenschaftlich einwandfreie Darstellung der Erbpflege des Dritten Reiches. Gegenüber den bekannten großen Kommentaren, die dem Spezialisten unentbehrlich bleiben, empfiehlt es sich einem größeren Leserkreise durch knappe Darstellung und niedrigen Preis. Hier ist endlich für vielbeschäftigte Rechtsanwälte, Richter und Referendare die Möglichkeit geschaffen, sich neben ihrer sonstigen Tätigkeit auch einen guten Einblick in die Erbpflege zu verschaffen. Was in diesem Buch geboten wird, sollte Gemeingut unserer Gebildeten, erst recht sicherer Besitz aller deutschen Rechtswahler werden. Dabei geht die Darstellung der medizinischen und erbbiologischen Zusammenhänge niemals weiter, als für das Verständnis des geltenden Rechts auf dem Gebiet der Erbpflege unbedingt erforderlich ist. Andererseits bleibt sie stets wissenschaftlich und artet niemals in das „Münchberger-Trichter-System“ aus, das die Verf. mit Recht ablehnen.

Die theoretische Einführung ist kurz gehalten (40 Seiten). Hier gibt es keine langweiligen theoretischen Erörterungen, sondern kurz und klar werden die Grundlagen der Erbpflege erörtert, soweit sie zum Verständnis des Buches erforderlich sind.

Teil I behandelt die Erbkrankheiten, die zur Unfruchtbarkeit führen, und umfaßt auch die geistigen Störungen, die ein Ehehindernis nach dem EhegesundhG. bilden können. Die Art jeder Krankheit wird gemeinverständlich besprochen, die Erbgefahr im einzelnen dargestellt, die Bedeutung der Gesundheitslage der Sippe und das Verhältnis von Erbschaden und Umweltschaden werden erörtert und zu jedem Leiden genau alle anzuwendenden Erbpflegemaßnahmen besprochen (Eheberatung, Eheverbot, Unfruchtbarmachung). Man kann sich hier also über die gesamte Erbpflege zu einem Fall unterrichten, ohne erst in verschiedenen Kommentaren nach den Einzelheiten suchen zu müssen, die der nicht ständig mit solchen Dingen Arbeitende nur gar zu leicht übersieht. Für besonders wertvoll halte ich an dem Buch, daß es bei aller Kürze und Klarheit doch nicht nur einen Tatsachenbericht darstellt, sondern überall Probleme zeigt und kritisch Stellung nimmt. Die große Sachkunde der Verf. bewirkt, daß auch jeder, der ständig in der Erbpflege tätig ist, das Buch mit großem Nutzen durcharbeiten wird. Die meisten dieser Probleme — wie z. B. die Fragen des „moralischen“ Schwachsinn, der Lebensbewahrung der Schwachsinnigen oder die Erbgefahrlichkeit des Alkoholismus sind aber auch von allgemeinem Interesse und für die Beurteilung von Menschen und ihrem Tun — und das ist ja doch der Kernpunkt der Tätigkeit des Rechtswahlers — auch dann

wichtig, wenn es sich nicht unmittelbar um Maßnahmen der Erbpflege handelt.

Teil II behandelt das Verfahren zur Erlangung des Ehe-tauglichkeitszeugnisses und das Verfahren wegen Unfruchtbar-machung. Auch das Verfahren ist in seiner Ganzheit dargestellt, wie es wirklich beginnt und wie es wirklich endet, nicht nur der beim ErbgesVer. laufende Ausschnitt des Verfahrens, den Rechts-wahler und Öffentlichkeit meist nur vor Augen haben. Gerade diese Ganzheit der Darstellung charakterisiert das Buch als echt nationalsozialistisch. Hier werden nicht erdachte Probleme erörtert, sondern hier wird das Leben dargestellt, wie es in tatsächlichen Wir-tungen abläuft. Gerade dieses hebt das Buch in seiner Bedeutung über den unmittelbaren Zweck, dem er dienen soll, hinaus. Es kann jedem eine wertvolle Hilfe für die Erfassung der national-sozialistischen Rechtslehre überhaupt werden.

Zum Schluß des Buches werden noch kurz die Verfahren bei Bewilligung von Ehestandsdarlehen und verschiedenen Kinder-beihilfen besprochen und alle einschlägigen Gesetzestexte zur Erb-pflege im Wortlaut wiedergegeben.

UGR. C. G. Meinhof, Hamburg.

Dr. Dr. Franz Rippel, Notar, Durlach: Die Grund-tücksverkehrsbekenntmachung v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 35 ff.). Eine Erläuterung. Karlsruhe 1937. Verlag Eugen Harsch. 79 S. Preis kart. 2,60 RM.

Prof. Dr. Theodor Maunz: Verwaltung. (Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, Reihe A, Rechtswissen-schaft.) Hamburg 1937. Hanseatische Verlagsanstalt. 332 S. Preis kart. 5,50 RM., geb. 6,50 RM.

Das Buch bringt eine Darstellung der Grundzüge des deut-schen Verwaltungsrechts. Seine besondere Kennzeichnung liegt in dem Bemühen des Verf., dem nationalsozialistischen Denken die wissenschaftlichen Ausgangstellungen des deutschen Verwaltungs-rechts zu sichern.

Diese Zielsetzung wird schon an der Art erkennbar, in der der Verf. den Begriff und das Wesen der Verwaltung bestimmt. Gemeinschaftsdenken und politische Führung geben der öffentlichen Verwaltung in der Darstellung des Verf. ihr Gepräge. Öffent-liche Verwaltung ist danach zunächst „Tätigkeit ... als Hand-lung der Gemeinschaft“ (S. 9), also ein Ablauf sinn-voller Handlungen und Geschäfte, die die Aufgabe haben, „einer Gemeinschaft zu dienen“ (a. a. O.). Daraus folgt, daß die Ver-waltung „keinen Eigenwert“ besitzt: „Sie ist nicht für sich da, sondern für die Gemeinschaft, der sie dient“ (S. 10). Diese Sach-waltung für die Gemeinschaft erhält ihre grund-legende Richtung von der über die Verwaltung gebietenden poli-tischen Führung. „Verwaltung ... ist Gestaltung ... nach einem vom Führer der Gemeinschaft aufgestellten Plan“ (S. 11). Das innere Gesetz der Verwaltung ist also der Plan des Führers, der seinerseits in den Lebensgesetzen des Volkstums vorgezeichnet ist. Die öffentliche Verwaltung läuft daher nicht nach einer eigen-gesetzlichen Zielsetzung, sondern nach einem vom Führer aufgestell-ten Plane ab (a. a. O.). Die Gemeinschaftsarbeit der Verwaltung ist also insofern „Durchführung“, als sie sich „nicht selbst die Lei-tgedanken gibt“ (S. 12). Gleichwohl ist sie nicht bloßer seelenloser „Vollzug“, vielmehr läßt ihr Wesen innerhalb der Ziele der politischen Führung ein mitgestaltetes Schöpferium nicht nur zu, sondern fordert es sogar unumgänglich. Zutreffend weist der Verf. auf ein Wort des Reichschahmeisters Schw arz hin, nach dem „Verwaltung ... Unterstützung des Geplanten und Er-haltung des Gewordenen“ ist (S. 114). Zweck der Verwaltung ist es, „den Plan des Führers Gestalt und Wirklichkeit werden zu lassen“ (S. 182). Sie ist also ein am Plan der Führung und an den inneren Gesetzen des Volkstums ausgerichtetes schöpfe-risches Mitgestalten der völkischen Ordnung. Dieser Verwaltungsbegriff beansprucht selbstverständlich keine allgemeine Gültigkeit; er ist nur eine Beschreibung unserer konkreten nationalsozialisti-schen Verwaltung, also, wie der Verf. selbst erkennt, „ein zeit- und volksbezogener Verwaltungsbegriff, ein gegenwartsbezogener und deutscher Begriff“ (S. 15) und „darauf aufgebaut, daß das Volk eine in Untergemeinschaften gegliederte konkrete Gemeinschaft ist“ (S. 39).

Dieses „konkrete Denken“ des Verf. zeigt sich auch in sei-nem Rechtsbegriff. Er stellt den „Rechtsbegriff der konkreten Ge-meinschaft in den Mittelpunkt des Rechts“ (S. 19) und führt aus: „Das Recht besteht in den Ordnungen der Gemeinschaften. In die das Volk eingegliedert ist“ (a. a. O.). Recht in diesem Sinne,

so sagt der Verf. in einem anderen Zusammenhang, „ist nicht ein ordnender Befehl, sondern ein geordneter Zustand. Aus ihm erst sind die Rechtsregeln zu entnehmen, nicht umgekehrt“ (S. 39). Die Ausrichtung dieses Denkens an der Schrift von Carl Schmitt, „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ liegt auf der Hand. So unbestreitbar die befruchtende Wirkung ist, die von dieser Schrift ihren Ausgang nahm, so berechtigt erscheint mir doch der Einwand von Mezger (MAdZ. 1937, 417 ff.), „daß die Antithese von Normativismus und konkretem Ordnungsdenken im letzten Grunde lebens- und rechtsfremd und daher in Wahrheit nicht begründet ist. Denn das Recht ist beides: lebendige und zugleich verpflichtende Ordnung, ... konkrete Ordnung und Norm“. „Es würde des Rechtes nicht bedürfen, wenn alle Wirklichkeit immer schon konkrete Ordnung wäre ... Das Recht ist immer auch eine verpflichtende Ordnung gegenüber einer der Ordnung widerstrebenden Welt. Das Recht ist also seinem Wesen nach immer auch ein ‚Sollen‘ und damit eine Norm“. Deshalb läßt sich der Normativismus als solcher vom Wesen des Rechts nicht trennen“ (Mezger a. a. O.). Das Verdienst des „konkreten Ordnungsdenkens“ besteht darin, an die Stelle der inneren Dürftigkeit des sich auf die Gegebenheit gesetzter Normen beschränkenden positivistischen Rechtsdenkens die ergiebige Fruchtbarkeit einer von der Wirklichkeit des Lebens inspirierten Rechtsanschauung gesetzt zu haben. Diese Auflockerung unseres Denkens ist zweifellos ein dringendes Erfordernis gewesen. Es ist aber falsch, statt einer wechselseitigen Befruchtung der juristischen Denkmethode einem methodischen Monismus das Wort zu reden.

Ähnliche Bedenken sind gegenüber einer anderen Grundhaltung des Verf. zu erheben: seiner bedingungslosen Gegnerschaft gegen irgendwelche „allgemeinen Lehren“. Er meint, es müsse „mit allem Nachdruck betont werden, daß es keine allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts gibt und geben kann“ (S. 14). Der Grund dieser Gegnerschaft ist an sich völlig gesund: „Eine generalklassifizierende Schilderung läuft Gefahr, in Abstraktionen und Konstruktionen zu verfallen“ (S. 26). Aus dieser Befürchtung erklärt der Verf.: „Das Streben, einen ‚allgemeinen Teil‘ des Verwaltungsrechts nicht nur in Lehrbüchern aufzustellen, sondern sogar als Gesetz zu erlassen, die Bemühungen, ‚Verwaltungsrechtsordnungen‘ herauszugeben, die für alle Zweige und Organisationen der öffentlichen Verwaltung einheitliche Regeln schaffen oder sammeln, liegen in der Linie dieser Entwicklung zum Allgemeinen, Generellen, Abstrakten“ (S. 33). Es kommt dem Verf., wie er in anderem Zusammenhang, aber aus der gleichen Grundhaltung heraus ausführt, darauf an, „die konkrete Wirklichkeit statt der Fiktion zu setzen“ (S. 57). Er meint daher, „daß abstrakte und generelle Normen, die für das Verwaltungsleben aller konkreten Gemeinschaften gelten würden, nicht aufgestellt werden können“ (S. 194/195). Es ist bemerkenswert, daß „die erfahrenen Sachbearbeiter des RAdZ“ (S. 202), auf die der Verf. (a. a. O.) seine Hoffnung setzt, kraft ihrer Erfahrung in diesem wichtigen Punkt offensichtlich durchaus anders denken. MinA. Dr. Dankwerts, ein besonders hervorragender Sachkenner des Verwaltungsrechts, nimmt in einem Aufsatz „Das Verwaltungsverfahren“ (DVerwalt. 1937, 74 ff.) mit erfreulicher Entschiedenheit gegen jede Art von „Sachpartikularismus“ (Dankwerts a. a. O. S. 75) Stellung. Er tritt dabei nicht nur für das selbstverständliche Erfordernis der Denkökonomie ein, „bestimmte Ausdrücke stets für die gleichen Begriffe zu verwenden“, sondern spricht auch mit beachtlichen Gründen von der Notwendigkeit der „Schaffung eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts“, der sich allerdings „in weiser Selbstbeschränkung“ nur auf das „Normalhandwerkzeug der Verwaltung“ erstrecken dürfe (S. 76). Diese Schaffung eines „allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts“, die als erstrebenswert bezeichnete „Einheitsregelung“ und „Normung der Vorschriften“ stehen deutlich im Mittelpunkt der erwähnten Ausführungen von Dankwerts. Auch im neueren Schrifttum des Verwaltungsrechts werden beachtliche Gegenmeinungen vertreten. So sagt z. B. Laforet (DVerwaltungsrecht): „Als Ziel muß die Rechtsordnung bezogen, für das gesamte Recht den Rechtsbegriffen und Rechtsbezeichnungen den gleichen Inhalt zu geben“ (S. 101; vgl. auch daselbst S. 215: „Es wird und muß Ziel der Gesetzgebung, der Rechtsauslegung durch die Gerichte wie der Wissenschaft sein, das Gemeinsame zu finden und klarzustellen“). Es handelt sich hier in der Tat um „zwei Fronten“, die sich heute deutlich voneinander abheben lassen. Wenn man diese Fronten bisweilen durch die Gegenüberstellung von Begriffszbindung und Begriffseindringlichkeit zu kennzeichnen sucht (vgl. etwa: Freiherr von Schwerin: MAdZ. 1937, 456), so begeht man hierbei den Fehler, die Anerkennung der Nützlichkeit der Begriffsbildung für unseren „geistigen Haushalt“ in den völlig unbegründeten Ruf der Begriffsknechtschaft zu bringen. Begriffe sind Formen, mit denen unser Denken die Wirklichkeit bewältigt; kein gesunder Denker braucht unter diesen For-

men die Substanz verkümmern zu lassen und aus einer Bewältigung der Wirklichkeit deren Überwältigung zu machen. Wer Begriffe als bloße Behelfe des ordnenden Geistes betrachtet, wird stets ihr Herr bleiben und nicht zu ihrem Höhengeniener werden! Es wäre zu begrüßen, wenn diese Erkenntnis stärker als bisher in das Bewußtsein unserer Zeit Eingang fände. Dann würden sich die oben gekennzeichneten „Fronten“ zum Nutzen der Sache auflösen, indem einerseits die Nützlichkeit eines begrifflich disziplinierten Denkens erkannt und verwandt, aber andererseits jede Despotie der Begriffe über die Vielgestaltigkeit des Lebens unterbunden würde.

Daß der Verf. solche grundsätzlichen Fragen in seinem Buch überhaupt aufwirft, ist ohne Zweifel verdienstlich, denn wir verlangen heute vom wissenschaftlichen Schrifttum mit Recht, daß ihm eine bestimmende geistige Grundhaltung Form und Gepräge gibt. Allerdings beherrschen die allgemeinen Fragen weltanschaulich-grundsätzlicher Art zu sehr weite Teile des Buches. Da dies auf Kosten der unumgänglich notwendigen positiven Einzelheiten des Verwaltungsrechts geschieht, wäre es ein Verdienst des Verf., wenn er bei einer Neuauflage des Wertes darauf achten könnte, daß die geistige Grundhaltung seiner wissenschaftlichen Arbeit weniger „ex cathedra“ verkündet, als vielmehr in der Art der Lösung konkreter Fragen spürbar gemacht würde. Die Weltanschauung ist zwar Ausgangspunkt und Grundlage unserer Wissenschaft, aber nicht ihr ausschließlicher oder auch nur vorherrschender Gegenstand. Deshalb muß sie auch nicht so sehr ausdrücklich beschriebener, als vielmehr in den praktischen Problemen des Rechtslebens und der Rechtswirklichkeit fruchtbar gemacht werden. Damit ist dem Sieg einer Idee auch sicher am ehesten gedient. Der Verf. hat dies an sich auch keineswegs verkannt, aber er hat seiner richtigen Erkenntnis noch nicht genügend Rechnung getragen. Die praktischen Einzelfragen der verschiedenen Gebiete des weitverzweigten deutschen Verwaltungsrechts sind im Hinblick auf den beachtlichen Gesamtumfang des Wertes zu kurz gekommen. Der angehende Rechtswahrer, der das Buch aus Anlaß eines konkreten Falles zu Rate zieht, wird in ihm oft keine rechte Handhabe für dessen Lösung finden. Das aber müßte von dem Buch billigerweise gefordert werden. Wir erleben es leider oft genug, daß das neuere Schrifttum den Nachsuchenden bei konkreten, der Wirklichkeit des Rechtslebens entstammenden Fragen ohne rechte Hilfe läßt und ihn auf diese Weise dazu veranlaßt, zu wissenschaftlichen Hilfsmitteln der Vergangenheit zu greifen, die den veränderten Grundanschauungen unserer Zeit nicht entsprechen. Das ist eine große Gefahr, denn es ist bekanntlich auch in geistigen Dingen so, daß auf die Dauer derjenige den Sieg erringt, der die Alltagsfragen meistert und das tägliche Brot verteilt. Am Weiterwirken des Geistes der Vergangenheit trägt also nicht zuletzt die Unvollkommenheit unseres neueren Schrifttums Schuld, weil dieses zu sehr im Grundsätzlichen verharret, statt den Bedürfnissen des Alltags von der neuen wissenschaftlichen Grundanschauung her Rechnung zu tragen. Gerade diese Erkenntnis zeigt die Dringlichkeit einer am weltanschaulichen Denken unserer Zeit ausgerichteten wissenschaftlichen Arbeit, die den drängenden Problemen des Alltags mit eindringlicher Gedankenscharfe auf den Grund geht. In dieser Richtung enthält das hier besprochene Buch schon erfreuliche Ansatzpunkte, genügt aber den berechtigten Erwartungen noch nicht. Allerdings ist es selbstverständlich, daß ein einzelnes Buch diese Aufgabe stets nur unvollkommen meistern kann. Es müssen aber wenigstens „die Einstiegsstellen zur Lösung einer Frage gegeben werden“ (so richtig: Laforet a. a. O., Vorwort). Dieser Forderung müßte auch das vorliegende Buch in vollkommenerer Weise genügen. Der wissenschaftliche „Apparat“, mit dem es ausgestattet ist, ist unzureichend; es fehlt eine genügende Querverbindung zum allgemeinen und zum monographischen Fachschrifttum. Dieses ist zwar jeweils im Eingang der einzelnen Abschnitte zusammengestellt, aber nicht genügend durch eine fortlaufende Verarbeitung in den Text der Darstellung einbezogen und durch entsprechende Fußnotenhinweise zu ihm in eine jeweils konkrete Beziehung gesetzt. Das Buch ist also wissenschaftlich nicht genügend „ausgebaut“. Dabei soll allerdings nicht verkannt werden, daß der Verf. nicht den Anspruch erhebt, ein eigentliches „Lehrbuch“ mit entsprechend umfassender Zielführung zu bieten. Er will das dargestellte Gebiet vielmehr, entsprechend der Bezeichnung der Sammlung, in der es erscheint, offenbar nur in seinen „Grundzügen“ behandeln. Aber auch bei dieser Zielführung könnte den hier aufgezeigten Bedenken — besonders im Hinblick auf den erheblichen Umfang des Buches — stärker Rechnung getragen sein. Bei dem wissenschaftlichen Ansehen des Verf. wird es vor allem unvermeidlich sein, daß der Benutzer des Buches, insbes. der Student, an dessen Inhalt mit höheren Erwartungen herantritt und von ihm eine größere Hilfe erwartet, als sie der Verf. bietet.

Recht[sprechung]

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Ordentliche Gerichte

Bürgerliches Gesetzbuch

1. RG. — § 95 BGB. Wird ein Gebäude vom Pächter mit der Maßgabe errichtet, daß es nach dem Willen des Verpächters bei Beendigung des Pachtverhältnisses entweder vom Pächter beseitigt werden muß oder aber vom Verpächter zum eigenen Gebrauch übernommen werden kann, so ist die Verbindung nicht „nur zu einem vorübergehenden Zweck“ erfolgt und § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht anwendbar.

Durch Vertrag verpachtete die Bekl. an den Kl. ein ihr gehörendes Gelände zu einem jährlichen Zins. In § 3 des Vertrages ist bestimmt:

„Dem Kaufmann J. (dem Kl.) steht das Recht zu, auf dem in § 1 bezeichneten Gelände ein Geschäftshaus für die Dauer des Pachtvertrags zu errichten. Das Projekt und die Ausführung, insonderheit auch die Verdeckung des Nachbargiebels, bedarf der vorherigen Zustimmung des Stadtbauamtes. Der Pächter bleibt Eigentümer des für die Dauer des Pachtvertrags errichteten Gebäudes. Er ist verpflichtet, bei Beendigung des Pachtvertrags das Gebäude ohne Entschädigung zu entfernen. Die Stadt (Bekl.) ist berechtigt, statt dessen auch die Überlassung des Gebäudes gegen eine Entschädigung zu verlangen, deren Höhe sich nach dem Wert des Gebäudes im Zeitpunkt der Überlassung bemißt und die, falls eine Einigung über sie nicht zu erzielen ist, durch drei Sachverständige ermittelt werden soll . . .“

Der Kl. errichtete auf Grund des Vertrages auf dem Pachtgelände ein Geschäftshaus und vermietete es. Als er in der Folgezeit mit der Zahlung des Pachtzinses in Rückstand geriet, erwirkte die Bekl. gegen ihn ein Versäumnisurteil auf Zahlung von rückständigem Pachtzins. Auf Grund dieses Urteils ließ die Bekl. das vom Kl. errichtete Geschäftshaus „auf Abbruch“ pfänden und versteigern. Sie erhielt als einzige Bieterin den Zuschlag für 1000 RM, die sie auf ihre Forderung verrechnete. Sie benutzt das Gebäude seitdem für Zwecke der von ihr betriebenen Gasanstalt.

Der Kl. ist der Ansicht, daß die Bekl. durch die Versteigerung im sachlichen Ergebnis das Gebäude für sich übernommen und daher die in § 3 des Pachtvertrags bestimmte Vergütung zu zahlen habe.

BG. hat seiner Klage stattgegeben, RG. hat die Klage abgewiesen, RG. hob auf.

Während das BG. angenommen hatte, daß das vom Kl. auf dem Pachtgelände errichtete Gebäude von vornherein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden, die vom Gerichtsvollzieher vorgenommene Versteigerung des Gebäudes als bewegliche Sache daher nichtig gewesen sei, hält das BG. den Fall des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. für gegeben, wonach zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht gehören, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Der Errichtung zu einem vorübergehenden Zwecke stehe, so führt das BG. aus, nicht entgegen, daß das Gebäude massiv errichtet und fest mit dem Grund und Boden verbunden worden sei. Es komme darauf an, daß bei der Verbindung die spätere Trennung beabsichtigt gewesen sei, wobei es ohne Bedeutung sei, ob die Trennung erst nach längerer oder kürzerer Zeit erfolge. Entscheidend sei, ob sie von vornherein mit Sicherheit habe erwartet werden können. Dies habe aber als Wille der Parteien in dem Vertrage eindeutig Ausdruck gefunden. Sei hiernach das vom Kl. errichtete Gebäude als bewegliche Sache anzusehen, so

habe es im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung verwertet werden können. Die Zwangsvollstreckung habe nicht anders als „auf Abbruch“ erfolgen können und sei ordnungsmäßig durchgeführt worden. Der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung unterfalle nicht der Bestimmung in § 3 des Vertrags, deren Anwendbarkeit den Ablauf des Vertrags oder eine Kündigung in den dafür vorgesehenen Fällen voraussetze. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf den Fall des Erwerbes im Wege der Zwangsvollstreckung sei nicht angängig.

Die Frage, ob die Verbindung einer Sache mit einem Grundstück vorübergehend oder dauernd ist, ist keine rein tatsächliche Frage und daher vom RevG. rechtlich nachzuprüfen (RGZ. 55, 284; WarnRspr. 1923/24 Nr. 119). Die Ausführungen des BG., auf Grund deren es die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. als gegeben angesehen hat, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das BG. hat die in § 3 des Vertrags enthaltene Bestimmung, daß die Bekl. bei Beendigung des Vertrags zum Verlangen nach Überlassung des Gebäudes gegen eine Entschädigung berechtigt sein sollte, rechtsirrtümlich außer acht gelassen.

Auszugehen ist von dem in § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB. aufgestellten Grundsatz, wonach zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks u. a. die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude gehören. Als eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt sich die Bestimmung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. dar, nach der zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht gehören, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind. Um die Bestandteileigenschaft eines Gebäudes verneinen zu können, muß also feststehen, daß seine Verbindung mit dem Grundstück nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt ist. Das ist nach der ständigen Rspr. des RG. dann der Fall, wenn der Wegfall der Verbindung von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zweckes sicher ist (vgl. u. a. RGZ. 62, 410, 411; 63, 421; WarnRspr. 1913 Nr. 39, 1923/24 Nr. 119). So liegt es, wenn ein Mieter Sachen mit dem Grund und Boden in der Absicht verbindet, daß die Verbindung nur für die Dauer des Mietverhältnisses bestehen soll (RGZ. 87, 51 = JWB. 1915, 911). Hier verhält es sich aber anders. Der Bekl. war im Vertrage das Wahlrecht eingeräumt worden, bei Beendigung des Vertrags entweder die Entfernung des Gebäudes oder aber seine käufliche Überlassung zu verlangen. Die Verbindung des Gebäudes mit dem Grund und Boden war also nicht „nur zu einem vorübergehenden Zweck“, nämlich zum Zwecke der Benutzung durch den Pächter während der Dauer des Pachtvertrags, sondern gegebenenfalls auch zu dem Zweck erfolgt, daß die Bekl. als Grundstückseigentümerin das Gebäude nach Beendigung des Pachtvertrags selbst in Gebrauch nahm. In einem solchen Falle ist für die Anwendung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. kein Raum (vgl. auch Enneccerus = Ripperdeh, Allg. Teil, 13. Bearb., § 118 Anm. 19 a. E., S. 376; Dertmann, Allg. Teil, 3. Aufl., Anm. 2 zu § 95, S. 286; RGWRomM., Bem. 2 zu § 95, S. 112). Ein Endpunkt stand für die nach Ablauf des Pachtvertrages gegebenenfalls eintretende Benutzung des Gebäudes durch die Bekl. begrifflich nicht fest, auch nicht auf Grund der Tatsache, daß für das in Betracht kommende Gelände ein Fluchtlinienplan aufgestellt war und das Pachtgrundstück von der Fluchtlinie geschnitten wurde. Sowohl aus dem Vertrage (§ 4) wie auch aus dem eigenen Vortrage der Bekl. ergibt sich, daß die Durchführung des Fluchtlinienplanes vom Eintritt unberechenbarer zufälliger Ereignisse, nämlich vom Brand oder Einsturz der Nachbargebäude oder von der Möglichkeit ihres käuflichen Erwerbes durch die Bekl. abhängig war (vgl. RGZ. 61, 192;

66, 89; WarnRspr. 1923/24 Nr. 119). Der Bestimmung des Vertrags, daß der Pächter Eigentümer des Gebäudes bleibe, kommt gegenüber den zwingenden gesetzlichen Vorschriften keine Bedeutung zu (RGZ. 62, 410, 411).

Die Ansicht des BG., daß das Gebäude als bewegliche Sache anzusehen sei, läßt sich hiernach nicht aufrechterhalten. Vielmehr ist dem BG. darin beizutreten, daß das Gebäude durch die Verbindung mit dem Grund und Boden wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden ist. Daraus ergibt sich weiter, daß es nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen (§§ 808 ff. ZPO.) vom Gerichtsvollzieher gepfändet und versteigert werden konnte. Die gleichwohl erfolgte Vollstreckung ist nichtig, da dem Gerichtsvollzieher die Zuständigkeit zur Vornahme der Zwangsvollstreckung in Gegenstände des unbeweglichen Vermögens mangelt (Fonasz, ZPO., Vorbem. V, 4 vor § 704; vgl. auch RGZ. 61, 331). Auf Grund der Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher konnte die Vekl. mithin kein Recht an dem Gebäude erlangen.

Nicht gefolgt werden kann aber dem Kl. und dem BG. darin, daß die Vekl. auf Grund der tatsächlich erfolgten Inbesitznahme des Gebäudes zur Zahlung der in § 3 des Vertrags vorgesehenen Entschädigung verpflichtet sei. Die Rechtslage ist vielmehr die, daß die Vekl., solange nicht das Pachtverhältnis beendet ist und sie nicht von ihrem Übernahmerecht Gebrauch gemacht hat, das Gebäude ohne Rechtsgrund innehat und nutzt. Eine Kündigung des Pachtverhältnisses ist unstrittig nicht erfolgt. Die Parteien sind zwar bisher davon ausgegangen, daß es mit der Versteigerung und der daraufhin erfolgten Inbesitznahme des Gebäudes durch die Vekl. tatsächlich sein Ende gefunden habe. Das wäre aber nur dann der Fall gewesen, wenn die Versteigerung wirksam gewesen wäre. Besteht hiernach das Pachtverhältnis mangels einer Kündigung oder eines sonstigen Beendigungsgrundes noch fort, so fehlt es für den Besitz der Vekl. und für ihre Nutzung des Gebäudes an einem Rechtsgrunde. Der Kl. ist daher berechtigt, von der Vekl. die Herausgabe des Gebäudes und der vor ihr gezogenen Nutzungen auf Grund der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen. Da die Vekl. das Gebäude selbst benutzt hat, insoweit also eine Herausgabe nicht möglich ist, hat sie dem Kl. nach § 818 Abs. 2 BGB. den abzuschätzenden Geldwert der rechtlosen Benutzung zu ersetzen.

(RG., IV. ZivSen., II. v. 7. Juni 1937, IV 62/37.)

[2.]

** 2. RG. — § 242 BGB. Verwirkungseinwand.

Der Kl. behauptet, im Aug. 1923 bei der Depositenkassette der bekl. Bank in B. eine Million Mark „Vorkriegspfandbriefe“ dieser Bank „gekauft“ zu haben. Die Vekl. habe ihm aber nicht Vorkriegs-, sondern einen Nachkriegs- bzw. Inflationspfandbrief zu diesem Nennwert geliefert. Er habe diesen nur unter Vorbehalt aller Rechte angenommen und in der Folge wiederholt vergebens versucht, von der bekl. Bank Schadloshaltung zu erlangen. Die Vekl. wendet u. a. ein, der Kl. habe durch verzögerliche Behandlung der Angelegenheit einen Anspruch, wenn ihm ein solcher zugestanden hätte, verwirkt.

Das BG. B. hat die Klage abgewiesen, das OBG. jedoch den geltend gemachten Schadenersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es steht auf dem Standpunkt, daß der „Verwirkungseinwand“ nicht durchgreife. Die Vekl. hat Rev. eingelegt, der stattzugeben war.

Die Ausführungen, die der Vorderrichter zu dem Verwirkungseinwand bringt, sind ungenügend. Er beruft sich auf das Urte. des erf. Sen. v. 17. April 1934 (RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849¹, 1829). Er entnimmt daraus die Beschränkung des Verwirkungsgedankens auf die Sondergebiete des Aufwertungs-, Wettbewerbs- und Arbeitsrechts. Zunächst überfieht er aber dabei den dort ausgesprochenen Sach, der Verwirkungsgedanke gehöre im wesentlichen der Zeit der Geldentwertung und den ihr folgenden Jahren an, die durch die wirtschaftliche Unsicherheit ihr Gepräge erhalten haben. Diesen Gedanken scheint das BG. nicht verfolgt zu haben, weil es sich hier nicht um Auf-

wertung handle, sondern um Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages. Das ist aber insofern rechtsirrig, als die Ansprüche, die hier geltend gemacht werden, auch wenn sie auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gerichtet sind, nicht bloß der Zeit der Geldentwertung und den ihr folgenden Jahren entstammen, die durch die wirtschaftliche Unsicherheit ihr Gepräge erhalten haben, sondern sich ebenso wie Aufwertungsansprüche aus den besonderen Verhältnissen und Wirkungen der Geldentwertung herleiten. Auf sie trifft deshalb die Grunderwägung, aus welcher der erf. Sen. den Einwand der Verwirkung jedenfalls im Aufwertungsrecht gelten lassen wollte, uneingeschränkt zu. Der VerK. hat aber weiter ausgeführt, aus dem Verhalten des Kl. habe nicht geschlossen werden können, daß er seine Rechte nicht mehr geltend machen wolle. Er habe mit der Vekl. „lange genug korrespondiert“. Die späte Erhebung der Klage beruhe darauf, daß er wegen Liquidation seines Handelsunternehmens und wegen Vermögensverfalls nicht in der Lage gewesen sei, die Ansprüche früher gerichtlich geltend zu machen. Auch diese Erwägungen können der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

Der Gedanke, daß unter besonderen Umständen einer verspäteten Geltendmachung von Ansprüchen die rechtliche Wirkung verlagert werden müsse, weil darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden sei, ist nicht neu; er entspricht einer seit langen gefestigten, schon vom ROBG. bekundeten Rechtsüberzeugung (vgl. die Nachweise im Urteil des 2. ZivSen. des RG. v. 1. Febr. 1935: JW. 1935, 1841¹). Vielfach ist im Schrifttum das angeführte Urte. des erf. Sen. v. 17. April 1934 als Einschränkung des oben wiedergegebenen Grundsatzes aufgefaßt und unter diesem Gesichtspunkt bekämpft worden (vgl. Siebert: JW. 1937, 612 — und dort angeführte Nachweise, sowie die eingehende Zusammenstellung von Schrifttum und Rspr. zu dieser Frage in dem Urteil des RG. v. 4. Nov. 1936: JW. 1937, 320¹⁷). Diese Auffassung ist nicht richtig. Der erf. Sen. hat sich in einem späteren Urteil (v. 16. Nov. 1936: JW. 1937, 610²) mit der Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Verwirkung neuerdings befaßt. Dort wird klar, daß er mit dem Urte. v. 17. April 1934 den oben wiedergegebenen, zum festen Bestand der Rspr. gehörigen Rechtsatz (vgl. die bereits erwähnten Nachweise im Urteil des RG.: JW. 1937, 320¹⁷) nicht eingeschränkt hat. Denn nach diesem Rechtsatz werden ganz allgemein „besondere Umstände“ vorausgesetzt, unter denen die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen der rechtlichen Wirksamkeit entbehre. Solche werden immer dann vorliegen, wenn die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wird. Das wird dann der Fall sein, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers hat entnehmen müssen, daß dieser den Anspruch nicht mehr geltend machen wolle, wenn er sich also darauf einrichten durfte, daß er mit diesem Anspruch nicht mehr zu rechnen brauche. Damit ist aber der Kreis der besonderen Umstände, unter denen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, nicht erschöpft. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten, die Verkehrssitte, der „Vertrauensschutz“, die konkrete Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs“ (Siebert a. a. O.) erfordern, daß der einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre. Es ist Siebert beizupflichten dahin, daß es sich bei der sog. „Verwirkung“ nur um einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung handelt. Betrachtet man den vom BG. festgestellten Sachverhalt unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten, so erhellt, daß das, was der Vorderrichter ausführt, um die Ablehnung der „Verwirkung“ zu begründen, die Sachlage nicht erschöpft. Es sieht davon ab, die einzelnen Vorgänge und deren Zeitabstand irgendwie festzustellen und zu erörtern. Deshalb muß für die RevJust. nach der Darstellung der Vekl. von folgenden Einzelheiten ausgegangen werden: Mitte Sept. 1923 ist der Pfandbrief geliefert worden; noch im Jahre 1923 und Anfang 1924 sind „Reklamationen“ des Kl. wegen des Pfandbriefes erfolgt; der Kl. ist dann im Dez. 1926 und Jan. 1927 selbst unter Klageandrohung und im Mai 1927 durch einen Anwalt bei der Vekl. vorstellig geworden, er hat durch den An-

walt am 18. Mai 1927 neuerdings, und zwar unter Fristsetzung Klage angedroht, die Bekl. hat das Verlangen des Kl. mit Schreiben v. 24. Mai 1927 diesem Anwalt gegenüber erdgütig abgelehnt; daraufhin ist nichts geschehen, bis sich Anfang Sept. 1934 der Kl. selbst neuerdings an die Bekl. gewandt hat; diese hat mit Schreiben v. 2. Okt. 1934 ihre Ablehnung vom Jahre 1927 wiederholt; im Mai 1935 hat sich der Kl., wieder durch einen Anwalt, unter Klageandrohung und Fristsetzung an die Bekl. gewandt und schließlich im N o v. 1935 Klage erhoben.

Der Vorderrichter hätte diese hier nur zu unterstellenden Einzelheiten erörtern und feststellen, er hätte sodann unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. prüfen müssen, wann der Kl. von der Aufwertung von Vorkriegspfandbriefen (3. StNW.D. v. 14. Febr. 1924) erstmals einigermaßen sichere Kenntnis erlangt haben mußte; an der Hand des Schriftwechsels und unter Berücksichtigung der zeitlichen Abstände hätte er dann die Frage prüfen müssen, ob es sich mit Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten (denn auch der Kl. war Kaufmann), mit der Rechtsicherheit, mit dem Gemeinschaftsgedanken, mit der billigen Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten und weiteren, z. T. oben hervorgehobenen Gesichtspunkten vereinbaren ließ, daß er nach solchem zeitlichen Abstand mit seinen Ansprüchen noch hervortrat. Dabei konnte nicht außer Betracht bleiben, daß diese Ansprüche aus einem Auftrag auf Geschäftsbesorgung für einen Wert von (wie für die RevFnt. entsprechend der Behauptung der Bekl. zu unterstellen ist) 1,80 GM hergeleitet wurden, aus dessen Nichterfüllung dem Kl. ein Schaden von mehreren hunderttausend Reichsmark entstanden sein soll; das alles unter der unmittelbaren Einwirkung des Währungsverfalls und der wirtschaftlichen Verwirrung und Unklarheit der Herbstmonate des Jahres 1923. Der Gemeinschaftsgedanke, der dem § 242 BGB. zugrunde liegt, erfordert, wie erwähnt, daß der einzelne sich so verhalte, wie das Verhalten jedes einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre. Es ist auch ein durchaus zutreffender Gedanke von K o t h e (JW. 1937, 1449 ff.), daß Schadenersatzansprüche besonders vom Gemeinschaftsgedanken aus beurteilt werden müssen. Deshalb mußte der Vorderrichter auch erwägen, ob der Kl. solchen Erfordernissen genüge, wenn er den ihm gelieferten P.W.-Pfandbrief annahm und sich vorbehielt, „wenn etwas käme“, Ansprüche an die Bekl. zu stellen, wenn er also den ihm günstigeren Ausfall der Entwicklung für sich anzunehmen, die Gefahr aber auf die Bekl. abwälzen wollte. Auch ob ein solcher Vorbehalt deutlich, bestimmt und ernstlich genug nicht bloß gemeint, sondern auch erklärt war (vgl. RG.: JW. 1937, 1479⁴), mußte besonders geprüft werden. Weiter war zu erwägen, ob dem Kl. nicht zuzumuten war, im Armenrecht seine Ansprüche geltend zu machen, falls ihm wirklich die Mittel zur Erhebung der Klage gefehlt haben sollten; inwiefern die Liquidation seines Handelsgeschäfts ihn davon abgehalten haben sollte, einen nach seiner Ansicht in seiner Auswirkung auf Hunderttausende von Reichsmark sich errechnenden Anspruch zu erheben, ist ohnehin nicht ersichtlich.

Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben werden.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 4. Juni 1937, VII 321/36.) [N.]

*

3. RG. — § 242 BGB. Fälschungen oder gar Betrügereien schließen die Möglichkeit einer stillschweigenden Vollmacht oder Genehmigung nicht ohne weiteres aus.

Wenn jemand für einen Kaufmann ein Rechtsgeschäft abschließt und sich der Kaufmann dem Handelnden gegenüber dertart verhält, daß der Geschäftsgegner annehmen muß, er kenne das Tun des Handelnden und dulde es, so muß der Kaufmann das Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen (RGZ. 117, 164 = JW. 1927, 2417; RGZ. 118, 234 = JW. 1927, 2999; RGUrt. v. 24. Juni 1926, II 49/26 = JW. 1927, 1249 = RGWarn. 1926, 154; RGUrt. v. 16. April 1930, I 33/30; Recht 1930 Nr. 1232). Die verkl. Genossenschaft gilt als Kaufmann (§ 17 Abs. 2 GenG.); dieser Satz ist also auf sie anzuwenden. Auch das RG. geht von diesem Satze aus. Es meint aber, er könne nicht gelten, wenn sich der

Handelnde Betrügereien oder Fälschungen habe zuschulden kommen lassen. Das kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Aus beurkundeten Rechtsgeschäften, bei denen die Unterschrift gefälscht ist, kann der wahre Namensträger allerdings nicht in Anspruch genommen werden. Wie aber ein Wechsel, dessen Unterschrift gefälscht ist, durch die Genehmigung desjenigen, dessen Name gefälscht ist, wirksam werden kann (RGZ. 145, 87 ff. = JW. 1934, 2550⁵), so kann auch bei anderen Fälschungen gegebenenfalls die Sachlage so sein, daß ein Vertragsgegner nach dem Gebaren des wahren Namensträgers annehmen muß, dieser sei mit dem Tun des Handelnden, wenn auch nicht mit der Fälschung, einverstanden (RGUrt. v. 10. Juli 1929, II 114/29; LZ. 1930, 1238; RGUrt. v. 19. Febr. 1929, II 390/28 = JW. 1930, 3763) Fälschungen oder gar Betrügereien schließen also die Möglichkeit einer stillschweigenden Vollmacht oder Genehmigung nicht ohne weiteres aus.

Was das Gebaren der Bekl. anlangt, so hat sich das RG. im wesentlichen nur mit dem Auftrage des Vorstandes an A. — dem die technische und kaufmännische Leitung des Betriebes der Bekl. übertragen war, und der Unterschlagungen, Fälschungen und weitere Veruntreuungen begangen hatte — im Dez. 1932, Verhandlungen über Darlehnsbeschaffung mit der im vorl. Rechtsstreit durch ihren Konkursverwalter vertretenen, klagenden Kreditgenossenschaft weiterzuführen, befaßt und führt aus, damit sei nur Vollmacht zur Vorbereitung von Verträgen, aber nicht zu deren Abschluß gegeben. Wenn A. aber Vollmacht zur Weiterführung von Verhandlungen hatte, wenn also der Vorstand die Verhandlungen selbst eingeleitet hatte und durch A. nur weiterführen ließ, so hätte es ganz außerordentlich nahegelegen, daß sich der Vorstand darum gekümmert hätte, welches Ergebnis diese Fortführung der Verhandlungen gehabt hat. Wenn A. in der Öffentlichkeit ganz besonderes Vertrauen genoß, so überhob dies den Vorstand nicht jeglicher Kontrolle. Die Kreditgenossenschaft hat der Bekl. ganz erhebliche Beträge dargeliehen auf Grund der von A. vorgenommenen Fälschungen. Auch deshalb lag die Annahme nahe, daß sich der Vorstand darüber unterrichtet hatte, woher dieser Kredit komme, der doch mindestens nicht nur dem A. persönlich zugute gekommen ist. Die Kreditgenossenschaft hatte ferner behauptet, es habe sich ein Briefwechsel von drei Altenbänden bei der Bekl. befunden und das ganze Bureau der Bekl. habe von dem Kreditverhältnis gewußt. Ob nicht aus den Bilanzen der Bekl. der Geschäftsverkehr mit der Kreditgenossenschaft hervorging, hat das RG. nicht erörtert. Alles dies war aber von Bedeutung, soweit es die Kreditgenossenschaft zu dem Glauben führen mußte, der Vorstand der Bekl. kenne das Verhalten des A. und billige es, außer etwa wenn A. den Verkehr mit der Kreditgenossenschaft betrügerisch vor dem Vorstand geheim gehalten hat.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 16. April 1937, VII 305/1936.)

[N.]

*

4. RG. — § 242 BGB.; § 9 PatG. Im Falle verspäteter Geltendmachung von Ansprüchen aus einem gegenseitigen Vertrage ist ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Verwirklichungseinwand und der Einrede der gegenwärtigen Arglist nicht anzuerkennen.

Kündigung eines Lizenzvertrages aus wichtigem Grunde gibt es nur bei gesellschaftsähnlichen Verträgen oder solchen, bei denen zur Erreichung des Zwecks ein dauerndes gutes Einvernehmen zwischen den Vertragsparteien nötig ist.

Im Anschluß an die Urteile des II. Senats des RG. v. 1. Febr. 1935, II 223/34; JW. 1935, 1841¹ = WarnRpr. 1935 Nr. 49, und v. 1. März 1935, II 246/34; JW. 1935, 2490² = WarnRpr. 1935 Nr. 73, ist der Berdt. davon ausgegangen, daß unter besonderen Umständen die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen, und zwar auch solcher aus gegenseitigen Verträgen, ein Verhalten darstellen könne, das gegen Treu und Glauben verstoße, und daß dann der Geltendmachung solcher Ansprüche die Wirkung versagt werden müsse. Im Hinblick auf den Streitfall hat er sodann bemerkt, die Rechtsverfolgung der Kl. würde dann gegen

Treu und Glauben verstoßen, wenn sie oder früher ihr Ehemann dem Bekl. gerechtfertigten Anlaß zu der Annahme gegeben hätte, daß sie an den Ansprüchen auf die Lizenzgebühr nicht mehr festhalten wolle, und wenn weiter unter dem Einfluß dieser Annahme die wirtschaftliche Lage des Bekl. sich so gestaltet hätte, daß er infolge der verspäteten Geltendmachung der erwähnten Ansprüche einen wesentlichen Schaden erleiden würde, der bei einer rechtzeitigen Rechtsverfolgung nicht eingetreten wäre.

Der Ausgangspunkt dieser Erwägungen ist nicht zu beanstanden. Es ist zwar nicht unzweifelhaft, ob das vom VerR. als Einwand der Verwirkung bezeichnete Verteidigungsmittel nicht richtiger als Einrede der Arglist gemäß § 242 BGB. zu würdigen ist, oder ob, was ebenfalls denkbar ist, diese Einrede neben dem Einwande der Verwirkung in Betracht zu ziehen ist. In seinem ebenfalls Ansprüche aus einem Lizenzvertrage betreffenden Urteil v. 11. Mai 1935, I 324/34: JW. 1935, 2946² = GRUR. 1935, 948, hat der Senat die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen dem Verwirkungseinwande und der Einrede der gegenwärtigen Arglist betont. Grundsätzlich hat er bemerkt, die Einrede der gegenwärtigen Arglist greife immer dann durch, wenn das gegenwärtige Verhalten des einen Teils, insbes. sein Vorbringen im Rechtsstreit, mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstoße. Hierbei handle es sich um einen Tatbestand, der sich wesentlich von dem der Verwirkungseinrede zugrunde liegenden unterscheidet. Zur Kennzeichnung des Unterschiedes hebt das Urteil hervor, für die Einrede der gegenwärtigen Arglist komme es nicht darauf an, ob der Gläubiger dem Schuldner bewußt in den Glauben versetzt habe, daß er sich mit dessen Erfüllungserweiterung endgültig abgefunden habe. Aus den weiteren Ausführungen des Urteils ergeben sich für die Einrede der Arglist folgende Tatbestandsmerkmale: Die Umstände, unter denen der Gläubiger geschwiegen hat, müssen den Schuldner zu der Annahme berechtigen, daß Vertragserfüllung nicht mehr verlangt werde. Zur Begründung des Verstoßes gegen Treu und Glauben muß aber hinzukommen, daß der Schuldner sich durch das Schweigen des Gläubigers zu geschäftlichen Maßnahmen hat bestimmen lassen, die er sonst nicht getroffen hätte und die ihn schädigen würden, wenn er dem Klageverlangen genügen müßte. Im Grunde enthalten die Merkmale, die in diesem Urteil als ein die Einrede der gegenwärtigen Arglist begründender Sonder-tatbestand aufgefaßt werden, die gleichen Erfordernisse, die der II. Senat des RG. in den vom VerR. in Bezug genommenen Urteilen in den Fällen der verspäteten Geltendmachung von Ansprüchen, insbes. aus gegenseitigen Verträgen, für den Verwirkungseinwand aufgestellt hat. In dem Urteil v. 1. März 1935 (WarnRspr. 1935, 150 Nr. 73) betont der II. Senat mit Recht, daß der Begriff der Verwirkung bisher keine einhellige Deutung erfahren habe. Aus dem Schrifttum hat Lehmann (vgl. JW. 1936, 2193 f.) den Tatbestand der Verwirkung als einen Unterfall des die Arglisteinrede begründenden, gegen Treu und Glauben verstoßenden gegensätzlichen Verhaltens angesehen. Zu dem gleichen Ergebnis ist Werner bei Staudinger (9. Aufl., Bd. II 1. Teil 1930 S. 656 ff. und Bem. III Ziff. 1 zu § 242 BGB.) gelangt. Hiernach ist in dem für die Entsch. allein in Betracht kommenden Fall verspäteter Geltendmachung von Ansprüchen aus einem gegenseitigen Vertrage ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Verwirkungseinwande und der Einrede der gegenwärtigen Arglist nicht anzuerkennen, insbes. auch nicht im Hinblick auf die Frage, ob die Lizenzgebühren für die Zeit nach Erhebung der Klage noch verlangt werden können. Ob die Rechtslage bei widerrechtlichen Eingriffen in gewerbliche Ausschließungsrechte eine andere ist und insbes. dann für die Verwirkung stets das Bewußtsein des Rechtsinhabers davon zu erfordern ist, daß seine Untätigkeit als Zustimmung zu den Verletzungshandlungen gedeutet werde, kann auf sich beruhen. Im Streitfall, in dem es sich darum handelt, ob die Kl. für den durch Vergleich als Patentbenutzung festgelegten und gestatteten Betrieb einer Vergnügungseinrichtung trotz jahrelangen Still-

schweigens die vereinbarte Lizenzgebühr verlangen kann, ist in Übereinstimmung mit der angeführten Rspr. davon auszugehen, daß nach § 242 BGB. die verspätet geltend gemachten Ansprüche verwirkt sind, wenn einerseits die Untätigkeit der Kl. oder ihres Mannes geeignet war, bei dem Bekl. den Eindruck zu erwecken, er brauche keine Lizenzgebühren mehr zu zahlen und andererseits der Bekl. im Vertrauen hierauf sich in seinem Geschäftsbetriebe so eingerichtet hat, daß ihm wesentliche Nachteile entstehen würden, wenn die hinausgezögerte Rechtsverfolgung Erfolg haben würde. Es lägen dann im Sinne der angeführten Entsch. des II. Senats besondere, das verspätete Vorgehen der Kl. als einen Verstoß gegen Treu und Glauben kennzeichnende Umstände vor. (Wird aus tatsächlichen Gründen verneint.)

Gegenüber den noch nicht fälligen Lizenzgebührenansprüchen kommt der Verwirkungseinwand schon deshalb nicht in Betracht, weil sich auf sie der Vorwurf einer Treu und Glauben widerstrebenden verzögerten Rechtsverfolgung nicht erstrecken kann.

Mit Recht hat der VerR. auch den Einwand des Bekl. für unbegründet erachtet, daß er zur Kündigung des Lizenzvertrages aus wichtigem Grunde berechtigt sei. Der Lizenzvertrag ist für die Dauer des Patentes abgeschlossen. Seine Kündigung aus wichtigem Grunde käme nach der Rspr. des Senats (Urteil v. 4. Jan. 1936, I 155/35) nur dann in Frage, wenn er gesellschaftsrechtlichen Einschlag hätte oder doch so gestaltet wäre, daß ein persönliches, ein dauerndes gutes Einvernehmen voraussetzendes Zusammenwirken der Parteien zur Erreichung seines Zweckes erforderlich wäre. Beides trifft hier nicht zu, so daß unerörtert bleiben kann, für welchen Zeitpunkt die Kündigung möglich wäre.

(RG., 1. ZivSen. II. v. 22. Mai 1937; I 251/36.)

[P.]

*

5. RG. — §§ 325, 326 BGB. Positive Vertragsverletzung.

Die Rev. bringt vor, die Kl. habe sich nie entschieden geweigert, den Standpunkt der Bekl. anzuerkennen. Daß sie am Vertrag habe festhalten wollen, zeige deutlich das Schreiben v. 2. April. Wegen einer Meinungsverschiedenheit und eines Wortgefächts habe die Bekl. nicht sofort zurücktreten dürfen, zumal die Kl. gutgläubig gehandelt habe und auch beim Verzug der sofortige Rücktritt ohne Fristsetzung die Ausnahme bilde.

Eine bloße Meinungsverschiedenheit der Parteien über den Vertragsinhalt reicht allerdings zur Annahme einer positiven Vertragsverletzung durch den hierbei im Unrecht befindlichen Vertragspartei nicht aus. Die Geltendmachung anderer Vertragsbedingungen als vereinbart kann vielmehr nur dann eine, den anderen Teil gegebenenfalls zur Ausübung der Maßnahmen nach §§ 325, 326 BGB. berechtigende positive Vertragsverletzung darstellen, wenn der Vertragspartei, der zu Unrecht das Bestehen nicht vereinbarter Bedingungen behauptet, zum Ausdruck bringt, unter anderen Bedingungen werde er seine Gegenleistung (z. B. Zahlung, Abnahme) nicht machen (RG. bei Gruchot 54, 631).

Aus der vom BG. ohne Rechtsirrtum festgestellten erheblichen und schuldhaften positiven Vertragsverletzung der Kl. erwuchs der Bekl. das Recht zum Rücktritt, ohne daß sie gehalten war, der Kl. vorher eine Frist mit entsprechender Androhung zu setzen. Der Hinweis der Rev. darauf, daß beim Verzug der sofortige Rücktritt ohne Fristsetzung nur ausnahmsweise zulässig sei, kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Bei der positiven Vertragsverletzung können die Rechte aus §§ 325, 326 BGB. regelmäßig ohne vorherige Fristsetzung ausgeübt werden.

(RG., II. ZivSen., U. v. 13. April 1937, II 304/36.) [R.]

Anfechtungsgesetz

** 6. RG. — § 11 Abs. 2 AnfG. Die Anfechtbarkeit nach § 11 Abs. 2 AnfG. setzt voraus, daß die Anfechtung gegen den Ersterwerber und gegen sämtliche Zwischenerwerber begründet ist.

Die Rev. wirft die Frage auf, ob die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger nach § 11 Abs. 2 AnfG. bei mehrfacher Rechtsnachfolge wirklich voraussetzt, daß die Anfechtung nicht nur gegen den Ersterwerber, sondern auch gegen sämtliche Zwischenerwerber begründet sei. Die Bejahung dieser Frage ergibt sich jedoch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die ursprüngliche Fassung des § 11 Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21. Juli 1879 hatte zu der Auffassung Anlaß gegeben, daß der gutgläubige Erwerb eines Sonderrechtsnachfolgers die Anfechtung gegen spätere Sonderrechtsnachfolger nicht ausschließe. Um diese Auffassung unmöglich zu machen, wurde dem § 11 Abs. 2 durch das Einführungsgesetz zu dem Ges. betr. Änderung der KO. v. 17. Mai 1898 die jetzt geltende Fassung gegeben. Aus der neuen Fassung ergibt sich deutlich, daß die Anfechtung gegen den späteren Rechtsnachfolger des Ersterwerbers bei mehrfacher Rechtsnachfolge voraussetzt, daß er die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines unmittelbaren Rechtsvorgängers kennt. Der Erwerb dieses Rechtsvorgängers ist aber nur dann anfechtbar, wenn er wiederum die Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers kennt. Die Anfechtbarkeit des § 11 Abs. 2 AnfG. setzt demnach voraus, daß die Anfechtung gegen den Ersterwerber und gegen sämtliche Zwischen-erwerber begründet ist. Diese Regelung der Anfechtbarkeit steht auch durchaus im Einklang mit der sonstigen Regelung im Recht. Sogar beim Erwerbe von einem Nichtberechtigten schützt der gutgläubige Erwerb eines Zwischenerwerbers alle seine Nach-
männer.

Die Entsch. des Rechtsstreits hängt deshalb davon ab, ob die nach den rechtlich unbedenklichen Feststellungen des VerR. begründete Anfechtung gegen Frau B. und die Kreditanstalt auch gegen deren Rechtsnachfolger im Pfandrecht an dem Nacherbanteil des Ehemanns der Frau B., die Genossenschaftsbank und die Bekl., begründet ist. Denn wenn die Genossenschaftsbank und demnach auch die Bekl. — denen die Genossenschaftsbank die sämtlichen Forderungen gegen die Firma B. nebst allen Sicherheiten, auch dem Pfandrecht an dem Nacherbanteil, verkauft und übertragen hat — das Pfandrecht unanfechtbar erworben haben, kann die vom VerR. festgestellte Anfechtbarkeit der Übertragung des mit dem Pfandrecht belasteten Nacherbanteils selbst von der Ehefrau B. an die Bekl. der Klage nicht zum Siege verhelfen. Zwar ist das Pfandrecht an dem Nacherbanteil mit dem Hauptrecht an diesem bei den Bekl. durch den Erwerb des Nacherbanteils von der Ehefrau B. in derselben Person zusammengetroffen. Trotzdem gilt aber das Pfandrecht nach §§ 1256 Abs. 2, 1273 BGB. als nicht erloschen, weil die Bekl. mit Rücksicht auf die Anfechtbarkeit des Erwerbes des Nacherbanteils selbst ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts haben. In der Geltendmachung dieses Interesses liegt kein Verstoß gegen Treu und Glauben; es wäre eine unberechtigte Bevorzugung des Kl., wenn er durch den Wechsel im Gläubigerrecht aus dem Nacherbanteil im Wege der Anfechtung mehr erhalten würde, als er von dem Vorgänger hätte erhalten können. Daß der Wert des Nacherbanteils durch die Belastung mit dem Pfandrecht völlig aufgezehrt wurde, stellt der VerR. ohne Rechtsverstoß fest. Die Anfechtbarkeit der Übertragung des Nacherbanteils selbst kann dem Kl. daher keine Befriedigung wegen seiner Forderung verschaffen. Er kann deshalb auch keinen Wertersatz verlangen, nachdem die Bekl. sich wegen der Erbschaft auseinandergesetzt haben. Daraus ergibt sich auch weiter, daß dem Kl. durch die Abtretung des Nacherbanteils von der Frau B. an die Bekl. kein Schaden entstanden ist und daß er deshalb auch aus dem Gesichtspunkt der §§ 826 und 823 Abs. 2 BGB., § 288 StGB. keine Ansprüche erheben kann.

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 11. Mai 1937, VII 304/36.) [N.]

(= RGZ. 154, 378.)

Handelsrecht

7. RG. — § 12 HGB.; § 13 FGG. Eine Generalvollmacht kann auch für die Anmeldung zum Handelsregister ausreichend sein.

Weniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH. ist der Kaufmann Wilm Sch. Dieser hält sich zur Zeit im Auslande auf und hat in notariell beglaubigter Urkunde dem Kaufmann Georg Sch. folgende Generalvollmacht erteilt:

„Hiermit bevollmächtige ich Herrn Georg Sch., für mich in allen Grundstücks- und Hypothekensachen Erklärungen aller Art, sei es anderen Personen, sei es dem GbM. gegenüber, abzugeben, insbes. für mich löschungsfähige Quittungen und Löschungsbewilligungen, Vorrangseinräumungen, Abtretungen sowie Abänderungen des Inhalts bestehender Rechte auszustellen und entsprechende Anträge an das GbM. zu stellen. Der Bevollmächtigte soll von den Beschränkungen des § 181 frei sein. Ferner bevollmächtige ich den oben genannten Herrn Georg Sch., mich in allen sonstigen Rechtsgeschäften rechtsverbindlich zu vertreten und solche in jeder Form für mich abzuschließen, ebenso alle rechtlichen Handlungen vorzunehmen, zu denen ich selbst befugt bin.“

Georg Sch. hat auf Grund dieser Vollmacht eine Gesellschafterverammlung abgehalten und in dieser die Umwandlung der GmbH. durch Übertragung ihres Vermögens auf die seinem Vollmachtgeber gehörige Firma ... beschlossen. Die von Georg Sch. als Bevollmächtigten vorgenommene Anmeldung hat das Registergericht in der angefochtenen Verfügung beanstandet, weil die vorgelegte Vollmacht nicht ausreichend sei. Die hiergegen in zulässiger Weise eingelegte Beschw. ist von Erfolg.

Die von dem Registergericht vertretene Auffassung, daß eine Generalvollmacht zur Vornahme von Anmeldungen zum Handelsregister durch den Bevollmächtigten nicht genüge, dieser vielmehr ausdrücklich zur Anmeldung ermächtigt werden müsse, wird vom Schrifttum überwiegend, aber nicht ausschließlich geteilt. Der Auffassung, daß es in jedem Falle einer Spezialvollmacht für die Anmeldung bedürfe, vermag das BeschwG. nicht beizutreten. § 12 HGB. läßt die Stellvertretung bei der Anmeldung zum Handelsregister, soweit damit keine Zeichnung verbunden ist, bei der die Stellvertretung begrifflich unmöglich ist, ausdrücklich zu. Er schreibt für die Vollmacht zur Anmeldung lediglich öffentlich beglaubigte Form, also dieselbe Form wie für die Anmeldung, vor. Aus dieser Bestimmung ist aber nicht als Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, daß die Vollmacht ausdrücklich eine solche zur Anmeldung sein müsse. Wollte der Gesetzgeber dies anordnen, dann hätte er es im Gesetz ausgesprochen (vgl. RGZ. 33, A 148). Andererseits brauchen aber die Erwägungen, die zum Verlangen einer Spezialvollmacht geführt haben, nämlich die Gefährdung der Rechtsicherheit durch Zulassung einer generellen Vollmacht, nicht völlig unberücksichtigt zu bleiben. Der Umfang einer Vollmacht ist nach ihrem Inhalt zu beurteilen. Es ist deshalb eine reine Auslegungsfrage, ob die vorgelegte Vollmacht als ausreichend zur Anmeldung angesehen werden kann. Bei der Auslegung des Inhalts einer Vollmacht wird einmal im Interesse der Rechtsicherheit zu prüfen sein, ob die Vornahme von Anmeldungen zum Handelsregister dem Willen des Vollmachtgebers tatsächlich entspricht und dies in hinreichender Weise zum Ausdruck gekommen ist. Es wird bei der Auslegung ferner zu berücksichtigen sein, daß der Geschäftsführer einer GmbH. nicht seine gesamten Befugnisse durch Generalvollmacht auf eine andere Person übertragen kann, weil er sonst in der Lage wäre, den Gesellschaftern gegen ihren Willen einen anderen Geschäftsführer aufzuzwingen (RGZ. 48, A 130). Bestehen Zweifel über den Umfang der Vollmacht oder ihre Zulässigkeit, dann steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, eine Erklärung des Vollmachtgebers persönlich zu verlangen (§ 13 FGG.). Diese Bestimmung gilt auch für die Fälle des schriftlichen Verkehrs, so daß das Registergericht den Verkehr mit dem Bevollmächtigten ablehnen und in unmittelbarem Verkehr mit dem Vollmachtgeber treten kann, um den Umfang der Vollmacht klar zu stellen (RGZ. 33, A 148/49).

Im vorl. Falle hat das BeschwG. keine Bedenken, die vorgelegte Vollmacht für ausreichend auch zur Vornahme von Anmeldungen anzusehen. Der Vollmachtgeber ist alleiniger Gesellschafter der GmbH. Er ist auch einziger Geschäftsführer. Er beherrscht also wirtschaftlich die Gesellschaft. Die Generalvollmacht läßt erkennen, daß der Geschäftsführer vor seinem Wegzuge in das Ausland bemüht gewesen ist, dem BeschwF. eine möglichst umfassende Vollmacht zu erteilen. Das geht insbes. aus dem letzten Satz der Vollmachtsurkunde hervor, in welchem der BeschwF. nicht nur zur Vertretung in allen sonstigen Rechtsgeschäften ermächtigt worden ist, sondern auch zur Vornahme aller rechtlichen Handlungen, zu deren Vornahme der Vollmachtgeber selbst befugt sein würde. Es bestehen auch keine Bedenken aus

dem Gesichtspunkte, daß die Anmeldung nicht für den Vollmachtgeber selbst, sondern für die GmbH. abgegeben wird, oder daß die Rechtsstellung des Geschäftsführers einer GmbH. nicht im ganzen auf eine dritte Person übertragen werden kann. Da der Vollmachtgeber alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer zugleich ist, bestehen rein wirtschaftlich betrachtet, keine Unterschiede zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer. Die Interessen beider decken sich. Der Beschw. würde auch kraft der Generalvollmacht befugt gewesen sein, sich selbst in einer Gesellschafterversammlung an Stelle der neben seinem Vollmachtgeber zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer zu bestellen. In diesem Falle würde er ohne weiteres die Befugnis zur Vornahme von Anmeldungen zum Handelsregister haben. Wenn der Beschw. aber eine so weit gehende Vollmacht erhalten hat, dann muß er auch als ermächtigt gelten, ohne Umweg über seine eigene formelle Bestellung zum Geschäftsführer unmittelbar Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen.

(O. Berlin, Beschl. v. 11. Juni 1937, 408 T 5182/37.)

*

**** 8. RG. — §§ 25, 27 HGB.; § 393 BGB.** Zu den im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten gehören alle Verpflichtungen, die nicht in den privaten Beziehungen des Geschäftsinhabers ihren Grund haben, sondern sich als natürliche innere Folge aus dem Geschäftsbetriebe ergeben, einerlei, ob sie aus Rechtsgeschäft, Delikt oder einem anderen Rechtsgrunde beruhen. Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB. trifft auch den Dritten (Geschäftsübernehmer), der für den Anspruch haftet, obgleich er selbst die unerlaubte Handlung nicht begangen hat.

Der Kl. und der Vater der Bekl., Carl M., waren seit 1899 Gesellschafter der DSG. Carl M. & Co. Im Jahre 1925 beschlossen sie die Auflösung der Gesellschaft. Nach einem schriftlichen Vertrag v. 7. Dez. 1925 schied der Kl. aus und Carl M. übernahm das Geschäft mit Aktiven und Passiven und mit der Firma. Das Auseinandersetzungsguthaben des Kl. sollte durch eine auf 31. Dez. 1925 aufzustellende Auseinandersetzungsbilanz ermittelt werden. Am 22. Febr. 1927 wurde die Schlussabrechnung festgelegt. Danach sind sämtliche schwebenden Differenzen durch Zahlung von 13 000 RM erledigt. In der Jahresabschlussbilanz wie in der Auseinandersetzungsbilanz ist eine Forderung einer Lieferantin des Unternehmens, der Firma Müller, um 100 000 RM zu hoch angegeben. Dadurch wurde der Gewinn des Jahres 1925, an dem der Kl. zur Hälfte beteiligt war, um 100 000 RM zu nieder.

Mit der Klage behauptete der Kl., die Bilanzen seien auf Veranlassung des Carl M. absichtlich in dem bezeichneten Punkt falsch aufgestellt worden, um ihn bei der Auseinandersetzung zu benachteiligen.

Mit der Klage fordert er die ihm entgangenen 50 000 RM von der Bekl., die nach dem im Juli 1929 erfolgten Tode des Carl M. das Geschäft mit Firma übernommen und fortgeführt haben.

Der Kl. errichtete nach dem Ausscheiden aus der Firma Carl M. & Co. ein Geschäft, durch das er mit dieser Firma in Wettbewerb trat. Nach dem Tode Carl M.s einigten sich die Parteien dahin, ihre beiden Unternehmen zu vereinigen. Die Vereinigung erfolgte durch Gründung einer Aktiengesellschaft, der Carl M. & Co. Aktiengesellschaft. In diese brachten beide ihre Unternehmen ein. Die Beteiligung sollte nach dem Werte der eingebrachten Unternehmen erfolgen. Es kam schließlich eine Einigung zustande, nach der von dem Aktienkapital von 500 000 RM jeder der Bekl. 200 000 RM und der Kl. 100 000 RM übernimmt, der Kl. aber von jedem der Bekl. 33 000 RM nom. Aktien zum Preise von 187 1/2 % erwirbt, so daß jeder ein Drittel der Aktien besitzt. Die Aktiengesellschaft hatte erhebliche Verluste. 1932 wurde das Grundkapital auf 250 000, 1934 auf 125 000 RM herabgesetzt. Schon vor der zweiten Kapitalherabsetzung war ein Abkommen zwischen dem Kl. und den Bekl. zustande gekommen. Es ging davon aus, daß die Aktiengesellschaft ihre Forderungen an den Kl. in Höhe von 91 555,69 RM an die Bekl. abgetreten hatte und daß der Kl. nur das in einer Anlage bezeichnete Vermögen bestehe. Der Kl. verkaufte danach seine Aktien von nom. 83 000 zum Preise von 35 000 RM an die Bekl. Der Kaufpreis sollte auf die Schuld des Kl. verrechnet werden.

Der Kl. behauptet, die Bekl. hätten ihn bei der Fusion arglistig getäuscht. Sie hätten den Gewinn der Jahre 1927 und 1929, der der Bewertung des von ihnen eingebrachten Unternehmens zugrunde gelegt worden sei, um 100 000 RM zu hoch angegeben. Der Kl. kommt zu dem Ergebnis, daß die Bekl. ihm noch 44 537 RM schulden, statt daß er ihnen nach dem Abkommen 1933 noch etwas schulde.

Mit der Klage forderte er aus ver arglistigen Täuschung bei der Auseinandersetzung der DSG. zunächst 25 000 RM aus der Fusion 10 000 RM.

Die Bekl. bestritten die Behauptung des Kl. über die Auseinandersetzung der DSG. Als Übernehmer des Geschäftes seien sie nicht haftbar, da es sich nicht um eine Geschäftsschuld handle. Sie hafteten auch nicht als Erben. Der Nachlaß sei auseinandergesetzt. Mittel des Nachlasses seien nicht mehr vorhanden. Zu dem zweiten Anspruch bestritten sie auch die tatsächlichen Behauptungen des Kl. Habe der Kl. aber noch Forderungen gegen die Bekl., so seien sie berechtigt, ihre Forderungen denen des Kl. entgegenzustellen. Ihre Forderungen aus der Auseinandersetzung beim Ausscheiden des Kl. aus der Aktiengesellschaft betragen noch 41 121,31 RM.

Das O. verurteilte die Bekl., dem Kl. zu bezahlen 50 000 RM unter Gegenrechnung von 41 121,31 RM. Das Teilurteil hat nur den Anspruch des Kl. aus den Vorgängen bei der Auseinandersetzung der DSG. zum Gegenstande. Die Gegenforderung von 41 131,31 RM hält das O. noch nicht für spruchreif. Gegen das Teilurteil haben nur die Bekl. Berufung eingelegt. Diese ist durch Urteil des OLG. zurückgewiesen worden.

Die Bekl. bestritten ihre Haftung aus §§ 25, 27 HGB. schon deshalb, weil es sich nicht um eine im Betriebe des Handelsgeschäfts begründete Verbindlichkeit des früheren Inhabers handle. Die von Carl M. übernommene Verpflichtung beruhe lediglich auf der freiwillig zwischen ihm und dem Kl. getroffenen Auseinandersetzungsvereinbarung, stelle aber keineswegs eine durch den Geschäftsbetrieb begründete Verbindlichkeit dar. Es sei nicht angängig, daß Carl M. die DSG. plötzlich ohne jedwede Gegenleistung mit der Verpflichtung einer solchen Auszahlung, die etwa 600 000 RM betragen möchte, hätte belasten können. Wenn beispielsweise die Firma überschuldet gewesen wäre oder in Konkurs gegangen wäre, so hätten sich die Gläubiger kaum gefallen zu lassen brauchen, daß der Kl. etwa den Anspruch auf die Auszahlung seines Geschäftsguthabens als eine im Geschäft begründete Verbindlichkeit ansah und etwa zur Konkursabelle anmeldete. Schon diese Erwägung zeige, daß man bei der Verpflichtung, dem Kl. sein im Geschäft stehendes Guthaben zu vergüten, nicht von einer im Geschäftsbetriebe begründeten Verbindlichkeit sprechen könne.

Diese Ausführungen der Bekl. beruhen auf Rechtsirrtum.

Eine Belastung einer DSG. durch die Auseinandersetzungsvereinbarungen der bisherigen Gesellschafter kommt überhaupt nicht in Frage. Durch das Abkommen v. 7. Dez. 1925 wurde die DSG. aufgelöst. Carl M. wurde alsbald Alleinhaber des Unternehmens. Er schuldet dem Kl. nur das nach der Auseinandersetzungsbilanz zu berechnende Abfindungsguthaben. Aber auch wenn noch eine DSG. bestehen geblieben wäre, bildete die Abfindungsschuld eine im Betriebe des Unternehmens begründete Verbindlichkeit, ebenso wie wenn ein einzelner das Geschäft übernimmt. Die Abfindung erfolgt im einen wie im anderen Falle, damit das Handelsunternehmen fortgeführt werden kann, damit es also nicht abgewickelt werden muß. Es fehlt auch nicht an einer dem Unternehmen zukommenden Gegenleistung. Die Werte, die bei der Abwicklung veräußert werden müssen, bleiben im Unternehmen. Dieses bleibt als solches, als lebendes Unternehmen, mit dem damit zusammenhängenden Geschäftswert erhalten. Die Gewinnsansichten kommen dem neuen Unternehmen oder Firmeninhaber zugute. Es ist auch im Schrifttum und in der Rspr. anerkannt, daß es sich bei der einem früheren Geschäftsinhaber oder Teilhaber geschuldeten Abfindung um eine im Geschäftsbetriebe des Unternehmens begründete Verbindlichkeit handelt (Ritter, § 25 HGB. N. 4; RGZ. 102, 244). Die Vermutung des § 344 HGB. gilt auch für die Übernahme eines Handelsgeschäfts (RGZ. 59, 213). Was aber von der vertragsmäßig festgelegten Abfindungssumme gilt, gilt auch

von anderen Ansprüchen, die aus dem Auseinanderetzungsverfahren entstanden sind, auch von dem Anspruch aus einer mit dem Auseinanderetzungsverfahren verbundenen unerlaubten Handlung. Zu den übernommenen Verbindlichkeiten eines Handelsgeschäfts gehören nicht nur vertragsmäßige Geschäftsschulden, sondern alle diejenigen Verpflichtungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer so engen Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen. Zu den im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten gehören alle Verpflichtungen, die nicht in den privaten Beziehungen des Geschäftsinhabers ihren Grund haben, sondern sich als natürliche innere Folge aus dem Geschäftsbetriebe ergeben, einerlei ob sie auf Rechtsgeschäft, unerlaubter Handlung oder einem anderen Rechtsgrunde beruhen.

Die Haftung der Bekl. wird auch nicht berührt durch ihre erbrechtliche Stellung zu dem bis zu seinem Tode alleinigen Inhaber des Handelsunternehmens Carl M. Die Bekl. haben vorgetragen: Carl M. sei zu je $\frac{1}{3}$ von jedem der Bekl., zu $\frac{1}{4}$ von seiner Ehefrau beerbt worden, später sei dann die Mutter gestorben und von den beiden Bekl. je zur Hälfte beerbt worden; die Anteile der Mutter am Geschäft seien den Bekl. von der Mutter überlassen worden.

Die Rev. bittet um Prüfung, ob § 27 HGB. nur Anwendung findet, wenn alle, nicht aber, wenn nur einzelne Miterben das Geschäft fortführen. Es ist kein Grund einzusehen, warum die Haftung für im Betriebe des Handelsgewerbes entstandene Verbindlichkeiten nicht gelten soll, wenn ein einzelner Miterbe das Geschäft fortführt. §§ 25 und 27 HGB. ergänzen sich. § 25 führt die Haftpflicht ein, wenn das Handelsgeschäft mit der Firma durch Rechtsgeschäft unter Lebenden von einem anderen erworben wird. § 27 regelt den Fall des Erwerbs von Todes wegen in gleicher Weise; der Grund für die Haftung ist in beiden Fällen derselbe. Die Fortführung des Geschäfts mit Firma spricht für die Vermutung, daß der Erwerber an die Stelle des früheren Inhabers getreten ist und damit auch das Vermögen erworben hat, das der Befriedigung der Geschäftsgläubiger zu dienen hat. Dieser Grund besteht, auch wenn einer von mehreren Miterben das Geschäft mit der Firma fortführt. Hat aber ein Miterbe das Geschäft in der Auseinandersetzung unter den Miterben übernommen, so liegt ein Erwerb unter Lebenden vor und § 25 HGB. findet unmittelbar Anwendung. Wenn die Witwe des Carl M. als Miterbin ihres Mannes ihren Anteil am Geschäft den Bekl. als einzigen Miterben überlassen hat, so liegt darin ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das die Bekl. Alleininhaber des Geschäfts geworden sind.

Das BG. stellt fest, daß die geschilderten Falschbuchungen nicht versehentlich unterlaufen sind, daß vielmehr Carl M. dem Zeugen H. den Auftrag erteilt hat, bei der Aufstellung der Ausenderungsbilanz falsche Additionen zu machen und den Gewinn auf diese Weise um 100 000 *R.M.* zu schmälern. Wegen der Eigenschaft des Anspruchs als eines solchen aus einer unerlaubten Handlung erklärt das BG. die Aufrechnung mit einer Gegenforderung der Bekl. für unzulässig.

