Visual Library Portal

Inhouse-Digitalisierung

Kommentar zum Handelsgesetzbuch

Enthaltend Buch 1 (Handelstand) und Buch 2 (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft)

Staub, Hermann

1900

urn:nbn:de:s2w-7621

Visual Library

Bücherverz I B 14

AMTSGERICHT
27
GIFHORN

Bücherverzeichnis
Abschn.: I D Nr.: 119

Aussondert!

I B 17



I B 17


K.G.L. PREUSS. AMTSGERICHT
GIFHORN

Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Von

Hermann Staub,

Dr. jur., Justizrath, Rechtsanwalt in Berlin.

Sechste und siebente Auflage.

Erster Band,

enthaltend Buch 1 (Handelsstand) und
Buch 2 (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft).

Berlin 1900.

J. J. Heines Verlag.


K. GD. PREUSS. AMTSGERICHT
GIFHORN

Vorrede.

„Mein Streben war, einen Kommentar zu liefern, der wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich sei. Ob ich dieses Ziel annähernd erreicht habe, mag der freundliche Leser nachsichtig beurtheilen. Ich kann nur wünschen, daß die auf das Werk verwendete, einer angestrengten Berufsthätigkeit abgerungene Zeit und Mühe für die Anwendung des Handelsgesetzbuchs nicht verloren sein möchte."

Mit dieser Vorrede leitete ich die erste Auflage meines Kommentars ein. Inzwischen ist dem mit jenem zaghaften Geleitworte seinerzeit in die Welt gesandten Werke ein ungeahnter Erfolg beschieden gewesen. Ja, meine Methode hat nicht bloß allgemeine Anerkennung gefunden, mit Stolz kann ich sagen: sie hat Schule gemacht.

Es ergab sich von selbst, daß ich auch die Bearbeitung des neuen Handelsgesetzbuchs übernahm. Die Schwierigkeiten, die es hierbei zu überwinden galt, waren nicht gering. Denn das neue Handelsgesetzbuch ruht auf neuer Grundlage. Ein neues, selbst noch unerforschtes bürgerliches Recht beherrscht seine Begriffe und ergänzt seine Lücken. Alte und neue Bausteine mußten zusammengetragen und derart organisch an einander gefügt werden, daß ein einheitlicher Bau entstand.

Wenigstens war dies mein Ziel. Ob ich es erreicht, müssen Andere sagen.

Staub.


K. PREUSS. AMTSGERICHT
GIESHORN

Inhaltsverzeichniß des ersten Bandes.

Seite

Allgemeine Einleitung (Entstehungsgeschichte des neuen H.G.B. und seine Gestalt; das Anwendungsgebiet des neuen H.G.B.; die Rechtsquellen des Handelsrechts; Fragen der Beweislast; die Stellung des Weibes im Handelsrecht) . . . 1— 38

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute. §§ 1—7. . . . . 1— 83
Zweiter Abschnitt. Handelsregister. §§ 8—16. . . . . 84— 105
Dritter Abschnitt. Handelsfirma. §§ 17—37. . . . . 105— 185
Vierter Abschnitt. Handelsbücher. §§ 38—47. . . . . 186— 203
Fünfter Abschnitt. Prokura u. Handlungsvollmacht. §§ 48—58. 203— 240
Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. §§ 59—83. . . . . 241— 304
Siebenter Abschnitt. Handlungsagnten. §§ 84—92. . . . . 305— 322
Exkurs zum § 92: Die Civilmakler, insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler. . . . . 322— 334
Achter Abschnitt. Handelsmakler. §§ 93—104. . . . . 335— 345

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft. §§ 105—108. . . . . 346— 356
Zweiter Titel. Rechtsverhältniß der Gesellschaften untereinander. §§ 109—122. . . . . 356— 390
Dritter Titel. Rechtsverhältniß der Gesellschaft zu Dritten. §§ 123—130. 390— 425
Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden eines Gesellschafters. §§ 131—144. . . . . 425— 470
Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft. §§ 145—158. . . . 470— 499
Sechster Titel. Verjährung. §§ 159, 160. . . . . 500— 505

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft. §§ 161—177. . . 505— 540

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften. §§ 178—209. . . . . 540— 633
Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. §§ 210—230. . . . . 633— 689
Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung. §§ 231—273. . . 689— 838
Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages. §§ 274—291. 838— 879
Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft. §§ 292—311. 880— 934
Sechster Titel. Strafvorschriften. §§ 312—319. . . . . 934— 952

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien. §§ 320—334. . . . . 952— 994

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft. §§ 335—342. . . . . 994—1019
Exkurs zu § 342: Die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts im Handelsverkehr. . . . . 1019—1036

Abkürzungen.

Adler u. Clemens = Sammlung von Entscheidungen zum H.G.B.

Allfeld = 2. Aufl. von Anschütz u. Völderndorff, Kommentar zum H.G.B., besorgt von Philipp Allfeld (nur bis Art. 65 gediehen, ist nicht fortgeführt worden).

Behrend = Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. J. Fr. Behrend. Erster Band 1886—1896.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze (eine Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts).

Busch Archiv = Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben zuerst von F. B. Busch, zuletzt von H. Busch. 38 Bände. 1863—1888.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts von Konrad Cosack. 4. Aufl. 1898.

Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens von Heinrich Dernburg. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1899.

Dove u. Apt = Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr von Heinrich Dove und Max Apt.

Düringer u. Hachenburg = Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg.

Eger = Das deutsche Frachtrecht von Dr. Georg Eger. 2. Aufl. 3 Bände.

Endemann = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von Dr. W. Endemann. 4 Bände. 1881—1885.

Esser = Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897 von Robert u. Ferdinand Esser.

F.G. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

Foertsch = Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Foertsch, Reichsgerichtsrath.

Gareis = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe von C. Gareis. München 1898.

Gareis-Fuchsberger = Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Herausgegeben von Dr. C. Gareis und Otto Fuchsberger. 1891.

Goldmann u. Lilienthal = Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt von den Rechtsanwälten E. Goldmann und L. Lilienthal.

Goldschmidt, Handbuch = Handbuch des Handelsrechts von Dr. L. Goldschmidt. 2. Aufl. Erster Band 1874. Zweiter Band 1883 (unvollständig).

Goldschmidt System = System des Handelsrechts. 4. Aufl. Im Grundriß von L. Goldschmidt (Stuttgart, Enke).

G.Z. = Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und Anderen (zur Zeit von Keyßner u. Lehmann).

Hahn = Kommentar zum Allgemeinen deutschen H.G.B. Von Friedrich v. Hahn (erster Band. 3. Aufl. 1879. Zweiter Band 2. Aufl. 1883). Die 4. Aufl. ist bis Art. 172 gediehen und soweit berücksichtigt. Sie erscheint nicht weiter.

Heinitz = Kommentar zum preußischen Stempelsteuergesetz von Rechtsanwalt Ernst Heinitz Berlin 1896.

Holdheim — Wochenschrift, später Monatsschrift für Aktienrecht u. Bankwesen, seit 1897 Monatsschr. für Handelsrecht, herausgegeben von Dr. Paul Holdheim.

Jäger = Die Konkursordnung, erläutert von Ernst Jäger. Berlin. Heines Verlag.

Johow (oder Johow u. Küntzel) = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Reinhold Johow (früher auch von Oscar Küntzel).

J.W. oder J.W. = Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins. Berlin, Moesers Verlag.

Kayser = Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen von Dr. Paul Kayser. 2. Aufl. 1891.

Keyßner = Allg. deutsches Handelsgesetzbuch, erläutert u. herausgeg. von Hugo Keyßner 1870.

Links = Die Rechtsprechung des K.K. Obersten Gerichtshofes von Dr. Emil Links. Wien, Plaut.

M. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. Zweiter Theil. Motive 1859.

Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Von H. Makower. 12. Aufl. Bearbeitet von F. Makower.

Neukamp = Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von Ernst Neukamp (Berlin 1893).

Nowak = Entscheidungen des K.K. obersten Gerichtshofes in Civilsachen. Wien, Manz.

Obertribunal = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage. Berlin.

P. = Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen deutschen H.G.B. Herausgegeben von J. Lutz. 9 Theile. 1858—1863.

Perl u. Wreschner = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts, herausgegeben von den Rechtsanwälten Perl und Wreschner. Berlin Verlag von Siemenroth & Troschel.

Petersen u. Pechmann = Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch Dr. juris Petersen und Wilhelm Freiherr v. Pechmann. 1890.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs von Albert Pinner, Rechtsanwalt. Berlin 1899.

Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Dr. G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner.

Puchelt oder Puchelt-Förtsch = Komm. z. Allg. deutschen H.G.B. Von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von Reichsgerichtsrath Förtsch. 1894. (s. Förtsch).

R.G. = Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen. Veit & Co.

R.G. in Straff. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Veit & Co.

Ring = Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 erläutert von Victor Ring. 2. Auflage.

R.O.H. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausg. von den Räthen des Gerichtshofes. 25 Bände. Band 1—8. 2. Aufl. 1873—1880.

Schultze-Görlitz = Die Führung des Handels- und Musterregisters von R. Schultze-Görlitz. Berlin 1899.

Simon, Bilanzen = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften von Dr. Hermann Veit Simon. 2. Auflage.

Steg. = Stegemann, Die Rechtsprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig. Berlin. J. Guttentag.

Str. Arch. = Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. Berlin. J. Guttentag.

Thoel = Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thoel. 6. Auflage.

V.O. = Die Eisenbahn-Verkehrsordnung.

Allgemeine Einleitung.

I. Die Entstehungsgeschichte des neuen H.G.B. und seine Gestalt.

1. **Das alte H.G.B.** Am 18. December 1856 wurde auf Antrag Bayerns vom Deutschen Bundestage beschlossen, eine Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs anzuregen. Die auf Grund dieser Einladung einberufene „Nürnberger Kommission" stellte in jahrelanger Arbeit (1857—1861) den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs fertig und der Bundesrat empfahl denselben den deutschen Staaten zur freiwilligen Annahme, eine eigene Gesetzgebungsgewalt ging ihm ab. Die Empfehlung fiel jedoch auf fruchtbaren Boden, indem die allermeisten Staaten den Entwurf unverändert oder mit geringen Aenderungen als Landesgesetz in ihren Gebieten einführten. In Preußen geschah dies 1861. Damit war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zustande gekommen. Nur Luxemburg, Schaumburg-Lippe und das preußische Jahdegebiet haben das H.G.B. als Landesgesetz nicht eingeführt. Anm. 1.

Es erfolgte sodann die Erhebung des H.G.B. zum Bundes- und Reichsgesetz: für den Norddeutschen Bund durch Bundesgesetz vom 5. Juni 1869; für das Deutsche Reich außer Bayern durch Reichsgesetz vom 16. April 1871, für Bayern durch Reichsgesetz vom 22. April 1871, für die Reichslande durch Reichsgesetz vom 19. Juni 1872, für Helgoland durch Verordnung vom 22. März 1891. Auch in den deutschen Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten ist das H.G.B. als Reichsgesetz eingeführt. (Ersteres durch Reichsgesetz vom 10. Juli 1879, letzteres durch Reichsgesetz vom 17. April 1886, jetzt in der Fassung vom 15. März 1888). Zuletzt ist es durch kaiserliche Verordnung vom 27. April 1898 in Kiautschau eingeführt worden. Dabei ist zu bemerken, daß in den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten in Handelssachen zunächst das in diesen Gebieten geltende Handelsgewohnheitsrecht zur Anwendung kommt (§ 3 des Gesetzes vom 10. 7. 79 und § 2 des Gesetzes vom 15. 3. 1888).

Das alte H.G.B. war aber nicht in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben, indem der das Aktienrecht behandelnde Theil zweimal geändert wurde, zuletzt durch Reichsgesetz vom 18. Juli 1884.

2. **Das neue H.G.B.** Die Schaffung desselben wurde nöthig durch die einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechts. Die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mußten in Einklang gebracht werden mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, und bei dieser Gelegenheit nahm man diejenigen Ergänzungen und Aenderungen vor, welche sich im Laufe der $3^1/_2$ Jahrzehnte, während welcher das alte H.G.B. in Geltung gewesen war, auch bei diesem bewährten Gesetzbuche als nothwendig herausgestellt hatten. Um dieselbe Zeit, als das B.G.B. vom Reichstage angenommen wurde, im Juli 1896, Anm. 2.

wurde der erste Entwurf des neuen H.G.B. (zunächst noch ohne Seerecht) der Oeffentlichkeit übergeben. Auf Grund der zahlreichen Besprechungen desselben wurde er alsdann umgearbeitet und dieser zweite Entwurf (nunmehr mit Seerecht) dem Reichstage in seiner Wintersitzung 1896/97 vorgelegt. Derselbe ließ ihn durch eine Kommission durchberathen und nahm ihn mit nicht unerheblichen Aenderungen an. Nachdem der Bundesrath ihn sanktionirt hatte, wurde das Gesetzbuch in Nr. 23 des Reichsgesetzblattes am 21. Mai 1897 publizirt.

Anm. 3. Es trägt den Titel „Handelsgesetzbuch", also (anders als das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich u. s. w.) ohne den Zusatz: „für das Deutsche Reich." — Es ist datirt vom 10. Mai 1897. — Es ist nicht mehr, wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, in 5 Bücher eingetheilt, sondern nur in 4 Bücher. Das bisherige dritte und das bisherige vierte Buch sind zusammengezogen: die Handelsgesellschaften sind mit der stillen Gesellschaft in einem Buche abgehandelt. (Die Gelegenheitsgesellschaft ist fortgefallen.) — Das neue H.G.B. ist in Paragraphen eingetheilt, nicht, wie das alte H.G.B., in Artikel. Dagegen hat das Einführungsgesetz Artikel.

Das alte H.G.B. tritt am 1. Januar 1900 von selbst außer Kraft, obwohl das nirgends ausdrücklich ausgesprochen ist.

Anm. 4. Das neue H.G.B. stellt sich als eine wohlgelungene Verbesserung dar, was umsomehr zu begrüßen ist, als es sich um eine Gelegenheitsreform, nicht um eine Nothwendigkeitsreform gehandelt hat. Es ist sowohl auf die Sprache, als auf die Anpassung der Vorschriften an die modernen Verkehrsbedürfnisse und nicht zum wenigsten an den sozialen Geist unserer Zeit Werth gelegt, und wenn auch nicht überall allen berechtigten Wünschen Rechnung getragen ist, so ist doch im ganzen ein großer Fortschritt zu verzeichnen.

II. Das Anwendungsgebiet des neuen H.G.B.

Anm. 5. 1. **Zunächst ist zu erwähnen, daß das neue H.G.B. keine Vorschriften darüber enthält, auf welche Art von Materien es Anwendung findet.** Eine derartige Vorschrift ist mit Recht weggelassen. Denn es bezieht sich eben auf alle diejenigen Angelegenheiten, über welche sein Inhalt Verfügung trifft. Darum ist auch der Begriff Handelssachen nicht definirt. Es wäre eine Tautologie, wenn das H.G.B. sagte, es komme in Handelssachen zur Anwendung. Und umgekehrt ist es lediglich ein zwar richtiger, aber trivialer Satz, zu sagen: Handelssachen seien diejenigen Gegenstände, welche das H.G.B. regelt. Andererseits ist auch jede andere Definition des Begriffes Handelssachen unrichtig, und es war auch nicht richtig, wenn wir in unseren ersten 5 Auflagen sagten: Handelssache sei jeder dem Handel angehörige Thatbestand. Denn wenn das H.G.B. einen Thatbestand nicht regelt, so ist er im rechtlichen Sinne keine Handelssache, sondern folgt allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln, auch wenn seiner wirthschaftlichen Natur nach seine Zugehörigkeit zum Handel unbestreitbar ist.

Das Gesetz sagt demgemäß nicht, daß in Handelssachen das H.G.B. Anwendung findet. Es sagt nur, daß in Handelssachen das Bürgerliche Gesetzbuch nur insoweit Anwendung findet, als nicht im H.G.B. oder im Einführungsgesetz etwas anderes bestimmt ist (Art. 2 E.G. zum H.G.B.[1]). Dies zu sagen, hat einen guten Sinn. Es soll damit in allen denjenigen Rechtsfragen, in welchen das H.G.B. eine Entscheidung getroffen hat, das B.G.B. von der Anwendung ausgeschlossen sein. (Näheres hierzu unten Anm. 14).

---

[1]) Art. 2 E.G. zum H.G.B. lautet:

In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist.

Im Uebrigen werden die Vorschriften der Reichsgesetze durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt.

2. **Das örtliche Anwendungsgebiet** ist das gleiche, wie das des alten H.G.B. Denn auch das neue H.G.B. ist Reichsgesetz und tritt daher im ganzen Deutschen Reich und zufolge der Anm. 1) citirten anderweiten Gesetze auch in den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten an der Stelle des alten H.G.B. in Kraft. — Die den Gegenstand des internationalen Privatrechts bildenden Fragen, inwieweit auch ausländisches Recht für deutsche Gerichte zur Anwendung kommt, können hier nicht erörtert werden. Nur das Eine mag bemerkt werden, daß diejenigen Vorschriften des neuen Rechts, welche exklusiven Charakter haben, unbedingte Anwendung finden, auch auf Verhältnisse, welche sonst nach ausländischen Rechten zu beurtheilen wären. Ueber die Exklusivität von Rechtssätzen s. unten Anm. 10. Anm. 6.

3. **Das zeitliche Anwendungsgebiet.** Zeitlich tritt das neue Handelsgesetzbuch am 1. Januar 1900, zugleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft (Art. 1 Abs. 1 E.G. zum H.G.B.[1]). Nur der 6. Abschnitt des 1. Buchs (der Abschnitt über die Handlungsgehilfen) ist bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft (Art. 1 Abs. 2 E.G. zum H.G.B.). Anm. 7.

Bei der Frage des zeitlichen Anwendungsgebiets spielt nun aber die Frage eine große Rolle, nach welchem Rechte die am 1. Januar 1900 schwebenden Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind? **Es erscheint erforderlich, den Uebergangsgrundsätzen eine besondere Betrachtung zu widmen.** Anm. 8.

Das E.G. zum H.G.B. hat nämlich allgemeine Uebergangsvorschriften überhaupt nicht und im einzelnen nur einige wenige spezielle Uebergangsvorschriften gegeben: Art. 22 (über Firmen), Art. 23 (Errichtung von Aktiengesellschaften), Art. 24 (Zusammenlegung von Aktien), Art. 25 (Kraftloserklärung von Aktien), Art. 26 (Außerkurssetzung von Aktien), Art. 27 (Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften), Art. 28 (Zusicherung von Aktienbezugsrechten).

Bei einem Gesetzbuch von 905 Paragraphen ist der Erlaß von im ganzen 7 Uebergangsvorschriften, die sich lediglich mit Einzelfragen beschäftigen, von denen aber keine grundsätzlicher Natur ist, als ein großer Mangel zu verzeichnen. Der Wissenschaft fällt die Aufgabe zu, diese Lücke auszufüllen. Nach unserer Ansicht wird sie durch die Erwägung ausgefüllt, daß es sicherlich im Geiste der an einem Tage in Kraft tretenden, als organisches Ganze gedachten Gesetzbücher liegt, daß für die Uebergangszeit die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum B.G.B. auch für das H.G.B. gelten. Ja man darf sich sogar für berechtigt halten, im Art. 2 des E.G. zum H.G.B. einen direkten Ausspruch nach dieser Richtung zu erblicken. Denn danach soll, wo das H.G.B. keine Vorschriften giebt, das B.G.B. maßgebend sein. Zu den Vorschriften des B.G.B. aber kann man ohne sonderlichen Zwang auch die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum B.G.B. zählen (Düringer & Hachenburg I S. 16). Mindestens sind diese Vorschriften für die Fragen nach dem Eingreifen des H.G.B. in bestehende Verhältnisse analog zur Anwendung zu bringen.

Von selbst versteht es sich, daß, soweit in Anwendung der hiernach maßgebenden Uebergangsgrundsätze das frühere Recht zur Anwendung kommt, nicht bloß die früheren Rechtsvorschriften, sondern auch die für das schwebende Verhältniß getroffenen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen ihre Giltigkeit behalten. Denn der Sinn einer Vertragsbestimmung, durch welche eine Dispositivbestimmung des Gesetzes geändert wird, ist der: mag das Gesetz hierüber disponiren, wie immer, wir wollen, daß zwischen uns das Rechtens sei, was wir hiermit vereinbaren. Anm. 9.

---

[1]) Der Art. 1 des E.-G. zum H.G.B. lautet:
Das Handelsgesetzbuch tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.
Der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs tritt mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.
Der siebente Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs kann durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths vor dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.

Anm. 10. Die hiernach zur Anwendung gelangenden Uebergangsbestimmungen des E.G. zum B.G.B. erfahren jedoch eine erhebliche Ergänzung und Modifizirung durch folgendes allgemeine Prinzip: **soweit die Vorschriften des neuen Rechts exklusiven Charakter haben**, d. h. die Anwendung eines anderen Gesetzes während ihrer Geltungszeit überhaupt nicht dulden, **greifen sie sofort in bestehende Verhältnisse ein** und schließen von dem Augenblicke, wo das neue Gesetz in Kraft tritt, die Anwendung derjenigen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Bestimmungen aus, welche für das schwebende Verhältniß bisher maßgebend waren. Es fragt sich nun, wann hat ein Gesetz einen solchen exklusiven Charakter? Eine allgemeine Rechtsregel des Inhalts, daß jede im öffentlichen Interesse gegebene Rechtsregel auch bereits bestehende Verhältnisse ergreift, giebt es allerdings nicht. Insoweit ist Cosack S. 768 zuzustimmen. Auch das wäre nicht richtig, wenn man annehmen wollte, daß alle zwingenden Rechtssätze, d. h. alle diejenigen, deren Ausschließung durch entgegenstehende Vereinbarungen nicht zulässig ist, ohne weiteres auf bestehende Verhältnisse Anwendung finden. Es greift vielmehr hier derselbe Grundsatz Platz, wie bei derselben Frage auf räumlichem Gebiete. Das neue Gesetz ist insoweit exklusiv, d. h. ausschließlich anwendbar, als die Anwendung des alten Gesetzes gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck des neuen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 E.G. zum B.G.B.), und dies wäre immer dann der Fall, wenn das neue Gesetz Zustände beseitigen will, deren Fortbestehen ihm aus sittlichen oder sozialen oder wirthschaftlichen oder politischen Gründen als unhaltbar erschien. Im Prinzip stimmt dieser Grundsatz mit dem von Pappenheim bei Gruchot 42 S. 328 aufgestellten überein. Denn wenn er ihn auch — in etwas abweichender Formulirung — auf solche Zustände anwendet, deren Fortbestehen dem Gesetzgeber aus sittlichen Gründen im weiteren Sinne als unhaltbar erschien, so ist doch ersichtlich, daß er dasselbe meint, wie wir. Denn sein Gewährsmann Gierke (Deutsches Privatr. I S. 214) erstreckt den Grundsatz auf alle diejenigen Zustände, die dem Gesetzgeber aus sittlichen, politischen, sozialen oder wirthschaftlichen Gründen unhaltbar erschienen sind; die Einschränkung auf Zustände, welche aus sittlichen Gründen unhaltbar erscheinen, wird von Gierke also nicht gemacht und auch die Rechtsprechung, soweit sie überhaupt erkennen läßt, daß sie diesen Rechtssatz gelten läßt, macht eine solche Einschränkung nicht. Es sei hier beispielsweise verwiesen auf die Entscheidung des Reichsgerichts Band 22 S. 1. Dort ist entschieden, daß ein auf Amortisation von Aktien gerichteter Vertrag nicht durchführbar sei, wenn er auf Amortisirung aus anderen Mitteln, als aus dem Gewinn, abzielte, weil das Aktiengesetz von 1884 solche Amortisirung verboten habe. Dieses Verbot beruht sicherlich nur auf wirthschaftlichen Gründen, will die wirthschaftlichen Folgen, die aus solcher Transaktion entstehen könnten, verhüten, und doch hat das Reichsgericht dem Verbot rückwirkende Kraft auf bestehende Vertragsrechte beigelegt.

Anm. 11. Zu diesen, in bestehende Verhältnisse sofort eingreifenden, sogenannten rückwirkenden Bestimmungen der neuen Gesetze gehören insbesondere die zahlreichen sozialpolitischen Vorschriften des neuen H.G.B., insbesondere die Schutzbestimmungen für die Gesundheit der Handlungsgehilfen (§ 62), aber auch die Zwangskündigungsvorschriften und die Bestimmungen über die Konkurrenzklausel. Es wird dies zwar noch bei den einzelnen Bestimmungen besonders erwähnt werden; es soll jedoch gleich hier die allgemeine Bemerkung vorausgeschickt werden, daß es ganz besonders diese sozialpolitischen Bestimmungen der neuen Gesetze sind, deren rückwirkende Kraft anzunehmen und zu betonen ist. Sie sollten einem sozialen und politischen Interesse zugleich dienen, und zwar einem solchen von ganz eminenter Wichtigkeit, sie sollten einen Theil der Ausführung jenes Programms bilden, welches sich der Gesetzgeber seit mehr als einem Decennium gesetzt hatte, und welches dazu bestimmt war, die Zahl der Unzufriedenen zu mindern und so die Wohlfahrtsaufgaben des Staats im Staatsinteresse zu erfüllen. Ganz entschieden muß hierbei dem Standpunkte Horrwitz' (Das Recht der Handlungsgehilfen S. 8 ffg.) widersprochen werden, welcher den sozialpolitischen Vorschriften nur dann diese rückwirkende Kraft beilegen will, wenn sie zugleich polizeilichen

Charakter tragen. Nicht das polizeiliche Mittel ist das Entscheidende, sondern die der Vorschrift innewohnende Tendenz der Beseitigung unhaltbarer Zustände im Interesse ganzer Klassen und der Wohlfahrt des Staats. Von diesem allein entscheidenden Gesichtspunkte aus sind die Vorschriften der §§ 62 und 76, welche den Schutz der sittlichen und körperlichen Wohlfahrt des Handlungsgehilfen im Auge haben, nicht verschieden von der Vorschrift des § 64 H.G.B., wonach die Gehaltszahlung am Schlusse des Monats erfolgen muß. Auch diese Vorschrift hat die Wohlfahrt, die Sicherheit der Existenzbedingungen des Handlungsgehilfen im Auge, auch sie hat ihren Grund in einem öffentlichen Interesse von gleicher Art und gleicher Wichtigkeit. Ebenso sind die neuen Bestimmungen über Zwangskündigungsfristen und über die Konkurrenzklausel von eminenter sozialpolitischer Bedeutung und bestimmt, den Zustand drückender Abhängigkeit und Hilflosigkeit, in welchem sich zahlreiche Handlungsgehilfen auf Grund ihrer bisherigen Verträge befinden, zu beseitigen. Auch sie finden daher auf bestehende Verträge sofort Anwendung oder fanden vielmehr auf sie sofort Anwendung, als der 6. Abschnitt des 1. Buchs des neuen H.G.B. am 1. Januar 1898 in Kraft trat.

Die hier entwickelten Grundsätze werden im Wesentlichen maßgebend sein bei der Erörterung der zahlreichen Fragen, nach welchem Rechte sich die schwebenden Verhältnisse richten werden. Wir werden der Erörterung dieser Uebergangsfragen überall, wo es uns erforderlich schien, einen besonderen Platz einräumen. Freilich ist dabei nicht ausgeschlossen, daß hier und da für die Entscheidung noch andere Gesichtspunkte maßgebend sein werden. Das muß der Darstellung im einzelnen überlassen werden.

III. Die Rechtsquellen des Handelsrechts. Anm. 12.

Wir müssen unterscheiden ordentliche und außerordentliche Rechtsquellen des Handelsrechts. Die ersteren sind das H.G.B. und das B.G.B., die letzteren das Landesrecht, die übrigen Reichsgesetze und das Gewohnheitsrecht.

A. **Die ordentlichen Rechtsquellen des Handelsrechts:** Das Handelsgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch.

1. **Das Handelsgesetzbuch.** Nicht bloß die ausdrücklichen Vorschriften desselben kommen in erster Linie als regelmäßige Rechtsquelle des Handelsrechts zur Anwendung, sondern auch alle diejenigen Rechtssätze, welche durch Auslegung gewonnen werden — denn mit dem Gesetze sind alle seine logischen Konsequenzen zum Gesetz erhoben — und endlich auch diejenigen, welche sich durch analoge Anwendung des Gesetzes ergeben. Denn das H.G.B. ist zwar ein Sonderrecht für die eigenartigen Verhältnisse des Handelsverkehrs, aber kein Ausnahmerecht im Sinne einer Abweichung von der juristischen Konsequenz und daher nicht bloß strikter Auslegung fähig (Behrend § 17 Anm. 4; R.O.H. 11 S. 417). Anm. 13.

2. **Das Bürgerliche Gesetzbuch.** Dasselbe kommt in Handelssachen nur insoweit zur Anwendung, als nicht im H.G.B. (oder im Einführungsgesetz zum H.G.B.) ein Anderes bestimmt ist (vergl. oben Anm. 5). Es ist also eine subsidiäre Rechtsquelle des Handelsrechts. Es steht dem H.G.B. auch insoweit nach, als dasselbe dispositive Vorschriften enthält. Andrerseits kommt es in allen den Fragen zur Anwendung, für welche aus dem H.G.B. sei es direkt oder durch Auslegung oder durch Analogie nichts zu entnehmen ist. Seine Vorschriften sind nicht etwa in dem Sinne subsidiär, in welchem es die Landesstrafgesetze gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch sind (§ 2 des Einführungsgesetzes zum Str.G.B.), so daß alle diejenigen Materien, welche das H.G.B. regelt, der Anwendung des B.G.B. verschlossen wären. Es sind vielmehr die Begriffsmerkmale eines Rechtsgeschäftes, über welches das H.G.B. Rechtsregeln aufstellt, ohne es zu definiren, aus dem B.G.B. zu entnehmen. Beispiele: Bürgschaft (R.O.H. 16 S. 412); Kauf (R.G. 1 S. 57; 26 S. 43). Ebenso sind die Rechtswirkungen von Begriffen, mit welchen das H.G.B. operirt, soweit dieselben nicht im H.G.B. angeordnet sind, dem B.G.B. zu entnehmen (Heilung des Verzuges Anm. 14.

R.O.H. 7 S. 227), und endlich sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze, mit denen des H.G.B. sich überhaupt nicht beschäftigt, so die Wirkungen des Irrthums, Betruges, Zwanges, Scherzes (R.G. 8 S. 248) dem B.G.B. zu entnehmen.

Anm. 15. B. **Die außerordentlichen Rechtsquellen.**

1. **Das Landesrecht.** Dasselbe kommt als Rechtsquelle des Handelsrechts nur selten in Betracht. Es kommt nur selten in Betracht, nämlich nur insoweit, als es in den Einführungsgesetzen zum B.G.B. und zum H.G.B. ausdrücklich als „unberührt geblieben" durch diese oder gleichbedeutende salvatorische Klauseln bezeichnet ist.

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden (Art. 15 des Einführungsgesetzes zum H.G.B.; Art. 218 des Einführungsgesetzes zum B.G.B.).

Das Landesrecht kommt dabei in der weitesten Bedeutung in Betracht, auch als Gewohnheitsrecht.

Selbstverständlich hat es nach Art. 2 der Reichsverfassung nur subsidiäre Geltung.

Anm. 16. 2. **Die übrigen Reichsgesetze außer dem B.G.B.** Dieselben sollen nach Art. 2 Abs. 2 E.G. zum H.G.B. durch das H.G.B. nicht berührt werden. Also auch dort, wo eine handelsrechtliche Frage in Betracht kommt, soll, wenn in einem anderen Reichsgesetze etwas Gegentheiliges bestimmt ist, als im H.G.B., die Bestimmung des anderen Reichsgesetzes entscheiden. Das hat darin seinen Grund, daß man die anderen Reichsgesetze als Spezialgesetze betrachtet, welche für besondere Verhältnisse berechnet sind und der Anwendung der Vorschriften eines allgemeinen Gesetzbuchs daher entrückt sein sollen. An sich weicht dies von der Regelung dieses Punktes im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ab. Denn nach Art. 1 desselben hatte das gesammte bürgerliche Recht, auch das in besonderen Reichsgesetzen niedergelegte, subsidiäre Bedeutung gegenüber dem alten H.G.B. Indessen in den entscheidenden Fällen gelangte man auch unter der Herrschaft des alten Rechts zu dem gleichen Ergebnisse. So nahm man von dem Gesichtspunkte des Spezialgesetzes aus an, daß die in dem Gesetze betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung für die Abtretung von Gesellschaftsantheilen vorgeschriebene notarielle Form auch dort gilt, wo die Abtretung ein Handelsgeschäft ist, indem man sagte, jenes Gesetz habe den Charakter eines Spezialgesetzes und habe die notarielle Form ganz allgemein, auch für Handelsgeschäfte, einführen wollen (vgl. unsere 5. Aufl. § 6 Note 1 zu Art. 317). Es war deshalb korrekt und einfach, von vornherein alle Reichsgesetze außer dem B.G.B. als Spezialgesetze zu betrachten und ihre Vorschriften daher durch das H.G.B. für unberührt zu erklären.

Alles das gilt selbstverständlich vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 32 des Einführungsgesetzes zum B.G.B., d. h. die Reichsgesetze kommen nur insoweit in Betracht, als sich nicht etwa aus dem B.G.B. die Aufhebung ergiebt.

Anm. 17. 3. **Das Handelsgewohnheitsrecht.**

a) Dasselbe ist im H.G.B. nicht erwähnt. Bekanntlich hatte das alte H.G.B. im Art. 1 das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt, und zwar derart, daß es der Reihenfolge nach hinter dem H.G.B., aber vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung gelangte. Das neue H.G.B. überläßt es der Wissenschaft, ob das Handelsgewohnheitsrecht überhaupt als Rechtsquelle anzuerkennen und mit welcher Geltungskraft es auszustatten sei, ob es bloß ergänzende oder auch derogirende Kraft habe (Denkschr. S. 4). Dabei hält die Denkschrift S. 4 partikulares Gewohnheitsrecht fernerhin überhaupt für ausgeschlossen. Es frägt sich, wie sich die Wissenschaft zu diesen Fragen zu stellen hat.

Anm. 18. b) Die Untersuchung der Frage, ob das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen sei, ist für das bürgerliche Recht und das Handelsrecht identisch. Denn für das Handelsrecht gilt ja nun keine besondere Bestimmung mehr. Wir knüpfen diese Untersuchung an das vom B.G.B. anerkannte, aus dem Handelsrecht stammende, mit dem Gewohnheitsrecht verwandte Institut der Verkehrssitte an. Nach §§ 157 und 242 B.G.B., die auch für das Handelsrecht gelten, sind Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte

das gebieten, und unbedenklich kann und muß die erstere Vorschrift auf die Auslegung von Rechtsgeschäften überhaupt (also auch einseitigen, auch Unterlassungen) ausgedehnt werden (Neumann, Handausg. des B.G.B. Anm. 2 zu § 157; Planck Anm. zu § 157; Danz in Iherings Jahrbüchern 38 S. 466). Handelt es sich also um die Auslegung von Rechtsgeschäften und um die Bestimmung der Art, wie Verpflichtungen zu erfüllen sind, so hat der Richter seine Entscheidung so zu treffen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten.

Anm. 19. Unter der Verkehrssitte ist eine Uebung des Verkehrs zu verstehen, die darauf beruht, daß man das Geübte für sittlich und anständig hält. Sie ist der Ausfluß der Verkehrsmoral. Auch im Verkehrsleben wird nicht immer bloß das beachtet, was das geschriebene Gesetz gebietet, sondern auch das, was Sitte und Anstand gebieten, und darauf, daß dies beachtet wird, muß Jeder sich verlassen können, der sich in den Rechtsverkehr begiebt. Die Sicherheit des Verkehrs erfordert es insbesondere, daß man sich darauf verlassen kann, daß Rechtsgeschäfte, deren Sinn zweifelhaft ist, so ausgelegt werden, wie dies der Auffassung und thatsächlichen Uebung redlich denkender, im Verkehrsleben stehender Männer entspricht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß solche Verkehrssitte auch gegen den angewendet werden muß, der nicht die Absicht hatte, sich ihr zu unterwerfen, und der sich nach seinen Anschauungen ihr vielleicht nicht unterworfen hätte. Der Verkehrssitte ist Jeder unterworfen, der im Verkehrsleben steht. Daß er nicht weiß, was die Verkehrsmoral gebietet und was als Ausfluß der Verkehrsmoral thatsächlich geübt wird, ist seine Sache, kann aber seinen Verkehrsgenossen nicht zum Nachtheil gereichen. Jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen so gedeutet werden, wie dies der Anschauung und der thatsächlichen Uebung redlicher Männer entspricht. Wer etwas anderes will, muß dies deutlich erklären. In dieser Weise die Verkehrssitte zu berücksichtigen, gebieten Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Treu und Glauben sollen ja gerade dazu verwendet werden, um die Nichtbeachtung eines etwaigen von der Verkehrssitte abweichenden inneren Willens durch den Richter zu begründen (Danz S. 430). Im Prozesse kann ja die Partei behaupten, sie habe das Gegentheil gewollt, aber das soll ja gerade unbeachtlich sein, wenn es mit der Verkehrssitte im Widerspruche steht (Danz S. 405). Das ist der Sinn des § 157 B.G.B. Vereinbart z. B. der Prinzipal mit dem Handlungsgehilfen eine vierwöchentliche Kündigung und ist dies nach der Verkehrssitte als eine monatliche Kündigung zu verstehen, so muß der Prinzipal und der Handlungsgehilfe die Verkehrssitte gegen sich gelten lassen, auch wenn er sie nicht gekannt hat; weder dies, noch daß ein Theil wirklich eine vierwöchentliche Frist gewollt hat, kommt in Betracht; vielmehr ist die Frist gemäß § 67 H.G.B. giltig und kein Theil kann die Ungiltigkeit der Vereinbarung gemäß § 67 H.G.B. geltend machen. (Uebereinstimmend Danz in Ihering's Jahrbüchern Band 36 S. 405 u. 406. Auch Planck zu § 157 steht auf diesem Standpunkte.) Wer dies nicht zugiebt, verfällt in Unklarheiten: so Cosack S. 129, welcher meint, daß die Geltung der Verkehrssitte auf der Unterwerfung durch die Partei beruht, welche Unterwerfung jedoch „blindlings" geschähe, man weiß nicht recht, was damit gemeint ist; so auch Düringer und Hachenburg I S. 5, welche meinen, daß die Verkehrssitte „zunächst ohne Rücksicht auf den Willen der Partei wirkt", daß aber jeder Partei der Nachweis offen gelassen sei, daß die Anwendung der Uebung auf sie ausgeschlossen sei; aber sie geben nicht an, welchen Inhalt dieser Nachweis denn eigentlich haben müsse.

Anm. 20. Wenn nun aber der Richter bei Auslegung von Rechtsgeschäften und bei der Bestimmung der Art bestehender Verpflichtungen den Inhalt von solchen Verkehrsübungen ohne Rücksicht auf den Parteiwillen anwenden muß, welche ihren Grund in der Verkehrsmoral haben, umwievielmehr muß er hierbei solche Verkehrsübungen anwenden, welche ihren Grund darin haben, daß das Geübte nicht bloß für anständig, sondern für rechtlich nothwendig erachtet wird!

Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß in dem Anwendungsgebiete der §§ 157 und 242 B.G.B., also soweit es sich um die Auslegung von Rechtsgeschäften und um die Bestimmung der Art von Leistungen handelt, nicht bloß die auf sittlichen Gründen beruhende Verkehrsübung, sondern auch die gewohnheitsrechtliche Uebung, die Rechtssitte oder das Gewohnheitsrecht anzuwenden ist.

Das gilt nicht bloß vom sogenannten Reichsgewohnheitsrecht d. h. einer über das ganze Deutsche Reich sich erstreckenden Rechtsübung, sondern auch von partikularem und örtlichem Gewohnheitsrecht. Auch dieses ist vom Richter zu berücksichtigen, wie auch partikulare und örtliche Verkehrssitten im Bereiche der §§ 157 und 242 B.G.B. zur Anwendung gelangen.

Anm. 21. Die so anerkannten Gewohnheitsrechtssätze sind auch gegen das Gesetz anzuwenden (vgl. auch Danz a. a. O. S. 463), wie ja auch niemand bezweifeln wird, daß eine Verkehrssitte gegen das geschriebene Gesetz zur Anwendung gelangt. Ist nach dem Gesetze der Preis einer gekauften Sache sofort zu bezahlen, so kommt diese gesetzliche Regel doch nicht zur Anwendung, wenn im Weinhandel ein 6-monatliches Ziel verkehrsüblich ist, und noch weniger, wenn das rechtsüblich ist. Doch kann nur anerkannt werden, daß sich aus den §§ 157 und 242 ergiebt, daß Verkehrs- und Rechtssitten sich gegen Dispositivgesetze bilden können, nicht auch, daß sie sich gegen zwingende Gesetze bilden können. Eine Verkehrssitte oder eine Rechtssitte, wonach mit Handlungsgehilfen eine zweiwöchentliche Kündigungsfrist als vereinbart gelten soll, könnte sich angesichts des § 67 H.G.B. niemals bilden.

Die so anerkannten Gewohnheitsrechtssätze sind selbst dispositiven Rechts: die Parteien können vereinbaren, daß sie nicht gelten sollen; aber sie gelten eben, wenn die Parteien nicht das Gegentheil vereinbart haben. (Danz S. 454).

Anm. 22. Soweit also die §§ 157 und 242 B.G.B. reichen, also soweit es sich um die Auslegung von Rechtsgeschäften und die Bestimmung der Art bestehender Verpflichtungen handelt, ist die Bildung von Gewohnheitsrecht zulässig. Der Richter hat, wenn es sich gebildet hat, die Pflicht, es anzuwenden, und zwar sowohl Reichsgewohnheitsrecht, als auch partikulares und örtliches Gewohnheitsrecht, sowohl neben dem Gesetze, soweit dasselbe Lücken läßt, als auch gegen Dispositivgesetze. Die entgegengesetzten Anschauungen müssen, soweit §§ 157 und 242 reichen, zurückgewiesen werden. So wenn die Denkschrift (S. 3) sagt, daß für ein bloß partikulares oder örtliches Gewohnheitsrecht gegenüber den Vorschriften des B.G.B. kein Raum mehr sei, sodaß es nicht dahin kommen könne, daß die Vorschriften der neuen Gesetzbücher alsbald durch die mannigfachsten Rechtsbildungen partikularer und örtlicher Natur durchbrochen werden. Im Geist der neuen Gesetzbücher liegt es gerade umgekehrt, sich den jedesmaligen Verkehrsanschauungen anzuschmiegen, nicht starr zu verharren auf den Anschauungen zur Zeit der Emanation des Gesetzbuchs, sondern, jedenfalls soweit es sich um Auslegung von Rechtsgeschäften und die Bestimmung der Art der Erfüllung von bestehenden Verpflichtungen handelt, immer diejenigen Anschauungen zur Geltung zu bringen, die jeweilig im Verkehrsleben herrschen, als Ausfluß sittlicher Ideen, und noch mehr solche, die auf dem Bewußtsein rechtlicher Nothwendigkeit beruhen. Das ist es, was die §§ 157 und 242 B.G.B. unseres Erachtens zum deutlichen Ausdruck bringen, und die Denkschrift zum H.G.B. hat mit ihrem obigen Ausspruch den Geist dieser Vorschriften verkannt. Mit den gleichen Argumenten müssen wir Eck (Verträge S. 22), Endemann (§ 12 Anm. 4), Küntzel (bei Gruchot 41 S. 488) entgegentreten, welche partikulares Gewohnheitsrecht schlechtweg verwerfen, und ebenso Goldmann & Lilienthal (S. 5), welche jedem Gewohnheitsrecht die Geltung versagen, weil es mit unserem modernen Verfassungsleben nicht vereinbar sei. Wir finden es im Gegentheil durch die §§ 242 und 157 B.G.B. für sanktionirt, zunächst wenigstens für den Bereich dieser Paragraphen.

Anm. 23. Fraglich bleibt nun aber, ob auch außerhalb des Bereiches der §§ 157 und 242 B.G.B. Gewohnheitsrecht möglich ist, und wenn es möglich ist, ob nur Reichs-

gewohnheitsrecht möglich ist, und welche Kraft es gegenüber dem geschriebenen Gesetze hat.

Unsere Ansicht hierüber ist folgende:

Daß sich Gewohnheitsrecht bilden kann, erachten wir durch unsere obigen Ausführungen für dargethan. Kann es sich nun aber innerhalb eines bestimmten Anwendungsgebietes bilden, so ist es als Rechtsquelle überhaupt anerkannt. In den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten Deutschlands ist das Handelsgewohnheitsrecht sogar als prinzipale Rechtsquelle anerkannt (vgl. oben Anm. 1). Sonst überall muß es als ergänzende Rechtsquelle anerkannt werden, auch dort, wo die §§ 157 und 242 B.G.B. nicht in Frage kommen, also insbesondere um neue Rechtsinstitute zu bilden, welche das B.G.B. und das H.G.B. nicht kennt. In dieser Hinsicht hat es schon früher in mannigfacher Hinsicht furchtbringend gewirkt, so wenn es das Institut des Blankowechsels und die Grundsätze vom Kontokorrent erzeugt hat. Nichts aber zwingt dazu, seine rechtserzeugende Kraft für die Zukunft zu verneinen. Darauf deutet auch Art. 2 Einf.-Ges. zum B.G.B. hin: Gesetz im Sinne des B.G.B. ist jede Rechtsnorm. Denn dieser Satz beweist, daß es auch im Sinne des B.G.B. andere Rechtsquellen neben dem geschriebenen Gesetze giebt. Allein wir können außerhalb des Anwendungsgebiets der §§ 157 und 242 B.G.B. diese rechtserzeugende Kraft nur zuerkennen einem Reichsgewohnheitsrecht. Das Landesgewohnheitsrecht ist in der That durch den Kodifikationscharakter der neuen Gesetzbücher beseitigt und für die Zukunft unmöglich geworden. Insoweit ist Eck (Vorträge S. 22), Endemann (§ 12 S. 4), Küntzel (bei Gruchot 41 S. 488) zuzustimmen. Unser Widerspruch richtet sich nur dagegen, daß sie die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts auch im Rahmen der §§ 157 und 241 B.G.B. nicht zulassen, während es hier durch diese Paragraphen sanktionirt ist. Daß aber im übrigen Landesgewohnheitsrecht nicht anzuerkennen ist, wird bestätigt durch die Art. 2, 3 und 55 des E.G. zum B.G.B. Denn danach werden alle Privatrechtsnormen des Landesrechts aufgehoben, und neue landesrechtliche Privatrechtsnormen können sich nur bilden, soweit dies reichsrechtlich zugelassen ist. Eine solche Zulassung erblicken wir, wie gesagt, in den §§ 157 und 242 B.G.B. Darüber hinaus ist die Bildung von Landesgewohnheitsrecht in den dem Landesrecht nicht vorbehaltenen Materien ebenso unzulässig, wie die Bildung von Gesetzesrecht.

Aber auch dem Reichsgewohnheitsrecht können wir außerhalb des Bereiches Anm. 24.
der §§ 157 und 242 B.G.B. zwar ergänzende, nicht aber derogirende Bedeutung zusprechen. Innerhalb dieser Paragraphen ist der Richter durch das Gesetz für verpflichtet erklärt worden, Rechtssitten zur Anwendung zu bringen, auch wenn sie sich gegen die Vorschriften des Gesetzes gebildet haben. Darüber hinaus würde nach unserer Ansicht ein Richter seine Pflicht verletzen, wollte er ein im Reichsgesetzblatt publizirtes Reichsgesetz nicht anwenden, weil es der Rechtsüberzeugung des Volkes nicht mehr entspreche. Doch geben wir zu, daß sich hierüber streiten läßt, müssen uns aber versagen, an diesem Streite weiter theilzunehmen. Wir erachten diesen Kampf für aussichtslos und auch nicht für lohnend, da das Hauptanwendungsgebiet des Gewohnheitsrechts durch die §§ 157 und 242 B.G.B. absorbirt wird. (Auf anderem Standpunkte steht Planck I S. 34, 35; Küntzel bei Gruchot 41 S. 488; Eck Vorträge S. 22, welche jedem Reichsgewohnheitsrechte derogirende Kraft beilegen.) Die Bildung von Gewohnheitsrecht gegen zwingende Rechtssätze erachten wir jedenfalls für absolut ausgeschlossen und den Zweifel an diesem Satze nicht für berechtigt.

Kurz zusammengefaßt, so gilt hinsichtlich der Anerkennung des Gewohnheitsrechts unseres Anm. 25.
Erachtens Folgendes:

Reichsgewohnheitsrecht kann sich bilden, sowohl innerhalb des Anwendungsgebiets der §§ 157 und 242 B.G.B., als auch außerhalb dieses Anwendungsgebiets. Es kann sich aber innerhalb jenes Anwendungsgebiets auch contra legem bilden, außerhalb desselben nur praeter legem. Es kann sich nur gegen Dispositivgesetze bilden, niemals gegen zwingende Gesetze. Es ist selbst dispositives Recht.

Partikulares Gewohnheitsrecht kann sich nur innerhalb des Anwendungsgebiets der §§ 157 und 242 B.G.B. bilden, nicht auch außerhalb desselben. Es kann sich in diesem Rahmen auch contra legem bilden, aber nur gegen Dispositivgesetze, und ist selbst dispositives Recht.

Anm. 26. c. Da sich hiernach Gewohnheitsrecht bilden kann, ist es erforderlich, seinen Begriff und seine Erfordernisse festzustellen. Zunächst muß das Gewohnheitsrecht von der Verkehrssitte unterschieden werden. Zwar ist dieser Unterschied im großen und ganzen belanglos, soweit es sich um die Anwendung der §§ 157 und 242 B.G.B. handelt. Denn wir haben gesehen, daß insoweit eine Verkehrsübung in gleicher Weise zu berücksichtigen ist, es mag sich um bloße Verkehrssitte oder um eine Rechtssitte handeln. Allein ganz belanglos ist der Unterschied auch hier nicht. Denn wenn die Verkehrssitte keine Rechtsnorm ist, so ist die Revision wegen unrichtiger Entscheidung auf diesem Gebiete nicht zulässig. Dieser Unterschied wird auch sonst bedeutsam, wo die Verkehrssitte in die Anwendung der Gesetzesvorschriften hineinspielt. Wann dies der Fall ist, kann erst bei § 346 erörtert werden.

Anm. 27. Die Verkehrssitte und die Rechtssitte (der Gebrauch und das Gewohnheitsrecht) unterscheiden sich nun dadurch, daß der Ersteren das Bewußtsein der Verkehrssittlichkeit, der Letzteren das Bewußtsein der Rechtsnothwendigkeit zu Grunde liegt. Beides sind thatsächliche Uebungen, aber der Grund der Uebung ist bei beiden verschieden. Die Verkehrssitte wird geübt, weil man das so Geübte für sittlich und anständig hält, das Gegentheil eines anständigen Geschäftsverkehrs nicht würdig, die Uebung der Rechtssitte dagegen beruht darauf, daß man das so Geübte für rechtlich nothwendig, das Gegentheil für rechtswidrig hält. Mit Unrecht will Danz, dem wir im übrigen in vielen Punkten gefolgt sind, die Verkehrssitte und die Rechtssitte zusammenwerfen. Er thut dies dadurch, daß er die Verkehrssitte zur Rechtssitte erhebt. Es meint dies thun zu müssen, weil ja der Richter auch die Verkehrssitte seiner Entscheidung zu Grunde legen muß. Dadurch werde sie zur Rechtsnorm. Das aber kann nicht anerkannt werden. Er muß eben eine Verkehrssitte zu Grunde legen, obwohl sie keine Rechtsnorm ist. Der begriffliche Unterschied bleibt gleichwohl bestehen. Er liegt darin, daß nur der Rechtssitte, nicht auch der Verkehrssitte die opinio necessitatis zu Grunde liegt. Dieses bisher nicht geleugnete Erforderniß des Gewohnheitsrechts beseitigt Danz mit kühnem Striche, aber ohne Berechtigung.

Anm. 28. Welches die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts im einzelnen sind, richtet sich in Ermangelung reichsrechtlicher Bestimmungen nach allgemeinen Grundsätzen, wie dies ja auch auf dem Gebiete des Handelsrechts bisher der Fall war. Im neuen Reichsrechte, bürgerlichen und Handelsrechte, wird hier dasselbe gelten müssen, was Goldschmidt § 36 für das frühere Handelsgewohnheitsrecht lehrte: es wird die freie wissenschaftliche Theorie des gemeinen Rechts maßgebend sein, welches überall dem verständigen Ermessen des Richters den freien Spielraum läßt. Im allgemeinen wird man für erforderlich halten müssen: Die in der faktischen Uebung zum Ausdruck gelangte allgemeine Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines Rechtssatzes, nicht die Ueberzeugung allein, ohne die entsprechende Uebung (R.O.H. 9 S. 23; R.G. 20 S. 304), aber auch nicht die Uebung allein, ohne die erkennbare opinio necessitatis, und Beides, Ueberzeugung und Uebung, müssen allgemein sein, d. h. nicht gerade ausnahmslos, aber auch nicht bloß vereinzelt und durch zahlreiche entgegengesetzte Erscheinungen paralysirt.

Anm. 29. d) Eine sehr wichtige Art von Gewohnheitsrecht sind auf dem Gebiete des Handelsrechts **die Börsenüsancen**. Unter dem früheren Recht wurden die Börsenüsancen lediglich als Verkehrssitten betrachtet, ihr Charakter als Gewohnheitsrecht aber geleugnet (R.O.H. 1 S. 92; 4 S. 140; 8 S. 257; so auch unsere früheren Aufl. § 10 zu Art. 1), weil sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Rechte enthielten, was ja auf dem Gebiete des Handelsrechts dem Charakter als Gewohnheitsrecht nach Art. 1 entgegenstand. Diese Schranke ist jetzt gefallen. Soweit die §§ 157 und 242 B.G.B. reichen,

also soweit es sich um die Auslegung der Rechtsgeschäfte bzw. die Ergänzung oder Gestaltung derselben und um die Bestimmung der Art der Erfüllung bestehender Verpflichtungen handelt, kann sich nunmehr Gewohnheitsrecht auch gegen das Gesetz bilden (vergl. oben Anm. 21), und die Börsenüsancen bewegen sich ja lediglich auf Gebieten, welche innerhalb der Grenzen der §§ 157 und 242 liegen. Im ersten Stadium ihrer Bildung werden allerdings auch die Börsenüsancen als bloße Verkehrssitte zu betrachten sein. Zunächst wird der Börsenbesucher sich aus Gründen kaufmännischer Redlichkeit und Sittlichkeit an sie für gebunden halten. Nach und nach aber verdichtet sich die Verkehrssitte zur Rechtssitte, schließlich erachtet man sich an sie rechtlich für gebunden. Insbesondere wird dieses letztere Stadium in dem Zeitpunkte eintreten, wo das maßgebende Börsenorgan die betreffende Usance als feststehend den Interessenten bekannt giebt. Solche Kundgebung ist kein rechtserzeugender Akt, aber er giebt dem Bewußtsein der Nothwendigkeit einen festen Halt, er befestigt dasselbe und verwandelt es aus einem Bewußtsein sittlicher Nothwendigkeit in ein solches rechtlicher Nothwendigkeit.

Cosack S. 364 leugnet, daß die Usancen Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht Anm. 30.
seien, sie seien vielmehr gesetztes autonomes Recht. Er meint, das müsse deshalb angenommen werden, weil oft bestimmt werde, daß eine Regel, die im Jahre 1896 in unangefochtener Uebung stand, vom 1. Januar 1897 ab außer Kraft treten und einer anderen Regel weichen soll. Es kann nun nicht bestritten werden, daß die Börsenorgane oft in dieser Weise verfahren. Das so Festgesetzte ist allerdings zunächst kein Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht ist nur das, was in Folge des Bewußtseins rechtlicher Nothwendigkeit geübt wird, und daß es auch solche Börsenüsancen giebt, die sich ohne Festsetzung durch das Börsenorgan bilden und dann erst durch dieses fixirt werden, wird nicht bestritten werden können. Auf solche beziehen sich unsere obigen Ausführungen. Wenn die Börsenorgane aber so vorgehen, wie dies Cosack beschreibt, so sind ihre Festsetzungen zunächst allerdings kein Gewohnheitsrecht, aber sie stellen überhaupt kein Recht dar. Es ist jedenfalls nicht nothwendig, hier eine neue Rechtsquelle anzunehmen, deren Existenzmöglichkeit, wenn sie nicht überhaupt nach dem Rechte des B.G.B. zu leugnen (vergl. Eck S. 20), so doch jedenfalls im höchsten Grade zweifelhaft ist. Denn die betreffenden Rechtsgestaltungen lassen sich in anderer Weise genügend erklären, und zwar wie folgt: Eine solche Festsetzung des Börsenorgans ist eine Bekanntmachung der Börsenorgane, die dahin geht, daß nach ihrem sachverständigen Ermessen die Einhaltung dieser Börsenbedingungen den gegenwärtigen Verhältnissen am meisten entspricht, daß es daher für wünschenswerth erachtet wird, wenn die Geschäfte an der Börse möglichst allgemein unter Zugrundelegung derselben abgeschlossen werden. Ein solcher Ausspruch des leitenden Organs der organisirten Börse hat zur Folge, daß er in gewisser Weise respektirt wird, zwar nicht, wie gesetztes Recht, aber es muß nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, nachdem eine solche Bekanntmachung erlassen ist, von jedem Börsenbesucher, der im Rahmen einer organisirten Börse ein Geschäft abschließt, angenommen werden, daß er in Gemäßheit jener Bedingungen handle, wenn er das Gegentheil nicht erklärt. So schafft die Publikation des Börsenorgans nicht eine singuläre Art von gesetztem Recht, vielmehr wird ihr Inhalt zur Auslegung der Rechtsgeschäfte verwendet, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern und weil das Bürgerliche Gesetzbuch die Berücksichtigung solcher Verkehrssitte gebietet. Im Laufe der Zeit entwickelt sich dann aus der Verkehrssitte eine Rechtssitte. Aus der Anschauung, daß es dem kaufmännischen Anstande ziemt, die von den Börsenorganen publizirten Bedingungen gegen sich gelten zu lassen, wenn man das Gegentheil nicht erklärt hat, entwickelt sich nach und nach durch die fortgesetzte Uebung die Anschauung, daß man jene Bedingungen gegen sich gelten lassen müsse, weil sie rechtlich bindend seien. Sobald diese letztere Anschauung sich gebildet hat, ist der Inhalt der ohne vorherige Uebung vom Börsenorgan publizirten Bedingungen Gewohnheitsrecht geworden. Die Publikation von Börsenbedingungen liegt hiernach bald auf der letzten, bald auf der ersten Etappe desjenigen Weges,

den eine Uebung zurücklegt, ehe sie sich aus einer Verkehrssitte in eine Rechtssitte verwandelt, auf der letzten Etappe, wenn sie eine vorhandene Uebung fixirt, auf der ersten Etappe, wenn sie neue Bedingungen festsetzt, deren einheitliche Befolgung sie für wünschenswerth erachtet.

Anm 31.

IV. Fragen der Beweislast.

Wir können nicht umhin, an dieser einleitenden Stelle einige grundlegende Fragen der Beweislast zu erörtern. Diese Erörterung und ihre Ausführlichkeit rechtfertigen sich durch ihre Wichtigkeit für die prozessualische Anwendung der im Rechtssystem überhaupt und insbesondere im Handelsrecht bestehenden Rechtssätze. Nicht mit Unrecht sagt Stölzel (Schulung für die civilist. Praxis 3. Aufl. S. VIII), „die Auflage der Beweislast ist halber Prozeßverlust".

Anm. 32. A. **Die essentialia negotii** hat derjenige im Streitfalle zu beweisen, der aus dem Rechtsgeschäfte Rechte herleitet. Dieser Satz ist im allgemeinen nicht bestritten. Doch hat er in einer bestimmten Frage zum Streit geführt. Hat, so wird gefragt, der Verkäufer, wenn er den angemessenen Kaufpreis fordert, zu beweisen, daß ein bestimmter Preis nicht vereinbart sei? Oder hat vielmehr der Käufer zu beweisen, daß ein bestimmter Preis vereinbart sei? Wir sollten meinen, daß die Frage zweifellos im Sinne der ersteren Alternative zu lösen sei. Einen durch die Vereinbarung nicht ziffermäßig oder sonstwie bestimmten Kaufpreis fordern kann der Verkäufer dann, wenn ihm die Preisbestimmung überlassen ist. Ein derartiger Kaufvertrag ist zulässig: es kann nach § 315 B.G.B. vereinbart werden, daß die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll; im Zweifel ist dann anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Das Recht, den Kaufpreis nach billigem Ermessen zu bestimmen, mit anderen Worten, den angemessenen Kaufpreis zu fordern, setzt hiernach voraus, daß ein Kaufvertrag der gedachten Art geschlossen ist; dies ist die Grundlage seines Rechts, und diese Grundlage hat der Verkäufer zu beweisen. Nun bestimmt § 316 B.G.B. weiter: Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Theile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat. Damit ist der Rechtssatz zum Ausdruck gebracht, daß der Abschluß eines Vertrages unter Nichtbestimmung der Gegenleistung gleichbedeutend sei mit dem Abschlusse eines Vertrages, in welchem dem, der die Gegenleistung zu fordern hat, die Preisbestimmung nach billigem Ermessen überlassen ist. Der Verkäufer kann also auch dann einen den billigen Anschauungen entsprechenden, angemessenen Preis fordern, wenn ein Kaufvertrag unter Nichtbestimmung des Kaufpreises geschlossen ist. Will er sich auf einen solchen Kaufvertrag stützen, so muß er beweisen, daß ein solcher geschlossen ist, also daß ein Kaufvertrag unter Nichtbestimmung des Kaufpreises geschlossen ist. Denn das ist wiederum die Grundlage seines Rechts. Die Fälle nun, die sich häufig ereignen und die den Anlaß zur Kontroverse gegeben haben, sind so gestaltet, daß der Käufer zugiebt, daß ein Kaufgeschäft zu Stande gekommen ist, daß aber bestritten wird, daß der Preis nicht bestimmt wurde. Es wird also nur diese Modalität bestritten. Dann braucht der Verkäufer das Zustandekommen des Kaufgeschäfts nicht mehr zu beweisen, wohl aber diese Modalität des Zustandekommens, nämlich daß der Kaufpreis beim Abschluß des Kaufvertrages nicht bestimmt wurde. Denn diese Modalität der Kaufpreisbestimmung ist ein Theil des die Grundlage seines Begehrens bildenden Thatbestandes. Daraus allein, daß, wie nunmehr feststeht, ein Kaufgeschäft zu Stande gekommen ist, folgt keineswegs, daß der Verkäufer den Kaufpreis zu bestimmen hat; dieses weitgehende Recht steht ihm nur dann zu, wenn das Kaufgeschäft in ganz bestimmter Weise geschlossen ist, entweder so, daß die Preisbestimmung ausdrücklich dem Verkäufer überlassen ist oder daß der Kaufvertrag unter Nichtbestimmung des Kaufpreises, unter Uebergehung dieses Punktes, geschlossen ist. Dann hat aber der Verkäufer zu beweisen, daß dieses essentiale in einer jener beiden Arten von den Kontrahenten festgesetzt worden ist.

In diesem Ergebnisse stimmen wir mit Stölzel (Schulung f. civilist. Praxis S. 54) überein, seine Begründung ist verschieden, jedoch hat Stölzel die Vorschriften des B.G.B.

noch nicht in den Kreis seiner Betrachtung gezogen In gleicher Weise haben die Streitfrage nach früherem Recht entschieden Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1891 S. 57; O.L.G. Cassel in Seufferts Archiv 48 S. 305; Reichsgericht bei Bolze 6 No. 1051; 9 No. 765d.

B. **Wer hat nun aber die accidentalia negotii zu beweisen?** Wer hat zu beweisen, wenn der eine Theil seinen Standpunkt stützt auf die gesetzlichen Rechtsfolgen eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts; der andere Theil aber behauptet, daß diese gesetzlichen Rechtsfolgen im gegebenen Falle durch abweichende Vereinbarung ausgeschlossen sind? Anm. 33.

Stölzel (a. a. O. S. XVII) stellt den Satz auf: „Indem das Gesetz regelt, was zu gelten habe, wenn nichts Anderes vereinbart sei, will es in keiner Weise Denjenigen, der das regelmäßige Geschäft als abgeschlossen behauptet, im Prozesse vor Demjenigen bevorzugen, der ein besonderes Geschäft als abgeschlossen behauptet. Wer aus der Qualität des Geschäfts als des regelmäßigen Ansprüche erhebt, muß im Streitfalle den Abschluß des regelmäßigen Geschäfts darthun."

Wir vertreten mit Entschiedenheit den gegentheiligen Standpunkt. Bei der großen praktischen Wichtigkeit der Frage und weil, wenn nicht alle Anzeichen trügen, in Folge der Autorität Stölzels seine Ansicht in die Gerichte bereits einzuziehen beginnt, erscheint eine eingehende Begründung unseres Standpunktes erforderlich. Anm. 34.

Was enthalten und was bezwecken denn eigentlich die sogenannten naturalia negotii, die Dispositivregeln der Gesetze? Sie enthalten das, was nach der Auffassung des Gesetzgebers, nach den von ihm angestellten Ermittelungen, seiner Kenntniß und Erfahrung den Anschauungen und den Bedürfnissen des Lebens und des Verkehrs am meisten entspricht, sie sind „der Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen der Parteien" (Danz in Iherings Jahrb. 38 S. 390), „der Niederschlag aus dem stereotypen Inhalt einer unendlichen Masse von gleichartigen Rechtsgeschäften" (Laband im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73 S. 164). Was der Gesetzgeber solchergestalt als das erkannt hat, was die Parteien ihren Interessen gewöhnlich für förderlich erachten und was er auf Grund eigener Prüfung den Interessen der Parteien für den Regelfall für förderlich erachtet, das fixirt der Gesetzgeber, damit es als „die normale, regelmäßige oder schlechthin als die gesetzliche Ordnung der Dinge" gelten soll (Endemann I S. 34). So denkt sich der Gesetzgeber im allgemeinen die Gestaltung der betreffenden Rechtsgeschäfte.

Allerdings kann diese gesetzliche Normalgestaltung den Interessen der Parteien sich im Einzelfall nicht als förderlich erweisen. Was im Allgemeinen gut und vernünftig ist, kann im Einzelfalle zu Härten und Ungerechtigkeiten führen. Deshalb gestattet der Gesetzgeber, daß die Parteien die Rechtsfolgen ihrer Geschäfte durch Vereinbarung auch anders gestalten, und stellt nur in diesem Sinne seine gesetzliche Regel auf. Aber jede Vereinbarung dieser Art ist eine Sonderabrede, eine Abweichung von der gesetzlichen Regel, eine Ausnahme von dem, was der Gesetzgeber als die normale Ordnung der Dinge hingestellt hat.

Aus dieser Bedeutung der dispositiven Rechtssätze folgt, daß, wer eine von den gesetzlichen Regeln abweichende Sonderabrede behauptet, diese zu beweisen hat. Wer sich auf die gesetzliche Regel stützt, hat das Gesetz für sich. Ihm giebt das Gesetz das von ihm beanspruchte Recht, das Gesetz, welches gerade diese Rechtsfolgen des abgeschlossenen Geschäfts als die im Allgemeinen gerechten Folgen betrachtet, und sie deshalb fixirt hat. Die gesetzliche Regel gilt von selbst als Bestandtheil des Rechtsgeschäfts, die Rechtsfolgen welche sie anordnet, sind von selbst auftretende Begleiterscheinungen des geschlossenen Rechtsgeschäfts, es bedarf keiner Vereinbarung, daß sie gelten sollen, keiner Vereinbarung, daß nichts Abweichendes gelten soll, es braucht nichts darüber gesagt, nicht einmal daran gedacht zu sein, um ihre rechtliche Geltung zu erzeugen. Bedarf es so keines besonderen rechtserzeugenden Faktors, um sie in Geltung zu setzen, so bedarf es umgekehrt eines besonderen Faktors, um ihre Geltung zu verhindern. Wenn die gesetzlich fixirten Folgen eines Rechtsgeschäfts nicht gelten sollen, wenn durchgesetzt werden soll, daß in einem bestimmten Falle abweichende Rechtsfolgen gelten sollen, dann muß die gesetzliche Bestimmung durch eine besondere entgegenstehende Vereinbarung überwunden werden

Anm. 35. Dieser materiellen Kraft und Bedeutung der gesetzlichen Regel muß ihre prozessuale Bedeutung entsprechen. Wer im Prozesse die gesetzliche Regel nicht gelten lassen, sondern durchsetzen will, daß an ihrer Stelle andere Rechtsfolgen zur Geltung gelangen, der muß behaupten, daß durch eine abweichende Vereinbarung die gesetzliche Regel überwunden wurde, und im Streitfalle muß er dies beweisen. Es kann aber nicht umgekehrt die gesetzliche Regel, die in materieller Hinsicht durch eine besondere Vereinbarung beseitigt werden muß, im Prozesse in die Rolle völliger Bedeutungslosigkeit herabgedrückt werden, wie dies der Fall sein würde, wenn sie wie eine Seifenblase zerplatzen würde, sobald der andere Theil nur den Mund aufthut, um zu behaupten, daß das Gegentheil der gesetzlichen Regel in diesem besonderen Falle vereinbart sei. Denn nach der Ansicht unseres Gegners soll sie in diesem Momente ihre prozessuale Geltung zunächst verlieren und es müßte ihre Geltung erst wieder erkämpft werden durch den Beweis, daß das von dem Beklagten behauptete Gegentheil nicht vereinbart sei. Die Auferlegung dieses Gegenbeweises steht im schroffsten Widerspruche mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Dispositivvorschriften. Der Ausschluß dieses Gegenbeweises ist vielmehr gerade eine der wichtigsten Bedeutungen der gesetzlichen Dispositivsätze. Die naturalia negotii bezeichnen, wie Dernburg (Preuß. Privatr. § 77) sagt, Eigenthümlichkeiten des Geschäfts, welche ihm in Folge seiner Zugehörigkeit zu einer gewissen Gattung von Geschäften „ohne weiteres beizumessen sind", also ohne den großen und gefährlichen, weil den halben Prozeßverlust bedeutenden Apparat des Beweises, daß nichts Gegentheiliges vereinbart sei.

Statt dessen will unser Gegner dem, der sich auf die gesetzliche Regel stützt, den Hauptwerth dieser Stütze nehmen, indem er ihm erst dann gestattet, sich auf die gesetzliche Regel zu berufen, wenn er bewiesen hat, daß die Anwendung dieser Regel im Einzelfall durch eine abweichende Vereinbarung nicht ausgeschlossen ist.

Anm. 36. Wer ein krankes Pferd gekauft hat und Wandlung verlangt, dem nützt, wenn unser Gegner Recht hat, die Berufung auf die gesetzliche Regel, daß ein Mangel der Sache zur Wandlung berechtigt, zunächst nichts, sobald der Beklagte behauptet, das Recht der Wandlung sei im vorliegenden Falle durch eine besondere Vereinbarung ausgeschlossen. Dann muß nach der Meinung unseres Gegners der Kläger beweisen, daß eine solche abweichende Vereinbarung nicht getroffen ist. Erst nach Beseitigung dieses Hindernisses käme ihm die gesetzliche Regel zu Statten.

Der Miether, der gestützt auf § 536 B.G.B. auf Reparatur eines unbewohnbaren Zimmers klagt, müßte im Streitfalle beweisen, daß zwischen den Parteien nicht vereinbart sei, die gesetzliche Verpflichtung zur Instandhaltung der Räume sei ausgeschlossen. Wer auf Erstattung einer gekauften und evincirten Sache klagt, müßte im Streitfalle beweisen, daß die Haftung wegen Eviktion nicht durch eine besondere Vereinbarung ausgeschlossen ist. Der Gläubiger, der gestützt auf § 266 B.G.B. eine Theilleistung ausschlägt, müßte im Streitfalle beweisen, daß im gegebenen Falle nichts vereinbart ist, was der Anwendung dieser gesetzlichen Regel entgegensteht; die offene Handelsgesellschaft, welche einen Gesellschafter auf Unterlassung eines Konkurrenzgeschäfts verklagt, würde sich nicht ohne weiteres auf die gesetzliche Regel des § 112 H.G.B. stützen können, sondern müßte im Streitfalle außerdem noch beweisen, daß dem beklagten Gesellschafter die Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts nicht gestattet worden sei; ein Kaufmann, der gestützt auf § 355 H.G.B. Zinsen vom Kontokurrentsaldo einklagt, müßte im Streitfalle beweisen, daß im vorliegenden Falle nicht vereinbart ist, Saldozinsen dürften nicht gefordert werden; ein Kaufmann, der gestützt auf § 353 H.G.B. von einem anderen Kaufmann Zinsen vom Tage der Fälligkeit beansprucht, müßte im Streitfalle beweisen, daß eine Vereinbarung, Zinsen vom Tage der Fälligkeit dürfen nicht beansprucht werden, im gegebenen Falle nicht getroffen sei; wer mit Rücksicht auf § 358 H.G.B. eine Leistung refüsirt, weil sie nach Schluß der gewöhnlichen Geschäftszeit angeboten wurde, müßte im Streitfalle beweisen, daß im vorliegenden Falle nicht vereinbart sei, die Leistung zur Nachtzeit sei gestattet; ein Gesellschafter, der von seinen Auslagen 5% Zinsen fordert, würde dies mit dem Hinweise auf § 352 H.G.B., wonach der gesetzliche Zinsfuß für Zinspflichten, die das H.G.B. festsetzt, 5% beträgt, nicht genügend begründen, er müßte im Streitfalle auch noch beweisen, daß ein geringerer Zinssatz im vorliegenden Falle nicht vereinbart sei; ein

Verkäufer, der Bezahlung der dem Beklagten übergebenen Sache verlangt, dürfte sich nicht einfach auf den Satz stützen, daß mit der Uebergabe die Gefahr der Sache auf den Käufer übergeht, sondern müßte im Streitfalle beweisen, daß im vorliegenden Falle nicht vereinbart sei, die Gefahr solle trotz der Uebergabe beim Verkäufer verbleiben.

Wir sind der Ansicht, daß jedes dieser Beispiele ein schlagendes Argument gegen die Richtigkeit der Theorie unserer Gegner ist.

Zu alledem kommt, daß unsere neuen Reichsgesetzbücher, vor allem das B.G.B., ganz Anm. 37.
unverkennbar hinsichtlich der Beweislast von demjenigen Grundgedanken ausgehen, den wir als den richtigen vertheidigen. Bei der Redaktion des B.G.B. ist große Sorgfalt darauf verwendet, die einzelnen Vorschriften so zu fassen, daß durch die Fassung zugleich die Entscheidung über die Beweislast gegeben wird (Planck I S. 44). In dieser Absicht hat der Gesetzgeber des B.G.B. überall dort, wo er überhaupt die Beweislast bei Dispositivregeln zum Ausdruck bringen wollte, dies in einer Ausdrucksweise gethan, die unserer Lehre entspricht. Bald bestimmt er, daß die gesetzliche Regel gelten soll, „wenn oder sofern oder soweit nicht ein Anderes bestimmt, vereinbart ist" (z. B. §§ 24, 40, 41, 101, 103, 152, 184, 246, 276, 426, 430, 514). Bald sagt er, daß die gesetzliche Regel gelten soll, „es sei denn, daß ausdrücklich bedungen ist" u. s. w. (z. B. § 244, 2169 Abs. 1; 145; 2053 Abs. 1). Bald heißt es, die gesetzliche Regel finde keine Anwendung, soweit die Parteien ein Anderes vereinbaren (§ 1284) u. s. w. u. s. w. (Weitere Nachweise s. bei Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 76). Durch alle diese Ausdrucksweisen wollte der Gesetzgeber die Beweislast in dem hier vertheidigten Sinne regeln (Planck I S. 44 ffg.).

Daraus geht hervor, daß es dem Grundgedanken des B.G.B. entspricht, daß bei Anm. 38.
Dispositivsätzen derjenige die Beweislast hat, der die abweichende Vereinbarung behauptet, und diesem Grundgedanken gemäß muß an den anderen Stellen verfahren werden, wo die Beweislast nicht schon durch die Ausdrucksweise in diesem Sinne geregelt ist.

Wenden wir uns nun unseren Gegnern zu.

Ihr erstes Argument ist folgendes: Da die Dispositivregel nur gelte, wenn eine Anm. 39.
entgegenstehende Abrede fehle, so folge gerade daraus, daß derjenige, der sich auf die Dispositivsätze berufe, zunächst beweisen müsse, daß eine entgegenstehende Abrede fehle (Stölzel S. XVII). Der Fehler dieses Arguments liegt darin, daß der zu beweisende Satz in eine bestimmte sprachliche Formulirung gebracht, und dann aus dieser die zu beweisende Konsequenz gezogen wird. Die gesetzliche Regel gilt nur, sagt Stölzel, beim Fehlen der entgegenstehenden Abrede. Also: muß zunächst das Fehlen der entgegenstehenden Abrede bewiesen werden. Allein mit dieser sprachlichen Formulirung ist nichts gewonnen und nichts bewiesen. Sprachliche Formulirungen sind beweisend, wenn das Gesetz sie mit Vorbedacht gebraucht, und in dieser Beziehung haben wir ja oben dargethan, daß der Sprachgebrauch des B.G.B. deutlich unseren Grundgedanken zum Ausdruck bringt. Sprachliche Formulirungen in wissenschaftlichen Deduktionen beweisen dagegen nichts. Denn durch diese kann Alles bewiesen werden. Wenn Stölzel sagt, daß die gesetzliche Regel nur bei fehlender gegentheiliger Abrede zur Anwendung gelange, und daß deshalb derjenige, der sich auf die gesetzliche Regel beruft, den Mangel entgegenstehender Abrede beweisen müsse, so könnte mit gleichem Rechte gesagt werden: da der Verkäufer den Kaufpreis nur dann zu fordern hat, wenn der Beklagte ihn noch nicht bezahlt hat, oder bei fehlendem Verzicht auf den Kaufpreis, so müßte der Kläger, der den Kaufpreis fordert, im Streitfalle beweisen, daß der Beklagte ihn noch nicht bezahlt oder daß der Kläger auf denselben nicht verzichtet hat. Oder: da Vertragsurkunden für den Inhalt des Vertrags nur beim Fehlen weiterer mündlicher Abreden den vollen Vertragsinhalt darstellen, so würde der Hinweis auf die Vertragsurkunde nicht ausreichen, sondern es müßte weiter bewiesen werden, daß weitere mündliche Abreden fehlen, und doch will Stölzel selbst (S. 143) hier die Beweislast dem auferlegen, der die weitere mündliche Abrede behauptet. Oder: Da auf einen Vertrag nur beim Fehlen von Simulationsabreden ein Anspruch gestützt werden kann, so müßte der Kläger das Fehlen von Simulationsabreden beweisen und doch bewegt sich die Beweislast bei der Behauptung der Simulation

nicht auf diesen Bahnen, sondern wandelt ihre eigenen Pfade, wie dies Stölzel (S. VIII) selbst annimmt. Derartige sprachliche Formulirungen haben eben mit dem Wesen der Sache nichts zu thun und sind völlig beweislos. Nur das Wesen der Sache entscheidet, und diese Entscheidung fällt bei der gesetzlichen Regel, wie oben dargethan, zu Gunsten unserer Theorie aus.

Anm. 40. Ein zweites Argument Stölzels ist folgendes: Stölzel (S. 134, 141, 170) sagt, unsere Lehre öffne der Lüge Thür und Thor, und er begründet dieses harte Urtheil wie folgt: Wer sich auf unseren Standpunkt stellt und demzufolge dem Beklagten, der den Einwand, es sei ein 6-monatiges Ziel bewilligt, die Beweislast für diese Behauptung auferlegt, verfahre offenbar unrichtig. Denn wenn der Kläger ein unbefristetes Geschäft behaupte, während in Wahrheit ein befristetes Geschäft geschlossen sei, so sage der Kläger einfach die Unwahrheit, und es sei verkehrt, dem Beklagten den Gegenbeweis gegen diese Unwahrheit[1]) aufzubürden und, bis dieser Beweis erbracht ist, die Darstellung des Klägers als wahr gelten zu lassen. Es hieße das, meint Stölzel, einen Kläger, der wahrheitswidrig aus einem Geschäfte als einem unbefristeten klagt, damit prämiiren, daß man ihn zum Eide über seine Lüge zulasse.

Wir können nicht umhin, diese Deduktion als unbegreiflich zu bezeichnen. Ihr Ausgangspunkt ist der Satz: Wenn der Kläger wahrheitswidrig ein unbefristetes Geschäft behauptet, während in Wahrheit ein befristetes Geschäft abgeschlossen ist, so sagt der Kläger einfach die Unwahrheit und es ist verkehrt, Jemanden zum Eide über seine Lüge zuzulassen. Nun ist freilich zuzugeben, daß der Kläger, wenn er wahrheitswidrig die Fristabrede bestreitet, die Unwahrheit sagt. Nur ist das nicht so einfach, wie Stölzel es hinstellt. Denn nur Gott im Himmel weiß, daß er die Unwahrheit sagt. Und wie, wenn in den Sternen geschrieben steht, daß der Beklagte die Unwahrheit sagt, indem er die Fristabrede behauptet? Soll etwa für diesen Fall unsere Theorie richtig und die Stölzelsche falsch sein? Das ist in der That nicht zu verstehen. Hier liegt folgender Irrthum zu Grunde.

Stölzel geht fortdauernd von der unzulässigen Prämisse aus, daß der Beklagte, der die 6-monatige Befristung behauptet, die Wahrheit, und der Kläger, der behauptet, ein Ziel sei nicht vereinbart, die Unwahrheit sagt. Allein wir befinden uns ja mitten in der Regulirung der Beweislast. Da kann man doch nicht von wahren und unwahren Thatsachen sprechen, sondern nur von bestrittenen Behauptungen, deren Wahrheit unbekannt ist. Jede Partei behauptet, die Wahrheit zu sagen, und Niemand weiß, wer sie wirklich sagt. Gerade deshalb soll ja der Beweis erhoben werden. In dem Augenblick, wo der Richter erkennen würde, daß der Kläger wahrheitswidrig ein unbefristetes Geschäft behauptet, da verschwindet die ganze Frage nach der Beweislast von der Bildfläche. Denn eine als wahr erkannte Thatsache braucht nicht mehr bewiesen, eine als unwahr erkannte nicht mehr widerlegt zu werden. Ueber eine Lüge, die als solche erkannt ist, wird Niemand zum Eide verstattet. Hier aber, wo es sich um die Beweislast handelt, da stehen sich nicht Wahrheit und Lüge, sondern Behauptung und Gegenbehauptung gegenüber. Ob die Behauptung oder die Gegenbehauptung wahr ist, weiß der Richter nicht, und gerade deshalb instruirt er die Beweislast. Es ist gar nicht zu leugnen, daß in solchen Situationen gar oft dem, der die Wahrheit sagt, der Beweis auferlegt und sein Gegner zum Eide über seine Lüge zugelassen wird. Aber daraus darf keiner dem andern einen Vorwurf machen und ihn schelten, daß er eine Verkehrtheit begehe, wenn er so verfährt. Denn schuld daran ist lediglich der Umstand, daß wir Menschen nur Menschen sind, daß wir nicht allwissend sind und daher nicht sofort erkennen, „daß der Kläger einfach die Unwahrheit sagt". Lediglich diese menschliche Hilflosigkeit, die Blindheit, mit der wir geschlagen sind, ist es, die der Wahrheit und der Lüge gleichmäßig Thür und Thor öffnet, als seien sie gleichberechtigt und gleichwerthig. Daran wird keine Beweislasttheorie jemals etwas ändern. Auch von der unsrigen geben

[1]) Bei Stölzel S. 170 heißen diese gesperrten Worte: „den Beweis dieser Unwahrheit". Doch liegt hier offenbar nur ein lapsus calami bei Stölzel vor und wir haben uns erlaubt, diese Worte durch andere zu ersetzen, die Stölzel nur im Sinne gehabt haben kann.

wir bereitwillig zu, daß sie nicht die Macht besitzt, der Lüge die Thür zu verschließen, welche die Blindheit des Menschengeschlechts ihr öffnet. Wer eine Beweislasttheorie erfände, welche der Lüge für immer die Thür verschlösse, würde sich das Himmelreich verdienen. Auf Erden ist sie nicht erreichbar.

Selbstverständlich leidet auch Stölzels Theorie an dieser irdischen Unzulänglichkeit. Säße ein Jünger Stölzels auf dem Richterstuhl und hätte die Beweislast in dem Falle zu vertheilen, wo der Beklagte behauptet, es sei ihm ein 6-monatliches Ziel bewilligt, und der Kläger dies bestreitet, so würde er dem Kläger den Beweis auferlegen, daß der Kauf ohne Fristabrede geschlossen sei, der Kläger müßte mangels anderer Beweismittel dem Beklagten den Eid darüber zuschieben und der Beklagte würde zum Eide darüber zugelassen werden, daß ein Ziel vereinbart sei — alles dies natürlich auch dann, wenn der Beklagte die Unwahrheit sagt; denn das weiß ja der Richter nicht.[1]) Auch Stölzels Jünger wäre daher in der traurigen Lage, den Lügner zum Eide über seine Lüge zu verstatten. Auch Stölzels Theorie besitzt die Zauberkraft nicht, um dies zu verhüten.

Ja selbst die noch nie bestrittene Beweisregel, daß, wer die Zahlung behauptet, sie beweisen muß, bietet keinen Schutz dagegen. Denn der Beklagte, der den Einwand der Zahlung erhebt, hat auch dann die Beweislast, wenn es per rerum naturam der Fall ist, daß er wirklich bezahlt hat. Auch dann muß er, wenn er kein anderes Beweismittel hat, dem Kläger den Eid über die Zahlung zuschieben und der Kläger wird zum Eide über seine Lüge verstattet.

So verliert der Keulenschlag, mit welchem Stölzel unsere Theorie zu vernichten vermeinte, jede Wucht und Bedeutung. Nicht sie öffnet der Lüge Thür und Thor, sondern die menschliche Hülflosigkeit ist die Oeffnerin dieser Thür, und nur der Vorwurf trifft unsere Theorie, daß sie nicht im Stande ist, diese Thür zu verschließen. Aber dieses Gebrechen theilt sie mit allen Beweislasttheorien und allen Beweisregeln. Denn sie alle sind mit jenem Fluche der Unvollkommenheit behaftet, der auf allem menschlichen Wissen und Können lastet.

Als drittes Argument bringt Stölzel (S. 168, 169, 170) vor, es gebe keine Anm. 41
Vermuthung dafür, daß die Verträge geschlossen seien ohne eine von der gesetzlichen Regel abweichende Vereinbarung, es gebe also keine Vermuthung dafür, daß der Käufer ohne Fristabrede gekauft, daß ein Miether auf unbestimmte Zeit gemiethet, daß ein Darlehn ohne Vereinbarung einer bestimmten Rückzahlungsfrist gegeben sei, und deshalb sei unsere Theorie nicht richtig. Stölzel würde also, wenn eine Vermuthung vorläge, die Vertheilung der Beweislast in unserem Sinne für richtig halten und es also dann für zutreffend erklären, wenn wir dem, der die von den gesetzlichen Folgen abweichenden Vereinbarungen behauptet, die Beweislast auferlegen.

Der Hinweis Stölzels auf die Vermuthung ist uns sehr willkommen. An der Hand dieses Hinweises läßt sich wiederum schlagend nachweisen, wie unrichtig die Stölzel'sche Theorie, wie richtig die unsrige ist.

Wir müssen zunächst feststellen, um welche Art von Vermuthungen es sich handelt. Wir befinden uns hier in der Beurtheilung der Rechtsfolgen eines geschlossenen Rechtsgeschäfts. Unter den sogenannten Vermuthungen sind hier diejenigen Rechtssätze zu verstehen, welche für gewisse Einzelfragen eines im Ganzen feststehenden Rechtsverhältnisses die Folgen durch gesetzliche Auslegung der Willenserklärung festsetzen. Es wird solchergestalt für den Fall, daß die Parteien über den Sinn einer Willenserklärung, insbesondere einer Vereinbarung, streiten, vom Gesetze fixirt, was in solchem Streitfalle als muthmaßlicher Wille des Erklärenden gelten soll. So bestimmt z. B. § 453 B.G.B.: Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart (weitere Beispiele §§ 709 Abs. 2; 271 Abs. 2, 315, 361, 391 Abs. 2 B.G.B. und zahllose andere Gesetzesvorschriften; vgl. die Zusammenstellung bei Stammler S. 77 a—c).

---

[1]) Nebenbei gesagt, wird dieser besondere Schützling Stölzels, der Einwand des bewilligten Ziels, meistens wahrheitswidrig vorgebracht, wie jeder Praktiker weiß. Doch, wie gesagt, das nur ganz nebenbei.

Wo das Gesetz eine solche Willensauslegung als den muthmaßlichen Willen der Parteien gesetzlich vorschreibt, da soll im Zweifel die Auslegung gelten, welche das Gesetz giebt. Diejenige Partei, welche behauptet, daß eine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen sei, hat diese Abweichung zu beweisen, weil sie mit dem im Widerspruche steht, was das Gesetz als den muthmaßlichen oder vermutheten Willen der Parteien hinstellt.

Das gerade Gegentheil soll nun nach Stölzel bei den Dispositivregeln der Gesetze der Fall sein. Wer sich auf eine gesetzliche Auslegungsregel bezieht, soll also den Prozeß halb gewonnen, wer sich auf einen gesetzlichen Dispositivsatz bezieht, ihn halb verloren haben. Denn, wie oben erwähnt, sagt Stölzel mit Recht: wer die Beweislast hat, hat den Prozeß halb verloren.

Anm. 42. Ist dieser gewaltige prozessualische Unterschied zwischen Auslegungsvermuthung und Dispositivsatz wirklich begründet? Das ist entschieden zu verneinen.

Es erscheint zunächst überhaupt zweifelhaft, ob es wirklich einen begrifflichen Unterschied zwischen den gesetzlichen Auslegungsregeln und den gesetzlichen Dispositivvorschriften giebt. Die neuere Theorie stellt denselben auf (vgl. Stammler S. 55. ff.). Aber die beiden Arten von Rechtsregeln fließen derart zusammen und sind so wenig unterscheidbar, daß von Anderen der Unterschied überhaupt geleugnet wird (so Endemann I S. 34, Danz in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 398). Es ist insbesondere zweifelhaft, ob das B.G.B. den Unterschied machen und durchführen wollte. Wenigstens giebt Stammler (S. 81. 82.) selbst zu, daß der Inhalt einer Gesetzesvorschrift oft nicht erkennen läßt, ob er eine Rechtsregel der einen oder der anderen Art ist, und daß einzelne Rechtsvorschriften unter beide Arten fallen, und überdies haben die Gesetzgeber selbst zugegeben, daß die oberste Auslegungsvorschrift des B.G.B., der berühmte § 157, nach welchem Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten, beides ist: Auslegungsvorschrift und Dispositivregel zugleich (vgl. die Kommissionsprotokolle bei Haidlen zu § 157 B.G.B.). So gebraucht denn auch das B.G.B. die Worte „im Zweifel" an vielen Stellen bald zur Bezeichnung einer Dispositivregel, bald zur Bezeichnung einer Auslegungsregel (vgl. die Beispiele bei Stammler S. 77).

Anm. 43. Aber auch wer die Wesensgleichheit beider Arten von Rechtsregeln nicht zugeben will, muß doch anerkennen, daß der Unterschied jedenfalls ein äußerst geringer ist (vgl. Eck S. 32). Dicht nebeneinander liegen sie im Rechtssystem, und sind, wenn überhaupt, so doch jedenfalls sehr gering unterschieden. Zwei so eng verwandte, kaum von einander unterscheidbare Rechtsinstitute können aber unmöglich so himmelweit verschiedene prozessuale Rechtsfolgen zeitigen, daß, bei sonst gleichen Voraussetzungen, wo die eine Platz greift, der Prozeß halb gewonnen, wo die andere Platz greift, der Prozeß halb verloren ist.

Anm. 44. Zu alledem aber kommt hinzu, daß die beiden Rechtsinstitute in dem hier in Frage kommenden Punkte jedenfalls nicht verschieden sind. Der Unterschied soll darin liegen, daß die Auslegungsregel schon durch Nichtübereinstimmung mit dem konkreten Parteiwillen ausgeschlossen wird, die Dispositivvorschrift erst durch eine widersprechende Parteibestimmung (Eck S. 32). Man hat Mühe, hieraus überhaupt einen Unterschied zu erkennen.[1]) Aber jedenfalls besteht, wie gesagt, in dem hier maßgebenden Punkte keine Verschiedenheit, nämlich in dem Zwecke und in dem Grundgedanken, welcher beiden Rechtsregeln zu Grunde liegt. Beide haben darin ihren Grund, daß der Gesetzgeber die von ihm fixirte Regelung als die den Interessen der Parteien und deshalb für den Regelfall muthmaßlich auch ihren Inten-

[1]) Es mag hier zurückgreifend darauf verwiesen werden, daß dieser Unterschied oft gar nicht durchführbar ist: die Nichtübereinstimmung des Parteiwillens mit der gesetzlichen Vorschrift und die widersprechende Parteibestimmung sind oft identische Begriffe, denn oft ist das Nein die widersprechende Bestimmung. Wenn es z. B. im § 767 Abs. 2 B.G.B. heißt: der Bürge haftet für die Kosten der Rechtsverfolgung, so ist dies offensichtlich eine gesetzliche Dispositivvorschrift, aber die widersprechende Parteivereinbarung liegt doch schon in einer bloßen verneinenden Abrede, in der Abrede, daß der Bürge für diese Kosten nicht haften soll. Ebenso § 272 B.G.B. Das ist ein neuer Beweis für die Wesensgleichheit von Auslegungsvorschrift und Dispositivvorschrift.

tionen entsprechende erachtet und deshalb als die normale Gestaltung des Falles gesetzlich fixirt hat. Auf dieser Bedeutung der Auslegungsvorschrift beruht es, daß bei ihr der die Abweichung Behauptende die Beweislast hat. Deshalb muß auch bei der Dispositivvorschrift das Gleiche gelten.

Und endlich kommt Folgendes in Betracht. Der obengedachte geringe Unterschied zwischen Anm. 46
den beiden Arten von Rechtsregeln, wenn er wirklich als bestehend anerkannt wird, ist kein Grund, von unserer Vertheilung der Beweislast abzugehen, sondern giebt im Gegentheil noch stärkeren Anlaß, sie in dieser Weise zu vertheilen. Denn während die Geltung der Auslegungsvorschrift schon dann versagt, wenn gegenbeweislich dargethan wird, daß der konkrete Parteiwille mit derselben *nicht übereinstimmt*, weicht die gesetzliche Regel beim Vorliegen eines solchen Thatbestandes noch nicht ab, sondern erst dann, wenn darüber hinaus feststeht, daß die Parteien eine *widersprechende* Bestimmung getroffen haben. Die materielle Kraft der Dispositivvorschrift ist also erheblich größer, sie hält dem abweichenden Parteiwillen gegenüber länger und kräftiger Stand, wie z. B. auch das R.G. 23 S. 201 die Vermuthung im Gegensatz zum Dispositivsatz „eine bloße Vermuthung" nennt. (Vgl. auch Wilmowski und Levy, C.P.O., 7. Aufl., Anm. 2 zu § 16 E.G. zur C.E.O., welche eine Dispositivregel im Gegensatz zur Vermuthung „eine direkte dispositive materielle Vorschrift" nennen, um die höhere Bedeutung derselben gegenüber der Vermuthung damit auszudrücken.) Dieser materiellen Kraft und Widerstandsfähigkeit muß auch die prozessuale Kraft und Widerstandsfähigkeit entsprechen. *Denn auch die Auslegungsvorschrift schöpft ihre prozessuale Kraft, mittels deren sie so lange gilt, bis die Nichtübereinstimmung des konkreten Parteiwillens mit ihr bewiesen wird, lediglich aus der entsprechenden materiellen Kraft* (vgl. Stein, das private Wissen des Richters S. 47 Anm. 3).

Der Hinweis auf die Vermuthung steht hiernach unserer Theorie nicht entgegen, Anm. 47.
sondern stärkt sie. Der Satz Stölzels, für das Fehlen einer Fristabrede spreche keine Vermuthung, also habe der Kläger, der auf dem Standpunkt steht, eine Fristabrede sei nicht getroffen, dies zu beweisen, wäre nur dann richtig, wenn alle und jede Beweislast sich danach regelte, ob für eine Behauptung eine Vermuthung bestehe. Stölzel wird selbst nicht annehmen, daß dies der Fall ist. Die Beweislast regelt sich nach mannigfachen anderen Momenten, und vornehmlich ist es die materielle Bedeutung einer Rechtskonstellation, ihre materielle Kraft und ihr Zweck, woraus auf die prozessualische Frage der Beweislast Rückschlüsse zu machen sind. So zieht z. B. Stölzel daraus, daß die Vertragsurkunde den Zweck verfolgt, die Abmachungen der Parteien vollständig zu fixiren, ganz zutreffend die Folgerung, daß Derjenige, der eine nebenher getroffene weitere Abrede behauptet, sie zu beweisen hat. Und wenn Derjenige, der die Zahlung behauptet, sie beweisen muß, so beruht dies ebenfalls nicht darauf, daß eine Vermuthung für die Nichtzahlung spreche, sondern auf ganz anderen Erwägungen.

Stölzel argumentirt weiter wie folgt: Der Kläger, der sich auf die gesetzliche Anm. 48
Regelung berufe, habe zu beweisen, daß nichts Abweichendes vereinbart sei, denn er habe den ganzen Sachverhalt vollständig vorzutragen. Einmal verfällt hier Stölzel wieder in den Fehler, ohne weiteres anzunehmen, daß der Kläger nicht vollständig vorgetragen habe. Darüber wird aber ja eben gestritten, ob der Kläger vollständig vorgetragen habe oder nicht. Der Beklagte behauptet nur, des Klägers Vortrag sei nicht vollständig. Sodann aber besteht kein Rechtssatz dahin, daß der Kläger den ganzen Sachverhalt, von dessen rechtlicher Beurtheilung die Entscheidung abhängt, vollständig vorzutragen habe. Vielmehr ist es ja gerade die Aufgabe der Beweislastregelung, von der einen Partei den Beweis dieser Thatsachen, von der andern den Beweis anderer Thatsachen zu fordern, je nachdem, wie dies aus den Regeln der Beweislast folgt. Das ist ja die Aufgabe der „Vertheilung" der Beweislast. Würde man vom Kläger absolute Vollständigkeit verlangen und dies die Frage der Beweislast entscheiden lassen, so würde, wenn der Beklagte Zahlung behauptet, der Kläger auch beweisen müssen, daß nicht gezahlt sei. Auch wo es sich um den Beweis eines und desselben Thatbestandes handelt, ergiebt sich oft aus den Regeln der Beweislast, daß nicht eine Partei alles vorzutragen und zu beweisen hat, was zum Thatbestande gehört. So nimmt ja Stölzel

selbst an, daß, wenn der Kläger seine Klage auf einen schriftlich fixirten Vertrag stützt, und der Beklagte behauptet, nebenher sei eine weitere Abrede mündlich getroffen, der Kläger nicht zu beweisen brauche, daß dies nicht der Fall ist, obwohl sich diese Beweispflicht aus einem absoluten Gebote der Vollständigkeit ergeben würde, wenn dieses in Wirklichkeit bestände. Würde das Gebot der Vollständigkeit über die Beweislast entscheiden, so müßte auch das Nichtvorhandensein von Simulationen, das Nichtvorhandensein von Willensmängeln u. s. w. vom Kläger bewiesen werden, der Kläger müßte z. B. darthun und beweisen, nicht bloß daß das Rechtsgeschäft zu Stande gekommen, sondern daß die vom Beklagten behaupteten Täuschungsmomente sich bei Abschluß des Geschäfts nicht ereignet haben. Und doch gehen, auch nach Stölzel, alle diese Beweisfragen ihre eigenen Wege, was sie eben nicht könnten, wenn das Gebot der Vollständigkeit die Beweislast entschiede. Ja selbst die gesetzlichen Vermuthungen würden den, der sich auf sie stützt, von der Beweislast nicht befreien; denn auch hier wird nicht vollständig vorgetragen, wenn der andere Theil behauptet, es sei etwas Abweichendes vereinbart, und derjenige, der sich auf die gesetzliche Vermuthung stützt, dies einfach bestreitet, ohne zu beweisen, daß beim Abschlusse des Geschäfts die behauptete abweichende Vereinbarung nicht getroffen sei. Das Dogma der Vollständigkeit besteht eben nicht und der hierauf gestützte Einwand Stölzels gegen unsere Theorie geht ebenfalls fehl.

Anm. 49. Schließlich macht Stölzel geltend, die vereinbarte Abweichung von der gesetzlichen Regel mache das Geschäft *zu einem anderen*. Hierauf ist zu erwidern: Gar zu sehr darf sich Stölzel hier beim Worte nicht fassen lassen. Denn sonst müßte man ja die Klage unbarmherzig und unter allen Umständen dann abweisen, wenn der Kläger nach Stölzels Theorie dem Beklagten den Eid zuschiebt, daß ein Ziel nicht vereinbart sei, dieser den Eid leistet und so feststände, daß ein Ziel vereinbart sei. Diese Abweisung müßte auch dann erfolgen, wenn inzwischen die vom Beklagten behauptete Frist abgelaufen wäre. Denn der Kläger könnte sich auf das befristete Geschäft nicht stützen, wenn es ein anderes wäre. Das wäre ja eine Klageänderung, welcher der Beklagte widersprechen könnte. Aber so schlimm meint es ja Stölzel auch sicherlich nicht. Sein Wort, es sei ein anderes Geschäft, ist ein mehr allgemeines, farbloses. In Wahrheit ist es völlig bedeutungslos. Denn das ist ja selbstverständlich, daß, wenn der Thatbestand, um den es sich handelt, auch nur theilweise anders liegt, als der Kläger ihn darstellt, dies „etwas Anderes" ist, als was der Kläger behauptet hat. Aber aus diesem vagen farblosen „Andersein" folgt nichts. Sonst gäbe es keinen Grund, weshalb, wenn der Kläger sich auf eine schriftliche Urkunde bezieht, und der Beklagte eine nebenherige mündliche Abrede behauptet, z. B. den Einwand des Ziels gegenüber einer Urkunde, die davon nichts spricht, der Kläger nicht zu beweisen braucht, daß ein Ziel nicht vereinbart sei. Auch in diesem Falle ist es ein anderes Geschäft, dessen Vorhandensein der Beklagte behauptet. Und wenn der Beklagte den Einwand des Scherzes erhebt, wer möchte da bezweifeln, daß ein ernstlich gemeintes Geschäft, wie es der Kläger behauptet, „etwas anderes" ist, als ein scherzhaft gemeintes? Und ebenso liegt es bei dem Einwande der Täuschung. Ist nicht eine freie Willenserklärung etwas ganz anderes als eine durch Täuschung erschlichene? Und doch wandelt die Frage der Beweislast hier überall andere Wege. Und auch, wer, sich auf die gesetzliche Vermuthung stützend, bestreitet, daß etwas Abweichendes vereinbart ist, stützt seinen Anspruch auf ein anderes Geschäft, als der Beklagte. Das „Andersein" ist eben nicht das Losungswort in dem Kampfe um die Beweislast.

Anm. 50. Stölzel darf auch nicht, wie er das fortgesetzt thut, denen, die für die Geltendmachung des angemessenen Preises den Beweis verlangen, daß ein bestimmter Preis nicht vereinbart sei, Inkonsequenz vorwerfen. Denn, wie oben Anm. 32 gezeigt, gehört die Behauptung, daß ein Preis nicht bestimmt ist, zu den Essentialien des Vertrags, die doch selbstverständlich derjenige beweisen muß, der aus dem Vertrage Rechte herleitet. Ist bestritten, daß die Essentialien in der von ihm behaupteten Weise vereinbart sind, so muß er beweisen, daß sie in dieser Weise vereinbart sind. Hier aber handelt es sich um gesetzliche Regeln, welche gewisse Rechtsfolgen als regelmäßige und von selbst eintretende *Begleiterscheinungen eines an sich in seinen Essentialien feststehenden Rechtsgeschäfts* festsetzen. Die beiden Fälle sind grundverschieden von einander.

Und auch auf den Fall der Bedingung darf Stölzel nicht hinweisen und die Sache Anm. 51.
fortgesetzt so darstellen, als müsse das bedingte und das befristete Geschäft, das unbedingte und das unbefristete in dem hier fraglichen Punkte völlig gleich behandelt werden. Das ist nicht der Fall. Man kann sehr wohl der Ansicht sein, daß derjenige, der die Bedingung behauptet, sie nicht zu beweisen, sondern der das unbedingte Geschäft Behauptende es darthun müsse, und kann doch die Ansicht vertreten, daß derjenige, der die Fristabrede behauptet, sie beweisen muß. Denn bei der Bedingung giebt es keine gesetzliche Regel, kraft welcher das Fehlen der Bedingung als die normale Gestaltung der Sache erscheint. Wir allerdings sind, wie weiter unten Anm. 57 gezeigt werden soll, der Ansicht, daß auch die Bedingung bewiesen werden muß von dem, der sie behauptet. Aber diese Ansicht stützt sich auf andere Gründe, nicht darauf, daß eine gesetzliche Regel nach dieser Richtung bestehe. Denn eine solche besteht nicht.

So sind alle Einwendungen Stölzels gegen die hier verteidigte Lehre unstichhaltig, Anm. 52.
und wir sind der festen Zuversicht, daß seine Lehre die herrschende Meinung nicht zur Umkehr bringen wird. Daß die unsrige aber die herrschende ist, kann billig nicht bezweifelt werden. Fitting (in seinem bekannten 1889 erschienenen Aufsatze über die Grundlagen der Beweislast in Busch' Zeitschrift für deutschen Civilproceß Bd. 13 S. 58) stellt fest, daß es fast einhellig anerkannt wird, daß die sogenannten naturalia eines Rechtsgeschäftes keines Beweises bedürfen, wohl aber die Ausschließung der naturalia. Auch das Reichsgericht vertritt diese Auffassung (R.-G. 1 S. 383; 2 S. 201; 6 S. 82). Und die Stimmung der unteren Gerichte, die in täglicher Praxis sich mit dieser Frage zu beschäftigen haben, steht nach unserer langjährigen Erfahrung auf unserer Seite. Sie wird auch bestätigt durch die Erzählung jenes Referendars, der nach Stölzels Schilderung (S. 172) bei einem Gerichte den Beweis so reguliren wollte, wie Stölzel, „da habe sich ein allgemeines Kopfschütteln erhoben".

Nach unserer Theorie, die wir hiermit für bewiesen halten, ist überall dort, wo gesetz- Anm. 53.
liche Dispositivsätze aufgestellt sind, der Beweis, daß etwas Widersprechendes vereinbart ist, von dem zu führen, der dies behauptet, nicht bloß, wo, wie das oft geschieht, das Dispositivgesetz dies schon durch seinen Wortlaut andeutet („es sei denn, daß etwas anderes vereinbart ist" u. s. w.), sondern auch, wo dies nicht deutlich zum Ausdruck gebracht ist. In letzterem Falle liegt es im Geiste des Gesetzbuchs und folgt aus dem Wesen der Dispositivvorschrift. Auch in letzterem Falle ist die Gesetzesstelle immer so zu deuten, als enthielte sie den Zusatz: es sei denn, daß etwas anderes vereinbart ist.

Insbesondere gilt dies von dem Einwande des Ziels und dem Einwande, Anm. 54.
daß beim Dienstvertrag oder bei Gesellschaften oder beim Darlehn eine bestimmte von der gesetzlichen abweichende Kündigungsfrist vereinbart ist.

Was den Einwand des Zieles betrifft, so verordnet § 271 B.G.B.: Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen. Hierin liegt ein gesetzlicher Dispositivsatz dahin, daß Leistungen sofort zu erfüllen sind, es sei denn, daß spätere Erfüllungszeit bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist.

Was den Einwand betrifft, es sei beim Dienstvertrage eine bestimmte Dauer verein- Anm. 55.
bart, so bestimmt § 620 B.G.B.: Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt, noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Theil das Dienstverhältniß in gewissen Fristen kündigen. Diese Kündbarkeit in bestimmten, gesetzlich fixirten Fristen, diese leichte und bewegliche Lösbarkeit des Verhältnisses ist die gesetzliche Normalgestaltung dieses Rechtsverhältnisses. Es ist eine Abweichung von dieser Norm, wenn für das Verhältniß eine bestimmte kürzere oder längere Frist festgesetzt oder wenn andere, kürzere oder längere Kündigungsfristen vereinbart werden, und besonders erhebliche Abweichungen erscheinen dem Gesetzgeber sogar derart abnorm, daß sie von ihm verboten werden (so die vereinbarte bestimmte Dauer auf mehr als 5 Jahre oder auf Lebenszeit oder die Vereinbarung kürzerer als einmonatlicher Kündigungsfristen bei Handlungsgehilfen u. s. w.). Ebenso ist bei Gesellschaften in § 723 B.G.B. die jederzeitige Kündbarkeit festgesetzt, wenn die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Hier ist es sogar durch den Wortlaut zum Ausdruck gebracht, daß diese jederzeitige Kündbarkeit die gesetzliche Normal-

gestaltung des Verhältnisses bedeutet und eine abweichende Vereinbarung bewiesen werden muß.

Anderen Anwendungen unseres Princips werden wir im Lauf der Darstellung begegnen.

Anm. 56. Eine besondere Betrachtung muß nun aber dem Falle gewidmet werden, wo die Parteien einig sind, daß etwas von der gesetzlichen Regel Abweichendes vereinbart ist, und nur darüber streiten, welchen Inhalt die abweichende Vereinbarung hat, z. B. wenn feststeht, daß ein Ziel vereinbart ist und nur über die Länge desselben Streit besteht. Stölzel will in diesem Falle die Beweislast erst recht dem die Leistung fordernden Kläger auferlegen; denn die gesetzliche Regel gelte doch nur beim Fehlen einer Fristabrede, hier aber sei doch eine solche getroffen.

Wir nehmen das Gegentheil an. Wer eine Vereinbarung behauptet, durch welche ein von der gesetzlichen Regel abweichender Rechtszustand eintreten soll, kann dieser Beweispflicht dadurch nicht genügen, daß er irgendwelche abweichende Vereinbarung darthut, denn er muß beweisen, daß diejenige Abweichung vereinbart ist, aus welcher sich ergiebt, daß der klägerische Anspruch unbegründet ist. Klagt also der Kläger 3 Monate nach dem Vertragsschlusse die Gegenleistung ein, so muß der Beklagte, um darzulegen, daß dieser Anspruch verfrüht ist, nicht bloß beweisen, daß eine Fristabrede getroffen ist — denn das steht dem klägerischen Anspruch nicht nothwendig entgegen —, sondern daß eine solche Fristabrede getroffen ist, aus welcher hervorgeht, daß der Kläger zu früh klagt. Man kann dem nicht entgegenhalten, daß ja die Geltung der gesetzlichen Regel beseitigt sei durch den Beweis oder das Zugeständniß, daß überhaupt eine Fristabrede getroffen sei. Das ist ein äußerliches Moment und verkennt den Kern und den Grund der Regelung der Beweislast.

Die Regelung der Beweislast schöpft, wie wiederholt dargethan, ihren Ursprung aus der materiellen Kraft und Bedeutung der betreffenden Institute. Aus der materiellen Bedeutung der gesetzlichen Regel, die darin besteht, daß sie von Gesetzes wegen gilt, weil sie das enthält, was der Gesetzgeber als das für den Regelfall Vernünftige und Gute, und deßhalb den Parteiintentionen vermuthlich Entsprechende hingestellt hat, folgt ihre prozessuale Bedeutung, welche darin besteht, daß sie auch im Prozesse solange gilt, bis der, der die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht gegen sich gelten lassen will, beweist, daß das, was als vermuthlicher Wille regelmäßig gelten soll, in dem besonderen vorliegenden Falle kraft einer besonderen Parteiabrede nicht gelten soll.

Jener Grundgedanke über die Bedeutung der gesetzlichen Regel ist nun aber der Wegweiser, der uns weiterführt, der uns den Weg zur Vertheilung der Beweislast zeigt an dem Punkte des Prozesses, wo dargethan ist, daß eine abweichende Vereinbarung getroffen ist, aber nicht, welche. Welche soll nun gelten, wenn kein Theil beweisen will? Hier muß gesagt werden: Schöpft die Beweisregel ihre prozessuale Bedeutung, daß sie dem die Beweislast abnimmt, der sich auf sie beruft, aus der materiellen Bedeutung der gesetzlichen Regel, die darin besteht, daß sie das vom Gesetz für vernünftig Erachtete und deßhalb vom Gesetz für den Regelfall Gewollte darstellt, so ist es lediglich ein Fortschreiten auf dieser Bahn, die weitere Verfolgung dieses Grundgedankens und die Konsequenz jener materiellen Bedeutung der gesetzlichen Dispositivvorschrift, wenn man annimmt, daß, wenn festzustellen ist, welchen Inhalt die abweichende Vereinbarung hat, derjenige nicht zu beweisen braucht, der sich von der gesetzlichen Regel am wenigsten entfernt, der das, was der Gesetzgeber für den Regelfall will, am geringsten entkräftet. Jede Abweichung von der gesetzlichen Regel ist vom Standpunkt des Gesetzgebers, der sie geschaffen hat, eine Besonderheit, eine Ausnahme, und es bewegt sich durchaus im Rahmen des die Regeln der Beweislast beherrschenden Grundgedankens, wenn man sagt: Wie der zu beweisen hat, der die Ausnahme von der gesetzlichen Regel behauptet, so muß, wenn feststeht, daß eine Ausnahme vereinbart ist, und nur noch zu beweisen ist, welche von zwei Ausnahmen, die größere oder geringere, der beweisen, der die weitergehende Ausnahme behauptet. Die Praxis der unteren Gerichte ist nach unseren Erfahrungen stets von dieser Regel ausgegangen und sie hat auch hier, wie so oft, das Richtige getroffen. Je exceptioneller eine Sachdarstellung ist, desto mehr liegt dem, der Rechtsfolgen aus derselben für sich herleitet, die Beweislast ob. (Dieser Gedanke, daß die Besonder-

heiten eines Falles von dem zu beweisen sind, der Rechtsfolgen aus denselben für sich herleitet, kommt auch sonst zum Durchbruch; vgl. z. B. Bolze 23 Nr. 277).

Wer also ein sechsmonatliches Ziel behauptet, muß beweisen, daß ein sechsmonatliches Ziel vereinbart ist, nicht bloß daß ein Ziel vereinbart ist. Wer gegenüber der auf § 353 H.G.B. gestützten Forderung von 5% Zinsen aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft einwendet, daß der Kläger in Folge einer besonderen Vereinbarung Zinsen nicht fordern dürfe, muß nicht bloß beweisen, daß über die Zinsen irgend etwas vereinbart ist, sondern muß beweisen, daß vereinbart ist, es dürfen keine Zinsen gefordert werden u. s. w. u. s. w.

C. **Wie steht es nun mit der Beweislast bei der aufschiebenden Bedingung?** Wer muß hier beweisen? Die herrschende Meinung legt dem, der die Unbedingtheit behauptet, den Beweis auf, nicht dem, der die Bedingung behauptet. Wir können aber nicht umhin, uns hier mit der herrschenden Ansicht in Widerspruch zu setzen. Wir theilen die Theorie Fittings, die dieser in seinem noch nicht genügend gewürdigten Aufsatz in Busch' Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Band 13 S. 1 ffg. entwickelt hat und die in folgenden Sätzen gipfelt. Anm. 57.

Die ganze Rechtsordnung erscheint als ein Grundstock von Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine große Menge immer feiner sich verästelnder Ausnahmen. Wer sich auf eine Normalregel stützt, braucht nur die thatsächlichen Voraussetzungen dieser anzuführen und zu beweisen, und kann es dem Gegner überlassen, das Eingreifen einer Ausnahmevorschrift durch die Anführung und den Beweis der betreffenden besonderen Umstände darzuthun. Für die Normalregel und die Ausnahme sind aber nicht etwa statistische Momente maßgebend. So erscheint vom Standpunkte unseres Rechts als das normale Alter die Volljährigkeit, als der normale Geisteszustand die geistige Gesundheit. Die für die Minderjährigen und die Geisteskranken gegebenen Bestimmungen sind besondere Bestimmungen und niemand bezweifelt, daß, wer aus der Minderjährigkeit oder der Geisteskrankheit besondere Konsequenzen herleitet oder vielmehr das Platzgreifen derjenigen Konsequenzen leugnet, welche an sich aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse entstehen würden, die Minderjährigkeit oder die Geisteskrankheit beweisen muß. Als normal wird es vom Rechte, wie vom Leben angesehen, daß eine Erklärung, welche sich äußerlich als Willenserklärung darstellt, auch wirklich ernstlich war, und darum muß der, der die Simulation und den Scherz behauptet, ihn beweisen. Nach ähnlichen Erwägungen muß auch sonst ermittelt werden, ob es sich bei einem vom Recht aufgestellten Erfordernisse um eine Regelvorschrift oder um eine Ausnahmevorschrift handelt. Die Fassung der Rechtssätze giebt hierüber nicht immer einen zuverlässigen Aufschluß. Dann müssen innerliche sachliche Rücksichten entscheiden.

Diese von Fitting aufgestellten Grundsätze bilden auch den Grundgedanken, von welchem das B.G.B. ausgeht. Auch hier wird häufig Regelthatbestand und Ausnahmethatbestand durch die Ausdrucksweise kenntlich gemacht (z. B. es sei denn, daß), um auf diese Weise die Beweislast anzudeuten. Daß die Andeutung in dieser Weise genügt, beweist, daß auch der Gesetzgeber davon ausgeht, daß, wer sich auf die Regel stützt, nur den die Regel rechtfertigenden Thatbestand zu beweisen hat (vgl. auch Neumann, Handausg. zum B.G.B. S. III).

Gegen die aus diesem Grundgedanken hergeleiteten Beweisregeln wird so häufig eingewendet, daß der, der nur den die Regel rechtfertigenden Thatbestand vortrage, nicht vollständig vortrage, indem er die vom anderen Theil behaupteten Momente weglasse, und daß er etwas anderes vortrage, als das vom anderen Theil behauptete Geschäft. Allein es ist schon oben Anm. 48 u. 49 dargethan, daß es ein Gebot der Vollständigkeit nicht giebt, und daß der Einwand des „Andersvortragens" nichtssagend und unstichhaltig ist. Nach keinem dieser beiden Schlagworte richtet sich die Beweislast. Ueber beide gehen die Regeln der Beweislast hinweg. Das ergeben diejenigen Beweisregeln, welche allseitig als richtig anerkannt werden. Behauptet z. B. der Kläger, der Beklagte habe ihm gegenüber eine Bürgschaft übernommen, und wendet der Beklagte ein, die Bürgschaftserklärung sei durch Täuschung des Klägers er-

schlichen, so müßte, wenn das Gebot der Vollständigkeit gälte, der Kläger den Thatbestand so vortragen, daß aus ihm sich ergiebt, er habe den Beklagten nicht getäuscht, und die gleiche Pflicht träfe ihn, wenn der Einwand des „Anders-Vortragens" richtig wäre. Denn daß eine durch Täuschung erschlichene Erklärung und eine von Täuschung freie Erklärung grundverschieden sind, kann wohl nicht bezweifelt werden. Allein in diesen und manchen anderen Fällen hat der die Beweislast, der durch seinen Einwand dem vom anderen Theil vorgetragenen Thatbestande ein Moment hinzufügen, ihn anders darstellen will, um daraus Konsequenzen zu seinen Gunsten herzuleiten. Und der Grund dazu liegt lediglich in dem Fittingschen Grundgedanken: der mangelfreie Abschluß eines Rechtsgeschäfts ist seine gesetzliche Normalgestalt, der Willensmangel ist die gesetzliche Ausnahme. Darum muß der beweisen, der das Unterlaufen eines Willensmangels behauptet.

Nur ein Fall der Anwendung dieses Grundgedankens ist es, wenn derjenige, der sich auf eine gesetzliche Dispositivregel stützt, nicht zu beweisen braucht, daß nichts Abweichendes vereinbart ist, sondern bloß die Essentialien des Geschäfts darzuthun braucht, aus welchem dann die gesetzlichen Rechtsfolgen als normale Begleiterscheinungen von selbst folgen. Die Accidentalien sind Abweichungen von der normalen Gesetzesregel, deshalb muß der sie beweisen, der sie behauptet (vergl. die obigen ausführlichen Darlegungen Anm. 33 ffg.).

Dies vorausgeschickt, muß auch bei der Bedingung angenommen werden, daß, wer sie behauptet, sie beweisen muß. Zwar liegt keine gesetzliche Dispositivvorschrift vor, wonach regelmäßig das glatte unbedingte Geschäft anzunehmen ist, während eine Dispositivvorschrift (§ 271 B.G.B.) das unbefristete Geschäft als die Regel fixirt. Auch kann man eine Bedingung nicht gerade einen Mangel des Rechtsgeschäfts nennen. Diese Anwendungen der Fitting'schen Lehre versagen allerdings. Aber ihr allgemeiner Grundgedanke greift gleichwohl Platz. Denn wenn auch die Hinzufügung einer Bedingung nicht gerade einen Mangel des Rechtsgeschäfts bedeutet, so nimmt sie ihm doch seine normale glatte Beschaffenheit. Nach den allgemeinen Regeln über den Kauf ist der Anspruch des Klägers auf den Kaufpreis begründet, wenn er behauptet und beweist, daß er dem Beklagten ein Pferd für einen gewissen Preis verkauft habe. Macht der Beklagte geltend, er sei trotzdem nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, weil der Kauf unter einer bestimmten, noch schwebenden Bedingung abgeschlossen sei, so beruft er sich auf die Rechtsvorschriften über die Bedingung, welche da, wo sie hindernd eingreifen, die Anwendung jener allgemeinen Rechtsregeln ausnahmsweise nicht gestatten (so mit Recht Fitting a. a. O. S. 55). Bei dieser Erwägung darf der Umstand nicht irreführen, daß die Bedingung ein allgemeines Rechtsinstitut ist, welches sogar in jedem Rechtssystem im allgemeinen Theil vorgetragen wird. Trotz dieses äußerlichen Umstandes ist sie ein Institut, welches jedem einzelnen Rechtsgeschäfte, dem sie hinzugefügt wird, einen besonderen, eigenartigen, von seinem allgemeinen, glatten Aussehen abweichenden Charakter giebt. Sie verändert diejenige Gestalt des Rechtsgeschäfts, welche der Gesetzgeber ihm normalerweise giebt, und auf diesem singulären Charakter beruht die hier vertretene Regelung der Beweislast, wie ja auch die Minderjährigkeit und die Geisteskrankheit im allgemeinen Theile behandelt werden und gleichwohl Ausnahmezustände sind und durch Ausnahmevorschriften geregelt werden und den zum Beweise verpflichten, der sich auf sie beruft.

Wenn gewöhnlich die Beweislast in gegentheiligem Sinne geregelt wird mit dem Hinweise darauf, daß das bedingte Geschäft „ein anderes" sei, wie das unbedingte, so brauchen wir wahrlich nicht mehr viel Worte zu machen, um diesen Einwand zu beseitigen. Es erscheint durch das, was wir oben bei der Befristung (Anm. 49) und soeben (Anm. 57) gesagt haben, genügend abgethan. Daß ein Rechtsgeschäft sich anders gestaltet, wenn eine Bedingung hinzugefügt wird, als wenn sie nicht hinzugefügt wird, entscheidet eben über die Beweislast hier ebensowenig, wie dieser Hinweis auch sonst für die Frage der Beweislast nicht von Bedeutung ist. Auch durch den Einwand der Täuschung stellt sich die Sache anders, auch durch den Einwand der Simulation stellt sie sich wesentlich anders, und doch wird dem, der das ernstliche, mangelfreie Geschäft behauptet, nicht zugemuthet, er solle beweisen, daß keine Täuschung und keine Simulation beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts vorgekommen sei. Mit dem Anderssein ist die Sache auch hier übrigens nicht sehr tragisch zu

nehmen, sonst kommt man zu dem eigenthümlichen Ergebniß, daß die auf das unbedingte Geschäft gestützte Klage in Folge des Einwandes der Bedingung auch dann abgewiesen werden muß, wenn die Bedingung schon eingetreten ist; denn das wäre ja dann ein anderes Geschäft und es läge Klageänderung vor.

Auch der Hinweis darauf, daß der Kläger nicht vollständig vorgetragen habe, wenn er die Bedingung nicht erwähnt und nicht nachweist, daß eine Bedingung nicht vereinbart ist, beseitigt sich hier ebenso wie sonst. Auch das Gebot der Vollständigkeit besteht nicht (vergl. oben Anm. 48 und Anm. 57).

D. **Die Bedeutung der Erfahrungssätze für die Beweislast.** Außer den vorstehenden Beweis- Anm. 58.
regeln giebt es noch mannigfache andere. Wir können sie hier nicht erschöpfend darlegen. Aber hervorheben wollen wir die sogenannten Erfahrungsregeln. Dieselben durchbrechen und durchkreuzen die sonstige Beweisregelung. Ist eine Erscheinung auf Grund der Erfahrungen des Lebens als regelmäßig zu betrachten, so braucht derjenige, der eine solche Erscheinung behauptet, sie nicht zu beweisen. Vielmehr muß der andere Theil beweisen, daß das, was regelmäßig geschieht, im gegebenen Falle ausnahmsweise sich anders zugetragen habe. Es liegt hierin wiederum eine Anwendung der oben erwähnten Fitting'schen Theorie. Der Erfahrungsregel weichen alle anderen Beweisregeln, sie mögen lauten, wie sie wollen. Stölzel (S. VIII) sagt zwar, daß Klagen nicht mit abstrakten Wahrscheinlichkeiten, sondern mit konkreten Wahrheiten zu begründen sind. Aber die Wahrscheinlichkeit bildet eine wichtige Etappe auf dem Wege zur Wahrheit, und derselbe Rechtsgedanke, der dem Erfüllungseide über wahrscheinlich erscheinende Thatsachen zu Grunde liegt, hat zu der Beweisregel geführt, daß, wo eine Thatsache nach den Erfahrungen des Lebens als die normale Erscheinung und deshalb als die wahrscheinliche sich darstellt, der Gegner den Gegenbeweis zu führen hat, daß im gegebenen Falle ausnahmsweise die Sache sich anders zugetragen habe.

Für die Erkenntniß dieser Erfahrungssätze in ihrer Existenz und Anwendung im Anm. 59.
Prozesse hat sich Stein in seiner Schrift „Das private Wissen des Richters" in hohem Grade verdient gemacht. Nur leugnet Stein (S. 36) mit Unrecht, daß die eigentliche Bedeutung der Erfahrungssätze in der Umkehrung der Beweislast liegt. Mit Unrecht hält er diese Formulirung ihrer Bedeutung für unnöthig und gefährlich. In ihr liegt vielmehr ihre eigentliche Bedeutung, und es ist nicht zutreffend, wenn Stein meint, in denjenigen Fällen, wo auf Grund der Erfahrungssätze der Gegenbeweis dem anderen Theil auferlegt wird und mangels Gegenbeweises die dem Erfahrungssatze entsprechende Thatsache der Entscheidung zu Grunde gelegt wird, hätte auch nach § 411 (jetzt 446) C.P.O. die Eideszuschiebung als unzulässig abgelehnt werden können, weil das Gegentheil bereits als bewiesen erachtet sei. Das ist nicht richtig. Die auf Erfahrung beruhenden Thatsachen gelten nicht ohne weiteres als erwiesen, es sei denn, daß es sich um Erfahrungssätze von so intensiver Bedeutung handelt, daß das Gegentheil als möglich überhaupt ausgeschlossen erscheint. Aber um solche Erfahrungssätze handelt es sich bei uns und bei Stein nicht, sondern nur um solche, die eine gewisse Erscheinung als regelmäßig, das Gegentheil zwar auch für möglich, aber für unregelmäßig und daher als anormale Erscheinung erscheinen lassen. In solchem Falle ist die dem Erfahrungssatze entsprechende Thatsache zwar nicht für voll bewiesen zu achten, aber weil sie das Regelmäßige darstellt, fordert das Gericht von dem anderen Theil den Gegenbeweis, daß sich im gegebenen Falle die Sache anders zugetragen habe, und wenn er diesen nicht führt, so zieht es die aus jeder Beweisregel zu ziehende Konsequenz und legt demzufolge nunmehr die der Erfahrungsregel entsprechende Behauptung seiner Entscheidung zu Grunde. Die Eideszuschiebung über das Gegentheil kann aber, wenn sie nur sonst nach Lage der Sache zulässig erscheint, wie der Gegenbeweis überhaupt, in solchem Falle nicht abgelehnt werden.

An einzelnen Beispielen soll diese unsere Auffassung erläutert werden. Anm. 60.

Ein Agent verlangte Provision von dem ganzen Betrage des von ihm vermittelten Geschäfts, obwohl der Prinzipal sich mit dem Kunden verglichen und dabei seinen ganzen

Verdienst eingebüßt hatte. Das Reichsgericht sprach den Anspruch auf Provision ab mit folgender Begründung: „Hat der Prinzipal sich verglichen, so muß der Agent den Vergleich gegen sich gelten lassen. Es liegt auf der Hand, daß der Prinzipal ohne dringende Gründe den Vergleich nicht abgeschlossen haben würde, und ohne stringenten Gegenbeweis kann nichts anderes angenommen werden, als daß er den Vergleich abgeschlossen hat, um von seiner unsicheren Forderung zu retten, was möglich ist" (R.G. vom 6. Juni 1898 im Sächsischen Archiv 9 S. 448). Für das Reichsgericht liegt es also „auf der Hand", daß sich ein Kaufmann aus dem vernünftigen Grunde vergleicht, weil er mehr nicht erzielen kann. Das bedeutet: nach den Erfahrungen des Lebens ist dies regelmäßig der Grund des Vergleichs. Das braucht allerdings nicht immer der Fall zu sein. Es kann sein, daß ausnahmsweise der Fall anders liegt. Dann aber müßte der andere Theil dies gegenbeweislich darthun. Derjenige Thatbestand, der der Lebenserfahrung entspricht, wird also auch im gegebenen Falle als vorhanden angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt, wenn nicht der andere Theil den ihm offen gelassenen Gegenbeweis, daß sich die Sache dieses Mal anders zugetragen hat, führt. Führt er ihn, so wird danach entschieden; führt er ihn nicht oder tritt er ihn garnicht an, so treffen ihn diejenigen Folgen, die sich stets daran knüpfen, wenn jemand den ihm obliegenden Beweis nicht führt: es wird angenommen, daß sich die Sache im vorliegenden Falle nicht anders zugetragen habe. Ein anderes Beispiel: von dem auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagenden Käufer wird nicht der Beweis gefordert, daß er, wenn er die Waare erhalten hätte, auch Gelegenheit gefunden haben würde, sie weiter zu verkaufen (R.G. 4 S. 3). Denn nach den Erfahrungen des Lebens ist solche Verkaufsgelegenheit regelmäßig vorhanden. Auf Grund dieser Erfahrung des Lebens wird auch in dem einzelnen zur Entscheidung stehenden Falle angenommen, daß sich Verkaufsgelegenheit geboten haben würde, wenn nicht etwa der andere Theil beweist, daß sich im vorliegenden Fall aus besonderen Gründen ausnahmsweise eine solche Gelegenheit nicht gefunden haben würde.

Ein anderes Beispiel: Wer einen Schuldschein produzirt, braucht nicht zu beweisen, daß er ihm ausgehändigt wurde; vielmehr wird auf Grund der Erfahrungen des Lebens angenommen, daß hier, wie sonst gewöhnlich, der Besitz auf Übergabe beruht (R.G. 15 S. 218), wenn nicht etwa der andere Theil beweist, daß sich die Sache hier anders zugetragen habe. Die gleichen Anschauungen sind im R.G. 25 S. 77 niedergelegt.

Anm. 61. Ein weiteres vorzügliches Beispiel liefert Stölzel S. 142, indem er auf den Kauf eines Theaterbillets hinweist. Während sonst immer derjenige, der die Zahlung behauptet, sie beweisen muß, wird niemand leugnen können, daß, wenn ein Theaterdirektor den Preis eines Billets einklagt, er beweisen muß, daß das Billet im vorliegenden Falle ohne Bezahlung ausgefolgt wurde. Warum ist, fragt Stölzel S. 142, in diesem Falle eine Ausnahme von dem allgemeinen Satze zu machen, daß die Berufung auf stattgehabte Zahlung eine Einrede sei, die derjenige zu beweisen habe, welcher die Zahlung behauptet? Und Stölzel giebt darauf die zutreffende Antwort: „Aus den natürlichen Verkehrsverhältnissen ergiebt sich, daß man ein Theaterbillet nicht in die Hand bekommt, ohne gezahlt zu haben; denn es erfolgt regelmäßig die Zahlung vor der Aushändigung des Billets." Eigenthümlicherweise will nun allerdings Stölzel trotzdem nicht zugeben, daß er unsere Ansicht über die Bedeutung der Lebenserfahrungen für die Beweislast theilt. Im schroffen Widerspruch mit den eben citirten zutreffenden Ausführungen von den natürlichen Verkehrsverhältnissen meint er, nicht diese begründen die Umkehrung der Beweislast, sondern der Umstand, daß das Billet eine Quittung sei, den in der Quittung liegenden Beweis habe der Theaterdirektor zu zerstören. Aber wenn das Billet eine Quittung wäre, so wäre es nichts Auffallendes und nichts Besonderes, daß es den Beweis der Zahlung liefert — denn das ist das Wesen der Quittung — und man brauchte nicht „die natürlichen Lebensverhältnisse" heranzuziehen, um dem Theaterdirektor den Beweis, daß nicht gezahlt sei, aufzuerlegen. Aber daß das Billet keine Quittung ist, kann doch wohl nicht bezweifelt werden. Wir bringen hier mehrere Theaterbillete zum Abdruck:

Metropol-Theater.		Berliner Theater Charlottenstrasse 90-92.		Neues Theater Am Schiffbauerdamm.	
Balkon-Fauteuil links Reihe 3	Sitz No. 2	PARQUET rechts. 5. Reihe	Platz No. 55	I. Rang Fauteuil rechts Reihe 1	Sitz No. 4
Sonntag, 9. October 98.		Sonnabend 9. April 98.		Sonntag 2. October 98.	

Hiermit vergleiche man die Definition einer Quittung, die unser treffliches Landrecht giebt:

§ 86, I, 16 A.L.R. sagt:

„Wer Zahlung geleistet hat, ist Quittung, das heißt ein schriftliches Bekenntniß der empfangenen Zahlung, von dem Gläubiger zu fordern berechtigt."

§ 87 a. a. O. sagt:

„Zu einer vollständigen Quittung gehört: 1. die Beschreibung oder Benennung der getilgten Schuld, 2. die Benennung des gewesenen Schuldners, 3. die Angabe der Zeit und des Orts, wo die Zahlung geschehen, 4. die Unterschrift des Gläubigers oder sonst gesetzmäßig legitimirten Empfängers."

Ein Vergleich dieser Begriffsbestimmung mit den obigen Theaterbilleten ergiebt, daß die Letzteren auch nicht ein einziges Erforderniß der Quittung enthalten. Also sind sie keine Quittungen, sondern es hat nur, wer ein Theaterbillet produzirt, für seine Behauptung der Zahlung ebensoviel dargethan, wie wenn er eine Quittung produzirt hätte. Und das beruht darauf, daß nach den natürlichen Verkehrsverhältnissen das Billet ohne Zahlung regelmäßig nicht ausgehändigt wird. Deshalb wird in jedem einzelnen Falle angenommen, daß sich das Regelmäßige auch hier ereignet hat, wenn der andere Theil nicht beweist, daß es sich im vorliegenden Falle anders zugetragen hat.

An einer andern Stelle (S. 161) erklärt Stölzel, der unsere Lehre von dem Einfluß der Erfahrungssätze auf die Beweislast nicht gelten lassen will, jene Umkehrung der Beweislast im Falle des Billetkaufs damit, daß der Kläger in diesem Falle „ein Verhältniß angeführt hat, aus welchem eine Forderung gar nicht erwächst". Auch das ist nicht zutreffend. Denn daß aus solchem Verhältniß eine Forderung „gar nicht" erwächst, kann nicht gesagt werden. Im Gegentheil entsteht durch den Kauf und die Aushändigung eines Theaterbillets stets ein Anspruch auf Zahlung. Nur wird derselbe erfahrungsgemäß in der Regel sofort befriedigt, und deßhalb hat der Theaterdirektor den Beweis zu führen, wenn er behauptet, daß dies ausnahmsweise einmal nicht geschehen sei.

So spielen die aus der Erfahrung hergeleiteten Beweisregeln im Prozesse eine große Anm. 62.
Rolle und sie durchbrechen alle sonstigen Regeln der Beweislast. Mag sonst auf Grund der gesetzlichen Regel der Kläger, der den Kaufpreis sofort fordert, von der Beweislast befreit werden und der Beklagte, der die Befristung behauptet, diese beweisen müssen, so ist doch, wenn (durch Beweis oder Geständniß) feststeht, daß in einer bestimmten Branche gewöhnlich ein 6-monatliches Ziel bewilligt wird, die Beweislast umgekehrt. Dann hat der Kläger zu beweisen, daß in diesem Falle ein solches Ziel nicht bewilligt ist. Und so lassen sich die Fälle in das Unbegrenzte mehren.

Nur darauf soll noch hingewiesen werden, daß diese Erfahrungssätze nicht nothwendig auf allgemeiner Erfahrung zu beruhen brauchen. Sie können sich auch auf den Verkehr zwischen bestimmten Personen, z. B. zwischen den Parteien, erstrecken. Hat jahraus jahrein der Bierabnehmer die Fässer jedesmal nach der Empfangnahme der Sendung zurückgeschickt, so wird, wenn der Bierverkäufer plötzlich eine Anzahl Bierfässer reklamirt, er seine Klage nicht genügend damit begründen, daß er dem Bierabnehmer so und so viel Fässer im Laufe der Jahre zugesendet habe, und etwa dem Beklagten überlassen, darzuthun und zu beweisen, wie viel er dem Verkäufer zurückgeschickt habe. Er wird vielmehr beweisen müssen, daß ihm bei dieser oder jener Sendung nur so und so viel Fässer zurückgeschickt worden sind und nicht mehr.

Anm. 63. E. **Endlich ist zu bemerken, daß mit den Fragen der Beweislast nicht zu verwechseln ist die freie richterliche Ueberzeugung** (Bolze 12 Nr. 51). Sie greift nicht bloß Platz bei der Würdigung der nach den Regeln der Beweislast erforderten und erhobenen Beweise, sondern auch bei Würdigung der Behauptungen.

V. Die Stellung des Weibes im Handelsrecht.

A. **Die Stellung der Frau im Handelsrecht im Allgemeinen. Insbesondere die unverheirathete Frau.**

Anm. 64. Das Geschlecht als solches begründet nach dem neuen Recht in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit keinen Unterschied zwischen Männern und Weibern. Das ist im B.G.B. zwar nicht ausgesprochen, aber daraus zu entnehmen, daß das Gesetzbuch keine Beschränkungen nach dieser Richtung kennt. Demgemäß ist die Frau, insbesondere die unverheirathete, die wir hier zunächst im Auge haben, durch ihr weibliches Geschlecht nicht gehindert, sich durch Verträge zu verpflichten; daraus folgt ihre Fähigkeit, ein Gewerbe und insbesondere ein Handelsgewerbe selbstständig zu betreiben. Demgemäß brauchte auch das H.G.B. nicht, wie früher Art. 6, durch eine besondere Vorschrift auszusprechen, daß auch Frauen selbstständig ein Handelsgewerbe betreiben, Handelsfrauen sein können. Es gilt auch ohne solche Vorschrift der Satz: Eine Frau, welche ein Handelsgewerbe betreibt, hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns. Auf besondere Rechtswohlthaten kann sie sich schon deshalb nicht berufen, weil das neue bürgerliche Recht besondere Rechtswohlthaten für Frauen nicht kennt. Aber andrerseits sind die Weiber auch nicht besser gestellt, als die Männer. Vielmehr finden die Vorschriften über Minderjährigkeit, väterliche Gewalt u. s. w. auf sie ebenso Anwendung, wie auf die Männer (R.G. vom 10. Febr. 1897 in J.W. S. 167 u. 168). Vergl. daher für den Fall der Minderjährigkeit der Handelsfrau Anm. 10 u. 11 zu § 1.

Der Ausdruck Handelsfrau ist denn auch im H.G.B. nicht erwähnt, wohl aber im Börsengesetz in seiner neuen Fassung (§ 58 Abs. 2 des Börsengesetzes auf Grund des E.G. zum H.G.B. Art. 14 Nr. III).

B. **Insbesondere die Ehefrau als Handelsfrau.**

Anm. 65. 1. **Die Ehefrau wird dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, Handelsfrau (Kaufmann).** Daß ihr weibliches Geschlecht kein Hinderniß ist, ein Handelsgewerbe zu betreiben und demgemäß Handelsfrau zu sein, folgt aus dem zu A. Gesagten. Aber auch der Umstand, daß sie verheirathet ist, bildet kein Hinderniß. Das alte H.G.B. hatte hier im Art. 7 die Sonderbestimmung, daß eine Ehefrau, um Handelsfrau zu sein, der Einwilligung ihres Ehemannes bedurfte, der die ertheilte Einwilligung auch zurücknehmen und dadurch die Kaufmannsqualität seiner Ehefrau beseitigen konnte. Ohne die Einwilligung des Ehemannes war sie nicht Handelsfrau und hatte sie nicht die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns, auch wenn sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betrieb. Nach dem neuen H.G.B. gilt dies nicht. Schweigend beseitigt das neue H.G.B. jene Sonderbestimmung des alten H.G.B. Infolgedessen gilt für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, dasselbe, wie für die Fähigkeit der Ehefrau, ein Gewerbe überhaupt zu betreiben und dadurch Gewerbefrau zu werden. Nach dem B.G.B. aber besitzt die Ehefrau die Fähigkeit, ein Gewerbe zu betreiben, auch ohne die Genehmigung des Mannes. Dies ist zwar im B.G.B. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es folgt daraus, daß die Ehefrau sich selbstständig ohne Zustimmung des Ehemannes durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann (§ 1399 B.G.B.). Dem Gesetzgeber erschien diese Konsequenz so unzweifelhaft, daß er den § 11 Abs. 2 der Gewerbeordnung, der die Befugniß der Ehefrau zum selbstständigen Gewerbebetrieb ausdrücklich aussprach, als überflüssig aufhob (Art. 36 I E.G. zum B.G.B.).

Anm. 66. Hieraus folgt: Wenn Art. 7 des alten H.G.B. bestimmte: eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein, so gilt jetzt das gerade Gegentheil: eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau sein. Dadurch allein, daß sie ein Handelsgewerbe betreibt, wird sie Handelsfrau und

überkommt dadurch alle Rechte und Pflichten eines Kaufmanns, gleichgiltig, ob sie dies mit Zustimmung ihres Mannes oder eigenmächtig thut. Im Falle des § 2 muß die Eintragung hinzukommen, und ferner gilt sie gemäß § 5 als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann, wenn sie irgend ein Gewerbe betreibt und eingetragen wird, und auch die von uns im Exkurse zu § 5 aufgestellten Grundsätze über die Geltung als Kaufmann in Folge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann beziehen sich auf die Ehefrau.

Die Frage, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes Anm. 67.
ein Handelsgewerbe betreibt, ist also für ihre Kaufmannsqualität ohne Bedeutung, so daß also z. B. der Registerrichter die von der Ehefrau beantragte Eintragung ihrer Firma von der Zustimmung ihres Ehemannes nicht abhängig machen kann. Desgleichen ist diese Frage ohne Bedeutung für die Giltigkeit der im Betriebe des Handelsgewerbes übernommenen Verpflichtungen, insbesondere auch in den Fällen, wo für Kaufleute besondere Formfreiheitsvorschriften bestehen, (vgl § 350) und erschwerende materielle Vorschriften (z. B. der Ausschluß der Herabsetzung einer Konventionalstrafe nach § 348). Denn auf der Giltigkeit dieser Verpflichtungen, auf der Möglichkeit, sich selbstständig ohne Genehmigung des Mannes zu verpflichten, beruht ja gerade, wie oben gezeigt, die Fähigkeit der Ehefrau, auch ohne Genehmigung des Mannes ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden. Wohl aber ist die Frage, ob eigenmächtig oder mit Zustimmung, in anderer Hinsicht wichtig, insbesondere für die Wirksamkeit der Verpflichtungen in Bezug auf das Ehegut und für die Mitverantwortlichkeit des Mannes (vgl. Anm 68 ffg. u. Anm. 82). Wegen der Buchführungspflicht siehe zu § 38.

2. **Die Giltigkeit und Wirksamkeit der im Handelsbetriebe der Ehefrau entstehenden Verpflichtungen.** Anm. 68.
Darauf, daß die Ehefrau weder durch ihr weibliches Geschlecht, noch durch ihre Verheirathung die Fähigkeit einbüßt, sich selbstständig zu verpflichten, beruht ihre Fähigkeit, auch ohne Genehmigung des Ehemannes selbstständig ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden. Die Verpflichtungen, welche sie im Handelsbetriebe eingeht, sind also an sich giltig.

Aber mit der abstrakten Giltigkeit der Verpflichtung ist den Gläubigern wenig ge- Anm. 69.
holfen. **Es fragt sich, in welche Vermögensstücke den Gläubigern wegen der Handelsschulden der Ehefrau der Zugriff gestattet ist.** In dieser Beziehung wird der Umstand wichtig, ob der Gewerbebetrieb mit Zustimmung des Mannes erfolgt oder nicht.

Wenn nämlich die Ehefrau eigenmächtig das Gewerbe betreibt, so haftet lediglich ihr vorbehaltenes Vermögen für die im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten. Ein Zugriff in das eingebrachte Gut oder in das gütergemeinschaftliche Vermögen wegen der Geschäftsverbindlichkeiten ist unzulässig, einen gleichwohl erfolgten Zugriffsversuch kann der Mann durch die Interventionsklage nach § 771 C.P.O. abschlagen.[1]) Wenn er dagegen seine Zustimmung zum Handelsbetriebe giebt, so haftet nicht bloß das vorbehaltene Vermögen der Frau, sondern auch ihr eingebrachtes Gut (§§ 1412, 1405 B.G.B.) und auch das Gesammtgut bei bestehender Gütergemeinschaft (§§ 1452, 1459 Abs. 1, 1460, 1532 1549 B.G.B.).

Das gilt für alle diejenigen Verbindlichkeiten, die sich aus Rechtsgeschäften, Anm. 70.
welche der konsentirte Geschäftsbetrieb mit sich bringt, ergeben und ferner für solche, welche entstehen in Folge eines zu solchem Erwerbsgeschäft gehörigen Rechts oder des Besitzes einer dazu gehörigen Sache (§§ 1405, 1414, 1462, 1533). Es ist nicht, wie bei der Prokura (§ 49 Abs. 1), von allen Rechtsgeschäften die Rede, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, sondern welche der Geschäftsbetrieb, also der betreffende Geschäftsbetrieb mit sich bringt, zu welchem nach Lage der Sache der Mann als konsentirend betrachtet werden muß. Es ist aber andrerseits nicht bloß von solchen Geschäften die Rede, die der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt,

---

[1]) Im Falle eigenmächtigen Betriebes ist daher besonders wichtig die Frage, welche zum Handelsvermögen gehörigen Gegenstände Vorbehaltsgut der Frau sind; hierüber Anm. 72 ffg.

wie bei der Handlungsvollmacht nach § 54, so daß also auch außerordentliche Rechtshandlungen, wenn sie nur im Rahmen des betreffenden Handelsgewerbes liegen, getroffen sind. — Für die Frage der Zugehörigkeit ist anwendbar § 343 H.G.B., auch die Vermuthung des § 344 und sogar auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 (vgl. Planck Anm. 4 zu § 1405 B.G.B.; vgl. unsere Erläuterung zu § 344 H.G.B.).

Ueber die Frage, wann die Einwilligung des Ehemannes in den Handelsbetrieb vorliegt, s. unten Anm. 84.

Anm. 71. 3. **Die dinglichen Verfügungen der Ehefrau im Handelsbetriebe.** Auch für diese Frage ist es wichtig, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Ehemannes das Gewerbe betreibt. Betreibt sie es eigenmächtig, so sind ihre Verfügungen nur in Ansehung ihres vorbehaltenen Vermögens wirksam. Dem Ehemann gegenüber sind sie ungiltig und sie haben deshalb keine Wirkung auf die zum eingebrachten Gute und auf die zum Gesammtgute gehörenden Gegenstände. Denn zur Verfügung über eingebrachtes Gut bedarf sie nach § 1395 B.G.B. der Genehmigung des Mannes, und das Gesammtgut bei bestehender Gütergemeinschaft untersteht lediglich der Verwaltung des Mannes (§ 1443 B.G.B.). — Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Einwilligung des Mannes, so sind ihre dinglichen Verfügungen auch giltig in Ansehung ihres eingebrachten Gutes (§§ 1395, 1405 B.G.B.) und ebenso über gütergemeinschaftliches Vermögen (Cosack S. 53), letzteres deshalb, weil in der Ertheilung der Einwilligung zum selbstständigen Betriebe eines Handelsgewerbes eine Verwaltungshandlung des Mannes über das gütergemeinschaftliche Vermögen des Inhalts liegt, daß die Frau auch über gütergemeinschaftliches Vermögen insoweit verfügen darf, als dies der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (vergl. § 185 B.G.B.).

Der gutgläubige Erwerber ist geschützt nach §§ 932 ffg. B.G.B. § 366 H.G.B.

Anm. 72. 4. **Die Rechte der Ehefrau an dem zum Handelsgewerbe gehörigen Vermögen.**

a) Diejenigen Gegenstände, mit welchen die Ehefrau das Handelsgewerbe beginnt, können ihr Vorbehaltsgut oder ihr eingebrachtes Vermögen oder auch gemeinschaftliches Vermögen sein. Man wird auch nicht mit Düringer und Hachenburg I S. 11 berechtigt sein, das Geschäftsvermögen einer sich verheirathenden Frau eo ipso zum vorbehaltenen Gut zu erklären, weil auch ihr „Arbeitsgeräth" im § 1366 B.G.B. zum vorbehaltenen Gut erklärt sei. Eine ausdehnende Auslegung ist hier nicht statthaft, da es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt. Denn die Regel bildet der Charakter des Frauenvermögens als eingebrachtes Gut (vgl. § 1363 B.G.B.). Auch dadurch, daß der Mann in stehender Ehe eingebrachtes Gut oder Gesammtgut zu dem Zwecke des Geschäftsbetriebes der Frau überläßt, verliert es nicht die Eigenschaft des eingebrachten oder des Gesammtguts. Die zum Geschäftsvermögen gehörigen Gegenstände können daher in buntem Gemenge Gegenstände enthalten, die den verschiedensten güterrechtlichen Charakter tragen (Cosack S. 56). Dieser verschiedene Charakter ist dann wichtig, wenn die Ehefrau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt. Denn in diesem Falle haftet das Vermögen den Gläubigern nur, insoweit es vorbehaltenes ist (vergl. oben Anm. 69). Wenn sie aber mit Einwilligung des Mannes das Handelsgewerbe betreibt, so ist jener verschiedene Charakter deshalb unerheblich, weil in diesem Falle auch das eingebrachte Gut und das Gesammtgut den Gläubigern haftet (vergl. oben Anm. 69). Auch wegen der Giltigkeit der dinglichen Verfügungen ist dieser Unterschied im Falle eigenmächtigen Betriebes wichtig (vergl. Anm. 71).

Anm. 73 b) Was die Frau durch den Betrieb des Erwerbsgeschäfts erwirbt, wird bei gesetzlichem Güterrecht stets ihr vorbehaltenes Gut, also auch dann, wenn die Grundlage des Geschäftsbetriebes eingebrachtes Gut war (§ 1367 B.G.B.), bei allgemeiner Gütergemeinschaft gehört das Vermögen, das die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt, zum Gesammtgute (§ 1438 B.G.B.), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit Hilfe von vorbehaltenem Vermögen betreibt; in diesem Falle gehört zum Vorbehaltsgut alles, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft, welches sich auf das Vorbehaltsgut

bezieht oder als Ersatz für einen zum Vorbehaltsgut gehörigen Gegenstand erwirbt (§ 1440 Abs. 2, 1370 B.G.B.), bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird alles, was die Frau erwirbt, gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (§ 1519 B.G.B.), insbesondere auch der Erwerb aus dem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts (§ 1524 Satz 2 B.G.B.), für die Fahrnißgemeinschaft gilt dasselbe, wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1549, 1554 B.G.B.).

Gleichgiltig ist hierbei, ob sie das Erwerbsgeschäft eigenmächtig oder mit Einwilligung ihres Ehemanns betreibt. Es genügt, daß sie die Inhaberin des Geschäfts ist, damit der solchergestalt gemachte Erwerb bei gesetzlichem Güterrecht ihr vorbehaltenes Vermögen wird. Anm. 74.

Dabei darf auch nicht, wie dies Cosack S. 56 und 51 thut, daraus, daß § 1367 B.G.B. von dem „selbstständigen" Betriebe eines Erwerbsgeschäfts spricht, geschlossen werden, daß bei gesetzlichem Güterrecht die im konsentirten Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenstände nur dann Vorbehaltsgut der Frau werden, wenn die Frau selbstständig, d. h., wie Cosack meint, nicht unter der Oberleitung des Mannes, sondern unter eigener Leitung das Gewerbe betreibt. Dieser ganz besondere Unterschied der „selbstständigen" mit Einwilligung des Mannes handeltreibenden Ehefrau von der „unselbstständigen", in deren Namen der Mann kraft seines Verwaltungsrechts und unter seiner Oberleitung das Gewerbe betreibt, kann nicht anerkannt werden. Unter dem selbstständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ist im § 1367 B.G.B., wie in den übrigen einschlägigen Stellen (§§ 1405, 1414, 1462 B.G.B.) nichts weiter als der juristisch selbstständige Betrieb verstanden, d. h. der Betrieb im Namen der Ehefrau. Geschieht derselbe mit Einwilligung des Mannes, so betreibt sie mit seiner Einwilligung selbstständig ein Erwerbsgeschäft. Der Mann kann auf Grund seines Verwaltungsrechts das Gewerbe im Namen der Frau überhaupt nicht betreiben, da er kraft seines Verwaltungsrechts nicht in der Lage ist, die Frau durch seine Verwaltungshandlungen persönlich zu verpflichten (§§ 1375 und 1443 Abs. 2 B.G.B.). Soll er hierzu in die Lage versetzt werden, so muß ihm die Frau besondere Vollmacht dazu ertheilen (so auch Engelmann im Staudinger'schen Kommentar Bd. 4 S. 111). Dann aber hat er die Rechtsstellung eines Bevollmächtigten und die Frau ist Prinzipalin und betreibt eben das Handelsgewerbe selbstständig, wenn auch mit Zustimmung des Mannes. Die unselbstständige Handelsfrau im Sinne Cosack's giebt es hiernach nicht. Die gleiche Auffassung geht auch aus den §§ 1414 und 1462 B.G.B. hervor, die sich offensichtlich auf jede mit Genehmigung des Mannes handeltreibende Ehefrau beziehen, gleichviel, ob der Mann die „Oberleitung" hat oder nicht. Und endlich stimmt diese Auffassung auch mit den Anschauungen der Reichstagskommission des B.G.B. (S. 134) überein, wonach „der selbstständige Betrieb der Frau den Gegensatz zu ihrer Thätigkeit als Gehilfin des Mannes in dem von diesem betriebenen Geschäfte bilden sollte".

Gleichgiltig ist hier überall auch, ob sie Alleininhaberin des Geschäfts ist oder Gesellschafterin, wenn nur der Begriff des selbstständigen Betriebes vorliegt. Dieses Requisit liegt vor, wenn sie offene Gesellschafterin einer o. H.G. oder einer einfachen Kommanditgesellschaft wird. Es liegt nicht vor, wenn sie Kommanditistin ist (es folgt dies aus der rechtlichen Stellung des Kommanditisten, die ihn nach unserer Auffassung nicht zum Kaufmann macht, vergl. zu § 1; auch die Reichstagskommission S. 134 theilt hier diese Auffassung), auch dann nicht, wenn sie stille Gesellschafterin ist; nach unserer Ansicht aber auch dann nicht, wenn sie Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist (auch diese betreibt das Handelsgewerbe nicht selbstständig und ist nicht Kaufmann, wie dies erst bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien näher ausgeführt werden kann). Anm. 75.

Zum Erwerb der Frau im Sinne dieser Ausführungen gehört nicht bloß der Reingewinn des Geschäftes, sondern es gehören dazu alle einzelnen im Geschäftsbetriebe erworbenen Vermögensstücke (Cosack S. 56), insbesondere auch die durch den Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Forderungen. Anm. 76.

Anm. 77. 5. **Die Handelsehefrau im Prozesse.**

a) Jede Ehefrau, also auch jede Gewerbefrau und also auch jede Handelsfrau, ist ohne weiteres prozeßfähig. Denn jede Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann (§ 52 C.P.O.) und die Ehefrau kann sich nach dem B.G.B. unbeschränkt durch Verträge verpflichten (vergl. oben Anm. 65). Ueberdies fügt § 52 C.P.O. noch zur Erhöhung der Klarheit hinzu, daß die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt ist.

Es macht hierbei natürlich keinen Unterschied, ob die Ehefrau eigenmächtig oder mit Zustimmung des Ehemannes das Handelsgewerbe betreibt.

Anm. 78. **Gleichwohl ist die Frage, ob der Mann den Handelsbetrieb genehmigt hat oder nicht, aus anderen Gründen von erheblicher prozessualischer Wichtigkeit.**

α) Es ist dies wichtig für die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau, die ja das praktische Endziel des gegen die Ehefrau geführten Prozesses ist. Zwar zur Zwangsvollstreckung in das vorbehaltene Gut genügt in jedem Falle ein gegen die Ehefrau erlassenes Urtheil. Und auch zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesammtgut genügt, wenn die Ehefrau selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, grundsätzlich ein gegen die Frau erlassenes Urtheil (§ 741 C.P.O.).

Allein hier greifen zwei Einschränkungen Platz:

Anm. 79. Erstens. Wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau angestellten Prozesses der Ehemann seine Genehmigung zum Gewerbebetriebe offenkundig versagt hat (über den Begriff der offenkundigen Versagung s. unten Anm. 84), so ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut und in das Gesammtgut die Verurtheilung der Ehefrau allein nicht genügend. Vielmehr muß in diesem Falle außerdem der Ehemann verurtheilt sein, und zwar, wenn es sich um die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut handelt, zur Duldung der Zwangsvollstreckung in dasselbe (§§ 741, 739, 740 C.P.O.). Die Klage gegen den Ehemann wird damit begründet, daß der Mann entweder das einzelne Geschäft genehmigt hat oder daß die Schuld entstanden war zu einer Zeit, wo der Ehemann seine Genehmigung noch nicht oder noch nicht offenkundig versagt hatte. Bemerkt mag hier übrigens werden, daß die Klage gegen die Ehefrau auch ohne die gleichzeitige Klage gegen den Mann zulässig ist (vergl. R.G. 39 S. 309), die Frau kann daraus keinen Klageabweisungsgrund herleiten, es hat das nur mit der Zwangsvollstreckung zu thun, und auch nur in Ansehung der Wirksamkeit des Urtheils gegenüber dem Manne: der Mann kann, wenn ohne seine Mitverurtheilung in das eingebrachte Gut oder in das Gesammtgut vollstreckt wird, Beschwerde gegen die Art der Zwangsvollstreckung nach § 766 C.P.O. erheben.

Anm. 80. Zweitens. Wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit des gegen die Ehefrau angestellten Prozesses der Mann seine Genehmigung nicht offenkundig versagt hatte, so ist zwar, wie eben gezeigt, ein gegen die Ehefrau erlassenes Urtheil zur Zwangsvollstreckung auch in das eingebrachte und in das Gesammtgut genügend. Der Mann kann gegen eine Zwangsvollstreckung aus solchem Schuldtitel selbst dann keine Beschwerde erheben, wenn er die Verurtheilung gegen sich nicht gelten zu lassen braucht, indem er zur Zeit, als die Schuld entstand, gegen den Gewerbebetrieb offenkundig Einspruch erhoben hatte. Zwar ist das Urtheil in diesem Falle materiell gegen ihn nicht wirksam (§§ 1400, 1443 B.G.B.), allein zunächst ist die Zwangsvollstreckung zulässig, und geholfen wird dem Manne nur dadurch, daß er gegen die Zwangsvollstreckung durch Interventionsklage Widerspruch erheben kann (§§ 774, 771 C.P.O.).

Anm. 81. β) Auch für die Aktivlegitimation der Ehefrau und für die Wirkung des Urtheils gegen den Mann ist es von Wichtigkeit, ob der Mann seine Zustimmung zum Handelsbetriebe ertheilt hat oder nicht. Zwar ihre Prozeßfähigkeit besteht, auch wenn sie eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt (vgl. oben Anm. 77) und

Rechte, die zum vorbehaltenen Gut gehören, kann sie selbstständig einklagen. Also kann sie alle im Geschäftsbetriebe erworbenen Forderungen selbstständig einklagen (vgl. oben Anm. 76). Allein sie kann in diesem Falle ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht im Wege der Klage ohne besondere Zustimmung des Mannes nicht geltend machen (§ 1400 Abs. 2 B.G.B.), und, wie wir oben Anm. 72 gesehen haben, können sich auch im Geschäftsvermögen einer Handelsfrau Rechte befinden, die zum eingebrachten Gute gehören. Einer trotzdem erhobenen Klage würde der Einwand mangelnder Sachlegitimation entgegengestellt werden können. Führt die eigenmächtige Handelsfrau einen sonstigen aktiven Rechtsstreit ohne Zustimmung des Mannes, so ist sein Ergebniß, obgleich die Frau insoweit prozeßfähig und sachlich legitimirt ist, dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam (§ 1400 Abs. 1 B.G.B.), und wenn auf Grund desselben eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesammtgut erfolgt (z. B. wegen der festgesetzten Kosten), so steht ihm die Interventionsklage zu (§ 774 C.P.O.).

Betreibt sie dagegen das Gewerbe mit Zustimmung des Mannes, so ist seine Zustimmung zu allen solchen Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Er muß sie also alle gegen sich gelten lassen ohne besondere Zustimmung und der Gegner kann die mangelnde Zustimmung nicht einwenden. (§ 1405 B.G.B.).

6. **Haftet auch der Mann aus den Gewerbeverbindlichkeiten seiner Frau?** Das ist glatt zu verneinen, wenn die Frau eigenmächtig das Handelsgewerbe betreibt. Wenn sie es aber mit seiner Zustimmung betreibt, so haftet er im Falle des gesetzlichen Güterrechts nicht, wohl aber haftet er im Falle der Gütergemeinschaft für solche Schulden als Gesammtschuldner (§§ 1459, 1452, 1405, 1435, 1460, 1530 Abs. 2; 1532; 1519 Abs. 2; 1549 B.G.B.), also auch persönlich mit seinem eigenen Vermögen. Anm. 82.

7. **Näheres über das Erforderniß der Einwilligung des Mannes in den Handelsbetrieb der Ehefrau.** Anm. 83.

a) Die Einwilligung braucht nicht vom Ehemann persönlich zu erfolgen; wenn er geschäftsunfähig ist, ertheilt sie sein Vormund oder Pfleger (§§ 1409, 1915 B.G.B.; Cosack S. 54). Aber eine Ersetzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht giebt es nicht (vgl. unten Anm. 89). Ist der Mann abwesend, so kann der Frau nur geholfen werden durch Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Ehemann. (Cosack S. 54.) Ist die Frau selbst die Vormünderin ihres Mannes, so bedarf sie der Einwilligung nicht; dann ist sie selbstständig (§§ 1426 ff.; 1409 B.G.B.; Cosack S. 54).

b) Die Form der Einwilligung bezw. Versagung derselben. Die Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen oder in konkludenter Weise. Die konkludente Einwilligung besteht insbesondere darin, daß die Frau mit Wissen — wissen müssen genügt nicht — und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. Dieser Einspruch muß aber, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, entweder dem Dritten bekannt oder in das Güterrechtsregister eingetragen sein, und zwar hier, wo es sich um eine Handelsfrau handelt, nicht bloß in das Güterrechtsregister am Wohnsitze des Mannes, sondern auch an dem Orte der Hauptniederlassung der Frau, wenn dieser von dem Wohnsitze des Mannes verschieden ist (§§ 1405, 1435, 1452, 1519, 1549 B.G.B., Art. 4 E.G. zum H.G.B.). Das Gleiche gilt vom Widerruf der Genehmigung (§ 1405 Abs. 3 B.G.B.). Ist die Versagung des Konsenses nicht in dieser Weise offenkundig (also entweder dem Dritten bekannt oder eingetragen), so gilt sie dem Dritten gegenüber nicht. Es liegt dann insoweit Handelsbetrieb ohne Einspruch vor. Anm. 84.

Mit dieser Vorschrift ist allen billigen Anforderungen des Verkehrs Genüge geschehen. Es ist allerdings richtig, daß hiernach eine konkludente Einwilligung nur dann vorhanden ist, wenn der Ehemann von dem Gewerbebetriebe der Ehefrau weiß, wobei das Kennenmüssen dem Kennen hier nicht gleichsteht. Allein es wird wohl nicht gerade häufig vorkommen, daß eine Ehefrau ohne Wissen ihres Mannes ein Ge- Anm. 85.

werbe betreibt. In den allermeisten Fällen wird daher der Blick in das Güterrechtsregister genügen, um Klarheit darüber zu erhalten, ob die Frau eigenmächtig oder mit Einwilligung des Mannes das Gewerbe betreibt. Die Nichteintragung eines Einspruchs oder Widerrufs der Genehmigung wird in den meisten Fällen für diese Annahme genügen, wenn sie auch kein absolutes Zeichen dafür ist, da ja immer noch die Möglichkeit vorliegt, daß der Mann von dem Gewerbebetriebe nichts weiß.

Anm. 86. Die hier vorgeschriebene Form für den Einspruch des Ehemannes ist nicht bloß dann erforderlich, wenn die Ehefrau Handelsfrau ist, sondern auch dann, wenn sie als Handelsfrau gilt, sei es, weil sie ein Gewerbe betreibt, welches kein Handelsgewerbe ist, ihre Firma aber trotzdem eingetragen ist (§ 5 H.G.B.) oder weil sie sonst im Rechtsverkehr als Handelsfrau auftritt (vgl. unsern Exkurs zu § 5). Auch hier hat der unterlassene Widerspruch des Mannes die dargelegten Rechtsfolgen.

Anm. 87. Ein in das Güterrechtsregister eingetragener Einspruch ist werthlos, wenn er den Thatsachen widerspricht. Das will sagen: wenn der Mann ausdrücklich oder durch eine konkludente Handlung die Einwilligung ertheilt oder die Versagung der Einwilligung zurückgenommen hat, so z. B. wenn er im Geschäfte der Ehefrau selbst thätig ist, so kann er sich auf die Versagung des Einspruchs nicht berufen.

Anm. 88. c) Eine ganz andere, hiervon verschiedene Frage ist die, in wie weit der Mann seiner Frau gegenüber berechtigt ist, die Einwilligung zum selbstständigen Gewerbebetriebe zu versagen oder die Ertheilung der Einwilligung zurückzunehmen, und in wie weit die Frau dem betreffenden Befehle des Mannes Folge leisten muß und welches die Folgen des Ungehorsams der Frau sind. Hierüber gilt Folgendes:

Prinzipiell hat der Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 B.G.B.). Demgemäß kann er bestimmen, ob die Frau ein selbstständiges Gewerbe betreiben darf oder nicht. Meist wird er hierbei erheblich interessirt sein, da, wie oben gezeigt, durch den konsentirten Betrieb seine Rechte und Interessen erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden.

Anm. 89. Versagt der Mann die Einwilligung und ist die Frau der berechtigten Ansicht, daß hierin ein Mißbrauch seines Untersagungsrechtes liegt, so ist sie berechtigt, den Gehorsam zu verweigern. Es kann dies z. B. dann der Fall sein, wenn sie lediglich mit vorbehaltenem Vermögen das Gewerbe beginnt und vollauf Zeit und Muße dazu hat. Versagt der Mann die Einwilligung aus berechtigtem Grunde, so muß sie gehorchen und den Gewerbebetrieb unterlassen. Aber der Ehemann hat in keinem Falle ein Klagerecht auf Unterlassung und die Frau wird auch durch den eigenmächtigen Betrieb Handelsfrau. Nur als Incidenzpunkt bei einer Ehescheidungsklage kommt unberechtigter Ungehorsam der Frau in Frage. Wenn der Kommissionsbericht S. 11 sagt: „Im Streitfalle entscheidet das Prozeßgericht", so ist das zwar kurz, aber nicht klar, weil es der Anschauung Raum giebt, als könnte der Mann die Befolgung seines Gebotes durch den Richterspruch erzwingen. Noch weniger kann der Mann, wie Cosack S. 50 will, das Geschäft der Frau einfach schließen.

Anm. 90. Andrerseits kann die Frau zwar, auch wenn sie berechtigter Weise den Gehorsam verweigert, den Mann nicht zwingen, die zum eingebrachten oder gar zum Gesammtgut gehörigen Gegenstände ihr zum Zweck des eigenmächtigen Geschäftsbetriebes zu überlassen. Denkbar ist höchstens eine Klage auf Aufhebung der Verwaltung nach Maßgabe der §§ 1418, 1391 B.G.B., wenn das Verhalten des Mannes die Besorgniß einer erheblichen Gefährdung ihrer Rechte auf das eingebrachte Gut begründet.

Anm. 91. Kann hiernach der Mann im Großen und Ganzen nach seinem freien Ermessen die Einwilligung ertheilen oder versagen, so kann er auch nach seinem freien Ermessen die ertheilte Einwilligung wieder zurückziehen. Ein Verzicht auf den Widerruf ist ungiltig (Düringer u. Hachenburg I S. 10).

Anm. 92. Jedenfalls aber ist die Frage der Einwilligung für die Kaufmannsqualität der Frau gleichgiltig, und in denjenigen Beziehungen, wo es erheblich wird, ob der

Mann die Einwilligung ertheilt hat oder nicht, geht jedenfalls die Frage den Dritten nichts an, ob der Mann die Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht versagt oder die ertheilte Einwilligung mit Recht oder mit Unrecht zurückzieht. Dem Dritten gegenüber entscheidet lediglich die Frage, ob die Einwilligung ertheilt oder offenkundig versagt ist.

8. **Die Rechte des Mannes an dem Geschäftsvermögen der Ehefrau** bestehen neben der Verpflichtungsfähigkeit und Verfügungsberechtigung der Ehefrau fort. So kann der Ehemann bei gesetzlichem Güterrecht auch dann, wenn die Frau mit oder ohne seine Genehmigung selbstständig ein Gewerbe betreibt, ohne ihre Zustimmung über Geld und andere verbrauchbare Sachen verfügen, also insbesondere auch über die zum Waarenlager gehörigen Gegenstände, soweit dieselben eingebrachtes Gut sind (§§ 1376 Nr. 1, 92 B.G.B.). Er kann Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes erfüllen (§ 1376 Nr. 3 B.G.B.). Da auch zum Geschäftsvermögen eingebrachtes Gut gehören kann (vergl. oben Anm 72), so ist dieses Dispositionsrecht des Mannes unter Umständen von Bedeutung. Dagegen umfaßt das Verwaltungsrecht des Mannes nicht die Befugniß des Mannes, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, und das Verfügungsrecht des Mannes steht ihm in weiterem Umfange nicht zu, als dies eben erwähnt ist (§ 1375 B.G.B.), insbesondere steht ihm nach dem in Anm. 73 Gesagten an den im Geschäftsbetriebe erworbenen Forderungen und sonstigen Gegenständen ein Verfügungsrecht überhaupt nicht zu, weil diese zum vorbehaltenen Gut der Frau gehören. Aus demselben Grunde fällt auch sein Nießbrauch am eingebrachten Gut, welcher ihm nach § 1383 B.G.B. zusteht, an den im Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenständen weg. Bei der Gütergemeinschaft hat der Mann das Verwaltungsrecht über das Gesammtgut. Inwieweit die zum Geschäftsbetriebe gehörigen und die in demselben erworbenen Gegenstände Gesammtgut werden, darüber s. oben Anm. 73. Die Frau persönlich verpflichten kann er durch seine Verwaltungshandlungen nicht (§ 1443 B.G.B.). Anm. 93.

9. **Verhältniß der persönlichen Gläubiger des Mannes zu dem Geschäftsvermögen der Frau.** Die Gläubiger des Mannes können Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen der Ehefrau, soweit es vorbehaltenes Vermögen enthält, nicht verlangen. Aber auch nicht, soweit es eingebrachtes Vermögen enthält (§ 1410 B.G.B.). Sollte dennoch eine Pfändung erfolgen, so kann die Frau die Interventionsklage anstellen. (Auch Beschwerde erheben? Darüber s. unten Anm. 97.) Anm. 94.

Auch der Nießbrauch des Mannes an dem eingebrachten Gute ist nach § 1408 B.G.B. nicht übertragbar und demgemäß auch nicht pfändbar, was § 861 C.P.O ausdrücklich ausspricht. Doch bezieht sich die Unübertragbarkeit und Unpfändbarkeit nur auf den Nießbrauch als solchen. Die einzelnen auf Grund des Nießbrauchs dem Ehemann zufließenden Früchte, Revenüen u. s. w. sind bis zu einem gewissen Grade pfändbar (hierüber § 861 C.P.O.). Die Pfändbarkeit der Einkünfte wird aber hier bedeutungslos, weil die Einkünfte des von der Ehefrau selbstständig betriebenen Erwerbsgeschäfts ihr vorbehaltenes Vermögen, dem Nießbrauch des Mannes also entzogen werden (vergl. oben Anm. 73). Anm. 95.

Bei bestehender Gütergemeinschaft haftet das Gesammtgut für die persönlichen Verbindlichkeiten des Mannes (§§ 1459, 1530 B.G.B.), also auch diejenigen Stücke des Geschäftsvermögens, welche zum Gesammtgute gehören, und das sind insbesondere die im Handelsgewerbe erworbenen Gegenstände. Denn zum Gesammtgut gehört alles, was Mann und Frau während der Gütergemeinschaft erwerben (§ 1438 B.G.B.), es sei denn, daß sie das Gewerbe mit vorbehaltenem Vermögen betreiben (vgl. oben Anm. 73). Anm. 96.

Es ergiebt sich nun die praktisch sehr wichtige Frage, ob der Gerichtsvollzieher, welcher eine persönliche Schuld des Mannes exekutivisch einzutreiben hat, in den Geschäftsräumen der Handelsfrau eine Pfändung vornehmen darf. Nach § 808 C.P.O. setzt die Pfändung voraus, daß der Schuldner die Gewahrsam der zu pfändenden Sachen hat. Unter Gewahrsam ist sicherlich nichts anderes zu verstehen, als was das B.G.B. unter Besitz versteht. Die Anm. 97.

bloße Gewahrsam oder die bloße Detention, wie sie beim Besitzgehilfen nach § 855 B.G.B. besteht, genügt zweifelsohne nicht. Wenn nun auch bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann das Recht hat, das zum Geschäftsvermögen der Ehefrau gehörige Geld und die dazu gehörigen Waaren, soweit diese eingebrachtes Gut sind, kraft seines Verwaltungsrechts zu veräußern (vergl. oben Anm. 93), und wenn auch der Ehemann nach § 1443 B.G.B. bei Gütergemeinschaft das Recht hat, über das Gesammtgut zu verfügen, und wenn er auch nach § 1373 und 1443 B.G.B. die zum eingebrachten und zum Gesammtgut gehörigen Sachen in seinen Besitz zu nehmen berechtigt ist, so ist doch, solange die Frau auf ihren Namen ein Gewerbe betreibt, lediglich sie die Besitzerin der zum Geschäftsvermögen gehörigen Gegenstände. Der Mann wird dadurch, daß er im Handelsgewerbe der Frau thätig ist, bloßer Besitzgehilfe im Sinne des § 855 B.G.B. Denn er giebt dadurch deutlich zu erkennen, daß das Auftreten der Frau im Rechtsverkehr, kraft dessen sie im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abschließen und durch dieselben auf ihren Namen Eigenthum und Besitz erwerben will, billigt und durch seine Thätigkeit fördern will. Er giebt also nach außen zu erkennen, daß er im Namen der Frau thätig sein und für sie Eigenthum und Besitz erwerben, und in ihrem Namen veräußern will, wie das der ordnungsmäßige Betrieb eines Namens der Frau betriebenen Handelsgewerbes mit sich bringt. Er erscheint daher, da er ja kraft seines ehemännlichen Verwaltungsrechts, wie oben Anm. 93 gezeigt, die Ehefrau durch Rechtsgeschäfte nicht verpflichten kann, lediglich als Bevollmächtigter derselben, also als ihr Besitzgehilfe. Daß der Mann als bloßer Handlungsbevollmächtigter nur Besitzgehilfe ist, folgt aus den Ausführungen Dernburgs, Deutsches bürgerliches Recht Band 3 S. 48. Denn der Mann befindet sich in diesem Falle in einem dauernden Abhängigkeitsverhältnisse von der Frau, da er ja, wie gesagt, kraft seines eigenen Verwaltungsrechts das Recht nicht besitzt, Namens der Frau im Geschäfte thätig zu sein. Es ist daher unzulässig, daß die Gläubiger des Mannes in den Geschäftsräumen der Frau pfänden, wie dies häufig geschieht, um die Frau zu quälen, und auf diese Weise etwas von der Frau, die ihre Schuldnerin nicht ist, herauszuschlagen, und wie dies auch von den Gerichten häufig gebilligt wird, indem sie die Frau darauf vertrösten, daß ihr zwar die Beschwerde über die Art der Zwangsvollstreckung versagt, der materielle Interventionsprozeß aber gestattet ist. Allein auch die bloße Pfändung ist ein schweres Unrecht und hindert ihr Fortkommen. Im steten Kampfe mit dem Gerichtsvollzieher kann eine Frau, nachdem der Mann im Verkehrsleben Schiffbruch gelitten hat — und das wird wohl meist der Anlaß zur Etablirung der Frau sein —, das Geschäft nicht betreiben. Sollten aber, was von den Gerichten oft befürchtet wird, fraudulose Verhältnisse vorliegen, so helfen die Anfechtungsvorschriften, und wenn die Frau nur zum Scheine als Inhaberin des Geschäfts auftritt, so erscheint allerdings auch die unmittelbare Pfändung nicht ungerechtfertigt. Allein für das Vorliegen eines Scheinverhältnisses müssen ganz besondere Thatsachen erfordert werden. Der Umstand allein, daß der Mann im Geschäfte thätig ist, vielleicht gar seine ganze Kraft und Intelligenz dem Geschäfte widmet, begründet ein solches Scheinverhältniß nicht. Dadurch erfüllt er nur seine moralischen Pflichten als Ehemann, und hört jedenfalls nicht auf, bloßer Besitzgehilfe der Frau zu sein, die allein Besitz und Eigenthum der in ihrem Geschäftsbetriebe erworbenen Gegenstände erlangt.

Anm. 98. 10. **Das Recht des Mannes zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönliche Leistungen.** Der § 1358 Abs. 1 B.G.B. giebt dem Manne das Recht, solche Rechtsverhältnisse ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, durch welche die Frau sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet. Er muß jedoch die Ermächtigung hierzu vom Vormundschaftsgericht erhalten. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt. Das Recht fällt fort, wenn der Mann die Zustimmung ertheilt oder seine fehlende Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ersetzt ist und endlich wenn und solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Zustimmung und Kündigung können nur durch den Ehemann erfolgen, nicht durch einen gesetzlichen oder sonstigen Vertreter.

Dieses außerordentliche Kündigungsrecht kann auch im Verhältniß des Ehemannes zu seiner handeltreibenden Gattin ausgeübt und hier von großer Bedeutung werden. Man denke z. B. an den Fall, daß eine Ehefrau ein Agenturgeschäft betreibt. Besonders aber kann dieses Kündigungsrecht von entscheidender Bedeutung werden, wenn die Frau Gesellschafterin wird, offene Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft oder einer einfachen Kommanditgesellschaft oder Kommanditistin einer solchen oder Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und sich hierbei zu persönlichen Leistungen verpflichtet. In diesem Falle kann der Ehemann dieses Rechtsverhältniß kündigen. Indessen soll dies doch wohl nur bedeuten, daß er die Verpflichtung zur persönlichen Leistung zum Stillstand bringen kann, nicht auch, daß er das ganze Rechtsverhältniß, zu dessen Bestandtheilen jene Verpflichtung gehört, zur sofortigen Lösung bringen kann. Es würde diese letztere Ansicht weit hinausgehen über die Ziele, die sich der Gesetzgeber bei diesem außerordentlichen Rechtsmittel gesteckt hat. Es genügt zur Erreichung dieser Ziele die Annahme, daß die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung aufhört. Welche Konsequenzen sich hieraus ergeben, kann nur die Beschaffenheit des einzelnen Falles lehren. Oft wird der andere Theil hieraus ein Auflösungsrecht entnehmen können. Anm. 99.

Unzutreffend ist es, wenn Düringer und Hachenburg I S. 8 annehmen, daß dem Manne ein Zwangsmittel zur Realisirung der Kündigung nicht zustehe, wenn die Frau nicht gehorche, und daß nur dann die Kündigung für den Dritten von Wirksamkeit sei, wenn die Frau mit dem Manne übereinstimme. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist vielmehr nicht daran zu zweifeln, daß der Mann aus eigenem Rechte das Kündigungsrecht direkt den Gegenkontrahenten der Frau gegenüber auszuüben und dadurch die Verpflichtung der Frau zur Lösung bringen kann. So faßt auch offenbar Planck Anm. 1 zu § 1358 B.G.B. die Sache auf.

11. **Ausländische Ehefrau.** Für die Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Ehefrau in Ansehung ihres Gewerbes ist es ohne Einfluß, daß sie Ehefrau ist (Art. 36 I E.G. zum B.G.B.). Die ausländische Frau kann also in Deutschland auch ohne Genehmigung ihres Mannes ein selbstständiges Gewerbe betreiben und wird dadurch zur Handelsfrau. Es stimmt dies übrigens mit dem allgemeinen Prinzip des Art. 7 E.G. zum B.G.B. überein. Im übrigen kann auch hier die Einwilligung des Mannes von Wichtigkeit sein (für die Rechtswirksamkeit der handelsgewerblichen Verfügungen und Prozesse gegen den Mann u. s. w.). Ob solche Einwilligung nothwendig ist, richtet sich nach dem Güterrechte des Staats, dem der Mann bei Eingehung der Ehe angehörte (Art. 36 E.G. zum B.G.B.). Daneben gilt jedenfalls die Bestimmung des § 1405 B.G.B. auch für solche Verhältnisse: d. h. die Einwilligung zum Gewerbebetrieb ersetzt die Einwilligung zu den einzelnen Rechtsgeschäften, und die Einwilligung gilt als ertheilt, wenn der Mann weiß, daß die Frau ein Gewerbe betreibt, und seinen Einspruch nicht dem Dritten mittheilt oder durch Eintragung in das Güterrechtsregister des inländischen Wohnsitzes des Mannes und des Orts der Hauptniederlassung eintragen läßt (Art. 36 E.G. zum B.G.B.; Art. 4 E.G. zum H.G.B.). Gilt hiernach die Einwilligung als ertheilt, so haftet für die Verbindlichkeiten der Frau aus dem Gewerbebetrieb das Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Manne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft auch das Gesammtgut (Art. 36 E.G. zum B.G.B.). Anm. 100.

Alles dies gilt auch, wenn die Handelsfrau ihren Wohnsitz im Auslande hat. Entscheidend ist der Handelsbetrieb im Inlande.

12. **Uebergangsfragen.** Auf diejenigen Ehen, welche am 1. Januar 1900 bestehen, gelangen die Art. 7 und 8 des alten H.G.B. zur Anwendung, nach welchen eine Ehefrau nur mit Zustimmung des Ehemannes Ehefrau sein und bleiben kann, ihre Handelsschulden aber giltig und in ihr gesammtes Vermögen ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes an demselben vollstreckbar sind. Das kommt daher, daß diese Bestimmungen Fragen des Güterstandes und der Ehe und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeitsfragen regeln, wie ja auch das B.G.B. alle diese Fragen mitten im ehelichen Güterrecht behandelt. Für Anm. 101.

Fragen dieser Art ist aber das alte Recht maßgebend, sofern die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschlossen war (Art. 200 E.G. zum B.G.B.). Sie sind daher nicht, wie Düringer u. Hachenburg I S. 12 wollen, nach den verschiedenen vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Güterrechtssystemen zu beantworten, sondern nach den einheitlichen Vorschriften der früheren Art. 7 nnd 8. Die früheren landesrechtlichen Güterrechtsbestimmungen können schon deshalb hier nicht zur Anwendung kommen, weil sie für die hier vorliegenden Fragen durch Art. 7 und 8 des alten H.G.B. aufgehoben waren und nicht wieder von selbst Geltung erlangen können (vergl. R.G. 19 S. 181).

Das gilt nicht etwa bloß für diejenigen Gewerbe, welche auch nach dem alten Rechte Handelsgewerbe waren, sondern auch für solche, die es nur nach dem neuen Rechte sind. Denn es handelt sich nicht um die Frage der Anwendbarkeit des Art. 4, 271 u. 272, sondern der Art. 7 u. 8 des alten H.G.B. Diese aber regelten die betreffenden Fragen nicht etwa bloß für diejenigen Gewerbe, die nach Art. 4, 271 u. 272 des alten H.G.B. Handelsgewerbe waren. Sie waren mit diesen Artikeln nicht organisch und unlöslich verbunden. Sie waren wohl sämmtlich Bestandtheile eines Gesetzbuchs, aber die in Art. 7 und 8 gegebenen Geschäftsfähigkeits- und ähnlichen Vorschriften setzten nicht etwa einen bestimmten und unwandelbaren Begriff des Handelsgewerbes voraus. Vielmehr würden sie auch dann anwendbar gewesen sein, wenn die Artikel 4, 271 u. 272 aus irgend welchem Anlaß einen anderen Inhalt angenommen hätten, wenn z. B. beim sonstigen Fortbestehen des alten H.G.B. durch ein neues Gesetz eine neue Art von Handelsgeschäften und Handelsgewerben eingeführt worden wäre. Das kann sich aber dadurch nicht ändern, daß nicht bloß die Artikel 4, 271 u. 272, der Begriff des Handelsgewerbes und des Kaufmanns, sondern außerdem noch zahlreiche andere Vorschriften des alten H.G.B. einen veränderten Inhalt erhalten. Für die vorliegende Frage ist dies einflußlos. Für die Fähigkeit der am 1. Januar 1900 verheiratheten Frauen, Handelsfrauen zu werden, für die Giltigkeit und Wirksamkeit ihrer Handelsschulden ist daher das alte Recht maßgebend, und es bezieht sich das auch auf den durch das neue Gesetzbuch veränderten und erweiterten Begriff der Handelsgewerbe. Wenn also z. B. eine frühere Ehefrau ein großes Bergwerk in kaufmännischer Weise betreibt, und sich in das Handelsregister eintragen lassen will, um gemäß § 2 Handelsfrau zu werden, so kann sie dies nur thun mit Genehmigung des Mannes, weil auf sie noch der alte Art. 7 zur Anwendung kommt, obwohl der Betrieb eines Bergwerks früher kein Handelsgewerbe war. Wollte man dies nicht annehmen, so müßte man zwar für den Fall, daß eine frühere Ehefrau ein Gewerbe, das auch nach altem Recht Handelsgewerbe war, betreiben will, die Zustimmung des Mannes für erforderlich halten, und für die Giltigkeit und Wirksamkeit ihrer Handelsschulden das alte Handelsrecht entscheiden lassen, für den Fall aber, daß eine solche Ehefrau ein Gewerbe, das nur nach neuem Handelsrecht ein Handelsgewerbe ist, betreiben will, müßte — nicht etwa das neue Handelsrecht, denn dieses findet ja auf die früheren Ehefrauen in der vorliegenden Frage keine Anwendung —, sondern die zahllosen Güterrechte aus früherer Zeit über die Frage entscheiden, ob die Frau ohne Zustimmung des Mannes Handelsfrau werden kann, und inwieweit ihre Handelsschulden giltig und wirksam sind. Dieses Ergebniß hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt.

Hinzuzufügen ist übrigens Folgendes:

Kann die Frau wegen fehlender Zustimmung des Mannes nicht Handelsfrau sein, so kann sie doch Gewerbefrau trotz fehlender Zustimmung des Mannes sein. Das folgt aus § 11 Abs. 2 der Gewerbe-Ordnung (Cosack S. 50). Dieser ist nun zwar durch Art. 36 I E.G. zum B.G.B. aufgehoben, aber auch er findet auf die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen als eherechtliche und damit zusammenhängende Geschäftsfähigkeitsvorschrift weiter Anwendung.

Schließlich aber ist zu bemerken, daß die Landesgesetzgebung an dem hier gebildeten Rechtszustande nichts ändern kann, weil nach Art. 218 E.G. zum B.G.B. dies nur dort geschehen kann, wo die bisherigen Landesgesetze in Kraft bleiben, während hier bisheriges Reichsrecht in Kraft bleibt.

Erstes Buch.

Handelsstand.

Erster Abschnitt.

Kaufleute.

§ 1.

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat:

1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden;
2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;
3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie;
4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte;
5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer;
6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter;
7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler;
8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels;
9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Einleitung.

Inhalt des vorliegenden Paragraphen. In Abs. 1 giebt er die Definition des Kaufmanns. Ein Hauptbestandtheil dieser Definition ist der Begriff Handelsgewerbe. Der zweite Absatz beschäftigt sich mit diesem letzteren Begriffe, aber nicht in der Weise, daß der

Begriff Handelsgewerbe erschöpfend definirt wird. Vielmehr wird hier nur eine Klasse der vom neuen H.G.B. anerkannten Handelsgewerbe behandelt. Die andere Klasse wird in § 2 abgehandelt.

Hiernach zerfällt der Inhalt des vorliegenden Paragraphen in I (Abs. 1) Definition des Kaufmanns, II (Abs. 2) die erste Klasse der Handelsgewerbe.

Anm. 1. **I. (Abs. 1). Die Definition des Kaufmanns.**

A. **Vorbemerkung.** Der Paragraph will zwar nur eine Definition des Kaufmanns **im Sinne dieses Gesetzbuchs** geben. Allein wenn nicht im einzelnen Falle zwingende Auslegungsgründe dagegen sprechen, so wird dieser Begriff des Kaufmanns überhaupt, auch für andere Gesetze, Reichs- und Landesgesetze, maßgebend zu erachten sein. Für die gleichzeitig mit dem H.G.B. erlassenen oder später als dasselbe zu erlassenden Gesetze ist dies ohne Weiteres anzunehmen (so z. B. wenn das B.G.B. im § 196 Nr. 1 bei der Verjährung von Ansprüchen von Kaufleuten spricht; vergl. Planck Anm. 2 zu § 196). Für die früheren Gesetze ergiebt sich dies aus Art. 3 des Einführungsgesetzes zum H.G.B. Zwar heißt es da nur, daß dort, wo auf die Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, das neue H.G.B. an die Stelle tritt. Im Wege der Analogie wird man den Gesetzeswillen aber ohne jeden Zwang dahin auslegen können, daß auch der diesen früheren Gesetzen zu Grunde liegende Begriff des Kaufmanns sich nunmehr nach dem neuen H.G.B. bestimmt. (So im § 101 G.V.G.; im § 8 des Reichsgesetzes über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894; ferner in §§ 1, 8—11 des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896, vergl. Düringer und Hachenburg Anm. I zu § 1). Nur aus besonderen Umständen wird man das Gegentheil folgern dürfen. — Andrerseits muß jedoch gesagt werden, daß der hier niedergelegte Begriff des Kaufmanns sich nicht immer mit den Anschauungen des Lebens deckt, z. B. wenn von Gesetzes wegen der Dienstmann oder der Staat (als Eisenbahnunternehmer) als Kaufmann gelten.

Anm. 2. B. **Der Inhalt der Definition: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.** Es ist nicht, wie früher gesagt: Kaufmann ist, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt. Es ist also nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der des Handelsgewerbes zu Grunde gelegt.

Das geschah, um die Kaufmannsqualität nicht mehr bloß durch den gewerbemäßigen Betrieb einer geschlossenen Zahl von Handelsgeschäften, sondern unter Umständen durch den Betrieb jedes kaufmännisch betriebenen gewerblichen Unternehmens zu begründen. Handelsgewerbe ist daher nicht bloß der gewerbsmäßige Betrieb der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Geschäfte (der früheren absoluten und relativen Handelsgeschäfte), sondern auch jedes andere kaufmännisch betriebene Gewerbe, wofern der Unternehmer ins Firmenregister eingetragen ist (§ 2 des Gesetzes).

Der Begriff Handelsgeschäft aber wird nicht hier, sondern im § 343 definirt. Er setzt die Begriffe Handelsgewerbe und Kaufmann voraus und bedeutet jedes Geschäft eines Kaufmannes, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

Anm. 3. C. **Die einzelnen Bestandtheile der Definition des Kaufmannsbegriffes.**

1. **Wer** ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann, sagt das Gesetz. Irgendwelches besondere subjektive Erforderniß ist für den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht aufgestellt. Daraus folgt, daß ein Handelsgewerbe Jeder betreiben kann, der nach den Vorschriften des B.G.B. ein Gewerbe betreiben kann. Aber auch hierfür bestehen nach dem B.G.B. keine besonderen Fähigkeitsbedingungen. Ein Gewerbe betreiben kann Jeder, der fähig ist Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, mit anderen Worten: jedes rechtsfähige Rechtsgebilde. — Zunächst also die natürlichen Personen (§ 1 B.G.B.). Sodann die juristischen Personen (§§ 21 ffg.; besonders auch § 80 B.G.B.; § 33 H.G.B.), auch Körperschaften öffentlichen Rechts (die Gemeinde, der Staat), was jetzt angesichts des § 36 H.G.B. nicht mehr zweifelhaft sein kann (vgl. Näheres zu §§ 33 und 36). — Ferner die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften (§ 124 und § 161 Abs. 2 H.G.B.) — Nicht aber die sonstigen Personenvereinigungen ohne juristische Persönlichkeit, die nichtrechtsfähigen Vereine (§ 54 B.G.B.); auf diese finden vielmehr die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft

Anwendung (vgl. unseren Exkurs zu § 342). Diese aber ist als solche nicht rechtsfähig. Weder ist sie juristische Person, noch ist ihr formelle Parteifähigkeit, wie der offenen Handelsgesellschaft, verliehen. Damit ist es aber selbstverständlich nicht für rechtlich unmöglich erklärt, daß eine bürgerliche Societät ein Handelsgewerbe betreibt. Dies ist dann der Fall, wenn die Societät keine gemeinschaftliche Firma wählt. Aber in solchem Falle liegt eben keine offene Handelsgesellschaft vor, sondern die mehreren Socien sind Einzelkaufleute (vgl. über diesen Fall Näheres zu § 105). — Gemeinschuldner sind rechtsfähig und deshalb auch fähig, ein Gewerbe, also auch ein Handelsgewerbe zu betreiben. Es fehlt ihnen zwar das Recht, über ihr zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu disponiren, aber nicht die Fähigkeit, sich durch Verträge aller Art für ihr sonstiges und künftiges Vermögen zu obligiren (§§ 1, 6, 7 K.O; R.G. 29 S. 74).

Hiermit ist aber nur die Frage beantwortet, wer als Träger des Gewerbebetriebes Anm. 4.
denkbar ist. Eine hiervon verschiedene Frage ist, welche Erfordernisse bei den einzelnen Personenkategorien dazu gehören, damit ein rechtsgiltiger Gewerbebetrieb und damit ein Gewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes vorliege. Nicht jedes Rechtssubjekt ist rechtlich fähig, selbstständig ein Gewerbe zu betreiben. Hierüber im Nachfolgenden (Anm. 10).

2. **Betreiben** muß die Person das Handelsgewerbe, damit sie Kaufmann ist. Anm. 5.

a) Dazu gehört, daß die Geschäfte **im Namen der betreffenden Person** abgeschlossen werden.

Nicht nothwendig auf den Namen der betreffenden Person. Weicht der bürgerliche Name von der Firma ab, so ist der Inhaber der Firma, nicht der Träger des die Firma bildenden Namens derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden. Schulze, der Müller's Geschäft mit der Firma Müller übernommen hat, ist derjenige, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, nicht Müller, der jetzt von Renten lebt. Bei der offenen Handelsgesellschaft werden die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter geschlossen, weil die Firma der Handelsname aller Gesellschafter ist (Goldschmidt, Handelsb. S. 469; Allfeld S. 37 Anm. 48).

Im Namen der betreffenden Person müssen also die Geschäfte geschlossen werden. Anm. 6.
In diesem Sinne betreibt das Geschäft derjenige, welcher die Rechte und Verpflichtungen aus dem Geschäft überkommt, der Herr des Geschäfts im juristischen Sinne. An sich kann man Handelsgeschäfte auch im Namen eines Anderen betreiben (vergl. §§ 49 u. 54 H.G.B.). Die Definition wäre daher präciser gewesen, wenn sie vom Betreiben der Handelsgeschäfte im eigenen Namen gesprochen hätte (Thöl § 38 Anm. 1), aber es ist unzweifelhaft, daß dies gemeint ist.

Es betreibt hiernach das Handelsgewerbe nicht bloß derjenige, der die Rechtsgeschäfte durch eigene Thätigkeit abschließt, sondern auch der, der sie durch Vertreter schließt.

Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch für Rechnung Anm. 7.
dessen gehen, in dessen Namen sie geschlossen werden (Thöl § 38; R.G. 37 S. 61; R.G. vom 24. Februar 1896 im Sächs. Archiv Bd. 6 S. 586). Umgekehrt ist derjenige nicht Kaufmann, für dessen Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, wenn dies nicht in seinem Namen geschieht.

Nach alledem ist, um Beispiele anzuführen, nicht Kaufmann der Anm. 8.
Prokurist, der Handlungsgehilfe, der Liquidator einer ihm fremden Gesellschaft, der Vorstand einer Aktiengesellschaft (Bolze 9 Nr. 230), der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Aktionär als solcher, das Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solches, der stille Gesellschafter, der Bevormundete, wenn der Vormund das Gewerbe zwar für Rechnung des Mündels, aber im eigenen Namen betreibt. Wohl aber ist Kaufmann der Vormund im letzteren Falle, das persönlich haftende Mitglied einer stillen oder einfachen Kommanditgesellschaft, der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft, dieser jedoch bloß in Bezug auf seine Eigenschaft als offener Gesellschafter, nicht überhaupt, „er ist Kaufmann, nicht Einzelkaufmann" (Thöl § 38; Hahn § 5; R.G. in Straff. 29 S. 348; vgl. auch R.O.H. 14,

S. 281; 16 S. 380; anders Puchelt Anm. 10 zu Art. 4; Allfeld S. 41). Ob der Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft Kaufmann ist, darüber soll an zuständiger Stelle gehandelt werden. Der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist kein Kaufmann, er ist nur Mitglied einer juristischen Person. Der Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft ist (entgegen unserer Annahme in der 1.—5. Auflage) kein Kaufmann. Zwar wird das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben (§ 161). Aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der betrachtet, der das Handelsgewerbe so betreibt, daß er seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist aber riskirt er nur ein bestimmtes Kapital, auf dessen Zahlung er zwar mit seinem ganzen Vermögen haftet, das doch aber nur ein begrenztes Einsetzen seiner juristischen Persönlichkeit involvirt. Die allgemeine Anschauung erblickt in der Kommanditistenbetheiligung nicht mehr, als eine Kapitalsbetheiligung bei einer Handelsgesellschaft, keine Unternehmerschaft eines Handelsgeschäfts (vgl. auch die Aeußerungen in der Reichstagskommission zum B.G.B. S. 134 bezüglich der kommanditistisch betheiligten Ehefrau). Dadurch ändert sich eigentlich auch die Definition des Kaufmanns dahin: es ist derjenige, der ein Handelsgewerbe so betreibt, daß er für die entstehenden Verpflichtungen unbeschränkt haftet.

Anm. 9. Ueber den, der zuläßt, daß ein Anderer in seinem Namen ein Handelsgewerbe betreibt, s. zu § 15.

Anm. 10. b) **Rechtsgiltig muß der Betrieb sein.** Wenn auch, wie in Anm. 3 gezeigt ist, jede rechtsfähige Person Subjekt des Handelsgewerbes sein kann, so ist doch nicht jedes Rechtssubjekt fähig, selbstständig ein Gewerbe zu betreiben, d. h. zum Gewerbebetrieb gehörige Rechtsakte in eigener Person und ohne fremde Mitwirkung vorzunehmen. Ein Handelsgewerbe kann selbstständig betreiben, wer selbstständig geschäftsfähig ist, d. h. wer fähig ist, sich durch eigene Handlungen zu verpflichten. Wem diese Fähigkeit in vollem Umfange mangelt oder nur in beschränkter Weise zusteht, der bedarf zum giltigen Handelsgewerbebetriebe der Genehmigung oder der Mitwirkung oder Vertretung einer anderen Person. Führt aber Jemand ein Geschäft ohne die Erfordernisse eines rechtsgiltigen Gewerbebetriebes, z. B. ein Minderjähriger ohne Genehmigung des Vormundes, so ist dies kein Handelsgewerbebetrieb im Sinne des Gesetzes; er wird dadurch nicht Kaufmann, seine Geschäfte sind nicht Handelsgeschäfte und er kann insbesondere auch nicht wegen unterlassener Buchführung bestraft werden (R.G. in Strafs. 26 S. 94).

Anm. 11. Im Einzelnen ist hier zu erwähnen: Kinder unter 7 Jahren können ein Handelsgewerbe selbstständig überhaupt nicht betreiben (§§ 104, 105 B.G.B.). Minderjährige über 7 Jahre bedürfen der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormunds), die auch allgemein zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ertheilt werden kann (§§ 107, 112 B.G.B.). Geisteskranke können selbstständig ein Gewerbe nicht betreiben (§§ 104, 105 B.G.B.). Hauskinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter elterlicher Gewalt, welche die Vertretung des Kindes umfaßt, für sie gilt hinsichtlich des selbstständigen Gewerbebetriebes das, was für Minderjährige überhaupt gilt (§§ 1626, 1630 B.G.B.). Ein Großjähriger steht unter väterlicher Gewalt nicht mehr. Der wegen Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte steht in diesen Hinsichten dem Minderjährigen über 7 Jahre gleich (§ 114 B.G.G.). — Für die Bevormundeten kann der gesetzliche Vertreter (Vormund oder Vater) das Gewerbe in ihrem Namen betreiben. Will er im Namen des Mündels ein neues Erwerbsgeschäft eröffnen, so soll er dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen, das ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift, die Kaufmannsqualität wird dadurch nicht tangirt, die Eintragung des Mündels in das Firmenregister dadurch nicht gehindert, daß die Genehmigung nicht eingeholt oder versagt ist (§§ 1823, 1897, 1645 B.G.B.). Zur Fortführung des dem Mündel ohne Entgelt zufallenden Geschäfts und zur Führung eines Geschäfts im eigenen Namen bedarf es auch dieser Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter nicht. Dagegen bedarf der Vormund zur Giltigkeit eines Vertrags, durch welchen im Inter-

esse des Mündels ein Geschäft entgeltlich erworben wird und zur Abschließung eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr. 3 B.G.B.), das Gleiche gilt vom Vater des Hauskindes (§ 1643 B.G.B). — Außerdem ist darauf aufmerksam zu machen, daß der gesetzliche Vertreter zu verschiedenen Arten von Rechtsakten die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht, und zwar auch dann, wenn der Gewerbebetrieb genehmigt ist, oder der Genehmigung nicht bedarf (§§ 1643, 1822 B.G.B.). In den gleichen Fällen bedarf auch der beschränkt Geschäftsfähige, der die Genehmigung des gesetzlichen Verkehrs zum Gewerbebetrieb erhalten hat und dadurch insoweit unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 112 B.G.B.). Das sind insbesondere Verträge über Grundstücke, Aufnahme von Darlehen, Uebernahme von Bürgschaften, Ertheilung von Prokura u. s. w. Doch kann das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu gewissen Geschäften, nicht zu allen, ein für alle Male ertheilen (§ 1825 B.G.B.). — Ueber die Fähigkeit der Frau und insbesondere der Ehefrau, ein Handelsgewerbe zu betreiben und dadurch Handelsfrau zu werden, s. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 64 ff.

Anm. 12. *Zur Rechtsgiltigkeit des Betriebes gehört auch, daß die Rechtsgeschäfte um ihrer selbst willen nicht ungiltig sind.* Der Gewerbebetrieb eines Wucherers fällt zwar äußerlich unter § 1 Nr. 4, aber seine Geschäfte sind wegen § 138 B.G.B. nichtig, sein Gewerbebetrieb daher kein Handelsgewerbe, er selbst nicht Kaufmann, wenn er es nicht aus anderen Gründen ist. Das Gleiche gilt von Personen, welche ungiltige Börsentermingeschäfte oder sonstige ungiltige Spekulationsgeschäfte (Differenzgeschäfte) gewerbsmäßig machen. Dagegen reicht die bloße Anfechtbarkeit der Geschäfte, der Umstand, daß der Gewerbebetrieb ganz oder zum Theil auf Täuschung abzielt, nicht aus, um die Kaufmannsqualität zu verneinen (vgl. Bolze 18 Nr. 253). Desgleichen reicht dazu die mangelnde Befugniß zum Gewerbebetrieb nicht aus (§ 7).

Anm. 13. **3. Ein Handelsgewerbe** muß betrieben werden.

a) **Ein Gewerbe.** Zunächst muß die von der betreffenden Person entwickelte rechtsgeschäftliche Thätigkeit ein Gewerbe darstellen, ein gewerbsmäßiger Abschluß von Rechtsgeschäften muß vorliegen.

Zur Gewerbemäßigkeit gehört, daß die Absicht nicht auf einzelne Geschäfte, sondern einheitlich auf einen ganzen Komplex von Geschäften gerichtet ist, und daß ferner die Absicht dahin geht, aus dieser Thätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen (R.G. 38 S. 20).

Es muß die Absicht bestehen, aus *dieser* Thätigkeit dauernden Gewinn zu ziehen. Es würde keine Gewerbemäßigkeit vorliegen, wenn Jemand gewisse Rechtsgeschäfte zwar oft vornimmt, aber nicht in der Absicht, aus ihnen selbst dauernd Gewinn zu erzielen, sondern nur, um diese Thätigkeit für sonstige Zwecke nutzbar zu machen. Denn es genügt nicht ein irgendwie geartetes Interesse, sondern eben nur die Absicht, aus der Thätigkeit selbst Gewinn zu erzielen (R.G. 38 S. 20).

Anm. 14. *Gewinn* muß man erzielen wollen. Als Kaufmann würde nicht zu erachten sein, wer ein Handelsgewerbe aus irgendwelchen Gründen lediglich in der Weise betreibt, daß er nur seine Selbstkosten decken will, z. B. um die Bedeutung einer von ihm gemachten Erfindung aus wissenschaftlichen Zwecken zu demonstriren, oder aus Wohlthätigkeit, z. B. derart, daß die Waaren nur am Markt und zu ermäßigten, einen Gewinn nicht abwerfenden Preisen abgegeben werden. *Aber man braucht nicht etwa mit jedem Geschäfte Gewinn erzielen zu wollen.* Die Gewinnabsicht braucht nur die den ganzen Betrieb beherrschende Tendenz zu sein. Ist dies der Fall, so liegt Gewerbemäßigkeit auch dann vor, wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, nicht bei jedem einzelnen Geschäfte obwaltet, wenn z. B. ein Geschäft auch unentgeltlich gemacht wird, auch ein solches Geschäft kann zum Gewerbebetriebe gehören (R.G. 33 S. 105). Auch schadet es nicht, wenn ein Geschäft mit Verlust gemacht wird, sei es wider Erwarten, oder gar mit Absicht, z. B. um Kunden zu gewinnen.

Anm. 15. Eine dauernde Einnahmequelle muß beabsichtigt sein. Das ist der Gegensatz zum bloß gelegentlichen Betriebe (R.O.H. 14 S. 118). Der Fiskus wird z. B. dadurch nicht Kaufmann, daß er den Betrieb eines ihm als Erbschaft zufallenden Geschäfts so lange fortsetzt, bis die Nachlaßschulden gedeckt sind; eine Frau nicht dadurch, daß sie jahrelang Spekulationsgeschäfte macht (Bolze 2 Nr. 712; R.G. vom 9. November 1893 in J. W. 1894 S. 19; vergl. hierzu unten Anm. 29).

Anm. 16. Zum Begriffe der Gewerbemäßigkeit ist übrigens eine Thätigkeit erforderlich, die mittels kaufmännischer oder allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten den Zweck der Gewinnerzielung erreicht. Wo diese Mittel einen höheren Charakter tragen, wo die Thätigkeit in das Bereich der Kunst und Wissenschaft gehört, da kann man das Unternehmen nicht mehr ein gewerbliches Unternehmen nennen. Deshalb gehört der Arzt, der Rechtsanwalt, der Künstler, auch der Zahnarzt nicht zu den Gewerbetreibenden in diesem Sinne (vergl. auch Denkschr. S. 11), und ihre Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte auf ihrer Seite, auch wenn sie in der Anschaffung und Veräußerung von Gegenständen bestehen, so z. B. wenn der Maler die Farben und die Leinwand, der Bildhauer den Marmor, der Zahnarzt das Material zu den Gebissen anschafft. Der Arzt, als Inhaber einer Privatkrankenanstalt, ist hiernach kein Gewerbetreibender, wenn die Absicht nur dahin geht, aus der Ausübung des ärztlichen Berufes Gewinn zu erzielen, nicht auch aus der Gewährung von Unterhalt und Aufenthalt, selbst wenn hierbei eine mäßige Verzinsung des Anlagekapitals erzielt wird (Urtheil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 5. Mai 1898 in der Deutschen Juristen-Zeitung 1898 S. 331).

Anm. 17. Liegen die obigen Erfordernisse der Gewerbemäßigkeit vor, dann ist jedes, auch das erste, auf Grund der Absicht dauernden Gewinnes abgeschlossene Geschäft als gewerbemäßig anzusehen, z. B. auch die Anschaffung der Waare, deren Veräußerung in jener Absicht bezweckt wird, die sog. Vorbereitungsgeschäfte (R.G. in Strafs. Bd. 27 S. 227; weitere Judikatur siehe zu § 123 u. zu § 343); so ist Gewerbemäßigkeit auch dann vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als gewinnsüchtigen, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen, oder, wie beim gewerbetreibenden Staat, der öffentlichen Wohlfahrt. Derartige Endzwecke des Gewerbebetriebes heben den Begriff des Gewerbebetriebes erst dann auf, wenn die Absicht der Gewinnerzielung überhaupt nicht besteht, wenn etwa die Handhabung der Geschäfte in der Weise erfolgt, daß nur die Selbstkosten gedeckt werden (vergl. darüber oben Anm. 14). Wird aber Gewinnerzielung beabsichtigt, so ist es gleichgiltig, daß der Unternehmer den erzielten Gewinn zu anderen Zwecken zu verwenden gedenkt.

Anm. 18. Weitere Erfordernisse der Gewerbemäßigkeit giebt es nicht.

Es gehört zur Gewerbemäßigkeit nicht ein gewisser Umfang des Betriebes. Dieser hat vielmehr höchstens auf die Frage der Vollkaufmannsqualität Einfluß (§ 4) und im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 freilich auch auf die Kaufmannsqualität. Aber er ist in diesen Fällen ein selbstständiges Requisit neben der Frage der Gewerbemäßigkeit.

Anm. 19. Nicht gehört zur Gewerbemäßigkeit, daß der auf den Abschluß einer Reihe von Geschäften gerichtete Wille sich dem Publikum gegenüber manifestirt. Das Gegentheil nimmt zwar das R.G. an (Urtheil vom 9. November 1893 in J. W. 1894 S. 19). Allein auch für das Gebiet des Strafrechts wird dieses Erforderniß der Gewerbemäßigkeit nicht aufgestellt (vergl. Olshausen, Kommentar zum Str.G.B. Anm. 2 zu § 260 Str.G.B.). — Vergl. unten Anm. 29, wo die Manifestation gegenüber dem Publikum auch als selbstständiges Erforderniß der Kaufmannsqualität ebenso abgelehnt wird, wie sie hier als Element der Gewerbemäßigkeit abgelehnt wird.

Anm. 20. Ob im Einzelfall gewerbemäßiger Betrieb vorliegt, ist Frage rechtlicher und thatsächlicher Beurtheilung der konkreten Sachlage (R.O.H. 14 S. 117).

Dieselbe muß darthun und beweisen, wer aus der Gewerbemäßigkeit rechtliche Konsequenzen zu seinen Gunsten herleiten will. Die Eideszuschiebung genügt dazu im Allgemeinen nicht. (O.L.G. München in G.Z. 42 S. 496).

b) **Ein Handels-Gewerbe** muß vorliegen. Darüber, wann das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, verhalten sich der Absatz 2 des vorliegenden Paragraphen und der § 2. Anm. 21.

Näheres hierüber weiter unten Anm. 30 ffg. und zu § 2.

D. **Wo diese drei Erfordernisse zusammentreffen, ist Kaufmannsqualität vorhanden,** und zwar Anm. 22.

1. **soweit sie vorhanden sind.** Betreibt eine Person mehrere Gewerbe, so kann sie mit Bezug auf das eine Kaufmann, mit Bezug auf das andere Nichtkaufmann sein (vgl. R.O.H. 11 S. 343) oder sie ist ein Kaufmann, der außerdem noch ein anderes Gewerbe betreibt. Doch trifft dies nur zu, wenn wirklich mehrere getrennte Gewerbebetriebe stattfinden, nicht z. B. wenn ein technischer Betrieb die Grundlage für den Betrieb eines Handelsgewerbes bildet, wie dies beim Fabrikanten regelmäßig der Fall ist (vgl. R.O.H. 11 S. 387).

2. **so lange jene Erfordernisse vorhanden sind.** Eine rechtliche Vermuthung derart, daß Jemand, der Kaufmann gewesen ist, es auch verbleibt, besteht nicht, weshalb derjenige, der die Kaufmannsqualität behauptet, zu beweisen hat, daß der Betreffende zur fraglichen Zeit ein Handelsgewerbe betrieben hat (R.O.H. 17 S. 168; R.G. 13 S. 152; R.G. vom 17. October 1891 bei Gruchot 36 S. 1068). Ein Rechtssatz, daß Veränderungen nicht vermuthet werden, gilt im neuen Civilprozeß nicht (Bolze 4 Nr. 1230; 13 Nr. 658). Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß sich die Beweislast durch faktische Vermuthungen umkehrt (R.O.H. 19 S. 37; R.G. vom 17. October 1891 bei Gruchot 36 S. 1068). Hier werden die von uns in der Allgemeinen Einleitung Anm. 58 ffg. erörterten Erfahrungssätze eine große Rolle spielen. Auch ändert sich diese Beweislast, sobald die Eintragung erfolgt ist (vergl. Anm. 7 zu § 5, ferner Anm. 15 im Exkurse zu § 8). Anm. 23.

Die Kaufmannsqualität hört auf beim Wegfall eines der gesetzlichen Erfordernisse. Verliert z. B. der Kaufmann die Geschäftsfähigkeit und betreibt er gleichwohl das Gewerbe selbstständig, so ist dies doch kein Gewerbebetrieb im gesetzlichen Sinne mehr, seine Kaufmannsqualität ist untergegangen (vergl. oben Anm. 10). Insbesondere aber hört die Kaufmannsqualität auf, wenn der Gewerbebetrieb eingestellt wird. Der Umstand, daß zeitweilig keine Geschäfte abgeschlossen werden, reicht dazu nicht aus (R.O.H. 8 S. 47). Beim Eintritt des Konkurses ist dies jedenfalls der Fall, nicht bloß dann, wenn der Konkursverwalter den Betrieb einstellt (R.G. 13 S. 152), sondern auch, wenn er das Geschäft fortführt, weil sich die Akte des Verwalters als obrigkeitlicher Zwangsverkauf einer beschlagnahmten Vermögensmasse darstellen (vergl. R.G. 29 S. 29), abgesehen davon aber auch nicht der Absicht entspringen, eine dauernde Einnahmequelle zu erschließen, sondern nur einen eng begrenzten Zweck verfolgen, nämlich die vorhandenen Schulden und die Verwaltungskosten zu decken. Es fehlt da die Gewerbemäßigkeit des Betriebes (vergl. oben Anm. 14; zustimmend Allfeld S. 39 Anm. 61; vergl. auch Hahn § 4 zu Art. 4). Die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, der Eintritt derselben in den Liquidationszustand beendigt die Kaufmannseigenschaft nicht unbedingt sofort. Ist das Handelsgewerbe zur Zeit der Auflösung noch vorhanden und wird es liquidirt, so liegt darin immer noch der Betrieb eines Handelsgewerbes. Zwar haben die Gesellschafter beschlossen, das Handelsgewerbe nicht mehr dauernd zu betreiben, aber was nunmehr geschieht, sind doch immer noch Gewerbebetriebsakte, es sind die letzten Akte desselben. Die so abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte, die Gesellschafter sind Kaufleute (R.O.H. 23 S. 144; Allfeld S. 41 Anm. 4; Düringer & Hachenburg I S. 36; Makower S. 4, dagegen unsere 1.—5. Auflage). Ebenso wird der Einzelkaufmann dadurch nicht Nichtkaufmann, daß er beschließt, das Gewerbe einzustellen und nur noch „liquidirt". So lange er dies thut, betreibt er Handelsgeschäfte und ist Kaufmann. Im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2 endlich hört die Kaufmannsqualität auch dadurch auf, daß das Gewerbe einen so geringen Umfang annimmt, daß es keine kaufmännische Einrichtung mehr Anm. 24.

erfordert. Aber in diesen Fällen gilt der Eingetragene für die Dauer der Eintragung in civilistischer Hinsicht als Kaufmann vermöge des § 5 (vergl. die Erl. zu diesem).

Anm. 25. E. **Es ist unzulässig, weitere Erfordernisse für die Kaufmannsqualität aufzustellen.**

1. **Zur Begründung der Kaufmannsqualität gehört nicht die Beobachtung der einschlägigen polizeilichen und steuergesetzlichen Vorschriften,** noch ist es erheblich, daß die öffentlich rechtlichen Vorschriften einem bestimmten Gewerbebetrieb überhaupt entgegenstehen (vergl. hierüber zu § 7).

Anm. 26. Auch die Eintragung in das Handelsregister ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 nicht erforderlich, also wenn die Kaufmannsqualität durch den Betrieb eines reinen Handelsgewerbes begründet wird. Anders im Falle des § 2 und des § 3 Abs. 2.

Anm. 27. 2. **Der Betrieb des Handelsgewerbes braucht nicht den ausschließlichen oder auch nur den Hauptberuf zu bilden** (R.G. in Strafs. 8 S. 147). Der Gewerbebetrieb braucht nicht „die Grundlage der sozialen Existenz zu sein" (Allfeld S. 30). Auch der Künstler, der Beamte, der Soldat, der nebenher ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.

Anm. 28. 3. **Der Betrieb der Handelsgeschäfte braucht nicht von Grund aus auf freiem Entschlusse zu beruhen.** Es können auch Gesetze und Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend einwirken, ohne daß die Kaufmannsqualität beseitigt würde. So ist der Apotheker Kaufmann, obgleich er hinsichtlich der Waaren und ihrer Preise gesetzlichem Zwang unterliegt (Johow & Küntzel 3 S. 10; R.G. in Strafs. 24 S. 426; R.G. vom 26. März 1895 in J.W. S. 228; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 332 und Nr. 1160). Ebenso die Lotteriekollekteure (R.O.H. 23 S. 213). Ein Restaurateur, der im eigenen Namen für eigene Rechnung Speisen und Getränke verabfolgt, büßt seine Kaufmannsqualität dadurch nicht ein, daß er vertragsmäßig verpflichtet ist, von einer bestimmten Firma Weine zu beziehen und sie zu festgestellten Preisen abzugeben, auch ein festes Gehalt als theilweisen Ersatz seiner Dienste und Spesen von jener Firma bezieht (Bolze 9 Nr. 232).

Anm. 29. 4. **Nicht erforderlich ist ferner, daß der Gewerbetreibende dem Publikum gegenüber als solcher auftritt.** Das R.O.H. (22 S. 303) hat das Gegentheil ausgesprochen, das Reichsgericht scheint sich jetzt unserem Standpunkt zuzuneigen (Bolze 18 Nr. 253). Dem R.O.H. folgen L.G. Mannheim in G.Z. 37 S. 525; Puchelt-Förtsch Anm. 9 zu Art. 4; Allfeld S. 31 Anm. 16; Düringer u. Hachenburg I S. 26; Makower S. 6; Cosack S. 25. Das Erforderniß kann nicht anerkannt werden, weil das Gesetz es nicht aufstellt und es in der Natur der Sache nicht begründet ist. Nur ist andererseits zu betonen, daß in dem wenn auch häufigen Abschluß von Erwerbsgeschäften in der Mehrzahl derjenigen Fälle, in denen das heimlich geschieht, eine Kaufmannsqualität deshalb nicht vorliegen wird, weil der Begriff der Gewerbemäßigkeit fehlen wird, indem jene Geschäftsabschlüsse trotz ihrer Häufigkeit den Charakter der Gelegentlichkeit an sich tragen werden. So wenn Aerzte, Richter, Anwälte, Ehefrauen in Werthpapieren spekuliren (vergl. z. B. Bolze 2 Nr. 712, wo entschieden ist, daß eine Ehefrau dadurch noch nicht Handelsfrau wird, daß sie jahrelang dauernd Spekulationsgeschäfte durch Vermittlung eines Bankiers gemacht hat). — Vergl. oben Anm. 19, wo dargelegt ist, wie das Reichsgericht das Requisit der Willensmanifestation gegenüber dem Publikum als dem Erforderniß der Gewerbemäßigkeit immanent betrachtet, jedoch unseres Erachtens auch dies zu Unrecht.

Anm. 30. II. (Abs. 2). **Die erste Klasse der Handelsgewerbe.**

A. **Vorbemerkung.** Wie oben in der Einleitung gezeigt, enthält Abs. 2 unseres Paragraphen nicht eine erschöpfende Definition des Begriffes Handelsgewerbe, sondern zählt nur eine Klasse von Handelsgewerben auf, und zwar diejenigen Handelsgewerbe, welche unmittelbar dadurch begründet werden, daß die betreffende Person eine der hier aufgezählten Arten von Geschäften gewerbemäßig abschließt. Zum Unterschiede davon werden die im § 2 erwähnten Gewerbe erst durch die hinzukommende Eintragung Handelsgewerbe. Die ersten möchten wir die reinen Handelsgewerbe oder Handelsgewerbe kraft Gewerbes, die letzteren hypothetische Handelsgewerbe oder Handelsgewerbe kraft Gewerbes und Eintragung nennen. Die im § 1

Abs. 2 aufgezählten Geschäfte möchten wir entsprechend reine Handelsgrundgeschäfte, die im § 2 aufgezählten hypothetische Handelsgrundgeschäfte nennen.

Indem wir solchergestalt zu der Darstellung der Handelsgewerbe übergehen, können wir nicht umhin, in Erinnerung an das alte Recht zu erwähnen, daß das neue H.G.B. den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte abgeschafft hat. Es giebt keine Geschäfte mehr, welche, einzeln abgeschlossen, um ihrer selbst willen Handelsgeschäfte sind. Die im Art. 271 des alten H.G.B. aufgezählten Handelsgeschäfte sind (bis auf das Darlehn wegen Verbodmung) nunmehr eingereiht worden in den Kreis derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bedeutet. Sie sind nach früherer Terminologie relative Handelsgeschäfte, nach der jetzigen Rechtslage reine Handelsgrundgeschäfte geworden, da ihr Betrieb von selbst ohne hinzukommende Eintragung zum Kaufmann macht. (Der Ausdruck Handelsgrundgeschäfte ist zutreffender als Grundhandelsgeschäfte; es sind die Grundgeschäfte des Handels, also Handelsgrundgeschäfte).

B. **Die 9 Arten der reinen Handelsgrundgeschäfte.** Anm. 31.

Nr. 1. **Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden.**

a) **Allgemeines.** Nach dem alten H.G.B. waren die Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung einerseits und die Veräußerung in der Absicht der Anschaffung andererseits zwei selbstständige absolute Handelsgeschäfte. Die absoluten Handelsgeschäfte sind abgeschafft und es kommen diese beiden Geschäfte fortan nur noch als Grundgeschäfte des Handelsgewerbes in Betracht. Es war hierbei ganz korrekt, wenn das neue H.G.B. diese beiden Geschäfte zusammenzog. Denn innerhalb eines Gewerbebetriebes kommen sie nur vereint in Betracht. Die Gewerbemäßigkeit besteht darin, daß die Absicht besteht, aus einem Komplex von Geschäften Gewinn zu erzielen. Will nun Jemand aus der „Anschaffung von Waaren zum Zwecke der Weiterveräußerung" Gewinn erzielen, so will er eben Gewinn erzielen aus der Anschaffung und Weiterveräußerung, und will Jemand aus der „Veräußerung von Waaren Gewinn erzielen, die er zu diesem Zwecke anschafft", so will er ebenfalls aus der Anschaffung und Veräußerung Gewinn erzielen. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß die Anschaffungsgeschäfte allein, für sich betrachtet, oder die Veräußerung allein, für sich betrachtet, keine Handelsgrundgeschäfte seien. Der auf Anschaffung und Veräußerung gerichtete Gewerbebetrieb wird vielmehr schon in solchen Geschäften bethätigt, welche eine Anschaffung oder Veräußerung darstellen, indem die diesen Geschäften zu Grunde liegende Absicht denselben das Gepräge aufdrückt, vermöge dessen sie Elemente eines auf Anschaffung und Veräußerung gerichteten Gewerbebetriebes bilden. Auch ist es selbstverständlich, daß es nunmehr gleichgiltig ist, ob die Anschaffung oder die Veräußerung vorangeht, da ja eben gerade beide Geschäfte zusammengefaßt sind: die Anschaffung zum Zwecke der nachfolgenden Veräußerung, und die Veräußerung in der Absicht der nachfolgenden Anschaffung.

b) **Die Anschaffung.** Anschaffung ist abgeleiteter entgeltlicher Erwerb zu Eigenthum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden (R.G. 20 S. 10; 21 S. 32; 21 S. 36; 22 S. 128; 24 S. 109; 26 S. 35; 26 S. 50; Plenarbeschluß des Reichsgerichts in R.G. 31 S. 17). Anm. 32.

Im Einzelnen sind hiernach Anschaffungsgeschäfte im Sinne dieses Paragraphen: vor Allem der Kauf, den das Gesetz früher (Art. 271) exempli causa erwähnte und voranstellte; sodann die Bestellung zur Lieferung eines Werkes; der Tausch, die Annahme an Zahlungsstatt (§ 364 B.G.B., ein im Handelsverkehr ziemlich häufiger Fall, z. B. bei Wechseln R.G. in Straff. 11 S. 146, oder bei Waaren, wenn der Vermögensverfall des Schuldners droht); das depositum irregulare (vergl. § 700 B.G.B., wobei ein besonderes Entgelt nicht vereinbart zu werden braucht, die Pflicht zur Rückgabe gleichwerthiger Stücke genügt, R.G. vom 11. Juli 1898 in J. W. S. 544); die locatio conductio irregularis; Anm. 33.

das pignus irregulare, insbesondere (R.G. 21 S. 36) die uneigentlichen Lombardgeschäfte, d. h. diejenigen Geschäfte, bei denen der Darlehnsgeber, welcher Werthpapiere zu seiner Sicherheit erhält, befugt ist, an Stelle der empfangenen Werthpapiere andere von gleicher Art zurückzugewähren.

Von diesen Geschäften kommen für den vorliegenden § 1 Nr. 1, d. h. als Grundgeschäfte eines Handelsgewerbes, hauptsächlich in Betracht der Kauf, der Tausch und der Werklieferungsvertrag nach § 651 B.G.B. Die Annahme an Erfüllungsstatt wird als Grundgeschäft eines Gewerbes wohl kaum vorkommen und die uneigentlichen Depot- und Lombardgeschäfte gehören als Grundgeschäfte des Handels nicht unter Nr. 1, sondern unter Nr. 4 unseres Parapraphen.

Anm. 34. Keine Anschaffungsgeschäfte sind dagegen: das Miethen einer Sache, weil die Absicht eines Eigenthumserwerbes fehlt; das Nehmen zum regulären Pfande aus gleichem Grunde (R.G. 21 S. 36); der Erwerb durch Schenkung, durch Empfang zur Mitgift, weil zwar Eigenthum erworben wird, aber nicht entgeltlich: selbstverständlich nicht Erwerb durch Delikt, was kaum der Erwähnung bedarf, da überhaupt kein Rechtsgeschäft vorliegt (Behrend § 26 Anm. 7), durch Spiel oder Wette (Goldschmidt I § 47 Anm. 5): Erwerb durch Erbschaft, weil kein Vertragsgeschäft vorliegt; Finden, Okkupation, Jagd aus gleichem Grunde (vgl. hierzu überall R.G. 31 S. 18). Kein Anschaffungsgeschäft ist ferner die Uebernahme der Aktien durch die Simultangründer. Denn nicht die Aktienurkunden sind die vertragliche Gegenleistung für die Einlage, sondern die Aktienrechte; die letzteren werden durch die Aktienurkunden nur verbrieft. Weder sie, noch auch die Aktienrechte sind Gegenstände, welche durch abgeleiteten Erwerb aus fremdem Vermögen in das des Gründers übergehen, also „angeschafft" werden, die Antheilsrechte entstehen vielmehr als Rechte des Gründers. Dies hat das Reichsgericht in dem in Anm. 32 citirten Plenarbeschluß (R.G. 31 S. 17) zutreffend ausgeführt, im Gegensatz zur konstanten früheren Praxis (vergl. insbesondere die früheren Urtheile R.G. 22 S. 128; 26 S. 35; Bolze 11 Nr. 562). Dieselben Erwägungen greifen auf die Uebernahme von Aktien bei der Successivgründung und bei der Kapitalserhöhung Platz, so daß im Gegensatz zu R.G. 22 S. 116 und 26 S. 50 auch hier ein Anschaffungsgeschäft verneint werden muß. (Näheres hierüber Staub bei Holdheim 3 S. 61; gegen ihn Bendixen bei Holdheim 3 S. 348; zust. jedoch Förtsch Anm. 5 a. E. zu Art. 271 und R.G. vom 16. Dezember 1897 in J.W. 1898 S. 80). Das Gleiche gilt von der Uebernahme konvertirter Pfandbriefe im Gegensatz zu R.G. 24 S. 108; 20 S. 10; 27 S. 50), von dem Bezug von Stammprioritäten von der Aktiengesellschaft durch Hergabe von Stammaktien und Zuzahlung eines Baarbetrages.

Anm. 35. **Insbesondere ist die Selbsterzeugung nicht als Anschaffung aufzufassen,** weil kein Vertragsgeschäft vorliegt: so die Bearbeitung selbstgewonnenen Materials zum Zwecke des Verkaufs (Bergbau, Ziegelei, Steinbruch, Bernsteingräberei) ist kein Handelsgrundgeschäft nach § 1 (R.O.H. 9 S. 189; 13 S. 385; 14 S. 117; 15 S. 237; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 307 u. 409); Fabrikation feuerfester Steine aus eigenem Material (R.O.H. 16 S. 380); Ziegelfabrikation, auch bei geplantem Erwerb weiterer Grundstücke zu diesem Zwecke (Bolze 8 Nr. 314); Molkerei aus eigenem Viehstande (R.G. in Strafsachen 26 S. 37). Gleichgültig ist dabei, ob die Erzeugung aus eigenem oder fremdem, z. B. gepachtetem Grundstücke erfolgt: Wer einen Steinbruch pachtet, schafft die unbewegliche Bodensubstanz, nicht fertige Steine an (R.G. 6 S. 9; R.G. in Strafsachen 27 S. 263). Vergl. auch Bolze 13 Nr. 260 (das Recht, nach Bedarf Kies sich anzueignen für einen bestimmten nach Kubikmetern festgesetzten Preis). Auf den Namen kommt es dabei überall nicht an. Was die Parteien in R.O.H. 2 S. 424 ein Erpachten der Milch nannten, war in Wahrheit ein Kaufen zum Zwecke des Wiederverkaufs.

Die Gewerbe der Selbstproduzenten sind hiernach keine reinen Handelsgewerbe nach § 1, wie ihre Geschäfte früher keine absoluten Handelsgeschäfte waren. Ihr Gewerbe kann aber hypothetisches Handelsgewerbe nach § 2 und ihre Geschäfte accessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein.

c) **Bewegliche Sachen (Waaren) oder Werthpapiere** müssen Gegenstand der Anschaffung sein. Anm. 36.

α) Bewegliche Sachen sind nur körperliche Gegenstände (§ 90 B.G.B.). Aber nicht alle körperlichen Gegenstände gehören hierher. Vielmehr ist aus dem eingeklammerten Worte „Waaren" zu ersehen, daß die beweglichen Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein müssen. Dazu kann auch Geld gehören, z. B. wenn Bijouteriefabrikanten Goldmünzen aufkaufen, um sie einzuschmelzen (Goldschmidt I, § 47 Anm. 21a, 22).

Bewegliche Sachen liegen auch dann vor, wenn es sich um loszutrennende Bestandtheile des Grund und Bodens handelt (Behrend § 26 Anm. 3; vergl. § 956 B.G.B.); Früchte auf dem Halm (Str.Arch. 83 S. 350); Holz auf dem Stamme zum Abschlagen (R.G. vom 15. Februar 1894 in J.W. S. 144), ebenso Kauf eines Hauses zum Abbruch (G.Z. 8 S. 633, Nürnberg). Darin liegt kein Widerspruch mit dem, was oben Anm. 35 gesagt ist, wonach das Pachten eines Steinbruches zur Gewinnung von Steinen oder eines Grundstückes zur Gewinnung von Bernstein keine Anschaffung ist. Man muß eben unterscheiden zwischen Pachtung des Steinbruchs und Kauf der zu brechenden Steine (R.G. 6 S. 4). Pachtung ist anzunehmen, wenn Vertragserfüllung und Preis von dem Umfang der Ausbeute unabhängig sind.

β) Werthpapiere. Es sind dies Urkunden, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts an das Papier geknüpft ist und bei denen die Uebertragung des Papiers die Uebertragung des Rechts bedeutet. Daß dieselben für den Handelsverkehr bestimmt sein müssen, ist jetzt nicht mehr gesagt. Aber der Zusammenhang ergiebt es deutlich, insbesondere die Tendenz der Vorschrift und die Einschränkung des Begriffes bewegliche Sache durch das Wort Waare (Denkschr. S. 10). Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Uebertragung Cession erfordert (R.G. 16 S. 85; 40 S. 134). Das liegt nicht bloß an der leichten Uebertragbarkeit, sondern auch daran, daß das Indossament den Erwerber vor Einwendungen schützt, die der Schuldner gegen den Rechtsvorgänger hat. Eine Uebertragung mit unbekannten Einwendungen verträgt der Handelsverkehr nicht (vergl. R.O.H. 24 S. 258). Als Beispiele von Werthpapieren hatte das alte H.G.B. vorangestellt: Staatspapiere und Aktien. Diese Beispiele werden auch jetzt gelten müssen. Die Letzteren sind auch dann für den Handelsverkehr bestimmte Papiere, wenn sie vinkulirt sind, d. h. wenn ihre Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaftsorgane geknüpft ist (R.G. 36 S. 39). Anm. 37.

Als weitere Beispiele erwähnt die Denkschrift S. 10 Wechsel und Checks. Auch diese Beispiele sind zu acceptiren mit der Maßgabe, daß die Indossabilität vorausgesetzt ist. Ist die Indossirbarkeit ausgeschlossen, so hören sie auf für den Handelsverkehr bestimmte Werthpapiere zu sein. Mit dieser Maßgabe sind auch kaufmännische Verpflichtungsscheine Werthpapiere (R.O.H. 24 S. 258). Das Depotgesetz (Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896) führt in seinen § 1 als Beispiele von Werthpapieren an: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine oder Talons, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen. Diese Aufzählung ist hier nicht maßgebend. Sie ist zu ganz anderen Zwecken gegeben, nämlich um den Deponenten zu schützen. Bei Kuxen z. B. ist die Uebertragung des Rechts an die Uebertragung des Papiers nicht immer geknüpft, nach dem preußischen Berggesetz erfolgt z. B. die Uebertragung des Kuxes durch schriftlichen Vertrag ohne Ueber- Anm. 38

tragung des Kuxscheins (§ 105 des Berggesetzes). — Von Werthpapieren aber wohl zu scheiden sind die bloßen Legitimationsurkunden: Entreebillets, Eßmarken, Pfandscheine, Sparkassenbücher, es sei denn, daß der Aussteller dem jedesmaligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will (§ 807 B.G.B.).

Anm. 39. γ) Als Waaren und Werthpapiere in diesem Sinne sind nicht zu erachten: Forderungen, die nicht in für den Handel bestimmten Werthpapieren verkörpert sind (vgl. R.G. 26 S. 43), auch nicht Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenbriefe; dieselben sind nicht Gegenstand des Handelsverkehrs, auch sind sie (bis auf den Inhabergrundschuldbrief nach § 1195 B.G.B) keine Werthpapiere, schon deshalb nicht, weil die Uebertragung durch Cession erfolgt und überdies die Uebertragung des Papieres nicht die Uebertragung des Rechts bedeutet, übertragen wird vielmehr das Recht durch eine hierauf gerichtete schriftliche Uebertragungserklärung und außerdem muß der Brief übergeben werden, um die Uebertragung des Rechts wirksam zu machen (§§ 1154, 1192 B.G.B., s. auch § 952 Abs. 2 B.G.B.; vergl. auch Düringer und Hachenburg I S. 30); ferner nicht Gesellschaftsantheile (Goldschmidt I § 47 Anm. 19), auch nicht Geschäftsantheile der Gesellschaften mit beschränkter Haftung; ferner nicht Urheberrechte (Behrend § 26 Anm. 4), auch nicht ein Vermögensinbegriff (ganzes Vermögen, Handelsgeschäft[1]), Verlassenschaft [Behrend ebenda]).

Anm. 40. δ) **Weiterveräußerung im unveränderten Zustande oder in be- oder verarbeitetem Zustande.**

αα) **Veräußerung.** Die den Gewerbebetrieb beherrschende Absicht muß auf die Anschaffung und Weiterveräußerung gerichtet sein. Einkauf von Vieh zum Zwecke der Viehzucht fällt darunter nicht, ebensowenig Einkauf von Thieren durch einen Menageriebesitzer. Die Veräußerung ist dasselbe Rechtsgeschäft, wie die Anschaffung, nur vom umgekehrten Standpunkte aus. Das ergiebt deutlich das Wort „Weiterveräußerung". Veräußerung ist hiernach jedes auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete entgeltliche Rechtsgeschäft unter Lebenden: Verkauf, Vertauschung, Hingabe an Zahlungsstatt, depositum irregulare, pignus irregulare, das uneigentliche Lombardgeschäft (vergl. oben Anm. 32 u. 33), dagegen nicht das Hergeben zum regulären Faustpfand, das Vermiethen u. s. w. (s. oben Anm. 34). Die von einem Gastwirthe zum Zwecke der Beherbergung vorgenommenen Ankäufe von Betten und Möbeln sind keine reinen Handelsgrundgeschäfte, weil diese Gegenstände nicht veräußert werden sollen (R.O.H. 22 S. 329), desgleichen nicht die Anschaffung von Theaterdekorationen und Ausstattungsgegenständen durch den Theaterdirektor (R.O.H. 22 S. 117), oder die Anschaffung von Büchern zum Zwecke des gewerbsmäßigen Verleihens (R.O.H. 23 S. 400), sodaß also Theaterdirektoren und Leihbibliotheksbesitzer nicht Kaufleute kraft Gewerbes sind, d. h. Kaufleute gemäß § 1. Dagegen muß immer wieder der Deutlichkeit wegen betont werden, daß alle die Geschäfte, die unter § 1 Nr. 1 nicht fallen, den Gewerbetreibenden zwar nicht ohne weiteres zum Kaufmann, ihn aber unter den Voraussetzungen des § 2 dazu machen, und daß sie ferner sämmtlich accessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können. Auch das Verschenken gehört nicht unter Nr. 1. Denn die Veräußerung muß entgeltlich sein, um darunter zu fallen, zumal man ja sonst keinen Gewinn erzielen kann. Einzelne Schenkungsgeschäfte können nur als accessorische Handelsgeschäfte in Betracht kommen, nicht als reine Handelsgrundgeschäfte. Von der Veräußerung zum Kostenpreis gilt dasselbe (vergl. auch oben Anm. 14).

Anm. 41. Die Veräußerung muß nach der Absicht des Gesetzes den Gegenstand selbst erfassen. Ist Gegenstand der Veräußerung eine andere

[1]) Der Kauf oder Verkauf eines ganzen Handelsgeschäfts kann aber ein accessorisches Handelsgeschäft sein (vergl. zu § 343).

Sache und soll der angeschaffte Gegenstand nur das Mittel bilden, um jenen anderen Gegenstand zum Zwecke der Veräußerung zu bearbeiten oder auszustatten, nur der Hilfsstoff, der in einem anderen gewerblichen Erzeugniß aufgeht, so kann man nicht von einer Veräußerung des angeschafften Gegenstandes sprechen (O.G. Wien in G.Z. 43 S. 338). Beispiel: Zwirn und Nadel beim Schneider, Kleister und Pinsel beim Tapezierer, Farbe beim Maler (R.G. in Strafsachen 28 S. 60), das sind Arbeitsmittel; Knöpfe, Futter beim Schneider (R.O.H. 7 S. 240), Goldrahmen beim Gemälderestaurator (H.A.G. Nürnberg in Busch, Archiv 21 S. 358), die Seife beim Tuchwalker (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 464), Kisten und Leinwand zum Zwecke der Verpackung, selbst wenn sie besonders angerechnet werden (Behrend § 26 Anm. 17), das sind nur Zuthaten. Solche Anschaffungen und Veräußerungen sind trotz der gewerblichen Absicht keine Handelsgrundgeschäfte, die betreffenden Personen können aber aus anderen Gründen Kaufleute sein und die hier gedachten Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte sind alsdann accessorische Handelsgeschäfte.

Anm. 42. ββ) **Unverändert oder in be- oder verarbeitetem Zustande** kann die Veräußerung beabsichtigt sein. An sich hätte es zweifelhaft sein können, ob die Anschaffung dadurch nicht aufhört, ein Handelsgrundgeschäft zu sein, daß die Veräußerung der Sache in veränderter Gestalt beabsichtigt wird. Diesen Zweifel schneidet das Gesetz ab. Bearbeitung und Verarbeitung sollen auf die Natur des Geschäftes ohne Einfluß sein. Dadurch werden die zahlreichen Anschaffungsgeschäfte der Handwerker, welche eigenes, d. h. von ihnen angeschafftes, nicht ihnen übergebenes Material be- oder verarbeiten, zu Handelsgrundgeschäften, die Handwerker selbst zu Kaufleuten, wenn auch unter Umständen nur zu Minderkaufleuten. So die Brauer, Müller, Fleischer, Schneider, Tischler, Klempner, Schuhmacher, Uhrmacher, Gerber, Bäcker (vergl. hierüber Näheres Anm. 2—6 zu § 4).

Anm. 43. Be- oder Verarbeiten also soll ohne Einfluß sein. Aber das ist zugleich die Grenze. Liegt mehr vor, soll die Sache in ein Grundstück hineingearbeitet und integrirender Bestandtheil eines Grundstücks werden, so ist die Grenze überschritten. Dann ist die Sache nicht mehr bloß be- oder verarbeitet, sondern hat aufgehört, bewegliche Sache und Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein, es ist dann gewissermaßen ein Grundstückstheil veräußert, und das fällt unter den vorliegenden Paragraphen nicht, weil es sich in demselben um eine Anschaffung und Weiterveräußerung handelt. Die „Weiterveräußerung" bedeutet aber: die Sache wird so veräußert, wie sie angeschafft wurde, d. h. so, daß sie auch in der Hand des Erwerbers noch eine bewegliche Sache ist und Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann. Dagegen genügt, um die Handelsgrundgeschäftsqualität nach § 1 auszuschließen, nicht, daß der Gegenstand, bewegliche Sache bleibend, Pertinenzstück des Grundstücks werden soll (vergl. unten Anm. 49).

Anm. 44. Die Anschaffungen eines Bauunternehmers sind demgemäß dann sicherlich nicht Handelsgrundgeschäfte, wenn er die angeschafften Gegenstände dazu verwenden will, um einen übernommenen Bau zu errichten.[1]) Er beabsichtigt dann nicht mehr, die angeschafften beweglichen Sachen als solche zu veräußern (R.O.H. 11 S. 329; R.G. in Straff. 18 S. 363). Der Bauunternehmer ist in diesem Falle kein Kaufmann (R.G. 14 S. 233).

Anm. 45. Anders ist es aber auch nicht, wenn der Bauunternehmer die angeschafften Materialien besonders berechnet und bezahlt erhält, wie dies früher (R.O.H. 13

[1]) Beim Inhaber eines Baumaterialiengeschäfts liegt die Sache anders: dieser schafft die Sachen als bewegliche an und veräußert sie als bewegliche.

S. 343; R.G. in Strafs. 18 S. 363; Behrend § 31 Anm. 9) für den Begriff der absoluten Handelsgeschäfte angenommen wurde. Denn auch in diesem Falle will der Bauunternehmer die angeschafften Materialien nicht mehr als bewegliche Sachen, und nicht bloß be- oder verarbeitet veräußern, sondern derart hineingearbeitet in ein Grundstück, daß sie wesentliche Bestandtheile desselben werden. Die besondere Berechnung ändert an diesem entscheidenden Punkte nichts. Denn immerhin werden nicht die Materialien als solche bezahlt, sondern nur, wofern und nachdem sie Bestandtheile des Grundstücks geworden sind, also die Errichtung des Grundstücks oder das errichtete Grundstück wird auch in diesem Falle bezahlt (zust. Cosack S. 29).

Anm. 46. Deshalb sind richtiger Ansicht nach die Anschaffungsgeschäfte der Bauunternehmer, der Maurermeister, Zimmermeister und überhaupt aller Bauhandwerker — Bauklempner, Bautischler, Dachdecker, Gas- und Wasserrohrleger — keine reinen Handelsgrundgeschäfte, sofern ihre Thätigkeit darin besteht, daß sie die angeschafften Materialien derart in das Grundstück hineinverarbeiten, daß sie wesentliche Bestandtheile desselben werden. Pflasterung und Regulirung einer Straße ist kein reines Handelsgrundgeschäft (R.O.H. 15 S. 257); Bauunternehmer sind nicht ohne weiteres Kaufleute (R.G. 14 S. 233; Bolze 6 Nr. 631; 9 Nr. 711a; R.G. in Straff. 18 S. 363); desgleichen Eisenbahnbauunternehmer (R.G. 14 S. 233); Errichtung einer Badeanstalt ist kein reines Handelsgrundgeschäft (Bolze 3 Nr. 461). Aus dem gleichen Grunde sind die Verträge mit Bauunternehmern, Baumeistern und Bauhandwerkern, durch welche diese die Errichtung von Bauten bezw. die Lieferung von hierzu erforderlichen Handwerkerarbeiten (z. B. die erforderlichen Bautischler- oder Bauklempnerarbeiten) übernehmen, nicht Veräußerungen im Sinne unseres § 1 Nr. 1. Denn hier wird keine bewegliche Sache veräußert: der Baumeister will ein Grundstück, der Bauhandwerker einen Grundstückstheil liefern (vergl. § 94 Abs. 2 B.G.B. — Zust. R.G. in Strafsachen 28 S. 60 u. 364, die gegentheilige Ansicht Makowers S. 9 ist unzutreffend). —

Anm. 47. (Der Deutlichkeit wegen muß auch in diesem Zusammenhange wiederum daran erinnert werden, daß alle die Geschäfte, deren Subsumirung unter § 1 Nr. 1 hier abgelehnt wurde, den Gewerbetreibenden unter den Voraussetzungen des § 2 zum Kaufmann machen, und daß sie ferner accessorische Handelsgeschäfte gemäß § 343 sein können.)