Die Rev. glaubt, daß durch die Verfassung der Aufrechnung die Bekl. insofern beschwert seien, als dem Kl. der sich nach Abzug der in erster Instanz geltend gemachten Gegenforderung von 41 121,31 *R.M.* ergebende Betrag zugesprochen sei. Denn die Bekl. hätten eine über den zuerst geltend gemachten Betrag hinausgehende Gegenforderung, mindestens eine solche von 50 000 *R.M.* erhoben.

Nach Ansicht der Rev. kommt eine Forderung aus unerlaubter Handlung nicht in Frage. Der Kl. sei durch das Verhalten des Carl M. bei der Ermittlung seines Abfindungsguthabens gar nicht geschädigt, denn auf Grund seines Ausscheidens aus dem Unternehmen und des Vertrages v. 7. Dez. 1925 habe er immer noch den Anspruch auf das Abfindungsguthaben, wie es sich aus einer richtig aufgestellten Ausenderungsbilanz ergebe, also auf 50 000 *R.M.* mehr, als er bisher erhalten habe. Aber auch wenn eine Vermögensbeschädigung angenommen werde, scheitert die Berufung des Kl. auf § 393 BGB. daran, daß es sich um Ansprüche aus einer Vertragsverletzung handle (RGZ. 56, 321).

Der Angriff ist nicht begründet. Würde der Kl. sich lediglich

auf den Vertrag v. 7. Dez. 1925 berufen, so würden die Bekl. dem Kl. entgegenhalten, daß die Ausenderung auf Grund beiderseitigen Einverständnisses vollzogen sei und daß der Kl. darnach nichts mehr zu fordern habe. Der Kl. kann also mit der Klage nur durchbringen, wenn er darlegt, daß er bei der Ausenderung hintergangen worden ist, daß also eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung vorliegt. Die von der Rev. angerufene Entsch. RGZ. 56, 321 spricht auch nicht zu ihren Gunsten. Ist der Anspruch auf die Behauptung einer unerlaubten Handlung gestützt, so genügt dies zur Berufung auf das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB. Nur ist die bloße vorsätzliche Vertragsverletzung noch keine unerlaubte Handlung. Zur Anwendung des § 393 BGB. ist also weiter erforderlich, daß auch der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben ist. Wird der Anspruch lediglich auf Nichterfüllung eines Vertrages und arglistiges Verschweigen eines Mangels hierbei gestützt, so handelt es sich nur um einen Anspruch aus Vertrag. Wird aber der Anspruch auch auf eine dabei begangene unerlaubte Handlung gestützt und ist er unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt begründet, so besteht auch das Aufrechnungsverbot.

Nach der Auffassung der Rev. richtet sich das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB. nur gegen den, der die unerlaubte Handlung begangen hat, nicht gegen den, der auf Grund der §§ 25, 27 HGB. für die Forderung haftet. Sie beruft sich auf den Satz der Motive zum BGB. 2, 112: „Der Grund der Vorschrift ist unverkennbar der, daß dem Übeltäter ausnahmsweise das Recht der Aufrechnung allgemein und schlechthin entzogen werden soll.“

Auch mit diesem Einwand können die Bekl. keinen Erfolg haben. § 393 BGB. knüpft die Unzulässigkeit der Aufrechnung lediglich daran, daß die Forderung durch eine unerlaubte Handlung entstanden ist. Hätte man nur dem Täter die Aufrechnung versagen wollen, so hätte dies durch andere Fassung des Gesetzes klar zum Ausdruck gebracht werden können. Mag auch der in den Motiven angegebene Grund die Bestimmung des § 393 BGB. veranlaßt haben, so spricht doch schon die Entstehungsurache des Anspruchs dafür, dem Beschädigten eine verstärkte Möglichkeit der Wiedergutmachung auch dann zu geben, wenn ein Dritter für den Anspruch haftet, dem nicht eigene vorsätzliche Begehung zur Last fällt. Der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung sollte dadurch bevorzugt werden, daß zunächst der gestörte Rechtsfrieden durch Wiedergutmachung wiederhergestellt wird, ohne daß dem Verletzten zugemutet werden soll, sich vor Erfüllung des Wiedergutmachungsanspruchs wegen einer Forderung anderer Art mit dem Schuldner auseinanderzusetzen. Daß der Täter im Falle des § 25 nach wie vor in Anspruch genommen werden und selbst nicht aufrechnen kann, spricht nicht überzeugend für die Ansicht der Rev. Daß der Geschäftserwerber für die fortbestehende Schuld des Übernehmers haftet, bedeutet, daß die Schuld sich nicht ändert, sondern daß nur ein weiterer Schuldner hinzukommt. Warum dieser trotzdem nur in beschränkterem Umfange haften soll, ist nicht erkennbar. Der Umstand, daß der Geschäftserwerber in der Regel auch die Befriedigungsmittel, das Vermögen, erwirbt, spricht gegen die Beschränkung seiner Haftung. Die gegenteilige Auffassung würde es dem Täter oft ermöglichen, durch Veräußerung des Geschäfts und damit seines Vermögens sich dem Verbot des § 393 BGB. zu entziehen. Dies würde aber dem Zweck des § 25 HGB. widersprechen, der dem Gläubiger einen erhöhten Schutz gewähren will. Daraus folgt, daß auch der Geschäftserwerber so erfüllen muß, wie es von dem Übergeber verlangt werden kann. Daß die Interventionswirkung einer vom Gläubiger ausgebrachten Streitverbindung (§ 68 ZPO.) sich nicht auf den Übernehmer erstreckt, ergibt nichts für die hier zu entscheidende Frage.

Wilt das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB. für den Geschäftserwerber nach § 25 HGB., so gilt es erst recht für den Erben nach § 27 HGB. Gegenüber den Erben, die in die rechtliche Stellung des Erblassers einrücken und deshalb, abgesehen von der Möglichkeit der Beschränkung auf den Bestand des Nachlasses, für die Verbindlichkeiten des Erblassers haften, besteht noch weniger als für einen dritten Erwerber eines Teils des Nachlasses, des Handelsgeschäfts, ein Anlaß zur Änderung des Charakters der einzelnen Verpflichtung, jedenfalls wenn es

sich nur um eine in Geld zu erfüllende Schadenersatzverpflichtung handelt. Die Haftung des Erben nach § 27 HGB. ist ihrem Wesen nach eine erbrechtliche. Sie ist nur dadurch verstärkt, daß die Beschränkung auf den Nachlaß wegfällt.

(RG., II. ZivSen., II. v. 20. April 1937, II 233/36.)
(= RGZ. 154, 334.)

*

9. RG. — §§ 271, 260, 261 HGB. Die bloße objektive Unrichtigkeit der auf Schätzung beruhenden Wertberichtigung genügt nicht zur Anfechtung eines Bilanzgenehmigungsbeschlusses der GenVers. Die Unrichtigkeit muß auf absichtlichem, willkürlichem oder kaufmännisch nicht vertretbarem Verhalten der Versammlungsmehrheit beruhen.

Die Rev. wendet sich gegen die Ausführungen, mit denen das BG. auch eine Anfechtbarkeit der GenVersBeschlüsse wegen einer mit dem Gesetz nicht zu vereinbarenden Überbewertung des Anlagevermögens der Gesellschaft verneint. Das BG. hat in erster Linie erörtert, ob und inwieweit die vom Kl. in den Vordergrund gestellte Behauptung zutrefte, es sei in der Bilanz der Wert der Gebäude nicht in der in § 261 Nr. 1 HGB. vorgeschriebenen Weise durch ausreichende Abschreibungen berichtigt worden. Es hat hierbei folgendes erwo-gen:

Da nach § 260 HGB. die GenVers. darüber zu entscheiden habe, in welcher Höhe ein nach § 261 Nr. 1 HGB. zu berücksichtigender Wertverlust zum Ausgleich zu bringen sei, liege ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften nicht schon dann vor, wenn sie dabei von einer objektiv unrichtigen Wertminderung ausginge. Denn sie handle auch dann noch im Rahmen der gesetzlichen Bewertungsgrundsätze. Eine abweichende Beurteilung sei auch nach heutiger Rechtsauffassung nicht geboten. Es müsse zu einer kaum tragbaren Rechtsunsicherheit führen, wenn jeder GenVersBeschluss um deswillen solle angefochten werden können, weil in diesem oder jenem Punkte zu wenig abgeschrieben worden sei. Um eine Anfechtung nach § 271 HGB. zu begründen, müsse deshalb zu der objektiven Unrichtigkeit der Abschreibung ein Umstand hinzutreten, der eine Gesetzesverletzung ergebe. Ein solcher liege ohne weiteres vor, wenn die Mehrheit der GenVers. bewußt und absichtlich eine zu niedrige Abschreibung beschliesse. Hiervon abgesehen könne eine ungenügende Wertberichtigung nur dann als mit der Vorschrift des § 261 Nr. 1 HGB. nicht im Einklang stehend angesehen werden, wenn ihre Unrichtigkeit auf der Hand liege und sich als Ergebnis einer willkürlichen oder mit kaufmännischen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Schätzung darstelle.

Das BG. ist mit Recht der Meinung, daß sich diese Auffassung mit den in der Rspr. des RG. entwickelten Grundsätzen decke. Zu der Frage, ob eine von der GenVers. genehmigte Bilanz angefochten werden könne, weil an Anlagen und Betriebsgegenständen zu wenig abgeschrieben worden sei, hat der erf. Sen. in RGZ. 72, 33 ausgeführt, daß der in früheren Entsch. des RG. vertretene Standpunkt, dem Aktionär stehe im Falle zu hoher Abschreibungen ein Anfechtungsrecht nach § 271 HGB. nur bei arglistigem Verhalten oder offenbarer Willkür zu, auch dann gelten müsse, wenn die GenVers. eine Bilanz mit zu geringen Abschreibungen genehmigt habe. Um zu verhindern, daß die Bilanz durch Einsetzung höherer als der wahren Werte Gläubiger und Aktionäre schädige und zur Täuschung Dritter diene, stelle das Gesetz in den §§ 261 Nr. 1 bis 3 und 40 HGB. (a. F.) bestimmte Grundsätze über die höchste Bewertung der in die Bilanz aufzunehmenden Vermögenswerte auf. Zu widerhandlungen gegen diese im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften, über die sich weder der Gesellschaftsvertrag noch der GenVersBeschluss hinwegsetzen könne, seien nichtig, ohne daß es einer Anfechtung nach § 271 HGB. bedürfe. Es sei also, soweit der für Anlagen und Betriebsgegenstände aufgestellte Bewertungsgrundsatz des § 261 Nr. 3 HGB. in Betracht komme, zwingendes Recht, daß ihr Anschaffungs- oder Herstellungspreis nicht ohne Berücksichtigung der Abnutzung in der Bilanz erscheine. Weiter gehe aber das öffentliche Interesse, das diesem Bewertungsgrund-

satz zwingenden Charakter auftrage, nicht. Über den infolge der Abnutzung abzuschreibenden Betrag, also über das Verhältnis der durch die Abnutzung bewirkten Wertminderung zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis entscheide die GenVers., die gemäß § 260 HGB. eine Abschreibung nach dem Ermessen der Mehrheit vornehme, oder der Gesellschaftsvertrag, der das Maß der Abschreibung etwa bestimme. Ein Verstoß in dieser Schätzung sei keine Verletzung der zwingenden Bewertungsgrundsätze des § 261 Nr. 3, sondern eine in Anerkennung dieser Grundsätze vorgenommene tatsächliche zu hohe Bewertung. Denn die Berechnung der Abnutzung hänge von kaufmännischer Erfahrung und von den tatsächlichen Umständen ab. Habe die GenVers. eine Bilanz mit zu geringen Abschreibungen genehmigt, so verfare sie wirtschaftlich unrichtig; sie verlese aber keine Rechtsgrundsätze und kein Gesetz, wenn sie das Verhältnis der Abnutzung zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis unrichtig beurteile. Der Aktionär könne deshalb, wenn nicht die aus § 260 herzuleitende alleinige Maßgeblichkeit der Schätzung der Mehrheit beseitigt werden solle, nicht mit der Behauptung gehört werden, die von der GenVers. im geordneten Verfahren innerhalb der Höchstvorschriften des § 261 HGB. getroffene Bewertung sei materiell unrichtig. Ebenso wie bei einer den Dividendenanspruch des Aktionärs beeinträchtigenden übermäßigen Abschreibung sei vielmehr auch in dem umgekehrten Falle zu geringer Abschreibung eine Anfechtung gem. § 271 HGB. nur zuzulassen, wenn eine Arglist nachzuweisen sei oder wenn die Bilanz als eine willkürliche, nach kaufmännischen Grundsätzen offenbar irrtümliche erscheine. An dieser Rechtsauffassung hat der Senat auch weiterhin festgehalten (RGZ. 120, 28 = JW. 1928, 1552; RGZ. 120, 363 = JW. 1928, 2852; RGZ. 131, 141 = JW. 1931, 2976¹⁷; JW. 1936, 919⁸). Von ihr abzugehen, bietet die Abänderung der gesetzlichen Bewertungsvorschriften durch die Aktienrechtsnovelle v. 19. Sept. 1931, insbes. die des § 261 HGB., keinen Anlaß. Nach § 261 Nr. 1 HGB. n. F. sind bei Anlagen, die zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten angesetzt werden, Wertminderungen nicht nur, wie bisher, im Umfange eines der Abnutzung gleichkommenden Betrags zu berücksichtigen, sondern es muß der Anteil an dem etwaigen Wertverlust ausgeglichen werden, der sich bei seiner Verwendung oder Nutzung für den einzelnen Bilanzabschnitt ergibt. Es ist also die erforderliche Wertberichtigung nicht nur nach dem körperlichen Verbrauch des zu bewertenden Gegenstandes, seiner technischen Abnutzung, sondern nach seiner wirtschaftlichen Lebensdauer zu bemessen. Das ändert nichts daran, daß auch die Höhe der hiernach zu berichtenden Wertminderung nur durch Schätzung ermittelt werden kann. Hängt die wirtschaftliche Nutzungsdauer eines Anlagewerts von Umständen ab, deren Eintritt oder Wirkung unsicher ist und nur mutmaßlich beurteilt werden kann, so hält sich die GenVers. im Rahmen der ihr obliegenden gesetzlichen Aufgaben, wenn sie auf Grund vernünftiger wirtschaftlicher Erwägungen eine Wertberichtigung für geboten und ausreichend erachtet, die nach den tatsächlichen Umständen kaufmännisch vertretbar ist, mag sie sich auch der Sache nach als ungenügend erweisen. Der Rev. kann nicht gefolgt werden, wenn sie glaubt, es müsse nach hzeitigem Recht der GenVers. eine hierüber hinausgehende Verantwortung dahin auferlegt werden, daß ihre Entschließung objektiv das Richtige treffe. Auch der Grundsatz der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit, dem die Aktienrechtsnovelle zu verstärkter Geltung verhelfen will, findet seine Grenzen dort, wo eine Bewertung nicht anders als durch Betätigung freien Ermessens innerhalb eines durch die Art und Verwendungsweise des zu bewertenden Gegenstandes gegebenen, vom Gesetz zugelassenen Spielraums vorgenommen werden kann. Von einer Verletzung der gesetzlichen Bewertungsvorschriften könnte erst dann die Rede sein, wenn die GenVers. zu einer Überbewertung des Aktivvermögens gelangt wäre, weil sie von einer Schätzung des zu berichtenden Wertverlustes überhaupt abgesehen hat. Dann wäre ihre Entschließung willkürlich und nicht geeignet, die vom Gesetz geforderte Erhaltung des Grundkapitals durch Verfassung

jeglicher Gewinnausschüttung auf Kosten des Gesellschaftsvermögens zu gewährleisten. In gleicher Weise verfiere die GenVers. gegen das Gesetz, wenn sie sich zwar einer Schätzung unterzogen, hierbei aber die Gepflogenheiten gesunder kaufmännischer Übung dermaßen außer acht gelassen hätte, daß aus diesem Grunde von einer dem Sinne des Gesetzes gemäßen Wertermittlung nicht mehr gesprochen werden könnte. In beiden Fällen, aber auch nur dann, wäre ein Sachverhalt gegeben, der eine Anfechtung der Bilanzgenehmigung wegen zu hoher Bewertung des Aktivvermögens zuließe.

(RG., II. Zivilsen., II. v. 4. Juni 1937, II 181/36.) [R.]

*

10. RG. — § 308 HGB.

1. Hat eine Kapitalgesellschaft nach dem Umwandlungsgesetz die Übertragung ihres Vermögens auf den Hauptgesellschafter beschlossen und ist die Umwandlung im Handelsregister eingetragen worden, so ist ein gegen die Kapitalgesellschaft anhängiger aktienrechtlicher Anfechtungsprozeß gegen den Hauptgesellschafter als Gesamtrechtsnachfolger in entsprechender Anwendung des § 308 HGB. weiterzuführen.

2. Die Befugnis der Aktionäre zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der durch die Umwandlung erloschenden Aktiengesellschaft besteht nur insoweit weiter, als es sich um Beschlüsse handelt, die an sich geeignet sind, den Anspruch der Minderheitsaktionäre gegen den Hauptgesellschafter auf angemessene Abfindung unter Berücksichtigung des Wertes ihrer Aktien zu beeinträchtigen.

3. Ablehnende Generalversammlungsbeschlüsse können nach Übertragung des Vermögens von dem Hauptgesellschafter nicht mehr angefochten werden. †)

Die Kl. war früher die H.-Gesellschaft des „F.“-Konzerns und besaß bis November 1931 die Mehrheit der Aktien der zu dem Konzern gehörigen Versicherungsgesellschaften, nämlich der F. G. Allgemeine und der F. G. Leben. In den Verwaltungen der drei Gesellschaften bestand eine weitgehende Personengleichheit. Aus verschiedenen Geschäften war gegen Ende 1931 die Kl. der F. G. Allgemeinen und der F. G. Leben mehrere Millionen Reichsmark schuldig geworden. Außerdem bestanden für eine andere Gesellschaft noch Verpflichtungen auf Vollenzahlung der in ihrem Besitz befindlichen Aktien der F. G. Allgemeinen und der F. G. Leben diesen gegenüber, und zwar in Höhe von insgesamt etwa 2,5 Millionen Reichsmark. Zur Sicherheit für diese Einzahlungspflichten hatte die Kl. der F. G. Allgemeinen voll einbezahlte Aktien der F. G. Leben im Nennwert von 2 853 000 RM in ein Sperrdepot bei der D. Bank mit der Maßgabe gegeben, daß darüber nur mit Zustimmung des RAuffwPrivVerf. verfügt werden dürfe. Weiter hatte die Kl. zur Sicherstellung der ihr gewährten Kredite der F. G. Leben Aktien der F. G. Allgemeinen von nennwertlich 4 401 500 RM und der F. G. Allgemeinen Aktien der F. G. Leben im Nennwert von 763 000 RM zur Verfügung gestellt. Im Nov. 1931 entstanden innerhalb der Verwaltung der drei Gesellschaften Unstimmigkeiten wegen einer Reihe von Geschäften, welche die F. G. Allgemeine und die F. G. Leben auf Veranlassung des Generaldirektors K. der Kl. getätigt hatten. Unter Billigung des RAuffwPrivVerf., das von Vorstandsmitgliedern der drei Gesellschaften über die Geschäftsvorfälle unterrichtet worden war, kam es schließlich zur wirtschaftlichen Trennung der F. G. Leben und der F. G. Allgemeinen von der Kl. Im Zug dieser Trennung erwarben die F. G. Leben und die F. G. Allgemeine die wechselseitige Aktienmehrheit. Im Jahr 1930 besaß die F. G. Leben 32,13% des Grundkapitals der F. G. Allgemeinen. Sie erwarb aus dem Besitz der Kl. dazuhin in einer Versteigerung vom Mai 1932 weitere 18% und gemäß des Generalvergleichs vom 11./14. Juni 1932 ferner 44,57%, so daß sich schließlich ihr Gesamtbesitz auf 94,70% des Aktienkapitals der F. G. Allgemeinen belief. Die F. G. Allgemeine hatte ihrerseits i. J. 1930 9,99% der Aktien der F. G. Leben im Besitz; hierzu erwarb sie aus dem Besitz der Kl. in der Versteigerung vom Mai 1932 weitere 63,45%, in der Ver-

steigerung vom Juni 1932 nochmals 6,25% und auf Grund des schon erwähnten Generalvergleichs vom selben Monat 14,92%, so daß sie schließlich über 94,61% des Grundkapitals der F. G. Leben verfügte.

Am 24. Juni 1935 fand nun die ordentliche GenVers. der F. G. Leben für das Geschäftsjahr 1934 statt. Von dem Aktienkapital von 4 000 000 RM waren 3 963 500 RM durch 34 Aktionäre mit 7927 Stimmen vertreten, darunter die Kl. mit einer Aktie zu 500 RM und einer Stimme; sie vertrat außerdem noch weitere Gesellschaften, deren Stimmführer der Generaldirektor K. war. Neben einer Anzahl von Kleinaktionären war ferner die F. G. Allgemeine mit 6800 Aktien zu je 500 RM und zusammen 6800 Stimmen sowie die F. G. Lebensversicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit in Berlin mit 765 Aktien zu je 500 RM und 765 Stimmen vertreten. Die 6800 Stimmen der F. G. Allgemeinen wurden von dem Geh. RA. H. geführt, der auf Anregung des RAuffwPrivVerf. zum Treuhänder für die Stimmrechtsausübung bestellt worden war.

Vor Eintritt in die Tagesordnung beantragte Generaldirektor K. namens der Kl. unter Bezugnahme auf § 226 HGB., zu beschließen, daß die Aktien der F. G. Allgemeinen nicht mitstimmen dürften. Dieser Antrag wurde bei Stimmenthaltung des Aktionärs K. mit allen übrigen Stimmen gegen die der Kl. und zwei anderer Gesellschaften abgelehnt. Daraufhin beantragte K. namens der Kl. wiederum unter Hinweis auf § 226 HGB., zu beschließen, daß der Treuhänder H., der als solcher nicht mehr Rechte habe, als die Gesellschaft, deren Aktienbesitz er verrete, mit den der F. G. Allgemeinen gehörigen Aktien nicht mitstimmen dürfe. Auch dieser Antrag verfiel mit der gleichen Stimmverteilung wie der erste Antrag der Ablehnung. Zu Punkt 4 der Tagesordnung: „Ermächtigung des Vorstandes zur Übertragung des Versicherungsbestandes auf einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit“ stellte K. namens der Kl. den Antrag, zu beschließen, die Arbeitsfront zu bitten, eine Stelle zu bestimmen, welche den Übernahmepreis für den Versicherungsbestand festzusetzen habe. Auch dieser Antrag wurde mit demselben Stimmverhältnis wie die früheren Anträge abgelehnt, dagegen der auf der Tagesordnung stehende Antrag gleicherweise angenommen. Zu Punkt 5 der Tagesordnung: Aufsichtsratswahlen wurden mit demselben Stimmverhältnis die auscheidenden Aufsichtsratsmitglieder wiedergewählt und die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder G. und Sch. bestätigt. Der Antrag des Stimmführers der Kl., andere von ihr benannte Personen in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde gegen die Stimme der Kl. sowie zwei weitere Gesellschaften und des Aktionärs K. abgelehnt. Gegen die vorstehend aufgeführten Beschlüsse, mit Ausnahme der zu Punkt 5 der Tagesordnung gefaßten, haben die Kl. und zwei andere Gesellschaften Widerspruch zu Protokoll erklärt. Die Kl. behauptet, dies sei auch bezüglich der letztgenannten Beschlüsse geschehen, obwohl ein solcher Widerspruch in dem GenVers.-Protokoll zu Unrecht nicht beurkundet worden sei.

Die Kl. hat in der Folge gegen die F. G. Leben die Anfechtungsklage aus § 271 HGB. erhoben mit dem Antrag, die auf Ablehnung lautenden Beschlüsse der GenVers. v. 24. Juni 1935 zu den Anträgen, welche die Kl. zur Geschäftsordnung gemäß den Anlagen 3 und 4 des GenVers.-Protokolls gestellt habe, sowie die Beschlüsse zu Punkt 4 und 5 der Tagesordnung betreffend die Übertragung des Versicherungsbestandes und die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder für nichtig zu erklären. Sie hat zur Begründung u. a. geltend gemacht: Die F. G. Allgemeine und die F. G. Leben hätten eine wirtschaftliche Einheit gebildet und sich gegenseitig beherrscht; deshalb habe nach § 226 HGB. die F. G. Allgemeine nicht mitabstimmen dürfen. Das gleiche gelte für den Treuhänder der Versicherungsgesellschaften, der überdies auch nach § 252 Abs. 3 HGB. nicht stimmberechtigt gewesen sei. Bei der Beschlußfassung zu Punkt 4 der Tagesordnung (Ermächtigung des Vorstandes zur Übertragung des Versicherungsbestandes auf einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) hätten nach § 252 Abs. 3 HGB. die neu gegründete Zduna-Germania-Lebensversicherungsgesellschaft

a. G. und die J. G. Allgemeine nicht mitstimmen dürfen; denn der Beschluß habe die Vornahme von Rechtsgeschäften mit beiden Gesellschaften betroffen, weil der Versicherungsbestand auf die erstgenannte Gesellschaft habe übertragen werden sollen und dieser die J. G. Allgemeine hierzu die Geldmittel zur Verfügung gestellt habe. Die J. G. Allgemeine sei auch gar nicht Eigentümerin der Aktien gewesen, mit denen für sie in der GenVers. gestimmt worden sei. Die J. G. Allgemeine und die J. G. Leben hätten der Kl. fast ihr ganzes Vermögen widerrechtlich weggenommen. Die Rechtsgeschäfte, durch welche die J. G. Allgemeine den Besitz der Kl. an Aktien der J. G. Leben an sich gebracht habe, seien gesetzes- und sittenwidrig und deshalb nichtig; es handle sich um unlautere, sittenwidrige Machenschaften von Vorstandsmitgliedern der J. G. Leben und der J. G. Allgemeinen mit früheren Vorstandsmitgliedern der Kl.

Die beklagte J. G. Leben hat Klageabweisung beantragt. Das LG. hat die Klage abgewiesen. Die Kl. hat Ber. eingelegt. Das RG. hat die Ber. der Kl. zurückgewiesen.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

1. Zutreffend geht das RG. davon aus, daß die ursprünglich verklagte J. G. Leben mit der am 30. Dez. 1935 erfolgten Eintragung ihrer Umwandlung in das Handelsregister durch Übertragung ihres Vermögens auf den Hauptgeschäftsführer, d. h. die J. G. Allgemeine, gemäß Art. 2 § 6 Abs. 2 und Art. 5 § 11 der 1. Durchf. zum UmwandlG. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) sowie Art. 2 § 2 der 2. Durchf. zu diesem Gesetz v. 17. Mai 1935 (RGBl. I, 721) i. Verb. m. § 8 vgl. mit §§ 2 ff. UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) nicht bloß aufgelöst, sondern auch untergegangen ist. Ihre Firma ist erloschen, ihr Vermögen mit samt den Schulden ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die J. G. Allgemeine übergegangen, und zwar mit der rechtsbegründend wirkenden Eintragung der Umwandlung im Handelsregister. Die Rechtsgültigkeit der Umwandlung ist nicht bemängelt, insbes. nicht in der Richtung, daß sie mit einem absoluten Nichtigkeitsgrund behaftet wäre. Hiernach ist der weiteren rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, daß die zunächst beklagte J. G. Leben als Aktiengesellschaft und als Rechtsträgerin überhaupt endgültig zu bestehen aufgehört hat. Dieser ihr Untergang als Rechtspersönlichkeit ist, wie der Vorderrichter zutreffend hervorhebt, eingetreten, nachdem der gegenwärtige Prozeß in der Ver. Inst. erwachsen und in diesem Rechtszug schon die beklagte J. G. Leben durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war. In dem UmwandlG. und den hierzu erlassenen Durchf. fehlen Vorschriften über das Schicksal der für und gegen die umgewandelte Gesellschaft anhängigen Rechtsstreitigkeiten im allgemeinen und von Anfechtungsprozessen gegen GenVers.-Beschlüsse der umgewandelten Gesellschaft im besonderen. Im Schrifttum ist jedoch überwiegend die Ansicht vertreten, daß insoweit prozessrechtlich mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung die Vorschriften der §§ 239 ff. ZPO. zur entsprechenden Anwendung zu kommen haben (s. a. Du a s s o w s k i: DNotZ. 1934, 562 unter c a. G.; Böttcher-Meiliße, „Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften“, Ann. II 5 zu § 4 UmwandlG.; desgleichen Crisoli-Groschuff, „Umwandlung und Lösung von Kapitalgesellschaften“, Ann. 7 zu § 4 UmwandlG.). Dem ist beizutreten. Pro z e ß r e c h t l i c h müssen die Vorschriften der §§ 239 ff. ZPO. auch für Anfechtungsprozesse gelten. Dann greift aber auch § 246 ZPO. ein mit dem Ergebnis, daß hier, wie das RG. wiederum mit Recht hervorhebt, das Verfahren nicht unterbrochen worden ist, weil im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung die dadurch untergegangene J. G. Leben im zweiten Rechtszug durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten gewesen ist. Die J. G. Allgemeine ist so die Gesamtrechtsnachfolgerin der J. G. Leben geworden. Die J. G. Allgemeine und nur sie ist nunmehr auch die richtige Bekl. im Anfechtungsprozeß. § 308 HGB. schreibt dies für die Klage auf Anfechtung des — die Übertragung des Vermögens bei Vollverschmelzung oder Einverleibung — betreffenden Beschlusses ausdrücklich vor. Der dieser Vorschrift zugrunde

liegende Rechtsgedanke muß auch für einen Fall der jetzt vorl. Art, soweit die prozessuale Gestaltung der Verhältnisse in Frage kommt, entsprechende Anwendung finden. Endlich betont das RG. mit Recht, daß in dem nun gegen die J. G. Allgemeine weiterlaufenden Rechtsstreit hinsichtlich ihrer gesetzlichen Vertretung nicht mehr die Sonderbestimmung des § 272 Abs. 1 HGB., sondern die allgemeine Regel des § 231 daß. — Vertretung durch den Vorstand — gilt, da nicht GenVers.-Beschlüsse der bekl. J. G. Allgemeinen angegriffen sind. Nach all diesen Richtungen sind auch Revisionsangriffe nicht erhoben.

2. Das BG. hat sodann weiter geprüft, welchen Einfluß sachlich-rechtlich die Umwandlung der J. G. Leben auf das Anfechtungsrecht der Kl. gehabt hat. Es ist der Meinung, daß mit der und durch die Umwandlung der J. G. Leben die Anfechtungsbefugnis der Kl. erloschen und deshalb die Klage ohne weiteres abzuweisen sei, zumal die angegriffenen GenVers.-Beschlüsse jedenfalls nicht mit einem unheilbaren Mangel behaftet seien. Dieser letzten Erwägung ist ohne weiteres beizutreten. Die angegriffenen Beschlüsse sind ihrem Inhalt nach an und für sich betrachtet sittlich durchaus „indifferent“. Eine Sittenwidrigkeit könnte nur aus der Art und Weise ihres Zustandekommens und den mit ihnen von der Mehrheit etwa verfolgten Zielen und Zwecken hergeleitet werden. Nach der ständigen Rspr. des erf. Sen. würden Sittenverstöße dieser Art nicht zur absoluten Nichtigkeit der davon betroffenen Beschlüsse, sondern nur zur Anfechtbarkeit nach § 271 HGB. führen. Auch die sonst behaupteten Beschlußmängel, Verstöße gegen Stimmrechtsverbote des § 252 Abs. 3 und § 226 Abs. 5 HGB., ferner angebliches Mitstimmen von Nichtaktionären, sind nur Anfechtungs-, nicht absolute Nichtigkeitsgründe. Die Nichtigkeitsfeststellungsklage könnte deshalb von vornherein keinen Erfolg haben. Insofern sind von der Rev. auch besondere Angriffe nicht erhoben. Im übrigen hat das BG. zur Begründung seines Standpunkts, daß die Kl. ihres Anfechtungsrechts durch die Umwandlung der J. G. Leben verlustig gegangen sei, des näheren ausgeführt, daß dieses Recht auf der Mitgliedschaft bei der J. G. Leben beruht habe; mit deren Erlöschen sei daher auch das Gesellschaftsrecht der Kl. erloschen. In diesem Zusammenhang weist das RG. auf das Urteil des erf. Sen. v. 7. Jan. 1929, II 605/28: JW. 1929, 2946¹³ und auf §§ 5 und 6 Abs. 2 der 1. Durchf. zum UmwandlG. hin, wonach der Kl. gegen die J. G. Allgemeine lediglich noch ein Anspruch auf angemessene Abfindung unter Berücksichtigung des Werts ihrer Aktien zusteht. Die Aktien verbrieften, so fährt das RG. fort, nicht mehr ein Mitgliedschaftsrecht, sondern bloß ein Forderungsrecht gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger der J. G. Leben. Damit habe die Anfechtungsbefugnis der Kl. ihre rechtliche Grundlage verloren, nachdem die Frist zur Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses ungenützt verstrichen sei und Tatsachen, die eine absolute Nichtigkeit der Umwandlung nach sich ziehen würden, nicht dargetan seien. Das zu § 308 HGB. ergangene Urteil des erf. Sen. v. 11. Jan. 1927, II 178/26: RGZ. 115, 378 ff. = JW. 1927, 1348 stehe dieser Rechtsauffassung nicht entgegen. Denn in dem damaligen Fall sei gegen die früheren GenVers.-Beschlüsse die Nichtigkeitsfeststellungsklage erhoben und zugleich auch der Beschluß auf Genehmigung des Verschmelzungsvertrags angefochten gewesen, während es sich hier lediglich noch um eine Anfechtungsklage gegen der Umwandlung vorausgegangene GenVers.-Beschlüsse der untergegangenen J. G. Leben handele, der Umwandlungsbeschluß selbst aber nicht angegriffen worden sei.

Gegenüber diesem ersten rechtlich selbständigen Entscheidungsgrund rügt die Rev. Verletzung des § 271 HGB. und des § 5 der 1. Durchf. zum UmwandlG. Sie macht geltend, durch die mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses im Handelsregister eingetretene Auflösung der J. G. Leben habe das Anfechtungsrecht der Kl. keineswegs seine rechtliche Grundlage verloren. Als der Anfechtungsprozeß rechtshängig geworden sei, habe die J. G. Leben noch bestanden. Die Kl. sei als Aktionärin berechtigt gewesen, die im Widerspruch zu Gesetz und Satzung ergangenen GenVers.-

Beschlüsse mit der Anfechtungsklage zu bekämpfen. Habe sie einmal eine solche Klage erhoben, so könne sie ihren gerichtlichen Widerspruch verfolgen ohne Rücksicht darauf, welches Schicksal die Gesellschaft im Laufe des Prozesses erleide. Die in der GenVers. gefaßten Beschlüsse lägen vor und könnten nur mit der Anfechtungsklage aus der Welt geschafft werden, wenn sie nicht schlechthin unheilbar nichtig seien. Schon die Existenz der Beschlüsse rechtfertige die Zulässigkeit der Klage. Sie könne nicht von der Fortdauer der Mitgliedschaft abhängig sein. Die Minderheitsaktionäre der J. G. Leben mißten sich mit dem Hauptgeschäftsführer auseinandersetzen. Für diese Auseinandersetzung könne es aber von entscheidender Bedeutung sein, daß GenVers.-Beschlüsse der umgewandelten Gesellschaft vom Gericht für ungesetzlich oder satzungswidrig erklärt würden. Zur Stütze dieses Rechtsstandpunktes hat die Rev. weiter eine Ausfertigung des in einer Handelsregisterfache ergangenen Beschlusses des 1. ZivSen. des RG. v. 3. Dez. 1936 zu 1 W 263/36: JW. 1936, 3202⁴ vorgelegt, in welchem zu der streitigen Rechtsfrage ebenfalls Stellung genommen wird. Der 1. ZivSen. des RG. geht in diesem Beschluß davon aus, daß grundsätzlich die Anfechtungsklage des § 271 HGB. nur den Aktionären — und, wie anzufügen ist, unter Umständen dem Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft bzw. Mitgliedern dieser Organe — zusteht sowie das Recht zu ihrer Erhebung und — wie wiederum einzuschalten ist — auch ihrer Weiterführung durch Veräußerung der Aktien erlischt, daß ferner grundsätzlich die Anfechtungsklage gegen die Aktiengesellschaft zu richten ist, deren GenVers. den anzufechtenden Beschluß gefaßt hat, und daß diese Gesellschaft hier infolge ihres mit der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister eingetretenen Untergangs nicht mehr besteht. Man würde aber, so fährt der 1. Sen. des RG. fort, der besonderen durch die Umwandlung geschaffenen Rechtslage nicht gerecht werden, wenn daraus gefolgert würde, daß die Aktionäre der umgewandelten Gesellschaft mit dem Verschwinden dieser und dem Verlust ihrer Gesellschaftereigenschaft schlechthin auch das Recht zur Anfechtung früherer Beschlüsse der GenVers. eingebüßt hätten. Daß dem nicht so sein könne, ergebe sich aus folgenden Erwägungen: Wollte der Hauptgeschäftsführer, d. h. derjenige, der mindestens $\frac{1}{10}$ des Aktienkapitals besitze, die Gesellschaft durch Übertragung des Vermögens auf ihn umwandeln, so könnten dies die übrigen Gesellschaftler durch ihren Widerspruch allerdings nicht hindern. Sie hätten aber nach § 6 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zum UmwandlG. verglichen mit § 5 das. Anspruch auf eine angemessene Entschädigung unter Berücksichtigung des Werts ihrer Aktien. Sie sollten also im wirtschaftlichen Ergebnis keinesfalls benachteiligt werden. Es sei aber sehr wohl möglich, daß der Wert der Aktien durch Auswirkungen früherer gesetz- oder satzungswidriger GenVers.-Beschlüsse erheblich gemindert werde. Wollte man solchemfalls den bisherigen Aktionären von der Eintragung der Umwandlung ab das Anfechtungsrecht versagen, so würde man ihnen damit entgegen dem Grundgedanken des § 5 Abs. 1 der 1. DurchfVO. zum UmwandlG. den wirtschaftlichen Wert ihrer Aktien teilweise entziehen. Das könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Vielmehr müsse angenommen werden, daß die bisherigen Aktionäre insoweit ihr Anfechtungsrecht behalten sollten, als es dazu dienen könne, GenVers.-Beschlüsse zu beseitigen, welche den für die Bemessung der Abfindung maßgebenden Wert der Aktien zu mindern geeignet seien. Die Anfechtungsklage müsse alsdann, wie dies im Fall der Anfechtung von Fusionsbeschlüssen § 308 HGB. vorsehe, gegen den Rechtsnachfolger der Gesellschaft, d. h. den bisherigen Hauptgeschäftsführer, gerichtet werden, gleichviel ob dies eine Aktiengesellschaft oder eine andere juristische oder eine natürliche Person sei.

Bei der Entsch. der hier streitigen Rechtsfrage ist der Rechtsauffassung des 1. ZivSen. des RG. der Vorzug zu geben. Vorab ist hervorzuheben, daß durch die Umwandlung die ursprünglich beklagte J. G. Leben nicht bloß aufgelöst, sondern als Rechtsträgerin überhaupt ein für allemal untergegangen ist. Soweit die Rev. etwa anderer Meinung sein sollte, wäre dies rechtsirrig. Entscheidend kann sodann nicht

sein, daß die Gesamtrechtsnachfolgerin hier nach der Umwandlung wiederum eine Aktiengesellschaft, nämlich die J. G. Allgemeine, geworden ist. Das ist eine Zufälligkeit; grundsätzlich hätte es ebenfögt eine natürliche Person oder eine Personalgemeinschaft oder irgendeine andere juristische Person sein können. Auch dies hat der 1. ZivSen. des RG. zutreffend betont. Es fragt sich also zunächst, ob dem Umstand allein, daß Gesamtrechtsnachfolger bei einer Umwandlung der hier vorl. Art Rechtsträger der verschiedensten Art sein können, entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Dies ist mit dem 1. ZivSen. des RG. zu verneinen. Gewiß ist die Anfechtungsklage eine Einrichtung des Aktienrechts, auf dieses zugeschnitten und entsprechend den besonderen Bedürfnissen dieser Gesellschaftsform ausgestaltet. Immerhin findet sie sich z. B. kraft Gesetzes in entsprechender Ausgestaltung auch im Recht der eingetragenen Genossenschaften (§ 51 GenG.); sie ist ferner durch die Rspr. auch für die Rechtsform der GmbH. in entsprechend abgewandelter Form anerkannt. Ganz abgesehen davon ergibt sich aber aus § 308 HGB. mittelbar, daß das Anfechtungsrecht nicht unter allen Umständen allen Passivbeteiligten eine Aktiengesellschaft voraussetzt, sondern jedenfalls in dem dajelbst geregelten Sonderfall — Anfechtung des den Vermögensübergang betreffenden Beschlusses der GenVers. — auch dann fortbesteht, wenn auf der Gegenseite nicht mehr eine Aktiengesellschaft, sondern, wie z. B. in den Fällen des § 304 HGB., das Reich, ein Land oder ein inländischer Kommunalverband steht. Es ist also für den Fortbestand der Anfechtungsbezugnis nicht schlechthin erforderlich, daß der Anfechtungsgegner wiederum eine Aktiengesellschaft ist. Dieser Rechtsgedanke muß aber, obwohl § 308 HGB. eine Ausnahmenvorschrift darstellt, entsprechend gelten auch für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft durch Übergang ihres Vermögens auf den bisherigen Hauptgeschäftsführer, weil die Rechtslage insofern der im Fall der Einverleibung und Vollverschmelzung nach §§ 304, 308 HGB. eintretenden ähnelt. Damit ist allerdings die Streitfrage noch nicht entschieden. Das Anfechtungsrecht der §§ 271 ff. HGB. ist ein Ausfluß des gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechts und grundsätzlich an dessen Bestand und Fortbestand geknüpft. Es geht mit und durch die Übertragung des Aktienrechts verloren mit der Folge, daß, wenn ein anfechtender Aktionär während der Dauer des Anfechtungsprozesses seine sämtlichen Aktien, mit denen er in der GenVers., deren Beschlüsse von ihm angefochten sind, aufgetreten ist, überträgt, damit auch des Anfechtungsrechts verlustig geht. Solchenfalls muß alsdann die Anfechtungsklage abgewiesen werden (s. a. RGZ. 66, 135 ff. = JW. 1907, 490 und Hueck, „Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GenVers.-Beschlüssen bei Aktiengesellschaften“ S. 137, 138 mit weiteren Nachweisen). Nun ist im vorl. Fall die Kl. zweifellos ihres Aktienrechts ebenfalls endgültig verlustig gegangen. Denn die J. G. Leben, deren Aktionärin die Kl. war, ist wie dargelegt mit der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister endgültig untergegangen. Damit sind untergegangen auch die gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte der Kl., deren Ausfluß das Anfechtungsrecht ist. Es kommt ferner in Betracht, daß anders als in den Fällen der §§ 304, 305, 308 HGB. die Kl. gem. § 6 Abs. 2 verglichen mit § 5 der 1. DurchfVO. v. 17. Mai 1935 rechtlich nicht in der Lage war, die Umwandlung durch ihren Widerspruch zu hindern, sofern überhaupt nur die Voraussetzungen für die Umwandlung der Gesellschaft durch den sog. Hauptgeschäftsführer vorgelegen haben. Nach der ausdrücklichen Vorschrift der §§ 5, 6 Abs. 2 der 1. DurchfVO. haben die Minderheitsaktionäre gegen den Hauptgeschäftsführer vielmehr nur Anspruch auf angemessene Abfindung unter Berücksichtigung des Werts ihrer Aktien. An Stelle des bisherigen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechts ist also ein schuldrechtlicher Anspruch auf Abfindung gegen den Hauptgeschäftsführer getreten. Weitere Ansprüche stehen den Minderheitsaktionären nicht mehr zu. Die Anfechtungsklage richtet sich auch hier gar nicht gegen die Umwandlung als solche; diese ist überhaupt nicht angegriffen und mit dem Tag ihrer Eintragung

im Handelsregister rechtswirksam geworden. Insofern liegt der Fall auch nicht etwa rechtsähnlich dem in § 308 HGB, der Vorzorge trifft nur für eine Anfechtungsklage, die sich richtet gerade gegen die Rechtsgültigkeit des Verschmelzungsbeschlusses als solchen und damit gegen ein der zur Rechtswirksamkeit der Verschmelzung unerlässliches Tatbestandsstück mit der Folge, daß, wenn dieser Beschluß vernichtet wird, die Verschmelzung oder Einverleibung selbst hinfällig ist, die bisherigen Aktienrechte also gerade nicht untergegangen sind, sondern weiterbestehen. Der § 308 HGB. ist sodann eine Ausnahmebestimmung, die auf andere Beschlüsse, sofern nicht mindestens gleichzeitig auch der Übertragungsbeschluß selbst angegriffen ist, nicht ohne weiteres entsprechende Abwendung finden kann. Für eine solche ausdehnende Auslegung besteht auch vom Standpunkt des Aktionärs aus kein Anlaß, da sich sachlich-rechtlich seine Abfindung nach dem einen Bestandteil des Einverleibungsbeschlusses bildenden Übertragungsvertrag richtet. Gegenteiliges ist auch in dem Urteil des 1. Sen. v. 11. Jan. 1927, II 178/26; RGZ. 115, 378 ff. = JW. 1927, 1348 nicht ausgesprochen. Denn dort war eben der Übertragungsbeschluß selbst mit der Nichtigkeitsfeststellungs- und Anfechtungsklage angegriffen. Es kann sich also nur noch darum handeln, ob sich etwa aus §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 der 1. DurchfWD. v. 12. Dez. 1934 eine Ausnahme von der Regel des Erlöschens der Anfechtungsbefugnis der Aktionäre hinsichtlich solcher GenVers.-Beschlüsse herleiten läßt, die sich nicht auf die Umwandlung beziehen. Insofern ist dem 1. ZivSen. des RG. vorab darin beizutreten, daß sich sehr wohl Beschlüsse der GenVers. denken lassen, die, wenn sie rechtsbeständig sind, den Wert der Aktien und damit die Höhe des Abschichtungsguthabens der Minderheitsaktionäre nachteilig beeinflussen können, so z. B. Beschlüsse, durch welche die nachmals umgewandelte Aktiengesellschaft ohne entsprechende Gegenleistung sich gewisser Ansprüche, z. B. begründeter Erfordernisse gegen Verwaltungsorgane, begeben hat. Werden solche Beschlüsse durch Nichtanfechtung rechtsgültig und so für die später umgewandelte Gesellschaft und damit auch ihrem Gesamtrechtsnachfolger, d. h. hier dem umwandelnden Hauptgesellschafter, rechtsverbindlich, so wäre die Folge die, daß die fraglichen Ansprüche eben keinen Bestandteil des übergegangenen Gesellschaftsvermögens mehr bilden. Dadurch kann sich unter Umständen der Wert der Aktien der Minderheitsaktionäre ganz erheblich vermindern. Den einzig sicheren Weg, eine solche Benachteiligung der abgeschichteten Aktionäre hintanzuhalten, bietet die fortbestehende Möglichkeit der Anfechtung derartiger Beschlüsse, die ohnehin nicht selten gerade mit Hilfe der Stimmen des Hauptgesellschafters zustande gekommen sein werden. Insofern ist dem 1. Sen. des RG. durchaus beizupflichten. Dann rechtfertigt sich aber auch der Schluß, daß für Fälle dieser Art als Ausfluß des früheren, im übrigen untergegangenen Mitgliedschaftsrechts zur Sicherung des Abschichtungsanspruchs das Anfechtungsrecht der abzuschichtenden Aktionäre ausnahmsweise als fortbestehend anerkannt wird, da sonst die Umwandlung der Gesellschaft allerdings zu einer angeht des § 5 Abs. 1 der 1. DurchfWD. von dem Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollten Verkümmern und Verfürgung ihres gesetzlich anerkannten Abschichtungsanspruchs führen könnte und führen müßte. Insofern läßt sich auch positivrechtlich auf den dem § 308 HGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken zurückgreifen, der, soweit die Anfechtungsbefugnis der Aktionäre in Betracht kommt, ihnen offensichtlich gerade auch die Möglichkeit geben will, sich gegen eine Vollverschmelzung oder Einverleibung zu wenden, die ihren Belangen in Absicht auf die Höhe ihrer Abfindung nicht genügend Rechnung trägt. Ist demnach rechtsgrundföhllich davon auszugehen, daß durch die vollwirksame Umwandlung einer Aktiengesellschaft seitens des Hauptgesellschafters die Anfechtungsbefugnis der früheren Aktionäre gegen vorausgegangene GenVers.-Beschlüsse der umgewandelten Aktiengesellschaft nicht schlechthin ausgeschlossen ist und ist insofern dem grundsöhllich gegenteiligen Standpunkt des Bl. nicht beizutreten, so kann andererseits die Anfechtungsbefugnis im Fall rechtsbeständiger Umwandlung als fortbestehend nur insofern in Betracht kommen, als es

sich um Beschlüsse handelt, die an sich geeignet sind, den Abfindungsanspruch der Minderheitsaktionäre zu beeinträchtigen. Nur in diesem Umfang ist der Fortbestand des Anfechtungsrechts angesichts der Umwandlungsvorschriften zu rechtfertigen. Auf diesem Rechtsboden steht offenbar auch der 1. ZivSen. des RG. mit dem oben wiedergegebenen Beschluß v. 3. Sept. 1936. Die Ansicht der Rev., daß hinsichtlich des Fortbestands der Anfechtungsbefugnis der abzuschichtenden Minderheitsaktionäre der vollzogenen Umwandlung überhaupt keine Bedeutung beizumessen sei, ist fehlsam und beruht letzten Endes auf einer Verkennung des § 271 HGB. einerseits, der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 der 1. DurchfWD. vom 12. Dez. 1934 und des Art. 2 § 2 der 2. DurchfWD. vom 17. Mai 1935 andererseits.

3. Von dem vorstehend vertretenen grundsöhllichen Standpunkt aus ist mit der vollzogenen Umwandlung der F. G. Leben sachlich-rechtlich die Anfechtungsbefugnis der Kl. entfallen, einmal bezüglich sämtlicher, in der GenVers. vom 24. Juni 1935 gefaßten ablehnenden Beschlüsse. Dies gilt gleicherweise für die Beschlüsse, durch welche die Anträge der Kl. hinsichtlich der Stimmberechtigung der F. G. Allgemeinen und des Treuhänders dieser Aktien abgelehnt worden sind, wie auch hinsichtlich des Beschlusses über die Wahl der von der Kl. vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder, nicht minder aber auch für den Beschluß über den Antrag der Kl. auf Benennung eines Schöfers durch die Arbeitsfront, zur Bemessung der Gegenleistung für die Übertragung des Versicherungsbestands der F. G. Leben auf eine Versicherungsgesellschaft a. G. Insofern würde auch ein Erfolg der Anfechtungsklage an dem Vermögensstand der umgewandelten Gesellschaft nichts ändern; die Vernichtung der ablehnenden Beschlüsse würde keineswegs zugleich die Annahme der abgelehnten Anträge der Kl. bedeuten, und für eine Wiederholung dieser Anträge in einer neuen GenVers. ist kein Raum, da die umgewandelte F. G. Leben ein für allemal und endgültig mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung reiflos untergegangen ist. Nicht anders verhält es sich aber auch mit dem Beschluß, durch welchen der Vorstand ermächtigt worden ist, den Versicherungsbestand auf eine Versicherungsgesellschaft a. G. zu übertragen. Dabei kann unterstellt werden, daß als Dritter damals schon die F. G. Lebensversicherungsgesellschaft a. G. in Aussicht genommen war. Der Beschluß enthält auch dann nicht mehr als die Ermächtigung des Vorstandes zur Übertragung des Bestands; er verpflichtet ihn nicht zu dieser und enthält kein Wort von den Bedingungen, insbes. der Höhe der dafür der F. G. Leben zu gewährenden Vergütung. Deren Bemessung war vielmehr dem pflichtmäßigen Ermessen des Vorstandes überlassen. Hat der Vorstand etwa insofern die ihm obliegenden Pflichten zu gewissenhafter und sorgfamer Wahrung der Gesamtinteressen der F. G. Leben und ihrer Aktionäre im besonderen schuldhaft verabsäumt, so sind unter Umständen gegen ihn Schadensersatzansprüche der Gesellschaft begründet, die einen Bestandteil des Vermögens der F. G. Leben gebildet und möglicherweise auch finanziell bei der Bewertung der Aktien der Minderheitsaktionäre und damit der Höhe ihres Abschichtungsanspruchs Berücksichtigung finden müßten. Diese Ansprüche würden aber in ihrem Bestand durch den angefochtene Ermächtigungsbeschluß in keiner Weise betroffen. Ebensowenig kann endlich anerkannt werden, daß der Abfindungsanspruch der Kl. durch die angegriffenen Wahlen zum Aufsichtsrat irgendwie beeinflusst ist. Nach alledem muß es zwar nicht hinsichtlich der Begründung, wohl aber im Ergebnis bei dem angefochtene Urteil sein Bewenden haben. Damit erübrigt sich auch ein Eingehen auf die weiteren Revisionsanträge. Vielmehr war das Revisionsmittel schon nach dem bisher Ausgeführten als unbegründet zurückzuweisen.

(RG., II. ZivSen., II. v. 29. Jan. 1937, II 155/36.)

[28. R.]

Anmerkung: Die Entsch. befaßt sich mit interessanten Fragen aus dem Gebiet der Umwandlungsgesetzgebung und hat, wenn ihre praktische Bedeutung auch wegen der geringen

Zahl gleich oder ähnlich liegender Fälle nicht groß sein dürfte, doch erhebliches wissenschaftliches Interesse.

Soweit der Sachverhalt für die in der Entsch. entwickelten Rechtsgrundsätze von Erheblichkeit ist, sieht er sich verwickelter an, als er in Wirklichkeit ist. Es handelt sich um folgendes: In der ordentlichen H.V. einer Versicherungsaktiengesellschaft werden gegen die Stimmen dreier Minderheitsaktionäre von der Mehrheitsaktionärin mehrere Beschlüsse (Ermächtigung des Vorstandes zur Übertragung des Versicherungsbestandes; Aufsichtsratswahlen) gefaßt und mit dem gleichen Stimmenverhältnis verschiedene Minderheitsanträge (Feststellung, daß die Mehrheitsaktionärin bei der Erledigung der Tagesordnung nicht mitstimmen dürfe; Bestimmung einer neutralen Stelle, die den Übernahmepreis für den Versicherungsbestand festsetzen soll; Wahl anderer Aufsichtsratsmitglieder) abgelehnt. Die Kl., die in der H.V. Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, erhebt Anfechtungsklage, die in erster Instanz abgewiesen wird. Während der Berufung wird in einer ao. H.V. auf Grund des UmwandlG. die Übertragung des Vermögens der Aktiengesellschaft auf die Mehrheitsaktionärin, die ebenfalls eine Aktiengesellschaft ist, als Hauptgesellschafterin ohne Widerspruch beschloffen; der Beschluß wird in das Handelsregister eingetragen.

Welche Wirkung übt nur die damit gemäß § 4 des UmwandlG. eingetretene Auflösung der Aktiengesellschaft auf den Anfechtungsprozeß aus?

Bei der Beantwortung dieser teils auf prozessualen, teils auf materiellem Gebiet liegenden Frage geht das RG. in Übereinstimmung mit dem als Vorinstanz tätigen RG. davon aus, daß die umgewandelte Aktiengesellschaft als „Rechtsträgerin überhaupt endgültig zu bestehen aufgehört hat“ und „ein für allemal untergegangen ist“. Damit stellt sich das RG. auf den Standpunkt, daß die sog. Umwandlung rechtlich gesehen eigentlich gar keine Umwandlung ist. Denn die bisher bestehende Rechtsperson wird nicht etwa umgestaltet und umgewandelt, sondern sie wird zum Verschwinden gebracht und durch eine andere entweder bereits bestehende — so im vorl. Falle — oder eine erst neu errichtete ersetzt. Von einer wirklichen Umwandlung im Rechtssinne könnte man aber nur dann sprechen, wenn nicht die Rechtspersönlichkeit selbst, sondern lediglich die Rechtsform der nach wie vor weiterbestehenden Rechtspersönlichkeit wechseln würde. Wenn trotzdem die Bezeichnung „Umwandlung“ berechtigt ist, so nur aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise heraus: Für diese steht das Unternehmen an erster Stelle. Sein Rechtsträger ist für sie nur eine bestimmte Form der rechtlichen Organisation, die gewechselt werden kann, ohne daß dadurch die Identität des Unternehmens berührt würde. Von hier aus gesehen ist die Umwandlung also wirklich eine bloße Umwandlung. Es ist vereinzelt versucht worden, diese wirtschaftliche Betrachtung zur rechtlichen zu machen, wobei die im früheren Schrifttum bisweilen gemachten Versuche eines einheitlichen Rechts der Unternehmungen Ratzen gestanden haben dürften. Für das geltende Recht muß dieser Versuch als verfehlt bezeichnet werden. Denn dieses kennt nur eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine Einzelperson, die ein Unternehmen betreiben, kennt aber nicht das Unternehmen als selbständige privatrechtliche Einrichtung. Vielleicht werden wir aber unser Rechtssystem gerade in diesem Punkte einmal umbauen und auch rechtlich das Unternehmen als das Wesentliche, die Rechtsträgerschaft als eine bloße Organisationsform betrachten müssen, eine Entwicklung übrigens, die an der juristischen Erfassung des Staates in mancherlei Hinsicht einen Vorläufer hätte. Solange aber ein derartiger Umbau nicht erfolgt ist, muß man rechtlich die Umwandlung als ein Erlöschen der bisherigen Rechtsperson und ihre Ersetzung durch eine andere erfassen. Das wird in der amtl. Entsch. zum UmwandlG. (DZ. 1934, 884) ausdrücklich hervorgehoben und im Schrifttum überwiegend anerkannt. Davon geht auch das RG. bei der vorl. Entsch. aus.

1. Von dieser grundsätzlichen Auffassung aus kann kein Zweifel daran bestehen, daß verfahrensrechtlich gesehen auf den anhängigen Anfechtungsprozeß die Bestimmungen der

§§ 239 ff. ZPO. zur Anwendung zu bringen sind. Weder im UmwandlG. noch in der ZPO. findet sich zwar eine ausdrückliche Regelung. Sucht man aber nach rechtsähnlichen Tatbeständen, so sind solche zu sehen im Erbfall, im Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus (§ 43 BGB.), in der Verschmelzung von Aktiengesellschaften und der Eingemeindung; auch in diesen Fällen kommt ähnlich wie bei der Umwandlung der bisherige Rechtsträger teils durch ein physisches Ereignis, teils durch einen Rechtsakt ganz in Wegfall, während das ihm zustehende Vermögen auf eine andere Person als Gesamtrechtsnachfolgerin übergeht. Der erste dieser rechtsähnlichen Fälle ist in §§ 239 ff. ZPO. ausdrücklich geregelt, die andern werden von Rpr. und Schrifttum analog behandelt (RGZ. 56, 331; OLG. 19, 92; Jonas, § 239 Anm. I 3). Infolgedessen muß man auch den Fall der Umwandlung in gleicher Weise behandeln.

Tritt aber eine ganz neue Rechtsperson in den Prozeß ein, so kann auch die Sondervorschrift des § 272 Abs. 1 ZPO. nicht mehr angewendet werden. Denn nachdem die Aktiengesellschaft, deren Beschlüsse angefochten werden sollen, überhaupt nicht mehr besteht, entfällt nicht nur die Möglichkeit, sondern auch jeder innere Grund für die Anwendung dieser Sondervorschrift, nach der die Anfechtungsklage gegen die Aktiengesellschaft, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, zu richten ist. Daß im vorl. Falle die Übernehmerin zufällig auch Aktiengesellschaft war, vermag daran nichts zu ändern.

2. Wichtiger und auch schwieriger ist aber die Frage, ob die Anfechtungsbefugnis überhaupt noch besteht. Die konsequente Durchführung der oben dargelegten rechtlichen Bedeutung der Umwandlung muß zu einer bedingungslosen Verneinung dieser Frage führen. Denn wenn die Aktiengesellschaft durch die Umwandlung völlig verschwindet, erlischt das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs, das die Grundlage seiner Anfechtungsbefugnis bildet, und entfällt der gesamte Organisationsaufbau der Aktiengesellschaft, ohne den die Anfechtungsbefugnis, die ein Gegengewicht gegen Übergriffe in der Willensbildung der Aktiengesellschaft darstellen soll, ihren Sinn und Zweck verliert. Etwas anderes kann von diesem grundsätzlichen Standpunkt aus nur gelten, wenn der der Umwandlung zugrunde liegende Beschluß selbst Gegenstand einer Anfechtungsklage ist. Das ist aber mehr eine Befestigung der Richtigkeit des Grundsatzes als eine Ausnahme. Denn wenn die Anfechtungsklage durchdringt, wird ja offensichtlich, daß der Umwandlungsbeschluß nichtig ist und die Aktiengesellschaft noch weiterbesteht. Infolgedessen ist in einem derartigen Falle die Feststellung des Erlöschens der Aktiengesellschaft ohne materielle Nachprüfung der Anfechtungsklage überhaupt nicht möglich. Hier ist dann die Rechtslage die gleiche wie bei der Anfechtung des Fusionsbeschlusses, so daß die diesen Fall behandelnde Bestimmung des § 308 BGB. (= § 246 AktG.) insoweit auch als positivrechtliche Stütze herangezogen werden kann. Werden zusammen mit dem Umwandlungsbeschluß weitere Beschlüsse angefochten, so hängt hinsichtlich dieser Beschlüsse die materielle Nachprüfung der Anfechtung davon ab, ob die Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses durchgreift. Da im vorl. Falle lediglich der Umwandlung vorausgegangene Beschlüsse angefochten werden, die Rechtswirksamkeit der Umwandlung aber außer Zweifel steht, können diese Besonderheiten hier nicht zum Zuge kommen. Man muß vielmehr bei einer strikten Durchführung der grundsätzlichen Auffassung der Umwandlung das Anfechtungsrecht als erloschen betrachten. Diese im Grundsätzlichen durchaus einwandfreie Auffassung hat der 9. ZivSen. des RG. als Berufung vertreten.

Im Anschluß an einen Beschluß des 1. ZivSen. des RG. v. 3. Sept. 1936 (ZB. 1936, 3202) lehnt das RG. aber den grundsätzlichen Ausschluß des Anfechtungsrechts ab und läßt es insoweit fortbestehen, als es sich um Beschlüsse handelt, die an sich geeignet sind, den Abfindungsanspruch der Minderheitsaktionäre zu beeinträchtigen. Da sich nach der Umwandlung das Interesse der an der übernehmenden Gesellschaft nicht beteiligten Aktionäre in dem Abfindungsanspruch erschöpft, läuft diese Rpr. des RG. darauf hin-

aus, daß das Anfechtungsrecht nur insoweit erloschen ist, als keinerlei schutzwürdiges Interesse mehr besteht. Nachdem aber nach heutiger Auffassung ganz allgemein eine Anfechtungsflagge, an der die Aktionäre überhaupt kein schutzwürdiges Interesse haben können, als mißbräuchliche und damit unzulässige Rechtsausübung angesehen wird (RGZ. 146, 385 = JW. 1935, 1550⁴ m. Anm.), enthält von der Auffassung des RG. aus der Fall der Umwandlung hinsichtlich der Anfechtung eigentlich keinerlei Besonderheit mehr. Das RG. begründet seine Auffassung damit, daß der Wegfall des Anfechtungsrechts, soweit es sich auf Beschlüsse beziehe, die den Abfindungsanspruch berührten, zu einer Beeinträchtigung der Rechte der Minderheitsaktionäre führen könne und daß der einzig sichere Weg, eine solche Benachteiligung hinten zu halten, die fortbestehende Anfechtungsbefugnis darstelle. Es ist nun in der Tat nicht zu verkennen, daß ein recht erhebliches und schutzwürdiges Interesse des Aktionärs daran besteht, daß H.B.-Beschlüsse, die sich auf die finanzielle Lage der Gesellschaft ungünstig auswirken, die Bemessung seines Abfindungsanspruches nicht beeinträchtigen dürfen. Es fragt sich aber — und das scheint mir die entscheidende Frage zu sein, auf die das RG. überhaupt nicht eingeht —, ob man zur Verhinderung der Benachteiligung überhaupt die Fortführung des Anfechtungsprozesses braucht. Über den Abfindungsanspruch des Aktionärs muß, sofern keine Verständigung zustande kommt, vor den ordentlichen Gerichten prozessiert werden. Nur für den Fall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft, KommGes. a. U. oder einer bergrechtlichen Gewerkschaft ist durch §§ 9 ff. der 3. DurchfW.D. v. 2. Dez. 1936 ein besonderes Spruchverfahren geschaffen worden, das aber nur von der übernehmenden Gesellschaft oder Einzelperson anhängig gemacht werden kann. Da das RG. den Zweck der Fortführung des Anfechtungsprozesses gerade darin sieht, eine Beeinträchtigung des Abfindungsanspruches zu verhindern, ist es doch das naheliegendste und natürlichste, daß man die Entsch. der Frage, ob eine derartige Beeinträchtigung überhaupt vorliegt und, wenn sie vorliegt, ob sie rechtswirksam ist, dem Verfahren zuweist, das sich seiner Bestimmung gemäß gerade mit der Festsetzung der Abfindung zu beschäftigen hat. Andersfalls müßten zwei Verfahren durchgeführt werden, nämlich zunächst einmal der Anfechtungsprozeß und alsdann noch der Prozeß über die Höhe der Abfindung, während, wenn man die Entsch. über die Rechtswirksamkeit angefochtener die Abfindung beeinflussender Beschlüsse dem Abfindungsverfahren zuweist, ein Verfahren genügt. Hinzukommt, daß in diesem Verfahren die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft sowieso eingehend untersucht werden müssen und mithin die in diesem Verfahren tätigen Richter sehr viel besser beurteilen können, ob und inwieweit irgendein Beschluß die vermögensrechtlichen Verhältnisse beeinträchtigt. Man kann gegen diese Auffassung auch nicht einwenden, daß sie den bisherigen Anfechtungsprozeß völlig nutzlos mache. Denn einmal wird selbstverständlich der in dem Abfindungsverfahren urteilende Richter das bisherige Ergebnis des Anfechtungsprozesses berücksichtigen. Hinzukommt, daß in dem anhängigen Anfechtungsprozeß, der durch die Eintragung der Umwandlung in der Hauptsache erledigt wird, über die Kosten in gleicher Weise zu entscheiden ist, wie dies auch sonst bei Erledigung der Hauptsache der Fall ist, d. h. also, daß die Kosten dem Aktionär aufzuerlegen sind, wenn er mit seiner Anfechtungsflagge ohne die Umwandlung unterlegen wäre, während die Kosten im umgekehrten Falle von der Gesamtrechtsnachfolgerin der Aktiengesellschaft zu tragen sind. Diese Kostenentsch. gewährleistet ebenfalls, daß die in dem Anfechtungsprozeß geleistete Arbeit nicht vergeblich war. Erwähnt sei übrigens, daß die Anfechtbarkeit von Beschlüssen in dem Abfindungsverfahren ebenso wie in einem Anfechtungsprozeß nur geltend gemacht werden kann, wenn bis zum Zeitpunkt der Auflösung der Aktiengesellschaft, also bis zur Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister, alles getan ist, was zur Erhaltung des Anfechtungsrechts erforderlich ist (Widerspruch zu Protokoll, rechtzeitige Klagerhebung).

Besteht somit die Möglichkeit, die Entsch. über Anfech-

tungsprozesse, soweit sie den Abfindungsanspruch betreffen, in das die Abfindung betreffende Prozeßverfahren zu verweisen, so entfällt jeder Grund für einen Fortbestand der Anfechtungsbefugnis, so daß nicht einzusehen ist, warum man nicht auch hinsichtlich des Anfechtungsrechts die sich aus der grundsätzlichen Beurteilung der Umwandlung ergebenden Folgerungen ziehen und die Anfechtungsbefugnis als mit der Eintragung der Umwandlung erloschen betrachten soll.

RG. Dr. Carl Hans Barz, Frankfurt a. M.

*

** 11. RG. — § 459 HGB.; § 88 EOB.

Auch für die Frage, ob mit der Beförderung von Umzugsgut im Möbelwagen auf offenem Wagen die Brandgefahr durch Kurzschluß auf elektrisch betriebener Strecke verbunden ist, gilt der Grundsatz, daß es sich bei der Beförderung im offenen Wagen um eine Gefahrerhöhung handeln muß, die nach verständiger Auffassung und nach der Anschauung des Verkehrs sich als eine wirklich beachtliche und nicht bloß unwesentliche darstellt.

Bei der Beurteilung der Gefahrenlage ist auch der Unterschied zu berücksichtigen, daß bei der Beförderung im offenen Wagen das schützende Dach des gedeckten Eisenbahnwagens fehlt. Ob dieser Unterschied für die Erhöhung der Gefahr wesentlich ist, läßt sich im Einzelfall nur unter Würdigung aller die Kurzschlußgefahr begünstigenden oder ihr entgegenwirkenden Umstände, insbes. der getroffenen Schutzmaßnahmen entscheiden.

Am 12. Mai 1934 wurde ein von der Firma T. auf offenem Eisenbahnwagen verladener und zur Beförderung aufgegebenen Möbelwagen, der Umzugsgut enthielt, in der Nähe der Station G. mit Inhalt durch Feuer vernichtet. Der Brand entstand durch Kurzschluß mit der Starkstromleitung der elektrisch betriebenen Strecke.

Die klagenden Versicherungsgesellschaften haben den Eigentümer des Umzugsguts entschädigt. Die Erstkl. hat auch der Firma T. den Wert des Möbelwagens ersetzt. Beide Kl. haben ferner gewisse Beträge für die Schätzung des Schadens durch Sachverständige aufgewendet. Sie haben von der Bekl. Ersatz der aufgewendeten Beträge verlangt.

LG. und RG. haben die Klage abgewiesen. Auf die Rev. der Kl. wurde die Sache an das RG. zurückverwiesen.

1. Der Verkl. stellt fest, es habe sich ein Teil der Zinkbedachung des Möbelwagens auf der Fahrt gelöst, sei gegen die Starkstromleitung geschlagen und habe dadurch den Kurzschluß und den Brand des Möbelwagens und des Umzugsguts verursacht. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 83 Abs. 1a EOB. (§ 459 Abs. 1 Nr. 1 HGB.) erwägt er jedoch, bei auf offenem Wagen verladenern Möbelwagen sei die Gefahr des Kurzschlusses wesentlich größer als bei gedeckten Eisenbahnwagen, weil ihre Ladehöhe das Profil gedeckter Eisenbahnwagen gewöhnlich überschreite. Bei dem geringen Abstand zwischen dem Möbelwagendach und der Starkstromleitung sei die Möglichkeit einer Verührung viel leichter gegeben. Dahingestellt läßt der Verkl., ob das Dach des Möbelwagens bei der Aufgabe zur Beförderung von mangelhafter Beschaffenheit gewesen sei. Er begnügt sich in dieser Hinsicht mit dem Ergebnis, bei dem Alter des i. J. 1919 hergestellten Möbelwagens sei eine einwandfreie gegenüber dem Fahrwind ausreichende Befestigung nicht ohne weiteres voranzusetzen. Er weist auch darauf hin, daß der Möbelwagen hinsichtlich seiner Beschaffenheit nicht ohne weiteres den unter ständigen Aufsicht der Eisenbahnbediensteten stehenden gedeckten Eisenbahnwagen gleichgestellt werden könne. Aus diesen Erwägungen folgert er die Möglichkeit, daß das Dach des Möbelwagens gegen den Fahrwind weniger gesichert gewesen sei als das Dach eines gedeckten Eisenbahnwagens. Abschließend stellt er fest, der Brandschaden habe nicht nur aus einer mangelhaften Beschaffenheit des Daches, sondern auch aus der durch die Verladung in einem offen gebauten Wagen bedingten größeren Ladehöhe des Möbelwagens entstehen können. Mangels eines Verschuldens der Bekl. hält er danach deren Haftungsbefreiung im Hinblick auf die Vermutung des § 83 Abs. 2 EOB. für gegeben.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Nicht zu beanstanden ist, daß der VerK. bei dem durch Brand eingetretenen Verlust des Wagens und seines Inhalts einen die Haftungsbefreiung aufhebenden Verlust ganzer Stücke nicht angenommen hat (RGZ. 70, 174 = JW. 1909, 171). Gegenüber der von der Rev. erbetenen Nachprüfung ist auch seine im Einklang mit der Rspr. des RG. (RGZ. 34, 42; 104, 47) stehende Ansicht zu billigen, daß es sich im Streitfall um eine Beförderung auf offen gebautem Wagen gehandelt habe.

Die Folge der tarif- und vereinbarungsgemäß im offenen Wagen erfolgenden Beförderung ist, daß die Reichsbahn für die mit dieser Beförderungsart verbundene Gefahr nach § 83 Abs. 1 a EWD. (§ 459 Abs. 1 Nr. 1 GVB.) nicht haftet. Gemeint ist hiermit nur eine wirklich bestehende besondere Gefahr. Es muß sich daher bei der Beförderung im offenen Wagen im Vergleich mit der im gedeckten Wagen um eine Gefahrerhöhung handeln, die nach verständiger Auffassung und den Anschauungen des Verkehrs sich als eine wirklich beachtliche und nicht bloß unwesentliche darstellt (RGZ. 104, 49). Infolgedessen hat die Reichsbahn, wie der Zusammenhang von Abs. 1 und 2 des § 83 EWD. (§ 459 Abs. 1 und 2 GVB.) ergibt, zunächst zu beweisen, daß die Gefahr des Brandschadens durch Kurzschluß bei der Beförderung im offenen Wagen in dem angeführten Sinne in beachtlichem Maße erhöht war. Hierbei ist zu beachten, daß das Erfordernis einer wirklich vorhandenen Gefahrerhöhung die Notwendigkeit eines Eingehens auf die Besonderheit des jeweils vorliegenden Sachverhalts in sich schließt. Es ist also in jedem Falle zu prüfen, ob unter den gegebenen Verhältnissen, insbesondere nach der Art der Verladung und Verpackung, die Gefahr der Inbrandsetzung durch Kurzschluß für das Gut im offenen Wagen wesentlich größer war, als wenn es in einem gedeckten Wagen befördert worden wäre (RGZ. 105, 283 f. = JW. 1922, 122). Mit der hiernach gebotenen Prüfung hat die Vermutung des § 83 Abs. 2 EWD. nichts zu tun. Sie bezieht sich vielmehr nur auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der von ihr als bestehend vorausgesetzten besonderen Gefahr und dem Eintritt des Schadens. Insofern hat die Reichsbahn weiter zu beweisen, daß der Schaden den Umständen nach aus der in Rede stehenden Gefahr entstehen konnte. Gelingt ihr auch dieser Beweis, so greift die Vermutung mit dem Erfolge ein, daß der ursächliche Zusammenhang vorbehaltslos ein Gegenbeweis als gegeben anzusehen ist (RGZ. 105, 285). In dem Umfange, in dem hiernach die Reichsbahn beweispflichtig ist, dürfen allerdings die Anforderungen an ihre Beweisführung nicht überspannt werden. Insbesondere können ihr geeigneten Falles die Regeln des Beweises vom ersten Anschein zustatten kommen.