Anm. 48. Auch damit kann man die Natur als reines Handelsgrundgeschäft nicht begründen, daß man das Hineinarbeiten in das Grundstück als Nebenleistung konstruirt. Unzutreffend hat z. B. das Reichsgericht in Bolze 7 Nr. 365 die Handelsgeschäftsnatur bejaht, obwohl es sich um Lieferung und Legung des Parquets handelte, weil das Legen Nebenleistung sei. Der Begriff der Nebenleistung ist dabei nicht faßbar. Das Entscheidende ist, daß die Gegenstände nicht in beweglichem Zustande, sondern nach Hineinarbeitung in das Grundstück und nur so geliefert werden sollen (anders Makower S. 9).

Anm. 49. Dagegen reicht aber nicht jede Verbindung des angeschafften Gegenstandes mit dem Grundstücke aus, um die Natur als reines Handelsgrundgeschäft zu beseitigen. Soll die Sache bloß Pertinenzstück des Grundstücks, nicht wesentlicher Bestandtheil desselben werden, also bewegliche Sache bleiben, so liegt Veräußerung im Sinne dieses Paragraphen vor (Anschaffung eines Wandspiegels, der befestigt werden soll, elektrischer Klingeln; vergl. O.L.G. Marienwerder in Seufferts Archiv 48 S. 78 — Vertrag über Aufstellung der zur elektrischen Beleuchtung erforderlichen Maschinen und Apparate, also beweglicher Sachen, die durch ihre Aufstellung Pertinenzstück des Grund-

stücks werden —). Denn die Pertinenzqualität nimmt dem Gegenstande nicht die Eigenschaft der beweglichen Sache und macht sie nicht ungeeignet, Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein.

Nr. 2. **Die Uebernahme der Be- oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.** Anm. 50.

1. **Die Uebernahme der Be- und Verarbeitung von Waaren für Andere.** Es handelt sich hauptsächlich um die Geschäfte des Werkmeisters, und zwar um diejenigen Werkmeistergeschäfte, welche in der Arbeit gegen Lohn bestehen. Soll der Unternehmer nicht bloß die Bearbeitung vornehmen, sondern auch das Material liefern, so greift die Nr. 2 nicht Platz. Die Geschäfte solcher Personen können zwar auch reine Handelsgrundgeschäfte sein, wenn sie nämlich die Waaren anschaffen; denn alsdann fallen sie unter Nr. 1. Wenn sie aber das Material hergeben, ohne es anzuschaffen, indem sie es nämlich selbst produziren, so fallen ihre Geschäfte weder unter Nr. 1, noch unter Nr. 2 (R.O.H. 9 S. 192; 15 S. 237); solche Personen sind Urproduzenten, ihre Geschäfte keine Handelsgrundgeschäfte (siehe oben Anm. 35). Es muß also der Stoff dem Bearbeiter übergeben sein (vergl. Anm. 53). Indessen, daß der Werkmeister Zuthaten oder Arbeitsmittel zugiebt, ändert die Natur des Geschäftes nicht (R.O.H. 7 S. 240, Zuthaten beim Schneider; vergl. weitere Beispiele hierfür oben Anm. 41).

Ueber die Be- und Verarbeitung ist des Näheren oben Anm. 42 ffg. gehandelt. Anm. 51. Hinzuzufügen ist, daß zu diesem Begriff nicht gehört, daß an der Substanz des Gegenstandes eine innere oder äußere Veränderung vorgenommen wird, sodaß auch Waschen und Reinigen dazu gehört (R.G. in Strafsachen 22 S. 271). Hineinarbeitung in ein Grundstück schließt auch hier den Begriff aus. Der Bauunternehmer und Bauhandwerker ist also auch dann kein Kaufmann, wenn er kein Material liefert, (vergl. oben Anm. 46).

Dabei ist überall nur die technische Bearbeitung gemeint. Bei Anm. 52. Fertigstellung litterarischer oder künstlerischer Erzeugnisse ist die geistige Arbeit das Wesen des übernommenen Werkes, sie gehören also nicht hierher, auch wenn der Stoff (Leinwand, Oel, Papier) vom Besteller geliefert wird (vergl. oben Anm. 16).

Für Andere muß die Be- oder Verarbeitung erfolgen. Das greift nur Platz, Anm. 53. wenn der Besteller das Material liefert. Liefert der Unternehmer das Material, so liegt diese Voraussetzung nicht vor. Indessen entscheidet nicht gerade die nackte Eigenthumsfrage. Vielmehr gilt der Besteller auch dann als derjenige, der das Material liefert, wenn er es durch den Uebernehmer der Arbeit für seine Rechnung anschaffen läßt, sei es auch auf den Namen des Uebernehmers; auch dann ist der Besteller der Lieferer des Materials, wenn er es — und zwar vorher — von dem Uebernehmer gekauft hat (Behrend § 27 Anm. 7). Nur darf in letzterem Falle nicht ein einheitlicher Vertrag vorliegen, sondern zwei gesonderte Verträge. Letzteres wird bei dieser Kombination allerdings selten der Fall sein. Es ist der Fall, wenn der Uebernehmer als berechtigt gilt, auch den einen Vertrag, Kauf des Stoffes, gesondert zu erfüllen und die Annahme der Erfüllung dieses Vertrages nicht abgelehnt werden kann, weil die Bearbeitung nicht erfolgt ist.

Ueber den Begriff Waare siehe oben Anm. 36.

2. **Wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.** Ueber die Grenzen Anm. 54 zwischen Handwerk und Fabrikbetrieb vergl. Anm. 3 u. 4 zu § 4.

Wie dort Anm. 2 hervorgehoben, sind diejenigen Personen, welche sich im Wesentlichen mit der Be- oder Verarbeitung für Andere beschäftigen, entweder Vollkaufleute oder überhaupt keine Kaufleute, während diejenigen Personen, welche Material verarbeiten, das sie dazu anschaffen, also die Inhaber der unter Nr. 1 fallenden Bearbeitungsgewerbe entweder Vollkaufleute oder Minderkaufleute sind. Der zur Unterstützung des handwerksmäßigen Betriebes in geringem Umfange betriebene Handel mit fertigen Waaren hebt das Gewerbe aus dem Rahmen der Be- und Verarbeitungsgewerbe nicht heraus und bewirkt nicht, daß der, welcher nach Nr. 2 Nichtkaufmann ist, Kaufmann wird (vergl. Anm. 5 zu § 4).

Anm. 55. 3. **Im Einzelnen gehören hierher:** die Uebernahmegeschäfte der Färbereien (R.O.H. 1 S. 132), Bleichen, Appreturanstalten (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 109), Kattundruckereien, Spinnereien, Eisenhammer, Fabriken, Reparaturwerkstätten (Goldschmidt I § 55 Nr. II), Dampfwaschanstalten und chemische Reinigungsanstalten (R.G. in Strafsachen 22 S. 271), Dampfdreschmaschinen, Lohnmühlen, Lohnglasschleifereien, Lohnwebereien, immer unter der Voraussetzung mehr als handwerksmäßigen Betriebes. Eine Münzstätte wird dieses Requisit immer erfüllen. Auch Mästen, Aufziehen, Dressiren von Thieren gehören hierher (Hahn § 3 zu Art. 271).

Anm. 56. Nicht hierher gehören: die Werkverdingungsverträge der Bauunternehmer, Bauhandwerker (vergl. oben Anm. 46), der Künstler und Schriftsteller (vergl. oben Anm. 16); die Geschäfte der Badeanstalten, weil es sich gewiß nicht um Bearbeitung von Sachen handelt, woran auch der mit der Verabreichung der Bäder verbundene Verkauf der darin vorhandenen Stoffe (Salz, Soole, Kiefernadeln) nichts ändert.

Anm. 57. Nr. 3. **Die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie.**

1. **Den Gegensatz hierzu bildet die Versicherung auf Gegenseitigkeit.** Der Wegweiser, um den Unterschied zwischen beiden Versicherungen festzustellen, ist die gesetzliche Bezeichnung gegen Prämie. Während Behrend (§ 26 Anm. 37) diese Worte für überflüssig hält, enthalten sie nach unserer Ansicht das einzige unterscheidende Kriterium. Eine Versicherung liegt in beiden Fällen vor. Bei der einen wird die Versicherung gegen Prämie übernommen, d. h. der eine Theil übernimmt die Tragung der Gefahr, der andere zahlt ein Aequivalent dafür. Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit dagegen wird ebenfalls die Versicherung übernommen, aber es wird kein Aequivalent gezahlt, sondern als Gegenleistung wird die Versicherung des Gegenkontrahenten gegen seine Gefahr stipulirt. Am anschaulichsten tritt dies Verhältniß hervor, wenn es sich lediglich um zwei Kontrahenten handelt. Dafür, daß A. die Gefahr des B. übernimmt, verpflichtet sich B. in dem einen Falle zu einer Geldzahlung, in dem andern Falle dazu seinerseits die gleichartige Gefahr des A. zu tragen. Versichern sich mehrere auf Gegenseitigkeit, so wird das Verhältniß wohl komplicirter, aber nicht andersartig. Die Gegenleistung dafür, daß die bisherigen Genossen die Gefahr des neu hinzutretenden Genossen übernehmen, besteht bei der Gegenseitigkeitsversicherung darin, daß der letztere die Gefahren der andern mitzutragen sich verpflichtet. Und auch dadurch, daß die Vereinigung der sich gegenseitig versichernden Genossen eine juristische Person geworden ist, wird die Sache nicht anders. Denn immerhin besteht doch auch die juristische Person nur um der Mitglieder willen und durch die Mitglieder (vergl. Goldschmidt System § 69).

Anm. 58. Unter Festhaltung dieser Kriterien liegt das Wesen der Prämienversicherung nicht gerade in der Bestimmtheit der Gegenleistung. Die außerordentlich häufige Vertragsbestimmung, daß die Prämie dadurch geringer wird, daß der Versicherte am Reingewinn des Versicherers theilnimmt, ändert an der Natur der Prämienversicherung nichts (vergl. Düringer u. Hachenburg I S. 31). Und ebenso hört der Charakter der Gegenseitigkeitsversicherung dadurch nicht auf, daß die Vereinigung nach ihren Satzungen Vorauszahlungen verlangt, und ebensowenig dadurch, daß von diesen Vorauszahlungen nicht Alles zurückgezahlt wird, was nach Berechnung der Schadenvertheilung übrig bleibt, sondern ein Theil zur Bildung von Reservekapitalien angesammelt wird. Denn das sind lediglich geschäftliche Modalitäten, durch welche das Ziel der Versicherung, die Bezahlung der Schäden, am besten gesichert wird (R.O.H. 4 S. 199; R.G. 14 S. 238).

Anm. 59. Die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist kein Handelsgrundgeschäft im Sinne unserer Nr. 3 (R.O.H. 4 S. 201; R.G. 14 S. 237; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 962). Die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind also keine Kaufleute nach § 1, aber sie können es auch nach § 2 nicht werden, weil sie nach den obigen Ausführungen kein Gewerbe betreiben (Düringer u. Hachenburg I S. 32).

Anm. 60. Wenn dagegen eine Gesellschaft sich zwar Gesellschaft auf Gegenseitigkeit nennt, aber nicht bloß mit ihren Mitgliedern Versicherungsverträge schließt, sondern auch mit Fremden, so sind diese letzteren Verträge Versicherungsverträge gegen Prämie, und die

Gesellschaft hat Kaufmannsqualität (R.G. 28 S. 313; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 282).

2. **Liegt Prämienversicherung vor,** so ist dieselbe reines Handelsgrundgeschäft, gleichviel, welcher Art die versicherte Gefahr ist. Es gehören hierher Versicherungen gegen Hagel, gegen Feuer, auch wenn es sich um Grundstücke handelt (P. 413; R.O.H. 5 S. 12); Transportversicherungen; Hypothekenversicherungen (R.O.H. 5 S. 335); Unfallsversicherungen; Invaliditätsversicherungen; Rückversicherungen; Seeversicherung (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 213); auch die Lebensversicherung, selbst wenn man dieselbe nicht für eine eigentliche Versicherung halten sollte, denn jedenfalls hat das H.G.B. dieselbe für eine solche erachtet (Gareis-Fuchsberger Anm. 16 zu Art. 271). — Hinsichtlich des Versicherungsrechts bestimmt Art. 75 des Einf.-Ges. zum B.G.B. daß die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend bleiben, soweit nicht das B.G.B. besondere Bestimmungen trifft, doch greifen selbstverständlich in erster Linie diejenigen Bestimmungen des H.G.B. Platz, welche sich daraus ergeben, daß die Prämienversicherung ein Handelsgrundgeschäft ist. Auch ist ein Reichsversicherungsgesetz in Vorbereitung. Anm. 61.

Nr. 4. **Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte.** Anm. 62.

Es genügt nicht, wie Düringer und Hachenburg I S. 32 zutreffend hervorheben, diejenigen Geschäfte aufzuzählen, mit welchen sich der Bankier gewöhnlich befaßt. Vielmehr muß dargelegt werden, welche Arten von Geschäften dem Bankiergewerbe eigenthümlich sind, d. h. welche den betreffenden Gewerbetreibenden zum Bankier machen, sein Geschäft zum Bankgeschäfte, wenn es eine Gesellschaft ist, zur Bank machen. Diese Begriffsbestimmung ist jetzt um so nothwendiger, als der Begriff Bankier auch sonst vom Gesetze gebraucht wird (§ 367 H.G.B.; § 42 Abs. 4 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

Die dem Bankiergewerbe charakteristischen Geschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld und Werthpapieren befriedigen. Anm. 63.

a) Die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Werthpapieren. Der typische Fall ist die kommissionsweise Ausführung von Aufträgen zur Anschaffung und Veräußerung von Werthpapieren. Dadurch wird der Gewerbetreibende Kommissionär und fällt allerdings auch unter die Nr. 6 unseres Paragraphen. Aber er wird dadurch außerdem Bankier und unterfällt in Folge dessen den Sondervorschriften, welche für das Bankiergewerbe gegeben sind (vgl. oben Anm. 62). Aber auch dann, wenn der Verkauf und der Ankauf der Werthpapiere für eigene Rechnung geschieht, nicht im Wege des Kommissionsgeschäfts, liegt die Bethätigung des Bankiergewerbes dann vor, wenn diese Thätigkeit in einer Weise erfolgt, die dazu bestimmt und geeignet ist, den Bedürfnissen des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Werthpapieren zu dienen, also wenn der Inhaber des Handelsgewerbes mit dem Publikum solche Geschäfte macht (nicht auch dann, wenn er ausschließlich an der Börse spekulirt). Zwar fällt diese Thätigkeit unter Nr. 1, aber außerdem fällt sie auch unter Nr. 4 und macht ihn zum Bankier. Oft entwickelt sich hieraus die sogenannte Emissionsthätigkeit, nämlich dann, wenn sie sich an eine Gründung oder Kapitalserhöhung anschließt. Der Bankier schließt z. B. mit dem Inhaber eines Etablissements, der sein Anwesen in eine Gesellschaft inferirt, im voraus einen Vertrag, Inhalts dessen er diesem die Aktien, welche er als Aequivalent für seine Illation erhält, zu gewissen Preisen abnehmen will. Die solchergestalt dem Bankier zufließenden Aktien bringt derselbe dann an den Markt. Diese Anschaffung und Veräußerung von Werthpapieren nennt man Emission. Ueber eine andere Art von Emission s. unten Anm. 65.

b) Die Geschäfte, welche dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld dienen. Dahin gehört zunächst das Geldwechselgeschäft. Das Gesetz stellt das Geldwechselgeschäft neben das Bankgeschäft. Allein Düringer und Hachenburg I S. 33 sind im Recht, wenn sie diese Scheidung für unbe- Anm. 64.

gründet erklären. Das Geldwechslergeschäft ist ein Theil des Bankgeschäfts, es dient dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geldsorten.

Anm. 63. Von ungleich größerer Wichtigkeit aber sind die übrigen Geldgeschäfte, die hier in Frage kommen. Zunächst diejenigen, welche dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung von Geld dienen. Hierhin gehört das Diskontirungsgeschäft. Sodann das Darlehn in seinen mannigfachen Formen (mit und ohne Sicherheit, Letzteres als Lombardgeschäft, gegen Verpfändung von Waaren oder gegen Bestellung von Hypotheken und Grundschulden, R.O.H. 1 S. 217; auch Baugeldgeber sind Bankiers, R.G. 38 S. 20; Blankokredit, Acceptkredit, Kontokurrentkredit u. s. w.). Ferner gehört dazu die Uebernahme von Anleihen, Aktien und sonstigen Gesellschaftsantheilen, welche von öffentlichen Korporationen, Gesellschaften, industriellen Unternehmungen zur Befriedigung ihres Geldbedürfnisses ausgegeben werden. Auch hieran schließt sich meist als Begleiterscheinung die Emission der solchergestalt übernommenen Werthpapiere durch den Bankier, d. h. ihre Unterbringung im Publikum, da nur auf diese Weise der Bankier das in der Uebernahme liegende Risiko wieder wett machen und die durch die Uebernahme festgelegten Gelder zu anderen Zwecken wieder flüssig machen kann. Die hier erwähnte Uebernahme von Anleihen und Gesellschaftsantheilen gehört nicht unter Nr. 1, weil sie keine Anschaffung ist (vgl. oben Anm. 34), aber sie ist ein Grundgeschäft des Bankiergewerbes und gehört daher unter unsere Nr. 4, was Düringer und Hachenburg I S. 33 anscheinend nicht annehmen. Endlich aber ist dasjenige Geschäft dem Bankgewerbe charakteristisch, welches dem Bedürfnisse des Verkehrs nach Unterbringung seiner flüssigen Gelder dient, das sogenannte Depositengeschäft. Die Annahme von Geldern zum irregulären Depositum gegen Verzinsung ist dem Bankgewerbe charakteristisch und ist nicht bloß ein Hilfsgeschäft desselben, sondern macht den, der diese Geschäftsart gewerbsmäßig betreibt, zum Bankier. Isolirt kann diese Geschäftsart allerdings nicht betrieben werden. Denn die Verzinsung bedingt das Eingehen anderer Geschäfte durch den, der die Zinsen zu zahlen in der Lage sein soll, und das Depositengeschäft kommt daher auch nur als ein Zweig des Bankgewerbes vor. Es würde aber ein Bankgeschäft bleiben, wenn sich eine geschäftliche Unternehmung in großem Maßstabe mit der Annahme von Gelddepositen beschäftigen und die Möglichkeit der Verzinsung etwa in Grundstückstransaktionen suchen würde.

Anm. 65. **Die sonstigen Geschäfte**, welche im Bankgewerbe vorkommen, sind Hilfsgeschäfte desselben oder vielmehr Modalitäten der Bankgeschäftsthätigkeit, so der Giroverkehr, der Check- und Anweisungsverkehr. Alles dies sind Arten, wie die Auszahlung von deponirten oder kreditirten Geldern sich bethätigt.

Anm. 67. Nr. 5. **Eine Reihe von Transportgeschäften**, und zwar:

a) Die Uebernahme der Beförderung von Gütern und Reisenden zu See. Hierüber Näheres im Seerecht (§§ 556—678).

b) Die Geschäfte der Frachtführer. Hierüber am zuständigen Orte (§§ 425 ffg.).

c) Die Geschäfte der Personentransportanstalten zu Lande oder auf Binnengewässern. Der Personentransport gehört nicht zu den Frachtgeschäften. Ein reines Handelsgrundgeschäft ist der Personentransport stets, wenn er zu See geschieht (s. zu a), die Uebernahme des Personentransports zu Lande oder auf Binnengewässern ist es nur, wenn sie seitens einer Anstalt d. h. einer auf Großbetrieb angelegten kaufmännischen Unternehmung geschieht. Hiernach muß vorliegen Personentransport im Großbetriebe.

Anm. 63. a) **Personentransport.** Wer bloß Transportmittel stellt, ohne zugleich die zur Transportirung erforderliche Arbeitskraft zu verdingen, ist nicht Personenbeförderer im Sinne dieses Paragraphen (Behrend § 27 Anm. 18). Gegenstand dieses Geschäfts ist die Transportleistung selbst (vergl. R.G. 25 S. 110). Dagegen ist es gleichgültig, ob nebenbei auch noch das Gepäck des Passagiers mitgenommen wird, es wird dadurch kein Frachtgeschäft.

β **Im Großbetriebe.** Darauf deutet das Wort Anstalt hin. Nicht gemeint ist damit, daß gerade eine Gesellschaft den Betrieb hat, auch die Unternehmung einer Einzelperson gehört hierher. Die Abgrenzung des Großbetriebes vom Kleinbetriebe ist Frage des Einzelfalles. Auch hier ist das Kriterium dahin zu formuliren: es muß ein so erheblicher Umfang des Betriebes vorliegen, daß eine kaufmännische Organisation erforderlich ist (vergl. Anm. 6 u. 7 zu § 2). Dagegen kann es nicht für richtig erachtet werden, daß gerade der Unternehmer selbst die leitende Persönlichkeit sein muß, wie das von Noack in Busch Arch. 2 S. 26 ausgeführt wird. Es kann sehr wohl sein, daß der Unternehmer sich nur auf die technische Seite der Sache oder gar nicht auf die Sache versteht und sich in der Leitung des Ganzen vertreten läßt (Puchelt Anm. 3 zu Art. 272). Anm. 69.

γ **Im Einzelnen gehören hierher:** der Betrieb der Lokomotiv- und Pferdeeisenbahnen, Dampfschiffe, Dampffähren, Personenpostverbindungen, Omnibusunternehmungen, Droschkenunternehmungen. Anm. 70.

Nicht hierher gehören die Geschäfte der einfachen Lohnkutscher. Hier fehlt der Großbetrieb, die Personenbeförderungen der Posten gehören nicht dazu, weil § 452 den Postverwaltungen allgemein die Kaufmannseigenschaft abspricht.

δ **Die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer.** Anm. 71.

Der Schleppschiffahrtsunternehmer unterscheidet sich vom Frachtführer dadurch, daß er lediglich die Fortbewegung des Schiffes übernimmt, das Gut aber nicht übergeben erhält (R.O.H. 23 S. 320; R.G. 6 S. 100; 10 S. 167). Seine Geschäfte sind reine Handelsgrundgeschäfte, der Unternehmer ist ohne weiteres Kaufmann, oft hat er allerdings nur ein kleines Schleppboot; dann ist er Minderkaufmann nach § 4.

Nr. 6. **Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure und der Lagerhalter.** Hierüber Näheres an den zuständigen Stellen. Der sogenannte Annoncenspediteur ist vom R.O.H. 1 S. 210, 4 S. 136, 12 S. 214 als Spediteur (Beförderer der Annoncen an die Blätter) hingestellt worden, jedoch zu Unrecht. Er wird oft als Vermittler von Insertionsaufträgen Makler oder Agent sein und als solcher unter § 1 Nr. 7 fallen; wenn dies aber nicht der Fall ist, so kann er nur nach § 2 Kaufmann werden. Anm. 72.

Nr. 7. **Die Geschäfte der Handlungsagenten oder Handelsmakler.** Auch hierüber Näheres an den zuständigen Stellen. Unter den Handelsmaklern werden jetzt nur noch die Privathandelsmakler verstanden. Amtliche Handelsmakler giebt es nicht mehr. Die Geschäfte der Grundstücks- und Hypothekenmakler dagegen sind auch nach dem neuen H.G.B. keine reinen Handelsgrundgeschäfte, ihr Gewerbe kein reines Handelsgewerbe, weil Grundstücke und Hypotheken nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, Handelsmakler aber nur solche Personen sind, welche die Vermittlung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs besorgen (§ 93, Näheres dort). Daß die Heirathsvermittlungsgeschäfte dazu nicht gehören, folgt schon daraus, daß Ehen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Vermiethungen von Dienstboten für die Häuslichkeit (Gesindevermiethungsbureaus) gehören ebenfalls nicht dazu; desgleichen nicht die Theateragenturgeschäfte. Doch können diese Geschäfte hypothetische Handelsgrundgeschäfte nach § 2 und accessorische Handelsgeschäfte nach § 343 sein. Anm. 73.

Nr. 8. **Die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.** Anm. 74.

1. **Die Verlagsgeschäfte.** Dazu gehören die Geschäfte zum Zwecke der Erwerbung des Autorrechts, zum Zwecke der Vervielfältigung und Veröffentlichung des Werkes, und zum Zwecke der Verwerthung des vervielfältigten Werkes; aber nicht etwa in dem Sinne, als sei nur der kombinirte Betrieb aller drei Arten von Geschäften Handelsgeschäft. Vielmehr ist wesentlich nur die letzte Kategorie, nämlich die Geschäfte zum Zwecke der Verwerthung des Werkes (R.G. 5 S. 68). Fehlen können die Geschäfte, die auf den Erwerb des Autorrechts abzielen, so z. B. wenn es sich um einen Nachdruck handelt (R.G. 5 S. 68), oder um die erlaubte Vervielfältigung alter Klassiker, oder um Selbstverlag — auch der letztere kann hierunter fallen (R.G. 5 S. 68) —, auch der Kommissionsverlag gehört dazu (R.O.H. 16 S. 251), auch der Zeitungsverlag, auch wenn es sich um eine solche Zeitung

handelt, die nur zusammengelesene Artikel und Annoncen enthält, oder wenn der Verleger selbst Redakteur ist. Auch literarische Bureaus, Zeitungskorrespondenzen u. s. w. können hierher gehören. Fehlen kann ferner die zweite Kategorie: der Verleger kann sehr wohl seine eigene Druckerei oder Papierfabrik haben, so daß er diesbezügliche Handelsgeschäfte nicht abschließt. Nur die Verwerthung ist, wie gesagt, wesentlich (vergl. R.G. 5 S. 68).

Das Verlagsrecht richtet sich im übrigen nach Landesrecht (Art. 76 Einf.-Ges. zum B.G.B., vergl. oben Anm. 61 a. E.). Es ist jedoch ein Reichsgesetz über das Verlagsrecht in Vorbereitung.

Anm. 75. 2. **Die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.** Das sind besonders die Geschäfte des Sortimentsbuchhändlers. Soweit derselbe fest kauft, fallen seine Geschäfte schon unter Nr. 1. Aber auch sonst fallen diese Geschäfte schon unter andere Kategorien von Handelsgeschäften; denn es gehören dazu die Geschäfte der Buchhändlerkommissionäre (oben Ziffer 6), der Kolporteure, der Subskribenten- und Annoncensammler (Ziffer 7). Auch das Antiquariat gehört dazu.

Nicht gehören dazu die Geschäfte der Leihbibliotheken (R.O.H. 23 S. 400), die aber nach § 2 und § 343 hypothetische und accessorische Handelsgeschäfte sein können, letzteres z. B., wenn ein Sortimenter daneben eine Leihbibliothek hat.

Anm. 76 Nr. 9. **Die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.**

Gemeint sind, wie die Zusammenstellung mit dem Buch- und Kunsthandel ergiebt, nicht die Geschäfte der Kattun- und Zeugdruckereien, sondern der Druck von literarischen und künstlerischen Erzeugnissen, in diesem Sinne aber alle Arten von Druckereien: die Buch-, Stein-, Kupfer-, Holzschnitt-, galvanoplastischen Druckereien, auch die photographischen Anstalten, soweit des größeren Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation des Betriebes erforderlich ist (Behrend § 27 Anm. 32); wegen des kaufmännischen Betriebes vergl. zu § 4.

Anm. 77. **Zusatz 1. Alphabetisches Verzeichniß** derjenigen Personen, deren Kaufmannsqualität in Frage kommen kann.

a) Bedeutung dieses Verzeichnisses. Dasselbe ist als Zusatz dem § 1 hinzugefügt, weil es nur in diesem Zusammenhange eine Berechtigung hat. Denn nach § 2 macht jedes gewerbliche, kaufmännisch betriebene Unternehmen, wenn der Besitzer eingetragen ist, den Unternehmer zum Kaufmann.

Es ist nun wichtig für den Rechtsverkehr, zu wissen, wer durch den Gegenstand der betriebenen Geschäfte Kaufmann wird. Denn diese Personen sind Kaufleute ohne Eintragung.

Sie sind ohne weiteres Kaufleute. Im Gegensatze hierzu können die früher als Nichtkaufleute bezeichneten Gewerbetreibenden nicht mehr als solche bezeichnet werden, weil auch sie Kaufleute sein können, wenn ihr Gewerbebetrieb eine kaufmännische Einrichtung erfordert und sie eingetragen sind. Man kann jetzt höchstens sagen: sie seien nicht ohne Weiteres Kaufleute. Danach dürfen die beiden Kategorien nicht mehr als Kaufleute und Nichtkaufleute, sondern ohne Weiteres als Kaufleute und nicht ohne Weiteres als Kaufleute bezeichnet werden.

Anm. 78. b) Gewerbetreibende, die **ohne Weiteres Kaufleute** sind:

Die folgende Aufzählung ist nur eine Aufzählung der reinen Handelsgrundgewerbe, der Kaufleute kraft Gewerbes. Sie deckt sich im Großen und Ganzen naturgemäß mit derjenigen des früheren Rechts, weil ja § 1 im Großen und Ganzen nichts ist als eine Zusammenfassung der absoluten und relativen Handelsgeschäfte, also aller derjenigen Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb auch nach früherem Recht den Unternehmer ohne Weiteres zum Kaufmann machte. Einzelne Abweichungen sind ja allerdings vorhanden (das Darlehn auf Verbodmung fehlt, die Geschäfte der Schleppfahrtsunternehmer und der Lagerhalter sind hinzugefügt).

Kaufleute kraft Gewerbes sind hiernach: Anm. 79.

Agenten (Nr. 7)[1]); Annoncenbureaubesitzer (vergl. oben Anm. 72); Appreteure (unter Umständen, Nr. 9, oben Anm. 55); Apotheker (Nr. 1, oben Anm. 28); Bäcker (Nr. 1; oben Anm. 42); Banken und Bankiers (Nr. 4); Baugeldgeber (oben Anm. 65); Büchsenmacher (Nr. 1; oben Anm. 42); Branntweinbrenner (soweit sie nicht selbstproducirte Stoffe verarbeiten und veräußern, oben Anm. 35; R.O.H. 13 S. 143; 16 S. 380); Brauer (oben Anm. 42); Buchdrucker (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 9); Dampfwaschanstalten (Nr. 2; oben Anm. 55); Drechsler, Dreher (Nr. 1); Droschkenunternehmer (Nr. 5); Eisenbahnunternehmer (als Frachtführer R.O.H. 3 S. 407); Eisenwerksbesitzer (soweit sie angekauftes Material verarbeiten oder fabrikmäßig die Verarbeitung fremden Materials übernehmen, Nr. 1 u. 2); Fabrikanten (Nr. 1 u. 2); Färber (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2; oben Anm. 55); Fiskus (§ 36); Fleischer (Nr. 1; oben Anm. 42); Frachtführer (Nr. 5); Friseure (wenn sie Haarartikel, Oel, Seifen u. s. w. verkaufen); Fuhrleute (wenn sie Lasten befördern nach Nr. 5, und ebenso wenn sie als Personenbeförderungsanstalten zu betrachten sind); Gasanstalten (Nr. 1); Gastwirthe (R.O.H. 24 S. 270; oben Anm. 28); Gerber (oben Anm. 42); Glaser (oben Anm. 42); Goldschläger (ebenda); Handwerker (unter Umständen, Näheres § 4); Hausirer (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); Höcker (Nr. 1, doch Minderkaufleute, § 4); Hoteliers (wenn sie nicht nur Zimmer vermiethen, sondern auch Speisen verabreichen, R.O.H. 22 S. 329, daß sie den Zimmergästen Kaffee verabreichen, würde nicht genügen, das würde nur zur Unterstützung des Zimmervermiethungsgewerbes dienen); Hutfabrikanten (Nr. 1 u. 2); Jafétiers (Nr. 1); Kalkbrennereibesitzer (insofern sie gekauften oder fremden Kalk brennen, Nr. 1 u. 2); Klempner (oben Anm. 42); Kolporteure (Nr. 8); Kommissionäre (Nr. 6); Konditoren (oben Anm. 42); Korbmacher (ebenda); Kürschner (sofern mehr als Handwerker, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen 6 S. 694; oben Nr. 2); Kunstdrucker (sofern in mehr als handwerksmäßigem Umfange; Nr. 9); Kunsthändler (Nr 1 u. 8); Kupferstecher (Nr. 8); Lithographen (Nr. 9); Lotteriekollekteure (Nr. 1; oben Anm. 28); Makler (Handelsmakler, Nr. 7); Maler (nicht auf Grund von Nr. 1, da sie keine Farben veräußern, sondern Gegenstände färben, wohl aber auf Grund der Nr. 2, wofern sie Malerarbeiten übernehmen, die sich auf Waaren beziehen, ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht und selbstverständlich ausgenommen die Künstlermaler); Müller (Nr. 1; auch die Lohnmüller, wenn mehr als handwerksmäßiger Betrieb vorliegt, Nr. 2); Münzenhändler (Nr. 1); Musikalienhändler (Nr. 1 u. 8); Omnibusbesitzer (unter Umständen, oben Anm. 70); Optiker (oben Anm. 42); Patentanwälte (selbstverständlich nicht als Verfasser von Patentschriften, wohl aber als Vermittler von Patentveräußerungsgeschäften, denn Patente sind Gegenstände des Handelsverkehrs, Nr. 7); Pferdebahnbesitzer (oben Anm. 70); Photographen (wenn mehr als handwerksmäßig, Anm. 76), Post (Privatposten nach Nr. 5 als Frachtführer, nicht auch der Staat als Postanstalt, § 452); Restaurateure (s. Gastwirthe); Sattler (oben Anm. 42); Schneider (oben Anm. 42); Schlosser, Schmiede, Schuster (oben Anm. 42); Seiler (ebenda); Steinmetze (ebenda); Sparkassen- und Kreditvereine (wenn sie an Nichtmitglieder ausleihen; Anm. 63); Spediteure (Nr. 6); Spekulanten (in Waaren und Werthpapieren, wenn das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit vorliegt, oben Anm. 29; nicht auch in Grundstücken, diese können unter § 2 fallen); Spinnereien (wenn mehr als handwerksmäßig betrieben, oben Anm. 55); Staat (s. oben Fiskus); Subskribentensammler (oben Anm. 75); Tischler (oben Anm. 42; jedoch nicht Bautischler; vgl. bei Nichtkaufleuten); Trödler (Nr. 1, jedoch Minderkaufmann); Töpfer (Nr. 1; oben Anm. 42); Uhrmacher (Nr. 1; Anm. 42);

[1]) Die eingeklammerten Nummern bedeuten die Ziffern des vorliegenden § 1.

Verleger (Nr. 8); Versicherungsgesellschaften gegen Prämien (Nr. 3); Viehhändler (Nr. 1; R.O.H. 7 S. 58; 14 S. 266); Waarenhändler (Nr. 1); Weber (wenn mehr als handwerksmäßig; Nr. 2); Zeitungsverleger (Nr. 8; Anm. 74).

Anm. 80 b) **Gewerbetreibende, die nicht ohne Weiteres Kaufleute, nicht Kaufleute kraft Gewerbes sind.** Die hier verzeichneten Personen sind nicht ohne Weiteres Kaufleute. Das heißt: Der Betrieb der hier bezeichneten Gewerbe macht sie dazu nicht. Den Gegenstand dieser Gewerbebetriebe bilden keine reinen Handelsgrundgeschäfte, ihr Gewerbe ist kein reines Handelsgewerbe nach § 1. Auf anderem Gebiete liegt die Frage, ob ihr Gewerbebetrieb nicht durch den Umfang des Betriebes unter § 2 fällt; ist dies der Fall, dann werden diese Personen durch hinzukommende Eintragung Kaufleute, sie sind dann Kaufleute kraft Gewerbes und Eintragung.

Aerztliche Heilanstalten; Auktionskommissare; Bauunternehmer (oben Anm. 46); Bautischler (oben Anm. 46); Bergwerksbesitzer (oben Anm. 35); Bernsteingräbereibesitzer (oben Anm. 35); Bildhauer (s. Künstler); Einziehungsbüreaus [1]); Eisenbahnbauunternehmer (s. Bauunternehmer); Gas- und Wasserrohrleger (oben Anm. 46); Gesindevermiethungsbüreaus (oben Anm. 73); Grundstücksmakler (oben Anm. 73); Grundstücksspekulanten (oben Anm. 36; vergl. Bolze 6 Nr. 631); Handelsgärtner (sofern Selbstproduzenten; oben Anm. 35); Heirathsvermittler (überhaupt nicht Kaufleute, weil sie rechtlich nicht anerkannte Geschäfte betreiben, ihre Geschäfte können daher auch nicht als hypothetische Handelsgewerbe nach § 2 anerkannt werden; vergl. oben Anm. 12 u. Anm. 73, und Anm. 2 zu § 2); Hoteliers (als Zimmervermiether; s. unter Kaufleuten); Hypothekenmakler (oben Anm. 73); Künstler (oben Anm. 16); Kunstgärtner (vergl. Handelsgärtner); Landwirthe (regelmäßig sind sie überhaupt nicht Kaufleute, doch s. hierüber Näheres zu § 3); Leihämter (d. h. Privatleihanstalten, welche gegen Verpfändung von Kleidungsstücken, Möbeln, Schmuckgegenständen Gelder ausleihen, R.O.H. 24 S. 35); Leihbibliotheken (oben Anm. 75); Lohnkutscher (oben Anm. 70); Maler, (s. Künstler); Maurermeister (oben Anm. 46); Molkereibesitzer (oben Anm. 35); Schriftsteller (oben Anm. 16); Steinbruchbesitzer oder -pächter (oben Anm. 35); Steinfabrikanten (Fabrikanten feuerfester Steine aus eigenem Material; oben Anm. 35); Theateragenturen (oben Anm. 73); Theaterdirektoren und -unternehmer (R.O.H. 22 S. 117); Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit (oben Anm. 59); Vorschußvereine, die nicht Banken und nicht eingetragene Genossenschaften sind und nur an ihre Mitglieder ausleihen; Zahnärzte (auch wenn sie Zähne oder Gebisse verkaufen. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 6 Anm. 5 hält sie alsdann für Kaufleute, indessen ist doch Wissenschaft und Kunst bei ihnen vorwiegend; oben Anm. 16); Ziegeleibesitzer (sofern Selbstroduzenten; oben Anm. 35); Zimmervermiether (vgl. hierüber auch Hoteliers unter „Kaufleute").

Anm. 81. **Zusatz 2. Uebergangsfragen.** Der neue Kaufmannsbegriff tritt sofort in Wirksamkeit. Denn Kaufmann ist am 1. Januar 1900, wer an diesem Tage ein Handelsgewerbe betreibt. Hinsichtlich des § 1 hat dies keine wesentlich verändernde Bedeutung Denn die Kategorien der-

---

[1]) Einziehungs- oder Inkassobureaus betreiben keine Handelsgeschäfte. Sicherlich nicht, insofern sie sich damit beschäftigen, die Forderungen fest zu erwerben. Denn einmal geschieht der Erwerb nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Geltendmachung, und zweitens ist eine Forderung nicht eine bewegliche Sache im Sinne des § 1 Ziff. 1 (vergl. Anm. 39). Aber auch soweit sie Inkassomandatare sind (sei es unter der Maske der Cession oder auch ohne diese), betreiben sie keine Handelsgeschäfte. Man könnte vielleicht (s. Jakoby, die Krediterkundigung S. 102) daran denken, daß das Einziehen von Forderungen zur großen Gruppe der Bankiergeschäfte nach Nr. 4 gehört. Allein wenn sich die Bankiers mit dem Inkasso von Beträgen beschäftigen, so ist dies doch nur insoweit der Fall, als es sich um das formelle Einkassiren handelt. Das Ausklagen im Weigerungsfalle für Andere besorgen sie wohl auch hin und wieder, aber nicht mehr als spezifischen Zweig ihres Gewerbes, sondern mehr aus Gefälligkeit; am allerwenigsten beschäftigen sich Bankiers gewerbemäßig damit, zweifelhafte Forderungen durch möglichst schlaue und energische Maßregeln beizutreiben. Solche Einziehungsbureaus, den Gerichten und Anwälten wohl bekannt und von den Schuldnern gefürchtet, dürfen daher in das Handelsregister nicht ohne Weiteres eingetragen werden, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 2.

selben decken sich im Großen und Ganzen mit den früheren. Immerhin bewirkt das Ingeltungtreten des Abs. 2, daß alle diejenigen Personen, welche am 1. Januar 1900 eine geschäftliche Thätigkeit einer dieser Arten entwickeln, von diesem Tage an Kaufleute sind, auch wenn sie es nach früherem Recht nicht waren. Z. B. die Lagerhalter, die Schleppschiffahrtsunternehmer. Dagegen hören diejenigen Personen, welche an diesem Tage einen der hier aufgezählten Gewerbebetriebe nicht betreiben, auf, Kaufleute zu sein, auch wenn sie es nach früherem Recht waren. Das bezieht sich auf diejenigen Personen, welche sich damit beschäftigen, Darlehen gegen Verbodmung zu geben.

Eine erhebliche Umwälzung wird jedoch das Ingeltungtreten des § 2 im Gefolge haben. Hierüber im Zusatz zu § 2.

Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit, ein rechtsgiltiges Gewerbe zu betreiben (Anm. 10), sind die Uebergangsvorschriften der Art. 153 ffg. E.G. zum B.G.B. maßgebend. Danach ist für die Geschäftsfähigkeit zur Errichtung eines Handelsgewerbes, sowie sonst für die Stellung des gesetzlichen Vertreters eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten vom 1. Januar 1900 ab das neue Recht maßgebend. Für die Frage, ob die am 1. Januar 1900 verheirathete Frau ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau werden oder Handelsfrau bleiben kann, s. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 101. Anm. 82.

Die Frage hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, welche die betreffenden Personen unter der Herrschaft des alten Rechts geschlossen haben, ob dieselben als Handelsgeschäfte zu betrachten sind und die besondere Wirkung derselben haben, ist eine hiervon verschiedene und wird an den einzelnen zuständigen Stellen erörtert werden. Anm. 83.

§ 2.

Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

Der vorliegende Paragraph handelt von der zweiten Klasse der Handelsgewerbe (s. Anm. 30 zu § 1).

Vorbemerkung. Der Charakter der Vorschrift ist der einer clausula generalis. Die Art, wie das frühere H.G.B. den Kaufmannsbegriff fixirt hatte, entsprach nicht den Anschauungen und Erfordernissen des Verkehrs. Denn dadurch, daß es nur eine begrenzte Anzahl von Geschäften war, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildete, waren viele Personen als Nichtkaufleute zu betrachten, die einen kaufmännisch organisirten Betrieb hatten und nach den Anschauungen des Verkehrs als Geschäftsleute galten. Beispielsweise fielen die Geschäfte der Ziegeleibesitzer unter keine der im Art. 271 und 272 aufgezählten Kategorien, insbesondere waren ihre Geschäfte keine Anschaffungsgeschäfte, weil sie Selbstproduzenten sind. Das Gleiche gilt von allen sonstigen Betrieben der Selbstproduktion (große Thonröhren- und Porzellanfabriken, Salinen, Gruben u. s. w.). Ebenso fielen die Geschäfte der Auskunftsbureaus und Inkassobureaus unter keine der gedachten Kategorien. Dazu kam, daß der Grundsatz des Art. 275, wonach Verträge über Grundstücke absolut keine Handelsgeschäfte sein konnten, hier erheblich eingriff. Denn in Folge dieses Grundsatzes waren die Geschäfte der Grundstückshändler und Bauunternehmer keine Handelsgeschäfte, sie selbst keine Kaufleute. Anm. 1.

Hier war nur zu helfen durch Aufstellung einer Generalklausel. Diese stellt § 2 auf.

Der Paragraph enthält eine civilrechtliche und eine rechtspolizeiliche Vorschrift. Die letztere dient den Zwecken der ersteren. Die civilrechtliche geht dahin, daß jedes Gewerbe,

wenn es eine kaufmännische Einrichtung erfordert, bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe wird; die rechtspolizeiliche Vorschrift geht dahin, daß jedes eine kaufmännische Organisation erfordernde Unternehmen zur Eintragung angemeldet werden muß, damit die eben gedachte civilrechtliche Folge eintrete.

Nach diesen beiden Richtungen soll der Inhalt des Paragraphen erläutert werden.

Anm. 2.

A. Die civilrechtliche Vorschrift.

Jedes gewerbliche Unternehmen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, ist ein Handelsgewerbe, wenn es nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma des Unternehmers eingetragen worden ist.

1. **Vorausgesetzt ist hiernach:**

a) **ein gewerbliches Unternehmen.** Der Begriff des Gewerbes ist in Anm. 13—20 zu § 1 auseinandergesetzt. Liegt nach den dort aufgestellten Erfordernissen ein Gewerbe vor, liegt insbesondere ein in der Absicht dauernder Gewinnerzielung erfolgender Abschluß von Geschäften, und zwar ein rechtsgiltiger Abschluß vor, so kann beim Hinzukommen der anderen Voraussetzungen des § 2 das Gewerbe ein Handelsgewerbe werden, auch wenn der Betrieb aus irgend einem Grunde unter keine der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Kategorien fällt. Liegt aber jene Voraussetzung nicht vor, so kann der Betrieb auch nach § 2 kein Handelsgewerbe werden. Es kann daher auch auf Grund des § 2 eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit oder der Betrieb einer Heilanstalt mit ärztlichem Charakter oder der Betrieb von Anwaltsgeschäften nicht Handelsgewerbe werden, weil dies überhaupt keine gewerblichen Unternehmungen sind, theils weil die gewerbliche Absicht fehlt, theils weil die Mittel der Gewinnerzielung einen höheren als gewerblichen Charakter tragen (vergl. Anm. 16 zu § 1). Es können ferner die Geschäfte der Spieler, Heirathsvermittler, Bordellinhaber nicht unter § 2 fallen, weil hier kein Abschluß von rechtsgiltigen Geschäften vorliegt (vergl. Anm. 12 zu § 1).

Anm. 3. Beispiele von gewerblichen Unternehmungen, welche unter § 2 fallen können, finden sich in unserem Zusatze zu § 1 (Anm. 80 daselbst) in großer Anzahl. Hervorgehoben seien hier zur Veranschaulichung: Die Gewerbebetriebe der Urproduzenten (besonders der Bergbau, der Betrieb von Brüchen, Gruben und Salinen), die Gewerbebetriebe, in welchen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten (die Thonwaaren-, Porzellanfabriken, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken), der Gewerbebetrieb der Leih- (richtiger Vermiethungs-)anstalten (Leihanstalten für Bücher, Kostüme, Transportmittel, Boten, Pferde), die Auskunftsbureaus; der Gewerbebetrieb der Bauunternehmer (vergl. oben Anm. 1 u. Anm. 46 zu § 1), der gewerbsmäßige Handel mit Grundstücken und die gewerbsmäßige Vermittlung von Immobiliengeschäften; auch das Gewerbe der Unternehmer von Theatern, Cirkus und Spezialitätenbühnen (Düringer nnd Hachenburg I S. 41), da zwar nicht die Thätigkeit der betreffenden Künstler, wohl aber die Thätigkeit des Unternehmers, der die künstlerischen Leistungen geschäftlich ausbeutet, ein Gewerbe darstellt; ferner der Betrieb von Logirhäusern, Privatpensionen und Luftkuranstalten, bei denen der ärztliche Zweck zurücktritt.

Anm. 4. Auf die juristische Form, unter welcher das Unternehmen betrieben wird, kommt es nicht an. Die Vorschrift des § 2 bezieht sich nicht bloß auf physische Personen und nicht bloß auf den Einzelkaufmann, sondern auch auf juristische Personen (vergl. § 33) und auf Gesellschaften. Die Denkschrift S. 12 hebt in ausführlicher Erörterung hervor, daß sich die Vorschrift auch auf den Fall bezieht, daß mehrere Personen in gesellschaftlicher Vereinigung ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreiben. (Näheres hierüber vergl. zu § 105 und im Exkurse zu § 342).

Eine Ausnahme machen diejenigen Bergwerksgesellschaften, welche nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen. Diese sollen nicht unter § 2 fallen (Art. 5 E.G. zum H.G.B.).

b) **Es muß nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.** Anm. 5.

α) Was unter kaufmännischen Einrichtungen zu verstehen, ist unschwer zu sagen. Es sind das Einrichtungen, welche das Kaufmannsgewerbe herausgebildet hat zur Erzielung von Ordnung und Uebersicht, um alle bei dem Betriebe betheiligten Personen, die Kunden, die Hilfskräfte und den Unternehmer selbst und damit seine Gläubiger, vor denjenigen Nachtheilen zu schützen, welche die mangelnde Ordnung und Uebersichtlichkeit im Gefolge haben kann. Zu diesen Einrichtungen gehört vor allem das Führen von Büchern. Andere solche Einrichtungen sind: Die Aufbewahrung der eingehenden, die Kopirung der ausgehenden Briefe, Anstellung von Kontrollpersonal, Sonderung der einzelnen Betriebszweige (z. B. abgesonderte Kassenführung), der Waarensorten u. s. w. Jede Branche, jedes Geschäft kann in dieser Beziehung andere Einrichtungen aufweisen und erfordern.

β) Damit nun ein Fall des § 2 vorliege, muß das gewerbliche Unternehmen eine kaufmännische Einrichtung **erfordern.** Nicht dann fällt das Unternehmen unter § 2, wenn es kaufmännisch eingerichtet ist, sondern wenn es eine solche Einrichtung erfordert. Erfordert der Betrieb eine kaufmännische Einrichtung, so kann sich der Unternehmer von der Verpflichtung zur Eintragung und von der Kaufmannsqualität nach Eintragung nicht dadurch befreien, daß er eine kaufmännische Einrichtung seinem Betriebe nicht giebt. Er soll ja in solchem Falle gerade gezwungen werden zu der kaufmännischen Organisation, jedenfalls zu der hauptsächlichsten: der geordneten Buchführung. Umgekehrt kann die Unterwerfung unter das Kaufmannsrecht nicht dem freien Belieben der Gewerbetreibenden unterstellt und ihnen die Möglichkeit gegeben werden, die ihnen aus irgendwelchem Grunde erwünschte Kaufmannsqualität durch reine Willkür, nämlich dadurch zu erlangen, daß sie ihren Betrieb ohne sachliche Veranlassung kaufmännisch organisiren. Doch wird allerdings die Thatsache der bestehenden kaufmännischen Organisation eines Geschäfts meist den Rückschluß gestatten, daß es eine solche erfordert. Anm. 6.

γ) Das Erforderniß der kaufmännischen Einrichtung muß auf Art und Umfang des Gewerbebetriebes beruhen. Anm. 7.

Die Nothwendigkeit einer kaufmännischen Organisation beruht überhaupt nur darauf, daß der Betrieb umfangreich ist. Hat der Gewerbebetrieb einen erheblichen quantitativen Inhalt, so ist eine sachgemäße Erledigung desselben im Interesse aller Betheiligten nur möglich, wenn der Betrieb kaufmännisch organisirt ist. Das trifft sowohl dann zu, wenn der erhebliche quantitative Inhalt in der Zahl der abgeschlossenen Geschäfte zum Ausdruck gelangt — in diesem Falle bedingt die Komplizirtheit des Betriebes die Schaffung kaufmännischer Ordnung —, als auch dann, wenn die Geschäfte zwar ihrer Zahl nach nicht erheblich, aber ihrem Inhalte nach erheblich sind, wenn Geschäfte über große Objekte abgeschlossen werden — in diesem Falle erfordert besonders die Rücksicht auf die Gegenkontrahenten kaufmännische Ordnung, in erster Linie durch gehörige Buchführung.

Das Gesetz hätte die Worte „nach Art und Umfang" weglassen können und der Sinn wäre derselbe geblieben. Jedenfalls aber wäre es besser gewesen, wenn nur gesagt worden wäre: „nach Umfang" statt: „nach Art und Umfang". Die Kumulirung von Art und Umfang ist bedeutungslos. Wie die Art des Gewerbebetriebes eine kaufmännische Einrichtung erfordern soll, ist nicht recht verständlich. Es ist nicht ersichtlich, was damit gemeint sein soll, und der von Düringer u. Hachenburg I S. 39 vergeblich gemachte Versuch, dem Worte „nach Art" eine Bedeutung abzugewinnen, beweist nur, daß dies nicht möglich ist. Diese Schriftsteller meinen: Durch die Art des Gewerbebetriebes werde sein Charakter als kaufmännischer gegenüber dem Handwerk, der Land- und Forstwirthschaft, den wissenschaftlichen oder künstlerischen Erwerbszweigen hervorgehoben. Allein der Gegensatz zum Hand-

werk sollte hiermit nicht zum Ausdruck gebracht sein: Der Gegensatz des kaufmännischen Großbetriebes zum Handwerk liegt vielmehr gerade im Umfange des Betriebes (vergl. zu § 4). Auch der Gegensatz zur Land- und Forstwirthschaft ist hiermit nicht zum Ausdruck gebracht: Der § 3 ergiebt gerade umgekehrt, daß auch die Land- und Forstwirthschaften trotz dieses ihres eigenthümlichen Betriebes an sich unter § 2 fallen könnten, und statuirt deshalb zu Gunsten dieser Betriebe die aus § 3 hervorgehenden Ausnahmen. Der Gegensatz zu künstlerischen und wissenschaftlichen Erwerbszweigen endlich ist damit nicht zum Ausdruck gebracht, denn diese sind ja überhaupt keine Gewerbe und fallen daher überhaupt nicht unter § 2 (vergl. oben Anm. 2), was ja auch Düringer u. Hachenburg I S. 41 nicht verkennen.

Anm. 6. Wir werden daher am ehesten zur Klarheit gelangen, wenn wir die Worte „nach Art" ignoriren und einfach ein solches Gewerbeunternehmen als Voraussetzung des § 2 verlangen, dessen Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, oder anders ausgedrückt, welches einen so erheblichen quantitativen Inhalt hat, daß sein ordnungsmäßiger Betrieb eine kaufmännische Einrichtung erforderlich macht. Damit gelangen wir zu demselben Kriterium, welches auch sonst dem System des neuen H.G.B. zu Grunde liegt, es ist dasselbe Kriterium, welches bei den unter § 1 Nr. 2 fallenden Be- und Verarbeitungsgewerben den Unterschied zwischen Großbetrieb und Kleinbetrieb und dadurch zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten ausmacht; dasselbe Kriterium, welches bei den unter § 1 Nr. 5 fallenden Personenbeförderungsanstalten den Unterschied zwischen Anstalt und Kleinbetrieb und dadurch zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten ausmacht; dasselbe Kriterium, welches nach § 1 Nr. 9 den Unterschied zwischen Druckerei im Großbetrieb und im Kleinbetrieb und dadurch zwischen Handelsgewerbe und Nichthandelsgewerbe ausmacht; dasselbe Kriterium endlich, welches bei allen anderen unter § 1 fallenden Gewerben den im § 4 aufgestellten Unterschied zwischen Großgewerben und Kleingewerben und dadurch zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten ausmacht.

Auch die Denkschrift läßt erkennen, daß das Gesetz hier überall dasselbe Kriterium im Auge hat, so wenn sie zur Rechtfertigung des § 2 sagt: es erscheine nicht rathsam, die Gesellschaftsformen des Handelsrechts Jedermann, also auch den Kleingewerbetreibenden zugänglich zu machen (S. 12), so wenn sie den § 4 dahin erläutert, daß ein Gewerbetreibender nach § 4 Abs. 1 erst dann in das Handelsregister einzutragen sei, „wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehe, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen" (Denkschrift S 18). Das im § 2 aufgestellte und das im § 4 aufgestellte Kriterium werden hier von der Denkschrift einfach identifizirt.

Anm. 9. c) **Die Firma des Unternehmers muß eingetragen sein.** So lange die Firma des Unternehmers nicht eingetragen ist, ist der Unternehmer eines unter § 2 fallenden Gewerbes nicht Kaufmann, auch wenn sein Gewerbebetrieb noch so umfangreich ist, und noch so dringend einer kaufmännischen Einrichtung bedarf; er ist auch dann nicht Kaufmann, wenn der Gewerbebetrieb dem Bedürfnisse entsprechend kaufmännisch eingerichtet ist; auch dann nicht, wenn er eine Firma thatsächlich führt. Unter Umständen kann er dadurch allerdings als Kaufmann gelten und kaufmännische Verpflichtungen auf sich nehmen (vgl. hierüber unseren Exkurs zu § 5). Aber jedenfalls ist der Inhaber eines unter § 2 fallenden Gewerbes solange nicht Kaufmann, als seine Firma nicht eingetragen ist. Der Unternehmer kann demgemäß seine Kaufmannsqualität und die daran geknüpften öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zur Buchführung u. s. w. durch Verzögerung der Eintragung hintertreiben.

Andrerseits ist aber auch die Eintragung genügend, Publikation ist nicht erforderlich, um die Kaufmannsqualität zu begründen. Insofern kann man sagen, die Eintragung habe konstitutive Bedeutung. Indessen ist doch § 15 auch hier nicht bedeutungslos, da jedem Dritten die erfolgte, aber nicht publizirte Eintragung

nur dann entgegengehalten werden kann, wenn sie ihm nachweislich bekannt war (Düringer u. Hachenburg I S. 40).

Genügend ist übrigens, daß der erste Inhaber des Gewerbes seine Firma hat eintragen lassen. Ein etwaiger Geschäftserwerber wird sofort Kaufmann, wenn er das Geschäft mit dem Firmenrecht erwirbt. Denn dann ist ja seine Firma eingetragen und der Geschäftsveräußerer hört in diesem Zeitpunkte auf, Kaufmann zu sein. (Vgl. unten Anm. 12.)

2. **Die Wirkung des Zusammentreffens dieser Voraussetzungen ist die Kaufmannsqualität des Gewerbeinhabers.** Anm. 9.

a) Es ist nur nothwendig, daß die Voraussetzungen zusammentreffen. Es ist nicht gerade nothwendig, daß die Eintragung zeitlich nachfolgt und so gewissermaßen dem umfangreichen Gewerbebetriebe das staatliche Siegel aufdrückt. Allerdings darf die Eintragung der Firma nicht erfolgen, wenn der Gewerbebetrieb nicht den erforderlichen Umfang hat, und die gleichwohl erfolgte Eintragung besteht zu Unrecht und macht den Eingetragenen nicht zum Kaufmann. Erweitert aber der Gewerbetreibende nachträglich den Umfang seines Gewerbes in einer dem § 2 entsprechenden Weise, so bedarf es keiner neuen Eintragung. Vielmehr treffen in diesem Augenblicke die Voraussetzungen des § 2 zusammen und der Eingetragene ist Kaufmann.

b) Die Wirkung ist: der Eingetragene wird Kaufmann, und zwar Vollkaufmann. Anm. 10. Ein unter § 2 fallender Gewerbeunternehmer kann niemals Minderkaufmann sein, sondern entweder Vollkaufmann oder Nichtkaufmann. Denn unter § 2 fällt er nur dann, wenn der Umfang seines Gewerbes eine kaufmännische Einrichtung erfordert, und das ist der gerade Gegensatz zum Kleingewerbe.

Als Vollkaufmann untersteht er allen Verpflichtungen eines solchen, öffentlich-rechtlichen und civilrechtlichen. Eine Aufzählung derselben ist hier nicht erforderlich.

c) Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn alle Voraussetzungen des § 2 zusammentreffen, wenn also ein Gewerbe vorliegt, welches einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und wenn die Firma eingetragen ist. Anm. 11. Wenn der Gewerbebetrieb weniger umfangreich, der Inhaber aber gleichwohl eingetragen ist, so ist er nicht Kaufmann (aber er gilt als solcher nach § 5); wenn der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, so ist er erst recht kein Kaufmann (ob er zufolge der Eintragung gleichwohl als Kaufmann gilt, darüber s. den Exkurs zu § 5); wenn er endlich ein Gewerbe des hier in Rede stehenden Umfanges betreibt und nicht eingetragen ist, so ist er nicht Kaufmann (ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen er gleichwohl als Kaufmann gilt, darüber siehe den Exkurs zu § 5).

3. **Die Kaufmannsqualität dauert aber auch nur solange, als die Voraussetzungen derselben vorliegen.** Anm. 12. Fällt eine der Voraussetzungen weg, so treten die eben erörterten Wirkungen analog ein, wie wenn eine der Voraussetzungen von vorn herein nicht vorhanden wäre.

a) Hört der Gewerbebetrieb überhaupt auf, so hört der Inhaber auf Kaufmann zu sein. Auch § 5 greift dann nicht Platz, da dieser einen Gewerbebetrieb voraussetzt. Ob und unter welchen Umständen und mit welchen Wirkungen er zufolge der Eintragung gleichwohl noch als Kaufmann gilt, darüber s. den Exkurs zu § 5.

b) Hört der Gewerbebetrieb auf, ein so umfangreicher zu sein, daß er eine kaufmännische Einrichtung erfordert, so endet ebenfalls seine Kaufmannseigenschaft. Anm. 13. Aber er gilt doch während der Dauer der Eintragung in civilrechtlicher Hinsicht noch als Kaufmann, und zwar zufolge des § 5. (Vgl. die Erläuterung zu diesem Paragraphen.)

c) Wird die Firma gelöscht, während der Inhaber derselben das Gewerbe noch in kaufmännischer Weise betreibt, so endet gleichwohl seine Kaufmannsqualität. Die Denkschrift S. 15 scheint ja allerdings auf anderem Standpunkte zu stehen (auch Cosack S. 36). Allein mit dem Wegfall der Voraussetzungen muß auch die Wirkung fortfallen. Freilich kann die Löschung in solchem Falle nur zu Unrecht erfolgt sein, und der Unternehmer bleibt verpflichtet, seine Firma wieder eintragen zu lassen. Aber er ist nicht Kaufmann, Anm. 14.

solange seine Firma nicht eingetragen ist. Zwar heißt es im § 2: „sofern die Firma eingetragen worden ist". Allein damit sind nur die Voraussetzungen der Entstehung der Kaufmannsqualität aufgestellt worden. Für das Erlöschen entscheidet dieser Wortlaut nicht, sondern anderweite sachliche Erwägungen (im Ergebniß übereinstimmend Düringer und Hachenburg I S. 42).

Uebrigens greifen in diesem Falle, wo die Firma gelöscht wird, der Unternehmer aber seinen kaufmännischen Gewerbebetrieb fortsetzt, zum Schutze des Dritten andere Grundsätze Platz: vgl. den Exkurs zu § 5 und die Erläuterung zu § 15.

Anm. 15. **B. Die rechtspolizeiliche Vorschrift.**

Die Inhaber von Gewerbeunternehmungen, deren Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, müssen ihre Firma eintragen lassen. Die Eintragung folgt den allgemeinen Regeln, sowohl was die Wahl der Firma, als was den Zwang zur Eintragung betrifft. Es ist hier nicht der Ort, diese Vorschriften zu erörtern. Auch der Inhalt des Prüfungsrechts des Registerrichters richtet sich nach anderweit zu entwickelnden Grundsätzen (vgl. die Erläuterung zu § 14 und zu § 29). Hier ist besonders hervorzuheben, daß das Registergericht sowohl bei dem Zwange zur Anmeldung, als bei der Prüfung der erfolgten Anmeldung nach seinem Ermessen darüber zu befinden hat, ob die Voraussetzungen des § 2 vorliegen, ob also ein Gewerbebetrieb vorliegt, dessen Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Wie er diese Ueberzeugung gewinnt, ist seine Sache. Er kann sich hier, wie sonst, auch bei den Erklärungen der Parteien beruhigen, er kann insbesondere aus der Thatsache der kaufmännischen Organisation auf ihre Nothwendigkeit schließen, er kann aber auch, wenn ihm dies zur Feststellung der Thatsachen erforderlich erscheint, von Amts wegen Ermittelungen anstellen und Beweise erheben (§ 12 F.G.). Dieser Paragraph ist nicht etwa dahin aufzufassen, als müßte er stets, wenn die Begründetheit eines Antrags von einer Thatsache abhängt, zur Feststellung der Thatsache durch Ermittelungen und Beweiserhebungen schreiten, und dürfte sich bei den Erklärungen der Parteien allein nicht beruhigen; auch kann Düringer u. Hachenburg I S. 40 nicht beigetreten werden, als ob gerade die Anmeldung des § 2 nothwendigerweise zu Ermittelungen und Beweisen führen müsse, und ein bloßer Antrag gerade im Falle des § 2 nicht ausreiche; der Richter kann aber, wie gesagt, Ermittelungen anstellen, und kann hierbei auch die Organe des Handelsstandes um ihre unterstützende, insbesondere beauskunftende Thätigkeit angehen (§ 126 F.G.). Näheres über das Verfahren s. in der Erl. zu § 14 H.G.B. u. zu § 29 H.G.B.

Anm. 16. **Zusatz: Uebergangsfrage.** Personen, welche am 1. Januar 1900 ein Gewerbeunternehmen betreiben, welches seines Umfangs wegen eine kaufmännische Einrichtung erfordert, ohne unter § 1 zu fallen, sind verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, und sind, nachdem dies geschehen, Vollkaufleute. Sind sie schon eingetragen, so werden sie am 1. Januar ohne Weiteres Kaufleute.

§ 3.

Auf den Betrieb der Land- und Forstwirthschaft finden die Vorschriften der §§ 1, 2 keine Anwendung.

Ist mit dem Betriebe der Land- und Forstwirthschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der § 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß § 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten.

Der vorliegende Paragraph statuirt Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 1 und 2 für die Land- und Forstwirthe. Dabei werden zwei Fälle behandelt: 1. die Land- oder Forstwirthschaft wird allein betrieben durch ein Gewerbe, welches an sich unter §§ 1 oder 2 fällt, 2. es ist mit der Land- oder Forstwirthschaft ein Nebengewerbe verbunden, welches an sich unter §§ 1 oder 2 fiele. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Erster Fall: Die Land- oder Forstwirthschaft wird ohne Nebengewerbe oder ohne ein erhebliches Nebengewerbe betrieben** durch ein Gewerbe, welches an sich unter §§ 1 oder 2 fiele. Die Anwendung der §§ 1 und 2 ist in diesem Falle gleichwohl ausgeschlossen. Anm. 1.
   a) Voraussetzung ist also, daß ein land- oder forstwirthschaftlicher Betrieb, der an sich unter §§ 1 und 2 fällt, vorliegt. Unter der Landwirthschaft versteht man denjenigen Zweig wirthschaftlicher Produktion, welcher die Erzeugung pflanzlicher oder thierischer Rohstoffe zum Zwecke hat und sich daher mit der Bebauung des Bodens — Landbau — und mit der Pflege der Hausthiere — Viehzucht — beschäftigt; unter der Forstwirthschaft versteht man die auf Erzeugung und Gewinnung von Waldproduktion gerichtete menschliche Thätigkeit (vergl. Gareis Anm. 1 und 2). Diese Betriebe werden unter § 1 nur selten fallen. Meist fallen sie unter den Begriff der Urproduktion und deshalb ist die Anwendung des § 1 Nr. 1, der hier in Frage kommen könnte, schon von selbst ausgeschlossen (vergl. Anm. 35 zu § 1). Indessen kann doch auch ein landwirthschaftliches Gewerbe an sich unter § 1 fallen, so z. B. wenn Magervieh zum Zwecke der Mästung und Weiterveräußerung der angekauften Stücke angeschafft wird. Dagegen werden die Merkmale des § 2 sehr häufig vorliegen, nämlich immer dann, wenn der land- oder forstwirthschaftliche Betrieb seines Umfanges wegen einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.
   b) Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 1 oder 2 sollen nun diese Paragraphen keine Anwendung finden, wenn der Betrieb der Land- oder Forstwirthschaft ohne Nebengewerbe oder mit einem nur unerheblichen Nebengewerbe erfolgt. (Ueber den Begriff des erheblichen Nebengewerbes s. Anm. 4.) Ein solcher Landwirth betreibt also kein Handelsgewerbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, er selbst ist kein Kaufmann, braucht keine Handelsbücher zu führen, seine Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte u. s. w.; er braucht sich endlich in das Firmenregister nicht eintragen zu lassen und hat dazu auch kein Recht, weder, wenn die Voraussetzungen des § 1, noch wenn die des § 2 vorliegen. Anm. 2.

      Ist seine Firma gleichwohl eingetragen, so ist er gleichwohl kein Kaufmann, aber er gilt während der Dauer der Eintragung civilrechtlich als Kaufmann vermöge des § 5 (vergl. die Erläuterung zu § 5).

2. (Abs. 2.) **Zweiter Fall: Mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ist ein erhebliches Nebengewerbe verbunden.** Auch in diesem Falle ist der Unternehmer nicht ohne Weiteres Kaufmann. Aber er kann es werden durch Eintragung. Diese aber beruht auf seiner freien Entschließung, nicht aber auch die Löschung. Anm. 3.
   a) Voraussetzung ist also, daß mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ein erhebliches Nebengewerbe verbunden ist.
      α) Ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebes muß vorliegen, d. h. ein Gewerbe, welches an sich keinen landwirthschaftlichen Charakter hat, sich aber als Ausfluß des landwirthschaftlichen Betriebes darstellt. Das letztere ist dann der Fall, wenn es mit dem Landwirthschaftsbetriebe verbunden ist und in ihm die einzige oder Hauptstütze findet (vergl. R.G. 1 S. 267). Dahin gehören solche Gewerbe, bei welchen die im Hauptbetriebe gewonnenen Waaren oder Abfälle einer ferneren, sie werthvoller machenden Be- oder Verarbeitung unterzogen werden. Als Beispiele wurden in der Reichstagskommission (K.B. 7) genannt: Kunstgärtnereien, Torfbereitung, Schieferbrüche, Sand-, Kies- und Kalkgewinnung, Thongräbereien und Thonröhrenfabrikation, Holzkohlengewinnung, Harz- und Pech-

gewinnung, Talgsiederei, Seifensiederei, Oelmüllerei, Holzzurichtung und -konservirung, Mühlenbetrieb, Butter und Käsebereitung, Brauerei einfacher Biere, Obstwein- und Essigfabrikation, Branntweinbrennerei.

Alle diese Gewerbe müssen, wie gesagt, um land- oder forstwirthschaftliche Nebengewerbe zu sein, ein Ausfluß des Hauptgewerbes sein, in ihm ihren Hauptstützpunkt finden. Das liegt nicht vor, wenn dieses zweite Gewerbe in den Mitteln seines Betriebes eine gewisse Selbstständigkeit erlangt, wenn z. B. der Landwirth eine Dampfsägemühle betreibt, aber ohne eigene Wasserkraft zu benutzen und ohne eigenes Holz zu schneiden, oder wenn das zweite Gewerbe im Verhältniß zum eigentlichen landwirthschaftlichen Betrieb einen so erheblich höheren Umfang erlangt, daß es in wirthschaftlichem Sinne als Nebengewerbe nicht mehr betrachtet werden kann. In diesem Falle greift das Privilegium des § 3 Abs. 2 nicht Platz, vielmehr greifen auf dieses zweite Gewerbe die §§ 1 und 2 Platz: Der Gewerbetreibende ist Kaufmann nach § 1 oder muß Kaufmann werden nach § 2, sofern die Voraussetzungen dieser Paragraphen an sich vorliegen.

Anm. 4. β) Das Nebengewerbe muß einen erheblichen Umfang haben: es muß entweder ein Handelsgewerbe kraft Gewerbes gemäß § 1 vorliegen oder das Gewerbe muß einen so erheblichen Umfang haben, daß es an sich eine kaufmännische Einrichtung erfordert, sodaß § 2 an sich anwendbar wäre. Aber es muß auch im Falle des § 1 ein so erheblicher Umfang vorliegen, daß eine kaufmännische Einrichtung erfordert wird. Sonst wäre der Landwirth trotz des Betriebes eines unter § 1 fallenden Nebengewerbes Nichtkaufmann und nicht berechtigt, sich durch Eintragung der Firma zum Kaufmann zu machen. Im Gesetze ist dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es im § 3 Abs. 2 heißt: er habe in solchen Fällen das Recht, seine Firma „gemäß § 2" in das Handelsregister eintragen zu lassen. Es ist also dieses Erforderniß dahin zu fassen: es muß irgend ein Nebengewerbe vorliegen, welches in Folge seines Umfanges eine kaufmännische Organisation erfordert. — Hat das Nebengewerbe einen so erheblichen Umfang nicht, so greift Abs. 1 unseres Paragraphen Platz (vergl. oben Anm. 1 u. 2).

Anm. 5. b) Beim Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen sollen die §§ 1 und 2 keine unbedingte Anwendung finden, wenn der Betrieb sich als Nebengewerbe eines land- oder forstwirthschaftlichen Hauptbetriebes darstellt. Wenn vielmehr an sich die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, so soll gleichwohl das Gewerbe nicht ohne Weiteres Handelsgewerbe sein. Vielmehr soll das Nebengewerbe nur dann ein Handelsgewerbe werden, wenn der Unternehmer seine Firma eintragen läßt, und dazu ist der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet. Ebenso ist, wenn die Voraussetzungen des § 2 an sich vorliegen, der Unternehmer eines solchen Nebengewerbes nicht verpflichtet, seine Firma eintragen zu lassen, sondern nur berechtigt dazu, und wird nur dann Kaufmann, wenn er von dieser Befugniß Gebrauch macht. In beiden Fällen ist vorausgesetzt, daß der Betrieb einen so erheblichen Umfang hat, daß er eine kaufmännische Einrichtung erfordert (vergl. Anm. 4). Hat aber der Unternehmer von der Befugniß der Eintragung einmal Gebrauch gemacht, so ist die Löschung der Firma seiner Willkür entrückt. Im Einzelnen ist hier zu bemerken:

Anm. 6. α) Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich eintragen zu lassen. Der Grundsatz der Korrespondenz zwischen Recht und Pflicht zur Firmeneintragung ist damit durchbrochen (eine weitere Durchbrechung s. im § 36). Sein Antrag auf Eintragung unterliegt der Prüfung des Registerrichters (vergl. hierüber Anm. 15 zu § 2).

Anm. 7. β) Nur dann ist der Landwirth Kaufmann, wenn er ein erhebliches landwirthschaftliches Nebengewerbe betreibt und eingetragen ist. Solange er nicht eingetragen ist, ist er trotz eines solchen Betriebes nicht Kaufmann. Ebenso aber ist er nicht Kaufmann, wenn er eingetragen ist, obwohl sein Nebengewerbe als erhebliches landwirthschaftliches Nebengewerbe in dem oben Anm. 3

und 4 dargelegten Sinne nicht oder nicht mehr zu betrachten ist. Indessen gilt er in diesem Falle in civilistischer Hinsicht als Kaufmann gemäß § 5 (vergl. Erläuterung zu diesem). Ist endlich das Nebengewerbe nicht erheblich und die Firma nicht eingetragen, so ist er lediglich Nichtkaufmann gemäß Abs. 1 (vergl. oben Anm. 1 u. 2).

γ) Ist der Landwirth hiernach Kaufmann, so ist er Vollkaufmann. Minderkaufmann kann er überhaupt nicht sein. Denn er ist nur dann Kaufmann, wenn sein Nebengewerbe eine kaufmännische Organisation erfordert, und das ist das Gegentheil von Minderkaufmannsbetrieb (vergl. oben Anm. 4 und ferner die Erl. zu § 4, besonders Anm. 7).

δ) Einmal eingetragen, ist er zum Antrage auf Löschung nicht ohne Weiteres berechtigt, sondern nur unter den allgemeinen Voraussetzungen, also insbesondere dann, wenn er sein Nebengewerbe aufgiebt oder wenn es aufhört, den Erfordernissen zu entsprechen, welche den Antrag auf Eintragung gerechtfertigt haben, also insbesondere, wenn es nur noch in so geringem Umfange betrieben wird, daß es als Kleingewerbe zu betrachten ist. — Veräußert der Inhaber des Nebengewerbes dasselbe allein ohne den Hauptbetrieb, so hört es auf ein landwirthschaftliches Nebengewerbe zu sein; dieses setzt begrifflich eine Personalunion voraus; auf einen solchen Rechtsnachfolger finden die Vorschriften der §§ 1 und 2 unbedingte Anwendung. Bei gemeinsamer Veräußerung des Haupt- und Nebenbetriebes mit dem Firmenrecht ist der Rechtsnachfolger ohne Weiteres Kaufmann, ehe der Wechsel der Inhaberschaft registrirt ist (vergl. Anm. 8 zu § 2); werden die Betriebe ohne das Firmenrecht veräußert, so greift § 3 in vollem Umfange Platz: Der Rechtsnachfolger ist zunächst Nichtkaufmann, kann sich aber nach seinem Belieben durch Eintragung zum Kaufmann machen. Stirbt der Inhaber des landwirthschaftlichen Hauptgewerbes, und geht der Nebenbetrieb allein auf einen Erben über, so greifen die §§ 1 nnd 2 Platz; gehen beide Betriebe gemeinsam auf einen Erben über und setzt dieser das Geschäft mit Firma fort, so wird er sofort Kaufmann, ehe noch die Rechtsnachfolge registrirt ist. Aber er ist auch berechtigt, das Geschäft ohne Firma fortzusetzen und kann in diesem Fall die Firma zur Löschung bringen (Düringer und Hachenburg I S. 52). Anm. 8

Wird die Firma zu Unrecht gelöscht d. h. obwohl sein Nebengewerbe noch so beschaffen ist, daß der Antrag auf Eintragung begründet gewesen wäre, so hört er gleichwohl auf Kaufmann zu sein, weil die beiden Voraussetzungen der Kaufmannsqualität (landwirthschaftliches Nebengewerbe und Eintragung) nicht mehr vorliegen (auch hier anders Denkschr. S. 15; vergl. unsere analoge Ausführung in Anm. 14 zu § 2). Dagegen ist er verpflichtet, die Firma wieder eintragen zu lassen, weil ja die Löschungsfrage seiner Willkür entzogen ist (Gareis Anm. 7e). Anm. 9.

ε) Die Wirkung der begründeten Eintragung ist, daß der Inhaber des landwirthschaftlichen Nebengewerbes Kaufmann ist, und zwar Vollkaufmann (vergl. oben Anm 7). Er ist aber eben nur Kaufmann als Inhaber dieses Nebengewerbes. Nur dieses ist ein Handelsgewerbe. Nur insofern ist er zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet (wobei er nach allgemeinen Grundsätzen der Buchführungspflicht auch die Ergebnisse des Hauptbetriebes, wie ja überhaupt die Ergebnisse seiner sonstigen wirthschaftlichen Thätigkeit anzugeben hat; vergl. zu § 38), nur für sein Nebengewerbe kann er Prokuristen anstellen, nur die in diesem Betriebe Bevollmächtigten sind Handlungsbevollmächtigte, nur die dort Angestellten sind Handlungsgehilfen, nur hinsichtlich dieses Betriebes kann er sich mit anderen Personen zu Handelsgesellschaften vereinigen, nur die in diesem Betriebe abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte u. s. w. Anm. 10.

Zusatz: Uebergangsfragen. Betreibt am 1. Januar 1900 ein Landwirth ein Gewerbe, welches nach dem alten Recht ein Handelsgewerbe war, so hört er an diesem Tage auf Kaufmann zu sein, braucht, wenn seine Firma noch nicht eingetragen ist, sich nicht eintragen zu lassen und kann seine Firma löschen lassen, wenn sie eingetragen ist. So lange dies nicht der Fall ist, Anm. 11.

greift allerdings § 5 Platz, d. h. er gilt in civilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann (vergl. die Erläuterung zu § 5). Betreibt er am 1. Januar 1900 als Nebengewerbe ein Handelsgewerbe, so ist er berechtigt, aber nicht verpflichtet, seine Firma eintragen zu lassen. Ist er an diesem Tage bereits eingetragen, so kann er die Löschung der Firma verlangen. Auf eine solche Eintragung findet, da sie nicht unter der Herrschaft des neuen Gesetzes stattgefunden hat, der Schlußsatz des § 3 nicht Anwendung. Während der Dauer der Eintragung aber muß der Landwirth den § 5 gegen sich gelten lassen.

§ 4.

Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.

Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.

Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die sogenannten Minderkaufleute.** Es empfiehlt sich nicht, sämmtliche Vorschriften über Kaufleute auf alle Kreise von Kaufleuten anzuwenden. Die Vorschriften über die Prokura, die Firma, die Handelsbücher und Handelsgesellschaften und einige Vorschriften über Handelsgeschäfte passen für Kaufleute von geringerer Bedeutung nicht. Diese Kaufleute werden Minderkaufleute genannt.

Bei der Erläuterung dieses Paragraphen befolgen wir folgende Disposition: wir erörtern zunächst (zu I) den Kreis der Minderkaufleute, und sodann (zu II) den Kreis derjenigen Vorschriften, welche für Minderkaufleute nicht zur Anwendung gelangen. In einem Zusatz wird dann die Frage erörtert, ob Jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein kann, in einem ferneren Zusatze unserer Gepflogenheit gemäß die Uebergangsfrage.

I. Der Kreis der Minderkaufleute.

Anm. 1. A. **Die nach unserer Ansicht zutreffende Begriffsbestimmung ist:** Minderkaufleute sind solche Kaufleute kraft Gewerbes d. h. solche unter § 1 fallende Kaufleute, deren Gewerbebetrieb seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Die Begründung der Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben. (Vergl. unten, namentlich Anm. 3, 7 u. 8.)

Anm. 2. B. **Das Gesetz zählt zwei Klassen von Minderkaufleuten auf: Handwerker und diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.**

1. **Die Handwerker.** Gemeint sind lediglich die Inhaber derjenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, welche unter § 1 Nr. 1 fallen, d. h. diejenigen, welche Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte vornehmen, indem sie Material anschaffen, um es nach der Be- oder Verarbeitung zu veräußern. Die Inhaber solcher Gewerbe sind Kaufleute und sollen, wenn sie „Handwerker" sind, Minderkaufleute sein.

   Wann sie „Handwerker" sind, soll weiter unten beleuchtet werden. Zunächst muß der Klarheit wegen betont werden, daß es sich hier um andere Be- oder Verarbeitungsgewerbe nicht handelt. Denn die Inhaber anderer Be- oder Verarbeitungsgewerbe können nach dem Systeme des H.G.B. Minderkaufleute überhaupt nicht sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute.

   Dies gilt zunächst von den sogenannten Bauhandwerkern, deren Geschäfte nicht in der Veräußerung beweglicher Sachen bestehen, da sie ja die Einbauung in das Grundstück,

also die Herstellung eines Grundstückstheils, übernehmen, und somit die von ihnen angeschafften Materialien nicht als bewegliche in den Verkehr bringen. Diese sind also überhaupt keine Kaufleute (vergl. Anm. 46 zu § 1), und die Frage, ob sie nicht aus irgend einem Grunde Minderkaufleute sind, kann gar nicht aufgeworfen werden. Sie können allerdings Kaufleute nach § 2 werden, aber wiederum nur unter der Bedingung, daß ihr Betrieb ein Großbetrieb ist (z. B. eine große Bautischlerei oder Bauschlosserei); aber das ist wiederum das gerade Gegentheil von handwerksmäßigem Betriebe; wer Kaufmann nach § 2 wird, wird eben begrifflich nur Vollkaufmann (vergl. Anm. 10 zu § 2).

Ferner gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, welche unter § 1 Nr. 2 fallen. Solche Gewerbe, welche sich mit der Uebernahme der Be- oder Verarbeitung für Andere, also ohne Anschaffung eigenen Materials, beschäftigen, setzen, um überhaupt ein Handelsgewerbe zu sein, voraus, daß der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Ist dies nicht der Fall, so ist das Geschäft überhaupt kein Handelsgewerbe, der Inhaber überhaupt nicht Kaufmann. Ist es aber der Fall, überschreitet der Betrieb den Umfang des Handwerks, so ist das Geschäft ein Handelsgewerbe und der Inhaber Kaufmann, aber Vollkaufmann. Ein Minderkaufmann kann der Inhaber eines solchen Betriebes also überhaupt nicht sein und es kann daher die den Gegenstand unseres § 4 bildende Frage, wann ein Kaufmann Minderkaufmann ist, auch bei dieser Kategorie von Be- oder Verarbeitungsgewerben nicht aufgeworfen werden. (Nichtkaufmann ist hier z. B. der Maurer, die Näherin, der Flickschneider.) Das Gleiche gilt bei den Druckereigewerben (§ 1 Nr. 9). Und zur weiteren Verdeutlichung soll auch in diesem Zusammenhang wiederholt werden, daß Zugabe von Arbeitsmitteln und Zuthaten (Kleider, Zwirn und kleine Flickchen u. s. w.) das Gewerbe aus dem Rahmen des § 1 Nr. 2 nicht herauszuheben vermag (vergl. Anm. 41 zu § 1).

Sodann gehören nicht in den Bereich unseres § 4 diejenigen Be- oder Verarbeitungsgewerbe, welche unter § 3 fallen. Das sind die Fälle, in denen ein Land- oder Forstwirth ein an sich unter § 1 fallendes Be- oder Verarbeitungsgewerbe als Nebengewerbe betreibt. Denn dieser wird dadurch nur Kaufmann, wenn er von seinem Recht, sich eintragen zu lassen, Gebrauch macht; das aber kann er nur bei mehr als handwerksmäßigem Betriebe, also kann er zwar Kaufmann, aber nur Vollkaufmann werden (vergl. Anm. 7 zu § 3).

Es handelt sich also lediglich um diejenigen Gewerbe, welche unter § 1 Nr. 1 fallen, um die Gewerbe der Be- und Verarbeitung und Veräußerung von angeschafftem Material.

Die Inhaber dieser Gewerbe sind Minderkaufleute, wenn sie nur als Handwerker zu betrachten sind, und Vollkaufleute, wenn sie nicht als bloße Handwerker zu betrachten sind.

Wann ist nun ein Gewerbetreibender als bloßer Handwerker zu betrachten? Wann liegt Handwerk vor? Die Antwort ist: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb seines erheblichen Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Wir haben schon in Anm. 8 zu § 2 dargethan, daß das Gesetz dieses in § 2 aufgestellte Kriterium identifizirt mit dem im vorliegenden Paragraphen aufgestellten Begriffe des das Kleingewerbe überschreitenden Umfanges. Und auch beim Begriff Handwerk geht das Gesetz von demselben Kriterium aus. Das ist aus ihm deutlich zu entnehmen. Der § 1 läßt sowohl in seiner Nr. 2, als in seiner Nr. 9 erkennen, daß er in dem Umfange des Betriebes das Kriterium des Handwerksmäßigen im Gegensatz zum höheren Kaufmannsbetrieb, zum Großbetrieb, erblickt. Das Gleiche ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der frühere Art. 10 sprach den Gedanken deutlich aus: er rechnete zu den Minderkaufleuten außer anderen Gewerbetreibenden „diejenigen Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht", und aus der Denkschrift S. 16 ist zu ersehen, daß die Ersetzung dieser Worte durch die lakonische Bezeichnung „Handwerker" keine sachliche Aenderung herbeiführen sollte. „Dagegen führt der Entwurf," so sagt die Denkschrift a. a. O., „die Handwerker wiederum besonders auf." Und weiter sagt die Denkschrift: „Einzelne Vorschriften des Dritten Buches eignen sich allerdings zur Anm. 8.

Anwendung auf die Geschäfte der Handwerker, wie überhaupt auf die Geschäfte der Kleingewerbetreibenden nicht." Die Handwerker werden also hier neben die Kleingewerbetreibenden gestellt, offensichtlich in dem Sinne, daß sie beide bei sonstiger Verschiedenheit in dem geringfügigen Umfang des Gewerbebetriebes ein gemeinsames Kriterium tragen. Wie die anderen Gewerbe, so sollen auch die Be- und Verarbeitungsgewerbe, soweit sie unter die Handelsgewerbe fallen, dann kaufmännisch organisirt sein, wenn sie einen erheblichen Umfang erlangt haben. Dann erfordert die Rücksicht auf alle Betheiligten, die Kunden, die Hülfspersonen und die Gläubiger, daß der Betrieb in kaufmännisch geordneten Bahnen erfolgt, damit die mit dieser Ordnung verknüpfte Uebersicht und Kontrolle (über den Einkauf, die Effektuirung, die Auslieferung u. s. w.) erfolge, die wohl bei geringem Umfange ohne besondere kaufmännische Einrichtung erzielt werden kann, aber nicht bei umfangreichem Betriebe. Infolge dieser Erwägungen ist hier überall, wie beim § 2, der Ton darauf zu legen, daß der Umfang so beschaffen sein muß, daß er eine kaufmännische Einrichtung erfordert, nicht darauf, daß das Gewerbe eine kaufmännische Organisation hat. Doch wird der letztere Umstand auch hier meist den Rückschluß darauf zulassen, daß die kaufmännische Einrichtung erforderlich ist. Nur entscheidend ist er nicht.

Handwerker ist hiernach der Inhaber eines unter § 1 Nr. 1 fallenden Gewerbes, oder eines Gewerbes bestehend in der Anschaffung von Material zum Zwecke der Be- und Verarbeitung und demnächstigen Veräußerung im beweglichen Zustande, sofern der Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation des Geschäftsbetriebes nicht erfordert.

Anm. 4. Dabei bedarf der Begriff Umfang unserer Ansicht nach selbst keiner Erläuterung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß unter Umfang nichts weiter zu verstehen ist, als der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte. Ist derselbe erheblich, so liegt ein großer Umfang, ist derselbe unerheblich, ein geringer Umfang vor. Trotz der Zweifellosigkeit dieses Begriffes sind Zweifel über seine Bedeutung entstanden, und zwar bei dem Begriffe der Kleingewerbetreibenden. Dort sollen diese Zweifel erörtert werden (vgl. daher unten Anm. 8).

Andere Kriterien, als der eine kaufmännische Organisation erfordernde erhebliche Umfang des Betriebes, dürfen nicht aufgestellt werden und aus der bisherigen Rechtsprechung sind nur diejenigen Urtheile von Bedeutung, welche diesem Kriterium gerecht werden. So sagt das Reichsgericht (bei Bolze 6 Nr. 346) mit Recht, daß ein Betrieb der hier in Rede stehenden Art erst dann ein mehr als handwerksmäßiger wird, „wenn nach dem Umfang des Geschäfts Großbetrieb anzunehmen ist," und hat daraus den richtigen Schluß gezogen, daß der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, nicht geeignet ist, den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen. Andrerseits ist es nicht zutreffend, wenn entschieden wurde, daß an erster Stelle die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte (die Art der Benutzung der gewerblichen Hülfsmittel, Maschinen oder Werkzeuge), die Qualität oder die Zahl des beschäftigten Hülfspersonales, der Grad der Ausnutzung der Arbeitstheilung, die Beschaffenheit der der Ausübung des Gewerbes dienenden Räumlichkeiten u. s. w maßgebend sei (Rechtsprechung des R.G. in Strafs. 5 S. 489). Hierin liegt Wahres mit Falschem vermengt, der entscheidende Gesichtspunkt ist jedenfalls nicht betont. Entscheidend ist überall, ob der Umfang des Gewerbebetriebes so erheblich ist, daß er eine kaufmännische, insbesondere fabrikmäßige Organisation erfordert. Die hier aufgezählten Momente werden durch ihr Vorhandensein wohl meist einen Rückschluß auf das Vorhandensein eines solchen Umfanges gestatten. Aber entscheidend sind nicht diese Momente, sondern lediglich der Umfang. Hat der Inhaber eines Be- oder Verarbeitungsgewerbes bei geringem Umfang eine streng durchgeführte Arbeitstheilung eintreten lassen, oder läßt er auf Vorrath arbeiten, und es hält sich gleichwohl der Betrieb im Ganzen in geringem Umfange, so sind die Grenzen der Handwerksmäßigkeit nicht überschritten. Auch die Art der Arbeitsmittel (Maschinen oder Werkzeuge) entscheidet nicht. Hier könnte das Wort „Handwerk" irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das erzeugte Produkt im Wesentlichen „der Hände Werk", allenfalls mit Zuhülfenahme von Werkzeugen (Handwerkszeug), hergestellt sein muß. Allein

unsere technischen Erfindungen haben auch die Handwerksbetriebe nicht unberührt gelassen. Auch unsere Handwerker, Schlosser, Tischler, Schuhmacher u. s. w. arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln, ohne daß sie dadurch aufhörten Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe so wenig umfangreich ist, daß es ohne kaufmännische Organisation rationell betrieben werden kann. Unzutreffend ist es ferner, daß das Vorwiegen der persönlichen Arbeitskraft, das Mitarbeiten des Meisters entscheiden soll (R.G. in Strafs. 24 S. 357; Oberstes L.G. München in G.Z. 34 S. 561). Denn auch diese Momente können vorhanden sein bei geringem Umfange des Gewerbebetriebes. Unrichtig ist es endlich, wenn auf den geschäftlichen Umsatz kein Gewicht gelegt wird (Kammergericht bei Johow u. Küntzel 9 S. 11; R.G. in Strafs. 24 S. 80 u. 357). Der geschäftliche Umsatz deckt sich allerdings nicht immer mit dem Geschäftsumfange, da trotz geringen Umsatzes der Umfang des Geschäfts in Folge großer Produktion u. s. w. ein erheblicher sein kann, aber ein Gewerbebetrieb mit *erheblichem* geschäftlichem Umsatz hat einen erheblichen Umfang und hört auf ein handwerksmäßiger zu sein. Daß trotz erheblichen Umfanges der Betrieb nicht kaufmännisch eingerichtet ist, sondern sich fortschleppt in Einrichtungen, die man als handwerksmäßige bezeichnen muß, ist dabei nicht erheblich; denn auch hier, wie im § 2, ist nur erforderlich, daß zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die kaufmännische Organisation gehört. Die ordnungswidrige Art der Geschäftsführung entscheidet nicht, im Gegentheil sollen solche Personen gerade durch die Unterordnung unter das Handelsrecht gezwungen werden, in allen den Fällen, wo der Umfang des Gewerbebetriebes die kaufmännische Organisation erfordert, dieselbe auch einzurichten.

Schließlich mag noch betont werden, daß es hier, wie auch sonst, nur darauf an- Anm. 5.
kommt, welche Art der Thätigkeit den *Hauptgegenstand* des Gewerbes bildet. *Infolgedessen ist der Umstand allein, daß der Handwerker aushilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebes, auch fertige Sachen anschafft und weiter veräußert, nicht geeignet, das Geschäft aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herauszuheben* (R.G. in Strafs. 21 S. 209) und nunmehr die Frage aufzuwerfen, ob ein reines Anschaffungs- und Veräußerungsgewerbe nach § 1 Nr. 1 vorliegt. Erheblich ist übrigens die Frage bei dem Bearbeitungsgewerbe nach § 1 Nr. 1 nicht, da ja auch bei dem Anschaffungs- und Veräußerungsgewerbe nur je nach der Erheblichkeit des Umfanges Vollkaufmanns- oder Minderkaufmannsqualität vorliegt (vgl. unten Anm. 8). Wichtiger kann die Frage bei den Bearbeitungsgewerben nach § 1 Nr. 2 werden, denn hier steht die Alternative Kaufmann oder Nichtkaufmann in Frage (vergl. Anm. 54 zu § 1).

Beispiele. Unter den § 4 fallen, d. h. Minderkaufleute sind bei geringem Um- Anm. 6.
fang ihres Gewerbebetriebes folgende Inhaber von Gewerben der Be- und Verarbeitung mit angeschafftem Material: *die Schneider* (R.O.H. 7 S. 237), *die Bäcker* (R.O.H. 4 S. 240), *die Gerber* (R.O.H. 2 S. 442), *die Müller*, welche angeschafftes Mehl vermahlen (R.O.H. 11 S. 241 u. O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 132), *die Tischler* (R.G. 20 S. 127), *die Brauer* (R.O.H. 12 S. 97 u. O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 28 u. 214). Alle diese Gewerbetreibenden sind Minderkaufleute, wenn ihr Gewerbe so wenig umfangreich ist, daß es eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert, und Vollkaufleute, *wenn* ihr Gewerbebetrieb diesen Umfang hat.

2. **Kleingewerbetreibende** oder vielmehr, wie das Gesetz sagt, Personen, deren Gewerbebetrieb Anm. 7.
nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Auch hier ist zunächst zu betonen, daß lediglich gemeint sind Personen, die unter § 1 fallen, also Kaufleute kraft Gewerbes. Diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb unter § 1 nicht fällt, bei denen vielmehr nur erwogen werden könnte, ob sie nicht vermöge der Vorschrift des § 2 Kaufleute werden können, sind hier nicht getroffen, weil zu den Voraussetzungen des § 2 das Kriterium gehört, daß der Gewerbebetrieb seines Umfanges wegen eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Das aber ist das gerade Gegentheil von einem Kleingewerbebetriebe. Ist der Betrieb so umfangreich, daß er eine kaufmännische Einrichtung erfordert, so kann er kein Kleingewerbe sein; überdies werden diejenigen Gewerbetreibenden,

welche nach § 2 Kaufleute werden, dies erst durch Wahl und Eintragung einer kaufmännischen Firma, während den Minderkaufleuten das Firmenrecht ja gerade verschlossen sein soll.

Auch die Gewerbebetriebe, die unter § 3 fallen, gehören niemals zu den Kleingewerbebetrieben im Sinne des § 4, ihre Inhaber können niemals Minderkaufleute sein. Sie sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute. Denn wenn der Land- oder Forstwirth vorwiegend ein unter § 1 fallendes Gewerbe betreibt, so ist er überhaupt nicht Kaufmann. Betreibt er aber ein landwirthschaftliches Nebengewerbe, welches an sich unter § 1 oder § 2 fallen würde, so wird er nur durch Eintragung Kaufmann, ist aber nur dann berechtigt, sich eintragen zu lassen, wenn sein Betrieb ein Großbetrieb ist; dann aber ist er Vollkaufmann (vgl. Anm. 7 zu § 3).

Hiernach sind es also lediglich die unter § 1 fallenden Gewerbe, deren Inhaber eventuell Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein können, und auch von diesen können es nicht alle sein. Nicht können es sein: die Inhaber von Be- oder Verarbeitungsgewerben, soweit sie unter § 1 Nr. 1 fallen, denn diese fallen höchstens unter den Begriff Handwerker (vergl. oben Anm. 2); ferner nicht die Inhaber von Be- oder Verarbeitungsgewerben nach § 1 Nr. 2, denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute (vgl. oben Anm. 2); nicht können es sein aus den in § 1 Nr. 5 aufgezählten die Inhaber der zur Personenbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten, denn dieser Begriff schließt den Kleinbetrieb aus (vgl. Anm. 69 zu § 1); nicht können es endlich sein die Inhaber der Druckereien (§ 1 Nr. 9); denn diese sind entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute, aber niemals Minderkaufleute (vgl. Anm. 76 zu § 1). Die übrigen Kategorien des § 1 sind das geeignete Material für den Begriff der Kleingewerbe.

Anm. 8. **Welches ist nun der Begriff des Kleingewerbes?** Zum Begriff Kleingewerbe gehört das gerade Gegentheil von demjenigen Erfordernisse, welches § 2 aufstellt: ein Gewerbebetrieb von so geringem Umfange, daß der ordnungsmäßige Betrieb eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Daß dieses das Kriterium ist, welches dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat, haben wir bereits in Anm. 8 zum § 2 dargethan. Unter Umfang des Geschäfts ist aber der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen, sei es daß es sich um wenige Geschäfte über hohe Objekte oder um eine große Reihe von Geschäften handelt, die zusammen ein hohes Objekt repräsentiren. Die in der Reichstags-Kommission (K.B. S. 10) hervorgetretenen Anschauungen über den Begriff Geschäftsumfang sind unklar und unzutreffend. Es soll danach ein Begriff sein, bei welchem verschiedene Momente, wie Anlagekapital, Ertrag, Umsatz berücksichtigt werden können. Allein das Anlagekapital kann groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein und umgekehrt; ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall ist, wenn mit Verlust gearbeitet wird; auch der Umsatz entscheidet nicht absolut, da es vorkommen kann, daß ein großes Geschäft längere Zeit seine Vorräthe nicht los wird, alsdann ist sein Umsatz klein gewesen und doch der Umfang des Betriebes groß, da der quantitative Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte groß war. Es entscheidet, wie gesagt, lediglich der quantitative Inhalt der Geschäfte. Ist dieser von großem Umfange, so ist im Interesse aller Betheiligten, der Kunden, des Personals und der Gläubiger, eine kaufmännische Organisation erforderlich, um Ordnung und Uebersicht in den Betrieb zu bringen: die Kontrolle über den Einkauf der Waaren und Materialien, über die Effektuirung und Auslieferung u. s. w., alles das muß in kaufmännisch geordneten Bahnen erfolgen, und das bedeutet die kaufmännische Organisation (vgl. Anm. 7 zu § 2).

Anm. 9. Als Beispiele sind, in Erinnerung an das alte Recht (Art. 10), zu erwähnen: die Höker, Trödler, Hausirer, gewöhnlichen Schiffer, auch die kleinen Gastwirthe, wobei natürlich überall ein wenig umfangreicher Handel vorausgesetzt ist: ein Lumpengeschäft oder Produktenhandel im Großen ist kein Kleingewerbe; ein großes Restaurationsgeschäft, ein Hotelgeschäft ist Großgewerbe.

Anm. 10. Bei der so gewonnenen Bestimmung des Kleingewerbes ist aber die sehr wichtige Einschränkung zu machen, daß dies lediglich diejenige Be-

griffsbestimmung ist, welche das Handelsgesetzbuch selbst in seinem § 4 Abs. 1 aufstellt. Diese Begriffsbestimmung ist aber leider nicht absolut allein maßgebend. **Vielmehr sind nach dem Abs. 3 unseres § 4 die Landesregierungen befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche der Begriff des Kleingewerbes näher bestimmt wird,** und zwar auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen.

Es wäre zu wünschen, wenn die Landesregierungen sämmtlich von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen würden. Denn solche anderweite Grenzbestimmungen würden, wenn sie nicht von allen Regierungen nach denselben Grundsätzen erlassen würden, die eben errungene Rechtseinheit auf diesem hochwichtigen Gebiete zerreißen, und auch wenn sie nach einheitlichen Grundsätzen erlassen würden, würden sie das ganze System, auf welchem der Unterschied zwischen Vollkaufleuten und Minderkaufleuten, zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten, welcher, wie gezeigt, sich überall auf demselben Kriterium aufbaut, beruht, von Grund aus erschüttern und so die ohnehin nicht gerade einfache Ordnung dieser Materie in eine bedauerliche Unordnung verwandeln. Immerhin müssen wir uns mit dieser Delegation an die Landesregierungen beschäftigen.

Anm. 11

a) Die Landesregierungen haben die Befugniß: Gesetz oder Verordnung sind der Weg, auf welchem die Bestimmungen erlassen werden können (Cosack S. 65 meint: nur der Weg der Verordnung sei zulässig).

b) Nur der Begriff des Kleingewerbes darf in dieser Weise näher festgesetzt werden, nicht auch der Begriff des Handwerks.

c) Der sich aus § 4 Abs. 1 ergebende Begriff darf auf keinen Fall verlassen werden. Wie auch die landesrechtlichen Grenzbestimmungen lauten mögen, gegen den in § 4 Abs. 1 festgesetzten, bezw. aus ihm sich ergebenden Begriff des Kleingewerbes (vergl. oben Anm. 8) darf keineswegs verstoßen werden. Denn die Landesregierung darf die Grenze des Kleingewerbes nur „näher festsetzen".

d) Dabei ist zunächst maßgebend die Frage, ob die Steuergesetzgebung des betreffenden Landes auf einer nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht aufgebaut ist. Wenn dies der Fall ist, so muß die Grenzbestimmung sich hiernach richten. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann zu anderen Merkmalen gegriffen werden. Aber auch diese müssen, wie zu b ausgeführt, sich innerhalb des im § 4 Abs. 1 aufgestellten Begriffes bewegen. (Ob Preußen eine Steuergesetzgebung hat, die jenem Erfordernisse entspricht, darüber s. Staub in der Dtsch. Juristenztg. 1898 S. 421, wo dies verneint ist.)

e) Macht eine Landesregierung von der ihr gegebenen Befugniß Gebrauch, so gilt diese Charakterisirung für die anderen Länder. Wer z. B. nach den Mecklenburger Bestimmungen auf Grund seines in Rostock betriebenen Geschäfts als Vollkaufmann nicht gilt, ist auch in andern Ländern Minderkaufmann. Betreibt er in mehreren Ländern verschiedene Gewerbe, so kann er Vollkaufmann und Minderkaufmann sein und gilt dann auch in den anderen Ländern hinsichtlich des einen Gewerbes als Vollkaufmann, hinsichtlich des anderen als Minderkaufmann (vergl. unten Anm. 19). Schwierig stellt sich die Sache, wenn Jemand in einem Staate eine Hauptniederlassung hat, welche daselbst als Vollhandelsgewerbe zu betrachten ist, und in einem anderen Staate eine Zweigniederlassung, welche daselbst als Minderhandelsgewerbe zu betrachten ist.

f) Die Landesregierungen können stets, auch nach dem 1. Januar 1900, davon Gebrauch machen. Daß dies vor dem 1. Januar 1900 nicht geschehen ist, nimmt ihnen nicht das Recht für die Zukunft. Deshalb war eine kurze Betrachtung dieses Landesregierungsrechts auf jeden Fall erforderlich.

II. **Die für Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften** sind:

1. **Die Vorschriften über die Firmen.** Minderkaufleute sind hiernach weder berechtigt noch verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, haben allerdings auch bei Führung ihres bürgerlichen Namens auf bestehende Firmen keine Rücksicht zu

Anm. 12.

nehmen (vergl. jedoch § 8 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb). Die Firma ist für sie nicht der Name, unter welchem sie im Handel Geschäfte betreiben (§ 17). Wenn dennoch eines Minderkaufmanns Firma eingetragen ist, so ist er zwar nicht Vollkaufmann, aber er gilt in civilrechtlicher Hinsicht als solcher gemäß § 5 (vergl. die Erläuterung zu diesem). Auch ohne Eintragung darf der Minderkaufmann eine Firma, d. h. einen von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Handelsnamen nicht führen. Wenn ein Minderkaufmann einen (eingetragenen oder nicht eingetragenen) Handelsnamen führt, der sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so hat das Registergericht gemäß § 37 einzuschreiten (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1138; Hahn § 3 zu Art. 10) und hat außerdem die Eintragung von Amtswegen zu löschen (§ 142 F.G.; vergl. die Erl. zu § 37). Gleichwohl sind derartige nicht eingetragene Firmenführungen in lebhafter Uebung. Für die hierdurch geschaffenen Rechtsverhältnisse kommen die allgemeinen Rechtsregeln zur Anwendung: die unter solchen Handelsnamen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind giltig (vergl. R.O.H. 22 S. 71). Der Inhaber einer nicht eingetragenen Minderkaufmannsfirma haftet für die Verbindlichkeiten, welche sein mit seiner Zustimmung das Geschäft fortführender Geschäftsübernehmer eingeht, so lange bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (R.G. 15 S. 33; O.L.G. Dresden im Sächs. Archiv 7 S. 434). Der Führer der Firma tritt im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auf und gilt daher als Vollkaufmann. Welche Folgen dies hat, darüber siehe unseren Exkurs zu § 5.

Ein ausschließliches Firmenrecht haben die Minderkaufleute nicht. Sie können nicht verlangen, daß ihre Firma geschützt wird, sondern nur ihr bürgerlicher Name. Zum Schutze desselben dient § 12 B.G.B., ferner § 8 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb und endlich auch § 37 H.G.B., da dieser den Schutz aller Rechte, insbesondere auch des Namensrechts gegen unbefugte Firmirung enthält (vergl. die Erl. zu § 37). Ueber ihre Etablissementsnamen s. die Erl. zu § 17. Ein Waarenzeichen können sie sich schützen lassen, da das Waarenzeichengesetz vom 12. Mai 1894, anders als das frühere Markenschutzgesetz vom 30. November 1874, den Besitz einer Firma nicht voraussetzt.

Anm. 13. 2. **Die Vorschriften über die Prokura.** Die Minderkaufleute dürfen keine Prokuristen bestellen. Eine dennoch ertheilte Prokura ist nicht etwa, wie Thöl annimmt, ein schlechthin ungiltiger Akt; vielmehr ist auch hier auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückzugehen (vergl. besonders § 140 B.G.B.) und davon auszugehen, daß der Prinzipal doch jedenfalls eine ihrem Umfange nach der Prokura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht ertheilen wollte. Daher wird man dem wahren Willen der Betheiligten regelmäßig am meisten gerecht werden, wenn man das Vorhandensein einer generellen Handlungsvollmacht nach § 54 annimmt. (Zustimmend Puchelt Anm. 3 zu Art. 10; Allfeld S. 64). Handlungsbevollmächtigte kann der Minderkaufmann bestellen; seine Gehilfen sind Handlungsgehilfen (vergl. unten Anm. 17).

Anm. 14. 3. **Die Vorschriften über die Handlungsbücher.** Minderkaufleute sind nicht verpflichtet, Handlungsbücher zu führen. Daß sie hierzu berechtigt sind, ist selbstverständlich, da hier kein Privileg in Frage steht. Die von ihnen geführten Bücher haben, abstrakt betrachtet, die gleiche Beweiskraft, wie die von Vollkaufleuten geführten. Es entscheidet hier, wie dort, lediglich das freie Ueberzeugungsprinzip der C.P.O.

Anm. 15. 4. **Vereinigungen zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes sind keine offenen Handelsgesellschaften und keine einfachen Kommanditgesellschaften.** Dagegen kann ein Minderkaufmann einen stillen Gesellschafter haben (vergl. zu § 335). Auch sind Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung immer Handelsgesellschaften und Vollkaufleute, auch wenn sie ein Minderhandelsgewerbe betreiben (§ 6 Abs. 2). Sonstige gesellschaftliche Vereinigungen zum Betriebe von Minderhandelsgewerben sind aber bürgerliche Gesellschaften, obgleich sie sich mit Handelsbetrieben beschäftigen (R.O.H. 2 S. 423), ihre Rechtsverhältnisse regeln sich nach §§ 705 flg. B.G.B. (vergl. hierüber unseren Exkurs zu § 342), sofern nicht etwa Socien zulässigerweise die Vorschriften über Handelsgesellschaften auf ihre Vereinigung durch den Gesellschaftsvertrag ausgedehnt haben;

vergl. hierüber unten Anm. 18. Dabei ist jedoch hervorzuheben, daß nur die Vorschriften über die Handelsgesellschaften auf sie keine Anwendung finden: soweit solche Personen Handelsgeschäfte betreiben, finden die handelsrechtlichen Vorschriften über Handelsgeschäfte auf sie Anwendung. Die Vereinigung selbst ist nur keine Handelsgesellschaft, also auch kein Kaufmann, weder Vollkaufmann noch Minderkaufmann. Aber die einzelnen zur Vereinigung gehörenden Personen sind Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute, und ihre Geschäfte deshalb Handelsgeschäfte gemäß § 343, auch die Vermuthungen des § 344 greifen deshalb hier Platz. Indessen sind einzelne Vorschriften über Handelsgeschäfte hier ausgeschlossen. Vergl. die folgende Anm. 16.

5. **Einzelne Vorschriften über Handelsgeschäfte** finden dann keine Anwendung, wenn Derjenige, der sie abschließt, ein Minderkaufmann ist (vergl. § 351). Diese Vorschriften sind: Anm. 16.
   a) § 348, welcher die richterliche Ermäßigungsbefugniß bei Konventionalstrafen dann beseitigt, wenn ein Kaufmann die Vertragsstrafe verspricht. Wenn ein Minderkaufmann sie verspricht, so greift die richterliche Ermäßigungsbefugniß Platz.
   b) § 349, welcher die von einem Kaufmann übernommene Bürgschaft für eine selbstschuldnerische erklärt. Wenn es ein Minderkaufmann ist, der die Bürgschaft übernimmt, so soll dies nicht ohne Weiteres der Fall sein. Vielmehr richtet sich dann die Frage, ob selbstschuldnerisch oder nicht, nach bürgerlichem Recht (vergl. hierüber Näheres zu § 349).
   c) § 350, welcher für die Bürgschaft, das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß, wenn dieselben von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgegeben werden, entgegen den Vorschriften des B.G.B. Formfreiheit statuirt. Wenn ein Minderkaufmann diese Erklärungen abgiebt, so gilt die Formfreiheit nicht (vergl. Näheres zu § 350).

6. **Alle übrigen Vorschriften des H.G.B.** finden auch auf Minderkaufleute Anwendung. Sie sind im Uebrigen Kaufleute mit allen Rechten und Pflichten derselben. Wo das Gesetz von Kaufleuten spricht, sind überall die Minderkaufleute mitgemeint (R.O.H. 7 S. 237). Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 122 u. 415). Auch die Vermuthungen des § 344 greifen hier Platz. Es finden insbesondere die Vorschriften über Handlungsvollmachten und Handlungsgehilfen, über das Recht auf Provision nach § 354 (R.O.H. 10 S. 243), das Retentionsrecht nach § 369, das Recht der Anweisung nach § 363 auch auf sie Anwendung, ebenso das Zinsenrecht nach §§ 352 u. 353; desgleichen die Lehre vom Kontokurrent, von der Passivenübernahme — soweit nicht etwa das Firmenrecht die Anwendung ausschließt (vergl. die Erläuterungen zu § 22 u. § 25). Auch die Vorschriften über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (vergl. die Erläuterung zu § 346) finden hier Anwendung; desgleichen die Pflicht zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347; auch die Untersuchungs- und Rügepflicht nach §§ 377 u. 378 trifft den Minderkaufmann u. s. w. u. s. w. Anm. 17.

   Indessen ist dabei überall zu berücksichtigen, daß ein Kleinkaufmann nicht durchgängig mit demselben Maßstabe zu messen ist, wie der Inhaber eines größeren Geschäfts (R.O.H. 2 S. 443; 13 S. 439, Kontokurrent).

7. **Außerdem ist zu bemerken,** daß die Minderkaufleute es in der Hand haben, die nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften, soweit sie dispositiven Charakter haben, durch Vereinbarung auf sich auszudehnen (Behrend § 36 Anm. 16). Das wird insbesondere wichtig werden bei gesellschaftlichen Vereinigungen, bei denen es die Kontrahenten in der Hand haben, die Vorschriften über Gesellschaftsrecht in dem gedachten Rahmen auf ihre Vereinigungen auszudehnen. Anm. 18.

Zusatz 1. Kann Jemand Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich sein? Betreibt Jemand ein Gewerbe, welches die Vollkaufmannsqualität begründet, und ein solches, welches die Minderkaufmannsqualität begründet, so ist er Vollkaufmann und Minderkaufmann zugleich (Behrend § 36 Anm. 17; Cosack S. 64; Hahn § 7 zu Art. 10; R.G. in Strafs. 25 S. 171; anders Goldschmidt Handb. § 46; O.L.G. Marienwerder in G.Z. 46 S. 466; Gareis Anm. 12). Er braucht die Pflichten eines Vollkaufmanns hinsichtlich Anm. 19.

der Buchführung nur bezüglich desjenigen Geschäfts zu erfüllen, welches ihn dazu macht (R.G. in Strafs. 25 S. 171), wobei er natürlich nach allgemeinen Grundsätzen auch die Ergebnisse seines Kleinbetriebes zu verzeichnen hat. Eine mündliche Bürgschaft ist, wenn sie im Kleinbetriebe abgegeben ist, ungiltig, wenn im Großbetriebe abgegeben, giltig. Diese Doppeleigenschaft ist keine auffallende Erscheinung. Aehnliches kommt auch sonst vor und findet allgemeine Billigung. So z. B. wenn ein Soldat oder ein Arzt gleichzeitig Inhaber oder Mitinhaber eines Handelsgeschäfts ist; alsdann sind nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte, nicht auch eine hiermit nicht zusammenhängende rechtserhebliche Erklärung, etwa die Bürgschaft eines solchen Soldaten für einen Kameraden. Ein anderes Analogon ist der Fall, daß ein Landwirth ein landwirthschaftliches Nebengewerbe betreibt (vergl. Anm. 10 zu § 3). Doch ist dabei wirklich getrennter Betrieb der beiden Gewerbe vorausgesetzt; fehlt diese Voraussetzung, dann liegt nur Vollkaufmannsqualität vor (Busch' Archiv 45 S. 361, Verlagsanstalt und Druckerei im Handwerksumfange; ferner Cosack S. 64: kleine Buchdruckerei und Dampffärberei).

Anm. 20. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Die Frage, wer Minderkaufmann ist, richtet sich vom 1. Januar 1900 ab nach dem neuen Recht. Wer vorher Vollkaufmann war, hört auf es zu sein, wenn er nach den neuen Vorschriften Minderkaufmann ist, und umgekehrt. Verschieden hiervon ist die Frage nach der Giltigkeit und den Wirkungen der Rechtsgeschäfte, welche diese Personen unter der Herrschaft des früheren Rechts, in ihrer damaligen Eigenschaft als Vollkaufleute oder Minderkaufleute, abgeschlossen haben. Diese Frage richtet sich nach dem Rechte des Abschlusses.

§ 5.

Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt der Eintragung der Firma eine weitgehende und eigenartige konstitutive Wirkung.** Die Vorschrift ist neu, ihr Inhalt von großer Tragweite.

Anm. 1. 1. **Der Inhalt der Vorschrift.** Ist eine Firma in das Register eingetragen, so kann gegenüber Demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das betreffende Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei.

Anm. 2. 2. **Es handelt sich hier um solche Personen,** die entweder überhaupt kein Handelsgewerbe betreiben oder nur ein Minderhandelsgewerbe, **die aber jedenfalls ein Gewerbe betreiben.** Betreibt eine Person überhaupt kein Gewerbe, so greift auf sie § 5 nicht Platz. Eine solche Person gilt jedenfalls kraft § 5 nicht als Kaufmann. (Ob sie in Folge anderer Rechtsgrundsätze als Kaufmann gilt und unter welchen Umständen, darüber Anm. 3 zum Exkurse zu § 5.) Betreibt sie zwar dem Anscheine nach ein Gewerbe, ist der Gewerbebetrieb aber nicht rechtsgiltig, so hat dies zur Folge, daß sie auch nicht als Kaufmann gelten kann, und § 5 kann deshalb nicht Platz greifen, so z. B. wenn ein Minderjähriger ohne die erforderliche Genehmigung ein Gewerbe betreibt, oder wenn ein Blödsinniger es betreibt. Betreibt aber die eingetragene Person ein rechtsgiltiges Gewerbe, und ist dasselbe nur ein Minderhandelsgewerbe, so ist sie allerdings kein Vollkaufmann, aber sie gilt in Folge unseres § 5 als solcher kraft der Eintragung. Betreibt sie endlich ein Gewerbe und ist dasselbe kein Handelsgewerbe, sondern z. B. ein landwirthschaftlicher Hauptbetrieb, so ist dieselbe überhaupt kein Kaufmann, aber zufolge unseres § 5 gilt sie als solcher, und zwar als Vollkaufmann.

Anm. 3. 3. **Die materielle Bedeutung der Vorschrift besteht darin, daß Jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann ist, aber doch für die Dauer der Eintragung als Kaufmann gilt, und Jemand, dessen Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist, zwar kein Vollkaufmann ist, aber doch für die Dauer der Eintragung als solcher gilt.** Darin liegt aber nicht, wie Makower S. 20 und Düringer u. Hachenburg I S. 57 dies darstellen, die unwiderlegbare Vermuthung, die Fiktion, daß der Ein-

getragene ein Handelsgewerbe und zwar ein Vollhandelsgewerbe betreibt. Denn diese Fiktion würde zur Folge haben, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht nur als Kaufmann bezw. Vollkaufmann gilt, sondern daß er Kaufmann und Vollkaufmann ist. Denn das Wesen der Fiktion besteht doch darin, daß der fehlende Thatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Thatbestand wirklich vorhanden. Aber Düringer u. Hachenburg I S. 57 verkennen selbst nicht, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht Kaufmann und Vollkaufmann ist, sondern daß er nur in civilistischer Hinsicht als Kaufmann gilt. Man kann solche zu Unrecht eingetragenen Personen nicht Registerkaufleute oder Kaufleute kraft Eintragung nennen, weil dies die Meinung erweckt, als seien sie wirklich Kaufleute; man kann sie allenfalls als Scheinkaufleute kraft Gewerbes und Eintragung bezeichnen.

Anm. 4. **Der zu Unrecht Eingetragene gilt für die Dauer der Eintragung in civilistischer Hinsicht als Kaufmann bezw. Vollkaufmann.** In civilistischer Hinsicht. Das bedeutet: er muß sich gefallen lassen, daß die civilen Rechtsvorschriften (handelsrechtliche und bürgerlich rechtliche), welche für Kaufleute und deren Geschäfte gelten, auch auf ihn und seine Geschäfte zur Anwendung kommen. Das Gleiche gilt von solchen prozessualen Vorschriften, welche zur sachgemäßen Durchführung der civilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte gegeben sind (Zuständigkeit § 101 G.V.G.; Recht des Kaufmanns unter der Firma zu klagen und verklagt zu werden, § 17 Abs. 2 H.G.B.; vergl. die Erl. dazu) Nicht aber gilt das von solchen öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche ihrer Natur nach sich nicht beziehen auf Personen, die nicht Kaufleute bezw. Vollkaufleute sind, sondern nur aus Verkehrsrücksichten als solche gelten müssen. Besonders **haben wir hier die strafrechtlichen Vorschriften im Auge.** Eine zu Unrecht eingetragene Person, die in Wahrheit kein Kaufmann oder wenigstens kein Vollkaufmann ist, kann strafrechtlich wegen unterlassener Buchführung nicht in Anspruch genommen werden (Denkschr. S. 20).

Der zu Unrecht Eingetragene gilt unbedingt als Kaufmann. Auch der Eingetragene selbst kann sich auf die Eintragung berufen und beim Dritten kommt es auf den guten oder schlechten Glauben nicht an. Es kann dem Dritten, der sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegengehalten werden, er wisse sehr wohl, daß der Eingetragene kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreibe, wie ja auch dem Eingetragenen selbst, der doch sicherlich hierüber unterrichtet ist, dies nicht entgegengehalten werden kann.

Anm. 5. **Nur für die Dauer der Eintragung** gilt der zu Unrecht Eingetragene als Kaufmann. Aber der solchergestalt Eingetragene ist nicht wirklich Kaufmann, er ist nur Scheinkaufmann, und er gilt nur in gewisser Hinsicht als Kaufmann. Die Eintragung **bleibt eine zu Unrecht bestehende** und sie kann deshalb von Jedem, der ein Recht auf Beseitigung einer unrechtmäßigen Eintragung hat, beseitigt werden. Deshalb kann der Eingetragene selbst die Löschung verlangen, und sie kann gegen ihn betrieben werden (Denkschr. S. 20). Vergl. hierüber zu § 37. Es trifft nicht zu, wenn Rudorff, H.G.B. zu § 2 sagt, durch die Eintragung der Firma werden die Voraussetzungen des § 2 „rechtskräftig festgestellt". Ueber den Fall, daß ein solcher Scheinkaufmann das Geschäft mit Firma veräußert, siehe die Erläuterung zu § 22 u. § 25.

Anm. 6. 4. **Hervorzuheben ist, daß die Eintragung allein, ohne die hinzukommende Publikation, die erwähnte Wirkung hat.** Indessen ist darum § 15 doch nicht bedeutungslos. Denn wenn auch § 5 die konstitutive Kraft hat, daß der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, so behält doch § 15 daneben die Bedeutung, daß der Dritte die nicht publizirte Eintragung (wie auch bei § 2) sich dann nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm nicht bekannt war (vergl. Anm. 11 im Exkurse zu § 8).

Anm. 7. 5. **Schließlich ist noch wegen der Beweislast hervorzuheben,** daß, wer sich auf die Eintragung beruft, nicht nachzuweisen braucht, daß der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, obwohl, wie oben Anm. 2 gezeigt, der Paragraph voraussetzt, daß der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt. Diese Regelung der Beweislast nimmt ihren Ausgangspunkt von dem Prinzip, daß die Eintragung in das Handelsregister die Vermuthung der Richtigkeit der

dort verlautbarten Thatsachen begründet (vergl. den Exkurs zu § 8 Anm. 16). Nun handelt es sich ja allerdings um eine unrichtig beurkundete Thatsache; denn es ist Jemand als Kaufmann oder als Vollkaufmann eingetragen, der dies in Wahrheit nicht ist. Allein der normale Rechtszustand ist die Uebereinstimmung des Handelsregisters mit der wahren Sach- und Rechtslage. Um diese soll der Registerrichter bemüht sein und diese wird im Rechtsverkehr vorausgesetzt (vergl. den Exkurs zu § 8 Anm. 16). Von zwei Parteien nun, von denen die eine eine vom normalen Rechtszustande minder abweichende, die andere eine von der normalen Situation weiter abweichende Rechtslage behauptet, ist nach allgemeinen, an anderer Stelle von uns entwickelten Grundsätzen diejenige beweispflichtig, die die weitere Abweichung behauptet und hieraus Rechte für sich herleitet (vgl. unsere Allgemeine Einl. Anm. 56). Im vorliegenden Falle ist also Derjenige beweispflichtig, der geltend macht, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibe. Denn das weicht von der normalen Rechtslage weit mehr ab, als wenn er wenigstens irgend ein Gewerbe betreibt; die Eintragung ist in letzterem Falle nicht in dem Grade unrichtig, wie wenn Jemand im Register eingetragen ist, der überhaupt kein Gewerbe betreibt. (Eine andere Frage ist, ob nicht unter Umständen aus materiellen Gründen der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, versagt ist; darüber siehe den Exkurs zu § 5 Anm 3.)

Anm. 8. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Eintragung hat die hier angeordnete Bedeutung auch dann, wenn sie vor dem 1. Januar 1900 erfolgt war (anders Cosack S. 768).

Exkurs zu § 5.

Geltung als Kaufmann in Folge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Scheinkaufleute).

Die Lehre von der Kaufmanns- und Vollkaufmannsqualität und von der Geltung als Kaufmann und Vollkaufmann bedarf folgender Ergänzung.

Anm. 1. 1. **Grundsatz: Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann.** Wer sich als Vollkaufmann gerirt, gilt als Vollkaufmann. Die Aufstellung dieses Grundsatzes gehört zur Vollständigkeit der Lehre von der Kaufmannsqualität. In den §§ 1—3 ist gesagt, wer Kaufmann ist, im § 4, wer Minderkaufmann ist. Allein oft gerirt sich Jemand, der kein Kaufmann ist, im Rechtsverkehr als Kaufmann, oft gerirt sich ein Minderkaufmann als Vollkaufmann. Beispiele: der Inhaber einer Heilanstalt mit vorwiegend ärztlichem Charakter betreibt sein Gewerbe unter einer kaufmännischen Firma, etwa unter einer Gesellschaftsfirma (& Cie.) — er ist nicht Kaufmann, gerirt sich aber als solcher —; ein Baupekulant, der Inhaber einer großen Leihbibliothek, der Inhaber eines Bergwerks, einer Ziegelei, der Inhaber eines landwirthschaftlichen Nebengewerbes, oder der sonstige Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, welches nicht unter § 1 fällt, betreibt sein Gewerbe kaufmännisch und unter kaufmännischer, von seinem bürgerlichen Namen abweichender Firma — sie alle sind vor der Eintragung einer Firma keine Kaufleute und treten gleichwohl im Rechtsverkehr als Kaufleute auf. Eine Sozietät von zwei Maurermeistern betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher Firma — sie sind keine offene Handelsgesellschaft, aber sie geriren sich als solche. Die Vereinigung zweier Minderkaufleute betreibt ein Geschäft unter gemeinschaftlicher kaufmännischer Firma — sie sind keine Vollkaufleute, aber sie geriren sich als solche.

In allen solchen Fällen muß Derjenige, der sich als Kaufmann gerirt, sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt, und Derjenige, der sich als Vollkaufmann gerirt, daß er als Vollkaufmann gilt. Denn Jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärung so aufgefaßt wird und diejenige Bedeutung hat, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommt (§§ 157 u. 242 B.G.B.). Das ist der Rechtsgrund unseres Grundsatzes, der auch dem bisherigen Recht nicht fremd war. Auch im früheren Recht war z. B. anerkannt, daß, wenn eine Vereinigung von zwei Personen, die keine Handelsgesellschaft ist, sich als offene Handelsgesellschaft gerirt, dieselbe sich als offene Handelsgesellschaft be-

trachten lassen muß, und demgemäß der Solidarhaft unterliegt (R.G. 40 S. 146). In diesem Urtheil war allerdings die Gerirung als Handelsgesellschaft gestützt auf die Eintragung, in dieser Hinsicht ist der Grundsatz jetzt im Großen und Ganzen entbehrlich (vergl. unten Anm. 2). Aber das Prinzip ist dasselbe: nicht grade weil es sich um eine Eintragung handelte, sondern weil in der Eintragung die Erklärung erblickt wurde, als offene Handelsgesellschaft zu gelten, deshalb wurde daraus die gedachte Folgerung gezogen. Von den gleichen Anschauungen ging die Entscheidung des R.G. in Band 19 S. 197 aus.

2. Im Grunde genommen ist es nur ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips, daß Jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist. Darin liegt ganz eminent ein Sichgeriren als Kaufmann und Vollkaufmann. Indessen sind für diesen Fall vom neuen H.G.B. zwei Rechtssätze aufgestellt worden, die weit über den von uns aufgestellten Grundsatz hinausgehen: Anm. 2.

Erstens: Für den Fall, daß Jemand ein gewerbliches Unternehmen betreibt, welches an sich kein Handelsgewerbe ist, aber doch wegen seines Umfanges einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, hat der § 2 angeordnet, daß der Inhaber durch Eintragung seiner Firma Kaufmann wird. Von diesem Augenblicke an kann man also nicht mehr sagen, er gerire sich als Kaufmann, obgleich er es nicht sei. Vielmehr wird er durch die Eintragung Kaufmann.

Zweitens: Der zweite Rechtssatz ist im § 5 enthalten: wenn Jemand zwar ein Gewerbe betreibt, aber doch kein eintragungsfähiges, weil es entweder ein Minderhandelsgewerbe oder überhaupt kein Handelsgewerbe ist, so bewirkt doch die Eintragung, daß der Eingetragene für den Rechtsverkehr als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann gilt. Weder er, noch der Dritte können den Einwand erheben, das von dem Eingetragenen betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe, auch nicht, daß der Dritte wußte, das von dem Eingetragenen betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe.

Allein diese beiden Rechtssätze umfassen nicht alle hier in Frage kommenden Fälle. Denn sie betreffen nur diejenigen Fälle, in denen Jemand überhaupt ein Gewerbe betreibt.

Wenn aber der, dessen Firma eingetragen ist, überhaupt kein Gewerbe betreibt, so greift weder § 2, noch auch § 5 Platz. Denn Inhalts des letzteren ist nur der Einwand versagt, daß das Gewerbe des Eingetragenen kein Handelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe sei. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, daß der Eintragung gegenüber der Einwand, der Betreffende betreibe überhaupt kein Gewerbe, ohne Weiteres gegeben ist. Vielmehr greift hier unser Grundsatz, den wir oben zu 1 entwickelt haben, ein, angewendet auf den Fall, daß die Gerirung als Kaufmann in der Eintragung der Firma liegt. Ist die Firma einer Person in das Handelsregister eingetragen, ohne daß sie ein Gewerbe betreibt, so gerirt sie sich als Kaufmann, und zwar als Vollkaufmann; sie gilt in Folge dessen als Kaufmann und muß sich als solcher behandeln lassen, es sei denn, daß der Dritte gewußt hat, daß der Eingetragene weder Kaufmann sei, noch als solcher habe gelten wollen. (Vergl. auch über diese konstitutive Kraft der Eintragung Anm. 13 im Exkurs zu § 8 und die dort citirten Erkenntnisse aus der Zeit des alten H.G.B.) Anm. 3.

3. Lediglich ein Anwendungsfall unseres Grundsatzes zu 1 ist der § 15 des neuen H.G.B., soweit es sich um die Eintragung der Firma und der daraus hergeleiteten Kaufmannsqualität handelt. Nach diesem § 15 gilt die eintragungsbedürftige, aber nicht eingetragene Rechtsveränderung zum Nachtheil des gutgläubigen Dritten nicht. Daraus folgt für die Firma und die Kaufmannsqualität: wenn Jemand ein Handelsgewerbe betrieben hat und dasselbe aufgiebt, diese Rechtsveränderung aber nicht eintragen läßt so gilt er fortgesetzt als Kaufmann, und nur Demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt, kann er denselben entgegensetzen. Anm. 4.

Das ist nichts als die Anwendung unseres Prinzips: wer als Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt — und das Auftreten im Rechtsverkehr unter Eintragung der Firma ist ein Auftreten als Kaufmann — gilt als Kaufmann.

Anm. 5. 4. Weiteren Anwendungsfällen jenes Grundsatzes werden wir besonders im Gesellschaftsrecht begegnen (vergl. § 123). Jedenfalls war es hier erforderlich, vorweg den Grundsatz aufzustellen, der unserem Rechtssystem zweifelsohne innewohnt, und dessen Klarstellung eine Reihe von Erscheinungen erklärt, die sonst unerklärt bleiben.

Anm. 6. 5. **Welche Rechtsfolgen das Gelten im Rechtsverkehr** hat, kann nur im Einzelnen gesagt werden. Es wird dabei entscheidend sein, daß es sich um die Folgen einer Parteierklärung handelt; nur in Folge seiner Erklärung gilt Der, der im Rechtsverkehr auftritt, als Kaufmann. Die Folgen solcher Geltung als Kaufmann werden nicht immer soweit gehen können, wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft unmittelbaren Gesetzeswillens, wie in § 5. Danach wird es sich z. B. richten, ob die Formfreiheitsvorschriften, die für den Vollkaufmann gegeben sind, auch gegen Den zur Anwendung kommen, der als Kaufmann nur gilt in Folge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann; ob, wenn die Ehefrau sich als Handelsfrau gerirt und der Ehemann dies geschehen läßt, dies für die ehegüterrechtliche Wirkung ihrer Geschäfte so beurtheilt wird, wie wenn er den Handelsbetrieb seiner Ehefrau genehmigt (vergl. hierüber Allg. Einl. Anm. 66); ob seine Gehilfen Handlungsgehilfen sind u. s. w. Näheres an den zuständigen Stellen.

Anm. 7. 6. **Auch der Dritte**, der mit Demjenigen kontrahirt hat, der sich als Kaufmann gerirt und deshalb als Kaufmann gilt, wird sich in den geeigneten Fällen entgegenhalten lassen müssen, daß er mit Jemandem kontrahiren wollte, der sich als Kaufmann gerirte, also als solcher gelten wollte.

§ 6.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 nicht berührt.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift des Absatzes 1 dient zur Verdeutlichung und ist aus dem früheren Recht (Art. 5) herübergenommen. Handelsgesellschaften sind die offene Handelsgesellschaft, die einfache Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Daß diejenigen Handelsgesellschaften, welche juristische Persönlichkeit besitzen, Handelsgesellschaften sind, ist insofern eigentlich eine Prinzipwidrigkeit, als das neue H.G.B. (§ 33) juristische Personen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben, sonst als Einzelkaufleute ansieht. Die Genossenschaft ist keine Handelsgesellschaft, sie soll nach dem Genossenschaftsgesetze § 12 nur als Kaufmann gelten, soweit das Genossenschaftsgesetz keine abweichende Bestimmung trifft.

Anm. 2. 2. Die Vorschrift des Absatzes 2 ordnet an, daß, wenn eine juristische Person ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens zum Kaufmann erklärt ist, sie damit auch zum Vollkaufmann erklärt ist. Ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens sind zum Kaufmann erklärt: die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Genossenschaft und endlich die Aktienkommanditgesellschaft. Letztere auf Grund von § 210 Abs. 2 und § 320 Abs. 3 H.G.B. Die letztere wird also hier vom H.G.B. als Verein, mithin als juristische Person angesehen (vergl. § 21 B.G.B. und die diesem vorangehenden Ueberschriften). Näheres über die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der Aktienkommanditgesellschaft s. an zuständiger Stelle (zu § 320).

3. Unter Handelsgesellschaften versteht das Gesetz hier nur die in- Anm. 3.
ländischen, diejenigen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Ausländische Gesellschaften werden hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nach ausländischem Recht, hinsichtlich ihrer Kaufmannseigenschaft nach inländischem beurtheilt (Art. 7 E.G. zum B.G.B.; § 13 Abs. 3 H.G.B.; R.G. 36 S. 394). Hinsichtlich ihres Rechts zum Gewerbebetriebe unterstehen die juristischen Personen den landesgesetzlichen Beschränkungen, die übrigen ausländischen Handelsgesellschaften unterliegen den allgemeinen Bestimmungen der Gewerbeordnung (§ 12 der Gewerbe-Ordnung). Für Preußen kommt nun für die juristischen Personen § 18 der Preußischen Gewerbe-Ordnung vom 22. Juni 1891, wonach dieselben ein stehendes Gewerbe nur mit Erlaubniß der Ministerien betreiben dürfen, zur Anwendung. Die besonderen partikularrechtlichen Vorschriften für den Grunderwerb durch Ausländer sind aufrechterhalten, demgemäß unterliegen auch ausländische Gesellschaften diesen Beschränkungen (Art. 88 E.G. zum B.G.B.). In dieser Beziehung kommt besonders in Betracht § 1 des Preußischen Gesetzes vom 4. Mai 1846, wonach ausländische Korporationen Grundeigenthum innerhalb Preußens nur mit Genehmigung der Behörde erwerben dürfen, wobei natürlich unter ausländischen Korporationen alle nicht in Preußen domizilirenden zu verstehen sind, so daß also z. B. eine Dresdener Aktiengesellschaft zum Grunderwerb in Berlin der Genehmigung bedarf. Ueber inländische Zweigniederlassungen von Ausländern s. die Erläuterung zu § 13. Ueber den Handelsbetrieb ausländischer Vereine im Inlande s. die Erläuterung zu § 33.

§ 7.

Durch die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt.

Der Paragraph betont, daß die Vorschriften des öffentlichen Rechts über Anm. 1.
die Befugniß zum Gewerbebetriebe für die Kaufmannsqualität nicht maßgebend sind. Die Bestimmung bezieht sich nicht nur auf gewerbepolizeiliche und steuerpolizeiliche Vorschriften, sondern auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere auch diejenigen der Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Beamten. (Denksch. S. 19.)

In Folge dieses Paragraphen ist ein Gastwirth, der nach Entziehung der Konzession und Anm. 2.
mit Hinterziehung der Gewerbesteuer geistige Getränke verkauft, Kaufmann. Er muß in das Handelsregister eingetragen werden und kann dies auch verlangen (Behrend § 32 Anm. 10; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 631; anders Goldschmidt § 44 Note 7 und Allfeld S. 79). Nur ausnahmsweise ist bei Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Nachweis polizeilicher Konzessionsertheilung Bedingung der Eintragung (§ 195 Nr. 6; 320 Abs. 3; § 8 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 20. April 1892). Der gewerbsmäßige Besteller und Verkäufer eines verbotenen Heilmittels ist Kaufmann. Ein Angehöriger des Soldatenstandes, der dem § 43 des Militärgesetzes zuwider Handel treiben würde, wäre Kaufmann.

Auch die Anwendung des § 2 wird durch die Verletzung derartiger Vorschriften nicht aus- Anm. 3.
geschlossen: wer ein Gewerbe betreibt, welches seinem Umfang nach eine kaufmännische Einrichtung erfordert, ist berechtigt und verpflichtet, seine Firma eintragen zu lassen, auch wenn sein Gewerbe Vorschriften dieser Art zuwiderläuft.

Zweiter Abschnitt.

Handelsregister.

§ 8.

Das Handelsregister wird von den Gerichten geführt.

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen sagt in ihrer lakonischen Kürze nichts weiter, **als daß die Gerichte das Handelsregister zu führen haben.** Welche Gerichte hierfür zuständig sein sollen, ist hier nicht gesagt. Darüber bestimmt das Gesetz betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit in § 125: daß die Amtsgerichte zuständig sein sollen.

Exkurs zu § 8.

Allgemeines über die Thätigkeit des Registergerichts und über die Bedeutung der Eintragungen.

Anm. 1. I. **Der Registerrichter hat keine allgemeine Disziplinargewalt** über den Handelsstand zum Zwecke der Beachtung der registerlichen Vorschriften oder gar der handelsrechtlichen Pflichten überhaupt, sondern **lediglich die ihm durch das Gesetz verliehenen Einzelbefugnisse** (Johow u. Küntzel 1 S. 10).

Anm. 2. Diese Einzelbefugnisse lassen sich in drei Gruppen zerlegen:

a) Er hat das Handelsregister zu führen und zu diesem Zwecke die erforderlichen Eintragungen und Löschungen theils auf Antrag, theils von Amts wegen vorzunehmen.

Anm. 3. b) Er hat darüber zu wachen, daß eine Reihe von handelsgesetzlichen Vorschriften beobachtet werden. So hat er besonders darauf zu halten, daß Niemand sich im Handelsverkehr einer Firma bedient, die ihm nicht zukommt (§ 37); so hat er die Organe der Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften zur Beobachtung einer Reihe von Verpflichtungen anzuhalten, die ihnen obliegen (§§ 319, 325 Nr. 9; § 77 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

Anm. 4. c) Außerdem ist ihm eine Anzahl von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen zugewiesen. Die Handlungen sind aufgezählt in §§ 145, 148 F.G. Eine vollständige Aufzählung erscheint an dieser Stelle überflüssig. Es sei erwähnt die Ernennung und die Berufung von Liquidatoren in den Fällen der §§ 146 Abs. 2; 147; 295 Abs. 2 und 3; 302 Abs. 4 H.G.B.; die Bezeichnung der Person und des Orts, wo in den Fällen der §§ 157 Abs. 2, 302 Abs. 2 H.G.B. die Bücher und Papiere einer aufgelösten Handelsgesellschaft aufbewahrt werden sollen; die Bestellung der Revisoren für die Gründung oder die Bilanz der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft in den Fällen der §§ 192 Abs. 3; 266 Abs. 2 H.G.B.; die Ermächtigung der Aktionäre zur Berufung der Generalversammlung in dem Falle des § 254 Abs. 3 H.G.B.

Anm. 5. II. **Anlangend insbesondere die Eintragungen,** so ist Folgendes zu erwähnen:

1. **Die Eintragungen erfolgen in der Regel auf Anmeldung der Parteien.** Ausnahmsweise aber trägt der Richter auch ein und löscht er auch von Amtswegen, so im Falle des § 32 (Eintragung der Konkurseröffnung), so im Falle des § 31 Abs. 2 (Löschung erloschener Firmen), so endlich in den sehr wichtigen Fällen der §§ 142—144 F.G. (Löschung jeder unzulässig gewesenen Eintragung, Löschung nichtiger Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Löschung ungiltiger Generalversammlungsbeschlüsse). Näheres über alle diese Fälle an den zuständigen Stellen.

2. **Nur die im Gesetze vorgesehenen Eintragungen sind statthaft.** Das war früher ausdrücklich ausgesprochen (Art. 12 des alten H.G.B.), jetzt ist es als überflüssig weggelassen. Die Parteien können nicht die Eintragung beliebiger handelsrechtlicher Verhältnisse, z. B. einer Handlungsvollmacht oder der Verpfändung eines Gesellschaftsantheils verlangen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 829), am allerwenigsten von Verhältnissen, die das Gesetz ausschließt, z. B. die Beschränkung einer Prokura. Auch die im Grundbuch übliche Eintragung von Vormerkungen ist hier nicht statthaft. (Anders Makower S. 20). Nur wirkliche Rechtsverhältnisse können eingetragen werden, nicht Vermerke, daß die Entstehung oder Veränderung der Rechtsverhältnisse bevorstehe (O.G. Wien bei Nowak Band 7 S. 280; vergl. auch R.G. 22 S. 59, wo gesagt ist, das Handelsregister sei nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit dereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen). Es kann daher nicht eingetragen werden, daß eine Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingeleitet ist (O.G. Wien bei Nowak Bd. 7 S. 289 und bei Adler u. Clemens Nr. 292), wohl aber daß einem Gesellschafter durch richterliche Verfügung die Vertretungsbefugniß entzogen ist (vergl. zu § 127). Anm. 6.

Die gleichwohl erfolgte Eintragung solcher Vormerkungen ist wirkungslos, hat insbesondere nicht von Gesetzeswegen die Wirkung des § 15 (R.O.H. 6 S. 140).

3. **Worauf erstreckt sich die Prüfung des Registerrichters bei der Eintragung?** Von selbst versteht es sich, daß er zu prüfen hat, ob die Anmeldung formell dem Gesetze entspricht (durch die anmeldungspflichtige und anmeldungsberechtigte Person, in der vorgeschriebenen Form u. s. w). Von selbst versteht es sich, daß er die rechtliche Zulässigkeit der Anmeldung zu prüfen hat. Fraglich ist aber, ob er auch die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu prüfen hat. Hierbei handelt es sich lediglich um die Erklärungen, welche die Parteien über das Bestehen desjenigen Rechtsverhältnisses abgeben, um dessen Eintragung es sich handelt, nicht um gewisse sonstige Erklärungen, welche der Anmeldung als Beilage beizufügen sind (so bei der Aktiengesellschaft die Versicherung, daß der vierte Theil des baar eingeforderten Betrages eingezahlt ist, § 195 Abs. 3). Anm. 7.

Bei den Erklärungen der ersten Art ist nun früher angenommen worden, daß das Register nur die Erklärungen der Parteien beurkunde, nicht das Rechtsverhältniß selbst, daß das Register nur bezeuge, daß die Parteien die betreffenden Erklärungen abgegeben haben, nicht, daß das von ihnen Erklärte wahr sei (R.G. in Strafs. 18 S. 180; R.G. in Civilsachen 1 S. 243). Wäre das richtig, so ginge den Registerrichter die Wahrheit der Erklärungen nichts an, und er müßte sie eintragen, ohne sich um die Wahrheit zu kümmern. Allein es kann dies jetzt wenigstens nicht mehr aufrecht erhalten werden; Sicherlich trifft dies nicht zu bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Eintragung zur Begründung der Rechtswirksamkeit gehört, so bei der Eintragung der Aktiengesellschaft, die ja erst durch die Eintragung entsteht (§ 200). Hier kann das Gericht überall nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden sein. Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, mit Hilfe der Eintragung nach ihrem Belieben Rechtsverhältnisse entstehen zu lassen, denen das Gesetz nur unter bestimmten Voraussetzungen mit Hilfe der Eintragung Wirksamkeit verleihen will, oder vielmehr den Schein des Entstehens solcher Rechtsverhältnisse mit Hilfe des Registers zu erwecken. Auch ist zu erwägen, daß der Registerrichter die Eintragung von Amtswegen zu löschen hat, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (§ 142 F.G.). Damit giebt das Gesetz deutlich zu erkennen, daß es das Register möglichst frei haben will von unrichtigen Registrirungen, und daß die Registerrichter daher ihres Amts dahin zu walten haben, daß dieser Erfolg eintritt. Dadurch erwächst dem Registergericht allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen festzustellen, in dieser Weise dürfte der § 12 F.G. nicht auszulegen sein („das Gericht hat von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen"). Es kann vielmehr, wenn es kein Bedenken hat gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen, denselben ohne Weiteres Glauben schenken und die Eintragung bewirken. Aber es hat jedenfalls das Recht, die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermitte- Anm. 8.

lungen anzustellen und insbesondere von den Parteien die ihm erforderlich erscheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu erfordern, und es hat auch die Pflicht dazu, wenn es den Parteierklärungen nicht ohne Weiteres glaubt.

Anm. 9. Aber das Gleiche gilt auch bei den übrigen Erklärungen, die nur sogenannte deklaratorische Kraft haben. Auch hier war schon früher angenommen worden, daß der Registerrichter, wenn er Kenntniß von der Unrichtigkeit der angemeldeten Thatsache hat, die Eintragung zu versagen berechtigt und verpflichtet ist, weil es dem Charakter einer amtlichen Beurkundung widerspreche, daß sie wissentlich eine falsche Thatsache mit ihrer Autorität deckt (Schulze-Görlitz S. 6). Aber man wird darüber hinaus jetzt annehmen müssen, daß der Richter nicht bloß dann, wenn er die Unwahrheit der abgegebenen Erklärungen kennt, sondern stets das Recht hat, die Eintragung von der Ermittelung der Wahrheit abhängig zu machen. Er kann zwar auch hier die Eintragung sofort bewirken, wenn er gegen die Zuverlässigkeit der Anmeldung kein Bedenken hat. Er kann und muß aber, wenn er die Ueberzeugung von der Richtigkeit nicht ohne Weiteres hat, die Eintragung von der Ermittelung der Wahrheit abhängig machen. Auch hier sind obige Gründe maßgebend. Legt das Gesetz dem Richter die Verpflichtung auf, von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen und Eintragungen zu löschen, die Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig waren, so giebt es damit deutlich zu erkennen, daß das Register frei gehalten werden soll von der Beurkundung von Erklärungen, die der Wahrheit zuwider laufen und deshalb zur Eintragung von Rechtswegen nicht führen durften. Daß dies nicht geschehe, darüber hat der Registerrichter zu wachen.

Anm. 10. Hierzu kommt die rechtliche Bedeutung, welche den Eintragungen allenthalben beigelegt wird. Nicht bloß daß die Anschauung der Rechtssuchenden in der Eintragung den Ausspruch des Gerichts sieht, daß die Sache in Ordnung ist, auch die Gerichte sind von dieser Anschauung beherrscht. Denn nach der Praxis hat die Eintragung in das Handelsregister in allen Fällen die Vermuthung der Richtigkeit für sich (R.G. vom 5. Februar 1898 in J.W. S. 203). Die Eintragung der Firma hat sogar noch mehr als die Vermuthung der Richtigkeit für sich, sie hat nach § 5 konstitutive Bedeutung insofern, als Derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in civilistischer Hinsicht als Kaufmann gilt, so daß auch er selbst sich darauf berufen kann. Hat aber der Inhalt des Registers diese Wirkung, so muß man dem Richter das Recht geben, nur solche Erklärungen einzutragen, von deren Richtigkeit er selbst überzeugt ist (vergl. auch Rudorff bei Gruchot Bd. 41 S. 71). Das gilt insbesondere für die Eintragung eines Gewerbetreibenden, der auf Grund des § 1 Vollkaufmann zu sein behauptet. Die Anmeldung bedeutet, er betreibe ein Vollhandelsgewerbe und sei Vollkaufmann, nicht, er werde ein Handelsgewerbe betreiben (R.G. 22 S. 59). Diese Eintragung kann der Registerrichter abhängig machen von der Ermittelung derjenigen Thatsachen, welche die Vollkaufmannsqualität begründen, wenn er von der Richtigkeit der Anmeldung nicht ohne Weiteres überzeugt ist. Die Einschränkung, welche die Denkschrift S. 25 macht, der Registerrichter werde sich im Allgemeinen mit den Erklärungen der Parteien begnügen müssen, und habe nur nachzuforschen, wenn sich besondere Zweifel und Umstände ergeben, können wir nicht acceptiren. Sie trägt der großen Tragweite der registerlichen Beurkundungen nicht genügend Rechnung und beachtet auch nicht den § 12 F.G., der zur Zeit, als die Denkschrift verfaßt wurde, allerdings noch nicht Gesetz war.

Anm. 11. 5. **Die civilrechtliche Bedeutung der Eintragungen.** Dieselbe läßt sich ebenfalls mit einer einfachen Formulirung nicht beantworten. Die Eintragung hat verschiedene Bedeutungen:

a) **Oft hat sie lediglich beurkundende Bedeutung,** d. h. die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit zu beweisenden und wirkenden Thatsache. So ist z. B. die Kaufmannsqualität im Falle des § 1 nicht von der Eintragung abhängig. Die offene Handelsgesellschaft besteht auch ohne Eintragung (§ 123). Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird giltig bestellt auch ohne Eintragung (§ 234). In diesen Fällen liegt die eigentliche Bedeutung nicht in der Eintragung allein, sondern in der Eintragung und Bekanntmachung. Diese beiden

Akte zusammen verleihen dem Rechtsverhältnisse die Publizität, deren Wirkungen die sind, daß man den Inhalt des Registers jedem Dritten entgegenhalten kann und daß umgekehrt jeder gutgläubige Dritte sich darauf berufen kann (§ 15).

In einem Falle hat die Eintragung beurkundende Bedeutung ohne die hiermit verbundene Wirkung der Publizität, das ist der Fall der Eintragung der Konkurseröffnung nach § 32.

b) **Oft aber hat die Eintragung auch konstitutive oder rechtserzeugende Bedeutung,** zwar Anm. 12.
nicht in dem Sinne, als ob die Eintragung allein die Kraft hätte, das Rechtsverhältniß zu erzeugen, wohl aber in dem Sinne, daß die Eintragung eines der rechtserzeugenden Momente oft das letzte derselben ist. Diese Bedeutung hat die Eintragung im Falle des § 2: die Eintragung der Firma ist eine der Bedingungen, wenn auch nicht die alleinige Bedingung, der Kaufmannsqualität in jenem Falle; ferner im Falle des § 3 Abs. 2 (landwirthschaftliches Nebengewerbe); ferner auch im Falle des § 5: die zu Unrecht erfolgende Eintragung der Firma hat insofern rechtserzeugende Kraft, als Derjenige, dessen Firma eingetragen ist, für die Dauer der Eintragung in civilistischer Hinsicht schlechtweg als Vollkaufmann gilt, auch wenn er in Wahrheit keine Kaufmannsqualität oder keine Vollkaufmannsqualität besitzt, sodaß Jeder sich darauf berufen kann, nicht bloß der gutgläubige Dritte, ja sogar der zu Unrecht Eingetragene selbst; ferner im Falle des § 200 (die Aktiengesellschaft entsteht erst durch die Eintragung), § 277 Abs. 3 (die Beschlüsse der Generalversammlung auf Statutenänderung erlangen erst durch Eintragung Rechtswirksamkeit).

In diesen Fällen hat die Eintragung **auch** rechtserzeugende Kraft, wie wir mit Vorbedacht gesagt haben. Denn sie hat in diesen Fällen außerdem die zu a erwähnte Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung (in Verbindung mit der Bekanntmachung): Wer auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, kann dies dem Dritten doch nur entgegenhalten, wenn der Eintragung die Publikation gefolgt ist (vergl. Anm. 6 zu § 5). Eine Aktiengesellschaft entsteht allerdings durch die Eintragung, aber daß eine Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, kann, wenn es darauf ankommt, dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung auch publizirt war.

Zu dieser Klasse der konstitutiven oder rechtserzeugenden Ein- Anm. 13
tragungen gehören auch Eintragungen, welche auf einer mit der Sachlage nicht übereinstimmenden Anmeldung beruhen. Eine unrichtige, der Sachlage widersprechende Eintragung ist zwar der Regel nach wirkungslos. Wenn z. B. Jemand als Vorstand einer Aktiengesellschaft eingetragen ist, der thatsächlich als solcher gar nicht gewählt ist, so ist die Person nicht Vorstand (Cosack S. 47). Aber nicht immer ist die unrichtige Eintragung wirkungslos. Vielmehr haben Eintragungen dieser Art die sehr erhebliche Wirkung, daß der Anmeldende und die Eintragung Veranlassende an dieser Erklärung von Demjenigen festgehalten wird, der im Vertrauen auf eine solche Eintragung gehandelt hat (vergl. § 116 B.G.B.: „Eine Erklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen"; R.O.H. 3 S. 412; 24 S. 320; auch R.G. 1 S. 243; 19 S. 197; 40 S. 146; Cosack S. 48). So muß die Gesellschaft in jenem Falle die von ihren legitimirten Organen unrichtiger Weise als Vorstand angemeldete Person als solchen gegen sich gelten lassen. Ein anderer Fall dieser Art liegt vor, wenn Jemand, ohne überhaupt ein Gewerbe zu betreiben, z. B. nachdem er dasselbe aufgegeben hat, auf seinen Antrag eingetragen wird. Er gilt dann als Vollkaufmann (vergl. Anm. 1 zum Exkurs zu § 5).

c) **Oft hat die Eintragung noch andere Bedeutung:** so in den Fällen des § 26 Abs. 2 u. Anm. 14.
159 Abs. 2 (Beginn der Verjährung); § 287 (Voraussetzung für die Ausgabe von Aktien bei Erhöhung des Grundkapitals).

Anm. 15. d) **In allen Fällen aber hat die Eintragung die Bedeutung einer Vermuthung für die Richtigkeit der eingetragenen Thatsache** (R.G. vom 5. Februar 1898 in J.W. S. 203). Das wird nicht bloß in denjenigen Fällen wichtig, wo die Eintragung die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung hat, sondern auch dort, wo sie rechtserzeugende Kraft hat. Die Aktiengesellschaft entsteht durch die Eintragung, aber nur, wenn der Gesellschaftsvertrag die wesentlichen Erfordernisse eines solchen enthält. Daß dieses aber der Fall ist, braucht von der eingetragenen Aktiengesellschaft nicht bewiesen zu werden. Vielmehr begründet die Eintragung die Vermuthung dafür. Soll geltend gemacht werden, daß Jemand Kaufmann ist, so braucht man sich nur auf die Eintragung der Firma zu berufen; demgegenüber liegt dem anderen Theil der Gegenbeweis ob, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe weder nach § 1, noch nach § 2 oder § 3 Abs. 2 betreibt. (Daß ihn zufolge des § 5 dieser Gegenbeweis nicht zum Ziele führt, so lange der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt, liegt auf anderem Gebiete; ebenso, daß ihn auch der Gegenbeweis, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, unter Umständen nicht zum Ziele führt; über diese beiden Fragen siehe die Erläuterung zu § 5 und den Exkurs zu § 5.) Worauf es ferner beruht, daß auch gegenüber der Eintragung Dessen, der kein Handelsgewerbe betreibt, obwohl diese doch unrichtig ist, der Gegenbeweis zu führen ist, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, darüber s. Anm. 7 zu § 5.

Anm. 16. Diese Vermuthung hat darin ihren Grund, daß davon ausgegangen wird, der Registerrichter trage nur ein, wenn er selbst überzeugt ist, daß die angemeldeten Thatsachen richtig sind (vergl. oben Anm. 7—9). Das Register liefert zufolge dieser Prüfungspflicht des Registerrichters dafür Beweis, daß der Registerrichter gegen die Richtigkeit der angemeldeten Thatsachen kein Bedenken gehabt hat, und dadurch einen Beweis, wenn auch nur einen Prima-facie-Beweis (wie etwa die Quittung) für die angemeldeten Thatsachen.

So schöpft die Eintragung aus ihrer materiellen Bedeutung, der unter der Autorität des prüfenden Richters geschehenen Verlautbarung der Erklärungen, die prozessualische Beweiskraft einer Vermuthung für die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 56, wo prinzipiell betont ist, daß die Ordnung der Beweislast an die materielle Bedeutung der Rechtsinstitute anknüpft).

Dagegen kann man nicht soweit gehen, um den Inhalt des Registers oder gar die Wahrheit der darin beurkundeten Erklärungen für die Prozeßgerichte als notorisch zu bezeichnen. Denn das Register ist für das Publikum, nicht für die Prozeßgerichte bestimmt (R.G. 13 S. 371).

Anm. 17. 6. **Mit einem Worte soll auch die strafrechtliche Frage gestreift werden,** ob in der bewußt unrichtigen Anmeldung eine intellektuelle Urkundenfälschung liegt. Die Frage ist früher vom R.G. in Strafsachen 18 S. 179 verneint worden, weil das Register nur die Thatsache der Erklärung, nicht die Wahrheit der erklärten Thatsachen beweise. Das kann aber wie oben Anm. 8 gezeigt, nun nicht mehr aufrechterhalten werden.

§ 9.

Die Einsicht des Handelsregisters sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet.

Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; das Gleiche gilt in Ansehung der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke, sofern ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Das Gericht hat auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung nicht erfolgt ist.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph regelt die Oeffentlichkeit des Handelsregisters. Er enthält sich zwar des Satzes: das Handelsregister ist öffentlich, aber nur deshalb, weil er diesen Satz für überflüssig hält. Er begnügt sich mit der Angabe der Modalitäten der Oeffentlichkeit. Dieselben bestehen in dem Jedermann zustehenden Rechte auf Einsicht, auf Abschriftertheilung und auf Ertheilung von Bescheinigungen.

Die dem Publikum gegebenen Rechte in Bezug auf das Handelsregister sind:

1. **Das Recht auf Einsicht.** Es steht Jedermann zu, ohne den Nachweis eines rechtlichen Interesses. — Es bezieht sich auf das Handelsregister und die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke. Damit sind gemeint die Anmeldungen zur Eintragung, die Firmenzeichnungen, die Urkunden, welche den Anmeldungen beizufügen sind, die Beläge und Unterlagen der Eintragungen, ferner die nach einzelnen Vorschriften des Aktienrechts „einzureichenden Urkunden", z. B. nach §§ 207 Abs. 4; 267 Abs. 2; 259 Abs. 5. Dagegen gilt dies nicht von denjenigen Urkunden, welche an das Handelsgericht bei Ausübung der ihm nach einigen Vorschriften zugestandenen judiziellen Thätigkeit gelangen. Dieselben sind nicht für die Oeffentlichkeit bestimmt, sind weder zur Prüfung der Rechtsgiltigkeit der Eintragungen unentbehrlich, noch geben sie über die eingetragenen für Dritte erheblichen Thatsachen Auskunft (es sei hier verwiesen auf die Vorschriften der §§ 146 Abs. 2; 147; 295 Abs. 2; 254; ferner sind hier gemeint die Schriftstücke, welche im Ordnungsstrafverfahren ergehen, und endlich die sonstigen Korrespondenzen des Gerichts). — Die Einsicht steht in den Dienststunden offen. Dies besonders auszusprechen, hielt die Denkschrift S. 23 für überflüssig. Während der Dienststunden ist aber die Einsicht stets zulässig; unzulässig ist es, besondere Sprechstunden zu bestimmen. Anm. 1.
2. **Das Recht auf Abschriftertheilung.** Von den Eintragungen kann Jedermann Abschrift verlangen, ohne den Nachweis eines berechtigten Interesses. Von den eingereichten Schriftstücken kann nur Der Abschrift verlangen, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht. Auf Verlangen muß die Abschrift beglaubigt werden. Ueber den Begriff der eingereichten Schriftstücke s. zu 1. Selbstverständlich kann die Abschrift nicht kostenfrei verlangt werden (Denkschr. S. 23). Wer hiernach zum Verlangen einer Abschrift nicht berechtigt ist, darf sich doch selbst Notizen, Auszüge und auch wörtliche Abschriften anfertigen. Anm. 2.
3. **Das Recht auf Bescheinigungen.** Dieses steht wiederum Jedem zu, ohne den Nachweis eines rechtlichen Interesses. Es können aber nur Negativatteste verlangt werden, nicht Atteste über den Inhalt einer Eintragung. Dazu reichen die Abschriften aus. Aus § 33 der Reichsgrundbuchordnung geht jedoch hervor, daß zu Grundbuchzwecken auch positive Zeugnisse zu ertheilen sind, nämlich dann, wenn es sich um die Vertreter einer Handelsgesellschaft handelt. Diese Vorschrift der Grundbuchordnung darf nicht, wie dies Düringer und Hachenburg I S. 67 wollen, auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden. Denn man hat mit vollem Vorbedacht dem Publikum grundsätzlich nur das Recht auf Negativatteste geben wollen. Man hat die sog. Positivatteste neben den Abschriften grundsätzlich für entbehrlich gehalten und die Registerrichter nicht ohne Noth mit einer weiteren Verantwortlichkeit belasten wollen (Denkschr. S. 23). Davon hat man im § 33 der Grundbuchordnung ganz bestimmte Ausnahmen gemacht, auf welche bereits die Denkschrift zum H.G.B. S. 23 hinweist. Für andere Fälle, also insbesondere wenn es sich um die Vertretungsbefugniß einer juristischen Person oder um die Frage handelt, wer Inhaber einer Einzelfirma ist, wird man das Recht auf Positivatteste verneinen müssen. Hier sind die beglaubigten Abschriften die öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 Reichsgrundbuchordnung. — Nach § 107 F.G. findet übrigens der § 33 der Grundbuchordnung auf die Eintragung in das Schiffsregister entsprechende Anwendung. Anm. 3.
4. **Zur Auskunftsertheilung sind die Registergerichte nicht verpflichtet** (Schultze-Görlitz S. 9), am allerwenigsten zu einer Auskunft darüber, daß einer beabsichtigten Anmeldung Be- Anm. 4.

denken nicht entgegenstehen. Dennoch werden solche Anfragen im Interesse des Rechtsverkehrs, zur Vermeidung ungiltiger Rechtsakte, häufig gerichtet und beantwortet. Die Auskünfte solcher Art sind aber unverbindliche Rechtsbelehrungen des derzeitigen Registerrichters (Johow 11 S. 29).

Anm. 5. **Zusatz 1. Verwendung der Registerakten zum Zwecke der Rechtshilfe** ist allerdings nicht verboten, sollte aber grundsätzlich vermieden werden. Hier sollte man sich mit Einforderung beglaubigter Abschriften und Einholung von Auskünften behelfen, damit das Register stets zur Stelle ist und seinem Zwecke als öffentliches Register dienen kann.

Anm. 6. **Zusatz 2. Soweit ausländische Registerbescheinigungen nach deutschem Gesetz erforderlich sind,** müssen dieselben, wenn in dem betreffenden Lande ein Register geführt wird, von der Registerbehörde ausgestellt sein; es genügt in diesem Falle nicht die Bescheinigung eines Notars über den Registerinhalt (Johow 16 S. 27).

§ 10.

Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. Soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, werden die Eintragungen ihrem ganzen Inhalte nach veröffentlicht.

Mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das letzte der die Bekanntmachung enthaltenden Blätter erschienen ist, gilt die Bekanntmachung als erfolgt.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet die Publikation der Eintragung an.** Er entspringt der Absicht, daß Jedermann auch ohne Abschrift und ohne Einsichtnahme von dem Inhalt des Handelsregisters desselben inne werden kann, und erhöht die Publizität des Registers.

Anm. 1. 1. **Was ist zu publiziren?** „Die Eintragung in das Handelsregister." Was nicht eingetragen wird, ist also nicht bekannt zu machen, also nicht die Branche, wenn sie nicht ein Bestandtheil der Firma ist, auch nicht das Geschäftslokal, auch nicht die Wohnung des Geschäftsinhabers. Doch wollen wir damit nur sagen, daß die Publikation sich zulässigerweise auf die Eintragung beschränken kann. Es kann aber nicht für unzulässig gehalten werden, auch sonstige Angaben zu publiziren, die den Verkehrsbedürfnissen entsprechen (Denkschr. S. 39). — Die Eintragung aber muß jedenfalls genau publizirt werden. (Ausnahme im § 32; vergl. unten Anm. 3). Bei Widersprüchen zwischen Eintragung und Publikation nimmt Behrend mit Recht an, daß eine gehörige Publikation überhaupt nicht vorliegt (Behrend § 38 Anm. 18). Indessen ist auch dies cum grano salis zu verstehen. Es muß ein wirklicher Widerspruch vorliegen, nicht eine bloße unerhebliche Ungenauigkeit (z. B. ein orthographischer Fehler, der als solcher erkennbar ist).

Anm. 2. 2. **Wann** ist die Eintragung zu publiziren? Ohne Verzug. Das ist zwar jetzt nicht mehr ausdrücklich gesagt, gilt aber auch jetzt. Die Parteien haben ein Recht auf sofortige Publikation, damit die Wirkungen derselben sofort eintreten. Die Registerbeamten haften sonst nach den Vorschriften über die Beamtenverantwortlichkeit (§ 839 Abs. 1 B.G.B.). Auch besteht Beschwerde im Dienstaufsichtswege.

Anm. 3. 3. **Wie?** Ihrem ganzen Inhalte nach, soweit nicht ein Anderes im Einzelfall bestimmt ist. Beispiele einer solchen Ausnahme: § 162 Abs. 2; 175; hier wird nicht der ganze Inhalt der Eintragung publizirt; vergl. andererseits §§ 199, 201, 277, 284 Abs. 5, wo mehr publizirt werden soll, als eingetragen ist; eine Veröffentlichung der Eintragung unterbleibt im Falle des § 32 (Beginn und Ende des Konkursverfahrens). Die Publikationen erfolgen selbstverständlich in deutscher Sprache (Schulze-Görlitz S. 13).

Anm. 4. 4. **Wo?** Im Deutschen Reichsanzeiger und in mindestens einem anderen Blatte. Die Wahl des Deutschen Reichsanzeigers als obligatorisches Centralpublikationsorgan für alle Handelsregistersachen im Deutschen Reich war ein altes Postulat des Handelsstandes (vergl. Goldschmidt in G.Z. 19 S. 666). Hinsichtlich der anderen Blätter s. § 11.

5. **Wie oft?** Nur einmal (abweichend vom früheren Recht). Da die Zeitungen, in denen publizirt wird, an verschiedenen Tagen erscheinen können, so war es früher zweifelhaft, ob mit der ersten oder mit der letzten Publikation die Bekanntmachung als erfolgt gilt. Das Gesetz entscheidet im Abs. 2 unseres Paragraphen die Kontroverse im letzteren Sinne. Anm. 5.

Zusatz. Ueber die civilrechtliche Bedeutung der Publikation sagt das Gesetz nichts. Sie besteht darin, daß die der Eintragung innewohnende Bedeutung nach außen, wie sie im § 15 statuirt ist, abhängig ist von der zur Eintragung hinzutretenden Publikation. Anm. 6.

§ 11.

Das Gericht hat jährlich im Dezember die Blätter zu bezeichnen, in denen während des nächsten Jahres die im § 10 vorgesehenen Veröffentlichungen erfolgen sollen.

Der vorliegende Paragraph ergänzt den § 10. Dort ist bestimmt, daß die Publikationen im Reichsanzeiger und mindestens in einem anderen Blatt erfolgen sollen. **Diese anderen Blätter sind vom Gericht alljährlich zu bestimmen.** Einleitung

1. Die Wahl ist maßgebend für das ganze laufende Jahr, innerhalb desselben darf nicht variirt werden, auch wenn das betreffende Blatt seinen Leserkreis verlieren sollte. Für den Fall, daß es eingeht, hatte das alte H.G.B. im Art. 14 bestimmt, daß das Gericht ein anderes an dessen Stelle zu setzen hat. Das muß auch jetzt noch gelten, wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt ist. Ohne die Publikation in einem solchen Ersatzblatte wäre dieselbe nichtig (Düringer u. Hachenburg I S. 68). Anm. 1.
2. In die bezeichneten Blätter sind alle Anzeigen einzurücken. Anm. 2.
3. In welcher Weise das Gericht die Blätter zu bezeichnen hat, ist nicht gesagt. Es bleibt also die Wahl der Bezeichnung dem Gericht selbst überlassen, Dienstanweisungen sind ausgeschlossen (vgl. Anm. 4). Doch muß sie natürlich in zweckentsprechender Weise geschehen; sie darf nicht bloß durch Verfügung in den Akten, auch nicht bloß durch Anheftung an die Gerichtstafel geschehen, sondern durch Publikation im Reichsanzeiger oder in einem gelesenen Blatte des Bezirks. Die Wahl des Reichsanzeigers ist hier nicht nothwendig.
4. Die Wahl erfolgt lediglich nach dem Ermessen des Registergerichts. Im Entwurf zum Gesetze der freiwilligen Gerichtsbarkeit war in § 128 eine Bestimmung vorgesehen, wonach die Landesjustizverwaltung das Recht haben sollte, den Registergerichten Anweisungen zu ertheilen über die Wahl der Blätter. Dieser Paragraph wurde aber in der Kommission gestrichen, weil man es für nothwendig hielt, die Unabhängigkeit und ausschließliche Kompetenz der Registergerichte hier aufrecht zu erhalten, damit nicht bei der Auswahl der Blätter politische Gesichtspunkte maßgebend seien. Anm 3.

§ 12.

Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen von Unterschriften sind persönlich bei dem Gerichte zu bewirken oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich. Rechtsnachfolger eines Betheiligten haben die Rechtsnachfolge soweit thunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Der vorliegende Paragraph giebt eine allgemeine Vorschrift über die Form der Anmeldung und Zeichnung.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift ist allgemein.** Im alten H.G.B. fehlte eine allgemeine Vorschrift dieser Art. Sie war für mannigfache einzelne Fälle gegeben. Doch wurde schließlich angenommen, daß trotz des Fehlens einer ausdrücklichen allgemeinen Vorschrift die Verpflichtung persönlicher oder beglaubigter Anmeldung durchweg bestehe (5. Aufl. § 1e zu Art. 12).

Anm. 2. 2. **Die Anmeldung und Zeichnung** kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen (§ 128 F.G.), natürlich auch zu Protokoll des Registerrichters. Letzteres geht aus unserem Paragraphen hervor („bei dem Gerichte"). Erfolgt die Anmeldung oder Zeichnung nicht vor dem Registergericht, so muß sie in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden. Oeffentlich beglaubigt ist eine Schrift, wenn die Unterschrift oder die Handzeichen derselben beglaubigt sind. Die Beglaubigung einer Unterschrift kann erfolgen durch Amtsgericht, Notar oder sonstige nach Landesrecht hierfür zuständige Stellen, die Beglaubigung eines Handzeichens ausschließlich durch Amtsgericht oder einen Notar (§§ 129 Abs. 1 Satz 2 u. 126 Abs. 1 B.G.B.; § 167 F.G.). Durch Aufnahme zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll wird die Beglaubigung ersetzt (§ 129 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 3. 3. **Die Anmeldung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen.** Alsdann muß die Vollmacht die gleiche Form haben, wie sie für die Anmeldung vorgeschrieben ist (vergl. daher Anm. 2). **Die Zeichnung dagegen kann ihrer Natur nach nur persönlich erfolgen.** Zeichnung durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen. Auch der Prokurist kann den Prinzipal hierbei nicht vertreten. Für Personen, welche einen gesetzlichen Vertreter haben, zeichnet dieser. Für juristische Personen ist dies besonders vorgeschrieben (§§ 35, 234 Abs. 3). Schreibensunkundige sind von der Zeichnung befreit, sie können nicht etwa von der Eintragung ausgeschlossen werden, weil sie die Zeichnung ihrer Unterschrift nicht bewirken können, zumal ja die Festlegung der Firmenzeichnung dort keinen Zweck hat, wo das Publikum persönliche Firmenzeichnung des Kaufmanns im Handelsverkehr nicht zu gewärtigen hat (Puchelt, Anm. 6 zu Art. 19; Allfeld S. 136; Schultze-Görlitz S. 117; Düringer u. Hachenburg I S. 80 dagegen meinen, daß dieser Mangel behoben werden kann, und verlangen deshalb persönliche Firmenzeichnung auch durch Schreibensunkundige). Das Gleiche gilt von Personen, welche in Folge körperlichen Gebrechens (Blindheit, Lähmung u. s. w.) nicht in der Lage sind, die Firma zu zeichnen (hierin übereinstimmend Düringer u. Hachenburg I S. 80).

Anm. 4. 4. **Durch wen die Anmeldung zu erfolgen hat,** läßt sich allgemein nicht sagen. Wo als anmeldungspflichtig mehrere Personen in Betracht kommen (Gesellschafter, Vorstandsmitglieder), kann nicht die allgemein bindende Regel aufgestellt werden, daß sämmtliche in Frage kommenden Personen bei der Anmeldung mitwirken müssen. In denjenigen Fällen, in denen das H.G.B. dies beabsichtigt, schreibt es dies ausdrücklich vor (§ 108, § 195, andrerseits § 234). Die Variation in der Wahl des Ausdrucks ist nicht unbeabsichtigt. Wo das Gesetz nicht die Mitwirkung Aller vorschreibt, genügt es, daß so viele Personen mitwirken, als zur Vertretung nach außen überhaupt legitimirt sind.

Anm. 5. 5. **Die Rechtsnachfolge eines Betheiligten** ist, soweit thunlich, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Das will sagen: der Registerrichter soll den etwa erforderlichen Nachweis einer Rechtsnachfolge nicht absolut durch öffentliche Urkunden verlangen können, sondern nur soweit dies thunlich ist. Ist es nicht thunlich, so muß er sich damit begnügen, daß der Nachweis in anderer Weise geführt wird. Dagegen kann ihm nicht angesonnen werden, auf den Nachweis ganz zu verzichten. Unthunlich ist der Nachweis nicht bloß dann, wenn er absolut unmöglich ist, sondern schon dann, wenn er mit großen Schwierigkeiten verknüpft ist und die Verzögerung der Eintragung erhebliche Nachtheile im Gefolge hätte.

Unter der Rechtsnachfolge ist die allgemeine und die Singularrechtsnachfolge gemeint. Bei der ersteren wird hauptsächlich der Erbschein der §§ 2353 ffg. B.G.B. in Betracht kommen. Die Singularrechtsnachfolge ist z. B. der Erwerb durch Vermächtniß oder der Kauf eines Geschäfts.

§ 13.

Soweit nicht in diesem Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, sind die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken.

Eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände.

1. **Inhalt der Vorschrift: der Paragraph giebt besondere Vorschriften für den Fall, daß der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung hat.** Für diesen Fall wird als Regel angeordnet, daß die Anmeldung, Zeichnung und Eintragung nicht nur beim Handelsregister der Hauptniederlassung, sondern auch bei dem der Zweigniederlassung zu bewirken sind, und zwar zuerst bei dem ersteren. Anm. 1.

   Das gilt auch für den Fall, daß die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet. Der Fall, daß die Zweigniederlassung sich im Auslande befindet, ist hier nicht erörtert. Für diesen Fall ist nichts bestimmt worden, weil die deutsche Gerichtsgewalt sich auf das Ausland nicht erstreckt.

2. **Als Regel ist dies angeordnet.** Das Gesetz kann Ausnahmen bestimmen. Solche gelten nur in Betreff einzelner Anmeldungen für Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften. Hierüber an zuständiger Stelle. Anm. 2.

3. **Vorausgesetzt ist das Bestehen einer Zweigniederlassung. Begriff der Zweigniederlassung.** Anm. 3.

   An sich ist eine Zweigniederlassung auch an dem Orte denkbar, an welchem der Prinzipal seine Hauptniederlassung hat. Doch ist auf diese im Gesetze keine Rücksicht genommen. An demselben Orte kann der Kaufmann unter derselben Firma auch mehrere Geschäfte führen, die dann rechtlich ein Ganzes bilden (O.L.G. Dresden in G.Z. 34 S. 563), nach seiner Wahl auch unter verschiedenen Firmen. Er kann auch an verschiedenen Orten mehrere selbstständige Geschäfte führen, unter verschiedener, aber auch unter gleicher Firma. Dieselben bilden dann in mancher Hinsicht eine Einheit (z. B. gehören sie zum einheitlichen Vermögen des Kaufmanns), in anderer Hinsicht tritt wieder eine Getrenntheit der Rechtsbeziehungen hervor (nämlich in Bezug auf die handelsregisterlichen Eintragungen und ihre Bedeutung). Diese Getrenntheit der Rechtsbeziehungen besteht dann nicht, wenn der Kaufmann das eine dieser Geschäfte im Handelsverkehr als Zweigniederlassung bezeichnet. Alsdann unterliegt aber diese Zusammengehörigkeit auch dem Registerzwang.

   Eine Zweigniederlassung im Sinne dieses Paragraphen ist vorhanden, oder vielmehr zur Bezeichnung und Eintragung als Zweigniederlassung ist ein Geschäft geeignet, wenn an einem vom Sitze des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Organisation auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbstständige Thätigkeit entwickelt. (Johow u. Küntzel 5 S. 22 u. 23; Johow 14 S. 12; R.O.H. 14 S. 402; Behrend §§ 38 ff.). Zum Begriffe der Selbstständigkeit gehört dabei lediglich, daß der Leiter der Zweigniederlassung nicht bloßer Geschäftsvermittler, sondern nach außen selbst-

ständig aufzutreten berechtigt ist, wenn auch nicht gerade nothwendig in unbeschränktem Umfange. Auf die innere Abhängigkeit vom Prinzipal kommt es überhaupt nicht an (Brendel bei Gruchot 33 S. 223), auch darauf nicht, ob in dem Nebengeschäfte alle Geschäftszweige des Hauptgeschäfts betrieben werden (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1334; Johow 5 S. 22; Kammergericht vom 24. Mai 1897 bei Perl u. Wreschner 1897 S. 82). Zweigniederlassungen sind hiernach nicht Fabriken und technische Bureaus, (Bolze 22 Nr. 695 b; Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1897 S. 82; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1271), Speicher, Empfangnahme- und Aushändigungsstellen, — weil hier überall nur faktische Dienste verrichtet, nicht kaufmännische Geschäfte abgeschlossen werden, — Agenturen, weil der Agent nicht selbstständig abschließt, wohl aber die Subdirektionen und Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften (Johow u. Küntzel 5 S. 22; R.O.H. 14 S. 402; Allfeld S. 145; anders Brendel a. a. O.); nicht die Eisenbahnstationen, dieselben sind Theile des Hauptunternehmens, nicht Pertinenzen, sie sind Glieder des ganzen Organismus (Hahn § 14 zu Art. 21; R.G. 2 S. 391).

Anm. 4. 4. **In einem andern Gerichtsbezirk** muß die Zweigniederlassung bestehen, wenn die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen Platz greifen soll. Eine Zweigniederlassung kann zwar auch an einem anderen Ort desselben Gerichtsbezirks bestehen. Aber für diesen Fall bedarf es keiner besonderen Vorschriften über Anmeldung und Eintragung. Denn in solchem Falle geht die Existenz der Zweigniederlassung gemäß § 29 aus dem Hauptregister hervor. Nach dieser Vorschrift muß der Ort der Handelsniederlassung angemeldet und eingetragen werden. Hat also der Unternehmer an mehreren Orten desselben Bezirks Niederlassungen, so müssen die mehreren Orte bezeichnet werden. Daraus ergiebt sich ferner, daß auch alle weiteren Anmeldungen und Eintragungen sich auf Zweigniederlassungen in demselben Gerichtsbezirk ohne Weiteres beziehen. Für diesen Fall giebt es überhaupt kein Zweigregister; im Handelsregister eines Bezirks werden eben nicht getrennte Anmeldungen und Eintragungen hinsichtlich verschiedener in diesem Bezirke bestehenden Niederlassungen desselben Geschäfts gemacht (vergl. Denkschr. S. 26).

Anm. 5. 5. **Die Anmeldungen und Zeichnungen sind auch bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung zu bewirken,** aber zuerst bei dem Gerichte der Hauptniederlassung. An den einzelnen zuständigen Stellen wird hierüber noch näher zu handeln sein. Zur Ergänzung dieser Vorschrift ist hier darauf zu verweisen, daß das H.G.B. selbst zwar keine Vorschrift enthält, wonach die Errichtung der Zweigniederlassung überhaupt im Hauptregister vermerkt wird; doch ist diese Vorschrift im § 131 F.G. gegeben. Danach ist die Eintragung der Zweigniederlassung von Amtswegen dem Registergerichte der Hauptniederlassung mitzutheilen und in dessen Register zu vermerken. Das Gleiche gilt von der Aufhebung der Zweigniederlassung. (Nach früherem Rechte galt dies nicht; vergl. Johow 17 S. 147). Es sind zufolge § 131 F.G. sämmtliche am 1. Januar 1900 bestehenden Zweigniederlassungen den Hauptregistergerichten anzuzeigen und von diesen zu vermerken. Eine Bekanntmachung dieses „Vermerks" erfolgt nicht. Es ist das überhaupt keine eigentliche Eintragung, sondern lediglich ein Ordnungsvermerk. — Der im Abs. 2 unseres Paragraphen erforderte Nachweis, daß die Eintragung bei dem Hauptgericht schon erfolgt ist, wird durch beglaubigte Abschrift nach § 9 zu führen sein. Selbstverständliche Ausnahmen von der Vorschrift des Abs. 2 liegen in den Fällen vor, wo sich die Eintragung lediglich auf die Zweigniederlassung bezieht, z. B. die Eintragung einer bloß für die Zweigniederlassung bestellten Prokura (§ 50 Abs. 3), ferner die Aufhebung der Zweigniederlassung; diese ist beim Hauptregister nur zu vermerken, nicht dort anzumelden und im Sinne des Gesetzes einzutragen, auch dort nicht zu publiziren.

Anm. 6. 6. **Die Vorschriften kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Hauptniederlassung sich im Auslande befindet.** Auch dann sind in das inländische Register Anmeldungen und Eintragungen so zu bewirken, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände. Daraus folgt: die Firma der Zweigniederlassung muß auch hier angemeldet und eingetragen werden, desgleichen muß eine Prokura hier eingetragen werden.

Doch sind die Anmeldungen und Eintragungen so, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände, nur insoweit zu machen, als „nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht". Daraus folgt zunächst, daß der Nachweis der Eintragung beim Hauptregister dann nicht verlangt werden kann, wenn das ausländische Recht die Einrichtung eines Handelsregisters nicht kennt. Aber es cessirt die Vorschrift des Abs. 2 nicht ganz. Sie cessirt nur insoweit, als das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht. An die Stelle des Nachweises der Eintragung wird sinngemäß treten müssen der sonstige glaubhafte Nachweis des Bestehens der ausländischen Zweigniederlassung.

Es folgt ferner aus dieser Ausnahmeklausel, daß *für die Zulässigkeit der Firma das ausländische Recht maßgebend* ist. Unter Umständen wird daher ein Einzelkaufmann einen Gesellschaftszusatz führen können, wenn auch derselbe im Inlande eine solche Firma führt unter Bedingungen, die hier nicht ausreichen. Es erscheint nach erneuter Erwägung nicht zutreffend, wenn früher das Gegentheil angenommen wurde (vergl. unsere 5. Aufl. § 3 zu Art. 31; Johow 14 S. 9). Denn das ausländische Recht ist für die ausländischen Gesellschaften so lange maßgebend, als nicht inländische Prohibitivgesetze entgegenstehen. Das aber kann man bei dem Prinzip der Firmenwahrheit deshalb nicht sagen, weil es zu Gunsten der Werthe, welche in bestehenden Firmen liegen, mannigfach durchbrochen ist (vergl. Lehmann, Aktienrecht I S. 123). Weiteres über die Firma der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma s. zu § 30. Dagegen ist aus diesen Gesetzesworten nicht herzuleiten, *daß Eintragungen zu machen sind, welche die deutschen Gesetze nicht kennen*, nur weil das ausländische Recht sie kennt. Denn zu Grunde zu legen sind immer die hier zulässigen Eintragungen, von denen nur die durch das ausländische Recht bedingten Abweichungen gestattet sind, zu denen aber nicht hinzutreten andere Eintragungen, die das deutsche Gesetz nicht kennt. So ist z. B. die Eintragung von bloßen Handlungsbevollmächtigten nicht zulässig, auch wenn sie im Handelsregister des Auslandes eingetragen sind. Anm. 7.

Ist die Hauptniederlassung eine Aktiengesellschaft, so gelten noch besondere Vorschriften. Vergl. § 201.

Zusatz 1. Ueber die Firma der Zweigniederlassung s. die Erl. zu § 30. Anm. 8.

Zusatz 2. Materielles über die Zweigniederlassung. Sie theilt die Schicksale des Hauptgeschäfts. Nimmt Jemand einen Sozius für sein Handelsgeschäft, so bezieht sich die Sozietät auch auf das Zweiggeschäft, die von diesem kontrahirten Schulden sind Sozietätsschulden (Bolze 13 Nr. 497); die Veräußerung des Geschäfts umfaßt auch das Zweiggeschäft (R.G. vom 7. November 1891 in J. W. S. 572). Vergl. hierüber auch zu § 22. Anm. 9.

Zusatz 3. Die Vertretung der Zweigniederlassung ist nicht besonders gesetzlich geregelt. Es folgt aus dem in Anm. 3 Gesagten, daß nicht etwa ein offener Gesellschafter oder ein Vorstandsmitglied oder ein Prokurist Vertreter sein müsse, es kann auch ein Handlungsbevollmächtigter sein. (R.O.H. 17 S. 320.) Ein besonderer Prokurist für die Zweigniederlassung ist zulässig (vergl. § 50 Abs. 3). Auch ein besonderes Vorstandsmitglied? Darüber siehe § 235 und § 201. Anm. 10.

Zusatz 4. In prozessualer Hinsicht ist zweierlei zu bemerken: Anm. 11.

a) *Die Frage, ob die Zweigniederlassung unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann*, kann weder bejaht noch verneint werden. Denn die Frage ist nicht richtig gestellt. Die Zweigniederlassung ist ein als Pertinenz im weiteren Sinne eines Hauptgeschäfts zu betrachtendes Geschäft. Ein Geschäft ist aber kein Rechtssubjekt, ein Zweiggeschäft ist ebensowenig prozeßfähig, wie ein Hauptgeschäft, es kann also weder klagen, noch verklagt werden. Die Frage muß dahin formulirt werden: Kann der Inhaber des Zweiggeschäfts unter der Firma desselben klagen und verklagt werden? Hierauf ist zu antworten:

Zufolge § 17 Abs. 2 kann jeder Kaufmann unter der Firma des Zweiggeschäfts klagen und verklagt werden, allerdings nur aus den durch den Betrieb des Zweiggeschäfts begründeten Rechtsbeziehungen. Das folgt aus der Natur der Sache und der für die ähnliche Frage des Gerichtsstands gegebenen Vorschrift des § 21 C.P.O. Ist übrigens

hiergegen gefehlt, so liegt kein wesentlicher Mangel, sondern lediglich eine falsa demonstratio vor.

Anm. 12. Beispiele: Die o. H.G. Michels u. Co. in Cöln hat einem Berliner Kaufmann direkt einen Posten Waare verkauft. Dieselbe hat in Berlin eine Filiale, und diese klagt unter der Firma Michels u. Co. in Berlin den Kaufpreis ein. Das ist nicht richtig, kann aber richtig gestellt werden, da hierdurch das klagende Rechtssubjekt sich nicht verändert, sondern nur korrekter bezeichnet wird. Wollte in gleichem Falle der Berliner Kaufmann einen Anspruch aus dem Kaufgeschäft gegen Michels & Co. in Berlin geltend machen, so würde er gleichfalls falsch klagen, wenn er die Firma Michels & Co. in Berlin verklagen würde. Allein auch hier ist dieser Fehler zu verbessern, wenn nur der durch § 21 C.P.O. nicht begründete Gerichtsstand irgendwie sich begründen läßt (vergl. folgende Anm.).

Anm. 13. b) Einen besonderen allgemeinen Gerichtsstand begründet die Zweigniederlassung nicht, da sie kein zweites Domizil begründet; aber das forum gestae administrationis und das forum contractus können am Sitze der Zweigniederlassung begründet sein. (R.O.H. 17 S. 319; O.L.G. Hamburg in G.Z. 42 S. 503; vergl. §§ 21 und 29 C.P.O.)

§ 14.

Wer verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen, ist hierzu von dem Registergerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

Der vorliegende Paragraph giebt eine allgemeine Vorschrift über die Erzwingung der Verpflichtungen zur Anmeldung, zur Zeichnung der Unterschrift und zur Einreichung von Schriftstücken.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift ist allgemein.** Sie bezieht sich auf die zahlreichen, im H.G.B. aufgestellten Verpflichtungen zur Anmeldung von Rechtsverhältnissen, zu Zeichnungen von Unterschriften und zur Einreichung von Schriftstücken. Wir werden diesen Verpflichtungen im Einzelnen an den zuständigen Stellen begegnen. Nur zum Verständniß dieser allgemeinen Vorschrift sei darauf hingewiesen, daß es sich beispielsweise um die Anmeldung der Firma des Kaufmanns, des Erlöschens der Firma, die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft u. s. w. handelt; insbesondere auch im Falle des § 2, wie auch in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden mag, wo sie vielleicht nicht einmal ausreicht, da hier der Gewerbetreibende durch Zahlung von Ordnungsstrafen die Entstehung seiner Kaufmannsqualität hintertreiben kann; ferner um die Verpflichtung zur Zeichnung Seitens Derjenigen, welche die Firma (Einzelfirma, Gesellschaftsfirma oder Liquidationsfirma) nach außen gegenüber Dritten zu vertreten haben (nur diese Personen haben die Pflicht zur Zeichnung; eine Zeichnung anderer Bevollmächtigter zum Handelsregister findet nicht statt), endlich um die Verpflichtung zur Einreichung beispielsweise in den Fällen der §§ 33 Abs. 2, 195 Abs. 2; 207 Abs. 4; 273 Abs. 1.

Anm. 2. 2. **Die Strafe ist eine Geldstrafe** bis zu 300 M. Eine Freiheitsstrafe ist nicht zulässig, auch nicht Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe.

Anm. 3. **Zusatz. Das Ordnungsstrafverfahren.**

1. Dasselbe ist geregelt in dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898.

Anm. 4. 2. **Der rechtliche Charakter desselben.** Wie früher, so ist es auch jetzt ein Administrativverfahren eigener Art, auf welches weder das Strafgesetzbuch, noch die Prozeßgesetze Anwendung finden (vergl. für das frühere Recht R.G. 2 S. 223).

Ebenso ist es jetzt, wie früher, zwar ein Offizialverfahren, aber nicht lediglich ein Offizialverfahren. Es ist insofern auch ein Parteiverfahren, als diejenigen Personen, welche

ein Recht auf die betreffende Eintragung, Zeichnung oder Einreichung haben, beschwerdeberechtigt sind. (Für das frühere Recht Kammergericht bei Johow 13 S. 12; für das jetzige Recht s. unten Anm. 5.)

3. **Das Verfahren im Einzelnen.**

a) Sobald das Registergericht von einem das Einschreiten rechtfertigenden Sachverhalt glaubhafte Kenntniß erhält, hat es dem Betheiligten unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufzugeben, innerhalb einer bestimmten Frist seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Die Beschwerde gegen diese Verfügung ist unzulässig (§ 132 F.G.). Die Kenntniß muß glaubhaft sein. Wann dies der Fall ist, unterliegt dem völlig freien Ermessen des Gerichts; das Gericht kann auch auf eine bloße Anzeige eines Dritten hin einschreiten, wenn es derselben prima facie Glauben schenkt. Will es auf einen von einem Dritten gestellten Antrag zum Einschreiten nicht eingehen, so hat es denselben zu bescheiden und gegen diese Verfügung steht dem Antragsteller die Beschwerde dann zu, wenn durch dieselbe sein Recht beeinträchtigt ist. Das folgt unseres Erachtens aus § 20 F.G. Die Versagung der Beschwerde in unserem § 132 F.G. bezieht sich nur auf die Einschreitungsverfügung, nicht auf die Ablehnung des Einschreitens. Unter dem beeinträchtigten Recht ist nicht etwa ein bloßes rechtliches Interesse zu verstehen (Denkschr. zu F.G. S. 39); es muß die Beeinträchtigung eines wirklichen Rechts vorliegen. Wenn also z. B. einer von zwei offenen Gesellschaftern seiner Verpflichtung zur Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 143 H.G.B. genügt und bei dem Registergericht beantragt hat, der Andere solle gemäß § 14 zur Erfüllung seiner Anmeldungspflicht angehalten werden, so kann, wenn der Registerrichter dieses Einschreiten ablehnt, der Antragsteller sich beschweren. Ueber das weitere Beschwerdeverfahren s. unten Anm. 9 ffg. Anm. 5.

b) Wird innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Pflicht genügt, noch Einspruch erhoben, so ist die angedrohte Strafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen, und so fort, bis der gesetzlichen Verpflichtung genügt oder Einspruch erhoben ist (§ 133 F.G.). Anm. 6.

c) Wird rechtzeitig Einspruch erhoben, so sind zwei Fälle möglich: entweder das Gericht erachtet den Einspruch für begründet (dann nimmt es seine Verfügung zurück, wogegen dem Antragsteller das Recht der Beschwerde nicht zusteht, da seinem Antrage auf Einleitung des geordneten Zwangsverfahrens Genüge geschehen ist), oder aber es hält ihn nicht für begründet, dann ladet es den Betheiligten zur Erörterung der Sache zu einem Termin. Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Wenn der Geladene nicht erscheint, so kann das Gericht den Einspruch aus diesem Grunde verwerfen, kann aber auch nach Lage der Sache entscheiden (§ 134 F.G.). Wird auf Grund dessen, was der Termin gezeitigt hat, der Einspruch für begründet erachtet, so hat das Gericht die erlassene Verfügung aufzuheben (wogegen dem Antragsteller das Recht der Beschwerde wiederum nicht zusteht); andernfalls hat es den Einspruch zu verwerfen und die angedrohte Strafe festzusetzen. Das Gericht kann aber auch, wenn die Umstände es rechtfertigen, von der Festsetzung einer Strafe absehen oder eine geringere als die angedrohte Strafe festsetzen. Im Falle der Verwerfung des Einspruchs hat das Gericht zugleich eine erneute Verfügung nach § 132 (s. oben Anm. 5) zu erlassen. Anm. 7.

d) Gegen den Beschluß, durch welchen die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 139 F.G.). Hebt das höhere Gericht die strafandrohende Verfügung auf, so steht hiergegen dem Antragsteller kein Beschwerderecht zu. Denn seinem Antrage auf Einleitung des geordneten Zwangsverfahrens ist stattgegeben worden (vergl. oben Anm. 7). Anm. 8.

Anm. 9. e) **Das Beschwerdeverfahren.** (§§ 20—30 F.G.).

α) Frist. Die einfache Beschwerde, welche innerhalb des hier in Rede stehenden Verfahrens Demjenigen zusteht, welcher den Antrag gestellt hat, gegen einen zur Anmeldung oder Einreichung Verpflichteten einzuschreiten, und damit abschlägig beschieden wurde (vergl. oben Anm. 5), ist an eine Frist nicht gebunden. Die sofortige Beschwerde, welche gegeben ist gegen den Beschluß, durch welchen die Ordnungsstrafe festgesetzt oder der Einspruch verworfen wird, ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzuräumen.

Anm. 10. β) Die Form. Die Beschwerde erfolgt in beiden Fällen durch Einreichung einer Beschwerdeschrift an das Gericht, gegen welches man sich beschwert, oder an das Beschwerdegericht oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines dieser Gerichte.

Anm. 11. γ) Auf neue Thatsachen und Beweise kann die Beschwerde in beiden Fällen gestützt werden. Ueber die Beschwerde entscheidet das Landgericht (Kammer für Handelssachen) — § 30 F.G. —.

Anm. 12. δ) Aufschiebende Wirkung hat die Beschwerde nur dann, wenn sie gegen eine Verfügung gerichtet ist, durch die eine Strafe festgesetzt wird. Stets aber kann das Gericht, dessen Verfügung angefochten wird, oder das Beschwerdegericht anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Verfügung auszusetzen ist.

Anm. 13. ε) Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes (Reichs- oder Landesgesetzes) beruht. Hierfür finden die Vorschriften der §§ 550, 551, 561, 563 C.P.O. (über die Revision) entsprechende Anwendung.

Zuständig für die weitere Beschwerde ist das Oberlandesgericht. (In Preußen wird wohl gemäß § 199 F.G. lediglich das Kammergericht für zuständig erklärt werden, in Bayern das Oberste Landesgericht.) Will dieses jedoch bei der Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des Reichsgerichts abweichen, so hat es die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht vorzulegen. Alsdann entscheidet das Reichsgericht (§ 28 F.G.).

Die weitere Beschwerde kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers der ersten Instanz, des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts oder durch eine bei einem dieser Gerichte einzureichende Beschwerdeschrift eingelegt werden. In letzterem Fall muß sie durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, es sei denn, daß sie von einer Behörde eingelegt wurde oder von einem Notar, der in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag an das Gericht erster Instanz gestellt hat (§ 29 F.G.).

Die Frist richtet sich nach der Beschwerdefrist. Soweit also eine Anfechtung einer Entscheidung erfolgt, welche auf sofortige Beschwerde ergangen ist, findet die sofortige weitere Beschwerde statt.

Anm. 14. ζ) Kann das Gericht auch seine eigene Verfügung aufheben, insbesondere nachdem Beschwerde erhoben ist? Im Allgemeinen ist dies zu bejahen. Eine Ausnahme machen jedoch diejenigen Verfügungen, welche der sofortigen Beschwerde unterliegen, und diejenigen Entscheidungen, welche der weiteren Beschwerde (nicht aber der sofortigen weiteren Beschwerde) unterliegen (§§ 18 u. 29 F.G.).

Anm. 15. g) Die Organe des Handelsstandes sind

α) verpflichtet, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen (durch Auskünfte, Gutachten u. s. w.).

β) berechtigt, Anträge zu diesem Zweck bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Sie werden hierbei als Behörden anzusehen sein und

brauchen daher ihre weitere Beschwerde nicht vom Rechtsanwalt unterzeichnen zu lassen (vergl. oben Anm. 13). Zu beachten ist, daß sie ihre Anträge nur bei dem Registergericht zu stellen haben. Sie können nicht etwa sich beschweren über Verfügungen, welche auf den Antrag eines Anderen erlassen oder in dem Einspruchsverfahren erlassen sind. Sie können also im Rahmen des Zwangsverfahrens, welches sich an unseren § 14 anschließt, Anträge auf Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens stellen, und wenn ihrem Antrage nicht stattgegeben wird, können sie sich darüber beschweren (vergl. oben Anm. 5), sie können aber nicht, wenn auf erhobenen Einspruch oder auf Beschwerde dessen, gegen den sich das eingeleitete Zwangsverfahren richtet, die Anordnung des Gerichts zurückgenommen und aufgehoben wird, hiergegen Beschwerde erheben (vergl. oben Anm. 7 u. 8).

§ 15.[1])

So lange eine in das Handelsregister einzutragende Thatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

Ist die Thatsache eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph stellt ein wichtiges Prinzip auf. Er bestimmt, welche Rechtsfolgen es für den Rechtsverkehr hat, wenn eine einzutragende Thatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, und welche Rechtsfolge es hat, wenn eine solche Thatsache eingetragen und bekannt gemacht ist.

Dieses allgemeine Prinzip tritt an die Stelle einer Reihe von Einzelbestimmungen des alten H.G.B., welche im Endziele auf dasselbe hinausliefen (Art. 25, 46, 87, 115, 129, 135, 155, 171, 200, 233, 244a Abs. 1).

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Die nicht erfolgte Eintragung und Bekanntmachung einer einzutragenden Thatsache.** Die bloße Nichteintragung genügt, gleichgiltig ob dieselbe auf Versehen des Anmeldungspflichtigen oder des Registergerichts beruht, da es sich hier lediglich um die Sicherheit des Verkehrs, nicht um die Strafe für irgendwelche Säumniß handelt (vergl. R.O.H. 23 S. 283; Cosack S. 46). Einzutragende Thatsachen sind auch die Veränderung und die Endigung eines Rechtsverhältnisses, und für diese Thatsachen hat die Vorschrift die erheblichste Bedeutung. — Die nicht erfolgte Eintragung hat nun auf den Bestand des Rechtsverhältnisses an sich keinen Einfluß. Eine Prokura, die widerrufen ist, besteht nicht mehr, auch wenn der Widerruf noch nicht eingetragen ist; eine offene Handelsgesellschaft, die aufgelöst ist, ist aufgelöst, auch wenn die Auflösung noch nicht eingetragen ist. Die betreffenden Betheiligten selbst also, in deren Angelegenheiten sie sich ereignet haben, müssen die eingetretenen Thatsachen als solche gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht eingetragen waren.

Anm. 2

Aber dem Dritten — und davon ist hier die Rede — können diejenigen Personen, in deren Angelegenheiten sich die Thatsachen ereignet haben, wenn dieselben einzutragen, aber nicht eingetragen und publizirt waren, die Thatsache nicht entgegenhalten, außer wenn diesem Dritten bewiesen wird, daß er die einzutragende Thatsache gekannt

[1]) Wie sich diese Materie für die o. H.G. stellt, ist weiter ausgeführt im Zus. 1 zu § 143.

hat. — Die Behauptung, der Dritte habe die Thatsache kennen müssen, genügt nicht. — Auch der Gegenbeweis ist nicht zuzulassen, daß der andere Theil der Eintragung, wie sie bestand, gar nicht vertraut hat, weil er die Eintragung überhaupt nicht kannte. Es kann z. B. Demjenigen, der mit einer o. H.G. kontrahirt hat, und wegen der hierdurch für die o. H.G. entstehenden Verbindlichkeit einen damals schon thatsächlich ausgeschiedenen, aber im Register noch nicht gelöschten Sozius in Anspruch nimmt, nicht eingewendet werden, daß er die Rechtsverhältnisse der Sozietät überhaupt nicht gekannt, nicht gewußt hat, wer eingetragen und wer ausgeschieden war, so daß es für sein Verhalten gleichgiltig war, ob die Rechtsveränderung eingetragen war oder nicht. Die Zulassung eines solchen Gegenbeweises bedeutete eine Verkennung des hier aufgestellten Prinzips. Nach diesem Prinzip gilt die Rechtsveränderung für den Rechtsverkehr nicht, wenn sie nicht eingetragen und dem Dritten nicht bekannt ist, und sie kann sonst Niemandem entgegengehalten werden, auch nicht Dem, der sich um die Rechtsveränderung nicht gekümmert und für dessen Verhalten das Gegentheil der Rechtsveränderung nicht bestimmend gewesen ist; nur Dem kann die nicht eingetragene Rechtsveränderung entgegengehalten werden, der die thatsächliche Rechtsveränderung gekannt und deshalb mit ihr in Wirklichkeit gerechnet hat. Ob er aber mit dem Gegentheil der Rechtsveränderung gerechnet hat oder nicht, ob er also in unserem Beispiel daraufhin der Gesellschaft kreditirt hat, daß jener ausgeschiedene Gesellschafter noch als Mitglied der Gesellschaft eingetragen war oder ob er an diesen Umstand nicht gedacht, auf ihn keine Rücksicht genommen hat, ist unerheblich.

Anm. 3. Ja sogar der Gegenbeweis ist unzulässig, daß im gegebenen Falle die Kenntniß der einzutragenden Thatsache für das Verhalten des Dritten von Bedeutung überhaupt nicht sein konnte. Wenn z. B. durch die scheu werdenden Pferde einer o. H.G. ein Schaden angerichtet wird, so kann der Beschädigte auch einen bereits ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen, wenn dessen Austritt noch nicht eingetragen und publizirt war. Die Denkschrift (S. 28) nimmt zwar das Gegentheil an, aber mit Unrecht. Sie nimmt das Gegentheil an, weil es an jeder Möglichkeit eines Zusammenhanges zwischen der Entstehung des Schadens und der Unkenntniß des Dritten von dem Ausscheiden des Gesellschafters fehle. Allein, wie gesagt, auf diesen Zusammenhang kommt es nicht an, also kommt es auch darauf nicht an, ob in concreto die Möglichkeit eines Zusammenhanges fehlt. Würde man letzteren Umstand für erheblich halten, dann gäbe es keinen Halt mehr; dann müßte auch der Gegenbeweis zugelassen werden, daß im gegebenen Fall ein Zusammenhang gefehlt hat (ebenso Makower S. 34; Düringer u. Hachenburg I S. 82).

Anm. 4. **Hinsichtlich der Veränderung und Beendigung von Rechtsverhältnissen ist hierbei zu beachten, daß der hier aufgestellte Grundsatz auch dann gilt, wenn die ursprüngliche Thatsache nicht eingetragen war.** Betreibt Jemand ein reines Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 und ertheilt für dasselbe einem Dritten Prokura, so gilt der Widerruf der Prokura nur dann allgemein, wenn derselbe eingetragen, sonst nur gegenüber dem den Widerruf kennenden Dritten. Besteht eine nicht eingetragene offene Handelsgesellschaft und wird dieselbe durch Uebertragung des Geschäfts an einen von ihren Sozien aufgelöst, so gilt sie nach außen gleichwohl als offene Handelsgesellschaft, soweit nicht der Dritte die wahre Sachlage kennt; der aus dem Geschäfte Ausgeschiedene haftet jedem Dritten, der jene Auflösungsthatsache nicht kannte, für die späteren Schulden des Geschäftsübernehmers. Es bleibt, um diesen Rechtsfolgen ein Ziel zu setzen, in solchen Fällen nichts übrig, als die ursprüngliche Thatsache nachträglich eintragen und alsdann die Veränderung oder die Endigung eintragen zu lassen, also z. B. eine bereits aufgelöste offene Handelsgesellschaft und in unmittelbarem Anschluß daran auch die Auflösung derselben eintragen zu lassen (R.O.H. 23 S. 227; R.G. 15 S. 33; Bolze 2 Nr. 343; 9 Nr. 109; Kammergericht in G.Z. 42 S. 508; Wiener in Busch, Archiv 38 S. 1ffg.; Behrend § 39 Anm. 55; Allfeld S. 92: Hahn S. 120 ffg.; dagegen Wolff in G.Z. 42 S. 1 mit nicht überzeugenden Gründen, die wir in der 5. Auflage bekämpft haben).

Anm. 5. Andererseits gilt der Grundsatz, wie schon an anderer Stelle hervorgehoben wurde (vgl. Anm. 12 im Exkurse zu § 8), auch für die sog. konstitu-

tiven Eintragungen (Eintragung einer Aktiengesellschaft, eines Kaufmanns nach § 2). In diesem Falle ist die Eintragung ein Akt, ohne welchen das Rechtsverhältniß nicht rechtswirksam wird. Insofern ist sie konstitutiv, rechtserzeugend. Aber außerdem hat die Eintragung in Verbindung mit der Publikation auch in diesen Fällen die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung des Verhältnisses. Denn erst auf Grund dieser Akte können jene Rechtsverhältnisse jedem Dritten entgegengehalten werden.

2. (Abs. 2.) **Die erfolgte Eintragung und Publikation** wirkt gegen jeden Dritten, es sei denn, daß er die Thatsache weder kannte, noch habe kennen müssen. Nach dem Sprachgebrauch des B.G.B., der auch für das neue H.G.B. maßgebend sein muß, ist durch die Worte „es sei denn" die Beweislast dem Dritten auferlegt (vgl. Planck I S. 44). Doch wird er diesen Beweis wohl selten führen können. Denn der Dritte hat, wie der Ausdruck „kennen müssen" ergiebt, die gesetzliche Erkundigungspflicht, und daß er trotz sorgsamer Erkundigung die publizirten Thatsachen nicht erfahren konnte, wird er kaum beweisen können. Er muß (vergl. §§ 122 Abs. 2, 276 B.G.B.) beweisen, daß er die im Verkehr „erforderliche" Sorgfalt beobachtet hat. Erforderlich aber ist, daß man das Register einsieht. Freilich wird thatsächlich dieses Maaß von Sorgfalt im Verkehr nicht beobachtet, aber das ändert daran nicht, daß es „erforderlich" ist. Anm. 6.

3. **Die Anwendungsfälle dieses Paragraphen.** Am wichtigsten für die Anwendung der hier aufgestellten Prinzipe sind die Fälle, in welchen im alten H.G.B. die Vorschrift als spezielle gegeben war: Das Erlöschen der Firma, der Widerruf einer Prokura, der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugniß, die Auflösung der Gesellschaft, das Erlöschen des Amts des Liquidators u. s. w. Anm. 7.

Ein anderes Beispiel erwähnt die Denkschrift S. 31: Wenn ein Gesellschafter ein von einer Gesellschaft gegebenes Darlehen kündigt, ehe sein Eintritt eingetragen und publizirt war.

Dabei ist aber hervorzuheben, daß hinsichtlich der Eintragung der Firma § 5 einen viel weitergehenden Grundsatz aufstellt, eine absolute Geltung als Kaufmann, die für und gegen den Eingetragenen wirkt, aber doch wieder nur bis zu einer gewissen Grenze. Es erscheint erforderlich, **das Verhältniß des § 5 zum § 15 zu erörtern.** Anm. 8.

§ 5 stellt eine absolute Geltung als Kaufmann auf. Derjenige, dessen Firma eingetragen ist, gilt für die Dauer der Eintragung in civilrechtlicher Hinsicht absolut als Kaufmann; sowohl jeder Dritte, als auch er selbst können sich auf die Eintragung berufen, und zwar in dem Sinne, daß weder der Dritte, noch der Eingetragene geltend machen kann, der Eingetragene betreibe weder ein reines, noch ein hypothetisches Handelsgewerbe nach § 1 bezw. § 2, oder er betreibe ein Kleingewerbe nach § 4. Wohl aber kann gegenüber der Eintragung eingewendet werden, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe (vgl. Anm. 2 zu § 5).

Mit diesem Einwande ist aber nur die Wirksamkeit des § 5 beseitigt. Uebrig bleiben kann dann gegebenen Falls noch die Wirksamkeit des § 15.

Betreibt nämlich der Eingetragene in der That kein Gewerbe, hat er aber früher ein Handelsgewerbe betrieben, so war das Aufhören der Kaufmannsqualität eine einzutragende Thatsache (§ 31 Abs. 2). Hat er diese Thatsache nicht eintragen lassen, so kann er sie dem nicht wissenden Dritten nicht entgegenhalten. Er gilt daher dem gutgläubigen Rechtsverkehr gegenüber bis zur Löschung nach wie vor als Kaufmann und als Vollkaufmann, und muß die privatrechtlichen Konsequenzen dieser Geltung über sich ergehen lassen. Anm. 9.

Das Gleiche ist der Fall, wenn mehrere Personen ihre Firma als offene Handelsgesellschaft eintragen lassen. Auch hier kann (vgl. Anm. 2 zu § 5) zwar eingewendet werden, sie betreiben kein Gewerbe, es kann auch eingewendet werden, sie betreiben kein gemeinschaftliches Gewerbe; aber wenn § 15 Platz greift, wenn sie also ein gemeinschaftliches Handelsgewerbe betrieben haben und sie stellen jede gewerbliche Thätigkeit ein oder einer von ihnen übernimmt das Gewerbe, dann bedürfen diese rechtsverändernden Thatsachen der Eintragung, und da sie nicht erfolgt ist, so braucht ein Dritter, der sie nicht kennt, sie sich nicht entgegenhalten zu lassen.

Anm. 10. In dem hier dargelegten Sinne und Umfange greift § 15, um weitere Anwendungsfälle anzuführen, Platz, wenn Jemand sein Geschäft auf Zeit verpachtet hat, ohne daß der Pächter als Inhaber eingetragen wurde. An sich ist diese Eintragung des Inhaberwechsels zulässig (§ 22 Abs. 2) und sie ist geboten, um die Rechtsfolgen (des § 5 und, was hier in Frage steht) des § 15 zu vermeiden (R.O.H. 21 S. 305). Das Gleiche gilt bei Uebernahme des Geschäfts durch Nießbrauch, Antichrese. Ueber die Haftung des durch Pacht oder Nießbrauch übernehmenden Geschäftsnachfolgers für die früheren Verbindlichkeiten s. Anm. 1 zu § 25.

Anm. 11. **Der hauptsächlichste Anwendungsfall des § 15 ist überhaupt derjenige, daß Jemand zugelassen hat, daß ein Anderer in seinem Namen ein Handelsgewerbe betreibe,** so insbesondere wenn Jemand (unter einer eingetragenen oder einer uneingetragenen Firma) ein Handelsgewerbe betrieben und dann das Geschäft auf einen Anderen übertragen hat, ohne den Inhaberwechsel in das Handelsregister eintragen zu lassen. Alsdann darf er diese Rechtsveränderung dem nicht wissenden Dritten nicht entgegenhalten, und daraus folgt, daß er den Umstand, daß er überhaupt kein Gewerbe oder dieses Geschäft nicht mehr betreibt, gegenüber den von seinem Geschäftsübernehmer eingegangenen Verbindlichkeiten zwar einwenden kann, um die Rechtsfolgen des § 5 auszuschließen, daß ihm aber dieser Einwand nichts hilft, soweit die Voraussetzungen des § 15 vorliegen, d. h. soweit die Thatsache dieser Rechtsveränderung dem Dritten nicht bekannt war. Insoweit gilt er nach wie vor als Inhaber des betreffenden Handelsgewerbes, obwohl er es nicht mehr betreibt; insoweit haftet er für die von seinem Geschäftsübernehmer kontrahirten Verbindlichkeiten, und zwar haftet er hinsichtlich der kontraktlichen Verbindlichkeiten ex contractu, weil er eben dem gutgläubigen Dritten gegenüber als der Kontrahent gilt (R.G. 12 S. 10; 15 S. 36; 19 S. 197; Bolze 17 Nr. 516; Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1891 S. 94), sodaß z. B. für einen solchen Wechsel, für dessen Einlösung nach § 15 gehaftet wird, der Wechselprozeß zulässig ist (Bolze 17 Nr. 516).

Daß dies alles auch dann gilt, wenn die ursprüngliche Thatsache, um deren Rechtsveränderung es sich hier handelt, nicht eingetragen ist, also insbesondere, wenn die Firma nicht eingetragen ist, darüber s. oben Anm. 4.

4. (Abs. 3.) **Für den Geschäftsverkehr einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung** ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend. Auch diejenigen Fälle, in denen die Eintragung zum Register der Hauptniederlassung das unersetzliche formelle Erforderniß der Rechtswirksamkeit ist, in denen diese Eintragung der Konstitutivakt ist (z. B. Eintragung einer Aktiengesellschaft), machen hierbei keine Ausnahme. Auch bei diesen ist zwar zur Entstehung der Rechtswirksamkeit des Rechtsverhältnisses die Eintragung in das Register der Hauptniederlassung erforderlich. Aber sobald jene Eintragung erfolgt und jene Rechtswirksamkeit eingetreten ist, tritt § 15 Abs. 3 in Wirksamkeit d. h. die Thatsache kann dem mit der Zweigniederlassung kontrahirenden Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie im Register der Zweigniederlassung eingetragen und dort publizirt ist oder wenn sie ihm bekannt war. Die Denkschrift S. 29 geht hier allerdings von anderen Anschauungen aus, doch sind dieselben nicht zutreffend. Die Denkschrift sagt: „Soweit es sich um Rechtsakte handelt, deren Wirksamkeit nicht bloß relativ, sondern unbedingt von der Eintragung in das Handelsregister abhängt, wie die Errichtung der Aktiengesellschaft, die Aenderung des Statuts einer solchen, kann selbstverständlich nur der Inhalt eines einzigen Registers, und zwar desjenigen der Hauptniederlassung entscheiden. An den betreffenden Stellen ist dies durch die Fassung der Vorschriften zum Ausdruck gebracht.“ Allein der Inhalt des Hauptregisters entscheidet in diesen Fällen nur über die Entstehung des betreffenden Rechtsverhältnisses; hierüber kann allerdings nur ein Register entscheiden, und mehr ist auch an den betreffenden Stellen nicht zum Ausdruck gebracht (vgl. z. B. § 200: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht“; oder § 277 Abs. 3: „Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handels-

register eingetragen worden ist"; vergl. ferner § 304 Abs. 4; § 320 Abs. 3 H.G.B.). Hier aber handelt es sich um die eigenthümlichen Wirkungen der Verlautbarung durch Eintragung und Publikation, wie sie § 15 im Interesse des Verkehrs zum Nachtheil Dessen, dessen Rechtsverhältniß einzutragen ist, aufstellt, mit anderen Worten: um die Frage, inwieweit der Dritte die nicht eingetragene und die eingetragene Thatsache gegen sich gelten lassen muß. Bei den sogenannten konstitutiven Eintragungen kann ja nur die letztere Frage eine Rolle spielen. Denn die nicht eingetragene Thatsache gilt ja hier überhaupt nicht, also auch nicht gegenüber dem Dritten. Aber hinsichtlich der eingetragenen Thatsachen tritt der § 15 in allen seinen Theilen in volle Wirksamkeit. Ueber die Wirksamkeit der Absätze 1 und 2 in Bezug auf die konstitutiven Eintragungen ist schon oben Anm. 5 gehandelt. Aber auch Abs. 3 ist voll und ganz anwendbar, und diese Anwendbarkeit hat, wie gesagt, die Wirkung, daß der mit der Zweigniederlassung in Rechtsbeziehungen tretende Dritte die an sich in Folge der Eintragung ins Hauptregister rechtswirksame Thatsache sich nur dann entgegenhalten zu lassen braucht, wenn sie ihm bekannt oder in das Register der Zweigniederlassung eingetragen worden ist (so wohl auch Düringer u. Hachenburg I S. 88).

Zus. 1. Inwieweit diejenige Person, von deren Rechtsverhältniß die Eintragung handelt, die Eintragung gegen sich gelten lassen muß, davon handelt der vorliegende Paragraph nur insofern, als es sich um einzutragende Rechtsveränderungen handelt. Diese sind, wie oben Anm. 1 bemerkt ist, einzutragende Thatsachen im Sinne des Abs. 1 unseres Paragraphen, und indem das Gesetz im Abs. 1 bestimmt, daß der Dritte die einzutragenden, aber nicht eingetragenen und publizirten Veränderungen sich nicht entgegenhalten zu lassen braucht, wenn er sie sonst nicht kannte, ist damit gleichzeitig angeordnet, daß der Dritte auf die nicht eingetragene Thatsache selbst, deren Rechtsänderung nicht eingetragen ist, sich berufen kann gegenüber Demjenigen, in dessen Verhältnissen dieselbe sich ereignet hat. Ein offener Gesellschafter, dessen Ausscheiden nicht eingetragen ist, muß sich daher als offener Gesellschafter behandeln lassen. — Im Uebrigen aber, also insoweit es sich nicht um eintragungsbedürftige Rechtsveränderungen handelt, entscheiden andere Vorschriften (vgl. z. B. § 5, § 123) und allgemeine Rechtsgrundsätze über die Frage, inwieweit Derjenige, von dessen Rechtsverhältniß die Eintragung handelt, die Eintragung gegen sich gelten lassen muß. Insbesondere entscheidet hierüber der Satz, daß Jeder eine allgemein und öffentlich abgegebene Erklärung allgemein und dem Verkehr gegenüber gegen sich gelten lassen muß (vgl. Anm. 1 u. 3 zum Exkurse zu § 5, Anm. 13 zum Exkurse zu § 8; Erl. zum § 123).

Auch von dem Verhältniß zweier Personen, von denen keine diejenige ist, deren Rechtsverhältniß die Eintragung betrifft, handelt der vorliegende Paragraph nicht, sondern eben nur von der Frage, inwieweit eine einzutragende Thatsache von dem Eintragungspflichtigen dem Dritten entgegengehalten werden kann.

Zus. 2. Uebergangsfrage. Auch die vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Eintragungen und Publikationen haben die hier bezeichnete Wirkung und auch die vor dem 1. Januar 1900 geschehene Unterlassung einer Eintragung hat nach dem 1. Januar 1900 die hier bezeichneten Wirkungen.

§ 16.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältniß, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Betheiligten festgestellt, so genügt zur Eintragung die Anmeldung der übrigen Betheiligten. Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist dies auf Antrag eines der Betheiligten in das Handelsregister einzutragen.

Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt, so darf die Ein-

tragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.

Der vorliegende Paragraph regelt einige Fälle, in denen die Eintragung auf Grund der Entscheidung des Prozeßgerichts erfolgen oder unterbleiben muß.

Anm. 1. 1. Der erste Fall ist, daß eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Anmeldung zum Handelsregister oder ein Rechtsverhältniß, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat, feststellt. In diesem Falle genügt die Anmeldung Seitens des Siegers im Prozesse. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß auch auf Grund vorläufig vollstreckbarer Entscheidungen (vorläufig vollstreckbare Urtheile, einstweilige Verfügungen) Anmeldungen erfolgen können, was mit dem sonst geltenden Grundsatze der C.P.O. (§ 894 C.P.O.) in Widerspruch steht, hier aber als Sondervorschrift beabsichtigt ist (Denkschr. S. 30). Andere Schuldtitel aber (Vergleiche, vollstreckbare Urkunden u. s. w., vergl. § 794 C.P.O.) genügen nicht. — Es genügt die Anmeldung der übrigen Betheiligten. Aber diese ist auch Erforderniß, weder kann das Prozeßgericht die Eintragung anordnen, noch darum ersuchen (Johow u. Küntzel 4 S. 36; Allfeld S. 96), und die Anmeldung der unterliegenden Partei genügt zur Eintragung keineswegs. Wenn die in solchem Prozeß siegende Partei die Anmeldung bewirkt, so ist der Registerrichter an die Entscheidung des Prozeßgerichts, welche einen der Betheiligten zur Mitwirkung bei der Eintragung verurtheilt oder seinen Widerspruch gegen die Eintragung für unbegründet erklärt, nicht gebunden. Hält er die Eintragung für unzulässig, so hat er sie gleichwohl abzulehnen. Denn durch solches Urtheil ist ja nur der Widerstand des einen Theils gebrochen. Zur Anmeldung gehören aber in den hier in Rede stehenden Fällen Mehrere und der von dem Prozeßsieger gestellte Eintragungsantrag unterliegt selbstständiger Prüfung des Registerrichters. (Abweichend Düringer u. Hachenburg I S. 89.) Anders, wenn das Urtheil das Rechtsverhältniß selbst feststellt. Ist, wenn auch nur durch vorläufig vollstreckbare Entscheidung, ein solches Rechtverhältniß festgestellt, welches der Eintragung fähig ist, so kann der Richter in die materielle Prüfung desselben nicht mehr eintreten, an die Entscheidung ist er gebunden, zu prüfen hat er nur, ob das Rechtsverhältniß eintragungsfähig ist. (Anders wohl auch nicht Düringer u. Hachenburg I S. 89, 90.) Der Registerrichter wird unter Umständen die Parteien zur Anmeldung sogar anhalten müssen, wenn es sich nämlich um ein eintragungsbedürftiges Rechtsverhältniß handelt, welches das Prozeßgericht festgestellt hat. Allein von Amtswegen wird man dieses Recht nur geben können bei rechtskräftigen Entscheidungen. Bei vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen der Prozeßgerichte muß es den Parteien unbenommen bleiben, von der Entscheidung Gebrauch zu machen, zumal jetzt, wo bei Aufhebung der vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen Schadenersatz droht. — Wer endlich, ohne zur Mitwirkung bei der Anmeldung berufen zu sein, sonst ein Interesse hat, z. B. der Kaufmann, der mit dem Inhaber einer ähnlich lautenden Firma vereinbart hat, daß dieser seine Firma ändert, kann die Eintragung auf Grund des § 16 nicht herbeiführen (Denkschr. S. 31), der ist vielmehr, wenn er ein Urtheil, welches den Gegner zur Bewirkung der Eintragung verurtheilt, erwirkt hat, auf die gewöhnliche Zwangsvollstreckung angewiesen.

Anm. 2. 2. Der zweite Fall ist die Aufhebung der zu 1 gedachten Entscheidung. Hier kann jeder Betheiligte die Anmeldung bewirken, vorausgesetzt, daß die Eintragung auf Grund der Entscheidung erfolgt ist, d. h. ohne Mitwirkung des unterliegenden Theiles. Das Prozeßgericht darf auch hier nicht die Eintragung anordnen oder darum ersuchen. Wohl aber kann der Registerrichter die Parteien gegebenen Falls zur Eintragung anhalten (vergl. Anm. 1). — Als Aufhebung gilt auch die Aufhebung einer vollstreckbaren Entscheidung oder der Vollstreckbarkeitserklärung durch ein anderes Urtheil, mag auch dieses andere Urtheil noch nicht rechtskräftig sein (§ 717 C.P.O.).

Anm. 3. 3. Der dritte Fall ist, daß durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung die Vornahme einer Eintragung für unzulässig erklärt ist. Die

Vorschrift hat direkt die Tendenz, der Entscheidung des Prozeßgerichts eine gewisse bindende Bedeutung für den Registerrichter auch in dem anderen Falle beizulegen, wo sie auf die Unzulässigkeit einer Eintragung gerichtet ist (Denkschr. S. 31). Die Entscheidung kann rechtskräftig oder vollstreckbar sein. Als vollstreckbare Entscheidung gilt auch eine einstweilige Verfügung; immer muß sie direkt die Eintragung für unzulässig erklären; eine Entscheidung, durch welche das Rechtsverhältniß festgestellt wird, genügt hier nicht. Im Gegensatz zu den Fällen des Abs. 1 ist hier der Widerspruch eines Dritten zu berücksichtigen, welcher bei der Vornahme nicht mitzuwirken hat (Denkschr. S. 31). Die Bestimmung kommt beispielsweise zur Anwendung, wenn im Prozeßwege die Eintragung einer unbefugt geführten Firma verboten wird (§ 37 Abs. 2). Ein anderes Beispiel ist das, daß ein Aktionär den Beschluß einer Generalversammlung anficht und eine einstweilige Verfügung dahin erwirkt, daß der angefochtene Beschluß nicht eingetragen werde (Denkschr. S. 31, vergl. unsere Erläuterung zu § 273). Ein weiteres Beispiel: ein Gesellschafter will Prokura ertheilen, die anderen Gesellschafter widersprechen (§ 116 Abs. 3). Derjenige, der eine solche Entscheidung zu seinen Gunsten erwirkt hat, hat den Anspruch darauf, daß die Eintragung gegen seinen Widerspruch nicht erfolge. Wie der Widerspruch geltend zu machen ist, sagt das Gesetz nicht. Er erfolgt durch formlosen Antrag beim Registergericht, die Eintragung nicht zu bewirken, unter Ueberreichung der betreffenden Entscheidung. Erfolgt gleichwohl die Eintragung, so gilt dies gleich der Ablehnung des Antrages auf Nichteintragung und dem Widersprechenden steht die Beschwerde nach Maßgabe des F.G. zu (vergl. Anm. 5 zu § 14). Ist der Widerspruch nicht vor der Eintragung geltend gemacht, so hat er seine Wirkung verloren. Der Widerspruchsberechtigte kann jetzt nicht die Löschung der Eintragung verlangen.

4. Ein vierter denkbarer Fall wäre der, daß durch eine Entscheidung des Prozeßgerichts ein Widerspruch gegen eine Eintragung für unbegründet erklärt ist. Anm. 4. Einer solchen Entscheidung ist aber bindende Wirkung gegenüber dem Registergericht nicht verliehen worden. Würde der Registerrichter auch nach dieser Richtung an den Ausspruch des Prozeßrichters gebunden sein, so bestände die Gefahr, die Parteien könnten durch ihr Verhalten im Prozeß, d. h. durch absichtliches oder ungeschicktes falsches Prozediren, unzulässige Eintragungen herbeiführen (Denkschr. S. 31). Der Registerrichter kann also eine Eintragung ablehnen, auch wenn bereits über die Zulässigkeit der Eintragung ein Prozeß geschwebt und der Widerspruch des einen Theiles gegen die Eintragung vom Prozeßgericht für unzulässig erklärt wurde (vergl. oben Anm. 1), es sei denn, daß in dieser Entscheidung die bindende Feststellung eines der Eintragung fähigen und bedürftigen Verhältnisses läge. Alsdann würde die oben Anm. 1 entwickelte Regelung Platz greifen (Düringer u. Hachenburg I S. 92).

Dritter Abschnitt.

Handelsfirma.

§ 17.

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt.

Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden.

Der vorliegende Paragraph giebt im Abs. 1 eine Definition des Begriffes der Firma. Aber außerdem hat dieser Paragraph eine rechtspolizeiliche Bedeutung. Im Abs. 2 ist die Vorschrift gegeben, daß der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann. Einleitung.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Die Begriffsbestimmung und die rechtspolizeiliche Bedeutung der Firma.**

A. **Die Begriffsbestimmung der Firma.** Die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt.

1. **Der Name** des Kaufmanns ist die Firma. Daraus folgt:

a) Positiv. Die Geschäfte, welche er unter diesem Namen im Handel schließt, berechtigen und verpflichten ihn, insbesondere seine schriftlichen Erklärungen, auch wenn sein bürgerlicher Name nicht beigefügt ist (R.O.H. 10 S. 411). Desgleichen die Geschäfte, welche sein Vertreter für seine Firma schließt, wenn auch dem Gegenkontrahenten seine Inhaberschaft nicht bekannt ist (R.O.H. 17 S. 239; vergl. R.G. 30 S. 77). Andererseits ist der hier vorgeschriebene Gebrauch der Firma nicht civilrechtlich als wesentliche Förmlichkeit aufzufassen; unterschreibt daher der Kaufmann eine Urkunde anders als mit seiner Firma, etwa mit seinem davon abweichenden bürgerlichen Namen oder auch sonst, so folgt daraus nicht die Ungültigkeit der Urkunde, wenn nur Absicht und Herkunft der Urkunde klar sind, (R.O.H. 9 S. 215); dies gilt besonders für abgekürzte Firmenzeichnungen im telegraphischen Verkehr (R.O.H. 16 S. 207), und auch dann, wenn sich der Kaufmann einer anderen als der eingetragenen Firma (R.G. 28 S. 120) oder einer unzulässigen Firma bedient hat (R.O.H. 22 S. 70; R.G. 17 S. 75). Anders liegt die Sache bei Formalakten, wie bei der Wechselunterschrift (R.O.H. 12 S. 173, 14 S. 202); doch führen auch hier unwesentliche Abweichungen nicht zur Ungültigkeit; unwesentlich ist diejenige Abweichung, welche einen Zweifel über die Identität nicht erzeugt (R.O.H. 14 S. 173). Vergl. Näheres hierüber Staub, W.O. § 6 zu Art 21.

Anm. 2. b) Negativ: Die Firma ist lediglich der Name des Kaufmanns. Sie ist „nichts Anderes als sein Handelsname, sie statuirt und repräsentirt keinerlei Rechtssubjekt neben und außer ihm“ (R.O.H. 3 S. 411), und auch zwischen seinem Privat- und seinem Geschäftsvermögen wird beim Einzelkaufmann nicht wie bei Handelsgesellschaften unterschieden (R.O.H. 11 S. 151). Mehrere Firmen eines Kaufmanns bilden daher nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten (R.O.H. 15 S. 176); die Gläubiger der einen Firma können sich, auch wenn die Etablissements an verschiedenen Orten sich befinden, an das Vermögen der anderen halten (R.O.H. 20 S. 36; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 442), denn es handelt sich um einen Schuldner; der über einen Einzelkaufmann ausgebrochene Konkurs ergreift sein gesammtes Vermögen und deshalb die sämmtlichen, wenn auch unter verschiedenen Firmen betriebenen Etablissements desselben (R.G. in Strafsachen 5 S. 407; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 442); an einen Zwangsvergleich sind daher auch diejenigen Gläubiger gebunden, welche nur bei einer seiner Firmen, auch bei einer solchen, welche während des Konkurses unbekannt geblieben ist, betheiligt sind (Str.Arch. 39 S. 101), und wenn die acceptirte Anweisung den Acceptanten dem Assignatar verpflichtet, wenn auch Assignant und Assignatar ein Inhaber zweier Firmen war, so liegt der entscheidende Grund hierfür nicht in irgend welcher Duplizität der Rechtspersönlichkeit oder, wie das R.O.H. 20 S. 34 ausführt, der Vermögensmassen, sondern lediglich darin, daß die Acceptation eine selbstständige Verpflichtung zwischen Assignaten und Assignatar schafft (Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 54 Anm. 3; vergl. jetzt § 784 B.G.B.). Eine Cession des Kaufmanns an sich selbst als Träger einer anderen Firma ist ungültig (O.L.G. Hamburg in G.Z. 34 S. 561; vergl. § 398 B.G.B.). Eine Bürgschaft zu Gunsten einer Firma ist nur eine Bürgschaft zu Gunsten des zeitigen Firmeninhabers (O.L.G. Rostock in Busch Archiv 45 S. 356; auch O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv 47 S. 310; vergl. andererseits Bolze 5 Nr. 714; 10 Nr. 518 und 521). — Auch ist die Firma kein besonderes Vermögensstück, sondern eben lediglich der Name, unter welchem der Kaufmann das Geschäft betreibt. Deshalb kann die Firma auch nicht gepfändet werden und fällt nicht in die Konkursmasse (R.G. 9 S. 106; vergl. Näheres Anm. 5 zu § 22), zur Führung eines das Firmenrecht

betreffenden Rechtsstreits ist der Gemeinschuldner, nicht der Konkursverwalter befugt (O.L.G. Colmar in G.Z. 46 S. 467).

2. **Im Handel.** Die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. Anm. 3

Diese Regel ist überall dort nicht anwendbar, wo es sich um Akte handelt, die aus öffentlichrechtlichen Gründen die Offenlegung des bürgerlichen Namens zum Zwecke der möglichst sicheren Feststellung der Identität erheischen, besonders wenn es sich um **Eintragungen in öffentliche Bücher und Register, besonders in das Grundbuch, handelt,** solche Bücher und Register sind dazu bestimmt, in möglichst zweifelsfreier und sicherer Weise und mit dem höchsterreichbaren Grade von Erkennbarkeit die Identität der in Frage kommenden Person ersichtlich zu machen. Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (und selbstverständlich auch diejenigen Handelsgesellschaften, welche juristische Personen sind: Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften) werden allerdings auch in solche Bücher nur unter ihrer Firma eingetragen. Aber das kommt daher, daß sie in anderer Weise im Rechtsverkehr überhaupt nicht auftreten können. Anders beim Einzelkaufmann. Hier steht noch ein anderer Name, der bürgerliche Name, zu Gebote. Das ist der eigentliche Name der physischen Person. Die Firma ist im Verhältniß zu seinem bürgerlichen Namen eine Art Pseudonym. Der Zweck jener öffentlichen Bücher, insbesondere des Grundbuchs, die Identität der eingetragenen Person mit der möglichsten Sicherheit festzustellen, wird aber nur erreicht durch Eintragung des bürgerlichen Namens. Wird nicht der bürgerliche Name, sondern die Firma eingetragen, so verfehlt das Grundbuch bei jeder Geschäftsveräußerung seinen Zweck. Es führt in solchen Fällen über die Person des wahren Eigenthümers irre, anstatt die wahre Inhaberschaft klarzustellen. Ueberdies mag ja der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Grundstücke und Hypotheken erwerben und bei den auf den Erwerb hinzielenden Rechtsakten sich seiner Firma bedienen. Aber wenn sie durch solchen Erwerb sein Eigenthum geworden sind, so gehören sie ihm nicht bloß in seiner Eigenschaft als Inhaber dieser Firma, sondern sie gehören ihm überhaupt, seine ganze Rechtspersönlichkeit ist der Inhaber des betreffenden Rechts, und nicht bloß er, sondern auch der Verkehr hat ein Interesse daran, daß mit möglichster Sicherheit aus dem Grundbuche hervorgehe, wem das Grundstück oder das eingetragene Recht am Grundstücke gehört. In einer diesen Zwecken entsprechenden Weise muß die öffentliche Beurkundung des erlangten Eigenthums erfolgen. Es kann dies z. B. wichtig werden, wenn der Kaufmann, dem das Grundstück gehört, andere Schuldverbindlichkeiten kontrahirt, die mit seiner Firma nicht zusammenhängen. Alsdann müßte der Gläubiger, der auf das Grundstück zugreifen will, zunächst noch beweisen, daß das Grundstück zur Zeit der Eintragung der Firma als Eigenthümerin seinem Schuldner gehört hat. Solche Weitläufigkeiten sollen gerade vermieden werden. Und zu welch' sonderbaren Eintragungen führt die gegentheilige Ansicht! Wenn die Firma eines Einzelkaufmanns eingetragen ist und dieser veräußert sein Geschäft auf eine andere Person, die es mit der Firma fortführt, so muß, wie Düringer u. Hachenburg, die Vertreter der gegentheiligen Ansicht, zugeben müssen, obwohl nach wie vor dieselbe Firma Adolf Schulze eingetragen bleiben kann, dennoch eine Auflassung und Eintragung erfolgen! Denn in Wahrheit wechselt ja das Grundstück seinen Eigenthümer. Es kommt das nur nicht in der Eintragung zum Ausdruck! Aber das ist ja gerade der Zweck solcher Eintragungen, daß der Wechsel des Eigenthümers in ihnen zum Ausdruck kommen soll. Es behält nach alledem noch heute der Beschluß des Kammergerichts bei Johow 9 S. 3 ffg. seine Bedeutung, und mit vollem Rechte hat die neue Reichsgrundbuchordnung im § 33 Abs. 2 zwar dafür Vorsorge getroffen, wie bei Eintragungen zu Gunsten oder zu Lasten von Handelsgesellschaften die Legitimation zu führen sei, nicht aber, wie dies bei Eintragungen zu Gunsten oder zu Lasten von Einzelfirmen zu geschehen habe. Von einer analogen Ausdehnung derartiger Formalvorschriften kann gar keine Rede sein. Vielmehr ist jene Vorschrift ein bestätigendes Argument dafür, daß das Gesetz die Eintragung von Einzelfirmen mit den Gesetzen nicht für vereinbar hält.

Anm. 4. Was hier vom Grundbuch gesagt ist, gilt ebenso für die Eintragung in andere öffentliche Bücher und Register, so z. B. für die Eintragung in die Liste der Genossen einer eingetragenen Genossenschaft (Johow 13 S. 51), von der Anmeldung und Eintragung eines Waarenzeichens (Seligsohn, Kommentar zum Gesetz betr. den Schutz der Waarenbezeichnungen S. 38), von der Eintragung ins Börsenregister, ins Güterrechtsregister.

Ob der Kaufmann sich bei der Prozeßführung seiner Firma bedienen darf, darüber s. unten Anm. 7 ffg.

Anm. 5. 3. Die Firma ist der Handelsname des **Kaufmanns**. Sie ist der Name der Person, nicht des Geschäfts (R.G. 9 S. 105). Für die Berechtigung der Firmenführung war früher nur Kaufmannsqualität, nicht vorgängige Eintragung erforderlich (R.G. 14 S. 19). Das ist jetzt nicht mehr durchweg richtig: wer nach § 2 oder § 3 Abs. 2 Kaufmann wird, darf sich einer Firma erst nach Eintragung bedienen. Wer nicht Kaufmann ist, darf keine Firma führen. Es darf niemand seine Firma eintragen lassen etwa zu dem Zwecke, damit ein Anderer unter derselben für sich ein Geschäft betreibe (R.G. 3 S. 120; 25 S. 1; Bolze 21 Nr. 149). Es darf sich Niemand eintragen lassen, der kein Gewerbe nach § 1 und auch kein solches nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 betreibt; betreibt er ein Gewerbe anderer Art und läßt sich gleichwohl eintragen, so ist er nicht Kaufmann und kann zur Aufgabe der Firma gezwungen werden (vergl. die Erläuterung zu § 37), wenn er auch in civilistischer Hinsicht für die Dauer der Eintragung als Kaufmann gilt (§ 5). Wer sein Geschäft aufgegeben hat, ist nicht mehr Kaufmann, seine Firma erlischt (R.G. 29 S. 69); desgleichen wer ein Gewerbe nach § 2 betrieben hat und sein Gewerbe so einschränkt, daß es nun nicht mehr eine kaufmännische Organisation erfordert; auch in diesem Falle ist er nicht mehr Kaufmann, das Firmenrecht erlischt, wenn er auch für die Dauer der Eintragung in civilistischer Hinsicht als Kaufmann gilt (§ 5): er bedient sich also eigentlich der Firma zu Unrecht. Dagegen sind der Tod und die Auflösung der Gesellschaft nicht nothwendig Erlöschungsgrund der Firma, da trotz dieser Ereignisse das Geschäft noch fortbestehen und Inhaber haben kann (vergl. über das Erlöschen der Firma Erl. zu § 31). Eine Geschäftsverlegung nach einem anderen Orte bewirkt nicht den Untergang des Firmenrechts (vergl. § 31). S. jedoch Erl. zu § 30.

Daß nur der Vollkaufmann eine Firma führt, geht aus § 4 hervor. (Vergl. hierüber Anm. 12 zu § 4.)

Anm. 6. B. **Die rechtspolizeiliche Bedeutung der Firma.** Vom rechtspolizeilichen Standpunkte hat die Vorschrift die Bedeutung, daß ein für allemal feststehen soll, unter welchem Namen der Kaufmann geschäftlich handeln will. Das Handelsgericht hat darauf zu achten, daß er stets die einmal gewählte Firma gebraucht, und ihn entgegengesetzten Falles anzuhalten, daß er die Firma dahin ändert, wie er sie thatsächlich gebraucht. (Johow u. Küntzel 5 S. 16.) Doch kann ein Kaufmann für mehrere Etablissements auch mehrere Firmen haben (P. 920; R.O.H. 20 S. 34; O.L.G. München in G.Z. 42 S. 500), nicht aber für zwei nicht gesondert betriebene Geschäfte (O.L.G. München in G.Z. 42 S. 500), auch wenn er eines davon mit dem Firmenrecht erworben hat, als er das andere schon betrieb. (Behrend § 40 Anm. 69.) Er kann und muß in solchem Falle zwischen beiden Firmen wählen (Allfeld S. 118 Note 18), nicht aber beide Firmen kombiniren oder beide getrennt und abwechselnd führen. Handelsgesellschaften können nur eine Firma führen (vergl. Anm. 9 zu § 22).

Anm. 7. **II. (Abs. 2.) Die Firma im Prozesse.**

Das Gesetz bestimmt, daß ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann.

1. **Der Zweck und die rechtliche Bedeutung der Vorschrift.** Der Zweck der Vorschrift ist, eine Streitfrage des früheren Rechts zu lösen. Die obersten Gerichte haben allerdings das Gleiche angenommen, wie jetzt das neue H.G.B. (R.O.H. 3 S. 411; 23 S. 101; R.G. vom 16. Mai 1898 in J.W. S. 416). Doch hatte die gegentheilige Ansicht zahlreiche Anhänger und war unseres Erachtens die zutreffende (vergl. unsere 5. Aufl. § 6a zu Art. 15). Das neue H.G.B. hat sich für die Zulässigkeit entschieden, weil, wie die Denkschrift S. 31 u. 32 sagt, „die entgegengesetzte Regelung die Rechtsverfolgung unnöthig

erschweren würde, indem es namentlich in Wechselsachen und in Fristsachen zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen würde, wenn der Kläger genöthigt wäre, vor der Anstellung der Klage erst noch Ermittelungen darüber anzustellen, welches der bürgerliche Name des Firmeninhabers ist". Die weitere Darstellung wird zeigen, ob der Zweck der Erleichterung der Rechtsverfolgung durch die vom H.G.B. vorgenommene Lösung der Frage erreicht ist.

Was nun aber die rechtliche Bedeutung der Vorschrift betrifft, so ist hervorzuheben, daß dieselbe nur insofern besteht, als nunmehr auch Einzelkaufleute im Prozesse unter ihrer Firma auftreten können. Bei den Handelsgesellschaften ist noch an anderer Stelle besonders hervorgehoben, daß sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden können (§§ 124, offene Handelsgesellschaft; 161 Abs. 2, Kommanditgesellschaft; 210, Aktiengesellschaft; 320 Abs. 3, Aktienkommanditgesellschaft; § 13 des Gesetzes betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bei den Handelsgesellschaften hat die Vorschrift, wie weiter zu betonen ist, noch eine weitere Bedeutung: sie giebt an, in welcher Weise die Handelsgesellschaften ihre Parteifähigkeit im Rechtsverkehr überhaupt zu bethätigen haben: durch Auftreten unter ihrer Firma. Das Auftreten im Prozesse kann hier keine Ausnahme machen. Denn die Firma ist ihr einziger und wahrer Name. Anders beim Einzelkaufmann. Für diesen gilt nicht der Grundsatz, daß er nur unter seiner Firma im Rechtsverkehr oder auch nur im Handelsverkehr auftreten kann. Hier ist der bürgerliche Name der eigentliche Name der Person, die Firma dagegen ein Pseudonym, unter welchem er im Handelsverkehr auftritt, vergleichbar dem Künstlernamen oder Schriftstellernamen. Hier könnte sehr wohl angeordnet werden, daß der Kaufmann im Interesse der Klarheit und möglichst sicheren Feststellung der Identität der klagenden und beklagten Partei im Prozesse nur unter seinem bürgerlichen Namen aufzutreten habe. Aber das Gesetz will es anders.

2. **Wer kann hiernach unter der Firma klagen und verklagt werden? Das Gesetz sagt: ein Kaufmann.** Hieraus und aus der Erwägung einerseits, daß sich das Firmenrecht auf Minderkaufleute nicht bezieht, andererseits aber die Vorschrift des § 5 auch hier eingreift, und endlich daß sich das Firmarecht auch auf Handelsgesellschaften bezieht, ergiebt sich, daß man richtig formuliren muß wie folgt: Unter der Firma klagen und verklagt werden kann jedes Rechtsgebilde, welches Vollkaufmann ist oder in Folge der Eintragung der Firma als Vollkaufmann gilt. Also zunächst Derjenige, der ein Handelsgewerbe nach § 1 in Grenzen betreibt, welche über den Rahmen des § 4 hinausgehen; ferner Derjenige, der ein Handelsgewerbe nach § 2 oder § 3 Abs. 2 betreibt und eingetragen ist; ferner auch juristische Personen, wenn sie ein Handelsgewerbe betreiben (§ 33), welches über die Grenzen des § 4 hinausgeht, ferner Handelsgesellschaften (§ 6), endlich aber auch Personen, welche vermöge des § 5 als Vollkaufleute gelten (vergl. Anm. 4 zu § 5; letztere will Göppert in G.Z. 47 S. 268 zu Unrecht ausnehmen). Nicht aber bezieht sich die Vorschrift auf Personen, welche lediglich in Folge ihres bloßen Auftretens im Rechtsverkehr als Vollkaufleute gelten (Exkurs zu § 5). Diese können sich zu ihren Gunsten darauf nicht berufen, ihre Klage unter ihrer Firma ist jedenfalls unberechtigt, aber auch die Klage gegen sie unter der Firma ist nicht in Ordnung. Indessen handelt es sich in beiden Beziehungen nur um eine falsa demonstratio und es kann die richtige Bezeichnung nachgeholt, ev. muß das Urtheil entsprechend ausgelegt werden (vergl. unten Anm. 18). — Ist die mit der Firma bezeichnete Partei nicht Kaufmann und gilt sie auch nicht als solcher im Rechtsverkehr, so ist die Bezeichnung mit der Firma ein einfacher Irrthum, der aber ebenfalls berichtigt werden kann. Event. muß auch das Urtheil ausgelegt und schlimmsten Falls durch eine neue Klage deklarirt werden. Anm. 8.