Die Ausführungen des VerK. lassen nicht erkennen, daß er den dargelegten, getrennt zu behandelnden Fragen hinreichende Beachtung geschenkt hat. Zunächst hätte geprüft werden müssen, ob für das Umzugsgut im Möbelwagen und für diesen selbst die Gefahr der Inbrandsetzung durch Kurzschluß durch die Verladung im offenen Wagen gegenüber der im gedeckten Wagen wesentlich gesteigert worden ist. Diese Prüfung wird nicht entbehrlich durch die Tatsache, daß die Beförderung eines Möbelwagens mit oder ohne Inhalt in einem gedeckten Wagen an sich nicht möglich ist, denn daraus würde nur zu folgern sein, daß der Absender eine etwa mit der Beförderung im offenen Wagen verbundene besondere Gefahr mit der Folge der Haftungsbefreiung der Reichsbahn auf sich nehmen muß (RGZ. 34, 45). Bei einem Vergleich beider Beförderungsarten ergibt sich zunächst der Unterschied, daß bei der Beförderung von Möbelwagen und Umzugsgut im offenen Wagen das schützende Dach des gedeckten Eisenbahnwagens fehlt. Auch dieser Unterschied ist bei der Beurteilung der Gefahrenlage zu berücksichtigen, weil sich aus dem gewissermaßen zusätzlichen Schutz, den das Dach eines gedeckten Eisenbahnwagens geboten haben würde, für Möbelwagen und Umzugsgut eine größere Sicherheit gegen einen Brandschaden durch Kurzschluß ergeben könnte, und zwar sowohl im Hinblick auf die Verhinderung der Inbrandsetzung als auch auf die Möglichkeit einer rechtzeitigen Entdeckung und Löschung des Brandes (RGZ. 34, 45; RGZ. 111, 335 = JW. 1925, 2756). Auch hierbei darf indessen nicht übersehen werden, daß § 83

Abs. 1 a EWD. eine wirklich vorhandene und nach der Verkehrsanschauung wesentliche Gefahrerhöhung voraussetzt. Es läßt sich daher im Einzelfall nur unter Würdigung aller die Kurzschlußgefahr begünstigenden oder ihr entgegenwirkenden Umstände, insbesondere der getroffenen Schutzmaßnahmen, entscheiden, ob schon der angeführte Gesichtspunkt zur Annahme einer wesentlichen Erhöhung dieser Gefahr für Möbelwagen und Umzugsgut im offenen Wagen ausreicht. Zu bemängeln ist, daß der VerK. dahingestellt gelassen hat, ob das Dach des Möbelwagens bei der Aufgabe zur Beförderung von nicht einwandfreier Beschaffenheit gewesen ist, gleichwohl aber bei der Beurteilung der Gefahrenlage unterstellt hat, daß die Ablösung eines Dachteils bei dem Möbelwagen zufolge mangelhafter Unterhaltung oder einer gegen den Angriff des Fahrwindes weniger widerstandsfähigen Befestigung des Daches leichter möglich gewesen sei als bei einem ständiger Aufsicht der Reichsbahn unterliegenden gedeckten Eisenbahnwagen. Hierbei verkennt der VerK., daß die Reichsbahn beweispflichtig ist, soweit sie eine Gefahrerhöhung für die Beförderung im offenen Wagen daraus herleitet, daß das Dach des Möbelwagens im Hinblick auf die Kurzschlußgefahr eine geringere Sicherheit geboten habe als das Dach eines ordnungsmäßig unterhaltenen gedeckten Eisenbahnwagens. Eine andere vom VerK. noch zu prüfende Frage ist, ob mit Rücksicht auf den Hergang des Schadensfalles und die für die Ablösung eines Dachteils während der Fahrt in Betracht kommenden Möglichkeiten bei dieser Beweisführung zugunsten der Reichsbahn die Regeln des Beweises vom ersten Anschein herangezogen werden können (RGZ. 112, 231 = JW. 1926, 1438). Zu beanstanden ist weiter, daß der VerK. auch darüber keine Feststellungen getroffen hat, in welchem Maße die Ladehöhe des Möbelwagens das Profil gedeckter Eisenbahnwagen überschritten hat, obwohl die Parteien hierüber bestimmte Behauptungen aufgestellt haben. Insbesondere erhellt aus seinen Ausführungen nicht, bei welchem Abstände des Daches von der Starkstromleitung überhaupt mit einem Funkenüberschlag zu rechnen war, ob es in dieser Hinsicht einen Unterschied machte, daß das Dach des Möbelwagens im Gegensatz zu dem Pappdach eines gedeckten Eisenbahnwagens aus Zinkblech bestand, und ob ferner die Ablösung eines Dachteils als mitwirkende Ursache hinzukommen mußte, um die Brandgefahr durch Kurzschluß für Möbelwagen und Umzugsgut auf dem offenen Wagen wirksam zu machen. Von der Beantwortung dieser Fragen sowie weiter von der Art, der Schnelligkeit und dem Umfang der Entzündung bei Inbrandsetzungen von der elektrischen Leitung aus wird es abhängen, ob die Brandgefahr durch Kurzschluß sich für Möbelwagen und Umzugsgut nach der Verkehrsanschauung wesentlich gemindert haben würde, wenn sie in einem sie vollständig umschließenden gedeckten Eisenbahnwagen befördert worden wären. Sollte der VerK. wiederum zu einer Bejahung dieser Frage kommen, so wäre weiter zu prüfen, ob den Umständen nach der Brandschaden aus der besonderen Gefährdung von Möbelwagen und Umzugsgut im offenen Wagen entstehen konnte (§ 83 Abs. 2 EWD.; § 459 Abs. 2 GVB.).

2. Auch die Behandlung der Frage, ob die Verurteilung der Befl. auf den erörterten Haftbefreiungsgrund durch ein ihr zur Last fallendes Verschulden ausgeschlossen wird (§ 83 Abs. 3 EWD.; § 459 Abs. 3 GVB.), ist zu beanstanden. Der VerK. hat dabei rechtsirrig außer Betracht gelassen, daß der Befl. als Frachtführerin die Sorgfaltspflicht für die Bestellung eines zweckmäßig ausgewählten Eisenbahnwagens oblag. Fällt ihr in dieser Hinsicht durch Stellung eines zu hohen, als Transportmittel auf elektrisch betriebener Strecke ungeeigneten Beförderungsmittels ein Verschulden zur Last, durch das die Inbrandsetzung von Möbelwagen und Umzugsgut verursacht oder auch nur im Sinne einer mitwirkenden Ursache erleichtert worden ist, so hat sie gemäß § 83 Abs. 3 EWD. dafür einzustehen (RGZ. 111, 337 = JW. 1925, 2756). Dem Speditur als Absender kann allerdings ein nach § 254 GVB. hinsichtlich seiner Ursächlichkeit für den Brandschaden gegenüber dem Verschulden der Reichsbahn abzuwägendes Mitverschulden zur Last fallen, wenn er als Absender bei der von ihm übernommenen Verladung des Möbelwagens die man-

gelnade Eignung des gestellten offenen Wagens hätte erkennen können. Grundsätzlich nicht zu bemängeln ist die Ansicht des VerM., daß der Spediteur sich darüber hätte vergewissern müssen, über welche Strecke die Beförderung ging, und ob dafür eine solche mit elektrischem Betrieb in Frage kam. Ob aber der Spediteur besonderen Anlaß hatte, die Ladhöhe des Möbelwagens nachzuprüfen und von der Befl. die Stellung eines niedrigeren Wagens zu verlangen, obwohl er an sich davon ausgehen durfte, daß die mit den Betriebsverhältnissen besser vertraute Befl. bei der Wahl des Beförderungsmittels den elektrischen Betrieb der in Rede stehenden Strecke berücksichtigen werde, hängt im wesentlichen von Art und Umfang der dem Möbelwagen und dem Umzugsgut im Falle einer Profilüberschreitung drohenden Gefahr und ihrer Erkennbarkeit für den Spediteur ab. Ein bei der Abwägung nach § 254 BGB. zu berücksichtigendes Mitverschulden des Spediteurs könnte auch darin bestehen, daß er einen Möbelwagen zur Beförderung ausgegeben hat, dessen Dach sich nicht in ordnungsmäßigem Zustand befunden hat. Sollte die von der Befl. erst in der Revisionsbeantwortung aufgestellte und daher im Revisionsverfahren nicht zu berücksichtigende Behauptung zutreffen, daß bei allen für die Beförderung von Möbelwagen in Betracht kommenden Wagen die Entfernung von der Schienenoberkante bis zum Wagenboden die gleiche sei, so würde dieser Umstand die Befl. dennoch nicht ohne weiteres von der Verantwortung für einen mit der Profilüberschreitung in ursächlichem Zusammenhang stehenden Brandschaden entlasten. Es würde vielmehr alsdann zu erörtern sein, ob sie den Möbelwagen mit dem Umzugsgut zur Vermeidung einer Gefährdung infolge der Profilüberschreitung über eine Strecke mit Dampftrieb hätte befördern können und müssen. War dies ohne Mehrkosten nicht ausführbar, so käme in Frage, ob sie den Spediteur hierauf hätte hinweisen müssen.

3. Soweit der VerM. sich mit der Frage befaßt hat, ob die Eisenbahn nach § 82 Abs. 1 EWD. (§ 456 HGB.) von der Haftung befreit ist, hat er übersehen, daß für den Möbelwagen ein nicht erkennbarer Mangel der Verpackung nicht in Frage kommt, soweit er Frachtgut ist, da er als solches unverpackt ist. Sowohl für das Umzugsgut als auch für den Möbelwagen bedarf dagegen der Erörterung, ob den Spediteur ein die Haftung der Eisenbahn ausschließendes Verschulden trifft, weil er einen Möbelwagen mit nicht ordnungsmäßig unterhaltenem Dach zur Beförderung ausgegeben hat. Auch im Rahmen des § 82 Abs. 1 EWD. kommt es auf eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens gemäß § 254 BGB. an, wenn beiden Vertragsteilen hinsichtlich der Eignung des Eisenbahnwagens als Beförderungsmittel ein Verschulden zur Last fallen sollte.

(RG., I. ZivSen., II. v. 29. Mai 1937, I 236/36.)

*

12. RG. — §§ 2, 12 UmwandlG. Eine GmbH. kann auch dann in eine KommGes. umgewandelt werden, wenn sich alle Geschäftsanteile in der Hand der KommGes. und ihrer Gesellschafter befinden. †)

Die Ausführungen des LG. beruhen auf einer zu engen Auslegung des § 2 UmwandlG. Nach dieser Vorschrift in Verbindung mit § 12 UmwandlG. kann die Gesellschafterversammlung einer GmbH. die Übertragung des Vermögens auf eine KommGes. beschließen, wenn sich alle Geschäftsanteile in der Hand der KommGes. befinden. Kein wörtlich genommen liegen diese Voraussetzungen hier allerdings nicht vor. Nachdem die Umwandlung der übrigen Gesellschaften vollzogen ist, und jetzt nur noch die Grundstücks-Gesellschaft und die U... verlag KommGes. bestehen, ist die Rechtslage folgende: Gesellschafter der GmbH. sind Dr. S., Ho. und M. mit zusammen 75 % des Stammkapitals und die aus denselben drei Personen bestehende KommGes. mit 25 % des Stammkapitals. Die Geschäftsanteile befinden sich also nicht sämtlich in der Hand der KommGes., wohl aber sämtlich in der Hand der Gesellschafter, welche die KommGes. bilden. Die Frage, ob in solch einem Sonderfalle die Umwandlung zulässig ist, wird im Schrifttum nicht ausdrücklich behandelt. Böttcher-Meilicke (§ 2 Anm. II 1) vertreten die Ansicht, daß § 2 streng auszulegen ist, um Umgehungen zu verhindern. Das mag richtig sein insofern, als die Umwandlungsvorschriften nicht dazu dienen sollen, eine Vermögensverschiebung von den bisherigen Gesellschaftern auf dritte Personen zu ermög-

lichen. Die §§ 3, 4 und 6 der 1. DurchfVd. stehen mit diesem Grundsatz im Einklang; denn sie enthalten Sondervorschriften zur Ausschaltung einer geringen Minderheit. Wenn aber Böttcher-Meilicke weiterhin der Ansicht sind, daß kein Geschäftsanteil in der Hand eines Gesellschafters der KommGes. sein dürfe, so kann einer so strengen Auslegung nicht beigegeben werden. Dann könnte in einem Fall der vorl. Art die GmbH. in die bereits bestehende KommGes. in erleichteter Form, also ohne Abtretung von Geschäftsanteilen, nicht umgewandelt werden. In erleichteter Form ließe sich die GmbH. dann nur in eine neu zu errichtende zweite KommGes. umwandeln, an welcher die drei natürlichen Personen und die U... verlag KommGes. beteiligt wären (§ 9 UmwandlG.). Die hier vorgenommene einheitlichen Umwandlungsmaßnahmen bezwecken, die drei miteinander verschiedenartig verschachtelten Gesellschaften derart aufzulösen, daß die drei Anteilseigner dieser Gesellschaften nur noch eine einzige Gesellschaft, nämlich eine KommGes., bilden. Dieses Ziel würde sich nach Ansicht des LG. in erleichteter Form nicht erreichen lassen.

Dies liegt aber nicht i. S. des UmwandlG. Dieses bezweckt gerade, für Klarheit und Übersichtlichkeit in der Gliederung der Konzernne zu sorgen und alle überflüssigen Verschachtelungen abzubauen (Schlegelberger: DZ. 1936, 1649). Dafür, die Verteilung einer KommGes. an einer anderen KommGes. aufrechtzuerhalten, wenn Gesellschafter beider KommGes. dieselben natürlichen Personen sind, besteht kein triftiger Grund. Es ist deshalb anzunehmen, daß durch das UmwandlG. die Möglichkeit geschaffen werden sollte, auch solche Verschachtelungen in erleichteter Form aufzulösen. Das führt dazu, den § 2 UmwandlG. in einem weiteren Sinne auszulegen. Die Umwandlung muß auch dann zulässig sein, wenn die Anteile der GmbH. nicht ausschließlich der KommGes., sondern zum Teil deren Gesellschaftern persönlich zustehen. Die Umwandlung wird also (von §§ 3 ff. der 1. DurchfVd. abgesehen) nur dann ausgeschlossen, wenn dritte, nicht an der KommGes. beteiligte Personen, Anteile der GmbH. besitzen. Für diese weitere Auslegung sprechen folgende Erwägungen: Das UmwandlG. bezweckt, worauf in dem Vorpruch ausdrücklich hingewiesen wird, die Abkehr von anonymen Kapitalformen zur Eigenverantwortung des Unternehmers zu erleichtern. Dieser Zweck wird aber viel unmittelbarer erreicht, wenn in einem Fall der vorl. Art die GmbH. in die an ihr beteiligte KommGes. umgewandelt wird, als wenn die GmbH. in eine neue KommGes. umgewandelt werden müßte, in welche eine andere KommGes. eingeschaltet ist. Die Umwandlungsvorschriften bezwecken ferner, die Gläubiger der umzuwandelnden Gesellschaft zu schützen. Denn nur dann, wenn diese keinen Schaden erleiden, wird der Wegfall der Liquidation gerechtfertigt (vgl. Böttcher-Meilicke, § 9 UmwandlG. Anm. 2). Aber auch von diesem Gesichtspunkt aus bestehen gegen die weitere Auslegung des § 2 für Sonderfälle der vorl. Art keine Bedenken. Den Gläubigern der GmbH. haftet bisher nur das Gesellschaftsvermögen. Wird das gesamte Vermögen der umzuwandelnden Gesellschaft auf die KommGes. übertragen, so erleiden die Gläubiger keine Nachteile. Die Übertragung wirkt sich sogar insofern zu ihrem Vorteil aus, als ihnen nunmehr außer dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschafter persönlich haften.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 5. Mai 1937, I Wx 150/37.) [S.]

Anmerkung: Der Entsch. des RG. wird nicht beizutreten sein, so sehr man die Tendenz begrüßen muß, die Umwandlungsvorschriften im Rahmen des gesetzlich Zulässigen ausdehnend zu interpretieren. Die Annahme des RG., daß die Frage, „ob in solch einem Sonderfalle die Umwandlung zulässig ist ... im Schrifttum nicht ausdrücklich behandelt“ wird, dürfte nicht zutreffend sein. Nicht nur Böttcher-Meilicke erörtern sie in § 2 Nr. 2, sondern insbes. auch Groschuff-Kaemmel zu § 2 Anm. I Abs. 2 und Par. II 3. Groschuff-Kaemmel weisen an der zitierten Stelle auf § 105 Abs. 2 HGB., der auf die DStG. die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft zur Anwendung bringt, und damit auf § 738 Abs. 1 BGB. hin, nachdem im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Groschuff-Kaemmel führen dazu aus, daß, wenn die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft nur die Gesellschafter der DStG. sind, die Umwandlung in diese bestehende DStG. nur nach vorheriger Abtretung der Aktien oder Geschäftsanteile an die DStG. erfolgen kann, „um zu verhindern, daß sich die Personen der Übernehmer des Vermögens und der DStG. nicht decken. Andernfalls würde hier die Umwandlung nur erfolgen können durch „Errichtung“ einer weiteren (aus den gleichen Personen bestehenden) DStG. gemäß § 9 UmwandlG., was aber Betriebsstrennung zur Voraussetzung hat (vgl. Groschuff: ZB. 1936, 3259 zu I und

III), oder nach Einstellung des Betriebes der Kapitalgesellschaft durch Errichtung einer GbG-Gesellschaft (§§ 1, 2 Durchf. B. D.)."
 Großhuff-Naemmel legen weiter dar, daß bei mehreren Kapitalgesellschaften, an denen die völlig gleichen Gesellschafter beteiligt sind, in entsprechender Weise zu verfahren ist. „Um also nach § 2 umzuwandeln zu können, müssen die Aktien (Gesellschaftsanteile) abgetreten werden an die aus einer der Kapitalgesellschaften nach § 9 umgewandelte und nach § 11 Abs. 2 entstandene und nun bestehende Personengesellschaft (vgl. Erl. zu § 9). Einmangelsellschaften im Fall des § 8 bilden natürlich eine Ausnahme, weil dort das Vermögen auf den Alleingesellschafter persönlich übertragen wird.“

Demgegenüber dürfte die Begründung des RG. aus dem Sinn und Zweck des Umwandlungs. nicht den Kern der Frage treffen. Entscheidend ist allein, daß das Gesetz strikt erfordert, daß diejenige Rechtsperson, auf die die Kapitalgesellschaft übergehen soll, mag sie nun Einzelperson oder OHG oder KomGef. sein, Eigentümerin der Anteile der Kapitalgesellschaft ist; denn mit der Durchführung des Umwandlungsbeschlusses verlieren die Geschäftsanteile bzw. die Aktien der umgewandelten Kapitalgesellschaft die ihnen eigene rechtliche Bedeutung. Dies kommt der Rechtsperson zugute, auf die die Kapitalgesellschaft umgewandelt wird; es wird deshalb von ihr auch erfordert und muß erfordert werden, daß sie Eigentümerin der durch die Umwandlung hinfällig werdenden Aktien oder Geschäftsanteile ist. Nur in dem vom Gesetzgeber besonders geregelten Falle der Kapitalumwandlung durch Vermögensübertragung auf den Hauptgesellschafter braucht die Rechtsperson, auf die umgewandelt wird, nicht alle Geschäftsanteile zu haben. Auch in diesem Falle werden zwar mit der Durchführung des Umwandlungsbeschlusses die Aktien und Geschäftsanteile als solche hinfällig, an ihre Stelle tritt ausschließlich der Abfindungsanspruch. Es ist dies aber der einzige im Gesetz vorgesehene Fall, in dem die Rechtsperson, auf die umgewandelt wird, nicht Alleineigentümerin der Anteile der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft zu sein braucht.

In dem vom RG. entschiedenen Fall wäre also so vorzugehen gewesen, daß die Gesellschafter zuvor ihre Anteile der KomGef. übertragen hätten; alsdann wäre in der Umwandlungsbehandlung die KomGef. die alleinige Eigentümerin sämtlicher Anteile der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft gewesen und die Umwandlung hätte nach § 2 Umwandl. auf sie vorgenommen werden können. Oder aber, man hätte die Umwandlung auf eine zwischen der KomGef. und den anderen Anteilsbesitzern zu errichtende KomGef. vornehmen müssen. Mir scheint auch, daß der in vorl. Fall zweckmäßigerweise gewählte erstere Weg keine besondere Belastung für die umzuwandelnden Gesellschafter darstellt. Ungeachtet dessen läßt die vom Gesetz insbes. im Interesse der Gläubiger der Kapitalgesellschaft verlangte Klarheit des Umwandlungsvorganges es nicht als vertretbar erscheinen, daß außer im Falle der Umwandlung durch Vermögensübertragung auf den Hauptgesellschafter eine Übertragung nach § 2 Umwandl. auf eine Rechtsperson vorgenommen wird, die sich erst die Anteile beschaffen will, die in Verfolg der Durchführung des Umwandlungsbeschlusses ihre rechtliche Bedeutung als Anteile verlieren, abgesehen davon, daß die Beschaffung dieser Anteile grundsätzlich nur im Einverständnis mit den bisherigen Anteilsgeignern und gegen Zahlung des von ihnen verlangten Gegenwertes möglich wäre.

RA. Dr. Hugo Dietrich, Berlin.

*

**** 13. RG. — 1. Löschung einer Kapitalgesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb dauernd eingestellt hat, ohne Auflösungsbeschluss und ohne förmliche Abwicklung.**

2. Voraussetzungen der Anfechtung nach § 2 AnfsG.

3. Zur Frage der Vernichtung der Rechtspersönlichkeit einer Kapitalgesellschaft. 7)

Die beiden Kl. sind Gläubigerinnen der Firma Kieswerk GmbH, welche in das Handelsregister eingetragen gewesen, aber im Juni 1932 gelöscht worden ist. Sie haben wegen ihrer Schuldforderungen im Febr. 1935 Vollstreckungsbefehle gegen die genannte Gesellschaft erwirkt, und zwar beide am 26. Febr. 1935, und auf Grund dieser Schuldtitel im gegenwärtigen Verfahren dahin geklagt, daß die Bell. verurteilt werde, die Zwangsvollstreckung aus den gegen die Kieswerk GmbH. erwirkten Vollstreckungsbefehlen wegen der bezeichneten Forderungen in eine Anzahl von Betriebsmitteln und Anlagen der Schuldnerin zu dulden mit der Begründung, die Übereignung dieser Gegenstände auf die Bell., eine Sicherungsübereignung v. 31. Okt. 1930, sei wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar. Während das BG.

am 5. Dez. 1935 den beiden im Aug. 1935 erhobenen Klagen stattgegeben hatte, hat das RG. die beiden Klagen abgewiesen. RG. hob auf.

Am 19. Mai 1932 schrieb die Industrie- und Handelskammer an das Registergericht, der Geschäftsbetrieb der genannten Firma ruhe schon seit längerer Zeit; die Eröffnung des Konkursverfahrens sei am 17. Okt. 1931 mangels Masse abgelehnt worden; die Voraussetzungen für die Löschung der Firma im Handelsregister lägen deshalb vor und diese möge zu einem entsprechenden Antrag angehalten werden. Die Akten enthalten dann einen Vermerk des Registerführers, wonach eine Gesellschaft aufgelöst werde durch die Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 60 GmbHG.); nach Beendigung des Konkursverfahrens schließe sich erforderlichenfalls eine Liquidation an; diese komme, weil der Konkursantrag mangels Masse abgewiesen sei, nicht in Betracht. Am 13. Juni 1932 meldeten die Geschäftsführer der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an, daß die Firma erloschen sei. Am 19. Juni 1932 wurde in das Handelsregister eingetragen, daß die Firma erloschen sei. Eine Liquidation der Gesellschaft hat demnach nicht stattgefunden.

Der VerR. hat die Klagen nur deshalb abgewiesen, weil ihnen kein gültiger vollstreckbarer Schuldtitel (§ 2 AnfsG.) zugrunde liege; denn die Kieswerk GmbH. habe bei Erlaß der von den Kl. gegen sie erwirkten Zahlungs- und Vollstreckungsbefehle als Rechtspersönlichkeit nicht mehr bestanden. Er geht bei seinen Erörterungen davon aus, daß die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister — auch ohne Gesellschafterbeschluss oder sonstigen Auflösungsgrund (§ 60 GmbHG.) und ohne vorgängige Liquidation (§ 66 daselbst) — gerechtfertigt gewesen sei, weil die Gesellschaft schon damals kein Vermögen mehr gehabt habe. Für die Frage der Wirksamkeit der Schuldtitel komme es aber nicht auf den Zeitpunkt der Löschung, sondern auf den Zeitpunkt der Erwirkung der Schuldtitel (Febr. 1935) an.

Der Vorderrichter stellt dann weiter fest, daß die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt mangels Vermögens keine Rechtspersönlichkeit mehr gehabt habe.

1. Der Ausgangspunkt des VerR. ist an sich richtig. Denn die Mspr. hatte es schon zur Zeit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (Juni 1932) für zulässig erklärt, daß eine Kapitalgesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb dauernd eingestellt hat, beim Fehlen jeglichen Aktivvermögens auch ohne besondere Beschlussfassung und ohne förmliche Abwicklung als aufgelöst gelten und im Handelsregister gelöscht werden kann (RG., Beschl. v. 28. März 1927, 1 b X 12 737/27; JW. 1927, 1333 f.). Das RG. hat diese Auffassung gebilligt (RGZ. 149, 293 [296] = JW. 1936, 446 *). Das Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) hat — worauf dieses Urteil hinweist — in seinem § 2 diesen Rechtszustand nicht neu geschaffen, sondern nur klargestellt, indem es ausspricht, daß u. a. Kapitalgesellschaften, die kein Vermögen besitzen, auf Antrag oder von Amts wegen im Handelsregister gelöscht werden können; die Löschung habe aber keine rechtschaffende Wirkung in dem Sinne, daß sie nun die Gesellschaft endgültig zum Erlöschen bringe; sie habe vielmehr nur die Bedeutung der Befundung einer Tatsache. Erwies sich in einem solchen Falle die aus der Einstellung des Geschäftsbetriebes und dem in die Erscheinung tretenden Mangel an Vermögen folgende Vermutung, daß das Gesellschaftsverhältnis vollständig abgewickelt sei, nachträglich als unrichtig, weil sich das Vorhandensein von Vermögen und die Notwendigkeit, es zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden und den Überschuss an die Gesellschafter zu verteilen, herausstellten, so konnte schon vor Erlaß des bezeichneten Gesetzes die Eintragung des Erlöschens auch von Amts wegen im Verfahren nach § 142 HGB. wieder gelöscht werden. Es konnte dann ebenso, wie wenn eine Liquidation stattgefunden hätte und dann die Firma gelöscht worden wäre, sich aber nachträglich zu verteilendes Vermögen herausgestellt hätte, eine Liquidation statifinden. Auch § 2 Abs. 3 Ges. v. 9. Okt. 1934 gibt nur den bisherigen Rechtszustand wieder, indem er anordnet, daß die Liquidation stattfindet, wenn sich nach der Löschung das Vorhandensein von Vermögen herausstellt, das der Verteilung unterliegt.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Ges. v. 9. Okt. 1934, das auf den vorl. Fall keine unmittelbare Anwendung findet, weil hier die Löschung schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (12. Okt. 1934) stattgefunden hat, gilt mit der Löschung die Gesellschaft als aufgelöst. Eine förmliche Abwicklung findet nur statt, wenn sich nach der Löschung das Vorhandensein von Vermögen herausstellt, das der Verteilung unterliegt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Abs. 3). Es handelt sich hierbei um eine der Maßnahmen der nationalsozialistischen Staats- und Wirtschaftsführung, welche die Beschränkung der namenlosen Gesellschaftsform auf solche Fälle bezwecken, wo größere Kapitalien durch eine Vielzahl von Personen aufgebracht werden sollen, und die amtliche Begründung des Gesetzes (RAnz. 1934 Nr. 243 v. 17. Okt. 1934, abgedr. bei Bergmann, „Umwandlung, Auflösung und Löschung von Kapitalgesellschaften“, 1935, S. 34 ff.) besagt in Abs. 2, die Bedeutung der neuen Bestimmung liege weniger in einer Änderung des bestehenden Zustandes als vielmehr darin, der Kspr. eine klare gesetzliche Grundlage zu schaffen und ihr den weiteren Weg zu ebnen. Dies weist darauf hin, daß die Gesellschaft nach ihrer Löschung zwar als aufgelöst „gelten“ soll, daß aber die Auflösungs Wirkung nicht eintreten kann, wenn die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft in Wirklichkeit nicht bestanden hat. Stellt sich heraus, daß die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, weil nämlich der Verteilung unterliegendes Vermögen vorhanden war, so findet nachträglich eine Liquidation statt (Begr. Abs. 6). Dies wäre nicht denkbar, wenn die Gesellschaft, ungeachtet ihrer förmlichen Löschung, nicht tatsächlich noch vorhanden wäre. Für diese Annahme spricht auch der Umstand, daß das AktG. v. 30. Jan. 1937 (RGBl. I, 107) zwar den gesetzlichen Auflösungsgründen einen neuen (die Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse abgelehnt wird [§ 203 Abs. 1 Nr. 4]) hinzugefügt hat, aber die Tatsache der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister als sachlichen Auflösungsgrund nicht erwähnt.

2. Für die Anfechtungsfrage kann es nun aber grundsätzlich nur darauf ankommen, daß der Anfechtungsgläubiger für seine Forderung einen Vollstreckungstitel gegen seinen Schuldner erlangt hat, nicht auch darauf, daß er ihn mit Recht erlangt hat. Insbes. ist es ohne Belang, ob der Gläubiger nach der rechtmäßigen Erwirkung des Schuldtitels in der Lage ist, den vollstreckbaren Titel zu vollstrecken, ob also alle Formerfordernisse solcher Vollziehung gegeben sind oder nicht. Denn daß die Zwangsvollstreckung in die dem Schuldner selbst noch zu Gebote stehenden Mittel schon fruchtlos versucht worden wäre, ist nicht zu erfordern; es genügt die begründete Annahme, daß sie zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde. Diese Annahme ist aber schon dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner zur Zeit der letzten Streitverhandlung im Anfechtungsprozeß keine zur Befriedigung des Gläubigers geeigneten Vermögenswerte mehr besessen hat, wenn vielmehr solche — z. B. durch die erfolgreiche Durchführung des Anfechtungsstreites — erst wieder beschafft werden müssen. Die Frage aber, ob der vom Gläubiger begehrte Vollstreckungstitel ihm gewährt werden kann, ist ausschließlich von dem dazu berufenen und zuständigen Prozeßgerichte zu entscheiden. Dem Gericht, das über den Anfechtungsprozeß zu befinden hat, steht grundsätzlich nicht die Befugnis zu, eine Prüfung förmlicher oder sachlicher Art nachzuziehen, die schon der Prozeßrichter im Streit über die Forderung des Gläubigers gegen seinen Schuldner vorzunehmen hatte, und es kann hierbei, den förmlichen Erlaß des Schuldtitels vorausgesetzt, nicht darauf ankommen, ob der Prozeßrichter, der ihn erlassen hat, die dafür geltenden Voraussetzungen zu prüfen unterlassen oder ob er ihr Vorliegen zwar geprüft, aber zu Unrecht bejaht hat. Es kann hier auch keinen Unterschied begründen, ob der Schuldtitel auf Grund streitiger Verhandlung oder etwa im Versäumnisverfahren erwirkt worden ist. Denn es ist in allen Fällen Sache des Prozeßrichters, die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Erlasses eines Versäumnisurteils, insbes. die Ordnungsmäßigkeit der Ladungen und Zustellungen, von Amts wegen zu prüfen (§ 335 ZPO.). Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurteil gleich (§ 700 Satz 1 ZPO.). Aus ihm findet die Zwangsvollstreckung wie aus

einem für vorläufig vollstreckbaren Endurteil statt (§ 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.). Für die Verfolgung des Anfechtungsanspruchs genügt das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels; daß er rechtskräftig sei, ist ebenfalls nicht zu erfordern; dies ergibt sich ohne weiteres aus der Vorschrift des § 10 AufG., wonach der Umstand der nur vorläufigen Vollstreckbarkeit erst bei der Fassung des den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urteils zu beachten ist. Auch einer vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 724 ff. ZPO.) bedarf es zur Verfolgbarkeit des Anfechtungsanspruchs nicht. Ebensovienig bedeutet das Titelersfordernis, daß der Schuldtitel (hier die Vollstreckungsbefehle) zugestellt, daß die Voraussetzungen der §§ 750—752, 795 ZPO. erfüllt sein müßten. Denn für die Frage der Vollstreckbarkeit eines Schuldtitels, das heißt die Frage seiner Fähigkeit, die Grundlage der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne zu bilden, ist es ohne Belang, ob schon die förmlichen Voraussetzungen vorliegen, von denen der Beginn der Zwangsvollstreckung (§ 750 Abs. 1 ZPO.) abhängig gemacht ist. Für die Entsch. des vorl. Falles ist es deshalb auch einerlei, ob die Vollstreckungsbefehle der Kl. ordnungsmäßig, insbes. an einen angewiesenen Vertreter der Schuldnerin, ja ob sie überhaupt schon zugestellt worden sind. Es genügt das Vorliegen des ordnungsmäßig vollzogenen Vollstreckungsbefehls (§ 699 ZPO.). Daß im vorl. Falle die von den Kl. erwirkten Schuldtitel (Vollstreckungsbefehle) einen förmlichen Mangel aufwiesen, ist nicht geltend gemacht. Wesentlich für den Erlaß der Vollstreckungsbefehle war aber die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung der Zahlungsbefehle und der gesetzliche Fristablauf (§§ 692, 693, 699 ZPO.); ob diese Voraussetzungen für den Erlaß der Vollstreckungsbefehle vorlagen, hatte der UrV. der Geschäftsstelle des AG., bevor er die Vollstreckungsbefehle auf die Zahlungsbefehle setzte, zu prüfen, und zwar nur er. Der Erlaß des Vollstreckungsbefehls schafft die förmliche Voraussetzung für die Verfolgbarkeit des Anfechtungsanspruchs, ohne daß — außerhalb des dafür geordneten besonderen Rechtsmittelverfahrens (§§ 700, 338 ff. ZPO.) — der zur Entsch. des Anfechtungsstreites berufene Richter die Befugnis hätte, den einmal erlassenen Vollstreckungsbefehl — etwa wegen eines feststellbaren Mangels in den förmlichen Voraussetzungen — aufzuheben oder für rechtsunwirksam zu erklären.

Von diesen Grundätzen kann nur eine Ausnahme in Erwägung gezogen werden; nämlich der Fall, daß es sich um einen wichtigen Urteilspruch handelte, dessen Unwirksamkeit von jedem Dritten geltend gemacht werden könnte. In der Rechtslehre wird die Meinung vertreten, daß einem gegen eine nicht bestehende Partei ergangenen Urteil der Mangel ursprünglicher Unwirksamkeit anhafte, und daß es sich hierbei um einen Mangel handle, der zu jeder Zeit und von jedermann geltend gemacht werden könne, wie auch die Parteien befugt seien, den Mangel mit den ordentlichen Rechtsmitteln geltend zu machen (Jonas, ZPO., Vorbem. vor § 578 I, 2b, und bei Fußnoten 7 und 8; § 50 VII 2). Ein solches Urteil würde — so wird geltend gemacht — mangels irgendeiner Beziehung zu einer Persönlichkeit keinerlei Wirkung ausüben, somit würde es ins Leere fallen, ohne daß damit aber das Urteil etwa auch als Akt der Staatsgewalt selbst unbedingt nichtig wäre. Das ist auch der Standpunkt, den der Vorderrichter in der vorl. Sache einnimmt. Ob aus dieser grundsätzlichen Auffassung auch für den gem. § 2 AufG. zu erfordern den Schuldtitel die Folgeurteil unbedingt Unwirksamkeit gezogen werden müßte, bedarf aber besonderer Prüfung.

3. Es ist zu fragen, wie die Grenzen des Bestehens oder des Nicht(mehr)bestehens einer (juristischen) Persönlichkeit zu ziehen sind. Die Auflösung einer Kapitalgesellschaft wie auch die Löschung einer solchen wegen Vermögenslosigkeit und wegen Einstellung ihres Geschäftsbetriebes vernichten die Rechtspersönlichkeit nicht in der vollkommenen und jeden Rest einer Lebensbetätigung völlig zerstörenden Weise wie z. B. die Eingriffe der Staatsgewalt, die in den Gesetzen v. 26. Mai 1933 und 14. Juli 1933 (RGBl. I, 293, 479) vorgeesehen sind. Während diese Gesetze eine gänzliche abwicklungslose Vernichtung der Rechtspersönlichkeit ermöglichen (vgl. RGZ. 148, 65 = ZD. 1935, 2625^o m. Anm.), wird in den vorbezeichneten Auflösungs- und Löschungs-fällen die Schuldnerrechtspersönlichkeit nicht gänzlich, nicht bis auf den letzten Rest der Möglichkeit einer Lebens-

betätigung vernichtet (RGZ. 153, 340 [342] = JW. 1937, 1408*; RArbG. 12, 296 [299]; RUrtr. v. 8. Okt. 1936, VI 40/36). Die Gesellschaft geht durch die Löschung allein noch nicht vollständig unter. Sie besteht vielmehr trotz ihrer förmlichen Löschung als Rechtsträger für etwa vorhandenes Vermögen fort. Ihre Rechtspersönlichkeit endet erst dann, wenn nach Wegfall ihrer Organisation durchaus kein Vermögen und keine Schulden mehr vorhanden sind (vgl. Quassowski bei Pfundtner-Neubert, „Das neue deutsche Reichsrecht“, Nab 31 zu § 2 Anm. 3; Becker, „GmbH-Rundschau“, 1934 S. 1123). Wenn nun der zuständige Prozeßrichter in einem derartigen Falle die — ohne Lösungsbeschluss und ohne förmliche Abwicklung — im Handelsregister gelöschte Schuldnergesellschaft für eine bei ihm anhängig gewordene Klage noch als fortbestehend angesehen und behandelt hat, etwa deshalb, weil er annahm, daß das Gesellschaftsvermögen im ganzen zwar verloren sei, aber doch irgendwelche einzelne Vermögensstücke noch vorhanden sein könnten, aus deren Verwertung der Gläubiger vielleicht Befriedigung zu finden vermöchte, und wenn er bei Erlaß des Versäumnisurteils (des Vollstreckungsbefehls) die Zustellung der Klage (des Zahlungsbefehls) an den früheren gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft für zulässig und ausreichend gehalten hat, etwa weil dieser nicht auf dem gesetzlichen Wege abberufen (§ 38 GmbHG.), nicht durch einen Abwickler ersetzt (§ 67 das.) worden sei, so ist zu fragen, ob ein derartiger Mangel, sofern ein solcher überhaupt vorliegt, stark genug wäre, um mit Rücksicht auf eine zur Zeit des Urteilserlasses (des Erlasses des Vollstreckungsbefehls) wirklich bestehende völlige Vermögenslosigkeit der Schuldnergesellschaft die Unwirksamkeit des erlassenen Schuldtitels zu begründen. Dies ist schon mit Rücksicht darauf zu verneinen, daß das Erfordernis des Schuldtitels in § 2 AufG. ein rein förmliches ist. Es darf hierbei auch nicht außer Betracht bleiben, daß es in aller Regel im maßgeblichen Zeitpunkt des Urteilserlasses mehr oder weniger ungewiß sein wird, ob die Schuldnergesellschaft wirklich völlig vermögenslos und für alle Zeiten und ohne Rücksicht auf spätere Ereignisse und Entwicklungen jede wirtschaftliche Lebensbetätigung ihrerseits völlig ausgeschlossen ist. Unter derartigen Voraussetzungen wird es gemeinhin Aufgabe des in den Streit gezogenen gesetzlichen Vertreters der (ruhenden) Schuldnergesellschaft sein, vor dem zur Entsch. über die gegen diese erhobene Forderung berufenen Prozeßrichter die völlige Vermögenslosigkeit und damit die Unfähigkeit der Gesellschaft zu irgendwelcher weiteren Lebensbetätigung geltend zu machen und gleichzeitig darzutun, daß und inwiefern seine Vertretungsbefugnis trotz fehlender Abberufung erloschen sei. Wenn er dies versäumt und so den Erlaß eines vollstreckbaren Schuldtitels oder gar dessen förmliche Rechtskraft eintreten läßt, oder wenn der berufene Prozeßrichter von sich aus keine Bedenken dagegen findet, das Fortbestehen der (ruhenden) Gesellschaft und der Vertretungsbefugnis ihrer bisherigen gesetzlichen Vertreter anzunehmen, und demgemäß den beantragten Schuldtitel erteilt, so ist unter Verhältnissen der vorl. Art das zur Entsch. des Anfechtungsstreites zuständige Gericht nicht befugt, dem dergestalt im geordneten Verfahren erwirkten Schuldtitel jegliche rechtliche Wirksamkeit abzuspochen und ihn als überhaupt nicht erlassen zu behandeln. Von einem ordnungsgemäß erlassenen Vollstreckungsbefehl kann in dieser Hinsicht nichts anderes gelten als hinsichtlich eines richterlichen Versäumnis- oder Streiturteils. Unter den gegebenen Voraussetzungen sind also keine rechtlichen Bedenken dagegen zu erheben, daß die von den Kl. erwirkten Vollstreckungsbefehle als vollstreckbare Schuldtitel i. S. des § 2 AufG. dem Anfechtungsstreite zugrunde gelegt werden.

Was die Rechtskraft der Vollstreckungsbefehle anlangt, die — wie schon hervorgehoben — erst für die Fassung des zu erlassenden Endurteils, sofern es der Anfechtungsklage stattgibt (§ 10 AufG.), bedeutsam sein kann, so wird die fortdauernde Vertretungsbefugnis der früheren Geschäftsführer mangels einer förmlichen Abberufung unbedenklich angenommen werden können, nachdem der zum Erlasse der erwirkten Vollstreckungsbefehle zuständige UrV. einmal von dem Fortbestehen der Schuldnerpersönlichkeit ausgegangen ist und insoweit keine Nachprüfung im Anfechtungsstreite stattzufinden hat. Daß übrigens ein etwaiger Mangel in der gesetzlichen Vertretung einer Partei

dem Eintreten förmlicher Rechtskraft eines gegen sie erlassenen Urteilspruchs nicht hinderlich ist, ergibt die Vorschrift des § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

(RG., VII. Zivilsen., U. v. 27. April 1937, VII 331/36.) [N.]

Anmerkung: Die Bedeutung der Entsch. liegt auf zivilprozessualen Gebieten. In dieser Hinsicht ist ihr zugustimmen. Sie enthält aber auf registerrrechtlichem Gebiete Ausführungen, die zu folgenden Bemerkungen Anlaß geben:

1. Daß die Löschung einer Kapitalgesellschaft im Handelsregister diese nicht materiell zum Erlöschen bringen kann, ist kein neuer Grundsatz, sondern anerkanntes Recht, da die Löschung nicht konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung hat. Das gilt sowohl für Löschungen, die ohne vorgängige Liquidation auf Grund des § 31 Abs. 2 HGB. nach früherer Rspr. erfolgt sind (JFG. 4, 178 ff. = JW. 1927, 1333) als auch für Löschungen, die auf Grund des § 2 des jetzt maßgebenden Gesetzes v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) stattfinden (RG.: JW. 1936, 446^o). Nach letzterem ist aber — was obige Entsch. offenbar verkennt — Lösungs voraussetzung nicht auch „Betriebs Einstellung“, sondern ausschließlich „Vermögenslosigkeit“. Zudem das Gesetz „der Rspr. eine klare gesetzliche Grundlage schaffen und ihr den weiteren Weg ebnen“ will, geht es also zunächst weiter als die bisherige Rspr., mag auch die „Bedeutung“ der genannten Bestimmung insofern „weniger in einer Änderung des bestehenden Zustandes liegen“, als Vermögenslosigkeit Betriebslosigkeit infolge mangelnder Betriebsmittel zur Folge zu haben pflegt. Insofern ist auch die amtliche Begründung des Gesetzes durchaus vereinbar mit dem hier vertretenen Standpunkt (vgl. Crisoli-Groschuff-Kaemmel, „Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften“, 3. Aufl., Anm. 1—5 zu § 2 LösungsG., S. 194 f., und amtliche Begründung, die gleichfalls ebenda S. 182 abgedruckt ist).

2. Findet sich nach Löschung ohne vorgängige Liquidation Vermögen der Kapitalgesellschaft an, so ist nach dem alten Rechtszustand der Lösungsvermerk nach § 142 JFG. zu löschen: die Gesellschaft erscheint dann im Handelsregister also wieder als Erwerbsgesellschaft. In den Liquidationszustand kann sie nur treten, wenn gleichzeitig oder später die Auflösung von der Gesellschafterversammlung „beschlossen“ wird, was erfahrungsmäßig bisher selten geschah und vom Registergericht nicht erzwungen werden konnte (vgl. JFG. a. a. D.). Dagegen § 2 Abs. 3 Ges. v. 9. Okt. 1934 geht wiederum weiter als die Rspr., und zwar hier sehr einschneidend: die Kapitalgesellschaft kann nur als Liquidationsgesellschaft wieder im Handelsregister erscheinen. Die Löschung hat also insofern auch konstitutive Wirkung gehabt, als nach ausdrücklicher Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 1 H. 2 a. a. D. „mit der Löschung die Gesellschaft als aufgelöst gilt“ (vgl. Crisoli-Groschuff-Kaemmel a. a. D. S. 201, Anm. 14 und 15 zu § 2 LösungsG.). Nach RG.: JW. 1937, 1739^o bedarf es nicht einmal der förmlichen Löschung des Lösungsvermerks im Verfahren nach § 142 JFG., um diese Auflösungswirkung der registerrrechtlichen Löschung sichtbar zu machen; die Gesellschaft ist und bleibt „aufgelöst“. Die obige Entsch. ist diesem Rechtszustand gegenüber mindestens in der Ausdrucksweise ungenau: sie behauptet unzutreffend einmal, daß § 2 Abs. 3 Ges. v. 9. Okt. 1934 den „bisherigen“ Rechtszustand wiedergebe, „indem er anordnet, daß die Liquidation stattfindet“; sie stellt weiterhin unzutreffend die „Auflösungswirkung“ der Erlöschungswirkung gleich, obwohl diese in der „Löschung“ und jene in der „Liquidation“ besteht.

3. Es ist anerkanntes Recht, daß die letzten Geschäftsführer oder Liquidatoren einer gelöschten GmbH. infolge der lediglich deklaratorischen Bedeutung der Löschung im Amt geblieben sind, wenn sich nachträglich ein Vermögensstück der Gesellschaft vorfindet (vgl. Rspr. bei Groschuff, „GmbHG.“ S. 32, alphab. Übersicht unter „Liquidation“, Nr. 3). Die obige Entsch. geht zutreffend von der gleichen Auffassung aus. Eine Ausnahme besteht natürlich dann, wenn der Vertreter der GmbH. abberufen oder verstorben oder unbekanntem Aufenthaltsort oder sein Amt niedergelegt hatte. Gleiches nimmt die Praxis des Ver-

liner Registergerichts an bei Aktiengesellschaften im Fall des § 302 Abs. 4 HGB. und im Fall des § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 bei GmbH. und Aktiengesellschaften, doch muß in diesen Fällen dann, wenn ein dahingehender „Antrag“ gestellt wird, vom Gericht ein Liquidator besonders ernannt werden (vgl. über diese Fragen: Groschuff: JW. 1936, 746³¹, Anm.; Rebe-Lung: Motz. 1935, 454; Reus: JW. 1935, 1585²⁵, Anm.; Crisoli: Groschuff-Paemmel a. a. O. S. 203, Anmerk. 17 zu § 2 LösungsG.).

DAR. Groschuff, Berlin.

*

14. RG. — §§ 15 Abs. 2, 16 Abs. 3, 17, 19, 22, 24, 25 GmbHG.

1. Der Erwerber der kaduzierten Geschäftsanteile einer GmbH. haftet nicht für den bei diesen durch den Zuschlag in der Versteigerung entstandenen Ausfall.

2. Jeder Geschäftsanteil einer GmbH. ist selbständig und behält diese Eigenschaft auch dann, wenn im Wege der Veräußerung mehrere Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters zusammenkommen.

3. Wird ein mit der Haftung für den Ausfall eines anderen kaduzierten Geschäftsanteils belasteter Geschäftsanteil rechtsgeschäftlich oder im Wege der Zwangsversteigerung veräußert, so haftet der Erwerber für den Ausfall des anderen Geschäftsanteils nach § 24 GmbHG. anteilmäßig.

4. Die Vorschriften über die Aufbringung des Fehlbetrages auf einen Geschäftsanteil (§ 25 GmbHG.) sind zwingenden Rechts. Parteivereinbarungen vor oder nach dem Erwerb von Geschäftsanteilen können diese Vorschriften nicht außer Kraft setzen.

5. Auch für den Gesellschafter, der seine eigene Stammeinlage bezahlt hat, und nur für den auf eine andere Stammeinlagenschuld entstandenen Fehlbetrag anteilmäßig haftet, gilt das Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG.

6. Die Hingabe eines Darlehns an die Gesellschaft befreit den für den Ausfall eines anderen kaduzierten Geschäftsanteils haftenden Gesellschafter nicht von dieser Haftung. †)

Über das Vermögen der Schuhfabrik van Sch. GmbH. war das Konkursverfahren eröffnet worden. Als Auffanggesellschaft für das zusammengebrochene Unternehmen wurde durch notariellen Vertrag v. 27. Juli 1932 unter der Firma „Van-Sch.-Modell-Schuhfabrik GmbH.“ eine neue Gesellschaft (im folgenden kurz „Gesellschaft“ genannt) gegründet. Ihre Gesellschafter waren der N. K. als Verwalter im Konkurs der van Sch. GmbH. mit einer Stammeinlage von 15 000 RM, die Ehefrau G. mit einer Stammeinlage von 40 000 RM, die Ehefrau St. mit einer Stammeinlage von 25 000 RM und die Gesellschafter Sch., de Br. und St. mit Stammeinlagen von 1000 RM, 14 000 RM und 5000 RM. Das Stammkapital der neuen Gesellschaft betrug also zusammen 100 000 RM. Die Gesellschafter K. und St. hatten nach dem Gesellschaftsvertrage ihre Geschäftsanteile durch Sacheinlagen zu leisten, K. durch Einlage der sämtlichen vorhandenen Materialien und Vorräte, der Leisten, Schnitte und Modelle der alten Gesellschaft, St. durch Einbringung seiner Rechte an den Leisten, Schnitten und Modellen der alten Gesellschaft. Die Stammeinlagen dieser beiden Gesellschafter sollten durch das Sacheinbringen voll geleistet sein. Die übrigen Gesellschafter verpflichteten sich zur sofortigen Barzahlung ihrer Stammeinlagen. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrages sollte die Veräußerung von Geschäftsanteilen an Dritte und an andere Gesellschafter nur mit Genehmigung aller Gesellschafter zulässig sein; doch sollte de Br. berechtigt sein, seine Anteile ohne Genehmigung der Gesellschafter an den Gesellschafter Sch. abzugeben, und N. K. sollte bei einer Veräußerung seiner Anteile ebenfalls nicht an die Genehmigung der Gesellschafter gebunden sein. Sch. hat den Geschäftsanteil des Gesellschafters de Br. erworben, der Geschäftsanteil des Gesellschafters K. ist je zur Hälfte, also zum Nennwert von je 7500 RM, auf die Gesellschafterinnen G. und St. übertragen worden.

Die Gesellschafterinnen G. und St. hatten die auf ihre

Stammeinlagen von 40 000 und 25 000 RM fälligen Zahlungen nur teilweise geleistet. Sie sind deshalb dieser Geschäftsanteile und der darauf geleisteten Zahlungen verlustig erklärt worden. Auf Betreiben des Geschäftsführers der Gesellschaft sind die Geschäftsanteile am 11. Juli 1933 öffentlich versteigert worden. Die bekl. Bank hat die beiden Geschäftsanteile, auf die nach dem Versteigerungsprotokoll nur 22 000 und 10 000 RM eingezahlt worden waren, um die Meistgebote von 10 000 RM und 7500 RM erworben. In der Folge hat die Gesellschaft für ihre Ausfallforderungen auf die beiden Stammeinlagen Vollstreckungstitel gegen die Gesellschafterinnen G. und St. erlangt und die von K. auf sie übergegangenen Geschäftsanteile von je 7500 RM gepfändet. Entsprechend der gerichtlichen Anordnung in den Pfändungsbeschlüssen wurden die gepfändeten Geschäftsanteile am 22. Sept. 1933 öffentlich versteigert. Auch diese Geschäftsanteile erwarb die Bekl. (um das Gebot von je 100 RM).

Am 8. Febr. 1934 wurde über das Vermögen der Van-Sch.-Modell-Schuhfabrik GmbH. das Konkursverfahren eröffnet. Der bestellte Konkursverwalter hat von der Bekl. als Inhaberin der voll einbezahlten Geschäftsanteile G. und St. von je 7500 RM die anteilmäßige Deckung des Ausfalles auf die Stammeinlagen G. und St. verlangt und Klage auf den Teilbetrag von 6000 RM des von ihm auf 6642,86 RM errechneten Ausfallsanteils der Bekl. erhoben. Die Bekl. hat die Abweisung der Klage beantragt und Widerklage auf Feststellung erhoben, daß dem Kl. ein Anspruch auf Bezahlung des in der Klageschrift errechneten Ausfallsanteils von 6642,86 RM nicht zustehe. Sie hat zur Begründung dieser Anträge geltend gemacht, sie habe schon der früheren van-Sch.-GmbH. einen erheblichen Kredit gewährt gehabt. Der Geschäftsführer der neuen Gesellschaft habe sich bei Eintritt der finanziellen Schwierigkeiten in dieser Gesellschaft an sie (Bekl.) um Unterstützung gewandt; sie habe sich entschlossen, 30 000 RM zur Verfügung zu stellen gegen die Einräumung einer maßgebenden Beteiligung an der Gesellschaft. Entsprechend den getroffenen Vereinbarungen sei das Kaduzierungsverfahren gegen die Gesellschafterinnen G. und St. und die Versteigerung der kaduzierten Anteile durchgeführt und dann auch die Pfändung und Versteigerung der in den Besitz der beiden Gesellschafterinnen gekommenen voll einbezahlten Geschäftsanteile K.s bewirkt worden. Als Ersteherin der kaduzierten Anteile habe die Bekl. der Gesellschaft 17 500 RM zur Verfügung gestellt. Die voll eingezahlten Anteile G. und St. habe sie, einer Verabredung mit dem Geschäftsführer der Gesellschaft entsprechend, wegen der Ansprüche Dritter auf den Erlös für nur 100 RM je Anteil ersteigert und der Gesellschaft einen weiteren Betrag von 12 500 RM in der Rechtsform eines Darlehns gegeben. Nach den getroffenen Vereinbarungen habe dieser Betrag als Kaufpreis für die voll einbezahlten Geschäftsanteile zu gelten; er müsse auf den Ausfall voll angerechnet werden. Die beiden Versteigerungsverfahren seien als Einheit zu betrachten. Die Gesellschaft habe der Bekl. gegenüber darauf verzichtet, sie wegen des Ausfalls weiter in Anspruch zu nehmen. Die von der Klage behauptete Höhe des Ausfalls bestreitet sie.

Der klagende Konkursverwalter hat zur Erwidern und zur Begründung seines Antrages auf Abweisung der Widerklage geltend gemacht: Der Versteigerungserlös sei verrechnet. Die von der Bekl. weiter bezahlten 12 571,90 RM seien von ihr als Darlehn gegeben und von der Bekl. auch im Konkurs der Gesellschaft als Konkursforderung angemeldet worden.

Das LG. hat die Bekl. nach dem Klageantrage verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Die Bekl. hat Ber. eingelegt und in der Berufung vorgebracht, zur Zeit der Abmachungen mit dem Geschäftsführer der Gesellschaft sei sie noch nicht Gesellschafterin gewesen; sie sei im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft eingesprungen; es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn die Gesellschaft, die sie (die Bekl.) unter Verzicht auf weitergehende Forderungen veranlaßt habe, die Gesellschaft in der verabredeten Weise zu unterstützen, sie jetzt, nachdem sie Gesellschafterin geworden sei, auf Grund gesetzlicher Vorschriften in An-

spruch nehme. Die für das Kaduzierungsverfahren geltenden Vorschriften müßten entsprechend auf den Erwerb von Geschäftsanteilen in der Zwangsvollstreckung Anwendung finden. Ohne die Verabredung mit der Gesellschaft hätte die Bekl. auf die am 22. Sept. 1933 versteigerten Geschäftsanteile ein höheres Gebot gelegt. Die Gesellschaft handle arglistig, wenn sie trotz der getroffenen Vereinbarungen Ansprüche gegen die Bekl. erhebe. Die Bekl. sei durch die Organe der Gesellschaft in den Irrtum versetzt worden, daß weitere Ansprüche gegen sie nicht erhoben würden. Der Kl. bestritt den behaupteten Verzicht, der auch unzulässig gewesen wäre. Durch das Darlehen der Bekl. sei der Einlageausfallanspruch der Gesellschaft nicht getilgt. Die Bekl. habe sich zur Sicherung des Darlehens Forderungen der Gesellschaft abtreten lassen und die abgetretenen Forderungen für sich verwertet.

Das BG. hat die Ver. zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Rev. der Bekl., die erfolglos blieb.

I. Das BG. geht davon aus, daß die Bestimmungen der §§ 19 ff. GmbHG. das Stammkapital der GmbH. sichern sollten; nach § 24 des Ges. hätten, falls eine Stammeinlage nicht von den Zahlungsverpflichtigen eingezogen und auch nicht durch den Verkauf der Geschäftsanteile hereingebracht werden könne, die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen. Beträge, die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen seien, müßten nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt werden. Nach § 25 des Gesetzes könnten die Gesellschafter von den in den §§ 21—24 bezeichneten Rechtsfolgen nicht befreit werden. Die Bekl. sei als Erwerblerin der kaduzierten Anteile G. und St. für den Ausfall bei diesen Geschäftsanteilen nicht haftbar gewesen; denn § 24 GmbHG. spreche nur von einer Haftung der „übrigen“ Gesellschafter. Die Bekl. habe aber auch den voll eingezahlten, ursprünglich von dem Kl. übernommen und später auf die Gesellschafterinnen G. und St. je zur Hälfte übergegangenen Geschäftsanteil zu 15 000 RM erworben. Dieser Geschäftsanteil sei belastet gewesen mit der anteilmäßigen Ausfallhaftung für die Schuld der Gesellschafterinnen G. und St. aus ihren Stammeinlagen. Mit dem Erwerb dieses weiteren Anteils sei die Bekl. in die Reihe der „übrigen“ Gesellschafter getreten, deren Haftung für den Ausfall das Gesetz zwingend vorschreibe. Daraus ergebe sich die Haftung der Bekl. für den in der Klage berechneten Betrag. Die Berechnung des Fehlbetrages sei nicht zu beanstanden. Die Einwendungen der Bekl. seien unbegründet. Die Bekl. behaupte, daß sie die Geschäftsanteile der Gesellschaft nur auf Grund von Finanzierungsabreden (mit der Gesellschaft) erworben habe; sie behaupte, daß die Gesellschaft auf die mit der Klage verfolgte Forderung verzichtet habe. Die Kl. habe solche Abreden bestritten. Es könne unterstellt werden, daß entsprechende Abreden getroffen worden seien. Auf sie könne sich aber die Bekl. mit Rücksicht auf die zwingende Gesetzesbestimmung des § 25 GmbHG. nicht berufen. Auf die Rechte aus dieser Bestimmung habe die Gesellschaft nicht verzichten können. Sie handle nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie ihre Rechte aus § 24 GmbHG. geltend mache. Die Bekl. behaupte selbst nicht, daß sie etwa von der Gesellschaft auf unredliche Weise zur „Finanzierung“ bestimmt worden sei. Viel näher liege die Annahme, daß die Beteiligten bei ihren Besprechungen an die gesetzliche Vorschrift des § 24 GmbHG. nicht gedacht hätten. Es sei auch belanglos, ob die Bekl. zur Zeit der behaupteten Abreden schon Gesellschafterin gewesen sei, denn auch vor dem Erwerb der kaduzierten Anteile (d. i. dem 11. Juli 1933) getroffene Abreden hätten ihre Wirksamkeit verloren in dem Zeitpunkte, in dem die Bekl. durch den Erwerb der voll eingezahlten Geschäftsanteile d. s. Gesellschafterin geworden sei. Nur die Tatsache dieses Erwerbes, mit dem die Bekl. in den Kreis der „übrigen“ Gesellschafter getreten sei, sei von Bedeutung, nicht die Art des Erwerbes (in öffentlicher Versteigerung). Die Bekl. könne die Berücksichtigung ihrer unstreitigen weiteren Zahlungen nicht verlangen; durch die Gewährung von Darlehen habe die Verpflichtung zur Einzahlung der Stammeinlage nicht erfüllt

werden können. Daß aber die weiteren Zahlungen Darlehen gewesen seien, bestreite die Bekl. nicht ernstlich; es könne auch nicht bestritten werden; denn die Bekl. habe sich das gegebene Geld durch Abtretung von Forderungen der Gesellschaft sichern lassen.

II. Die Rev. rügt Verletzung des sachlichen Rechts und bezeichnet besonders als verletzt die Bestimmungen der §§ 17, 19, 22 und 25 GmbHG. Sie macht weiter geltend, mit dem Vortrage der Bekl., daß schlimmstenfalls das Darlehen von (rund) 12 500 RM auf den Ausfall voll angerechnet werden müsse, sei eine Aufrechnungserklärung beabsichtigt und wirksam abgegeben worden; nötigenfalls wäre das auf Frage des Gerichts von der Bekl. bejaht worden; vorsorglich werde daher auch Verletzung des § 139 ZPO. gerügt. Richtiger liege nach dem Vorbringen der Bekl. sogar Verrechnungsvertrag vor. Die Teilung des Kl. Geschäftsanteils sei nach Gesetz und Satzung überhaupt unzulässig gewesen. Diese Angriffe können den Bestand des angef. Urteils nicht gefährden.

1. In den Instanzen sind keine Zweifel gegen die Zulässigkeit der Teilung des Geschäftsanteils Kl. erhoben worden. In der Klage war vorgetragen, der Geschäftsanteil des Kl. st. sei den Gesellschafterinnen G. und St. je zur Hälfte noch am Tage der Gründung der Gesellschaft in notarieller Urkunde angeboten worden. In Verbindung mit der Bestimmung des § 7 Abs. 2 Satz 4 des Gesellschaftsvertrages, daß Kl. K. bei einer Veräußerung seiner Anteile nicht an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden sein sollte, wies diese Tatsache ohne weiteres darauf hin, daß schon bei den Gründungsverhandlungen damit gerechnet wurde, daß Kl. K. den Geschäftsanteil, dessen Inhaber er nur in seiner Eigenschaft als Verwalter im Konkurse der zusammengebrochenen früheren Gesellschaft war, in naher Zukunft abgeben werde. Die Bekl. hat gegen diesen Vortrag der Klage nicht nur keinen Widerspruch erhoben, sie geht selbst von der Tatsache des Übergangs des Geschäftsanteils Kl. s. auf die Gesellschafterinnen G. und St. aus mit dem Satz: „Beide Gesellschafterinnen besaßen damals (d. i. im Frühjahr 1933) 80 000 RM des 100 000 RM betragenden Stammkapitals.“ Es ist auch nicht ersichtlich, worauf die Rev. die Behauptung der Unzulässigkeit der Teilung des Geschäftsanteils stützen wollte. Aus § 17 GmbHG. erhellt zwar, daß der Geschäftsanteil vom Gesetz als ein einheitliches Gesetz betrachtet wird. Das Gesetz erschwert die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils dadurch, daß es sie von einer in schriftlicher Form zu erteilenden Genehmigung der Gesellschaft abhängig macht und die Teilung nur für den Fall der Veräußerung (an verschiedene Erwerber) und der Verzierung zuläßt und auch für diese Fälle die Möglichkeit des Ausschlusses der Teilung im Gesellschaftsvertrage vorsteht. Der Gesellschaftsvertrag vom 27. Juli 1932 enthält keine dazugehörige Bestimmung. Die Bedenken der Rev. sind deshalb nicht begründet. Wollte die Rev. behaupten, daß die nach § 17 Abs. 1 GmbHG. für die Teilung notwendige Genehmigung der Gesellschaft nicht ordnungsgemäß erteilt worden sei, so handelte es sich um neues tatsächliches, in der Rev. Inst. nicht zu beachtendes Vorbringen. Denn in den Instanzen waren beide Parteien davon ausgegangen, daß die Gesellschafterinnen G. und St. je 7500 RM des Kl. Geschäftsanteils ordnungsmäßig erworben hatten.

2. Das BG. stellt zugunsten der Bekl. fest, daß sie als Erwerblerin der kaduzierten Geschäftsanteile der Gesellschafterinnen G. und St. zu 40 000 und 25 000 RM durch den Zuschlag in der Versteigerung vom 11. Juli 1933 auf den bei diesen Geschäftsanteilen entstandenen Ausfall nicht gehaftet habe. Nach der Ansicht des BG. ergibt sich diese Folgerung unmittelbar aus dem Wortlaut des § 24 GmbHG. in seinem Satz 1: „Soweit eine Stammeinlage weber von dem Zahlungsverpflichtigen eingezogen noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils (im Verfahren nach §§ 21 ff. GmbHG.) gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen.“ Diese Ansicht entspricht im Ergebnis der allgemein im Schrifttum — wenn auch teilweise mit einer anderen Begründung — vertretenen Auffassung und der Rspr. des RG.

Die Haftung der Bekl. für die Klageforderung wird vom BG. daraus abgeleitet, daß die Gesellschafterinnen G. und St. zu den später kaduzierten Geschäftsanteilen noch je zur Hälfte den Geschäftsanteil R.3 erworben haben. Dieser Geschäftsanteil sei zwar durch Sacheinlagen voll einbezahlt, aber belastet gewesen mit der Ausfallhaftung für die Stammeinlage-schuld von 40 000 und 25 000 RM. Mit dem Erwerb der Anteile in der Versteigerung v. 22. Sept. 1933 sei die Bekl. in die Reihe der „übrigen“ Gesellschafter i. S. des § 24 GmbHG. eingetreten. Diesen Darlegungen ist in ihrem ersten Teile beizutreten. Denn jeder Geschäftsanteil einer GmbH. ist selbständig und behält diese Eigenschaft auch dann, wenn im Wege der Veräußerung mehrere Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters zusammenkommen (§ 15 Abs. 2 GmbHG.). Die Kaduzierung der Geschäftsanteile zu 40 000 und zu 25 000 RM ließ deshalb die in den Händen derselben Gesellschafterinnen G. und St. befindlichen weiteren Geschäftsanteile zu je 7500 RM (den früheren Anteil R.3) unberührt. Hinsichtlich dieser Geschäftsanteile zu je 7500 RM gehörten die Gesellschafterinnen G. und St. zu den „übrigen“ für den Fehlbetrag haftenden Gesellschaftern i. S. des § 24 GmbHG. insoweit, als sich beim Verkauf ihrer weiteren Geschäftsanteile zu 40 000 und 25 000 RM nach der Annahme des BG. Ausfälle von (40 000 — 22 000 [Anzahlung] — 10 000 [Versteigerungserlös] =) 8000 RM und (25 000 — 10 000 [Anzahlung] — 7500 [Versteigerungserlös] =) 7500 RM ergeben hatten. Die Gesellschafterinnen G. und St. hatten diesen Fehlbetrag von zusammen 15 500 RM mit den weiteren Gesellschaftern St. und Sch. nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, also nach dem Verhältnis von 7,5:7,5:5:15 aufzubringen. Mit dieser Verpflichtung blieben die Geschäftsanteile der Gesellschafterinnen G. und St. belastet, bis die Verpflichtung durch Bezahlung des sie treffenden Anteils des Fehlbetrages getilgt war. Wenn die Bekl. die Geschäftsanteile vor der Tilgung der Belastung erworben hat, so konnten nur die Anteile mit der ihnen anhaftenden Belastung auf sie übergehen. Dabei war es belanglos, ob der Erwerb sich im Wege der rechtsgeschäftlichen Übertragung oder im Wege der zwangsweisen Versteigerung vollzog. Denn für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle fehlt, wenn zunächst die nach Meinung der Bekl. einer Fortdauer der Haftung entgegenstehenden Vereinbarungen zwischen der Bekl. und der Gesellschaft unberücksichtigt gelassen werden, jeder Grund. § 24 GmbHG. will der GmbH. das Stammkapital sichern. Die zwangsweise Versteigerung des Geschäftsanteils kann jeder Gläubiger des Gesellschafters betreiben, der einen Vollstreckungstitel gegen den Gesellschafter erlangt hat. Der Zweck der Bestimmung des § 24 GmbHG. wäre deshalb zum großen Teil vereitelt, wenn die Belastung des Anteils durch die Veräußerung in zwangsweise unterginge, und der Vorteil daraus fiel in allen Fällen, in denen die Zwangsvollstreckung nicht von der Gesellschaft betrieben wird, ohne Grund dem Erwerber des Anteils und durch die infolgedessen etwa eintretende Erhöhung des Gebotes dem dritten Gläubiger zu. Ganz abgesehen davon fehlt aber für eine solche Annahme jede gesetzliche Grundlage. Es steht ihr die Bestimmung des § 16 Abs. 3 des Ges. entgegen, nach der für die zur Zeit der Anmeldung der Veräußerung bei der Gesellschaft auf dem Geschäftsanteil rückständigen Leistungen der Erwerber neben dem Veräußerer haftbar ist. Es kann auf sich beruhen, ob das BG. sagen durfte, die Haftung der Bekl. aus der Belastung der am 22. Sept. 1933 von ihr erworbenen (früher R.3) Geschäftsanteile ergebe sich daraus, daß sie durch den Erwerb „in die Reihe der übrigen Gesellschafter“ i. S. des § 24 GmbHG. eingetreten sei. Denn die „übrigen“ Gesellschafter im Sinne dieser Bestimmung sind die Gesellschafter, die in dem Zeitpunkt, in dem sich nach Durchführung des Verfahrens nach §§ 21 und 23 GmbHG. der Ausfall bei einem Geschäftsanteil ergibt, die Besitzer der anderen Geschäftsanteile sind. Die Haftung des späteren Erwerbers eines dieser anderen Geschäftsanteile für den Ausfall ergibt sich daraus, daß er einen mit der Ausfallhaftung noch belasteten Geschäftsanteil erwirbt. Das Ergebnis der Ausführungen des BG., die Bekl. hafte auf Grund des Erwerbes der weiteren

Anteile (am 22. Sept. 1933) für den bei den kaduzierten Anteilen entstandenen Ausfall, ist jedenfalls zutreffend. Es besteht deshalb auch kein Anlaß, noch auf die in der Revisionsverhandlung vom Rev.Bekl. aufgeworfene Frage einzugehen, ob die Haftung der Bekl. für den Ausfall — entgegen der Meinung des BG. — etwa schon mit dem Erwerb der kaduzierten Anteile selbst eingetreten sei. Das BG. war auch zur Feststellung berechtigt, daß gegen die Berechnung der sich so für die Bekl. ergebenden Haftsumme von 6642,86 RM ein schlüssiger Gegenbeweis nicht angeboten worden sei.

3. Die Verteidigung der Bekl. (auf Grund ihrer Finanzierungsabreden mit dem Geschäftsführer der Gesellschaft müsse der Erwerb des früheren Geschäftsanteils R.3 durch sie ebenso behandelt werden, wie der Erwerb eines kaduzierten Anteils; es habe sich um ein einheitliches Geschäft gehandelt, nach den getroffenen Vereinbarungen müßten die von ihr nach dem Erwerb der voll eingezahlten Anteile als Darlehen gegebenen 12 500 RM als Kaufpreis gelten und auf den Ausfall voll angerechnet werden; die Gesellschaft habe darauf verzichtet, die Bekl. wegen des Ausfalls weiter in Anspruch zu nehmen) hat das BG. mit der Begründung zurückgewiesen, daß sich aus § 25 GmbHG. ergebe, daß die Vorschriften über Aufbringung des Fehlbetrages auf einen Geschäftsanteil zwingendes Recht seien, die deshalb durch Parteivereinbarungen nicht hätten außer Kraft gesetzt werden können, daß im übrigen die von der Bekl. nach dem 22. Sept. 1933 gegebenen Beträge als Darlehen gegeben worden seien und daß mit den so geleisteten Beträgen die Verpflichtung zur Einzahlung des entstandenen Fehlbetrags nicht habe erfüllt werden können. Soweit es sich dabei um Rechtsausführungen handelt, bestehen gegen ihre Richtigkeit keine Bedenken. Wenn die vom BG. unterstellten Vereinbarungen so aufzufassen waren, wie das BG. sie auslegt, daß nämlich damit eine gänzliche oder teilweise Befreiung der Bekl. von ihrer Haftung aus § 24 GmbHG. bezweckt war, dann mußte ihre Gültigkeit an der zwingenden Vorschrift des § 25 des Ges. scheitern. Denn nach dieser der Erhaltung des Stammkapitals dienenden Bestimmung war jede Regelung unmöglich, die die Rechte der Gesellschaft verkürzte. Es war ohne Belang, ob diese Vereinbarungen getroffen worden sind, ehe die Bekl. durch den Erwerb der kaduzierten Geschäftsanteile Gesellschafterin geworden war, oder nach dem 11. Juli 1933; es war auch ohne Belang, ob die Bekl. sich zum Erwerb von Geschäftsanteilen der Bekl. nur herbeigelassen hat, weil ihr vom Geschäftsführer der Gesellschaft zugesagt war, daß sie gegen die Einbringung des für nötig gehaltenen Betrages von 30 000 RM die von ihr beanspruchte Mehrheit des Stammkapitals erwerben könne und weitere Zahlungen nicht zu leisten habe. Die Klage der Rev., das BG. habe nicht beachtet, daß die Bekl. mit ihrem Vortrage im Rechtsstreit, daß schlimmstenfalls das Darlehen von 12 500 RM auf den Ausfall voll angerechnet werden müsse, eine Aufrechnungserklärung beabsichtigt und wirksam abgegeben habe, und daß, wenn in dieser Richtung Zweifel bestanden hätten, das BG. sein Fragerecht a. § 139 ZPO. habe ausüben müssen, ist sachlich unbegründet; denn nach dem Tatbestand des angef. Urteils ist eine Aufrechnung im Rechtsstreit nicht erklärt worden und das BG. hatte keine Veranlassung, in dem Vortrage der Bekl. die Erklärung einer Aufrechnung zu vermuten. Darauf braucht aber nicht weiter eingegangen zu werden. Denn die Möglichkeit einer Aufrechnung der Bekl. mit einer Darlehnsforderung in diesem Rechtsstreit bestand nicht. Auch für den Gesellschafter, der seine eigene Stammeinlage bezahlt hat und nur für den auf eine andere Stammeinlage-schuld entstandenen Fehlbetrag anteilmäßig haftet, gilt das Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. (vgl. RGZ. 123, 8 = JW. 1929, 650). Einen Verrechnungsvertrag zwischen der Bekl. und dem klagenden Konkursverwalter kann aber die Rev. ernstlich nicht behaupten wollen. Auch ein Aufrechnungsvertrag der Bekl. und der Gesellschaft wäre bei der Verschiedenheit des Wertes der Forderungen nicht möglich gewesen.

4. Es fragt sich nur noch, ob das BG. der Verteidigung der Bekl. unter der von ihm unterstellten Richtigkeit der von

der Bekl. behaupteten Abreden gerecht geworden ist und ob etwa die Berücksichtigung dieser Abreden zu einer anderen Entsch. führen mußte. Nach dem Vortrag der Bekl. über den Inhalt dieser Vereinbarungen war in einer Besprechung v. 29. April 1933 zwischen den Vertretern der Gesellschaft und der Bekl. eine Einigung dahin erzielt worden, daß die Bekl. der Gesellschaft den Betrag von 30 000 RM zur Verfügung stellen sollte und daß ihr dafür zur Sicherung ihrer Belange die in den Händen der zahlungs säumigen Gesellschafterinnen G. und St. befindlichen Geschäftsanteile zu insgesamt 80 000 RM verschafft werden sollten, und zwar hinsichtlich der von diesen Gesellschafterinnen bei der Gründung übernommenen Stammanteile von zusammen 65 000 RM im Kaduzierungsverfahren und hinsichtlich der von ihnen später dazu erworbenen Geschäftsanteile R.s im Wege der Versteigerung im Vollstreckungsverfahren. Dabei gingen alle Beteiligten, wie auch das VG. auf S. 9 (Ende des 3. Abs.) einmütig, davon aus, daß eine Haftung der Bekl. für den Fehlbetrag, der auf die Stammanteile der Gesellschafterinnen G. und St. entstanden war, nicht bestehe.

Wären sie dieser Meinung, so konnte ihre Vereinbarung eine Umgehung von gesetzlichen Bestimmungen nicht zum Ziele haben. Die dem Schutze des Stammkapitals der GmbH. dienenden zwingenden gesetzlichen Bestimmungen schlossen eine rechtsgültige Vereinbarung des behaupteten Inhalts auch nicht schlechthin aus. Auf die Geschäftsanteile von 40 000 und 25 000 RM waren zwar nur 22 000 und 10 000 RM eingezahlt. Der Fehlbetrag betrug also noch 33 000 RM. Berücksichtigt man, daß für den Fehlbetrag, der sich bei der Durchführung des Kaduzierungsverfahrens ergab, nicht nur die Bekl. als künftige Erwerberin der Geschäftsanteile R.s, sondern neben ihr die beiden anderen Gesellschafter St. und Sch. haften, so stand jedenfalls zur Zeit der Abmachung noch keineswegs fest, daß die Rechte der Gesellschaft auf ihr Stammkapital durch die Vereinbarung verletzt wurden. Die Gesellschaft hätte vielmehr auf Grund des Abkommens, wenn ihr der ganze Betrag zugute kam, so viel von der Bekl. bekommen, als sie auf Grund der gesetzlichen Ausfallhaftung als Inhaberin der früheren Anteile R.s zu leisten hatte. Es konnte nicht darauf ankommen, daß die Bekl. sich — ebenso wie der Geschäftsführer der Gesellschaft — dieser Leistungspflicht nicht bewußt war und daß sie mit ihrer Zahlung nur das Ziel verfolgte, die Gesellschaft lebensfähig zu erhalten, auch wenn der Beweggrund für ihre Handlungsweise nicht, wie die Bekl. vorgebracht hat, die Sorge für die (anderen) Gläubiger der Gesellschaft im allgemeinen, sondern das Bestreben war, das von ihr selbst auf das Fabrikgrundstück gegen Grundschuldversicherung bewilligte hohe Darlehn teilweise zu retten. Denn die Geschäftsanteile der notleidenden Gesellschaft als solche waren wertlos. Das Ergebnis der Versteigerung v. 22. Sept. 1933 zeigt, daß niemand sie erwerben wollte. Dann wäre durch die vereinbarungsgemäß von der Bekl. einzuzahlenden 30 000 RM der auf die Stammanteile G. und St. entstandene Ausfall bis auf den Betrag von etwa 3000 RM eingebracht gewesen, und eine weitere Haftung der Bekl. hätte nur dann entstehen können, wenn die für den Fehlbetrag mit haftenden anderen Gesellschafter Sch. und St. den sie treffenden Anteil des Fehlbetrages nicht aufbringen konnten.