In Folge der allgemeinen Fassung der Vorschrift braucht nunmehr in der Klage überhaupt nur die Firma angegeben zu werden, mag es sich um einen Einzelkaufmann oder um eine Handelsgesellschaft handeln. Es braucht nur gesagt zu werden: Klage der Firma Albert Müller gegen die Firma Wilhelm Schulze & Co., gleichviel, wer die Inhaber dieser Firmen sind und welche Arten von Rechtsgebilden sich dahinter verbergen: ob Einzelkaufleute oder Kommanditgesellschaften oder Aktiengesellschaften oder Aktien- Anm. 9.

kommanditgesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung. (Anders Göppert a. a. O. S. 273, welcher die Vorschrift lediglich auf den Einzelkaufmann beziehen will, dadurch aber der allgemeinen Fassung und der Stellung der Vorschrift im System und ihrem unmittelbaren Anschluß an die ebenso allgemeine Vorschrift des § 17 Abs. 1 nicht gerecht wird).

Anm. 10. Aber allerdings muß aus der Klage hervorgehen, daß es sich um eine Geschäftsforderung oder Geschäftsverbindlichkeit handelt, da nur insoweit der Vollkaufmann im Prozesse unter seiner Firma auftreten kann. Diese Einschränkung wird zwar im Gesetze nicht ausdrücklich gemacht, wohnt ihm aber mit Sicherheit inne (Göppert in G.Z. 47 S. 268). In Folge der Vermuthungen des § 344 ist dieses Erforderniß leicht erfüllbar. — Handelt es sich nicht um eine Geschäftsobligation, so ist der Gebrauch der Firma nicht zulässig, die richtige Bezeichnung kann aber nachgeholt werden und das ohne Berichtigung ergehende Urtheil ist nicht ungiltig (vergl. unten Anm. 21).

Anm. 11. 3. **Muß im Laufe des Prozesses der Inhaber der Firma angegeben werden?** Unter Umständen wird dies allerdings nothwendig sein. Soll z. B. für die klagende oder die beklagte Firma ein Eid normirt werden, so wird festzustellen sein, um was für ein Rechtsgebilde es sich handelt, um zu ermessen, von welchen physischen Personen denn eigentlich der Eid zu erfordern ist. Die klagende oder verklagte „Firma" kann ja vielleicht auch der Name eines Kindes oder eines Wahnsinnigen sein, in dessen Namen der gesetzliche Vertreter das Geschäft führt. Alsdann muß der Eid für diesen normirt werden.

Anm. 12. Indessen hat zufolge der Sondervorschrift unseres Paragraphen der Richter nicht die Pflicht und nicht das Recht, von Amtswegen ohne besonderen prozessualen Anlaß die Angabe zu verlangen, um welches Rechtsgebilde es sich handelt und welches die gesetzlichen Vertreter der unter einer Firma prozessirenden prozeßunfähigen Partei sind. Auch die Vorschrift des § 313 C.P.O., wonach das Urtheil die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter „enthält", ist für Prozesse, in denen Firmen klagen oder verklagt werden, durch unseren Paragraphen dahin geändert, daß das Urtheil die Parteien auch nach ihrer Firma bezeichnen kann, ohne daß ersichtlich ist, welchen Rechtsgebildes oder Rechtssubjektes Handelsname dies ist, und daß ferner die gesetzlichen Vertreter im Urtheile fehlen dürfen. An Klarheit und Sicherheit wird das Urtheil ja dadurch nicht gewinnen. Aber die Vorschrift des § 17 Abs. 2 ist doch nun einmal gegeben, sie würde bedeutungslos werden, wollte man dem Richter stets das Recht geben, von den Parteien die Ablegung der Pseudonymität der klagenden oder verklagten Firma zu verlangen, und davon den Erlaß des Urtheils abhängig zu machen. Man denke z. B. an das Versäumnißurtheil, wo ja die Angaben im Termin auf die Frage des Richters nicht genügen würden, sondern dem Gegner vorher zugestellt sein müßten, um das Versäumnißurtheil zu begründen, wodurch der Zweck, den man bei Erlaß der Vorschrift im Auge hatte (vergl. oben Anm. 7), vereitelt werden würde. Die Ansicht Göpperts a. a. O. S. 274, daß der Richter nur die Terminsbestimmung ohne jede weitere Angabe geben, im Uebrigen aber die Angabe verlangen kann, ob ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft Partei, und im letzteren Falle die Angabe der gesetzlichen Vertreter, kann hiernach nicht gebilligt werden.

Anm. 13. Anders natürlich, wenn begründete Zweifel an der hinter der Firmenbezeichnung sich verbergenden Partei hervortreten. Diesen ist der Richter berechtigt und verpflichtet nachzugehen und er hat sie von Amtswegen zu berücksichtigen (§ 56 C.P.O.).

Anm. 14. 4. **Die Firma ist nicht Prozeßpartei.** Die Firma ist ja nur die Bezeichnung einer Partei. Das bezeichnet die Denkschrift S. 32 mit Recht als selbstverständlich. Es wird hier hervorgehoben, damit nicht durch die Zulassung der Firma als Parteibezeichnung die naheliegende irrige Meinung erweckt werde, als sei dadurch die Firma als solche zum Prozeßsubjekt erhoben.

Anm. 15. **Wer aber ist Prozeßpartei, wenn die Partei unter der Firma klagt oder verklagt wird?** Die Denkschrift a. a. O. hält es für ebenso selbstverständlich, daß es diejenige

Person sei, welche „zur Zeit der Klageerhebung Inhaber der Firma ist". Wäre diese Formulirung richtig, so wäre es erfreulich. Wir würden dann wenigstens einen festen Zeitpunkt haben, der bei Eruirung der wirklichen Partei, die sich hinter der Firma verbirgt, maßgebend ist. Aber die Formulirung ist nicht richtig. Will man der Wahrheit näher kommen, so muß man statt „Klageerhebung" setzen „Rechtshängigkeit". Denn auch jede andere Art der Begründung der Rechtshängigkeit, z. B. die Zustellung des Zahlungsbefehls, steht der Klageerhebung gleich. Aber auch so ist der Satz noch nicht richtig. Zwar auf den Beklagten trifft er zu. Verklagt ist Derjenige, der zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war. Aber mit Recht macht Göppert im G.Z. 47 S. 270 darauf aufmerksam, daß dies auf den Kläger nicht immer zutrifft. Kläger ist vielmehr derjenige Inhaber der Firma, welcher den Anspruch rechtshängig gemacht hat, auf dessen Willen die Entstehung der Rechtshängigkeit, die Erhebung der Klage zurückzuführen ist. Wechselt die Inhaberschaft noch vor der Klagezustellung, so wird der neue Inhaber nicht Kläger. Vielmehr ist der alte Inhaber Kläger und eigentlich hat dieser nun die Pflicht noch vor der Klagezustellung seinen bürgerlichen Namen anzugeben (oben Anm. 8 a. E.). Aber es kann ja vorkommen, daß dies unterbleibt, und für diesen Fall muß eben betont werden, daß nicht der Inhaber der Firma zur Zeit der Klagezustellung der Kläger ist. Nur in der Regel, nicht immer, wird daher der Satz richtig sein, daß auch Kläger Derjenige ist, der zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war. Will man richtig formuliren, so muß man sagen: Kläger oder Beklagter ist derjenige Kaufmann, von welchem oder gegen welchen der Anspruch rechtshängig gemacht worden ist. (Vergl. Göppert a. a. O. S. 269.) Was nun aber die Widerklage anlangt, so richtet sie sich gegen Den, der als Kläger zu betrachten ist, also nicht nothwendig gegen Den, der zur Zeit der Erhebung der Widerklage Inhaber der Firma war und auch nicht immer gegen Den, der zur Zeit der Rechtshängigkeit des Klageanspruches dies war, sondern gegen Den, der den Klageanspruch rechtshängig gemacht hat. — Stand Demjenigen, der hiernach als Kläger zu betrachten ist, das eingeklagte Recht nicht zu, so ist die Klage abzuweisen. Ist Derjenige, der zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war, nicht der Verpflichtete, so ist die Klage abzuweisen (vergl. R.G. 6 S. 98; es war nach dem Tode des Schuldners seine Firma verklagt, das war nicht richtig: das Erbverhältniß mußte auseinandergesetzt und die Erben mußten verklagt werden).

Anm. 16. Da die Firma nur Parteibezeichnung ist, so ist es unzulässig, die Firma und außerdem den Inhaber oder den Inhaber und außerdem die Firma zu verklagen (Bolze 12 Nr. 124), am allerwenigsten ist es zulässig, hieran die Bitte um solidarische Verurtheilung zu knüpfen, das ist völlig sinnlos, wenn es auch manchmal geschieht. Aber zulässig ist es, aus der Klage hervorgehen zu lassen den bürgerlichen Namen des Firmeninhabers und seine Firma, also entweder zu sagen: Klage gegen den Kaufmann Adolf Schulze (in Firma Friedrich Müller), oder: Klage gegen die Firma Friedrich Müller (Inhaber Adolf Schulze). Es muß nur immer wieder betont werden, daß in allen solchen Fällen, ebenso wie wenn die Firma allein oder wenn der bürgerliche Name allein als Parteibezeichnung gewählt ist, stets der Inhaber der Firma in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit verklagt und verurtheilt ist, sodaß Zwangsvollstreckung in jedes einzelne seiner Vermögensstücke zulässig ist (vergl. hierüber Anm. 19). Deshalb ist es nicht rathsam zu sagen: Klage gegen den Kaufmann Adolf Schulze als Inhaber der Firma Friedrich Müller, weil er ja eben nicht bloß in dieser Eigenschaft verklagt wird und verurtheilt werden soll, sondern in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit. Diese Einschränkung könnte zur Folge haben, daß nur in das Geschäftsvermögen der betreffenden Firma vollstreckt werden kann, nicht in sein Privatvermögen und nicht in ein unter einer andern Firma vom Beklagten betriebenes Geschäft.

Anm. 17. Auch für den Sachvortrag ist es hier wichtig zu betonen, daß als Partei nur Der zu betrachten ist, von dem oder gegen den der Anspruch rechtshängig gemacht worden ist. Klagt z. B. die Firma Adolf Müller und trägt vor, sie habe dem Beklagten 1000 Mille Cigarren verkauft, und wendet der Beklagte ein,

die Cigarren seien nicht vom gegenwärtigen Inhaber der klagenden Firma, sondern von dem früheren gekauft, so liegt darin ein wirksames Klagebestreiten: das Bestreiten der Behauptung, daß der Beklagte von dem Kläger gekauft habe. Replizirt der Kläger, daß er die Aktiva des Geschäfts von seinem Geschäfts- und Firmenvorgänger übernommen habe, so ist das eine Klageänderung, weil die nachträgliche Beibringung einer Cession Klageänderung ist, wie das Reichsgericht (Bolze 7 Nr. 998) angenommen hat. Freilich würde die Klageänderung nach der neuen Bestimmung der C.P.O. § 264 nicht immer zur Abweisung führen. Mit Unrecht steht mit Bezug auf die Frage der Klageänderung das R.G. (vom 16. Mai 1898 in J.W. S. 416) anscheinend auf gegentheiligem Standpunkte.

Anm. 18. 5. **Die Wirkungen des Urtheils, in welchem der Kläger oder der Beklagte mit seiner Firma bezeichnet wurde.**

a) Die Rechtskraft. Das Urtheil macht Rechtskraft unter den Parteien. Als verurtheilt oder abgewiesen gilt hiernach Derjenige, der nach Anm. 15 als Beklagter oder Kläger bezw. Widerbeklagter zu betrachten ist[1]), das ist nicht nothwendig Derjenige, der zur Zeit der Urtheilsfällung oder zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft Inhaber der Firma war. Vielmehr ist abgewiesen diejenige Person, auf deren Willen die Erhebung des Klageanspruchs zurückzuführen ist (wie aus Anm. 15 hervorgeht, ist dies nicht immer Der, der zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war). Auf die Klage verurtheilt ist Der, der zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der verklagten Firma war. Auf die Widerklage verurtheilt aber ist nicht nothwendig Der, der zur Zeit der Erhebung der Widerklage Inhaber der Firma war, sondern Der, der als Kläger zu betrachten ist, d. h. diejenige Person, auf deren Willen die Erhebung des Klageanspruchs zurückzuführen ist. Alles dies geht aus unseren Ausführungen in Anm. 15 hervor. So müssen solche Urtheile ausgelegt werden, in denen die Parteien mit ihrer Firma bezeichnet sind. Es ist allerdings schlimm, daß man sich bei diesen fundamentalen Bestandtheilen des Urtheils auf das Gebiet der Auslegung flüchten muß. Besonders schlimm wird dies werden, wenn seit der Fällung des Urtheils geraume Zeit vergehen wird und die Firmen- und Geschäftsverhältnisse der Parteien, wie sie zur Zeit der einstmaligen Klageerhebung bestanden, sich völlig ändern, verwischt und vergessen werden. Sed ita lex scripta.

Anm. 19. b) **Die Vollstreckung des Urtheils**, in welchem der Beklagte mit seiner Firma bezeichnet ist, ist zulässig in sämmtliche Vermögensgegenstände, welche dem verurtheilten Schuldner gehören. Darin liegt Zweierlei: erstens die Vollstreckung ist zulässig in sämmtliche Vermögensgegenstände des verurtheilten Schuldners, nicht etwa bloß in das Geschäftsvermögen derjenigen Firma, unter welcher er im Urtheil bezeichnet ist, sondern auch in sein sonstiges Vermögen, auch in das Vermögen eines Geschäfts, welches er unter einer andern Firma betreibt. Andererseits ist die Vollstreckung nur zulässig in die Vermögensstücke des verurtheilten Schuldners, und das ist nicht etwa diejenige Person, welche zur Zeit, wo das Urtheil erging, das Geschäft unter der betreffenden Firma führt, sondern bei der Klage diejenige, welche zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaberin der Firma war, und bei der Widerklage diejenige, auf deren Willen die Klageerhebung zurückzuführen ist (vergl. oben Anm. 15 u. 18).

Hierbei werden sich immer dann Schwierigkeiten ergeben, wenn der Schuldner im Laufe des Prozesses aufgehört hat, sein Geschäft unter dieser Firma zu betreiben, sei es, daß er es überhaupt aufgegeben hat und nunmehr nur noch seinen bürgerlichen Namen führt, oder daß er dieses oder ein anderes Geschäft unter einer anderen Firma betreibt, oder daß er sein Geschäft veräußert hat und ein Anderer es unter Fortführung der Firma weiter betreibt.

---

[1]) Unter Umständen macht das Urtheil allerdings auch Rechtskraft für und gegen eine Partei, die nach den hier maßgebenden Zeitpunkten Inhaberin der Firma war, nämlich als Folge der Rechtsnachfolgerschaft in Forderung oder Schuld, nicht in Folge der Nachfolgerschaft im Geschäfte oder in der Firma (vergl. Anm. 23, 26, 28, 29).

In diesen Fällen liegt dem pfändenden Beamten, also bei der Mobiliarpfändung dem Gerichtsvollzieher, die Feststellung ob, ob Derjenige, gegen welchen der Pfändungsauftrag sich richtet, Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs war. Handelt es sich um einen Widerklageanspruch, so wird der Gerichtsvollzieher festzustellen haben, wer als Kläger und deshalb auch als Widerbeklagter zu betrachten ist! (vergl. oben Anm. 15 u. Anm. 18). Gegen Den, der das Geschäft mit Firma während des Prozesses übernommen hat und zur Zeit des Urtheils Inhaber der Firma ist, darf das Urtheil nicht vollstreckt werden, aus dem auf die Widerklage ergangenen Urtheile auch nicht immer gegen Den, der zur Zeit des Vortrages der Widerklage Inhaber der Firma war (oben Anm. 18). Geschieht es dennoch unzulässiger Weise, so hat er das Recht der Beschwerde gegen die Art der Zwangsvollstreckung. (Ueber den Fall, wo er das Geschäft mit Firma nach der Rechtskraft des Urtheils übernommen hat, s. unten Anm. 26.) Die gleiche Feststellung wird der Gerichtsvollzieher dann zu treffen haben, wenn der verurtheilte Schuldner das Geschäft mit der Firma, unter welcher er verurtheilt ist, zwar noch führt, der Gläubiger aber die Vollstreckung in andere Vermögensgegenstände verlangt. Das ist zulässig, da ja der Schuldner in seiner ganzen Rechtspersönlichkeit verurtheilt ist, nicht bloß als Inhaber der betreffenden Firma. Auch hinsichtlich des Klägers wird der Vollstreckungsbeamte zunächst festzustellen haben, ob Demjenigen, der die Pfändung verlangt, der Anspruch auch zugesprochen ist. Das ist nur dann der Fall, wenn er es ist, der die Klage angestellt hat. Das ist in der Regel Derjenige, der zur Zeit der Klageerhebung Inhaber der Firma war, aber eben nur in der Regel. In Wahrheit ist es Derjenige, der die Klage erhoben hat, und das muß nicht immer Derjenige sein, der zur Zeit der Klageerhebung Inhaber der Firma war, da ja zwischen Einreichung und Zustellung die Inhaberschaft wechseln kann (vergl. oben Anm. 15). Wie der Gerichtsvollzieher dies prüfen soll, ist nicht klar. Für einen gewissenhaften Vollstreckungsbeamten ergeben sich hier ungeheure Schwierigkeiten. Anm. 20.

Noch viel weiter will Göppert a. a. O. S. 278 gehen. Er will die Zwangsvollstreckung nur dann zulassen, wenn auch zur Zeit der Zwangsvollstreckung die Partei noch Inhaber der betreffenden Firma ist; sonst verweist er auf den Weg einer neuen Klage. Das ist aber nicht angängig, ein einmal erlassenes Urtheil gilt und muß ausgelegt und auf diesem Wege seinem Zwecke zugeführt werden (vergl. oben Anm. 18). Ebenso ist es irrig, wenn Göppert annimmt, der Vollstreckungsbeamte müsse auch prüfen, ob die Partei auch wirklich unter der Firma im Prozesse auftreten durfte, ob es wirklich ein firmenberechtigter Vollkaufmann war, und ob die Forderung wirklich aus dem Betriebe des Geschäfts herrührt. Alles das geht dem Vollstreckungsbeamten nicht an. Alles das hat der Prozeßrichter geprüft oder auch ohne Prüfung angenommen und jedenfalls bindend festgestellt, eine Nachprüfung dieser materiellen Voraussetzungen durch den Vollstreckungsbeamten ist völlig unzulässig. Anm. 21.

6. Welche Wirkung hat der Uebergang des Geschäfts nebst Firma durch Veräußerung oder Erbgang auf den Prozeß des unter seiner Firma klagenden oder verklagten Kaufmanns? Anm. 22.

Hierauf ist zunächst die allgemeine Antwort zu geben, daß der Uebergang des Geschäfts nebst Firma an sich keine besondere Wirkung auf den Prozeß des unter der Firma auftretenden Kaufmanns hat. Das will sagen: Der Umstand, daß der Kaufmann unter seiner Firma im Prozesse auftritt, ist auf die Gestaltung dieser Wirkungen einflußlos. Die Wirkungen des Geschäftsüberganges nebst Firma auf den Prozeß des Kaufmanns sind die gleichen, es mag derselbe unter seiner Firma oder unter seinem bürgerlichen Namen im Prozesse auftreten.

Weiter ist zu betonen, daß der Geschäftsübergang an sich nicht dasjenige Ereigniß ist, welches besondere Wirkungen ausübt, sondern lediglich die Frage, ob sich an den Geschäftsübergang ein Uebergang der eingeklagten Forderung oder Verbindlichkeit geknüpft hat. Nur in einem Falle hat der Umstand, daß der Uebergang der Verbindlichkeit durch Uebergang des Geschäftes mit Firma erfolgt, eine besondere Wirkung (vergl. hierüber unten Anm. 26).

Dies vorausgeschickt, so seien nunmehr die Wirkungen des Uebergangs des Geschäfts auf den Prozeß des Kaufmanns dargestellt. Es kann fraglich sein, ob diese Darstellung nicht richtiger zu § 25 und zu § 27 gehört. Es wird dort auf die hier gegebene Darstellung verwiesen werden.

Anm. 23. a) **Veräußert der klagende Kaufmann sein Geschäft während der Dauer des Prozesses,** so kommt dies hier überhaupt nur dann in Betracht, wenn mit dem Geschäftsübergang ein Uebergang der Forderung verknüpft ist, was nicht nothwendig der Fall zu sein braucht. Aber auch dann greift die allgemeine Vorschrift des § 265 Abs. 2 C.P.O. Platz: d. h. die Veräußerung der eingeklagten Forderung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Nur mit Bewilligung des Beklagten kann der Erwerber in den Prozeß eintreten. Das alsdann ergehende Urtheil wirkt hinsichtlich der Rechtskraft — wiederum nach allgemeinen Vorschriften der C.P.O. — auch für und gegen den Rechtsnachfolger (§ 325 Abs. 1 C.P.O.), zur Vollstreckung aber bedarf der Rechtsnachfolger — Alles nach den allgemeinen Vorschriften der C.P.O. — der Erlangung der Vollstreckungsklausel auf seinen Namen (§§ 727, 731 C.P.O.), und zwar auch dann, wenn der Erwerber das Geschäft mit der Firma fortführt. Doch kann auch die Umschreibung auf die Firma erfolgen, der bürgerliche Name braucht auch hierbei nicht genannt zu werden. Vor der Umschreibung der Vollstreckungsklausel darf weder der eigentliche Kläger, noch sein Rechtsnachfolger das Urtheil vollstrecken, der Erstere nicht, weil ihm der Schuldner die Cession entgegenhalten kann, wobei hier noch besonders auf den Fall des § 25 H.G.B. hingewiesen wird.

Anm. 24. b) **Veräußert der verklagte Kaufmann sein Geschäft während der Dauer des Prozesses,** so kann dies hier nur dann in Betracht kommen, wenn hiermit der Uebergang der eingeklagten Schuld auf den Erwerber verknüpft ist, was nicht nothwendig der Fall zu sein braucht, auch dann nicht, wenn das Geschäft mit Firma fortgeführt wird (vergl. § 25 Abs. 2). Aber auch dann, wenn die Uebernahme des eingeklagten Passivums erfolgt ist, hat dies auf den Prozeß gar keinen Einfluß. Verklagt ist der Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit, ein anderer Beklagter kann in den Prozeß nicht eintreten. Das ergehende Urtheil macht nur Rechtskraft gegen den Inhaber der Firma zur Zeit der Rechtshängigkeit und kann nur gegen diesen vollstreckt werden (vergl. oben Anm. 19 u. 20). Ausnahme hiervon Anm. 26.

Amn. 25. c) **Veräußert der klagende Kaufmann sein Geschäft nach der rechtskräftigen Feststellung der eingeklagten Schuld,** so kommt dieser Fall hier wiederum nur dann in Betracht, wenn die rechtskräftig festgestellte Forderung mit veräußert ist, was nicht nothwendig der Fall zu sein braucht, auch dann nicht, wenn das Geschäft mit Firma veräußert ist (vergl. § 25 Abs. 2 HGB.). Aber auch dann, wenn die rechtskräftig festgestellte Forderung mitveräußert ist, hat dies lediglich dieselbe Wirkung, wie wenn sonst eine rechtskräftig festgestellte Forderung veräußert wird; auch dann hat es keine besondere Wirkung, wenn das Geschäft mit Firma veräußert und hierbei die rechtskräftig festgestellte Forderung mit veräußert ist. Diese allgemeinen Wirkungen der Veräußerung einer rechtskräftig festgestellten Forderung aber gehen dahin, daß der Rechtsnachfolger die Ertheilung der Vollstreckungsklausel nach Maßgabe der §§ 727, 731 C.P.O. für sich verlangen kann: der Rechtsnachfolger muß also durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde die Rechtsnachfolge nachweisen oder auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel klagen. Die Berufung darauf, daß in Gemäßheit des § 25 Abs. 1 H.G.B. die sämmtlichen Geschäftsforderungen den Schuldnern gegenüber als abgetreten gelten, wenn er das Geschäft nebst Firma mit Einwilligung des bisherigen Inhabers fortführt, genügt hierzu nicht. Denn es handelt sich hier auch um die Rechte des bisherigen Gläubigers, welche durch eine solche Umschreibung nicht verletzt werden dürfen. Andererseits aber hat, wenn der alte Gläubiger auf Grund des Urtheils vollstrecken will, der Schuldner den Einwand, die Judikatsforderung sei bereits abgetreten. Diesen Einwand hat er in einem Falle ohne Rücksicht darauf, ob in Wahrheit ein Uebergang der Judikatsforderung stattgefunden hat, nämlich wenn

der Fall des § 25 Abs. 1 H.G.B. vorliegt: in diesem Falle gelten die geschäftlichen Forderungen dem Schuldner gegenüber als abgetreten.

Wiederholt wird der Klarheit wegen, daß das alles gilt, gleichviel, ob der Kaufmann unter seiner Firma klagt oder unter seinem bürgerlichen Namen, und andererseits auch dann, wenn der Kaufmann unter seiner Firma klagt und der Erwerber das Geschäft mit Firma übernimmt. Auch im letzteren Fall kann die Vollstreckung aus dem Urtheil nur nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel erfolgen.

d) **Veräußert der verklagte Kaufmann sein Geschäft nach der rechtskräftigen Feststellung der Schuld**, so kommt dies hier nur dann in Betracht, wenn hierbei die rechtskräftig festgestellte Forderung mit übernommen ist, was nicht nothwendig der Fall zu sein braucht, auch dann nicht, wenn das Geschäft mit Firma fortgeführt wird (§ 25 Abs. 2 H.G.B). Ist sie aber übernommen, so ist sie so übernommen, wie sie damals bestand, also als res judicata. Es kann nunmehr gegen den Uebernehmer geklagt werden, gestützt auf die rechtskräftige Entscheidung und die Schuldübernahme. In zwei Fällen kann sogar die einfache Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Uebernehmer erlangt werden, nämlich einmal, wenn die Uebernahme die Folge einer Veräußerung des ganzen Vermögens ist (Fall des § 419 B.G.B.), und zweitens, wenn die Uebernahme in Gemäßheit des § 25 Abs. 1 H.G.B. erfolgt ist, d. h. wenn der Schuldner sein Geschäft veräußert hat, in dessen Betriebe die festgestellte Schuld entstanden ist, und der Uebernehmer das Geschäft mit Firma fortführt, ohne daß die Nichtübernahme der Schuld eingetragen und publizirt oder dem Gläubiger mitgetheilt worden wäre. Das bestimmt die neue Vorschrift des § 729 C.P.O. In beiden Fällen ist aber zu beachten, daß neben dem Erwerber auch der Veräußerer weiter haftet (vergl. unsere Erläuterung zu § 26), sodaß nicht die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel, sondern die Ertheilung einer weiteren Vollstreckungsklausel gegen den Geschäftserwerber der Gegenstand des im § 729 C.P.O. statuirten Rechtes ist. Die Ertheilung der Vollstreckungsklausel erfolgt auf einfachen Antrag, wenn die Rechtsnachfolge (nicht auch die unterbliebene Publikation oder Mittheilung einer abweichenden Abrede, diese mag der Uebernehmer einwenden gemäß § 732 C.P.O.) durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird, sonst durch Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel. Die einfache Ertheilung der Vollstreckungsklausel bezw. die einfache Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel kann aber nicht in dem im § 25 Abs. 3 H.G.B. vorgesehenen Falle erfolgen, d. h. wenn die Schuldübernahme dadurch erfolgt ist, daß sie in handelsüblicher Weise bekannt gemacht worden ist. Hier muß also von neuem geklagt werden, wenn der Schuldner die rechtskräftig festgestellte Schuld zu zahlen sich weigert. Anm. 26.

Auch hier muß betont werden, daß das Gesagte auch dann gilt, wenn der ursprüngliche Schuldner nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem bürgerlichen Namen verklagt war, und andererseits auch dann, wenn er unter seiner Firma verurtheilt worden ist und der Geschäftserwerber das Geschäft mit Firma fortsetzt. Auch dann findet, obwohl Geschäft und Firma identisch bleiben, eine Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen der Firma nur statt nach Ausdehnung der Vollstreckungsklausel auf den Geschäftserwerber, da ja das Rechtssubjekt, gegen welches sich die Vollstreckung richtet, gewechselt hat. Diese Ausdehnung der Vollstreckungsklausel kann auch auf die Firma des Rechtsnachfolgers erfolgen. Das ergiebt sich aus der Tendenz des Gesetzes. Aber sie kann andererseits auch auf den bürgerlichen Namen des Geschäftserwerbers lauten, auch wenn er das Geschäft mit Firma fortsetzt. In beiden Fällen kann aus der vollstreckbaren Ausfertigung in das gesammte Vermögen des Geschäftserwerbers vollstreckt werden (vergl. oben Anm. 19). Anm. 27.

e) **Stirbt der klagende Kaufmann während des Prozesses**, so erfolgt Unterbrechung, Aussetzung und Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften. Dies auch dann, wenn der Erbe das Geschäft mit Firma fortsetzt und wenn der Erblasser unter seiner Firma geklagt hat. Die Prozeßpartei ist alsdann der Erbe Anm. 28.

bezw. die Erben. Stirbt der klagende Kaufmann nach rechtskräftig festgestellter Forderung, so kann der Erbe Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach den allgemeinen Vorschriften der C.P.O. (§§ 727 ffg.) verlangen.

Anm. 29. f) **Stirbt der verklagte Kaufmann** während des Prozesses, so erfolgt gleichfalls Unterbrechung, Aussetzung und Wiederaufnahme des Verfahrens nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der C.P.O. Die Partei ist dann der Erbe, bezw. die mehreren Erben. Alles dies auch dann, wenn der beklagte Kaufmann unter seiner Firma verklagt ist und der Erbe das Geschäft mit Firma fortführt. Stirbt der beklagte Kaufmann nach rechtskräftig festgestellter Schuld, so besteht hier ein Recht auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, eine nochmalige Ausklagung des Anspruches gegen den Erben ist nicht erforderlich; auch dies geht aus den allgemeinen Vorschriften der C.P.O. (§§ 727 ffg. C.P.O.) hervor. Wegen der prozessualen Geltendmachung der beschränkten Haftung s. bes. §§ 780, 767 C.P.O. Zu betonen ist jedenfalls, daß, auch wenn das Geschäft nach rechtskräftiger Verurtheilung des unter seiner Firma verurtheilten Schuldners auf einen Erben übergeht, und wenn dieser auch das Geschäft mit Firma fortführt, dennoch ohne Umschreibung der Vollstreckungsklausel die Zwangsvollstreckung gegen den Erben, auch nicht in das Geschäftsvermögen jener Firma zulässig ist. Denn immerhin ist festzuhalten, daß unter der Bezeichnung der Firma der Erblasser, der Schuldner zur Zeit der Rechtshängigkeit, verurtheilt worden ist. Eine Zwangsvollstreckung gegen eine andere Person, und sei dies auch ein allgemeiner Rechtsnachfolger, bedarf der besonderen Voraussetzungen, welche das Prozeßrecht für die Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger erfordert.

Anm. 30. 7. **Auch die Prozeßvollmacht kann in Folge der Vorschrift unseres Abs. 2 mit der Firma** unterschrieben sein.

Anm. 31. 8. **Ueber die Zulässigkeit einer Klage unter der Firma einer Zweigniederlassung** s. Anm. 11 u. 12 zu § 13.

Anm. 32. **Zusatz 1. Von der Firma wird der Etablissementsname unterschieden.** (Zum blauen Engel, Zum goldenen Hirsch, Zum Schwan, Goldene Hundertzehn, Zum König Salomo u. s. w.). Er kam bisher häufig dort vor, wo der betreffende Handeltreibende nicht firmenberechtigt war (z. B. bei Gast- und Hotelwirthen), aber auch neben der Firma (z. B. bei Apothekern oder auch bei sonstigen Geschäften). In Wien und Paris und vielfach anderwärts haben fast alle offenen Geschäfte Etablissementsnamen, auch in München tauchen sie auf (Allfeld S. 114). In Berlin sind sie im Großen und Ganzen nur bei Gastwirthen, Hotels und Apotheken üblich, vereinzelt auch bei anderen Geschäften: ein Kleiderhändler Namens Fuß nennt sein Geschäft „Alle Mann zu Fuß!", ein Lotterieloshändler Müller nennt sein Geschäft: „Millionenmüller". Daß auf diese Etablissementsnamen das Recht der Firma nicht angewendet werden kann, ist selbstverständlich. Wer einen solchen gewählt hat, hat sich damit nicht ein ausschließliches Recht geschaffen. Er kann nicht gegen Den vorgehen, der die gleiche Bezeichnung wählt. (R.G. 1 S. 26.) Bei Uebertragung eines solchen Geschäfts kann allerdings der Etablissementsname mit übertragen werden, ja auch der Etablissementsname ohne das Geschäft (Allfeld S. 115). Aber solche Uebertragungen übertragen kein absolutes Recht auf den Erwerber, sondern legen nur dem Veräußerer die Verpflichtung auf, sich der Etablissementsbezeichnung zu enthalten. (Vergl. Bolze 2 Nr. 989; 3 Nr. 232.)

Einen weitergehenden Schutz genießt jetzt der Inhaber des Etablissementsnamens, wenn die Voraussetzungen des § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 vorliegen, d. h. wenn die Konkurrenzbezeichnung darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen (vergl. hierüber Zusatz zu § 37). Auch § 15 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 enthält einen Schutz des Etablissementsnamens (vergl. Zusatz zu § 37).

Anm. 33. **Zusatz 2.** Von der Firma ist weiter zu unterscheiden die **Telegrammadresse.** Dieselbe geht mit dem veräußerten Geschäfte mit über. (O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 5 S. 366.)

§ 18.

Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen.

Der Firma darf kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältniß andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen, sind gestattet.

Der vorliegende Paragraph giebt eine Bestimmung über die Form der Firma eines Einzelkaufmanns.

I. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen beziehen sich Anm. 1.

1. nur auf den Fall der ursprünglichen Firma, d. h. nur auf den Fall, daß ein Einzelkaufmann sich etablirt. Für den Fall, daß er ein bestehendes Geschäft mit Firma erwirbt, greift diese Vorschrift nicht Platz (vergl. § 22). Das Prinzip der Firmenwahrheit ist demgemäß auch im neuen H.G.B. nicht durchgeführt. Es war in Anregung gebracht, dies zu thun, man konnte sich aber — mit Recht — nicht dazu entschließen (vergl. Denkschr. S. 32) und hat durch die in die Gewerbeordnung aufgenommenen Bestimmungen über die Verpflichtung zur Bezeichnung der Firmenschilder bei offenen Läden zu helfen gesucht (vgl. Exkurs zum § 37).

2. auf den Einzelkaufmann (als welcher auch derjenige Einzelkaufmann gilt, der einen stillen Gesellschafter hat; über diesen Fall s. noch zu § 335). Anm. 2

Indessen ist diese letztere Beziehung doch nach zwei Richtungen nicht rein durchgeführt. Der Abs. 1 findet nämlich nicht direkte Anwendung auf diejenigen juristischen Personen, welche als Einzelkaufleute zu betrachten sind; diese haben keinen Familiennamen und keinen Vornamen (über ihre Firma s. zu § 33), der Abs. 2 dagegen bezieht sich auch auf sie. Der Abs. 2 bezieht sich aber nicht bloß auf die Firmen der Einzelkaufleute, sondern auf alle Firmen (vergl. § 6; unten Anm. 13).

II. Der Paragraph unterscheidet den Hauptbestandtheil der Firma des Einzelkaufmanns und die Anm. 3.
Zusätze zur Firma. Von dem Ersteren handelt Abs. 1, von den Letzteren Abs. 2.

1. (Abs. 1.) **Der Hauptbestandtheil der Firma.** Er ist wesentlich und nothwendig. Er besteht aus dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen (das letztere ist eine durch die Reichstagskommission beschlossene Neuerung).

Was als Familienname zu betrachten ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Hiernach beantwortet sich die Frage, welchen Namen eine geschiedene Ehefrau zu führen hat und führen darf (§ 1577 B.G.B.), wie der Adoptirte sich zu nennen hat (§ 1758 B.G.B.), wie das uneheliche Kind (§ 1706 B.G.B.), ob es einem verheiratheten Manne gestattet ist, seinem Namen den seiner Ehefrau beizufügen (nach R.G. 16 S. 60 soll dies gestattet sein, ebenso L.-G. I Berlin bei Perl & Wreschner 1897 S. 82/83, und zwar deshalb, weil es üblich sei; doch ist diese Begründung nicht unbedenklich). Es erscheint ohne Weiteres zulässig, daß die Ehefrau dem Namen ihres Ehemannes ihren Geburtsnamen hinzufügt, aber mit einem Zusatz, woraus hervorgeht, daß dies ihr Geburtsname ist (etwa geborene soundso). Adelsprädikate sind nicht ein Theil des Familiennamens, aber sie stellen ein Recht des Adligen, sich dieses Beisatzes zum Namen zu bedienen, dar (Staudinger in der Deutschen Jur.-Ztg. Bd. 3 S. 362; Küntzel bei Gruchot 41 S. 443; siehe dagegen die Gutachten von v. Bülow, Krückmann und Opet in den Verhandlungen des 24. Juristentages Bd. 3 S. 117, 151, 191). In Bayern suspendirt der Betrieb eines offenen Ladengeschäftes den Gebrauch des Adelstitels (Allfeld S. 120). Anm. 4.

Anm. 5. Die Vornamen dürfen nicht willkürlich gewählt, auch weder in eine fremde Sprache übersetzt, noch umgekehrt germanisirt oder modernisirt werden (Jaques statt Jacob, Moritz statt Moses). Nur der wirkliche Vorname ist der Aufnahme in die Firma fähig (L.G. I Berlin in G.Z. 42 S. 501). Unter welchen Voraussetzungen der Vorname geändert werden kann, bestimmt das Landesrecht. Man kann nicht sagen, daß stets nur der in das Personenstandsregister eingetragene Vorname gebraucht werden darf, da eben die Landesgesetze Aenderungen zulassen können (in Preußen haben die Landesregierungen das Recht der Genehmigung der Aenderung von Beinamen und Vornamen). Diminutiva sind unzulässig (Minna statt Hermine, Fritz statt Friedrich), weil sie auch selbstständige Vornamen sein können (unzutreffend Allfeld S. 120). Der in die Firma aufgenommene Vorname braucht nicht gerade der Rufname zu sein (Landgericht I Berlin bei Perl & Wreschner 1897 S. 62).

Auf die Führung seines Namens als Firma hat der Kaufmann ein unbedingtes Recht. Es verschlägt nichts, daß durch die Form desselben, z. B. wenn es ein Doppelname ist, der Anschein erweckt werden kann, daß es sich um eine Gesellschaftsfirma handelt; nur ein Zusatz, der diese Andeutung enthält, ist dem Einzelkaufmann verwehrt (Johow u. Küntzel 5 S. 20, Fürstlich-Ysenburg-Birstein'sche Verwaltung; Hahn § 7 zu Art. 16; Allfeld S. 121).

Daraus geht zugleich hervor, daß der Name in adjektivischer Form gebraucht werden kann.

Anm. 6. Andererseits muß der Kaufmann auch im Verkehr, nicht bloß im Register, die richtige Schreibweise seines Namens anwenden. Er darf z. B. nicht für den Verkehr mit dem Auslande sich einer anderen Schreibweise bedienen (z. B. nicht für den Verkehr mit Amerika Lovendall statt Löwenthal; R.G. 25 S. 119); er mag in diesem Falle der richtigen Schreibweise die ausländische in Klammern zur Verdeutlichung hinzufügen.

Anm. 7. 2. (Abs. 2.) Die Zusätze (gemeint sind nur solche Zusätze, die einen Bestandtheil der Firma bilden, nicht sonstige Beisätze zum Zweck der Benachrichtigung des Publikums, z. B. Generalvertreter der Firmen Adolf Schulze & Cie. und Friedrich Müller & Sohn — Johow & Küntzel 5. S. 18 —; keine bloße Benachrichtigung ist der Zusatz Nachfolger — L.G. Frankfurt in G.Z. 37 S. 527 —).

a) Sie sind einerseits nicht nothwendig, andererseits aber auch nicht etwa bloß dann zulässig, wenn sie im gegebenen Falle, z. B. zur Vermeidung von Verwechslungen, nöthig sind (R.G. vom 28. Mai 1895 in J.W. S. 359; Preuß. Oberverwaltungsgericht vom 12. März 98 in der Disch. Jur.-Ztg. 3 S. 390), vielmehr unterliegen sie der freien Wahl des Kaufmanns (bis zur Grenze der Täuschungsmöglichkeit und sonstiger Verbote, hierüber zu c u. d).

Auch die Stelle, an der sie stehen, ist dem Kaufmann überlassen: sie können vor oder hinter dem Namen stehen (Johow 10 S. 15).

Anm. 8. b) Sie bilden, einmal als Bestandtheil der Firma gewählt, mit dem Hauptbestandtheil ein zusammenhängendes Ganze. Ein besonderer firmenrechtlicher Schutz für sie besteht nicht (R.O.H. 4 S. 260; die Handlung in Firma: J. Huppmann Laferme hat kein Untersagungsrecht gegen Jemand, der den Zusatz Laferme annimmt; Bolze 17 Nr. 123: die Aktiengesellschaft Lauchhammer hat kein Untersagungsrecht gegen die Firma Lauchhammer Kohlenwerke A. & B.). Vgl. auch Bolze 10 Nr. 184 b. Hier helfen aber unter Umständen andere Gesetze (§ 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, § 14 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnung).

Sie bilden aber nur ein zusammenhängendes, nicht ein untrennbares Ganze. Man würde ohne Noth rigoros sein, wollte man annehmen, daß der Kaufmann den Zusatz nicht mehr ablegen kann. Sicherlich kann er dies dann, wenn auch nach Ablegung des Zusatzes die Firma den Erfordernissen der ursprünglichen Firma entspricht, also seinen Vor- und Familiennamen enthält. Aber auch einen Zusatz einer erworbenen

Firma kann er ablegen, ohne dadurch des Rechts auf die Firma überhaupt verlustig zu gehen. Es ereignete sich z. B. der Fall, daß die offene Handelsgesellschaft Bock & Drachholz den Zusatz Patent Duke hatte. Drachholz übernahm das Geschäft mit Firma. Alsdann klagte Duke gegen Drachholz auf Weglassung des Zusatzes, da derselbe seinen Namen enthalte und die hierzu gegebene Erlaubniß nicht mehr bestehe. Drachholz unterlag und kam dem Urtheile dadurch nach, daß er den unzulässigen Zusatz löschen ließ. Es wäre nicht richtig gewesen, hätte man ihn nunmehr zwingen wollen, die ganze Firma löschen zu lassen und seinen Vor- und Familiennamen als ursprüngliche Firma eintragen zu lassen. Ein anderer Fall: der Kaufmann August Martiny nahm die Kaufleute Lindstedt & Säuberlich in sein Geschäft als offene Gesellschafter auf. Alsdann schied er aus und gestattete den beiden anderen Gesellschaftern, 5 Jahre lang zu firmiren: Lindstedt & Säuberlich vorm. August Martiny; alsdann sollten sie verpflichtet sein, diesen letzteren Zusatz wegzulassen. Als die 5 Jahre vorüber waren, da hatte Säuberlich allein das Geschäft mit Firma übernommen und legte nunmehr vertragsgemäß den Zusatz August Martiny ab. Dies wurde nach anfänglichen Bedenken schließlich doch eingetragen (vgl. für einen ähnlichen Fall Johow 14 S. 246; anders Oberstes Landgericht in Bayern in der Dtsch. Jur.-Ztg. 1897 S. 368). Vgl. hierüber auch noch Anm. 8 zu § 22.

c) **Gestattet sind Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen.** Es genügt, daß sie dazu dienen, sie müssen nicht gerade dazu erforderlich sein (vgl. zu a) und brauchen ferner keine Beziehung zum Geschäft zu haben. **Zur Unterscheidung der Person** dienen Titel, wie der Doktortitel, der Hoflieferantentitel (vgl. z. B. im Berliner Handelsregister „Königlich Preußische und Kaiserlich Oesterreichische Hof-Chokoladenfabrikanten Gebr. Stollwerk"), das Wort Apotheker (Preuß. Oberverwaltungsgericht vom 12. März 98 in der Dtsch. Jur.-Ztg. 3 S. 389); die Bezeichnung Pastorwittwe; auch das Adelsprädikat (vgl. oben Anm. 4); oder die Wörtchen jun., sen., Vater, Sohn. **Zur Unterscheidung des Geschäfts** können alle nur denkbaren Zusätze hinzugefügt werden, nicht etwa bloß solche, die der Branche entnommen sind oder sonst eine Beziehung zum Geschäfte haben. Es ist jede willkürliche Bezeichnung gestattet, mag sie auch phantastisch klingen oder der Reklame dienen, wenn sie nur keine Täuschung herbeizuführen geeignet ist. Diese bisher streitig gewesene (vgl. 5. Aufl. § 4 zu Art. 16), vom Kammergericht nach früherem Recht verneinte Frage (Johow 10 S. 14) ist jetzt durch den Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen in dem hier dargelegten Sinne für entschieden zu erachten. Daß aber, wie früher auch geltend gemacht wurde, jede Reklame eine Täuschung enthält, ist sicherlich nicht zutreffend. Anm. 9.

d) **Verboten sind Zusätze, die eine Täuschung über Art und Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen geeignet sind.** Daß sie Phantasienamen sind oder der Reklame dienen, schadet an sich nicht (vergl. zu c). Neu ist, daß auch täuschende Bezeichnungen über den Umfang verboten sind. Es ist aber ferner hinzuzufügen, daß Zusätze, die handelsrechtlich als gestattet erscheinen, darum noch nicht absolut gestattet sind. **Handelsrechtlich nicht verbotene Zusätze können vielmehr aus anderen Gründen verboten sein**, so z. B. wenn sie gegen bestehende Vertragsverpflichtungen verstoßen, oder gegen das Strafgesetz (z. B. unsittliche Zusätze), oder gegen das Preßgesetz (z. B. wenn die Firma die Bezeichnung Redaktion und Verlag enthält, obwohl der Verleger nicht zugleich der Redakteur ist), oder gegen polizeiliche Verbote. In letzterer Hinsicht ist zu bemerken: Ob die Wahl der Firma gegen irgendwelche polizeiliche Anforderungen verstößt, hat das Registergericht nicht zu prüfen. Hier mag die Polizei einschreiten, und gegen dieses Einschreiten bietet es wiederum keinen Schutz, daß die Regeln des Handelsrechts befolgt sind. Insoweit ist dem Urtheil des Preußischen Verwaltungsgerichts vom 12. März 1898 in der Dtsch. Jur.-Ztg. 3 S. 389 zuzustimmen. Wenn aber in jenem Falle der Zusatz „Apotheker" für handelsrechtlich zulässig und nur polizeilich für unzulässig erklärt ist, weil der Inhaber zwar die Prüfung als Apotheker Anm. 10.

bestanden hatte, aber nur ein Drogengeschäft betrieb, so erachten wir dies nicht für zutreffend. Wir würden vielmehr die Wahl der Firma schon handelsrechtlich für unstatthaft halten, weil sie eine Täuschung über die wahren Verhältnisse des Inhabers enthält. Unter einem Apotheker versteht das Volk nicht einen bloß geprüften, sondern einen gewerblich konzessionirten Apotheker.

Anm. 11. e) **Beispiele von Zusätzen, die hiernach handelsrechtlich gestattet oder verboten sind.** Unzulässig ist es zu firmiren: „Deutsche Reichsbuchhandlung J. Chun", weil dies geeignet ist, die Täuschung herbeizuführen, als ob das Deutsche Reich der Unternehmer sei. Zulässig ist der Zusatz „erste", wenn dies der Fall ist! Das Gleiche gilt von Zusätzen „allgemeine", „neue", „Centrale", „einzige", ebenso von Zusätzen städtisch, königlich, privilegirt. (Aendern sich die Verhältnisse, so hat der Registerrichter auf entsprechende Berichtigung der Firma zu dringen; Düringer u. Hachenburg I S. 105.) Der Zusatz Provinzial (-Molkereigesellschaft) ist nicht zulässig, wenn die Gesellschaft mit der Provinzialverwaltung nichts zu thun hat (anders Johow 3 S. 11). Zulässig sind Firmen bezw. Firmenzusätze, wie folgende aus dem Berliner Firmenregister entnommene: „Zum Hutmatador Bruno Cohn", „Goldene 110", „Berliner Konkurrenzgeschäft, Inhaber J. Cohn", „Apotheke zum Schwan A. Koblich", „Globus, Musterhalle für Industrie und Handel J. Draeger". Zulässig sind die Firmen: Pflanzungsgesellschaft Singer & Co. Viktoria; Albert Baum, Kleiderparadies; ebenso Zusätze wie: Phönix, Excelsior, Merkur, Neptun, Germania, Triumph. Der Zusatz „Kleiderpascha" muß (im Gegensatz zu L.G. I Berlin bei Perl & Werschner 1893 S. 54) für zulässig gehalten werden, es ist nichts als eine schmückende Bezeichnung, bestimmt, sich ihres orientalischen Anklangs wegen dem Gedächtniß einzuprägen, also recht eigentlich dazu bestimmt und dienend, zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen zu dienen, dagegen nicht bestimmt und nicht geeignet, eine Täuschung herbeizuführen; denn daß der Inhaber ein wirklicher Pascha sei, der Glaube soll und kann wohl dadurch nicht erweckt werden. Die Firma „Verein Kreditreform" für eine offene Handelsgesellschaft würde nicht zulässig sein, weil sie den Schein erweckt, als ob die Gesellschaft aus einer größeren Anzahl von Geschäftsleuten besteht, welche sich zur Herbeiführung einer Reform des Kreditwesens im Geschäftsleben vereinigt haben (O.L.G. Stuttgart in G.Z. 42 S. 501). Wird ein Verwandtschaftsverhältniß angegeben, z. B. Platzek Vater & Sohn, so muß dasselbe wahr sein (O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 254). Da auch täuschende Bezeichnungen über den Umfang verboten sind, so wird ein kleiner Bankier, der mit geringen Mitteln beginnt, sich den Zusatz: „Deutsche Bank für Handel und Industrie" nicht beilegen dürfen, weil man sich darunter ein über ganz Deutschland verzweigtes oder jedenfalls für ganz Deutschland wirkendes Bankgeschäft mit großen Mitteln denkt. Der Zusatz „Apotheker" darf nicht gewählt werden, wenn der Inhaber auch die Prüfung als Apotheker bestanden hat, aber nur eine Drogenhandlung betreibt, weil er sonst den Glauben erweckt, als habe er die Konzession zum Apothekergewerbe erhalten (vergl. oben Anm. 10).

Anm. 12. Das vom Gesetz hervorgehobene Beispiel ist, daß ein Einzelkaufmann nicht einen ein Gesellschaftsverhältniß bedeutenden Zusatz seiner Firma beifügen darf, auch dann nicht, wenn er das Geschäft mit einem stillen Gesellschafter führt, da dieser ja nach außen nicht als Gesellschafter hervortreten soll. Als einen Gesellschaftszusatz hat das Reichsgericht (bei Bolze 10 Nr. 184 b) die Bezeichnung Union nicht angesehen, doch erscheint das bedenklich.

Anm. 13. **Zusatz 1. Der Abs. 2 gilt, soweit er die täuschenden Zusätze verbindet, auch für die Handelsgesellschaften** (R.G. 3 S. 166; Johow u. Küntzel 3 S. 10; 5 S. 18).

Anm. 14. **Zusatz 2. Ueber die Sprache der Firma ist nichts gesagt.** Nach der Entscheidung des Kammergerichts (Johow Bd. 8 S. 24; vergl. 10 S. 14) ist die Wahl der Sprache freigelassen, nur gesetzlich vorgeschriebene Zusätze (z. B. eingetragene Genossenschaft) müßten deutsch sein. Diese im Anschluß an Cwiklinsky (bei Gruchot 26 S. 383 ffg.) gegebene Entscheidung geht doch zu weit. Vielmehr ist das Erforderniß aufzustellen, daß die willkürlich gewählten Zusätze mindestens

in einer durch erreichbare Dolmetscher übertragbaren Sprache abgefaßt sein müssen, damit die Interessenten die Möglichkeit haben, sich die gewünschte Kenntniß zu verschaffen. Daß nach § 186 G.V.G. und nach § 8 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit die Gerichtssprache die deutsche ist, ändert hieran nichts. Daraus folgt nur, daß alle Anträge in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen. Auch in der Reichstagskommission (K.B. S. 12) ist es abgelehnt worden, im neuen H.G.B. vorzuschreiben, daß die Bezeichnung der Firma in deutscher Sprache zu erfolgen habe.

Anm. 15. **Zusatz 3.** Der Paragraph enthält nichts über die **civilrechtliche Bedeutung** der in ihm enthaltenen Formvorschrift. Sie hat vorwiegend rechtspolizeiliche Bedeutung. Die unter einer hiernach unzulässigen Firma vorgenommenen Rechtshandlungen sind darum nicht ungültig (vergl. Anm. 1 zu § 17). Firmeneintragungen, welche ganz oder zum Theil unzulässig sind, genießen, wenn dennoch geschehen, insoweit keinen Schutz, als ihre Unzulässigkeit reicht (Behrend § 40 Anm. 41).

Anm. 16. **Zusatz 4. Uebergangsfragen.** Für die bisher eingetragenen Firmen kommt das bisherige Recht insofern zur Anwendung, als sie beibehalten werden dürfen, auch wenn sie dem neuen Recht nicht entsprechen, wofern sie nur dem alten Recht entsprechen (Art. 22[1]) des Einf.-Ges. z. H.G.B.). Das bezieht sich auch auf diejenigen Firmen, welche vor dem alten H.G.B. entstanden sind, diese brauchen nur dem Rechte ihrer Zeit zu entsprechen. Daraus folgt z. B., daß Firmen ohne Vornamen oder mit abgekürzten Vornamen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 weitergeführt werden dürfen. Desgleichen können täuschende Bezeichnungen über den Umfang, da sie früher zugelassen wurden (Johow 12 S. 14), beibehalten werden. Auch das ergiebt sich aus Art. 22 E.G. zum H.G.B.

Das Recht der Beibehaltung bezieht sich auch auf den Fall, daß eine nach früherem Recht zulässige, nach jetzigem Recht unzulässige Firma veräußert wird. Es sollte eben nur die Wahl ursprünglicher Firmen dem neuen Rechte unterstellt werden.

§ 19.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft hat den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft hat den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten.

Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich.

Die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter dürfen in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nicht aufgenommen werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt Sondervorschriften über die Form der Firma der offenen Handelsgesellschaften und der einfachen Kommanditgesellschaften.** Daneben gelten die allgemeinen Vorschriften über Firmen auch für diese Firma. Selbstverständlich ist

[1]) Derselbe lautet:

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Handelsgesetzbuchs im Handelsregister eingetragenen Firmen können weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften.

Die Vorschriften des § 20 des Handelsgesetzbuchs über die in die Firma der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien aufzunehmenden Bezeichnungen finden jedoch auf die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs für eine solche Gesellschaft in das Handelsregister eingetragene Firma Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist.

dies von den Vorschriften der §§ 21 ffg., welche offensichtlich für alle Firmen gelten. Aber es gilt dies auch von der Vorschrift des § 18 Abs. 2 über die Form der Zusätze, obwohl diese Vorschrift sich an die Vorschrift über die Einzelkaufleute eng anschließt (vergl. hierüber Anm. 13 zu § 18).

Die Sondervorschriften des vorliegenden Paragraphen sind:

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Firma der offenen Handelsgesellschaft** muß, wenn nicht alle Socien genannt sind, einen Gesellschaftszusatz erhalten (und zwar einen solchen, der der Sachlage nicht widerspricht, vergl. die Einleitung). Zulässige Gesellschaftsfirmen sind z. B. Fischer & Co., Gebrüder Hammer, Arnheim Vater und Sohn. Für den Fall, daß alle Socien in der Firma genannt sind, ist ein Gesellschaftszusatz nicht nöthig, aber — trotz des anscheinend entgegenstehenden Wortlauts, der eine Alternative enthält — auch nicht unzulässig, wenn er nur nicht so beschaffen ist, daß er zu der Täuschung Anlaß giebt, daß außer den benannten Socien noch andere vorhanden sind. Wenn z. B. Schulze und Müller Inhaber sind, so darf die Firma nicht lauten: Schulze, Müller & Co., wohl aber Bankverein Schulze & Müller (R.G. 37 S. 60; O.L.G. Hamburg in G.Z. 42 S. 502).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Die Firma der Kommanditgesellschaft** muß den Namen wenigstens eines Komplementars und einen Gesellschaftszusatz enthalten. Daraus folgt: der Gesellschaftszusatz ist immer nothwendig, auch wenn alle Komplementare in der Firma genannt sind. Doch braucht es nicht gerade ein solcher Zusatz zu sein, der auf eine Kommanditgesellschaft hindeutet. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt diese Vorschrift nicht (vergl. § 20).

Anm. 3. 3. (Abs. 3 u. 4.) **Hier wird für beide Gesellschaftsarten gemeinsam bestimmt:**

a) daß die Beifügung von Vornamen nicht erforderlich ist,

b) daß andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma nicht genannt werden dürfen, also weder Kommanditisten, noch stille Gesellschafter, noch fremde Personen. Geschieht es dennoch, so ist die Eintragung und die sonstige Führung zu untersagen und die versehentliche Eintragung zu löschen (vergl. § 140 u. 142 F.G.).

Anm. 4. **Zus. 1.** In Bezug auf die civilrechtliche Bedeutung der Vorschrift ist zu bemerken, daß die Rechtsgeschäfte der unter einer unzulässigen Firma handeltreibenden Gesellschaft nicht etwa ungiltig sind (Bolze 1 Nr. 1169; vergl. Anm. 1 zu § 17).

Anm. 5. **Zus. 2.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf die ursprüngliche Bildung einer Firma, also auf den Fall, wo zwei oder mehrere Personen ein Geschäft begründen und dadurch eine o. H.G. bilden. Mehrere Personen können aber auch ein bestehendes Geschäft mit dem Firmenrecht erwerben und können in diesem Falle die alte Firma fortführen, auch wenn sie keine Gesellschaftsfirma ist, oder es kann Einer dem Geschäfte eines Andern als offener Gesellschafter beitreten und es kann dabei die Firma des bisherigen Einzelkaufmanns auf die Gesellschaft übergehen (§§ 22 u. 24).

Anm. 6. **Zus. 3. Uebergangsfrage.** Darüber s. Anm. 16 zu § 18.

§ 20.

Die Firma einer Aktiengesellschaft sowie die Firma einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist in der Regel von dem Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen; die erstere Firma hat außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft", die letztere Firma die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien" zu enthalten.

Einleitung. **Ueber die Firma der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft** (Firma und Name sind bei ihnen identisch; R.G. 1 S. 26; 3 S. 68) giebt der vorliegende Paragraph zwei Vorschriften. Die Firmen dieser beiden Gesellschaftsarten werden jetzt parallel behandelt, was der Behandlung dieser beiden Gesellschaftsarten im neuen Gesetzbuch überhaupt entspricht.

Auch hier gelten daneben die allgemeinen Vorschriften über die Firmen und insbesondere auch über die Form der Zusätze (vergl. die Einl. zu § 19).

1. **Die Firma soll regelmäßig dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein.** Ausnahmen kann das Registergericht zulassen. Die Zulassung liegt in der Eintragung. Sie bezieht sich nicht auf abgeleitete Firmen, also auf den Fall, wo eine in der Gründung befindliche oder eine bestehende Gesellschaft ein Geschäft mit Firma erwirbt. In diesem Falle hat der Geschäftsübernehmer das Recht der Fortführung, welches ihm der Registerrichter nicht entziehen kann. Aus § 22 geht dies klar hervor. Nur das zu 2 erwähnte Erforderniß ist auch bei abgeleiteten Firmen zu beobachten. Dem Gegenstande eines anderen Unternehmens darf sie jedenfalls nicht entlehnt sein oder vielmehr: wenn sie eine Sachfirma ist, darf sie nicht so gewählt sein, daß sie etwas anderes als den Gegenstand ihres Unternehmens bezeichnet, als was nach ihren Statuten Gegenstand des Unternehmens ist. Das folgt schon daraus, daß sie keine täuschende Bezeichnung enthalten darf (s. d. Einl. u. § 18 Abs. 2). — Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist zu beachten, daß neben der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht etwa noch die Vorschriften des § 19 Abs. 2 u. 4 zu beobachten sind. Es braucht also bei der Firma dieser Gesellschaft der Name eines persönlich haftenden Gesellschafters in der Firma nicht zu stehen, und es ist andererseits zulässig, daß, wie dies zu 3 für die Aktiengesellschaft ausgeführt ist, die Namen anderer Personen als der Komplementare in der Firma stehen (Denkschr. S. 35). Anm. 1.
2. Sie soll außerdem den Zusatz: Aktiengesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten. An welcher Stelle ist gleichgiltig. Dieses Erforderniß ist auch bei abgeleiteten Firmen obligatorisch (vergl. § 22). Die Bezeichnung muß voll ausgeschrieben sein. Die Bezeichnung A. G. würde nicht genügen, noch weniger die Bezeichnung Aktien-Hotel Germania, Aktienbauverein Kurfürstendamm, es muß in solchem Falle immer noch hinzugefügt werden: Aktiengesellschaft. Anm. 2.
3. Im Uebrigen kann die Firma auch Personennamen enthalten. Der hierüber früher bestandene Zweifel (5. Aufl. § 2 zu Art. 18) kann nach der jetzigen Fassung des Gesetzes nicht mehr aufkommen, da der vorliegende Paragraph die Vorschrift, daß der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen nicht aufgenommen werden kann, gestrichen hat (vergl. überdies auch § 22). Es sind hiernach zulässig Firmen, wie „Heinrich Bock Aktiengesellschaft", „Hasenstein & Vogler, Aktiengesellschaft". Das bezieht sich auch auf Aktienkommanditgesellschaften (vergl. zu 1). Anm. 3

Zusatz. Uebergangsfragen. Auch auf Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestehen, findet die in Anm. 3 erörterte Vorschrift (Nothwendigkeit des Zusatzes Aktiengesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft auf Aktien) zufolge Art. 22[1]) des Einführungsgesetzes zum H.G.B. Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist. Es müssen also nicht etwa alle bestehenden Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften sich in dieser Weise benennen. Die Aktiengesellschaften in Firma „Heidelberger Riesenstein", „Deutsche Bank", „Deutsche Zeitungs-Verlagsanstalt" können ihre Firmen beibehalten, ebenso die Aktienkommanditgesellschaften in Firma „Direktion der Diskontogesellschaft", und „Berliner Handelsgesellschaft". Es ist aber nicht nöthig, daß die Firma nur Personennamen enthält, um der Uebergangsvorschrift des Art. 22 unterworfen zu sein, es genügt, daß der Hauptbestandtheil Personen enthält, z. B. Rudolf Behrends Zeitungsverlag; während, wenn nur die Zusätze, z. B. im Nachfolgerzusatz Personennamen enthalten, die Uebergangsvorschrift nicht Platz greift, weil ja der Gedanke des Gesetzes der ist, daß keine Firmen als Aktienfirmen fortbestehen sollen, welche durch ihre Form die Anschauung hervorrufen können, daß persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind: so z. B. braucht sich die Nähmaschinenfabrik vorm. Frister & Roßmann die Bezeichnung Aktiengesellschaft nicht beizulegen, desgleichen nicht die Spandauer Bergbrauerei vorm. C. Beckmann. Als Personennamen gelten hierbei diejenigen Namen nicht, welche den Gedanken an eine persönliche Haftung nicht aufkommen lassen, Anm. 4.

[1]) Siehe den Text desselben zu § 18 Anm. 16 Note 1.

so z. B. wenn es sich um historische oder mythologische Namen handelt: die Firmen Germanischer Lloyd; Salvator-Aktienbrauerei; Gutenberg, Druckerei u. Verlag werden sich die Bezeichnung Aktiengesellschaft nicht beizulegen brauchen.

§ 21.

Wird ohne eine Aenderung der Person der Name des Geschäftsinhabers oder der in der Firma enthaltene Name eines Gesellschafters geändert, so kann die bisherige Firma fortgeführt werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt das Recht der Fortführung der bisherigen Firma trotz Namensänderung.** Die Vorschrift ist in der Reichstagskommission eingefügt worden hauptsächlich deshalb, weil die Pflicht zur Firmenänderung Frauenspersonen, die sich verheirathen, Nachtheil bringen und dadurch die Entschließung zur Verheirathung erschweren kann (K.B. S. 17).

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bezieht sich auf Vor- und Beinamen** und auf Namensänderungen aller Art (Adoption, nachträgliche Legitimation, Verheirathung, auch landesgesetzlich zulässige freiwillige Aenderung des Namens).

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift giebt dem Besitzer des geänderten Namens das Recht zur Beibehaltung des früheren Namens als Firma.** Dasselbe kann ihm, zufolge dieser Vorschrift, weder vom Registerrichter, noch auch von einem Dritten verschränkt werden, der sonst ein Recht auf Untersagung der Führung des in der Firma enthaltenen Namens hätte. Düringer u. Hachenburg I S. 108 wollen zwar dem Dritten (z. B. dem Ehemann gegenüber seiner für allein schuldig erklärten geschiedenen Frau) das Untersagungsrecht geben. Allein dann wäre die Vorschrift nur von geringer Bedeutung und nicht im Stande ihren Zweck zu erfüllen. Sie sollte ja gerade besonders Frauenspersonen schützen vor den üblen Folgen, welche der Verlust ihres bisherigen Namens in Folge der damit verbundenen Nothwendigkeit der Firmenänderung mit sich brächte. Giebt man dem geschiedenen Manne das Untersagungsrecht gegenüber seiner Ehefrau, so muß man es auch in allen übrigen Fällen gewähren, wo Jemand nach dem Gesetze ein Recht auf Untersagung der Namensführung hat. Dann könnten, wenn Schlesinger seinen Namen in Bürger ändert, den Namen Schlesinger aber in der Firma fortführt, alle Schlesinger, jedenfalls alle diejenigen, die ein Konkurrenzgeschäft haben, ihm dies verbieten. Das ist aber eben nicht der Wille des Gesetzgebers. Kann der Inhaber der Firma trotz der Namensänderung die Firma weiterführen, so kann es ihm eben auch Niemand verbieten, auch wenn sonst ein Verbietungsrecht gegeben wäre. Der dem § 21 zu Grunde liegende Gedanke ist ähnlich dem, der dem § 22 zu Grunde liegt. Auch in diesem letzteren wird im Interesse der Konservirung der in den Firmen liegenden Werthe Dem, der den betreffenden Namen als bürgerlichen nicht führt, gestattet, ihn gleichwohl als Firma zu führen. Das wird ihm aber nicht bloß kraft Registerrechts gestattet, vorbehaltlich der Untersagungsrechte Dritter, sondern es ist dies zugleich ein Eingriff in die Rechte Dritter, welche an sich ein Recht auf Untersagung der Führung dieses Namens hätten (vergl. Anm. 6 zu § 22). Das Gleiche ist hier der Fall. Würde man das nicht annehmen, so ergäbe sich die sonderbare Konsequenz, daß, wenn eine geschiedene, allein für schuldig erklärte Frau ihr Geschäft mit Firma veräußert, der Geschäftsnachfolger die Firma ungestört führen könne, wenn sie es aber nicht veräußert und selbst die Firma fortführen will, so könnte ihr der Mann die Führung der Firma untersagen

Anm. 3. 3. **Aber der Inhaber des geänderten Namens hat auch nur das Recht, nicht die Pflicht der Beibehaltung der bisherigen Firma.** Er kann selbstverständlich die Firma auch entsprechend ändern. Dabei brauchen nicht alle Bedingungen einer ursprünglichen Firma erfüllt zu werden. Besteht z. B. unter der Firma Cohn & Cie. eine offene Handelsgesellschaft, geht diese alsdann auf Julius Cohn allein über und ändert dieser seinen Namen in Julius Winter, so kann er seine Firma in Julius Winter & Cie ändern.

Anm. 4. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Daß auch bisherige Firmen, wenn eine Namensänderung nach dem 1. Januar 1900 eintritt, nicht geändert zu werden brauchen, ist selbstverständlich. Aber

auch dann, wenn eine Namensänderung vor dem 1. Januar 1900 eingetreten war, sodaß schon der vom alten Recht gebotene Fall der Firmenänderung vorlag, braucht nach § 21 die Firmenänderung nicht mehr zu erfolgen, wenn sie bis zum 1. Januar 1900 unterlassen wurde. Das dürfte als unzweifelhafter Gesetzeswille zu betrachten sein.

§ 22.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im § 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt.

Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.

Einleitung.

Der Paragraph handelt vom Uebergang des Firmenrechts auf eine andere Person. Die Möglichkeit eines solchen Ueberganges ist eine so weitgehende Ausnahme von dem Prinzip der Firmenwahrheit, daß in Folge derselben bei keiner Firma mehr mit Sicherheit auf den Firmeninhaber geschlossen werden kann. Dabei ist hier der Fall des Vollerwerbes des Geschäfts behandelt, während im § 24 von dem Erwerb eines Geschäftsantheils, von dem theilweisen Wechsel im Personalbestande der Firmeninhaberschaft die Rede ist. In Folge dieser Ausnahme und des § 24 ist nun aus der Firma selbst überhaupt nicht mehr mit Sicherheit zu erkennen, ob der Inhaber einer Einzelfirma wirklich ein Einzelkaufmann und nicht vielmehr eine o. H.G. ist, und ob der Inhaber einer Gesellschaftsfirma eine Gesellschaft und nicht vielmehr ein Einzelkaufmann ist (vergl. unten Anm. 1), ob der Inhaber ein Mann oder eine Frau ist.

Anm. 1.

1. **Die Voraussetzungen des Firmen-Uebergangs sind zweierlei:**
   a) **Der Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts.** Hinzuzufügen ist, daß es das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns sein muß. **Es muß also ein einem Vollkaufmann gehöriges bestehendes Handelsgeschäft erworben werden:**
      α) **Einem Vollkaufmann** muß es gehören, weil das Firmenrecht auf Minderkaufleute keine Anwendung findet (§ 4). Wer also die Firma eines Minderkaufmanns kauft, erwirbt das Recht zur Führung des Namens des Minderkaufmanns für sein Geschäft nicht, und kann es auch nicht nachträglich durch Vergrößerung des Geschäfts oder sonstige Umwandlung in ein Vollkaufmannsgeschäft für sich begründen. (Johow 13 S. 27.) **Dagegen ist es gleichgültig, ob die Firma eingetragen ist oder nicht** (Kammergericht bei Johow und Küntzel 5 S. 24; 13 S. 26; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 226), oder ob sie etwa schon gelöscht ist, wenn nur im Sinne unserer Ausführungen in Anm. 3 das Geschäft noch besteht (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1000). Wenn also ein Vollkaufmann nach § 1 sein Geschäft mit Firma veräußert, so muß dieser Uebergang in das Handelsregister eingetragen werden, auch wenn die Firma bisher nicht eingetragen war. Bei Vollkaufleuten nach § 2 und § 3 Abs. 2 ist natürlich Eintragung Voraussetzung, weil bei diesen erst durch Eintragung die Kaufmannseigenschaft entsteht und (unserer Ansicht nach vergl. Anm. 14 zu § 2 und Anm. 9 zu § 3) durch Löschung verloren geht. Wer im letzteren Punkte anderer Ansicht ist, für den ist auch bei den Vollkaufleuten der § 2 und 3 Abs. 2 die Löschung der Firma kein absoluter Hinderungsgrund für den Uebergang des Geschäfts mit Firma. — Nicht genügend ist es zur Anwendung des vorliegenden Paragraphen, daß der Ver-

äußerer gemäß § 5 zufolge der Eintragung als Vollkaufmann gilt, während er es in Wahrheit nicht ist. Düringer's und Hachenburg's gegentheiliger Ansicht (I S. 109) vermögen wir uns nicht anzuschließen. Denn der so zu Unrecht Eingetragene hat kein Firmenrecht und kann es also nicht veräußern (vergl. Anm. 5 zu § 5). Der Registerrichter kann ihn zur Löschung anhalten, ein Dritter in seinen Rechten Verletzter kann ihn auf Unterlassung des Firmengebrauchs und auf Löschung verklagen, wie sollte da die Veräußerung einer solchen Firma giltig sein? Der im § 5 ausgesprochene, dem Wortlaute nach ganz allgemein gehaltene Grundsatz erleidet eben mannigfache, durch die Natur der Sache gebotene Einschränkungen (vergl. Anm. 4 zu § 5). Der Erwerber einer solchen Scheinfirma kann also kein Firmenrecht erwerben. Sein guter Glaube schützt ihn nicht (vergl. unten Anm. 4). Seine Umschreibung im Handelsregister darf nicht erfolgen und solange sie nicht erfolgt, greift auch § 5 zu seinen Gunsten nicht Platz. Erfolgt sie aber, so ist er Scheinkaufmann kraft Eintragung gemäß § 5, aber auch nicht mehr, nicht wahrer Vollkaufmann. Erweitert er nunmehr sein Geschäft zu einem Vollhandelsgewerbe, so muß er eine ursprüngliche Firma wählen (vergl. oben Anm. 1 am Anfange, wo dieselbe Frage für den Erwerb eines Geschäfts vom nicht eingetragenen Minderkaufmann behandelt ist). Dagegen kann ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte mit mehreren Firmen betreibt, eines davon mit der Firma veräußern.

Anm. 2. β) **Ein Handelsgeschäft.** Unter dem Handelsgeschäft versteht man den Komplex alles dessen, was zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes gehört. Im weitesten Umfange gehören dazu: die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte und die sogenannten Chancen des Geschäfts, d. h. die thatsächlichen Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, mögen sie nun in Fabrikationsgeheimnissen oder in der Kenntniß von Bezugs- oder Absatzquellen oder in dem durch reelles Geschäftsgebahren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäftlichen Vertrauen oder Rufe bestehen; auf der andern Seite gehören dazu die Verbindlichkeiten des Geschäfts. — Ob auch eine Zweigniederlassung ein Handelsgeschäft im Sinne unseres Paragraphen ist, darüber vergl. die Erl. zu § 30. — Die Veräußerung eines Theils des Geschäfts reicht nicht aus: es kann daher nicht ein Theil des Geschäfts mit dem Firmenrecht veräußert, ein anderer Theil mit dem Firmenrecht zurückbehalten werden, auch nicht mit Hinzufügung unterscheidender Zusätze (Johow 13 S. 28).

Anm. 3. γ) **Ein bestehendes Handelsgeschäft.** Der Firmen-Uebertragungsvertrag ist ungültig, wenn der Veräußerer selbst kein Handelsgeschäft betrieben hat (Obertribunal in Busch Archiv 20 S. 56 betreffend die Firma Johann Maria Farina; R.O.H. 6 S. 246; vergl. auch R.G. 3 S. 120; 25 S. 1; endlich auch R.G. 9 S. 1, in welchem Falle Jemand einen Vermögenskomplex anschaffte zu dem einzigen Zwecke, um diesen mit seinem Namen als Firma auf einen Anderen zu veräußern). Hat aber der Veräußerer das Handelsgewerbe betrieben, so hört das Geschäft nicht unmittelbar mit dem Aufhören des Gewerbebetriebes zu bestehen auf. Das Geschäft besteht vielmehr so lange, als die zur Fortführung desselben geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, selbst wenn der Inhaber zeitweilig aufgehört hat, diese weiter zu pflegen. Erst wenn die Grundlagen des Geschäfts zerstört sind, kann man sagen: das Geschäft bestehe nicht mehr (vergl. R.G. in Strafsachen 25 S. 77). So hört das Handelsgeschäft durch den Eintritt der Liquidation nicht sofort zu bestehen auf, und deshalb besteht in diesem Falle die Möglichkeit der Veräußerung des Firmenrechts fort. (Zust. Allfeld S. 150.) Auch durch den Konkurs hören die wirthschaftlichen Grundlagen des Geschäfts nicht nothwendig auf, sicherlich nicht, wenn das Geschäft fortgesetzt wird, sodaß für diesen Fall § 22 unbedenklich anwendbar ist (Bolze 6 Nr. 169); aber es kann auch trotz Schließung des Geschäfts durch die Konkursverwaltungsorgane das Verhalten des

Gemeinschuldners derart sein, daß es die Absicht erkennen läßt, das Geschäft wieder aufzunehmen, in welchem Falle gleichfalls § 22 anwendbar ist (vergl. Johow 13 S. 37, wo nur die Formulirung nicht zutrifft, daß der Wille des Kaufmanns das allein entscheidende sei, da ja objektiv hinzukommen muß, daß die Wiederanknüpfung der alten geschäftlichen Beziehungen noch möglich, eine Zerstörung der wirthschaftlichen Grundlagen des Geschäfts noch nicht eingetreten ist). Ueber die Firmenveräußerung im Konkurse und während der Liquidation vergl. noch unten Anm. 5.

δ) **Der Erwerb** eines Handelsgeschäfts. Hier ist der Vollerwerb gemeint im Gegen- Anm. 4.
satz zu § 24, wo die gleiche Materie für den theilweisen Wechsel im Personalbestande der Inhaberschaft behandelt ist. Aus dem in Anm. 2 Gesagten folgt nicht etwa, daß zum Erwerb des Handelsgeschäfts der Uebergang aller zu β aufgezählten Bestandtheile, aller Aktiva und Passiva des Geschäfts gehört (R.G. 9 S. 81—84; 25 S. 4). Es können auch einzelne dieser Bestandtheile ausgeschieden werden, seien dies die ausstehenden Forderungen ganz oder zum Theil, oder Waarenvorräthe, oder seien es auch die Passiva (R.G. vom 10. Dezember 1895 in J.W. 1896 S. 36). Doch muß ein Erwerb des Geschäfts im Großen und Ganzen vorliegen, nicht gerade im Ganzen, nicht in seiner Gesammtheit, wie Allfeld S. 157 sagt, sondern so, daß diejenigen Bestandtheile des Handlungsvermögens übergehen, welche die Fortführung des Handelsbetriebes ermöglichen (vergl. Behrend § 37 Anm. 34; O.L.G. Köln in G.Z. 46 S. 474; R.G. 37 S. 178; Beispiele siehe bei Bolze 6 Nr. 169; 8 Nr. 156, vergl. auch O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 439). Oft ist Ueberlassung der Chancen, der Möglichkeit zur Fortsetzung des Geschäfts die Hauptsache und die zum Geschäfte gehörigen greifbaren Objekte von nebensächlicher Bedeutung (R.G. 37 S. 178).

Darüber, was im Einzelnen als veräußert gilt, vergl. unten Anm. 14 ffg.

Der Erwerbsakt kann ein Geschäft unter Lebenden oder von Todes wegen sein, z. B. Testament (R.G. 9 S. 81, Fall des Vermächtnisses; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 971, Fall der Universalerbschaft), nicht aber Ersitzung (R.G. 25 S. 6), jetzt schon deshalb nicht, weil Firmenrechte keine Sachen sind (§§ 937, 90 B.G.B.). Der Erwerbsakt ist für den Uebergang des Firmenrechts nur dann wirksam, wenn der Erwerber das Firmenrecht hatte, guter Glaube hilft nicht (R.G. 25 S. 4). Der Fall des § 933 B.G.B. liegt nicht vor, weil die Firma keine bewegliche Sache ist (§ 90 B.G.B.).

Wird das Geschäft durch Pacht, Nießbrauch oder ein ähnliches Verhältniß nicht gerade erworben, aber doch übernommen, so gilt dies für die Anwendung des § 22 dem Erwerb gleich (Abs. 2). Ein ähnliches Verhältniß ist die Antichrese (vergl. §§ 1213, 1273 B.G.B.) — Cohn bei Gruchot 42 S. 49.

Ueber die materiellen Grundsätze bei Pacht und Nießbrauch eines Geschäfts s. unten Anm. 25.

Die Person des Erwerbers ist im Allgemeinen gleichgiltig. Es kann daher auch eine o. H.G. das Geschäft eines Einzelkaufmanns, ein Einzelkaufmann das Geschäft einer o. H.G. mit der Firma kaufen; es können zwei Personen das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit der Firma erwerben und das Geschäft mit Firma fortführen. Eine Grenze liegt jedoch dort, wo die Fortführung der Firma zu Täuschungen führen würde. Hierüber und über den Erwerb der Firma von Aktiengesellschaften u. s. w. s. unten Anm. 9.

b) **Die ausdrückliche Zustimmung des Geschäftsinhabers** bezw. der Geschäftsinhaber, wenn Anm. 5.
es mehrere sind, oder deren Erben oder etwaiger Miterben. Der Vorgang ist nicht als Veräußerung eines Vermögensobjekts zu denken, als welches die Firma nicht zu betrachten ist, sondern als Bewilligung einer Namensführung (R.G. vom 2. April 1894 in J.W. S. 317); daher kann diese Bewilligung im Konkurse des Kaufmanns nicht der Konkursverwalter, sondern nur der Gemeinschuldner ertheilen (R.G. 9 S. 106).

Im Falle des Konkurses müssen also der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner bei der Veräußerung zusammenwirken, jener kann nur das Geschäft, dieser nur die Firma veräußern (vergl. Bolze 6 Nr. 169).[1]) Auch der Liquidator als solcher kann die Firma nicht veräußern (vergl. zu § 149). Wenn das Geschäft durch Vermächtniß übergeht, so ist die Zustimmung der Erben erforderlich; denn das Vermächtniß erzeugt nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben (§ 2174 B.G.B.), wenn dagegen das Geschäft durch Erbschaft übergeht, so bedarf es keiner weiteren Zustimmung, sei es, daß nur ein Universalerbe vorhanden ist, dem das Geschäft zufällt, oder daß das Vermögen mehreren Erben zufällt, oder daß das Geschäft mit Firma einer Person oder einzelnen Personen vermacht ist (§ 2087 Abs. 2 B.G.B.). Denn in diesen letztwilligen Verordnungen liegt die Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers, nämlich des Erblassers. Die Wittwe als solche braucht nicht zu konsentiren. Zur ausdrücklichen Zustimmung gehören nicht etwa ausdrückliche Worte, sondern die für die ausdrücklichen Erklärungen überhaupt nothwendigen Erfordernisse (R.O.H. 10 S. 291). Zur Anmeldung ist aber die vorgeschriebene Form erforderlich (§ 12; vergl. jedoch § 12 Abs. 2). Erwerb des Geschäfts und Zustimmung zur Firmenführung müssen gleichzeitig erfolgen (Johow 12 S. 22; 13 S. 30; 15 S. 12), worunter allerdings nicht gerade eine unitas actus oder sonstige Gleichzeitigkeit im wörtlichen Sinne zu verstehen ist, aber doch ein gewisser zeitlicher und wirthschaftlicher Zusammenhang (vergl. Makower S. 52; anders wohl auch nicht Bolze 8 Nr. 156).

Anm. 6. 2. **Die Wirkungen des Firmen-Uebergangs** sind:

a) **Die Befugniß der Geschäftsfortführung unter der bisherigen Firma.**

α) **Die Befugniß.** Nur ein Recht, nicht eine Pflicht normirt das Gesetz. Der Gebrauch des eigenen Namens als Firma ist dem Geschäfts- und Firmenerwerber nicht verwehrt. Zwar kann auch die Pflicht zur Führung der bisherigen Firma vertraglich stipulirt sein. Allein an der Innehaltung einer solchen Pflicht ist das öffentliche Interesse nicht betheiligt, nur der Veräußerer kann auf Erfüllung einer solchen Pflicht beharren, kein Dritter und nicht der Registerrichter. Es ist ferner anzunehmen, daß, wer nach dem Firmenerwerb zunächst seinen Familiennamen als Firma gebraucht hat, doch auf die erworbene Firma zurückgreifen kann (O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 530, 531).

Anm. 7. β) **Die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma** ist der Inhalt der hier gesetzlich normirten Befugniß. Einerseits liegt darin das Recht der Führung des fremden Namens als Firma. Nicht bloß der Registerrichter ist an dieses Recht gebunden, und nicht bloß der Veräußerer, sondern es greift dasselbe auch in fremde Namensrechte ein, da auch dem Dritten, der sonst ein Recht auf Untersagung dieser Namensführung hätte, dasselbe in Folge des § 22 versagt ist. Andererseits besteht das Recht nur in der Führung der Firma bei Fortführung des Geschäfts, gestattet ist dem Erwerber nicht die Fortführung der Firma ohne Fortführung des Geschäfts. Der Erwerber kann daher nicht das Geschäft aufgeben und für ein neues die erworbene Firma führen (R.G. 1 S. 261; Allfeld S. 153; Förtsch Anm. 1 zu Art. 24; Cosack S. 80; Düringer und Hachenburg I S. 110; O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 531; anders N. N. in G.Z. 26 S. 1). Doch braucht das fortgeführte Geschäft nur im Wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen. Völlige Identität ist keineswegs erforderlich, insbesondere bedingen quantitative Veränderungen, Erweiterungen und Verringerungen des Geschäftsbetriebes, sollten diese auch in Zulegung neuer Artikel oder in Abschaffung alter bestehen, nicht den Unter-

---

[1]) Auch bei juristischen Personen kann der Konkursverwalter und Liquidator die Firma nicht veräußern. Das Erforderniß der Zustimmung des Geschäftsinhabers wird hier in der Weise erzielt, daß dasjenige Organ, welches die Gesammtheit der Mitglieder der juristischen Person vertritt, seine Zustimmung giebt.

gang des Firmenrechts (O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 531). Ja sogar eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ist dann ohne Nachtheil, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbrochen ist (Cosack S. 80; Makower 53, anders Düringer und Hachenburg I S. 110).

b) **Die Fortführung der Firma kann unverändert oder mit Nachfolger-Zusatz geschehen.** Anm. 8. Ein sehr gebräuchlicher Nachfolger-Zusatz ist das Wort „Nachfolger". Beispiele: Albert Müller's Nachfolger, oder Christian Schulze's Nachfolger Paul Hengstenberg, oder Fritz Schloßmann vorm. F. Hennig & Co. Aus den letzten beiden Beispielen ist ersichtlich, daß trotz Hinzufügung des eigenen Namens die Fortführung der bisherigen Firma vorliegt. Andere als Nachfolgerzusätze sind nicht gestattet (Kammergericht in G.Z. 46 S. 473, L.G. Hannover bei Johow 11 S. 393) und ohne die Zustimmung des Veräußerers darf der Erwerber solche oder andere Aenderungen nicht vornehmen (L.G. Frankfurt in G.Z. 34 S .567), wohl aber mit Zustimmung des Veräußerers, und auch diese ist nicht erforderlich, wenn der Zusatz unzulässig war und deshalb fortgelassen werden soll (vergl. z. B. den Fall in Anm. 8 zu § 18).

Das Fortführungsrecht der Firma hat seine Grenzen dort, wo diese Fort- Anm. 9. führung direkter Täuschung dienen würde. Aus diesem Grunde gelten Besonderheiten bei dem Uebergang der Firma von und auf Gesellschaften. Erwirbt ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft von einer Aktiengesellschaft ein Handelsgeschäft, so kann die Fortführung der Firma ohne diese Bezeichnung oder mit einem Nachfolger-Zusatz unbedenklich erfolgen (R.G. 15 S. 110). Ob die Fortführung der Firma auch mit der Bezeichnung Aktiengesellschaft und ohne Nachfolger-Zusatz erfolgen kann, hat das Reichsgericht dort unentschieden gelassen. Für die Verneinung spricht die allgemeine, nunmehr vom Gesetzgeber adoptirte Erwägung, daß, da eine Firma nicht den Zwecken direkter Täuschung dienstbar gemacht werden darf, es nicht zugelassen werden kann, daß die ausdrückliche Hervorhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in einer Firma figurirt, wenn das Sachverhältniß anders liegt. (Zust. Allfeld S. 153 Anm. 16; Cohn bei Gruchot 42 S. 48.) Die umgekehrte Frage, ob eine bestehende Aktien-Gesellschaft die Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft erwerben und fortführen kann, ist insofern zu bejahen, als es zulässig ist, daß die Aktien-Gesellschaft ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma mit einem das Nachfolge-Verhältniß andeutenden Zusatze hinzufügt, oder die erworbene Firma (mit dem Zusatze Aktien-Gesellschaft) durch Statutenänderung als einzige Firma annimmt (vergl. Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen), insofern aber zu verneinen, als es nicht zulässig ist, daß sie neben ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma führt. Vereinigt sich das neu erworbene Geschäft mit dem bisherigen, so folgt die Verneinung schon aus anderweit entwickelten Gründen, die auch für den Einzelkaufmann gelten (vergl. Anm. 6 zu § 17). Aber auch wenn das neu erworbene Geschäft getrennt betrieben wird, stehen der doppelten Firmenführung durch die Aktien-Gesellschaft die für diese geltenden Sonderbestimmungen entgegen (§§ 182 Nr. 1, 233), indem dieselben deutlich erkennen lassen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Aktien-Gesellschaft nur eine Firma haben darf. Es kann den Aktionären einer Aktien-Gesellschaft nicht überlassen bleiben, das Statut dahin zu ändern, daß die Gesellschaft zwei oder gar mit demselben Rechte hundert verschiedene Firmen führen soll. (Gleicher Ansicht Ring S. 184; Kammergericht bei Johow 12 S. 22 und 16 S. 5; Oberstes L.G. München bei Holdheim 3 S. 35, Lehmann, Aktienrecht I S. 152; dagegen Behrend § 34 Anm. 33; David bei Holdheim 5 S. 245; Hinsberg bei Holdheim 6 S. 254.) — Das Gleiche gilt übrigens von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Johow 14 S. 34), ebenso von der o. H.G. und von der Kommanditgesellschaft; auch diese können nur eine Firma haben, und daher zwar ein Handelsgeschäft mit Firmenrecht erwerben, diese letztere Firma aber nur führen, wenn sie die frühere Firma aufgeben (vergl. § 105).

Anm. 10. c) **Die Befugniß zur Weiterveräußerung der Firma und zur Verwendung derselben bei Zweiggeschäften.** Die Genehmigung der Fortführung ist, auch wenn nur die Person des Erwerbers als zur Fortführung berechtigt genannt ist, im Zweifel als ertheilt anzusehen, solange das Geschäft auch in dritter Hand weiter betrieben wird. (Bolze 6 Nr. 170; Johow 13 S. 30; 15 S. 11.) Der Firmenerwerber hat also im Zweifel auch das Recht der Veräußerung des Firmenrechts; auch darf er einen Sozius aufnehmen und das Gesellschaftsgeschäft unter der erworbenen Firma weiterführen. Auch darf er Zweigniederlassungen unter der Firma gründen und sie auch unter der erworbenen Firma zu selbstständigen Geschäften erheben. Doch kann der Vertrag in allen diesen Hinsichten beschränktere Rechte im Auge haben. So wird z. B. wenn ein Kaufmann unter Fortführung des Hauptgeschäfts mit Firma eine Zweigniederlassung mit Firma veräußert, hiermit dem Erwerber wohl nur das Recht gewährt sein, für dieses Geschäft die Firma zu führen. Insbesondere ist auch eine Ueberlassung der Firma auf Zeit möglich.

Anm. 11. d) Endlich verliert der Veräußerer die Befugniß zur Führung der Firma. Sollte dieselbe auch seinen bürgerlichen Namen tragen, so darf er doch denselben bei dem Betriebe eines neuen Geschäftes nicht benutzen, vielmehr muß er dazu eine Firma wählen, welche sich von der veräußerten deutlich unterscheidet und auch dem sonstigen Inhalt des Veräußerungsvertrages entspricht.

Anm. 12. **Zus. 1. Die Form eines Vertrages über Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäftes.** Es fragt sich, ob dieses Rechtsgeschäft unter § 311 B.G.B. fällt und demgemäß der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf. Unter diesen Paragraphen fällt ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben zu übertragen (oder mit einem Nießbrauch zu belasten). Ein solcher Fall liegt vor, wenn eine juristische Person ihr gesammtes Vermögen oder einen Bruchtheil desselben veräußert, also z. B. in den Fällen der §§ 303 flg. H.G.B. Der Fall liegt nicht vor, wenn ein Einzelkaufmann sein Geschäft veräußert. Das Geschäft ist nicht das ganze Vermögen des Einzelkaufmanns, sondern nur ein Bestandtheil desselben. Sein Mobiliar, seine Garderobe, einiges baares Geld zum Leben verbleiben ihm in solchem Falle stets, und § 311 greift nur Platz, wenn das Vermögen in seiner Totalität oder ein Bruchtheil desselben veräußert wird, nicht wenn einzelne Gegenstände veräußert werden, selbst wenn dieselben zusammengenommen den weitaus größten Theil des Vermögens des Veräußerers bilden. Der § 311 B.G.B. will, wie die Motive ergeben, nur diejenigen Fälle treffen, in denen gewissermaßen eine anticipirte Erbfolge vorliegt. In solchen Fällen soll die erschwerte Form Schutz vor Uebereilung bieten. Der Fall des § 311 B.G.B. liegt hiernach nur vor, wenn das ganze Vermögen als Gesammtheit, was auch immer dazu gehören möge, auch solche Rechte und Gegenstände, von denen der Veräußerer nicht weiß, daß sie ihm gehören, veräußert werden. Es wird zwar nicht ausgeschlossen dadurch, daß einzelne bestimmte Gegenstände von der Veräußerung ausgenommen werden (Fischer u. Henle Anm. 1 zu § 419 B.G.B.; auch Planck Anm. zu § 310 B.G.B., Dernburg Bürgerliches Recht III § 2 Anm. 11). Aber andererseits genügt es nicht, daß die einzelnen verkauften Gegenstände nahezu oder überhaupt das ganze Vermögen bilden. Denn immerhin ist nicht das ganze Vermögen als Gesammtheit verkauft. — Wenn eine offene Handelsgesellschaft ihr Geschäft veräußert, so liegt ein Fall des § 311 B.G.B. nicht vor; denn dieselbe ist keine juristische Person. Die Veräußerer sind die Gesellschafter, und deren ganzes Vermögen bildet das Geschäft der von ihnen gebildeten Gesellschaft nicht. Anders Cohn bei Gruchot 42 S. 56, weil das Geschäft der Gesellschaft als Vermögensmasse eine selbstständige Bedeutung besitze. Aber nicht auf die selbstständige Bedeutung der Vermögensmasse ist hier Gewicht gelegt, sondern darauf, daß diese Vermögensmasse das ganze Vermögen einer Person oder einen Bruchtheil desselben bildet.

Anm. 13. **Zus. 2. Die materiellen Grundsätze bei der Veräußerung des Handelsgeschäftes, insbesondere die Wirkungen der Geschäftsveräußerung unter den Kontrahenten selbst.**

Der vorliegende Paragraph gedenkt des Uebergangs eines Handelsgeschäftes nur als Voraussetzung für den Firmenübergang. Mit der materiellen Seite der Geschäfts-

veräußerung beschäftigt sich dieser Paragraph nicht. Zwei materielle Rechtsfolgen der Geschäftsveräußerung sind im § 25 behandelt, nämlich die Frage nach der Haftung des Geschäftsinhabers für die Geschäftsschulden gegenüber den Gläubigern und nach dem Verhältniß der Geschäftsschuldner zum Geschäftsübernehmer. Alle übrigen materiellen Fragen, die bei der Geschäftsveräußerung auftauchen, also **insbesondere die Wirkungen der Geschäftsveräußerung unter den Kontrahenten selbst**, sind in H.G.B. selbst nicht behandelt. Sie sollen im Folgenden erörtert werden:

A. **Die Aktiva des Geschäfts.**

1. Was gilt als veräußert, wenn ein Handelsgeschäft veräußert wird? Aus dem in Anm. 4 Gesagten ergiebt sich, daß zur Veräußerung eines Handelsgeschäfts nicht nothwendig der Uebergang aller, sondern nur der zur Führung des Geschäfts wesentlichen Bestandtheile desselben gehört. Was von Bestandtheilen in concreto als veräußert gilt, darüber entscheidet der Veräußerungsvertrag. Anm. 14.

Der Inhalt solcher Veräußerungsverträge ist aber dahin auszulegen, daß alles das als veräußert gilt, was nicht besonders ausgenommen ist. Denn die Verfügungen über eine Sache ergreifen ihre Bestandtheile von selbst. Deshalb ist auch ein Zweiggeschäft mitgetroffen, wenn ein Geschäft veräußert wird (R.G. vom 7. November 1891 in J.W. S. 572). Denn es ist nur ein Zubehör des Hauptgeschäfts (R.G. 38 S. 263), zwar nicht im eigentlichen Sinne des § 97 B.G.B. (da hiernach nur die beweglichen Sachen, welche in räumlicher Verbindung mit der Hauptsache stehen, als Zubehör gelten), wohl aber in dem weiteren Sinne der rechtlichen und wirthschaftlichen Zugehörigkeit (vergl. Anm. 11 zu § 13). Anm. 15.

2. Insbesondere gelten auch **außenstehende Forderungen** als mitveräußert, wenn ihre Ausscheidung nicht vereinbart ist (Cosack S. 67). Das bezieht sich aber nur auf die geschäftlichen Forderungen, d. h. auf die im Handelsbetriebe begründeten Forderungen (vergl. den Ausdruck im § 25), wozu jedoch der Anspruch auf einen Lotteriegewinn zu rechnen ist, wenn das Loos aus der Geschäftskasse bezahlt ist (dies gegen Cohn bei Gruchot 42 S. 57), nicht auf Privatforderungen des Veräußerers, z. B. nicht auf private Gefälligkeitsdarlehne, Ansprüche auf Rückgabe verliehener Lesebücher; auf die Geschäftsforderungen aber ohne Rücksicht darauf, ob sie auf Kontrakt beruhen, z. B. auch der Anspruch aus Patentverletzung, Nachdruck, Unterschlagung (vergl. R.O.H. 1 S. 37), ferner auch Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter (z. B. auf Rückgewähr zuviel entnommenen Gehalts; Bolze 11 Nr. 380), nicht aber bloße Aufträge, auch wenn sie angenommen sind, denn erst durch die Ausführung des Mandats entsteht ein Anspruch des Mandatars (für das frühere Recht Bolze 9 Nr. 333; jetzt auch § 664 Abs. 2 B.G.B.). Im einzelnen Falle kann auch hier Uebertragbarkeit und Uebertragungswille vorliegen, doch müssen hierfür besondere Umstände dargethan werden (§ 664 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 16.

Mit den Forderungen gehen auch die Sicherungsrechte über (§ 401 B.G.B.) — vergl. hierüber Anm. 19 —.

3. Auch die Telegrammadresse gilt als mitveräußert (vergl. Zus. 2 zu § 17), ebenso der Etablissementsname (Anm. 32 zu § 17). Auch Preismedaillen und Ehrendiplome von gewerblichen Vereinigungen oder Behörden für geschäftliche Leistungen gelten als mitveräußert, wenn die rechtliche Natur der Auszeichnung nicht entgegensteht (O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 446). Anm. 17.

4. **Die Handelsbücher anlangend**, so gehen sie mit über, soweit sie zur Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen nothwendig sind, also zunächst immer, wenn Aktiva und Passiva mit übernommen werden (R.O.H. 19 S. 419), im Uebrigen dann und insoweit als der Erwerber sie zu seiner Information gebraucht. Dabei ist aber hervorzuheben, daß der Uebernehmer, auch wenn er Aktiva und Passiva nicht übernimmt, dennoch die wesentlichsten Handlungsbücher nicht entbehren können wird, um die Beziehungen des Geschäfts fortzusetzen, um sich über die Kunden und die Gläubiger, die Abnehmer und Lieferanten, ihre Namen und Adressen, ihre Bonität und ihr Geschäftsgebahren auf dem Laufenden zu er- Anm. 18.

halten und danach zu beurtheilen, wie der Geschäftsverkehr mit ihnen weiter zu pflegen ist (vergl. R.O.H. 7 S. 74). Ein bloßes Kunden- oder Gläubiger-Verzeichniß wird hierzu regelmäßig nicht genügen. Die Gefahr, auf welche Simon in G.Z. 24 S. 122 hinweist, daß der Erwerber hierdurch mit seiner gesetzlichen Aufbewahrungspflicht in Konflikt gerathen könne, dürfte in einem Falle nicht vorhanden sein, wo der Kaufmann seine Handlungsbücher seinem Geschäftsnachfolger überläßt, der selbst das erheblichste Interesse an der Verwahrung der Bücher hat; darin würde wohl keine schuldhafte Verletzung der Aufbewahrungspflicht liegen.

Anm. 19. 5. **Die Wirkung der Veräußerung hinsichtlich der Aktiva** ist, daß das Geschäft übergeben, d. h. der Erwerber in die Lage gesetzt werden muß, dasselbe fortzuführen: die Mobilien müssen tradirt, die Grundstücke aufgelassen, die Wechsel indossirt, etwaige Patente umgeschrieben werden, und hinsichtlich der geschäftlichen Chancen muß der Erwerber in die Lage versetzt werden, sie ungehindert, insbesondere ohne Störung durch den bisherigen Geschäftsinhaber, auszubeuten. Hinsichtlich der Forderungen liegt in dem Veräußerungsvertrage eine genügende Abtretung (R.O.H. 2 S. 155, Bolze 1 Nr. 312), in Cirkularen, welche von beiden Theilen unterschrieben und an die Schuldner versandt werden, eine genügende Denunziation (R.G. in J.W. 1890 S. 375), falls nur der Uebergang der Forderung daraus hervorgeht; aber eine generelle Anzeige des Geschäftsübergangs genügt diesem Erfordernisse nicht (Cosack S. 70). Liegt eine genügende Anzeige in der Fortführung des Geschäftes mit Firma? (Hierüber s. Anm. 16 zu § 25.) Mit der Abtretung gehen auch die Rechte aus Bürgschaften und Pfandrechten über (§ 401 B.G.B.). Wo zur Abtretung eine besondere Form erforderlich ist, wie bei der Verkehrs-Hypothek (§ 1154 B.G.B.), da liegt in dem dieser Form nicht entsprechenden Veräußerungsvertrage die Abtretung noch nicht, sondern nur das pactum de cedendo. Bei der Kautions-Hypothek kann zwar die Forderung ohne die Hypothek formlos übertragen werden, doch gilt alsdann die Hypothek nicht als übergegangen (also wohl als untergegangen?; § 1190 B.G.B.). Dieses Trennen der Forderungen von der Kautionshypothek gilt im Zweifel nicht als beabsichtigt. Gehört daher die Kautionshypothek zu den Geschäftsaktiven, so gelten auch die bisher entstandenen Forderungen durch den allgemeinen Aktivenübergang nicht als abgetreten; dagegen ist die alsbaldige Abtretung der Kautionshypothek in gehöriger Form dringend anzurathen, da sonst die weiteren Forderungen, welche dem Geschäftserwerber erwachsen, durch dieselbe nicht gedeckt werden.

Auf Verlangen hat der Geschäftsveräußerer dem Geschäftsübernehmer eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung der Forderungen auszustellen (§ 403 B.G.B.), und zwar, wie anzunehmen ist, hinsichtlich jeder einzelnen Forderung. Die Kosten hat der Erwerber zu tragen und vorzuschießen (§ 403 B.G.B.). Der Veräußerer haftet dem Uebernehmer für den rechtlichen Bestand der Forderung, nicht auch für die Zahlungsfähigkeit der Schuldner (§ 437 B.G.B.).

Anm. 20. 6. **Durch Vereinbarung der Parteien kann über alle diese Punkte anders disponirt werden** bis zu der Grenze, wo der Begriff der Geschäftsveräußerung überhaupt aufhört d. h. es dürfen nicht diejenigen Bestandtheile des Geschäfts von dem Uebergange auf den Erwerber ausgeschlossen werden, auf denen die Möglichkeit der Geschäftsführung beruht. Insbesondere können auch die Forderungen ausgenommen werden, nur daß im Falle der Fortführung der Firma eine solche Abrede dem Schuldner gegenüber nur wirksam ist, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist (§ 25 Abs. 1 u. 2).

Anm. 21. B. **Die Passiva des Geschäfts.**

1. Diese gehen nicht etwa als gesetzliche Folge der Geschäftsübernahme von selbst über. Diese Annahme ist in dem Gesetze nicht begründet. Doch wird man hier, wie bei den Aktiven, den Parteiwillen dahin auslegen müssen, daß alle diejenigen Schulden übergehen, die nicht ausgenommen sind (zustimmend Cosack

S. 61). Die herrschende Ansicht aber nahm auch das nicht an (vergl. R.O.H. bei Stegemann Bd. 1 S. 381; Makower 11. Aufl. Anm. 22d; Simon in G.Z. 24 S. 91). Für das neue Recht hat sich darin nichts geändert. Insbesondere steht auch der § 25 Abs. 3 der diesseitigen Annahme nicht entgegen. Denn wenn hiernach auch der Geschäftserwerber eine Haftung nur dann übernimmt, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, so ist damit nur ein Verpflichtungsgrund gegenüber den Gläubigern gemeint. — Jedenfalls aber kann der Uebergang der Passiva in der Uebernahme des Geschäfts liegen (Bolze 13 Nr. 435), und nach Bolze 17 Nr. 318 liegt sie im Zweifel in der Uebernahme des Geschäfts mit unveränderter Firma, sowie darin, daß die Handlungsbücher ohne Weiteres weiter geführt werden. Sind die Passiva übernommen, so gehören zu den übernommenen Verbindlichkeiten alle Geschäftsschulden, d. h. alle diejenigen Verpflichtungen, welche zu dem Geschäftsbetriebe in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen. (Bolze 16 Nr. 315.) Es gehören dazu nicht die sog. Privatschulden (R.O.H. 8 S. 41), d. h. nicht die von dem Kaufmann in seinem Privatleben kontrahirten Verbindlichkeiten (Miethe für seine Privatwohnung, Verbindlichkeiten aus vormundschaftlicher Verwaltung, aus ehrenamtlicher Verwaltungsthätigkeit, aus der Stellung als Kassirer eines Wohlthätigkeitsvereins). Die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Rechtsvermuthung kommt auch hier in Betracht, nicht auch die Fiktion des § 344 Abs. 2. Die Eintragung in die Handelsbücher ist ein werthvoller Fingerzeig, aber nicht entscheidend (R.O.H. 8 S. 42). Die Geschäftsschulden sind aber nicht bloß dann getroffen, wenn sie fällig, sondern auch wenn sie bedingt oder betagt sind oder aus noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen herrühren (R.O.H. 8 S. 385; Bolze 16 Nr. 316). Auch gehören zu den Geschäftsschulden nicht bloß Schulden aus Handelsgeschäften, sondern z. B. auch die Hypotheken des miterworbenen Geschäftsgrundstücks; ferner nicht bloß Kontraktsschulden, sondern auch Deliktsschulden, wenn es Verpflichtungen sind, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen engen Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen, z. B. Schadenersatz aus Patentverletzung oder aus § 120 der Gewerbeordnung (R.G. 15 S. 54 u. S. 121). Auch wenn im Geschäftsbetriebe betrügerische oder sonst unlautere Manipulationen vorgekommen und hierdurch Verbindlichkeiten erwachsen, trifft das eben gedachte Kriterium auf sie zu, und es kann nicht etwa eingewendet werden, der Geschäftsbetrieb sei nicht gerichtet auf betrügerische Handlungen. Auch ist es nicht richtig formulirt, wenn Adler (a. a. O. S. 22) sagt, der Uebernehmer hafte für diejenigen geschäftlichen Schulden, die er kannte oder als ordentlicher Kaufmann hätte kennen müssen. Nicht die Frage nach der Sorgfalt des Uebernehmers bei der Geschäftsübernahme, sondern der Rechtsakt der Uebernahme einerseits und die Zugehörigkeit zu den Rechtsbeziehungen des übernommenen Geschäfts andererseits sind maßgebend für die Haftung. Nach Adlers Ansicht würden solche Ansprüche, die zur Zeit der Uebernahme noch nicht durch irgend welche Geltendmachung in die Erscheinung getreten waren, aber schon bestanden, wie dies bei Schadensersatz-, Minderungs-, Kondiktionsansprüchen leicht der Fall sein kann, ohne innern Grund von der Uebernahme ausgeschlossen sein. Auf den Gegenstand der Verpflichtung kommt es nicht an, ob es Geld oder Sachen, bestimmte oder fungible Sachen sind, deren Leistung oder Lieferung geschuldet wird, bis auf Verpflichtungen, die in dem Sinne höchstpersönlich sind, daß ihr wirthschaftlicher Werth in der Leistung durch die bestimmte Person liegt, wozu jedoch die Rechnungslegungspflicht nicht gehört. Diese geht daher mit den Passiven auf den Uebernehmer mit über und verbleibt außerdem beim Veräußerer. Weder der eine noch der andere kann sich durch Schwierigkeiten oder gar Unmöglichkeit der Rechnungsstellung von der Pflicht befreien (vergl. Bolze 6 Nr. 420). Uebernimmt ein Geschäftsübernehmer (oder einer von mehreren Socien) die Passiva des Geschäfts und somit also die Verpflichtung, den Gegenkontrahenten von seinen Geschäftsverbindlichkeiten zu befreien, und überträgt er dann selbst das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen dritten Erwerber, so ist auch jene Befreiungspflicht eine auf diesen Erwerber mit übergehende Geschäftsschuld. Das Gleiche gilt von einer Abfindung, welche jenem Rechtsvorgänger geschuldet wird (anders R.O.H. 11 S. 153).

Anm. 22. 2. Durch Vertrag können die Passiva oder einzelne von ihnen ausgenommen werden, nur daß im Falle der Fortführung des Geschäfts mit Firma eine solche Abrede dem Gläubiger gegenüber nur dann gilt, wenn sie eingetragen oder dem Gläubiger mitgetheilt ist. (§ 25 Abs. 1 u. 2.)

Anm. 23. 3. **Soweit eine Passivübernahme vorliegt,** kann eine Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. B.G.B. vorliegen d. h. eine Schuldübernahme mit der Intention und Wirkung, daß der neue Schuldner an die Stelle des alten tritt. Eine solche Schuldübernahme bedarf der Einwilligung des Gläubigers (§ 415 B.G.B.). Das führt uns zu dem Verhältniß der Veräußerungsparteien zu den Gläubigern, welches in den §§ 25 ff. erörtert werden soll.

Auf alle Fälle aber, mag eine Schuldübernahme nach §§ 414 ff. B.G.B. vorliegen oder nicht, hat der Uebernehmer jedenfalls die Verpflichtung, den Veräußerer zu befreien, und zwar in der Weise, daß er verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, nicht etwa so, daß er die Gläubiger zu veranlassen hat, den Veräußerer ausdrücklich und sofort aus der Verbindlichkeit zu entlassen (Behrend § 37 Anm. 18a: vergl. auch § 415 Abs. 3 B.G.B.). Doch kann selbstverständlich auch das Gegentheil vereinbart werden oder sich durch Auslegung ergeben.

Anm. 24. 4. Ueber das Verhältniß des Geschäftsübernehmers zu den Gläubigern handeln die §§ 25 ff.

Anm. 25. 5. **Besonders über die materiellen Wirkungen des Geschäftsüberganges durch Pacht oder Nießbrauch.** Eigenartig ist dieses Verhältniß dadurch, daß hiermit anerkannt ist, daß das Recht zur Fortführung des Geschäfts mit Firma auch auf Zeit übertragen werden kann. Der Pächter oder Nießbraucher erwirbt das Eigenthum an den verbrauchbaren Sachen, wozu aber auch das Lager gehört (§ 92 B.G.B.), die zur Zeit vorhandenen Forderungen gehen im Zweifel auf ihn über (nach Analogie der obigen Ausführungen Anm. 14) und dem Schuldner gegenüber gilt der Pächter und Nießbraucher zwar nicht in direkter, aber in analoger Anwendung des § 25 als der legitimirte Gläubiger. Für die Schulden des Geschäfts haftet er ebenfalls nach Analogie des § 25 dem Dritten gegenüber; ob sie nach Verhältniß der Kontrahenten auf ihn übergehen, hängt von den Verträgen ab, im Zweifel wird auch dies anzunehmen sein, alles nach Analogie unserer obigen Ausführungen. Bei Rückgabe des Geschäfts nach beendeter Pacht oder beendetem Nießbrauch greift ebenfalls eine analoge Anwendung aller dieser Grundsätze Platz, auch des § 25 (was Düringer u. Hachenburg I S. 112 mit Unrecht leugnen). Denn auch hier liegt ein Erwerb des Geschäfts vor. Ist die Erpachtung ein Erwerb, so ist der Rückfall des verpachteten Gegenstandes an den Verpächter ein Rückerwerb.

Anm. 26. **Zus. 3. Bei der Veräußerung von Geschäften werden oft Konkurrenzverbote vereinbart.**

a) Es ist nicht angängig, auf diese Klauseln die Bestimmungen der §§ 74 und 75 anzuwenden. Diese Bestimmungen sind in sozialpolitischem Interesse erlassen und haben lediglich die Tendenz, einer ganz bestimmten Klasse von Personen, nämlich den Handlungsgehilfen, welche im Kampfe ums Dasein als die wirthschaftlich Schwachen gegenüber den Prinzipalen anzusehen sind, eine gesetzliche Hilfe zu bieten. Der Veräußerer eines Geschäfts ist aber kein Handlungsgehilfe und derartige Ausnahmebestimmungen dürfen analog nicht angewendet werden. Es trifft auch die ratio legis nicht zu. Denn der Geschäftsveräußerer ist dem Geschäftsübernehmer gegenüber nicht der wirthschaftlich Schwächere. Anders als der Handlungsgehilfe kann er durch die Bedingungen des Veräußerungsvertrages für sein weiteres Fortkommen selbst sorgen und braucht eben das Geschäft nicht zu veräußern, wenn die Bedingungen des Vertrages seine Zukunft gefährden.

Anm. 27. b) Insbesondere wird auch die Begrenzung auf 3 Jahre hier nicht anwendbar sein, auch nicht die Nichtigkeit wegen Minderjährigkeit, letztere deshalb nicht, weil nicht die Minderjährigkeit allein der Grund der Nichtigkeit ist, sondern die Nichtigkeit in Verbindung mit der Stellung als Handlungsgehilfe.

Es kann daher ferner für die Giltigkeit solcher Klauseln nicht entscheidend sein, ob gerade eine unbillige Erschwerung des Fortkommens in der Klausel liegt. Wohl

aber ist die schon früher anerkannte absolute Grenze der Gewerbekonkurrenzverbote auch hier maßgebend. Das R.G. (31 S. 99) hält die Konkurrenzverbote für ungiltig, wenn sie geeignet sind, die Erwerbsfreiheit des Einzelnen für immer, sei es im Ganzen, sei es in einzelnen Richtungen zu vernichten. Das folgt schon aus § 1 der Gewerbeordnung, der den Betrieb eines jeden Gewerbes einem Jeden gestattet, eine vertragliche Aufhebung dieses Rechts widerspricht der öffentlichen Ordnung (vergl. R.G. v. 17. 4. 97 in J.W. S. 292). Diese Gründe treffen auf die Konkurrenzverbote, welche zwischen selbstständigen Kaufleuten vereinbart werden, ebenfalls zu.

c) Was aber die Auslegung solcher Konkurrenzverbote betrifft, so sind in vielen Punkten unsere Erläuterungen zu § 74 heranzuziehen. So z. B. hinsichtlich der Begriffe Betheiligung, Geschäftsbetrieb, hinsichtlich der Grenzen der Auslegung u. s. w. Anm. 28.

d) Ueberschreitet hiernach das Konkurrenzverbot die Grenzen der Zulässigkeit, so ist es nichtig. Ein Ermäßigungsrecht des Richters ist hier nicht statuirt. Wo ein solches statuirt ist, ist es stets eine Ausnahmevorschrift, eine Abnormität, eine Abweichung von der Regel, daß der Richter über Giltigkeit oder Ungiltigkeit zu entscheiden, nicht aber an die Stelle getroffener Vereinbarungen andere Verhältnisse zu setzen hat, die seiner Ansicht nach sich in den gesetzlichen Grenzen bewegen. Anm. 29.

e) Auch hinsichtlich der Folgen der Verletzung eines Konkurrenzverbots, zumal wenn an dieselbe eine Konventionalstrafe geknüpft ist, greifen nicht die Sondervorschriften des § 75 Abs. 2 Platz, sondern die allgemeinen Vorschriften über die Vertragsstrafe (vergl. unsere Erläuterung zu § 348), wobei insbesondere in Betracht kommt, daß das richterliche Ermäßigungsrecht rücksichtlich der Höhe einer etwa stipulirten Konventionalstrafe dann nicht Platz greift, wenn der Fall des § 348 H.G.B. vorliegt, d. h. wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat. Hierbei wird wiederum die Frage kritisch werden, ob die Veräußerung eines Handelsgeschäfts als ein Rechtsgeschäft zu betrachten ist, welches „ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt" (vergl. hierüber zu § 343 und zu § 348). — Weiter kommt bei Konventionalstrafen dieser Art in Betracht, daß der Verpflichtete sich durch die festgesetzte Strafleistung dann frei machen kann, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen. Das entspricht nach der Verkehrssitte dem Grundgedanken solcher die Erwerbsfreiheit einschränkenden Strafstipulationen, wie das R.G. wiederholt angenommen hat (R.G. 33 S. 141; 40 S. 100; Bolze 19 Nr. 494 u. 495). Zwar wird dadurch die gesetzliche Regel für Stipulationen dieser Art in ihr Gegentheil verkehrt. Doch geht das nicht zu weit. Eck (Vorträge S. 27) hält unsern Ausspruch, daß dies nicht zu weit gehe, für „etwas kühn". Allein derselbe hält sich lediglich im Rahmen der §§ 157 u. 242 B.G.B., in deren Konsequenz jede dispositive Gesetzesvorschrift durch eine entgegenstehende Verkehrs- oder Rechtssitte für bestimmte Verhältnisse außer Anwendung gesetzt werden kann (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 19. u. 20). Anm. 30.

Zus. 4. **Uebergangsfragen.** Für die Uebergangszeit werden auf dem Gebiete dieses Paragraphen und auch auf den in den Zusätzen 1—3 erörterten Gebieten besondere Schwierigkeiten nicht entstehen, weil im Allgemeinen das alte Recht und das neue übereinstimmen. Anm. 31.

§ 23.

Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden.

Der vorliegende Paragraph schließt die selbstständige Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft aus.

Anm. 1. 1. Die selbstständig erfolgte Veräußerung ist nichtig, was mit den Worten „kann nicht" ausgedrückt ist (Planck I S. 25; vgl. auch § 134 B.G.B.). Damit ist nur negativ gesagt, was § 22 positiv ausdrückt. Der vorliegende Paragraph ist daher in gewissem Sinne nur eine Umkehrung des vorangehenden und bedarf keiner besonderen Erläuterung.

Anm. 2. 2. Rießer (in seiner Rezension unseres Werkes bei G.Z. 42 S. 321) bemängelt diesen unseren Standpunkt unter Hinweis auf Thöl, Praxis des Handels- und Wechselrechts, 1. Heft, Leipzig 1874. Thöls Ausführungen erscheinen aber nicht zutreffend. In engherziger Weise erblickt er in § 22 nur den negativen Satz, daß der Uebergang des Geschäfts den Erwerb der Firma nicht in sich schließt. Gegenüber diesem negativen Satze hat allerdings der eine andere Negative aussprechende § 23 eine selbstständige Bedeutung. Von der herrschenden Ansicht wird aber diese Auslegung nicht gebilligt. Gleich uns sind Hahn (§ 5 zu Art. 23) und Allfeld (S. 156 Abs. 3) der Ansicht, daß § 22 den positiven Satz enthält, daß eine Firma mit dem Geschäft veräußert werden kann, und zwar nur mit dem Geschäfte. Nach dieser Auffassung enthält § 23 den gleichen Rechtssatz in negativer Fassung (vgl. auch Düringer u. Hachenburg I S. 113).

Anm. 3. 3. Ein Handel mit bloßen Firmen ist hiernach untersagt und ebenso ist untersagt und ungiltig jedes auf Umgehung dieses Verbotes gerichtete Uebereinkommen, wie solche besonders in Scheinerrichtung von Geschäften oder Hergabe von Namen für Andere bestehen (vergl. Anm. 3 zu § 22).

§ 24.

Wird Jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden.

Bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.

Einleitung. Der Paragraph behandelt **das Firmenrecht bei theilweisem Wechsel der Geschäftsinhaberschaft,** im Gegensatz zu den vorigen beiden Paragraphen, welche das Firmenrecht bei vollständigem Wechsel der Geschäftsinhaberschaft zum Gegenstande hatten. Auch hier sind die Voraussetzungen und die Wirkungen des Firmenüberganges zu unterscheiden.

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzungen des Firmenüberganges.**

a) Erste Voraussetzung ist auch hier, daß der Wechsel der Theilhaberschaft sich in **einem bestehenden Handelsgeschäft** vollzieht. Hinzuzufügen ist hier, wie in § 22, daß es das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns oder einer Handelsgesellschaft sein muß (über die Erfordernisse: Vollkaufmann, bestehend, Handelsgeschäft s. die Anm. 1—3 zu § 22).

Anm. 2. b) Zweite Voraussetzung ist **Eintritt in ein Geschäft als Gesellschafter oder Ausscheiden aus einem solchen.** Hierunter fallen nach dem Grundgedanken des Gesetzes alle Fälle, bei denen die Geschäftsinhaberschaft einen theilweisen Wechsel erleidet, das Geschäft selbst aber bestehen bleibt. Dabei kommt es nicht darauf an, daß die rechtliche Qualifikation der Inhaberschaft durch den Wechsel sich verändert. Der Paragraph findet also auch dann Anwendung, wenn vor dem Wechsel eine o. H.G., nachher ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft anderer Art Geschäftsinhaber ist, oder umgekehrt: nach dem Wechsel eine o. H.G. oder eine Kommanditgesellschaft, vorher ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft anderer Art. Beispiele: Als Fall des Eintritts gilt es hiernach, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einem Anderen zu einer o. H.G. vereinigt, welche das Geschäft fortführt (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 618 und Nr. 973); wenn einer o. H.G. ein Kommanditist oder einer Kommanditgesellschaft ein weiterer Komplementar oder ein weiterer Kommanditist beitritt. — Als Fall des

Ausscheidens gilt besonders der Fall des § 138 und der analog zu behandelnde Fall, daß auf Grund einer zwischen zwei Sozien getroffenen Abrede dies Geschäft auf einen Sozius übergeht (vergl. Erl. zu § 138); ferner der Fall, wo aus einer Kommanditgesellschaft einer der mehreren Komplementare oder einer der mehreren Kommanditisten ausscheidet oder wenn alle Kommanditisten wegfallen, oder wenn alle Komplementare wegfallen und einer der bisherigen Kommanditisten oder ein Dritter als Komplementar eintritt (Allfeld S. 164). Ueberall aber muß hier der Fall so liegen, daß man sagen kann: die Inhaberschaft wechselt theilweise, das Geschäft bleibt bestehen. Alsdann aber findet § 24 auch Anwendung beim Ausschluß eines Gesellschafters nach § 140. Das war früher kontrovers (vergl. 5. Aufl. § 2 zu Art. 24); offensichtlich um diesen Zweifel zu beseitigen, ist das Wort „Austreten" durch „Ausscheiden" ersetzt worden (vergl. die Ueberschrift vor § 131). Endlich fällt auch der Fall, daß einer von mehreren Gesellschaftern das Geschäft allein übernimmt und als Einzelkaufmann weiterführt, unter § 24 (Bolze 13 Nr. 120; Johow 13 S. 31). Als neues Argument tritt jetzt noch hinzu, daß dieser Fall auch sonst analog behandelt wird, wie das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer o. H.G. (vergl. § 142).

Dagegen greift § 24 dann nicht Platz, wenn das Geschäft nicht bestehen bleibt, zumal von einem Wechsel der Inhaberschaft alsdann nicht mehr gesprochen werden kann; also z. B. dann nicht, wenn die o. H.G. das Geschäft vollständig liquidirt: ihre Firma Schulze & Meier könnte alsdann Schulze für ein neues Geschäft auch nicht mit Meiers Genehmigung annehmen (im Ergebniß übereinstimmend R.G. 30 S. 148); ferner dann nicht, wenn die neuen Geschäftsinhaber das Geschäft nicht fortsetzen, sondern ein anderes begründen; für dieses ist die Fortführung der alten Firma nicht zulässig (R.G. 1 S. 261; Johow 14 S. 245; Düringer u. Hachenburg I S. 114; vgl. Näheres hierüber Anm. 7 zu § 22). Der Ein- und Austritt eines stillen Gesellschafters endlich bedeutet keinen Wechsel der Geschäftsinhaberschaft und ist daher für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen bedeutungslos.

c) **Ausdrückliche Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters.** Ueber das Erforderniß der Ausdrücklichkeit s. Anm. 5 zu § 22; über den Begriff ausscheidender Gesellschafter s. oben Anm. 2. An die Stelle des ausscheidenden Socius treten im Falle seines Todes auch in dieser Hinsicht seine Erben. Die Zustimmung ist, wenn die Eintragung erfolgen soll, dem Registergerichte nachzuweisen (also in öffentlich beglaubigter Form, vergl. jedoch § 12 Anm. 2). Uebrigens hat in der Regel der Ausscheidende bei der Anmeldung mitzuwirken. Jedoch ist diese Zustimmung nur erforderlich, wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma verbleibt (nicht schon bei bloßem Gleichklang der Namen, z. B. wenn sein gleichnamiger Vater es war, dessen Name in der Firma figurirte — O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 516; Bolze 13 Nr. 120 —). Andernfalls ist den verbleibenden Gesellschaftern die Fortführung der Firma unbenommen. (Bolze 13 Nr. 120.) Sie ist also nicht als Gemeingut der Socien zu betrachten. **Versagt** der ausscheidende Socius die Zustimmung zur Fortführung seines Namens, so hat das zur Folge, daß die verbleibenden Gesellschafter diese Firma nicht fortführen können, auch nicht (R.G. 5 S. 111) mit einem Nachfolger-Zusatz. Sie brauchen aber darum nicht nothwendig eine völlig neue zu wählen und dabei die Vorschriften über die Wahl neuer Firmen zu beachten. Das würde zwar dem starren Wortlaute des Gesetzes entsprechen, aber weit hinausgehen über die Absicht des Gesetzes: es würde zu unnöthigen Härten und zur unnützen Zerstörung von Werthen führen. Das Gesetz will nur die unveränderte Fortführung der Firma untersagen, wenn dadurch das Namensrecht des Ausscheidenden verletzt wird. Die Fortführung an sich mit der durch die Veränderung der Sach- und Rechtslage gebotenen Aenderung der Firma zu untersagen, lag dem Gesetzgeber fern (anders v. Hahn, Makower und Puchelt, übereinstimmend Allfeld und Keyßner). Giebt der Ausscheidende seine Zustimmung, so steht der Fortführung eines solchen Firmentheils sicher nichts entgegen (Johow 14 S. 246). Vergl. für einen ähnlichen Fall Anm. 8 zu § 18. Anm. 3.

Anm. 4. 2. **Die Wirkung des Firmenüberganges** ist das Recht, die Firma fortzuführen und zwar nur unverändert (O.G. Wien vom 4. Juni 1889 bei Adler und Clemens Nr. 1472; L.G. Frankfurt in G.Z. 34 S. 567); doch kann — sofort oder später — ein Nachfolgerzusatz hinzugefügt werden, wenn dieser nicht etwa der Sachlage widerspricht (Johow 13 S. 31; vergl. auch R.G. 5 S. 113). Ueber die Zulässigkeit weiterer Aenderungen s. Anm. 8 zu § 22. Zwar ist in unserem Paragraphen, anders als im § 22, das Recht der Fortführung der Firma mit Nachfolgerzusatz nicht ausdrücklich erwähnt. Allein eine Verschiedenheit der beiden gesetzlichen Bestimmungen in diesem Punkte ist nicht beabsichtigt. Daß auch das Geschäft wesentlich unverändert fortgeführt werden muß, wenn seinen Inhabern das beneficium des vorliegenden Paragraphen zu Theil werden soll, darüber s. oben Anm. 2 und ferner Anm. 7 zu § 22.

Anm. 5. **Zusatz. Durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrage** können die Bestimmungen dieses Paragraphen geändert werden. Es kann durch sie die Zustimmung überflüssig, die Versagung wirkungslos gemacht oder umgekehrt ein Untersagungsrecht erzeugt und damit die sonst unnöthige Zustimmung erforderlich gemacht werden. (Vergl. Bolze 7 Nr. 171.)

§ 25.

Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern des Geschäftsveräußerers und das Verhältniß der Schuldner des Geschäfts zum Geschäftsübernehmer.** Die Vorschrift ist neu. Die hier behandelte Materie deckt sich keineswegs mit der von uns in Anm. 21—23 zu § 22 behandelten Frage des Passivenüberganges. Dort war das Verhältniß inter partes, d. h. zwischen den Kontrahenten des Veräußerungsvertrages, hier ist das Verhältniß des Geschäftserwerbers zu den Gläubigern und Schuldnern des Geschäfts in Frage. Es kann inter partes ein Passivenübergang vereinbart sein, ohne daß eine Haftung gegenüber den Gläubigern eintritt (wenn weder das Geschäft mit Firma fortgeführt wird, noch ein besonderer Verpflichtungsgrund nach Abs. 3 unseres Paragraphen vorliegt). Es kann umgekehrt eine Haftung gegenüber den Gläubigern vorhanden sein, ohne daß ein Passivenübergang inter partes vereinbart ist (wenn die Firma fortgeführt, eine Kundmachung nach § 25 Abs. 2 aber unterblieben ist, oder wenn die Bekanntmachung an die Gläubiger nach Abs. 3 unseres Paragraphen erfolgt ist). Ebenso kann der Uebergang der Forderungen des Geschäfts inter partes ausgeschlossen sein und dennoch können sie den Schuldnern gegenüber als übergegangen gelten (wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2 vorliegen).

Zwei Fälle sind es, in denen nach dem vorliegenden Paragraphen ein direktes Verhältniß zwischen den Gläubigern des Geschäfts zum Geschäftserwerber und zwischen den Schuldnern des Geschäfts zum Geschäftserwerber von Gesetzes wegen hergestellt wird. Diese beiden Fälle sind:

1. Der Fall, daß die bisherige Firma von dem Geschäftserwerber fortgeführt wird (Abs. 1 u. 2),
2. Der Fall, daß die bisherige Firma nicht fortgeführt wird (Abs. 3). Anm. 1.

I. (Abs. 1 u. 2.) **Der Fall der Fortführung des Geschäfts mit Firma.**

A. Voraussetzung ist, daß ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma unverändert oder mit Nachfolgerzusatz fortgeführt wird.

1. Erwerb des Geschäfts. Es sind die Fälle des vollständigen Wechsels der Inhaberschaft. Es sind nicht die Fälle, in welchen der Personalbestand der Inhaberschaft nur theilweise wechselt, sei es, daß aus einem Einzelkaufmann eine Gesellschaft oder aus einer Gesellschaft ein Einzelkaufmann wird oder die Zahl der Gesellschafter sich verändert. Ueber diese letzteren Fälle handelt aus anderem Gesichtspunkte § 24; wie es bei ihnen mit dem Passivenübergang steht, ist zum Theil im § 28, zum Theil in anderen Paragraphen behandelt (§§ 130, 142, 161 Abs. 2, 173). Der Erwerb durch Pacht oder Nießbrauch ist hier anscheinend mitgemeint (Denkschr. S. 36). Nachdem § 22 unter dem Erwerb des Geschäfts den Erwerb zu Eigenthum, den Uebergang durch Pacht oder Nießbrauch aber zum Unterschiede davon als Uebernahme bezeichnet hat, wird man eine direkte Anwendung des vorliegenden Paragraphen auf Pacht und Nießbrauch allerdings nicht annehmen können, wohl aber (gegen Cohn bei Gruchot 42 S. 52) die analoge Anwendung. Daraus, daß ein Geschäft erworben sein muß, folgt, daß das Geschäft bestanden haben muß. Wann ein Geschäft besteht, darüber s. Anm. 3 zu § 22.
2. Unter Lebenden muß der Erwerb erfolgt sein. Es scheiden daher aus den Fällen des § 25 diejenigen aus, welche sich nicht als Erwerbsgeschäfte unter Lebenden darstellen. Der Erwerb durch Erbtheilung ist Erwerb unter Lebenden (Denkschr. S. 36, vergl. Anm. 31 zu § 27). Der Erwerb durch Vermächtniß ist es nicht. Makower S. 57 nimmt dies zu Unrecht an. Der § 1369 B.G.B. bezeichnet den Erwerb durch Vermächtniß ausdrücklich als Erwerb von Todeswegen. Aber andererseits fällt der Erwerb durch Vermächtniß auch nicht unter § 27. Denn hier wird nicht jeder Erwerb von Todeswegen, sondern nur der Erwerb durch den Erben behandelt. Der Erwerb durch Vermächtniß ist daher weder im § 25, noch im § 27 behandelt und es kann sich nur fragen, nach Analogie welcher der beiden Gesetzesvorschriften er in Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift zu behandeln ist (hierüber Anm. 32 zu § 27). Anm. 2.
3. Fortgeführt muß das Geschäft werden. Wann diese Voraussetzung vorliegt, darüber vergl. Anm. 7 zu § 22 (ob insbesondere völlige oder allmähliche Veränderung des Geschäftsbetriebes dem Vorhandensein dieses Erfordernisses entgegensteht). Anm. 3
4. Auch die Firma, nicht bloß das Geschäft, muß fortgeführt werden, und zwar mit oder ohne Nachfolgerzusatz. Hierüber, insbesondere darüber, ob Hinzufügung oder Weglassung von Zusätzen dieses Erforderniß aufheben, s. Anm. 8 zu § 22. Anm. 4.
5. Die Fortführung der Firma braucht nicht mit Bewilligung des Veräußerers zu erfolgen. Ohne Bewilligung des Veräußerers ist der Erwerber allerdings nicht berechtigt, die Firma fortzuführen (§ 22). Aber eine andere Frage ist, ob Voraussetzung der in unserem Paragraphen angeordneten Wirkungen der Firmenfortführung nur die befugte Fortführung ist. Dies ist zu verneinen. Sie ist nicht Voraussetzung für die hier angeordnete Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern (anders für das hier angeordnete Verhältniß der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber; vergl. unten Anm. 12). Anm. 5.
6. Die Firma braucht nicht eingetragen zu sein. Weder braucht die Firma des Veräußerers eingetragen zu sein, noch braucht der Uebergang der Firma eingetragen zu werden, um die hier angeordneten Wirkungen zu äußern. Anm. 6.

Ohne Weiteres ist dies zutreffend bei denjenigen Personen, welche ein unter § 1 fallendes Gewerbe als Vollkaufmann betreiben. Denn diese haben das Firmenrecht auch ohne Eintragung, und die Wirkungen der Firmenführung und Firmenübertragung sind hier von der Eintragung nicht abhängig.

Wie aber bei denjenigen Gewerbetreibenden, welche überhaupt kein Recht haben, eine Firma zu führen, nämlich den Minderkaufleuten, und bei denjenigen Personen, welche erst durch die Eintragung ihrer Firma Kaufleute werden, nämlich bei den Gewerbetreibenden des § 2 und des § 3 Abs. 2? Wenn diese auch kein Firmenrecht haben und deshalb auch kein Firmenrecht veräußern können, sodaß ein Firmenveräußerungsvertrag, den diese Personen abschließen, trotz § 5 ungiltig ist, auch wenn diese Personen eingetragen sind (vergl. Anm. 1 zu § 22), so liegt die Sache doch anders hier, wo es sich um das Verhältniß zu Dritten handelt. Im Verhältniß zu Dritten kommt hier der Grundsatz zur Geltung, daß, wer im Rechtsverkehr sich als Kaufmann gerirt, als Kaufmann behandelt werden muß (vergl. unseren Exkurs zu § 5). Gerirt sich der Erwerber eines Geschäfts im Rechtsverkehr so, als habe er die Firma rechtmäßig erworben, als sei das erworbene Geschäft das Geschäft eines Vollkaufmanns und als sei früher der Veräußerer und jetzt er zur Führung der Firma berechtigt, so muß er alle diese Thatsachen gegen sich gelten lassen und es treten die Folgen des Abs. 1, zunächst die hier in Rede stehende Folge der Schuldenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ein, wie wenn es wirklich die Firma eines Vollkaufmanns wäre, welche auf diese Weise veräußert und fortgeführt wird. Ueberall ist hier aber daran festzuhalten, daß, wer im Rechtsverkehr als Kaufmann und Firmenberechtigter auftritt, dies zunächst nur gegen sich gelten lassen muß. Wo er also im Folgenden aus der Fortführung des Geschäfts mit Firma Rechte für sich herleiten wollte, da kann er dies nicht ohne Weiteres, so z. B. wenn er den Uebergang der Geschäftsforderungen nach Abs. 1 Satz 2 für sich geltend machen will.

Ist eine Firma zu Unrecht in das Firmenregister eingetragen und dann veräußert oder erst veräußert und dann eingetragen, dann gilt das eben Gesagte umsomehr und in verstärktem Maße. Denn hier greift § 5 Platz, kraft dessen gegenüber der Eintragung nicht geltend gemacht werden kann, der zu Unrecht Eingetragene sei in Wahrheit nicht Kaufmann oder Vollkaufmann. Hier kann der zu Unrecht Eingetragene die Eintragung auch für sich geltend machen, auch wenn er Minderkaufmann ist oder Nichtkaufmann, weil sein Gewerbe keinen erheblichen Umfang hat und deshalb nach §§ 2 u. 3 Abs. 2 trotz Eintragung kein Handelsgewerbe ist.

Anm. 7. 7. Es braucht sich nicht um das Geschäft eines Vollkaufmanns zu handeln. Das folgt aus dem in Anm. 6 Gesagten. Denn danach kommt es nicht darauf an, was die Kontrahenten im Handelsrecht sind, sondern als was sie sich geriren. Sie geriren sich aber durch Veräußerung und Führung einer Firma als Vollkaufleute, und das ist nach dem zu 6 Gesagten für die Anwendung des vorliegenden Gesetzes entscheidend. Ob für Abs. 3 die Vollkaufmannsqualität erforderlich ist, darüber s. unten Anm. 29.

Anm. 8. B. **Die Wirkung ist zweierlei: Herstellung eines direkten Verhältnisses der Geschäftsgläubiger zum Geschäftserwerber und Herstellung eines direkten Verhältnisses der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber.**

1. **Es wird ein direktes Verhältniß zwischen den Geschäftsgläubigern und dem Geschäftserwerber hergestellt: eine direkte Haftung gegenüber den Geschäftsgläubigern.**

a) Diese Haftung tritt ein, gleichgiltig ob im Veräußerungsvertrage der Passivenübergang vereinbart ist oder nicht. Der Passivenübergang inter partes ist eine hiervon verschiedene Frage. Also auch dann, wenn nach dem Veräußerungsvertrage Passiven nicht übernommen sind oder nicht alle Passiven übernommen sind, tritt die Haftung für alle Geschäftsverbindlichkeiten ein. Wollen die Parteien eine hiervon abweichende Vereinbarung Dritten gegenüber zur Wirksamkeit bringen, so müssen sie dieselbe eintragen lassen oder dem Dritten mittheilen (unten Anm. 17). Ist dies aber nicht geschehen, so haftet der Geschäftserwerber den Gläu-

bigern, und der Veräußerer wieder haftet dem Erwerber für rechtzeitige Befriedigung der Gläubiger und muß ihn schadlos halten, wenn der Erwerber auf Grund des § 25 Abs. 1 belangt wird, während er in Wahrheit die Passiven oder das betreffende Passivum nicht übernommen hat.

b) Die Art der Haftung ist eine kumulative Schuldübernahme, d. h. der Anm. 9.
Veräußerer wird nicht frei, vielmehr tritt ihm ein neuer Schuldner an die Seite. Es liegt keine Schuldübernahme im Sinne des § 414 B.G.B. vor, sondern der Eintritt eines Gesammtschuldverhältnisses. (Ueber die Weiterhaftung des Veräußerers s. unsere Erläuterung zu § 26.)

Was die Einreden anlangt, welche dem Uebernehmer gegenüber den Anm. 10.
Gläubigern zustehen, so kann er zunächst alle diejenigen geltend machen, welche dem Veräußerer gegenüber den Gläubigern zustehen, nur darf er eine dem Veräußerer zustehende Gegenforderung nicht zur Kompensation benutzen, weil er sonst aus dem Vermögen des Veräußerers zahlen würde (§ 422 Abs. 2 B.G.B.), wobei jedoch daran zu erinnern ist, daß die Geschäftsforderungen unter den Voraussetzungen unseres Abs. 1 Satz 2 auf ihn übergegangen gelten und dann von ihm auch zur Kompensation gestellt werden können. Auf alle Fälle aber kann er eine bereits von dem Veräußerer geltend gemachte Aufrechnung vorschützen; denn durch diese ist die Schuld bereits getilgt, also nicht mehr Gegenstand des Uebergangs auf ihn. Ferner kann er nicht Einwendungen vorbringen, welche aus dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse herrühren. Insoweit ist § 417 B.G.B. analog anwendbar. Während aber dieser § 417 den Einwand zuläßt, daß der Uebernahmevertrag selbst ungiltig ist (Planck Anm. 3 zu § 417 B.G.B.), muß hier auch dieser Einwand versagt werden. Hier ist auch das unerheblich, weil nicht der Uebernahmewille der Rechtsgrund der Haftung ist, sondern die Thatsache der Fortführung eines Erwerbsgeschäftes mit Firma. Darin liegt eine der Oeffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung, an welche das Gesetz die Rechtsfolge der Passivenhaftung knüpft, auch wenn sie nicht vereinbart und nicht beabsichtigt war. Insoweit diese Erklärung d. h. die Fortführung des Geschäfts wegen Irrthums, Zwanges u. s. w. anfechtbar ist, insoweit bewirkt die Anfechtung auch einen Einwand gegen die Haftung. Die Anfechtungserklärung erfolgt dann gegenüber jedem Gläubiger, der den Firmenfortführer in Anspruch nimmt (§ 143 Abs. 4 B.G.B.).

c) Der Umfang der Haftung. Der Geschäftserwerber haftet für „alle im Betriebe Anm. 11.
des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten". (Der Ausdruck ist gleichbedeutend mit dem im § 25 Abs. 3, 26, 27 gebrauchten Ausdruck „frühere Geschäftsverbindlichkeiten"; dies gegen Cohn bei Gruchot 42 S. 53.)

Welches die im Betriebe des Geschäfts begründeten Geschäftsverbindlichkeiten sind, darüber gelten unsere Ausführungen in Anm. 21 zu § 22. Vergl. dort insbesondere über die Frage, ob etwa bloß Vertragsverbindlichkeiten oder auch Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen dazu gehören (Letzteres wird von der Denkschrift S. 36 bejaht), über die Frage, ob die bei Begründung des Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten dazu gehören (auch diese gehören dazu, wie aus § 343 und unserer dort gegebenen Erläuterung hervorgeht).

Ob der Erwerber die Verbindlichkeiten gekannt hat oder nicht, ist gleichgültig (R.O.H. 8 S. 385, R.G. 17 S. 98).

2. **Es wird ein direktes Verhältniß zwischen den Geschäftsschuldnern und dem Geschäftserwerber hergestellt.** Anm. 12.

a) Die Herstellung dieses Verhältnisses hat aber noch eine weitere Voraussetzung, als die Herstellung des direkten Verhältnisses der Geschäftsgläubiger zum Geschäftserwerber. Hier ist weiter vorausgesetzt, daß der bisherige Inhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma willigen. Eine ausdrückliche Bewilligung, wie in § 22, ist hier nicht gefordert. Doch wird das

im Großen und Ganzen keinen Unterschied machen, da auch das Erforderniß der Ausdrücklichkeit nicht formalistisch aufgefaßt werden kann (vergl. Anm. 5 zu § 22). Dieses nach außen nicht hervortretende Erforderniß drückt den Werth der Bestimmung herab, weil hiernach die Fortführung der Firma allein dem Schuldner keine Gewähr dafür bietet, daß er sicher an den Erwerber zahlt (Cohn bei Gruchot 42 S. 57). — Der bisherige Inhaber braucht nicht eingetragen zu sein, um die Einwilligung wirksam zu ertheilen.

Anm. 13. b) Beim Hinzutreten dieser weiteren Voraussetzung wird ein direktes Verhältniß der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber hergestellt. Dieses direkte Verhältniß wird vom Gesetze dahin ausgedrückt: es gelten die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen.

Anm. 14. a) Welches die in dem Betriebe begründeten Forderungen sind, darüber s. Anm. 16 zu § 22. Insbesondere gilt auch hier, was dort Anm. 19 über den Uebergang von Verkehrs- und Kautionshypotheken gesagt ist. Was nicht inter partes ohne Weiteres durch Veräußerungsvertrag übergeht, das gilt auch nicht als übergegangen vermöge der hier vorliegenden Vorschrift. Diese will ja nichts anderes besagen, als es soll so angesehen werden, als sei ein die Forderungen umfassender Veräußerungsvertrag geschlossen worden. Was durch einen solchen generellen Veräußerungsvertrag nicht übergehen würde, sondern eines besonderen förmlichen Abtretungsvertrages bedarf, um überzugehen, das gilt auch nicht ohne Weiteres als übergegangen kraft unserer Vorschrift.

Grundschulden gelten nicht ohne Weiteres als übergegangen, weil sie nicht Forderungen, sondern dingliche Belastungen sind. Dasselbe gilt von der Rentenschuld des B.G.B.

Anm. 15. β) Die Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen. Darin liegt allerdings nicht eine gesetzliche Cession, ein kraft Gesetzes eintretender Uebergang der Forderung, wie dies Düringer u. Hachenburg I S. 117 annehmen. Denn die Forderung gilt nicht überhaupt als übergegangen, sondern nur dem Schuldner gegenüber. Im Verhältniß zum Veräußerer und Erwerber ist sie, wenn sie in Wahrheit nicht übergegangen ist, eine Forderung des Ersteren. Im Konkurse des Veräußerers ist sie in diesem Falle ein Aktivum der Konkursmasse, im Konkurse des Erwerbers ist sie kein Aktivum der Konkursmasse. Eine Zahlung, die der Schuldner an den Erwerber leisten würde, kann der Veräußerer vom Erwerber kondiziren.

Aber dem Schuldner gegenüber treten allerdings die Wirkungen ein, als sei eine gesetzliche Cession erfolgt. Ihm gegenüber gilt die Forderung als übergegangen. Ihm gegenüber gilt daher der Erwerber als der einzige und wahre Gläubiger. Der Schuldner darf an ihn ohne Gefahr zahlen und muß an ihn zahlen, wenn der Erwerber ihm nachweist, daß er das Geschäft mit Firma erworben hat und der Veräußerer zur Fortführung der Firma seine Genehmigung gegeben hat. Dem Schuldner würde nicht der Gegenbeweis gestattet sein, daß die außenstehenden Forderungen oder die betreffende außenstehende Forderung in Wahrheit nicht übergegangen sei. Mit der Forderung gelten auch die Pfandrechte und Bürgschaftsrechte als übergegangen (§ 401 B.G.B.). Bei den Bürgschaftsforderungen ist das nichts Auffälliges, da ja auch der Bürge zu den Schuldnern gehört, aber auch die Pfandrechte, auch die vom Dritten bestellten Pfandrechte gelten als übergegangen.

Anm. 16. Gleichzeitig folgt hieraus, daß der Veräußerer im Verhältniß zum Schuldner nicht mehr als Gläubiger gilt. Sollte in Wahrheit die betreffende Forderung nicht mit übertragen sein, so gilt er doch dem Schuldner gegenüber gleichwohl nicht mehr als Gläubiger. Da er andererseits aber neben dem Erwerber für die Schulden verhaftet bleibt (vergl. Anm. 1 zu § 26), so hat er zu gewärtigen, daß er für die Schulden des Geschäftes in Anspruch genommen wird,

während er die Forderungen desselben nicht zur Kompensation stellen kann, es sei denn, daß er die Aufrechnungserklärung vor dem Geschäftsübergang abgegeben hat.

Indessen folgt alledem doch noch nicht, daß in der Fortführung der Firma allein eine genügende Denunziation der Forderung liegt. Das ist keineswegs der Fall. Zwar gilt nach § 25 Abs. 1 der Geschäftserwerber gegenüber dem Schuldner als der einzige Gläubiger, aber das bedeutet nur: es wird so angesehen, als sei die Forderung auf ihn übergegangen. Es bedeutet das aber noch nicht: es wird so angesehen, als sei dieser Forderungsübergang dem Schuldner auch angezeigt. Dieses muß vielmehr besonders geschehen. Die Anzeige liegt jedoch in der Eintragung des Firmenüberganges. Diese muß, wenn nicht besondere Umstände seine Unkenntniß entschuldigen, jeder Dritte kennen (§ 15 Abs. 2), und gleichzeitig muß er davon ausgehen, daß der Firmenübergang mit Bewilligung des Geschäftsverkäufers erfolgt ist, da legalia praesumuntur. Solange aber der Firmenübergang nicht eingetragen ist, kann er an den Geschäftsveräußerer zahlen, bis er von dem Vorhandensein aller Voraussetzungen des § 25 Kenntniß hat (Erwerb des Geschäfts unter Lebenden, Fortführung des Geschäfts mit Firma, Einwilligung des Veräußerers in die Firmenfortführung).

3. **Eine abweichende Vereinbarung ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht oder den Dritten mitgetheilt worden ist** (Abs. 2). Anm. 17.

a) Voraussetzung ist, daß die Eintragung und Publikation oder die Mittheilung gleichzeitig mit der Fortführung des Geschäfts geschehen ist. Denn ist einmal das Geschäft mit Firma fortgeführt, ohne daß eine abweichende Vereinbarung gehörig kundgegeben ist, so ist die Haftung eingetreten und kann durch nachträgliche Kundgebungen nicht beseitigt werden. Dabei wird man freilich den Begriff der Gleichzeitigkeit nicht zu eng auffassen dürfen. Denn der Begriff der Fortführung der Firma ist ein flüssiger. Man wird nicht durch das Abschließen des ersten kaufmännischen Geschäfts die Fortführung der Firma als geschehen betrachten dürfen, mit der Wirkung, daß die Haftung unwiderruflich eingetreten sei. Ja, eine korrekte Eintragung des Firmenübergangs setzt den Beginn der Geschäftsfortführung sogar voraus und deshalb wird man eine absolute Gleichzeitigkeit oder sogar ein Vorangehen der Eintragung der abweichenden Vereinbarung vor der Fortführung des Geschäfts als undurchführbar ansehen müssen (Wolff in G.Z. 47 S. 261). Man wird hiernach nur verlangen können, daß jene Kundgebung geschieht, solange das Anfangsstadium der Fortführung besteht und der Verkehr nicht davon ausgehen kann, daß die Rechtsverhältnisse, unter welchen die Fortführung der Firma erfolgen sollte, als endgiltig und feststehend zu betrachten sind.

b) Entweder Eintragung oder Mittheilung ist erforderlich. Ist die abweichende Vereinbarung eingetragen, so braucht sie nicht mehr mitgetheilt zu werden. Die über den Geschäftsübergang gemachten Mittheilungen (Cirkulare) können daher diesen Punkt übergehen und so allerdings den Anschein erwecken, als ob eine abweichende Abrede nicht getroffen sei. Die Rechtsfolgen des Abs. 1 treten gleichwohl nicht ein. Anm. 18.

c) Die Eintragung und die Mittheilung müssen so deutlich sein, daß der Dritte erkennen kann, dasjenige Aktivum oder Passivum, welches ihn angeht, sei nicht mit übergegangen. Eine allgemeine Erklärung ist jedenfalls zulässig (die Aktiva sind nicht mit übergegangen, die Passiva sind nicht mit übernommen oder auch: nur Vertragsverbindlichkeiten sind übernommen, oder nur Forderungen aus Verträgen sind übergegangen). Aber auch spezielle Erklärungen sind zulässig (bestimmte Passiva, bestimmte Aktiva seien nicht übernommen). Die Meinung Cohns (bei Gruchot 42 S. 53), daß im Falle spezieller Uebernahmeausschließungen die Präjudizvermeidung durch Eintragung überhaupt nicht angängig sei, weil eine solche detaillirte Uebernahmeabrede dem Wesen des Handelsregisters widerspreche, ist nicht zu billigen. Sie stellt sich gegenüber dem Wortlaute des § 25 Abs. 2 als willkürlich dar. Anm. 19.

Anm. 20. Was insbesondere die besondere Mittheilung angeht, so genügt es, wenn einer der beiden Kontrahenten, der Veräußerer oder der Erwerber, sie macht. Aber es genügt auch, daß der Dritte die Abrede kannte (§ 15 Abs. 1; Wolff in G.Z. 47 S. 263; vergl. oben Anm. 16). Sind auf der einen Seite mehrere Personen, so genügt es, daß eine Person sie in glaubhafter Weise macht. Denn dann kennt der Dritte sie ja. Bei widersprechenden Erklärungen entscheidet die Wahrheit (so zutreffend Düringer u. Hachenburg I S. 118, auch Litthauer Anm. g zu § 25, während Wolff in G.Z. 47 S. 263 die zuerst ankommende und bei gleichzeitiger Ankunft keine gelten läßt). Ist der Drittschuldner in Folge dieser widersprechenden Erklärungen über die Person seines Gläubigers im Unklaren, so mag er hinterlegen (§ 372 B.G.B.).

Anm. 21. d) Ist der Ausschluß der Passivenübernahme rechtzeitig eingetragen und bekannt gemacht worden, so muß der Gläubiger ihn gegen sich gelten lassen. § 15 Abs. 2 greift zwar auch hier Platz, denn auch hier liegt eine einzutragende Thatsache vor. Zu diesen gehören auch solche Thatsachen, die, wenn sie ohne besondere Mittheilung dem Dritten gegenüber wirken sollen, einzutragen sind, ohne daß im Uebrigen eine Eintragungspflicht vorliegt (vergl. Wolff in G.Z. 47 S. 262 gegen Makower zu § 15 III Ab). Allein nach unseren Ausführungen zu § 15 Abs. 2 (vergl. Anm. 6 zu § 15) ist der dort gegebene Entschuldigungsbeweis, daß der Dritte die Eintragung weder kannte, noch kennen mußte, praktisch bedeutungslos, weil kaum zu führen.

Anm. 22. II. (Abs. 3.) **Der Fall der Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma.**

A. **Allgemeines.** Für den Fall, daß das Geschäft fortgeführt wird, aber ohne die bisherige Firma, hat das Gesetz aus der Fortführung des Geschäfts allein weder ein direktes Verhältniß der Geschäftsgläubiger, noch ein solches der Geschäftsschuldner zum Geschäftserwerber hergeleitet. Hier muß vielmehr, wenn ein direktes Verhältniß der Gläubiger zum Geschäftserwerber hergestellt werden soll, ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegen; als solchen bezeichnet das Gesetz besonders die Bekanntmachung der Passivenübernahme. Ueber den Uebergang der außenstehenden Forderungen ist für diesen Fall nichts Besonderes im Gesetze gesagt. Hier gilt das von uns in Anm. 19 zu § 22 Gesagte.

Anm. 23. B. **Es ist also hier nur die Haftung des Geschäftserwerbers gegenüber den Gläubigern im Falle der Fortführung des Geschäfts ohne Firma zu behandeln.** Diese tritt nur ein beim Vorhandensein eines besonderen Verpflichtungsgrundes, insbesondere im Falle der Bekanntmachung der Passivenübernahme.

Anm. 24. 1. **Die besonderen Verpflichtungsgründe.** Ein besonderer Verpflichtungsgrund liegt z. B. in der Schuldübernahme nach §§ 414, 415 B.G.B., d. h. in einer Schuldübernahme, kraft welcher der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners treten soll, sodaß dieser letztere zu haften aufhört. Dazu gehört die Bewilligung des Gläubigers.

Ein anderer Verpflichtungsgrund liegt dann vor, wenn der Geschäftsveräußerungsvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter, d. h. in der Absicht geschlossen ist, für die Gläubiger ein neben der Haftung des Veräußerers hinzutretendes direktes Recht gegen den Uebernehmer zu begründen. Ein Veräußerungsvertrag in diesem Sinne ist denkbar (R.O.H. 21 S. 233), aber im Zweifel nicht anzunehmen (§ 329 B.G.B.).

Ein ferneres Beispiel eines besonderen Verpflichtungsgrundes ist der Fall, wo Jemand sein ganzes Vermögen auf einen Andern überträgt (§ 419 B.G.B.). Wann dieser Fall vorliegt, darüber s. Anm. 12 zu § 22, wo diese Frage wegen der im § 311 B.G.B. vorgeschriebenen Form eines solchen Veräußerungsgeschäftes von uns erörtert ist (in der Geschäftsveräußerung durch eine offene Handelsgesellschaft oder durch einen Einzelkaufmann liegt er hiernach nicht). Der Uebergang der Schulden kann in diesem Falle nicht einmal durch eine entgegenstehende Vereinbarung beseitigt werden. Die Wirkung einer solchen Schuldenübernahme ist allerdings eine beschränkte, sie beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die dem Uebernehmer aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Doch wird der Fall wohl selten vorkommen; denn meist wird

mit solcher allgemeinen Vermögensübertragung die Fortführung der Firma oder die Bekanntmachung des Passivenüberganges an die Gläubiger verbunden sein.

Der hauptsächlichste besondere Verpflichtungsgrund ist die in Abs. 3 unseres Paragraphen hervorgehobene Bekanntmachung der Passivenübernahme. Anm. 25.

2. **Insbesondere die Bekanntmachung der Passivenübernahme.** Diese begründet beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des § 25 Abs. 1, nur mit Wegfall der Firmenfortführung, eine selbstständige Haftung gegenüber den Gläubigern. Anm. 26.

a) **Voraussetzung ist** das Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des § 25 Abs. 1, jedoch mit Wegfall der Firmenfortführung.

Vorausgesetzt ist also Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden und Fortführung desselben. Anm. 27.

α) Ein bestehendes Geschäft muß erworben sein, und zwar unter Lebenden (darüber s. oben Anm. 1 u. 2). Anm. 28.

β) Fortgeführt muß es werden. Hierüber s. oben Anm. 3. Anm. 29.

γ) Daß es das Geschäft eines Vollkaufmanns sein muß, ist hier nicht zu erfordern. Das frühere Handelsgewohnheitsrecht wurde allerdings nur auf diesen Fall bezogen (R.G. 17 S. 96; O.L.G. Rostock in G.Z. 34 S. 566). Jetzt aber sagt das H.G.B. klar, welche Vorschriften für Minderkaufleute nicht gelten sollen. Der § 25 Abs. 3 gehört dazu nicht, er ist keine Vorschrift „über die Firma" im Sinne des § 4 (anders Makower, auch Düringer u. Hachenburg I S. 55; Gareis Anm. 2 zu § 4; Wolff in G.Z. 47 S. 256). Wer im Gegensatz hierzu Vollkaufmannsqualität fordert, wird sich aber jedenfalls mit der Geltung als Vollkaufmann kraft § 5 begnügen müssen, aber auch mit der Geltung als Vollkaufmann kraft kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (vergl. unseren Exkurs zu § 5).

δ) **Die letzte und vornehmste Voraussetzung ist, daß die Haftungsübernahme durch den Erwerber in handelsüblicher Weise publizirt wird.** Anm. 30.

Die Uebernahme der Verbindlichkeiten muß bekannt gemacht werden. Das sagt das Gesetz ausdrücklich und davon kann nicht abgegangen werden, auch wenn man der Anschauung huldigt, daß in der Uebernahme des Geschäfts die Uebernahme aller hierbei nicht ausgeschiedenen Passiva liegt. Die Anzeige der Geschäftsübernahme genügt also nicht.

Die handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme liegt in der öffentlichen Bekanntmachung durch Annoncen (R.O.H. 3 S. 182); auch in der Erklärung der Passivenübernahme zum Handelsregister zum Zwecke der Eintragung und Bekanntmachung (R.G. 8 S. 64; Volze 16 Nr. 314 u. 316), auch in der Publikation der die Passiva enthaltenden Bilanz durch die übernehmende Gesellschaft (R.G. vom 10. Dezember 1895 in der Dtsch. Jur.-Ztg. 1896 S. 57). Sie liegt ferner in der besonderen Bekanntmachung an eine so erhebliche Zahl von Geschäftsgläubigern, daß sich aus dieser Bekanntmachung auf den Willen des Uebernehmers schließen läßt, daß die Geschäftsübernahme in der gekennzeichneten Art dem Kreise der Geschäftsgläubiger überhaupt, der Gläubigerschaft, erkennbar werde (R.G. 17 S. 96; 38 S. 177). Daß einzelne Gläubiger ein solches Circular nicht erhalten haben, ist alsdann unerheblich; auch der, der es nicht erhalten hat, kann sich auf dasselbe berufen (R.G. 38 S. 177). Sollen vielmehr einzelne Gläubiger ausgenommen sein, so muß dies ebenfalls bekannt gemacht oder gleichzeitig den betreffenden Gläubigern mitgetheilt werden (R.G. 38 S. 177; Cosack S. 71). Dagegen genügt nicht eine Bekanntmachung an eine bestimmte Anzahl von Personen. Würde z. B. den drei Gläubigern A, B und C mitgetheilt sein, daß die mit A, B, C und D begründeten Geschäftsschulden übernommen sind, so würde sich D hierauf nicht stützen können. Das wäre weder eine allgemeine Bekanntmachung an alle Gläubiger, noch eine spezielle Bekanntmachung an D. Anm. 31.

Durch den Erwerber muß die Bekanntmachung erfolgt sein. Doch wird man, wie im früheren Recht, auch eine von einem Dritten ausgehende Bekannt- Anm. 32.

machung für genügend halten, wenn sie nur mit Genehmigung des Erwerbers erfolgt (R.G. 38 S. 177).

Anm. 33. b) **Die Wirkung ist eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern.** Eine solche Bekanntmachung ist ein selbstständiger Verpflichtungsgrund. Es liegt darin die Kodifikation eines früheren Handelsgebrauchs (R.G. 17 S. 96; 38 S. 173; vergl. unsere 5. Aufl. § 13 zu Art. 22).

α) Einer Acceptation seitens der Gläubiger bedarf es nicht.

β) Die Haftung tritt, wenn obige Voraussetzungen vorliegen, auch dann ein, wenn inter partes die Haftungsübernahme nicht vereinbart wurde (so auch für das frühere Recht R.G. 38 S. 173). Anfechtung der in der Bekanntmachung liegenden Erklärung wegen Irrthums, Betrugs u. s. w. ist jedoch nicht ausgeschlossen (vergl. hierüber oben Anm. 10).

Anm. 34. γ) Der Umfang der Haftung. Der Erwerber haftet für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Damit ist dasselbe gemeint, wie mit den „im Betriebe begründeten Verbindlichkeiten" im Abs. 1 (vergl. daher oben Anm. 11).

Anm. 35. δ) Die Art der Haftung ist hier die gleiche, wie bei der Haftung auf Grund der Firmenfortführung. S. daher über die Einreden des Uebernehmers oben Anm. 10.

Anm. 36. **Zus. 1. Prozessuale Fragen.** Die Fälle, in denen die hier vorgesehenen Schuld- und Forderungsübergänge während des Prozesses oder nach rechtskräftiger Feststellung der Forderungen erfolgen, sind von uns bereits an einer anderen Stelle behandelt worden (Anm. 22—27 zu § 17). Dort ist auch die neue Vorschrift des § 729 C.P.O. behandelt, welcher in dem Falle, daß eine rechtskräftige Schuld gemäß Abs. 1 unseres Paragraphen von einem Geschäftserwerber übernommen wird, den Gläubigern das Recht giebt, ohne besondere Einklagung der Schuld gegen den Erwerber die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu erlangen, ohne das Recht zu verlieren, aus der vollstreckbaren Ausfertigung gegen die Geschäftsveräußerer die Zwangsvollstreckung bewirken zu lassen. Auf den Fall des Abs. 3 bezieht sich das nicht (vergl. Näheres Anm. 26 zu § 17).

Anm. 37. **Zus. 2. Die Frage nach der fortdauernden Haftung des Geschäftsveräußerers** ist von uns in der Erläuterung zu § 26 erörtert.

Anm. 38. **Zus. 3. Uebergangsfrage.** Der § 25 findet nur Anwendung auf diejenigen Rechtsakte, welche nach dem 1. Januar 1900 gethätigt werden. Dabei ist es aber genügend, wenn die Fortführung der Firma oder die Bekanntmachung an die Gläubiger nach diesem Zeitpunkte geschieht. Der Geschäftserwerb selbst kann auch früher geschehen sein. Nur muß es sich, damit Abs. 1 zur Anwendung kommt, um eine Geschäftsfortführung handeln, die sich an den Geschäftserwerb unmittelbar anschloß. Die Uebergangszeit wird übrigens hier keine besonderen Schwierigkeiten bereiten, weil das neue Gesetz im Großen und Ganzen nur die Kodifikation des bisherigen Rechtszustandes ist, wie er nach Handelsgebrauch existirte.

§ 26.

Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im § 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt.

Die Verjährung beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des § 25

Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Uebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph statuirt eine Verjährung zu Gunsten des Geschäftsveräußerers für den Fall, daß der Geschäftsübernehmer für die Passiva haftet. Die Vorschrift ist neu. Sie ist dem § 159 (Verjährung der Gesellschaftsforderungen) nachgebildet. Die hier eingeführte Verjährung ist das Korrelat für den Hinzutritt eines neuen Schuldners. Die Billigkeit verlangt es, daß die trotz der Geschäftsveräußerung fortdauernde Haftung in kurzer Zeit aufhört. Der Gläubiger kann sich ja an den neuen Schuldner halten oder, wenn er das nicht will, an den alten. Aber wenn er letzteres in kurzer Zeit nicht thut, so giebt er damit zu erkennen, daß er den Geschäftserwerber als seinen alleinigen Schuldner anerkennen will.

Vorausgeschickt werden muß eine kurze Erörterung über die Frage der fortdauernden Haftung des Veräußerers überhaupt.

Anm. 1.

1. **Die fortdauernde Haftung des Geschäftsveräußerers.** Ob der Geschäftsveräußerer dem Gläubiger gegenüber frei wird oder nicht, hängt von der Natur des Uebernahmevertrages ab. Liegt eine Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. vor, so wird er frei. Liegt eine Haftung auf Grund des § 419 (Erwerb des gesammten Vermögens) vor, so wird er nicht frei. Ebenso wird er nicht frei, wenn der Erwerber deshalb haftet, weil er das Geschäft mit Firma fortführt (Fall des § 25 Abs. 1), und endlich wird er nicht frei, wenn der Erwerber haftet, weil er die Passivenübernahme publizirt hat (Hauptfall des § 25 Abs. 3).

   Mit diesen beiden letzten Fällen beschäftigt sich die Verjährungsvorschrift des vorliegenden Paragraphen. (In den übrigen Fällen richtet sich die Verjährung gegen den nicht frei werdenden Veräußerer nach bürgerlichem Recht.)

   In diesen beiden Fällen liegt eine kumulative Schuldübernahme vor. Der Geschäftserwerber tritt neben den Geschäftsveräußerer als zweiter Schuldner. Beide sind nunmehr Gesammtschuldner gemäß §§ 421 ffg. B.G.B. (Die Grundsätze der Solidarhaft haben wir dargestellt zu § 128, bei der Lehre von der Solidarhaft der offenen Gesellschafter.) Der Veräußerer insbesondere haftet so lange, bis er aus der Haftung entlassen wird. Diese Entlassung ist aber dadurch nicht erfolgt, daß der Gläubiger die Anzeige des Geschäftsüberganges, oder die Anzeige, daß der Veräußerer die weitere Haftung ablehne, oder die Aufforderung, sich binnen bestimmter Frist beim Veräußerer zu melden, mit Stillschweigen überging, auch dadurch nicht, daß der Gläubiger den Erwerber wegen der Rückstände mahnt oder verklagt (R.O.H. 8 S. 382; R. G. 19 S. 253) oder Theilzahlungen von ihm entgegennimmt (Allfeld S. 160), endlich aber auch dadurch nicht, daß der Gläubiger die aus einem zweiseitigen Vertrage seinerseits zu machende Leistung an den die Aktiva übernehmenden Erwerber abliefert. Denn auf die Ablieferung hat der Erwerber als Uebernehmer der Aktiva einen rechtlichen Anspruch. Anders entschied früher in diesem Falle das Reichsgericht (R.G. 19 S. 129; Bolze 13 Nr. 500). Später ist auch das Reichsgericht (R.G. 31 S. 47, 48) unserer Ansicht beigetreten, es wollte aber den Veräußerer dann als befreit ansehen, wenn der Gläubiger dem Erwerber hierbei den Kaufpreis kreditirt oder länger oder mit geringerer Sicherheit kreditirt, als dies dem Veräußerer gegenüber der Fall war, weil er damit zu erkennen gegeben habe, daß der Anspruch gegen den letzteren aufgegeben werde. Allein wer dem einen von zwei Solidarschuldnern Stundung gewährt, giebt dadurch den Anspruch gegen den andern keineswegs auf (vergl. §§ 441, 442, I, 5 A.L.R.; Windscheid Pandekten § 298). Vielmehr bleiben, wie § 421 B.G.B. sagt, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämmtliche Schuldner verpflichtet (vergl. auch §§ 422—425 B.G.B.). In dem Falle, wo ein Angestellter des Geschäfts dem Uebernehmer seine Dienste leistet, steht das Reichsgericht ganz auf unserem Standpunkte (R.G. 36 S. 50).

   Zahlt der eine der beiden Haftenden eine Schuld, die nach dem Veräußerungsvertrage der andere zu zahlen hatte, so hat er ein Rückgriffsrecht (vergl. § 426 B.G.B.).

Anm. 2. 2. **Die Verjährung der Haftung des Geschäftsveräußerers**, welche in dem vorliegenden Paragraphen festgesetzt ist, betrifft lediglich diejenige fortdauernde Haftung, welche sich aus § 25 Abs. 1 (Hinzutritt der Haftung des Geschäftserwerbers in Folge Fortführung der Firma), und diejenige, welche sich aus dem Hauptfall des § 25 Abs. 3 (Hinzutritt der Haftung des Geschäftserwerbers in Folge Publikation der Passivübernahme) ergiebt.

a) Die Frist ist 5 Jahre. Tritt nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher ein, so behält es dabei sein Bewenden. So tritt schon nach 2 Jahren die Verjährung der in Abs. 1 des § 196 Nr. 1—17 B.G.B. aufgezählten Ansprüche ein, schon nach 4 Jahren die Ansprüche, welche in Abs. 2 des § 196 und im § 197 B.G.B. aufgezählt sind. Von den unter Nr. 1 des § 196 Abs. 1 bezeichneten Ansprüchen können hier nur solche in Frage kommen, welche wegen Leistungen entstanden sind, die für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt sind, also in 4 Jahren verjähren (§ 196 Abs. 2 B.G.B.); denn wenn sie nicht im Gewerbebetrieb erfolgt ist, so ist sie keine Geschäftsschuld und geht auf den Geschäftserwerber nicht über. Entsprechendes gilt für die Nr. 2 des § 196 B.G.B. Bei Berechnung dieser Fristen greift § 201 B.G.B. Platz (die Frist beginnt mit Jahresschluß).

Anm. 3. Tritt aber nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung erst später ein, so wird sie eben durch die vorliegende kurze Verjährung ersetzt. Das gilt auch von der im § 218 B.G.B. festgesetzten 30jährigen Verjährung für rechtskräftig festgestellte Ansprüche. Als allgemeine Vorschrift nach unserer Ansicht (anders Düringer u. Hachenburg I S. 120?) weicht dieser § 218 B.G.B. der vorliegenden Spezialvorschrift, welche mit Rücksicht auf die Schuldübernahme und die dadurch verstärkte Position des Gläubigers auf der anderen Seite eine Minderung seiner Position durch Abkürzung der Verjährungsfrist eintreten läßt. Natürlich bezieht sich das nur auf den Fall, daß die Forderung bereits rechtskräftig festgestellt war, als die Schuldübernahme erfolgte. Erfolgt dies später, dann tritt die gewöhnliche Verjährung der 30 Jahre ein. Erfolgt dies aber früher, so kann nach Ablauf der 5 Jahre der Geschäftsveräußerer die alsdann gegen ihn versuchte Zwangsvollstreckung durch die in § 767 C.P.O. vorgesehene Einwandsklage abwenden.

Anm. 4. Veräußert eine o. H.G. oder eine Kommanditgesellschaft ihr Geschäft unter Umständen, welche eine Haftung des Uebernehmers für die Passiva des Geschäfts begründen, so verjährt die Haftung der Gesellschaft innerhalb der hier festgesetzten Frist und damit verjähren natürlich auch die Haftungen der persönlich haftenden Gesellschafter für die betreffenden Gesellschaftsschulden. Diese letztere Verjährung wird dann praktisch werden, wenn die Verjährung der Solidarschuld an sich erst später eintritt, wenn z. B. die Auflösung der Gesellschaft erst später eingetragen wird, so daß die in § 159 begründete Verjährung erst später beginnt. Wenn dagegen die Auflösung der o. H.G. früher eingetragen wird, als die Veräußerung des Geschäfts, wenn die letztere z. B. erst in der Liquidation erfolgt, so tritt die Verjährung des § 159 früher ein und hat dann den Vorzug.

Anm. 5. b) Der Beginn der Verjährungsfrist ist im Abs. 2 unseres Paragraphen festgesetzt: im Falle des § 25 Abs. 1 (Fortführung der Firma) beginnt sie mit der Eintragung des neuen Inhabers beim Gerichte der Hauptniederlassung (oder vielmehr mit dem Ende des Tages der Eintragung). Daß die Zweigniederlassung hierbei nicht in Betracht kommt, ist eine von der allgemeinen Regel des § 15 Abs. 3 abweichende Ausnahme. Auch diejenigen Schulden also, welche im Betriebe der Zweigniederlassung begründet sind, beginnen zu verjähren mit der Eintragung des Firmenüberganges beim Hauptregister. Doch erfolgt naturgemäß die Eintragung bei dem Register der Zweigniederlassung, und zwar dort allein, wenn es sich um die Veräußerung des Geschäftes einer Zweigniederlassung allein handelt (darauf machen Düringer & Hachenburg I S. 121 aufmerksam). In diesem Falle findet ja keine weitere Eintragung in das Hauptregister statt. Es wird nur die Aufhebung der Zweigniederlassung beim Hauptregister „ver-

merkt" (§ 131 F.G.). Indessen ist ja mit der selbstständigen Veräußerung der Zweigniederlassung das Register kein Register der Zweigniederlassung mehr, sondern das einer Hauptniederlassung. — Die Eintragung entscheidet absolut, weder auf die Bekanntmachung kommt es an, noch darauf, ob der Dritte von dem Inhalte der Eintragung Kenntniß hatte. Die Anwendung des § 15 Abs. 2, wie sie Cohn (bei Gruchot 42 S. 55) annimmt, ist nicht zulässig. Da hiernach lediglich die Eintragung über den Beginn der Verjährung entscheidet, so hat, diese zu bewirken, der Geschäftsveräußerer ein erhebliches Interesse. Auch wenn die Firma bisher nicht eingetragen war, ist lediglich die Eintragung der Geschäftsveräußerung und des Firmenüberganges maßgebend, sodaß auch hier wieder nichts übrig bleibt, als die Firma des Veräußerers nachträglich zur Eintragung und zur sofortigen Austragung zu bringen (vergl. Anm. 4 zu § 15, wo andere Fälle ähnlicher Art behandelt sind).

Im Falle des § 25 Abs. 3 (oder vielmehr im Hauptfalle des § 25 Abs. 3) beginnt die Verjährung mit dem Ende des Publikationstages, d. h. desjenigen Tages, an welchem die erste Publikation durch den Erwerber erfolgt ist. Die Publikation durch den Veräußerer, falls sie nicht etwa mit dem Willen des Erwerbers erfolgt und deßhalb einer Publikation des Erwerbers gleichsteht (vergl. Anm. 32 § 25), ist für den Beginn der Verjährung um so unerheblicher, als ja in diesem Falle der Fall des § 25 Abs. 3, d. h. Hinzutritt eines neuen Schuldners garnicht vorliegt. Anm. 6.

Für beide Fälle ist hinzuzufügen, daß, wenn die Leistung erst zu einem späteren Zeitpunkte verlangt werden konnte, die Verjährung erst in diesem späteren Zeitpunkte beginnt (so § 26 Abs. 2 Satz 2). Anm. 7.

c) Im Uebrigen finden auf diese Verjährung die Vorschriften des B.G.B. Anwendung, insbesondere wegen der Unterbrechung, der Hemmung, des Endes u. s. w. (vergl. §§ 202 ffg. B.G.B.). Ueber diese allgemeinen Grundsätze der Verjährung s. unsere Erläuterung zu § 159 H.G.B. Anm. 8.

Zus. 1. Die Haftung des Veräußerers für die künftigen Geschäftsverbindlichkeiten, d. h. für diejenigen, welche der Geschäftserwerber kontrahirt, sind hier nicht behandelt. An sich haftet er für diese nicht. Aber es kann sein, daß auch solche Haftung eintritt in Folge der Versäumung der Löschung der bisherigen Inhaberschaft (vergl. hierüber Anm. 1 u. 4 zu § 15). Anm. 9.

Zus. 2. Uebergangsfragen. Diese neue Verjährung bezieht sich auch auf diejenigen Haftungen des Veräußerers, die auf Grund von Thatbeständen vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind. Hierfür und für den Fall, daß die neuen Verjährungsfristen kürzer oder länger als die bisherigen sind, kommt Art. 169 E.G. zum B.G.B. zur Anwendung. Anm. 10.

§ 27.

Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Der vorliegende Paragraph giebt Sonderbestimmungen über die Haftung des Erben für die zum ererbten Geschäft gehörigen Geschäftsverbindlichkeiten.

Anm. 1.

I. Allgemeines.

1. Ueber die zum ererbten Geschäft gehörigen Forderungen bedurfte es keiner besonderen Vorschrift, da diese kraft Erbrechts auf den Erben übergehen (Denkschr. S. 38). Vergl. hierüber unten Anm 30.

Anm. 2.

2. Der Grundsatz unseres Paragraphen im Gegensatz zum alten Recht. Ueber die Haftung des Erben für die zum ererbten Geschäft gehörigen Geschäftsverbindlichkeiten hatte das alte H.G.B. keine besonderen Bestimmungen. Das bisherige Recht wandte auf diesen Fall die gewöhnlichen Regeln des Erbrechts an. Danach war (nach Maßgabe der Landesrechte) der Erbe für die Geschäftsschulden des Erblassers nur beschränkt haftbar (Cosack S. 73). Dagegen geht das neue H.G.B. in unserem vorliegenden Paragraphen von dem Grundgedanken aus, daß, wenn der Erbe das ererbte Geschäft fortsetzt, er für die ererbten Schulden dann unbeschränkt haften soll, wenn er auch im Falle des Erwerbs des Geschäfts unter Lebenden persönlich und unbeschränkt haften würde. Das ist der Grundgedanke unseres Paragraphen. In Abs. 2 weicht er jedoch von diesem Grundsatze zu Gunsten des das Geschäft einstweilen fortführenden Erben ab.

Anm. 3.

3. Ob in unserem Paragraphen Vollkaufmannsqualität vorausgesetzt ist, darüber s. Anm. 7 u. 29 zu § 25, die Frage ist hier ebenso wie dort zu entscheiden.

Anm. 4.

4. Was unter den „früheren Geschäftsverbindlichkeiten" unseres Abs. 1 zu verstehen ist, darüber s. Anm. 11 zu § 25.

II. Die Grundsätze des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 5.

Da grundsätzlich der § 25 analoge Anwendung findet, so sind hier, wie dort, bei der Darstellung zwei Fälle zu unterscheiden: 1. der Fall, daß der Erbe das Geschäft ohne die Firma fortführt, 2. der Fall, daß er das Geschäft mit Firma fortführt. Der erstere ist der Fall des § 25 Abs. 3. Er liegt einfacher als der andere und wird aus diesem Grunde bei der Erläuterung unseres Paragraphen zuerst behandelt.

Anm. 6.

1. **Der erste Fall: der Erbe führt das Geschäft ohne die Firma fort.**

a) Darin liegt unseres Erachtens eine deutliche Erklärung der Annahme der Erbschaft. Das B.G.B. sagt nicht, in welcher Weise die Annahme der Erbschaft erfolgt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen liegt sie daher in jeder Bethätigung des Annahmewillens. Führt nun aber der Erbe ein zum Nachlaß gehöriges Geschäft unter seinem eigenen Namen fort, so liegt darin eine so erhebliche und prägnante Verfügung über dieses Nachlaßobjekt — er giebt ja dadurch dem Geschäfte ein neues Gepräge, drückt ihm die Signatur seiner eigenen Persönlichkeit auf —, daß man die Bethätigung des Erbschaftsannahmewillens billig darin erblicken kann. Der Erbe wird dadurch definitiver Erbe. Daraus folgt, daß er für die Schulden des Nachlasses wie ein Erbe haftet, d. h. zunächst beschränkt oder, wie die Rechtssprache sich bisher ausgedrückt hat, mit der Rechtswohlthat des Inventars, mit den Kräften des Nachlasses. (Diese Fundamentalfrage, ob der Erbe zunächst unbeschränkt oder zunächst beschränkt haftet, ist zwar kontrovers, doch dürfte sie in letzterem Sinne zu lösen sein; vergl. Hachenburg, Vorträge über das B.G.B. S. 369 ffg.; Goldmann u. Lilienthal S. 331; auch scheint es nicht von materieller Bedeutung zu sein und wird wohl mehr auf eine Frage der Beweislast hinauslaufen, ob man sagt: der Erbe haftet beschränkt, doch wird die Haftung durch gewisse Umstände unbeschränkt, oder ob man umgekehrt sagt: der Erbe haftet unbeschränkt, seine Haftung wird aber unter Umständen beschränkt). Die Wohlthat der unbeschränkten Haftung verliert er, wenn er die auf Antrag eines Nachlaßgläubigers vom Nachlaßgericht gestellte Frist zur Einreichung eines Nachlaßinventars verstreichen läßt, ohne das Inventar zu errichten oder die Errichtung desselben zu beantragen (§ 1994 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.), oder wenn er bei der Errichtung des Inventars dolos verfährt (§ 2005 B.G.B.).

Anm. 7.

Nach diesen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts richtet es sich auch, ob der das Geschäft unter seinem Namen fortführende Erbe für die früheren Geschäfts-

verbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haftet. (Selbstverständlich richtet es sich ferner auch nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, deren Auseinandersetzung nicht hierher gehört, durch welche Maßnahmen derjenige Erbe, der sich noch im Besitze der Rechtswohlthat des Inventars befindet, dieselbe geltend macht (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, aufschiebende Einreden u. s. w.)

b) Zu diesen Regeln tritt nun aber in Folge der in unserem Paragraphen angeordneten entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 3 die weitere Rechtsregel, daß der das Geschäft unter seinem Namen fortführende Erbe für die früheren Geschäftsschulden unbeschränkt haftet, wenn er die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt macht. Erläßt er diese Bekanntmachung (über dieses Erforderniß s. Anm. 30 u. 31 zu § 25), so haftet er kraft der Vorschriften der §§ 25 Abs. 3 und 27 für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, mit seinem ganzen Vermögen. Die Nachlaßverwaltung und das Aufgebot der Erben berührt alsdann die Geschäftsgläubiger nicht. Sie sind zur Klage gegen den Erben und zur Zwangsvollstreckung in sein ganzes Vermögen berechtigt. Der Rechtswohlthat des Inventars in Bezug auf den Nachlaß überhaupt ist der Erbe dadurch noch nicht verlustig gegangen, da er die Rechtswohlthat so lange hat, als er sie nicht allen Gläubigern gegenüber verloren hat (§ 2013 Abs. 2 B.G.B.; Goldmann u. Lilienthal S. 332). Anm. 8.

c) Daß er für neue Geschäftsverbindlichkeiten, d. h. für diejenigen, die er während seiner eigenen Geschäftsführung kontrahirt, unbeschränkt haftet, ist selbstverständlich, das sind ja keine Nachlaßverbindlichkeiten (vergl. unten Anm. 29). Anm. 9.

2. **Der zweite Fall: Der Erbe führt das Geschäft mit Firma fort.** Auch hier soll allerdings § 25 zur entsprechenden Anwendung kommen. Das würde den Satz zur Folge haben: wenn der Erbe das Geschäft mit Firma fortführt, so haftet er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, außer wenn er die unbeschränkte Haftung durch Eintragung in das Handelsregister oder durch Mittheilung an die betreffenden Gläubiger ablehnt. Dieser Satz ist an sich auch richtig und kann zunächst aufgestellt werden. Allein der Absatz 2 unseres Paragraphen statuirt von diesem Satze eine so erhebliche und derart grundsätzliche Abweichung, daß durch jenen Satz allein für die Darstellung nichts gewonnen ist. Es muß vielmehr die Materie in anderer Weise dargestellt werden, um zur Klarheit zu gelangen, nämlich wie folgt: Anm. 10.

a) Der Erbe kann sofort, wenn er das Nachlaßgeschäft mit Firma fortzuführen beginnt, in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 in das Handelsregister eintragen lassen oder den Geschäftsgläubigern mittheilen, daß er die Uebernahme der unbeschränkten Haftung für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten ablehne. Dadurch kann er natürlich seine Haftung für die Nachlaßschulden nicht ausschließen. Denn diese Haftung ist mit der Erbenqualität nothwendig verbunden (§ 1967 B.G.B.). Aber er sichert sich dadurch für alle Fälle, mag sich seine Rechtsstellung als Erbe in Zukunft gestalten, wie immer, den Vortheil, daß aus der Fortführung des Geschäfts mit Firma jedenfalls nicht das Präjudiz folgt, er hafte für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt. Diese Rechtsfolge kann sich in der Folgezeit vielleicht aus anderen Gründen ergeben (Verlust des Inventarrechts in Folge der im B.G.B. vorgesehenen Gründe). Aber aus der Fortführung des Geschäfts mit Firma kann sich dieses Präjudiz nunmehr nicht mehr für ihn ergeben. Für unzutreffend müssen wir es erachten, wenn Düringer u. Hachenburg I S. 124 die einseitige Erklärung des Erben, daß er die unbeschränkte Haftung ablehne, überhaupt für wirkungslos erachten. Sie meinen, in dieser Weise könne § 25 Abs. 2 nicht entsprechend angewendet werden, nur bei Willenserklärungen des Erblassers sei eine entsprechende Anwendung denkbar, also wenn der Erblasser z. B. im Testamente bestimme, daß der Erbe auch bei Fortführung des Geschäfts nur beschränkt hafte. Nur in der Eintragung oder Mittheilung einer solchen Bestimmung liege eine entsprechende Anwendung des Anm. 11.

§ 25 Abs. 2. Indessen die Publikation und Mittheilung einer „Vereinbarung" liegt auch in diesem Falle nicht vor. Was § 25 Abs. 2 seinem Wortlaute nach als Gegenstand der Eintragung und Mittheilung hinstellt, liegt also auch in jenem Falle nicht vor. Deshalb ist es willkürlich, wenn Düringer u. Hachenburg nur in der Kundgabe jener testamentarischen Bestimmung eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 erblicken. Die „entsprechende" Anwendung liegt vielmehr auch in der einseitigen Erklärung des Erben, nur beschränkt haften zu wollen. Denn nicht diese einseitige Erklärung ist es, welche ihm den Vortheil der beschränkten Haftung *verschafft*. Dieser Vortheil ist vielmehr eine Folge der Rechtslage, und der Erbe macht durch seine Kundgebung nur bekannt, daß er in dieser Situation verbleiben, eine weitere Haftung nicht übernehmen wolle, als sie durch diese Rechtslage bedingt ist, gerade so, wie der Erwerber eines Geschäfts unter Lebenden in entsprechender Weise bekannt macht, daß er hierbei die Geschäftsverbindlichkeiten nicht übernommen hat. Auch hier macht er nur die bestehende Rechtslage bekannt, und darauf beruht die Wirkung seiner Erklärung. Die Erklärung selbst kann, wie § 25 Abs. 2 ergiebt, auch einseitig sein.

Anm. 12. Hat der Erbe durch diese Kundmachung bewirkt, daß ihm die Fortführung des Geschäfts mit Firma nicht das Präjudiz der unbeschränkten Haftung bringt, so befindet er sich nunmehr in derselben Lage, wie wenn er das Geschäft ohne Firma fortgeführt hätte. Das Präjudiz der unbeschränkten Haftung, welches in der Fortführung der Firma erblickt werden könnte, hat er beseitigt. Aber andererseits hat er durch die Fortführung des Geschäfts mit Firma, durch die Eintragung dieses Zustandes oder die Bekanntmachung an die Gläubiger, daß er zwar das Geschäft fortführe, aber die früheren Verbindlichkeiten nur beschränkt übernehme, sich definitiv für die Annahme der Erbschaft entschieden. Darin liegt eine deutliche Annahmeerklärung, insbesondere enthält die Erklärung, nur beschränkt, wie ein Erbe, haften zu wollen, die Erklärung, Erbe sein zu wollen. Er kann hiernach die Erbschaft nicht mehr ausschlagen und hat die Rechtsstellung eines Erben, der die Rechtswohlthat des Inventars noch nicht verwirkt hat. Verwirkt er diese Rechtswohlthat aus anderen Gründen, so haftet er auch für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt, trotz jener Eintragung oder Mittheilung, daß er nur beschränkt haften wolle. Denn diese bedeutet nur, daß die Fortführung der Firma die unbeschränkte Haftung nicht zur Folge haben soll. Tritt sie in Folge anderer Gründe ein, so erstreckt sie sich auch auf die Geschäftsschulden. *Die Frist des Abs. 2 unseres Paragraphen aber berührt ihn nicht.* Auch wenn er das Geschäft dauernd fortsetzt, hat er sich durch die Bekanntmachung, nur beschränkt haften zu wollen, dieses beneficium dauernd gesichert.

Anm. 13. *Für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten* haftet er natürlich unbeschränkt, das sind ja keine Nachlaßverbindlichkeiten; vergl. unten Anm. 29.

Anm. 14. b) *Wenn der Erbe von der Vergünstigung des § 25 Abs. 2* (Bekanntmachung der beschränkten Haftung) *keinen Gebrauch macht*, so würde, wenn nunmehr § 25 Abs. 1 zur einfachen entsprechenden Anwendung gelangte, der das Geschäft mit Firma fortführende Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften. Allein unser Paragraph läßt diese Rechtsfolge nicht ohne Weiteres eintreten. Er unterscheidet vielmehr eine einstweilige und eine definitive Fortführung des Geschäfts mit Firma. Nur die letztere soll jene Folge haben, die erstere nicht.

Anm. 15. a) *Die einstweilige Fortführung des Geschäfts mit Firma.* Der Erbe kann das Geschäft mit Firma eine gewisse Frist einstweilen führen. Die Fortführung des Geschäfts mit Firma während dieser Frist wird vom Gesetze nur als Provisorium betrachtet, ähnlich der im § 1959 B.G.B. vorgesehenen „Besorgung erbschaftlicher Geschäfte" durch den Erben, der hinterher die Erbschaft ausschlägt. Diese einstweilige Fortführung des Geschäftes mit Firma hat nicht zur Folge, daß der Erbe dadurch die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten übernimmt, ja sie hat nicht einmal zur Folge, daß darin eine Annahme der Erbschaft erblickt wird. Beides ist im Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich aus-

gesprochen (vergl. auch Düringer und Hachenburg I S. 126). Der Erbe ist daher durch diese einstweilige Fortführung des Geschäfts mit Firma nicht gehindert, die Erbschaft noch nachträglich auszuschlagen. Alsdann fällt seine Erbenqualität und damit seine Haftung für die Nachlaßschulden, also auch für die früheren Verbindlichkeiten des einstweilen geführten Geschäfts weg. Auch kann er, wenn er während dieser Zeit nicht die Erbschaft annimmt, wegen der Nachlaßverbindlichkeiten nicht verklagt werden (§ 1958 B.G.B.). (Dagegen kann er die Geschäftsforderungen einziehen, vergl. oben Anm. 1. Thut er dies, so kann der Dritte allerdings eine Nachlaßverbindlichkeit zur Aufrechnung stellen, obwohl er sie nicht einklagen könnte, denn die Aufrechnungserklärung ist Tilgung, nicht gerichtliche Geltendmachung einer Forderung. — Wegen der Verbindlichkeiten des Erben für die während der Zeit der einstweiligen Geschäftsführung von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen s. unten Anm. 28). Natürlich aber kann der betreffende Erbe durch andere Thatsachen das Recht der Ausschlagung und auch die Rechtswohlthat des Inventars verlieren. Verliert er durch andere Thatsachen das Recht der Ausschlagung, so bleibt er Erbe, haftet aber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zunächst nur beschränkt, es sei denn, daß er auch dieses Recht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verloren hätte.

Anm. 16. In der Eintragung des Geschäftsüberganges liegt weder eine Annahme der Erbschaft, noch eine unbeschränkte Uebernahme der Geschäftsverbindlichkeiten, sondern lediglich eine Regulirung des Handelsregisters, die auch bei der einstweiligen Fortführung des Geschäfts geboten und jedenfalls gestattet ist. Doch wird die Anmeldung freilich zum Ausdruck bringen müssen, daß zunächst nur eine einstweilige Fortführung des Geschäftes mit Firma beabsichtigt ist.

Anm. 17. Hat der Erbe den gleichen Namen mit dem Erblasser, so kann es zweifelhaft sein, ob er das Geschäft mit Firma oder ohne Fortführung der Firma fortführt; in diesem Zweifel wird das dem Erben Günstigere angenommen werden müssen, solange nicht die weitergehende Absicht erhellt; also wird eine Fortführung mit Firma angenommen werden.

Anm. 18. Der Grundgedanke, der dieser Rechtsstellung des das Geschäft mit Firma ohne Bekanntmachung der beschränkten Haftung fortführenden Erben im Gegensatze zu der Rechtsstellung des das Geschäft mit Firma mit Bekanntmachung der beschränkten Haftung fortführenden Erben zu Grunde liegt, ist folgender: Führt der Erbe das Geschäft mit Firma fort und macht er sofort bekannt, daß er, zunächst beschränkt, haften wolle, so liegt darin die definitive Entschließung, das Geschäft als Erbe fortführen zu wollen. Er wird dadurch definitiv Erbe, aber unter dem Vortheile, daß ihm aus der dauernden Fortführung nicht die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten erwächst. Führt er dagegen das Geschäft mit Firma ohne jene Bekanntmachung fort, so liegt darin gar keine definitive Entschließung. Dadurch genießt der Erbe den Vortheil, daß Alles im Ungewissen bleibt, auch ob er Erbe bleibt; aber er ladet den Nachtheil auf sich, daß er innerhalb der Frist des Abs. 2 den Gewerbebetrieb einstellen muß, wenn er nicht definitiv erben und für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften soll. Eine nachträgliche Bekanntmachung unbeschränkter Haftung würde ihm nichts mehr nützen.

Anm. 19. Bemerkt sei übrigens, daß dieses Recht der einstweiligen Fortführung des Geschäfts sein gewaltsames Ende erreichen kann, wenn das Nachlaßgericht gemäß § 1960, 1961 B.G.B. Sicherungsmaßregeln erläßt, insbesondere einen Nachlaßpfleger bestellt und dem Erben auf diese Weise die Fortführung des Geschäfts entreißt. In diesem Fall tritt durch den Ablauf der Frist des Abs. 2 das Präjudiz der unbeschränkten Haftung nicht ein. Vielmehr kann er, wenn er das Geschäft nach Ablauf der Frist und nach erledigter Pflegschaft wieder selbst fortführt, nunmehr bekannt machen oder mittheilen, daß er nur beschränkt haften will;

wenn er das aber nicht thut, so liegt darin die Uebernahme der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten gemäß Abs. 1. Eine neue Versuchsfrist oder eine Fortsetzung der früher abgebrochenen Frist läuft nicht.

Anm. 20. **Die Frist**, bis zu welcher längstens die Geschäftsfortführung mit Firma als einstweilige betrachtet wird, ist regelmäßig 3 Monate, gerechnet von der Kenntniß des Erbanfalls. Ist aber das Recht zur Ausschlagung dann noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist. Dieser Fall kann sehr leicht vorkommen. Zwar beträgt die Frist unseres Paragraphen drei Monate, die Ausschlagungsfrist aber nur 6 Wochen (§ 1944 B.G.B.). Allein die beiden Fristen haben verschiedene Zeitpunkte des Beginnes. Während die Frist unseres Paragraphen mit der Kenntniß des Erbanfalls beginnt, beginnt die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntniß erlangt (§ 1944 Abs. 2 B.G.B.). Ueberdies ist die Ausschlagungsfrist in zwei Fällen länger als 6 Wochen, nämlich 6 Monate, und zwar dann, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält (§ 1944 Abs. 3 B.G.B.).

Anm. 21 Außerdem ist auf den Lauf der Frist § 206 B.G.B. entsprechend anwendbar. Derselbe lautet:

„§ 206. Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Ist also der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe ohne gesetzlichen Vertreter, so läuft diese Frist nicht, ehe der Mangel behoben ist. Von da ab wird aber, wie Düringer u. Hachenburg I S. 126 mit Recht hervorheben, nicht die im § 206 B.G.B. bestimmte Frist von 6 Monaten, sondern in entsprechender Anwendung des § 206 Abs. 2 die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 H.G.B. laufen. Der Fall, den das Gesetz hier im Auge hat, kann übrigens sehr selten praktisch werden, nämlich nur dann, wenn der gesetzliche Vertreter, der die Fortführung des Geschäfts begann, vor Ablauf der 3 Monate aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein.

Anm. 22. **Stellt nach Ablauf der Frist der Erbe den Gewerbebetrieb ein**, so lehnt er damit die unbeschränkte Haftung ab. Darin liegt keine Ausschlagung der Erbschaft. Wenn er nicht sonst die Erbschaft ausgeschlagen hat, kann er im Uebrigen Erbe werden, auch die zum Geschäfte gehörigen Sachen gehören alsdann zum Nachlaß. Nur der **Geschäftsbetrieb** wird eingestellt.

Anm. 23. β) **Definitive Fortführung des Geschäfts.** Diese tritt ein, wenn der Erbe innerhalb der eben gedachten Frist die Fortführung des Geschäfts nicht eingestellt hat. Alsdann haftet der Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt (für die neuen selbstverständlich). (Wegen der Verbindlichkeiten im Provisorium s. unten Anm. 28.) Und ferner liegt darin natürlich auch eine definitive Annahme der Erbschaft. Ob der Erbe für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haftet, richtet sich nach seinem sonstigen Verhalten. Er wird durch die definitive Fortführung des Geschäfts aber nicht etwa unbeschränkt haftender Erbe für die sämmtlichen Nachlaßverbindlichkeiten. Zum Antrag auf Nachlaßverwaltung ist er nach wie vor berechtigt, wenn er auch einzelnen Erben unbeschränkt haftet (§ 2013 Abs. 2 B.G.B.). Nur berührt die Nachlaßverwaltung und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger die Geschäftsgläubiger alsdann nicht mehr (vergl. oben Anm. 8).

Die definitive Fortführung des Geschäfts in diesem Sinne verliert auch dadurch Anm. 24.
ihre Wirkung nicht, daß der Erbe nunmehr die Firma ablegt (Cosack S. 73, unzutreffend Cohn bei Gruchot 42 S. 62, 63). — Hat der Erbe das Geschäft innerhalb der Frist veräußert, so tritt seine unbeschränkte Haftung nach Ablauf der Frist ebenfalls ein. Zwar liegt darin keine Fortführung des Geschäftes durch ihn, aber es liegt auch keine Einstellung der Fortführung vor. Um die Geschäftsführung einzustellen, muß man Herr des Geschäfts sein —, Veräußerung ist keine Einstellung der Geschäftsführung. Die Wohlthaten des Abs. 2 kommen aber dem Erben nur dann zu Gute, wenn er den Geschäftsbetrieb einstellt. Dann giebt er die Vortheile des bestehenden Geschäfts und der Firma Preis und soll dafür den Nachtheil der unbeschränkten Haftung nicht tragen. Heimst er aber die Vortheile des Weiterbetriebes des Geschäftes und der Fortführung der Firma ein, so ist auch kein gesetzgeberischer Grund vorhanden, ihm die Nachtheile der unbeschränkten Haftung abzunehmen, wenn er dieselben nicht auf andere, ihm ebenfalls zu Gebote gestandene Weise (durch Kundmachung nach § 25 Abs. 2) abgewandt hatte (anders Düringer und Hachenburg I S. 126).

Zus. 1. **Wie stellt sich das Verhältniß, wenn mehrere Erben vorhanden sind?** Führen sie Anm. 25.
das Geschäft ohne die bisherige Firma fort, so liegt darin ein Antritt der Erbschaft und mehr als die Fortführung des Geschäfts in bloßer Erbgemeinschaft. Sie bilden alsdann eine o. H.G. und müssen sich eintragen lassen (vergl. § 105). Für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haften sie nur beschränkt, außer wenn sie die Uebernahme der früheren Geschäftsverbindlichkeiten handelsüblich anzeigen (vergl. oben Anm. 8).

Wenn die mehreren Erben das Geschäft mit Firma fortführen, können sie durch Eintragung Anm. 26.
oder Mittheilung der Ablehnung der beschränkten Haftung dieselbe für alle Fälle ablehnen (oben Anm. 11). Machen sie aber von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so liegt in der einstweiligen Fortführung des Geschäfts innerhalb der im § 27 Abs. 2 vorgesehenen Frist noch keine Bildung einer o. H.G., sondern nur die einstweilige Fortführung des Geschäfts durch eine Erbgemeinschaft. Doch haften die Theilnehmer einer Erbgemeinschaft schon auf Grund des bürgerlichen Rechts für die Nachlaßverbindlichkeiten solidarisch (§ 2058 B.G.B.), aber allerdings nicht nothwendig unbeschränkt. Vor der Theilung des Nachlasses kann ein solcher Erbe die Haftung aus eigenem Vermögen, wenn er beschränkt haftet, überhaupt ablehnen; und wenn er unbeschränkt haftet (sei es einem einzelnen Gläubiger oder überhaupt, Strohal S. 148), so kann er die Haftung aus eigenem Vermögen jedenfalls insoweit ablehnen, als es sich um den seine Erbquote übersteigenden Theil der früheren Verbindlichkeiten handelt (§§ 2058, 2059 B.G.B.). Die Fortführung des Geschäfts über diesen Zeitpunkt hinaus begründet die unbeschränkte Haftung der Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. (Auch wird dieselbe als die Begründung einer o. H.G. aufzufassen sein.)

Der einzelne von mehreren Erben kann die Fortführung des Geschäfts mit Firma nicht Anm. 27.
einstellen (wie dies Düringer u. Hachenburg I S. 125 zu Unrecht annehmen). Eine solche Einstellung ist vielmehr ganz eminent ein Akt der Verwaltung des Nachlasses, und diese steht den Erben nur gemeinschaftlich zu. Jeder Erbe ist dem anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind. Die zur Verwaltung nothwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen (§ 2038 B.G.B.). Die Führung des Geschäfts mit Firma ist nun aber ein Akt der Verwaltung. Deßhalb behält im Widerstreit der Meinungen hier Derjenige Recht, der die Fortführung verlangt. Will also der einzelne Miterbe dem aus der Fortführung des Geschäfts über die Frist unseres Abs. 2 hinaus sich ergebenden Präjudiz der unbeschränkten Haftung entgehen, so muß er die Erbschaft ausschlagen.

Zus. 2. **Wie steht es hier überall mit den während des Provisoriums des Abs. 2 von** Anm. 28.
den Erben vorgenommenen Rechtsgeschäften? Diese folgen allgemeinen Regeln. Soweit es sich um Verfügungen handelt, sind dieselben giltig in entsprechender Anwendung des § 1959 Abs. 2 B.G.B. Die Giltigkeit der Verfügungen ist hier nicht beschränkt auf diejenigen Verfügungen, die nicht verschoben werden dürfen, weil unser Abs. 2 eine allgemeine Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Fortführung des Geschäfts giebt und damit alles als giltig sanktionirt,

was innerhalb solcher Geschäftsführung liegt. Ueberdies würden Dritte durch ihren guten Glauben geschützt sein (§§ 932 ffg. B.G.B.; § 366 H.G.B.). Soweit es sich um Verbindlichkeiten handelt, haftet der Erbe persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Das B.G.B. sagt darüber zwar nichts, auch nicht das H.G.B.; aber es folgt dies aus allgemeinen Regeln (Litthauer Anm. c, Goldmann u. Lilienthal S. 329), und eine diese allgemeinen Regeln ausschließende Sondervorschrift, wie im § 139 Abs. 4 HGB., ist hier nicht gegeben. Wenn Jaeger (Erbenhaftung u. Nachlaßkonkurs S. 4) auf die §§ 1978, 1991, 2013 B.G.B. hinweist und aus ihnen das Gegentheil deduzirt, weil hieraus sich ergebe, daß der Erbe für diese Verbindlichkeiten den Nachlaßgläubigern lediglich unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag hafte, so übersieht er, daß es sich in diesen Paragraphen um die Frage der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern, bei uns aber um die persönliche Haftung gegenüber den Gegenkontrahenten handelt. Schlägt der Fortführer des Geschäfts später aus, so hat er an den Erben den Regreß, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1959 Abs. 1 B.G.B.). Der nachträglich annehmende Erbe haftet aber dem Dritten nicht persönlich für diese zwischenzeitlichen Verbindlichkeiten. Dazu würde es an jedem Rechtsgrunde fehlen. Denn als Erbe gehen nur die Nachlaßverbindlichkeiten auf ihn über. Sollte er freilich die Uebernahme der Passiva handelsüblich bekannt machen, so würde § 25 Abs. 3 analog Platz greifen (vergl. unsern Paragraphen, Abs. 1).

Rechtsgeschäfte endlich, die gegenüber den Erben vorzunehmen sind, bleiben wirksam, auch wenn der das Geschäft einstweilen fortführende Erbe die Erbschaft nachher ausschlägt (§ 1959 Abs. 3 B.G.B.).

Anm. 29. Zus. 3. **Für die neuen Verbindlichkeiten,** welche der Geschäftserwerber in allen hier in Frage stehenden Fällen eingeht, d. h. dieser während der Zeit seiner definitiven Fortführung des Geschäfts eingeht, haftet er selbstverständlich persönlich und mit seinem ganzen Vermögen. Darüber braucht kein Wort verloren zu werden.

Anm. 30. Zus. 4. **Wie steht es mit den Nachlaßforderungen?** Ueber diese sind besondere Bestimmungen nicht gegeben, weil sie schon kraft des Erbrechtes übergehen (Denkschr. S. 38). Das trifft im Allgemeinen zu. Hinzuzufügen ist nur, daß, auch solange ein Erbe oder mehrere Erben das Geschäft mit Firma gemäß Abs. 2 unseres Paragraphen nur einstweilen fortführen, jedenfalls eine Legitimation zur Einziehung der Geschäftsforderungen besteht, wenn auch, da ja der Erbe unter Umständen die Erbschaft noch ausschlagen kann, kein definitiver Erwerb der Forderungen vorliegt. Führen mehrere Erben das Geschäft nur einstweilen fort, so haben sie nur eine gemeinsame Legitimation, eine Legitimation zur gesammten Hand (vergl. § 2032 B.G.B.).

Anm. 31. Zus. 5. **Der Fall der Erbtheilung.** Wird einem Erben das Geschäft im Wege der Erbtheilung überlassen, so ist dieser Fall zu behandeln wie ein Erwerb des Geschäfts unter Lebenden. Denn eine Veräußerung liegt darin insofern, als die Antheile der Miterben auf ihn übergehen, und während er, solange er nur Miterbe war, das Geschäft allein zu führen nicht berechtigt war, erwirbt er durch die Ueberlassung des Geschäfts im Wege der Erbtheilung dieses Recht. Es liegt also ein Erwerb im Sinne des § 25 vor. Das hat alle Konsequenzen des § 25 im Gefolge (vgl. Anm. 2 zu § 25). Ob die übrigen Erben beschränkt oder unbeschränkt haften, richtet sich nach § 27, insbesondere wird hier die Frage eine große Rolle spielen, ob darin, daß die Erben ein von ihnen einstweilen fortgeführtes Geschäft veräußern, die Einstellung des Gewerbebetriebes und die damit verbundene Freiheit von der unbeschränkten Haftung lag (vergl. hierüber oben Anm. 24). Für den Fall, daß die veräußernden Erben haften und der erwerbende Erbe daneben voll haftet, kommt den ersteren die Verjährung des § 26 zu Gute.

Anm. 32. Zus. 6. **Der Fall des Ueberganges eines Geschäfts durch Vermächtniß** ist vom Gesetze überhaupt nicht vorgesehen. Wir haben bereits in Anm. 2 zu § 25 dargethan, daß darin weder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch die Fortführung eines Nachlaßgeschäfts durch den Erben, also weder ein Fall des § 25, noch ein Fall des § 27 liegt. Doch finden die Vorschriften des § 25 analoge Anwendung. Führt hiernach der Vermächtnißnehmer das Geschäft ohne die bisherige Firma fort, so haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten nur kraft eines besonderen Rechtsgrundes. Ein solcher Rechtsgrund ist aber nur dann vorhanden, wenn dem Legatar die Haftung für die Passiven vom Erblasser auferlegt wurde (und im Zweifel wird dies als Folge des Vermächtnisses des Geschäfts anzusehen sein — vergl. § 2165 B.G.B. —, Düringer

u. Hachenburg I S. 127). Ist dies aber nicht der Fall, so liegt ein besonderer Rechtsgrund dann vor, wenn der Legatar gemäß § 25 Abs. 3 die Uebernahme der Passiva handelsüblich bekannt gemacht hat (was z. B. die Folge eines Arrangements mit den Erben sein kann). Führt der Legatar das Geschäft mit Firma fort, so haftet er auf alle Fälle für die Nachlaßverbindlichkeiten, wenn ihm dies durch das Legat auferlegt ist. Denn in diesem Falle kann er eine entsprechende Beschränkung seiner Haftung, da sie per rerum naturam nicht besteht, nicht eintragen lassen oder mittheilen. Lügen und Willkürlichkeiten werden nicht eingetragen, und wer sie dennoch eintragen läßt, kann sich auf sie nicht zu seinen Gunsten berufen. Wenn ihm aber durch das Legat die Haftung für die Passiva nicht auferlegt ist, so haftet er gleichwohl im Fall der Fortführung des Geschäfts mit Firma, wenn er die Haftung nicht in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 durch Eintragung oder Mittheilung ablehnt.

Haftet der Legatar hiernach für die Geschäftsverbindlichkeiten, so kommt den Erben die Verjährung des § 26 zu Gute.

Anm. 33. **Zus. 7. Wird hier überall Vollkaufmannsqualität vorausgesetzt?** Hier gilt das Gleiche, wie bei § 25. Das dort in Anm. 7 u. 29 Gesagte wird hier der Kürze wegen nicht wiederholt.

Anm. 34. **Zus. 8. Uebergangsfragen.** Stirbt der Inhaber des Geschäfts vor dem 1. Januar 1900, so kommen in Bezug auf die Haftung des Erben nach Art. 213 E.G. zum B.G.B. die früheren Gesetze zur Anwendung (vergl. über den früheren Rechtszustand oben Anm. 2).

Der Erbe haftet also nach Maßgabe der Landesgesetze beschränkt, bis er die Rechtswohlthat des Inventars verloren hat. Der § 27 findet auf diesen Fall keine Anwendung. Indessen kann selbstverständlich auch ein solcher Erbe durch besonderen Rechtsgrund die unbeschränkte Haftung übernehmen, und in dieser Beziehung wird § 27 Abs. 1, § 25 Abs. 3 zur Anwendung kommen, insbesondere haftet er unbeschränkt, wenn er die Geschäftsverbindlichkeiten durch handelsübliche Bekanntmachung übernimmt. Hier handelt es sich um einen unter dem neuen Gesetze vorgenommenen konstitutiven Rechtsakt, die Wirkungen eines solchen richten sich nach dem neuen Gesetze.

§ 28.

Tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgetheilt worden ist.

Einleitung. **Nach dem vorliegenden Paragraphen soll der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns den Gläubigern gegenüber Haftung erzeugen und den Schuldnern gegenüber als Uebergang der Forderungen gelten.** Darin liegt gegenüber dem bisherigen Recht eine Neuerung. Das frühere Recht ließ nur denjenigen, der einer Gesellschaft beitrat, für die bisherigen Schulden der Gesellschaft haften. Wer in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als offener Gesellschafter eintrat, der haftete nicht ohne Weiteres, sondern nur, wenn er die Uebernahme der Passiva den Gläubigern anzeigte (vergl. unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 113).

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist: Eintritt als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns. Beispiele.** 1. A wird offener Gesellschafter im Geschäfte des Einzelkaufmanns B. 2. A betreibt ein Geschäft als Einzelkaufmann und B tritt demselben als persönlich haftender Gesellschafter bei, während A gleichzeitig Kommanditist wird; auch dies ist ein Fall des § 28, denn auch hier tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter (B) in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (A) ein.

3. Die beiden Einzelkaufleute A und B vereinigen ihre beiden Geschäfte zu einer offenen Handelsgesellschaft; hier tritt jeder in das Geschäft des Anderen als persönlich haftender Gesellschafter ein. 4. Der Einzelkaufmann A tritt in das Geschäft des Einzelkaufmanns B derart ein, daß er Kommanditist bei B wird und sein eigenes Geschäft einlegt: hier tritt A als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (des B) und umgekehrt tritt B als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft des Einzelkaufmanns A ein.

Anm. 2. Unter dem Eintritt ist zu verstehen derjenige Zeitpunkt, in welchem die in der gedachten Weise begründete Gesellschaft nach außen wirksam geworden ist (hierüber § 123, § 176 Abs. 1).

Anm. 3. Voraussetzung ist hier überall Vollkaufmannsqualität, genauer, das Gewerbe muß mindestens in Folge der Erweiterung durch den Beitritt ein Vollhandelsgewerbe werden (nicht auch nothwendig schon vorher; so zutreffend Makower S. 64). Denn Vereinigungen von Minderkaufleuten sind keine Handelsgesellschaften (§ 4), es kann also bei solcher Vereinigung der Beitritt als offener Gesellschafter oder als Kommanditist nicht erfolgen. Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Vollkaufmannsqualität auf § 1 oder auf § 2 oder auf § 3 Abs. 2 beruht. Wie aber steht es mit der Anwendung des § 5? Ist § 28 auch dann anwendbar, wenn der Beitritt zu einem Geschäft erfolgt, dessen Inhaber zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen ist, sei es, daß er kein Handelsgewerbe oder daß er kein Vollhandelsgewerbe betreibt? Die Frage ist zu bejahen, da es sich um das Verhältniß zu Dritten handelt. Nach innen mag ein solcher Beitritt anfechtbar oder nichtig sein, nach außen entscheidet nach der Tendenz des § 5 die Eintragung, und das Gleiche muß gelten in dem Falle, wo der Betreffende gar kein Gewerbe betreibt, aber in Folge Auftretens im Rechtsverkehr in die Stellung als Vollkaufmann eintritt (vergl. unseren Exkurs zu § 5). Hier findet der zum Schutze des redlichen Verkehrs gegebene § 28 analoge Anwendung.

Anm. 4. Nicht Voraussetzung ist, daß die Firma fortgesetzt wird (anders als im Falle des § 25 Abs. 1). Die hier angeordneten Wirkungen werden also dadurch nicht aufgehalten, daß der bisherige Einzelkaufmann seine Firma abmeldet und die neugebildete Gesellschaft eine neue Firma anmeldet. Entscheidend ist vielmehr, daß das Geschäft fortgesetzt wird.

Anm. 5. 2. **Die Wirkung ist: daß die Gesellschaft für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers haftet und daß die im Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen gelten.**

a) **Die Haftung gegenüber den Gläubigern. Die Gesellschaft haftet.** Daraus folgt von selbst, daß auch die einzelnen Gesellschafter haften, und zwar unbegrenzt oder begrenzt, je nachdem sie offene Gesellschafter oder Kommanditisten geworden sind. Daneben besteht unter Umständen eine Vollhaftung des bisherigen Geschäftsinhabers als Urschuldner (so z. B. in den Beispielen Anm. 1 zu 1 — hier haftet A als Urschuldner, zu 2 — auch hier haftet A als Urschuldner —, zu 3: hier haften A u. B jeder für seine früheren Geschäftsschulden als Urschuldner —, zu 4 — hier haftet A für seine früheren Geschäftsschulden unbegrenzt als Urschuldner. Die Verjährung des § 26 findet auf diese Forthaftung keine Anwendung). Die Haftung erstreckt sich auf alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Dieser Ausdruck deckt sich dem Wortlaut nach fast ganz, dem Sinne nach ganz mit den entsprechenden Worten des § 25. Vergleiche daher über die Frage, für welche Verbindlichkeiten die neue Gesellschaft haftet, die Erläuterung in Anm. 11 zu § 25. — Die Haftung tritt unmittelbar den Gläubigern gegenüber ein, **auch wenn die Passivenübernahme inter partes nicht vereinbart oder gar ausgeschlossen wurde.** Soll ein vereinbarter Ausschluß der Haftungsübernahme den Gläubigern gegenüber wirksam sein, so muß er in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter (gleichviel, von welchem) dem Dritten mitgetheilt werden (Abs. 2; Näheres hierüber Anm. 17—21 zu § 25). Immerhin kann doch die Haftung durch Abrede ausgeschlossen werden. Dadurch unterscheidet

sich dieser Paragraph von dem korrespondirenden § 130, welcher den gleichen Fall für den Eintritt in eine Gesellschaft behandelt (vergl. unten Anm. 11).

b) **Die Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.** Auch diese Wirkung tritt ein, selbst wenn der Uebergang der Forderungen inter partes nicht vereinbart oder ausgeschlossen wurde. Soll eine solche Abrede Dritten gegenüber wirksam sein, so muß sie in gleicher Weise, wie zu a, bekannt gemacht und mitgetheilt werden. Ueber die Bedeutung dieses „Geltens als übergegangen" s. Anm. 15 u. 16 zu § 25. Jedoch ergiebt sich hier eine andere Konstellation dadurch, daß die Forderungen von dem bisherigen Einzelkaufmann auf eine Gesellschaft übergehen, welcher er selbst angehört. Die Konsequenzen sind daher nicht immer dieselben, wie im Falle des § 25. So kann z. B. im Falle des § 25 der Geschäftsveräußerer aus den Geschäftsverbindlichkeiten verklagt werden, während er die Geschäftsforderungen nicht zur Aufrechnung stellen kann, weil sie auf den Geschäftserwerber als übergegangen gelten. Im Falle unseres Paragraphen dagegen hilft in dieser Hinsicht § 129. — Ueber den Begriff der „im Betriebe begründeten Forderungen" s. Anmerkung 14 zu § 25. Anm. 6.

Zusatz 1. Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich nicht mit der Frage, was im Falle des gesellschaftlichen Beitritts zum Geschäfte eines Einzelkaufmanns inter partes gilt, ob in diesem Falle auf die Gesellschaft die Passiva und die Aktiva übergehen. Es wird hier überall das Gleiche gelten müssen, wie im Falle des § 22. Auch nach früherem Recht wurden die Fälle in gleicher Weise behandelt (vergl. daher Anm. 13 ffg. zu § 22). Anm. 7.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die hier normirten Rechtsfolgen treten dann ein, wenn der Eintritt nach dem 31. December 1899 erfolgt. War er vorher erfolgt, so tritt die Haftung nur unter den bisherigen Voraussetzungen ein (hierüber unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 113). Anm. 8.

Zusatz 3. Es erscheint erforderlich, die Fälle der §§ 25, 28 und 130 neben einander zu stellen und die Gegensätze hervorzuheben. Das erscheint gerade deshalb erforderlich, weil diese Fälle in mancher Hinsicht einander so ähnlich sind, und in mancher doch wieder so grundverschieden von einander. Anm. 9.

a) Im Falle des § 25 veräußert ein Geschäftsinhaber sein Geschäft. Es braucht dies nicht gerade ein Einzelkaufmann zu sein, auch eine o. H.G. oder eine Kommanditgesellschaft, auch eine Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung können in diesem Falle die Veräußerer sein. Durch die Veräußerung tritt aber ein vollständiger Wechsel der Inhaberschaft ein. Die Wirkung ist: Schuldenhaftung des neuen Inhabers neben dem bisherigen, fünfjährige Verjährung für letzteren, aber alles dies regelmäßig nur bei Fortführung der Firma, Ausschluß der Schuldenhaftung möglich, aber nur bei Bekanntgabe dem Dritten gegenüber wirksam.

b) Im Falle des § 28 tritt zu dem bisherigen Inhaber ein Gesellschafter hinzu. Der bisherige Inhaber kann hier nur ein Einzelkaufmann sein. Wirkung: es haften für die bisherigen Schulden die Gesellschaft, und auch der Neueintretende, auch ohne Fortführung der Firma; abweichende Vereinbarung möglich und wirksam gegenüber Dritten bei genügender Kundmachung. Anm. 10.

c) Im Falle des § 130 tritt in eine bereits bestehende Gesellschaft ein neuer Gesellschafter ein. Wirkung ist: Schuldenhaftung der Gesellschaft und des Neueintretenden auch ohne Fortführung der Firma; Unwirksamkeit jeder gegentheiligen Vereinbarung gegenüber Dritten. Anm. 11.

§ 29.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Der vorliegende Paragraph legt jedem Kaufmann die Pflicht zur Anmeldung seiner Firma auf.

Anm. 1. 1. **Jeder Kaufmann** ist zu dieser Anmeldung verpflichtet, also jeder, der ein reines Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 betreibt. Auch die Handelsgesellschaften gehören dazu (§ 6). Nicht aber Minderkaufleute (§ 4). Im § 2 ist ferner angeordnet, daß auch die hypothetischen Kaufleute ihre Firma in dieser Weise anzumelden haben. Der Inhaber eines landwirthschaftlichen Nebenbetriebes ist dagegen zur Anmeldung nur berechtigt (§ 3 Abs. 2). Im Uebrigen gilt diese Vorschrift nur für solche Einzelkaufleute, welche physische Personen sind; für juristische Personen gelten besondere Vorschriften (§§ 33 ffg.).

Anm. 2. 2. **Anzumelden** ist die Firma und der Ort der Handelsniederlassung, ferner ist die Firma zu zeichnen (über die Form der Anmeldung und Zeichnung verhält sich § 12).

a) **Die Firma** ist anzumelden.

b) **Der Ort der Handelsniederlassung.** Diese Vorschrift ist eine Neuerung. Gemeint ist die Ortschaft, von welcher aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ausgeht (R.O.H. 16 S. 52), in welcher der Schwerpunkt der geschäftlichen Thätigkeit des Kaufmanns sich befindet (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1897 S. 81). Dies ist zu unterscheiden von dem Wohnsitze des Kaufmanns, auch von dem Ort, in welchem sich das Fabrikgebäude oder das Lager befindet. Ein Börsenmakler hat z. B. seine Handelsniederlassung am Orte der Börse. Fehlt es an einem festen Mittelpunkte der Handelsthätigkeit, was auch bei Vollkaufleuten vorkommen kann, z. B. bei herumziehenden Pferdehändlern, Kolporteuren, Meßkaufleuten, so ist der bürgerliche Wohnsitz maßgebend (Hahn § 3 zu Art. 19; Puchelt Anm. 4 zu Art. 19; vergl. auch L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1897 S. 81: Privathandelsmakler).

Anm. 3. Unter dem Ort der Niederlassung ist nicht die im Handelsverkehr gebräuchliche Benennung eines Bezirks zu verstehen, sondern die politische Ortschaft (vergl. zu § 30).

Anm. 4. **Nicht anzumelden ist Straße und Hausnummer, auch nicht der Geschäftszweig.** Die Denkschrift (S. 39) meint, die Angabe dieser Daten könnte gleichwohl verlangt und diese Daten könnten auch publizirt werden. Das letztere ist richtig (vergl. Anm. 1 zu § 10), das erstere kann nicht für zutreffend erachtet werden, da die Anmeldungspflicht hier erschöpfend geregelt ist. Dagegen ist es zulässig, daß diese weiteren Daten bei der Anmeldung angegeben werden, und wenn der Registerrichter sie verlangen wird, so wird diesem Verlangen wohl stets stattgegeben werden. Er darf jedoch insoweit keine Ordnungsstrafe androhen. Ist die Eintragung des Geschäftszweiges oder der Straße und Hausnummer erfolgt, so müssen die Veränderungen angemeldet werden, da das Register möglichst korrekt zu halten ist. Düringer u. Hachenburg I S. 130 vertreten das andere Extrem: sie halten die Anmeldung und Eintragung solcher Daten für unzulässig.

Anm. 5. c) **Zeichnung der Firma.** Die Zeichnung des bürgerlichen Namens ist, abweichend vom früheren Recht, nicht vorgeschrieben. Ueber die Frage, ob bei Zeichnung auch Stellvertretung zulässig ist, über Zeichnung durch gesetzliche Vertreter, Schreibensunkundige, Blinde und Gelähmte ꝛc. s. Anm. 3 zu § 12.

Anm. 6. 3. **Wo muß die Anmeldung erfolgen?** Bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet. Damit ist hier die Hauptniederlassung gemeint. Was im Falle der Zweigniederlassung gilt, darüber s. § 13 und die Erl. dazu.

Anm. 7. 4. **Zugleich ist mit der vorliegenden Vorschrift gesagt, was einzutragen ist.** Auch hier wird anzunehmen sein, daß der Registerrichter nicht gehindert ist, auch solche Daten einzutragen, zu deren Anmeldung die Betheiligten nicht verpflichtet sind, wofern sie freiwillig oder auf seine Anregung die Daten angegeben haben (vergl. oben Anm. 4). Was publizirt werden muß, darüber s. zu § 10, auch oben Anm. 4.

Anm. 8. **Zusatz 1. Rechtliche Bedeutung der Anmeldung und Prüfungsthätigkeit des Registerrichters.** Durch die Anmeldung erklärt der Anmeldende im Falle des § 1, daß er ein Handelsgewerbe betreibe (nicht, daß er es in Zukunft betreiben werde, R.G. 22 S. 59). Der Registerrichter hat

also zu prüfen, ob diese Thatsache richtig ist. Denn ohne von der Richtigkeit der Anmeldung überzeugt zu sein, darf er ja nach unserer Meinung der Anmeldung nicht stattgeben (vergl. Anm. 7—10 im Exkurs zu § 8). Wie er sich diese Ueberzeugung verschafft, ist seine Sache. Er braucht nicht nothwendig Ermittelungen anzustellen und Beweise zu erheben; er kann, wenn er gegen die Glaubwürdigkeit der Anmeldung kein Bedenken hat, auch ohne jede weitere Erhebung der Anmeldung stattgeben. Aber jedenfalls enthält die Eintragung die Beurkundung der Thatsache, daß der Registerrichter von der Richtigkeit der Anmeldung überzeugt sei (Anm. 10 im Exkurs zu § 8). Hat er Bedenken, so muß er Ermittelungen anstellen. Zur Richtigkeit der Anmeldung der Firma gehört aber nicht etwa der Nachweis, daß das Geschäft des anmeldenden Kaufmanns sich in voller Entfaltung befinde. Der Beginn des Gewerbebetriebes kann natürlich nicht diejenige Ausdehnung haben, wie der Betrieb in seiner vollen Entfaltung. Auch die sogenannte Vorbereitungsthätigkeit gehört zum Gewerbebetriebe (vergl. Anm. 17 zu § 1). Es müssen sich nur die Vorbereitungsgeschäfte als Vorbereitungsgeschäfte eines Vollhandelsgewerbes darstellen. Es muß sich durch Art und Umfang dieser Vorbereitungsgeschäfte ergeben, daß das Gewerbe auf solcher Grundlage angelegt wird, daß es in seiner vollen Entfaltung das Geschäft eines Vollkaufmanns sein werde.

Im Falle des § 2 bedeutet die Anmeldung die Erklärung, daß der Anmeldende irgend ein Gewerbe betreibt, welches zwar nicht nach § 1 ein Handelsgewerbe ist, aber doch seinem Umfange nach eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Auch hier darf der Richter nur eintragen, wenn er sich von der Richtigkeit dieser Thatsache überzeugt hält (vergl. Anm. 15 zu § 2), wozu jedoch genügt, daß schon die Vorbereitungsgeschäfte auf eine spätere Entfaltung des Betriebes in diesem Umfange hindeuten.

Im Falle des § 3 Abs. 2 gilt das Gleiche.

Zusatz 2. **Die Anmeldung ist zu erzwingen gemäß § 14.** Vergl. daselbst auch das Ordnungsstraf- und das Beschwerderecht. Das letztere greift auch dann Platz, wenn die Anmeldung freiwillig erfolgt und die Eintragung ohne Grund versagt wird. Anm. 9.

Zusatz 3. **Uebergangsfrage.** Bereits eingetragene Firmen brauchen den Ort der Handelsniederlassung nicht nachträglich anzumelden. Die Vorschrift bezieht sich bloß auf Firmeneintragungen nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. — Personen, welche ein Handelsgewerbe nach §§ 1 und 2 bereits vor dem 1. Januar 1900 betrieben haben, haben nunmehr die Anmeldungspflicht. Personen, welche ein erhebliches landwirthschaftliches Nebengewerbe vor dem 1. Januar 1900 betrieben haben, haben nunmehr gemäß § 3 Abs. 2 das Anmeldungsrecht. Anm. 10.

§ 30.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem bereits eingetragenen Kaufmanne die gleichen Vornamen und den gleichen Familiennamen und will auch er sich dieser Namen als seiner Firma bedienen, so muß er der Firma einen Zusatz beifügen, durch den sie sich von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo eine Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche eingetragene Firma, so muß der Firma für die Zweigniederlassung ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechender Zusatz beigefügt werden.

Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß benachbarte Orte oder Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde im Sinne dieser Vorschriften anzusehen sind.

Einleitung. **Der Paragraph giebt Vorschriften über die Herstellung der Firmenverschiedenheit.** Das Firmenrecht würde seine Bedeutung für den Handelsverkehr einbüßen, wenn es jedem Kaufmann freigestellt wäre, nur nach dem Prinzip der Wahrheit seine Firma zu führen, ohne Rücksicht auf schon bestehende Firmen. Darum ist Fürsorge getroffen für die Herstellung der Firmenverschiedenheit durch das sogenannte Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma. In diesem Sinne ist 1. in Absatz 1 im Allgemeinen das Erforderniß der deutlichen Unterscheidbarkeit, 2. in Absatz 2 eine spezielle Vorschrift zur Erzielung dieser Deutlichkeit bei gleichlautenden Namen, 3. in Abs. 3 eine spezielle Vorschrift für die Firmen von Zweigniederlassungen gegeben. Abs. 4 enthält einen praktischen Bedürfnissen entsprechenden Vorbehalt für die Landesregierungen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Es ist zunächst die allgemeine Anordnung getroffen, daß jede neue Firma sich von allen bisherigen am Orte oder in der Gemeinde bestehenden und eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden soll.**

a) Als Ort im Sinne dieses Paragraphen ist der Ort im politischen Sinne zu verstehen. Angesichts des Abs. 4 ist diese Auslegung (abweichend vom früheren Recht, vergl. 5. Aufl. § 1 zu 20; besonders Johow 8 S. 11) geboten. Dem Umstande, daß ein Nachbarort oder Theile desselben mit einem anderen Orte oft einen Handelsplatz bilden, trägt der Vorbehalt des Abs. 4 Rechnung. So lange eine Aenderung in diesem Sinne nicht erlassen ist, ist der Firmenschutz in räumlicher Hinsicht nicht über den politischen Ort (Gemeinde) ausgedehnt. Verkehrsbedürfnisse nach dieser letzteren Richtung sucht § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zu befriedigen, welcher auch solche Manipulationen trifft, die auf Verwechselung von Firmen verschiedener Orte hinzielen.

b) Unter Gemeinde ist der politische Verband zu verstehen, er umfaßt oft weniger Territorium, als der Ort im Sinn der Nr. a, oft umgekehrt mehrere Orte.

Anm. 2. c) Den Schutz dieses Paragraphen genießen nicht die bestehenden, sondern die bestehenden und eingetragenen Firmen.

α) Die bestehenden: d. h. die zu Recht bestehenden (R.O.H. 6 S. 248). Nach Erlöschen des Geschäfts besteht die Firma nicht mehr zu Recht, auch wenn sie noch registrirt ist (R.G. 29 S. 69); aber so lange der Eingetragene ein Gewerbe betreibt, gilt es für die Dauer der Eintragung als Vollhandelsgewerbe (§ 5). Hier kann zwar, wenn das Gewerbe zur Eintragung einer Firma nicht berechtigt, die Löschung betrieben werden, aber bis dahin gilt die Firma als zu Recht bestehend auch im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

β) Die eingetragenen, d. h. die nicht bloß zur Eintragung angemeldeten; nicht die frühere Anmeldung und auch nicht die frühere Bekanntmachung, sondern nur die frühere Eintragung entscheidet über die Priorität. Da nur die registrirte Firma den Schutz genießt, so darf ein Kaufmann, vorausgesetzt, daß er sonst zur Wahl der Firma berechtigt ist, eine solche wählen, die mit einer andern bestehenden, nicht eingetragenen, identisch ist und kann nach erfolgter Eintragung verlangen, daß die letztere einen unterscheidenden Zusatz sich beifügt.[1]) Bei zwei Anmeldungen, die beide noch nicht zur Eintragung geführt haben, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Priorität der Anmeldung entscheiden. (Behrend § 40 Anm. 48.)

Anm. 3. d) Der Vorschrift unterliegen neue Firmen d. h. die an dem betreffenden Orte noch nicht eingetragenen. Verlegt daher ein Kaufmann sein Geschäft an

---

[1]) Die nicht eingetragene Firma ist damit doch nicht rechtlos; denn die Konkurrenzfirma muß nach §§ 18—20 zulässig sein, widrigenfalls nach § 37 eingeschritten werden und die eingetragene Firma ihrerseits nicht nach § 37 Abs. 2 klagen kann. (Puchelt Anm. 5 zu Art. 20.)

einen andern Ort, so muß er an dem neuen Orte den § 30 beobachten, wenn auch an sich sein Firmenrecht nicht untergeht (R.G. 20 S. 171; Allfeld S. 139).

Welches ist aber das Schicksal zweier gleichlautenden Firmen, wenn zwei Gemeinden mit einander politisch vereinigt werden? Die Frage wird bei der geplanten Eingemeindung der Berliner Vororte von größter Wichtigkeit werden. Nach unserer Ansicht bleiben beide Firmen neben einander bestehen. Denn der § 30 giebt den bestehenden und eingetragenen Firmen den Vorzug lediglich vor den Firmen, welche diese beiden Requisite nicht haben. Von zwei bestehenden und rite eingetragenen Firmen, ein Fall, der unter normalen Verhältnissen gar nicht vorkommen kann, braucht dagegen keine der andern zu weichen. Nicht etwa die später eingetragene, wie Allfeld S. 139 und Schultze-Görlitz S. 120 meinen. Denn es giebt keine allgemeine Rechtsregel: Prior tempore potior jure. Der Satz gilt, wo er gesetzlich angeordnet ist. Sonst überall wird die Stärke des Rechts durch sein Alter nicht bestimmt, vielmehr sind die mehreren Rechte, einmal rite entstanden, gleich stark. Aber es müssen auch nicht etwa, woran man ebenfalls denken könnte, die Firmen der untergehenden Gemeinde einen unterscheidenden Zusatz annehmen, wenn sie mit Firmen der aufnehmenden Gemeinde gleichlauten, weil sie für die aufnehmende Gemeinde neue Firmen seien. Denn als sie eingetragen wurden, waren sie für den Ort, in welchem sie bestanden, nicht neu und die in Charlottenburg rite entstandenen und eingetragenen Firmenrechte sind, wie gesagt, gleich stark, wie die in Berlin entstandenen und eingetragenen Firmenrechte. Ueberdies ist das Requisit neu hier nicht voll und ganz, nicht absolut, erfüllt und kann schon deshalb zur Aufhebung eines wohlerworbenen Firmenrechts nicht führen. Denn für diejenigen Theile des erweiterten Berlins, welche das frühere Charlottenburg bildeten, sind die Charlottenburger Firmen nicht neu. Die beiden gleichlautenden Firmen mögen in ihrem eigenen Interesse für eine Unterscheidung sorgen; soweit das öffentliche Interesse in Frage kommt, ist eine gesetzliche Fürsorge für eine Unterscheidung in diesem Falle nicht getroffen (zust. Kammergericht bei Johow 16 S. 11; Düringer u. Hachenburg I S. 132).

e) Das Erforderniß deutlicher Unterscheidung unterliegt der Prüfung des Registerrichters von Fall zu Fall. Als Richtschnur muß hier die kaufmännische Sitte gelten, nach welcher die Firma immer genau so, wie ihr Führer sie angenommen hat, gebraucht wird. Ihr unverstümmelter Gebrauch wird vorausgesetzt. Die Unterscheidung der Firmen besteht häufig in relativ kleinen Verschiedenheiten, z. B. in einer andern Stellung der in der Firma enthaltenen Initialen, bezw. einer Initiale mehr oder weniger. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht 20 S. 71 aufgestellt und dabei noch besonders hervorgehoben einmal, daß der § 18 des (früheren) Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, der eine Unterscheidbarkeit ohne besondere Aufmerksamkeit verlangt, nicht analog anzuwenden ist, und ferner (gegen v. Völderndorff in Endemanns Handbuch Bd. 1 S. 201), daß es für die vorliegende Frage ohne Belang sei, ob die in Frage stehende Firma denselben Geschäftszweig betreibe, oder ob gar die neue Firma einer bereits bestehenden unlautere Konkurrenz zu bereiten beabsichtigt. Die Firma Benecke u. Co., die sich in derselben Branche etablirte wie die bereits bestehende Firma C. H. Bennecke u. Co., ist durch die gedachte Entscheidung für zulässig erklärt worden. (Ebenso R.G. vom 13. December 1897 in J.W. 1898 S. 82, 83, ferner Johow 13 S. 28.) Auch die bloße Weglassung des Vornamens ist ein deutlicher, weil charakteristischer Unterschied, zumal weil die Führung des bloßen Beinamens als Firma sehr selten ist und deshalb auffällt (dagegen O.G. Wien vom 4. Mai 1887 bei Adler u. Clemens Nr. 1341). Dagegen besteht zwischen den Firmen Gebrüder Baumann und Baumann Gebrüder kein deutlicher Unterschied (vergl. Entscheidung des Stadtgerichts Berlin in Busch Archiv 3 S. 75). Anm. 4.

Die Firmen Joseph Fraenkel und Joseph Frenkel sind nicht deutlich unterschieden, weil sie sich gleichmäßig aussprechen und dadurch ihre deutliche Unterscheidbarkeit verlieren. — Abkürzungen, die doch voll ausgesprochen werden (Friedr. neben

Friedrich), unterscheiden sich nicht deutlich, ebensowenig sind deutlich verschieden „& Co." und et Cpie. (Hahn § 3 zu Art. 20). — Auch von einer Liquidationsfirma muß eine neue Firma sich deutlich unterscheiden. Der Zusatz „in Liquidation" stellt den deutlichen Unterschied nicht dar, da er nur einen veränderten rechtlichen Zustand bedeutet (Johow 10 S. 17; R.G. 29 S. 68). Das Gleiche gilt von dem Zusatze „Nachfolger". Der Kaufmann Albert Graetz, der sein Geschäft verkauft hat und dem Erwerber gestattet hat, Albert Graetz Nachfolger zu firmiren, ist nicht berechtigt, sich unter der Firma Albert Graetz neu zu etabliren (vergl. O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 319).

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Bei Namensgleichheit müssen unterscheidende Zusätze gewählt werden.** Die Vorschrift ist nicht präcis. Sie spricht von Gleichheit mit dem Namen eines eingetragenen Kaufmanns, gemeint ist aber Gleichheit mit einer eingetragenen Firma. Ein undeutlicher Zusatz ist es, wenn eine Firma lautet: Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichsplatz, und die neue Firma heißen soll: Johann Maria Farina, Jülichsplatz Comptoir Brüderstraße Nr. 21 (G.Z. 6 S. 575). Bloße Anfügung des Ortsnamens zur sonst gleichlautenden Firma ist auch nicht genügend (Bolze 5 Nr. 198; Hahn § 9), desgleichen nicht die Beifügung der Branche (z. B. Julius Froben, Bankgeschäft und Julius Froben), weil dies nicht deutlich ersehen läßt, ob dieser Zusatz zur Firma gehört. (Daher bedenklich O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 444; anders Düringer u. Hachenburg I S. 131, 132.)

Anm. 6. 3. (Absatz 3.) **Die Firma der Zweigniederlassung.** Als Firma der Zweigniederlassung ist diejenige der Hauptniederlassung anzunehmen. (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1239 u. 1269.) Das scheint uns jetzt aus § 13 deutlich hervorzugehen, da dieser Paragraph bestimmt, daß die Anmeldungen gleichmäßig bei dem Gerichte der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung zu erfolgen haben, und insbesondere, daß die Firma für beide Niederlassungen gleich ist, indem der Paragraph „von dem Inhaber der Firma" spricht, nicht vom Kaufmann. Die Beifügung eines Zusatzes, wie Filiale, Zweigniederlassung, Niederlage, ist üblich und zulässig, die Firmenidentität wird dadurch nicht aufgehoben (Schultze-Görlitz S. 101; vergl. auch § 50 Abs. 3). Wenn die Firma der Hauptniederlassung am Orte der Zweigniederlassung bereits besteht, so muß sogar ein Zusatz beigefügt werden zum Zwecke der Unterscheidung von der bereits bestehenden Firma. Dies bestimmt unser Absatz 3 ausdrücklich. Diesem Zwecke genügt jeder Zusatz, aus welchem erkennbar ist, daß die Zweigniederlassung nicht identisch ist mit dem an dem betreffenden Orte bereits bestehenden Geschäfte. Es genügt also auch ein Zusatz, der erkennen läßt, daß das Geschäft eine Zweigniederlassung eines an einem anderen Orte bestehenden Geschäfts ist. Wenn z. B. in Frankfurt a. M. bereits eine Mitteldeutsche Kreditbank besteht, und die in Berlin domizilirende Aktiengesellschaft Mitteldeutsche Kreditbank will in Frankfurt a. M. eine Zweigniederlassung errichten, so ist dem Erfordernisse deutlicher Unterscheidbarkeit genügt, wenn die Zweigniederlassung firmirt: Mitteldeutsche Kreditbank Berlin, Filiale Frankfurt a. M.

Anm. 7. Zugleich ergiebt sich aber aus dem Gesagten, daß das Erforderniß der absoluten Firmenidentität für die Haupt- und Zweigniederlassung nicht besteht. Immerhin muß der unterscheidende Zusatz so beschaffen sein, daß erkennbar ist, es sei die Firma des Hauptgeschäfts. Eine von der Firma des Hauptgeschäfts absolut verschiedene Firma aber kann das Zweiggeschäft nach unserer Ansicht nicht haben (anders nach früherem Recht Johow 14 S. 13: Ein Begriffsmerkmal bilde die Identität der Firma nicht, es sei nur eine Forderung des Gesetzes, welche Ausnahmen zulasse; anders auch nach jetzigem Recht Düringer u. Hachenburg I S. 132).

Anm. 8. Wird die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung erhoben, so unterliegt die Firma derselben im Allgemeinen den Vorschriften über neue Firmen (Kammergericht bei Johow 2 S. 17; 9 S. 17; Behrend § 40 Anm. 35; Schulze-Görlitz S. 111). Die Firma des Hauptgeschäfts kann für die so gebildete Hauptniederlassung jedenfalls dann unbedenklich gewählt werden, wenn es eine ursprüngliche Firma ist (Johow 15 S. 12); wenn es aber eine abgeleitete Firma ist nur dann, wenn dieses Vervielfältigungsrecht, das mit dem Firmenrechtserwerbe nicht nothwendig verbunden ist, beim Erwerbe des Firmenrechts

mit übergegangen ist (Johow 15 S. 10; vergl. Anm. 10 zu § 22). Eine Veräußerung des Zweiggeschäfts mit dem Firmenrecht sollte streng genommen unzulässig erscheinen, da das Zweiggeschäft kein für sich bestehendes Geschäft ist und daher nicht das Erforderniß des § 22 erfüllt; es müßte also eigentlich, um den Uebergang des Firmenrechts zu erreichen, das Zweiggeschäft erst zur Hauptniederlassung erhoben und alsdann mit dem Firmenrecht veräußert werden. Allein das Kammergericht erachtet dies als eine unnöthige Umständlichkeit und gestattet die Weiterveräußerung der Firma mit dem Zweiggeschäft unter denselben Voraussetzungen, unter welchen der Uebergang der Firma auf das zur Hauptniederlassung erhobene Zweiggeschäft gestattet ist (Johow 15 S. 12). — Die Zulässigkeit der Firma als solcher hat der Richter der Zweigniederlassung nicht mehr zu prüfen, in dieser Hinsicht bindet ihn die Entscheidung des Richters der Hauptniederlassung (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 472).

Anm. 9. **Zusatz 1. Wenn der Registerrichter die Firmeneintragung trotz Ungleichheit ablehnt,** so besteht hiergegen Beschwerde (vergl. Anm. 5 u. 9 ffg. zu § 14). Die Klage gegen den Konkurrenten führt hier nicht zum Ziel, da an der Nichteintragung das öffentliche Interesse betheiligt ist. Wenn der Registerrichter die Firmeneintragung trotz Gleichheit vornimmt, so ist die Klage auf Herbeiführung der Aenderung gegeben (§ 37 Abs. 2). Daneben auch Beschwerde (vergl. Anm. 5 zu § 14).

Anm. 10. **Zusatz 2. Die Landesregierungen können nach Absatz 4 bestimmen, daß mehrere benachbarte Orte und Gemeinden als ein Ort oder als eine Gemeinde anzusehen sind.** Hier können Schwierigkeiten entstehen. Wenn z. B. die Landesregierung zwei benachbarte Orte zu einem Orte im Sinne des § 30 erklären wird, die früher als zwei Orte galten, so kann es kommen, daß in jedem dieser beiden Orte dieselbe Firma existirt. Welche Firma muß nun weichen? Oder können beide nebeneinander bestehen? Hier ist zu berücksichtigen, daß jede der beiden Firmen zu Recht besteht (Art. 22 des E.G.), auf die Priorität kommt es nicht an, und deshalb müssen sie nebeneinander bestehen. Es gilt hier die gleiche Deduktion wie oben Anm. 3. — Die Landesregierung kann ihre Bestimmung durch Gesetz oder Verordnung treffen.

Anm. 11. **Zusatz 3. Die Firma der Zweigniederlassung eines ausländischen Kaufmanns** richtet sich im Allgemeinen nach den ausländischen Gesetzen, es sei denn, daß inländische Prohibitivgesetze entgegenstehen (vergl. Lehmann Aktienrecht I S. 123). Es ist in Folge dessen (vergl. Anm. 7 zu § 13) zuzulassen, daß ein ausländischer Einzelkaufmann seiner Firma einen Gesellschaftszusatz beifügt. Dagegen sind täuschende Zusätze nicht zuzulassen.

Anm. 12. **Zusatz 4. Uebergangsfrage.** Die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Firmen genießen den gleichen Schutz, wie die nachher eingetragenen.

§ 31.

Eine Aenderung der Firma oder ihrer Inhaber sowie die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem im § 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amtswegen einzutragen.

Der Paragraph trifft die erforderlichen rechtspolizeilichen Anordnungen für den Fall, daß Aenderungen mit der Firma oder in der Firma vorgehen.