Die Vereinbarung ist aber nach dem eigenen Vortrag der Bekl. vor der Versteigerung der voll einbezahlten Geschäftsanteile am 22. Sept. 1933 geändert worden. Die Bekl. und der Geschäftsführer der Gesellschaft haben sich mit Rücksicht auf die von einem anderen Gläubiger der Ehefrau G. erwirkte Einstw.Bg., nach der der Versteigerungserlös zu hinterlegen war, nach der Behauptung der Bekl. dahin geeinigt, daß sie auf die beiden zur Versteigerung gebrachten Geschäftsanteile von je 7500 RM nur je 100 RM böten und den — nach Erwerb der kaduzierten Geschäftsanteile — verbleibenden Rest des von der Bekl. einzubringenden Betrages von 30 000 RM, den die Bekl. angeblich sonst auf jene Geschäftsanteile geboten hätte, der GmbH. in der „Rechtsform“ eines Darlehens zur Verfügung stellten, womit sie anscheinend ausdrücken wollen, daß an dem Wesen der

Zahlung von 12500 RM im Sinne der früher getroffenen Abmachungen nichts geändert worden sei. Das VG. jagt nun zwar nicht ausdrücklich, daß es die Behauptungen der Bekl. in diesem Teile, nämlich hinsichtlich der am 21. Sept. 1933 vereinbarten Änderungen der Vereinbarung, nicht mehr als wahr unterstelle. Daß es aber tatsächlich auf dem Standpunkt steht, daß die behauptete Änderung des Abkommens nicht zustande gekommen oder daß doch diese weiteren Vereinbarungen von der Bekl. jedenfalls nicht gehalten worden seien, ergibt sich aus den Ausführungen des VG., die Leistungen der Bekl. nach dem 22. Sept. 1933 seien nicht nur dem äußeren Anschein nach, sondern wirkliche Darlehen gewesen. Das wird nach der Meinung des VG. bewiesen nicht nur dadurch, daß die Bekl. es nicht ernstlich bestritten hat, sondern auch dadurch, daß die Bekl. die Behauptung des Kl. un widersprochen gelassen hat, sie habe sich das Darlehn durch Abtretung von Forderungen sichern lassen. Das VG. hätte diesen Gründen noch beifügen können, daß die Bekl., wie der Kl. un widersprochen vorgebracht hat, aus der erwähnten Sicherung ihres Darlehens auch Befriedigung beansprucht und durch Vergleich mit dem Kl. teilweise erreicht hat, daß sie, wie durch die Vorlage einer Abschrift der Anmeldung dargetan ist, das zinslose Darlehn von 12500 RM als Konkursforderung im Konkurse über das Vermögen der Gesellschaft angemeldet hat, und daß sich der Kl. auch auf den Schriftwechsel berufen hat, der ebenfalls ergibt, daß die Bekl. nach der Versteigerung der voll eingezahlten Geschäftsanteile weitere Leistungen auf Grund der Abreden mit dem früheren Vertreter der Gesellschaft nicht mehr machen, sondern der Gesellschaft nur noch Darlehen bewilligen wollte. Die Auffassung des VG., daß mit diesen Darlehen die Verpflichtung der Bekl. zur Leistung ihres Anteils an dem Fehlbetrage auf die Stammeinlagen G. und St., die damals noch nicht von ihr verlangt war, nicht erfüllt worden sei, ist hiernach nicht zu beanstanden. Die Bekl. konnte nicht mit Erfolg geltend machen, daß sie vom Kl. mit Rücksicht auf die behaupteten Finanzierungsabreden wegen des Fehlbetrages nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn sie selbst sich, wie das VG. hiernach annimmt, von diesem Verabreden losgesagt und die versprochenen weiteren Leistungen, die auf die Haftsumme der Bekl. aus § 24 GmbHG. hätten angerechnet werden können, nicht bewirkt und der Gesellschaft nur noch Darlehen gegeben hat.

Deshalb kann auch keine Rede davon sein, daß der Kl. mit der Forderung des Fehlbetrages gegen Treu und Glauben verstoße oder sogar arglistig handle.

(RG., II. ZivSen., U. v. 19. Febr. 1937, II 212/36.)

[23. R.]

Anmerkung: Die Entsch. ist im Ergebnis zu billigen. Ihre Begründung gibt jedoch Anlaß zu einigen Bemerkungen.

I.

Es handelt sich u. a. um die Frage, ob der Erwerber zweier Geschäftsanteile, deren einer kaduziert worden ist, als Inhaber des anderen zu den „übrigen“ Gesellschaftern nach § 24 GmbHG. gehört und daher für den Ausfall mit haftet. Das RG. hat diese Frage im Einklang mit bisheriger, wenn auch im einzelnen nicht ganz unbeschränkter Lehre (vgl. z. B. die Erläuterungsbücher von Brodmann, § 24, Erl. 3; Scholz, § 24, Erl. III, 1) bejaht.

Mit Recht führt das RG. aus, daß die „übrigen“ Gesellschafter i. S. des § 24 GmbHG. die Inhaber der anderen Geschäftsanteile sind. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem nach Durchführung des Kaduzierungsverfahrens gemäß §§ 21, 23 GmbHG. die Höhe des Fehlbetrages feststeht. Diese Ausfallhaftung ist mit der Gesellschafterstellung der „übrigen“ Gesellschafter verbunden oder, wie das RG. anschaulich, aber rechtsterminologisch wohl nicht ganz unanfechtbar sagt, sie „belastet“ deren Geschäftsanteile. Der Erwerber eines solchen Geschäftsanteils haftet daher gleichfalls für den Ausfall.

Hier kann sich die auf den ersten Blick merkwürdig anmutende Folgerung ergeben, daß der Erwerber zweier kadu-

zierter Anteile für den Ausfall auf beide Geschäftsanteile in Anspruch genommen wird, obwohl er beim Erwerb nur eines Geschäftsanteiles für den hierauf entstandenen Ausfall nicht haften würde. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich einfach, wenn man berücksichtigt, daß auch der Erwerber nur eines kaduzierten Anteils zu den „übrigen“ Gesellschaftern im Hinblick auf die Ausfallhaftung bei anderen Geschäftsanteilen gehört.

Beispiel: Von den Anteilen a, b, c, d einer GmbH. sind Einzahlungen auf die Anteile a und b rückständig. Die Anteile a, b werden kaduziert. Erwirbt E. nur den Anteil a, so haftet er zwar nicht für den Ausfall, dessenwegen dieser Anteil kaduziert worden ist, wohl aber, als einer der „übrigen“ Gesellschafter, für den Ausfall auf den Geschäftsanteil b. Erwirbt er die Anteile a und b, so kann er als Inhaber des Anteils b für den Ausfall auf den Anteil a, als Inhaber des Anteils a für den Ausfall auf den Anteil b, also für die auf beiden Anteilen entstandenen Ausfälle, nach § 24 GmbHG. in Anspruch genommen werden.

Das zeigt die scharfe Haftung der Gesellschafter für die Einzahlung des Stammkapitals. Allerdings beschränkt sie sich auf den Ausfall von Bareinzahlungen, nicht dagegen auf den Ausfall, der sich daraus ergibt, daß Sacheinlagen nicht oder nicht vollständig oder nur untermwertig geleistet werden. Damit bleibt die Ausfallhaftung der Gesellschafter, die notwendiges Korrelat für den verhältnismäßig geringen Publizitätsschutz bei der GmbH. ist, praktisch Stückwerk. Es wäre deshalb eine Erweiterung der Vorschrift des § 24 GmbHG. auf den Ausfall auch bei Sacheinlagen de lege ferenda zu erwägen.

Richtig ist ferner, daß es keinen Unterschied machen kann, ob der Gesellschafter den Anteil, als dessen Inhaber er für den Ausfall in Anspruch genommen wird, rechtsgeschäftlich oder im Wege der Zwangsvollstreckung erworben hat. Wenn das RG. dieses Ergebnis aus § 24 GmbHG. als einer das Stammkapital sichernden Bestimmung ableitet, so kann man ihm darin nur uneingeschränkt folgen.

II.

Die Entsch. hält für nicht schlechthin ausgeschlossen eine rechtsgültige Vereinbarung zwischen dem Erwerber mehrerer, nur zum Teil voll einbezahlter Geschäftsanteile und der Gesellschaft, wodurch eine Ausfallhaftung des Erwerbers für nicht voll einbezahlte Geschäftsanteile nicht oder nicht in voller Höhe des Ausfalls entstehen soll. Diese Ausführungen dürften grundsätzlichen Bedenken unterliegen.

Wie unter I ausgeführt, gehört der Erwerber mehrerer Geschäftsanteile, unter denen sich ein kaduzierter befindet, zu den „übrigen“ Gesellschaftern des § 24 GmbHG. Die in dieser Bestimmung geregelte subsidiäre Gesamthaftung des Gesellschafters steht der gesamtschuldnerischen Haftung nahe, obwohl man im Schrifttum ganz überwiegend lediglich den Unterschied der pro-rata-Haftung gegenüber einer gesamtschuldnerischen Haftung hervorzuheben pflegte.

Nach § 24 GmbHG. haften die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile für den Fehlbetrag. Ist der hiernach zu leistende Beitrag von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen, so wird auch er nach diesem Verhältnis auf die verbleibenden Gesellschafter aufgeteilt. Dabei genügt, wie eine Gegenüberstellung von § 24 Satz 2 und § 22 Abs. 2 GmbHG. erkennen läßt, für die Verteilung dieses weiteren Ausfalls der Nachweis, daß die Heranziehung einzelner, an sich nach § 24 zahlungspflichtiger Gesellschafter von vornherein aussichtslos erscheint. Die Haftung der einzelnen Gesellschafter ist also bei Ausfall der Einzahlung auf eine Stammeinlage zwar subsidiär, aber sie besteht trotz formal proratarischer Mithaftung der übrigen Gesellschafter (falls solche vorhanden sind), tatsächlich u. U. für den gesamten Fehlbetrag. Es kann also, wie allgemein anerkannt, stets der Fall eintreten, daß ein zahlungsfähiger Gesellschafter für den ganzen Ausfall in Anspruch genommen wird. Diese Haftung ist, wie § 25 GmbHG. aus-

drücklich hervorhebt, zwingenden Rechtes. Sie kann daher, entgegen den Ausführungen des vorl. Urteils, weder ganz noch zum Teil ausgeschlossen werden. Eine dahingehende Vereinbarung wäre nichtig.

Daran ändert sich nichts, wenn der in Anspruch genommene Gesellschafter die Geschäftsanteile — sei es auf rechtsgeschäftlichem, sei es auf vollstreckungsrechtlichem Wege — nur zur Sicherung erwarb. Sieht man einmal von der treuhänderischen Frage ab, insbes. von Form und Zulässigkeit der Treuutbegründung, zu deren Untersuchung der vorl. Fall ebenfalls Anlaß geben könnte, so scheidet eine Sonderbehandlung des Sicherungsnehmers jedenfalls daran, daß er, wie jeder Treuhänder, Rechte nur mit dem Inhalt und der Belastung erwerben kann, die sie beim Treu- und Sicherungsgeber hatten. Der Sicherungsnehmer wird Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten, also auch der Haftung nach § 24 GmbHG., derjenigen Gesellschafterstellung, in die er eintritt.

Es hätte daher im vorl. Fall gar nicht des Umweges bedurft, der Erwerber habe sich „von diesem Verabreden losgesagt und die verschiedenen weiteren Leistungen . . . der Gesellschaft nur noch als Darlehn gegeben“. Von seiner Haftung nach § 24 GmbHG. kann ein Gesellschafter sich nicht lossagen, weil sie unabdingbare Begleiterscheinung seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung ist.

III.

Mit Recht versagt das RG. dem Erwerber die Berufung auf arglistiges Verhalten der GmbH. oder ihres Konkursverwalters. Allerdings wird man der Begründung, nach dem oben Gesagten, nicht ganz beipflichten können. Die Entsch. dieser Teilfrage dürfte nicht so sehr aus einer individualrechtlichen als vielmehr aus einer gesellschaftsrechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes zu begründen sein.

Die Gesellschaft konnte dem Erwerber gegenüber nicht rechtswirksam auf ihre Ansprüche aus § 24 GmbHG. verzichten. Sie konnte sich nach § 25 GmbHG. und — dem jedenfalls entsprechend anzuwendenden — § 306 BGB. ihm gegenüber nicht einmal wirksam verpflichten, ihn nicht in Anspruch zu nehmen, denn § 24 GmbHG. sichert, wie das RG. zutreffend hervorhebt, die Einzahlung der Stammeinlage, und diese Sicherung wiederum dient den Belangen der Gesellschaftsgläubiger.

Andererseits kann der Erwerber von der Gesellschaft einen Ersatz für den von ihm nach § 24 GmbHG. zu leistenden Beitrag selbst dann nicht verlangen, wenn ihm die Gesellschaft arglistigweise eine Nichtinanspruchnahme zugesagt haben sollte. Dies ergibt sich als notwendige Folgerung aus der rechtlichen Stellung des Gesellschafters sowie der gesellschaftsrechtlichen Natur seiner auf deren Erwerb abzielenden Vereinbarungen mit der Gesellschaft. Es ist gesichertes Ergebnis in Lehre und Spr., daß die dem gesellschaftsrechtlichen Bereiche angehörenden Rechtsgeschäfte eine andere Betrachtung als die individualrechtlichen erfordern, wofür als Beispiel nur an die Behandlung des Irrtums bei Beitritt oder Zeichnung erinnert sei. An sich haftet die Gesellschaft nach § 31 BGB. für die Handlungen ihrer Verwaltungsträger. Im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter muß jedoch diese Haftung entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen weichen. Der geschädigte Erwerber ist in diesen Fällen auf individualrechtliche Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, Mitgesellschafter usw. angewiesen, die ihn zu der schädigenden Maßnahme veranlaßt haben. Die hier in Betracht kommenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätze sind in den Vorschriften der §§ 21 ff., besonders § 24 GmbHG., enthalten; sie sollen die Einzahlung des Stammkapitals als Mindest-Garantiefonds gewährleisten. Könnte der Gesellschafter von der Gesellschaft Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er gem. § 24 GmbHG. erbringen muß, so würde er auf diese Weise dasjenige erhalten, was er nach §§ 24 f. GmbHG. unabdingbar zu leisten verpflichtet ist. Damit aber würde diese zur Sicherung der Gläubigerbelange gegebene Vorschrift tatsächlich außer Kraft gesetzt.

Prof. Dr. F. r. Klaus ing, Frankfurt a. M.

15. AG. — § 74 Abs. 2 GmbHG. (§ 302 Abs. 2 SGB.; § 93 S. 3 GenG.); § 33 FGG. (Art. 15, 17 PrFGG.). Wenn dem Registergericht vom Gesetz die Ermächtigung der Gläubiger (Aktionäre, Genossen) zur Einsicht der Bücher und Papiere der erloschenen Gesellschaft (Genossenschaft) übertragen ist, so ist es auch für befugt zu erachten, dem Verwahrer dieser Urkunden deren Vorlegung zur Einsicht oder die Gestattung der Einsicht aufzugeben und die Befolgung dieser Anordnung gemäß § 33 FGG. zu erzwingen. †)

Die Beschwer. ist Gläubigerin einer nach Durchführung der Liquidation im Handelsregister gelöschten GmbH. In einem früheren Verfahren hatte sie gegen den Antragsgegner als angeblichen Verwahrer der Bücher und Schriften der Gesellschaft einen Beschluß des Registergerichts erwirkt, durch den ihr gem. § 74 Abs. 2 GmbHG. die Ermächtigung zur Einsicht dieser Urkunden erteilt wurde. Demnach stellte sie beim Registergericht den Antrag, gegen den Antragsgegner gemäß Art. 15, 17 PrFGG. zwangsweise vorzugehen, da sie mit der Ermächtigung allein ohne Klagehebung nicht zum Ziel komme. Die Vorinstanzen lehnten den Antrag ab. Die weitere Beschwerde blieb im Ergebnis ohne Erfolg.

Das LG. führt aus, die Beschwer. müsse den aus ihrer Ermächtigung zur Einsicht gem. § 74 GmbHG. folgenden Anspruch gegen den Besitzer der Bücher und Schriften im Wege der ordentlichen Klage geltend machen, wenn ihr die Einsicht nicht freiwillig gewährt werde. Eine Erzwingung der Einsicht durch das Registergericht komme nicht in Frage, weil eine Verpflichtung zur Vorlegung der Bücher in § 74 nicht vorgesehen sei und deshalb auch nicht angeordnet werden könne. Aus diesem Grunde sei Art. 15 PrFGG. nicht anwendbar. Die Anwendbarkeit des Art. 17 a. a. D. müsse entfallen, weil kein öffentliches Interesse an der Vorlegung der Bücher bestehe. Im übrigen könne der Verbleib der Bücher nicht festgestellt werden. Der Antragsgegner habe sie nicht hinter sich und halte sich außerdem im Auslande auf. Der Verbleib des angeblichen unmittelbaren Besitzers, des ehemaligen N. A. sei ebenfalls nicht nachweisbar.

Diese Ausführungen sind nicht frei von rechtlichen Bedenken. Zunächst ist jetzt an die Stelle der Art. 15—17 PrFGG. auf Grund der Art. 4, 7 der W. D. z. Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen v. 5. Aug. 1935 (RW. I, 1065) die Neufassung des § 33 FGG. mit Geltung v. 1. April 1936 getreten, die allerdings mit den dadurch ererbigen Art. 15—17 inhaltlich übereinstimmt und deshalb für Preußen eine Änderung des Rechtszustandes nicht gebracht hat. Wenn nach dieser Vorschrift durch eine Verfügung des Gerichts die Verpflichtung auferlegt ist, eine Handlung vorzunehmen, die ausschließlich von seinem Willen abhängt, oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, der kann vom Gericht zur Befolgung der Anordnung durch Ordnungstrafen angehalten werden (bisheriger Art. 15); soll ferner eine Sache vorgelegt werden, so kann auf Grund einer besonderen Verfügung des Gerichts auch Gewalt gebraucht werden (bisheriger Art. 17). Durch diese Vorschriften wird eine Befugnis der Gerichte, jemandem eine Verpflichtung aufzuerlegen oder eine Anordnung der in Art. 17 oder § 33 Abs. 2 erwähnten Art zu treffen, nicht begründet; vielmehr ist Voraussetzung für die Anwendung früher der Art. 15, 17 und jetzt des § 33, daß eine solche Befugnis anderweit festgelegt ist, sei es im FGG., sei es in anderen Gesetzen (RG.: RZA. 14, 57; RZJ. 32, A 41; Schlegelberger, „Freiw. G.“ S. 348).

§ 74 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. bestimmt, daß Gläubiger der GmbH. nach Beendigung der Liquidation vom Registergericht zur Einsicht der — einem Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegebenen — Bücher und Schriften der Gesellschaft ermächtigt werden können. Er spricht also nur von einer Ermächtigung der Gläubiger, die für diese das ihnen an sich nicht zustehende Recht auf Einsicht begründet, wie es für die Gesellschafter und deren Rechtsnachfolger bereits kraft Gesetzes besteht (§ 74 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.). Ob mit der Übertragung der Ermächtigung dem Registergericht zugleich die Befugnis verliehen ist, dem Verwahrer der Bücher und Schriften deren Vorlegung zur Einsicht oder die Gestattung der Einsicht aufzugeben, und es demgemäß in der Lage ist, eine solche Vorlegung oder Gestattung durch Ordnungstrafen oder Anwendung von Zwang durchzusetzen (§ 33 FGG.), kann zweifelhaft sein. Es besteht kein Streit darüber, daß das Registergericht nicht berechtigt ist, auf Grund der Art. 15, 17 PrFGG., jetzt des § 33 FGG., das gesetzliche Recht der Gesellschafter auf Einsicht der Bücher zu erzwingen. Vielmehr können die Gesellschafter und ihre Rechtsnachfolger ihr Recht gegen den widerstrebenden Verwahrer der Bücher nur im Wege der

Klage verfolgen (Brodmann, „GmbHG.“, Bem. 2 zu § 74; Scholz, „GmbHG.“ Bem. II 2). Wo dem Gesetzgeber in anderen Fällen ein Tätigwerden des Registergerichts bei der Verwirklichung des gesetzlichen Rechts von Gesellschaftern auf Einsicht der Bücher und Papiere geboten erschien, hat er eine dahingehende Befugnis neben dem Recht der Gesellschafter ausdrücklich ausgesprochen, so bei dem Kommanditisten und dem stillen Gesellschafter (§ 166 Abs. 1, 3, § 338 Abs. 1, 3 GmbHG.). Demgemäß wird im Schrifttum auch für die Ermächtigung der Gläubiger einer GmbH. nach § 74 GmbHG. die Ansicht vertreten, daß das Registergericht dem Aufbewahrer der Bücher gegenüber keine Machtbefugnis besitze, der zur Einsicht ermächtigte Gläubiger vielmehr nur gegen jenen Klagen könne, weil das Gesetz ihn hinsichtlich des Rechts auf Einsicht nur dem Gesellschafter gleich-, aber nicht habe besserstellen wollen (Brodmann, Scholz a. a. D.). Diese Ansicht erscheint nicht berechtigt.

Zwischen den Fällen, in denen die Einsicht dem Berechtigten durch das Gesetz gestattet ist, und denjenigen, bei denen das Recht auf einer Ermächtigung des Gerichtes beruht, besteht ein wesentlicher Unterschied insofern, als bei der ersten Art das Registergericht überhaupt nicht tätig wird. Denn es ist nicht allgemein seine Aufgabe, den gesetzlichen Rechten von Beteiligten im handelsrechtlichen Verkehr oder auch nur bei den Handelsgesellschaften zur Verwirklichung zu verhelfen. Wenn dagegen das Recht auf Einsicht einem Beteiligten erst durch das Registergericht zugesprochen wird, so liegt in diesem Ausdruck ohne weiteres auch die dem Rechte auf der einen Seite entsprechende Verpflichtung des anderen Teiles zur Gestattung dieser Einsicht durch Vorlegung der Bücher. Einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung des Registergerichts, die Vorlegung der Bücher durch deren Verwahrer anzuordnen, bedarf es deshalb hier nicht. Sie ist in der Befugnis, den Gläubiger zur Einsicht zu ermächtigen, bereits enthalten. Für die Anwendung des § 33 FGG. wird es allerdings nach dessen Fassung notwendig sein, daß das Registergericht neben der Ermächtigung des Gläubigers dem Verwahrer der Bücher ausdrücklich die Verpflichtung auferlegt, die Einsicht zu gestatten oder die Bücher zur Einsicht vorzulegen (vgl. Schlegelberger a. a. D. S. 347), wozu es nach dem Gesagten berechtigt ist. Ist das gesehen, so bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, gegen den Verwahrer auch die Zwangsmittel des § 33 FGG. zur Verwirklichung des zuerkannten Rechtes auf Einsicht anzuwenden. Daß das Registergericht, wenn es einen Gläubiger zur Einsicht ermächtigt hat, diese auch gem. § 33 FGG. erzwingen darf, hat der Senat für den entsprechenden Fall des § 302 Abs. 3 SGB. — Ermächtigung von Aktionären oder Gläubigern der AktG. (vgl. § 214 Abs. 3 des neuen AktG. v. 30. Jan. 1937) — bereits früher angenommen (Beschl. vom 19. Jan. 1937, 1 Wx 76/37).

Die Anwendbarkeit des § 33 FGG. im vorl. Falle ist hiernach grundsätzlich zu bejahen. Entgegen der Ansicht des LG. ist die Anwendung des § 33 Abs. 2 (früher Art. 17 PrFGG.) auch nicht davon abhängig, daß an der Vorlegung der Bücher ein öffentliches Interesse besteht. Eine solche Voraussetzung läßt sich weder aus dem Gesetz selbst noch sonst aus den Umständen entnehmen.

Die Entsch. des LG. wird aber durch die weitere Feststellung in dem angefochtenen Beschlusse getragen, daß der Sachverhalt für ein Einschreiten gegen den Antragsgegner gem. § 33 FGG. nicht hinreichend geklärt sei. Während die Ermächtigung eines Gläubigers der GmbH. zur Einsicht der Bücher gem. § 74 Abs. 2 Satz 2 vom Registergericht schon auszusprechen ist, wenn dieser ein eigenes berechtigtes Interesse an der Einsicht darlegt (Scholz a. a. D.), bedarf es für die gegen eine bestimmte Person zu richtende Verfügung auf Gestattung der Einsicht oder auf Vorlegung der Bücher und für die Anwendung der Zwangsmittel des § 33 FGG. zu ihrer Durchsetzung weiterer tatsächlicher Unterlagen. Ausdrückliche Voraussetzung für die Festlegung von Ordnungstrafen zur Erzwingung der Vornahme einer Handlung nach § 33 Abs. 1 FGG. ist, daß die Handlung ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt. Entsprechendes muß, obwohl das Gesetz es hier nicht besonders ausspricht, auch für das sonstige nach § 33 zu erzwingende Verhalten der betroffenen Person gelten. Diese muß deshalb grundsätzlich in der Lage sein, der ihr auferlegten Verpflichtung nachzukommen. Handelt es sich um die Vorlegung von Büchern und Schriften einer erloschenen GmbH., so wird sich die Verfügung des Registergerichts in der Regel gegen deren Verwahrer (§ 74 Abs. 1 GmbHG.) richten oder gegen denjenigen, in dessen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz sie etwa sonst nachweislich ge-

langt sind und der deshalb zu ihrer Vorlegung imstande ist. Vor dem Erlaß einer Vorlegungsanordnung und der Androhung von Zwangsmaßnahmen gegen einen bestimmten von dem Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommenen Antertragsgegner hat das Registergericht diese Voraussetzungen auf Grund seiner Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts gemäß § 12 FGG. festzustellen, wofür im Antragsverfahren der Antragsteller die erforderlichen Unterlagen bezeichnen muß (Schlegelberger a. a. O. S. 352; vgl. auch RW. 38, A 291). Ob in einem solchen Verfahren unter Umständen bereits die Feststellung ausreicht, daß der Antertragsgegner sich einmal im vorlegungsfähigen Besitz der Bücher und Schriften befinden hat und sich weigert, ihren späteren Verbleib anzugeben — wie der Senat es für die Erzwingung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Vorlegung eines Hypothekenbriefes gem. § 62 Abs. 2 GBO. im Amtsverfahren angenommen hat (FVG. 14, 99) —, braucht hier nicht entschieden zu werden.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 27. Mai 1937, 1 Wx 171/37.)

[S.]

Anmerkung: Diese für die Registerrechtspraxis hochwichtige Entscheidung deckt sich vollkommen mit dem Standpunkt, den der Unterzeichnete andernorts bereits eingenommen hat (vgl. Groschuff-Nebelung, „GBO.“ Bd. 1, alphabet. Übersicht unter „Büchereinicht“, „Bücherherausgabe“; Groschuff, „GmbHG.“, alphabet. Übersicht unter den gleichen Stichworten). Es war bisher ein dem Laien unverständlicher und dem Ansehen des Registergerichts abträglicher Formalstandpunkt, den Gläubiger zwar zu „ermächtigen“, ihn aber im Fall der Machtlosigkeit der Ermächtigung auf den Weg der Klage gegen den renitenten Verwahrer zu verweisen. Die Ermächtigung des Gläubigers auf Büchervorlage u. dgl. schließt als ihr Spiegelbild ohne weiteres die Pflicht des Gegners ein, der Anordnung nachzukommen, wenn sie sich — was entscheidet — verfahrensmäßig ausdrücklich gegen ihn als Antertragsgegner gerichtet hat (§§ 145, 146 FGG.; §§ 166 Abs. 3, 302 Abs. 3 GBO.; §§ 13 Abs. 3, 74 Abs. 3 GmbHG.). Mit überzeugender Begründung weist das RG. auf den Unterschied hin zwischen dem gesetzlichen Recht des Gesellschafters, dem ein Registergericht keinen Nachdruck zu verleihen braucht, und dem erst durch das Registergericht zugebilligten Recht, das ohne entsprechenden Nachdruck ein Schlag ins Leere wäre.

Dr. Groschuff, Berlin.

*

16. RG. — Die Wirkungen des Unterlassens eines Widerspruchs gegen einen von einem Zweckparunternehmen übersandten Kontoauszug. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Vollstreckungsmißbrauchgesetzes bei der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Versäumnisurteil. 7)

I. Das aufgelöste Zweckparunternehmen änderte § 14 seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen dahin ab, daß ein dem Zweckparer mit Einschreibebrief übersandter Kontoauszug als anerkannt gilt, wenn der Zweckparer nicht innerhalb von zwei Wochen Widerspruch erhebt und binnen weiterer vier Wochen den von ihm behaupteten Mehrbetrag im Klagewege geltend macht. Der Reichsbeauftragte für Zweckparunternehmungen genehmigte diese Änderung. In der Begründung der Genehmigung wird u. a. ausgeführt, daß im Interesse einer beschleunigten Abwicklung der Liquidation, die sowohl zur Wahrung der Belange der Zweckparer wie auch des Unternehmens selbst geboten ist, die Änderung zu genehmigen war. — Der Zweck der Satzungsänderung ist die möglichst schnelle Klärung aller Rechtsbeziehungen zwischen dem Sparer und dem Zweckparunternehmen, damit die Liquidation rasch durchgeführt werden kann. In einem vereinfachten Verwaltungsverfahren sollen die bestehenden Verpflichtungen der Mitglieder des beschwerdeführenden Zweckparunternehmens geklärt und in entsprechender Erweiterung der Bestimmung des § 4 Abs. 2 AuflösG. v. 13. Dez. 1935 mögliche Einwendungen ausgeschlossen werden. Dagegen ist nicht der Sinn und der Zweck der Verfügung v. 5. Febr. 1936, neue Verbindlichkeiten der Sparer zu begründen. Deshalb kann der Sparer auch nach dem Ablauf der Frist von zwei und vier Wochen die Einwendung erheben, in dem Kontoauszug sei er zu Unrecht mit Posten belastet. Diese Einwendung des Sparer ist zu prüfen und kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, er habe es unterlassen, recht-

zeitig Widerspruch und eine entsprechende Feststellungsklage zu erheben.

Die von der Beschw. vorgelegten und angeführten Entscheidungen behandeln die Frage, ob der Sparer nach dem Ablauf der beiden Fristen mit Einwendungen gegen bestehende Verbindlichkeiten gehört werden kann. Das geht klar aus der Entscheidung des OLG. Kiel v. 11. Mai 1936 und aus den Ausführungen in RW. 1936, 2373 ff. hervor. Die Unterlassung des Widerspruchs und der Feststellungsklage hat demnach nicht zur Folge, daß der Sparer und Darlehensnehmer nicht mehr einwenden kann, er schulde den im Kontoauszug angegebenen Saldo nicht, oder gewisse Posten seien zu Unrecht in den Auszug aufgenommen worden.

II. Die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme ist die selbstverständliche Voraussetzung und Grundlage jedes Urteils auf Zahlung dieses Betrages. Fehlt eine solche Zahlungsverpflichtung, so entbehrt ein trotzdem ergangenes Urteil der sachlichen Grundlage. Da die ZPO. die Möglichkeit vorsieht, gegen einen nicht vertretenen Bekl. ein Versäumnisurteil zu erlassen, kann es vorkommen, daß ein Urteil auf Zahlung einer Geldsumme trotz Fehlens einer entsprechenden Verpflichtung ergeht. Vollstreckt der Kl. aus einem solchen Urteil, so nützt er unberechtigt zu seinen Gunsten eine Vollstreckungsmöglichkeit aus, die er nicht hätte, wenn der Bekl. in der mündlichen Verhandlung anwesend gewesen wäre. — Die Prüfung, ob ein eingeklagter Anspruch besteht, ist grundsätzlich im Prozeßverfahren vorzunehmen und kann im Zwangsvollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht nachgeholt werden. Deshalb muß der Schuldner im Prozeßverfahren in der mündlichen Verhandlung anwesend sein, um dort eine Prüfung seiner Einwendungen zu erreichen. Unterläßt er dies aus Nachlässigkeit, so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben.

Die Vollstreckung eines Zahlungsurteils, dem keine Zahlungsverpflichtung des Bekl. zugrunde liegt, ist nach den vorausgegangenen Ausführungen dann eine Härte gegen diesen, wenn er aus besonderen Gründen im Prozeßverfahren nicht die Möglichkeit hatte, seine Einwendungen vorzubringen. Hat er infolge seiner Nachlässigkeit das Versäumnisurteil verursacht, obwohl er dem Kl. nichts schuldet, so kann man nicht sagen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil eine Härte bedeutet. Um eine solche annehmen zu können, darf folglich den Bekl. kein Verschulden daran treffen, daß das Urteil gegen ihn erging. Das Gericht kann nur mit dieser Einschränkung den Ausführungen des RG.: RW. 1935, 2072 folgen. Würde man bei jedem Versäumnisurteil die Anwendung des Vollstreckungsmißbrauchgesetzes mit der Begründung ablehnen, der Schuldner hätte sich im Prozeßverfahren vertreten lassen können, so würde man dem Sinn und Zweck dieses Gesetzes nicht gerecht und seine Anwendung gerade in den Fällen ausschließen, in denen bekanntermaßen eine Zwangsvollstreckungsmöglichkeit am ehesten unberechtigt ausgenützt wird.

Der Schuldner hat sich im vorliegenden Fall, bevor das Versäumnisurteil v. 19. Juni 1935 erging, verschiedentlich an das OLG. K. gewandt und dargelegt, daß er der Gläubigerin nichts schulde. Er hat sich demnach um die Angelegenheit gekümmert. Daß er nicht gehört wurde, lag daran, weil er keine Mittel hatte, sich in K. vertreten zu lassen, auch weil er nicht wußte, wie er dies anfangen sollte. Eine Nachlässigkeit trifft ihn nicht. Er ging davon aus, seine Einwendungen würden geprüft. Man muß hierbei berücksichtigen, daß der Schuldner 67 Jahre alt und in Gerichtssachen unerfahren ist.

Durch die Vollstreckung eines Zahlungsurteils ohne Bestehen einer Zahlungsverpflichtung verschafft sich der Kl. einen Vermögensvorteil, der ihm nicht zusteht. Er bereichert sich unberechtigt auf Kosten eines anderen unter Ausnützung einer formalen Vollstreckungsmöglichkeit. Das verstößt gegen das gesunde Volksempfinden. •

Da der Schuldner kein nennenswertes Vermögen besitzt und auf eine kleine Rente angewiesen ist, bedeutet die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil v. 19. Mai 1936 eine dem gesunden Volksempfinden g r ö ß l i c h widerprechende

Härte. Wäre der Schuldner in guten Vermögens- und Einkommensverhältnissen, so wäre die Sachlage anders zu beurteilen.

(LG. Mannheim, 2. Zbl., Beschl. v. 17. März 1937, 2 T 98/36).

Anmerkung: Die vom LG. Mannheim getroffene Entsch. befaßt sich zunächst mit der Auslegung der für die aufgelösten Zwecksparunternehmungen durch entsprechende Genehmigungsverfügungen der Reichsaufsichtsbehörde (früher der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen; an seine Stelle ist jetzt als zuständige Aufsichtsbehörde gemäß Durchf. und ErgW. zum Zweckparauflösg. v. 18. Dez. 1936 (RGBl. I, 1121) der Präf. des RAuffWPrivVerf. getreten) gemäß § 13 ZweckparG. v. 17. Mai 1933 verbindlich eingeführten „Widerpruchsklauseln“, über deren Rechtsgrundlagen ich in JW. 1936, 1028 und 2377 näheres ausgeführt habe. Im Ergebnis kann der Entsch. zugestimmt werden, obwohl betont werden muß, daß ein außergewöhnlicher Sachverhalt vorliegt und die gewonnene Rechtsfolge keineswegs verallgemeinert werden darf, wenn nicht der aufsichtsbehördlichen Verwaltungsmaßnahme, die den gesetzlichen Abwicklungszwecken im Interesse der Sparergemeinschaften dienen sollte, der Erfolg versagt bleiben soll. Grundsätzlich wird man davon ausgehen haben, daß durch das Unterlassen eines Widerspruchs und der gerichtlichen Geltendmachung von Einwendungen gegen einen Kontoauszug binnen der bestimmten Frist ein „auf Grund einer Abrechnung erteiltes“ abstraktes Anerkenntnis i. S. des § 782 BGB. „stillschweigend erklärt“ wird und dementsprechend auch alle Rechtsfolgen ausgelöst werden, die mit einer Saldoanerkennung im allgemeinen verbunden sind. Hierher gehört in erster Linie die novierende Wirkung des Anerkenntnisses. Rechtsgrundlage des klägerischen Anspruchs ist allein der anerkannte Saldo, ohne daß der Gläubiger auf das frühere Rechtsverhältnis zurückzugreifen braucht. Demgegenüber genügt nicht etwa, wie das LG. allerdings zu Unrecht anzunehmen scheint, lediglich der Einwand des Schuldners, er schulde den Saldo nicht. Das Anerkenntnis selbst kann mit den üblichen materiellrechtlichen Rechtsbehelfen wie Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung usw. bekämpft oder mit dem Konditionsanspruch aus § 812 Abs. 2 BGB. zurückgefordert werden. Grundsätzlich ist dem LG. Recht zu geben, daß durch das stillschweigende Anerkenntnis neue Verbindlichkeiten, die durch die vertraglichen Vereinbarungen nicht gestiftet werden, für die Sparer oder Darlehnsnehmer nicht begründet werden sollten. Dies ist aber der einzig denkbare praktische Fall, in welchem dem Anerkenntnis die beabsichtigte Rechtswirkung zu verjagen ist und der dem obigen Rechtsstreit zugrunde liegt. Die vertretene Auffassung deckt sich auch mit der herrschenden Meinung über die Anerkennung von Saldo im allgemeinen. Man denke an die Genehmigungsklauseln in den Geschäftsbedingungen der Banken, wonach ein Saldo oder Rechnungsauszug als genehmigt gilt, wenn ihm nicht fristgemäß widersprochen wird, jedoch nicht geschuldete Rechnungsposten nach Treu und Glauben von dem Anerkenntnis grundsätzlich nicht erfaßt werden. Nach der Auffassung des RG. kann grundsätzlich stets das Anerkenntnis des im Saldo enthaltenen in Wirklichkeit aber nicht geschuldeten Einzelpostens nach ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden (RGZ. 101, 122 = JW. 1921, 891; RGZ. 114, 269 = JW. 1926, 2677; RGZ. 117, 34 = JW. 1927, 1837). Die Kondizierbarkeit des Anerkenntnisses eines Saldos im Kontokorrentverkehr setzt mithin das Nichtbestehen des für seine Geltendmachung behaupteten früheren Schuldverhältnisses voraus. Damit ist aber, insbesondere in den Fällen der liquidierenden Zwecksparunternehmungen, allen Einwendungen gegen einen stillschweigend anerkannten Kontoauszug eine scharfe Grenze gesetzt. Einwendungen gegen das frühere Schuldverhältnis können nicht zugelassen werden, soweit solche nicht ohnehin durch § 4 Abs. 2 Satz 1 Zweckparauflösg. bereits ausgeschlossen sind (vgl. hierzu meine obengenannten früheren Ausführungen). Dem Sparer oder Darlehnsnehmer einer Zwecksparunternehmung, dem im allgemeinen die Verfügung

der Aufsichtsbehörde nebst Begründung bekannt gemacht wurde, weiß, welche Bedeutung sein Schweigen hat, so daß die Abschneidung der Einwendungen im allgemeinen auch nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Die gesamte gesetzliche Konstruktion der besonderen Abwicklung aller gesetzlich aufgelösten Zwecksparunternehmungen hängt mit der Aufrechterhaltung der Anerkenntnisse zusammen. Die Sparer sind auf Grund der festgestellten Forderungen gemäß §§ 4, 7—9 Zweckparauflösg. von der ersuchten öffentlichen Sparkasse befriedigt worden. Etwaige Nachforderungen könnten kaum befriedigt werden, da das gesetzliche Pfandrecht der Sparkasse als dem Großgläubiger der aufgelösten Zwecksparunternehmung nunmehr vorgeht. Im gleichen Sinne ist auch die Aufrechterhaltung der Darlehnsfalden wichtig, die die Befriedigungsobjekte der Sparkassen darstellen. Der Ausschluß der materiellen Einwendungen ist daher sowohl für die Belange der Sparer Gesamtheit als auch im öffentlichen Interesse (vgl. § 10 Zweckparauflösg.) möglichst weit zu erstrecken, abgesehen von der in der Fristveräumnis liegenden Vermutung, daß keine Tatsachen vorliegen, die eine zulässige Einwendung rechtfertigen. Praktisch macht es keinen Unterschied, ob man, wie das LG., annimmt, daß das Anerkenntnis sich auf nicht bestehende Verbindlichkeiten nicht erstreckt oder daß das Anerkenntnis in diesem Fall kondiziert werden kann. Folgerichtig scheint die letzte Auffassung zu sein.

Die andere Frage, ob das Vollstr. MißbrG. im vorliegenden Fall anzuwenden war, ist vom LG. zutreffend bejaht worden. Die Rechtslage ist deshalb zweifelhaft, da von dem Vollstreckungsschuldner Einwendungen gegen den rechtskräftig durch Versäumnisurteil entschiedenen Anspruch selbst erhoben werden. Grundsätzlich ist im Einklang mit der vom LG. genannten Entsch. des RG. davon auszugehen, daß das Gesetz nicht bereits dann angewendet werden kann, wenn lediglich die Unrichtigkeit des Urteils usw. eingewendet wird (vgl. auch Volkmar: DJ. 1934, 1622). Es muß hinzukommen, daß die Erlangung des Titels und der hiermit verbundenen formalen Rechtsstellung des Gläubigers von dem Schuldner aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht abgewehrt werden konnte und er im übrigen mittellos ist. Diese Merkmale hat das LG. geprüft und mit Recht bejaht. Es hat sich hierbei nicht, wie es in seinen Gründen allerdings anzunehmen scheint, in Widerspruch zum RG. gesetzt. Bei der Entsch. des RG. waren die Voraussetzungen, die abgesehen von dem unrichtigen Urteil vorliegen müssen, nicht gegeben. Das RG. führte für seinen ablehnenden Standpunkt durchaus zutreffend aus, daß es nicht darauf ankomme, ob der Vollstreckungstitel nach mündlicher Verhandlung oder sachlicher Erörterung erlangt ist oder ob es sich um ein Versäumnisurteil oder Vollstreckungsbefehl handelt. Jedenfalls dürfte das Verfahren nach dem Gesetz nicht einzig und allein auf die Eröffnung einer neuen Instanz hinauslaufen. Demgegenüber stellt der Beschluß des LG. Mannheim zutreffend fest, daß es auf die Art des Verfahrens weniger ankomme, wenn auch die sonstigen vorhandenen Gründe die Anwendung des Gesetzes rechtfertigten. Die viel zu enge Auffassung von Bamberg (vgl. ZPD., Anhang zu § 802, 12. Aufl., S. 1002 ff. Anm. 2) läßt Fälle gleich dem vorliegenden unberücksichtigt und will die Anwendung des Gesetzes stets dann ausgeschlossen wissen, wenn der materiellrechtliche Inhalt des Titels selbst angegriffen wird. Die amtliche Begründung (DJ. 1934, 1605 ff.) erwähnt diese Fälle überhaupt nicht. Die Entsch. des LG. Mannheim bietet somit einen wertvollen Beitrag zu den bereits vorhandenen jedoch leider nur sehr spärlich veröffentlichten Entsch.

Aff. Kahler, Berlin.

*

17. DZG. — §§ 5, 6 AbzG. Erwirbt der Verkäufer den auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung zurück, so ist dieser Erwerb wie die Ausübung des Rücktrittsrechtes nach § 5 AbzG. zu behandeln.

Bei einem Abzahlungsgeschäft i. S. des § 1 AbzG. v. 16. Mai 1894 soll der Käufer den Kaufpreis für eine

ihm bereits übergebene bewegliche Sache mit der Zeit durch Teilzahlungen berichtigt, der Verkäufer aber bei Nichterfüllung von dem Kaufe zurücktreten dürfen. Wenn sich der Verkäufer dabei statt eines Rücktrittsrechts gemäß §§ 346 ff. BGB. das Eigentum gemäß § 455 BGB. vorbehalten hat, so haben, weil auch da der Zweck eines Abzahlungsgeschäftes verfolgt wird, die Bestimmungen der §§ 1—5 AbzG. — zum mindesten nach § 6 daselbst entsprechend — Anwendung zu finden.

Das AbzG. schreibt nun in seinem § 1 vor, daß im Falle des Rücktritts jeder Teil dem anderen Teile die empfangene Leistung zurückzugewähren hat, um zu verhindern, daß der Käufer die Ware und die in der Hoffnung auf den Erwerb der Ware geleisteten Zahlungen verliert. Erst recht nicht liegt es i. S. des Gesetzes, daß, nachdem der Verkäufer die Ware zurückgehalten hat, noch weitere Zahlungen an ihn geleistet werden. Das würde dem gerechten Volksempfinden widersprechen und kann daher schon deshalb nicht richtig sein. Es würde aber auch dem AbzG. widersprechen, durch das der Käufer vor Ausnutzung geschützt werden soll und das in erster Linie sozialpolitische Zwecke verfolgt. Diese Zwecke haben allein bei der Auslegung des AbzG. maßgebend zu sein, und die neue Rechtsentwicklung hat die Aufgabe, den sozialpolitischen Inhalt des Gesetzes weiter auszubauen und zur vollen Wirkung zu bringen (Dr. Frank, „Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung“, 1935, S. 1345).

Nun behauptet zwar die Bekl., sie sei weder vom Kaufvertrag zurückgetreten, noch habe sie ihren Eigentumsvorbehalt geltend gemacht, sondern den Wagen (den Gegenstand des ursprünglichen Kaufvertrages) lediglich in der Zwangsversteigerung erstanden. Das ist aber belanglos. Die Eheleute K. waren mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug, und daher war die Bekl. zum Rücktritt berechtigt. Wenn sie, statt hiervon Gebrauch zu machen und so den Käufern die Rechte aus dem AbzG. zukommen zu lassen, ihre eigene Sache pfänden ließ, zur Versteigerung brachte und sie wieder selbst erstand, damit die Käufer der ihnen bei einem Rücktritt zustehenden Rechte verlustig gehen sollten, so widerspricht das dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Die Bekl. muß sich deshalb so behandeln lassen, als ob sie den Rücktritt erklärt oder von ihrem Eigentumsvorbehalt Gebrauch gemacht hätte (Frank a. a. O. S. 1249 ff.).

(OLG. Dresden, 8. Zivilsen., Urte. v. 16. April 1937, 8 U 292/36.)

Patentgesetz

**** 18. RG. — § 1 Abs. 2 Nr. 2, § 13 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 PatG. v. 5. Mai 1936.**

1. Die Rechtskraft einer früheren klageabweisenden Entscheidung steht der neuen Patentnichtigkeitsklage nicht entgegen, wenn zwar die zweite Klage von einem Strohmann des wahren Interessenten erhoben ist, die erste Klage aber selbständig, wenn auch auf Anregung des Interessenten durchgeführt worden ist.

2. Gegenstände, die zum Teil gattungsbildend, zu einem bedeutenden Teil aber ungenießbar sind, sind keine schutzunfähigen Nahrungs- oder Genussmittel.

Der Bekl. ist Inhaber des ihm mit Wirkung vom 22. Jan. 1930 erteilten DM. P. 510578. Der Kl. hat die Vernichtung dieses Patents beantragt.

Der Bekl. hat zunächst ausgeführt, daß die Klage unzulässig sei, weil sie auf Veranlassung und auf Kosten des Nebenintervenienten F. erhoben sei, nachdem dieser mit einer i. F. 1931 erhobenen Nichtigkeitsklage, bei der allerdings der Deutsche Konditorenbund in B. als Kl. vorgehoben gewesen sei, rechtskräftig abgewiesen sei.

1. Das Pat. hat das angefochtene Patent 510578 für nichtig erklärt, indem es den Einwand des Bekl., der Kl. sei in diesem Rechtsstreit nur vorgehobene Person und könne deshalb nach Abweisung der Nichtigkeitsklage i. F. 1931 nicht nochmals eine solche Klage erheben, als unbegründet zurück-

gewiesen hat. Diesen Einwand hat der Bekl. im zweiten Rechtszug fallen lassen. Doch war von Amts wegen zu prüfen, inwiefern dieser Einwand durchgreifen könnte. Denn es handelt sich dabei um die Frage, ob die rechtskräftige Entscheidung des Pat. vom Jahre 1931 einer nochmaligen Nichtigkeitsklage entgegensteht. Das könnte nur der Fall sein, wenn die Abweisung der Klage durch die Entscheidung von 1931 in Wahrheit denselben Kl. betroffen hätte, der jetzt durch einen Strohmann verdeckt als Kl. das Verfahren betreibt. In der Rspr. ist wiederholt zum Ausdruck gekommen (vgl. RGZ. 59, 133 und 139, 3), daß es unzulässig ist, durch eine vorgeschobene Person (Strohmann) nochmals die Nichtigkeitsklage zu erheben, nachdem derjenige, welcher auch jetzt der eigentliche Kl. ist, mit einer früheren Nichtigkeitsklage abgewiesen wurde. Diese Auffassung wird im Schrifttum sowohl zum früheren PatG. wie zum geltenden Ges. v. 5. Mai 1936 einmütig geteilt (vgl. Piezker, Anm. 3 zu § 10 S. 379; Krause, 2. Aufl., S. 203; Bufe, Anm. 2 zu § 13 Nr. 5 S. 204; Klauer-Möhring, Anm. 3 zu § 13 S. 256). In allen diesen Fällen ist aber ein Tatbestand wie der jetzt vorliegende nicht erörtert worden. Die vorstehend wiedergegebene Rechtsauffassung muß indessen auch für den Fall gelten, daß für den beim zweiten Verfahren durch einen Strohmann verdeckten Kl. bereits bei der ersten Nichtigkeitsklage an Stelle des eigentlichen Kl. ein Strohmann aufgetreten war. Auch dann müßte die erste Entscheidung grundsätzlich als Abweisung dessen angesehen werden, der der eigentliche Kl. ist und nur zur Vermeidung eines persönlichen Auftretens einen Strohmann vorgeschoben hat. Dem steht die Tatsache nicht entgegen, daß die Nichtigkeitsklage nach den Vorschriften in § 10 Nr. 1 und 2 des bisherigen PatG. v. 7. April 1891 und 7. Dez. 1923 und den gleichlautenden Vorschriften in § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des jetzigen PatG. v. 5. Mai 1936 eine „Popularklage“ ist, die von jedermann ohne Nachweis eines eigenen Interesses, also auch im fremden Interesse erhoben werden kann. Denn wenn in beiden Fällen von derselben Person je ein Strohmann als Kl. vorgeschoben wird, so muß es unzulässig sein, auf diesem Wege wiederholt zu klagen und nach Abweisung der ersten Klage erneut die Vernichtung desselben Patents aus demselben Klagegrund zu betreiben. Im vorliegenden Fall ist es daher vollkommen unerheblich, ob der jetzige Kl. möglichenfalls nur eine vorgeschobene Person ist, deren sich der Konditormeister F. in B. bedient, um den Rechtsstreit zu betreiben, falls nicht gleichzeitig nachgewiesen werden kann, daß auch bei der ersten Klage vom Jahre 1931 F. der eigentliche, durch einen Strohmann verdeckte Kl. war. Letzteres ist aber durch die Beweisaufnahme widerlegt. Der Konditorenbund mag zwar auf Anregung von F. vorgegangen sein, hat das Verfahren aber ganz selbständig betrieben und kann daher nicht als vorgeschobene Person angesehen werden, deren sich F. bedient hätte, um nicht persönlich in Erscheinung treten zu müssen. Die Rechtskraft der patentamtlichen Entscheidung vom Jahre 1931 steht deshalb der Erhebung der gegenwärtigen Klage nicht im Wege.

2. Gegenstand der Erfindung ist nach dem Inhalt der Patentschrift ein Behälter zur Aufnahme von Speiseeis, bei dem zur Erhöhung des Wärmeschutzes zwischen dem das Eis umgebenden Schokoladenüberzug und der äußeren Stanniolumhüllung eine Waffelschicht eingefügt ist.

Zur Begründung der Klage hat der Kl. sich in erster Reihe darauf berufen, daß das Patent schon deshalb vernichtet werden müsse, weil sein Gegenstand ein Nahrungs- oder Genussmittel sei. Schon das Pat. hat diese Auffassung mißbilligt, und es ist ihm darin beizutreten. In § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG. ist nichts Näheres darüber gesagt, wann im Sinne des Gesetzes ein Nahrungs- oder Genussmittel vorhanden ist. Zweifellos aber war der Zweck dieser gesetzlichen Vorschrift, daß man verhindern wollte, daß Nahrungs- oder Genussmittel irgendwelcher Art durch das Ausschließungsrecht eines Patentinhabers der freien Verwertung entzogen würden. Es kommt also darauf an, ob in dieser Art, entgegen der gesetzlichen Absicht, ein Nahrungs- oder Genussmittel unter Patentschutz gestellt ist. Das ist vorliegend nicht der Fall...

Nach der herrschenden Ansicht sind als Nahrungsmittel nur solche Mittel anzusehen, die zur Ernährung des Menschen dienen, von ihm genossen werden, um in den Stoffwechsel des menschlichen Organismus zum Zwecke der Ernährung einzutreten. Genussmittel sind solche, die ebenfalls in den menschlichen Körper aufgenommen werden, aber auf die Geschmacks-, Geruchs- oder Gefühlsnerven einzuwirken bestimmt sind, wie Tabak, Kaffee, vielleicht auch gewürzte Soßen u. ä. Daraus ergibt sich, daß ein Gegenstand, der in wesentlichen Teilen nicht vom Menschen verzehrt werden kann, als Ganzes nicht Nahrungs- oder Genussmittel im Sinne des Gesetzes sein kann. Wenn, wie im vorliegenden Fall, der Gegenstand der Erfindung zu einem nicht unwesentlichen Teil aus Stanniol besteht, so kann in diesem Sinne das Ganze weder als Nahrungs- noch als Genussmittel bezeichnet werden. Genügend zur Verneinung einer Schutzunfähigkeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 PatG. ist, daß ein wesentlicher Bestandteil des Gegenstandes der streitigen Erfindung nicht verzehrt werden kann und nur ein Teil des Erfindungsgegenstandes zur Aufnahme in den menschlichen Körper geeignet ist. Das hat das PatA. für entscheidend erachtet, und dem ist zuzustimmen.

(RG., I. Zivilsen., U. v. 10. April 1937, I 211/36.)
 (= RGZ. 154, 325.)

19. DLG. — § 19 GebrMusterG.; § 51 PatG. Erstattung der Kosten für die Hinzuziehung eines PatAnw. im Gebrauchsmusterprozeß. Mitwirkung des PatAnw. in der mündlichen Verhandlung ist nicht Voraussetzung für die Entstehung der Gebühr.

Der Kl. ist mit einem Anspruch aus behaupteter Gebrauchsmusterschutzverletzung gegen die Bekl. unterlegen. Die Bekl. fordert Ersatz der ihr durch Hinzuziehung eines PatAnw. entstandenen Kosten. Das LG. hat die Erstattungsfähigkeit dieser Kosten verneint, da die Zuziehung eines PatAnw. bei der Einfachheit der Sache und Rechtslage dieses Streitiges zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung nicht erforderlich gewesen sei. Die Beshw. ist begründet.

Es kann dahinstehen, ob die Sach- und Rechtslage des Streitiges, in welchem die Grundfrage der Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters des Kl. von einer Beurteilung des Standes der Technik, insbes. eines vorberöffentlichten französischen Patentes, abhängig war und ein Vorbenutzungsrecht der Bekl. geltend gemacht wurde, von vornherein so einfach war, daß die Bekl. auf eine Abweisung der Klage auch ohne Beratung durch einen PatAnw. rechnen konnte. Vor der streitigen Verhandlung der Sache und vor der Urteilsverkündung ist das neue GebrMusterG. v. 5. Mai 1936 in Kraft getreten. Nach dessen § 19 Abs. 5 sind die durch die Mitwirkung eines PatAnw. entstandenen Gebühren bis zur Höhe einer Gebühr nach § 9 RMGebD. und außerdem die notwendigen Auslagen des PatAnw. zu erstatten. Diese Erstattungsfähigkeit ist nicht abhängig von einer Prüfung, ob die Zuziehung des PatAnw. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Andererseits sind höhere Kosten von der Erstattung schlechthin ausgeschlossen (abweichend allein das Erläuterungsbuch von Genkard; vgl. die amtlichen Begründungen zu § 19 GebrMusterG. i. Verb. m. dem [insoweit gleichlautenden] § 51 PatG.). Diese Regelung ist gültig auch für Rechtsfreitigkeiten, die am 1. Okt. 1936 bereits anhängig waren (§ 23 Abs. 1 GebrMusterG.; vgl. auch § 26 Abs. 3 GebrMusterG. und amtliche Begründungen [Behinderungen anhängiger Verfahren]; K l a u e r - M ö h r i n g, „PatG. 1937“, Anm. 4 zu § 19 GebrMusterG., Anm. 6 zu § 51 PatG., S. 582, 497).

Dafür, daß eine (im vorl. Falle nicht erfüllte) Voraussetzung für die Entstehung der Gebühr nach § 51 Abs. 5 PatG. die Mitwirkung des PatAnw. in der mündlichen Verhandlung — nach § 9 Abs. 3 PatAnwG. — wäre (so K l a u e r - M ö h r i n g, Anm. 5 c zu § 51), bietet der lediglich von der Mitwirkung des PatAnw. „in dem Rechtsstreit“ sprechende Wortlaut des Gesetzes keinen Anhaltspunkt. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine Partei, um die Erstattungsfähigkeit einer Gebühr (mehrere Gebühren werden ja nach § 51 Abs. 5

PatG. niemals erstattet) zu erreichen, den PatAnw. unbedingt in einem Umfange heranziehen müßte, der im Innenverhältnisse zwischen dem Auftraggeber und dem PatAnw. mindestens zwei Gebühren (Prozeß- und Verhandlungsgebühr; vgl. B. I 11 der RMGebD.) zur Entfaltung bringt.

(DLG. Hamburg., Beschl. v. 9. April 1937, 1 W 78/37.)

Beamtenrecht

**** 20. RG. — § 6 BBG. Versetzung eines Wahlbeamten in den Ruhestand auf Grund des § 6 BBG.**

Der Sinn der Vorschrift des § 6 BBG. kann für den Regelfall nur dahin gehen, daß die bei einer Versetzung in den Ruhestand nach § 6 BBG. betroffenen Beamten unter Gewährung von Ruhegeld nach den allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen in den Ruhestand versetzt werden sollen.

Die Nichtanrechnung der Kriegsdienstzeit bei der Ermittlung der für die Gewährung von Ruhegehalt maßgeblichen Dienstzeit verstößt gegen zwingendes Reichsrecht.

Der Kl. war 8½ Jahre Bürgermeister der Bekl. und ist mit Wirkung v. 1. Jan. 1935 auf Grund des § 6 BBG. in den Ruhestand versetzt worden. Die Bekl. hat ihm für das Jahr 1935 noch ein monatliches Ruhegehalt von 197,45 RM ausbezahlt, v. 1. Jan. 1936 an aber die Auszahlung weiterer Bezüge verweigert. Sie beruft sich darauf, daß der Kl. einem Bürgermeister gleichzustellen sei, der nach Ablauf seiner Amtsperiode nicht wieder gewählt wurde, ohne dienstunfähig zu sein, daß sie nach § 5 Abs. 2 des maßgebenden Ortsstatuts einem solchen Bürgermeister gegenüber nur zur Zahlung eines Ruhegehalts auf die Dauer von höchstens einem Jahre verpflichtet sei und daß sie diese Verpflichtung erfüllt habe.

Der Kl. ist der Ansicht, daß ihm auf Grund der §§ 6 und 8 BBG. i. Verb. m. den einschlägigen hessischen Vorschriften, insbes. auch nach § 5 Abs. 1 des Ortsstatuts, jedenfalls aber auf Grund einer besonderen Vereinbarung ein Ruhegehaltsanspruch in der bisherigen Höhe auch über den 31. Dez. 1935 hinaus zustehe.

Das LG. hat dementsprechend der Klage stattgegeben, das DLG. die Klage abgewiesen. Das RG. hat das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt.

Das BG. nimmt an, daß für die Frage, ob für den Kl. ein Ruhegeldanspruch entstanden ist, gem. § 5 Abs. 1 der maßgeblichen Ortsatzung die Vorschriften des hessischen Versicherungsgesetzes für gemeindliche Beamte v. 18. Okt. 1923 (Hess. RegBl. 329), insbes. dessen Art. 12, maßgebend seien. Dort seien als Voraussetzungen für den Ruhegeldanspruch des Kl. der Eintritt der Dienstunfähigkeit und die Zurücklegung einer zehnjährigen Dienstzeit bestimmt. Beide Voraussetzungen habe der Kl. nicht erfüllt. Daß er sie etwa nicht habe zu erfüllen brauchen, sei den Vorschriften des BBG. und seinen Durchf. nicht zu entnehmen. Dem Kl. stehe daher ein Anspruch aus § 5 Abs. 1 der Ortsatzung nicht zu. Soweit er einen Anspruch auf § 5 Abs. 2 daselbst hätte stützen können, sei er bereits befriedigt.

Die Versetzung des Kl. in den Ruhestand ist auf Grund des § 6 BBG. i. d. Fass. des Änderungsg. v. 23. Juni 1933 (RGBl. I, 389) erfolgt. Dieser bestimmt, soweit er hier in Betracht kommt, daß zur Vereinfachung der Verwaltung oder im Interesse des Dienstes Beamte in den Ruhestand versetzt werden können, auch wenn sie noch nicht dienstunfähig sind. Die Vorschrift durchbricht in erster Linie allerdings lediglich die in Art. 129 Abs. 2 WeimVerf. erlassenen Vorschriften, wonach sie — von der Altersgrenze und sonstigen Voraussetzungen abgesehen — nur im Falle der Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt werden können. Ob einem auf Grund des § 6 BBG. in den Ruhestand versetzten nicht dienstunfähigen Beamten ein Ruhegeldanspruch zusteht, ist im BBG. — wenigstens ausdrücklich — nicht geregelt. Insoweit finden nach der 3. Durchf. zum BBG. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) Nr. 3 zu § 6 nicht die einschränkenden Vorschriften der §§ 8 ff. BBG., sondern nach

der 4. Durchf. d. dazu v. 18. Juli 1933 (RGBl. I, 515) Nr. 3 zu § 6 die allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen Anwendung. Das ist im vorl. Fall das für hessische Gemeindebeamte geltende Landesrecht, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des VG. nicht hinaus erstreckt und dessen Anwendung durch das VG. daher nach § 549 ZPO. in dieser Instanz nicht nachgeprüft werden kann. Damit erledigen sich die Rügen der Rev., die eine unrichtige Anwendung oder die Nichtanwendung von Vorschriften des hessischen Landesrechts beanstanden. Insbesondere können auch die hierauf bzgl. Verfahrensrügen, vor allem soweit sie die Verletzung des § 286 ZPO. behaupten, nach der ständigen Rspr. des RG. (RGZ. 95, 146/147; 150, 286 = JW. 1936, 1657¹; RGUrt. III 110/36 v. 8. Jan. 1937 = JW. 1937, 1249¹⁵) nicht beachtet werden. Zu prüfen bleibt vielmehr lediglich, ob das VG. bei seiner Rechtsanwendung gegen das in Frage kommende Reichsrecht, nämlich die §§ 6 und 8 BBG. und die dazu von Reichs wegen ergangenen Durchf. Best., verstoßen hat und ob die von ihm angewendeten landesrechtlichen Rechtsätze mit dem Reichsrecht vereinbar sind.

Mit Recht rügt in dieser Hinsicht die Rev. die Verletzung des § 6 BBG. Wenn diese Vorschrift auch über die Frage, ob dem auf ihrer Grundlage in den Ruhestand versetzten Beamten ein Anspruch auf Ruhelohn erwächst, selbst keine Regelung trifft, so erschöpft sich ihre rechtliche Bedeutung und Tragweite doch nicht darin, daß sie die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand gestattet, auch wenn er nicht dienstunfähig ist. Aus ihrem Sinn und Zweck und dem Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen des BBG. ergibt sich vielmehr, daß, wenn auf ihrer Grundlage ein nicht dienstunfähiger Beamter in den Ruhestand versetzt wird, seine Dienstunfähigkeit nicht eine Voraussetzung für die Entstehung eines Ruhelohnanspruchs bilden darf. Nach § 6 BBG. sollen Beamte, bei denen die für die Regelungen in den §§ 2—4 daselbst maßgebenden persönlichen Verhältnisse nicht zutreffen, aus sachlichen Gesichtspunkten vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden können. Weil dabei sachliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sind, kann die Versetzung in den Ruhestand solchenfalls nicht eine Art Strafmaßnahme für den betroffenen Beamten darstellen. § 6 BBG. kann also nicht die Bedeutung haben, daß einem solchen Beamten aus der Versetzung in den Ruhestand ein darüber hinausgehender Nachteil erwachsen soll. Der Sinn der Vorschrift kann daher für den Regelfall nur dahin gehen, daß die betroffenen Beamten unter Gewährung von Ruhelohn in den Ruhestand versetzt werden sollen. Das ergibt sich auch daraus, daß sogar den wegen ihrer persönlichen Verhältnisse entlassenen (§ 4 BBG.) oder in den Ruhestand versetzten (§ 3 BBG.) Beamten ein — wenn auch beschränkter (§ 8 ff. daselbst) — Ruhelohnanspruch gewährt wird (vgl. RGZ. 149, 51 = JW. 1936, 381⁸ m. Anm. und die Senatsentscheidung III 18/35 v. 31. Jan. 1936, abgedr. ZBR. 7, 90). Es ist unvorstellbar, daß der Gesetzgeber zwar Beamten, die z. B. nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten und deswegen aus dem Dienste entlassen werden, einen solchen Ruhelohnanspruch gewährt hätte, nicht aber Beamten, bei denen solche besonderen Umstände nicht vorliegen und deren Ausscheiden aus dem Dienst lediglich zur Vereinfachung der Verwaltung oder im Interesse des Dienstes erfolgen muß. Diesen Beamten würde aber ein Ruhelohnanspruch in der Regel wenigstens nicht erwachsen können, wenn seine Entstehung an die Voraussetzung der Dienstunfähigkeit geknüpft wäre. Die Entstehung des Ruhelohnanspruchs für die von § 6 BBG. betroffenen Beamten kann also von dem Vorliegen der Dienstunfähigkeit nicht abhängig sein. Daraus ergibt sich, daß ein solcher Beamter so zu behandeln ist, wie wenn im Zeitpunkt seiner Versetzung in den Ruhestand Dienstunfähigkeit eingetreten wäre. Das hat das VG. verkannt. Es will den Kl. denjenigen Wahlbeamten gleichstellen, die nach Ablauf ihrer Dienstzeit nicht wieder gewählt worden sind und deswegen aus dem Dienste ausscheiden müssen. Für diese Annahme fehlt es an jeder ersichtlichen rechtlichen Grundlage. § 6 BBG. knüpft selbst an die Dienstunfähigkeit an und macht insoweit auch hinsichtlich der Wahlbeamten keinen Unterschied. Daß dabei auch an die Wahlbeamten gedacht worden ist, ergibt sein Absf. 2, wo die Vorschriften des Absf. 1 Satz 2 daselbst als auf diese Beamten

nicht anwendbar erklärt werden. Auch sie sind also im übrigen wie die sonstigen Beamten zu behandeln. Ohne gesetzliche Grundlage den Tatbestand der Nichtwiederwahl zu unterstellen, ist willkürlich. Das VG. bezieht sich hierfür auch zu Unrecht auf die Entsch. des erl. Sen. in RGZ. 149, 51 (60/61) = JW. 1936, 381⁸ m. Anm. Dort stand in Frage, ob die in § 5 des badischen Durchf. zum BBG. v. 29. Jan. 1934 hinsichtlich der Höhe des Ruhelohnes ausgesprochene Gleichstellung der Entlassung nach § 4 BBG. mit dem Fall der Nichtwiederwahl i. S. des § 27 BadGemD. als eine nach § 17 Absf. 2 statthafte ergänzende landesrechtliche Vorschrift angesehen werden könne (vgl. RGZ. 153, 244 = JW. 1937, 1249¹⁵). Das ist damals allerdings bejaht worden. Es handelte sich dabei aber, wie ohne weiteres erkennbar ist, um eine ganz andere Frage als hier, und es geht nicht an, im Hinblick auf jene einen besonderen Fall betr. Entsch. die Versetzung eines Wahlbeamten in den Ruhestand auf Grund des § 6 BBG. schlechthin mit dem Fall der Nichtwiederwahl gleichzusetzen und dann die Entstehung eines Ruhelohnanspruchs eines solchen Beamten davon abhängig zu machen, ob und in welchem Umfang eine Ortsatzung einem nicht wieder gewählten Wahlbeamten einen Ruhelohnanspruch gewährt.

Dieser Rechtsstandpunkt findet durch die bereits erwähnte Bestimmung in der 4. Durchf. d. Nr. 3 zu § 6 BBG. seine volle Bestätigung. Danach sollen bei einer Versetzung in den Ruhestand nach § 6 BBG. die allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen gelten. Hätte das den Sinn, daß solchenfalls der Ruhegehaltsanspruch an die Dienstunfähigkeit des Beamten, die Erreichung der Altersgrenze usw. geknüpft sein sollte, so wäre in Wirklichkeit regelmäßig ein Ruhegehaltsanspruch verjährt, weil Dienstunfähigkeit, Erreichung der Altersgrenze usw. bei einer Versetzung in den Ruhestand nach § 6 BBG. ja gerade nicht vorliegen. Die in Rede stehende Bestimmung der Durchf. d. wäre dann für den Regelfall gegenstandslos und damit sinnlos. Es gilt in dieser Hinsicht das entsprechende, was in dem Senatsurteil RGZ. 149, 58 zur Nr. 1 zu § 8 der 3. Durchf. d. ausgeführt worden ist.

Zu den hiernach anzuwendenden allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen gehört nun allerdings die vom VG. angeführte Vorschrift in § 12 Absf. III des hessischen VersicherungsG. für gemeindliche Beamte, wonach für die Entstehung eines Ruhelohnanspruchs weiter vorausgesetzt ist, daß der Beamte eine Dienstzeit von 10 Jahren zurückgelegt haben muß. Diese Vorschrift hat das VG. mit Recht angewendet. Was der Kl. hiergegen aus den §§ 8 ff. BBG. ableiten möchte, erweist sich schon deswegen als fehlerhaft, weil die dort aufgestellte gleichlautende Voraussetzung für die Ruhegehaltsansprüche der nach den §§ 3 und 4 BBG. in den Ruhestand versetzten Beamten als eine Erschwernis gegenüber etwa bestehenden geringeren Anforderungen in den allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen eingeführt worden ist, also gegenüber solchen Bestimmungen, die das Erfordernis einer zehnjährigen Dienstzeit für die Entstehung eines Ruhelohnanspruchs nicht kennen. Wenn das VG. für die in den §§ 3 und 4 geregelten Fälle das Erfordernis einer zehnjährigen Dienstzeit als Erschwernis für die Gewährung eines Ruhelohnanspruchs aufstellt, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß dieses Erfordernis in den Fällen des § 6, in denen die §§ 8 ff. nicht gelten, schlechthin nicht Anwendung finden könne. Das trifft nur dann zu, wenn es in den anzuwendenden allgemeinen versorgungsrechtlichen Bestimmungen nicht vorgesehen ist. Wo es aber an sich gilt, ist es durch das VG. für die Fälle des § 6 nicht beseitigt worden.

Das VG. kommt zu dem Ergebnis, daß der Kl. dieses Erfordernis nicht erfüllt habe, indem es die Anrechnung seiner Kriegsdienstzeit ablehnt. Es folgert aus § 12 Absf. III i. Verb. m. § 17 des wiederholt erwähnten hessischen VersicherungsG. für gemeindliche Beamte, daß eine solche Anrechnung der Kriegsdienstzeit zwar für die Berechnung der für die Höhe des Ruhegehalts maßgebenden Dienstzeit, nicht aber für die Ermittlung der für die Entstehung des Anspruchs vorausgesetzten zehnjährigen Dienstzeit zulässig sei. An sich können die Berechnungsgrundlagen hinsichtlich dieser beiden Dienstzeiten verschieden geregelt sein, wenngleich vielfach ihre Vereinheitlichung angestrebt wird (wie etwa im BeamtenG.) auch durchgeführt worden ist (vgl. RGZ. 84, 56; 113, 219 = JW.

einkommen, dessen Wegfall nach § 1 Abs. 6 BUZG. die Voraussetzung für den Ersatz von Heilungskosten bildet, kann unmöglich etwas anderes verstanden werden als unter dem Diensteinkommen im Sinne des Abs. 1 desselben § 1, von dem die Unfallpension des verletzten Beamten berechnet wird (RGZ. 95, 319). Das ist im vorliegenden Falle aber das volle Diensteinkommen des Kl., das er als Lokomotivführer vor dem Eintritt in den einseitigen Ruhestand bezogen hat. Dieses Einkommen bezog der Kl. nach dem 1. Febr. 1924 nicht mehr, sondern seitdem nur das gemäß § 26 RBG. verkürzte Wartegeld. Der soziale Zweck des BUZG. rechtfertigt es auch dem inneren Grunde nach, diese Verkürzung der Bezüge als entscheidend anzusehen. Aus demselben Grunde kann es ferner nicht darauf ankommen, ob der Kl. gerade wegen der Folgen des Unfalls oder aus anderer Veranlassung in den einseitigen oder dauernden Ruhestand versetzt worden ist.

Kann demnach keine Rede davon sein, daß der Kl. das Recht auf Ersatz von Heilungskosten erst mit Beginn des Jahres 1930 erworben hat, so ist weiter zu fragen, ob die Klage angesichts des früheren Bescheids der RVD. v. 8. Febr. 1929 an den Bestimmungen des § 150 RBG. scheitern muß, wie beide Vorinstanzen angenommen haben. Die Anwendbarkeit der genannten Vorschrift auf Ansprüche aus Betriebsunfällen ergibt sich ohne weiteres aus § 9 BUZG. Für derartige Ansprüche ist demnach der Rechtsweg nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Der Klage muß nach § 150 Abs. 1 RBG. die Entscheidung der obersten Reichsbehörde — hier des Reichsverkehrsministers — vorausgehen, durch deren Bekanntmachung der Rechtsweg erst eröffnet wird. Beschreitet ihn der Beamte nicht innerhalb von sechs Monaten, so geht er seines Klagerechts verlustig. Die Befugnis zur Entscheidung darüber, welche Pension und demnach auch welche Heilungskosten dem Beamten zustehen, kann indessen nach § 9 BUZG. i. Verb. mit § 54 RBG. von der obersten Reichsbehörde, d. h. dem Reichsverkehrsminister auf die höhere Reichsbehörde, d. h. die Reichsbahndirektion übertragen werden. Daß dies geschehen ist, hat das BG. zutreffend festgestellt. Die Befugnisse der Reichsbahndirektionen haben sich insoweit durch das RBahnG. (§ 17) nicht geändert. Die RVD. B. hat daher am 8. Febr. 1929 an Stelle der obersten Reichsbehörde entschieden. Die vorliegende Ermächtigung verleiht aber der getroffenen Entscheidung ohne weiteres die Eigenschaft, die Grundlage des im § 150 Abs. 2 RBG. vorgesehenen weiteren Rechtsgangs zu bilden. Da der Kl. es damals unterlassen hat, innerhalb der gesetzlichen Ausschlußfrist von sechs Monaten die Beschwerde an den Reichsverkehrsminister zu erheben, ist es ihm nach § 150 Abs. 2 RBG. nunmehr versagt, seinen Anspruch insoweit gerichtlich geltend zu machen, als er durch den damaligen Bescheid erledigt worden ist.

(RG., III. ZivSen., II. v. 6. April 1937, III 172/36.) [v. B.]

*

22. RG. — PrBes. v. 2. Juni 1902 betr. die Fürsorge für Beamte infolge von Betriebsunfällen; Reichsunfallfürsorgegesetz für Beamte und Personen des Soldatenstandes v. 18. Juni 1901; VD. der Preuß. Staatsregierung v. 24. Jan. 1919. Zur Frage, was die VD. v. 24. Jan. 1919 unter den Dienstunfällen (Körperverletzung und Todesfällen) versteht, die „aus Anlaß der Ausübung des Dienstes während der gegenwärtigen Unruhen erlitten worden sind“. War auch der eigentliche Zweck der VD. vom 24. Jan. 1919 darauf gerichtet, die durch die damaligen Unruhen besonders gefährdeten Beamten durch Anwendung der gegenüber den allgemeinen landesgesetzlichen Ruhegehaltsbestimmungen in der Regel günstigeren Unfallruhegehaltsvorschriften des Gesetzes v. 2. Juni 1902 besserzustellen, so ist es doch eine unausbleibliche Folge der VD., daß alle sonst wegen des Unfalls auf Grund des Preuß. Landesrechts etwa erwachsenden Schadensersatzansprüche gegen den öffentlichen Dienstherrn, etwa aus Amtspflichtverletzung oder Verletzung der Fürsorgepflicht gemäß § 10 Pr-BUZG., ausgeschlossen sind.

Der Kl., der seit dem 8. Juli 1918 als Hilfsgefangenen-aufscher im Beamtenverhältnis stand, wurde am Abend des 3. April 1919 bei einem dienstlichen Rundgang auf dem Flur

des Gerichtesgefängnisses in Wiesbaden von drei aus einer Gemeinschaftszelle ausgebrochenen Gefangenen überfallen, gefesselt und getnebelt. Er erkrankte infolgedessen und konnte erst Ende Juni 1919 seinen Dienst wieder aufnehmen, ohne jedoch, wie er behauptet, seine volle Gesundheit je wieder erlangt zu haben. Vom Jahre 1923 ab zeigten sich schwerere Krankheitsercheinungen und erforderlichen Verurlaubungen.

Ende 1933 stellte sich schließlich seine dauernde Dienstunfähigkeit heraus. Auf Veranlassung seiner vorgesetzten Dienstbehörde beantragte er Ende Jan. 1934 seine Zuruhesetzung. In einer nachträglichen Eingabe behielt er sich jedoch vor, Ansprüche aus dem Überfall zu erheben.

Durch Verfügung des GenStA. wurde er sodann zum 1. Juli 1934 in den Ruhestand versetzt. Der JustMin. entschied durch Erl. v. 16. Mai 1934 unter Hinweis auf seine RdVfg. v. 10. Aug. 1929, I 10408, dahin, daß auf den Kl. das PrBes. v. 2. Juni 1902 betr. die Fürsorge für Beamten infolge von Betriebsunfällen — Pr-BUZG. — (GS. 153) anzuwenden sei. Demgemäß erhielt der Kl. das Unfallruhegehalt in Höhe von 66 $\frac{2}{3}$ % seines letzten Dienstverdienstes, während sein Ruhegehalt nach dem Zivildienstgesetz vom 27. März 1872 (GS. 268) nur 57% betragen haben würde.