Anm. 1. 1. (Absatz 1.) **Zunächst ist vorgeschrieben, daß eine Aenderung der Firma und ihrer Inhaber nach den Vorschriften des § 29 zur Anmeldung zu bringen ist.** Ferner aber ist, was früher nicht vorgesehen war, **die Verlegung der Niederlassung** an einen anderen Ort anzumelden, und zwar sowohl dann, wenn die Verlegung an einen andern Ort in demselben Gerichtsbezirk, als wenn sie an einen Ort in einem andern Gerichtsbezirk erfolgt. Ein Erlöschen der Firma liegt darin nicht (R.G. 20 S. 171). Der Kaufmann kann in diesem

Falle die Firma beibehalten, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 30. — Die Vorschrift bezieht sich auf alle Einzelkaufleute, selbstverständlich auch auf die des § 2, aber auch auf die des § 3 Abs. 2; die letzteren können zwar ihre ursprüngliche Eintragung nach Belieben bewirken oder unterlassen; aber einmal eingetragen, unterliegen sie den weiteren firmenrechtlichen Vorschriften. Die Vorschrift würde an sich auch auf juristische Personen und zufolge des § 6 auf Handelsgesellschaften zu beziehen sein. Doch sind für diese Spezialbestimmungen gegeben (§§ 34, 107, 161 Abs. 2, 277, 320 Abs. 3, 325 Nr. 1).

Anm. 2. Die Eintragung der Aenderung setzt nicht nothwendig voraus, daß die Firma selbst eingetragen war. Es bestand z. B. die Firma O. Schulze, unter welcher der Kaufmann Ottokar Schulze ein Geschäft betrieb, ohne daß er jedoch eingetragen war. Er veräußert nun sein Geschäft mit Firma. Jetzt kann der Rechtsnachfolger sich eintragen lassen, ohne daß der frühere Inhaber eingetragen und publizirt wird. Oft aber wird die nachträgliche Eintragung des bereits veränderten Zustandes nothwendig sein. So, wenn es sich darum handelt, die Folgen des § 15 Absatz 1 oder des § 25 Absatz 1 nicht eintreten zu lassen (vergl. R.O.H. 23 S. 227; R.G. 15 S. 35).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Desgleichen ist vorgeschrieben, daß das Erlöschen der Firma anzumelden ist.**

a) Das Firmenrecht erlischt nicht mit der Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern mit dem Aufhören des Geschäfts. Das Firmenrecht besteht so lange, als man noch sagen kann: das Geschäft besteht, d. h. so lange, als die zur Führung desselben erforderlichen Bestandtheile und Beziehungen noch vorhanden sind. Denn so lange ist es noch Gegenstand der Veräußerung nach §§ 22 und 23 (vergl. Näheres hierüber Anm. 3 zu § 22, insbesondere über den Fall der Liquidation und des Konkurses). — Die Firma erlischt im Falle des § 1 auch mit der Verringerung des Gewerbebetriebes auf den Umfang des Kleingewerbes oder Handwerks, vorausgesetzt, daß diese Verringerung auf einem dauernden Zustand beruht. Im Falle des § 2 erlischt die Firma mit dem Aufhören eines Geschäfts, dessen Betrieb einen so erheblichen Umfang hatte, daß es eine kaufmännische Einrichtung erforderte; aber nicht bloß mit dem Aufhören des Geschäfts, sondern auch schon mit der Verringerung des Geschäftsbetriebes derart, daß der Umfang eine kaufmännische Einrichtung nicht mehr erfordert. Nur darf in allen diesen Fällen diese Verringerung natürlich kein vorübergehender Zustand sein, sondern ersichtlich ein dauernder. Analoges gilt für § 3 Abs. 2. — Die Firma erlischt aber ferner durch andauernden Nichtgebrauch (R.G. 22 S. 60). —

Anm. 4. Die in § 5 angeordnete fortdauernde Geltung als Kaufmann in Folge der Eintragung ändert an der Pflicht zur Löschung nichts, wenn das Recht zur Firmenführung nicht mehr besteht (vergl. Anm. 5 zu § 5).

Die früher zweifelhaft gewesene Frage, **ob auch bei Handelsgesellschaften das Erlöschen der Firma einzutragen ist** (5. Aufl. § 1 zu Art. 25) ist jetzt durch Spezialbestimmungen in bejahendem Sinne gelöst (§§ 157, 161 Abs. 2; 302; 320 Abs. 3). Diese Spezialbestimmungen waren im Grunde genommen überflüssig, da schon aus den §§ 31 und 6 das gleiche Ergebniß zu folgern wäre.

Anm. 5. b) Kann die Löschung durch Ordnungsstrafen nicht herbeigeführt werden, **so erfolgt sie von Amtswegen** (dadurch ist das Reichsgesetz vom 30. März 1888, betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen überflüssig geworden). Auch dies bezieht sich auf die Firmen der Handelsgesellschaften, zumal in dieser Hinsicht Spezialbestimmungen bei den einzelnen Handelsgesellschaften nicht gegeben sind (Denkschr. S. 40). **Das Verfahren hierbei** regelt § 141 F.G. und zwar wie folgt:

Das Registergericht hat den eingetragenen Inhaber der Firma oder dessen Rechtsnachfolger von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Die Frist darf nicht weniger als 3 Monate betragen. Sind diese Personen oder deren Aufenthalt nicht bekannt, so erfolgt die Benachrichtigung und die Fristbestimmung durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachung der Ein-

tragungen in das Handelsregister bestimmt sind (§§ 10, 11 H.G.B.). Wird Widerspruch erhoben, so entscheidet über ihn das Gericht. Gegen die den Widerspruch zurückweisende Verfügung wird die sofortige Beschwerde erhoben. Die Löschung hat zu erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist. Alles das bestimmt § 141 F.G. Daneben hat aber auch der Dritte, der ein Recht auf Löschung der Firma hat, das Recht, beim Registergericht zu beantragen, daß es in der gedachten Weise verfährt. Weigert sich das Registergericht dessen, so hat er hiergegen das Beschwerderecht (vergl. Anm. 5 u. 9 zu § 14). Ist es aber eingeschritten und der Betroffene hat Widerspruch erhoben und auf seinen Widerspruch ist durch Beschluß des Registergerichts oder eines Obergerichts die Löschung unterblieben, so steht dem Dritten das Beschwerderecht nicht zu. Sein Recht geht eben nur auf Ingangsetzung des Offizialverfahrens (vergl. Anm. 5 u. 7 zu § 14). Alsdann bleibt ihm der Weg des Civilprozesses übrig (§ 16 H.G.B.).

Zusatz. Uebergangsfrage. Der Ort der Niederlassung innerhalb desselben Gerichtsbezirks war früher kein anmeldungspflichtiges Datum. Aeltere Firmen brauchen auch nachträglich nicht den Ort der Handelsniederlassung anzumelden (Zus. 3 zu § 29). Daraus folgt, daß in allen Fällen, wo zwar die Firma selbst, nicht aber der Ort der Handelsniederlassung eingetragen ist, auch die Verlegung nicht anzumelden ist, selbst wenn sie unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geschieht. Anders natürlich, wenn die Verlegung nach einem Ort in einem anderen Gerichtsbezirk erfolgt. Anm. 6.

§ 32.

Wird über das Vermögen eines Kaufmanns der Konkurs eröffnet, so ist dies von Amtswegen in das Handelsregister einzutragen. Das Gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sowie von der Einstellung und Aufhebung des Konkurses. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragungen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 15 bleiben außer Anwendung.

Der Paragraph ordnet die Eintragung, nicht auch die Bekanntmachung der Eröffnung und Beendigung des Konkurses an.

1. **Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen ist eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Neuerung.** Nach einzelnen Landesgesetzen galt sie schon früher. Anm. 1.
2. **Zu beachten ist der Schluß derselben:** die civilrechtlichen Wirkungen der Eintragung und Nichteintragung greifen hier nicht Platz. Für die betreffenden Rechtsverhältnisse hat die Konkursordnung Fürsorge getroffen (grundsätzliche Nichtigkeit aller Rechtsakte, welche nach der Konkurseröffnung liegen gegenüber der Konkursmasse, vorbehaltlich des Schutzes des redlichen Glaubens und des Grundbuchs; § 7 K.O.). Anm. 2.
3. **Die materiellen Wirkungen der Konkurseröffnung selbst** sind an den zuständigen Stellen erörtert. Vergl. z. B. Anm. 3 zu § 22 über die Frage, ob der Konkurs die Firma zum Erlöschen bringt, die Erl. zu § 131 über die Frage, welche Folgen der Konkurs auf die o. H.G. hat ꝛc. Anm. 3.

Zusatz. Uebergangsfrage. Auf Konkurse, welche am 1. Januar 1900 schweben, findet unser Paragraph Anwendung: die Konkurseröffnung ist nachträglich einzutragen und selbstverständlich auch die Beendigung des Konkurses, dagegen erfolgt keine Eintragung, wenn am 1. Januar 1900 der Konkurs beendet war. Anm. 4.

§ 33.

Eine juristische Person, deren Eintragung in das Handelsregister mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Ge-

werbebetriebs zu erfolgen hat, ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Bei der Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes nicht.

Bei der Eintragung sind die Firma und der Sitz der juristischen Person, der Gegenstand des Unternehmens und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben. Besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens sind gleichfalls einzutragen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Anmeldung der juristischen Personen in das Handelsregister.** Er ist die Einleitung der firmenrechtlichen Vorschriften des H.G.B. über juristische Personen (§§ 33—36) und ist bestimmt, diese im früheren Handelsrecht unklar gewesene Materie durch positive Vorschriften klar zu stellen. Ergänzt werden diese Vorschriften noch durch § 452, wonach der Staat als Postunternehmer nicht Kaufmann ist, und durch § 66 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875, wonach die Bestimmungen über die Eintragung in das Handelsregister und die rechtlichen Folgen derselben auf die Reichsbank keine Anwendung finden. Andererseits finden dieselben auch durch die §§ 29—32 ihre Ergänzung, welche auf juristische Personen Anwendung finden, soweit sich nicht aus den §§ 33—36 Modifikationen der Anwendung ergeben. (Soweit in Anm. 1 zu § 29 etwas Gegentheiliges gesagt sein sollte, ist es hiernach richtig zu stellen.)

Anm. 1. 1. **Welches sind die nach dem vorliegenden Paragraphen einzutragenden Rechtsgebilde? Diejenigen juristischen Personen, deren Eintragung mit Rücksicht auf den Gegenstand oder die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat.**

a) **Juristische Personen.** Der Begriff derselben steht in der Wissenschaft fest und bedarf keiner weiteren Erörterung. Es ist, um dies mit einem Worte zu sagen, ein Rechtsgebilde, welches, ohne physische Person zu sein, selbstständiger Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein kann. In Betracht kommen zunächst diejenigen Vereine, welche unter der Herrschaft des B.G.B. durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt haben (§§ 22, 23 B.G.B); sowie diejenigen Vereine, welche auf Grund sonstiger Gesetze juristische Persönlichkeit erlangen, so z. B. die Kolonial-Gesellschaften, welche auf Grund der §§ 8—10 des Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse der Deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888 errichtet werden; sowie Gewerkschaften, wenn sie juristische Personen sind; dann auch diejenigen juristischen Personen, welche auf Grund der früheren Gesetze am 1. Januar 1900 bestehen (Art. 163 E.G. z. B.G.B.). Ueber Korporationen öffentlichen Rechts gilt besonders noch § 36. Ausländische Korporationen anlangend, so kommt es darauf an, ob sie nach dem ausländischen Rechte rechtsfähig sind oder nicht. Sind sie nach ihrem Heimathsrechte nicht rechtsfähig, so kann ihnen nach § 23 B.G.B. durch Beschluß des Bundesraths Rechtsfähigkeit verliehen werden, alsdann fallen sie unter den vorliegenden Paragraphen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Sind sie aber nach ihrem Heimathsrechte rechtsfähig, so fallen sie beim Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne Weiteres unter unseren § 33. Einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch den Bundesrath bedürfen sie in diesem Falle nicht, nicht auf Grund des § 23 B.G.B. (denn dieser findet ja nur auf nicht rechtsfähige Vereine Anwendung), und nicht auf Grund des Art. 10 E.G. zum B.G.B. (denn dieser findet auf Vereine mit wirthschaftlichen Zwecken keine Anwendung, wie sein Inhalt und seine Bezugnahme auf § 22 B.G.B. ergiebt).

Uebrigens braucht die juristische Person nicht gerade ein Personenverein zu sein, um unter unseren Paragraphen zu fallen. Auch Stiftungen gehören dazu (§ 80 B.G.B.). Dagegen sind die nicht rechtsfähigen Vereine von unserem Paragraphen ausgeschlossen. Ueber diese siehe unseren Exkurs zu § 342. Anm. 2.

Ferner aber sind ausgenommen diejenigen juristischen Personen, welche von dem Gesetze als Handelsgesellschaften angesehen werden; die Aktiengesellschaft, die Aktien-Kommanditgesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Für diese gelten besondere gesetzliche Vorschriften. Und endlich sind ausgenommen die eingetragenen Vereine des B.G.B., da diese einen nicht wirthschaftlichen Betrieb zum Gegenstande haben müssen (§ 21 B.G.B.). Anm. 3.

b) **Wenn ihre Eintragung mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes zu erfolgen hat.** Mit Rücksicht auf den Gegenstand sind eintragungspflichtig juristische Personen, welche ein Handelsgewerbe nach § 1 in so erheblichem Umfange betreiben, daß eine kaufmännische Einrichtung erforderlich ist. Alsdann sind sie durch den Gegenstand ihres Gewerbebetriebes Vollkaufleute und müssen ihre Firma eintragen lassen (ist der Handelsbetrieb solcher juristischer Personen minder umfangreich, so sind sie zwar auch Kaufleute, aber Minderkaufleute und ihre Firma ist nicht eintragungsfähig). Mit Rücksicht auf Art und Umfang sind eintragungspflichtig juristische Personen, die ein sonstiges Gewerbe betreiben, aber in so erheblichem Umfange, daß es eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Alsdann fällt ihr Gewerbebetrieb unter § 2 und sie sind eintragungspflichtig. Durch die Eintragung werden sie Kaufleute und zwar Vollkaufleute.

Nicht erwähnt sind hier diejenigen juristischen Personen, deren Eintragung „nicht zu erfolgen hat", sondern die vermöge des Gegenstandes und Umfanges ihres Betriebes nur berechtigt sind, ihre Firma eintragen zu lassen, nämlich diejenigen Landwirthe, welche einen land- oder forstwirthschaftlichen Nebenbetrieb haben (§ 3 Abs. 2). Diese sind auch hier berechtigt, aber nicht verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen, und dadurch Vollkaufleute zu werden oder Nichtkaufleute zu bleiben. Machen sie von ihrem Rechte aber Gebrauch, so sind sie im Uebrigen den Regeln der §§ 33—35 unterworfen. Anm. 4.

2. **Wer hat die Anmeldung zu bewirken?** Sämmtliche Mitglieder des Vorstandes. Anm. 5.

3. **Was ist anzumelden?** Das Gesetz sagt: die juristische Person. Das stimmt überein mit § 195, wonach auch bei der Aktiengesellschaft „die Gesellschaft" anzumelden ist. Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß sich die einzutragenden Thatsachen aus den Anlagen der Anmeldung (der Satzung und den Urkunden über die Bestellung des Vorstandes) ergeben. Regelmäßig wird dies der Fall sein. Indessen geht die Denkschrift S. 43 selbst davon aus, daß nicht immer eine Satzung vorhanden sein wird, wie bei juristischen Personen aus früherer Zeit, und ferner wird es nach der Verfassung der einzelnen juristischen Personen nicht immer nöthig sein, daß alle Festsetzungen, deren Gegenstand die Anmeldung ist, gerade durch die Satzung getroffen werden. In diesem Falle wird die Anmeldung diese Festsetzungen besonders enthalten müssen. Anm. 6.

Hiernach darf die Frage nicht schlechtweg dahin formulirt werden: Was ist anzumelden?, sondern: Was muß aus der Anmeldung der juristischen Person und den Anlagen derselben hervorgehen? Hierauf ist folgende Antwort zu geben: Anm. 7.

a) Zunächst muß, das ist jedenfalls als sicher anzunehmen, der Charakter des angemeldeten Rechtsgebildes als juristische Person hervorgehen. Es muß daher eventuell die Verleihungsurkunde oder der sonstige Nachweis der juristischen Persönlichkeit beigebracht werden.

b) Sodann muß hervorgehen, welche Firma die juristische Person haben soll. Denn nach Abs. 3 soll ja dieselbe eingetragen werden. Soll ihre Firma mit ihrem Namen gleichlauten, so bedarf es hierüber keiner besonderen Festsetzung und Angabe. Anders wenn die Firma mit dem Namen nicht gleich lauten soll. Alsdann muß die Berechtigung dieser Firmenführung dargethan werden. — Auf ganz anderem Anm. 8.

Gebiet liegt, aber bei dieser Gelegenheit erledigt werden kann die Frage, von welcher Beschaffenheit die Firma einer juristischen Person überhaupt sein muß und sein kann, ob sie insbesondere auch anders lauten kann, als ihr eigentlicher Name. Zunächst muß sie den allgemeinen Vorschriften über die Firma entsprechen: Sie darf also keinen täuschenden Zusatz haben (§ 18 Abs. 2) und muß sich von allen Firmen an demselben Orte deutlich unterscheiden (§ 30). Ferner darf sie, wie aus § 20 ex analogia zu entnehmen ist, keine Form haben, die zu der Annahme Anlaß giebt, daß die Inhaber der Firma eine oder mehrere persönlich haftende Personen sind. Eine Gesellschaftsform an sich wird, wenn nur jener Schein vermieden wird, nicht gerade unzulässig sein, sofern nur die juristische Person eine Personenvereinigung ist. So würde z. B. der Name „Deutscher Bankverein" oder der Name „Berliner Naphthalin-Gesellschaft" geeignet sein. Denn diese Namen erwecken nicht die irrige Annahme, als sei der Inhaber eine Gesellschaft mit persönlich haftenden Mitgliedern, sonst müßte ja die Form des § 19 gewählt sein. Ferner darf die juristische Person ihre Firma nicht frei wählen, vielmehr ist regelmäßig ihr Name auch ihre Firma (Kammergericht bei Johow 17 S. 5). Sie kann allerdings auch die Firma einer anderen Person erwerben und alsdann führen. Dabei müssen jedoch die von uns anderweit entwickelten allgemeinen Grundsätze gewahrt werden, d. h. es darf auch dadurch nicht der Schein erweckt werden, als seien die Inhaber der Firma persönlich haftende Mitglieder (vergl. Anm. 9 zu § 22), und ferner hängt es von der Satzung der betreffenden juristischen Person ab, ob dieselbe neben ihrem Namen überhaupt eine andere Namensbezeichnung als Firma führen kann oder ob sie nicht vielmehr nur einen Namen haben kann. Ist dies letztere der Fall, so darf die erworbene Firma nur dann geführt und angemeldet werden, wenn der Verein als solcher diese Bezeichnung als seinen Namen angenommen hat.

Anm. 9. c) Ferner muß hervorgehen der Sitz der juristischen Person. Denn nach Abs. 3 soll dieser eingetragen werden. Außerdem muß aber auch der Niederlassungsort aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen. Zwar erwähnt dies unser Paragraph nicht, weil er davon auszugehen scheint, daß sich der Sitz der Gesellschaft mit dem Orte der Niederlassung decken werde. Allein dies ist keineswegs immer der Fall. Denn der Sitz der juristischen Person kann, wenn die Verfassung dies zuläßt, anderswo liegen, als am Orte der Verwaltung (vergl. z. B. § 24 B.G.B. für die rechtsfähigen Vereine des bürgerlichen Rechts), und außerdem kann die juristische Person außer an ihrem Sitze noch an einem andern Orte innerhalb desselben Gerichtsbezirks eine Niederlassung haben. (Der Fall, daß die juristische Person noch an einem andern Orte außerhalb desselben Gerichtsbezirks eine Niederlassung hat, ist durch § 13 und durch unseren § 33 Abs. 2 Satz 2 geregelt.) Daß in allen diesen Fällen, also, wenn der Sitz der Gesellschaft und der Ort ihrer Niederlassung sich nicht deckt, auch der Ort der Niederlassung aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen (und in das Handelsregister eingetragen werden) muß, ist auf Grund des § 29 anzunehmen (vergl. oben die Einleitung; Düringer u. Hachenburg I S. 136; Makower S. 70).

Anm. 10. d) Ferner muß aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen der Gegenstand des Unternehmens. Denn auch dieser ist nach Abs. 3 einzutragen. Ob der Gegenstand des Unternehmens einen bestimmten Inhalt haben muß, oder einen mehr allgemeinen Inhalt haben kann, darüber bestehen vom Standpunkt des H.G.B. keine Vorschriften, das richtet sich vielmehr nach der Verfassung der betreffenden juristischen Person. Im Zweifel wird man sich der letzteren Auffassung anschließen müssen (vergl. unsere Ausführungen zu § 182 Nr. 2). Doch muß der Gegenstand des Unternehmens unter § 1 oder unter § 2 (bezw. im Falle des § 3 Abs. 2 unter diesen) fallen.

Anm. 11. e) Endlich müssen aus der Anmeldung und ihren Anlagen hervorgehen die Mitglieder des Vorstandes, und zwar müssen die Mitglieder des Vorstandes

hervorgehen aus besonderen Urkunden über diese Bestellung, welche in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift der Anmeldung beizufügen sind.

Sollen über die Befugniß des Vorstandes zur Vertretung der juristischen Person oder über die Zeitdauer des Unternehmens besondere Bestimmungen eingetragen werden, so müssen dieselben aus der Satzung hervorgehen. Unter besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß des Vorstandes ist jede Einschränkung der vollen gesetzlichen Vertretungsbefugniß des Vorstandes und jede Abweichung von der gesetzlichen Regel zu verstehen, wonach ein aus mehreren Mitgliedern bestehender Vorstand nach Stimmenmehrheit zu beschließen und darnach nach außen zu handeln legitimirt ist (vergl. §§ 26, 28, 70 B.G.B.). Besondere Bestimmungen über die Zeitdauer des Unternehmens sind Bestimmungen darüber, daß die Gesellschaft in einem bestimmten Zeitpunkte von selbst ohne Auflösungsbeschluß endet, denn regelmäßig erfolgt die Auflösung durch Beschluß der Mitglieder (§ 41 B.G.B.). Anm. 12.

4. Die Form der Anmeldung richtet sich nach § 12. Ihre Beilagen sind in unserem Abs. 2 verzeichnet: die Satzung und die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes. Außerdem sind beizulegen der Nachweis des Korporationscharakters (vergl. oben Anm. 7), der Nachweis der Firmenberechtigung (vergl. oben Anm. 8). Anm. 13.

5. **Was ist in das Handelsregister einzutragen?** Zunächst ist einzutragen, daß es sich um eine juristische Person handelt. Das geht aus Abs. 1 und Abs. 3 hervor: Denn „die juristische Person ist zur Eintragung anzumelden und „bei der Eintragung der juristischen Person" sind die Firma ꝛc. einzutragen. Sodann ist einzutragen der Name der juristischen Person und wenn sich die Firma mit demselben nicht deckt, auch die Firma, der Sitz der juristischen Person, der Niederlassungsort, wenn er sich mit dem Sitze nicht deckt, der Gegenstand des Unternehmens, die Mitglieder des Vorstandes, und wenn die Satzung besondere Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß des Vorstandes und über die Zeitdauer des Unternehmens enthält, auch diese besonderen Bestimmungen. Alles dies ist im Abs. 3 bestimmt und oben in Anm. 6 flg. von uns bereits des Näheren erläutert. Anm. 14.

6. **Zum Handelsregister der Zweigniederlassung** müssen die Anmeldungen gleichfalls erfolgen (§ 13) und ebenso ist die Satzung hierbei mit einzureichen, nicht auch die Urkunde über die Bestellung des Vorstandes (§ 33 Abs. 2 Satz 2). Anm. 15.

7. **Die Eintragungen in das Handelsregister sind ihrem ganzen Inhalt nach auch zu publiciren** (§ 10).

8. **Die civilrechtliche Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung** richtet sich nach allgemeinen Vorschriften. Zunächst findet § 5 Anwendung: die juristische Person gilt für die Dauer der Eintragung in civilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann und Vollkaufmann, wenn sie nur ein Gewerbe betreibt, sollte dies auch nicht den Vorschriften der §§ 1 und 2 entsprechen. Außerdem aber findet auch § 15 Anwendung. Insbesondere bezieht sich das auch auf die Vertretungsbefugniß des Vorstandes und die besonderen Bestimmungen hierüber. Je nachdem sie eingetragen (und publicirt) sind oder nicht, muß der Dritte sie nach Maßgabe des § 15 gegen sich gelten lassen oder nicht. Daß diese Sonderbestimmungen in den überreichten Satzungen stehen, ist für den Handelsverkehr unerheblich, auch dann, wenn nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die betreffende juristische Person solche Sonderbestimmungen für den Dritten schon für den Fall erheblich sein sollten, daß sie nur in der Satzung enthalten sind, wie dies z. B. für nicht eingetragene rechtsfähige Vereine nach § 26 Abs. 2 B.G.B. gilt. Die weitere Frage, ob die Eintragung in das Handelsregister auch dann allein für den Handelsverkehr maßgebend ist, wenn es sich um einen eingetragenen Verein handelt und die Eintragung der besonderen Bestimmungen in das Vereinsregister nach Maßgabe des § 70 B.G.B. erfolgt ist, dürfte nicht praktisch sein, weil solche eingetragenen Vereine ja einen wirthschaftlichen Betrieb nicht haben dürfen und daher hier nicht in Betracht kommen. Anm. 16.

Zusatz: Ueber das Recht der juristischen Personen und besonders der ausländischen zum Gewerbebetriebe und zum Erwerbe von Grundeigenthum siehe Anm. 3 zu § 6.

§ 34.

Jede Aenderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Thatsachen oder der Satzung, die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist, sowie die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugniß sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung einer Aenderung der Satzung genügt, soweit nicht die Aenderung die im § 33 Abs. 3 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Aenderung.

Die Anmeldung hat durch den Vorstand oder, sofern die Eintragung erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll, durch die Liquidatoren zu erfolgen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Im Falle des Konkurses finden die Vorschriften des § 32 Anwendung.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Eintragung von Aenderungen in den Rechtsverhältnissen der juristischen Personen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Folgende Aenderungen sind anzumelden:**

a) die Aenderung der nach § 33 Abs. 3 einzutragenden Thatsachen, also:

α) die Aenderung der Firma (ob diese geändert werden kann unter Beibehaltung eines besonderen Namens für die juristische Person, darüber siehe Anm. 8 zu § 33),

β) die Aenderung des Sitzes der juristischen Person, und Wahl des Ortes der Niederlassung, soweit er mit dem Sitze nicht zusammenfällt (vergl. Anm. 9 zu § 33),

γ) Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens. Die Aenderung muß sich in den für den Gegenstand einer handeltreibenden juristischen Person überhaupt zulässigen Grenzen halten (vergl. Anm. 10 zu § 33),

δ) Aenderung in dem Personalbestande der Mitglieder des Vorstandes und der besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß und die Zeitdauer des Unternehmens. (Vergl. Anm. 11 u. 12 zu § 33.)

Anm. 2. b) **Ferner sind anzumelden nach dem Abs. 1 unseres Paragraphen:**

α) Aenderungen der Satzung.

β) Die Auflösung der juristischen Person, falls sie nicht die Folge der Eröffnung des Konkurses ist. (Ueber letztere s. unten Anm. 6.)

γ) Die Personen der Liquidatoren und die besonderen Bestimmungen über ihre Vertretungsbefugniß. Welches die besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren sind, läßt sich im Allgemeinen nicht sagen. Es kommt ganz auf die Verfassung der betreffenden juristischen Person an, welches hiernach die normale Gestaltung der Vertretungsbefugniß ist und welches die singuläre. Bei den juristischen Personen des B.G.B. ist die Gesammtvertretung die normale Gestaltung (§ 48 Abs. 3 B.G.B.), sollen daher die Liquidatoren einzeln vertreten, so muß dies eingetragen werden.

Sind die Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren gerichtlich bestellt, so ist eine Anmeldung nicht nöthig, hier erfolgt die Eintragung von Amtswegen (Abs. 4 unseres Paragraphen). Gerichtliche Bestellung des Vorstandes und von Liquidatoren ist bei den Vereinen des B.G.B. nach § 29 B.G.B. (vergl. auch § 48 Abs. 1) vorgesehen. (Fehlen dieser Vertreter, dringender Fall.)

Ueberall aber handelt es sich hier lediglich um die Liquidation der juristischen Personen, nicht um die Liquidation des Handelsgewerbes, wie Düringer und Hachenburg I S. 137 annehmen. Wenn eine juristische Person das Handelsgewerbe „liquidirt", ohne sich selbst aufzulösen, so ist dies ein Akt, der als solcher das Handelsregister ebensowenig angeht, wie wenn ein sonstiger Einzelkaufmann sein Handelsgewerbe liquidirt. Wenigstens als Liquidation geht er das Handelsregister nicht an. Liegt darin die Aufgabe des Handelsgewerbes, so muß die Firma gelöscht werden. (Vergl. unten Anm. 3.)

c) **Endlich ist anzumelden die Löschung der Firma,** wenn die allgemeinen Voraussetzungen dafür vorliegen. Dieses kann der Fall sein, wenn die juristische Person als solche sich nicht auflöst. Es kann ja sein, daß sie ihr Gewerbe aufgiebt, im Uebrigen aber weiter besteht. Es kann aber auch sein, daß sie im Stadium der Liquidation ihr Geschäft aufgiebt, welches einen anderen Namen trug, als sie selbst (wofern dies überhaupt zulässig ist, vergl. Anm. 8 zu § 33). Endlich aber ist nach Beendigung der Liquidation die juristische Person jedenfalls im Handelsregister zu löschen, und auch ihre (von ihrem Namen vielleicht abweichende) Firma, falls sie dieselbe nicht veräußert hat. Daß die Firma zu löschen ist, ist zwar nicht, wie bei den Handelsgesellschaften, besonders vorgeschrieben, folgt aber aus § 31 Abs. 2, da dieser, wie überhaupt die §§ 29—32 auch auf juristische Personen soweit Anwendung finden, als sich nicht aus den §§ 33—36 Modifikationen ergeben. (Vergl. die Einl. zu § 33.) Anm. 3.

2. (Abs. 3.) **Die Anmeldung erfolgt** durch den Vorstand oder die Liquidatoren, letzteres, wenn es sich um eine Eintragung handelt, die erst nach der Anmeldung der ersten Liquidatoren geschehen soll. Durch den Vorstand, also nicht nothwendig, wie bei der ersten Anmeldung (§ 33 Abs. 1), durch die sämmtlichen Vorstandsmitglieder, sondern durch den Vorstand in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er zur Vertretung nach außen legitimirt ist. Anm. 4.

3. (Abs. 2.) **Einzutragen** sind die nach Anm. 1 u. 2 anzumeldenden Thatsachen. Für die Abänderungen einer Satzungsänderung ist in Abs. 2 eine Erleichterung gewählt (analog dem § 277 Abs. 2: Statutenänderungen bei Aktiengesellschaften). Anm. 5.

4. **Auch die Konkurseröffnung** wird gemäß § 22 eingetragen. Das im Abs. 5 vorzuschreiben, war überflüssig, da die §§ 29—32 auf die juristischen Personen Anwendung finden, soweit nicht aus den §§ 33—36 sich eine Modifikation ergiebt (vergl. die Einl. zu § 33). Die entgegengesetzten Befürchtungen der Reichstagskommission, welcher dieser Absatz seine Entstehung verdankt, waren unbegründet. Anm. 6.

5. **Die Anmeldungen und Eintragungen müssen auch bei dem Gericht der Zweigniederlassung erfolgen.** Das folgt aus § 13. Anm. 7.

6. **Die rechtliche Bedeutung der Eintragungen** und Nichteintragungen richtet sich nach § 15, bis auf die Eintragung der Konkurseröffnung. (Vergl. Anm. 16 zu § 33 und Anm. 2 zu § 32.) Ist z. B. die Auflösung der juristischen Person nicht eingetragen und hat sich ein Dritter gleichwohl mit einem Prokuristen eingelassen, so kann ihm die Auflösung nicht entgegengehalten werden. Anm. 8.

§ 35.

Die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren einer juristischen Person haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

1. Die Vorschrift der Firmenzeichnung besteht auch für den Fall, daß die Vertretungspersonen wechseln. Anm. 1.

2. Der Inhalt der Vorschrift entspricht der für den Vorstand der Aktiengesellschaften im § 195 Abs. 4 gegebenen. Dagegen weicht er von der für sonstige Einzelkaufleute gegebenen Verschrift des § 29 in doppelter Richtung ab: die Vertreter der juristischen Personen haben nicht die Firma, sondern ihre persönliche Unterschrift zu zeichnen, in beiden Hinsichten gilt beim Einzelkaufmann das Gegentheil. Anm. 2.

3. Ueber die Form der Zeichnung s. § 12. Anm. 3.

§ 36.

Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes braucht nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Erfolgt die Anmeldung, so ist die Eintragung auf die Angabe der Firma sowie des Sitzes und des Gegenstandes des Unternehmens zu beschränken.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält eine Vorschrift über die Eintragung der gewerblichen Unternehmungen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes.** Man denke hier an die Eisenbahnverwaltung des Reichs und der Einzelstaaten, an die Reichsdruckerei, den Reichsanzeiger, die Preußische Seehandlung, die staatlichen Porzellanfabriken, das Bayerische Hofbräuhaus, die Straßburger Tabaks-Manufaktur (auf den Staat als Postfiskus bezieht sich das nicht; § 452), an die zahlreichen städtischen Gewerbebetriebe. Unter den Kommunalverbänden sind die Ortsgemeinden, die Kreise und die Provinzen zu verstehen (vergl. Schön, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897, S. 15).

Anm. 1. 1. **Zunächst ist zu ihren Gunsten ein bloßes Recht auf Eintragung statuirt.**

a) **Sie brauchen sich nicht eintragen zu lassen.** Sie brauchen das zunächst nicht, wenn sie ein Handelsgewerbe nach § 1 betreiben. In diesem Falle sind sie Kaufleute, und sind doch von der Eintragung befreit, wenn dies ihrem Belieben entspricht. Sie brauchen es ferner nicht, wenn sie ein sonstiges Gewerbe betreiben, welches eine kaufmännische Organisation erfordert (§ 2). Sie können sich in diesem Falle eintragen lassen und dadurch Kaufleute werden; sie können aber von ihrer Eintragung absehen und bleiben alsdann Nichtkaufleute. Das Gleiche gilt, wenn sie ein landwirthschaftliches Nebengewerbe im Sinne des § 3 Abs. 2 betreiben.

Anm. 2. Die Pflicht, ihre Firma eintragen zu lassen, haben die hier gedachten Korporationen auch dann nicht, wenn sie einen Prokuristen bestellen. Sind sie von der Eintragung überhaupt befreit, so sind sie auch, so lange sie von dieser Befugniß Gebrauch machen, von der Eintragung sonstiger eintragungsbedürftiger Thatsachen befreit. Ihre privilegirte Stellung bezieht sich auch hierauf. Daraus folgt zugleich, daß auch die im § 15 festgesetzten Folgen der Nichteintragung, insbesondere auch der Nichteintragung der Erlöschung der Prokura hier nicht Platz greifen. Denn das sind dann alles keine eintragungsbedürftigen Thatsachen. Hier greifen überall die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. über Ertheilung und Erlöschen von Vollmachten Platz. Für den Umfang der Prokura greift das H.G.B. Platz. Die Denkschrift S. 42 lehrt zu Unrecht das Gegentheil und Makower S. 71 schließt sich ihr an.

Treten die gedachten Korporationen zu einer o. H.G. oder Kommanditgesellschaft mit einer Person zusammen, die keine solche Korporation ist, so fällt das Privileg unseres Paragraphen fort; dagegen gilt es für den Fall der gesellschaftlichen Vereinigung mehrerer Korporationen der hier in Rede stehenden Art.

Anm. 3. b) **Aber sie dürfen sich auch nur dann eintragen lassen, wenn die Voraussetzungen der §§ 1 u. 2 bezw. 3 Abs. 2 vorliegen.** Sonst kann ihre Löschung betrieben werden.

Und ferner: **einmal rite eingetragen, haben sie nicht das Recht, sich wieder willkürlich löschen zu lassen.** Dies nehmen zwar Düringer u. Hachenburg I S. 138 an, weil hier ein diese Willkür ausschließender Zusatz wie im § 3 Abs. 2 fehle. Allein dieser Zusatz ist, wie Riesenfeld (im Preußischen Verwaltungsblatt 1898 S. 109) zutreffend darlegt, dort nicht hinzugefügt, um etwas Anderes zu sagen, als hier, sondern lediglich „um jeden Zweifel auszuschließen", daß jene Willkür nicht beabsichtigt sei (Denkschrift S. 15 u. 16).

Anm. 4. c) **Für die Dauer der Eintragung** greift jedenfalls § 5 Platz. Sie gelten, sofern sie überhaupt nur ein Gewerbe betreiben, für die Dauer der Eintragung in civilrechtlicher Hinsicht als Kaufmann, sollte auch ihr Gewerbe ein reines landwirthschaftliches und also nach § 3 zur Eintragung nicht geeignet sein, oder sollte auch ihr Gewerbe weder

unter § 1, noch (seines geringen Umfanges wegen) unter § 2 fallen. Betreiben sie überhaupt kein Gewerbe und sind dennoch eingetragen, so ist die Eintragung auch dann nicht bedeutungslos; hier greift § 15 Platz, sowie der Grundsatz von der Geltung als Kaufmann in Folge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (Exkurs zu § 5).

2. **Der Inhalt der Eintragung.** Die Eintragung beschränkt sich auf die Firma, sowie den Sitz und den Gegenstand des Unternehmens. Die Firma deckt sich mit ihrer öffentlichrechtlichen Bezeichnung. Die Firma frei zu wählen, hat auch die öffentliche Korporation kein Recht. (Vergl. Anm. 8 zu § 33.) Ob sie eine von ihrem Namen abweichende Firma annehmen kann, hängt von ihrer Verfassung ab. Vom Standpunkte des Handelsrechts steht nichts entgegen. Ist die Firma verschieden von dem Namen, so ist letzterer jedenfalls auch einzutragen, obgleich das nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. — Der Sitz des Unternehmens ist wohl dasselbe, wie der Ort der Niederlassung im § 29. Der Sitz der Korporation selbst wird wohl im Allgemeinen sich von selbst aus der öffentlichrechtlichen Bezeichnung ergeben. Sonst muß, obwohl das nicht vorgeschrieben ist, auch dieser eingetragen werden. Anm. 5.

3. **Die Anmeldung.** Durch wen diese erfolgt, ist hier nicht gesagt. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze Platz, welche im § 33 für alle juristischen Personen aufgestellt sind. Der Inhalt der Anmeldung deckt sich mit dem Inhalte der Eintragung. Anm. 6.

4. **Ueber die Eintragung von Aenderungen** ist nichts gesagt. Es wird anzunehmen sein, daß Aenderungen nur insoweit anzumelden sind, als sie Gegenstand der Eintragung sind. Aenderungen der Satzung sind wohl nicht anzumelden, ebenso nicht Aenderungen in der Vertretung. Das sind alles öffentlichrechtliche, feststehende Verhältnisse. Aber soweit der Inhalt der Eintragung reicht, sind die betreffenden Korporationen auch zur Anmeldung der Veränderungen verpflichtet, insbesondere auch zur Löschung der Firma, wenn sie das Handelsgewerbe aufgeben oder im Falle des § 2 es in so geringem Umfange betreiben, daß es den Erfordernissen des § 2 nicht mehr entspricht. Ebenso zur Löschung der eingetragenen Prokura (vergl. oben Anm. 2). Anm. 7.

5. **Fraglich ist die Stellung des Registerrichters gegenüber diesen juristischen Personen öffentlichen Rechts überall dort, wo es sich um Erfüllung von registerlichen Vorschriften handelt, z. B. um Löschungen.** (Vergl. Anm. 4.) Ordnungsstrafen wird er nicht verhängen dürfen. Es wird nichts übrig bleiben, als daß er sich bei der vorgesetzten Behörde beschwert. Cohn (bei Gruchot 42 S. 73) will die Behörde verpflichten, sich über den Registerrichter zu beschweren. Allein das wird nicht immer zum Ziele führen und es ist nicht zu ersehen, warum die Parteirollen hier wechseln sollen. Anm. 8.

6. **Die civilrechtliche Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung richtet sich auch nach allgemeinen Grundsätzen.** Diejenigen Thatsachen, die keiner Eintragung bedürfen, z. B. die Vertretungsverhältnisse der Korporationen sind in der Weise maßgebend, wie sie nach dem betreffenden Staatsrechte bestehen. Mit der Nichteintragung kann sich der Dritte hier nicht entschuldigen. Denn es handelt sich eben nicht um eintragungsbedürftige Thatsachen (vergl. wegen der Prokura und sonstigen Thatsachen oben Anm. 2). Anm. 9.

Zusatz. Aus dem vorliegenden Paragraphen geht gleichzeitig hervor, daß auch **der Staat, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt, von dem neuen H.G.B. als Kaufmann angesehen wird.** Früher war dies nicht allgemein anerkannt. (Vergl. unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 4.) Nur der Postfiskus ist nicht Kaufmann. (§ 452.) Anm. 10.

Die Klagen gegen den Staat als Frachtführer wegen Versehens seiner Beamten sind hiernach einfache handelsrechtliche Klagen und unterstehen nicht der besonderen Zuständigkeit nach § 70 G.V.G. und § 39 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum G.V.G. vom 24. April 1878 (R.G. vom 25. April 1896 in J.W. S. 300).

Aber die Beamten des Staats sind keine Handlungsgehilfen, auch wenn sie kaufmännische Dienste leisten. Das Handlungsgehilfenverhältniß ist lediglich eine Abart des civilrechtlichen Dienstvertrages. Das öffentliche Beamtenverhältniß ist aber, wie Laband (Staatsrecht I S. 383) treffend ausführt, wesentlich verschieden von dem privatrechtlichen Dienstverhältniß. Allerdings kann auch der Staat privatrechtliche Dienstverträge schließen und demgemäß Anm. 11.

auch Handlungsgehilfen in seinem Betriebe anstellen (Laband I S. 385). Stellt er aber Jemanden als Staatsbeamten an, so ist er Staatsbeamter, auch dann, wenn seine Dienste kaufmännischer Natur sind. Das hat, wie Laband zugiebt, früher gegolten, wird aber nicht, wie Laband (in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 3 S. 394) annimmt, jetzt dadurch anders, daß jetzt einzelne Vorschriften über den Dienstvertrag und insbesondere über den Handlungsgehilfenvertrag zwingender Natur sind. Denn zwingend, d. h. durch Vertrag unabänderlich, sind sie nur für diejenigen Personen, welche Handlungsgehilfen sind. Dies aber, die Frage, ob sie Handlungsgehilfen sind, ist die Vorfrage, welche eben bei wirklichen Staatsbeamten zu verneinen ist.

Das hier Gesagte gilt auch für die Beamten der Kommunalverbände. Diese sind Staats- bezw. mittelbare Staatsbeamte.

Ueber die Pflicht des Staats und der Kommunalverbände zur Buchführung siehe § 42.

§ 37.

Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnitts ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein Anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften, wie gegen Denjenigen einzuschreiten ist, der sich einer ihm nicht zustehenden Firma bedient.** Es kann eingeschritten werden vom Registerrichter und vom Verletzten. Das Erstere ist in Absatz 1, das Letztere in Absatz 2 geregelt.

Diese beiden Repressalien gegen unbefugte Firmenführung gehen selbstverständlich nebeneinander her. Sie können auch gleichzeitig und unabhängig von einander gegen den Rechtsverletzer in Anwendung kommen, insbesondere kann der nach Absatz 2 Klageberechtigte auch das Eingreifen des Registerrichters nach Absatz 1 in Antrag bringen (vergl. unten Anm. 9).

Anm. 1. I. (Absatz 1.) **Das Einschreiten des Registerrichters.**

a) **Es richtet sich gegen** Jeden, der eine nach den Vorschriften dieses Abschnittes ihm nicht zustehende Firma gebraucht. Gegen Jeden, nicht bloß gegen Kaufleute, die sich einer Firma bedienen, wie sie in dieser Form ihnen nicht zusteht, sondern auch gegen Minderkaufleute, wenn sie unbefugt eine Firma führen (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1897 S. 53), auch gegen hypothetische Kaufleute nach § 2, wenn sie eine Firma führen, ehe sie eingetragen sind, auch gegen Nichtkaufleute, wenn sie eine Firma führen, die von ihrem bürgerlichen Namen abweicht. Sind auch solche Personen gemeint, welche ein Gewerbe betreiben, das kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe ist, deren Firma aber eingetragen ist und welche in Folge dessen gemäß § 5 während der Dauer der Eintragung als Kaufleute und zwar als Vollkaufleute gelten? Die Frage muß bejaht werden. Wenn auch nach § 5 gegenüber der Eintragung von keiner Seite der Einwand erhoben werden kann, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe, so bezieht sich das doch nur auf das Auftreten des Eingetragenen im Rechtsverkehr während der Dauer des Rechtsverkehrs. Aber selbstverständlich ist das ein Zustand, der an sich falsch und unberechtigt ist, und der deshalb beseitigt werden muß, denn die Firma ist jedenfalls zu Unrecht eingetragen. Soweit es sich also um Berichtigung des Registers handelt, wäre es eine circulus vitiosus, wollte man auch solchen Anträgen und Maßnahmen gegenüber den Einwand

versagen, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe (vergl. Anm. 5 zu § 5).

Dabei ist jedoch zu erwähnen, daß der Minderkaufmann und der Nichtkaufmann seinen bürgerlichen Namen ungehindert gebrauchen kann. Der Vollkaufmann dagegen ist unter Umständen gehindert, sich seines vollen bürgerlichen Namens im Handelsbetriebe zu bedienen, wenn nämlich ein Anderer denselben befugter Weise als Firma führt.

b) **Der Umstand, daß die unzulässige Firma eingetragen ist, hindert natürlich das Einschreiten des Gerichts nicht** (und ebensowenig die Klage nach Absatz 2), im Gegentheil liegt schon in der Eintragung ein Mißbrauch, wenn ein Recht zur Führung der Firma nicht besteht (R.G. 22 S. 58), wenn sie z. B. durch Scheinanmeldung und Scheinverträge erschlichen ist (Bolze 21 Nr. 149; RG. 37 S. 60), wenn z. B. Jemand seine Firma eintragen läßt, nur damit ein Anderer unter derselben Handelsgeschäfte betreibe (R.G. 3, S. 120; 25 S. 1; Bolze 18 Nr. 114 — Fall Blüthner —); wenn zwei eine Societät begründen, in Wirklichkeit aber nur bezwecken, den Namen des einen Gesellschafters als Bestandtheil der Firma zu benutzen (R.G. 37 S. 58 flg.; O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 481). Anm. 2.

c) **In Fällen, wo, wie in dem letzterwähnten, Mehrere mitwirken,** richtet sich das Einschreiten gegen die mehreren Mitwirkenden. Anm. 3.

d) **Der Zwang richtet sich gegen den Gebrauch einer Firma,** die dem Firmenführer nach den Vorschriften dieses Abschnittes nicht zusteht und es gehören also hierher diejenigen Fälle, in denen Jemand eine neue Firma annimmt, die den Vorschriften der §§ 18—20 nicht entspricht, oder eine bestehende Firma erwirbt, ohne daß die Voraussetzungen des § 22 vorliegen, oder eine Firma führt, die sich nicht von den bisher bestehenden genau unterscheidet ꝛc. ꝛc. Außerdem ist aber auch der Art. 22 E.G. zum H.G.B. in Betracht zu ziehen, der § 37 ist nicht ganz genau gefaßt, wenn er nur von einer nach den Vorschriften „dieses Abschnitts" nicht zustehenden Firma spricht. Ist die Firmenführung auf Grund des Art. 22, d. h. insoweit dieser Artikel nach früherem Recht giltige, nach jetzigem ungiltige Firmen gestattet, zulässig, so greift unser § 37 nicht Platz. Anm. 4.

e) **Der Gebrauch kann ihm aber nicht lediglich deshalb untersagt werden, weil die Firma nicht eingetragen ist;** vielmehr ist in diesem Falle umgekehrt der Firmenführer zur Eintragung anzuhalten (§ 14). Anm. 5.

f) **Wann der Gebrauch einer Firma vorliegt,** darüber siehe unten Anm. 20. Anm. 6.

g) **Der Registerrichter darf nicht bloß einschreiten, wenn sich im Register eine unrichtige Firma vorfindet.** Auch wenn die Firma in **Annoncen** oder **im sonstigen geschäftlichen Verkehr** gebraucht wird, liegt der Fall des Einschreitens vor (über Firmengebrauch siehe unten Anm. 20). Anm. 7.

h) **Ueber die Form des Einschreitens** verfügt das Reichsgesetz betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit. Der hierauf bezügliche § 140 des gedachten Gesetzes lautet: Anm. 8.

§ 140. Soll nach § 37 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs gegen eine Person eingeschritten werden, die eine ihr nicht zustehende Firma gebraucht, so finden die Vorschriften der §§ 132—139 mit der Maßgabe Anwendung, daß

1. in der nach § 132 zu erlassenden Verfügung dem Betheiligten aufgegeben wird, sich des Gebrauchs der Firma zu enthalten oder binnen bestimmter Frist den Gebrauch der Firma mittelst Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen;
2. die Ordnungsstrafe festgesetzt wird, falls kein Einspruch erhoben oder der erhobene Einspruch rechtskräftig verworfen ist und der Betheiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat.

Hiernach finden mit den in diesem Paragraphen erwähnten Modifikationen die von uns zu § 14 bereits erörterten Regeln Anwendung (vergl. Anm. 3 flg. zu § 14).

Ueberdies steht dem Registerrichter die Befugniß zu, die ungesetzliche Firma, wenn sie eingetragen ist, zu löschen; die gleiche Befugniß steht dem vorgesetzten Landgericht zu (§§ 142, 143 F.G.). Diese Paragraphen lauten:

§ 142. Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerkes.

Das Gericht hat den Betheiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des § 141 Abs. 3, 4 Anwendung.

§ 143. Die Löschung einer Eintragung kann gemäß den Vorschriften des § 142 auch von dem Landgerichte verfügt werden, welches dem Registergericht im Instanzenzuge vorgeordnet ist. Die Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 findet Anwendung.

Gegen die einen Widerspruch zurückweisende Verfügung des Landgerichts findet die sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht mit der Maßgabe statt, daß die Vorschriften des § 28 Abs. 2, 3 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

Zu diesem Verfahren wird der Registerrichter dann schreiten, wenn das Ordnungsstrafverfahren nicht oder nicht rasch genug zum Ziele führt (Düringer u. Hachenburg I S. 333). Auch bei diesem Verfahren können die Organe des Handelsstandes gemäß Anm. 15 ff. zu § 14 mitwirken (auch durch Anträge beim Landgerichte, wenn dieses nach § 143 F.G. einschreitet, obwohl das im § 126 F.G. nicht mit angeordnet ist; vergl. Düringer u. Hachenburg I S. 334).

Anm. 9. i) **Die Thätigkeit des Registerrichters kann angeregt werden** durch die Organe des Handelsstandes (vergl. hierüber und über das Beschwerderecht Anm. 15 zu § 14), oder auch durch jeden berechtigten Dritten. Insbesondere wird hierbei in Frage kommen der durch den unbefugten Firmengebrauch Verletzte, der nach Absatz 2 unseres Paragraphen auch ein Klagerecht hat. Dieser kann auch durch Anträge beim Registerrichter sein Recht verfolgen und hat im Ablehnungsfalle auch das Beschwerderecht (vergl. hierüber Anm. 15 zu § 14).

Anm. 10. II. (Absatz 2.) **Das Klagerecht des Verletzten gegen unbefugten Gebrauch einer Firma.**

1. **Wer ist der Verletzte? Wer ist also klageberechtigt?**

a) Wer durch den unbefugten Gebrauch der Firma in seinen Rechten verletzt wird. Nicht etwa bloß Derjenige, dessen Firmenrecht verletzt wird, sondern Jeder, dessen Recht durch den unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt wird. **Der § 37 regelt nicht den Schutz der Firma, sondern den Schutz aller Rechte gegen unbefugte Firmirung.** Aber andererseits führt, wie Düringer u. Hachenburg I S. 141 zutreffend bemerken, der Absatz 2 unseres Paragraphen nicht eine Popularklage ein, die gegen unbefugten Firmengebrauch Jedem aus dem Volke zustände. Vielmehr steht das hier gegebene Klagerecht nur Dem zu, dessen Rechte durch die unbefugte Firmenführung verletzt werden. Wer ohne diese Voraussetzung hinwirken will auf die Untersagung der unbefugten Firmenführung, sei es, daß er ein rechtliches Interesse hat, das sich nicht gerade als Rechtsverletzung qualifizirt, oder ein sonstiges Interesse, mag dasselbe ethischer oder irgend einer anderen Natur sein, der mag auf die Thätigkeit des Registerrichters nach Abs. 1 unseres Paragraphen hinwirken (vergl. oben Anm. 9 und unten Anm. 14).

Anm. 11. b) In erster Linie ist allerdings dabei an das Firmenrecht gedacht. Dasselbe ist im Falle des § 1 von der Eintragung nicht abhängig, wohl aber im Falle des § 2, doch wird auch im Falle des § 1 die Priorität nach Maßgabe des § 30 begründet, sodaß der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma durch die Eintragung einer gleichlautenden in seinem Rechte nicht verletzt wird, sofern diese nur in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften gewählt ist (vergl. Anm. 2 zu § 30). Andererseits aber wird durch die Eintragung der Wortlaut der Firma derart festgestellt, daß die eingetragene Firma nur in der so verlautbarten Weise geschützt wird (R.O.H. 4 S. 254).

Indessen ist hier sofort hinzuzufügen, daß der eingetragenen Firma der Schutz des § 37 Abs. 2 nicht zu versagen ist, wenn die widerrechtlich gewählte Firma nur unerhebliche Abweichungen hat (R.G. 37 S. 59; O.L.G. Colmar in G.Z. 46 S. 480).

c) In zweiter Linie ist das Namensrecht geschützt (R.G. 37 S. 59). Es kann Anm. 12.
z. B. Herr Mathias Bauer, der Begründer des bekannten Café Bauer in Berlin, dagegen Einspruch erheben, daß irgend Jemand in Leipzig sein Etablissement Café Bauer bezeichnet, und wenn Herr Mathias Bauer dies genehmigt haben sollte, so würde seinem Sohn der gleiche Einspruch zustehen, falls nicht etwa der Fall des § 22 vorliegt (O.L.G. Hamburg und R.G. in G.Z. 46 S. 480; Bolze 23 Nr. 154). Auch der Nichtkaufmann, dessen Name unbefugt zur Firmenführung gebraucht wird, hat das Klagerecht (R.O.H. 6 S. 249; R.G. 29 S. 125) und ebenso natürlich auch der Kaufmann, auch wenn er anders firmirt, als der unbefugt firmirende Kaufmann.

Früher nahm man an, daß sich das Namensrecht nur an den Familiennamen knüpft (O.L.G. Marienwerder in Seuffert's Archiv 48 S. 3; R.G. 29 S. 125). Allein das B.G.B. erkennt im § 12 auch das Recht am Vornamen an (Planck Anm. 4 zu § 12 B.G.B.). Es kann also auch in der Beilegung eines unrichtigen Vornamens zur Firma die Verletzung des Namensrechts eines Anderen liegen; und umgekehrt liegt in der Beilegung eines unrichtigen Beinamens eine Verletzung des Namenrechts des befugten Namensinhabers auch dann, wenn andere Vornamen beigelegt sind (für letzteres R.G. 7, S. 280). Endlich wird auch der Name der juristischen Personen als geschützt gelten müssen, obwohl § 12 B.G.B. im Titel „natürliche Personen" steht (Planck Anm. 6 zu § 12 B.G.B.; Endemann, Einführung 3. Aufl. S. 186).

Ueberall ist hier, bei Verletzung des Namensrechts, davon auszugehen, daß das Namensrecht im § 12 B.G.B., insoweit es sich um den Einspruch gegen den Mißbrauch handelt, nicht absolut anerkannt ist, sondern nur insoweit das Interesse des Berechtigten verletzt wird. Der vorliegende § 37 Abs. 2 will aber nicht Rechte begründen, sondern den bestehenden Rechten einen Schutz gegen die in unbefugtem Firmengebrauch liegenden Beeinträchtigungen gewähren. Deshalb kann nur dann der Träger des angeblich gemißbrauchten Namens klagen, wenn er ein Interesse hat, der Firmenführung zu widersprechen.

d) Aber auch Jeder, der sonst in seinen Rechten verletzt wird, kann die Anm. 13.
Klage erheben gegen den unbefugten Firmenführer (R.G. 3 S. 166). Deshalb ist es zutreffend, wenn das R.G. (3 S. 167) ein Recht auf Beseitigung des von einem Konkurrenten gebrauchten Zusatzes „einzig" in der Firma „einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent Dr. R. Kißling & Co." daraus herleitet, daß auch dem Kläger ein Patent auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabak ertheilt war; diesem Patentrechte widersprach es, daß die Beklagte sich in ihrer Firma als „einzige" Fabrik nikotinfreier Tabake Patent ꝛc. bezeichnete, weil daraus der Verkehr entnehmen mußte, daß ihr Verfahren allein patentirt war. Das war eine täuschende Bezeichnung, widersprach daher den Vorschriften über das Firmenrecht und verletzte gleichzeitig das Patentrecht des Klägers. Auch ein Waarenzeicheninhaber kann unter Umständen gegen eine unbefugte Firmenführung Einspruch erheben (vergl. unten Anm. 25).

e) Indessen muß es doch ein bestimmtes Recht sein, welches verletzt ist. Zwar Anm. 14.
scheint die Denkschrift S. 47 anzunehmen, daß der § 37 in allen Fällen Anwendung findet, wo „berechtigte Interessen" verletzt werden, und auch Düringer u. Hachenburg I S. 142 stehen auf Grund der in der ersten Sachverständigen-Kommission zu Tage getretenen Anschauungen auf diesem Standpunkte. Allein das Gesetz spricht von Rechten, nicht von berechtigten Interessen. Oft ist dies weniger, oft mehr als berechtigte Interessen. Jedenfalls muß der klare Wortlaut des Gesetzes zu Grunde gelegt und davon ausgegangen werden, daß eine Verletzung von Rechten erforderlich und ausreichend ist. Schon nach früherem Recht hat das Reichsgericht (R.G. 19 S. 21) scharf betont: nicht wer in seinen Interessen verletzt sei, sondern wer in seinen Rechten verletzt sei,

habe das hier fragliche Untersagungsrecht. Der Gesetzgeber, der so oft von berechtigten oder rechtlichen Interessen spricht (vergl. z. B. im H.G.B. § 9 Abs. 2; im B.G.B. §§ 1597 Abs. 2, 2228), hätte, wenn er dies gemeint hätte, auch hier diese Worte gebraucht. Denn der Gegensatz zwischen berechtigten Interessen und Recht ist ihm klar zum Bewußtsein gekommen (vergl. z. B. Denkschrift zum F.G. S. 39; Anm. 5 zu § 14). Es muß hier der feste Boden innegehalten werden, auf welchem das B.G.B. im § 823 steht, welcher ebenfalls ein auch sonst anerkanntes bestimmtes Recht als verletzt voraussetzt, wenn ein Anspruch aus unerlaubter Handlung begründet sein soll.

Es kann daher jedenfalls jetzt nicht mehr gebilligt werden, wenn das R.G. (22 S. 60; Bolze 21 Nr. 149) die Klage jedem Konkurrenten gab, weil der Mißbrauchende „in das Absatzgebiet desselben, das sich dieser in Bethätigung des Handelsbetriebes errungen hat, eingreift und ihn daher in dem berechtigten Genusse wirthschaftlicher Güter stört." Der berechtigte Genuß wirthschaftlicher Güter ist immer noch kein Recht, die Störung dieses Genusses noch keine Rechtsstörung oder Rechtsverletzung, ebenso ist das Absatzgebiet kein Recht, ein Eingreifen in dasselbe keine Rechtsverletzung. Gegen Beeinträchtigungen dieser Art wenden sich jetzt besondere Schutzgesetze, sie können sich insbesondere als unlauterer Wettbewerb darstellen (vergl. R.G. 35 S. 169, unten Anm. 25) Eine weitere Rechtshilfe gewährt hier das Antrags- und Beschwerderecht, durch welches auf das Einschreiten des Registergerichts eingewirkt werden kann (vergl. Abs. 1 dieses Paragraphen und Gesetz betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit § 20; vergl. auch Anm. 5 zu § 14). Hiernach kann auf Grund des § 37 jedenfalls nicht irgend ein Konkurrent klagen auf Beseitigung der Firmenführung „einzig" oder „erste", auch wenn diese Bezeichnungen der Wahrheit nicht entsprechen. Hier müssen eben die anderen Gesetze helfen oder § 37 Abs. 1.

Anm. 15. f) Umgekehrt ist auch ein besonderes Interesse zur Anstellung der Klage nicht **erforderlich** (R.G. 3 S. 166; 19 S. 20), außer wo, wie beim Namensrecht nur dann ein Recht auf Beseitigung der Störung anerkannt wird, wenn ein schutzbedürftiges Interesse besteht (s. oben Anm. 12).

Anm. 16. g) Auch Ausländer können Ansprüche aus § 37 Abs. 2 erheben. Die Voraussetzungen des ihnen zustehenden Namens- und Firmenrechts richten sich nach ausländischem Recht (O.L.G. Colmar, in G.Z. 46 S. 464 und O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 481). — Auch den Erben des Verletzten stehen die Rechte zu (App.-Gericht Leipzig in Busch Archiv 36 S. 200; Hahn § 2 zu Art. 27). Auch offene Handelsgesellschafter haben das Klagerecht, wenn ihre Rechte dadurch verletzt werden, daß eine andere Firma unbefugt den Familiennamen ihrer Inhaber führt (RG. 18 S. 140).

Anm. 17. **2. Voraussetzungen der Verletzung. Gegen wen kann die Klage gerichtet werden?** Gegen Den, der eine Firma unbefugt gebraucht.

a) **Die Klage richtet sich,** wie auch oben Anm. 1 des Näheren auseinandergesetzt ist, nicht bloß gegen den Kaufmann, der sich einer Firma bedient, die ihm nicht zusteht, sondern auch gegen den Minderkaufmann, auch gegen die hypothetischen Kaufleute des § 2, auch gegen Nichtkaufleute, auch gegen Scheinkaufleute kraft Eintragung gemäß § 5; auch wenn sonst die Firma eingetragen ist, aber zu Unrecht, z. B. wenn die Eintragung erschlichen ist. Ueber alle diese Punkte vergl. oben Anm. 1 u. 2.

Anm. 18. b) **Unbefugt** muß der Gebrauch sein, d. h. es darf nach den Vorschriften über Firmen der Firmenführer zum Gebrauch der betreffenden Firma nicht berechtigt sein. Wann eine Firma berechtigt ist, wann unberechtigt, ist in den früheren Paragraphen ausführlich dargelegt. Es kann dies hier selbstverständlich nicht wiederholt werden (vergl. hierüber auch oben Anm. 4).

Nach diesen früheren Darlegungen richtet sich insbesondere auch die Frage, inwiefern Zusätze berechtigt oder unberechtigt sind, inwiefern sie als täuschend zu betrachten und deshalb unbefugt sind; ob sie schon deshalb vom Standpunkte des Firmenrechts unbefugt sind, weil ein Anderer den gleichen Zusatz in seiner Firma

schon hatte (vergl. über den letzteren Punkt Anm. 8 zu § 18). Ueber den Fall der Erschleichung einer Firmeneintragung siehe oben Anm. 2.

Unter dem unbefugten Gebrauch im Sinne des § 37 Abs. 2 kann aber, wie gesagt, nur eine Verletzung der Vorschriften über das Firmenrecht verstanden werden. Düringer u. Hachenburg I S. 140 wollen die Vorschrift auch dann anwenden, wenn die Firmenführung unberechtigt ist, weil sie irgend einem Privatrechte eines Dritten widerstreitet, Makower S. 74 auch dann, wenn in irgend einer Weise das öffentliche Recht verletzt wird. Allein wenn die Firma nach den firmenrechtlichen Vorschriften berechtigt ist, die Führung aber gleichwohl irgend einem Privatrechte widerstreitet, so ist nicht die vorliegende Vorschrift sedes materiae, sondern die Rechtsregeln über jenes verletzte Privatrecht, so z. B. wenn sich Jemand einem Berliner Kaufmann gegenüber verpflichtet hat, unter seinem Namen kein Konkurrenzgeschäft in ganz Deutschland zu errichten. In Breslau und Memel würde seine Firma firmenrechtlich zulässig sein; wenn er sie, darauf gestützt, führt, so kann der Berliner Kaufmann ihn auf Unterlassung verklagen, aber nicht auf Grund unseres Paragraphen, sondern auf Grund des geschlossenen Vertrages. Und wenn irgend ein öffentliches Recht verletzt ist, nicht aber das Firmenrecht, so kann wohl diejenige Behörde, die jenes öffentliche Recht zu schützen hat, einschreiten, z. B. wenn Jemand eine aus polizeilichen Gründen verbotene Bezeichnung wählt, die aber firmenrechtlich völlig zulässig ist, so kann wohl die Polizeibehörde einschreiten, nicht aber ein Anderer. Unser Paragraph will vielmehr in seinen beiden Theilen lediglich als Schlußstein seiner firmenrechtlichen Vorschriften sagen: Wer diese Vorschriften verletzt, kann von Amtswegen und von Jedem, dessen Rechte verletzt sind, angehalten werden, die firmenrechtlichen Vorschriften zu beachten.

Unbefugter Gebrauch ist aber unerläßliche Voraussetzung. Das Betreiben unlauterer Konkurrenz mit einer berechtigten Firma wird hierdurch nicht getroffen (R.G. 20 S. 71; 29 S. 61; Bolze 17 No. 123). Auf diesem Gebiete helfen vielmehr jetzt § 14 des Waarenzeichengesetzes, § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes (über diese beiden Gesetze siehe unten Anm. 25) und soweit die Thatbestände dieser beiden Paragraphen noch eine Lücke lassen, der § 826 B.G.B., welcher Jeden zum Schadensersatz verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Anm. 19.

Nur objektiv unbefugt braucht die Firmenführung zu sein. Weder ist ein Verschulden erforderlich (außer bei der Klage auf Schadensersatz), noch schützt guter Glaube. (Gutgläubiger Erwerb der Firma schützt nicht; R.G. 25 S. 5; der § 932 B.G.B. bezieht sich nur auf bewegliche Sachen, nicht auf Rechte.) Aber durch Vereinbarung mit dem Einspruchsberechtigten kann die mangelnde Befugniß hergestellt werden (R.G. 29 S. 71).

c) **Gebrauch.** Der unbefugte Gebrauch einer Firma liegt nicht nur dann vor, wenn sie zum Abschluß von Handelsgeschäften oder zur Abgabe von Unterschriften verwendet wird (sogenannter juristischer Gebrauch). Denn wenn auch nach § 17 die Firma der Name ist, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgiebt, so ist der Gebrauch dieses Namens doch noch in mannigfach anderer Art denkbar, wie z. B. durch Zeitungsinserate, Firmenschilder, Geschäftsanzeigen, Empfehlungskarten ꝛc, und verboten ist jeder unbefugte Gebrauch einer Firma, zu welchen kaufmännischen Zwecken derselbe auch immer erfolgt, wenn nur der Wille sich dokumentirt, sich bei dem Betriebe der Firma zu bedienen (R.G. 36 S. 14). Anm. 20.

Als unbefugter Gebrauch ist im Einzelnen angesehen worden: Abschluß von Handelsgeschäften, Abgabe von Unterschriften, Gebrauch in Zeitungsinseraten, Firmenschildern, Geschäftsanzeigen, Rechnungen, Empfehlungskarten (R.G. 5 S. 111; 36 S. 14); Preislisten (R.G. 29 S. 61); Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Lokal, über welchem eine andere Firmenaufschrift steht (R.O.H. 14 S. 184; R.G. 36 S. 14; vergl. hierzu jedoch Bolze 13 Nr. 122); Vordruck der früheren Firma auf Briefen und Memo-

randen, wenn auch nur mit einem Nachfolger-Zusatz, wenn auch ferner mit der zeitigen Firma unterzeichnet wird (R.G. 19 S. 21); fälschliches Geriren als Vertreter einer Firma (R.O.H. 21 S. 221); Anmeldung der Firma zum Handelsregister (R.G. 22 S. 58). Gebrauch einer Firma als Telegrammadresse ist Mißbrauch (O.L.G. Dresden in G.Z. 46 S. 479). Als unbefugter Gebrauch ist dagegen nicht erachtet worden unbefugte Etikettirung von Waaren mit fremder Firma (R.O.H. 6 S. 246; R.G. 3 S. 165; Bolze 5 Nr. 201 — Benediktiner —; R.G. vom 19. Oktober 1895 in J.W. S. 542 Doornkat —), was aber nach unserer obigen Grundanschauung über den Begriff „Gebrauch einer fremden Firma" nicht zutreffend ist (vergl. dagegen Kammergericht in Busch Archiv 27 S. 454; Düringer u. Hachenburg I S. 139; Makower S. 74; Cosack S. 73). Gegen unbefugte Etikettirung gewährt jetzt das Waarenbezeichnungsgesetz vom 12. Mai 1894 §§ 14 u. 15 Schutz (vergl. z. B. R.G. vom 19. Oktober 1895 in J.W. S. 542; Näheres unten Anm. 25).

Immerhin ist der Gebrauch der Firma zu unterscheiden von bloßen Notifikatorien (R.G. 5 S. 111; 19 S. 23 u. 25). So ist der Zusatz „(früher Hugo Lissauer)" und der Zusatz „(früher Lissauer'sches Haus)" als unbefugter Firmengebrauch, der Zusatz „(im früher Lissauer'schen Hause)" als zulässiges Notifikatorium erachtet worden (Bolze 16 Nr. 116). Die Bezeichnung „Hermann Langenbach'sche Konkursmasse" oder Waarenlager der Hermann Langenbach'schen Konkursmasse kann bald unzulässiger Firmengebrauch, bald zulässiges Notifikatorium sein, ersteres z. B. dann, wenn derartige Ankündigungen anonym und nach Beendigung des Konkurses erlassen werden.

Anm. 21. d) **Der unbefugte Gebrauch kann auch im Auslande erfolgen.** Auch dann findet § 37 Abs. 2 Anwendung. (Bolze 9 Nr. 110; Allfeld S. 174; vergl. auch R.G. 18 S. 32).

Anm. 22. 3. **Das Ziel der Klage. Was kann der Kläger verlangen?** Unterlassung des ferneren Gebrauchs der Firma. Dies ist im Abs. 2 hervorgehoben. Außerdem aber kann auf Löschung geklagt werden. Diese Klage ist zwar nicht erwähnt, aber unbedenklich zulässig (R.G. 22 S. 60 und 37 S. 58 flg.). Der Antrag dieser Löschungsklage ist auf Abmeldung der Firma, d. h. auf Anmeldung, daß sie erloschen bezw. niemals zu Recht bestanden habe, zu richten (O.L.G. Köln in G.Z. 46 S. 481, 482). Die bloße Klage auf Unterlassung des Gebrauchs führt nicht zu dem Ziele, daß das Register berichtigt wird; auch eine Klage auf Feststellung führt nicht zu diesem Ziele, weil § 16 Abs. 1 nur solche Eintragungen zum Gegenstande hat, bei welchen mehrere bei der Eintragung betheiligt sind, d. h. solche Eintragungen, die nur auf Antrag mehrerer erfolgen. Ist die Firma noch nicht eingetragen, so kann § 16 Abs. 2 anwendbar werden: die Eintragung der Firma darf nicht gegen den Einspruch desjenigen erfolgen, der eine rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Entscheidung darüber erwirkt hat, daß der Eintrag der Firma unzulässig sei. Damit ist der Kläger gegen die Eintragung einer unbefugt geführten Firma geschützt.

Anm. 23. Ob außerdem ein Anspruch auf Schadensersatz besteht und unter welchen Voraussetzungen, sagt unser Paragraph nicht. Er läßt nur die sonstigen Vorschriften hierüber unberührt. Das ist in erster Reihe der § 823 B.G.B., wonach Derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, auf Schadensersatz haftet. Das bezieht sich selbstverständlich auch auf die Verletzung des Firmenrechts und auf die Verletzung sonstiger Rechte durch unbefugten Firmengebrauch. Es kann also unter den Voraussetzungen zu 1 und 2 auch auf Schadensersatz geklagt werden, wenn die Verletzung vorsätzlich oder fahrlässig geschah. Außerdem kommen hier noch in Frage die Schutzbestimmungen aus dem Wettbewerbsgesetz und aus dem § 826 B.G.B. (s. oben Anm. 19). Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs richtet sich jetzt nach §§ 249 flg. B.G.B., der entgangene Gewinn besonders ist ein solcher, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 B.G.B.; so auch nach früherem Recht R.G. 28 S. 247; 38 S. 171).

Die Klagen auf Unterlassung und Schadensersatz stehen dem Verletzten kumulativ zu.

Einstweilige Verfügungen sind ebenfalls zulässig. Sie können z. B. darauf gerichtet werden, daß gegen fiskalische Strafen dem Firmenführer der fernere Gebrauch der Firma untersagt wird, nicht aber auf Eintragung von Vormerkungen in das Register (vergl. Anm. 6 im Exkurse zu § 8). Anm. 24.

Zusatz. Abgrenzung des Firmenrechts gegen das Recht des Waarenzeichens und gegen die firmenrechtliche Vorschrift des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Anm. 25.

1. Das Waarenzeichen-Gesetz gewährt dem Firmenrecht einen weiteren Schutz in § 14. Man hatte früher in der Rechtsprechung angenommen, daß es keinen unbefugten Gebrauch der Firma enthält, wenn Jemand die Firma eines Andern dazu benutzt, um seine Waare damit zu versehen (vergl. oben Anm. 20). Das Waarenzeichengesetz schützt das Firmenrecht auch nach dieser Richtung.

2. Wer ein Wortzeichen eintragen läßt, kann dadurch bestehende Firmenrechte sicherlich nicht in Frage stellen (§ 13 des Waarenzeichengesetzes; R.G. in Strafsachen 30 S. 13). Aber die Wahl eines Wortzeichens kann auch die spätere freie Wahl von Firmen in den durch das Handelsgesetzbuch gewährleisteten Grenzen nicht in Frage stellen. Wer ein Wortzeichen so wählt, daß dasselbe auch die zulässige Bezeichnung einer Firma abgeben kann, kann diese letztere Wahl nicht verhindern. Durch das Wortzeichen kann man die Sprache nicht derart monopolisiren, daß sie nunmehr für die sonstigen Zwecke des Rechtslebens unbrauchbar wird. Auch dies sollte in § 13 des Gesetzes zum Ausdruck gebracht werden. Es kann dem R.G. (in Strafsachen 30 S. 13) nicht beigetreten werden, wenn es meint, § 13 lasse die spätere Firmenwahl nur insoweit frei, als es sich um nothwendige Bestandtheile handelt, nicht um willkürliche Zusätze nach Art. 16 des alten, § 18 Abs. 2 des neuen H.G.B., woraus sich weiter ergeben würde, daß die spätere Firmenwahl bei Aktiengesellschaften überhaupt nicht freigelassen wäre, weil diese es ja stets in der Hand haben, das eingetragene Zeichenwort zu vermeiden, und das Verbotsrecht würde sich auf ganz Deutschland erstrecken. Nach unserer Ansicht kann, wer das Wort Meteor oder Salvator als Waarenzeichen wählt, nicht verhindern, daß eine später gegründete Aktiengesellschaft sich Meteor oder Salvator nennt und auch ihre Waaren in dieser Weise bezeichnet. Eine Aktiengesellschaft, deren Firma ähnlich lautet, wie ein eingetragenes Wortzeichen, ist allerdings gezwungen, sich ihrer ähnlichen Firma zu bedienen, auch mit Abkürzungen (§ 13 des Gesetzes), allerdings nicht mit derartigen Abweichungen, daß nicht mehr die Führung ihrer Firma, sondern die des ähnlichen Wortzeichens vorliegt. Auch kann gegen eine vom Standpunkte des Firmenrechts unbefugte Firmenführung nach § 37 Abs. 2 Einspruch erhoben werden von einem Waarenzeichenberechtigten, dessen Rechte dadurch verletzt werden (vergl. oben Anm. 13). Solche Verletzung liegt z. B. nicht vor, wenn die Gesellschaft Meteor ihre Glühstrümpfe so bezeichnet, während das Wortzeichen Meteor für Eisenwaaren gewählt war (§ 12 des Waarenzeichengesetzes). — Umgekehrt hat auch der Inhaber einer Firma kein Prioritätsrecht, welches ihm das Recht gäbe, zu untersagen, daß in der Folgezeit ein Anderer sich eines gleichlautenden Waarenzeichens bediene. Das Gegentheil folgt nicht etwa aus § 14 des Gesetzes. Gegen unlauteres Eingreifen des Waarenzeichens in ein fremdes Firmenrecht schützt § 8 des Wettbewerbsgesetzes (vergl. zu 3).

3. Durch § 8 des Wettbewerbsgesetzes ist das Firmenrecht nicht bloß gegen Denjenigen geschützt, der sich unbefugt einer ihm nicht zustehenden Firma bedient, sondern auch gegen Denjenigen, der an sich berechtigt ist, die Firma zu führen (der z. B. in einer anderen Stadt eine gleichlautende Firma hat eintragen lassen, der sie aber in einer Weise führt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen herbeizuführen (R.G. vom 13. Dezember 1897 in J.W. 1898 S. 82, 83). An sich ist z. B. Niemand gehindert, in Hamburg eine Salvatorbrauerei-Aktiengesellschaft zu gründen, auch wenn in München eine solche renommirte Gesellschaft besteht. Aber wenn der Gebrauch der ersteren Firma in jener unlauteren Weise geschieht, so gewährt das Wettbewerbsgesetz Schutz, der aber nicht dahin geht, daß die Löschung der Firma verlangt werden kann, sondern nur die

Unterlassung jenes unlauteren Gebrauchs. Die Wahl und die Führung der Firma an sich ist also auch dann nicht versagt, wenn ein gewisser Gebrauch berechnet und geeignet ist, Verwechslungen herbeizuführen.

Exkurs zu § 37.

Die Firma auf dem Ladenschild.

Anm. 1. 1. Nach Art. 9 I E.G. zum H.G.B. erhält die Gewerbeordnung folgenden § 15a:

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise an dem Laden oder der Wirthschaft anzubringen; ist aus der Firma der Familienname des Geschäftsinhabers mit dem ausgeschriebenen Vornamen zu ersehen, so genügt die Anbringung der Firma.

Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden diese Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden bestimmt ist.

Sind mehr als zwei Betheiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wären, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Betheiligter andeutenden Zusatz aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Betheiligten anordnen.

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift soll eine Art Ergänzung der firmenrechtlichen Vorschriften des H.G.B. bilden.** Sie will im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, zum Schutz desselben vor Täuschungen, soweit es irgend angeht, dazu beitragen, daß deutlich zu erkennen ist, wer der Inhaber der Firma ist.

Die bisherigen Polizeiverordnungen, welche diese Materie regeln, sind hiermit aufgehoben. Denn das ist doch wohl die Tendenz der Vorschrift, daß sie an die Stelle der bisherigen Polizeiverordnungen treten und diese Materie erschöpfend regeln will (vergl. Denkschr. S. 33).

Anm. 3. 3. **Die verpflichteten Personen sind:** Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben und Gast- oder Schankwirthschaft betreiben.

a) **Gewerbetreibende.** Die Bezeichnung ist möglichst weit gewählt, um nicht bloß die Kaufleute, sondern alle Gewerbetreibende zu umfassen. Deshalb ist die Vorschrift auch in die Gewerbeordnung eingerückt. Indessen scheiden von diesen aus diejenigen Gewerbetreibenden, welche einen Familiennamen nicht führen, namentlich die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Genossenschaften und diejenigen juristischen Personen, welche als Einzelkaufleute ein Gewerbe betreiben. Auf alle diese kann die Vorschrift sich nicht beziehen, weil ihr Inhalt ja darin besteht, daß sie den bürgerlichen Namen anzugeben haben, was bei diesen juristischen Personen nicht möglich ist. Zweifelhaft wäre es gewesen, ob auch die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften unter die Vorschrift fallen. Diesen Zweifel löst aber der Abs. 3 unseres Paragraphen. Eine eigenthümliche Stellung aber nehmen die Kommanditgesellschaften auf Aktien ein. Nach unserer Auffassung sind sie juristische Personen, als solche haben sie keinen bürgerlichen Namen und schon deshalb sollten sie von der Vorschrift ausgenommen sein. Wie man aber auch die Kommanditgesellschaften auf Aktien konstruiren mag, so geht doch das neue H.G.B. jedenfalls davon aus, daß die Firma der Aktienkommanditgesellschaft eine Sachfirma, jedenfalls so beschaffen sein muß, daß sie nicht den Anschein erweckt, als seien die Inhaber lediglich persönlich

haftende Gesellschafter (§§ 20 u. 22 Abs. 1 Satz 2; Art. 22 Abs. 2 E.G. zum H.G.B.). Daraus geht hervor, daß die Wahl einer bloßen Sachfirma nicht bloß gestattet ist, sondern sogar die Regel bilden soll und nun sollen im Widerspruch mit dieser Tendenz des Gesetzbuchs auf alle Fälle auf den Firmenschildern die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter angebracht werden.

b) **Einen offenen Laden oder eine Gast- oder Schankwirthschaft** müssen die Gewerbetreibenden haben, um unter die Vorschrift zu fallen. Die Begriffe Gast- oder Schankwirthschaft sind nicht zweifelhaft. Der offene Laden aber ist ein Begriff, der das Geschlossen- und das Offensein zugleich umfaßt in gewisser, dem Verkehr geläufiger Verbindung. An Beispielen wird sich das am Besten klar machen lassen. Ein Komptoir ist kein offener Laden, weil es dem Eintritt des Publikums nicht genügend offen steht. Eine offene Verkaufsstatt auf der Straße, eine Bude auf dem Jahrmarkt, ein Automat im Freien sind keine Läden, weil sie wiederum all zu offen sind. Dagegen wird ein Kellerlokal, welches von der Straße aus zugänglich ist, auch ein die Merkmale des Offenseins tragender Geschäftsraum in einem oberen Stockwerk als offener Laden zu betrachten sein (vergl. hierüber Cohn bei Gruchot 42 S. 77). Anm. 4.

4. **Der Inhalt der Verpflichtung** ist Anm. 5.

a) für alle Gewerbetreibenden: Anbringung ihres Familiennamens mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift.

b) Ist der Gewerbetreibende ein Kaufmann, der eine Handelsfirma führt, so hat er zugleich die Firma in der bezeichneten Weise anzubringen. Deckt sich die Firma mit dem ausgeschriebenen Vornamen und Beinamen, so genügt eines. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der Gewerbetreibende eine Firma mit Recht führt. Ist er Minderkaufmann oder führt er einen fremden Namen zu Unrecht, so kann er nicht für verpflichtet erachtet werden, diese unzulässige Firma deutlich anzubringen. Er mag dann gegen andere Vorschriften verstoßen, aber er kann nicht für verpflichtet erachtet werden, die von ihm unbefugt geführte Firma offen anzubringen und so das Unrecht, welches er begeht, noch zu vergrößern. Auch ist er jedenfalls verpflichtet, seinen Vor- und Familiennamen an dem Firmenschild anzubringen. Besonders ist dies wichtig bei Gewerbetreibenden, die nur kraft § 5 als Kaufmann gelten. — Anm. 6.

Für offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Aktien-Kommanditgesellschaften gelten die im Abs. 2 und 3 unseres Paragraphen gegebenen Sondervorschriften, deren Aufzählung hier überflüssig erscheint.

5. **Als Folge der Verletzung dieser Pflicht** ist zunächst in der neuen Nr. 14 des § 148 der Gewerbeordnung (Art. 9 III E.G. zum H.G.B.) eine Geldstrafe bis zu 150 M. und im Unvermögensfalle eine Haftstrafe bis zu 4 Wochen angedroht. Anm. 7.

Außerdem aber fragt es sich: welche civilrechtlichen Folgen die Verletzung dieser Pflichten hat. Zunächst kommen die Vorschriften über den Irrthum in Betracht (§§ 119, 121, 123, 124 B.G.B.). Es kann sein, daß der Gegenkontrahent sagen kann, er hätte, wenn er den wahren Inhaber gekannt hätte, mit diesem nicht kontrahirt. Doch ist im Allgemeinen davon auszugehen, daß man, wenn man mit einer Firma kontrahirt, mit dem Inhaber kontrahiren will, wer es auch sei (vergl. Anm. 1 zu § 17). Anm. 8.

Endlich kann auf Grund des § 823 Abs. 2 B.G.B. eine Haftung aus unerlaubter Handlung gegen Den vorliegen, welcher die Verpflichtung zur Offenlegung verletzt hat. Denn die vorliegende Vorschrift dürfte doch wohl sicherlich als ein zum Schutze eines Anderen erlassenes Gesetz erachtet werden. Es sollen doch alle diejenigen bestimmten Personen geschützt werden, die mit dem Geschäft in Verbindung treten (vergl. auch Cohn bei Gruchot 42 S. 78 Anm. 12).

Vierter Abschnitt.

Handelsbücher.

§ 38.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen.

Er ist verpflichtet, eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesendeten Handelsbriefe zurückzubehalten und diese Abschriften sowie die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren.

Der Paragraph statuirt die Verpflichtung des Kaufmanns zur Führung von Handelsbüchern.

Einleitung. Die Verpflichtung ist öffentlich-rechtlicher Natur: sie ist dem Kaufmann nicht sowohl um seiner selbst willen, als im Interesse derjenigen Personen, die mit ihm in rechtliche Beziehungen treten, auferlegt. Dennoch hat der Gesetzgeber einen direkten Zwang zur Erfüllung dieser Pflicht nicht gegeben (lex imperfecta). **Doch liegt ein indirekter, aber sehr scharfer Zwang in den bei eintretendem Vermögensverfall zur Anwendung kommenden Strafvorschriften** (§§ 239 bis 241 der Konkursordnung). Indeß bedarf es eines Zwanges im Allgemeinen überhaupt nicht, weil der Kaufmann in seinem eigenen wohlverstandenen Interesse Veranlassung genug hat, ordnungsmäßige Handlungsbücher zu führen. Denn ohne geordnete Buchführung ist der Zweck eines einigermaßen erheblichen Handelsbetriebes unerreichbar. Auch würde er sich durch Unterlassung der Buchführung eines werthvollen Beweismittels in seinen Prozessen begeben.

1. (Abs. 1.) **Zunächst ist im Allgemeinen vorgeschrieben, von wem und wie die Bücher zu führen sind.**

Anm. 1.

a) **Von jedem Kaufmann.** Wer Kaufmann ist, richtet sich nach §§ 1—3. Hervorzuheben ist hier, daß Handlungsbücher zu führen sind von der Ehefrau, welche Handel treibt, auch wenn sie dies eigenmächtig thut (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 65—67), auch von Handelsgesellschaften (§ 6), auch von Kaufleuten nach § 2 und nach § 3 Abs. 2, doch nicht von Minderkaufleuten (§ 4), auch nicht von den Mitgliedern der o. H.G. für ihre Privatwirthschaft (vergl. Anm. 3). Dagegen sind der Staat und die inländischen Kommunalverbände, sofern sie Kaufleute sind, zur Buchführung verpflichtet (vergl. jedoch § 42). Wer bloß Scheinkaufmann nach § 5 ist, hat keine Buchführungspflicht (vergl. Anm. 4 zu § 5), ebenso wer bloß in Folge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (vergl. unseren Exkurs zu § 5). Auch ist der Minderjährige, der ohne Zustimmung des Vormundes ein Handelsgewerbe betreibt, kein Kaufmann und unterliegt daher nicht der Buchführungspflicht (vergl. Anm. 10 zu § 1), in diesem Falle natürlich auch nicht sein gesetzlicher Vertreter.

Anm. 2. Ueberall beginnt die Pflicht mit dem Beginn der Kaufmannseigenschaft und endet mit dem Aufhören der letzteren. Wann die Kaufmannseigenschaft beginnt und endet, richtet sich nach anderweit entwickelten Grundsätzen: sie beginnt, um dies hier kurz zu wiederholen, bei Kaufleuten nach § 1 mit dem Beginn des Handelsgewerbes, bei Kaufleuten nach § 2 und nach § 3 Abs. 2 mit der Eintragung. Sie endet bei Kaufleuten nach § 1 mit der Einstellung des Gewerbebetriebes oder mit der Verringerung desselben auf das Maß des Minderhandelsgewerbes (vergl. Anm. 3 zu § 31), bei Kaufleuten nach § 2 mit der Einstellung des Betriebes oder mit der Verringerung desselben auf einen so kleinen Umfang, daß der § 2 nicht mehr Platz greift (vergl. auch Anm. 3 zu § 31), nach unserer Ansicht auch mit der Löschung der Firma (vergl. Anm. 14 zu § 2). Das Analoge gilt bei den Kaufleuten nach § 3 Abs. 2.

Für die Erfüllung dieser Pflicht haften im Falle der Handlungs- Anm. 3.
unfähigkeit des Prinzipals die gesetzlichen Vertreter und zwar sämmtliche. Entgegenstehende Vereinbarungen sind für die Frage nach der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit unerheblich. Anders wenn die hierfür zuständige Behörde den Wirkungskreis abgegrenzt hat, wie das z. B. das Vormundschaftsgericht bei mehreren Vormündern thun kann (§ 1797 Abs. 2 B.G.B.). So ist der Vormund oder der Vater, der im Namen des Mündels oder Kindes das Geschäft führt, verantwortlich (mit Unrecht geleugnet von Cosack S. 62), zust. Düringer u. Hachenburg I S. 149; so auch der Testamentsvollstrecker, der ein ihm vom Erblasser übertragenes Amt führt (Düringer u. Hachenburg I, S. 149; vergl. Marcus im Sächsischen Archiv 8 S. 3 flg.). So sind bei offenen Handelsgesellschaften alle Socien ohne Rücksicht auf ihre Vertretungsbefugnisse und auf etwaige vertragliche Vereinbarungen verantwortlich. Wenn das Reichsgericht (in Strafsachen 13 S. 308) die Verantwortlichkeit Dessen, der abredegemäß fortan nur stiller Gesellschafter sein sollte, ohne daß jedoch seine Mitinhaberschaft gelöscht wurde, verneint hat, so geschah dies deshalb, weil hierin die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft liegt, die auch ohne Eintragung wirkt. — Zust. Förtsch Anm. 1 zu Art. 28; anders Düringer u. Hachenburg I S. 150, welche die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter von der Verantwortlichkeit befreien, weil sie nach § 118 nur ein Recht, keine Pflicht zur Kontrole hätten, und auch dieses Recht vertraglich ausgeschlossen werden könne bis zur Grenze des Unredlichkeitsverdachtes. Allein der vorliegende Paragraph legt in öffentlich-rechtlichem Interesse jedem Kaufmann die Pflicht zur Buchführung auf. Diese Pflicht liegt also Jedem ob, der Kaufmann ist. Durch interne Vereinbarungen kann man sich von dieser Verantwortlichkeit nicht befreien. Private Vereinbarungen, welche dazu führen, die Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht unmöglich zu machen, sind insoweit nichtig und es tritt diese Unwirksamkeit der in § 118 Abs. 2 statuirten an die Seite. Nicht aber darf man umgekehrt die Buchführungspflicht verneinen, weil im Falle des Kontrolverzichts die Erfüllung derselben unmöglich wäre. — Die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft haben nicht außerdem Bücher zu führen, aus denen ihre private Vermögenslage ersichtlich ist, da sie nur in Bezug auf die Societät Kaufleute sind, nur dieses Handelsgewerbe betreiben, sie sind Kaufleute, aber nicht Einzelkaufleute (vergl. Anm. 8 zu § 1). — Bei Aktiengesellschaften sind sämmtliche Mitglieder des Vorstandes und sämmtliche Liquidatoren für die Buchführung verantwortlich (Plenar-Entscheidung des R.G. in Strafsachen 13 S. 235). Bei Aktienkommanditgesellschaften gilt dasselbe hinsichtlich der Komplementare, sie sind zwar nicht selbst Inhaber des Handelsgewerbes, aber gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, während die Kommanditisten für die Buchführung nicht haften, da sie weder das eine noch das andere sind. Bei einfachen Kommanditgesellschaften haften die Komplementare, der Kommanditist ist nicht Kaufmann (Anm. 8 zu § 1). Ehefrauen, die häufig, wenn der Mann in Vermögensverfall gerathen ist, ihren Namen hergeben zum Betriebe des Handelsgewerbes, sind in gleicher Weise verantwortlich, auch wenn das Gewerbe thatsächlich vom Manne ausgeübt wird. Denn giebt ihnen das Gesetz einmal die vollen Rechte eines Kaufmanns, so müssen sie auch die Pflichten desselben übernehmen. Daraus folgt, daß umgekehrt der Ehemann in solchem Falle nicht verantwortlich ist (anders bei wirklichen Scheinverhältnissen, vergl. R.G. in Strafsachen 25 S. 122).

Doch sind die bezüglichen Strafvorschriften nicht so formell auszulegen, daß Anm. 4.
beim objektiven Vorliegen des gesetzlich unzulässigen Bücherzustandes unbedingt die Bestrafung eintritt. Vielmehr muß eine schuldhafte Verletzung vorliegen (R.G. in Strafsachen 29 S. 308). In Folge dessen bleibt dem Kaufmann der Entschuldigungsbeweis frei, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen, der gesetzlichen Pflicht zu genügen (R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 49: Täuschung durch den Socius), während freilich der Einwand, man habe nicht gewußt, daß man im technischen Sinne Kaufmann sei, nicht beachtlich ist (R.G. in Strafsachen 8 S. 147).

Auch die Verhinderung durch Krankheit bietet keinen Entschuldigungsgrund (Rechtsprechung d. R.G. in Strafsachen 7 S. 730), es sei denn, daß man so krank war, daß man auch für Vertretung nicht sorgen konnte.

Anm. 5. b) **Er hat seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens ersichtlich zu machen,** d. h. ersichtlich nicht bloß für ihn selbst, aber auch nicht gerade für Jedermann, sondern für Jeden, der sich auf Buchführung versteht, den Sachverständigen (R.G. in Strafsachen Bd. 4 S. 119). Hiernach müssen die Handelsbücher eine doppelte Eigenschaft haben: die Handelsgeschäfte sind einzeln zu buchen, wenn auch nicht gerade ihrem speziellen Rechtsgrunde nach. Das ist nicht üblich und vom Gesetzgeber nicht gewollt; es genügt das hergebrachte Kreditiren und Debitiren, aus ihnen ergeben sich die eingetretenen Vermögensänderungen (Denkschrift S. 44) und dies entspricht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (Anm. 6). Wenn aber die Bücher außerdem die Lage des gesammten Vermögens des Kaufmanns ersichtlich machen sollen, so darf auch sein sonstiger Vermögensstand nicht unberücksichtigt bleiben, vielmehr ist dieselbe im Ergebniß und in den wesentlichen Veränderungen in den Büchern zu vermerken, so z. B. wenn der Kaufmann Grundstücke besitzt oder auch dann, wenn er neben seinem Vollkaufmannsgeschäft ein Minderkaufmannsgeschäft betreibt (vergl. R.G. in Strafsachen 5 S. 409; 25 S. 3). Mehr aber als die Ergebnisse des daneben betriebenen nicht kaufmännischen Geschäfts braucht die Buchführung nicht zu enthalten, nicht die einzelnen Vorfälle desselben (R.G. in Strafsachen 25 S. 170). Das Gleiche gilt, wenn der Kaufmann ein Geschäft selbstständig betreibt und daneben ein anderes in offener H.G. (Hahn § 1). Auch den Privatgebrauch müssen die Bücher ersehen lassen. — Indessen reicht nicht etwa jede unterlassene oder unrichtige Buchung zur Bestrafung aus; ein einzelnes Geschäft kann ungebucht, ein Konto mangelhaft sein, ohne daß diese Mängel den Ueberblick über die gesammte Vermögenslage des Kaufmanns wesentlich alteriren (R.G. in Strafsachen 29 S. 308).

Anm. 6. c) **Nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung** ist zu verfahren. Lose Zettel, sog. fliegende Kontos, können z. B. die Führung eines Hauptbuches nicht ersetzen (R.G. in Strafsachen 17 S. 302). Andererseits sind Zahl und Gattung der zu führenden Bücher nicht vorgeschrieben, bis auf das Bankdepotbuch (unten Anm. 8). Nach dem Gegenstande, der Art und dem Umfange des Geschäftes können die Anforderungen verschieden sein (Denkschrift S. 48). Aber auch wenn ein hiernach wesentliches Buch fehlen sollte, so liegt hierin keine Unterlassung der Buchführung — diese liegt nur vor, wenn jede Buchführung fehlt —, sondern nur ein Mangel, der möglicherweise das Kriterium der unordentlichen Buchführung enthält, wenn nämlich dadurch die Uebersicht fehlt (R.G. in Strafsachen 30 S. 170). Was das System anbelangt, so ist ein bestimmtes nicht vorgeschrieben. Es braucht daher nicht gerade eines der anerkannten Systeme angewendet zu werden, wenn nur das thatsächlich angewandte zu einem gleich zuverlässigen Ergebnisse führt (vergl. R.G. in Strafsachen 25 S. 36). Es genügt jedenfalls die einfache Buchführung, das System der doppelten Buchführung ist aber vorzuziehen, weil es allein die Kontrole der Richtigkeit gewährt. Bei Aktiengesellschaften und Aktien-Kommandit-Gesellschaften wird durch die Vorschrift der Publicirung der Gewinn- und Verlustrechnung die doppelte Buchführung obligatorisch, weil eine Gewinn- und Verlustrechnung nur bei dieser möglich ist (Simon, Bilanzen der Aktien-Gesellschaften S. 46, Ring S. 587). Die Führung von Geheimbüchern, deren Zweck es ist, dem Personal gewisse Geschäftsvorgänge zu verheimlichen, ist erlaubt (P. 56) und in vielfacher Uebung. Ein Tagnotizbuch (Comptoir-Kalender) ist kein Handelsbuch im Sinne des H.G.B., weil es nicht das Material, für welches es bestimmt ist, kaufmännisch geordnet zusammenzufassen hat, was zum Begriff der Handelsbücher gehört, sondern nur zur Aufnahme gelegentlicher Bemerkungen, zur Unterstützung des Gedächtnisses dient und die Aufzeichnungen nicht in sachlich geordneter Weise für das Handelsgeschäft fixirt (Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen 3 S. 304). Keine Handelsbücher sind ferner die Beibücher und Kontobücher; sie dienen dazu, um den

Verkehr mit den Arbeitern oder mit den einzelnen Kunden zu fixiren und zu kontroliren. Ihre Bedeutung und Beweiskraft hat ganz andere Ursachen als die der Handelsbücher, sie liegt nämlich in der Aufzeichnung einerseits und der unbeanstandeten Entgegennahme andererseits (R.O.H. 14 S. 260; 2 S. 273). Endlich sind keine Handlungsbücher die sog. Kommissionsbücher (R.O.H. 15 S. 171). Siehe auch R.G. in Strafsachen 11 S. 142 u. S. 161).

2. (Abs. 2.) **Speziell ist vorgeschrieben, daß ein- und ausgehende Handelsbriefe geordnet zu verwahren sind,** und zwar die ausgehenden in Abschrift, aber nicht gerade nothwendig nach der Zeitfolge geordnet, und nicht nothwendig zu einem Buche vereinigt. Dieses Buch, das Kopirbuch, ist nicht mehr obligatorisch. Die Vorschrift ist nicht strikt zu interpretiren: es ist keine wortgetreue Abschrift gemeint und es darf nicht etwa kein Brief fehlen, vielmehr genügt auch eine Abschrift des wesentlichen Inhalts, und das Fehlen des einen oder des anderen Briefes enthält kein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift. Zur Aufbewahrung ein- oder ausgehender Briefe kommt jetzt das sog. Shannon-Register in Aufnahme. Dasselbe beruht nicht auf der chronologischen Ordnung. Anm. 7.

Die eingehenden Briefe sind im Original zu verwahren, zu ihnen gehören auch die Telegramme, während die Aufbewahrung sonstiger Beläge, wie Quittungen, Rechnungen, Frachtbriefe ꝛc., nicht vorgesehen, gleichwohl aber allgemein üblich ist, weil gerade ihre Aufbewahrung mit Recht für wichtig gehalten wird (vergl. Behrend § 42 Anm. 7). Große Geschäfte, insbesondere Aktien-Gesellschaften legen auf die Aufbewahrung der Quittungen (Kassenbeläge) besonderen Werth.

Zusatz 1. Im § 1 des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896 ist noch ein weiteres Handelsbuch, welches wir kurz das **Bankdepotbuch** nennen möchten, vorgeschrieben. Dasselbe ist von jedem Kaufmann zu führen, welchem im Betrieb eines Handelsgewerbes Werthpapiere unverschlossen zur Verwahrung oder zum Pfand übergeben sind. In dasselbe sind diese Werthpapiere einzutragen oder in ihm unter Bezugnahme auf Verzeichnisse zu vermerken. Zur Führung eines solchen Handelsbuches sind nicht etwa bloß Bankiers verpflichtet, sondern jeder Vollkaufmann, dem im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Werthpapier zur Aufbewahrung oder zum Pfande übergeben ist (§ 1 u. § 13 des Ges.), hinsichtlich dessen nicht die im § 2 des Gesetzes vorgesehene Erklärung abgegeben ist, daß der Hinterleger oder Pfandgeber damit einverstanden ist, daß der Kaufmann Papiere gleicher Art zurückgewährt. Auch der Staat (z. B. wenn er als Eisenbahnunternehmer Werthpapiere als Kaution empfängt) ist dazu verpflichtet, ebenso jeder Kaufmann hinsichtlich der Kaution seiner Beamten, z. B. Aktien-Gesellschaften, die von ihrer Direktion oder ihren Aufsichtsrathsmitgliedern Kautionen empfangen. Es braucht aber nicht gerade ein besonderes Handelsbuch zu obigem Zwecke geführt zu werden, das Buch kann auch andere Eintragungen enthalten (Lusensky, Bankdepotgesetz § 1 Anm. 10). Anm. 8.

Zusatz 2. Handlungsbücher, die in Gebrauch genommen sind, **sind der Pfändung nicht unterworfen** (§ 811 Nr. 11 C.P.O.), dagegen gehören sie zur Konkursmasse, obwohl dieselbe sonst Gegenstände nicht umfaßt, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen (§ 1 Abs. 3 K.O.). Indessen ist doch wohl anzunehmen, daß der Konkursverwalter nicht frei über sie verfügen darf. Sie dürfen, wie Düringer und Hachenburg I S. 147 zutreffend bemerken, nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unentbehrlich sind. Werden sie nicht in dieser Weise veräußert, so sind sie nach beendetem Konkurse dem Gemeinschuldner zurückzugeben. Anm. 9.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Hier gilt Analoges wie zu § 39 (Anm. 6 zu § 39).

§ 39.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände genau zu verzeichnen, dabei den

Werth der einzelnen Vermögensgegenstände anzugeben und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen.

Er hat demnächst für den Schluß eines jeden Geschäftsjahrs ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen; die Dauer des Geschäftsjahrs darf zwölf Monate nicht überschreiten. Die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken.

Hat der Kaufmann ein Waarenlager, bei dem nach der Beschaffenheit des Geschäfts die Aufnahme des Inventars nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn sie alle zwei Jahre erfolgt. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird hierdurch nicht berührt.

Einleitung. Der Paragraph ordnet die Aufstellung von **Inventur und Bilanz** an und bestimmt **die Zeit** hierfür, zunächst für den Regelfall (Abs. 1 u. 2), sodann für einen Ausnahmefall (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1 u. 2.) **Als Regel wird vorgeschrieben, daß Inventur und Bilanz beim Geschäftsbeginn und dann alljährlich** zu ziehen sind.

a) **Begriff der Inventur und der Bilanz.** Die Inventur soll ein genaues Verzeichniß der Vermögensstücke und Schulden mit Werthangabe enthalten. Inwieweit auch anderes als das Geschäftsvermögen in die Inventur aufzunehmen ist, darüber siehe Anm. 5 zu § 38: der Einzelkaufmann hat auch sein Privatvermögen zu verzeichnen. Immer aber ist nur das eigene Vermögen des Kaufmanns zu verzeichnen: zu dem Vermögen des Mannes gehört nicht das eingebrachte Gut der Frau, wohl aber das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen (§§ 1432 flg. B.G.B.; § 2 K.O.); zum Vermögen einer Ehefrau gehört jedenfalls das Vorbehaltsgut und das eingebrachte Gut, auch wenn letzteres wegen mangelnden ehemännlichen Konsenses den Geschäftsgläubigern nicht haftet, wogegen das Gesammtgut zu dem Vermögen der Frau nicht gehört, auch wenn es wegen erfolgter Zustimmung des Mannes den Geschäftsgläubigern haftet (vergl. § 1452 B.G.B.; § 2 K.O.; Düringer u. Hachenburg I S. 154). Zu den Schulden gehört insbesondere auch das Rückforderungsrecht der Ehefrau auf Heirathsgut (vergl. Anm. 7 zu § 40) und ebenso die Einlage des stillen Gesellschafters, soweit sie nicht absorbirt ist (das Gegentheil nimmt Puchelt irriger Weise an, Anm. 5 zu Art. 31). — Die Bilanz ist eine summarische Zusammen- und Gegenüberstellung des Aktiv- und Passiv-Bestandes. Je nachdem die Aktiva oder Passiva überwiegen, ist ein Ueberschuß oder eine Unterbilanz vorhanden (Gewinn- oder Verlustsaldo), es müßte denn sein, daß zufällig Aktiva und Passiva sich die Wage halten. Die Bilanz stellt den Stand des Vermögens in einem bestimmten Zeitpunkt dar und läßt damit zugleich auch das Resultat der Geschäftsführung während der abgelaufenen Periode erkennen, letzteres durch Vergleichung mit den früheren Bilanzen (R.O.H. 12 S. 17). Die Bilanz muß, um als solche zu gelten, die vom Gesetz geforderte Uebersicht gewähren und auf wirklichen, nicht fingirten Unterlagen beruhen (Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 4 S. 594; R.G. in Str. 15 S. 174).

Anm. 2. b) **Als Zeit der Inventur und Bilanzaufstellung** ist vorgeschrieben: Sie ist zu machen: einmal bei Beginn des Handelsbetriebes, sogenannte Eröffnungs-Inventur und Eröffnungs-Bilanz, eine Vorschrift, die in der Kaufmannswelt nicht allgemein bekannt ist und selbst von sonst sorgsamen Kaufleuten unbeachtet bleibt. Ueber den Beginn des Handelsbetriebes siehe Anm. 2 zu § 38. Hier ist noch hervorzuheben, daß schon die Vorbereitungsgeschäfte den Geschäftsbeginn darstellen (R.G. in Str. 27 S. 228; O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 8 S. 167; vergl. ferner unsere Erl. zu § 123 und § 343, wo weitere Citate zu finden sind). Auch der offene Gesellschafter, der das Geschäft allein übernimmt, hat eine Eröffnungs-Inventur und eine Eröffnungsbilanz zu machen, sowohl dann, wenn die Uebernahme mit dem Firmenrecht erfolgt, als ohne dies (R.G. in Strafsachen Bd. 16 S. 55; 26 S. 222); nicht

auch die o. H.G., aus welcher ein Sozius ausscheidet oder in welche ein Sozius eintritt; wohl aber eine Person, die bereits ein Gewerbe betreibt, sich aber gemäß § 2 eintragen läßt (vergl. unten Anm. 6); wer durch Erbgang ein Handelsgeschäft erwirbt, muß eine Eröffnungs-Inventur und eine Eröffnungs-Bilanz machen (R.G. in Strafsachen 28 S. 428); desgleichen jeder Kaufmann dann, wenn er nach beendetem Konkurse ein neues Geschäft eröffnet (R.G. in Strafsachen 25 S. 76), nicht auch dann, wenn er nach beendetem Konkurse das alte Geschäft fortsetzt, was nicht unmöglich ist, da der Konkurs die wirthschaftlichen Grundlagen des Geschäftes nicht nothwendig zerstört (vergl. Anm. 3 zu § 22). Die Eröffnungs-Inventur und Eröffnungs-Bilanz sind auch dann zu machen, wenn der Kaufmann ohne Vermögen seine Geschäfte beginnt, alsdann ist dieser Umstand zu verzeichnen (Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 4 S. 316—318) oder wenn das vorhandene Vermögen sich sonst aus den Büchern ergiebt (R.G. in Strafsachen vom 10. Juli 1890 bei Förtsch Anm. 4 zu Art. 29). Die Vorschrift, daß die Eröffnungsabschlüsse bei Beginn des Geschäfts zu ziehen seien, bedeutet nicht die Konstituirung eines Zeitpunktes, sondern eines Zeitabschnittes, dessen Grenzen schon mit Rücksicht darauf nicht allzueng zu stecken sind, weil die Inventur- und Bilanzaufstellung selbst ein Geschäft ist, welches mit den Vorarbeiten, der Zusammenstellung und den Aufrechnungen naturgemäß einen Zeitaufwand erheischt (R.G. in Strafsachen 27 S. 227). Jetzt wird diese Annahme durch die Analogie des Abs. 2 Satz 2 unterstützt. Danach bezeichnet der Ausdruck „bei Beginn" nur den ungefähren Zeitpunkt, der sich aber nicht ohne Noth allzusehr verschieben darf (R.G. in Str. 28 S. 430).

Weiterhin müssen Inventur und Bilanz für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres gezogen werden. Das Geschäftsjahr braucht mit dem Kalenderjahr nicht zusammenzufallen. Es darf 12 Monate nicht überschreiten. Wenn daher z. B. eine Gesellschaft mitten im Kalenderjahre errichtet wird und der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr zusammenfallen soll, so muß die erste Jahresbilanz für den 31. Dezember des Errichtungsjahres gezogen werden. Anm. 3.

Inventur und Bilanz sind „für den Schluß" des Geschäftsjahres aufzustellen und zwar innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entsprechenden Zeit. Sie brauchen also am Schlusse des Geschäftsjahres nicht beendet zu sein, wenn dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange nicht thunlich ist (damit ist eine frühere Kontroverse beseitigt; vergl. 5. Auflage § 2 zu Art 29). Anm. 4.

2. Im Abs. 3 **ist von der Pflicht jährlicher Inventarisirung eine Ausnahme gemacht,** doch eben nur in Bezug auf die Inventur, die Bilanz ist auch in diesem Falle jährlich zu ziehen, wie das Gesetz jetzt ausdrücklich hervorhebt. Freilich ist sie dann von geringerem Werthe und nicht ohne Schwierigkeit zu fertigen. Doch ist sie möglich. An die Stelle des Sachbefundes auf Grund der Inventur tritt die Bestandaufnahme auf Grund der vorjährigen Inventur, des Lagerbuchs 2c. Aber auch die Inventarisirung aller übrigen Vermögensstücke außer dem Waarenlager muß alljährlich erfolgen. — Hat ein Kaufmann, trotzdem es möglich war, nicht alljährlich, sondern nur alle 2 Jahre Inventur gemacht, so ist er gleichwohl nur dann strafbar, wenn dadurch eine unordentliche Buchführurg, d. eine solche, die keine Uebersicht gewährt, entstanden ist (R.G. in Str. 30 S. 170). Anm. 5.

Zusatz: Uebergangsfrage. Personen, welche vor dem 1. Januar 1900 ein nicht unter § 1 fallendes erhebliches Gewerbe betreiben, sich aber nach dem 1. Januar 1900 auf Grund von § 2 (oder § 3 Abs. 2) eintragen lassen, müssen nunmehr eine Eröffnungsinventur und eine Eröffnungsbilanz machen. Denn nunmehr beginnen sie ein Handelsgewerbe. Das Gleiche gilt von solchen Gewerbetreibenden, welche in Folge der theilweisen Aenderung in den Kategorien des § 1 am 1. Januar 1900 ohne Weiteres Kaufleute werden. Anm. 6.

§ 40.

Die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen.

Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werthe anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben.

Einleitung. **Der Paragraph enthält außer der Vorschrift, daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen ist, die Instruktion über den Werthansatz bei Aufstellung der Inventur und Bilanz.**

Anm. 1. I. **Die Vorschrift, daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen sei,** ist nicht immer wörtlich zu nehmen. Sie ist dahin auszulegen, daß sie in der für die Handelsniederlassung des Kaufmanns maßgebenden Rechnung aufzustellen ist. Ein Kaufmann in Deutsch-Ostafrika, welcher seinen Handel auf Grund der dort herrschenden Silberwährung betreibt und seine Bücher in deutschen Rupien führt, kann auch die Bilanz so aufstellen (Simon S. 204). Dagegen ist die Vorschrift auch auf ausländische Firmen zu beziehen, die im Inlande eine Zweigniederlassung haben (anders Düringer und Hachenburg I S. 155).

Anm. 2. II. **Die Vorschriften über den Werthansatz.** Sie enthält eine Instruktion über den Werthansatz bei der Aufstellung der Inventur und Bilanz. (Für Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften gelten zum Theil abweichende Vorschriften (§§ 261, 320, 413), welche mit Absicht nicht verallgemeinert wurden — Denkschrift S. 45).

1. **Die Bedeutung dieser Instruktion** ist diejenige, welche den Vorschriften des Gesetzes über die Bücherführung überhaupt zukommt (vergl. Einleitung zu § 38). Sie ist insofern zwingender Natur, als bei hinzutretendem Vermögensverfall eine durch ihre Nichtbefolgung verursachte Uebersichtslosigkeit der Buchführung Strafe nach sich zieht. Soweit daher die Uebersicht nicht beeinträchtigt wird, ist eine Abweichung von dieser Instruktion in jeder Weise einflußlos. Derartige Abweichungen sind durchaus häufig, insbesondere werden gerade von soliden Kaufleuten in durchaus guter Absicht Werthabschreibungen in einer Höhe vorgenommen, welche die wahre Werthverminderung übersteigen, und Gesellschaftsverträge enthalten oft bestimmte Abreden über Bilanzansätze, z. B. über einen bestimmten Jahresabschreibungs-Prozentsatz. Solche Abreden sind gültig, soweit sie gegen das öffentliche Recht nicht verstoßen, d. h. die Uebersicht über den Vermögensstand nicht beeinträchtigen (vergl. R.G. vom 30. April 1891 im Sächsischen Archiv Bd. 1 S. 499, unzutreffend Makower S. 217). Aber ohne Abrede sind Ansätze unter dem Werth, willkürliche Abschreibungen zwar vom öffentlichrechtlichen Standpunkte nicht zu beanstanden, überall dort aber unzulässig und unbeachtlich, wo Rechte Dritter in Frage kommen (so z. B. wenn es sich um die Berechnung des Gewinnantheils des stillen Sozius handelt oder um die Auseinandersetzung von Sozien).

Anm. 3. 2. **Den Werthsbegriff** anlangend, den das Gesetz im Auge hat, so ist der objektive Werth gemeint, den die Vermögensstücke für das Geschäft haben, nicht der gemeine Werth, wie er sich bei einer augenblicklichen Zwangsversilberung stellen würde (Zust. R.G. bei Bolze 20 Nr. 574), aber auch nicht der auf rein subjektiven Erwägungen oder auf rein subjektiven Eigenschaften des Geschäftsinhabers beruhende. Der objektive Werth für das Geschäft ist es auch, den das R.O.H. im Sinne hat, wenn es in seiner Entscheidung Bd. 12 S. 19 sagt: „Der Bilanz liegt die Idee einer fingirten augenblicklichen Realisirung sämmtlicher Aktiva und Passiva zu Grunde, wobei jedoch davon ausgegangen werden muß, daß in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern vielmehr der Fortbestand des Geschäfts beabsichtigt wird, und daß daher bei der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Werthe derjenige Einfluß unberücksichtigt zu lassen ist, welchen eine Liquidation auf dieselben ausüben würde." Simon (Bilanzen S. 293) erblickt in diesem Ausspruche einen unlöslichen

Widerspruch, weil man nicht einen Werthansatz machen könne, wie wenn das Vermögen sofort realisirt würde, und dabei die Werthsverminderung nicht berücksichtigen, welchen eine allgemeine Versilberung mit sich bringen würde. Indessen eine allgemeine Veräußerung und der Fortbestand des Geschäfts sind nicht Dinge, die sich ausschließen; es soll durch Verbindung dieser beiden Voraussetzungen der Werth markirt werden, den die Gegenstände beim Fortbestehen des Geschäfts, jedoch ohne Rücksicht auf besondere, vom Regelmäßigen abweichende Verhältnisse des zeitigen Besitzers haben, vielmehr nur mit Rücksicht auf Umstände, die den Werth erzeugen, auch wenn das Geschäft in andere Hände überginge. So faßt auch das R.G. 19 S. 122 die Ansicht des R.O.H. auf (s. auch Bolze 20 Nr. 574).

Der Werth, den hiermit das R.O.H. zutreffend zu Grunde legt, dürfte zum Unterschiede von den anderen in Frage kommenden Werthsbegriffen, dem individuellen Werth einerseits, dem gemeinen Versilberungswerth andererseits, passend als der Geschäftswerth der Vermögensbestandtheile bezeichnet werden.

Nicht der Werth zur Zeit der Aufnahme, sondern der Werth zur Zeit, für welchen die Aufnahme gilt, ist maßgebend, wie das Gesetz jetzt deutlich sagt.

3. **Für die Einstellung in die Aktiva ist nicht der Abschluß des betreffenden Geschäfts und auch nicht die juristische Eigenthumsfrage das entscheidende Moment,** sondern die thatsächliche Frage, ob eine Sache nach kaufmännischen Anschauungen als zum Vermögen des Buchführers gehörig anzusehen ist, Ein- und Ausgang werden gebucht (Simon S. 150 ff.). Wird z. B. ein Kauf auf Zeit abgeschlossen, so wird über den Kauf selbst in den eigentlichen Handlungsbüchern nichts vermerkt (höchstens in den Hilfsbüchern, vergl. unten Anm. 8). Erst wenn die Waare geliefert oder bezahlt wird, geschieht eine Buchung, und zwar bucht der Lieferant den Ausgang, wenn er sie absendet, obwohl in diesem Augenblicke das Eigenthum noch nicht auf den Besteller übergeht (§§ 447, 269, 929 B.G.B.), der Besteller bucht den Eingang aber erst, wenn sie ihm abgeliefert ist und er sie geprüft und genehmigt hat, nicht schon in dem Augenblicke, wo er (etwa durch die Faktura) die Nachricht von der Absendung erhält. Dieser Augenblick kann für ihn nicht entscheiden, weil der Verkäufer bis dahin noch die Dispositionsbefugniß hat (§ 433) und der Käufer überdies bis dahin nicht weiß, ob die Waare die vertragsmäßigen Eigenschaften hat. Es ist jedoch nicht die Eigenthumsfrage, die für diese seine Buchung entscheidend ist. So war z. B. im preußischen Recht nach § 128, I, 11 A.L.R. der Käufer Eigenthümer geworden durch die Absendung der Waare, und doch wurde in gleicher Weise verfahren. Ebenso wird eine Geldsendung vom Absender gebucht mit der Absendung, vom Empfänger erst mit dem Empfange. Das Eigenthum entscheidet hier überall nicht, sondern nur der kaufmännische Begriff Eingang und Ausgang. — Bei der Einkaufskommission ist das vom Kaufmann als Einkaufskommissionär erworbene Gut juristisch sein Eigenthum, bilanzmäßig fremdes Vermögen (Simon S. 154). Anm. 4

Als Aktiva können gebucht werden alle Gegenstände, welche Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte, aber nicht bloß diese, sondern auch rein wirthschaftliche Güter: ungeschützte Fabrikationsgeheimnisse, das Firmenrecht, die Kundschaft. Indessen können Sachen stets gebucht werden, Rechte nur dann, wenn zu ihrer Erlangung eine Aufwendung gemacht ist (sei es, daß sie von einem Dritten erworben, sei es, daß zu ihrer Erlangung sonst Aufwendungen nothwendig waren, z. B. die Experimentirkosten bei einem Patente), rein wirthschaftliche Güter endlich sind nur dann als Aktiva zu buchen, wenn sie von einem Dritten erworben werden (kein Einzelkaufmann könnte z. B. seine Firma oder seine Kundschaft plötzlich als Aktivum einstellen, obwohl er Aufwendungen gemacht hat, um dieselben auf den jetzigen Werthstand zu bringen, wohl aber, wenn er ein Geschäft mit Firma oder Kundschaft erwirbt). Hiernach sind, um das kurz zusammenzufassen, in die Aktiva einzustellen: bewegliche und unbewegliche Sachen; Rechte, sofern für dieselben Aufwendungen gemacht sind, und rein wirthschaftliche Güter, sofern sie gegen Entgelt von Dritten erworben wurden (Simon S. 171). Bloße Arbeitskraft und Arbeitspflicht ist kein Aktivum (Simon S. 173; Behrend I S. 746). Anm. 5.

Anm. 6. **4. Für die einzelnen Vermögensbestandtheile** gilt unter Zugrundelegung des in Anm. 3 erörterten Werthbegriffes Folgendes:

a) **Forderungen** sind nach ihrem gegenwärtigen Werthe anzusetzen: ausländische unter Berücksichtigung des Kursstandes der auswärtigen Währung, betagte unter Berechnung des Zwischenzinses (trotz Petersen und Pechmann, Aktien-Gesetz S. 533), alle aber unter Berücksichtigung der Solvenz des Schuldners und der sonstigen Chancen der Realisirung: der Prozeßlage der eingeklagten Forderung, der Möglichkeit der Verfolgung bei ausländischen Schuldnern ꝛc. (vergl. R.O.H. 12 S. 17). Verjährte Forderungen sind nicht, wie Gareis-Fuchsberger (S. 133 Note 50) und Allfeld (S. 214) wollen, unbedingt als uneinbringliche aufzunehmen, denn die Verjährung beseitigt den Anspruch nur, wenn sie als Einwand geltend gemacht wird. Ehrenhafte Leute pflegen aber diesen Einwand nicht zu erheben, wenn sie an sich den Anspruch anerkennen müssen; nach den größeren oder geringeren Aussichten in dieser Hinsicht ist der Werth der verjährten Forderung abzuschätzen. Auch allgemeine Erwägungen, aus welchen sich die Gefahr von Verlusten ergiebt, dürfen nicht einflußlos bleiben (R.G. 22 S. 164). Die Buchung kann in allen Fällen, wo die Forderung nicht für vollwerthig taxirt wird, entweder so erfolgen, daß der wahre Werth der Forderung ins Aktivum oder auch so, daß der Nennbetrag ins Aktivum und die Differenz zwischen Nennbetrag und wahrem Werthe ins Passivum gestellt wird (Delkrederekonto).