Mit der Klage hat er vom 1. Juli 1934 ab bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres die Zahlung des Mehrbetrages des Dienstverdienstes verlangt, das ihm bei nicht vorzeitiger Zuruhesetzung bis dahin zugekommen wäre.

Er führt seine vorzeitige Zuruhesetzung auf die Krankheitsfolgen des Überfalles vom 3. April 1919 zurück und hat für den Überfall den verklagten Preussischen Staat (jetzt: Deutsches Reich) verantwortlich gemacht. Er findet die allgemeine Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten dadurch schuldhaft verletzt, daß der Nachdienst in dem damals überfüllt gewesenem Gefängnis von nur zwei Beamten kontrolliert worden sei, von denen der eine während der Kontrollgänge des anderen auf der Wachtstube habe schlafen dürfen und der zweite Beamte zur Zeit des Überfalles noch dazu ein Schwerekriegsbeschädigter gewesen sei, und daß die Zellentüren einen mangelhaften Verschluss gehabt hätten. Diese angeblichen Mißstände beruhen nach seiner Behauptung zugleich auf schuldhaften Amtspflichtverletzungen der dafür verantwortlichen Beamten.

Der Kl. ist in allen Instanzen unterlegen.

Den Schadensersatzanspruch auf den Unterschiedsbetrag zwischen dem ihm gewährten Unfallruhegehalt und seinem jeweiligen Dienstverdienst stützt der Kl. einmal auf Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Preussischen Staates, in dessen Diensten er seinerzeit stand, gegenüber seinen Beamten, und leitet er zum andern aus der Haftung des Staates für die in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzungen seiner Beamten her. Der Bekl. hat eingewendet, daß beide Klagegründe den Anspruch nicht tragen, weil der Kl. infolge des auf ihn angewendbaren Pr-BUZG. wegen der Folgen seiner von ihm auf den Überfall v. 3. April 1919 zurückgeführten dauernden Dienstunfähigkeit mit dem ihm gewährten höheren Ruhegehalt in vollem Umfang abgefunden sei.

Beide Klagegründe sind dem preussischen Landesrecht entnommen. Der dem öffentlichen Dienstherrn gegenüber seinen Beamten obliegenden allgemeinen Fürsorgepflicht, deren Verletzung der Kl. behauptet, liegt zwar der im § 618 BGB. zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke zugrunde. Sie folgt aber für den im Dienst des Preussischen Staates zu Schaden gekommenen Kl. lediglich aus dem preussischen öffentlichen Recht, in welchem jener Rechtsgedanke ebenfalls Anerkennung gefunden hat. Ebenso kann der weitere Klagegrund der Staatshaftung für den durch angebliche Amtspflichtverletzungen herbeigeführten Schaden nur auf § 1 des preussischen Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt v. 1. Aug. 1909 (GS. 691) beruhen, weil zur Zeit des angeblich vom Beamten verschuldeten schadenbringenden Ereignisses, des Überfalles vom 3. April 1919, die allgemeine reichsrechtliche Haftungsvorschrift des Art. 131 WeimVerf. noch nicht bestand. Es geht

nicht an, dem Art. 131 rückwirkende Kraft beizulegen (s. auch RÖZ. 112, 337 = JWB. 1926, 1442³ [m. Anm.]).

Auf Ansprüche, welche den im § 1 PrBUZG. bezeichneten Beamten — der im Gesetz mitgenannte § 2 bezieht sich auf die Hinterbliebenen von Beamten und hat für den Rechtsstreit keine Bedeutung — „wegen eines im Dienste erlittenen Betriebsunfalles aus preussischen Landesgesetzen zu sehen“, finden nun nach § 10 des Gesetzes die für reichsgesetzliche Ansprüche geltenden Vorschriften der §§ 10 und 11 des Reichsunfallfürsorgegesetzes für Beamte und Personen des Soldatenstandes v. 18. Juni 1901 — RBUZG. — (RÖZ. Bl. 211) entsprechende Anwendung. Danach haben die bezeichneten Beamten einen Anspruch auf Ersatz des durch den Unfall erlittenen Schadens gegen die Betriebsverwaltung, in deren Dienste der Unfall sich ereignet hat, überhaupt nicht. Sie sind also im Falle ihrer Zuruhesetzung, wenn ihnen nicht nach anderweiter gesetzlicher Vorschrift, etwa wegen langer Dienstzeit nach dem ZivildienstgehaltsG. v. 27. März 1872, ein höheres Ruhegehalt zusteht (§ 1 Abs. 5 PrBUZG.), auf das ihnen im Regelfalle günstigere Unfallruhegehalt beschränkt.

Entscheidend ist hiernach, ob der Kl. vom Bekl. mit Recht auf Grund des preussischen BUZG. in den Ruhestand versetzt worden ist. Ob die Gerichte diese Frage nachzuprüfen überhaupt befugt und nicht vielmehr an die vom Bekl. getroffene Anordnung der Zuruhesetzung des Kl. ihrem vollen Inhalt nach gebunden sind (vgl. RÖZ. 94, 32; 110, 264; 140, 372 = JWB. 1933, 1716⁴ [m. Anm.]), kann dahingestellt bleiben, da auch die Nachprüfung die Gesetzmäßigkeit der Zuruhesetzung nur bestätigen kann.

Der Kl. fällt zwar nicht unter die im § 1 PrBUZG. bezeichneten Beamten. Denn § 1 billigt das bevorzugte, aber jeden auf preussischem Landesrecht beruhenden Schadensersatzanspruch ausschließende Unfallruhegehalt nur den unmittelbaren Staatsbeamten zu, welche in reichsgesetzlich der Unfallversicherung unterliegenden Betrieben beschäftigt sind und dort im Dienst einen Betriebsunfall erleiden, der ihre Zuruhesetzung zur Folge hat. Die Gefängnisverwaltung, in welcher der Kl. beschäftigt war, bildet keinen der reichsgesetzlich der Unfallversicherung unterliegenden Betrieb und sein im Gefängnisdienst erlittener Dienstunfall deshalb keinen Betriebsunfall im Sinne des genannten Gesetzes.

Das BG. entnimmt aber die Anwendbarkeit des PrBUZG. auf den Kl. und den aus § 10 des Ges. folgenden Ausschluß des mit der Klage verfolgten Schadensersatzanspruches mit Recht aus der von der Preussischen Staatsregierung am 24. Jan. 1919 mit Gesetzeskraft erlassenen WD. (GS. 18), nach welcher das Gesetz auf alle unmittelbaren Staatsbeamten und deren Hinterbliebenen Anwendung zu finden hat, „soweit es sich um Körperverletzungen und Todesfälle handelt, die aus Anlaß der Ausübung des Dienstes während der gegenwärtigen Unruhen erlitten worden sind“. Die WD. ist nach § 9 des Ges. zur vorläufigen Ordnung der Staatsgewalt in Preußen vom 20. März 1919 (GS. 13) in Kraft geblieben. Nur ihr zweiter Absatz, nach welchem die Regierung nach Zeit und Ort bestimmen sollte, welche Unruhen unter die Gesetzesverordnung fallen, ist durch WD. v. 7. Aug. 1919 (GS. 151) zufolge eines dahingehenden Beschlusses der verfassungsgebenden preussischen Landessammlung vom 19. Juli 1919 wieder gestrichen worden.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die WD. die Anwendbarkeit des genannten Gesetzes über das Gebiet der eigentlichen Betriebsunfälle hinaus gerade auf jeden während der damaligen Unruhen von Beamten an Leib oder Leben erlittenen Dienstunfall vorschreibt und somit eine Erweiterung sowohl des persönlichen als auch des sachlichen Geltungsbereichs des Gesetzes enthält. Fraglich kann nur die Richtigkeit der Auffassung des BG. darüber sein, was die WD. unter den Dienstunfällen (Körperverletzung und Todesfällen) versteht, „die aus Anlaß der Ausübung des Dienstes während der gegenwärtigen Unruhen erlitten worden sind“.

Zufolge der schon erwähnten Streichung des ursprünglichen zweiten Absatzes der WD. ist das Gericht bei der Fest-

stellung der Gesetzesabsicht in dieser Richtung in keiner Weise mehr gebunden, vor allem auch nicht hinsichtlich des Begriffs der in der WD. genannten „gegenwärtigen Unruhen“. Auch die zur Ausführung der WD. ergangenen Verwaltungsvorschriften binden das Gericht bei seiner Auslegung nicht. Doch können sie ihm für die Erforschung der Gesetzesabsicht einen Fingerzeig geben, der um so wertvoller sein wird, wenn die Vorschriften noch aus dem Kreise der an dem Erlaß der WD. beteiligten Regierungsmitglieder stammen. Dies trifft zu auf die zugleich im Namen des FinM. ergangene Bg. des RdZ. v. 22. März 1920 (MBlB. 121), welche für die Ausführung der WD. gewisse Richtlinien aufstellt. Nach ihrer Nr. 1 ist der Begriff „gegenwärtige Unruhen“ dahin anzufassen, daß „er sämtliche Unruhen, Putzche, Bandenausschreitungen, gewalttätige Überfälle, Zusammenrottungen und Zusammenläufe von Menschen und ähnliche Vorfälle umfaßt, die im gesamten Staatsgebiet seit dem 3. Nov. 1918 stattgefunden haben und bis auf weiteres stattfinden werden“, und gehören dazu „auch die politischen Unruhen und Wirren“. Der Begriff beschränkt sich hiernach keineswegs auf politische Unruhen, sondern schließt gefährliche Ausschreitungen jeder Art ein, an denen damals eine Mehrheit von Menschen mitgewirkt hat. In der politisch aufgeregten Zeit der letzten Kriegsmomente und noch einer ganzen Reihe von Nachkriegsjahren hatte die Achtung vor den staatlichen Gewalten im Deutschen Reich überall stark verloren. Das zeigte sich nicht nur in immer neuen gewalttätigen politischen Bestrebungen, sondern auch in einer erschreckenden Zunahme aller Rohheitsverbrechen. Dadurch erhöhten sich die Gefahren für Leib und Leben aller Beamten, die dienstlich irgendwie an der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der ins Wanken geratenen Ordnung und Sicherheit beteiligt waren, und die Gefahren waren besonders groß, wenn die Ausschreitungen von einer Mehrheit von Personen ausgingen. Zur Minderung der aus dieser besonderen Gefahrenlage den Beamten erwachsenen und erwachsenden Nachteile wollte die WD. beitragen, wenn sie die Beamtenunfallfürsorge des preussischen Ges. v. 2. Juni 1902 auf alle Staatsbeamten erstreckte, die infolge der gefährlichen Unsicherheit jener unruhigen Zeit aus Anlaß der Ausübung ihres Dienstes körperlich zu Schaden gekommen waren oder kamen. Dann kann aber zum mindesten für Fälle, in denen der Beamte von mehreren Personen verletzt worden war, die vom BG. gebilligte Ansicht keinen begründeten rechtlichen Bedenken begegnen, welche der spätere Preuß. JustMin. im Einverständnis mit dem FinM. in der, soweit ersichtlich, nirgends abgedruckten RdVfg. v. 10. Aug. 1925, I 10408, zum Ausdruck gebracht hat. Sie geht dahin, „daß von dem Begriff der gegenwärtigen Unruhen i. S. der WD. v. 24. Jan. 1919 (GS. 18) auch die gegenüber der Vorkriegszeit allgemein stärkere Gefährdung umfaßt wird, der bestimmte Dienstzweige infolge der weitgehenden Verwilderung der Sitten und des Schwindens der Achtung vor den Vertretern der Staatsgewalt ausgesetzt sind“, und daß demgemäß das PrBUZG. auch auf die Strafanstaltsaufsichtsbeamten anzuwenden ist, die in ihrem Dienst „durch Angriff auf Leib und Leben bei der Abwehr solcher Angriffe oder bei der Abwehr von vermuteten derartigen Angriffen einen Unfall erleiden oder erlitten haben...“. Der Unfall des bei der Meuterei von Gefangenen am 3. April 1919 zu Schaden gekommenen Kl. fällt noch in die ersten Monate nach Erlaß der WD. v. 24. Jan. 1919, als von einer Veruhigung der gefährlichen Zustände im Lande noch nicht die Rede sein konnte. Um so weniger kann es deshalb rechtlichen Bedenken begegnen, wenn der RM. unter Berufung auf die RdVfg. v. 10. Aug. 1925 in seiner vom GenStM. eingeholten Entsch. v. 16. Mai 1934 gemäß der WD. v. 24. Jan. 1919 die Anwendung des genannten Gesetzes auf den Kl. angeordnet hat.

Als mausbleibliche Folge der gebotenen Anwendung des Gesetzes ergibt sich aber der in seinem § 10 angeordnete Ausschluß aller sonst wegen des Unfalls auf Grund des preussischen Landesrechts dem Kl. etwa erwachsenen Schadensersatzansprüche gegen seinen öffentlichen Dienstherrn. Allerdings war der eigentliche Zweck der WD. v. 24. Jan. 1919 darauf gerichtet, die durch die damaligen Unruhen besonders

gefährdeten Beamten durch Anwendung der gegenüber den allgemeinen landesgesetzlichen Ruhegehaltsbestimmungen in der Regel günstigeren Unfallruhegehaltsvorschriften des Gef. v. 2. Juni 1902 besserzustellen. Es kann aber nicht angenommen werden, daß sich die damalige Regierung bei Erlass der WD. nicht dessen bewußt gewesen sein sollte, daß die für die Beamten im Regelfalle vorteilhafte Anwendung des Gesetzes im Einzelfalle wegen der in § 10 angeordneten Ausschließung von landesgesetzlichen Schadenersatzansprüchen zu seinem Nachteil ausschlagen konnte. Eine vom Gesetzgeber etwa doch beabsichtigt gewesene Nichtanwendbarkeit dieser Ausschließungsbestimmung hat in der WD. jedenfalls keinerlei Ausdruck gefunden und muß schon deshalb außer Betracht bleiben.

(RG., III. Zivilsen., U. v. 27. April 1937, III 190/36.) [v. B.]

*

**** 23. RG. — PrGef. v. 13. Dez. 1929; RGef. über die Rechtswirklichkeit der Bestellung hauptamtlicher Gemeindevorsteher und Schöffen in Preußen v. 24. Okt. 1934 (RGBl. I, 1069). Wortlaut wie Inhalt des RGef. v. 24. Okt. 1934 weisen eindeutig darauf hin, daß es lediglich eine rückwirkende Einschränkung des PrGef. v. 13. Dez. 1929 auf solche Personen anordnen wollte, die für mindestens zwölf Jahre gegen wirkliches Gehalt zu Gemeindevorstehern oder Schöffen berufen worden waren, daß es also rückwirkend dieses Gesetz nur aufheben wollte, soweit es Bestimmungen auch für Gemeindevorsteher und Schöffen von kürzerer Wahlzeit und ohne wirkliches Gehalt getroffen hatte. Schadenersatzansprüche dieser Personen aus Amtspflichtverletzungen bei Bestätigung der Wahl usw. bleiben durch das RGef. unberührt.**

Der Kl., der damals in W. wohnte, wurde im Herbst 1924 mit Wirkung vom 1. Nov. 1924 ab zum besoldeten hauptamtlichen Gemeindevorsteher der Landgemeinde R. gewählt und landrätlich bestätigt. Er ist Ende Nov. 1924 von W. nach R. übersiedelt und hat hier die Gemeindevorstehergeschäfte vom 1. Dez. 1924 ab geführt, bis er Ende Juli 1926 zwangsweise beurlaubt und demnächst im Dienststrafweg seines Dienstes vorläufig enthoben wurde. Um dieselbe Zeit stiegen auch Bedenken auf, ob die Wahl des Kl. im Hinblick auf § 75 der östlichen LGemD. gültig sei. Am 22. Nov. 1926 stellte der PrMdZ. endgültig fest, daß die Wahl des Kl. un- gültig war, weil R. damals weniger als 3000 Einwohner hatte und deshalb nach der genannten Gesetzesbestimmung keinen besoldeten Gemeindevorsteher haben konnte. Diese Entscheidung ist dem Kl. durch den Landrat erst am 10. Febr. 1928 eröffnet worden. Bis dahin war der Kl. notgedrungen in R. wohnen geblieben. Er hat dann bis zum Frühjahr 1929 an der Handelshochschule in V. (Steuerinstitut) studiert, konnte aber wegen Mangel an Mitteln das Studium nicht zum Abschluß bringen und ist schließlich in Vermögensverfall geraten. Er war jahrelang ohne Einkommen und hat erst im April 1934 eine mäßig bezahlte Beschäftigung gefunden. Er will dadurch, daß er zur Übersiedlung von W. nach R. veranlaßt und hier bis Febr. 1928 festgehalten worden ist, und durch die dadurch veranlaßte weitere Entwicklung der Dinge erheblichen Vermögensschaden erlitten haben. Schon im Frühjahr 1927 hat er auf Grund des § 839 BGB. verbunden mit Art. 131 WeimVerf. gegen die Gemeinde R. Klage auf Schadenersatz in Höhe von vorläufig 10 000 RM erhoben; dieses Verfahren ist noch beim LG. anhängig. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt er auf Grund derselben Gesetzesbestimmungen Ersatz desselben Schadens vom Land Preußen mit der Begründung, der damalige Landrat habe seine ihm (dem Kl.) gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft dadurch verletzt, daß er 1. im Jahre 1924 die Wahl bestätigt und 2. die Entscheidung des MdZ. v. 22. Nov. 1926 über die Ungültigkeit der Wahl ihm, dem Kl., erst im Febr. 1928 eröffnet habe. Später hat er noch eine Amtspflichtverletzung des RegPräs. herangezogen, der die Festsetzung des Ruhegehalts des Kl. auf Grund des Preuß. Gef. v. 13. Dez. 1929 schuldhaft verzögert haben soll. Das Klageverlangen ging im gegenwärtigen Rechtsstreit ursprünglich auf Verurteilung des Bekl. zur Zahlung von 10 000 RM und auf Feststellung, daß der Bekl. dem Kl. allen weiteren Schaden zu ersetzen habe. Das OLG.

hatte den auf 10 000 RM gerichteten Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt (Urt. v. 26. März 1934). Dieses Urt. wurde vom RG. bestätigt durch Urt. v. 5. Okt. 1934, III 121/34.

Im anschließenden Bettragsverfahren hat der Kl. seinen Zahlungsanspruch erweitert.

Das OLG. hat zunächst durch Teilverteil den Bekl. zur Zahlung von 4000 RM verurteilt, das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen (Urt. v. 29. Aug. 1935). Hiergegen richtet sich die Rev. des Bekl., jedoch ohne Erfolg.

Das OLG. hat sodann durch Schlußurteil den erweiterten Anträgen des Kl. entsprochen.

Das OLG. hat mit Urt. v. 10. Sept. 1936 das landgerichtliche Urt. geändert und zum Teil (insolge Zahlung) den Rechtsstreit für erledigt erklärt, die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urt. hat nur der Kl. Rev. eingelegt, mit dem Erfolg, daß das RG. die Sache an das OLG. zurückverwies.

Das RG. hatte beide Rev. zu gemeinschaftlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Die Zurückweisung der Rev. des Bekl. gegen das Urt. des OLG. v. 29. Aug. 1935 war geboten. (Wird ausgeführt.)

Während das OLG. in diesem Urt. v. 29. Aug. 1935 die Frage nach dem Grund der streitigen Schadenersatzansprüche des Kl. im Hinblick auf das Urteil des erkennenden Senats v. 5. Okt. 1934, III 121/34 nicht zu prüfen hatte, war es in seinem Urt. v. 10. Sept. 1936 zu einer abermaligen Prüfung dieser Vorfrage schon deshalb genötigt, weil beim Erlass des dem genannten Senatsurteil v. 5. Okt. 1934 zugrunde liegenden Urt. des OLG. v. 26. März 1934 zunächst nur ein Teilbetrag von 10 000 RM in Streit stand, dieser aber inzwischen durch das Teilverteil des OLG. über 4000 RM und die Zahlung des Bekl. von 6400 RM erschöpft ist. Bei seiner neuen Prüfung ist das OLG. zunächst wie in seinem Urt. v. 26. März 1934 zu der Feststellung gekommen, daß der damalige Landrat die ihm mit der Klage vorgeworfenen schuldhaften Amtspflichtverletzungen gegenüber dem Kl. begangen hat und daß dem Kl. ein Mitverschulden bei der Entstehung des hierdurch verursachten Schadens nicht zur Last gelegt werden kann. Das OLG. verweist hierzu auf die Begründung seines Urt. v. 26. März 1934. Dieses Urt. hat schon die Billigung des erkennenden Senats gefunden (Urt. v. 5. Okt. 1934, III 121/34).

Einen Schadenersatzanspruch des Kl. herzuleiten glaubt das OLG. jetzt aber — im Gegensatz zu seinem Urt. vom 26. März 1934 — deshalb außerstande zu sein, weil sich seit dem Erlass dieses Urt. die Rechtslage wesentlich geändert habe durch das Inkrafttreten des RGef. über die Rechtswirklichkeit der Bestellung hauptamtlicher Gemeindevorsteher und Schöffen in Preußen v. 24. Okt. 1934 (RGBl. I, 1069). Sein Gedankengang ist hierbei folgender:

Das preußische Gef. v. 13. Dez. 1929 habe den fehlerhaft gewählten Gemeindevorsteher, die — wie der Kl. — beim Inkrafttreten des Gesetzes (31. Dez. 1929) schon wieder aus dem Amt geschieden waren, vom Tag ihres Ausscheidens ab einen Ruhegehaltsanspruch gegeben, habe ihnen freilich als bloßes Landesgesetz weitergehende Schadenersatzansprüche nicht nehmen können. Das RGef. v. 24. Okt. 1934 habe den durch das preußische Gesetz geschaffenen Ruhegehaltsanspruch derjenigen Gemeindevorsteher, die, wie der Kl., nur auf sechs Jahre gewählt waren, rückwirkend wieder beseitigt. Das habe aber nicht etwa die Wirkung, daß die Schadenersatzansprüche, die zunächst — insolge der Gewährung des Ruhegehaltsanspruchs gemindert — weiterbestanden hätten, nunmehr wieder in vollem Umfang aufgelebt wären, sondern das Gef. v. 24. Okt. 1934 sei dahin auszulegen, daß die Ruhegehaltsansprüche ohne jede Entschädigung wegzufallen hätten. Hierfür gibt das BG. zwei selbständige Gründe an:

1. Das RGef. v. 24. Okt. 1934 erweise sich damit, daß es einen Unterschied zwischen den auf mindestens zwölf Jahre gewählten Gemeindevorstehern und denen mit kürzerer Wahl-

zeit mache, als folgerichtige Weiterentwicklung des BBG. v. 7. April 1933 (BBG.) und des Ges. zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 (BRÄndG.). Durch diese beiden Gesetze würden gewisse Personen aus Beamtenstellungen entfernt, und zwar aus rechtmäßig erworbenen; das BRÄndG. gewähre ihnen keinerlei Entschädigung, das BBG. nur in beschränktem Umfang (nämlich Ruhegehalt nur nach mindestens zehnjähriger Dienstzeit), und es stehe außer Zweifel, daß, soweit kein Ruhegehalt zugewilligt werde, ein solcher Anspruch auch nicht durch Berufung auf andere gesetzliche Bestimmungen geltend gemacht werden könne. Das Ges. v. 24. Okt. 1934 betreffe Personen, die unter Verletzung von Gesetzen, rein zufällig und ohne Rechtsgültigkeit, in eine Beamtenstellung gelangt seien. Es sei nicht denkbar, daß derselbe Reichsgesetzgeber diesen letzteren eine bessere Rechtsstellung hätte einräumen wollen als jenen, die feinerzeit durchaus ordnungsmäßig und im Einklang mit früher geltenden Bestimmungen angestellt worden seien; es könne vielmehr nur angenommen werden, daß die Ruhegehaltsansprüche, soweit sie durch das RGes. wieder entzogen würden, ohne jede Entschädigung wegzufallen hätten.

2. Dasselbe ergebe sich auch unmittelbar aus dem RGes. v. 24. Okt. 1934 selbst. Dieses wolle ersichtlich die langfristig Gewählten bevorzugen. Da sie mit ihren Ansprüchen durch Gewährung von Ruhegehalt vollständig und endgültig abgefunden würden, würden die kurzfristig Gewählten im Endergebnis dann besser stehen, wenn ihnen alle Schadenersatzansprüche ungeschmälert erhalten blieben.

Diese Vernichtung von Schadenersatzansprüchen beschränke sich nicht auf die Zeit vom Erlaß des RGes. v. 24. Okt. 1934 ab, sondern erstrecke sich auch auf die vorhergehende Zeit seit dem Inkrafttreten des PrGes. v. 13. Dez. 1929, d. h. auf die Zeit seit dem 31. Dez. 1929. Denn wenn das RGes. vorschreibe, daß entgegenstehende Rechte auch nicht aus „Zusicherungen, Vereinbarungen, Vergleich, rechtskräftigen Urteilen und Schiedsprüchen“ hergeleitet werden könnten, so ergebe sich daraus der Wille des Gesetzes, daß Ruhegehaltsansprüche auch für die Vergangenheit beseitigt sein sollten. Das stimme auch überein mit der Regelung in § 79 BRÄndG., wonach Leistungen, die für die Zukunft wegfallen, auch für die Vergangenheit — soweit nicht schon erfüllt — nicht mehr gefordert werden dürfen. Daraus, daß die Festsetzung des Ruhegehalts nach dem PrGes. v. 13. Dez. 1929 so lange verzögert worden sei, daß inzwischen das RGes. v. 24. Okt. 1934 den Anspruch wieder beseitigt habe, könne der Kl. nichts herleiten — weder aus dem bloßen Gesichtspunkt des Verzugschadens noch aus dem der Amtspflichtverletzung oder Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht —, denn dem stehe Art. 7 Abs. 1 der WD. über die 12. Ergänzung des RBefoldG. v. 12. Dez. 1923 im Wege.

Der Kl. könne daher keinen Schadenersatzanspruch auf die Nichtfestsetzung (und Nichtzahlung) des Ruhegehalts nach dem PrGes. v. 13. Dez. 1929 (also auf die Zeit vom Febr. 1928 bis Ende Okt. 1934) stützen.

Der Ausgangspunkt des BG., daß durch das RGes. vom 24. Okt. 1934 die hier streitigen Schadenersatzansprüche des Kl. teilweise vernichtet worden seien, wird von der Rev. mit Grund als rechtsirrig bemängelt. Für die Annahme des OLG., das RGes. v. 24. Okt. 1934 habe Schadenersatzansprüche fehlerhaft berufenen preussischer Gemeindevorsteher aus Amtspflichtverletzungen irgendwie berühren wollen, fehlt es an jedem ausreichenden Anhalt. Wortlaut wie Inhalt des RGes. weisen eindeutig darauf hin, daß es lediglich eine — rückwirkende — Einschränkung des PrGes. v. 13. Dez. 1929 auf solche Personen anordnen wollte, die für mindestens zwölf Jahre gegen wirkliches Gehalt zu Gemeindevorstehern (oder Schöffen) berufen worden waren, daß es also — rückwirkend — dieses Gesetz aufheben wollte, soweit es Bestimmungen auch für Gemeindevorsteher und Schöffen von kürzerer Wahlzeit und ohne wirkliches Gehalt (etwa nur mit Dienstaufwandsentschädigung) getroffen hatte. Diese Auffassung wird bestätigt durch die Erläuterung des Ges. vom 24. Okt. 1934 bei Pfundtner-Neubert Ib Nr. 21 und

den RdErl. des PrMdJ. v. 27. Okt. 1934: MStB. 1934 Nr. 45 („Ausf. Anw.“). Die Folgerungen, die das BG. aus dem Inhalt und Zweck des BBG. und des BRÄndG. zieht, sind verfehlt, denn diese beiden Gesetze, soweit hier von Belang, wollten Personen aus rechtsgültig erworbenen Beamtenstellungen entfernen, für die sie nach der Auffassung des Gesetzgebers ungeeignet waren, griffen dabei auch — teilweise äußerst scharf — in deren vermögensrechtliche Belange ein, richteten sich also durchaus gegen die betroffenen Beamten. Das PrGes. dagegen enthält eine Fürsorge für Personen, die glaubten, Beamte zu sein, es aber in Wirklichkeit nicht waren, und das RGes. schränkt lediglich diese Fürsorge ein. In keinem aller der genannten Gesetze spielt ein Verschulden der einen oder der anderen Seite irgendeine Rolle.

Ist sonach an den Schadenersatzansprüchen des Kl. durch die erörterte Gesetzgebung nichts geändert worden, so muß nach wie vor davon ausgegangen werden, daß der Bekl. ohne die vom BG. angenommene zeitliche und sachliche Begrenzung allen Schaden zu ersetzen hat, der durch die festgestellten schuldhaften Amtspflichtverletzungen dem Kl. entstanden ist, wobei nicht lediglich das sog. negative Interesse in Betracht kommt.

Eine Ersatzpflicht kann daher jedenfalls nicht deshalb verneint werden, weil der Schaden dadurch verursacht sei, daß das nach dem PrGes. v. 13. Dez. 1929 dem Kl. seit Febr. 1928 gebührende, durch das RGes. v. 24. Okt. 1934 dann wieder rückwirkend beseitigte Ruhegehalt in der Zwischenzeit nicht gezahlt worden ist und mit der rückwirkenden Beseitigung des Ruhegehaltsanspruchs alle Schadenersatzansprüche beseitigt worden wären, die in diesem Ruhegehalt Deckung gefunden haben würden. Das OLG. nimmt an, daß der Kl. den von ihm hier geltend gemachten Schaden dann nicht erlitten hätte, wenn ihm alsbald nach Erlaß des PrGes. das hiernach zustehende Ruhegehalt ausbezahlt worden wäre, daß der Schaden also eine Folge des Zahlungsverzugs der Gemeinde R. oder auch der Säumigkeit des RegPräs. in der Festsetzung des Ruhegehalts sei. Dann aber, so meint es weiter, stehe dem Ersatzanspruch Art. 7 Abs. 1 der WD. über die 12. Ergänzung des RBefoldG. v. 12. Dez. 1923 entgegen. Das OLG. überfieht dabei aber, daß der Kl. als Grundursache seines Schadens die Amtspflichtverletzungen bei Befestigung der Wahl des Kl. und bei Mitteilung der ihre Ungültigkeit feststellenden Entsch. des PrMdJ. bezeichnet. Die Ursächlichkeit dieser Pflichtverhältnisse und die Haftbarkeit für deren Folgen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß innerhalb der Ursachenkette Glieder auftauchen, die — wie die Nichtfestsetzung und Nichtzahlung von Ruhegehalt nach dem PrGes. v. 13. Dez. 1929 — ihrerseits keinen Schadenersatzanspruch begründen können. Daß die Borenthaltung des Ruhegehalts etwa eine nichtadäquate Folge jener Amtspflichtverletzungen wäre und damit der Ursachenzusammenhang unterbrochen sein könnte, kann nicht ernsthaft gesagt werden.

(RG., III. ZivSen., II. v. 4. Mai 1937, III 222/36.) [v. B.]

24. RG. — I. § 3 PrGes. v. 1. Aug. 1909; § 852 BGB. § 3 Ges. v. 1. Aug. 1909 regelt den Beginn der Verjährung des Rückgriffsanspruchs des Staates gegen den Beamten bewußt und gewollt abweichend von der Bestimmung des § 852 BGB., weil es für die Geltendmachung des Rückgriffsanspruches eines Staates ohne Bedeutung ist, wann der geschädigte Dritte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.

II. § 242 BGB. Durch den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wird die Einrede der Verjährung nicht für alle Zeit beseitigt; die Verjährung beginnt auch nicht, wie bei der Unterbrechung, von neuem zu laufen; es findet auch keine Hemmung mit der aus § 205 BGB. sich ergebenden Wirkung statt. Vielmehr ist nach Aufhören der den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begründenden Verhältnisse von den Forderungsberechtigten binnen einer nach den Umständen des Falles angemessenen Frist die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen. †)

Das klagende Deutsche Reich (Justiziskus) nimmt die Bekl.

im Rückgriff auf Schadensersatz wegen angeblicher Amtsverfehen in Anspruch.

I. Wie das OLG zutreffend ausführt, beginnt die Verjährung des Rückgriffsanspruchs des Staates gegen den Beamten nach § 3 PrGes. v. 1. Aug. 1909, wenn der Schadensersatzanspruch des Dritten gegenüber dem Staat von diesem anerkannt oder ihm gegenüber rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Gesetz weicht bewußt von der im § 852 Abs. 1 BGB. getroffenen Regelung ab. Auf die Verjährung des Ersatzanspruchs des Staates gegen den Beamten würde, da dieser Anspruch von dem im § 839 BGB. geregelten Ersatzanspruch des durch die Amtspflichtverletzung Geschädigten völlig verschieden ist, die Vorschrift des § 852 BGB. mit ihrer dreijährigen Verjährungsfrist überhaupt keine Anwendung finden. Damit indessen durch das Eintreten des Staates für den schuldigen Beamten dessen Lage hinsichtlich der Dauer der Verjährungsfrist nicht verschlechtert wird, schreibt § 3 Abs. 2 PrGes. v. 1. Aug. 1909 für den Rückgriffsanspruch des Staates gegen den Beamten dieselbe kurze Verjährungsfrist vor, regelt aber den Beginn der Verjährung bewußt und gewollt abweichend von der Bestimmung des § 852 BGB., weil es für die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs des Staates ohne Bedeutung ist, wann der geschädigte Dritte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat. Es handelt sich also um eine Sonderregelung, die klar und eindeutig ist und die Möglichkeit ausschließt, den Verjährungsbeginn zum Nachteil des dem Staate ersatzpflichtigen Beamten durch Heranziehung der insoweit dem § 852 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken hinauszuschieben, zumal auch ein berechtigtes Bedürfnis hierzu nicht anzuerkennen ist. Für den Beginn der Verjährung ist daher die Kenntnis des Staates von der Persönlichkeit des schuldigen Beamten unerheblich. Ebensowenig kann die Frage der anderweitigen Ersatzmöglichkeit in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen, weil es sich bei dem Rückgriffsanspruch des Staates gar nicht um einen Anspruch aus § 839 BGB. handelt.

II. Die Bekl. haben nicht ihrerseits Verhandlungen mit dem Kl. begonnen mit dem Ziel einer außergerichtlichen Einigung, sondern sie haben lediglich ihrer Beamtenpflicht genügt, wenn sie der Aufforderung ihrer vorgesetzten Behörde zu einer Ankerung nachgekommen sind. Allerdings entspricht es dem aus dem Beamtenverhältnis herzuleitenden Gebot fürsorglicher Berücksichtigung der Beamtenbelange, wenn der Staat den Beamten nicht mit einer Rückgriffsklage überfällt, sondern ihm zunächst Gelegenheit gibt, im einzelnen die etwaigen Entschuldigungs- oder Billigkeitsgründe, die unter Umständen für ein Abstehen selbst von begründeten Ersatzansprüchen sprechen können, anzuführen. Allein eine Hemmung der Verjährung wird durch solche Verhandlungen nicht bewirkt. Es kann der Bev. nicht zugegeben werden, daß der Beamte einer vom Staate vor Abschluß der Verhandlungen erhobenen Klage die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegensetzen könnte.

Es kann sich nur noch fragen, ob die Bekl. sich durch die Erhebung der Einrede der Verjährung mit ihrem früheren Verhalten derart in Widerspruch setzen, daß dieser Einrede unter dem Gesichtspunkte eines Verstößes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben die Anerkennung zu versagen ist. Dies würde nach der nunmehrigen Anspr. des RG. dann der Fall sein, wenn das frühere Verhalten der Bekl. — sei es auch unabsichtlich — dem Kl. nach verständigem Ermessen den Anlaß geben konnte, von der Unterbrechung der Verjährung abzusehen, weil er annehmen durfte, daß die Bekl. es auf eine gerichtliche Entsch. nicht ankommen lassen oder bei der Verteidigung gegen eine später zu erhebende Klage ihre Abwehr nur gegen den sachlichen Bestand des Klageanspruchs richten würden (RGZ. 144, 378 = JW. 1934, 2233¹; RGZ. 145, 239 = JW. 1935, 197 mit Anm.). Solange die im wohlverstandenen Interesse der Bekl. von ihrer vorgesetzten Behörde mit ihnen eingeleiteten Verhandlungen über die Anerkennung des Ersatzpflichtigen nicht als ausichtslos beendet waren, hätte es allerdings dem Grundfah von Treu und Glauben widersprochen, wenn die Bekl. sich darauf berufen hätten, daß die Verjährungsfrist während der Dauer der Verhandlungen abgelaufen sei. Der Kl. hätte dann der Einrede der Verjährung den Einwand der unzulässigen Rechtsaus-

übung entgegensetzen können. Allein durch diesen Einwand wird die Einrede der Verjährung nicht für alle Zeit beseitigt, auch beginnt nicht etwa die Verjährung wie bei der Unterbrechung von neuem zu laufen, endlich findet auch keine Hemmung mit der aus § 205 BGB. sich ergebenden Wirkung statt. Vielmehr ist nach Aufhören der den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begründenden Verhältnisse von dem Forderungsberechtigten binnen einer nach den Umständen des Falles angemessenen Frist die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen, widrigenfalls der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entfällt und die Einrede der Verjährung wirksam bleibt (RGZ. 143, 250 = JW. 1934, 1491^o und 1968^o). Im gegebenen Falle sind nun aber die sachlichen Verhandlungen zwischen den Bekl. und ihrer vorgesetzten Behörde im Febr. 1935 endgültig beendet worden. Zu diesem Zeitpunkt stand für den Kl. fest, daß die Bekl. jede Ersatzpflicht ablehnten. Es wäre nunmehr seine Sache gewesen, binnen angemessener Frist die Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen. Wenn zur Vorbereitung der Klage auch mit Rücksicht auf den Umfang der Sache ein größerer Zeitraum erforderlich war, so kann doch die Spanne von ungefähr 6 Monaten bis zur Klagerhebung nicht mehr als angemessene Frist im vorerörterten Sinne angesehen werden.

(RG., V. Zibsen., U. v. 21. April 1937, V 279/36.) [v. B.]

Anmerkung: Das Urteil verdient Zustimmung.

1. Nach § 3 PrGes. v. 1. Aug. 1909 über die Haftung des Staates usw. für Amtspflichtverletzung von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verjährt der Rückgriffsanspruch des Staates gegen den Beamten in der gleichen Frist von drei Jahren wie der deliktische Ersatzanspruch des Geschädigten nach § 852 BGB. Die Festsetzung der gleichen kurzen dreijährigen Verjährungsfrist für den Rückgriffsanspruch soll eine Verschlechterung der Lage des schuldigen Beamten verhindern, die das Eintreten des Staates für den schuldigen Beamten sonst mit sich bringen würde. Der Beginn der Verjährungsfrist ist aber durch klare Gesetzesvorschrift verschieden normiert. Während der deliktische Ersatzanspruch nach § 852 BGB. mit dem Zeitpunkt zu verjähren beginnt, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, setzt die Verjährung des staatlichen Rückgriffsanspruchs erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber von dem Staate anerkannt oder dem Staate gegenüber rechtskräftig festgestellt ist. Das bringt trotz der gleichen Dauer der Verjährungsfristen eine Verlängerung der Haftungsdauer für den Beamten mit sich und bedeutet insoweit eine Verschlechterung für ihn. Günstiger steht der Beamte sich aber insoweit, als der Rückgriffsanspruch ganz unabhängig von der Kenntnis der Person des schuldigen Beamten zu verjähren beginnt.

2. Die Hauptbedeutung der Entsch. liegt in der Stellungnahme zum Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung. Wenn man hier mit der „Verwirkung“ der Verjährungseinrede arbeitet, entsteht leicht die fehlerhafte Vorstellung, als ob der Schuldner das Einrederecht für alle Zeit schlechthin verliere. Der vorl. Fall macht klar, daß das keineswegs der Fall zu sein braucht. Es ist durchaus denkbar, daß der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung der Geltendmachung der Verjährung nur zeitweise entgegengesetzt werden kann, daß er dann aber wieder verloren geht.

Zwar wird sich ein Schuldner, der den Gläubiger durch Verhandlungen über die Berechtigung seines Anspruchs von der Klagerhebung abgehalten hat, auf eine während der Dauer dieser Verhandlungen eingetretene Verjährung des Anspruchs grundsätzlich nicht berufen können, falls sein Verhalten dem Gläubiger nach verständigem Ermessen Anlaß gab, anzunehmen, der Schuldner werde es auf eine gerichtliche Entsch. nicht ankommen lassen oder aber bei der Verteidigung gegen eine später zu erhebende oder durchzuführende Klage seine Abwehr nur gegen den sachlichen Bestand des Anspruchs richten (vgl. RG. 145, 244 = JW. 1935, 197 mit Anm. von Kl. Dr. iur. Ludwig Lehner). Das kann aber den Gläubiger nicht davon entbinden, nach Ablehnung der Leistungspflicht durch den Schuldner die Verjährung gegen ihn zu unterbrechen.

Denn derartige Verhandlungen des Schuldners mit dem Gläubiger können weder als ein Unterbrechungsgrund der Verjährung, noch als Hemmungsgrund i. S. des § 205 angesehen werden; sie schließen lediglich die Berufung auf die Verjährung während der Zeit aus, in der der Gläubiger von der Einklagung des Anspruchs oder der Unterbrechung der Verjährung durch das Verhalten des Schuldners abgehalten wurde.

Die Einrede der Unzulässigkeit der Berufung auf die Verjährungseinrede greift also nur vorübergehend durch, solange als man davon sprechen kann, daß der Gläubiger gerade durch das Verhalten des Schuldners von der klageweisen Geltendmachung oder der Unterbrechung der Verjährung seines Anspruchs abgehalten worden ist. Nach dem Wegfall dieser Umstände fällt die Einrede der Unzulässigkeit der Rechtsausübung fort, und es wird Sache des Gläubigers, den Eintritt der Verjährungswirkungen binnen angemessener Frist zu verhindern.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (Verwirkung) stellt sich mithin nur regelmäßig als eine dauernde Einwendung dar, kann aber ausnahmsweise auch als vorübergehende Einwendung auftreten.

3. Für den Beamten scheint sich als unerfreuliche Folge aus dieser Erkenntnis zu ergeben, daß er in Zukunft auf ein weniger nachsichtiges Vorgehen des Staates bei Geltendmachung seiner Rückgriffsansprüche zu rechnen hat. Es ist jedoch keineswegs notwendig, daß der Staat innerhalb der Verjährungsfrist des Rückgriffsanspruchs die Klage gegen den schuldig gehaltenen Beamten erhebt; es genügt durchaus, daß er seinen Rückgriffsanspruch binnen angemessener Frist nach dem Scheitern der Ersatzverhandlungen mit dem Beamten in einer die Verjährung unterbrechenden Weise geltend macht.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

*

25. RG. — Art. 129 WeimVerf. Bei der Kündigung eines Kündigungsbeamten handelt es sich um einen rechtsgestaltenden Hoheitsakt des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, der das Beamtendienstverhältnis beendet. Das gilt auch dann, wenn nach Gesetz, Ortsatzung oder Reglement die Kündigung nur aus wichtigem Grunde erfolgen darf. Wird durch solche Rechtsatzungen die Entsch. über das Vorliegen eines wichtigen Grundes einer Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges zugewiesen, so ist damit den ordentlichen Gerichten die Nachprüfung nach den durch den Umbruch eingetretenen veränderten Verhältnissen und Rechtsanschauungen verwehrt. †)

I.

Das BG. hat festgestellt, daß dem Kl. sein Dienstverhältnis als Beamter der Provinzialverwaltung der Provinz Westfalen nur aus wichtigem Grunde habe gekündigt werden können. Nach § 8 des Reglements der bekl. Landesbank der Provinz Westfalen i. d. Fassung v. 28. Mai 1913 hat über das Vorliegen eines wichtigen Grundes der Oberpräsident unter Ausschluß des Rechtsweges endgültig zu entscheiden, und ist die Prüfung dieser Frage den ordentlichen Gerichten entzogen. Das BG. hat unter Bezugnahme auf die frühere Rspr. des RG. angenommen, daß das Verbot der Nachprüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes gegen Art. 129 WeimVerf. verstoße und daher nichtig sei. Die Rev. der bekl. bekämpft diese Auffassung. Es handelt sich insoweit um eine im Schrifttum umstrittene Frage. Der erf. Sen. hat für einen gleichliegenden Fall, bei dem es sich um Ansprüche eines Kündigungsbeamten gegen die Provinzialverwaltung der Rheinprovinz handelte, im Urteil III 141/30 v. 13. Febr. 1931, abgedr. in HöchstRspr. 1931 Nr. 1363, an seiner bisherigen Auffassung festgehalten und ausgesprochen, daß die Einschränkung der Nachprüfbarkeit der Entlassung gegen Art. 129 WeimVerf. verstoße. Werde die Kündigung von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht, so werde die Frage der Vornahme der Kündigung dem freien, verwaltungsrechtlichen Ermessen entrückt und auf das Vorliegen gewisser objektiver Voraussetzungen abgestellt. Da nun die rechtmäßige Beendigung des Beamtenverhältnisses Vorfrage für die Entsch. über den Gehaltsanspruch sei, so bedeute der Ausschluß des Rechtsweges für

die Frage, ob die objektiven Voraussetzungen in Gestalt eines wichtigen Grundes vorlägen, zugleich die Ausschließung des Rechtsweges über den Gehaltsanspruch. Indessen kann an dieser Auffassung unter den heute geltenden, in mannigfachen Gesetzen Ausdruck findenden Rechtsanschauungen nicht festgehalten werden. Im nationalsozialistischen Staat haben die Belange des einzelnen hinter denen der Allgemeinheit zurückzutreten; auch hat die Autorität des öffentlichen Dienstherrn eine besondere Stärkung und Ausgestaltung erfahren, so daß ein Mißbrauch der Machtbefugnis durch unsoziale oder rechtswidrige Kündigung nicht zu befürchten ist. Bei der Kündigung des Beamten handelt es sich um einen rechtsgestaltenden Hoheitsakt des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn, der das Beamtendienstverhältnis beendet. Das gilt auch dann, wenn nach Gesetz, Ortsatzung oder Reglement die Kündigung nur aus wichtigem Grunde erfolgen darf. Wird durch solche Rechtsatzungen die Entsch. über das Vorliegen eines wichtigen Grundes einer Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges zugewiesen, so ist damit den ordentlichen Gerichten die Nachprüfung nach den durch den Umbruch eingetretenen veränderten Verhältnissen und Rechtsanschauungen verwehrt. Diese Auffassung hat der Senat in der Entsch. III 125/36 v. 16. März 1937 (vgl. II) näher begründet.

(RG., III. ZivSen., u. v. 16. März 1937, III 102/36.)
[v. B.]

II.

Der Kl. war bay. Gemeindebeamter. Da er weder berufsmäßiger Bürgermeister noch Gemeinderatsmitglied war, für welche Gemeindebeamten besondere Bestimmungen gelten, war sein Dienstverhältnis mangels der im Art. 5 BayGemD. vorgesehenen besonderen Gewährung der Unwiderrücklichkeit widerruflich. Er hatte bei seiner Kündigung bereits drei Dienstjahre voll beschäftigt im Dienste der bekl. Gemeinde zurückgelegt. Nach Abs. 3 des Art. 88 war deshalb die jederzeitige, nach Abs. 2 im Falle nicht grober Pflichtverletzung an die Innehaltung einer — im Bescheide der Regierung dem Kl. zugebilligten — dreimonatigen Kündigungsfrist gebundene Kündigung seines Dienstverhältnisses nur aus wichtigem Grunde zulässig und, wenn der wichtige Grund nicht in der Person des Kl. lag, der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf eine angemessene Abfindung begründet.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges für diesen öffentlich-rechtlichen Abfindungsanspruch folgt schon aus Art. 129 Abs. 1 letzter Satz WeimVerf., wonach für die vermögensrechtlichen Ansprüche aller Beamten aus ihrem Dienstverhältnisse der Rechtsweg offensteht, und ist für derartige Ansprüche der bay. Gemeindebeamten im Art. 99 Abs. 2 BayGemD. nochmal ausdrücklich bestätigt worden. Weiter schreibt jedoch Art. 99 vor, daß die ordentlichen Gerichte für die Beurteilung der erwähnten Ansprüche an die Entsch. der Gemeindebehörden, der Staatsaufsichtsbehörden und der Disziplinargerichte gebunden sind nicht nur in den im Art. 178 BayBeamtG. v. 16. Aug. 1908 (GWBl. 581) aufgeführten Fällen, sondern auch hinsichtlich der Lösung des Dienstverhältnisses widerruflicher Gemeindebeamten. Die Entsch. über diese Lösung schließt, wenn es sich um einen mindestens drei Jahre voll beschäftigten und deshalb nur aus wichtigem Grunde kündbaren Gemeindebeamten, wie dem Kl., handelt, die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes ein. Allerdings ist der vom Kl. lediglich geltend gemachte Abfindungsanspruch nach Art. 88 Abs. 3 BayGemD. schon dann gegeben, wenn ein wichtiger Kündigungsgrund bestanden, auch das Dienstverhältnis zu Recht aufgelöst hat und nur nicht in der Person des Kl. gelegen ist, so daß es zur Begründung des Anspruchs allein auf die Beschaffenheit des vorhandenen wichtigen Grundes anzukommen brauchte. Hat jedoch für die Kündigung des Kl., wie dieser behauptet, überhaupt kein wichtiger Grund bestanden, so muß der Abfindungsanspruch um so mehr begründet sein, und ist die Frage nach der Beschaffenheit des wichtigen Grundes gar nicht mehr zu stellen. Ob der Kl. in diesem Falle sogar den umfassenderen Anspruch auf Weiterzahlung seiner Bezüge erheben

könnte, bleibt ohne Bedeutung, da er sich auf den geringeren Abfindungsanspruch beschränkt. Das VG. hat jedenfalls bei dieser Rechtslage zutreffend zunächst zur Frage des wichtigen Grundes Stellung genommen. Es hat sich aber bei deren Beantwortung infolge der Vorschrift des Art. 99 BayGemD. an den von der Regierung der Pfalz, Kammer des Innern, als der nach Art. 59 BayGemD. zuständigen Staatsaufsichtsbehörde, erlassenen rechtskräftigen Bescheid v. 11. Dez. 1934, der die Kündigung des Kl. wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes bestätigt hat, für gebunden gehalten. Das Verhalten des VG. erscheint nicht ohne weiteres bedenkenfrei, und es bedarf einer besonderen Erörterung, ob die landesgesetzliche Vorschrift des Art. 99 BayGemD. die Frage des Vorliegens eines die Kündigung des Kl. rechtfertigenden wichtigen Grundes der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte überhaupt entziehen konnte.

Nicht selten begegnet man namentlich ortsgesetzlichen Bestimmungen, die, wie es auch die BayGemD. getan hat, die Entsch. über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Beamten unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte den Verwaltungsbehörden übertragen. In solchen Fällen hat jedoch der erf. Sen. sich bisher durch die von einer Verwaltungsbehörde getroffene Entsch. nicht behindert gesehen und sich für berechtigt und verpflichtet gehalten, selbst über das Vorliegen des wichtigen Kündigungsgrundes zu befinden (s. Urteile v. 24. März 1925, III 709/23: ZurRdsch. 1925 Rspr. Nr. 714; v. 20. Nov. 1925, III 611/24: ZurRdsch. 1926 Rspr. Nr. 403; Gruch. 68, 670 und PrVerwBl. 48, 243 und vom 7. Jan. 1930, III 77/29: JW. 1930, 1187⁴). Nicht ganz richtig ist die dafür häufig angegebene Begründung, daß andernfalls der durch Art. 129 Abs. 1 letzter Satz WeimVerf. für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis eröffnete Rechtsweg in unzulässiger Weise ausgeschlossen oder beschränkt werden würde. Davon kann nicht wohl die Rede sein. Der Rechtsweg für diese Ansprüche bleibt auch bei einer gesetzlichen Bestimmung, welche der Verwaltungsbehörde die Entsch. über das Vorliegen des wichtigen Kündigungsgrundes zuweist, in vollem Umfange offen. Doch bildet die Auflösung des Dienstverhältnisses des aus wichtigem Grunde gekündigten Kündigungsbeamten eine notwendige Vorfrage für das Bestehen des aus der Auflösung hergeleiteten vermögensrechtlichen Anspruchs, hier des auf Grund von Art. 88 Abs. 2 BayGemD. geltend gemachten Abfindungsanspruchs. Es handelt sich deshalb darum, ob und inwieweit das ordentliche Gericht bei seiner Urteilsfällung an die Entscheidung gebunden werden kann, welche die Verwaltungsbehörde mit der Kündigung über jene Vorfrage getroffen hat oder, anders ausgedrückt, wieweit die materielle Rechtskraft des Verwaltungsaktes der Kündigung reicht.

Im allgemeinen gilt der Grundsatz, daß die Gerichte bei der Entsch. eines ihrer Gerichtsbarkeit unterworfenen Anspruchs zugleich über alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs mit zu befinden haben. Sie sind daran auch dadurch nicht gehindert, daß die Vorfrage für das Bestehen des Anspruchs das Gebiet des öffentlichen Rechtes betrifft und als Hauptfrage eines Rechtsstreits der gerichtlichen Zuständigkeit nicht unterliegen würde. Der Grundsatz ist aber kein ausnahmsloser und findet seine Schranke an dem weiteren in der Rspr. anerkannten Grundsatz, daß die Gerichte an die Verwaltungsentsch. gebunden sind, durch die ein Beamtenverhältnis beendet wird (RGZ. 108, 345 = JW. 1925, 55). Die Gerichte haben solche Entsch. hinzunehmen, soweit sie nur überhaupt gesetzlich an sich zulässig sind (RGZ. 122, 119 = JW. 1928, 3234). Eine Nachprüfung steht ihnen deshalb nur darüber zu, ob der Verwaltungsakt den für ihn bestehenden allgemeinen gesetzlichen Erfordernissen entspricht.

Diese weitgehende Bindung des ordentlichen Gerichts folgt allerdings aus keiner gesetzlichen Vorschrift. Sie ist auch nicht ohne weiteres denkgesetzlich geboten, sondern bleibt

immer eine Frage der Zweckmäßigkeit. Deren regelmäßige Bejahung findet ihren tieferen Grund darin, daß der Verwaltungsakt einer in ordnungsmäßiger Form und von der zuständigen Behörde vorgenommenen und daher an sich zulässigen Kündigung oder Entlassung eines Beamten in jedem Falle rechtsgestaltend wirkt, d. h. ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit, anders als die privatrechtliche Entlassung oder Kündigung, die Auflösung des Dienstverhältnisses herbeiführt. Die Anerkennung der Bindung des ordentlichen Gerichts an rechtsgestaltende Verwaltungsakte ist insoweit unbedenklich, als die Vornahme des Verwaltungsaktes in freien pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, dessen Ausübung sich ohnehin der Nachprüfung des Gerichts grundsätzlich entzieht. Ihre Berechtigung wird jedoch zweifelhaft, wenn und soweit die Verwaltungsbehörde nicht nach freiem Ermessen zu handeln befugt ist, sondern ihre Entsch. die Beantwortung von Rechtsfragen oder doch tatsächliche Feststellungen einschließt.

Das nun ist hier insofern der Fall, als die Kündigung des Kl. nur aus wichtigem Grunde statthaft war und die Frage des wichtigen Grundes keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage ist. So wird es erklärlich, daß das RG. bisher das Recht für sich in Anspruch genommen hat, das Vorliegen des wichtigen Kündigungsgrundes selbst zu prüfen und festzustellen. Es hat das Schutzbedürfnis des Beamten vorangestellt und deshalb die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit einer nur aus wichtigem Grunde statthaften Kündigung eines Beamten durch den in keiner Weise von Verwaltungsinteressen beeinflussten ordentlichen Richter für erforderlich gehalten. Das entsprach der früheren individualistischen Rechtsbetrachtung, läßt sich aber heute nicht mehr aufrechterhalten. Mit der nationalen Erhebung hat sich eine Wandlung der Rechtsanschauungen vollzogen. Die Belange der Allgemeinheit sind gegenüber denen des einzelnen in den Vordergrund gerückt. Damit hat auch das Ansehen des öffentlichen Dienstherrn eine Stärkung erfahren, und es läßt sich heute nicht mehr beanstanden, wenn eine landesgesetzliche oder ortsgesetzliche Vorschrift die Beantwortung der Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Beamten ausschließlich den Verwaltungsbehörden, also den Stellen vorbehält, die mit den hier in Betracht kommenden tatsächlichen Verhältnissen am besten vertraut sein müssen und für die Entsch. darüber, ob der Beamte für die Verwaltung weiter tragbar ist, besonders geeignet erscheinen. (So auch das zum Abdruck bestimmte Urteil III 130/36 vom gleichen Tage.)

Es bleibt deshalb nur darüber noch zu befinden, ob der wichtige Grund zur Lösung des Dienstverhältnisses des Kl. in dessen Person gelegen ist. Die Beantwortung dieser weiteren für die Entsch. des Rechtsstreits notwendigen Vorfrage ist dem ordentlichen Gericht durch keine gesetzliche Bestimmung entzogen, sondern im Art. 88 Nr. 1 BayGemD. ihm für den Streitfall ausdrücklich vorbehalten worden. Das VG. hat sie im Gegensatz zum VG. bejaht. Hiergegen richtet sich der Hauptangriff der Rev.

Die in letzter Instanz erlassene und deshalb maßgebende Regierungsentsch. v. 11. Dez. 1934 führt zwei wichtige Entlassungsgründe an. Erstens zieht sie die „angebliche“ Neigung des Kl. zur Trunkenheit mit dafür heran, daß er sich das Vertrauen des Gemeinderats verschert habe. Dem VG. kann darin nicht gefolgt werden, daß damit die Neigung des Kl. zur Trunkenheit hat festgestellt werden sollen. Näher liegt es, die Erwägung der Regierung dahin zu verstehen, daß der dem Kl. gemachte Vorwurf einer solchen Neigung dahingestellt bleiben sollte, oder doch dahin, daß ein Polizeibeamter, der in Ruhe eines Trunkers stehe, das für sein Amt erforderliche Vertrauen nicht verdiene. Beides würde keinen in der Person des Kl. liegenden Kündigungsgrund ergeben.

Als weiteren wichtigen Kündigungsgrund nimmt der Regierungsbescheid die politische Unzuverlässigkeit des Kl. an. Im Anschluß an die Feststellung von Äußerungen des Kl. über den Führer geht der Bescheid auf die innere Einstellung des Kl. über und hebt hervor, der Kl. habe mit seinen Äußerungen zu erkennen gegeben, daß er nicht die Gewähr dafür

biete, rückhaltlos für den Führer und den von ihm geführten Staat einzutreten. Daß der damit festgestellte Kündigungsgrund in der Person des Kl. liegt, kann nicht zweifelhaft sein. (Wird ausgeführt.) Die Rev. konnte somit keinen Erfolg haben. (RG., III. ZivSen., II. v. 16. März 1937, III 125/36.) [v. B.]

Anmerkung: Vgl. die Anmerkung zu Nr. 26 auf S. 2304.

**** 26. RG. — Art. 88 Abs. 3, 99 Abs. 2 BayGemD. vom 17. Okt. 1927; Art. 129 Abs. 1 letzter Satz WeimVerf. Die Rechtsgültigkeit orts- oder landesrechtlicher Vorschriften, die den ordentlichen Richter im Rahmen der ihm reichsrechtlich über die vermögensrechtlichen Beamtenansprüche zugewiesenen Gerichtsbarkeit an die Entsch. der Verwaltungsbehörden über die Lösung des Dienstverhältnisses der nur aus wichtigem Grunde kündbaren Gemeindebeamten binden, ist anzuerkennen. †)**

Der Kl. stand seit 1. März 1912 als Direktor des Elektrizitätswerks der vorl. bay. Stadt bei dieser im Beamtenverhältnis. Seine Anstellung blieb widerruflich. Nachdem die Befl. ihn unter der Beschuldigung dienstlicher Verfehlungen schon durch Stadtratsbeschluß v. 2. Juli 1933 seines Dienstes enthoben und eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet hatte, entließ sie ihn am 12. Sept. 1933 fristlos. Doch entschied die von beiden Parteien angerufene Regierung am 23. Okt. 1934 dahin, daß das Beamtenverhältnis des Kl. erst mit Ablauf des 20. Dez. 1933 aufgelöst worden sei. Ihr Bescheid wurde durch Beschluß des Staatsministeriums unter Zurückweisung der beiderseitigen Beschw. bestätigt.

Der Kl. stellt die ihm zur Last gelegten Dienstverfehlungen in Abrede und hält seine Entlassung für unberechtigt. Er hat Klage erhoben und u. a. die Feststellung gefordert, daß die Lösung seines Dienstverhältnisses nicht aus einem wichtigen Grunde erfolgt ist, der in seiner Person liegt.

Die Rev. war ohne Erfolg.

Auch die mit der Klage erstrebte, vom VG. getroffene, vom BG. aber abgelehnte Feststellung, daß die Lösung des Beamtenverhältnisses des Kl. nicht aus einem in seiner Person gelegenen wichtigen Grunde erfolgt ist, betrifft vermögensrechtliche Ansprüche des Kl., nämlich vor allem den aus dem Nichtvorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes hergeleiteten Anspruch auf Weiterzahlung seiner vollen Dienstbezüge, außerdem aber für den Fall, daß der etwa doch vorhanden gewesene Kündigungsgrund nicht in der Person des Kl. gelegen hat, den aus Art. 88 Abs. 3 BayGemD. folgenden Abfindungsanspruch, dessen Nichtbestehen andererseits die Befl. im Wege der Widerklage festgestellt wissen will. Obwohl es sich um öffentlich-rechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis handelt, kann wegen der vermögensrechtlichen Natur der beiderseitigen Feststellungsverlangen die Zulässigkeit des Rechtswegs, der nach Art. 129 Abs. 1 letzter Satz WeimVerf. für die vermögensrechtlichen Ansprüche aller Beamten aus ihrem Dienstverhältnis offensteht, für Klage und Widerklage nicht zweifelhaft sein.

Daß ferner die erhobene Feststellungsklage nach § 256 ZPO. verfahrensrechtlich zulässig ist, hat schon das VG. mit zutreffenden Gründen behauptet. Die Zulässigkeit kann auch nicht deshalb beanstandet werden, weil der Feststellungsantrag der Klage nach seinem Wortlaut nicht, wie § 256 ZPO. erfordert, auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Denn der Antrag ist nur unrichtig gefaßt, wenn er auf das Vorliegen eines in der Person des Kl. gelegenen wichtigen Grundes, also nur auf die Beantwortung einer Rechtsfrage oder die Feststellung einer rechtlich erheblichen Tatsache abgestellt ist. Richtig verstanden zielt er in Wirklichkeit, wie bereits hervorgehoben, auf die Feststellung von vermögensrechtlichen Ansprüchen des Kl. gegenüber der Befl. und deshalb von Rechtsverhältnissen zwischen den Parteien ab, deren Bestehen lediglich davon abhängt, daß der Befl. kein wichtiger Kündigungsgrund zur Seite gestanden oder dieser Grund doch wenigstens nicht in der Person des Kl. gelegen hat.

Der vom Kl. im Wege der Feststellungsklage in erster Linie verfolgte Gehaltsanspruch hat das Weiterbestehen seines

Beamtenverhältnisses zur Voraussetzung. Dieses war unstreitig ein widerrufliches, konnte aber, da der Kl. im Dienste der Befl. eine dreijährige Dienstzeit längst zurückgelegt hatte, nach Art. 88 Abs. 3 BayGemD. nur aus wichtigem Grunde gelöst werden. Schon Art. 178 des bay. BeamtenG. vom 16. Aug. 1908 hatte vorgeschrieben, daß für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche der bay. Staatsbeamten die Entsch. der Verwaltungsbehörden und Disziplinargerichte bindend sind, welche diese Stellen nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen zu treffen berechtigt sind, und hatte weiter unter zwölf Nummern die hauptsächlichsten dieser Ermessensentsch. aufgeführt. Hierauf nimmt Art. 99 BayGemD. Bezug, indem er die Bindung der ordentlichen Gerichte bei der Beurteilung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Gemeindebeamten an die in den Fällen des Art. 178 BeamtenG. getroffenen Entsch. der Gemeindebehörden, der Staatsaufsichtsbehörden und der Disziplinargerichte, also an die Ermessensentsch. dieser Stellen, ebenfalls vorschreibt. Er fügt jedoch den Satz hinzu: „Das gleiche gilt für die Entsch. über die Lösung des Dienstverhältnisses widerruflicher Gemeindebeamten.“ Diese Entsch. beruhen, wenn sie das Dienstverhältnis eines nach Zurücklegung dreier Dienstjahre nur aus wichtigem Grunde kündbaren Gemeindebeamten, wie des Kl., betreffen, nicht auf freiem Verwaltungsermessen, sondern werden, soweit ihre Grundlage das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes bildet, auf Grund tatsächlicher Feststellungen nach einem rechtlichen Gesichtspunkt getroffen. Sie schließen die Beantwortung der Tat- und Rechtsfrage ein, ob ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, nämlich ein Sachverhalt gegeben ist, nach welchem der Gemeinde unter Berücksichtigung aller Verhältnisse nach Treu und Glauben die Verbeibaltung des Beamten nicht mehr zugemutet werden kann. Das VG. hat sich gleichwohl auf Grund des Art. 99 Abs. 2 BayGemD. an die mit der Kündigung des Kl. getroffene Entsch. der Befl. über die Lösung des Beamtenverhältnisses für gebunden erachtet. Hiergegen richtet sich der Angriff der Rev. Sie hält die landesgesetzliche Vorschrift der GemD. für unvereinbar mit der reichsrechtlichen des Art. 129 Abs. 1 letzter Satz WeimVerf., wonach der Rechtsweg für die vermögensrechtlichen Ansprüche aller Beamten aus ihrem Dienstverhältnis offensteht.

Die Frage, ob eine nicht reichsgesetzliche Vorschrift dem ordentlichen Gericht im Rahmen der ihm reichsgesetzlich über die vermögensrechtlichen Beamtenansprüche zugewiesenen Gerichtsbarkeit die Entsch. über die Frage des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes entziehen kann, ist von jeher streitig gewesen. Häufig finden sich namentlich ortsgesetzliche Bestimmungen, welche diese Entscheidung unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte der für die Kündigung des Beamten zuständigen Behörde oder einer sonstigen Verwaltungsstelle übertragen. Der erf. Sen. hat sich in solchen Fällen durch die von der Verwaltungsbehörde getroffene Entsch. nicht behindert gesehen und für berechtigt und verpflichtet gehalten, selbst über das Vorliegen des wichtigen Kündigungsgrundes zu befinden (s. Urteil v. 24. März 1925, III 709/23, abgedr. JurRdsch. 1925 Rpr. Nr. 714; v. 20. Nov. 1925, III 611/24, abgedr. JurRdsch. 1926 Rpr. Nr. 403; Gruch. 68, 670 und BrVerwBl. 48, 243; und v. 7. Jan. 1930, III 77/29; JW. 1930, 1187⁴). Die Begründung ist nicht immer ganz eindeutig. Der häufig angeführte Grund, daß derartige orts- oder landesgesetzliche Vorschriften mit der reichsrechtlichen Zulassung des Rechtswegs für vermögensrechtliche Beamtenansprüche nicht vereinbar seien, trifft jedenfalls nicht zu. Der Rechtsweg für die vermögensrechtlichen Beamtenansprüche bleibt trotz derartiger Vorschriften im vollen Umfang gewahrt; er wird durch sie weder ausgeschlossen noch beschränkt. Vorschriften der bezeichneten Art betreffen den mit der Klage geltend gemachten Beamtenanspruch unmittelbar überhaupt nicht, sondern nur eine notwendige Voraussetzung für den Anspruch. Dieser ist abhängig davon, daß das widerrufliche Beamtenverhältnis des nur aus wichtigem Grunde kündbaren Beamten gelöst worden ist oder, was auf dasselbe hinauskommt, ein die Lösung herbeiführender wichtiger Kündigungs-

grund vorgelegen hat. Es handelt sich daher um die von der Zulässigkeit des Rechtswegs völlig verschiedene Frage, ob und inwieweit das Gericht durch eine von anderer Stelle über eine Voraussetzung des Klageanspruchs bereits getroffene Entsch. gebunden ist, wenn es darüber als über eine notwendige Vorfrage für den bei ihm anhängigen Beamtenanspruch gleichfalls zu befinden hat.

Im allgemeinen gilt der Grundsatz, daß das Gericht alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die seiner Gerichtsbarkeit unterstehenden Ansprüche selbständig festzustellen und zu beurteilen hat. So hat § 14 Abs. 2 Nr. 1 GG-3PD. v. 30. Jan. 1877 (RGBl. 244) alle Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter außer Kraft gesetzt und gilt der Strafrichter umgekehrt trotz Fehlens einer entsprechenden ausdrücklichen Gesetzesvorschrift ebenfalls nicht für gebunden an die Entsch. des Zivilrichters.

Doch ist der Grundsatz der richterlichen Nichtgebundenheit an die Entsch. anderer Behörden keineswegs ein ausnahmsloser. Er findet vor allem an der in der Rspr. gleichfalls grundsätzlich anerkannten bindenden Kraft der rechtsgestaltenden Verwaltungsakte seine Schranke, zu denen insbes. die Entsch. der Verwaltungsbehörden gehören, durch die ein Beamtenverhältnis beendet wird (RGZ. 108, 345 = JW. 1925, 55 und besonders das grundsätzliche Urteil v. 24. Nov. 1925, III 36/25; JW. 1927, 259¹²; PrVerwBl. 47, 295 und Gruch. 69, 256). Anders als die Kündigung oder Entlassung eines Angestellten wirkt die eines Beamten rechtsgestaltend. Während das Angestelltenverhältnis nur bei rechtmäßiger Entlassung oder Kündigung sein Ende findet, wird das Beamtenverhältnis durch die Entlassung oder Kündigung, auch wenn sie rechtswidrig erfolgt ist, auf jeden Fall aufgelöst. Im Bereich des Verwaltungsrechts bleibt die Auflösung des Beamtenverhältnisses, solange sie nicht von Verwaltungsseite, etwa im Wege der Beschw., wieder beseitigt ist, vollwirksam bestehen. So erklärt es sich, daß die Rechtskraft des in der Entlassung oder Kündigung eines Beamten gelegenen rechtsgestaltenden Verwaltungsakts als eine allgemeine, nicht auf das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Dienstherrn und dem Beamten beschränkte, sondern als eine jedermann, mithin auch das ordentliche Gericht, bindende anerkannt worden ist. Die Gerichte haben solche Entsch. hinzunehmen, sofern sie nur überhaupt gesetzlich an sich zulässig sind. Ihrer Nachprüfung unterliegt daher nur, ob der rechtsgestaltende Verwaltungsakt den für ihn bestehenden allgemeinen gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Das BG. verweist deshalb mit Recht auf RGZ. 122, 119 = JW. 1928, 3234 und hätte auch noch das Urteil v. 1. Juli 1930, III 361/29, abgedr. ZBR. 4, 37, das den Grundsatz besonders deutlich zum Ausdruck bringt, anführen können. An sich zulässig ist der Verwaltungsakt in der Regel dann, wenn er in der vorgeschriebenen Form und von einer für Akte seiner Art zuständigen Stelle ergangen ist.

Von vornherein unbedenklich und einleuchtend erscheint eine auch das Gericht bindende Kraft des rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes überall dort, wo die in ihm enthaltene Entsch. allein auf freiem Verwaltungsermessen beruht. Dessen Ausübung würde sich ja — abgesehen vom Fall der Willkür oder einer mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbaren groben Fehlsamkeit — der gerichtlichen Nachprüfung ohnehin entziehen. Zweifel tauchen aber auf, sobald die Entsch. die Feststellung und rechtliche Würdigung tatsächlicher Umstände und die Beantwortung von Rechtsfragen erfordert. So liegt es, wenn die Entsch. von dem Vorliegen eines die Kündigung oder Entlassung allein gestattenden wichtigen Grundes abhängt. Denn hierbei sind die besonderen Umstände des Falles festzustellen und unter dem rechtlichen Gesichtspunkte zu würdigen, ob danach der Beamte für den öffentlichen Dienst noch tragbar ist. Soll auch in solchem Falle das ordentliche Gericht, wenn es über die Beerdigung des Beamtenverhältnisses bei der ihm gesetzlich zugewiesenen Beurteilung ihrer vermögensrechtlichen Auswirkung gleichfalls zu befinden hat, durch ortsz- oder landesgesetzliche Vorschrift an die rechts-

gestaltende Kraft des Verwaltungsaktes gebunden werden können?

Eine denkgesetzliche Notwendigkeit spricht weder für die Verneinung noch für die Bejahung der Frage. Die Antwort läßt sich nur in sorgfältiger Abwägung der dabei in Betracht kommenden gegensätzlichen Belange der an der Entsch. des ordentlichen Gerichts beteiligten Parteien finden. Wird es für zulässig angesehen, das ordentliche Gericht bei seiner Urteilsfällung auch in einem solchen Falle an die Entsch. der Verwaltungsbehörde zu binden, so geht der Beamte, falls sein Dienstverhältnis von der Verwaltungsbehörde zu Unrecht aufgelöst worden ist, seiner an sich begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis verlustig, wird aber das Ansehen des öffentlichen Dienstherrn nicht gefährdet und tritt weiter nicht die unerfreuliche Folge ein, daß einerseits das Beamtenverhältnis verwaltungsrechtlich aufgelöst bleibt, andererseits jedoch noch vermögensrechtliche Auswirkungen zeitigt, als wenn es in Wirklichkeit noch bestände.

Das BG. hat in seiner bisherigen Rspr. diese Folge in Kauf genommen und das Rechtsschutzbedürfnis des Beamten vorangestellt und deshalb die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Kündigung und der Dienstentlassung des Beamten durch den von Verwaltungsinteressen in keiner Weise beeinflussten ordentlichen Richter für erforderlich gehalten. Ihm hat sich das BayObVG. mit seinen Urteilen 30, 164 und 32, 28 angeschlossen. An dieser Rechtsprechung kann jedoch heute nicht mehr festgehalten werden. Infolge des mit dem nationalsozialistischen Staat eingetretenen Wandels der Rechtsanschauungen sind die Belange des einzelnen mehr in den Hintergrund getreten, hat dagegen das Ansehen des öffentlichen Dienstherrn eine besondere Stärkung erfahren. Von ihm darf auch nach heutiger Auffassung unbedingt erwartet werden, daß er anders als ein privater Arbeitgeber seine Machtbefugnis nicht rechtswidrig oder unsozial mißbraucht, und an sich erscheint er wegen seiner Kenntnis der in Betracht kommenden besonderen Umstände und Verhältnisse für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes besonders geeignet. Das BG. hat daher mit Recht die Rechtsgültigkeit der Vorschrift des Art. 99 Abs. 2 BayGemD. anerkannt, welche den ordentlichen Richter an die Entsch. der Verwaltungsbehörden über die Lösung des Dienstverhältnisses der nur aus wichtigem Grunde kündbaren Gemeindebeamten bindet.

Danach bleibt der die Auflösung des Beamtenverhältnisses des aus wichtigem Grunde gekündigten Kl. in letzter Verwaltungsinstanz bestätigende Beschluß des bay. Staatsministeriums des Innern v. 10. April 1935 für das Gericht maßgebend. Diesem steht die Entsch. nur noch darüber zu, ob der wichtige Grund zur Lösung des Dienstverhältnisses in der Person des Gemeindebeamten gelegen ist. Denn hierüber ist ihm die Entsch. durch keine gesetzliche Vorschrift entzogen, sondern im Art. 88 Abs. 3 a. a. D. ausdrücklich vorbehalten. Da der wichtige Grund in dem Kl. vorgeworfenen persönlichen Verfehlungen von den Verwaltungsinstanzen gefunden worden ist, hat das BG. ihn zutreffend als in der Person des Kl. gelegen festgestellt.

(RG., III. ZivSen., II. v. 16. März 1937, III 130/36.)

[v. B.]

(= RGZ. 154, 193.)

Anmerkung 25 und 26. Die vorstehend abgedruckten drei Entsch. des RG. sind, wenn sie auch in ihrer praktischen Auswirkung im Hinblick auf das Deutsche BeamtenG. v. 26. Jan. 1937 und die Schaffung eines RVerwG. zukünftig vielleicht nicht mehr von so großer Bedeutung sein werden, doch grundlegend und geradezu charakteristisch für das Rechtsdenken unserer Zeit. Sie zeigen an einem Musterbeispiel eine kennzeichnende Abkehr von individualistischen Rechtsgedanken, die früher die ordentliche Gerichtsbarkeit beherrscht haben.

Bei einem Konflikt des einzelnen mit dem Staate gilt es heute nicht mehr, den einzelnen durch die ordentlichen Gerichte vor der Gesetzgebung seines Staates zu schützen. Vielmehr steht die Unterordnung aller unter den Staatswillen im Vordergrund, auch in Fällen, wo der einzelne den Eingriff in seinen Rechtskreis unliebsam empfinden mag.

In vielen ortsstatutarischen Bestimmungen, insbes. in Preußen und Bayern finden sich Vorschriften, nach denen die Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Kündigungsbeamten unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte den Verwaltungsbehörden übertragen ist. Die Rspr. hatte früher, folgend der damaligen Auffassung von dem Verhältnis zwischen Justiz und Verwaltung, allgemein angenommen, daß durch solche ortsstatutarischen, also nicht reichsrechtlichen Bestimmungen dem ordentlichen Richter die Entsch. der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliege oder nicht, bei Verfolgung der beamtenrechtlichen Ansprüche im ordentlichen Rechtswege nicht aus der Hand genommen werden könnte. In allen Fällen, in denen früher ein im ordentlichen Rechtswege verfolgter Anspruch von der inzidenter zu prüfenden Vorfrage der Gültigkeit eines Verwaltungsaktes abhing und für den Erlass des Verwaltungsaktes nicht nur reine Ermessensfragen, sondern die Feststellung und rechtliche Würdigung tatsächlicher Umstände und die Beantwortung von Rechtsfragen maßgebend waren, hatte der ordentliche Richter das Recht für sich in Anspruch genommen, von sich aus die öffentlich-rechtliche Vorfrage selbständig zu prüfen. Es geschah dies aus der Erwägung, daß die Verwaltung, die nicht unabhängig sei wie der Richter, keine genügende Gewähr für die Einhaltung der Gesetze böte. Eine Rechtspflege durch abhängige Verwaltungsbehörden (Verwaltungsrechtspflege im Sinne von Administrativjustiz), selbst in einem förmlichen Verfahren, böte daher keinen vollwertigen Schutz der individuellen Rechte des Bürgers gegen Eingriffe des Staates. Der Schutz der bürgerlichen Freiheit, der „subjektiven Rechte“ des einzelnen gegen den Staat erschien durch die Verwaltungsgerichte nicht ausreichend gewährleistet. Daher das Bestreben des ordentlichen Richters, einer „polizeistaatlichen“ Verwaltung die „justizstaatliche“ Schranke aufzuerlegen.

Dafür ist die frühere Beurteilung der in obigen Entsch. des RG. behandelten Frage nicht nur allein kennzeichnend. Nach dem Weltkrieg hatte die Inzidenterkontrolle der Verwaltung durch die Gerichte einen außerordentlichen Umfang angenommen. Es kümmerte den ordentlichen Richter, wenn er zu der Überzeugung gekommen war, daß der Verwaltungsakt, über dessen vermögensrechtliche Folgen er zu entscheiden hatte, ungesetzlich war, nicht, auszusprechen, daß der Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlich gesehen, gültig sein möge, daß aber, soweit vermögensrechtliche Auswirkungen in Betracht kämen, er als in Wirklichkeit nicht bestehend zu fingieren sei. Es entwickelte sich eine Art von „apokryphem Justizstaat“ (H u b e r).

Die apokryphen Formen der Justizstaatlichkeit haben allerdings der Verwaltung im liberalistischen Staate durchaus nichts geschadet. Im Gegenteil ist festzustellen, daß durch die Inzidenterkontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch die Rspr. der ordentlichen Gerichte, insbes. des RG., eine außerordentlich erhebliche Wirkung auf die Verwaltung ausgeübt worden ist.

Mit Recht stellt es nun das RG. in vorstehend abgedruckten Entsch. darauf ab, ob die Inzidenterkontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte in der Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes oder Entlassung gestattenden wichtigen Grundes noch anzunehmen sei oder nicht.

Eine denkgesetzliche Notwendigkeit besteht weder für die eine noch für die andere Annahme.

Es ist aber selbstverständlich, daß justizstaatliche Gedanken in einem Führerstaat keinen Raum mehr haben. Es kann hier keine Überlegenheit der Justiz über die Verwaltung geben, wie sie aus der ständigen Inzidenterkontrolle des apokryphen Justizstaates folgt (vgl. H u b e r, „Justiz und Verwaltung“: DR. 1935, 401 ff.). Das Problem des Rechtsschutzes, der Schutz des einzelnen gegen die Gesamtheit, die Sicherung der privaten Freiheit gegen den Staat, das alles sind Fragen, die eine typisch liberale Epoche bewegen. Im nationalsozialistischen Führerstaat haben diese Gedanken keinen Raum. Der Schutz des Individuums gegen die Verwaltung hat heute seine Bedeutung und seinen Sinn verloren.

Aufgabe der nationalsozialistischen Rechtserneuerung ist es somit, justizstaatliche Einrichtungen zu beseitigen. Daher werden z. B. nach Schaffung des RVerwG. gemäß den Bestimmungen des Deutschen BeamtenG. v. 26. Jan. 1937 die Verwal-

tungsgerichte zuständig für die Entsch. über vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, über die Entschädigungsansprüche des Staates gegen Beamte und über die gem. § 147 Deutsches BeamtenG. evtl. bindende Vorfrage bei den Entschädigungsansprücher Dritter gegen den Staat, daß keine Amtspflichtverletzung vorliege. In einem Führerstaat kann es dann auch nicht mehr Aufgabe der ordentlichen Gerichte sein, in apokryphen Formen den Justizstaat bestehen zu lassen. Aus dieser Notwendigkeit folgt das Ergebnis der drei RGEntsch.

Aufgabe der heutigen Verwaltung ist, Volk und Staat zu erhalten und zu sichern, evtl. auch gegen irrtümliche oder mißbräuchliche Anwendung des Rechts durch die staatlichen Stellen selbst.

Der kommende Aufbau einer besonderen verwaltungsgerichtlichen Behördenorganisation zeigt, daß der einzelne Volksgenosse nicht rechtlos dastehen soll, wenn auch ihm Schutz nicht um seiner selbst und um seiner Interessen willen zuteil wird, sondern weil durch den Schutz des einzelnen Volksgenossen die bürgerliche Gesamtordnung, um die es allein geht, gewährleistet wird.

Mit dem Wegfall apokrypher justizstaatlicher Formen werden allerdings hohe Anforderungen an den, der Verwaltung im Namen des Führers und des Volkes zu üben hat, gestellt. Sagt doch das RG. für die oben abgedruckten Fälle: „Von ihm darf nach heutiger Auffassung unbedingt erwartet werden, daß er anders als ein privater Arbeitgeber seine Machtbefugnis nicht rechtswidrig und unsozial mißbraucht...“ Die heutigen führenden Männer in der Verwaltung werden diese Erwartung erfüllen.

RA. Dr. v. B o h l e n, Berlin.

Bergrecht und Wasserrecht

27. RG. — §§ 148 ff. AllgBergG. Verdinglichung eines Bergschädenverzichts.

Die Möglichkeit der Verdinglichung eines Bergschädenverzichts durch Eintragung im Grundbuche des vom Bergbau bedrohten Grundstücks, die für das preußische Recht anerkannt war, hat in der Rspr. des RG. (RGZ. 119, 211 = JW. 1928, 499³² [n. Anm.]; RGZ. 130, 350 = JW. 1931, 530¹⁴) auch für die seit dem 1. Jan. 1900 bestehende Rechtslage Anerkennung gefunden unter dem Gesichtspunkt der Bestellung einer Dienstbarkeit entschädigungsfreien Bergbaus. Hieran ist festzuhalten.

(RG., V. Zivilsen., u. v. 26. Mai 1937, V 288/36.) [v. B.]

28. RG. — §§ 379, 380 PrWassG. Die Eintragung eines Wasserrechts wirkt auch dann rechtsverhaltend, wenn sie nicht auf allen betroffenen Grundstücken, wohl aber auf ihrem wesentlichen Teil erfolgt und aus der Eintragung der ganze Umfang des Rechts zu ersehen ist, auch alle Grundstücke demselben Eigentümer gehören.

Die Vorschrift des § 380 PrWassG. verfolgt den Zweck einer Klarstellung hinsichtlich altbegründeter, gem. § 379 PrWassG. aufrechterhaltener Rechte. Durch Eintragung im Wasserbuch sollen sie für die Zukunft in zuverlässiger Weise nach außen hin kundgemacht werden. Auf die bereits im Grundbuche eingetragenen Rechte wurde diese Vorschrift nicht erstreckt, da hinsichtlich ihrer die Rechtslage keiner Klärung mehr bedarf. Das Grundbuch ergibt für sie bereits die nötige Verlautbarung. Wohl kommt es für die Rechtsverhaltung und den Rechtsbeweis an auf die Eintragung im Grundbuche des belasteten Grundstücks und ist es als Regelfall anzusehen, daß die Eintragung auf allen belasteten Grundflächen bestehe. Aber dem Zweck der Festlegung und Klarstellung, auf den die Vorschrift des § 380 PrWassG. hinzielt, ist doch auch genügt, wenn das Recht in seinem vollen Umfange auf einem wesentlichen Teil der Grundstücke vermerkt ist, das Grundbuchblatt anderer gleichfalls der Dienstbarkeit unterliegender Grundstücke aber keinen Vermerk darüber enthält, falls es sich nur überall um Grundstücke desselben Eigentümers handelt. Dann ist das Bestehen des dinglichen Rechts in seinem ganzen Umfange zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem durch die Grundbucheintragung kundgetan

und belegt. Die hier eingetragene Bezugnahme auf den Vertrag von 1879, der die Berechtigung zur Entstehung gebracht hat, verlautbart sie ihrem ganzen Inhalt nach. Für die Erkenntnis dieses Rechts ist es sachlich bedeutungslos, daß der Eintrag nicht auf allen ihm unterliegenden Flächen, die aber dem gleichen Eigentümer wie die mit dem Vermerk versehenen gehören, erfolgt ist.

(RG., V. ZivSen., U. v. 8. Mai 1937, V 211/36.)

[Fn.]

Verfahrensrecht

29. RG. — § 242 ABG.D.; § 13 OWG.; § 839 BGB. Auch bei einer Vereinbarung über die Zahlungsweise einer Steuer zwischen Steuerbehörde und Steuerpflichtiger, die das äußere Gepräge eines privatrechtlichen Vertrages trägt, handelt es sich um einen Staatshoheitsakt. Die Steuerbehörde kann daher im ordentlichen Rechtsweg zur Erfüllung der im Zusammenhang mit einem Stundungsplan abgegebenen Zusagen nicht angehalten noch wegen Nichteinhaltung ohne weiteres zum Schadenersatz herangezogen werden, auch wenn sie nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen an ihre mit dem Stundungsplan zusammenhängenden Zusagen gebunden ist.

Ein Schadenersatzanspruch kann sich vielmehr nur auf den Tatbestand schuldhafter Amtspflichtverletzung eines Beamten gründen, wobei aber auch eine auf Ermessensentscheidungen der Steuerbehörde beruhende Außerkraftsetzung eines Stundungsplanes der richterlichen Nachprüfung unzugänglich bleibt.

Die Steuerbehörden sind untereinander zur Amtshilfe verpflichtet und zur Mitteilung steuerlicher Verhältnisse oder Beobachtungen über einen Steuerpflichtigen berechtigt. f)

Gegen den Kl. A. und seine Ehefrau — beide Inhaber der Firma K. — wurde im Febr. 1930 auf Veranlassung des zuständigen FinA. ein Strafverfahren wegen Hinterziehung von Reichssteuern (Umsatz-, Einkommen- und Vermögensteuer) eingeleitet. Der in Untersuchungshaft genommene Kl. hinterlegte am 5. Febr. 1930 zur Abwendung der Haft eine Reihe von Juwelen, deren Wert in einem damals beigezogenen Gutachten auf etwa 40 000 RM geschätzt wurde. Das FinA. setzte den hinterzogenen Betrag auf über 280 000 RM fest und ging mit Pfändungen gegen die Steuerpflichtigen vor. Diese hatten hiergegen das Rechtsmittelverfahren beschritten. Zwischen dem VFinA. und dem FinA. einerseits und den Steuerpflichtigen andererseits fanden sodann mehrfache Verhandlungen statt über die Ermäßigung der Steuerschuld, die freiwillige Unterwerfung des Kl. unter eine Steuerstrafe und die Art und Weise, wie Steuer und Strafe getilgt werden sollten. Am 30. Mai 1930 ermäßigte das FinA. seine Nachforderung auf etwa 200 000 RM, während die Rechtsmittel zurückgenommen wurden und der Kl. sich im abgekürzten Verfahren einer Geldstrafe von 110 000 RM unterwarf.

Da sich auch eine Hinterziehung der Gewerbesteuer ergeben hatte, ersuchte das städtische Steueramt mit Schreiben v. 31. Mai 1930 auf Grund eines dahingehenden Wunsches der Firma K. das FinA., bei der Aufstellung des Tilgungsplanes die nachzufordernden Gewerbesteuerbeträge (16 911,10 RM für den Staat und 23 382,65 RM für die Stadt) und die darauf voraussichtlich entfallenden Strafen (10 400 RM für den Staat und 14 400 RM für die Stadt) mit zu berücksichtigen. Hierzu erklärte sich das FinA. nach einem Aktenvermerk v. 2. Juni 1930 fernmündlich mit dem Hinzufügen bereit, daß die Stadtgemeinde an allen von der Eheleuten A. geleisteten Zahlungen im Verhältnis von 1 zu 5 teilnehmen solle. Dem wurde seitens des Stadtsteueramts vorbehaltlich der Genehmigung durch das FinMin. zugestimmt.

Mit Schreiben v. 5. Juni 1930 wandte sich die Ehefrau des Kl. an das VFinA. mit der Bitte, bei den zuständigen Stellen dahin zu wirken, daß von ihr und ihrem Mann nicht mehr verlangt werde, als sie bei aller Anstrengung tragen könnten. Sie hätten sich den Forderungen des FinA. unterworfen auf die Zusage hin, daß ihnen Erleichterung durch Freigabe der Beschlagnahme zuteil würde. Nach Besprechung und Genehmigung des Zahlungsplanes habe das FinA. zu-

sätzlich zu den angebotenen Ratenzahlungen weitere 30 000 RM bis Ende des Jahres gefordert und die Aufhebung des Haftbefehls davon abhängig gemacht. Zu dieser Zahlung könnten sie sich nicht verpflichten, weil sie nicht wüßten, ob die Erfüllung dieser Verpflichtung ihnen gelinge.

Auf dieses Schreiben antwortete der Präsident des VFinA. am 13. Juni 1930, daß er sich außerstande sehe, die Forderung des FinA. weiter zu mildern. Dieses habe sich mit dem angebotenen Ratenzahlungsplane nur bis Jahreschluß und nur unter der Bedingung einverstanden erklärt, daß im Sept. weitere 10 000 RM auf die Steuern und im Dez. weitere 20 000 RM auf die Strafe entrichtet würden. Wenn sich das FinMin. einverstanden erkläre, sollte weiter von sämtlichen Zahlungen ein Fünftel auf die der Stadtgemeinde schuldige Gewerbesteuer verrechnet werden, damit die Eheleute A. nicht mit weiteren Zahlungen belastet würden. Das FinA. habe ihnen hierbei freigestellt, woraus sie die mehrgeforderten 30 000 RM tilgen wollten, und es habe sich mit ihrem eigenen Vorschlage einverstanden erklärt, daß sie hierzu die beim Gericht hinterlegten Juwelen verwenden wollten. Damit eine Verschleuderung ihres Wertes beim Verkauf nicht erfolge, sei das FinA. ihnen auch noch insoweit entgegengekommen, daß sie den Verkauf in eigener Hand übernehmen sollten. Am Schluß des Schreibens rät der Präsident des VFinA. den Eheleuten A., sich unverzüglich dem FinA. gegenüber entsprechend zu verpflichten, damit sie die Aufhebung der ihr Geschäft schädigenden Maßnahmen erwirken.

Daraufhin verpflichtete sich der Kl. am 17. Juni 1930 gegenüber dem FinA., vertreten durch RegA. Dr. B., zu bestimmten Ratenzahlungen, während das FinA. die Aufhebung verschiedener Maßnahmen zusagte. Hierüber wurde eine Niederschrift aufgenommen, die einen Zahlungsplan enthielt, und in der es u. a. heißt:

Je ein Fünftel der eingehenden Beträge gehen entsprechend weiter an die Stadtgemeinde für Gewerbesteuer bzw. Strafe.

Die Strafrückstände bleiben zinslos.

Die Steuerrückstände sollen ab Zustellung der Bescheide (23. Jan. 1930) mit 5% (Stundungs-)Zinsen (statt mit 10% Verzugszinsen) verzinst werden. Hinsichtlich der Gewerbesteuer steht die Zustimmung der Stadtgemeinde zu dieser Verzinsung noch aus.

Die Verbuchung der Beträge bleibt dem FinA. überlassen; es ist selbstverständlich, daß die ältesten und deshalb drückendsten Rückstände zuerst abgebucht werden. Das FinA. hebt die Pfändung des Postcheckkontos, der Mieten und des Mobiliars in der Wohnung auf. In den Zahlungsplan mit begriffen sind die 9500 RM neuen Rückstände (als ersten Termin Einkommensteuer 1930 und ersten und zweiten Termin Vermögensteuer 1930)...

Die Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung und damit die Aufhebung der Pfandkaution werden vom FinA. aus unverzüglich veranlaßt werden.

Hinsichtlich der Hypotheken, besonders der auf dem Geschäftsgrundstück M.-Straße wird das FinA. durch entsprechende Verbuchung usw. möglichst bald auf Bewilligung der Löschung zuzukommen suchen.

Vorgelesen, genehmigt, unterschrieben..."

Eine Abschrift der Niederschrift sandte das FinA. am selben Tage an das Stadtsteueramt mit der Bitte um Einverständnis. In dem Begleitschreiben betonte es u. a., daß es die Zustimmung zu der Zinsermäßigung besonders vorbehalten und die Freigabe der Pfandsicherheit zugesagt habe. Gleichzeitig verfügte es die Aufhebung von Pfändungen.

Nachdem der Präsident des VFinA. am 19. Juni 1930 die oben erwähnte Unterwerfungsverhandlung vom 30. Mai 1930 genehmigt hatte, teilte Dr. B. dem AG. durch ein über die Staatsanwaltschaft gesandtes Schreiben v. 21. Juni 1930 mit, daß der gegen den Kl. ergangene Haftbefehl aufgehoben werden könne, weil der Kl. wegen Steuerhinterziehung bzw. versuchter Steuerhinterziehung durch Unterwerfungsverhandlung rechtskräftig bestraft worden sei. Dem hat das AG. auf entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft durch Beschl.

v. 27. Juni 1930 entsprochen und gleichzeitig die Freigabe der als Pfandsicherheit hinterlegten Juwelen erklärt.

Am selben Tage pfändete das Stadtsteueramt wegen der oben angeführten Gewerbesteuerbeträge den Anspruch der Eheleute A. auf Herausgabe der hinterlegten Juwelen und überwies ihn dem Staatsfiskus und der Stadtgemeinde zur Einziehung. Die Pfändung erfolgte im Anschluß an ein Ferngespräch, das Dr. B. am 27. Juni 1930 mit dem Verwaltungsdirektor C. vom Stadtsteueramt geführt hatte.

Durch Beschl. v. 7. Juli 1930 gab das FinMin. den ihm inzwischen vom Stadtsteueramt vorgelegten Tilgungsplan vom 17. Juni 1930 mit dem Bemerkten zurück, daß die Pfändung gebilligt werde und bis zur vollen Deckung der Gewerbesteuerrückstände aufrechtzuerhalten sei, von einer Verwertung der gepfändeten Sachen aber vorläufig abzusehen sei, sofern der Tilgungsplan eingehalten werde. Im übrigen erklärte es sich trotz nicht unerheblicher Bedenken wegen der verhältnismäßig geringfügigen monatlichen Teilzahlungen mit dem Tilgungsplan vorläufig einverstanden mit dem Vorbehalt, die sofortige Verwertung der Juwelen anzuordnen, sofern die Firma mit einer der vereinbarten Zahlungen, insbesondere den größeren Teilzahlungen vom 30. Sept. und 30. Dez. 1930, in Verzug gerate. Den Beschluß des FinMin. teilte das Stadtsteueramt der Firma X. am 11. Juli 1930 mit.

Am 20. Sept. 1930 geriet der Kl. mit der dritten Rate des Tilgungsplans (2000 RM) in Verzug. Das FinA. sowohl wie das Stadtsteueramt erklärten daraufhin den Tilgungsplan für hinfällig. In der Folgezeit hat das FinA. wiederholt Vollstreckungen gegen den Kl. vorgenommen, die nach dessen Behauptung zur Verschleuderung wertvoller Waren und zu einer schweren Schädigung seines Geschäftsbetriebs geführt haben. Das Stadtsteueramt hat die Juwelen, nachdem eine schon im Juli 1930 vom Kl. gegen deren Pfändung erhobene, zeitweilig zum Ruhen gekommene Beschwerde durch den Präsidenten des VFinA. am 10. Nov. 1930 zurückgewiesen war, im Juli 1931 nach nochmaliger Schätzung durch einen Sachverständigen freihändig für 7216 RM verkauft, ohne allerdings der Firma X. vorher Nachricht davon zu geben. Auch hierdurch will der Kl. einen erheblichen Schaden erlitten haben. Insgesamt beziffert er seinen Schaden auf 86 289,90 RM.

Der Kl. ist der Ansicht, daß das Deutsche Reich ihm hierfür einzustehen habe. Dr. B. — als Beamter des Reichs — habe durch das mit dem Direktor C. vom Stadtsteueramt geführte Ferngespräch v. 27. Juni 1930 den Anlaß zur Pfändung der Juwelen durch das Stadtsteueramt gegeben. Dadurch sei der Tilgungsplan vereitelt worden, dessen Grundlage gerade die Freigabe der Juwelen und deren Verwertung durch den Kl. gewesen sei, weil dieser nur so imstande gewesen wäre, den Tilgungsplan zu erfüllen. Dr. B. habe bewußt den vom VFinA. gebilligten Tilgungsplan sabotiert und dem Kl. die Möglichkeit zu seiner Erfüllung entzogen. Das habe im weiteren zu den entstandenen Schäden geführt. Dr. B. habe sich also durch sein Verhalten einer positiven Verletzung des als Vertrag anzusehenden Tilgungsplanes und der Verletzung einer ihm dem Kl. gegenüber obliegenden Amtspflicht schuldig gemacht.

Mit der vorliegenden Klage fordert der Kl. einen Teilbetrag von 50 000 RM.

Der Besl. hält den Rechtsweg für unzulässig, bestreitet aber auch den Klaganspruch dem Grunde und der Höhe nach.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. war ohne Erfolg. Das RG. wies die Rev. zurück.

Die Klage ist auf positive Vertragsverletzung und Amtspflichtverletzung gestützt.

Was die erstere angeht, so ist die Steuerangelegenheit zwischen dem FinA. und den Steuerschuldnern durch eine Vereinbarung geregelt, die das äußere Gepräge eines Vertrages (Vergleichs) trägt. Es handelt sich indessen um einen Staatshoheitsakt, durch welchen sich das FinA. kraft eigener Verfügungsgewalt hinsichtlich der Durchsetzung der staatlichen Ansprüche auf Steuer und Strafe Einschränkungen auferlegte in der Voraussetzung, daß die Steuerschuldner ihrerseits gewisse Bedingungen erfüllen würden. Zwar war das FinA. nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen an seine mit dem Stun-

dungsplan zusammenhängenden Zusagen gebunden. Nichtsdestoweniger war die Angelegenheit insoweit eine „Steuerfache“ i. S. des § 242 RABgD. geblieben, für die der Rechtsweg ausgeschlossen ist. Auf diesem Wege kann das beklagte Reich weder zur Erfüllung der abgegebenen Zusagen angehalten noch schlechthin wegen ihrer Nichterhaltung zum Schadensersatz herangezogen werden. Soweit der Kl. also allein schon aus einem Verstoße des FinA. gegen die Zusagen ein unmittelbares Recht auf Schadensersatz herleitet, muß sein Vorgehen an der Unzulässigkeit des Rechtswegs scheitern.

Sollte sich dagegen — was nicht notwendigerweise der Fall zu sein braucht — mit dem Verstoße gegen die Zusagen des FinA. zugleich eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung eines seiner Beamten verbinden, so steht dem Kl. für diesfalls entstandene Schadensersatzansprüche der Rechtsweg nach Art. 131 WeimVerf. offen. Freilich werden damit Ermessensentscheidungen der Steuerbehörde — wie insbesondere die nach Meinung des Kl. ungerechtfertigte Außerkraftsetzung des Stundungsplanes im Sept. 1930, wodurch erst die verfahrensrechtliche Grundlage für alle späteren dem Kl. schädlichen Vollstreckungen geschaffen wurde — der richterlichen Nachprüfung nicht zugänglich. Der Kl. will jedoch die genannte Maßnahme als solche mit der Klage ebensowenig angreifen, wie er das nach der zutreffenden Ansicht des BG. hinsichtlich der vorausgegangenen Pfändung der Juwelen durch das Stadtsteueramt im Auge hat. Er sieht all diese Maßnahmen aber als die gegebenen Folgen einer dem RegR. Dr. B. zur Last fallenden Amtspflichtverletzung an. Insofern will er nachgeprüft wissen, ob das Telefongespräch des Dr. B. mit dem Stadtsteueramt am 27. Juni 1930 vereinbar mit den von seiner Behörde gegebenen Zusagen war oder ob es als „Sabotage“ der getroffenen Regelung anzusehen ist. Würde Dr. B. hiernach die auch für ihn verbindliche Regelung durch seinen Eingriff gleichsam von außen her durchkreuzt haben, dann allerdings ist der sich darauf gründende Schadensersatzanspruch nach feststehender Rspr. des erf. Sen. (RGZ. 111, 65 = JW. 1925, 2007) zweifellos nicht als „Steuerfache“ anzusehen. Der Rechtsweg ist daher insoweit zulässig.

Das BG. geht davon aus, daß die vom FinA. am 17. Juni 1930 gegebene Zusage, wonach die Aufhebung der Pfandsicherheit unverzüglich veranlaßt werden sollte, sich nicht schlechthin in der Bewirkung der Pfandsicherheitsfreigabe erschöpfte. Vielmehr sei damit der weitere Sinn verbunden gewesen, die Juwelen dem Kl. zum eigenhändigen Verkauf und als Mittel für die Geldbeschaffung zur Zahlung der in Aussicht genommenen Raten zu belassen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Damit verbot es sich aber für das FinA. von selbst, während der Geltung des Tilgungsplanes dem Kl. die Juwelen vorzuenthalten und diese etwa zu beschlagnahmen. Das FinA. seinerseits hätte hiervon zum mindesten nach der Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung durch das VFinA. am 19. Juni 1930 nicht mehr abgehen können.

Das Stadtsteueramt dagegen war hinsichtlich der Gewerbesteuer nicht in gleicher Weise gebunden. Zwar war das FinA. bei den Verhandlungen mit den Steuerschuldnern zugleich für das Stadtsteueramt federführend tätig gewesen. Ohne Rechtsirrtum erblickt das BG. darin jedoch keine Bevollmächtigung. Vielmehr stellt es auf Grund des in den Steuerakten enthaltenen Vermerks vom 2. Juni 1930 rechtlich zutreffend fest, daß der Stundungsplan infolge ausdrücklichen Vorbehalts des Stadtsteueramts erst nach der Genehmigung des FinMin. bedurfte. Diese ist dann am 7. Juli 1930 erteilt worden, und zwar mit der abweichenden Bedingung, daß die inzwischen erfolgte Pfändung der Juwelen aufrechtzuerhalten sei. Das Stadtsteueramt hatte bis dahin gegenüber den Zusagen des FinA. völlig freie Hand. Es konnte die Stundungsregelung nicht nur mißbilligen, sondern auch Maßnahmen treffen, die der vom FinA. ins Auge gefaßten Regelung widersprachen. Insbesondere brauchte es sich nicht darauf einzulassen, daß die als Pfandsicherheit freierwerbenden Juwelen dem Kl. zur freihändigen Verwertung überlassen wurden. Diese Rechtslage hätte dem Kl. und seinen Beratern — er hatte außer einem Steuerberater schon damals einen Rechtsanwalt zur Seite — jedenfalls nicht völlig zu entgehen

brauchen. Denn schon in dem Schreiben des Präsidenten des FinA. an die Ehefrau des Kl. v. 13. Juni 1930 war auf das Erfordernis der Genehmigung des FinMin. für den Stundungsplan klar und deutlich hingewiesen worden. Immerhin scheint es, als ob bei der Verhandlung am 17. Juni 1930 von keiner Seite aus genügend beachtet worden ist, daß das Stadtsteueramt freie Hand hatte und nicht gehindert war, die Juwelen für sich zu beschlagnehmen. In der Verhandlungsniederschrift ist ein Vorbehalt hinsichtlich der Gewerbesteuer nur wegen der Höhe der Verzinsung erwähnt, was an sich von nebensächlicher Bedeutung war, während die oben erwähnten Hauptbedenken in der Niederschrift unberücksichtigt gelassen sind. Es mag daher sein, daß der Kl., als er sich am 17. Juni 1930 auf die Regelung festlegte, von irrigen Vorstellungen über die Rechtslage ausgegangen ist, die vermieden worden wären, wenn Dr. B. damals eine genauere Klarstellung der sich aus der Beteiligung des Stadtsteueramts ergebenden Rechtsfolgen veranlaßt hätte. Hierdurch mag dann der eigentliche Grund für die späteren Verwickelungen gelegt worden sein. Darauf braucht indessen nicht näher eingegangen zu werden, weil der Kl. seinen Anspruch nicht auf eine in dieser Richtung liegende Unterlassung des Dr. B. gestützt hat, so daß auch dahingestellt bleiben kann, ob darin eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Dr. B. gesehen werden müßte. Im übrigen würden auch die schädlichen Folgen einer solchen Unterlassung von den zur Klagebegründung angeführten durchaus abweichen.

Zu fragen war daher lediglich, ob das Telefongespräch des Dr. B. mit dem Stadtsteueramt am 27. Juni 1930 die Voraussetzungen der schuldhaften Amtspflichtwidrigkeit erfüllt. Das ist mit dem BG. nach der gegebenen Sachlage zu verneinen. Zwar hatte sich das FinA. an den Tilgungsplan in dem oben dargelegten Sinne gebunden. Das durfte Dr. B. aber nicht dazu führen, dem noch nicht gebundenen Stadtsteueramt gegenüber mit verdeckten Karten zu spielen. Die Ansicht der Rev., daß er nicht sowohl im Interesse seiner eigenen Behörde als vielmehr besonders im Interesse der Steuerpflichtigen alles zu unterlassen hatte, was zu einer Durchkreuzung des Stundungsplans durch das Stadtsteueramt führen konnte, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Dabei wird übersehen, daß Dr. B. dem Stadtsteueramt zu einer weitgehenden Amtshilfe verpflichtet war. Dr. B. war bei den Verhandlungen Beauftragter des Stadtsteueramts gewesen und hatte sowohl die Interessen seiner eigenen wie die der fremden Behörde zu wahren und auszugleichen. Diese seine Stellung gebot es aber, daß er das Stadtsteueramt über das Verhandlungsergebnis und die von ihm in unmittelbarer Zusammenhang damit getroffenen Maßnahmen rückhaltlos und vollständig unterrichtete, damit das Stadtsteueramt zu sachgemäßen Entschlüssen über die seinerseits zu unternehmenden Schritte gelangen konnte. Auch wenn derartige Mitteilungen dazu führen konnten, daß das Stadtsteueramt von den für die Zusagen des FinA. maßgeblichen Richtlinien abging, war er dessen nicht überhoben. Ebenso wenig konnte für ihn die Pflicht zur Wahrung des Steuergeheimnisses (§ 22 ABGD.), der beide Behördenstellen gleichmäßig unterstanden, ein Hindernis bilden. An der Unstimmigkeit, daß der Schuldner gebunden, während das Stadtsteueramt nach frei war, konnte Dr. B. damals nichts ändern. In richtiger Erkenntnis der ihm obliegenden Amtshilfe hatte er dem Stadtsteueramt die Verhandlungsniederschrift vom 17. Juni 1930 sofort zur Kenntnisnahme mitgeteilt. Aus dieser war zu ersehen, daß sich das FinA. unverzüglich für die Freigabe der Pfandkautions einsetzen wollte. Dr. B. hat sich aber nicht damit begnügt, sondern hat im letzten Moment vor der Freigabe der Juwelen durch das Gericht das Stadtsteueramt am 27. Juni 1930 auf die Möglichkeit ihrer Pfändung noch besonders hingewiesen. Gerade darin will der Kl. die Amtspflichtverletzung erblicken. Nach seiner Behauptung hat Dr. B. sogar arglistigerweise beabsichtigt, die ihm angeblich nicht genehme Überlassung der Juwelen an den Kl. zu hintertreiben. Das BG. hat eine solche Arglist verneint. Insofern ist die tatrichterliche Würdigung des BG. nicht nachprüfbar. Das BG. hat darüber hinaus angenommen, daß

Dr. B. damals sogar verpflichtet war, das Stadtsteueramt auf die Gelegenheit zur Pfändung der Juwelen hinzuweisen. Das war indessen dahingestellt bleiben. Es genügt, daß er sich Klarheit darüber verschaffen durfte, ob das Stadtsteueramt die bereits schriftlich angeforderte Freigabe der Juwelen in ihrer Bedeutung für die Sicherung der Gewerbesteuerrückstände richtig verstanden und gewürdigt hatte. Dazu war er aber kraft der von ihm zu leistenden Amtshilfe befugt, selbst wenn er voraussehen mußte, daß eine Rückfrage einen entsprechenden Entschluß des Stadtsteueramtes, sofern er nicht bereits gefaßt war, nach sich ziehen würde. Die Rev. hat vorgetragen, dem Stadtsteueramt sei damals noch unbekannt gewesen, daß die Pfandkautions in Gestalt der Juwelen hinterlegt war. Das würde aber den telephonischen Hinweis nur um so eher zu rechtfertigen vermögen. Jedenfalls stand es im pflichtgemäßen Ermessen des Dr. B., ob er dem Stadtsteueramt die Möglichkeit einer Pfändung im letzten dafür noch zur Verfügung stehenden Augenblick vorstellen wollte. Bei dem Widerstreit der gegenseitigen Interessen, die er zu berücksichtigen hatte, kann überhaupt nicht gesagt werden, daß er mit seinem Entschlusse fehlgegriffen habe. Keinesfalls kann ihm, wie der Kl. meint, ein offener Ermessensmißbrauch zur Last gelegt werden. Das BG. hat daher ohne Rechtsverstoß eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Dr. B. nicht für vorliegend erachtet.

(RG., III. Sen., U. v. 10. Nov. 1936, III 56/36.) [v. B.]

Anmerkung: 1. Die Entsch. des 3. Sen. des RG. bringt einen interessanten Fall aus der steuerlichen Praxis. Häufiger müssen zwischen Steuerbehörden und Steuerpflichtigen Vereinbarungen über die Abdeckung von steuerlichen Verbindlichkeiten geschlossen werden. Hier handelt es sich nicht um privatrechtliche Verträge oder gar um Vergleiche. Wie auch der RfSt. (U. v. 14. Okt. 1936, VIA 723/36 = JW. 1937, 277⁹⁷) zum Ausdruck gebracht hat, sind Vergleiche zwischen den Steuerbehörden und den Steuerpflichtigen nicht zulässig. Der 6. Sen. des RfSt. geht in seiner Entsch. so weit, daß er Vereinbarungen zwischen den FinA. und den Steuerpflichtigen für unwirksam hält, soweit eine solche Vereinbarung z. B. sich auf Veranlagungsabreden erstreckt.

In solchen Fällen des steuerlichen Veranlagungsverfahrens können auch die Steuergerichte durch entsprechende Abreden nicht gebunden werden. Sie sind also befugt, unter abweichender Würdigung des Sachverhalts den gewerblichen Gewinn höher zu schätzen und die Steuer anderweit festzusetzen.

Im übrigen sind gemäß § 5 EinfG. zu den Realsteuergesetzen v. 1. Dez. 1936 Vereinbarungen mit Steuerpflichtigen über die Höhe der Steuer nur bei der Gewerbesteuer zulässig und bedürfen der Zustimmung der obersten Gemeindeaufsichtsbehörde.

Vereinbarungen über die Zahlungsweise der Steuer können ohne weiteres erfolgen. Es ist lediglich innere Angelegenheit der Behörden, ob und inwieweit sie solche Vereinbarungen treffen wollen, bzw. im Innenverhältnis von bestimmten Genehmigungen (OFinPräf., FinMin. usw.) abhängig machen.

Wenn auch solche Vereinbarungen, die nach außen hin im Gewande eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages erscheinen, Staatshoheitsakte sind, so sind trotzdem die Behörden daran gebunden. Soweit der Steuerpflichtige mit mehreren Steuerhoheitsträgern, im vorliegenden Falle mit dem FinA. und dem Stadtsteueramt, zu verhandeln hat, muß er zwei solcher Vereinbarungen treffen, weil keine Behörde befugt ist, für die andere verbindliche Abmachungen zu treffen. Insbesondere in Fällen, in denen das Vermögen des Steuerpflichtigen beschlagnahmt ist, können nicht unerhebliche Schwierigkeiten auftreten. Hierzu gibt ja auch der vorliegende Fall ein erhebliches Beispiel. Er zeigt, mit welcher Vorsicht bei Vereinbarungen in solchen Fällen vorzugehen ist.

2. Gemäß § 242 ABGD. ist in Steuerfällen der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Dies gilt auch für die Rückforderung gezahlter Steuern und anderer Leistungen. Hierdurch soll verhütet werden, daß eine mittel-

Arbeitsgerichte

31. Rechtswirkung der Ehren- und Disziplinarordnung der Deutschen Arbeitsfront. †)

Nach § 19 Ehren- und Disziplinarordnung (E.D.) der D.A.F. i. d. Fassung v. 23. Jan. 1937 kann die Kündigung eines im festen Angestelltenverhältnis zur Deutschen Arbeitsfront stehenden Mitarbeiters „nur ausgesprochen werden, wenn die Einleitung eines Verfahrens gegen den zu kündigenden beim zuständigen D.A.F.-Gericht ordnungsgemäß beantragt oder ein Verfahren bei einem Partei- oder D.A.F.-Gericht bereits anhängig geworden ist“.

„Eines solchen Verfahrens bedarf es nicht“ — so lautet § 19 Abs. 2 E.D. —, „wenn die Kündigung mit Sparrmaßnahmen, organisatorischen Umstellungen oder mit unzureichender Leistung des zu kündigenden nachweisbar begründet werden kann.“

Daß diese in § 19 Abs. 2 E.D. genannten Kündigungsgründe vorliegen, hat die Beh. nicht hinreichend dargetan. In der Abteilung sind neue Angestellte eingestellt worden. Der Kl. hat auch nicht lange vor seiner Kündigung noch eine Leistungszulage erhalten.

Die Kündigung ist deshalb unwirksam, da der nach ihrem Wortlaut zwingenden Bestimmung des § 19 Abs. 2 E.D. nicht genügt ist, d. h. weil vor der Kündigung weder beim zuständigen D.A.F.-Gericht die Einleitung eines Verfahrens beantragt, noch ein Verfahren bei einem Partei- oder D.A.F.-Gericht bereits anhängig geworden war. Der § 19 E.D. ist eine materiellrechtliche Vorschrift, die das Arbeitsverhältnis der Angestellten der Deutschen Arbeitsfront beherrscht. Sie stellt deshalb eine Kündigungs-schutzbestimmung dar (so auch ArbG. Bremen v. 18. Dez. 1936: ArbRZsamml. 28, 234 m. Anm. Mansfeld).

(ArbG. Berlin, Ur. v. 16. Juni 1937, 6 Ca 169/37.)

Anmerkung: Die vorl. Entsch. lenkt die Aufmerksamkeit auf die noch nicht hinreichend geklärte Frage der Rechtsstellung der Deutschen Arbeitsfront.

Das RArbG. hat in der Entsch. v. 16. Dez. 1936 (RArbG. 18, 42 = JW. 1937, 1183⁵⁶) ausführlich die Auffassung begründet, daß die D.A.F. nicht unter die Körperschaften des öffentlichen Rechts gehöre und daß demnach die Vorschriften des Off-ArbDG. nicht auf sie anzuwenden seien. Hierbei geht das RArbG. davon aus, daß, soweit nicht Körperschaften schon früher solche des öffentlichen Rechts waren, sie unter der Gesetzgebung des Dritten Reiches diese Eigenschaft, wenn sie sich nicht von selbst aus der gesetzlichen Regelung ergibt, nur durch staatliche Verleihung oder Anerkennung erwerben können, und es verweist auf eine Reihe von Verbänden, bei denen diese Anerkennung oder Verleihung erfolgt ist: NSDAP. (Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 [RGBl. I, 1016]), Zweigverband Reichsparteitag Nürnberg, Akademie für Deutsches Recht, Deutscher Gemeindegewerkschaftenrat usw. Zu diesen Verbänden gehöre die D.A.F. jedenfalls nicht. Für die positive Erkenntnis der rechtlichen Stellung der D.A.F. ist hiermit allerdings noch nichts gewonnen.

Etwas weiter führt die halbamtliche Äußerung des Leiters des Rechtsamts der D.A.F., Dr. Bühren, die in der Arbeitsrecht-Kartei Karte Arbeitsfront I A 41 v. 29. Aug. 1936 wiedergegeben ist. Hiernach vertritt das Rechtsamt den Standpunkt, die D.A.F. sei weder Körperschaft des öffentlichen Rechts noch Verein, sondern eine einzigartige Neuschöpfung, eine nationalsozialistische Gemeinschaft, die der Aufsicht der NSDAP. untersteht. Auch hieraus lassen sich noch keine bestimmten Folgerungen für die in diesem Zusammenhange auftauchenden rechtlichen Einzelfragen ziehen.

Einen entscheidenden Schritt vorwärts hat nun in neuester Zeit Huber: Afschr. 4 (1937), 73 ff. getan. Er vertritt mit bemerkenswerten Gründen den Standpunkt, daß die D.A.F. nicht nur die Eigenschaft einer nationalsozialistischen Gemeinschaft i. S. des § 17 B.D. v. 29. April 1935 (RGBl. I, 583) oder eines der NSDAP. angeschlossenen Verbandes i. S. des § 3 FührerB.D. vom 29. März 1935 (RGBl. I, 502) besitze; vielmehr sei sie darüber hinaus der Träger öffentlicher Aufgaben und Befugnisse, die dahin gehen, das arbeitende deutsche Volk zu einer wahrhaften Leistungsgemeinschaft zu bilden und dadurch den Arbeitsfrieden zu erhalten. Es komme der D.A.F. demnach kein geringerer rechtlicher und politischer Rang zu als den gesetzlich anerkannten Körperschaften. „Die Rechtsstellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts kann nicht nur durch ausdrückliche Verleihung erworben werden. Sie kann auch aus den Aufgaben und Befugnissen einer Gemeinschaft folgen, wenn diese nämlich öffentlich-rechtlicher Natur sind, d. h. dem Aufbau, der Sicherung

bare Rechtskontrolle der Finanzverwaltung durch die ordentlichen Gerichte stattfindet. Nach ständiger Rspr. des RG. darf die Vorschrift des § 242 RAbgD. nicht dadurch umgangen werden, daß Verwaltungsakte mit Schadenersatzklagen bekämpft werden; denn dabei würden wiederum Ansprüche, die ausschließlich öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entstammen, und die daher schon ihrer Natur nach nicht den Gegenstand von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bilden, mittelbar den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung unterbreitet werden.

Soweit jedoch Amtspflichtverletzungen vorliegen, ist der ordentliche Rechtsweg nach wie vor gegeben. Allerdings können nur ganz grobe Fälle zum Erfolge führen, weil es sich auf dem Gebiete der Steuervereinbarungen in der Regel um Ermessensentscheidungen der Steuerbehörde handelt. Eine „Sabotage“ von Steuervereinbarungen würde z. B. eine Amtspflichtverletzung darstellen.

3. Hinsichtlich der Ermessensentscheidungen bestimmt § 2 StAnpG., daß diese sich in den Grenzen halten müssen, die das Gesetz dem Ermessen zieht. Innerhalb dieser Grenzen sind Ermessensentscheidungen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit zu treffen (§ 2 Abs. 2 StAnpG.).

Da Steuervereinbarungen Ermessensentscheidungen sind, können diese auch der richterlichen Rechtskontrolle nicht unterworfen sein. Andererseits sind die Steuerbehörden ohne weiteres verpflichtet, Steuervereinbarungen Folge zu leisten. Sie können jedoch zur Einhaltung dieser Vereinbarungen nicht im Rechtswege gezwungen werden. Hierzu sind sie gegebenenfalls im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde durch die vorgesetzte Behörde anzuhalten.

4. Von Wichtigkeit ist auch die Feststellung des RG., daß die Steuerbehörden untereinander zur Amtshilfe verpflichtet sind. Die Mitteilung von steuerlichen Verhältnissen oder steuerlichen Beobachtungen an eine andere Steuerbehörde ist daher niemals eine unbefugte Offenbarung i. S. des § 22 RAbgD. Die eine Steuerbehörde darf also ohne Rücksicht auf die hieraus eintretenden möglichen Folgen für den Steuerpflichtigen einer anderen Steuerbehörde Mitteilung über bestimmte steuerliche Verhältnisse machen.

Im ersten Augenblick erscheint diese Feststellung befremdend, weil hierdurch wenigstens mittelbar das Interesse des Steuerpflichtigen an der Geheimhaltung steuerlicher Vorgänge verletzt sein könnte. Bei näherer Betrachtung der Dinge wird man jedoch die Auffassung vertreten müssen, daß die Trennung der Steuerbehörden und damit die getrennte Verwaltung der Steuern überhaupt lediglich eine rein formelle Angelegenheit ist. Entscheidend muß jedoch der materiell-rechtliche Standpunkt sein, der begründet ist im Grundsatz der Steuergerechtigkeit und der Steuergleichheit. Es würde mit dem Gesichtspunkte der Einheitlichkeit der Verwaltung eines Führerstaates unvereinbar sein, wenn Steuerbehörden untereinander nicht berechtigt sein sollten, sich gegenseitig über die Verhältnisse der Steuerpflichtigen zu unterrichten.

Es erscheint daher unbedenklich, wenn Gewerbesteuerbehörden und FinA. gegenseitig ihre Erfahrungen über bestimmte Steuerpflichtige austauschen oder auch sonst sich in einzelnen Fällen miteinander ins Benehmen setzen. Freilich dürfte zu erwarten sein, daß ein solches Zusammenarbeiten auch gleichzeitig im Interesse des Steuerpflichtigen stattfindet; denn letzten Endes liegt ja die Erhaltung von Betrieben im Interesse der Steuerbehörden und des Staates, denn Steuern können nur dort gezahlt werden, wo Betriebe vorhanden sind, die tätig bleiben können und über entsprechende Einkünfte verfügen. Denn auf die Dauer können Steuern nur den Gewinnen entnommen werden.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

30. RG. — Ges. über die Rheinschiffahrtsgerichte v. 5. Sept. 1934 (RGBl. I, 1142) und v. 30. Jan. 1937 (RGBl. I, 97), dazu DurchfB.D. v. 30. Jan. 1937 (RGBl. I, 101) Art. 5. — Gegen das von einem Rheinschiffahrtsobbergericht erlassene Urteil ist Rev. nicht statthaft.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 24. Mai 1937, I 55/37.) [En.]

oder der Erhaltung der Volkordnung dienen. Das ist bei der DVZ, der Fall, die deshalb, wenn auch nicht kraft Gesetzes, so doch kraft ihres Wesens zu den öffentlichen Körperschaften der Volksgemeinschaft gehört.“ Sie verfügt demgemäß über die Mittel der hoheitlichen Rechtssetzung, und demnach sind die allgemeinen Anordnungen der DVZ, öffentliche Satzungen, die nicht den Vereins- oder Gesellschaftsbeschlüssen gleichen, sondern den Satzungen der öffentlichen Körperschaften, z. B. der Gemeinden, entsprechen. Diese Satzungen nennt Huber „ständische Eigengesetze“, die mit unbedingter rechtlicher Wirkung gegenüber den Mitgliedern ausstattet sind. Solche „gesetzliche Kraft“ würde demnach der DVZ. zukommen, um deren Geltung es sich in der vorl. Entsch. handelt. Eine ähnliche Grundauffassung vertritt Siebert: DR. 7 (1937), 111 ff. Er sieht in der DVZ. eine „nationalsozialistische Gemeinschaft innerhalb der Volksgemeinschaft“, die kraft ihres Wesens eine bestimmte Rechtsfähigkeit besitzt. „Das Recht zur Selbstgestaltung ihrer inneren Ordnung und damit auch der in dieser Ordnung vorhandenen Arbeitsverhältnisse muß kraft ihres Wesens jeder echten Gliederung der Volkordnung zukommen, die von der Führung als Trägerin völkisch-politischer Aufgaben anerkannt ist.“

In der Gegenwart stehen hier, wie es scheint, noch zwei Anschauungen einander gegenüber, die sich in den grundsätzlichen Ausgangspunkten unterscheiden. Der Gegensatz läuft wohl auf die Frage hinaus, ob die aus dem politischen Leben unserer Zeit herausgewachsenen Neubildungen ihre rechtlichen Formen vom Gesetzgeber zu erwarten haben, oder ob es Aufgabe der Wissenschaft ist, aus dem Gedankenkreis der nationalsozialistischen Bewegung diese Formen zu entwickeln.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

*

**** 32. § 626 BGB. Jüdische Rasse als wichtiger Grund zur Entlassung eines Gemeindeangestellten. Zunehmende Ausbreitung der von der NSDAP. vertretenen rassistischen Grundsätze. Stärkere Bindung der Gemeinden an diese Grundsätze im Verhältnis zu anderen Selbstverwaltungskörpern.**

Unrichtig ist die Annahme, daß nichtarische Angestellte, auf die keine der gesetzlichen Voraussetzungen außerordentlicher Kündigung zutrifft, geradezu einen gesetzlichen Anspruch auf Belassung in ihrer Stellung hätten. Im vorl. Fall handelt es sich darum, daß die beklagte Stadtgemeinde von dem Recht zur Kündigung, das ihr im Anstellungsvertrag für den Fall eines wichtigen Grundes ausdrücklich vorbehalten war, unter Wahrung der vertraglichen Kündigungsfrist Gebrauch gemacht hat. Daß trotz der Schranken, die sich die Gesetzgebung des Dritten Reichs in der Schaffung von Möglichkeiten für Entlassung nichtarischer Angestellter gesetzt hat, die jüdische Rasse eines Dienstverpflichteten an sich einen wichtigen Grund sogar zu fristloser Entlassung nach § 626 BGB. abgeben kann, ist vom ArbG. wiederholt ausgesprochen worden, zuletzt noch im Ur. v. 7. Okt. 1936, RAG 141/36: ArbG. 17, 277. Erst recht muß das gelten für Fälle, in denen nach dem Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund die Kündigung eines sonst unkündbaren Anstellungsverhältnisses unter Einhaltung einer Frist zulässig ist. Die sogenannte Nürnberger Gesetzgebung hat daran nichts geändert; sie schränkt die Rechtsstellung der Nichtarier ein, sie erweitert sie aber nicht in irgendeiner Weise.

Die am 28. Nov. 1935 von der Bekl. ausgesprochene Kündigung stützte sich auf den Anstellungsvertrag vom 20. Mai 1932. Das ArbG. hat die in Frage kommende Vertragsbestimmung rechtlich einwandfrei dahin ausgelegt, daß die Bekl. zur Kündigung mit der bestimmten Frist dann berechtigt sein solle, wenn ihr nicht zugemutet werden könne, den Kl. über die Kündigungsfrist hinaus noch länger in ihren Diensten zu behalten. Aus dem Umstand, daß der Anstellungsvertrag ausdrücklich die befristete Kündigung aus wichtigem Grund der fristlosen Kündigung nach den Bestimmungen des BGB. gegenüberstellt, folgt mit Deutlichkeit, daß an die Vorbedingungen der befristeten Kündigung, die den Kl. immerhin bis zu einem gewissen Grade schont, nicht so strenge Anforderungen zu stellen sind, wie an die einer fristlosen Entlassung, die den Entlassenen unter Umständen auf der Stelle brotlos macht.

Das ArbG. hat angenommen, am 28. Nov. 1935 habe ein wichtiger Grund in diesem Sinne vorgelegen, weil die Bekl. eine deutsche Stadtgemeinde und der Kl. ein Jude ist.

Die Rev. will hierin einen Widerspruch mit der Auffassung des ArbG. finden, wie sie in dem erwähnten Ur. v. 7. Okt. 1936 zum Ausdruck gekommen sei. Dort sei eine im Dezember 1935 von einer Landesversicherungsanstalt gegenüber einem jüdischen Angestellten lediglich wegen seiner Rasse ausgesprochene

Kündigung für unwirksam erklärt worden. Für die gleichartige Kündigungserklärung einer Gemeinde könne nichts anderes gelten. Die Rev. übersieht dabei dreierlei. Einmal handelte es sich in jenem Fall um ein tarifvertragliches Kündigungsrecht, während gegenwärtig ein in einem Einzelanstellungsvertrag beabzogenes in Streit steht. Ferner hatte sich die damalige Bekl. allein auf die Rechtsgedanken des ArbG. und der dazu ergangenen Verordnungen berufen. Schließlich ist dort ausschlaggebend berücksichtigt worden, daß dem Angestellten noch Ende März 1935 ungeachtet seiner jüdischen Rasse der Erwerb der Rechte eines Dauerangestellten ausdrücklich bestätigt worden war und daß seitdem sich keinerlei Umstände bemerkbar gemacht hätten, die Anlaß zu einer Kündigung wegen seiner Rasse hätten geben können. Der Kl. kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Bekl. von den ihr nach der 2. DurchVO. zum BWSG. gegebenen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht hat. Denn einmal kann die Verfümmung gesetzlicher Kündigungsmöglichkeiten nicht ohne weiteres zum Verlust einer vertraglichen Kündigungsbefugnis führen. Weiter aber ist auch zu beachten, daß gerade im Jahre 1935 die Anerkennung der von der NSDAP. vertretenen rassistischen Grundsätze auch in den breiten, nicht der Partei angehörigen Volksschichten ganz unverkennbare Ausbreitung gefunden hat.

Der Rev. kann auch darin nicht beigetreten werden, daß in der Frage der Beschäftigung jüdischer Angestellter ein grundsätzlicher Unterschied zwischen einer Stadtgemeinde und einer Landesversicherungsanstalt nicht gemacht werden könne. Gewiß trifft die Pflicht, rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat und seine Grundauffassung einzutreten, alle Selbstverwaltungsstellen (vgl. auch § 1 Abs. 4 BWSG.). Immerhin handelt es sich bei einer Gemeinde um eine Körperschaft, die in erster Linie Trägerin allgemeiner Hoheitsverwaltung ist und auch insoweit, als sie wirtschaftliche Unternehmungen zur Versorgung ihrer Angehörigen mit Lebensnotwendigkeiten betreibt, dieses ihr Wesen nicht abstreifen kann, daher auch insoweit der öffentlichen Kritik in ganz anderem Maße ausgesetzt ist, als etwa ein öffentlich-rechtlicher Versicherungsträger, der zwar ebenfalls in gewissen Umfang öffentliche Gewalt ausübt, der aber doch nur zur Erfüllung einer ganz bestimmten Einzelaufgabe in genau vorgeschriebenem Rahmen geschaffen ist, wobei die Betätigung öffentlicher Gewalt ganz in den Hintergrund tritt. Im Hinblick darauf, daß, wie schon erwähnt, heute die weitesten Volksschichten von der nationalsozialistischen Auffassung der Rassenfrage durchdrungen sind, kann es nicht als rechtmäßig bezeichnet werden, wenn das ArbG. der Bekl. nicht zumutet, den Kl., der immerhin nur kündbar von ihr angestellt worden ist, über die Kündigungsfristen hinaus in ihrem Dienst zu behalten.

(ArbG., Ur. v. 20. März 1937, RAG 295/36. — Duisburg.)

*

**** 33. Fristlose Entlassung eines Gemeindeangestellten wegen politischer Unzuverlässigkeit. Die Befugnis, über die Entlassung eines Gemeindeangestellten aus solchem Grunde zu befinden, ist auch durch die DGemD. v. 30. Jan. 1935 nicht dem Parteibeauftragten (Kreisleiter) übertragen. Das Urteil des Kreisleiters über die politische Haltung eines seiner Kreiseingeweihten wird stets außerordentliche Bedeutung haben, niemals aber das Gericht von der Pflicht zu selbständiger Stellungnahme entbinden können. Das Gef. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 steht dieser Auffassung nicht entgegen.**

In dem Verfahren vor dem ArbG. hatte die Bekl. eine schriftliche „Bestätigung“ des Kreisleiters der NSDAP. v. 6. Mai 1936 des Inhalts vorgelegt, daß die Kl. nach den gemachten Erfahrungen keine Gewähr dafür biete, daß sie sich jederzeit und rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einsetze; sie hatte hierzu geltend gemacht, an diese politische Entsch. sei sowohl sie als auch das Gericht gebunden. Das ArbG. hat die Bestätigung schon deshalb nicht für geeignet erachtet, den Antrag auf Abweisung zu rechtfertigen, weil auf ein am 6. Mai ausgestelltes Zeugnis eine am 21. April erfolgte fristlose Entlassung schon wegen der zeitlichen Auseinanderfolge der Ereignisse nicht gestützt werden könne. Auf Grund umfangreicher eigener Beweisaufnahmen ist dann das ArbG. zu dem Ergebnis gelangt, der von der Bekl. zur Rechtfertigung der fristlosen Entlassung erhobene Vorwurf, die Kl. habe durch ihre Äußerungen am 31. März 1936 und durch die Nichtanwendung des Hüflergrußes in der Zeit vorher gezeigt, daß sie politisch unzuverlässig und staatsfeindlich eingestellt sei, habe sich als ungerechtfertigt erwiesen.

Dagegen hat das ArbG. die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen, weil es angenommen hat, daß in Anwendung der Nr. 5 Abs. 5 der 2. DurchVO. z. BWSG. v. 4. Mai 1933 (RGBl. I, 233) oder jedenfalls in Anwendung des dieser Bestimmung zugrunde liegenden Gedankens die Nachprüfung der

Zulässigkeit der Kündigung wegen politischer Unzuverlässigkeit den ordentlichen Gerichten entzogen sei. Es ist davon auszugehen, daß die Anwendung der Gesetzesbestimmung auch noch nach dem 30. Sept. 1934 erfolgen könne, wenn sich erst nach diesem Zeitpunkt herausgestellt habe, daß der Angestellte für die Körperschaft aus politischen Gründen untragbar sei. Diese Auffassung ist rechtsirrig.

Das Kündigungs schreiben der Bevl. v. 21. April 1936 enthält keine Bezugnahme auf eine die Entlassung rechtfertigende Gesetzesbestimmung; es ergibt sich aber aus ihm mit aller Deutlichkeit, daß die Entlassung wegen der Kl. vorgezweifelter und mit einzelnen Tatsachen belegter staatsfeindlicher Gesinnung ausgesprochen worden ist. Sie kann rechtlich sowohl auf die allgemeine Bestimmung des § 626 BGB. oder des § 72 HGB. gestützt sein als auch auf Nr. 4 Abs. 1 der 2. Durchf. v. d. z. B. v. W. G., sofern eine Anwendung der letzteren Bestimmung im Zeitpunkte des Ausspruches der Entlassung überhaupt noch zulässig war. Das UrbG. hat letzteres aus der Weitergeltung des B. v. W. G. im allgemeinen gefolgert, indessen mit Unrecht.

Eine fristlose Entlassung auf Grund des § 4 Abs. 1 B. v. W. G. und ebenso der Nr. 4 Abs. 1 der 2. Durchf. v. d. konnte nur bis zum 31. März 1934 erfolgen. Eine nach diesem Zeitpunkt ausgesprochene Entlassung lag nicht mehr im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen. Der Gesetzgeber hat bewußt für die Entlassungen nach § 4 Abs. 1 des Gesetzes und Nr. 4 Abs. 1 der 2. Durchf. v. d. diese Grenze gezogen, weil er davon ausgegangen ist, daß bis zu dem gezeigten Zeitpunkte die zur Durchführung der nationalsozialistischen Grundsätze erforderliche Vereinigung der Behörden und öffentlichen Körperschaften beendet sein werde und daß im übrigen die allgemeinen Entlassungsbestimmungen in Verbindung mit den getroffenen Bestimmungen über die Neueinstellung von Beamten, Angestellten und Arbeitern genügen würden, um auch für die Zukunft eine Reinhaltung zu gewährleisten. Damit entfällt aber auch die Anwendbarkeit der Nr. 5 Abs. 5 der 2. Durchf. v. d. Denn der dort ausgesprochene Ausschluß der Nachprüfung der Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung durch die ordentlichen Gerichte bezieht sich nur auf solche Entlassungen oder Kündigungen, die sich überhaupt auf die Bestimmungen der 2. Durchf. v. d. zu stützen vermögen (vgl. UrbG. 18, 84 ff.). Eine fristlose Entlassung konnte aber nur dann auf § 4 Abs. 1 B. v. W. G. oder Nr. 4 Abs. 1 der 2. Durchf. v. d. gestützt werden, wenn sie innerhalb der vom Gesetz für seine Anwendung gesetzten Frist ausgesprochen wurde.

War aber eine Entlassung auf Grund der Nr. 4 Abs. 1 der 2. Durchf. v. d. zu dem hier in Frage kommenden Zeitpunkt nicht mehr möglich, so konnte sie lediglich auf § 626 BGB. oder § 72 HGB. gestützt werden. Das Beschäftigungsverhältnis der Kl. bei der Bevl. beruhte auf privatrechtlicher Grundlage, die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten sind nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Streitigkeiten darüber unterliegen der Entsch. durch die bürgerliche Gerichtsbarkeit.

An dieser Rechtslage vermag die Tatsache nichts zu ändern, daß vorliegend im Zusammenhang mit der Nachprüfung des Vorliegens des wichtigen Grundes die Beurteilung der politischen Unzuverlässigkeit der Kl. von Bedeutung ist. Der Rechtsweg müßte allerdings dann als ausgeschlossen erachtet werden, wenn die Befugnis, über die Entlassung eines Gemeindeangestellten wegen politischer Unzuverlässigkeit zu befinden, Dienststellen der Partei übertragen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Nach der am 1. April 1935 in Kraft getretenen D. Gem. v. 30. Jan. 1935 (RGBl. I, 49) steht diese Befugnis den Parteidienststellen nicht zu. Dort ist zwar in dem Beauftragten der NSDAP. eine besondere Parteidienststelle vorgesehen, deren Aufgabe es ist, für das Verhältnis zwischen der Gemeindeverwaltung und der NSDAP. den notwendigen Einfluß i. S. des Gesetzes über die Einheit von Partei und Staat herzustellen und zu erhalten (§ 6 Abs. 2 Gem. v. d.) und zwar ist dies nach der auf Grund des § 118 Gem. v. d. ergangenen Anordnung des Stellvertreters des Führers v. 26. März 1935 (RGBl. I, 470) regelmäßig der Kreisleiter. Zur Erfüllung der ihm hiernach obliegenden Aufgabe sind dem Beauftragten der NSDAP. ganz bestimmte Befugnisse in bezug auf die Mitwirkung bei der Gemeindeverwaltung übertragen. Das Gesetz hat indessen bewußt davon abgesehen, dem Beauftragten über den ihm dadurch gegebenen Einfluß auf die Führung der Gemeindeverwaltung hinaus ein unmittelbares Einwirkungsrecht auf die laufenden Geschäfte zu geben, deren Erledigung vielmehr der eigenen verantwortlichen Entscheidung des Bürgermeisters vorbehalten. Ein allgemeines Kontrollrecht politischer oder sonstiger Art, das durch unmittelbare Einwirkung auf die Gemeindeverwaltung geltend gemacht werden könnte, steht dem Parteibeauftragten nicht zu (vgl. *Kerrl-Weidemann*, „Die Stellung des Parteibeauftragten in der Gemeinde“ im *Komm. zur D. Gem. v. d.*, S. 7 ff.). Es handelte sich deshalb auch im vorl. Falle bei der Stellungnahme des Kreis-

leiters nicht etwa um einen Akt hoheitsrechtlicher Natur, der durch seine unmittelbare Einwirkung auf die Geschäfte der Gemeindeverwaltung den Ausschluß des Rechtsweges für die mit der Klage begehrte Feststellung zur Folge haben könnte.

Die angefochtene Entsch., welche die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen hat, beruht daher auf einem Rechtsirrtum, der zur Aufhebung und Zurückverweisung an das UrbG. führen muß. Dieses wird nunmehr von der Zulässigkeit des Rechtsweges auszugehen und über den Klageantrag sachlich zu entscheiden haben. Dies wird eine Stellungnahme zu der von dem Kreisleiter ausgestellten Bestätigung v. 6. Mai 1936 in der Richtung erforderlich machen, ob und inwieweit die von dem Kreisleiter in der Bestätigung über die politische Unzuverlässigkeit getroffene Feststellung für das ordentliche Gericht maßgebend und bindend ist. Nach den Ausführungen des angefochtenen Urteils ist der Gedanke nicht ganz von der Hand zu weisen, daß das UrbG. in Verkennung der Bedeutung der Unzulässigkeit des Rechtsweges vielleicht lediglich eine solche Bindung des ordentlichen Gerichts an die Beurteilung des Kreisleiters hat annehmen und aus dieser Beurteilung die Berechtigung der fristlosen Entlassung hat bezugnehmen wollen. Aber auch für diesen Fall würde der Auffassung des UrbG. nicht beigetreten werden können. Die Zulässigkeit des Rechtsweges gibt dem ordentlichen Gericht nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, in eigener Verantwortlichkeit und in eigenem Urteil zu den für die Entsch. des Rechtsstreits wesentlichen Fragen Stellung zu nehmen. Nach ständiger Rpr. ist darin auch die selbständige Beurteilung von Vorfragen, von deren Beantwortung die Entsch. abhängt, eingeschlossen, es sei denn, daß die Entsch. einer solchen Vorfrage einer anderen Stelle obliegt, und deren Entsch., sei es kraft ihrer besonderen Natur, wie z. B. bei hoheitsrechtlichen Verwaltungsakten, sei es durch ausdrückliche Bestimmung, der Nachprüfung durch das Gericht entzogen ist. Eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art kommt hier nicht in Frage. Aber auch die Stellung des Kreisleiters als solche rechtfertigt nicht den von dem UrbG. gezogenen Schluß, daß ihm eine eigene Stellungnahme zu der Frage der politischen Unzuverlässigkeit der Kl. im vorl. Falle versagt sei. Der Kreisleiter ist als Hoheitsträger der NSDAP. für die politische Führung des Volkes in dem ihm unterstellten Bezirke der Partei gegenüber verantwortlich; er hat die politischen Verhältnisse innerhalb seines Kreises zu überwachen und nötigenfalls für Abhilfe zu sorgen. Stellt er hierbei fest, daß in einer Gemeindeverwaltung seines Kreises Personen tätig sind, die nach ihrer politischen Haltung für die Partei untragbar sind, so hat er auf deren Entfernung aus der Verwaltung bedacht zu sein, wobei ihm aber, wie bereits ausgeführt, eine unmittelbare Einwirkung versagt, er vielmehr darauf beschränkt ist, die Aufmerksamkeit des Leiters der Gemeindeverwaltung darauf zu lenken und diesem die Tatsachen, die die Notwendigkeit der Entfernung klarstellen, zu unterbreiten oder aber sich erforderlichenfalls an die Aufsichtsinstanz zu wenden. Der Gemeindeverwaltung selbst liegt das in eigener Verantwortung zu fallende Urteil darüber ob, ob ein Angestellter nach nationalsozialistischen Grundsätzen in seiner Tätigkeit belassen werden kann oder nicht. Dasselbe trifft für das Gericht zu, wenn es im Rechtsstreit darüber zu entscheiden hat, ob die politische Haltung eines Gemeindeangestellten seine fristlose Entlassung rechtfertigt oder nicht. Dabei wird naturgemäß dem Urteil des Kreisleiters über die politische Haltung eines seiner Kreiseingewesenen auch dann, wenn ihm nicht auf Grund besonderer Bestimmungen entscheidende Bedeutung zukommt, stets eine außerordentliche Bedeutung und Wichtigkeit beizumessen sein, weil gerade bei ihm eine besonders zuverlässige Einsicht in die politischen Verhältnisse seines Kreises vorausgesetzt werden kann. Sein Urteil entbindet das Gericht aber nicht von der ihm obliegenden Pflicht zur selbständigen Stellungnahme und zur eigenen sorgfältigen Tatsachenprüfung unter Abwägung aller für die Entsch. in Betracht kommenden Umstände. Diese Prüfungspflicht wird namentlich dann von Bedeutung sein, wenn in dem Rechtsstreit die Unrichtigkeit der Tatsachen, auf die das Urteil des Kreisleiters ausdrücklich oder auch nur mutmaßlich gestützt ist, geltend gemacht und unter Beweis gestellt ist. In der Rpr. (vgl. RAG 221/31 v. 14. Nov. 1931: UrbG. 13, 484; UrbG. 14, 290 = *W.* 1935, 1352¹⁸ m. Anm.; *RG.*: *SeuffArch.* 80, 210) ist freilich anerkannt, daß auch unberechtigte Vorwürfe, selbst ein unberechtigter Verdacht seitens maßgebender Stellen von so großem Gewicht sein können, daß dadurch allein ein wichtiger Grund zur Entlassung gegeben sein kann. Dieser Gesichtspunkt, der wiederum eine tatsächliche Abwägung aller für den Einzelfall in Betracht kommenden Umstände erfordert, ist aber im angefochtenen Urteil überhaupt nicht erörtert, es ist auch nicht ersichtlich, daß die Bevl. das Schreiben des Kreisleiters v. 6. Mai 1936 in diesem Sinne zu bewerten versucht hätte.

Sinn und Zweck des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von

Partei und Staat stehen der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Die durch dieses Gesetz gesicherte Einheit von Partei und Staat verpflichtet jeden Amtsträger in Partei und Staat, die von der Führung gezielene Richtung einzuhalten. Es ist deshalb selbstverständlich, daß ein Gericht der Beurteilung der politischen Zuverlässigkeit einer Person diejenigen Grundsätze zugrunde legt, die der Anschauung der politischen Führung entsprechen, und daß es insbes. bei der Prüfung der Berechtigung der fristlosen Entlassung eines Gemeindeangestellten von den Grundsätzen ausgeht, die in dem Vorpruch zur D.Gem.D. als Inhalt der Tätigkeit jeder Gemeindeverwaltung niedergelegt sind. Keinesfalls ist aber das Gericht durch das Vorliegen eines Urteils des Kreisleiters der ihm als Organ der Rspr. obliegenden Aufgabe enthoben, in tatrichterlicher Stellungnahme zu allen für die Beurteilung des Falles in Betracht kommenden Umständen die eigene Entsch. über die Berechtigung der fristlosen Entlassung zu treffen.

(R.ArbG., Ur. v. 14. April 1937, RAG 284/36. — Bamberg.)

**** 34. § 1 Gef. über die Lohnzahlung am nationalen Feiertag des deutschen Volkes v. 26. April 1934. Tarifbestimmungen über Lohnvergütung für Wochenfeiertage gehen der gesetzlichen Regelung vor. Das gilt auch, wenn zum Ausgleich teilweise Mehrarbeit an den übrigen Wochentagen vorgesehen ist.**

Die Rev. stützt sich darauf, daß das Gef. v. 26. April 1934 eine Sonderregelung darstelle, die zwar tarifliche Bestimmungen über die Bezahlung ausfallender Arbeitszeit an Wochenfeiertagen unberührt lasse, aber nach Sinn und Zweck des Waiseiertages ausschließe, daß die Lohnvergütung durch Mehrarbeit erkauft werde, wie dies der § 3 Abs. 1 des maßgebenden Tarifvertrages vorsehe, wenn er in Wochen mit einem Feiertag die Arbeitszeit auf 44 statt 40 Stunden festsetze. Indessen steht diese Auffassung mit dem Wortlaut von § 1 Gef. v. 26. April 1934 nicht im Einklang. Wäre der Gesetzgeber der Meinung der Rev. gewesen, so hätte sich das Gesetz einfach dahin formulieren lassen, daß der auf einen Wochentag fallende 1. Mai unter Aufhebung aller etwa entgegenstehenden tariflichen Bestimmungen als voller Arbeitstag zu bezahlen sei. Wenn statt dessen das Gesetz gerade die Regelung von Tarifordnungen für Wochenfeiertage unberührt läßt und seine Vorschrift, daß für die in solche des Waiseiertages ausfallende Arbeitszeit der regelmäßige Arbeitsverdienst zu zahlen sei, nur trifft, soweit nicht Tarifordnungen die Bezahlung ausfallender Arbeitszeit an Wochenfeiertagen vorsehen, so ist damit klar zum Ausdruck gebracht, daß etwaige Tarifbestimmungen über Lohnvergütung für Wochenfeiertage auch auf den nationalen Waiseiertag zu beziehen sind und der gesetzlichen Regelung des § 1 Gef. v. 26. April 1934 vorgehen. Es geht nicht an, die Tarifvorschrift über die Feiertagsvergütung von der zeitlichen Regelung der Arbeit in einer Woche mit besonderem Feiertag, wie sie im Tarif enthalten ist, zu trennen. Vielmehr gehört eine Tarifbestimmung wie die hier streitige des § 3 Abs. 1, daß in Wochen mit Feiertag die Arbeitszeit statt 48 insgesamt 44 Stunden betrage, untrennbar zu der Lohnvorschrift (§ 4), wonach die Löhne Wochenlöhne sind, so daß in Wochen mit Feiertag eben der volle Wochentag auf eine 44stündige Arbeitszeit zu zahlen ist. Angesichts dieser tariflichen Regelung kommen Erwägungen über Sinn und Zweck des Gef. v. 26. April 1934 nicht in Betracht. Daß die über fünf Arbeitstage hinaus zu leistenden vier Mehrstunden etwa an dem Wochenfeiertag selbst zu leisten seien, besagt der Tarifvertrag keineswegs, so daß der § 3 zu der Bedeutung und dem Geiste des nationalen Feiertages nicht im Widerspruch steht. Offenbar hat der Gesetzgeber sich für diesen Tag mit der Lohnabgeltung begnügen wollen, die die Tarife für Wochenfeiertage vorsehen, und durch sein Gesetz nur für den Fall eingegriffen, daß Tarifvorschriften nicht bestehen, infolge des Feiertages also der Arbeiterschaft ein Lohnverloren gehen würde (vgl. Pfundtner-Neubert zum R.Gef. v. 26. April 1934, Arbeitsrechtskartei Waiseier II).

(R.ArbG., Ur. v. 14. April 1937, RAG 259/36. — Wuppertal.)

**** 35. §§ 61 Abs. 5, 64 Abs. 3 ArbGG.; § 538 Nr. 2 ZPO.**

1. Ein über den Grund vorab entscheidendes Zwischenurteil des R.ArbG., das die Sache zur Verhandlung über den Betrag an das ArbG. zurückverweist, kann ausnahmsweise rechtsmittelfähig sein.

2. Das BG. muß zurückverweisen, wenn das angefochtene Urteil nur über prozeßändernde Einreden entschieden hat; etwa behelfsweise angestellte sachliche Erörterungen der Urteilsgründe sind als nicht vorhanden anzusehen. †)

Der Kl. war Privatdienstangestellter der best. Stadtgemeinde. Mit Schreiben v. 26. Mai 1933 wurde er unter Berufung auf § 4 ArbGG. und Nr. 4 der 2. Durchf.W.D. fristlos

entlassen. Sein Einspruch wurde durch Bescheid des Kreishauptmanns v. 24. Nov. 1933 zurückgewiesen. Auf seine Beschw. eröffnete ihm das Sächl.Md.Z. durch Bescheid v. 11. Jan. 1934, daß die Entsch. des Kreishauptmanns endgültig und mit Rechtsmitteln nicht anfechtbar sei und daß zu einem Einschreiten von Aufsichts wegen kein Anlaß bestehe.

Auf eine Eingabe des Kl. an den Stellvertreter des Führers teilte das Sächl.Md.Z. am 4. Juli 1935 dem Kreishauptmann mit, daß die Entlassung des Kl. nach neuen Feststellungen nicht mehr als gerechtfertigt erachtet werden könne; der Kreisauptmann werde ersucht, die Parteien entsprechend zu bescheiden, das Erforderliche zu veranlassen und darüber zu berichten. Auf Vorstellungen der Stadt hielt der Md.Z. mit Schreiben v. 3. Okt. 1935 an den Kreisauptmann an seiner Bsg. v. 4. Juli 1935 fest und fügte an, daß wegen der augenblicklichen Schwierigkeiten, den Kl. wieder einzustellen, auf seine Wiedereinstellung zuzukommen sei, sobald dazu eine Möglichkeit bestehe.

Am 18. Dez. 1935 bot die Stadt dem Kl. an, mit ihm einen neuen Dienstvertrag einzugehen und ihn für den Kanzleibienst mit einer geringeren Besoldung, als er früher erhalten hatte, wieder einzustellen. Dieses Angebot lehnte der Kl. ab.

Er sieht in der Entsch. des Min. v. 4. Juli 1935 den Widerruf seiner Entlassung und verlangt Nachzahlung seines Gehalts und Feststellung, daß die Bes. auch weiterhin zur Gehaltszahlung verpflichtet sei.

Das ArbG. wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab. Das BG. hob auf und stellte fest, daß das Dienstverhältnis durch die Kündigung nicht erloschen und daß der Kl. berechtigt sei, vom 1. Sept. 1933 an die volle tarifmäßige Vergütung im Umfang des § 615 BGB. zu verlangen. Zur Verhandlung über die Höhe der Ansprüche verwies es an das ArbG. zurück.

Ein über den Grund vorab entscheidendes Zwischenurteil ist nach der Rspr. (R.ArbG. 1, 233 = 3W. 1928, 1531² m. Anm.; 2, 114 = 3W. 1928, 2933 m. Anm.) auf Grund der §§ 61 Abs. 5 und 64 Abs. 3 ArbGG. auch dann nicht selbständig anfechtbar, wenn es in der Berufung ergeht und die Sache zur Verhandlung über den Betrag an das Gericht erster Instanz zurückverweist. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob an dieser Rspr. trotz der im Schrifttum (Jonas § 538 Bem. XI Nr. 1) vertretenen Gegenmeinung, daß ein solches Urteil die Instanz beende und daher die Rev. wenigstens hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Zurückverweisung für die Entsch. über den Betrag zugänglich sei, festzuhalten ist. Denn das hier vorl. Bl. muß trotz des in ihm enthaltenen Vorbehalts der Entsch. über den Betrag jedenfalls als mit der Rev. anfechtbar angesehen werden. In der Berufung des Kl. war Gehaltszahlung bis 31. Dez. 1935 in bestimmter Summe und weiter Feststellung der Verpflichtung der Bes. zur Gehaltszahlung für die folgende Zeit beantragt. Das BG. hat jedoch nicht über die beiden Anträge gesondert entschieden und die Entsch. über den Zahlungsanspruch nach Grund und Betrag getrennt, sondern hat die Entsch. über den Grund des Zahlungsanspruchs und die über den Feststellungsantrag in einen einheitlichen, nicht trennbaren Urteilsakt dahin zusammengefaßt, daß das Dienstverhältnis durch die Kündigung nicht erloschen und der Kl. berechtigt sei, für die Zeit vom 1. Sept. 1933 an die volle tarifmäßige Vergütung im Umfang des § 615 BGB. zu verlangen. Es hat damit eine den ganzen Streitstoff erfassende einheitliche Entsch. gefällt, die gleichzeitig für die Zeit vom 1. Jan. 1936 ab den Streitstoff völlig erschöpft und jedenfalls insoweit der Rev. unterliegt. Da es sich aber um eine einheitliche Entsch. handelt, muß die Rechtsmittelfähigkeit die ganze Entsch. ergreifen, und zwar nicht nur beschränkt auf die verfahrensrechtliche Zulässigkeit des Urteils, sondern ausgedehnt auf die sachliche Nachprüfung. Jede andere Behandlung des Urteils würde zu untragbaren Ergebnissen führen. Würde die Rev. auf die verfahrensrechtliche Zulässigkeit beschränkt werden und diese zu verneinen sein, so würde dabei der Anspruch der Partei auf sachliche Entsch. über den zur Endentscheidung reifen Feststellungsanspruch verkürzt. Würde dagegen die sachliche Entsch. auf den Feststellungsantrag beschränkt und sein Rechtsgrund, der Fortbestand des Dienstverhältnisses des Kl., verneint, dagegen die sachliche Entsch. über den Grund des Zahlungsanspruchs wegen der Unzulässigkeit der selbständigen Anfechtung des Grundurteils abgelehnt und insoweit die Sache zurückverwiesen, so wäre infolge der einheitlichen Entsch. des Bl. über den Grund des Feststellungsanspruchs und des Zahlungsanspruchs sachlich in der Rev. auch über den letzteren entschieden, förmlich aber dennoch eine überflüssige und Kosten verursachende weitere Instanzentscheidung herbeigerufen.

Diese besonderen Umstände des Verfahrens des BG. zwingen also zur Zulassung und sachlichen Behandlung der Rev.

gegen das ganze Urteil. Da sich daraus die Wirksamkeit der Kündigung des Kl. und der Wegfall seiner Ansprüche aus dem Dienstverhältnis ergibt, braucht nicht mehr untersucht zu werden, ob der Rechtszweck zur Entsch. über den Betrag an die zweite oder an die erste Instanz zurückzuverweisen wäre.

Hinsichtlich des ganzen Urteils war zunächst zu prüfen, ob das BG. zur Sache selbst verhandeln und entscheiden konnte, obwohl der erste Richter die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen hatte.

Zutreffend ist das BG. davon ausgegangen, daß über den Bestand der Kündigung die Gerichte zu entscheiden haben. Das ArbGG. hat in ständiger Rspr. erkannt, daß der Rechtsweg für die Frage zulässig sei, ob eine Entlassung nach dem WVG. ausgesprochen worden ist (ArbGG. 17, 65 = JW. 1936, 3150³⁸). Dasselbe muß für die Frage gelten, ob die ausgesprochene Kündigung infolge Einpruchs an die zuständige Verwaltungsbehörde zurückgenommen oder aufgehoben worden ist.

Rechtsirrig ist aber die Annahme des BG., daß es über den Bestand der Kündigung sachlich entscheiden könnte, obwohl das ArbGG. nur über die prozeßhindernde Einrede der Zulässigkeit des Rechtswegs entschieden hätte, weil der Tatbestand insoweit genügend geklärt und deshalb darüber eine weitere Verhandlung nicht erforderlich gewesen sei. Der Beschl. der VerZivSen. RGZ. 70, 179 (187) hat die Frage offengelassen, ob i. S. des § 538 eine weitere Verhandlung erforderlich ist, wenn in erster Instanz vollständig zur Hauptsache verhandelt, dann aber wegen eines Prozeßhindernisses abgewiesen ist, weist aber darauf hin, daß das RG. in ständiger Rspr. daran festgehalten habe, daß dann, wenn die Klage in erster Instanz nach vollständiger Verhandlung zur Sache wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung durch ein reines Prozeßurteil abgewiesen sei, alles, was zur Hauptsache vorgetragen worden sei, damit gegenstandslos werde. Die Urteile RGZ. 12, 377; 29, 419; II 294/01 v. 17. Dez. 1901: JW. 1902, 93¹⁷; III 296/30 v. 3. Juli 1931: HöchstRspr. 1931 Nr. 1981 und RAG 296/29 v. 16. Nov. 1929: ArbRspr. 1930 Nr. 15 = JW. 1930, 3152⁶⁹ m. Anm. — zu vgl. auch RGZ. 61, 411 und 97, 214 — kommen zu dem weiteren Ergebnis, daß der VerA., wenn er im Widerspruch mit dem ersten Richter den Rechtsweg für zulässig erachtete, sich der sachlichen Entsch. nicht unterziehen dürfe, obwohl die Verhandlung im ersten Rechtszuge sich auf Prüfung des sachlichen Klagegrundes erstreckt habe. Auch in der neueren Rspr. (RG. II 113/36 v. 1. Dez. 1936: JW. 1937, 813 [814] im Anschluß an RGZ. 123, 203 = JW. 1929, 637) ist ständig daran festgehalten, daß bei Klageabweisung durch ein Prozeßurteil etwa behelfsweise angestellte sachliche Erörterungen der Urteilsgründe als nicht vorhanden anzusehen sind. Das Bestreben nach Beschleunigung der Gerichtsverfahren und Freistellung von unfruchtbarer Formgebundenheit kann die Gründe für die Zurückverweisung nicht entkräften. § 538 hat eine Ausnahme von § 537 geschaffen. Der Umfang der noch gebotenen Aufklärung kann deshalb nicht entscheidend sein, sondern der Umstand, daß, wie es die Motive zu § 500 ZPO. a. F. nach RGZ. 12, 378 ausgedrückt haben, der Gegenstand des Rechtsstreits in zweiter Instanz ein anderer sein würde als in erster Instanz, wenn die Berufungsverhandlung auf die Sache ausgedehnt würde, über die im ersten Rechtszug nicht entschieden wurde. Den Parteien ginge dadurch die Sachentscheidung eines Rechtszuges verloren.

Allen der Ausgangspunkt des BU., daß das ArbGG. die Klage nur verfahrensrechtlich aus der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen hätte, ist irrig. Das ArbGG. hat auf eine Auskunft des RdZ. v. 2. April 1936 Bezug genommen, daß die Bd. v. 4. Juli und 3. Okt. 1935 nur ein Ersuchen an den Kreishauptmann enthalten hätten, die Wiedereinstellung des Kl. zu veranlassen, daß dadurch die unanfechtbar gewesene Entlassung nicht aufgehoben worden sei und daß aus diesen, den inneren Dienstbetrieb betreffenden Bestimmungen eine dritte Person keinerlei Rechte herleiten könne. Es hat daraus entnommen, daß die Kündigung zu Recht bestehe, und hat dann erst die Nachprüfung der Entlassungsgründe entsprechend dem Einwand der Besl. mangels Zulässigkeit des Rechtswegs abgelehnt. Folgerichtig war demnach aus dem Grund der Rechtsbeständigkeit der Kündigung die Klage sachlich abzuweisen. Die gewählte Form der Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs entspricht nicht den Gründen, die zutreffend nur in einem Angriffspunkt der Klage die Zulässigkeit des Rechtswegs ablehnten. Die Entsch. hat demnach eine weitergehende Bedeutung, als ihre Fassung ausdrückt. Das hat das BG. verkannt, indem es sich an den Wortlaut des Urteils hielt und es deshalb als bloße Prozeßentscheidung ansah, während es in Wirklichkeit eine Sachentscheidung war. Daher kann die Rev. mit ihrem Angriff aus § 538 ZPO. trotz der rechtsirrigen Auslegung dieser Be-

stimmung durch das BG. aus dem Grunde des § 563 ZPO. keinen Erfolg haben.

Zu der Sache ist das BG. dem Kl. dahin beigetreten, daß die Entsch. des Ministers die Kündigung mit rückwirkender Kraft aufgehoben habe.

Die Ausführungen des BG. können einer sachlichen Nachprüfung nicht standhalten. (Wird näher dargelegt.)

Die Rechtswirksamkeit der Kündigung ist durch die Bestimmungen des Ministers nicht beseitigt worden, sohin sind alle Gehaltsansprüche des Kl. aus seinem Anstellungsvertrag erloschen.

Weil der Klageanspruch auf den Widerruf der Kündigung, also gerade auf die Behauptung gestützt ist, daß eine Maßregelung im Zusammenhang mit dem politischen Umbruch nicht erfolgt sei, sind die Vorschriften des Gesetzes über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1935) und der 1. DurchfVO. zu dem Ges. v. 22. Febr. 1935 (RGBl. I, 219) nicht anzuwenden (ArbGG. 14, 306 [307] und 357 [359] = JW. 1935, 1355 m. Anm. und 1935, 2226³⁷). Es handelt sich nur um die reine Rechtsfrage, ob die Kündigung, gleichviel aus welchen Gründen sie ausgesprochen war, förmlich wieder beseitigt war, eine Frage, die mit den Hintergründen der Kündigung nichts zu tun hat, nicht etwa um Ersatzansprüche aus der nachträglichen Feststellung der Fehlsamkeit der politischen Kündigung.

Auf die Rev. der Besl. ist das Urteil des BG. in seinem ganzen Umfange aufzuheben und die Berufung des Kl. gegen das Urteil des ArbGG. mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Klage als unbegründet abgewiesen wird.

(ArbGG., Urf. v. 5. Mai 1937, RAG 302/36. — Leipzig.)

Anmerkung: Die Entsch., der ich im Ergebnis beitrete, ist ein interessanter Beitrag zu dem sich in immer neuen Variationen wiederholenden Thema der Behandlung inkorrekt er Entscheidungen.

1. Nach § 61 Abs. 5 ArbGG. ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren das Grundurteil nach § 304 ZPO. nicht selbständig anfechtbar, es wird vielmehr wie ein Zwischenurteil nach § 303 Abs. a. F. behandelt. Vorliegend hat das BG., das das Grundurteil erlassen, die Sache für das Bettragsverfahren an die untere Instanz nach § 538 Nr. 3 ZPO. zurückverwiesen, während korrekterweise das Grundurteil als wirkliches unselbständiges Zwischenurteil, d. h. unter Vorbehalt der Durchführung des Bettragsverfahrens in der eigenen Instanz, hätte ergehen müssen. Der Auspruch über die Abänderung des vorinstanzlichen Urteils hätte demgemäß auch richtigerweise erst in dem die Berufung abschließenden Bettrags-Urteil erfolgen dürfen und nicht schon in dem Grundurteil. Ich habe in den Erklärungen zu § 538 Bem. VIII 1 entgegen ArbGG. 1, 233 und 2, 114 die Auffassung vertreten, daß man gegen ein derartiges — inkorrektweise ergangenes — zurückverweisendes Grundurteil die Rev. entgegen § 61 Abs. 5 ArbGG. nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften zulassen müsse, denn das BG. hat durch dieses sein Urteil zum Ausdruck gebracht, daß es die Instanz als beendet ansieht. Allgemeiner Grundsatz bei der Anfechtung inkorrekt er Entscheidungen muß sein, daß, wenn das Gericht einen prozessual unrichtigen Weg geht, die Parteien ihm hinsichtlich der Rechtsmittel auf diesem Wege mit dem Ziele der Beseitigung dieser inkorrekten Entscheidung folgen dürfen; vgl. meine Ausführungen in der Vorbem. III vor § 511.

Das ArbGG. läßt diese Frage in ihrer Allgemeinheit vorliegend offen, bejaht aber die Zulässigkeit der Rev. im konkreten Falle deshalb, weil der Auspruch über den Grund des Leistungsbegehrens hier mit einem endgültigen Feststellungsauspruch hinsichtlich des künftigen Rechtsverhältnisses verbunden ist. M. a. W.: das ArbGG. will den (ohnehin nicht eben zweckmäßigen) Satz des § 61 Abs. 5 ArbGG. von der Unzulässigkeit der selbständigen Anfechtung von Grundurteilen für den Fall ausschalten, daß gleichzeitig auf Leistung für die Vergangenheit und auf Feststellung für die Zukunft geklagt ist und über den Grund der Leistungsbegehren und der Feststellungsbegehren ein einheitlicher Anspruch ergeht. Daß hier die einheitliche Anfechtung des Auspruchs der gegebene Weg ist, um eine höchst mißliche Gabelung des Verfahrens zu vermeiden, liegt auf der Hand. Erkennt man diesen Satz an, so wird man ihn allerdings folgerichtig ebenso wie für die Rev. über die Berufung gegen eine erstinstanzliche Verpöpfung von Grund-Zwischenurteil und Feststellungs-Urteil gelten lassen müssen.

Dem ArbGG. ist sicherlich auch darin beizutreten, daß, wenn man mit Rücksicht auf die untrennbare Verbindung der beiden Ausprüche die Anfechtung des ganzen Urteils zuläßt, das Ziel

der Anfechtung auch die sachliche Nachprüfung des gesamten Urteils sein muß und nicht etwa bezüglich der infortreten Grund-Zwischenentscheidung bloß deren formelle Be-
seitigung.

2. Die zweite Infortretlichkeit des Verfahrens lag in der ersten Instanz. Das ArbG. war insofern unzutreffend vorgegangen, als es die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und nicht als sachlich unbegründet abgewiesen hatte. Dem, was das NArbG. zu diesem Punkte sagt, ist unbedingt zuzustimmen. Gegenstand des Streites war die Frage, ob ein das Dienstverhältnis lösender Kündigungs-
auspruch noch oder nicht mehr vorliegt — nicht etwa die Frage der Zulässigkeit der auf Grund der Berufsbeamten-Gesetzgebung ausgesprochenen Kündigung. Die erstere Frage ist, wie in der Rpr. außer Streit steht, der gerichtlichen Entsch. zugänglich, während die Frage, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der Kündigungsmöglichkeiten der Berufsbeamten-Gesetzgebung vorgelegen haben, unstrittig der richterlichen Nachprüfung entzogen ist. Der erste Richter hatte die Klage abgewiesen, weil er den angeblichen Widerruf der Kündigung verneinte und somit den Rechtsbestand der Kündigung bejahte. Dies war der die Klageabweisung tragende Grund, nicht der Satz, daß die Frage der Zulässigkeit der Kündigung der richterlichen Nachprüfung entzogen sei. Der Sache nach war das erstinstanzliche Urteil ein solches, das die Klage auf Grund der dem Richter zustehenden und auch von ihm angestellten Prüfung sachlich als unbegründet abwies — nicht ein solches, in dem sich der Richter zur sachlichen Entscheidung für nicht befugt erklärte. Zutreffend hält das NArbG. an dem aus guten Gründen eingeführten Satz des § 538 Nr. 2 ZPO. fest: das BG. muß zurückverweisen, wenn das angefochtene Urteil nur über Prozeßvoraussetzungen entschieden hatte, selbst wenn in den Urteilsgründen hilfsweise — rechtlich bedeutungslos — Erörterungen über die Sache selbst angestellt sind. Von diesem Falle ist aber der wohl zu unterscheiden, daß das angefochtene Urteil zwar der Form nach ein Prozeßurteil, seinem Inhalte nach ein Sachurteil war. Bei der Frage, ob das BG. bei Abänderung nach § 538 Nr. 2 zurückzubewerfen hat oder nicht, kann es vernünftigerweise nur darauf ankommen, wie das angefochtene Urteil — nach der Erkenntnis des Rechtsmittelrichters — aufzufassen ist, nicht aber darauf, wie es der untere Richter der Form nach bezeichnet hatte.
MinR. Dr. Jonas, Berlin.

**** 36. §§ 232 Abs. 2, 233 ZPO. Verspätete Bescheidung auf ein Armenrechtsgesuch ist kein Grund zur Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist, wenn die Partei vor Fristablauf trotz ihrer Armut einen Anwalt beauftragt hatte.**

Der Kl. hat gegen ein Urteil, das ihm am 29. Dez. 1936 zugestellt worden ist, am 14. Jan. 1937, also um einen Tag verspätet, Berufung eingelegt, nachdem bereits am 4. Jan. 1937 sein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die VerJnst. eingegangen war. Durch Beschlüsse v. 16. Jan. 1937 hat das NArbG. das Armenrechtsgesuch als aussichtslos abgelehnt und die Berufung als verspätet verworfen. Am 2. Febr. 1937 hat der Kl. durch seinen Anwalt um Wiedereinsetzung gebeten und dieses Gesuch mit seinem bei Einlegung der Berufung noch nicht beschiedenen Armenrechtsantrag begründet. Durch Beschlüsse vom 15. Febr. 1937 hat der Vorsitzende des NArbG. die Wiedereinsetzung abgelehnt und die Berufung erneut wegen verspäteter Einlegung verworfen.

Die gegen die Versagung der Wiedereinsetzung eingelegte sofortige Beschw. ist nicht begründet. Da der Kl. nach Zustellung des Urteils unverzüglich das Armenrecht für den zweiten Rechtszug erbeten hatte, durfte er an sich bis zur Bescheidung seines sich nicht ohne weiteres als aussichtslos darstellenden Gesuches mit Einlegung der Berufung warten, und hätte, wenn er sich darauf beschränkt hätte, die Überschreitung der Rechtsmittelfrist auf einem unabwendbaren Zufall i. S. von § 233 ZPO. beruht. Wenn er aber vor Ablauf der Berufungsfrist zur Einlegung des Rechtsmittels einen Rechtsanwalt in Anspruch nahm, dieser auch den Auftrag ausführte, und der Kl. damit zum Ausdruck brachte, daß sein Armenrechtsgesuch ihn nicht hinderte, unabhängig von der Entsch. des Gerichts seine Rechte gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil selbst zu wahren, so scheidet für die Frage der Berufung der Fristversäumung das Verfahren über die Armenrechtserteilung aus und war lediglich zu prüfen, ob die vom Kl. durch seinen Anwalt vorgenommene Rechtsmitteleinlegung infolge eines außerhalb des Armenrechtsverfahrens liegen-

den unabwendbaren Zufalls verspätet erfolgt ist. Einen Zufall in diesem Sinne hat der Kl. nicht behauptet. Es bedarf danach keiner Erörterung, welche Gründe für die Verzögerung der Berufung vorgelegen haben. Da der Kl. solche nicht dargelegt hat, kann ein Fall des § 233 ZPO. nicht als gegeben angesehen werden (vgl. RG.: JW. 1931, 1086¹⁶ m. Anm.).

(NArbG., Beschl. v. 20. März 1937, RAG B 7/37. — Berlin.)

**** 37. § 286 ZPO. Grenzen zulässiger Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz und auf die Schriftsätze in den Entscheidungsgründen.**

Nach der ständigen Rpr. des RG. und des NArbG. ist es zwar als rechtlich zulässig zu erachten, in den Entscheidungsgründen auf die Gründe des ersten Urteils Bezug zu nehmen, und ist eine Bezugnahme auch auf Prozeßschriften der Parteien nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Ihre Zulässigkeit muß aber da Grenzen finden, wo durch bloße Bezugnahmen Zweifel über die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Urteils und Unklarheiten entstehen oder die Begründung des Urteils in sich unverständlich wird. Das BG. hat diese Grenzen nicht beachtet. Mit Recht weist die Rev. darauf hin, daß die Ausführungen des BG., die Darlegungen der Kl. verdienen gegenüber jenen der Befl. den Vorzug, nicht ausreichen könne, um die tatsächlichen und rechtlichen Gründe klar zu machen, aus denen das BG. den Standpunkt der Kl. teilt. Dazu kommt, daß infolge der Bezugnahme nicht erkennbar ist, welche Annahmen des BG. und in welchem Umfang sie auf tatsächlichen Feststellungen beruhen und inwieweit sie durch Ermittlung des rechtlichen Inhalts von Parteivereinbarungen, durch Auslegung von Urkunden oder auf der Grundlage der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Befl. usw. gewonnen worden sind, so daß auch über den Umfang der Nachprüfbarkeit des Urteils durch das RevG. die notwendige Klarheit nicht zu gewinnen ist. Endlich muß verlangt werden, daß den Parteien, schon damit sie zu einer den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Begründung des etwa zu ergreifenden Rechtsmittels in den Stand gesetzt werden, in dem Urteil selbst wenigstens die wesentlichen und für die Überzeugung des Gerichts leitenden Gründe ersichtlich gemacht werden. Durch bloße Bezugnahmen, die die Parteien zwingen, sich diese Gründe aus verschiedenen Aktenstücken selbst zusammenzusuchen, wird das Urteil in sich unverständlich, was einem völligen Mangel der Gründe gleichzusetzen ist.

(NArbG., Urte. v. 17. April 1937, RAG 279/36. — Berlin.)

**** 38. § 850 d ZPO. Einreden gegen eine gemäß § 850 d fingierte Entgeltforderung. f)**

(NArbG., Urte. v. 20. Febr. 1937, RAG 250/36. — Königsberg i. Pr.)

Abgedr. JW. 1937, 2072⁹⁷.

Anmerkung: Der durch die ZwVollstrNov. von 1934 in die ZPO. eingefügte § 850 d gewährt dem Vollstreckungsgläubiger, wenn der Schuldner seine Arbeitskraft einem Dritten unentgeltlich oder gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung zur Verfügung stellt, unter bestimmten Voraussetzungen einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dienstleistungsempfänger. Das Gesetz hat die Form der Fiktion eines Vergütungsanspruchs gewählt, dergestalt, daß der Gläubiger diesen fingierten Anspruch pfänden, sich überweisen lassen und ihn sodann erforderlichenfalls im Klagewege gegen den Dienstleistungsempfänger geltend machen muß.

In Frage steht nun, ob der Dienstleistungsempfänger gegen diesen als Lohnanspruch des Vollstreckungsschuldners fingierten Anspruch des Vollstreckungsgläubigers mit Gegenforderungen gegen den Vollstreckungsschuldner in gleicher Weise aufrechnen kann, wie er es gegenüber einem gepfändeten wirklichen Lohnanspruch tun könnte.

Das NArbG. bejaht die Frage „unbedenklich“, da „die Fiktion folgerichtigerweise dazu führen müsse, daß die Forderung auch hinsichtlich der gegen sie geltend gemachten Einreden als bestehend behandelt werde“; das NArbG. Hamburg (ArbR Samml. 29, NArbG. 117) hat die Frage in entgegengesetztem Sinne entschieden. In Übereinstimmung mit Wolmar, der die letztere Entsch. daselbst besprochen hat, möchte ich mich dem NArbG. Hamburg anschließen.

Mit rein logischen Betrachtungen wird man sich gegenseitig wohl kaum vollends überzeugen können. Die Fiktion ist das gesetzestechnische beliebte Mittel, verschiedene Dinge gleich zu behandeln. Darüber, wie weit man nun mit der Fiktion gehen

tann, d. h. wo die Gleichbehandlung aufhören und die Anerkennung der Verschiedenheit wieder beginnen soll, wird man häufig verschiedener Ansicht sein können. Aber gerade auch bei formallogischer Betrachtung des Falles drängen sich hier Bedenken auf. Entweder macht man mit der Fiktion Ernst und behandelt den Anspruch im Verhältnis Vollstreckungsgläubiger—Dienstleistungsempfänger als Anspruch des Vollstreckungsschuldners: dann dürfte die Aufrechnung an der mangelnden Abtretbarkeit des Anspruchs scheitern; das ARrbG. hat in der Entsch. ArbRSamml. 27, 21 bereits — m. E. durchaus zutreffend — ausgesprochen, daß der Vollstreckungsschuldner über die fingierte Forderung nicht durch Abtretung verfügen könne. Ist dem aber so, so würde nach § 394 BGB. auch für eine Aufrechnung kein Raum sein. Faßt man andererseits den Anspruch, seiner Fiktion entkleidet, als unmittelbaren Anspruch des Vollstreckungsgläubigers auf, so würde der Aufrechnung der Mangel der Reziprozität der Forderungen entgegenstehen, denn die Gegenforderung richtet sich nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen den Vollstreckungsschuldner.

Hinzu kommt noch ein weiteres: Sinn der Aufrechnung ist, worauf Volkmar a. a. O. mit Recht besonders hinweist, die Tilgung einer Forderung unter Aufopferung einer Gegenforderung. Hier würde aber der Dienstleistungsempfänger durch die Aufrechnung nichts opfern; er würde durch die Aufrechnungserklärung dem Vollstreckungsgläubiger den fingierten Vergütungsanspruch aus der Hand schlagen; die Pfändung würde mit der rechtskräftigen Abweisung der Klage ins Leere fallen und die Fiktion damit wieder in Nichts zerfließen. Jedenfalls würde die Fiktion, die ja ohnehin nur im Verhältnis Vollstreckungsgläubiger—Dienstleistungsempfänger bestanden hätte, niemals im Verhältnis Dienstleistender—Dienstleistungsempfänger fortwirken können. Das Ergebnis wäre also, daß der Dienstleistungsempfänger mittels der Aufrechnung den Gegner abgeschlagen hätte, ohne daß in seinem Verhältnis zu dem Dienstleistenden eine Vermögensverschiebung eingetreten wäre; er hätte vielmehr seine Forderung gegen den dienstleistenden Haussohn oder Ehegatten unverändert behalten und würde bei einer erneuten Pfändung nach § 850 d sich dem neuen Vollstreckungsgläubiger gegenüber wiederum mit der Aufrechnung verteidigen können. Das Spiel würde also sich vollends wiederholen.

Das führt hinüber zu der praktischen Seite der Sache. Schwerer als alle systematisch-logischen Erwägungen scheint mir der Umstand zu wiegen, daß vom Standpunkt der reichsarbeitsgerichtlichen Auffassung in den Geltungsbereich des § 850 d eine Bresche gelegt wäre, die seinen Wert zu einem guten Teil in Frage stellte. In recht vielen Fällen wird der Anlaß dazu, daß sich jemand in ein Beschäftigungsverhältnis der in § 850 d gedachten Art begibt, eben der sein, daß er dem anderen verpflichtet ist und gewissermaßen Schulden abarbeiten will. Oder umgekehrt wird, wenn z. B. der Haussohn wirklich aus ideellen Gründen im Betrieb des Vaters unentgeltlich arbeitet und schafft, der Vater häufig Veranlassung nehmen, dem Sohn diese oder jene Zuwendung zu machen (man denke an die Anschaffung eines Motorrades oder Wagens), die zu gegebener Zeit nur gar zu leicht glaubhaft als Darlehen aufgezogen werden könnte. In allen diesen Fällen würde die Tatsache der Gegenschuld praktisch genügen, um den Vollstreckungszugriff nach § 850 d auszuschließen und diese Bloßfierung würde praktisch auf unbegrenzte Zeit bestehen, da eine Abtragung der Schuld zumal zwischen Verwandten und mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Dienstleistung unter den obwaltenden Verhältnissen kaum je vorkommen wird.

Das ARrbG. ist sich offenbar dieser bedenklichen Konsequenz seiner Auffassung auch bewußt: es weist darauf hin, daß u. U. der Aufrechnung die Einrede der Arglist gegenüber stehe, wenn sich ihre Geltendmachung als sittenwidrig darstelle. Baum ist aber dieser Fall gegeben? M. E. kann von einer arglistigen Aufrechnung eigentlich nur dann gesprochen werden, wenn die Gegenforderung arglistig, d. h. in der Absicht geschaffen (bzw. auf den Dienstleistungsempfänger übertragen) ist, um sie zur Bloßfierung in dem dargelegten Sinne zu verwenden. Derartige Fälle werden aber recht selten sein. Wenn sich jemand in ein unentgeltliches Dienstleistungsverhältnis der in Rede stehenden Art begibt, so wird das, wie schon dargelegt, seinen Grund zumeist darin haben, daß es sich sachlich um ein Abtragen von Schulden handelt, und auch in dem umgekehrten, oben als Beispiel angeführten Fall, daß der Vater dem in seinem Betrieb unentgeltlich arbeitenden Sohn zur Anschaffung eines Wagens od. dgl. darlehensweise Geld gibt, würde man bei der demnächstigen Aufrechnung von einem arglistigen Verhalten wohl schwerlich sprechen können! —

Für eine Aufrechnung scheint mir nach alledem in den Fällen des § 850 d kein Raum zu sein. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß es dem verklagten Dienstleistungsempfänger schlechthin verlag sein solle, sich einredeweise auf die Gegenforderung gegen den

Dienstleistenden zu berufen. § 850 d bestimmt, daß bei Bemessung der Höhe des von dem Vollstreckungsgläubiger geltend gemachten Anspruchs — d. h. der fingierten Vergütung — alle Umstände des Falles zu prüfen seien. Darunter fällt auch Vorhandensein, Art und Höhe von Gegenforderungen. Das Prozeßgericht würde also m. E. sehr wohl in der Lage sein, die Klage aus § 850 d in vollem Umfange mit der Begründung abzuweisen, der Vater habe seinem Sohn früher derartig hohe Zuwendungen gemacht, daß eine unentgeltliche Dienstleistung als Gegengabe der Sachlage entspräche; ebenso könnte das Gericht darauf abkommen, dem klagenden Vollstreckungsgläubiger nur einen kleineren Betrag zuzusprechen, weil eine Quote der an sich als angemessen einzusetzenden fingierten Vergütung dem Dienstleistungsempfänger zur allmählichen Abgeltung der Gegenforderung belassen bleiben müsse. Wenn in dieser Weise Gegenforderungen berücksichtigt werden, so scheint mir das sowohl angemessen wie auch ausreichend. Weiter möchte ich aber keinesfalls gehen.

Ich möchte hoffen, daß die vorl. Entsch. noch nicht das letzte Wort ist, das das ARrbG. in dieser Frage gesprochen hat.

MinR. Dr. Jona s, Berlin.

Reichsfinanzhof

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

39. § 15 Ziff. 1 EinvStG. 1934. Abgesehen von den Fällen, in denen ein Gewerbebetrieb oder der selbständige Teil eines solchen innerhalb eines vom Verpächter selbst noch unterhaltenen Gewerbebetriebs verpachtet wird, wird die Vermietung oder Verpachtung nur dann als laufende gewerbliche Betätigung des Eigentümers aufgefaßt werden können, wenn die Tätigkeit des Vermieters oder Verpächters während der Vertragsdauer über das bloße Vermieten oder Verpachten hinausgeht und eine laufende Verwaltungsarbeit von solchem Ausmaß darstellt, daß sie als gewerbliche Tätigkeit erscheint. †)

Der BeschwF. bewirtschaftet ein landwirtschaftliches Gut und ist außerdem Eigentümer von Kiesgruben und eines Schotterwerkes, die zusammen mit Ausbeuteberechtigungen auf fremdem Grund und Boden an die Firma A. GmbH. verpachtet sind. Der BeschwF. selbst ist an der GmbH. mit 10 000 RM beteiligt und außerdem einer der beiden Geschäftsführer. In seiner Einkommensteuererklärung für 1934 gab er als Einkünfte aus Verpachtung 19 129 RM an, die aus einer Pachtsumme von 62 000 RM durch Abzug von 42 870 RM als Absetzungen für Abnutzung und Substanzverringerung und sonstige Werbungskosten berechnet waren. Unter den Absetzungen sind auch erhöhte Absetzungen für kurzlebige Wirtschaftsgüter und ein Verlust aus Autoverkauf von 744 RM enthalten. Streitig ist, ob der BeschwF. die erhöhten Absetzungen für kurzlebige Wirtschaftsgüter vornehmen und den Verlust aus dem Autoverkauf absetzen kann. Der BeschwF. berief sich auf ein Urteil des Bewertungssenates des RFH., in welchem das an die GmbH. verpachtete Betriebsvermögen als gewerbliches Betriebsvermögen anerkannt worden war, und auf die RPr. des 6. Sen., wonach die Verpachtung eines Gewerbebetriebs im ganzen nicht die Aufgabe des Gewerbebetriebes bedeute, sondern seine Weiterführung unter veränderten Umständen. Die Vorbehörden lehnten die Anträge des BeschwF. ab. Nach Auffassung des FinGer. ist der BeschwF. hinsichtlich des verpachteten Betriebes nicht als buchführender Gewerbetreibender i. S. des § 6 Ziff. 1 Satz 4 EinvStG. 1934 anzusehen. Die Beurteilung bei der Vermögenssteuer gelte nicht ohne weiteres für die Einkommensteuer. Bei den Entsch. des RFH. zur Einkommensteuer habe es sich ausschließlich um die Frage gehandelt, ob ein Veräußerungsgewinn nach § 30 EinvStG. 1925 besteuert werden dürfe oder nicht. Der BeschwF. habe auch von vornherein die aus der Verpachtung gezogenen Einkünfte steuerlich als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung behandelt. Nicht er, sondern die GmbH. sei der Betriebsunternehmer, bei der er lediglich neben einer weiteren Person die Tätigkeit eines geschäftlichen Vertreters ausübe. Überdies sei in Ermangelung einer gewerblichen Bilanzierung für die Aufstellung des vorgeschriebenen Sonderkontos kurzlebiger Wirtschaftsgüter kein Raum gewesen.

Auch könne dem Beschw. nicht zugebilligt werden, sich je nach seinem steuerlichen Vorteil einmal als Gewerbetreibender hinzustellen und das andere Mal, etwa wenn es sich um die Entrichtung der Gewerbesteuer handelt, alle Verpflichtungen auf die GmbH. abzuwälzen. Aus dem gleichen Grunde sei auch der geltend gemachte Verlust bei den Einkünften aus Verpachtung zu Unrecht abgezogen worden.

Der Beschw. macht insbes. geltend, er habe auch noch nach 1923 Aufwendungen auf die Pacht Sachen gemacht. Die GmbH. sei nur die äußere Form, in der er seinen bisherigen Gewerbebetrieb ausübe. Er führe über das gesamte verpachtete Unternehmen Bücher, in denen auch ein Konto für kurzlebige Wirtschaftsgüter eingerichtet sei. Gegenüber den Ausführungen des FinGer. zur Gewerbesteuer wird geltend gemacht, daß nach den für Preußen maßgebenden Bestimmungen die Verpachtung eines Gewerbebetriebes nicht steuerpflichtig sei, ohne Rücksicht darauf, wie die Einkünfte aus Verpachtung nach dem EinkStG. behandelt würden.

Die RBeschw. ist begründet.

Die Ausführungen des FinGer. treffen insofern zu, als die bisherige Rspr. des erl. Sen. über den Fortbestand eines Gewerbebetriebes bei Verpachtung sich in erster Linie auf die Frage bezog, ob in der Verpachtung eines ganzen Gewerbebetriebes die Aufgabe des Betriebes i. S. des § 30 Abs. 4 EinkStG. 1925 zu erblicken ist. Die Verpachtung des ganzen Gewerbebetriebes bedeutet regelmäßig noch nicht die Aufgabe des Betriebes, die i. S. der genannten Vorschrift der Veräußerung der wesentlichen Grundlagen des Betriebes gleichzusetzen wäre (vgl. z. B. Entsch. des RfSt., VI A 2239/30 v. 9. Dez. 1931: RStBl. 1932, 625; StW. 1932 Nr. 628). Wenn in diesem Falle nur ein Ruhen des Betriebes bis zu seiner Wiederaufnahme oder seiner Veräußerung angenommen wurde, so wurde aus dieser Beurteilung im Gegensatz zur Vorentscheidung auch weiter gefolgert, daß der Eigentümer des verpachteten Betriebes trotz des bestehenden Pachtverhältnisses weiterhin als Gewerbetreibender und auch seine Pachteinnahmen als im Rahmen dieses Gewerbebetriebes erzielt zu behandeln seien (vgl. Entsch. des RfSt., VI A 1634/32 v. 13. Dez. 1933: StW. 1934 Nr. 86). Vom FinGer. und auch vom Beschw. wurde darauf hingewiesen, daß der Beschw. nur für die Zwecke der Einkommensteuer, nicht aber für die Gewerbesteuer, als Gewerbetreibender behandelt werden wollte. Eine unterschiedliche Behandlung desselben Betriebes für beide Steuerarten war nach dem bisherigen Rechtszustand möglich, sie erscheint aber für die künftige Anwendung des GewStG. v. 1. Dez. 1936 (RStBl. I, 979; RStBl. 1936, 1149) ausgeschlossen. Nach § 2 Abs. 1 a. a. D. unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. „Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen i. S. des EinkStG. zu verstehen“ (Satz 2 a. a. D.). Daraus, daß das GewStG. die Steuerpflicht an das Vorliegen eines gewerblichen Unternehmens i. S. des EinkStG. 1934 knüpft, folgt, daß das Bestehen eines Gewerbebetriebes künftig für Einkommensteuer und Gewerbesteuer nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen ist. Wenn demnach in der Verpachtung eines Unternehmens einkommensteuerrechtlich eine gewerbliche Betätigung gesehen wird, so ist diese Beurteilung auch für die Gewerbesteuer maßgebend. Es erscheint deshalb geboten, die Merkmale, nach denen in der Verpachtung eines Gewerbebetriebes im ganzen durch eine natürliche Person (nicht durch eine Personengesellschaft) noch die Fortführung eines stehenden Gewerbebetriebes zu erblicken ist, genauer festzulegen. Abgesehen von den Fällen, in denen ein Gewerbebetrieb oder der selbständige Teil eines solchen innerhalb eines vom Verpächter selbst noch unterhaltenen Gewerbebetriebes verpachtet wird, wird die Vermietung oder Verpachtung nur dann als laufende gewerbliche Betätigung des Eigentümers aufgefaßt werden können, wenn die Tätigkeit des Vermieters oder Verpächters während der Vertragsdauer über das bloße Vermieten oder Verpachten hinausgeht und eine laufende Verwaltungsarbeit von solchem Ausmaße darstellt, daß sie als gewerbliche Tätigkeit erscheint. Eine derartige laufende Verwaltungsarbeit wird insbes. regelmäßig bei Vermietung von Kontorhäusern oder auch bei Verpachtung eines ganzen Be-

triebsvermögens einschließlich Betriebsgebäuden, Maschinen und Anlagen erforderlich sein. Dies gilt im letzteren Falle vor allem dann, wenn der Verpächter die laufende Instandhaltung und Erneuerung der verpachteten Gegenstände vertraglich übernommen hat. Ein Anhaltspunkt für das Bestehen eines Gewerbebetriebes bei Verpachtung des ganzen Betriebs wird auch darin zu erblicken sein, daß neben dem Vorliegen der geforderten Voraussetzungen der Vermieter oder Verpächter auch nach außen als Gewerbetreibender oder Kaufmann auftritt und als solcher seine kaufmännischen Bücher fortführt. Ist hiernach die Verpachtung eines Gewerbebetriebes noch als laufender Gewerbebetrieb des Eigentümers anzusehen, dann sind die aus der Verpachtung gezogenen Einkünfte des Verpächters einkommensteuerrechtlich nach den für die gewerblichen Einkünfte geltenden Vorschriften zu ermitteln (§ 2 Abs. 4 Ziff. 1, §§ 4 ff. EinkStG. 1934). Wenn sich dagegen die Tätigkeit des Vermieters oder Verpächters darauf beschränkt, dem Mieter oder Pächter den Gebrauch oder die Nutzung der Miet- oder Pacht Sache einschließlich etwaiger Neuanschaffungen zu überlassen und den Pachtzins einzuheben oder wenn auch daneben noch eine geringfügige oder nur gelegentliche Verwaltungstätigkeit entfaltet wird, dann kann in der Vermietung oder Verpachtung keine laufende gewerbliche Tätigkeit erblickt werden. In diesem Fall hat das Ruhen des Gewerbebetriebes, das nach der oben angeführten Rspr. regelmäßig nicht die Aufgabe des Betriebes i. S. des § 30 Abs. 3 EinkStG. 1925 oder § 16 Abs. 3 EinkStG. 1934 bedeutet, auch das Ruhen jeder laufenden gewerblichen Tätigkeit und damit das Ruhen gewerblicher Einkünfte i. S. des EinkStG. zur Folge. Die Pachteinkünfte sind dann als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. S. des § 21 EinkStG. 1934 nach dem Überschuß der Einnahmen über die Werbungskosten zu ermitteln (§ 2 Abs. 4 Ziff. 2 EinkStG. 1934).

Die Vorentscheidung war deshalb aufzuheben und die nicht spruchreife Sache an das FinGer. zurückzuverweisen, damit dieses nach vorstehenden Grundsätzen prüft, ob der Beschw. hinsichtlich des verpachteten Gewerbebetriebes noch als Gewerbetreibender anzuerkennen ist. Trifft dies zu, dann ist der Verlust aus dem Autoverkauf abzugsfähig und die erhöhten Absetzungen für kurzlebige Wirtschaftsgüter sind zuzulassen, wenn die formellen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

(RfSt., 6. Sen., Art. v. 24. März 1937, VI A 495/36.)

Anmerkung: Die Entsch. bietet ein lehrreiches Beispiel dafür, wie unter Umständen durch den Streit über einen ziffermäßig geringen Nebenpunkt außerordentlich weittragende Auswirkungen herbeigeführt werden können. Der Beschw. wird vielleicht erreichen, daß ihm der Abzug der Absetzungen für kurzlebige Wirtschaftsgüter und des Verlustes aus dem Autoverkauf für ein Jahr gestattet wird, er taußt aber dafür den Nachteil ein, daß er nunmehr unter Umständen für die ganze Zukunft gewerbesteuerpflichtig wird.

Über die Bedeutung dieses Einzelfalles geht die Entsch. deshalb wesentlich hinaus, weil sie:

1. schlechthin für die Zukunft das Bestehen eines Gewerbebetriebes für die Einkommensteuer und für die Gewerbesteuer nach genau den gleichen Grundsätzen beurteilt und weil sie
2. dafür Grundsätze für den sehr wichtigen Fall der Verpachtung eines Gewerbebetriebes aufstellt.

Es liegt auf der Hand, daß es sich hier zunächst einmal um eine erste Festlegung dieser Grundsätze handelt, die im einzelnen durch die künftige Rspr. noch weiter ausgebaut werden müssen.

Die jetzt aufgestellten Grundsätze lassen sich auf folgende Formeln bringen:

- I. Verpachtung innerhalb eines weiter bestehenden Gewerbebetriebes ist stets Bestandteil dieses Gewerbebetriebes.
- II. Verpachtung des ganzen Gewerbebetriebes:
Die steuerliche Behandlung hängt von der Art der Tätigkeit des Vermieters oder Verpächters ab.

1. Handelt es sich um eine geringfügige oder nur gelegentliche Verwaltungstätigkeit, so liegt kein Gewerbebetrieb vor.
2. Bei einer laufenden Verwaltungsarbeit liegt ein Gewerbebetrieb vor.

Für die außerordentlich wichtige Frage, was unter einer laufenden Verwaltungsarbeit im Gegensatz zu der nur geringfügigen oder nur gelegentlichen Verwaltungstätigkeit zu verstehen ist, werden gewisse Richtlinien gegeben. Danach liegt eine gewerbsteuerpflichtige laufende Verwaltungsarbeit vor:

- a) regelmäßig bei Vermietung von Kontorhäusern,
- b) bei Verpachtung eines ganzen Betriebsvermögens, insbes. dann, wenn
 - aa) der Verpächter die Instandhaltung und Erneuerung übernommen hat,

und

- bb) wenn er nach außen als Kaufmann auftritt und kaufmännische Bücher weiterführt.

Selbstverständlich wird es stets Zweifelsfälle und Grenzfälle geben. Vor allem scheint es zweifelhaft, ob wirklich die Vermietung von Kontoren in Kontorhäusern stets eine Gewerbetätigkeit darstellt. Hierbei wird es in vielen Fällen darauf ankommen, ob z. B. ein Hauswart, ein Fahrstuhlführer oder ein Heizer von dem Vermieter angestellt ist und dieser die Kosten des Fahrstuhls, der Heizung usw. trägt.

Die bloße Fortführung kaufmännischer Bücher wird vom RFG. mit Recht erst in letzter Linie erwähnt, und es ist besonders darauf hinzuweisen, daß diese Buchführung nur dann eine Gewerbesteuerpflicht auslöst, wenn daneben auch die sonstigen Voraussetzungen einer gewerblichen Verwaltungstätigkeit des Vermieters gegeben sind.

Nachträglich ist mir die eingehende Besprechung der Entsch. durch *Becker* in *StW.* 560 ff. bekannt geworden. Auf die von ihm geltend gemachten Bedenken sei an dieser Stelle hingewiesen.

RA. Dr. *Delbrück*, Stettin.

*

× 40. §§ 16 Abs. 2, 19 EinkStG. 1925; §§ 7 Abs. 1, 6 Ziff. 1 Satz 1, 2 EinkStG. 1934. Die Absetzungen für technische und wirtschaftliche Abnutzung sind Aufwandsverteilungen auf mehrere Wirtschaftsjahre; ihre Höhe ist nicht etwa durch den jeweiligen Teilwert nach unten begrenzt. †)

Das FinGer. hat eine raschere Abschreibung für Abnutzung auf die Maschinen abgelehnt; es meint, der Betrieb sei im streitigen Steuerjahre bis über die Grenze seiner Leistungsfähigkeit ausgenutzt worden. Das wäre nicht möglich gewesen, wenn die Maschinen nicht mehr voll leistungsfähig gewesen wären. Das FinGer. verkennet dabei den Begriff der Absetzung wegen technischer und wirtschaftlicher Abnutzung. Das Gebot der Absetzung für Abnutzung i. S. des § 16 Abs. 2 EinkStG. 1925, § 7 EinkStG. 1934 bedeutet grundsätzlich weder die Feststellung eines Verlustes an der Substanz eines Wirtschaftsguts noch die Ermittlung des Minderwerts eines Wirtschaftsguts für den Betrieb, sondern gibt einen Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung wieder. Dieser besagt: Der in einem einzelnen Wirtschaftsabschnitt im Betrieb erfolgte Aufwand auf ein bestimmtes Wirtschaftsgut darf, wenn der Zeitraum der Nutzung dieses Wirtschaftsguts sich über spätere Wirtschaftsabschnitte erstreckt, nicht im Wirtschaftsabschnitt des Aufwands als Betriebsausgabe abgezogen werden, sondern muß auf die Wirtschaftsabschnitte der für diesen Betrieb gewöhnlichen Nutzungsdauer verteilt werden. Dazu aktiviert der Kaufmann die Anschaffungskosten im Jahr des Aufwandes und setzt in den weiteren Wirtschaftsabschnitten der Nutzungsdauer an diesem Aktivum allmählich ab. Es mag sein, daß hiermit der technisch-wirtschaftliche Verzehr vielfach gleichläuft; von Bedeutung ist das aber regelmäßig nicht. Ebenso ist es im allgemeinen belanglos für diese Frage, wie sich der Teilwert des Wirtschaftsguts im Betrieb entwickelt; die einzelnen Absetzungen für Ab-

nutzung sind nicht etwa durch den jeweiligen Teilwert nach unten begrenzt, wie anscheinend das FinGer. meint. Es kommt also nur darauf an, wie lange die Maschinen nach dem Stand am Ende des Wirtschaftsabschnitts vermutlich noch nutzbringend zu verwenden sein werden. Gerade wenn der Betrieb im Jahre 1932 fast über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit hinaus ausgenutzt worden ist, muß nach allen wirtschaftlichen Erfahrungen als möglich angenommen werden, daß auch die Maschinen stark oder sogar übermäßig beansprucht worden sind. Es dürfte in diesem Fall der Beschw. als Kaufmann mit der Möglichkeit rechnen, daß gerade deshalb die Maschinen eines Tages, mehr oder minder plötzlich, für ihren Betrieb unbrauchbar sein würden, daß also ihre voraussichtliche Restnutzungsdauer im Betrieb nicht mehr so lang ist, wie wenn sie nur weniger stark benutzt würden. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß gerade durch die starke Beanspruchung der Maschinen die Nutzungsdauer verkürzt wird und daher eine höhere Absetzung angebracht ist. Das hat das FinGer. verkannt.

Weiterhin aber meint das FinGer., die Absetzung sei auch deshalb unzulässig, weil in der Folge die Maschinen (vorzeitig) durch neue Maschinen ersetzt worden seien. Es fragt sich, ob das FinGer. hierbei nicht auch den Begriff der wirtschaftlichen Abnutzung übersehen hat. Eine wirtschaftliche Abnutzung kann, ausnahmslos in Abweichung von der technischen Abnutzung, dann eintreten, wenn sich herausstellt — oder voraussehen ist —, daß die alten Maschinen, menngleich sie noch technisch arbeitsfähig wären, doch wirtschaftlich verbraucht sind, d. h. in diesem Betrieb nicht mehr nutzbringend verwendbar sind oder sein werden. Bis zu dem Zeitpunkt, wo dieses Ereignis der Nichtmehrverwendbarkeit in diesem Betrieb voraussichtlich eintreten wird, darf gegebenenfalls nach kaufmännischen Grundsätzen der Aufwand auf die alten Maschinen abgesetzt werden, soweit nicht ein Weiterverkaufswert der alten Maschinen — die vielleicht in anderen Betrieben noch verwendbar sind — übrig bleibt oder mit einem solchen zu rechnen sein wird. Der Beschw. hat stets geltend gemacht, gerade der Ruf und die Leistungsfähigkeit seiner Mühle erfordere eine dauernde neuzeitliche Einrichtung, die dem schärfsten Wettbewerb mindestens ebenbürtig sei; er müsse deshalb die Betriebsanlage fortwährend auf den neuesten Stand bringen, insbes. immer wieder die neuzeitlichsten Maschinen anschaffen. Mit Recht weist die RBeschw. darauf hin, daß in einem solchen Falle die dadurch bedingte kürzere Gebrauchsdauer der alten Maschinen eine raschere Absetzung rechtfertigen kann, ohne daß es sich um eine unzulässige Erneuerungsrücklage handeln würde. Erst im Zeitpunkt der vollen Absetzung bis zum Verkaufs- oder Schrottwert wird sich der Absetzungsrestwert wieder mit dem alten Teilwert decken. Im übrigen ist auch für die Absetzung wegen wirtschaftlicher Abnutzung der jeweilige Teilwert des Gegenstands an sich bedeutungslos; es mag im Ergebnis manchmal vorkommen, daß infolge des Unterschieds (wenn der Buchwert infolge richtiger Absetzungen geringer ist als der Teilwert) gewisse stille Rücklagen entstehen; dies muß aber bei der Buchungsweise der Absetzung für Abnutzung in den Kauf genommen werden. Bei richtiger Absetzung wird im gutgehenden Betrieb das Geld für Wiederbeschaffung regelmäßig vorhanden sein; andererseits wird das Ergebnis der Absetzung für Abnutzung bei betriebswirtschaftlich richtiger Betrachtungsweise meistens dem Teilwert entsprechen.

Die Zulassung einer solchen wirtschaftlichen Abnutzung setzt aber voraus, daß es sich um betriebswirtschaftlich klare, objektiv nachprüfbare Verhältnisse handelt, und nicht bloß um eine vorsichtige oder gar übervorsichtige Bilanzpolitik, z. B. um die Schaffung stiller Erneuerungsrücklagen.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 28. April 1937, VI A 142/37.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. bringt einen interessanten Beitrag zur Lehre von der steuerlichen Abschreibung. Erneut rückt der RFG. bei diesen Fragen die betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise in den Vordergrund.

2. Grundlegend bestimmt § 7 Abs. 1 EinkStG.: „Bei Gebäuden und sonstigen Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder

Nutzung durch den StPfl. zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als ein Jahr erstreckt, kann jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abgesetzt werden, der bei Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (auch Absetzung für Abnutzung). Die Absetzung bemißt sich hierbei nach der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Wirtschaftsgutes. Absetzungen für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung sind zulässig."

Das Höchstmaß der Absetzungen wird also begrenzt durch die Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Soweit über diese Kosten hinaus Rücklagen für Neuananschaffungen (Ersatz) gemacht werden, sind sie nicht abzugsfähig.

Während der Kaufmann unter Abschreibungen sowohl Absetzungen für Abnutzung als auch Abschreibungen für Minderung des Teilwertes versteht, kennt das EinkStG. nur den Begriff der Absetzung (§ 7), läßt jedoch auch die Abschreibung auf den Teilwert (§ 6) zu (so *Blü m i c h*, EinkStG., 2. Aufl., Anm. 2 zu § 71; vgl. im übrigen auch *M e g o w*, Handbuch des Steuerrechts für den Rechtsanwalt und Notar, S. 141).

Da die Steuerbilanz eine abgeleitete Handelsbilanz ist, muß auch die in der Handelsbilanz für die Absetzungen zugrunde gelegte Nutzungsdauer für die Steuerbilanz verwendet werden.

2. Der RFS. stellt deutlich die Zulässigkeit der Absetzungen für wirtschaftliche Abnutzung heraus. Absetzungen für wirtschaftliche Abnutzung sind nach ausdrücklicher Vorschrift des § 7 Abs. 1 EinkStG. zulässig. Entscheidend für die Betrachtung der wirtschaftlichen Abnutzung ist die Frage, wie lange die Anlage für den Betrieb einen wirtschaftlichen Nutzen abwerfen wird. Es entscheidet also nicht die voraussichtliche Dauer der tatsächlichen Benutzung.

Die Beurteilung der wirtschaftlichen Abnutzung hat in vorsichtig abwägender Weise zu erfolgen. Hierbei ist auch der Nutzungsgrad von erheblicher Bedeutung (RFS. 37, 25).

Hervorzuheben ist noch, daß die verschiedenen Abschreibungsmethoden der Wahl des Kaufmanns unterliegen, daß jedoch ein willkürlicher Wechsel nicht zulässig ist.

3. Der RFS. weist im Schlußabsatz seiner Entsch. ausdrücklich darauf hin, daß die Zulassung einer wirtschaftlichen Abnutzung voraussetze, daß es sich um betriebswirtschaftlich klare, objektiv nachprüfbar Verhältnisse handelt, und nicht bloß um eine vorsichtige oder gar übervorsichtige Bilanzpolitik.

Das gesamte steuerliche Veranlagungsverfahren steht unter dem Gesichtspunkt steuerlicher Klarheit und der Verpflichtung des StPfl. zu zuverlässiger Erfüllung seiner Finanzpflichten. In den Rahmen dieses Pflichtenkreises fällt auch die Verpflichtung, betriebswirtschaftliche klare Darlegungen über die Notwendigkeit und die Gesichtspunkte, nach denen die wirtschaftliche Absetzung begehrt wird, zu geben.

Es empfiehlt sich überhaupt, in einer Anlage zur Steuerbilanz auf solche Fragen wirtschaftlicher Abnutzung besonders einzugehen, wenn und soweit größere Abweichungen von den bisherigen Absetzungsverfahren vorliegen.

4. Abgesehen von der Sofortabschreibung sog. kurzlebiger Wirtschaftsgüter ist die steuerliche Bilanzpolitik des Unternehmers stark eingeschränkt. Es ist dem StPfl. nicht gestattet, willkürlich oder im Rahmen eines größeren Ermessens den steuerlichen Gewinn dadurch mehr oder weniger selbst zu bestimmen, daß er willkürliche Bewertungen usw. vornimmt. Allerdings ist der Rahmen des Bewertungsermessens auch im Einkommensteuerrecht nicht zu eng gezogen, so daß der vorsichtige Betriebsinhaber, soweit er betriebswirtschaftlich es verantworten kann, durchaus eine gesunde Bilanzpolitik auch vom steuerlichen Standpunkt aus betreiben darf.

Allerdings bringt es die Natur der sog. Zwisechneidigkeit der Bilanz mit sich, daß zu hohe Abschreibungen in einem Jahre einen erhöhten Gewinn kommender Perioden wegen Verbrauchs der Abschreibungsmöglichkeiten nach sich ziehen.

RA. Dr. Dr. *M e g o w*, Rüstlin.

*

× 41. § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 2 Buchst. a, § 17 Nr. 4 KörperStG. 1925.

1. Hat der board of directors einer englischen Aktiengesellschaft (company limited by shares), die in Deutschland beschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist, die ihm obliegenden Aufgaben der Geschäftsführung in so weitem Umfang an managers übertragen, daß er selbst im wesentlichen nur mehr eine die Geschäftsführung überwachende Tätigkeit ausübt, so unterliegt die Gesellschaft mit den anteilig auf das deutsche Geschäft entfallenden Vergütungen der Mitglieder des boards der Mindeststeuer nach § 10 Abs. 2 Buchst. a KörperStG. 1925 (§ 17 Abs. 1 Ziff. 2 KörperStG. 1934).

2. Daß die in Ziff. 1 bezeichnete Voraussetzung gegeben ist, kann vermutet werden, wenn die Mitglieder des board für die Gesellschaft nur im Nebenberuf tätig sind. †)

Die Beschw. ist eine englische Versicherungsgesellschaft, die in die Form einer company limited by shares gekleidet ist. Sie unterhält in Deutschland eine ständige Vertretung und ist daher nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 KörperStG. 1925 i. Verb. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. 1925 beschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Bei der steuerlichen Ermittlung ihres inländischen Einkommens für 1933 hat sich ein Verlust ergeben. Das FinA. hat die Gesellschaft mit den anteilig auf das deutsche Geschäft entfallenden Aufsichtsratsvergütungen zur Mindeststeuer herangezogen. Mit Sprungberufung hat die Gesellschaft Steuerfreistellung begehrt, da die zur Steuer herangezogenen Vergütungen keine Aufsichtsratsvergütungen darstellten. Es handle sich um die Vergütungen an die Mitglieder des „board of directors“, der nicht dem Aufsichtsrat, sondern dem Vorstand einer deutschen AktG. gleichzustellen sei. Die Berufung ist als unbegründet zurückgewiesen worden. Auch der Beschw. mußte der Erfolg verweigert bleiben.

Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 KörperStG. 1925 sind mindestens als Einkommen zu versteuern die Summe der Vergütungen jeder Art, die an Mitglieder des Aufsichtsrats für den Steuerabschnitt gewährt worden sind. Die Vorschrift gilt auch für die Fälle der beschränkten Steuerpflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KörperStG. 1925. Unter den in ihr bezeichneten Aufsichtsratsvergütungen sind, wie sich aus dem Hinweis auf § 17 Nr. 4 KörperStG. 1925 ergibt, alle Vergütungen zu verstehen, die von Erwerbsgesellschaften an die zur Überwachung ihrer Geschäftsführung verfassungsmäßig bestellten Personen (Mitglieder des Aufsichtsrats, des Grubenvorstandes, des Gewerkschaftsrats, des Verwaltungsrats usw.) gezahlt werden. Zur Entscheidung steht daher im Streitfall die Frage, ob die Personen, an die die der Mindeststeuer unterworfenen Vergütungen gezahlt worden sind, das sind die Mitglieder des board of directors, als zur Überwachung der Geschäftsführung verfassungsmäßig bestellte Personen i. S. der angeführten Vorschrift des KörperStG. 1925 anzusehen sind.

Der board of directors ist nach englischem Recht grundsätzlich nicht bloßes Aufsichtsorgan, sondern leitendes Organ, das — falls nicht besondere Bestimmungen über die Vollmacht gegeben sind — nach außen für die company handelt und vor allem die volle Geschäftsführung im Innern hat. Sind managing directors oder andere managers bestellt, so ändert sich an dieser Grundgestaltung insofern nichts, als die entscheidende Geschäftsführung beim board verbleibt. Der board of directors kann also nicht dem deutschen Aufsichtsrat gleichgestellt werden, dessen Aufgabe grundsätzlich eine nur beaufsichtigende ist und der nur durch ausdrückliche Übertragung gem. § 246 Abs. 3 HGB. — abgesehen von einigen besonderen Funktionen — zu verwaltender Tätigkeit gelangt. Damit würden an sich die Mitglieder des englischen board of directors grundsätzlich den deutschen Vorstandsmitgliedern, nicht den deutschen Aufsichtsratsmitgliedern entsprechen.

In der Praxis aber, die für die englische Rechtsbildung von ausschlaggebender Bedeutung ist, haben sich die Verhältnisse so gestaltet, daß der board of directors bisweilen — allerdings in seltenen Fällen — eine reine Aufsichtstätigkeit (supervision) behalten und alles andere an die managing directors abgegeben hat. In den übrigen Fällen, in denen managing directors oder managers bestellt sind, pflegt der board nur einen Rest von Verwaltungsbefugnissen zu behalten, der nicht größer ist als das, was in Deutschland der Aufsichtsrat an Verwaltung ausübt, wenn ihm gem. § 246 HGB. bestimmte Geschäfte (Anstellungsverträge, größere Lieferungsverträge usw.) übertragen sind oder allgemein die letzte Entscheidung in wichtigen Angelegenheiten überlassen ist.

Die Sach- und Rechtslage ähnelt in solchen Fällen der, wie sie bei einer deutschen Berggewerkschaft gegeben ist, deren Grubenvorstand die Vorstandsgeschäfte in weitem Umfang auf eine Werkverwaltung (Direktion) übertragen und im wesent-

lichen nur die Überwachung der Geschäftsführung zurückbehalten hat. Wie die Vergütungen der Mitglieder eines solchen Grubenvorstandes nach der Rpr. des RFG. unter die Vorschriften des § 10 Abs. 2 Satz 1, § 17 Nr. 4 KörperStG. 1925 fallen (vgl. Ur. v. 9. Juni 1931, I A 410/30; RStBl. 1931, 555; StW. 1931 Nr. 1061), so muß dies auch für die Vergütungen der Mitglieder eines englischen board of directors gelten, bei dem die gleichen oder ähnliche Verhältnisse gegeben sind.

Von diesen rechtlichen Erwägungen ist auch das FinGer. ausgegangen. In der RBeschw. wird zu Unrecht beanstandet, daß das FinGer. seine Auffassung nur auf deutsches Schrifttum gestützt habe und daß im englischen Schrifttum, das doch in erster Linie für die Auslegung des englischen Rechts herangezogen werden müsse, die gleiche Auffassung nicht vertreten werde. Es ist allerdings richtig, daß der Gegensatz zwischen ordinary und managing directors in der englischen Rpr. und Rechtslehre nicht häufig und klar behandelt worden ist. Die Teilung des board in ordinary und managing directors ist von der Praxis entwickelt worden. Sie führte zu keinen Streitigkeiten, so daß die Rpr. und die in England fast nur auf der Rpr. fußenden text books sie nicht erörtern. Vereinzelt wird sie aber doch auch im englischen Schrifttum erwähnt, und wo dies geschieht, wird das Verhältnis zwischen den gewöhnlichen directors und den managing directors klar i. S. der Ausführungen des FinGer. umschrieben (vgl. Sir Francis Gore Brown, „Handbook on the formation, management and winding up of joint stock companies“, 38. Aufl. von Judge Haydon und Herbert W. Jordan, London 1933 S. 326, 386).

Im Streitfall war der board of directors nach Art. 86 Buchst. b der Gesellschaftsstatute befugt, u. a. Generalbevollmächtigte („managers“) für dauernde, zeitweilige oder besondere Dienstleistungen zu ernennen und zu beschäftigen und deren Aufgabekreis zu bestimmen. Er hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht. Die Frage, ob durch diese Aufgabenübertragung die ihm an sich zustehende geschäftsführende Tätigkeit so weit eingeschränkt ist, daß er im wesentlichen nur mehr die Tätigkeit eines Aufsichtsrats ausübt, liegt in der Hauptsache auf tatsächlichen Gebiet. Das FinGer. hat sie bejaht. Da seine Ausführungen weder einen Rechtsirrtum noch einen wesentlichen Mangel des Verfahrens gerügt ist, war die Feststellung des FinGer. für den RFG. bindend (vgl. § 288 RAbgD. 1931), wenn das FinGer. zu seinem Ergebnis gelangen konnte. Letzteres trifft zu. Die Feststellung des FinGer. wird schon hinreichend gestützt durch die von der BeschwF. bestätigte Tatsache, daß die Mitglieder ihres board of directors die ihnen als solchen obliegende Tätigkeit nur nebenberuflich ausüben, im Hauptberuf aber anderweitig beschäftigt sind. Denn aus dieser Tatsache kann die Vermutung abgeleitet werden, daß die Mitglieder keine laufenden Vorstandsgeschäfte erlebigen, sondern daß sich ihre Tätigkeit im wesentlichen auf eine beaufsichtigende, die Geschäftsführung überwachende beschränkt, zumal wenn man berücksichtigt, daß der RFG. den Begriff der Überwachung der Geschäftsführung weit ausgelegt hat (vgl. z. B. Ur. v. 19. Dez. 1935, I A 246/34; RStBl. 1936, 58; StW. 1936 Nr. 68 = JW. 1936, 1706⁴³). Die BeschwF. hat nichts Stichhaltiges vorgebracht, was geeignet wäre, die bezeichnete Vermutung zu entkräften.

In der RBeschw. wird schließlich für den Fall einer Ablehnung der Auffassung, daß die Vergütungen der directors reine Vorstandsvergütungen darstellen und daher zur Mindeststeuer überhaupt nicht herangezogen werden könnten, eine entsprechende Teilung der Vergütungen in solche für Vorstandstätigkeit und solche für Aufsichtstätigkeit beantragt. Auch dem kann nicht entsprochen werden. Das FinGer. hat in nicht angreifbarer Weise festgestellt, daß die Tätigkeit, für die die Vergütungen gewährt worden sind, im wesentlichen in der Überwachung der Geschäftsführung bestanden hat. Dies ist hinreichend zur Verweigerung des Abzugs der gesamten Vergütungen. Eine Aufteilung der Vergütungen auf die verschiedenen Arten der Tätigkeit und ein Abzug des nicht auf die Überwachung der Geschäftsführung entfallenden Teils ist in einem solchen Fall nach der Rpr. des RFG. ausgeschlossen (vgl. Entsch. des RFG. 24, 11).

(RFG., 1. Sen., Ur. v. 25. Mai 1937, I A 30/36.)

Anmerkung: Dieser Spruch des Körperschaftsteuerensatz erscheint mir nicht beifallswert.

1. Unterliegen beschränkt steuerpflichtige Gesellschaften nach dem KörperStG. 1925 der Mindestbesteuerung? Der RFG. bejaht dies für das KörperStG. 1925 ohne Begründung, m. E. zu Unrecht. Die Mindestbesteuerung auf Aufsichtsratsantibien fand nach dem KörperStG. 1925 ebenso wie die Ausschüttungskörperschaftsteuer nur für unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften Anwendung.

a) Nach § 3 Ziff. 1 des im entschiedenen Falle noch anwendbar gewordenen KörperStG. 1925 sind mit dem aus dem Ausland bezogenen Einkommen ausländische Körperschaften steuerpflichtig. Welche Einkünfte als inländisches Einkommen i. S. dieser Bestimmung gelten, bestimmt sich nach § 3 Abs. 2 EinkStG. 1925, also nach den für beschränkt Einkommensteuerpflichtige geltenden Einkommensteueregeln (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 KörperStG. 1925). § 3 Abs. 2 Ziff. 2 EinkStG. 1925 besteuert aber bei beschränkt StPfl. Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei Vorhandensein einer inländischen Betriebsstätte oder eines ständigen inländischen Vertreters. Nirgends ist aber für beschränkt StPfl. bestimmt, daß sie mindestens die im Auslande ausgeschütteten Aufsichtsratsantibien oder Dividenden zu versteuern hätten.

b) Während § 3 KörperStG. i. Verb. m. § 3 Abs. 2 EinkStG. 1925 die Einkünfte aus den inländischen Einkunftsquellen bei beschränkt StPfl. besteuert, sieht § 10 Abs. 2 KörperStG. 1925 unabhängig von den Einkunftsquellen eine Mindestbesteuerung vor. Mindestens sind die ausgeschütteten Aufsichtsratsantibien und die ausgeschütteten Gewinnanteile zu versteuern. Diese Vorschrift entspricht auf dem Gebiete des Körperschaftsteuerrechts der Verbrauchsbesteuerung des Einkommensteuerrechts (vgl. Evers, Anm. 24 zu § 10 KörperStG.). Für die Verbrauchsbesteuerung war in § 49 EinkStG. 1925 ausdrücklich vorgeschrieben, daß nur unbeschränkt StPfl. hierzu herangezogen werden können. Wenn § 10 KörperStG. 1925 demgegenüber nicht ausdrücklich auf unbeschränkt StPfl. beschränkt worden ist, so erklärt sich dies daraus, daß der für beschränkt StPfl. maßgebende § 3 Abs. 2 KörperStG. 1925 auf das EinkStG. verweist, so daß also nur das Vorhandensein der in § 3 Abs. 2 EinkStG. 1925 vorhandenen Einkunftsarten, nicht aber die Tatsache einer Antibieneauschüttung oder Gewinnauschüttung eine Körperschaftsteuerpflicht bei beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften auslöst.

c) Die Auffassung des Urteils führt dazu, bei allen ausländischen Körperschaften, die aus Deutschland möglicherweise inländische beschränkt steuerpflichtige Einkünfte beziehen, eine Mindestkörperschaftsteuer zu erheben. Gleichgültig würde es dabei sein, ob die betreffende ausländische Körperschaft gewerbliches oder nichtgewerbliches Einkommen hat. Eine ausländische Körperschaft, die in Deutschland Kapitaleinkünfte hat, welche nach dem KörperStG. 1925 nicht mit 20%, sondern mit 10% zu versteuern sind (vgl. RFG.: StW. 1930 Nr. 1104), müßte danach der Mindestbesteuerung unterliegen. Es würde also genügen, daß eine große ausländische Gesellschaft ein der beschränkten Steuerpflicht unterliegendes Wertpapier, eine Hypothek, ein gewerbliches Urheberrecht besitzt, um sie der Gefahr auszusetzen, in Deutschland zur Mindestkörperschaftsteuer herangezogen zu werden. Es würde also jedenfalls nicht erforderlich sein, daß die ausländische Körperschaft eine Betriebsstätte oder einen ständigen Vertreter in Deutschland besitzt, um die Mindestbesteuerung auszulösen.

d) Die Berechnung der Mindestkörperschaftsteuer verursacht die größten Schwierigkeiten. Für das KörperStG. 1934 ist in § 28 Abs. 4 der 1. KörperStDurchfVd. bestimmt, daß bei Versicherungsunternehmen nach dem Verhältnis der inländischen Prämieinnahmen zu der Gesamtprämieinnahme des ganzen Unternehmens die Mindeststeuer zu errechnen ist. Eine solche Bestimmung fehlte im Körperschaftsteuerrecht 1925. Die Heranziehung der Umsätze erscheint willkürlich, da Umsätze in Deutschland trotz Vorhandenseins einer beschränkten Steuerpflicht überhaupt nicht vorhanden sein können oder die deutschen Umsätze zwar groß, aber verlustreich, die ausländischen Umsätze jedoch klein, aber gewinnbringend gewesen sein können. Infolgedessen könnte höchstens eine Berechnung der Mindesteinkommensteuer nach dem Verhältnis des Wertes des inländischen Vermögens, welches die Einkunftsquelle ist, zum Werte des gesamten Vermögens als Maßstab gelten. Dieser Maßstab versagt wieder, wenn, wie bei Vorhandensein eines inländischen Vertreters, gar kein inländisches Vermögen vorhanden ist.

e) Im Schrifttum zum KörperStG. 1925 ist, soweit ersichtlich, niemals die Erhebung einer Mindestkörperschaftsteuer nach § 10 KörperStG. 1925 erörtert worden. Die Praxis hat jedenfalls nach meiner Kenntnis nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Für das KörperStG. 1934 wird allerdings auf Grund des § 28 Abs. 4 der 1. KörperStDurchfVd. allgemein die Zulässigkeit der Mindestbesteuerung beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften

ten zugelassen (vgl. Bendor: StW. 1936 Sp. 454; derselbe, Komm., Anm. 3 zu § 17 KorpStG.; Kennertnecht, Anm. 5 zu § 17 KorpStG.). Diese aus § 28 Abs. 4 der 1. KorpSt-DurchfW. gezogene Folgerung erscheint aber nicht zwingend. Aus dem KorpStG. 1934 selbst ergibt sich jedenfalls, ebenso wenig wie aus dem KorpStG. 1925, eine Mindestbesteuerung beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften, und es ist m. E. anzunehmen, daß bei Erlaß des § 28 Abs. 4 der 1. KorpSt-DurchfW. die volle Tragweite des Problems nicht erkannt worden ist. Auf jeden Fall muß die Erhebung einer Körperschaftsmindeststeuer zu außerordentlich großen Unbilligkeiten führen und wird ferner nicht ohne Folgen für die Arbeit im Auslande tätiger deutscher Unternehmen bleiben.

2. Die Ausführungen des RFGUrt. über die Stellung des board of directors entsprechen in der Tat der englischen Praxis. In dem Buch von Palmers über Company Law, 13th Edition, Stevens & Sons Limited heißt es auf S. 179 (in deutscher Übersetzung):

„Eine Gesellschaft kann nicht durch sich selbst handeln, denn sie ist keine physische Person. So Lord Cairns, „Ferguson v. Wilson“, L.-R. 2 Ch. App. 77, at p. 89. Entsprechend muß sie durch Vertreter handeln und gewöhnlich werden die Personen, durch welche sie handelt, welche das Geschäft der Gesellschaft betreiben oder überwachen, Direktoren genannt. Das Gesetz läßt indessen den Aktionären absolut freie Hand, zu bestimmen, wie und durch wen das Geschäft geleitet werden soll, und dementsprechend sehen in einigen Fällen die Satzungen vor, daß statt der Direktoren ein Ausschuß oder ein geschäftsführender Ausschuß bestimmt wird oder daß das Geschäft von Geschäftsführern (Managern) geleitet werden soll. In anderen Fällen, insbes. bei Privatgesellschaften, wird manchmal vorgesehen, daß das Geschäft von regierenden Direktoren oder von ständigen Direktoren oder von einem einzigen regierenden Direktor geführt wird.“

In der Tat kommt es im englischen Recht ganz auf die Umstände des einzelnen Falles an. Bei größeren Versicherungsgesellschaften bestehen jedenfalls regelmäßig mehrere Manager, die im wesentlichen unseren Vorstandsmitgliedern einer AktG. entsprechen, neben denen der board of directors überwachende Funktionen hat, wobei gleichzeitig dieser die große Geschäftspolitik festlegt.

RA. Dr. Heinz Meilcke, Berlin.

*

× 42. § 6 KorpStG. 1934; § 5 Abs. 1 EinkStG. 1934. Stellt in einem Vergleichsverfahren einer Kapitalgesellschaft der Hauptgesellschafter sein Vermögen zur Abdeckung eines Teils der Gläubigerforderungen zur Verfügung, so ist hierin eine gesellschaftliche Einlage zu erblicken, die die Erfolgsergebnisse der Gesellschaft nicht berühren darf.

(RFG., 1. Sen., Urt. v. 8. Juni 1937, IA 378/36.)

*

× 43. § 6 Satz 1 KorpStG. 1934; § 7 Abs. 1 EinkStG. 1934. Aufwendungen auf ein neu erworbenes, verwahrlostes Gebäude sind kein Erhaltungsaufwand, sondern aktivierungspflichtiger Anschaffungs- oder Herstellungsaufwand, der grundsätzlich auf die Nutzungsdauer des Gebäudes zu verteilen ist. †)

Auch die Behandlung der im Jahre 1934 auf die Gebäude gemachten Aufwendungen als aktivierungspflichtigen Herstellungsaufwand ist nicht zu beanstanden. Das Begehren der BeschwF., die Aufwendung in Höhe von 11 853,27 RM als Erhaltungsaufwand (aufgelaufenen Reparaturaufwand) anzusehen und dessen Verteilung auf eine Zeitdauer zuzulassen, die der Unterlassung des Reparaturaufwandes entspricht — etwa 4 bis 5 Jahre —, ist nicht begründet. Inwiefern es sich bei den ausgeführten Arbeiten an den Gebäuden um nachgeholtete Instandhaltungsarbeiten handeln könnte, wenn die BeschwF. schon seit längerer Zeit die Gebäude besessen hätte, kann dahingestellt bleiben. Wer ein verwahrlostes Gebäude erwirbt und es kurz nach dem Erwerb mit erheblichem Aufwand in einen seinem Zweck entsprechenden Zustand versetzt, kann diesen Aufwand nicht als Erhaltungsaufwand ansehen. Es handelt sich vielmehr um aktivierungspflichtigen Anschaffungs- und Herstellungsaufwand. Ob die Absicht zur Instandsetzung schon beim Erwerb bestanden hat oder nachträglich erst durch besondere Umstände angeregt wurde, ist unerheblich. Zutreffend ist auch die Auffassung der Vorbehörden, daß der aktivierte Aufwand auf die Nutzungsdauer des Gebäudes zu verteilen ist.

(RFG., 1. Sen., Urt. v. 13. April 1937, IA 112/37.)

Anmerkung: Die Entsch. entspricht der neueren Rspr. des RFG. Wenn man nur auf den Wortlaut abstellt, so könnte es allerdings den Anschein erwecken, als ob sie wesentlich über die bisherige Rspr. hinausginge.

Wenn der Käufer eines Gebäudes bei dem Erwerb einen Mangel erkennt, der die Höhe des Kaufpreises beeinflusst, so gehört die Beseitigung dieses Mangels, vom Standpunkt der Einkommensteuer gesehen, zu den Erwerbskosten des Grundstücks. Dabei kann es, worin dem Urteil zu folgen ist, keinen Unterschied machen, ob der Mangel sofort oder erst nach einigen Jahren beseitigt wird.

Wenn sich aber erst nach einiger Zeit ein solcher Mangel herausstellt, der bei dem Erwerb des Grundstücks zwar schon vorhanden, aber nicht erkennbar war, so muß es anders liegen. Hier hat der Mangel mit dem Erwerb des Grundstücks nichts zu tun, er hat den Kaufpreis in keiner Weise beeinflusst, und die Kosten für die Beseitigung dieses Mangels müssen ebenso behandelt werden, wie die Kosten für die Beseitigung eines Mangels, der erst während der Besitzzeit des Erwerbers eingetreten ist. Etwas anderes wird aber aus der Entsch. auch nicht entnommen zu werden brauchen.

RA. Dr. Deibrock, Stettin.

*

× 44. § 6 Satz 2 KorpStG. 1934; § 20 der 1. KorpStDurchfW. In der Überlassung eigener Geschäftsanteile an eintretende Gesellschafter zu einem unter dem Wert liegenden Preis kann eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht erblickt werden, wenn für die Bemessung des Preises der Gesichtspunkt der Gewinnung neuer Mitglieder maßgebend gewesen ist. †)

Die BeschwF. hat Geschäftsanteile im Nennwert von 6500 RM um 11 850 RM (182,3%) erworben. Im gleichen Jahre hat sie eigene Geschäftsanteile im Nennwert von 4900 RM um 6125 RM (125%) an neu eintretende Gesellschafter verkauft. Das FinU. hat in dem Unterschied zwischen dem tatsächlichen Wert der verkauften Anteile und dem bei ihrem Verkauf erzielten Erlös, d. i. in dem Betrag von 8933 — 6125 = 2808 RM, eine verdeckte Gewinnausschüttung nach § 6 Satz 2 KorpStG. 1934, § 20 der 1. DurchfW. zum KorpStG. erblickt und diesen Betrag dem bilanzmäßigen Gewinn zugef. †)

Der Einspruch und die Ver. der Gesellschaft waren ohne Erfolg. Die RBeschw. erweist sich als begründet.

Verdeckte Gewinnausschüttung ist jeder Vorteil, den eine Gesellschaft außer der Dividende ihren Gesellschaftern mit Rücksicht auf deren Eigenschaft als Gesellschafter zuwendet. Beim Ankauf und Verkauf eigener Geschäftsanteile kann verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, wenn die Gesellschaft Anteile von ihren Gesellschaftern zu einem Preis erwirbt, der über dem Wert der Anteile im Zeitpunkt des Erwerbs liegt, oder wenn sie Anteile einem Gesellschafter zu einem niedrigeren Preis als dem Wert überläßt.

Unbestritten ist, daß der Preis, den die Gesellschaft dem Rückerber der Anteile mit 182,3% zugrunde gelegt hat, dem Wert der Anteile entspricht. In dem Rückerber der Anteile ist daher eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht zu erblicken. Eine solche kann aber auch in der Überlassung der Anteile zu 125% an die neu eintretenden Gesellschafter nicht gefunden werden.

Wenn die Gesellschaft ausführt, daß für den Verkauf der Anteile zu einem unter ihrem Wert liegenden Preis der Gesichtspunkt der Gewinnung neuer Mitglieder maßgebend gewesen sei, so ist dies nicht widerlegt. Ist dieses Vorbringen richtig, so sind die Vorteile nicht mit Rücksicht auf ein bestehendes Gesellschaftsverhältnis, sondern in der Erwartung der Entstehung eines solchen eingeräumt worden. Das FinGer. hat diese Frage nicht gewürdigt. Es besteht daher die Möglichkeit, daß es den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung verkannt hat. Diese Möglichkeit muß zur Aufhebung der angef. Entsch. führen.

Die Sache ist spruchreif. Der Sen. kommt in freier Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse zur Überzeugung, daß die Gesellschaft mit ihren Aufwendungen lediglich die Absicht der Gewinnung neuer Mitglieder und der Erweiterung

oder wenigstens Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs verfolgt hat und daß daher in der Überlassung der Anteile zu einem unter ihrem Wert liegenden Preis nur ein Anreiz zum Eintritt in die Gesellschaft, ein Werbemittel, zu erblicken ist. Derartige Aufwendungen stellen sich aber nicht als verdeckte Gewinnausschüttung, sondern als abzugsfähige Betriebsausgaben dar. Diese Auffassung findet auch in der Erwägung eine Stütze, daß die Gesellschaft versuchen wird, ihre Aufwendungen in anderer Weise wieder hereinzubringen. Würde die Gesellschaft für die von ihr gebrachten Opfer nicht später wieder einen Ausgleich finden und würde der Verkauf der eigenen Anteile zu einem so niedrigen Preis zur Regel werden, so würde ein solches Gebaren, wie die Gesellschaft mit Recht hervorhebt, zur Einstellung des Geschäftsbetriebs führen müssen.

(RFG., I. Sen., Ur. v. 27. April 1937, I A 132/37.)

Anmerkung: 1. Bei der Ermittlung des körperschaftsteuerpflichtigen Gewinns sind auch verdeckte Gewinnausschüttungen zu berücksichtigen (§ 6 Satz 2 KStG.). Grundsätzlich besteht das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttungen darin, daß den Gesellschaftern von der Gesellschaft Gewinn in einer Form zugeführt wird, daß er nicht als Gewinn erscheint, sondern unter anderen Bezeichnungen verborgen ist (so *Kennernecht*, „KStG.“, § 6 Anm. 34).

Der Kreis der begünstigten Personen erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Gesellschafter, ausnahmsweise jedoch auch auf dritte Personen, z. B. auf einen Gläubiger, der infolge einer größeren Forderung an dem Vermögen der Gesellschaft besonders interessiert ist (vgl. RFG. 16, 306), oder solche Personen, die den Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst besonders nahe stehen, z. B. Verwandte u. dgl.

Begriffsmerkmal der verdeckten Gewinnausschüttung ist nicht etwa die Absicht, die Steuer zu umgehen.

2. Liegt nun die Verbergung eines Gewinns vor, wenn zum Zwecke der Gewinnung neuer Mitglieder diesen Geschäftsanteile zu einem verbilligten Preise angeboten werden?

§ 20 der 1. KStGDurchfVO. bringt 10 Beispiele für das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen. Keines dieser Beispiele paßt hier. Eine gewisse Ähnlichkeit bildet lediglich das Beispiel Ziff. 7: „Ein Gesellschafter verkauft Aktien an die Gesellschaft zu einem höheren Preis als dem Kurswert, oder die Gesellschaft verkauft Aktien an einen Gesellschafter zu einem niedrigeren Preis als dem Kurswert.“

Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben, weil gerade der Verkauf der Geschäftsanteile an jemanden erfolgt, der erst Mitglied der Gesellschaft werden will. Es fehlt also überhaupt an einer Voraussetzung verdeckter Gewinnausschüttung.

Vielmehr sind die durch die verbilligte Veräußerung der Geschäftsanteile der Gesellschaft entstehenden Ankosten Aufwendungen, die als abzugsfähige Betriebsausgaben anzusprechen sind, denn sie wurden durch den Betrieb veranlaßt.

Der Beweggrund für den billigeren Verkauf der Anteile war eben nicht die Verschleierung der Ausschüttung von Gewinnen, sondern lediglich ein Werbemittel, um neue Mitglieder für die Gesellschaft zu interessieren.

3. Hilfsweise weist der RFG. noch darauf hin, daß der Gesichtspunkt einer abzugsfähigen Betriebsausgabe sich auch daraus ergebe, daß die Gesellschaft versuchen werde, ihre Aufwendungen (Preisnachlaß für die verkauften Anteile) in anderer Weise wieder hereinzubringen.

Hier scheint ein neuer Ansatzpunkt für die Weiterbildung der Lehre von der verdeckten Gewinnausschüttung gefunden zu sein. Während bei der verdeckten Gewinnausschüttung die Preisnachlässe usw., also die Gewinnverteilung im Vordergrund steht — denn in solchen Fällen ist ein Ersatz für solche Ausgaben nicht in Aussicht genommen —, wird bei einer reinen Betriebsausgabe in aller Regel versucht, diese Beträge wieder in anderer Weise hereinzubekommen. Dieser Ausgangspunkt des RFG. trägt auch zur Klärung der Grenzen zwischen verdeckter Gewinnausschüttung und abzugsfähigen Betriebsausgaben bei.

RA. Dr. Dr. M e g o w, K i s t r i n.

× 45. § 6 Satz 2 KStG. 1934; § 25 der 1. KStGDurchfVO. **Verzichtet eine öffentliche Versicherungsanstalt, die auf Gegenseitigkeit gegründet ist, für ein bestimmtes Jahr auf die Erhebung der Beiträge von ihren Mitgliedern, so ist hiernach ein den Mitgliedern gewährter Vorteil zu erblicken, der eine steuerpflichtige verdeckte Gewinnausschüttung darstellt.** †)

Bei einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt, die grundsätzlich auf Gegenseitigkeitsversicherung eingestellt ist, haben die Versicherungsnehmer, die mit der Anstalt eine Gegenseitigkeitsversicherung abgeschlossen haben (die also nicht gegen Zahlung fester Prämien versichert sind), als Mitglieder zu gelten (vgl. Urteil des RFG. v. 12. Jan. und 12. März 1931, I A 125/30; StW. 1931 Nr. 511). Dies trifft auf die Versicherungsnehmer der BeschwF., von denen Beiträge für 1934 nicht erhoben worden sind, nach dem Aktieninhalt zu. Wenn ein Versicherungsunternehmen seinen Versicherungsnehmern, die gleichzeitig seine Mitglieder sind, Versicherungsschutz für ein bestimmtes Jahr gewährt, ohne hierfür entsprechende Gegenleistungen zu verlangen, so liegt hierin ein den Mitgliedern zustehender Vorteil, der regelmäßig solchen Versicherungsnehmern, die an dem Unternehmen nicht beteiligt sind, nicht zugebilligt werden würde. Derartige Vorteile sind nach der Abspr. des RFG. als verdeckte Gewinnausschüttungen anzusehen.

Dabei taucht die Frage auf, ob bei Versicherungsunternehmen, die das Versicherungsgeschäft nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit betreiben, überhaupt verdeckte Gewinnausschüttungen vorkommen können. Nach der in den beteiligten Kreisen herrschenden Auffassung stellt sich der Geschäftsbetrieb solcher Unternehmen nicht als Gewerbebetrieb, sondern als ein gemeinsames Sparen der Mitglieder dar und sind daher etwaige Überschüsse, die an die Mitglieder zurückfließen, „Ersparnisse“ der Mitglieder, aber keine Gewinne des Unternehmens und darum auch keine verdeckte Gewinnausschüttungen. Dieser Auffassung hat sich auch der Gesetzgeber des KStG. 1925 angeschlossen. Denn mit ihr hat er die Steuerbegünstigungen begründet, die in diesem Gesetz für die privaten Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und die öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten, die auf Gegenseitigkeit gegründet sind, unter der Voraussetzung der Beschränkung des Versicherungsgeschäfts auf die Mitglieder vorgesehen waren (§ 4 Abs. 2 Buchst. a mit § 11 Abs. 1 Nr. 4 und § 15 Abs. 1 Nr. 7, § 9 Abs. 1 Nr. 5 a. a. O.) und die sich praktisch im wesentlichen als völlige Steuerbefreiungen ausgewirkt haben (vgl. die amtliche Begründung zu § 4 KStG. 1925). In das KStG. 1934 sind diese Begünstigungen nicht übernommen worden. Nach der Gesetzesbegründung (RStBl. 1935, 82) sollten damit die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und die öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten, auch soweit sie nur Mitglieder versichern, den übrigen Versicherungsunternehmen steuerlich gleichgestellt werden. Hieraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Auffassung, auf der die früheren Steuerbegünstigungen beruht haben, aufgegeben hat. Denn sonst könnte sich die beabsichtigte Gleichstellung praktisch überhaupt nicht auswirken, da die bisher begünstigten Unternehmen zwar persönlich unbeschränkt steuerpflichtig wären, wegen Fehlens von Gewinnen aber in der Regel zur Steuer nicht herangezogen werden könnten. Unter der Herrschaft des KStG. 1934 müssen aber, wie bei den sonstigen Versicherungsunternehmen, so auch bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und den öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten die Jahresüberschüsse des Versicherungsgeschäfts als steuerpflichtige Gewinne und die hieraus stammenden Zuzunahmen an die Mitglieder grundsätzlich als Gewinnausschüttungen angesehen werden. Ebenso muß für sie die Vorschr. des § 6 Satz 2 KStG. 1934 gelten, wonach bei der Ermittlung des Einkommens auch verdeckte Gewinnausschüttungen zu berücksichtigen sind. Dafür sprechen auch die Bestimmungen in § 25 Abs. 1 Ziff. 2 der 1. KStGDurchfVO., nach denen bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten, soweit sie nicht das Lebensversicherungsgeschäft betreiben, Beitragsrückerstattungen, die aus Kapitalerträgen und sonstigen Einnahmen außerhalb des Versicherungstechnischen Geschäfts oder aus Kapitalansammlungen stammen, der Besteuerung unterworfen werden sollen (vgl. Veranlagungsricht-

linien 1934 unter G 8 Abs. 2 [RStBl. 1935, 408] und Erlaß des RFM. v. 25. Juli 1936 unter Abs. II 1 und 3 Abs. 1 [RStBl. 1936, 825]).

(RFH., 1. Sen., Art. v. 21. April 1937, I A 278/36.)

Anmerkung: 1. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind durch das KörperStG. 1934 anderen Versicherungsunternehmen steuerlich gleichgestellt worden. Hierdurch sollte insbesondere der Gedanke der steuerlichen Gleichmäßigkeit auf diesem Teilgebiete durchgeführt werden.

2. Bei der Ermittlung des Körperschaftsteuerpflichtigen Gewinns sind verdeckte Gewinnausschüttungen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anweisung zu berücksichtigen. § 20 der 1. VO. zur Durchführung des KörperStG. v. 6. Febr. 1935 (RStBl. I, 163) hat 10 Beispiele für das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen aufgestellt. Hierunter findet sich der Fall der Beitragsfreistellung nicht.

Für Beitragsrückerstattung bestimmt vielmehr § 25 Ziff. 2 der 1. KörperStDurchfVO., daß Beitragsrückerstattungen, die nicht aus dem Lebensversicherungsgeschäft stammen, nur insoweit abzugsfähig sind, als sie den Überschuß nicht übersteigen, der sich ergeben würde, wenn die auf das Wirtschaftsjahr entfallenden Versicherungsleistungen, Überträge und Rücklagen sowie die sämtlichen sonstigen persönlichen und sachlichen Betriebsausgaben allein aus der auf das Wirtschaftsjahr entfallenden Beitragseinnahme bestritten worden wären.

Hieraus ergibt sich, daß Beitragsrückerstattungen nur abzugsfähig sind, wenn und soweit sie aus den Beiträgen des Wirtschaftsjahres stammen, um dessen Besteuerung es sich handelt (vgl. Kennerknecht, „Kommentar zum KörperStG.“, Anm. 37 zu § 11).

Die Abzugsfähigkeit von Beitragsrückerstattungen ist also erheblich eingeschränkt.

3. Soweit Beitragsrückerstattungen nicht abzugsfähig sind, wirken sie gewinnerhöhend, gehören also zum Körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn.

Wie aber ist nun eine vollkommene Freistellung der Mitglieder einer öffentlichen Versicherungsanstalt auf Gegenseitigkeit von Beiträgen aufzufassen? Das Wesen der verdeckten Gewinnausschüttungen besteht darin, daß den Gesellschaftern von der Gesellschaft Gewinn in einer Form zugeführt wird, daß er nicht als Gewinn erscheint, sondern unter anderen Bezeichnungen verborgen ist (so Kennerknecht a. a. O. § 6 Anm. 34).

Die Versicherungsanstalt auf Gegenseitigkeit, die ihre Mitglieder von Beiträgen freistellt, gewährt tatsächlich den Mitgliedern für das in Frage kommende Beitragsjahr unentgeltlich Versicherungsschutz. Dieser unentgeltliche Versicherungsschutz ist bei Berücksichtigung des wirtschaftlichen Kerns (vgl. RFH. 21, 275) ein geldwerter Vorteil. Mithin bildet die Gesamtheit der erlassenen Prämien eine verdeckte Gewinnausschüttung, für die die Versicherungsanstalt Körperschaftsteuerpflichtig ist.

RM. Dr. Dr. Me g o w , Rüsttr. n.

*

× 46. § 25 Abs. 1 Ziff. 2 der 1. DurchfVO. zum KörperStG. Die Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit von Beitragsrückerstattungen nach § 25 Abs. 1 Ziff. 2 Satz 2 der 1. DurchfVO. zum KörperStG. ist auch dann erfüllt, wenn die zurückerstattenden Beiträge in der Weise gutgeschrieben werden, daß der Versicherungsnehmer einen Rechtsanspruch auf diese Beträge erwirbt.

Die steuerpflichtige Gesellschaft, ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, versichert ihre Mitglieder gegen den durch Hagelschlag an Feldfrüchten erlittenen Schaden. Sie führt in ihren Bilanzen ein „Sparguthaben der Mitglieder“, dem nach Art. 22 der Satzung jeweils — vorbehaltlich eines abweichenden Beschlusses der Hauptversammlung — die Hälfte der Überschüsse des Jahresgeschäfts zufließt. An diesem Sparguthaben, das in der Satzung als Sparrücklage bezeichnet ist, hat jeder Versicherte nach dem Verhältnis seines Jahresbeitrags Anteil.

Der Anteil wird ihm vom 1. Jan. des der Einzahlung folgenden Jahres an gutgeschrieben und verzinst. Seine Auszahlung kann jedes Mitglied erst beim Ausscheiden aus der Gesellschaft fordern. Ein Mitglied, das freiwillig ausscheidet oder durch Beschluß der ordentlichen Hauptversammlung von der Teilnahme an der Gesellschaft zurückgewiesen wird, erleidet einen Abzug von 50 % seines Anteils an der Sparrücklage. Kein Abzug findet statt, wenn ein Mitglied stirbt oder ausscheidet, weil das Rechtsverhältnis aufhört, das es zum Genuß der Feldfrüchte berechtigt.

Streitig ist, ob der Betrag von 7359,03 RM., den die Gesellschaft für 1934 dem Sparguthaben der Mitglieder zugeführt hat, bei der steuerlichen Einkommensermittlung abgezogen werden darf. Das FinA. hat die Frage verneint mit der Begründung, daß die Zuführung als eine Gewinnausschüttung anzusehen sei, die den steuerpflichtigen Gewinn nicht mindern dürfe. Demgegenüber hat die Gesellschaft geltend gemacht, daß sie nach ihrer Satzung keine festen Versicherungsbeiträge, sondern nur V o r s c h u ß beiträge erhebe. Die hieraus herrührenden Überschüsse des Jahresgeschäfts könnten daher steuerpflichtigen Gewinn nur darstellen, soweit sie der Sparrücklage und damit dem Vermögen der Gesellschaft zugeführt würden. Soweit sie dagegen der Sparrücklage der Mitglieder zufließen, bildeten sie Vermögen der Mitglieder. Denn diese hätten nach der Satzung und den Versicherungsbedingungen einen unbestreitbaren Rechtsanspruch auf Rückzahlung der in der Sparrücklage angesammelten Beträge. Die Zuführungen zu diesen Rücklagen könnten daher bei der Gesellschaft nicht steuerpflichtig sein.

Der Einspruch ist erfolglos geblieben. Dagegen hat das FinGer. die Zuführung an die Sparrücklage als Beitragsrückerstattung gemäß § 25 Abs. 1 Ziff. 2 der 1. DurchfVO. zum KörperStG. von der Steuer freigestellt.

Die RBeschv. des FinA. ist unbegründet.

Der in der Bilanz der Gesellschaft unter der Bezeichnung „Sparguthaben der Mitglieder“ geführte Passivposten stellt nach der Satzung, den Versicherungsbedingungen und der tatsächlichen Geschäftsgebarung eine echte Verbindlichkeit dar. Damit ist jedoch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Zuführungen zu diesen Bilanzposten noch nicht begründet. Denn echte Schuldposten können auch entstehen, ohne daß dadurch der steuerpflichtige Gewinn gemindert wird, so z. B. dann, wenn ihre Bildung im Rahmen der Verwendung des Gewinns erfolgt. Es bleibt daher die Frage zu prüfen, ob die Zuführungen als nichtabzugsfähige Gewinnausschüttungen, wie das FinA. meint, oder als abzugsfähige schuldrechtliche Leistungen der Gesellschaft an ihre Mitglieder anzusehen sind. Letzteres muß bejaht werden, wenn man mit dem FinGer. die Voraussetzungen für das Vorliegen abzugsfähiger Beitragsrückerstattungen als gegeben annehmen kann.

Nach § 25 Abs. 1 Ziff. 2 der 1. DurchfVO. zum KörperStG. hängt die Abzugsfähigkeit von Beitragsrückerstattungen, die nicht aus dem Lebensversicherungsgeschäft stammen, von zwei Voraussetzungen ab. Einmal dürfen sie den Überschuß nicht übersteigen, der sich ergeben würde, wenn die auf das Wirtschaftsjahr entfallenden Versicherungsleistungen, Überträge und Rücklagen sowie die sämtlichen sonstigen persönlichen und sachlichen Betriebsausgaben allein aus den auf das Wirtschaftsjahr entfallenden Beitragseinnahmen bestritten worden wären. Sodann muß die Beitragsrückerstattung spätestens bei Genehmigung des Abschlusses des Wirtschaftsjahres durch die sachungsmäßig zuständigen Organe mit der Maßgabe beschlossen werden, daß sie auf die binnen Jahresfrist nach der Beschlußfassung fällig werdenden Beiträge anzurechnen oder binnen Jahresfrist nach der Beschlußfassung bar auszahlbar ist. Daß im Streitfall die erste dieser beiden Voraussetzungen hinsichtlich der vollen Höhe der fraglichen Zuführung gegeben ist, wird vom FinA. nicht bestritten. Dieses behauptet nur, daß es an der zweiten Voraussetzung fehle, wonach die Versicherungsteilnehmer binnen Jahresfrist in den Genuß der Beitragsrückerstattungen kommen müßten. Der Auffassung des FinA. kann nicht beigegeben werden.

Durch die Genehmigung der Bilanz für 1934 hat die Hauptversammlung der Gesellschaft die Zuführung der Hälfte des Jahresüberschusses an die Sparrücklage der Mitglieder beschlossen. Damit war allerdings noch nicht sichergestellt, daß die einzelnen Mitglieder ihren Anteil an der Zuführung binnen Jahresfrist bar ausgezahlt erhalten würden. Der Barauszahlung i. S. des § 25 Abs. 1 Ziff. 2 Satz 2 der 1. Durchf. V. zum KörpersStG. muß jedoch der Fall gleichgesetzt werden, daß die zurückzuerstattenden Beträge in der Weise gutgeschrieben werden, daß der Versicherungsnehmer einen Rechtsanspruch auf diese Beträge erwirbt (vgl. auch Erl. des RfM. v. 25. Juli 1936 [RStBl. 1936, 825] unter Abschn. II 3 Abs. 1 letzter Satz). Ein solcher Fall liegt hier vor. Daß die Mitglieder die Auszahlung des ihnen zustehenden Anteils an der Sparrücklage nach Art. 22 der Satzung erst beim Ausscheiden aus der Gesellschaft erlangen können, vermag den durch die Satzung und die Versicherungsbedingungen festgelegten Charakter ihres Rechtsanspruchs nicht zu ändern. Das FinU. stützt seine gegenwärtige Auffassung in der Hauptsache darauf, daß die Mitglieder beim freiwilligen Ausscheiden oder bei der Zurückverweisung von der Teilnahme an der Gesellschaft einen Abzug in Höhe der Hälfte ihres Anteils erleiden. Ein Rechtsanspruch kann aber seinen Charakter nicht rückwirkend dadurch verlieren, daß er später unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder teilweise wegfällt, insbes. dann nicht, wenn, wie hier, dieser teilweise Wegfall im wesentlichen auf das eigene Verhalten des Forderungsberechtigten zurückzuführen ist. Die Gesellschaft kennzeichnet den satzungsmäßigen Abzug im Fall des freiwilligen Ausscheidens eines Mitglieds mit Recht als eine Art Konventionalstrafe, durch die eine unerwünschte vorzeitige Kündigung des Mitgliedsverhältnisses verhütet werden soll. An dem Bestehen des Rechtsanspruchs bis zum Eintritt dieses Ausnahmefalles kann sich dadurch nichts ändern.

(RfH., 1. Sen., Ur. v. 13. April 1937, I A 107/37.)

*

× 47. § 25 KörpersStG. 1934. Wenn Steuerfreiheit für den Steuerabschnitt 1932/33 lediglich durch einen Aktienmerk festgesetzt worden ist, liegt eine Festsetzung der Körperschaftsteuer i. S. des § 25 Abs. 1 KörpersStG. 1934 nicht vor und ist damit die Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift nicht gegeben.

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Ihr Wirtschaftsjahr läuft vom 1. Mai bis 30. April. Für die Zeit bis zum Wirtschaftsjahr 1932/33 war sie auf Grund der Vorschrift des § 4 Abs. 2 a, § 11 Abs. 1 Nr. 4, § 15 Abs. 1 Nr. 7 KörpersStG. 1925 steuerfrei geblieben. Erstmals für das Kalenderjahr 1934 ist sie infolge Wegfalls der genannten Steuerbegünstigungen im KörpersStG. 1934 zur Körperschaftsteuer veranlagt worden.

Streitig ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur noch, ob die Körperschaftsteuerschuld nach § 25 KörpersStG. 1934 um den Zuschlag für die Zeit vom 1. Mai bis 31. Dez. 1933 (also um $\frac{8}{12}$) zu erhöhen ist.

Das FinGer. hat die Frage unter Berufung auf die Entsch. des RfH. 39, 66 und 285 bejaht, da die Beschw. auch schon in den Vorjahren steuerpflichtig gewesen und nur wegen Fehlens eines steuerpflichtigen Einkommens frei veranlagt worden sei.

Die RBeschw. der Gesellschaft ist begründet.

Nach § 25 Abs. 1 KörpersStG. 1934 erhöht sich bei StPfl., bei denen die Körperschaftsteuer für einen vom Kalenderjahr 1933 abweichenden Steuerabschnitt festgesetzt worden ist, die Körperschaftsteuerschuld für das Kalenderjahr 1934 um ein Zwölftel für jeden Monat, der seit dem Ende des Steuerabschnitts 1932/33 bis zum 31. Dez. 1933 verstrichen ist. Diese Überleitungsvorschrift war durch die Umstellung des Steuererhebungszeitraums vom Wirtschaftsjahr auf das Kalenderjahr bedingt. Sie sollte nach der Gesetzgebung vor allem verhindern, daß Vorauszahlungen, die nach dem bisherigen KörpersStG. für den Zeitraum vom Schluß des Wirtschaftsjahrs

1932/33 bis zum Beginn des Kalenderjahrs 1934 zu entrichten waren, erstattet werden müßten. Nach dem Wortlaut ist Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift die Festsetzung der Körperschaftsteuer für einen vom Kalenderjahr 1933 abweichenden Steuerabschnitt 1932/33. Wie der RfH. in der Entscheidung RfH. 39, 66 ausgesprochen hat, genügt es zur Erfüllung dieser Voraussetzung, daß für den Steuerabschnitt 1932/33 eine Veranlagung stattgefunden hat, auch wenn hierbei ein Freistellungsbescheid ergangen ist.

Im Streitfall ist auf die Körperschaftsteuererklärung der Beschw. für 1932/33 hin lediglich eine Verfügung zu den Akten gebracht worden des Inhalts, daß die Beschw. gemäß § 11 Nr. 4 und § 15 Nr. 7 des Gesetzes Körperschaftsteuerfrei sei. Ein förmlicher Freistellungsbescheid oder auch nur eine Mitteilung über die Freistellung an die Beschw. ist nicht ergangen. Es fehlt daher an einer „Festsetzung“ der Körperschaftsteuer für den Steuerabschnitt 1932/33 und damit an der Voraussetzung für die Anwendung des § 25 KörpersStG. 1934.

Dieses Ergebnis steht auch mit dem Zweck der Gesetzesvorschrift nicht in Widerspruch. Durch die Voraussetzung, an die ihre Anwendung geknüpft ist, sollte offenbar verhindert werden, daß auch Körperschaftsteuerpflichtige, die erst nach Ablauf der Geltungsdauer des KörpersStG. 1925 in die Steuerpflicht neu eingetreten sind, in ungerechtfertigter Weise von der Überleitungsvorschrift betroffen werden (vgl. Entsch. des RfH. 39, 66/68). Diesen Körperschaftsteuerpflichtigen können solche gleichgestellt werden, die nach dem KörpersStG. 1925 persönliche Steuerbefreiung genossen, diese aber unter der Herrschaft des neuen Körperschaftsteuerrechts verloren haben, und schließlich auch solche, für die im bisherigen KörpersStG. zwar nur sachliche Steuerbefreiungen vorgesehen waren, diese sich aber praktisch — wie im Streitfall — auf die Dauer gleich völligen (persönlichen) Steuerbefreiungen ausgewirkt haben.

(RfH., 1. Sen., Ur. v. 21. April 1937, I A 74/37.)

*

× 48. § 6 a KapVerfStG. a. Fass.; § 2 Ziff. 2 KapVerfStG. 1934.

1. Der RfH. verbleibt bei den Grundsätzen, die er über die Heranziehung von Syndikatsumlagen zur Gesellschaftsteuer in den Urteilen RfH. 37, 352 und 38, 23 aufgestellt hat.

2. Danach unterliegen der Gesellschaftsteuer auch

a) Umlagen zur Deckung eines Verlustes, der dem Syndikat durch den An- und Verkauf ausländischer Ware entstanden ist;

b) Umlagen für Mitgliedsbeiträge, die das Syndikat an einen marktregelnden internationalen Verband zahlt. f)

Eine Anzahl Hersteller von F. haben sich zu einem Lieferungs-Syndikat in Form einer Doppelgesellschaft zusammengeschlossen, nämlich dem Verband S., einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR.), und der beschwerdeführenden GmbH. Die Unkosten des Syndikats werden ihm von den Mitgliedswerken durch Umlagen erstattet. Die Erstattung der Unkosten, die durch die Verkaufstätigkeit des Syndikats entstanden sind, haben die Vorinstanzen steuerfrei gelassen. Dagegen sehen sie die in Abschnitt IV im einzelnen bezeichneten Unkosten als solche an, die durch eine vom Verkauf unabhängige marktordnende Tätigkeit des Syndikats entstanden sind und daher nach der Rspr. des RfH. der Gesellschaftsteuer unterliegen (vgl. die Ur. II A 153/34 und II A 304/33 v. 17. Mai 1933, II A 41/35 v. 22. Nov. 1935: JW. 1936, 1165⁵⁹ = RfH. 37, 352 und 38, 23, 324).

Die RBeschw. kann keinen Erfolg haben.

Die Beschw. beruft sich auf den Aufsatz von Beiel, „Gesellschaftsteuer bei Organgesellschaften“ (StW. 1936, 993). Beiel lehnt „die Marktordnungsteuer des II. Sen.“ ab. Der Sen. hat daraufhin seine Auffassung nochmals überprüft, insbes. im Hinblick auf die Vorschriften des StAnpG. und des neuen KapVerfStG. Der RfM. ist auf Ersuchen

des Sen. dem Verfahren beigetreten. In Übereinstimmung mit ihm hat der Sen. keinen Anlaß zu einer Änderung seines Standpunktes gefunden.

I.

Welch verschiedene steuerliche Beurteilung der Syndikatsumlagen denkbar ist, erhellt aus der folgenden Gegenüberstellung, auf die schon in dem Ur. II A 41/35 hingewiesen worden ist (RfZ. 38, 324 zu I a. E.). Ein FinA. hatte die Auffassung vertreten, daß jede von einem Syndikat entfaltete Tätigkeit, also auch die auf die Förderung der Belange sämtlicher Mitglieder gerichtete Tätigkeit, zu den erhobenen Beiträgen im Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung stehe, und daß insoweit schlechthin immer ein zur Umsatzsteuerpflicht führender Leistungsaustausch vorliege, ohne daß es darauf ankomme, welchen Zwecken die eingehobenen Beträge dienen sollten (vgl. Ur. VA 269/33 vom 5. April 1933; RStBl. 1935, 810 zu II). Umgekehrt war ein anderes FinA. der Meinung gewesen, daß auch die Verkaufstätigkeit marktordnenden Charakter habe und wie diese ausschließlich auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhe, so daß die Umlagen schlechthin zur Gesellschaftsteuer herangezogen werden müßten. Der Umsatzsteuer- und der Gesellschaftsteuer sind keiner dieser Auffassungen gefolgt, sondern haben übereinstimmend eine Trennung der Umlagen für erforderlich gehalten. Soweit die Umlagen eine bestimmte Tätigkeit des Syndikats für das einzelne Mitglied betreffen, liegt ein Leistungsaustausch vor auf Grund eines neben dem Gesellschaftsverhältnis bestehenden Vertragsverhältnisses. Hier kommt für die Umlage keine Gesellschaftsteuer, wohl aber Umsatzsteuer in Frage, so z. B. für die an das Vermittlungssyndikat gezahlte Umlage für seine Absatztätigkeit. Soweit dagegen die Tätigkeit des Syndikats den Belangen der Gesamtheit der Mitglieder dient, wird die Umlage dafür ausschließlich auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses bewirkt. Im letzten Fall ist die Gesellschaftsteuerpflicht nach § 6 a Halbs. 2 KapVerfStG. a. F. (§ 2 Nr. 2 KapVerfStG. 1934) gegeben. Hierzu rechnen beide Sen. die vom Verkauf unabhängige marktordnende Tätigkeit des Syndikats.

II.

Die BeschwF. wendet ein, die Umlagen seien nicht ihr, der GmbH., sondern dem Verband G. (der GbR.) zugeflossen, für den eine Gesellschaftsteuerpflicht nicht bestehe.

Es trifft zu, daß die Voraussetzungen des § 3h KapVerfStG. a. F. (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 KapVerfStG. 1934) bei dem Verband nicht gegeben sind und dieser mithin keine Kapitalgesellschaft im Sinne dieses Gesetzes ist. Gleichwohl ist die subjektive Steuerpflicht begründet, weil die Syndikatsdoppelgesellschaft eine Einheit bildet und eine Kapitalgesellschaft mitumsaßt. Es wird auf die Ausführungen hierzu in dem Ur. II A 153/34 verwiesen (RfZ. 37, 355). Diese Beurteilung der Doppelgesellschaft als Einheit entspricht der herrschenden Lehre (vgl. z. B. Staudinger, „Komm. zum BGB.“, 9. Aufl., Anhang hinter § 740 in Abschn. C IV 1d). Das syndikatsmäßige Gesellschaftsverhältnis besteht demnach nicht nur in der Beziehung zu der GbR., sondern zugleich auch in der Beziehung zu der GmbH. Die Form der Doppelgesellschaft ist als juristische Hilfskonstruktion für die Errichtung von Syndikaten üblich geworden. Die Wahl dieser Form stellt an sich keinen Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts i. S. des § 6 StAnpG. dar. Wohl aber würde ein solcher Mißbrauch vorliegen, wenn der Gesellschaftsteuer dadurch auszuweichen versucht würde, daß Leistungen der Gesellschafter an das Syndikat nur als an die GbR. bewirkt angesehen würden.

Den Vorinstanzen ist aber auch darin beizutreten, daß die Umlagen tatsächlich der GmbH. zugeflossen sind. Sie ist Vermögensträger und geschäftsführendes Organ des Syndikats. Wie die Ausgaben des Syndikatsbetriebs bei ihr entstehen, so müssen ihr auch die Umlagen zur Erstattung dieser Ausgaben zugeführt werden. Will man annehmen, daß die Umlagen nur der GbR. geschuldet und geleistet und erst von

dieser an die GmbH. gezahlt würden, so würde dies gemäß § 7 KapVerfStG. a. F. (§ 4 KapVerfStG. 1934) die Steuerpflicht nicht ausschließen, wie schon in dem Ur. II A 153/34 dargelegt. Denn die GmbH. würde die Leistungen alsdann von einer Unternehmung erhalten, deren Gesellschafter zugleich die Gesellschafter der GmbH. sind.

Eine abweichende Beurteilung des Tatbestandes der Syndikatsdoppelgesellschaft würde, zum mindesten in Verbindung mit den gesellschaftsteuerlichen Vorschriften betrachtet, den Auslegungsgrundsätzen des § 1 StAnpG. nicht entsprechen.

III.

Die BeschwF. wendet ferner ein, sie sei Treuhänderin. Eine Gesellschaftsteuer könne nicht in Frage kommen, weil es sich bei der Leistung der Umlagen an sie nicht um eigene, sondern um fremde Mittel handle.

Das BGB. gibt keine Begriffsbestimmung des Treuhänders oder der Treuhanderschaft. Der Ausdruck „Treuhanders“ kommt aber in verschiedenen anderen Gesetzen vor, z. B. im HypVG. (§§ 29—36), im SchwGoldhypVG. vom 23. Juni 1923 (RGBl. II, 284), im AufwG. v. 16. Juli 1925 (RGBl. I, 117, § 3 Abs. 1 Nr. 7, §§ 55, 60), im Anl-AbfG. v. 16. Juli 1925 (RGBl. I, 137, § 40 Abs. 4). Der Ausdruck „Treuhanders“ wird hier in verschiedenen Bedeutungen gebraucht. Eine Begriffsbestimmung der Treuhanderschaft geben auch diese Gesetze nicht. Welche Bedeutung und Aufgaben der Treuhänder jeweils hat, muß aus dem Zweck des einzelnen Gesetzes entnommen werden.

Auch das Wirtschaftsleben bedient sich des Ausdrucks „Treuhanders“, und zwar im weitesten Sinn. So wird der Ausdruck für Gesellschaften gebraucht, die Wirtschaftsprüfungen vornehmen oder fremdes Vermögen verwalten (Treuhandgesellschaften). Auch an den Reichstreuhanders der Arbeit sei erinnert.

Im Steuerrecht erscheint der Ausdruck „Treuhanders“ in den §§ 164, 187, 368 RAbgD. und in § 11 Nr. 2 und 3 StAnpG. Auch hier fehlt eine Begriffsbestimmung des Treuhänders oder der Treuhanderschaft. § 164 RAbgD. handelt von Rechten, die auf den Namen eines Treuhänders lauten, oder von Wertpapieren, die der Treuhänder besitzt, und verpflichtet ihn, auf Verlangen des FinA. nachzuweisen, wem die Rechte oder Wertpapiere „gehören“. Auch § 187 RAbgD. spricht von solchen Rechten oder Wertpapieren und legt dem Treuhänder die Verpflichtung auf, den Berechtigten zu bezeichnen. § 368 Abs. 3 handelt von der Pfändung eines Anspruchs, der eine unbewegliche Sache betrifft, wobei die Vollstreckungsbehörde anordnen kann, daß die Sache an einen vom AG. zu bezeichnenden Treuhänder herauszugeben ist. Handelt es sich um einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, so ist es diesem Treuhänder als „Vertreter“ des Schuldners aufzulassen. § 11 Nr. 2 und 3 StAnpG. spricht von Wirtschaftsgütern, die „zu treuen Händen übereignet“ worden sind, oder die „durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind“, und bestimmt, daß diese Wirtschaftsgüter dem Treugeber zugerechnet werden.

In all diesen Fällen ist der Ausdruck „Treuhanders“ immer in Beziehung zu bestimmten Sachen, Rechten oder sonstigen Wirtschaftsgütern gebraucht und das formale Eigentum (die formale Berechtigung) dem materiellen Eigentum (der materiellen Berechtigung) gegenübergestellt.

Wenn es sich z. B. um den Ankauf eines Konkurrenzwerks zur Stilllegung des Betriebs und Ausschaltung des Wettbewerbs handeln würde, könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die BeschwF. Treuhänderin ist und eine Gesellschaftsteuer nicht zu erheben wäre, weil die Mitglieder des Syndikats die Umlagen für das etwa ihnen selbst zuzurechnende Treugut zahlten. Der Sen. hat die Steuerpflicht auch in solchen Fällen bejaht (Ur. II A 320/34 v. 29. Okt. 1934; RStBl. 1935, 62 in Abschn. III; II A 243/30 vom 15. Juli 1930; RStBl. 1931, 211. Wegen der Umsatzsteuer

vgl. Ur. V A 171 und 172/35 v. 31. Jan. 1936: RStBl. 1936, 220 zu I). Im vorl. Fall kann diese Frage unerörtert bleiben. Bei den veräußerten Umlagen handelt es sich nicht um Mittel zum Erwerb eines Wirtschaftsguts für einen anderen (die Mitglieder oder den Verband S.). Die Umlagen sind vielmehr erhoben worden aus Anlaß der allgemeinen marktordnenden Tätigkeit des Syndikats und zur Deckung der daraus erwachsenden Unkosten. Ein Wirtschaftsgut, das Gegenstand der Treuhandenschaft sein könnte, ist also aus den Umlagen überhaupt nicht gebildet worden.

IV.

Im einzelnen haben die Mitglieder dem Syndikat die auf den folgenden Konten nachgewiesenen Unkosten erstattet.

Konto „Auslandsverträge“ ... 794 182 RM.

Die Beschw. macht hierzu auf S. 14 ihres Schriftsatzes v. 29. Jan. 1936 neue Angaben tatsächlicher Art, die gem. § 288 RAbgD. in der RBeschwInst. nicht mehr berücksichtigt werden können. Die Feststellungen des FinGer. auf S. 3 seines Urteils entsprechen den früheren eigenen Angaben der Beschw. in den Schriftsätzen v. 12. März 1935 zu VII und v. 27. Aug. 1935 zu IV. Es ist daher von den tatsächlichen Feststellungen des FinGer. auszugehen.

Danach ist der hier nachgewiesene Verlust dadurch entstanden, daß das Syndikat zwecks Ausschaltung des ausländischen Wettbewerbs ausländische Ware gekauft und sie mit Verlust verkauft hat.

Die Beschw. meint nun, daß dieser Verlust zu den Verkaufsunkosten zu rechnen sei, deren Erstattung steuerfrei sei. Dies trifft nicht zu. Unter der Verkaufstätigkeit im Sinne des Ur. II A 153/34: RStB. 37, 352, ist nur der Verkauf von Erzeugnissen der Syndikatsmitglieder zu verstehen, denn nur in diesem Fall stehen Umlagen und Verkaufstätigkeit im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, so daß keine Gesellschaftsteuerpflicht nach § 6a Halbs. 2 KapVerfStG. a. F. gegeben ist. Die Beschw. will den Abschluß von Kaufverträgen mit den ausländischen Konkurrenzfabriken einer Eingliederung in den Verband gleichsetzen und die ausländischen Werke in diesem Sinne als Mitglieder ansehen. Diese Auffassung ist verfehlt. Gerade weil die Ausländer nicht Mitglieder waren, war der verlustreiche Ankauf der Auslandsware erforderlich geworden.

Es kann zugegeben werden, daß der Ankauf der Auslandsware eine vorteilhaftere Bewertung der Erzeugnisse der eigenen Mitglieder ermöglichte. Dies ist aber der Zweck der marktordnenden Tätigkeit eines Syndikats überhaupt und schließt die Gesellschaftsteuerpflicht nicht aus. Der Ankauf der Auslandsware dient den Belangen der Gesamtheit der Mitglieder und kann zu dem einzelnen Mitglied nicht in die unmittelbare Beziehung gesetzt werden, wie es beim Verkauf der Ware der Mitglieder möglich ist (vgl. die entsprechenden Ausführungen in Ur. V A 269/33: RStBl. 1935, 809 zu II, wo zugegeben wird, daß eine wirksame Förderung der Belange aller Mitglieder vielfach mittelbar auch jedem einzelnen Mitglied zugute kommen wird). Der Ankauf fremder Ware ist in § 2 der Verbandsatzung 1932 vorgesehen; die Kampfkosten, die nach § 16 der Verbandsatzung durch Umlagen der Mitglieder aufzubringen sind, dienen gerade auch diesem Zweck, wie sich aus der ausführlicheren Fassung der Verbandsatzung von 1927 in § 16 Abs. 3 ergibt.

Die Erstattung des durch die Auslandsverträge entstandenen Verlustes geschieht daher nicht im Wege des Leistungsaustausches oder eines Ersatzes von Aufwendungen i. S. des § 670 BGB., sondern gemäß einer im Gesellschaftsverhältnis begründeten Verpflichtung. Das FinGer. hat daher die Steuerpflicht nach § 6a Halbs. 2 KapVerfStG. a. F. zu Recht bejaht.

Konto „S.“ 73 930 RM.

Von den hier nachgewiesenen Beiträgen an die Internationale Z.-Vereinigung, deren Aufgabe marktregelnder

Natur ist, und den Reisekosten zur Teilnahme an internationalen Versammlungen gilt sinngemäß dasselbe wie beim Konto „Auslandsverträge“. Auch diese Ausgaben dienen den Belangen der Mitglieder, ohne unmittelbar zu den Verkaufsunkosten zu gehören. Im gleichen Sinne hat der RStB. auf dem Gebiete der Umsatzsteuer entschieden. In dem Ur. V A 269/33: RStBl. 1935, 809, wird die Beteiligung an internationalen Organisationen zu der allgemeinen Tätigkeit des Verbandes gerechnet, die die Belange der Gesamtheit der Mitglieder fördern soll und insofern von der Abjektivität zu unterscheiden ist. Auch in dem Ur. V A 443/31 v. 11. Dez. 1933: JW. 1934, 509 = RStB. 35, 346, in Abschn. 2 werden die Abgaben des deutschen Verbandes an den internationalen Verband nicht zu den Verkaufsunkosten gerechnet und die hierher gehörigen Vorgänge, insbes. die Erstattung dieser Abgaben durch die Mitglieder an den deutschen Verband, als gesellschaftliche bezeichnet.

Konto „B.“ und Konto „Ausland“: 7516 RM und 7395 RM.

Auch die hier nachgewiesenen Unkosten hat das FinGer. ohne Rechtsirrtum zu denen gerechnet, die durch die allgemeine marktordnende Tätigkeit des Syndikats im Sinne des Ur. II A 153/34: RStB. 37, 352, entstanden sind, und deren Erstattung daher der Gesellschaftsteuer unterliegt.

(RStB., 2. Sen., Ur. v. 2. April 1937, II A 89/36 S.)

Anmerkung: 1. Die Organisation eines Syndikats als Doppelgesellschaft ist häufig anzutreffen. Das Verhältnis zwischen den Syndikatsmitgliedern und dem Verband (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) sowie der geschäftsführenden GmbH. ist ein einheitliches Gesellschaftsverhältnis. Inwieweit decken sich auch von jeher die Rspr. des RG. und des RStB.

Demgemäß ist auch den Ausführungen des Urteils zu II beizutreten. Die Entstehung der Kapitalverkehrssteuer setzt Leistungen an eine Kapitalgesellschaft voraus. Liegt eine Syndikatsdoppelgesellschaft vor und bildet diese eine Einheit, so ist die Syndikatsdoppelgesellschaft steuerrechtlich dann Kapitalgesellschaft, wenn eine dieser Doppelgesellschaften Kapitalgesellschaft ist. Die Wahl der Doppelgesellschaft ist an sich kein steuerlicher Mißbrauch, zumal nach der Rspr. des RStB. durch die Wahl einer Doppelgesellschaft die Entstehung einer Kapitalverkehrssteuer nicht umgangen werden kann.

2. Zur steuerlichen Rechtslage von Syndikatsumlagen.

Auszugehen ist von § 2 Ziff. 2 KapVerfStG. Hiernach unterliegen der Gesellschaftsteuer Leistungen, die von den Gesellchaftern einer inländischen Kapitalgesellschaft auf Grund einer im Gesellschaftsverhältnis begründeten Verpflichtung bewirkt werden (Beispiele: Weitere Einzahlungen, Nachschüsse, Zinsen). Der Leistung eines Gesellchafterers steht es gleich, wenn die Gesellschaft mit eigenen Mitteln die Verpflichtung des Gesellchafterers abdeckt.

Hierunter fallen nur solche Leistungen, die weder anlässlich der Gründung noch anlässlich einer Kapitalerhöhung bewirkt werden. Erforderlich ist gem. § 2 Ziff. 2 KapVerfStG., daß die Leistungen auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses erfolgen. Die Verpflichtung braucht also nicht im Gesellschaftsvertrag festgelegt zu sein, es genügt, daß sie aus dem Gesellschaftsverhältnis folgt.

Die Gesellschaftsteuerpflicht von Beitragsleistungen wird nach ständiger Rspr. des RStB. auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beitragsleistungen durch die Erfüllung der Gesellschaftszwecke aufgebraucht werden (RStB. 12, 336; Kluchohn, „RBG“, Anm. 10 zu § 2).

3. Mit der Frage, ob und inwieweit Beitragsleistungen seitens der Syndikatsmitglieder an das Syndikat der Kapitalverkehrssteuer unterliegen, hat der RStB. sich wiederholt befaßt (vgl. Kluchohn a. a. O. Anm. 11 b und RStB. 37, 352; 38, 23).

RFinR. Dr. Viel hat in einem Aufsatz „Gesellschaftsteuer bei Organgesellschaften, zugleich ein Beitrag zur Stellung einer Steuer im Rahmen von Wirtschaftspolitik und

Steuergesetzgebung“, die Rspr. des RGH. angegriffen (StW. 1936, 993 ff.).

Der 2. Senat hat trotz dieser Angriffe seinen bisherigen Standpunkt aufrechterhalten.

Auszugehen ist hinsichtlich der steuerlichen Beurteilung der Syndikatsumlagen von den beiden Grundätzen:

1. Umsatzsteuerpflichtig ist die Zahlung von Umlagen, wenn diese eine bestimmte Tätigkeit des Syndikats für das einzelne Mitglied betreffen.

2. Kapitalverkehrssteuerpflichtig ist die Zahlung von Umlagen, soweit sie Aufwendungen für die Tätigkeit des Syndikats im Interesse der Belange der Gesamtheit der Mitglieder betreffen.

Hiernach war also zu prüfen (vgl. IV des Urteils), ob die in den Rechtsätzen Ziff. 2a und b bezeichneten Umlagen eine Tätigkeit betreffen, die den Belangen der Gesamtheit der Mitglieder dienen.

Dies ist hinsichtlich der Mitgliedsbeiträge für einen marktregelnden internationalen Verband und für Verlustdeckungen anlässlich der dem Syndikat durch den An- und Verkauf ausländischer Waren entstandenen Beträge ohne weiteres anzunehmen, wie auch der RGH. näher ausgeführt hat.

4. In III bringt das Urteil noch einige Ausführungen über die steuerrechtliche Behandlung des Treuhänders. Mit Recht wird festgestellt, daß weder das bürgerliche Recht noch das Steuerrecht eine Begriffsbestimmung des Treuhänders noch der Treuhandschaft bringt. Es dürfte auch kaum möglich sein, einen so umfassenden Begriff des Treuhänders für das Gebiet des bürgerlichen Rechts oder des Steuerrechts zufriedenstellend zu schaffen. Ebenso gibt es im Wirtschaftsleben keine Begriffsbestimmung.

Es wäre wünschenswert, wenn von wissenschaftlicher Seite her der Klärung des Begriffs des Treuhänders, insbes. unter Berücksichtigung der Rspr. des RG. und des RGH., erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt werden würde.

R.A. Dr. Dr. M e g o w, Rüstlin.

*

× 49. § 3 Satz 2, 3 AnleihestodG.; Art. 7 Abs. 1 Satz 2 Durchf. VO. zum AnleihestodG. Im Fall einer Kapitalherabsetzung durch Einziehung eigener Aktien oder Geschäftsanteile darf für die Ermittlung des Höchstbetrags der zulässigen Barauschüttung von dem eingezahlten Kapital nach dem Stand vor der Kapitalherabsetzung insgesamt kein höherer Betrag abgezogen werden als der, um den das Kapital herabgesetzt worden ist. †)

Die V.-AktG. hat in den Wirtschaftsjahren 1931/32 bis 1933/34 durch Kauf und Einziehung eigener Aktien ihr Grundkapital von 1 800 000 RM auf 1 400 000 RM herabgesetzt. Für das Wirtschaftsjahr 1933/34 hat sie ebenso wie für die Vorjahre eine Gewinnausschüttung von 8% des herabgesetzten Grundkapitals, das sind 112 000 RM, beschlossen. Das FinA. hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß für die Berechnung des Hundertsatzes, den die Barauschüttung gemäß § 3 Satz 2 AnlStodG. nicht übersteigen dürfen, nach Satz 3 a. a. D. i. Verb. m. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der VO. zur Durchf. und Ergänzung des AnlStodG. v. 27. Febr. 1935 (RGBl. I, 316) von dem um den Erwerbspreis der eigenen Aktien gekürzten ursprünglichen Aktienkapital auszugehen sei, demgemäß von einem Betrag von 1 800 000 RM — 918 497 RM = 881 503 RM. Die zulässige Barauschüttung betrage daher 8% von 881 503 RM, d. h. 70 520,24 RM. Der überschüssige Betrag der beschlossenen Gewinnausschüttung von 41 479,76 RM müsse gemäß § 4 Abs. 1 AnlStodG. an die Deutsche Golddiskontbank abgeführt werden.

Das FinGer. hat auf die Berufung hin entschieden, daß keine Überweisung an die Deutsche Golddiskontbank stattzufinden habe. Es ist davon ausgegangen, daß in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der Durchf. VO. zum AnlStodG. für den Abzug des Erwerbspreises von eigenen Aktien kein Unterschied gemacht sei, je nachdem ob die Aktien zu einem unter oder zu einem

über dem Nennwert liegenden Preis erworben worden seien, und daß daher grundsätzlich stets der volle für den Erwerb der eigenen Aktien aufgewendete Betrag abgesetzt werden müsse, auch soweit er höher sei als der Nennwert der Aktien. Nach dem Zweck der Bestimmungen finde jedoch diese Kürzung ihre Grenze in dem Betrag, der nach § 3 Satz 3 AnlStodG. dem herabgesetzten Aktienkapital hinzuzurechnen sei. Insgesamt dürfe also nicht mehr gekürzt werden als der Betrag, um den das Kapital herabgesetzt worden sei. Im Streitfall könne daher nicht mehr als 400 000 RM von dem ursprünglichen Aktienkapital abgerechnet werden. Da die von der Gesellschaft beschlossene Gewinnausschüttung nicht mehr als 8% des hiernach verbleibenden Betrags (1 400 000 RM) ausmache, bestehe keine Verpflichtung zur Abführung eines Teils der Ausschüttung an die Deutsche Golddiskontbank.

Die Rechtsbeschwerde des FinA. ist unbegründet.

Nach § 3 Satz 1, 2 AnlStodG. bestimmt sich der Höchstbetrag der zulässigen Barauschüttung nach einem bestimmten Hundertsatz des „eingezahlten Kapitals“. Gemeint ist hier das eingezahlte Kapital nach dem Stand am Schluß des Wirtschaftsjahrs, für das die Gewinnausschüttung beschlossen wird. Von dieser Regel ist in § 3 Satz 3 a. a. D. eine Ausnahme vorgesehen für die Fälle, in denen in dem Ausschüttungsjahr oder in den beiden Vorjahren das Kapital herabgesetzt worden ist. Hier soll der Höchstbetrag der zulässigen Barauschüttung unter Berücksichtigung des Betrags der Kapitalherabsetzung, also nach dem Stande des eingezahlten Kapitals vor der Kapitalherabsetzung berechnet werden. Der Grundgedanke dieser Vorschrift ist offenbar der, daß Gesellschafter (Aktionäre), die sich in den letzten Jahren eine Zusammenlegung ihrer Kapitalanteile haben gefallen lassen müssen, nicht auch noch durch eine entsprechend weitergehende Einschränkung der zulässigen Barauschüttung nach der Kapitalherabsetzung benachteiligt werden sollen. Unter den Wortlaut des § 3 Abs. 3 AnlStodG. fallen jedoch nicht nur Kapitalherabsetzungen zu Sanierungs- oder Wertberichtigungszwecken, sondern auch solche zum Zweck der Kapitalrückzahlung unter Einziehung eigener Aktien, in denen jener Grundgedanke nicht zutrifft. Um zu verhindern, daß durch die Anwendung der Vorschrift auch in den letztgenannten Fällen der Gesellschafter ungerechtfertigt bevorzugt werden, ist für diese Fälle in Art. 7 Abs. 1 der Durchf. VO. zum AnlStodG. eine Sonderregelung getroffen worden. Hiernach findet die Vorschrift des § 3 Satz 3 AnlStodG. keine Anwendung, soweit auf Grund der Kapitalherabsetzung Kapital an die Gesellschafter zurückgezahlt worden ist oder die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen befreit worden sind (Satz 1 a. a. D.), und, wenn die Kapitalherabsetzung durch Einziehung eigener Aktien oder Geschäftsanteile erfolgt ist, bleibt bei der Berechnung des Hundertsatzes nach § 3 des Gef. der für den Erwerb der Aktien oder Geschäftsanteile aufgewendete Betrag unberücksichtigt (Satz 2 a. a. D.).

Im Streitfall handelt es sich um die Anwendung des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 a. a. D. Wie das FinGer. zutreffend ausgeführt hat, kommt es nach dem Wortlaut dieser Vorschrift auf die Höhe des Erwerbspreises der eigenen Aktien oder Geschäftsanteile, insbes. auf das Verhältnis des Erwerbspreises zum Nennwert der Aktien usw. nicht an; daher werden von der Vorschrift an sich auch die Fälle getroffen, in denen der Erwerbspreis den Nennwert übersteigt. Zuzustimmen ist jedoch auch der Auffassung des FinGer., daß bei der Auslegung der Vorschrift ihr Zweck mit zu berücksichtigen ist. Da die Vorschrift, wie erwähnt, lediglich verhindern will, daß auf Grund des § 3 Satz 3 AnlStodG. den Gesellschaftern ungerechtfertigte Vorteile zufließen, dürfen die Gesellschafter gegenüber der Regel des § 3 Satz 1, 2 des Gef. nicht benachteiligt werden. Das würde aber der Fall sein, wenn der Berechnung des Höchstbetrags der zulässigen Barauschüttung eine Kapitalbetrag zugrunde gelegt würde, der hinter dem eingezahlten Kapital nach dem Stand am Schluß des Wirtschaftsjahrs zurückbleibt, für das die Gewinnausschüttung beschlossen worden ist. Es darf demnach bei Anwendung des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der Durchf. VO. zum AnlStodG. an dem einge-

zahlten Kapital nach dem Stand vor der Kapitalherabsetzung insgesamt kein höherer Betrag abgesetzt werden als der, um den das Kapital herabgesetzt worden ist.

Hiergegen kann die Rechtsbeschwerde des FinA. nicht einwenden, daß für die Gewerkschaften in Art. 5 Abs. 3 der DurchfW. zum AnlStodG. i. d. Fass. nach Art. 1 Ziff. 4 der 2. DurchfW. zum AnlStodG. v. 18. April 1935 (RGBl. I, 558) eine andere Regelung vorgesehen sei. Denn die Behandlung der Gewerkschaften, die kein festes Gesellschaftskapital haben und bei denen es daher keinen Kennwert der Gesellschaftsanteile gibt, läßt sich in dem hier streitigen Punkt mit der der übrigen Kapitalgesellschaften mit festem Grund- oder Stammkapital nicht vergleichen.

(RfZ., 1. Sen., Ur. v. 23. März 1937, I A 295/36.)

Anmerkung: Das Ergebnis, zu dem der RfZ. gelangt, entspricht zwar nicht dem Wortlaut der Durchführungsbestimmung, wohl aber dem Sinn der Vorschrift. Grundsätzlich ist nach § 3 Satz 3 AnlStodG. nicht das herabgesetzte, sondern das frühere Nominalkapital als Berechnungsgrundlage maßgebend. Davon wird im Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der DurchfW. zunächst eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß bei der Kapitalherabsetzung Kapital an die Gesellschafter zurückgezahlt worden ist. Im Umfang dieser Zahlung soll die Vorschrift des § 3 des Gef. keine Anwendung finden, d. h. der frei auszufüttende Betrag berechnet sich in diesem Falle nach § 3 Satz 1 bzw. Satz 2 des Gef. Sodann wird im Art. 7 Abs. 1 Satz 2 der DurchfW. der Fall der Kapitalherabsetzung durch Einziehung eigener Aktien geregelt. Hier soll bei der Berechnung des Hundertfaches des § 3 des Gef. der für den Erwerb der Aktien aufgewandte Betrag unberücksichtigt bleiben. Dies kann im Zusammenhalt mit Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der DurchfW. nur bedeuten, daß bei der Berechnung in Höhe der Aufwendungen die erleichternde Vorschrift im § 3 Satz 3 des Gef. keine Anwendung finden soll, woraus sich m. E. dann zwangsläufig die Anwendung des § 3 Satz 1 bzw. Satz 2 des Gef. ergibt. Der Entsch. des RfZ. ist im vollen Umfange beizustimmen.

RA. Dr. Erler, Dresden.

*

× 50. Deutsch-Schweizerisches Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 (Bel. v. 12. Febr. 1934 [RGBl. 1934, II, 37]). Ein selbständiger Kaufmann und Gewerbetreibender, der keine eigenen Geschäftsräume besitzt, hat seine Betriebsstätte i. S. von Art. 3 des Deutsch-Schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens an seinem Wohnsitz, auch wenn er, wie z. B. ein Reisevertreter, seine Haupttätigkeit auf der Reise entwickelt.

Der BeschwF. betreibt unter der im Handelsregister auf seine Frau eingetragenen Firma M. B. & Co. Reisevertretung in Stoffen, und zwar reist er für eine Schweizer Weberei in der Schweiz. Sein Wohnsitz und der Sitz seiner Firma sind in Deutschland, diese ist nur in Deutschland ins Handelsregister eingetragen. Eine Betriebsstätte in der Schweiz unterhält er nicht. Streitig ist, ob er mit dem aus der Vertretung in der Schweiz erzielten Gewinn in Deutschland einkommensteuerpflichtig ist. Das FinGer. hat die Frage bejaht. Es hat zunächst festgestellt, daß der BeschwF. als selbständiger Agent nicht Angestellter der Schweizer Firma, sondern selbständiger Kaufmann und Gewerbetreibender ist. Es hat weiterhin angenommen, daß das Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz v. 15. Juli 1931 (Bel. vom 12. Febr. 1934 [RGBl. II, 37 = RStBl. 1934, 199]) die Besteuerung des BeschwF. im Deutschen Reich nicht ausschließt. Zwar habe der BeschwF. weder in Deutschland noch in der Schweiz eine Betriebsstätte; nach Art. 7 des Abkommens müßten aber sonstige Einkünfte aus Gewerbebetrieb (im Umherziehen) in dem Staate besteuert werden, in dem der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz habe. Das sei das Deutsche Reich.

Die RBeschw. des Steuerpfl. ist unbegründet.

Zunächst hat das FinGer. mit Recht den BeschwF. als

selbständigen Gewerbetreibenden behandelt. Der BeschwF. hat in der Form einer selbständigen eingetragenen Firma Vertretungen, d. h. Agentengeschäfte, übernommen. Da er selbst allein das Gewerbe ausübt, ist steuerlich bedeutungslos, daß die Firma auf den Namen seiner Ehefrau im Handelsregister eingetragen ist (vgl. auch § 26 EinkStG. 1934). Der BeschwF. ist also als Unternehmer des Betriebs anzusehen. Handlungsagenten sind nach § 84 HGB. i. Verb. m. § 1 Abs. 2 Ziff. 7 dieses Gef. Kaufleute, die selbständig ein Handelsgewerbe betreiben. Nach Art. 3 des obengenannten Doppelbesteuerungsabkommens werden die Betriebe von Handel und Gewerbe sowie die Einkünfte daraus in dem Staate besteuert, in dessen Gebiet das Unternehmen seine Betriebsstätte hat; dies gilt auch, wenn das Unternehmen seine Tätigkeit auf das Gebiet des anderen Staates erstreckt, ohne dort eine Betriebsstätte zu haben. Das muß aber sinngemäß auch dann gelten, wenn das Unternehmen sich ausschließlich auf das Gebiet des anderen Staates bezieht. Zu Unrecht verweist das FinGer. auf Art. 7 des Abkommens; die Frage der Besteuerung von Handelsbetrieben ist ausschließlich im Art. 3 geregelt. Das FinGer. hat übersehen, daß nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 als Betriebsstätte auch anzusehen ist der Sitz des Unternehmens. Der Sitz einer im Handelsregister eingetragenen Firma (der Ort der Handelsniederlassung i. S. von §§ 29—31 des Deutschen HGB.) gilt daher als Betriebsstätte in diesem Sinne. Aber auch wenn die Firma des BeschwF. nicht im Handelsregister eingetragen wäre, müßte eine Betriebsstätte in Deutschland angenommen werden. Ein selbständiger kaufmännischer Betrieb hat immer irgendwo eine Betriebsstätte. Bei einem Reisevertreter ist das sein Wohnort, an den er immer wieder zurückkehrt, wo ihn Briefe erreichen, wo er den Schwerpunkt seines Daseins hat, wenn nicht ausnahmsweise Wohnort und Ort der Geschäftsräume dieses Kaufmanns getrennt sind. Das gilt auch für den Begriff der Betriebsstätte im Sinne des Doppelbesteuerungsabkommens. Im übrigen ist auch im Schlußprotokoll zu dem Abkommen v. 15. Juli 1931 zu Art. III klargestellt, daß der BeschwF. nicht etwa deshalb eine Betriebsstätte in der Schweiz hat, weil er als unabhängiger Vertreter Geschäftsbeziehungen nur zu einer Schweizer Firma unterhält. Der BeschwF. hat also eine Betriebsstätte nur in Deutschland und nicht in der Schweiz. Er ist daher mit seinem Einkommen aus Gewerbebetrieb nach dem Doppelbesteuerungsabkommen nur im Deutschen Reich zur Einkommensteuer heranzuziehen.

(RfZ., VI. Sen., Ur. v. 5. Mai 1937, VI A 303/37.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

51. § 4 a BadVerwVfStG. Zulässigkeit der Klage. Umfang einer einem Rechtsanwalt im Verwaltungsverfahren ausgestellten Vertretungsmacht. Zur Ausfüllung von Lücken des VerwVfStG. dürfen die Vorschriften der ZPO. über die Prozeßbevollmächtigten weitgehend herangezogen werden.

Der Bezirksrat R. hat dem W. L. auf Grund des § 35 GewD. die gewerbsmäßige Vermittlung von Darlehens- und Immobilienverträgen untersagt. Der Kl., der das Gewerbe eines Vermittlungsagenten für Immobilienverträge betreibt, war mit Urteil der 2. Großen Strafkammer des LG. R. wegen fahrlässigen Devisenbergehens zu einer Geldstrafe von 1000 RM, hilfsweise 100 Tagen Gefängnis verurteilt worden. Der Bezirksrat kam im Gegensatz zu der StrR. zu der Auffassung, daß es sich bei dieser Straftat des Kl. nicht um ein fahrlässiges, sondern ein vorsätzliches Devisenbergehen gehandelt habe, was ihn für den Beruf eines Vermögens- und Darlehensvermittlers durchaus ungeeignet erscheinen lasse. Wenn auch die Tat nicht in unmittelbarer Ausübung dieses Berufs begangen worden sei, so beweise sie doch zur Genüge, daß er die nötige Zuverlässigkeit nicht besitze. Aber auch, wenn man nur ein fahrlässiges Devisenbergehen annehmen wollte, so würde dieses genügen, die Unterlagung der Berufsausübung zu rechtfertigen, denn schon eine, auch vom Strafgericht angenommene grobe Fahrlässigkeit würde den Kl. für seinen Beruf ungeeignet erscheinen lassen.

Gegen diese am 15. Febr. 1937 seinem bevollmächtigten Vertreter zugestellte Entschliessung hat dieser am 1. März 1937 bei dem Polizeipräsidenten K. den Rekurs eingelegt, ihre Aufhebung beantragt und dabei bemerkt, daß er gleichzeitig gegen die Bezirksratsentschliessung die verwaltungsgerichtliche Klage erheben werde.

Mit Schriftsatz v. 13. März 1937, eingegangen beim VGH. am 15. März 1937, hat derselbe Prozeßbevollmächtigte des Kl. die verwaltungsgerichtliche Klage erhoben mit dem Antrag, die genannte Bezirksratsentschliessung aufzuheben. Zu der von dem Gerichtshof aufgeworfenen Frage, ob nicht die Klage im Hinblick auf den vor Erhebung der Klage eingelegten Rekurs gem. § 4 a VerwRPfG. i. d. Fass. der 3. HaushaltsnotWD. v. 25. Aug. 1932 ausgeschlossen sei, erklärte der Prozeßbevollmächtigte: Er habe den Rekurs eingelegt, ohne dazu bevollmächtigt gewesen zu sein, der Kl. habe ihn vielmehr nur zur Erhebung der Klage bevollmächtigt. Daher sei die Rekurseinlegung ungültig und als nicht erfolgt anzusehen.

Die Klage wurde als unzulässig verworfen.

Nach § 4 a VerwRPfG. i. d. Fass. des Art. 5 der 3. HaushaltsnotWD. v. 25. Aug. 1932 (GVBl. S. 193) ist die verwaltungsgerichtliche Klage vorbehaltlich abweichender Regelung durch Gesetz oder VO. ausgeschlossen, wenn gegen die Verfügung der staatlichen Verwaltungsbehörde bereits der an sich statthafte Rekurs an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde eingelegt ist. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung ist der Grundsatz zur Geltung gebracht, daß Rekurs und Klage im Verhältnis gegenseitiger Ausschließung zueinander stehen.

Gegen die den Kl. angeblich in seinen Rechten verletzende gewerbepolizeiliche Verfügung des Bezirksrats gegen die an sich gem. § 4 Abs. 1 Ziff. 1 VerwRPfG. die verwaltungsgerichtliche Klage statthaft war, hat der bevollmächtigte Vertreter des Kl. rechtzeitig Rekurs eingelegt. Er war aber nicht binnen der gleichen Frist durch Angabe der einzelnen Beschwerdepunkte ausgeführt und ist auch in der Folge nicht begründet worden. Welche Folgerung die vorgesetzte Verwaltungsbehörde — VdZ. — gegebenenfalls aus dem Mangel zieht, ist hier ohne Bedeutung. Jedenfalls macht er den Rekurs aber nicht zu einem an sich unstatthafte Rekurs i. S. des § 4 a VerwRPfG. Da ferner für Fälle der gegebenen Art keine abweichende Regelung durch Gesetz oder VO. vorbehalten oder getroffen ist, ist die Vorschrift des § 4 a VerwRPfG. auf die vorl. Klage, die erst am 15. März 1937 erhoben wurde, anzuwenden. Die Klage ist demgemäß ausgeschlossen und somit als unzulässig abzuweisen.

Der Gerichtshof konnte auch bei einacheher Prüfung des klägerischen Vorbringens, er habe seinen Vertreter lediglich zur Erhebung der Klage bevollmächtigt und nicht zur Einlegung des Rekurses, die nach mangels Vollmacht als nicht rechtswirksam erfolgt anzusehen sei, zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Der Kl. hat in dem Verfahren vor dem Bezirksrat wegen Unterlagung des Gewerbebetriebs gem. § 35 GewD. seinem Rechtsanwalt eine Vollmacht erteilt, die folgenden Wortlaut hat:

V o l l m a c h t.

Wir erteilen hiernit dem Rechtsanwalt, Herrn N. in K., A.-Straße in der Sache betr. Geschäftsbetrieb Vollmacht.

K., den 23. Nov. 1936.

Unterschrift.

In der das Verfahren bei den Behörden der inneren Verwaltung in Baden regelnden Verfahrensordnung ist keine Bestimmung darüber getroffen, wieweit eine für ein Verwaltungsverfahren erteilte Vollmacht wirkt. Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich daher in erster Linie nach dem Inhalt der Vollmachtsurkunde. An sich können in dieser Beschränkungen enthalten sein. Für ihre Auslegung aber können die Vorschriften der ZPD. von Bedeutung sein, wenn anzunehmen ist, daß der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vertretungsmacht hat erteilen wollen, die der im Zivilprozeß üblichen entspricht. Die Vorschriften der §§ 81—86 ZPD. sind namentlich dann, wenn ein zu Vollmachten im Zivilprozeß dienender Vorbruck verwendet wurde, als gewollt anzusehen (Friedrichs, „Verwaltungsrechtspflege“, II. Bd., 1921, 645/6). Im Zweifel wird der Umfang der Vollmacht nach der ZPD. gemeint sein (Friedrichs, „Streitverfahren“, 1929, 212). Dies ist — insbes. für das preussische Recht —

im Schrifttum und in der Rspr. allgemein anerkannt. Von diesen Grundsätzen ist auch für das badische Recht auszugehen; der VGH. hat schon früher den Standpunkt vertreten, daß die Vorschriften der ZPD. über die Prozeßbevollmächtigten weitgehend zur Ausfüllung von Lücken des VerwRPfG. herangezogen werden dürfen (BadVerwBl. 1934, 64/5). Das PrDVG. hat (PrVerwBl. 43. Jhrg. S. 82) stets anerkannt, daß im Verwaltungsstreitverfahren für das Vollmachtsverhältnis, wie es der Herrschaft des VGH. unterliegt, auch die Bestimmungen der ZPD. entsprechend anzuwenden sind, obwohl (wie in Baden) für dieses Verhältnis deren Anwendung durch ausdrückliche Vorschriften in dem VG. nicht angeordnet worden ist (vgl. auch DZ. 1918, 582/3). Nach v. Brauchitsch, „Verwaltungsgefesse für Preußen“, I. Bd., 24. Aufl., S. 113/114 gilt eine Vollmacht, aus der nichts anderes zu entnehmen ist, für alle Instanzen; die zum Einspruch abgegebene Vollmacht gilt auch für das nachfolgende Verwaltungsstreitverfahren und ermächtigt zu allen Prozeßhandlungen, auch zur Bestellung weiterer Bevollmächtigter. Das PrDVG. hat (43, 88) ferner nie darüber Bedenken getragen, daß die zur Erhebung der Klage erteilte Vollmacht den Bevollmächtigten zugleich zur Betreibung der Sache in den weiteren Instanzen des Verwaltungsstreitverfahrens ermächtigt; wenn der Bevollmächtigte ohne oder sogar gegen den Willen seines Vollmachtgebers ein Rechtsmittel eingelegt hätte, so wäre dies eine innere Angelegenheit, die allein zwischen ihm und seinem Auftraggeber zum Austrag zu bringen wäre. Dieser Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung (§ 164 BGB.) findet sich in anderer Form wieder in § 85 ZPD., wonach die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen für die Partei in gleicher Art verpflichtend sind, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Hieraus folgt aber, daß die Frage, ob ein Vertreter ohne oder gegen seine Instruktion gehandelt hat, die Gültigkeit der Prozeßhandlung nicht berührt (vgl. Jonas, „Kommentar zur ZPD.“, 15. Aufl., I. Bd., Anm. I zu § 85 ZPD.). Nach § 81 ZPD. ermächtigt die Prozeßvollmacht ausdrücklich zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, auch zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, sie ist die Vollmacht für den Prozeß als Ganzes. Im Gegensatz dazu steht die außerhalb des Anwaltszwangs nach § 83 Abs. 2 ZPD. zulässige Vollmacht zu einzelnen Handlungen, deren Umfang unter entsprechender Anwendung des § 81 ZPD. durch Auslegung im einzelnen Falle festzustellen ist.

Im vorl. Falle handelt es sich um eine im Verwaltungsverfahren ausgestellte Vollmacht. Es wäre somit an sich möglich gewesen, da es sich dabei um ein Verfahren ohne Anwaltszwang handelte, in dieser Vollmacht den Bevollmächtigten auf einzelne Handlungen, z. B. die Einreichung eines Schriftsatzes oder die Wahrnehmung des Termins vor dem Bezirksrat zu beschränken. Dies ist jedoch nicht geschehen. Bei der umfassenden Art, in der die genannte Vollmacht vom Kl. ausgestellt worden ist, kann eine derartige Beschränkung als wirksam nicht anerkannt werden. Auch wenn das Vorbringen des Kl. und seines Prozeßbevollmächtigten, eine Vollmacht sei im Innenverhältnis der beiden nur zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage und nicht zur Einlegung des Rekurses erteilt worden, als richtig unterstellt wird, so ergibt die Auslegung der schriftlichen, dem Bezirksrat eingereichten Vollmacht keine Möglichkeit, eine solche Einschränkung zu erkennen. Die entsprechende Heranziehung der erwähnten Vorschriften der ZPD. muß vielmehr zwangsläufig und schon im Hinblick auf das Erfordernis der Rechtssicherheit zu der Auffassung führen, daß die mehrfach genannte Vollmacht den Bevollmächtigten nicht nur für das Verfahren bis zur Entsch. durch den Bezirksrat, sondern auch unbeschränkt zur Einlegung aller gegebenen Rechtsmittel gegen die Bezirksratsentschliessung vom 4. Febr. 1937 ermächtigt hat, insbes. also auch zur Einlegung des Rekurses. Der Kl. kann sich somit nicht darauf berufen, der von seinem Bevollmächtigten eingelegte Rekurs sei mangels Vollmacht als nicht eingelegt anzusehen, zumal der Bevollmächtigte bei Einlegung des Rekurses als Vertreter des Kl. aufgetreten ist.

Im übrigen wäre der Gerichtshof, auch wenn die Klage an sich zulässig gewesen wäre, auf Grund sachlicher Prüfung des klägerischen Vorbringens nicht zu dem Ergebnis gekommen, die angefochtene Entschliessung des Bezirksrats Karlsruhe aufzuheben. (Wird näher begründet.)

(BadVGH. v. 13. Mai 1937, 29/37.)