Anm. 7. b) Auch für **Schulden** ist der wirkliche Werth, der sich mit dem Nennwerthe nicht zu decken braucht, einzustellen, wie das Gesetz jetzt ausdrücklich vorschreibt. Daraus folgt, daß selbstverständlich auch Gefälligkeitsverbindlichkeiten jeder Art, insbesondere auch Gefälligkeitswechsel nicht außer Ansatz bleiben dürfen, aber ebensowenig andere Verbindlichkeiten mit solidarischer oder eventueller Haftung. Es kann aber andererseits die Mithaftung von Solidarverpflichteten oder gar Prinzipalverpflichteten, sowie das Vorhandensein von Regreßansprüchen bei der Schätzung nicht ohne Einfluß bleiben. Ein als Zahlung erhaltener und mit Giro weiter gegebener Wechsel wird regelmäßig nicht zu buchen sein, weil der Haftung auf der einen Seite das Regreßrecht auf der andern gegenübersteht. Das wird anders, sobald letzteres Recht problematisch wird. Verkauft ein Kaufmann sein Grundstück, auf welchem eine Hypothek von 50000 Mark haftet, die aber durch den Werth des Grundstückes gedeckt ist, und übernimmt der Erwerber diese Hypothek, so wird der Veräußerer, obwohl er weiter haftet, diese Schuld unter seine Passiven nicht aufnehmen. (Vergl. Simon Bilanzen S. 108.) Unter den Passiven zu buchen ist auch die Einlage des stillen Gesellschafters (vergl. Anm. 1 zu § 39), ebenso auch die in das Eigenthum des Geschäftsinhabers übergegangene Baarmitgift der Ehefrau; nicht aber ist, was Kaufleute oft unrichtig buchen, bei offenen Handelsgesellschaften die Baarmitgift, die der eine Socius bei seiner Verheirathung erhält und in die Geschäftskasse legt, zu den Passiven der Societät derart zu rechnen, daß die Frau dafür erkannt wird; vielmehr ist in solchem Falle Schuldner der Frau ihr Ehemann und dem Geschäfte gegenüber bildet das Geld die Erhöhung der Einlage des verheiratheten Socius, was besonders im Konkursfalle einen wesentlichen Unterschied bildet. Nur dann kann die Frau erkannt werden, wenn sie wirklich Gläubigerin werden sollte, wenn sie etwa das Geld als Darlehn der Societät gegeben hat. Betagte Verbindlichkeiten sind nach ihrem zeitigen Werthe zu buchen, Obligationen insbesondere nicht unbedingt zum Rückzahlungsbetrage. Beträgt derselbe vielmehr mehr als der Emissionskurs, so bildet der Unterschied einen Theil der Vergütung für die Kapitalsnutzung; dieser Unterschied ist auf die einzelnen Jahre zu vertheilen. Ist z. B. der Rückzahlungskurs 100 % und der Emissionskurs unter Pari, so verfährt die Praxis richtig so, daß sie den Paribetrag in die Passiva und die Differenz der beiden Obligationsbeträge als Disagiokonto in die Aktiva stellt. Analog wird zu verfahren sein bei Emission zu Pari und Rückzahlung über Pari. Ein solcher Aktivposten ist zulässig, wenn er auch kein wahres Aktivum darstellt, sondern nur einen Bewerthungsposten bildet, einen Korrektivposten gegen ein zu

hoch angesetztes Passivum (Simon S. 429 ff.; Ring S. 624). Es kann freilich überall dasselbe Ergebniß dadurch erreicht werden, daß die Obligation zu dem wirklich gefundenen Werthe eingestellt wird (Förtsch S. 452). Der Entwurf eines Hypothekenbankgesetzes verbietet die Einstellung der bei der Ausgabe von Hypothekenpfandbriefen entstehenden Kursverluste als Aktivum in die Bilanz.

c) **Für schwebende Verbindlichkeiten** gilt Folgendes: Rechtsanspruch und Buchforderung decken sich nicht immer, ebenso nicht immer rechtliche Verpflichtung und Buchschuld, weil nach der Natur der Buchführung im Allgemeinen nur Ein- und Ausgänge gebucht werden. Nicht die Verträge als solche werden eingetragen, wenigstens nicht in die allgemein gebräuchlichen Handlungsbücher, allenfalls in Hilfsbücher zur Unterstützung des Gedächtnisses (vergl. z. B. das Verkaufs-Brouillon in der Entscheidung des R.O.H. 9 S. 119), vielmehr werden sie für die Buchführung erst relevant, wenn von einer Seite erfüllt wird, wenn die Waare geliefert oder der Preis gezahlt wird (vergl. hierüber Simon S. 101; auch oben Anm. 4). So werden z. B. auch die Gehaltsansprüche der Angestellten und die Miethsansprüche aus auf längere Zeit abgeschlossenen Verträgen nur insoweit als Passiva gebucht, als sie etwa rückständig sind. Soweit sie sich auf die Zukunft beziehen, wird davon ausgegangen, daß der Verpflichtung das Recht als gleichwerthiger Faktor gegenübersteht, wodurch beide sich ausgleichen und für die Buchung nichts übrig bleibt. Indessen werden schwebende Verbindlichkeiten nicht immer zu ignoriren sein, sie können durch ihre Eigenart schon jetzt einen der Buchung werthen greifbaren Vortheil oder umgekehrt eine Last des Geschäfts darstellen und können alsdann entsprechend gebucht werden und in der Bilanz erscheinen (R.O.H. 24 S. 71, Lieferungsverträge). Besonders bei Auseinandersetzungen wird dieser Gesichtspunkt eine Rolle spielen. Anm. 8.

d) **Bewegliche und unbewegliche Gegenstände** kommen zu dem Geschäftswerth znm Ansatz, wie er in Anm. 3 erläutert ist. Derselbe braucht sich mit dem Erwerbswerth keineswegs zu decken, kann durch Verbesserung höher oder durch Werthsverminderung niedriger als dieser sein. Bei Verkaufsgegenständen deckt er sich mit dem gegenwärtigen Markt- oder Börsenpreise, sofern ein solcher vorhanden, sonst mit dem anderweit zu ermittelnden objektiven Verkaufswerthe (R.O.H. 12 S. 18; R.G. 19 S. 119). Ueblich sind, besonders bei dauernden Anlagen, periodische Abschreibungen nach Prozenten. Es ist gegen sie nichts einzuwenden, solange sie der wahren Werthminderung mindestens gleichkommen. Für die Aktiengesellschaften gelten Sonderbestimmungen (§ 261), die aber nicht auf alle Kaufleute auszudehnen sind (Denkschrift S. 49). Anm. 9.

§ 41.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmanne zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind sie zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

Der Paragraph enthält **Formalvorschriften über Inventur und Bilanz.**

1. (Abs. 1.) **Die Vorschrift der Unterzeichnung** und zwar durch den Prinzipal selbst, eine Vertretung giebt es in dieser Hinsicht nicht, auch nicht durch den Prokuristen. Bei Handelsgesellschaften müssen alle Socien unterschreiben. Das ist ihre öffentlichrechtliche Pflicht, aber auch ihre privatrechtliche Befugniß und ihre privatrechtliche Pflicht gegenüber den anderen Socien. Dieses Recht und diese Pflicht können prozessualisch geltend gemacht werden (vergl. Busch Archiv 7 S. 349). Die Pflicht insbesondere anlangend, so setzt dieselbe Richtigkeit der Inventur und Bilanz voraus. Doch wird man Anm. 1.

bei Verweigerung der Unterschrift eine Bemängelung im Einzelnen verlangen können, und der Prozeß bewegt sich dann nur um die Richtigkeit derselben. Die Anerkennung der Bilanz ist wichtig wegen der Gewinnvertheilung im Bilanzjahre und in späteren Jahren, da auf die Unrichtigkeit einer einzelnen Position einer anerkannten Bilanz später nicht zurückgekommen werden kann, dies deshalb nicht, weil die Anerkennung der Bilanz Vertragsnatur hat (Volze 12 Nr. 503). Auch der ausgeschiedene Socius muß die in die Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft fallende Bilanz unterschreiben. Bei der Aktiengesellschaft müssen alle Vorstandsmitglieder, bei der Kommanditgesellschaft und bei der A.K.G. alle Komplementare unterschreiben.

Doch ist die Unterschrift nicht derart wesentlich, daß ohne sie die Bilanz als nicht vorhanden anzusehen wäre. Ob sie gleichwohl als gezogen zu betrachten ist, entscheiden die Umstände bei ihrer Aufstellung (R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 89; Bd. 8 S. 425; R.G. in Civilsachen v. 28. Mai 98 im Sächsischen Archiv 8 S. 497 u. in J.W. S. 438).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) Die hier gestattete gesonderte Aufstellung der Bilanz bezweckt die Möglichkeit der Versendung an zerstreut wohnende Gesellschafter. Dauer der Aufbewahrung? § 44.

§ 42.

Unberührt bleibt bei einem Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes die Befugniß der Verwaltung, die Rechnungsabschlüsse in einer von den Vorschriften der §§ 39 bis 41 abweichenden Weise vorzunehmen.

Der vorliegende Paragraph giebt eine erleichternde Ausnahmevorschrift für die Rechnungsabschlüsse gewisser öffentlicher Korporationen.

Anm. 1. 1. Die Ausnahmevorschrift bezieht sich nur auf die Rechnungsabschlüsse, d. h. der Inventur und der Bilanz. Hinsichtlich der Bücher bedurfte es einer Ausnahmevorschrift nicht, weil für die Handlungsbücher nur die allgemeine Vorschrift gilt, daß sie nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung zu führen sind. Was darunter zu verstehen ist, entscheidet im Einzelfall die Art und der Umfang des Geschäfts. Die von einer Behörde geführten Bücher werden in Anbetracht des behördlichen Charakters des Buchführers genügen. Auch die Rechnungsabschlüsse müssen jedenfalls die Ergebnisse des Betriebes für das Berichtsjahr in klarer Weise ergeben.

Anm. 2. 2. Nur das Reich, die Bundesstaaten und inländische Kommunalverbände sind in dieser Weise privilegirt; welche Behörden dazu gehören, darüber siehe die Einl. zu § 36.

Anm. 3. 3. Die Bücher und die Rechnungsabschlüsse brauchen sich nicht auf das ganze Vermögen des Staats oder des Kommunalverbandes zu beziehen. Das kann die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen sein, — sondern nur auf das betreffende Handelsgewerbe. (Laband in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 3 S. 394.)

Anm. 4. 4. Wie steht es mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit? Diese ist mit der staatsrechtlichen Stellung der gesetzlichen Vertreter der hier in Frage kommenden öffentlichen Korporationen nicht vereinbar und cessirt hier. Hoffentlich wird aber die Frage überhaupt niemals praktisch werden.

§ 43.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen.

Die Bücher sollen gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

Der Paragraph bestimmt **die äußere Form der Handelsbücher.**

1. (Abs. 1.) Die Handelsbücher und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen müssen in einer lebenden Sprache und mit den Schriftzeichen einer solchen abgefaßt sein: **in einer lebenden Sprache,** also nicht bloß in deutscher Sprache, aber, wie anzunehmen ist, auch nicht in jeder lebenden Sprache, sondern nur in einer solchen, die dem allgemeinen Zwecke der Handelsbücher, eine Vermögensübersicht auch für Dritte zu gewähren, nicht als absolutes Hinderniß entgegensteht. Man wird wohl nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß jede durch erreichbare Dolmetscher zu übertragende lebende Sprache gewählt werden kann. Ausgeschlossen ist die hebräische Sprache (P. 48; Hahn § 1 Note 1 zu Art. 32); das Gleiche muß von der lateinischen Sprache gelten. Daß die neueste sog. Weltsprache (Volapük) zur Zeit noch keine lebende Sprache im Sinne dieses Artikels ist, heben Gareis-Fuchsberger S. 125 Note 21 noch besonders hervor. Was die **Schriftzeichen** betrifft, so ist auch hier die jüdisch-deutsche, sogenannte Rabbinerschrift, d. h. diejenige Schrift, welche in hebräisch gezogenen Lettern die deutschen Worte wiedergiebt, ausgeschlossen, ebenso die griechische, nicht aber die lateinische, weil diese zur Wiedergabe der deutschen Worte so häufig gebraucht wird, daß man sie im Sinne des Gesetzes als Schriftzeichen der deutschen Sprache bezeichnen kann (vergl. Cwiklinski bei Gruchot Bd. 26 S. 389). Die Stenographie wird nicht genügen, nicht deßhalb, weil sie keine Schriftzeichen, sondern eine Abkürzung solcher seien (so Düringer u. Hachenburg) — denn das trifft nicht zu, die Stenographie kürzt nicht ab, sondern sie schreibt kurz, vermöge besonderer Regeln, welche eine kürzere Schreibart ermöglichen —, sondern weil sie nicht das ist, was der Gesetzgeber unter den Schriftzeichen der deutschen Sprache versteht. Darunter werden nur die allgemein gebräuchlichen Schriftzeichen verstanden. Das bezieht sich auch auf die Abschrift der abgesendeten Handelsbriefe, da sie zu den sonst erforderlichen Aufzeichnungen gehören. — Ueber die Wahl der Ziffern ist ebenfalls nichts gesagt. Es können sowohl die arabischen, als auch die römischen Ziffern gebraucht werden. Desgleichen ist die Währung dem Kaufmann freigestellt, nur die Bilanz ist in Reichswährung aufzustellen (§ 40). Anm. 1.
2. (Abs. 2.) Die Bücher müssen gebunden und foliirt sein. **Lose Zettel,** selbst wenn sie, wie bei den Buchhändlern die fliegenden Konti, üblich sind, sind nicht zulässig (R.G. in Strafsachen 17 S. 301). Paginirung wird gestattet sein. Anm. 2.
3. (Abs. 3.) Regelwidrige Lücken und Unleserlichmachung von ursprünglichen Eintragungen sind unzulässig. An sich sind Rasuren und Korrekturen nicht verboten, nur die Leserlichkeit dürfen sie nicht beeinträchtigen. Anm. 3.
4. Der Gebrauch der Tinte ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daher können auch Bleistiftaufzeichnungen gemacht werden, soweit sie keine Uebersichtslosigkeit erzeugen (vergl. R.O.H. 18 S. 231). Anm. 4.

Zusatz. Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften, über welche dieser Paragraph nichts sagt, schwächen einmal die Beweiskraft, — in welchem Maße entscheidet der einzelne Fall, vergl. den Exkurs zu § 47 — können aber auch so erheblich sein, daß sie den Thatbestand der unordentlichen Buchführung in strafrechtlichem Sinne ausmachen; sie können endlich unter Umständen auch den Thatbestand einer Urkundenfälschung bilden (R.G. in Straffachen Bd. 4 S. 4). Anm. 5.

§ 44.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher bis zum Ablaufe von zehn Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe und der Abschriften der abgesendeten Handelsbriefe sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Der Paragraph schreibt die **Aufbewahrungspflicht der Handelsbücher** vor.

1. Sie dauert 10 Jahre, datirend vom Tage der letzten Eintragung, bei Handelsbriefen, wie angenommen werden muß, vom Tage des Eingangs oder Ausgangs eines jeden Briefes, bei Bilanzen vom Tage der Aufstellung (Delius in G.Z. 46 S. 53). Die Frist läuft für jedes Buch und für jeden Brief besonders, bei offenen Handelsgesellschaften beginnt die Frist nicht etwa mit der Beendigung der Liquidation, vielmehr sind auch hier diese Fristen maßgebend (Delius a. a. O.). Näheres über die Aufbewahrung in diesem Falle zu § 157.
2. Sie ist zu erfüllen auch **nach aufgelöstem Handelsgeschäft.**
3. Vernichtung vor der Zeit führt bei hinzutretendem Vermögensverfall Bestrafung herbei (§§ 239, 240 Konkurs-Ordnung).
4. Auf Beläge (Fakturen, Wechsel, Quittungen) findet die Aufbewahrungsvorschrift keine Anwendung (P. 49 u. 936; Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 33; Hahn § 1 zu Art. 33).
5. Der Ablauf der Frist befreit nicht von der Pflicht zur Vorlegung der noch vorhandenen Bücher (vergl. Anm. 3 zu § 45).

§ 45.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.

Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Verpflichtung des Prozeßgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt.

Der vorliegende Paragraph regelt die Editionspflicht hinsichtlich der Handlungsbücher.

Anm. 1. 1. **Das Editionsrecht der C.P.O. bleibt daneben bestehen.** Das bringt Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich zum Ausdruck. Das Editionsrecht der C.P.O. ist im § 422 C.P.O. enthalten. Dieser lautet:

> Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann.

Zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche diese prozessualische Vorschrift im Auge hat, gehört insbesondere § 810 B.G.B. Dieser lautet:

> Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem Andern bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

Außerdem gehören dazu die Vorschriften, vermöge deren auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses (Eigenthum, § 952 B.G.B.; Auftrag, Geschäftsführung, Gesellschaft ꝛc.) die Herausgabe der Urkunde verlangt werden kann.

Anlangend insbesondere den § 810 B.G.B., so ist schon nach dem bisherigen Recht angenommen worden, daß die Handlungsbücher nicht allgemein und gegenüber Jedermann eine gemeinschaftliche Urkunde sind, wohl aber sind sie es insoweit, als der einzelne Eintrag ein zwischen dem Kaufmann und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet (R.G. 20 S. 45). Beispiel: Die Handlungsbücher des Geschäftsherrn beurkunden, indem sie die provisionspflichtigen Geschäfte beurkunden, nicht Rechtsverhältnisse, die zwischen ihm und dem Kommissionär oder dem Agenten gemeinschaftlich sind (vergl. die Erl. zu § 91).

2. **Das Editionsrecht des vorliegenden Paragraphen unterscheidet sich ganz erheblich von dem Editionsrecht der C.P.O.** Anm. 2.

a) Einerseits geht es weit über das Editionsrecht der C.P.O. hinaus. Denn nach unserem Paragraphen kann nicht bloß dann, wenn nach dem bürgerlichen Recht ein Recht auf Vorlegung besteht, dieselbe beantragt und bewilligt werden, sondern auch ohne solches Recht. Ja der Richter kann auch von Amtswegen die Vorlegung anordnen.

Dadurch sollte aber nicht eine Abweichung von den Regeln der **Beweislast** konstituirt werden, sondern nur eine Abweichung von den Regeln der **Beweismittel.** Nur dann, wenn der Richter eine Behauptung für ausreichend substantiirt und erheblich hält, darf er von dem freien Ermessen des vorliegenden Paragraphen Gebrauch machen und die Edition der Handlungsbücher auch dort anordnen, wo nach bürgerlichem Recht ein Recht auf Vorlegung nicht besteht und ohne daß die Partei sich auf dieses Beweismittel beruft. Dagegen darf das hier dem Richter gegebene Recht nicht dazu dienen, zu einer Durchmusterung der Bücher zu dem Zwecke zu führen, um dem Gegner Material zur näheren Begründung seiner Behauptung zu geben (vergl. R.G. vom 14. November 1896 in J.W. S. 696).

b) Andererseits haften dem Editionsrecht unseres Paragraphen erhebliche Beschränkungen an. Anm. 3.

α) Einmal bezieht es sich nur auf diejenigen Bücher, welche ein Vollkaufmann führt. (Der Editionsberechtigte braucht allerdings kein Kaufmann zu sein.) Der ganze vierte Abschnitt bezieht sich nur auf diese Bücher. Der § 45 kann hiervon keine Ausnahme machen (so auch Düringer u. Hachenburg I S. 162). Die vom Vollkaufmann geführten Bücher aber gehören auch dann dazu, wenn es sich um Bücher handelt, deren Führung über seine gesetzliche Pflicht hinausgeht (vergl. R.O.H. 2 S. 130; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1042). Dagegen unterliegen dieser Editionspflicht nicht die Minderkaufleute oder sonstige Gewerbetreibende, z. B. auch solche nicht, welche unter § 2 fallen, die aber noch nicht eingetragen sind. Wohl aber unterliegen der Editionspflicht diejenigen Personen, welche gemäß § 5 als Vollkaufleute gelten. Sie mögen strafrechtlich für unterlassene Buchführung nicht verantwortlich sein. (Anm. 4 zu § 5.) Hier ist ihre civilrechtliche Stellung im Rechtsverkehr in Frage, und in dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß sie die Konsequenzen ihres kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr über sich ergehen lassen müssen. Das Gleiche gilt von Denen, die in anderer Weise, als durch Eintragung, im Rechtsverkehr kaufmännisch auftreten (Exkurs zu § 5).

β) Ferner bezieht sich die Editionspflicht des vorliegenden Paragraphen nur auf Handelsbücher, nicht auch auf Handelsbriefe, weder auf eingehende, noch auch auf ausgehende. Die Handelsbriefe, auch wenn sie wohlgeordnet aufbewahrt und zusammengeheftet werden, sind kein Handelsbuch, auch das Kopirbuch gilt jetzt nicht mehr als solches (vergl. Anm. 7 zu § 38). Anm. 4.

γ) Endlich aber bezieht sich die Editionspflicht des vorliegenden Paragraphen nur auf Handelssachen, d. h. auf diejenigen Rechtssachen, in denen Rechtsverhältnisse verhandelt werden, welche das H.G.B. regelt (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 5). Dabei ist es, wenn die betreffende Rechtsfrage eine im H.G.B. geregelte Materie betrifft, natürlich gleichgiltig, ob zur Er- Anm. 5.

gänzung andere Rechtsquellen (B.G.B., Gewohnheitsrecht, andere Reichsgesetze, auch Landesgesetze) herangezogen werden müssen, und sich der Streit nur über diese Punkte bewegt. Es hört die Sache dadurch nicht auf eine Handelssache zu sein, wenn sie nur ein im H.G.B. wurzelndes Rechtsverhältniß betrifft (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 5). Düringer u. Hachenburg I S. 162 sagen das Gegentheil. Sie finden, daß unsere Meinung, der § 45 beziehe sich nur auf Handelssachen, jetzt wenigstens im Gesetze keinen Anhalt habe. Allein dieser Anhalt liegt darin, daß das H.G.B. gar nicht beabsichtigt haben kann, dem Vollkaufmann auch in reinen Familienprozessen oder in einem Prozesse, den er in seiner weiteren Eigenschaft als Staatsbeamter führt, oder den er nach Einstellung des Gewerbebetriebs aus einem Rechtsverhältnisse führt, welches mit seinem Gewerbebetrieb außer allem Zusammenhange steht, die Verpflichtung aufzuerlegen, seine Handlungsbücher dem Gegner zu offenbaren. Das H.G.B. will lediglich die Handelssachen regeln, betrachtet als Handelssachen die von ihm geregelten Materien und hat insbesondere durch die vorliegende Editionsvorschrift für die Führung von Prozessen in Handelssachen eine Sondervorschrift geben wollen.

Anm. 6. 3. Die Folgen der Nichterfüllung der Editionspflicht sind im Falle zu 1 durch § 427 C.P.O. geregelt. Derselbe lautet:

> Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen . . ., nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

Bezieht sich dieser Paragraph auch auf die Nichtbefolgung der Editionspflicht nach unserem § 45 H.G.B.? Wir möchten dies bejahen, da der vorliegenden Vorschrift die der C.P.O. als Muster gedient hat. Es sollte dem juristischen Wesen und den rechtlichen Folgen nach die gleiche Pflicht ausgesprochen werden, nur die Voraussetzungen und der Umfang der Pflicht sollten verschieden sein.

Anm. 7. 4. Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher siehe unseren Exkurs zu § 47.

Anm. 8. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift bezieht sich auch auf alle früheren Streitigkeiten, nicht aber auch auf solche, die bereits anhängig sind, denn sie ist eine prozessuale Vorschrift und diese greift auf schwebende Prozesse nicht Platz (vergl. § 18 E.G. zur C.P.O.). Die Kopirbücher, welche vor dem 1. Januar 1900 geführt sind, sind in anhängigen Prozessen als Handelsbücher zu betrachten, da sie es früher waren.

§ 46.

Werden in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt, so ist von ihrem Inhalte, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und geeignetenfalls ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, in welcher Weise von dem Beweismittel der vorgelegten Handelsbücher Gebrauch zu machen ist.** Er bezweckt, den Vorleger möglichst davor zu schützen, daß der Prozeßgegner unnöthig den Einblick in seine Geschäftsverhältnisse gewinnt.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift bezieht sich auf alle Fälle, in denen die Vorlegung von Handelsbüchern erfolgt, also nicht bloß auf die gemäß § 45 Abs. 1 angeordneten, sondern auch auf die in Gemäßheit des bürgerlichen Rechts angeordneten Editionen.

Anm. 2. 2. Von dem Inhalt der Bücher, soweit er den Streitpunkt betrifft, ist unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen. Der übrige Inhalt ist nur dem Gericht, nicht auch dem Prozeßgegner offen zu legen, und auch dem Gericht nur, soweit es zur Prüfung der ordnungsmäßigen Führung der Bücher nothwendig ist. Geht

dies schon aus denjenigen Theilen hervor, welche den Streitpunkt enthalten, so kann die Vorlegung der übrigen Handlungsbücher verweigert werden. Das Gericht kann zu seiner Beihülfe Sachverständige zuziehen (R.O.H. 7 S. 75) und diesen sind die Bücher in demselben Umfange vorzulegen, wie dem Gericht.

3. Die Stelle in den Büchern, auf welche es ankommt, hat die beweispflichtige Partei anzugeben (R.G. 1 S. 424). Gleichwohl wird man ihr auch zu diesem Zwecke nicht gestatten können, die Bücher einer allgemeinen Durchmusterung zu unterziehen. Vielmehr wird man jene Angabepflicht möglichst allgemein auffassen und sich damit begnügen müssen, wenn die beweispflichtige Partei die Stelle bezeichnet, in welcher bei einer ordnungsmäßigen Buchführung die Buchung stehen kann. Alsdann wird das Gericht, nöthigenfalls unter Zuziehung des Sachverständigen, die Stelle zu suchen haben. Anm. 3.
4. Ueber den Ort der Vorlegung bestimmt das H.G.B. nichts. Hierfür greift § 434 C.P.O. Platz, nach welchem die Vorlegung einer Urkunde in der Regel in der mündlichen Verhandlung erfolgen muß, wenn aber die Vorlegung bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, das Prozeßgericht anordnen kann, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gericht geschehe. Anm. 4.

§ 47.

Bei Vermögensauseinandersetzungen, insbesondere in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftstheilungssachen, kann das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen.

1. Der vorliegende Paragraph will lediglich anordnen, daß in den hier bezeichneten Sachen die Vorlegung **des ganzen Inhalts der Handlungsbücher** erfolgen kann. Der Paragraph will aber nicht irgend einem Gericht (Prozeßgericht, Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit) ein nicht bestehendes Recht auf Anordnung gewähren, sondern nur dort, wo es besteht, es dahin präzisiren, daß es sich auf die Anordnung der Vorlegung des ganzen Inhalts der Handelsbücher erstreckt. Die beschränkende Vorschrift des § 46 soll in diesem Falle keine Anwendung finden. Anm. 1.
2. Auch ist nur gesagt, daß das Gericht den ganzen Inhalt vorlegen lassen kann; es kann auch dahin zielende Anträge ablehnen. Dies richtet sich nach freiem Ermessen (R.G. 20 S. 45). Ob es nur auf Antrag oder auch von Amtswegen Anordnungen treffen kann, ist hier ebenfalls nicht gesagt. Das richtet sich gleichfalls nach den sonst geltenden Grundsätzen. Hier ist eben nur gesagt, daß die etwa bestehende Anordnungsbefugniß auf den ganzen Inhalt der Handlungsbücher sich erstreckt. Anm. 2.
3. **Jedenfalls aber setzt der Paragraph nicht einen bestehenden Rechtsstreit voraus,** noch kann allgemein gesagt werden, daß in den hier bezeichneten Fällen die Vorlegung nur im Wege der Klage erzwungen werden kann (so Denkschr. S. 48; Makower S. 88). In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen vielmehr die Anordnung erfolgen kann, richtet sich nach anderen Grundsätzen. Anm. 3.

Exkurs zu § 47.

Die Beweiskraft der Handelsbücher.

Das H.G.B. enthält über die Beweiskraft der Handelsbücher keine Vorschriften. Schon das alte H.G.B. in seiner letzten Gestalt enthielt sich jeglicher Vorschrift über die Beweiskraft der Handlungsbücher. Die betreffenden Art. 34, 35 u. 36 waren aufgehoben durch § 13 E.G. zur C.P.O. Einleitung.

Dieselben werden im Folgenden wiedergegeben, der Grund für die Wiedergabe ergiebt sich aus Anm. 3.

Art. 34. Ordnungsgemäß geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maß der Beweiskraft beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Theile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Theils eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.

Ob und inwiefern die Handelsbücher gegen Nichtkaufleute Beweiskraft haben, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Art. 35. Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach der Lage der Sache geeignet erscheint.

Art. 36. Die Eintragungen in die Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, durch Handlungsgehilfen bewirkt werden.

Diese Beweisregeln waren getragen von einer, wenn auch nicht mehr engherzigen, so doch immer noch formalen Theorie, indem sie vorschrieben, daß den Büchern regelmäßig nur unvollständige Beweiskraft zukomme, ausnahmsweise volle oder gar keine Beweiskraft. Mit dem Inkrafttreten der neuen Prozeßgesetze und der sie beherrschenden freien Beweistheorie war die Aufhebung dieser formellen Beweisregeln geboten. Es kommen jetzt § 286 C.P.O. und die Vorschriften über den Urkundenbeweis zur Anwendung.

Doch ist zu beachten, daß eben nur die formellen Beweisregeln beseitigt sind, **die Beweiskraft der Handelsbücher ist bestehen geblieben**, d. h. die Möglichkeit, durch die Handlungsbücher für und gegen den Buchführer prozessualische Beweise zu führen (R.G. 6 S. 347; vergl. auch Bolze 8 Nr. 933).

Darüber ist Folgendes erläuternd zu bemerken:

Anm. 1. 1. **Der innere Grund der Beweiskraft der Handlungsbücher** und die bevorzugte Glaubwürdigkeit, welche ihnen von jeher beigemessen wurde, beruhen darauf, daß die kaufmännische Buchführung wegen der Geschlossenheit und des Ineinandergreifens der Beurkundungen in sich selbst eine hohe Garantie der Wahrheit enthält. Es ist nicht bloß, wie das R.O.H. 4 S. 408 annimmt, die Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Buchführung, welche die Beweiskraft der Bücher erzeugt. Vergl. dagegen R.O.H. 7 S. 98. — Siehe auch Allfeld S. 177 ff. —

Anm. 2. 2. **Der Umfang der Beweiskraft** erstreckt sich auf alle vom Kaufmann geführten Handelsbücher, nicht bloß auf diejenigen, welche ihm gesetzlich vorgeschrieben sind und zur Gewährung der Vermögensübersicht nothwendig gehören, sondern auch auf die neben denselben gebräuchlichen Hilfsbücher (vergl. z. B. das Verkaufsbrouillon R.O.H. Bd. 9 S. 119), nicht aber auf Gegenbücher, Beibücher, Kontobücher, da diese Bücher, welche nur den Geschäftsverkehr zwischen bestimmten einzelnen Personen betreffen, nicht zu den Handelsbüchern gehören. Diese Bücher können aber durch die thatsächlichen Verhältnisse zu einem wirksamen Beweismittel und zu gemeinschaftlichen Urkunden werden (vergl. Anm. 6 zu § 38; Keyßner Anm. 10 zu Art. 34, R.O.H. 15 S. 172, — Kommissionsbuch —).

Der Umfang der Beweiskraft erstreckt sich ferner auf den ganzen Inhalt der Bücher, insbesondere auch auf diejenigen Stellen, die zu Gunsten des Buchführers sprechen, ja auch negativ kann aus der Nichteintragung einer Thatsache auf deren Nichtexistenz geschlossen werden (vergl. R.O.H. 7 S. 98; 18 S. 98; auch O.G. Wien bei Nowak Bd. 4 S. 253). Endlich beweisen die Bücher nicht bloß hinsichtlich derjenigen Eintragungen, die sich auf das Rechtsverhältniß der Parteien beziehen, sondern auch hinsichtlich dessen, was im Verkehr mit Dritten geschehen ist, z. B. über gemachte Auslagen, über den Umfang des Schadens bei nicht geschehener Lieferung durch Bezugnahme auf die mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte (Allfeld S. 188).

3. **Für den Grad der Beweiskraft** ist das freie richterliche Ermessen maßgebend, bei Büchern mit Rasuren und Korrekturen kommt jetzt § 419 C.P.O. zur Anwendung. Die früheren Vorschriften des alten H.G.B. (oben die Einleitung) sind dabei noch immer als werthvolle Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen beachtenswerth. Im Einzelnen ist hier zu bemerken, daß, wenn auch der Kaufmann seine Eintragungen gegen sich gelten lassen muß, der Beweis des Irrthums nicht ausgeschlossen ist (R.O.H. 20 S. 339, 340). Anm. 3.

Das Briefkopirbuch bezw. die sonst angelegte Sammlung der Briefabschriften beweist zunächst nur, daß die darin enthaltenen Briefe expedirt sind; daß sie abgesandt sind, ist daraus allein nicht zu entnehmen (Behrend § 42 Anm. 50 geht darin zu weit), am allerwenigsten, daß sie auch angekommen sind. Für die Absendung wird man vielleicht eine Vermuthung aufstellen dürfen (Allfeld S. 185), eine Vermuthung für die Ankunft eines Briefes auf Grund der vermutheten Absendung aber geht jedenfalls zu weit (Allfeld S. 186). Doch wird das Kopirbuch bezw. die sonst angelegte Abschriftsammlung von werthvoller Bedeutung, wenn an sich feststeht, daß an einem bestimmten Tage ein Brief abgesandt und angekommen ist und nur sein Inhalt zweifelhaft ist.

Fünfter Abschnitt.

Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48.

Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittelst ausdrücklicher Erklärung ertheilt werden.

Die Ertheilung kann an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesammtprokura).

Vorbemerkung zum fünften Abschnitt. Der 5. Abschnitt handelt vom handelsrechtlichen Stellvertreter, der 6. Abschnitt vom Handlungsgehilfen. Hier im 5. Abschnitt wird die juristische Stellvertretung, der Auftrag und die Vollmacht zur Vertretung des Prinzipals beim Abschluß von Rechtsgeschäften, im 6. Abschnitt der Inhalt des Dienstvertrages behandelt. Dabei sind der Stellvertreter und der Handlungsgehilfe zwei Begriffe, die weder nothwendig vereint sein müssen, noch sich ausschließen. Der Stellvertreter braucht nicht nothwendig Handlungsgehilfe zu sein (vergl. Anm. 13 zu § 54), der Handlungsgehilfe nicht nothwendig auch bevollmächtigt zu sein (Buchhalter, Korrespondent). Doch kann dieselbe Person beides sein, und unter Umständen liegt in der Anstellung als Handlungsgehilfe an sich schon die Handlungsbevollmächtigung (Verkäufer, Reisende, Kassirer). Anm. 1.

Bei der Stellvertretung insbesondere ist streng zu unterscheiden: der Auftrag und die Vollmacht. Der Auftrag ist das innere Rechtsverhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem, aus welchem die Vollmacht ihren Ursprung herleitet; Vollmacht ist die äußere, Dritten gegenüber in die Erscheinung tretende Seite des Auftrags, die Legitimation. Beide brauchen sich nicht zu decken, die Vollmacht kann kraft gesetzlicher Vorschrift über den Auftrag hinausgehen. So z. B. wenn der Prokurist bestimmte Instruktionen für seine Geschäftsführung erhält. Diese haben, da die Prokura unbeschränkbar ist, für Dritte keine Rechtswirksamkeit, für das innere Verhältniß bleiben sie gültig. Es kommt z. B. häufig vor, daß dem Prokuristen nur die Führung der Kassengeschäfte anvertraut wird.

Hinsichtlich der Bezeichnung „Auftrag" ist zu erwähnen, daß das B.G.B. freilich unter Auftrag nur ein unentgeltliches Verhältniß versteht (§ 662 B.G.B.). So war es auch im gemeinen Recht. Die Rechtssprache kann aber dieses Wort oder das Wort Mandat zur Bezeichnung des inneren Verhältnisses zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber nicht entbehren und wird sich sicherlich auch in Zukunft seiner bedienen.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Bestellung der Prokura (Abs. 1) **und von der Zulässigkeit der Gesammtprokura** (Abs. 2). Er giebt, anders als der frühere Art. 41, keine Definition der Prokura.

Anm. 2. 1. **Der Begriff der Prokura.** Das Gesetz thut Recht daran, sich einer Begriffsbestimmung zu enthalten. Die Prokura fällt unter den allgemeinen Begriff der Handlungsvollmacht und unterscheidet sich von jeder anderen vom Kaufmann ertheilten Vollmacht durch den in § 49 statuirten weiten Umfang derselben. Es würde nicht richtig sein, zu sagen, die Prokura sei diejenige Vollmacht, welche den Bevollmächtigten zur unbeschränkten Vertretung des Prinzipals berechtigt. Auch die früher beliebte Bezeichnung „alter ego des Prinzipals" kann nur mit Vorsicht aufgenommen werden. Denn auch die Prokura läßt Beschränkungen zu (§§ 49 Abs. 2, 50 Abs. 3).

Anm. 3. 2. **Wem kann die Prokura ertheilt werden?** Wer kann Prokurist sein? Prokurist kann sein, wem überhaupt Vollmacht ertheilt werden kann. Der Prokurist darf also nicht geschäftsunfähig, kann aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und also selbstständig verpflichtungsunfähig sein (§ 165 B.G.B.). Er darf also nicht unter 7 Jahre oder geisteskrank, wohl aber kann er minderjährig, gewaltunterworfen, Kaufmann oder Nichtkaufmann, weiblichen Geschlechts, verheirathet sein. Daß er zwar Handlungsgehilfe sein kann, aber nicht zugleich Handlungsgehilfe zu sein braucht, sondern z. B. auch ein Verwandter oder die Ehegattin die Prokura haben kann, folgt aus unserer Vorbemerkung (vergl. auch R.O.H. Bd. 16 S. 290). Er muß aber vom Prinzipal verschieden sein, ein Erforderniß, welches beim stillen Gesellschafter ohne Zweifel vorhanden ist. Kann ein von Vertretung ausgeschlossenes Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zum Prokuristen bestellt werden? (Hierüber Anm. 2 zu § 125.) Die Frage ist dort verneint. Aber der Kommanditist kann Prokurist sein (vergl. Erl. zu § 164). Der Bestellung eines Gemeinschuldners zum Prokuristen steht nichts entgegen (Schultze-Görlitz S. 451).

Anm. 4. 3. **Der Prokura-Ertheiler muß der Inhaber des Handelsgewerbes oder sein gesetzlicher Vertreter** (Vormund, Vater, Vorstand einer juristischen Person; vertretungsberechtigter offener Gesellschafter) sein. Weder ein Prokurist, noch ein Handlungsbevollmächtigter können Prokura ertheilen. Der Inhaber des Handelsgewerbes, für welche die Prokura ertheilt wird, muß Vollkaufmann sein, also muß er entweder ein Handelsgewerbe nach § 1 betreiben, aber nicht in den engen Grenzen des § 4, da er sonst Minderkaufmann ist und deshalb keine Prokura ertheilen kann (über die von einem Minderkaufmann ertheilte Prokura siehe Anm. 13 zu § 4), oder er muß ein Handelsgewerbe nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 betreiben und eingetragen sein. Betreibt er ein Gewerbe, welches als Handelsgewerbe oder als Vollhandelsgewerbe nicht betrachtet werden kann, ist er aber gleichwohl eingetragen, so ist er zwar nicht Kaufmann, aber er gilt für die Dauer seiner Eintragung in civilistischer Hinsicht als Kaufmann, und deshalb ist auch die von ihm bestellte Prokura eine wirkliche Prokura (§ 5). Gilt er nur in Folge seines Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann (Exkurs zu § 5), so gilt die von ihm bestellte Prokura nicht als wirkliche Prokura. Auch Handelsgesellschaften können Prokura ertheilen (vergl. § 116), auch Aktiengesellschaften (vergl. § 232), auch Kommanditgesellschaften (§ 161 Abs. 2), und Aktien-Kommanditgesellschaften (§ 320 Abs. 3), wie die Judikatur noch besonders entschieden hat (R.O.H. 7 S. 412), auch juristische Personen; nicht aber Gesellschaften und juristische Personen während ihrer Liquidation (bei der Aktiengesellschaft und Aktien-Kommanditgesellschaft ausdrücklich bestimmt [§§ 298 Abs. 4; 320 Abs. 3]), aber von selbst sich ergebend aus der allgemeinen Erwägung, daß die Vertretungsmacht des Liquidators eine beschränktere ist als die des Prokuristen (R.O.H. 13 S. 224; Makower S. 89; Düringer u. Hachenburg I S. 175). — Daß die Firma des Prinzipals in allen Fällen eingetragen sein müsse, folgert Schultze-Görlitz S. 452 mit Unrecht aus § 51. — Ein Gemeinschuldner kann für das zur Konkursmasse gehörige Geschäft keine Prokura ertheilen, aber auch der Konkursverwalter nicht (Schultze-Görlitz S. 453). — Eingetragene Genossenschaften können nach § 40 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 keine Prokura ertheilen,

wohl aber die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 47 Nr. 7 des Gesetzes über diese Gesellschaften). — Die Frage, ob der Prokuraertheiler geschäftsfähig sein muß, ist zu verneinen, da für den etwa geschäftsunfähigen Inhaber des Handelsgewerbes sein gesetzlicher Vertreter die Prokura ertheilen kann. — Nach innen ist die Prokuraertheilung oft an beschränkende Voraussetzungen geknüpft (der Vormund z. B. bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — §§ 1643, 1822 Nr. 11 B.G.B., der Vorstand einer Aktiengesellschaft der Zustimmung des Aufsichtsraths — § 238 H.G.B.). Ob dies auf die Giltigkeit der Prokurabestellung von Einfluß ist, hängt von anderen Grundsätzen ab (bei der aktienrechtlichen Vorschrift des § 238 ist das z. B. nicht der Fall). Und der gutgläubige Dritte ist in allen diesen Fällen im Falle der Eintragung der Prokura durch § 15 geschützt.

4. (Abs. 1.) **In welcher Weise erfolgt die Bestellung der Prokura?** Das Gesetz sagt lediglich: Anm. 5.
mittelst ausdrücklicher Erklärung. Es sagt nicht, wie diese Erklärung zu lauten hat. Es werden die früher im Art. 41 hervorgehobenen Ertheilungsarten jetzt als Beispiele gelten können. Die Prokura kann danach ertheilt werden durch Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen und endlich durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen. (Diese letztere Ermächtigung muß natürlich ausdrücklich erfolgen.) Es fällt aber außerdem jede andere Form darunter, die das Erforderniß der ausdrücklichen Ertheilung erfüllt. Es wird also sicher genügen, wenn der Kaufmann erklärt, er ertheile einem Dritten Vollmacht zu seiner Vertretung nach Maßgabe des § 48 oder des § 49 H.G.B. Stillschweigendes Geschehenlassen aber genügt nicht. Es genügt also nicht die fortgesetzte Duldung der Firmenzeichnung als Prokura (wohl aber wird darin unter Umständen die Ertheilung einer allgemeinen Handlungsvollmacht zu erblicken sein).

Sonst aber ist über die Form der Erklärung nichts vorgeschrieben. Anm. 6.
Es ist daher die schriftliche Bestellung, aber auch die mündliche zulässig (vergl. § 167 Abs. 2 B.G.B.). Wo aber kraft besonderer Vorschrift der urkundliche Nachweis der an sich formlos bestehenden Vollmacht verlangt wird, gilt dies auch für die Prokura (so § 30 der Grundbuchordnung).

Desgleichen findet auf die Prokura auch die Bestimmung des § 174 Anm. 7.
B.G.B. Anwendung, wonach bei einseitigen Rechtsgeschäften der Empfänger der Willenserklärung eine schriftliche Vollmacht verlangen und mangels Vorlegung die Erklärung zurückweisen und dadurch unwirksam machen kann. Hauptsächlich wird sich dies auf Kündigungen, Mängelanzeigen, Fristsetzungen, Wahlrechtsausübungen, Mahnungen beziehen. Die Vorschrift findet nach § 174 B.G.B. dann keine Anwendung, wenn der Machtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hat. Für die Prokura tritt noch der Fall hinzu, daß dieselbe eingetragen und bekannt gemacht ist. Denn alsdann muß nach § 15 Abs. 2 der Dritte die Thatsache, d. h. hier die Ertheilung der Prokura gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte, noch kennen mußte. Allerdings setzt der § 174 B.G.B. an sich voraus, daß der Bevollmächtigte wirklich von dem Machtgeber in Kenntniß gesetzt wurde, bloßes anderweites Wissen genügt nicht (Planck). Allein nach § 15 Abs. 2 H.G.B. muß der Dritte die eingetragene und publizirte Thatsache einfach gegen sich gelten lassen, dies ersetzt nicht bloß jedes Wissen, sondern auch jede andere sonst erforderliche Art der Kundgebung der betreffenden Thatsache, hier also die spezielle Benachrichtigung durch den Machtgeber an den Dritten (so auch Düringer und Hachenburg I S. 168). Dagegen ersetzt die sonstige allgemeine Bekanntmachung der Prokura die spezielle Benachrichtigung nicht, auch wenn sie dem Dritten bekannt gewesen ist (§§ 171 und 174 B.G.B.). Dem Verlangen auf Vorzeigung der Prokuraertheilung, wo es hiernach begründet erscheint, dürfte genügt werden durch Vorzeigung des Registerauszuges über die Ertheilung der Prokura.

Wie jede Vollmachtserklärung kann die Prokura sowohl dem Be- Anm. 8.
vollmächtigten, wie dem Dritten gegenüber erklärt werden (§ 167 Abs. 1 B.G.B.), auch kann durch Erklärung gegenüber dem Dritten oder durch öffentliche Be-

kanntmachung erklärt werden, daß ein Bevollmächtigter bestellt sei (§ 171 B.G.B.). Wenn sie durch besondere Mittheilung dem Dritten gegenüber ertheilt oder die Ertheilung durch Mittheilung dem Dritten kundgegeben ist, so gilt sie dem Dritten gegenüber; wenn sie durch öffentliche Bekanntmachung erklärt ist, daß eine Bevollmächtigung ertheilt ist, so gilt dies jedem Dritten gegenüber. Unter öffentlicher Bekanntmachung wird man hier das Gleiche verstehen, wie in Anm. 31 zu § 25, insbesondere Cirkulare und Eintragung in das Handelsregister. Dagegen ist die Prokura nicht etwa nur durch Eintragung wirksam. Auch wird man Angesichts des § 171 B.G.B. nicht mehr wie früher annehmen können, daß die einmalige Erklärung einer dritten Person gegenüber die Prokura jedem Dritten gegenüber wirksam macht. (Früher so Behrend § 58 Anm. 22; Hahn § 3 zu Art. 41; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 228; auch unsere 5. Auflage § 5 zu Art. 41.) — Vergl. über alles dies auch Anm. 2 ffg. zu § 54.

Anm. 9. 5. (Abs. 3.) **Die Gesammtprokura**[1]) (früher wurde sie Kollektivprokura genannt). Sie enthält keine Ausnahme von der in § 50 ausgesprochenen Unbeschränkbarkeit der Prokura, wie Puchelt S. 102 u. Gareis-Fuchsberger (S. 143 Note 22) annehmen, vielmehr liegt eine und zwar eine volle Prokura vor, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vergl. Bie S. 13). Das ergiebt jetzt der Zusammenhang der §§ 48, 49 u. 50 ganz deutlich. — Auch ihre Bestellung muß ausdrücklich als gemeinschaftliche erfolgen (vergl. Abs. 1 unseres Paragraphen). Doch liegt in der Anordnung einer Kollektivzeichnung die Anordnung einer Kollektivvertretung überhaupt (so R.G. 24 S. 27).

a) Sie bezieht sich auf Rechtsakte aller Art, auch auf mündliche (R.O.H. 3 S. 183), aber auch nur auf Stellvertretung im Handeln. Wo es sich dagegen um das Wissen einer Thatsache handelt, da ist die Kenntniß auch nur eines Kollektiv-Prokuristen genügend, um die Unredlichkeit des Prinzipals zu begründen (Bolze 1 Nr. 1186; 4 Nr. 807; 16 Nr. 231 gegen Ring Anm. 3 zu Art. 229). Das ergiebt jetzt auch die Analogie der Bestimmungen in §§ 125 Abs. 2 Satz 3; 150 Abs. 2 Satz 2; 232 Abs. 1 Satz 3. In Folge dessen ist der allgemeine Satz aufzustellen, daß Erklärungen Dritter dem einen von mehreren Kollektivprokuristen gegenüber wirksam abgegeben werden können (so zutreffend Düringer u. Hachenburg I S. 176).

Anm. 10. b) Die Ausübung der Kollektiv-Prokura. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämmtlichen Kollektiv-Prokuristen mitwirken.[2]) Brauchen sie auch nicht gerade den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß doch immerhin sich der Rechtsakt als ein von allen Kollektivberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (Behrend § 125 Anm. 10; Hahn § 5, Art. 41). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurtheilen, ob im einzelnen Falle bei nicht gleichzeitigem Handeln der Kollektivprokuristen dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht unzulässig (R.O.H. 16 S. 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (R.O.H. 6 S. 392; 12 S. 34; 17 S. 402), wie z. B. wenn der eine Kollektivprokurist verhandelt, der andere Theil zuhört und nicht widerspricht oder sich nachträglich vom Gegenkontrahenten den Abschluß berichten läßt und nicht widerspricht. Ueberall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Kollektivberechtigten bleiben (R.G. 40 S. 19 u. R.G. vom 31. Januar 98 J.W. S. 164, 165). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht (Bolze 4 Nr. 807; Behrend § 128 Anm. 10).

Anm. 11. c) Der Beweis dieser Mitwirkung ist von Dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Erbietung des Beweises, daß die Er-

---

[1]) Literatur: Ueber die Kollektivprokura von Felix Bie, Leipzig 1894.

[2]) Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen (Bie S. 43).

klärung mit Wissen und Willen des andern Kollektivprokuristen abgegeben, es muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (R.O.H. 17 S. 402; Bolze 8 Nr. 548).

d) Ein Kollektivprokurist, der ohne Mitwirkung des andern handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich (R.G. 6 S. 214; Bolze 18 Nr. 229), jetzt § 179 B.G.B.; vergl. unten Exkurs zu § 58, Anm. 49 ffg. — Es ist hierbei jedoch das im Folgenden (zu e, f, g) Gesagte wohl zu beachten. Anm. 12.

e) Die vorherige Auftragsertheilung oder nachträgliche Zustimmung kann, wenn sie im Einzelfalle nicht als gehörige Mitwirkung im Sinne des zu b) Gesagten genügt, in anderer Weise von Bedeutung werden. Sie kann sich als Ertheilung einer Handlungsvollmacht oder als Ratihabition darstellen. In diesem Sinne ist auch eine allgemeine Ermächtigung von rechtlicher Bedeutung. Hierauf beruht z. B. die Giltigkeit der von einem Kollektivprokuristen auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Festzuhalten aber ist, daß in solchem Falle der Kollektivprokurist nicht als solcher handelt, sondern Handlungsbevollmächtigter ist und nur als solcher handeln kann (Bie S. 43), was im Einzelfalle einen erheblichen Unterschied bedeuten kann. Auch eine Postvollmacht können Kollektivprokuristen einem von ihnen übertragen; die dies nicht zulassende Anweisung des Reichspostamts vom April 1893 widerspricht handelsrechtlichen Grundsätzen (vergl. über dieselbe und gegen sie Riesenfeld bei Holdheim 4 S. 256). Alles dies ergiebt sich jetzt auch aus der Analogie des § 125 Abs. 2 Satz 2; § 232 Abs. 1 Satz 2. Mit Unrecht betrachten Düringer u. Hachenburg I S. 176 die letztgedachte Vorschrift als Ausnahme und deshalb die Analogie ausgeschlossen. Allein die hier aufgestellten Grundsätze haben schon früher gegolten, sie folgen nur den Regeln über die Handlungsvollmacht, und, wenn sie im neuen H.G.B. bei gesellschaftlichen Kollektivvertretungen besonders fixirt sind, nicht aber auch bei der Gesammtprokura, so geschah das wohl, weil man es für zweifelhaft erachtete, ob die Grundsätze auch dort sich aus der Natur der Sache von selbst ergeben. Nichts spricht für das Vorliegen einer Ausnahmevorschrift (ebenso Makower S. 90). — Eine solche Ermächtigung kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen und ist so widerruflich, wie die gewöhnliche Handlungsvollmacht. Anm. 13.

f) Es ist ferner im Einzelfall zu prüfen, ob die zum Kollektivprokuristen bestellte Person nicht vom **Prinzipal** zu der betreffenden Handlung anderweite Handlungsvollmacht hatte. So z. B. wenn der Prinzipal einem Kollektivprokuristen die Entgegennahme von Börsenaufträgen in seinem Geschäftslokale allein überläßt. Seine selbstständigen Rechtshandlungen in diesem Geschäftskreise binden alsdann den Prinzipal. Auch durch konkludendes Verhalten des Prinzipals kann die in der Gesammtprokura enthaltene Beschränkung theilweise oder auch ganz aufgehoben werden (vergl. eine ähnliche Erscheinung in der Erl. zu § 125), so z. B. wenn der Prinzipal duldet, daß ein Kollektivprokurist sich fortgesetzt als Einzelprokurist gerirt. Anm. 14.

g) Auch gesetzliche Vollmacht zu der einzelnen in Frage kommenden Handlung kann der Kollektivprokurist haben (z. B. Zahlung im Laden, § 56). Zur Entgegennahme gerichtlicher Zustellungen wird man auch einen Kollektivprokuristen als bevollmächtigt ansehen dürfen (§ 171 Abs. 3 C.P.O.; vergl. oben Anm. 9; so auch Bie S. 46). Anm. 15.

h) An anderer Stelle ist behandelt die Bestellung einer Vertretungsbefugniß derart, daß ein Prokurist mit einem Gesellschafter oder mit einem Vorstandsmitglied gemeinsam handelt (§§ 125 Abs. 3; 232 Abs. 2). Vergl. dort Näheres. Anm. 16.

Zusatz: Uebergangsfrage. Die vor dem 1. Januar 1900 ertheilten Prokuren bleiben für die Folgezeit giltig, auch dann, wenn sie nicht ausdrücklich ertheilt wurden. Für die früheren Prokuren genügt eben fortgesetzt eine der im Art. 41 vorgesehenen Ertheilungsarten (s. oben Anm. 5). Anm. 17.

§ 49.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist.

Einleitung. **Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht** wird hier normirt, und zwar in positiver (Abs. 1) und in negativer Abgrenzung (Abs. 2). Ausgeschlossen ist die Vertretung durch den Prokuristen, wo es überhaupt keine Vertretung giebt, z. B. bei der Eidesleistung, bei der Unterschrift der Inventur und Bilanz vergl. unten Anm. 2 a. E.

Die Umfangsbestimmung der Prokura betrifft aber nur die Legitimation nach außen, nicht das Verhältniß zum Prinzipal. Auf etwaige Ueberschreitung der dem Prokuristen in Wirklichkeit ertheilten Instruktionen und Beschränkungen kann sich der Prinzipal nicht berufen, dem Prinzipal aber ist der Prokurist für solche Ueberschreitung verantwortlich (R.G. 30 S. 21).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Positiv wird bestimmt,** daß die Prokura **zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt,** welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Nicht der Betrieb des betreffenden Handelsgeschäfts ist gemeint, sondern irgend eines Handelsgewerbes (R.O.H. 13 S. 224; anders § 54 bei der Handelsvollmacht), und nicht bloß Rechtshandlungen, welche gewöhnlich dazu erforderlich sind, sondern auch die ungewöhnlichen und selten vorkommenden fallen in den Bereich der Prokura, aber auch nur insoweit der Betrieb sie mit sich bringt, so daß der Verkauf des Handelsgeschäfts dem Prokuristen nicht zusteht, weil das der Betrieb nicht mit sich bringt (R.O.H. 23 S. 28, wogegen der Verkauf des Fabrikinventars nicht in gleichem Widerspruche mit der Aufgabe des Prokuristen steht — Bolze 2 Nr. 675; Hahn § 3; anders unsere 1. Aufl.), ebenso steht dem Prokuristen nicht zu die Löschung oder Veränderung der Firma; nicht endlich die Errichtung letztwilliger Verfügungen. Zu den gerichtlichen Angelegenheiten, deren Besorgung ihm zusteht, gehört auch die Prozeßführung (R.O.H. 21 S. 342), die Stellung von Strafanträgen in Angelegenheiten des Geschäfts (R.G. in Strafsachen Bd. 15 S. 144), die Erhebung des Einspruchs in Uebertretungssachen, welche das Geschäft betreffen (dagegen Allfeld S. 253); zu den außergerichtlichen auch die Vertretung der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegenüber den Kommanditisten (R.O.H. 7 S. 412), die Einziehung von rückständigen Einlagen von den Gesellschaftern, die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, die Gründung von Zweigniederlassungen, der Ein- und Austritt als Mitglied einer Genossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber auch die Aufnahme dritter Personen als offene Gesellschafter (O.G. Wien bei Nowak Bd. 6 S. 31).

Insbesondere ist der Prokurist im Gegensatz zum Handlungsbevollmächtigten (§ 54) zur Aufnahme von Darlehen, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten und zur Prozeßführung legitimirt, ferner zum Abschluß von Vergleichen, Kompromissen, Rechtsverzichten, Versicherungsverträgen, auch zu Schenkungen, soweit sie der Geschäftsverkehr mit sich bringt, auch zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen und Bevollmächtigten, obwohl dies jetzt nicht mehr besonders hervorgehoben ist. Dazu gehören auch Prozeßbevollmächtigte, auch Generalhandlungsbevollmächtigte, aber nicht Prokuristen (§ 48).

Daß eine Spezialvollmacht nicht erforderlich ist, ist deshalb nicht vorgeschrieben, weil das B.G.B. solche nicht vorgesehen hat. Sollte in einem andern Reichsgesetze eine solche vorgesehen sein, so wird sie für den Machtbereich der Prokura überflüssig.

Ob der Prokurist auch mit sich selbst kontrahiren kann, darüber siehe Anm. 10 ffg. im Exkurs zu § 58.

2. (Abs. 2.) **Negativ ist bestimmt, daß der Prokurist nicht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken** ermächtigt ist. Dazu gehört vielmehr eine Spezialvollmacht. Dieselbe braucht keineswegs ausdrücklich, sie muß nur besonders ertheilt, d. h. es muß ersichtlich sein, daß der Prokurist auch zur Belastung von Grundstücken ermächtigt sein soll. Es genügt aber, wenn dies aus den Umständen ersichtlich ist (Johow 15 S. 97). Eine Form ist jedenfalls nicht vorgeschrieben, auch hier nicht, wo es sich um Grundstücksgeschäfte handelt und daher Formvorschriften für das Geschäft selbst nicht in Frage stehen (§ 167 Abs. 2 B.G.B.). Ein Beispiel liegt in der Bestellung eines Prokuristen gemeinschaftlich mit einem Vorstandsmitgliede (Johow 15 S. 97; vergl. hierüber zu § 125, auch Anm. 5 zu § 50). Zur Belastung gehört nicht die Vermiethung und Verpachtung von Grundstücken, weil dieselbe nach dem B.G.B. keine dingliche Wirkung hat (vergl. Crome in Iherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 1 ffg.; Planck Anm. 2 in der Vorbemerkung von § 535 B.G.B.; Neumann, Handausgabe Anm. II zu § 570 B.G.B.), zur Veräußerung gehört auch die Einräumung des Miteigenthums (§ 1008 B.G.B.). Wohl befugt ist aber der Prokurist zum Erwerbe und zur Entlastung von Grundstücken. Bestellung einer Restkaufgelderhypothek bei Erwerb eines Grundstücks ist ihm durch diesen Paragraphen nicht verboten, das ist eine Erwerbsmodalität (O.L.G. Dresden in Busch Archiv 47 S. 62). Anm. 2.

Nicht legitimirt ist der Prokurist ferner zu solchen Rechtsakten, die eine Vertretung überhaupt nicht zulassen, weil sie von den Gesetzen als höchst persönliche Akte des Inhabers des Handelsgewerbes angesehen werden. (Eidesleistung, Unterschrift der Bilanz, Prokuraertheilung, Abgabe der Gründererklärung nach § 191, Selbsteinschätzungsdeklaration [letzteres s. R.G. in Strafsachen 29 S. 93].)

§ 50.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden soll.

Eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

Der Paragraph stellt die in der **Prokura** enthaltene Vollmacht als **unbeschränkbar** hin. Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Die Unbeschränkbarkeit ist als Prinzip aufgestellt.** Das Prinzip gilt:

a) **nur gegen Dritte.** Mit dieser Seite beschäftigt sich der Paragraph allein. Für das innere Verhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Prokuristen entscheidet der Auftrag (R.G. 30 S. 21; vergl. Anm. 1 zu § 48). Die Ueberschreitung des Auftrags macht den Prokuristen dem Chef gegenüber verantwortlich. Das Geschäft aber bleibt giltig, und weder der Prinzipal noch der Dritte können sich auf die Ueberschreitung berufen.

b) **gegenüber Dritten aber besteht die Unbeschränkbarkeit absolut.** Eine Beschränkung darf daher nicht eingetragen werden (Johow 12 S. 30). Die dennoch eingetragene Be- Anm. 2.

schränkung ist unwirksam. Auch die Kenntniß des Dritten von der vorhandenen Beschränkung macht sie nicht wirksam. Es sei denn, daß **Kollusion** vorläge. Diese aber ist nicht schon in jeder Kenntniß der Beschränkung zu finden (R.O.H. 6 S. 131), sondern ist erst dann vorhanden, wenn der Prokurist seine nach außen unbeschränkte Legitimation mißbraucht, um absichtlich zum Nachtheil des Prinzipals zu handeln, und der Dritte bei der Verwirklichung dieser Absicht wissentlich mitwirkt (R.G. 9 S. 148; Bolze 4 Nr. 447). Näheres über die Kollusion die Erl. zu § 126.

Anm. 3. 2. (Abs. 2 u. 3.) **Giebt es Ausnahmen von dem Prinzip der Unbeschränkbarkeit?** Beschränkungen in Bezug auf Summen, Gegenstände, Geschäftszweige, Orte oder durch Hinzufügung von Bedingungen und Befristungen sind unwirksam.

Keine Ausnahme, sondern eine durch den innigen Zusammenhang zwischen Prokura und Firma gerechtfertigte Erscheinung ist es, wenn ein Kaufmann, der mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreibt, einen Prokuristen nur für das unter einer Firma betriebene Geschäft bestellt, und das neue H.G.B. that nicht Recht, seine Ausdrucksweise so zu wählen, als läge darin eine Beschränkung der Prokura. Man darf aus dieser Ausdrucksweise nicht die Folgerung ziehen, als müßte diese Beschränkung besonders eingetragen werden. Sie ergiebt sich vielmehr dadurch von selbst, daß die Prokura für eine bestimmte Firma ertheilt wird (vergl. hierüber auch Anm. 5 zu § 53). Betreibt dagegen der Kaufmann mehrere Geschäfte unter einer Firma (eine Aktiengesellschaft z. B. kann nur eine Firma führen, Anm. 9 zu § 22), so bezieht sich die Prokura auf alle Etablissements. Die Bestellung eines Prokuristen lediglich für eine Zweigniederlassung wäre hiernach bedenklich, da das Gesetz die Prokura für eine von mehreren Niederlassungen eines Kaufmanns nur zuläßt, wenn die Niederlassungen verschiedene Firmen haben, während die Zweigniederlassung eine absolut verschiedene Firma von der der Hauptniederlassung nicht haben darf (Anm. 7 zu § 30). Um dieses Bedenken zu beseitigen, bestimmt Abs. 3, daß im Sinne dieser Vorschrift eine Firmenverschiedenheit schon durch einen Zusatz begründet wird, der das Geschäft als Zweigniederlassung bezeichnet. In Folge dessen kann auch eine Akt.-Ges., obwohl diese nur eine Firma haben kann, einen besonderen Prokuristen für eine Zweigniederlassung bestellen. Denn ein solcher Zusatz begründet keine wirkliche Firmenverschiedenheit und doch eine solche im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 4. Nicht als Ausnahme betrachtet das Gesetz ferner das Institut der Kollektiv-Prokura. Ueber dieses s. Anm. 9ffg. zu § 48.

Anm. 5. Zulässig aber ist nach dem Gesetze eine Prokura derart, daß der Prokurist nur zusammen mit einem Gesellschafter oder einem Vorstandsmitgliede einer Aktiengesellschaft vertretungsberechtigt sein soll. Dies war nach unserer Ansicht früher nicht zulässig, wohl aber nach der Rechtsprechung (vergl. R.G. 40 S. 17). Jetzt folgt es aus §§ 125 Abs. 3; 232 Abs. 2. Man kann diese Gesetzesbestimmungen nicht etwa dahin auffassen, daß die betreffenden Gesellschafter und Vorstandsmitglieder in dieser Weise in ihrer Vertretungsbefugniß beschränkt werden könnten, daß aber der betreffende Prokurist in solchem Falle alleiniges Vertretungsrecht habe. Vielmehr ist in diesem Falle der Prokurist nur mit dem Vorstandsmitgliede oder mit dem Gesellschafter kollektivvertretungsberechtigt. Der Umfang dieser Kollektivberechtigung aber richtet sich nach dem Umfange der Vertretungsbefugniß des Gesellschafters oder des Vorstandsmitgliedes, sodaß darin in gewissem Sinne eine Erweiterung der Vertretungsbefugniß des Prokuristen liegt. (So zutreffend Johow 15 S. 97; Makower S. 90; während Düringer und Hachenburg I S. 170 annehmen, daß darin eine Beschränkung der Vollmacht des Vorstandsmitgliedes oder Gesellschafters läge, dies aus dem nicht schlüssig erscheinenden Grunde, weil nur die Vollmachtsträgerin eine Mehrheit von Personen sei, für den Inhalt der Vollmacht aber die Vertretungsbefugniß jedes einzelnen Mitgliedes dieser Personenmehrheit entscheidend sei.) — Näheres über diese Vertretungsform s. Erläuterung zu § 125.

§ 51.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bestimmt, wie der Prokurist die Firma zu zeichnen hat.** Der frühere Art. 44 fügte noch hinzu, daß bei einer Kollektivprokura die Firma in der Weise zu zeichnen ist, daß jeder Prokurist die Firma, einen die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen zu zeichnen hat. Diese letztere Vorschrift ist als selbstverständlich weggefallen (Denkſch. S. 50). Man wird also annehmen müssen, daß sie auch jetzt gilt.

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift** oder, wie Thöl S. 202 treffend bemerkt, nur ein Wunsch des Gesetzgebers, kein Rechtssatz. So ist er auch vom R.O.H. stets aufgefaßt worden. Dasselbe hat wiederholt ausgesprochen, daß von der Beachtung der hier vorgesehenen Form die Rechtsbeständigkeit der Zeichnung nicht abhängt, daß der Prinzipal vielmehr auch verpflichtet wird, wenn die Firma ohne Zusatz oder der Name des Prokuristen ohne Firma gezeichnet ist (Bd. 10 S. 56; Bd. 12 S. 133), oder wenn die Formvorschrift nur theilweise befolgt ist, z. B. p. p. ohne den Namen des Prokuristen (Bd. 18 S. 99) oder der Name des Prokuristen mit vorgedruckter Firma (Bd. 14 S. 319), oder endlich gar der Name des Prokuristen allein, falls nur aus den Umständen hervorgeht, daß er als Prokurist gehandelt habe (R.O.H. 15 S. 76). Auf dem gleichen Standpunkte steht das Kammergericht (Johow 11 S. 37; 13 S. 171) und das R.G. (30 S. 405); vergl. auch R.G. 28 S. 118 (anders anscheinend O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 242). Alles das gilt sogar, wie aus den citirten Entscheidungen R.O.H. 10 S. 56 und 18 S. 99 hervorgeht, für Formalakte wie Wechsel (Staub, W.O., § 8 zu Art. 95). Es kommt nur darauf an, daß ausdrücklich oder nach den Umständen für den Prinzipal gehandelt werden sollte (§ 164 B.G.B.), und auch § 126 B.G.B., der zur Giltigkeit der schriftlichen Form „eigenhändige" Unterschrift des Ausstellers verlangt, hat hieran nichts geändert, da hiermit nur gefordert ist, daß der Aussteller (also der Kontrahent selbst oder sein Vertreter, — § 167 Abs. 2 B.G.B. —) eigenhändig unterschreibt (oder unterkreuzt), während darüber, ob der Vertreter seinen oder des Prinzipals Namen zu unterschreiben hat, hier nichts gesagt ist. In dieser Hinsicht ergiebt sich vielmehr aus § 164 B.G.B., daß der Vertreter auch mit dem Namen des Prinzipals zeichnen kann (anders Goldmann u. Lilienthal S. 119), vergl. Näheres hierüber unsere Erl. zu § 350 H.G.B.

Daraus folgt, daß die Erklärung des Prokuristen (abgesehen von Formalakten) auch mündlich und stillschweigend erfolgen kann, ja auch das Zusammenwirken der Kollektiv-Prokuristen kann auf konkludenter Handlung beruhen (Anm. 10 zu § 48).

§ 52.

Die Prokura ist ohne Rücksicht auf das der Ertheilung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Die Prokura ist nicht übertragbar.

Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph behandelt drei heterogene Materien: 1. die Widerruflichkeit der Prokura (Abs. 1), 2. die Nichtübertragbarkeit derselben (Abs. 2), 3. das Nichterlöschen durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Widerruflichkeit der Prokura.**

a) Ohne diese Vorschrift wäre die in der Prokura liegende Vollmacht nicht absolut einseitig widerruflich; vielmehr wäre dies dann nicht der Fall,

wenn sich die Unwiderruflichkeit aus dem der Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ergeben würde (§ 168 B.G.B.). Um diese Konsequenz für die Prokura zu beseitigen, ist der vorliegende Paragraph gegeben.

Anm. 2. b) Ein Verzicht auf die Widerruflichkeit ist ungiltig (R.O.H. 23 S. 326; R.G. 3 S. 186; Bolze 15 Nr. 209; Denkschr. S. 50), wie es in Folge der Vorschrift unseres Paragraphen auch kein Klagerecht auf Ertheilung einer kontraktlich zugesagten Prokura giebt (R.O.H. 5 S. 349; R.G. 27 S. 35).

Anm. 3. c) **Wie erfolgt der Widerruf der Prokura?** Nach § 168 B.G.B. erfolgt der Widerruf einer Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vollmacht gelten soll. Wendet man dies auf die Prokura an, so erfolgt der Widerruf nur durch Erklärung gegenüber dem Prokuristen. Die andere Widerrufsart ist hier nicht ausführbar, weil die Prokura zur Vertretung gegenüber jedem Dritten berechtigt. — Die Widerrufserklärung hat Dritten gegenüber nur Wirkung unter den Voraussetzungen des § 15. Danach ist § 171 Abs. 2 B.G.B. (die Vertretungsvollmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung des Widerrufs in derselben Weise erfolgt ist, wie die Vollmachtsübertragung) hier nicht anwendbar, weil hier die handelsrechtliche Sondervorschrift über die Wirkungen eintragungsbedürftiger Erklärungen im Falle der Eintragung und Nichteintragung an die Stelle treten (Düringer u. Hachenburg I S. 171; vergl. übrigens auch Anm. 5 zu § 53).

Anm. 4. d) **Der Widerruf hebt den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung nicht auf,** wie das Gesetz jetzt hervorhebt. Aber auch sonstige Folgen kann der Widerruf haben. So wird sicherlich durch die Entziehung der Prokura das Dienstverhältniß ein wesentlich anderes, eine Alterirung, die sich der Prokurist nicht ohne Grund gefallen zu lassen braucht. Kann er auch auf Belassung der Prokura nicht klagen, so kann ihm die Entziehung doch andere Rechte geben: Auflösung des Dienstverhältnisses (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 71); Entschädigung (R.G. vom 25. Nov. 1893 in J.W. 1894, S. 19 u. 20; O.L.G. Braunschweig in G.Z. 37 S. 535; vergl. auch R.O.H. 5 S. 349), und da die Ansprüche auf vertragsmäßige Entschädigung gewahrt bleiben, so ist auch ein etwaiger Anspruch auf Konventionalstrafe gewahrt (vergl. auch Düringer u. Hachenburg I S. 181). Die Entschädigung wird z. B. dann eine Rolle spielen, wenn die vertragsmäßige Vergütung mit der Ausübung der Prokura in untrennbarem Zusammenhange steht, z. B. bei Gewährung einer Dienstwohnung (vergl. R.G. 22 S. 39).

Selbstverständlich aber kann der Grund der Prokuraentziehung gerechtfertigt oder sogar so beschaffen sein, daß der Prinzipal gleichzeitig zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses überhaupt befugt erscheint.

Anm. 5. e) **Kann der Prokurist selbst die Prokura zu jeder Zeit niederlegen?** Das Gesetz sieht das nicht besonders vor. Vielmehr greift in dieser Hinsicht § 168 B.G.B. Platz, wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse richtet: ein durch Dienstvertrag angestellter Prokurist bleibt daher, wenn der Prinzipal die Prokura nicht früher widerruft, Prokurist, bis zur rechtmäßigen Beendigung des Dienstverhältnisses. Er kann die Prokura nicht selbstständig niederlegen und dadurch zum Erlöschen bringen. Es kann aber durch Vertrag dies Recht zur jederzeitigen Niederlegung der Prokura vereinbart sein; aber auch dann darf dies — zur Vermeidung des Schadenersatzes — ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit geschehen (§§ 675, 671 Abs. 2).

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Die Prokura ist nicht übertragbar.** Der Prokurist kann die ihm übertragene Prokura nicht auf Andere übertragen, auch nicht — und darin geht diese Bestimmung offensichtlich weiter, als die analoge Bestimmung betreffend die Handlungsvollmacht: § 58 — mit Einwilligung des Prinzipals. Will der Prinzipal erreichen, daß die Prokura auf eine andere Person übergeht, so mag er eine neue Prokura ertheilen und dem ersten Prokuristen die Prokura entziehen. Andererseits ist nur gemeint, daß die Prokura mit ihrer gesammten Machtfülle nicht übertragen werden kann. Die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten ist dem Prokuristen nicht verwehrt (Anm. 1 zu § 49).

3. (Abs. 3.) **Die Prokura erlischt nicht durch den Tod des Prinzipals.** Diese Bestimmung ist im Großen und Ganzen überflüssig, da schon nach dem B.G.B. (§§ 168, 672, 675) eine auf Auftrag oder Dienstvertrag beruhende Vollmacht durch den Tod des Prinzipals im Zweifel nicht erlischt. Die vorliegende Vorschrift geht insofern weiter, als sie bestimmt, daß jede Prokura, auf welchem Rechtsgrunde sie auch immer beruhen möge, durch den Tod des Machtgebers nicht erlischt, und zwar nicht bloß im Zweifel, sondern überhaupt, natürlich aber nur so lange, als die Parteien nicht etwas anderes bestimmen. Hier tritt der Unterschied zwischen Auslegungsvorschrift und Dispositivvorschrift hervor, den Planck I S. 21 hervorhebt (vergl. auch unsere Allgemeine Einleitung, Anm. 44). „Im Zweifel" bedeutet eine Auslegungsregel: Die Vorschrift greift Platz, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Parteien etwas anderes gewollt haben. Eine Dispositivvorschrift greift auch dann Platz, wenn keine der Parteien etwas anderes gewollt hat und es zu einer abweichenden Vereinbarung nicht gekommen ist. So überdauert die Prokura den Tod des Prinzipals, da eine Dispositivvorschrift vorliegt, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben, auch wenn z. B. beide Theile gewollt haben, die Prokura soll den Tod nicht überdauern, aber beide verschiedene Bedingungen hieran geknüpft haben, sodaß es zu einer Einigung über diesen Punkt nicht kam. Bei der Vollmacht wäre das anders: Diese soll nur im Zweifel den Tod des Prinzipals überdauern, wenn aber beide Theile dies nicht gewollt haben, so liegt der Fall nicht vor. Anm. 7.

Es kann aber, wie hieraus ersichtlich ist, Gegentheiliges vereinbart werden, aber nur mit Wirkungen inter partes. Dritten gegenüber gilt eine solche Beschränkung nicht, auch wenn sie eingetragen wurde, auch wenn der Dritte sie kannte, bis zur Grenze der Kollusion (vergl. über alles dies Anm. 2 zu § 50). Anm. 8.

Zusatz. Sonstige Erlöschungsgründe der Prokura. Anm. 9.

1. Tod des Prokuristen. Bei der eigenartigen Machtfülle, welche die Prokura enthält, wird man annehmen, daß sie durch den Tod des Prokuristen erlischt. (Uebereinstimmend Düringer u. Hachenburg Bd. I S. 168). Bei gewöhnlichen Vollmachten ist dies nicht nothwendig der Fall (vergl. Anm. 67, 68 im Exkurse zu § 58).
2. Endigung des die Prokura begründenden Rechtsverhältnisses. Dieser für alle Vollmachten geltende Erlöschungsgrund (§ 168 B.G.B.; Anm. 66 im Exkurse zu § 58) gilt auch hier, nur daß selbstverständlich dem Dritten das Erlöschen nur unter den Voraussetzungen des § 15 entgegengehalten werden kann. Anm. 10.
3. Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und Verschollenheit des Prinzipals? (Siehe hierüber Anm. 72 im Exkurse zu § 58.) Anm. 11.
4. Konkurs des Prinzipals. Derselbe hat das Erlöschen der Prokura schon deshalb zur Folge, weil damit die Einstellung des Gewerbebetriebes verbunden ist (vergl. Anm. 24 zu § 1). Ueber Einstellung des Gewerbebetriebes siehe noch die folgende Nummer. Dazu tritt aber noch die positive Bestimmung des § 23 Abs. 1 u. 2 K.O., wonach ein Mandat (Auftrag, Dienst- und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung) durch den Konkurs des Prinzipals erlischt. Damit erlischt auch die auf dem Mandate beruhende Prokura. Handelt der Prokurist gleichwohl, so sind seine Handlungen nichtig, wie wenn der Gemeinschuldner selbst gehandelt hätte (§ 7 K.O.). Der Schutz des § 15 kommt dem Dritten zum Nachtheil der Konkursgläubiger nicht zu statten (§ 32 H.G.B.), nur der gute Glaube auf die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 7 K.O.). Anm. 12.
5. Einstellung des Gewerbebetriebes bringt die Firma zum Erlöschen und dadurch auch die Prokura (R.G. 12 S. 11). (Unter Umständen wird man allerdings annehmen müssen, die Prokura verwandle sich in eine gewöhnliche Vollmacht, nämlich in die Vollmacht zur Vornahme der zur Abwickelung erforderlichen Geschäfte.) Der Ertheiler hört durch die Einstellung des Gewerbebetriebes auf, Kaufmann zu sein; auch wenn er im Register eingetragen ist, kann doch der Einwand, daß er überhaupt kein Gewerbe betreibe, erhoben werden (§ 5), aber natürlich kann dies dem Dritten nur unter den Voraussetzungen des § 15 entgegengehalten werden. Anm. 13.

Anders, wenn der Geschäftsinhaber nicht überhaupt aufhört, Gewerbetreibender zu sein, sondern nur der Charakter des Geschäfts sich dahin gestaltet, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe oder wenigstens kein Vollhandelsgewerbe mehr ist. In diesem Falle gilt der Eingetragene als Vollkaufmann, so lange er eingetragen ist, und solange besteht auch die von ihm ertheilte Prokura (§ 5; vergl. Anm. 4 zu § 48).

Anm. 14. 6. Löschung der Firma an sich bringt die Prokura ebenfalls nicht zur Erlöschung (anders Düringer u. Hachenburg I S. 183). Denn die Prokura setzt nicht eine eingetragene Firma voraus. Es kommt daher in solchen Fällen darauf an, ob der Gewerbebetrieb eingestellt ist. Anders natürlich dort, wo die Eintragung zur Kaufmannsqualität gehört (§§ 2, 3 Abs. 2). Ebenso bringt die Löschung der Prokura an sich dieselbe nicht zur Aufhebung. Aenderung der Firma hat das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge (Düringer u. Hachenburg I S. 183).

Anm. 15. 7. Wird das Geschäft veräußert, so erlischt die Prokura ebenfalls. Sie gilt nur für denjenigen Inhaber des Handelsgewerbes, der sie bestellt hat. Der neue Prinzipal wird durch die von seinem Vorgänger ertheilte Prokura nur verpflichtet, wenn er dieselbe ausdrücklich aufrecht erhält (§ 48). Sie muß in solchen Fällen eigentlich gelöscht und wieder eingetragen werden. Doch wird nichts entgegenstehen, von dieser umständlichen Formalität abzusehen, wenn der Prinzipal bei der Anmeldung des Firmeninhaber-Wechsels erklärt, daß die Prokura für ihn wieder gelten soll, wie man ja auch das Erlöschen der Prokura zu einem bestimmten Zeitpunkte nicht anzumelden braucht, wenn sie alsbald wieder ertheilt wird. Daraus folgt zugleich, daß sich der neue Firmeninhaber auch ohne Löschung und Wiedereintragung die Prokura gemäß § 15 entgegenhalten lassen muß.

§ 53.

Die Ertheilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Prokura als Gesammtprokura ertheilt, so muß auch dies zur Eintragung angemeldet werden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise wie die Ertheilung zur Eintragung anzumelden.

Einleitung. **Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens.** Die Prokura ist die einzige Handlungsvollmacht, welche eintragungspflichtig und eintragungsfähig ist. Die Eintragung der Prokura ist aber nicht wesentlich für ihre Ertheilung und ihre Existenz, sondern nur als Ordnungsvorschrift angeordnet und umgekehrt ist eine nicht angemeldete, sondern nur durch das Versehen des Registerbeamten eingetragene Prokura rechtsunverbindlich (R.O.H. 23 S. 285).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Anmeldung liegt dem Inhaber des Handelsgewerbes ob,** oder, wie aus § 48 sich ergiebt, dessen gesetzlichem Vertreter. Bei Handelsgesellschaften sind diejenigen Personen, welche die Gesellschaft nach außen zu vertreten berechtigt sind, zur Anmeldung legitimirt, nicht nothwendig alle Gesellschafter (siehe § 126 und per arg. e contr. § 125 Abs. 4) oder alle Vorstandsmitglieder, da auch hier nichts Gegentheiliges angeordnet ist (vergl. Anm. 4 zu § 12; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1080 u. Nr. 1509). Zum Register der Zweigniederlassung braucht trotz § 13 die Prokura dann nicht angemeldet zu werden, wenn sie sich auf die Zweigniederlassung nicht bezieht, welche Beschränkung zulässig ist (vergl. § 50 Abs. 3 u. Anm. 3 dazu). — Ist eine Prokura als Gesammtprokura ertheilt, so muß auch dieses angemeldet werden. Erfolgt die Eintragung des Kollektivcharakters nicht, so kann derselbe dem dritten Gutgläubigen nicht entgegengehalten werden (§ 15).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Der Prokurist hat seine Firmenzeichnung einzureichen,** und zwar hat er nach dem Wortlaut des Gesetzes die Firma und seine Namensunterschrift zu zeichnen, ein

Stempeldruck der Firma genügt nicht. Das gilt auch für die Aktiengesellschaft. (Johow 11 S. 37.) Im Uebrigen siehe über die Form der Firmenzeichnungseinreichung § 12.

3. (Abs. 3.) **Das Erlöschen ist in gleicher Weise von dem Prinzipal anzumelden** und zwar **jedes Erlöschen.** Die einzelnen Erlöschungsgründe sind zu § 52 behandelt. Die Erlöschung ist nur dann einzutragen, wenn die Prokura eingetragen war. Die Prokura braucht ferner nicht gelöscht zu werden, wenn sie wieder ertheilt wird, ehe sie gelöscht ist (vergl. hierzu Anm. 15 zu § 52), so auch im Falle eines Wechsels in der Firmeninhaberschaft (Anm. 15 zu § 52), doch ist die Löschung in jedem Falle wichtig wegen der Wirkungen des § 15. **Die Anmeldung des Erlöschens liegt dem Prinzipal ob** (oben Anm. 1). Dem Prokuristen wird man aber ein Recht zugestehen müssen, zumal in den Fällen eigener Kündigung, auf Bewirkung der Anmeldung hinzuwirken, sowohl durch Anträge beim Registergericht (Anm. 5 zu § 14), als auch durch Klage gegen den Prinzipal. Anm. 3.

Zusatz 1. Ueber die Form der Anmeldung der Prokura (ob sie durch Bevollmächtigte erfolgen kann ꝛc., darüber siehe zu § 12). Anm. 4.

Zusatz 2. Ueber die Folgen der Eintragung und Nichteintragung der Prokura verhält sich die allgemeine Bestimmung des § 15. Es gelten daher die dort gegebenen Erläuterungen. Hinzuzufügen ist Folgendes: Anm. 5.

1. Da Beschränkungen der Prokura, insbesondere auch Zeitbeschränkungen und Bedingungen, auch dann nicht gelten, wenn sie eingetragen sind, so ist, wenn die Prokura durch Ablauf der Zeitbestimmung oder durch Wegfall der Bedingungen erlischt, das Erlöschen auch in diesem Falle einzutragen.

   Die Beschränkung der Prokura auf eine von mehreren Niederlassungen mit verschiedenen Firmen ist keine eigentliche Beschränkung. Es besteht, wie schon im § 50 ausgeführt ist, ein derartiger Zusammenhang zwischen Firma und Prokura, daß man die Ertheilung der Prokura für die durch eine bestimmte Firma umgrenzte Verwaltungssphäre nicht als Beschränkung, sondern nur als naturgemäße Ertheilungsart der Prokura auffassen kann. Es liegt eine naturgemäße Grenzbestimmung, keine Beschränkung einer an sich mit weiteren Grenzen ausgestatteten Vollmacht vor. Demgemäß gilt diese Umgrenzung, auch ohne daß sie besonders als solche bei der Eintragung markirt ist, gegen jeden Dritten (vergl. Anm. 3 zu § 50). Ueber die Folgen der Nichteintragung einer Kollektivprokura siehe oben Anm. 1.
2. Aus dem Erlöschen der Firma folgt auch das Erlöschen der Prokura und ebenso aus der eingetragenen Liquidation einer Handelsgesellschaft, weshalb, wer diese Umstände kannte oder kennen mußte, auch das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen muß (vergl. noch Anm. 13 zu § 52). Nicht das Gleiche gilt, wenn man den Tod des Prinzipals kennt. (Hierüber Anm. 8 zu § 52.) Anm. 6.
3. Der § 15 kann auch auf das innere Verhältniß zwischen Prokuristen und Prinzipal analoge Anwendung finden. Denn es kann vorkommen, daß die Prokura erlischt, ohne daß der Prokurist dies weiß. Es ist ihm z. B. das Dienstverhältniß durch öffentliche Zustellung gekündigt worden (§ 132 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 7.
4. Auf Handlungsbevollmächtigte findet der § 15 keine Anwendung (R.O.H. 4 S. 302). Hierüber im Exkurs zu § 58. Anm. 8.
5. Wohl aber bezieht sich der § 15 auch auf nicht eingetragene Prokuren. Diese müssen, wenn ihr Erlöschen dem gutgläubigen Dritten gegenüber gelten soll, zunächst eingetragen, alsdann wieder gelöscht werden (vergl. Anm. 4 § 15). Anm 9.

Exkurs zu § 53.

Ergänzungen zur Lehre von der Prokura.

I. **Ueber die Wirkungen der Stellvertretung.** Hier gilt das Prinzip der direkten Stellvertretung. Es greift das allgemeine Prinzip des § 164 B.G.B. Platz. Der Art. 52 H.G.B., der das- Anm. 1

selbe für die handelsrechtliche Vollmacht und für die Prokura besonders aussprach, konnte in Folge dessen fortfallen.

Im Einzelnen gilt hier das Gleiche, wie bei der Handlungsvollmacht (vergl. daher unsere Ausführungen Anm. 1 flg. im Exkurse zu § 58).

Anm. 2. II. **Die Frage, ob und wann der Prokurist mit sich selbst kontrahiren kann,** richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Vollmacht (vergl. daher unsere Ausführungen Anm. 10 flg. im Exkurse zu § 58).

Anm. 3. III. **Ueber die Haftung des Prinzipals für Versehen des Prokuristen** gelten die gleichen Grundsätze, wie über die Haftung für Versehen der Bevollmächtigten überhaupt (vergl. daher unsere Ausführungen Anm. 26 flg. im Exkurse zu § 58).

Anm. 4. IV. **Handelt der Prokurist im eigenen Namen,** so entstehen die gleichen Rechtsfolgen, wie wenn ein sonstiger Bevollmächtigter in eigenem Namen handelt (vergl. daher unsere Ausführungen Anm. 38 im Exkurse zu § 58).

Anm. 5. V. **Handelt Jemand als Prokurist, ohne Prokurist zu sein,** so sind die Rechtsfolgen die gleichen, wie wenn sonst Jemand als Pseudovertreter auftritt (vergl. daher unsere Ausführungen Anm. 39 flg. im Exkurse zu § 58 ad G). Die gleichen Grundsätze finden Anwendung, wenn Jemand als Einzelprokurist handelt, während er nur Kollektivprokurist ist.

§ 54.

Ist Jemand ohne Ertheilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung ist der Handlungsbevollmächtigte nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist.

Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht braucht ein Dritter nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kannte oder kennen mußte.

Der vorliegende Paragraph handelt von dem Begriff und dem Umfange der Handlungsvollmacht.

Anm. 1. I. **Begriff der Handlungsvollmacht.** Eine Handlungsvollmacht liegt vor, wenn Jemand einen Anderen ohne Ertheilung der Prokura zum Betriebe eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten, zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte ermächtigt.

Anm. 2. 1. **Es ist Jemand ermächtigt,** d. h. die betreffende Vollmacht muß ihm ertheilt sein. In welcher Weise eine Vollmacht ertheilt wird, richtet sich jetzt nach dem B.G.B. Der § 167 B.G.B. bestimmt hierüber, daß die Ertheilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung erfolgen soll, geschieht. Einer Form bedarf es nicht (vergl. unten Anm. 12). Die bevollmächtigende Erklärung kann schriftlich oder mündlich, auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Der Vollmachtsertheilung gleich gilt nach § 171 B.G.B. die besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung, daß eine Vollmacht ertheilt sei; auf Grund einer solchen Kundgebung ist der hierbei als Vertreter Bezeichnete dem Dritten bezw. jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt, und eine Kundgebung solcher Art bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.

Alles dies entspricht auch dem, was schon früher im Handelsrecht nach allgemeinen Grundsätzen gegolten hat. **Im Handelsverkehr wird besonders wichtig die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung erfolgen soll.** Diese Erklärung kann nämlich auch eine stillschweigende Erklärung sein, eine Erklärung durch konkludente Handlungen (vergl. Planck I S. 164, Vorbemerkung vor § 116 B.G.B.). **Eine solche konkludente Handlung liegt insbesondere dann vor, wenn Jemand sich einem Dritten gegenüber als Bevollmächtigter gerirt und der Prinzipal dies in einer Weise geschehen läßt, die im redlichen Rechtsverkehr nur als Bevollmächtigung aufgefaßt werden kann.** Diese konkludente Vollmachtsertheilung ist es, welche im Handelsverkehr eine große Rolle spielt. Anm. 3.

Für diese konkludente Vollmachtsertheilung gilt Folgendes:

Ob der Prinzipal Vollmacht ertheilt und welchen Inhalt er derselben giebt, das richtet sich nach dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Prinzipals. Die Vollmacht ist wohl zu unterscheiden vom Auftrag. Dieser berührt das innere Verhältniß des Prinzipals zum Vertreter, während die Vollmacht die Legitimation gegenüber Dritten bestimmt (vergl. Anm. 1 zu § 48). Maßgebend ist also, wie die Bevollmächtigung in die äußere Erscheinung tritt (vergl. Bolze 3 Nr. 436; 7 Nr. 344). Hiernach richtet sich insbesondere der Umfang der ertheilten Handlungsvollmacht, ob es sich um eine allgemeine Handlungsvollmacht oder um eine Vollmacht zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften handelt, und welche Art von Geschäften hier überall gemeint ist. Zu allen denjenigen Rechtshandlungen, welche innerhalb dieses Umfanges der Vollmacht liegen, ist der Vertreter Dritten gegenüber legitimirt. Insoweit kann sich der Dritte mit dem Vertreter einlassen. Beschränkungen, die sich hieraus nicht ergeben, dem Vertreter aber gleichwohl auferlegt sind, tangiren den Dritten nicht (vergl. Abs. 3 unseres Paragraphen). Anm. 4.

Diese Grundsätze führen zu folgenden praktischen Konsequenzen: Anm. 5.

a) Wenn ein Prinzipal es zuläßt, daß ein Anderer sich als sein Handlungsbevollmächtigter gerirt, Briefe als Handlungsbevollmächtigter zeichnet u. s. w., so liegt darin die Ertheilung einer generellen Handlungsvollmacht (R.G. 1 S. 8). Ebenso wenn Liquidatoren ihrem Angestellten den Firmenstempel zur Verfügung stellen und zulassen, daß derselbe Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts abgiebt (Bolze 3 Nr. 436). Im letzteren Falle wurde der Angestellte für bevollmächtigt erachtet, eine Anweisung auf Schuld zu acceptiren.

b) Hat der Bevollmächtigte in den Grenzen der gesetzlichen Vollmacht gehandelt, so gereicht es dem Prinzipal und nicht dem Dritten zum Nachtheil, wenn der Bevollmächtigte aus Irrthum, aus Mißverständniß der ihm vom Prinzipal ertheilten Anweisung dem Willen des Prinzipals entgegengehandelt hat. Das berührt lediglich die innere Seite, den Auftrag (R.G. 1 S. 9; 30 S. 30). Das Gleiche gilt bei absichtlicher Zuwiderhandlung gegen die Instruktion. Anders nur, wenn der Dritte annehmen mußte, der Bevollmächtigte handle gegen seine Instruktion (vergl. unten Anm. 22). Anm. 6.

c) Aus dem Verhalten des Prinzipals bei der Ausführung früherer durch den Bevollmächtigten abgeschlossener Geschäfte sind Folgerungen auf den Umfang der Vollmacht zulässig (R.O.H. 10 S. 142). Anm. 7.

d) Die praktisch wichtige Frage nach der Inkasso-Vollmacht anlangend, so besitzt jeder Bevollmächtigte dieselbe, zu dessen Thätigkeitskreis die Einkassirung gewöhnlich gehört (vergl. Abs. 1 unseres Paragraphen). Aber abgesehen hiervon kann eine Bevollmächtigung zur Einkassirung aus dem Verhalten des Prinzipals entnommen werden. Ein solches Verhalten liegt nicht in der bloßen Thatsache, daß der Prinzipal die dem Gehilfen eingehändigte Zahlung unbeanstandet und ohne Widerspruch in Empfang nahm; denn eine ihm überbrachte Zahlung kann der Prinzipal entgegennehmen, durch wen sie ihm geschickt wird, er hat keine Veranlassung, sie zu beanstanden und gegen sie zu protestiren (R.O.H. Bd. 19 S. 127; während R.O.H. 9 S. 104 und Anm. 8.

13 S. 211 von anderen Anschauungen ausgehen), wohl aber darin, daß der Gehilfe ganz gewöhnlich in Abwesenheit des Prinzipals für diesen Geldzahlungen in Empfang nimmt (R.G. bei Puchelt Anm. 3), und ebenso darin, daß der Prinzipal es zugelassen hat, daß der Gehilfe wiederholt Gelder gegen Blankoquittung abgehoben hat (R.O.H. 11 S. 33). Es kommt in solchen Fällen nicht darauf an, ob der Gehilfe allgemein oder im einzelnen Falle den Auftrag hatte, einzukassiren, weil eben für das Vorhandensein der Vollmacht nur die äußeren Umstände entscheidend sind.

Anm. 9. e) Der Dritte darf, wenn keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen, dem Vertreter trauen hinsichtlich der ausgesprochenen oder thatsächlichen Angaben desselben über den Umfang seiner Vollmacht, und ein Mißbrauch Seitens des Vertreters ist im Zweifel von dem Prinzipal zu vertreten (R.O.H. 10 S. 143). Die Entscheidung ist richtig aus dem oben in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkte, daß für den Dritten die äußere Erscheinung der Vollmacht maßgeblich ist, und weil dieser Gesichtspunkt hier zutraf. Ohne Weiteres dem Handlungsbevollmächtigten trauen darf der Dritte nicht. Hier lag der Fall so, daß eine Handelsfrau ihren Ehemann zu Einkäufen bei ihr bekannten Firmen bevollmächtigt hatte und daß der Ehemann auf Grund dieser Vollmacht bei verschiedenen Firmen Waaren eingekauft hatte. In die äußere Erscheinung trat nur die Bevollmächtigung zu Einkäufen, die Beschränkung, daß dies nur bei Firmen, die der Beklagten bekannt waren, geschehen sollte, trat nicht in die Erscheinung, und aus diesem Grunde galt der Ehemann Dritten gegenüber zu Einkäufen überhaupt bevollmächtigt. (Aehnlich lag der Fall bei Bolze 7 Nr. 344, desgleichen bei O.G. Wien vom 29. März 1881, Adler u. Clemens Nr. 961.) Richtig formulirt ist der Grundsatz in dem Erkenntniß des R.O.H. vom 23. Juli 1877, welches Keyßner Anmerkung 8 mittheilt (vergl. R.O.H. 5 S. 207; 16 S. 127; 23 S. 348).

Anm. 10. f) Dem Dritten, welcher gegen den ihm bekannten Inhalt der Handlungsvollmacht mit dem Handlungsbevollmächtigten kontrahirte, steht kein Anspruch gegen den Prinzipal zu (R.O.H. Bd. 12 S. 279) und ebenso, wenn er den Inhalt hätte kennen sollen (R.O.H. 5 S. 209; 20 S. 122). Vergl. unten Anm. 22.

Anm. 11. g) Ein Kaufmann, der Telephonanschluß hat, ermächtigt durch dieses Verhalten alle seine Angestellten Dritten gegenüber zur Abgabe derjenigen Erklärungen, welche dieselben thatsächlich durch das Telephon abgeben. Der Dritte muß sich darauf verlassen können, daß kein Unberufener das Telephon benutzt (L.G. I Berlin und O.L.G. Braunschweig in G.Z. 40 S. 450; anders aber L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1894 S. 26 u. 1897 S. 68). Das Analoge muß gelten für Entgegennahme von Mittheilungen durch das Telephon (L.G. Leipzig im Sächsischen Archiv Bd. 5 S. 182). Auch dafür muß der Kaufmann, der Telephonanschluß hat, Sorge tragen, daß der zum Telephoniren Angestellte ausreichende Geschicklichkeit und Muße dazu hat; sonst trägt er die Folgen entstandener Irrthümer (Kammergericht in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 2 S. 23). Das O.L.G. Hamburg (Deutsche Juristenzeitung Bd. 2 S. 288) leugnet ganz entschieden, daß der Kaufmann dem Telephonpersonal Vollmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften giebt, desgleichen Makower S. 97; Düringer u. Hachenburg I S. 185; Meili in der Deutschen Juristenzeitung 3 S. 457. Wir müssen gleichwohl unsere Meinung aufrecht erhalten, daß, wer ein Telephon in seinen Geschäftsräumen aufstellt, dadurch seinem Personal die Vollmacht ertheilt zur Abgabe von solchen Erklärungen, deren Abgabe durch das Telephon nicht dem Geschäftsgebrauch widerspricht. Würde man dies nicht annehmen, so müßte der andere Theil die Gefahr mangelnder Legitimation tragen und das wäre unberechtigt. Auch würde, wenn man sich auf telephonische Erklärungen nicht nach der Richtung verlassen dürfte, daß dieselben auch den Prinzipal binden, das Telephon derjenigen Bedeutung entkleidet werden, welche ihm im geschäftlichen Leben thatsächlich beigemessen wird. Eine andere Frage ist, ob es üblich ist, Erklärungen der gerade in Rede stehenden Art durch das Telephon abzugeben. Ist es

nicht üblich, so braucht sie der Telephonbesitzer nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie Jemand an seinem Telephon abgegeben oder entgegengenommen hat, der dazu nicht anderweit legitimirt war. Wieder auf anderem Gebiete liegt die Frage nach den Folgen thatsächlich vorgekommener Irrthümer und Mißverständnisse. Diese Frage richtet sich nach §§ 119—122 B.G.B.

2. **Daß eine Form der Ermächtigung nicht vorgeschrieben ist,** ergiebt sich aus dem in Anm. 2 Gesagten. Auch wenn das Rechtsgeschäft selbst, welches der Vertreter vornehmen soll, an eine Form geknüpft ist, ist die Vollmacht formfrei (§ 167 Abs. 2 B.G.B.). Sie kann hiernach auch mündlich erfolgen, auch durch konkludente Handlungen. Eine Registrirung der Vollmacht ist nicht vorgesehen und kann daher nicht erfolgen. Würde sie dennoch erfolgen, so hätte sie nicht die Bedeutung des § 15. — Anm. 12.

Eine Art Ausnahme von der Formfreiheit der Vollmacht ist es aber, wenn § 174 B.G.B. bestimmt, daß ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches ein Bevollmächtigter vornimmt, unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt, und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Nur dann ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Machtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte. Diese Vorschrift gilt auch im Handelsrecht und es ist auch hier zu betonen, daß das Zurückweisungsrecht nur dann wegfällt, wenn der Machtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte. Es fällt nicht etwa schon dann weg, wenn der Dritte die Vollmacht hätte kennen müssen, nicht einmal dann, wenn er sie kannte. Bei Kündigungen, Wahlrechtsausübungen, Mängelanzeigen ꝛc. kann dies von praktischer Wichtigkeit werden und unter Umständen sehr störend sein. Die Neuerung ist daher wohl zu beachten. Beim Prokuristen hatten wir gesehen, daß das Zurückweisungsrecht schon dann wegfällt, wenn die Prokura eingetragen ist (vergl. Anm. 7 zu § 48). Die Wirkung der Eintragung fällt hier weg, da, wie gesagt, die Handlungsvollmacht keine eintragungsfähige Thatsache ist.

Auf anderem Gebiete liegt und keine Ausnahme von der Formfreiheit der Vollmacht ist das Erforderniß formellen Nachweises der Vollmacht für gewisse Akte öffentlich-rechtlicher Natur (Grundbuchliche Eintragungen — §§ 29, 30 Gr.B.O. —; Anmeldung zum Handelsregister — § 12 H.G.B. —).

3. **Wer zum Handlungsbevollmächtigten bestellt werden kann,** ist ebenfalls nicht gesagt. Es sind daher die civilrechtlichen Vorschriften hier maßgebend (vergl. hierüber Anm. 3 zu § 48). Insbesondere mag hier nochmals kurz hervorgehoben werden, daß es nicht erforderlich ist, daß der Handlungsbevollmächtigte zugleich Handlungsgehilfe ist oder in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht (R.O.H. 7 S. 299). Auch ein Freund oder die Ehefrau des Prinzipals können Handlungsvollmacht erhalten oder auch ein Socius, z. B. der stille Socius. Anm. 13.

4. Auch mehreren Personen kann Kollektivhandlungsvollmacht ertheilt werden, sowohl gemeinschaftlich, wie auch jeder besonders. Wann das eine, wann das andere gewollt ist, ist Auslegungsregel. Auch dies hängt von dem in die äußere Erscheinung getretenen Willen des Prinzipals ab (oben Anm. 3 u. 4). Anm. 14.

5. **Der Ertheiler der Handlungsvollmacht** kann auch ein Minderkaufmann sein (anders bei der Prokura). Für den Prinzipal kann auch der Prokurist Handlungsvollmacht ertheilen (vergl. Anm. 1 zu § 49). Auch kann der generelle Handlungsbevollmächtigte eine begrenzte Vollmacht ertheilen, wenn dies der Betrieb der ihm übertragenen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (Anm. 1 zu § 58). Anm. 15.

6. **Der zugetheilte Geschäftskreis** ist entweder der Betrieb des ganzen Handelsgewerbes, wie beim römischen institor, oder eine bestimmte Art von Geschäften (Beispiele: Zahlkellner, Omnibusschaffner, welche Fahrkarten verkaufen, Fabrikdirektoren, Versicherungsinspektoren, Werkführer, vergl. Behrend § 53 Anm. 6); oder endlich einzelne Geschäfte, also auch ein einzelnes Geschäft (R.O.H. 1 S. 252; 16 S. 131; Behrend § 53 Anm. 5; Düringer u. Hachenburg I S. 184; anders Bolze 9 Nr. 215; Cosack S. 119). Anm. 16.

Anm. 17. 7. **Die Wirkung der Ertheilung einer Handelsvollmacht** ist die Berechtigung zu allen Geschäften, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Verwaltung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

a) **Der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes** — im Gegensatz zum Prokuristen, der zu Allem berechtigt ist, was der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Sicherlich aber ist der Handlungsbevollmächtigte ermächtigt zu Allem, was in dem Betriebe des betreffenden vom Prinzipal geführten Handelsgewerbes üblich ist. Hält sich der Handlungsbevollmächtigte in diesen Schranken, so kommt es auf die allgemeine Ueblichkeit nicht mehr an (R.O.H. 6 S. 153).

Anm. 18. b) **Die Vornahme derartiger Geschäfte.** Daraus folgt, daß der Handlungsbevollmächtigte nicht bloß die Geschäfte abschließen, sondern auch die später nothwendigen Verhandlungen, sowie die auf die Ausgleichung von Schwierigkeiten bei der Ausführung abzielenden führen darf, was sich auch auf die Vollmacht zu einzelnen Geschäften bezieht (Str.Archiv 69 S. 348).

Anm. 19. c) **Gewöhnlich mit sich bringt.** Der Handlungsbevollmächtigte darf im Gegensatz zum Prokuristen nichts thun, was im Geschäftsbetriebe ungewöhnlich und selten ist, aber alles das, was der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt; ob darunter Zahlungsempfangnahmen, Fristbewilligungen, Vergleichsabschlüsse, Nachlässe ꝛc. verstanden werden, beantwortet sich danach, ob es bei der Natur des betreffenden Handelsgewerbes, der betreffenden Stellung, der Verkehrsbedürfnisse und der kaufmännischen Gebräuche anzunehmen ist (R.O.H. 6 S. 400).

Für ungewöhnlich hat das R.O.H. bei einem zum Abschluß eines Kaufgeschäfts über Kurs habende und im Kurse schwankende Effekten durch den Bevollmächtigten die Prolongation des Engagements erklärt (Bd. 1 S. 251); ebenso ist von der Rechtsprechung die Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt für ungewöhnlich erklärt worden (Hofgericht Gießen G.Z. 2 S. 402), für gewöhnlich bei einem generellen Handlungsbevollmächtigten die Untersuchung und Beanstandung, sowie die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der ankommenden Waarensendungen (R.O.H. 15 S. 305). (Vergl. noch unten Anm. 20.)

Zu unterscheiden sind übrigens oft die Handlungen selbst und die mit ihnen verknüpften Präjudize. In der Zahlungsempfangnahme liegt z. B. oft ein Rechtsverzicht, die Empfangnahme der Zahlung durch den Bevollmächtigten begründet aber den Rechtsverzicht nicht ohne Weiteres (Hahn § 11 zu Art. 47; vergl. Anm. 4 zu § 56).

Anm. 20. 8. **Als außerhalb der Handlungsvollmacht liegend und daher besonderer Vollmacht bedürftig** ist vom Gesetze bezeichnet die Befugniß zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, also auch die zu Girirungen, außer nach Protest, als Prokura-Indossament und ohne Obligo; zur Aufnahme von Darlehen, wozu die Benutzung des Bankkredits aber nicht gehört (Puchelt Anm. 6 zu Art. 47), und zur Prozeßführung. Die besondere Vollmacht muß nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend geschehen (Allfeld S. 281; vergl. Anm. 2 zu § 49), muß ferner nicht speziell, sondern kann auch generell erfolgen (Bolze 6 Nr. 325).

Das sind die Fälle, in denen jeder Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht bedarf. Auch der General-Handlungsbevollmächtigte bedarf dieser besonderen Vollmacht. Auch daß das eine oder das andere der hier eximirten Rechtsgeschäfte in dem betreffenden Handelsbetrieb üblich ist, begründet keine Befreiung von dem Erfordernisse der Sondervollmacht.

Außerdem bedarf er einer besonderen Vollmacht zu allen in seinem speziellen Thätigkeitskreise ungewöhnlichen Geschäften. Bei der Auslegung solcher besonderer Vollmachten darf man nicht engherzig vorgehen. So ist z. B. die Vollmacht des Prinzipals, ihn in einer Gläubigerversammlung zu vertreten, für die Zustimmungserklärung zu einem außergerichtlichen Akkord in jener Versammlung genügend, denn das ist die einzige er-

hebliche Erklärung, um die es sich dabei handelt (vergl. Bolze 13 Nr. 668; anders O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 573).

Endlich aber ist durch das neue H.G.B. zur Beseitigung einer früheren Streitfrage dem Handlungsbevollmächtigten nicht ohne Weiteres gestattet die Veräußerung und Belastung von Grundstücken (über diese Begriffe s. Anm. 2 zu § 49). Auch hier bedarf die Vollmacht keiner Form (§ 167 Abs. 2 B.G.B.), vorbehaltlich der Vorschrift des § 29 der Grundbuchordnung (vergl. oben Anm. 12).

9. **Rein persönliche Angelegenheiten** des Prinzipals, d. h. solche, die der Besorgung durch Bevollmächtigte nicht fähig sind (Beispiele s. in Anm. 2 zu § 49), liegen natürlich auch außerhalb des Bereiches einer noch so umfassenden Handlungsvollmacht, wie sie auch außerhalb der Prokura liegen. Anm. 21.

10. **Sonstige Beschränkungen der Handlungsvollmacht.** Die Vollmacht hat denjenigen Inhalt, den der Prinzipal ihr vermöge seines in die äußere Erscheinung tretenden Verhältnisses giebt (vergl. oben Anm. 3 u. 4). Will der Prinzipal die sich hieraus ergebende Vollmacht einschränken, so genügt es nicht, daß er dem Bevollmächtigten nach dieser Richtung Anweisung giebt, seinen Auftrag einschränkt. Vielmehr muß diese Einschränkung auch dem Dritten derart kundgegeben werden, daß er sie gegen sich gelten lassen muß. Dies ist der Fall, wenn, wie Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen sagt, der Dritte die Beschränkungen kannte oder sie kennen mußte. (Bei der Prokura liegt die Sache anders. Etwaige Beschränkungen der Prokura berühren den Dritten auch dann nicht, wenn er sie kennen mußte, nicht einmal dann, wenn er sie kannte, sondern nur dann, wenn er mit dem Prokuristen kolludirte; vgl. Anm. 2 zu § 50.) Wann liegt nun aber der Fall vor, daß der Dritte die Einschränkung der Vollmacht kennen mußte? oder was nach der neueren Rechtssprache dasselbe ist (vgl. § 122 Abs. 2 B.G.B.), aus Fahrlässigkeit nicht kannte? Nach dieser Richtung hatte sich schon früher ein Handelsgebrauch dahin gebildet, daß eine in üblicher Weise kundgegebene Thatsache als bekannt betrachtet wird (5. Aufl., Einl. zu Art 47). An diesen Handelsgebrauch wollte offensichtlich die vorliegende Vorschrift anknüpfen. Er muß zur Ergänzung der in Abs. 3 gegebenen Vorschrift herangezogen werden. Der Dritte muß hiernach die Einschränkung kennen, wenn sie gehörig bekannt gemacht ist. War die Vollmacht öffentlich bekannt gemacht, so muß die Einschränkung in derselben Weise bekannt gemacht werden (vgl. § 171 Abs. 2 B.G.B.). Ist das betreffende Blatt inzwischen eingegangen, so muß dasjenige gewählt werden, welches in dem betreffenden Kreise als Ersatzblatt betrachtet wird. Ein an auffallender Stelle im Laden sichtbarer Anschlag, daß nur an der Kasse zu zahlen ist, ist eine jeden Käufer bindende Einschränkung der Vollmacht aller übrigen Angestellten in Bezug auf die Inkassobefugniß. Anm. 22.

Danach regelt sich gleichzeitig die Beweislast. Der Prinzipal hat zu beweisen, daß der Dritte die Einschränkung kannte oder daß er seinerseits alles gethan, was normaler Weise genügt, um ein Kennenmüssen jedes Dritten herbeizuführen. Alsdann bleibt es dem Dritten überlassen, die außergewöhnlichen Umstände, durch welche sein trotzdem vorhandenes Nichtwissen entschuldigt wird, darzuthun und zu beweisen. Anm. 23.

§ 55.

Die Vorschriften des § 54 finden auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung, die als Handlungsreisende zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet werden, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet.

Die Reisenden gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen und dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem anwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden.

Anm. 1. I. **Vorbemerkung. Die Bestimmungen über die Vollmacht des Handlungsreisenden,** welche dieser Paragraph enthält, **sind nur Anwendungen des im § 54 ausgesprochenen Prinzips;** auch diejenigen Handlungsbevollmächtigten, welche der Prinzipal zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet, sollen zu Allem legitimirt sein, was die Ausführung dieser Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Hervorgehoben ist dabei, daß nach dem Willen des Gesetzes als gewöhnlich zur Ausführung gehörig die Einziehung des Kaufpreises und die Bewilligung von Zahlungsfristen aus eigenen Geschäften betrachtet werden soll. Da hierin nur eine Anwendung des in § 54 ausgesprochenen Prinzips liegt, so gelten über Wesen und Wirkungen der Vollmacht die dort aufgestellten allgemeinen Erörterungen, insbesondere folgende beiden Gesichtspunkte:

Anm. 2. 1. **Abänderungen des gesetzlichen Inhalts** der Vollmacht sind zulässig und gelten Dritten gegenüber, wenn das erkennbare Verhalten des Prinzipals auf den Abänderungswillen hindeutet (vergl. Anm. 4 u. 22 zu § 54). Insbesondere gelten Einschränkungen dann, wenn sie dem Dritten bekannt waren oder er sie hätte kennen sollen, etwa durch Vermerke in der Faktura oder durch Cirkulare, so z. B. wenn der Prinzipal den Reisenden nur ermächtigt, mit gewissen Personen oder bis zu einem gewissen Betrage Geschäfte zu machen (R.O.H. 5 S. 207), oder bei Preislimiten, die dem Reisenden vorgeschrieben sind (R.O.H. 23 S. 348), oder endlich beim Inkassoverbot. Ist letzteres in der Faktura enthalten, so zahlt der Kunde an den Reisenden auf seine Gefahr (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 184, Nr. 188 u. Nr. 278). Man kann hier nicht von einer Kaufbedingung sprechen, welche nach geschlossenem Geschäfte durch einseitigen Fakturenvermerk nicht abgeändert werden kann.

Anm. 3. 2. **An die innerhalb der Vollmacht geschlossenen Geschäfte ist der Prinzipal gebunden.** Der Handlungsreisende ist insbesondere zum Abschluß von Verkäufen bevollmächtigt. Es ist nicht etwa, wie in der Kaufmannswelt vielfach geglaubt wird, der Prinzipal befugt, über die Effektuirung der überschriebenen Ordres Entscheidung zu treffen. Der Reisende sammelt nicht bloß Offerten, sondern er schließt die Geschäfte ab. Abgesehen von besonderen Rücktrittsrechten ist der Prinzipal daher zur Effektuirung verpflichtet. Auch kann es nicht zugegeben werden, daß dies lediglich Thatfrage ist. Vielmehr geht der regelmäßige Inhalt der Vollmacht des Reisenden auf den Abschluß von Geschäften (anders Düringer u. Hachenburg I S. 186).

Dabei gilt das Geschäft so, wie es mit dem Reisenden vereinbart ist, Unrichtigkeiten des Berichts sind für den Dritten unverbindlich (R.O.H. 23 S. 352). Doch kann der Prinzipal auch Ueberschreitungen genehmigen (vergl. Anm. 41 zum Exkurse zu § 58).

Bei seinen Verträgen mit Wirthen und Fuhrleuten verpflichtet der Reisende jedoch nicht den Prinzipal, und es dürfen deshalb wegen solcher Forderungen dem Prinzipal gehörige Gegenstände (Koffer, Muster ꝛc.) nicht gepfändet oder zurückbehalten werden (G.Z. 7 S. 597).

Anm. 4. II. **Was den Inhalt des Paragraphen selbst** anbetrifft, so erfolgt die Erläuterung nach folgenden Gesichtspunkten:

A. **Der Paragraph findet Anwendung auf alle nach auswärts gesandten Handlungsbevollmächtigten,** nicht bloß auf diejenigen, welche in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal stehen (sog. Provisionsreisende), sondern auch auf diejenigen, welche als selbstständige Kaufleute für Handlungshäuser Kunden aufsuchen und Bestellungen entgegennehmen (sog. reisende Agenten). Letzteres war früher streitig. Jetzt, nachdem deutlich zu erkennen gegeben ist, daß die Vorschriften über die Handlungsvollmacht sich auf alle Handlungsbevollmächtigten beziehen, auf welchem Rechtsverhältnisse auch die Vollmacht beruhen mag, konnte dies wohl nicht mehr zweifelhaft sein, zum Ueberfluß ist es im § 87 noch ausdrücklich ausgesprochen. Sie beziehen sich also auch auf die reisenden Agenten, wofern dieselben Abschlußvollmacht haben (vergl. Düringer u. Hachenburg I S. 187; auch Denkschr. S. 75). Doch ist der Agent zur Entgegen-

nahme von Erklärungen der in Abs. 3 bezeichneten Art in weiterem Umfange legitimirt (§ 86 Abs. 2).

Den Gegensatz bilden die **Stadtreisenden.** Auf sie bezieht sich die Vorschrift nicht (R.G. 6 S. 83; Denkschr. S. 56). Der Umfang ihrer Vollmacht richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 54. Inkassovollmacht ist dabei durchaus nicht ausgeschlossen, sie kann ihnen ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen ertheilt sein. Doch muß sie eben besonders ertheilt sein und folgt nicht aus der Bestellung zum Stadtreisenden. Als Stadtreisende sind auch Diejenigen anzusehen, welche vom Geschäfte aus nach den Nachbarorten geschickt werden, um nach kurzer Zeit zurückzukehren. Das Gleiche muß gelten von denjenigen Agenten, welche nicht reisen, den sog. Platzagenten; § 55 findet auf sie keine Anwendung; der Anwendung des § 54 auf sie steht nichts entgegen (vergl. O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 853 u. 1473; auch unseren Exkurs zu § 85).

B. **Ueber den Umfang der Vollmacht des Reisenden** gilt Folgendes:

1. **Hervorgehoben ist die Ermächtigung des Handlungsreisenden zur Einziehung des Kaufpreises und zu Fristbewilligungen hinsichtlich der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte.** Anm. 5. Aber auch insoweit ist die Vollmacht nicht unbegrenzt, sondern findet in dem Ueblichen und Herkömmlichen ihre natürliche Schranke. **Die Einziehung des Kaufpreises** anlangend, so hat der Reisende gemeiniglich Baarzahlung zu erwirken, Annahmen an Zahlungsstatt nur, soweit sie üblich sind, was gewöhnlich nicht der Fall ist, auf keinen Fall ist Kompensation der Schuld mit Forderungen an ihn selbst gestattet (Seuffert 35 Nr. 51), wohl aber darf er kleine Abzüge (Dekorts) gewähren, da diese bei den Verhandlungen über die Kaufpreiseinziehung gang und gäbe sind (Allfeld S. 291). Die Denkschr. S. 55, 56 meint zwar, daß das neue Gesetzbuch zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bedingungen keinen Unterschied mache, der Reisende vielmehr zur Abänderung des geschlossenen Geschäfts absolut nicht befugt sei; allein diese strenge Meinung hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Die **Fristbewilligung** darf er nicht übermäßig vornehmen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 353). Da er den Kaufpreis einziehen und Frist bewilligen kann, so darf er auch Wechsel mit üblichem Fälligkeitstermin annehmen, und der Kunde ist durch Hingabe des Wechsels befreit, vorausgesetzt, daß er ihn zur Verfallzeit einlöst. Hat der Reisende den Wechsel in seinem Nutzen verwandt, so trifft der Nachtheil den Prinzipal (vergl. die anscheinend hiermit nicht ganz übereinstimmende Entscheidung des R.O.H. 13 S. 296); nicht aber gehört zu seiner Vollmacht die Annahme von Wechseln an Zahlungsstatt (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 437). — Ferner ist hervorgehoben die Legitimation der Reisenden **zur Entgegennahme gewisser rechtsgeschäftlicher Erklärungen:** nämlich Anzeige von Mängeln, Dispositionsstellung und ähnlichen Erklärungen, z. B. des Ultimatums nach § 326 B.G.B. Aber der Reisende muß am Orte anwesend sein. Fernsprechübermittelungen (§ 147 Abs. 1 B.G.B.) genügen hier nicht. Dagegen brauchen sich diese Erklärungen nicht zu beziehen auf Geschäfte, welche der Reisende abgeschlossen hat (Düringer u. Hachenburg I S. 187; anders Cosack S. 122). — Zur Gutheißung der Dispositionsstellungen ist der Reisende nicht befugt (Denkschr. S. 51; O.G. Wien bei Links Nr. 2636), wie er überhaupt nicht zur Abgabe und zur Billigung, sondern nur zur Entgegennahme der hier in Rede stehenden Erklärungen befugt ist.

2. **Soweit der Umfang der Vollmacht des Reisenden nicht besonders bezeichnet ist, bestimmt sich derselbe nach § 54** und den dort aufgestellten Gesichtspunkten (vergl. Erläuterung dazu): der in die Erscheinung tretende Wille des Prinzipals und das in solcher Stellung Uebliche sind entscheidend. Man darf nicht etwa per argumentum e contrario aus dem vorstehenden Paragraphen entnehmen, daß der Reisende z. B. zur Einziehung des Kaufpreises aus anderen Käufen niemals legitimirt ist. Im Einzelnen gilt hier Folgendes: Anm. 6.

   a) Zur Einziehung des Kaufpreises aus Geschäften, die der Prinzipal selbst oder sein Vorgänger auf der Reise abgeschlossen hat, wird man den Reisenden gesetzlich nicht für legitimirt erachten (Bemerk. d. Einsenders in R.O.H. 4 S. 298). Doch kann er dazu besondere, auch Generalvollmacht besitzen (vergl. diese Entscheidung), die selbst aus den Umständen hervorgehen kann (R.O.H. 15 S. 407). Anm. 7.

Anm. 8. b) Zur Feststellung der Kaufbedingungen ist er selbstverständlich legitimirt, doch auch hier in vernünftigen Grenzen. Ein Preiskurant, der ihm mitgegeben und dem Kunden vorgelegt wird, ist dabei nicht ohne Weiteres als Limito zu erachten. Er kann auch eine Instruktion für den Reisenden sein, wenn möglich diese Preise zu erzielen, und außerdem ist es üblich, von den Preisen des Preiskurants verschiedene Skontos zu bewilligen. Zu generellen Vereinbarungen für die Zukunft wird er im Zweifel nicht für ermächtigt gelten (H.A.G. Nürnberg in G.Z. 21 S. 539).

Anm. 9. c) Auf wohlerworbene Rechte verzichten darf er, abgesehen von den oben zu 1 hervorgehobenen Dekorts, nicht, also insbesondere nicht Geschäfte rückgängig machen, die er dem Prinzipal bereits angezeigt hat, noch weniger solche, die dieser schon zu erfüllen begonnen hat (R.O.H. 7 S. 115) oder gar schon erfüllt hat (O.L.G. Kassel in Seufferts Archiv 48 S. 70; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 179, Nr. 1117 u. 1233), auch nicht gleichsam als Bedingung der neuen Bestellung auf Rechte aus der früheren Lieferung verzichten, wogegen aus der Natur seiner Stellung folgt, daß er bis zur Anzeige an den Prinzipal die Ordre ändern oder annulliren kann. Zur Ertheilung einer einen Verzicht enthaltenden Generalquittung ist er nicht befugt (O.A.G. Dresden in G.Z. 11 S. 150). Auch zur Aenderung der zwischen Prinzipal und Kunden festgestellten Vertragsbedingungen ist er nicht legitimirt (Bolze 18 Nr. 442).

Anm. 10. d) Bürgschaften für den Prinzipal zu übernehmen, ist der Reisende nicht befugt (L.G. Frankfurt in G.Z. 42 S. 511).

Anm. 11. **Zusatz. Ueber den Handlungsreisenden als Handlungsgehilfen, also über die Dienstverhältnisse des Handlungsreisenden** siehe Anm. 26 u. 27 zu § 59.

§ 56.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Waarenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Waarenlager gewöhnlich geschehen.

Einleitung. **Der Paragraph statuirt eine gesetzliche Vollmacht für den Angestellten in einem Laden oder offenen Waarenlager.** Es wird damit lediglich ein aus der Regel des § 54 abgeleiteter Interpretativsatz aufgestellt (R.O.H. 23 S. 348). Der Erläuterung bedürfen folgende Begriffe:

Anm. 1. 1. **Angestellt.** Erforderlich und ausreichend ist, daß die Person mit dem Willen des Prinzipals, jedoch nicht nothwendig auf Grund eines Vertragsverhältnisses, vorübergehend oder bleibend, berufsmäßig in dem Raume mit dem Publikum verkehrt. Angestellt in diesem Sinne sind jedenfalls die Handlungsgehilfen, deren Thätigkeitskreis sich auf den Raum bezieht, aber auch die Angehörigen und die Ehefrau können es sein (App.Ger. Leipzig in Busch Archiv 39 S. 195), auch der Lehrling (Hofgericht Gießen G.Z. 2 S. 402), nicht aber Personen, welche zufällig im Laden anwesend sind, und mögen sie auch im Uebrigen zum Geschäftspersonal gehören, z. B. Komptoiristen, Handlungsreisende u. s. w. oder sonstige Personen, welche evidenter Weise zu anderem Zwecke in den Räumen anwesend sind, z. B. zum Packen oder Reinigen.

Anm. 2. 2. **Laden, offenes Waarenlager.** Als Laden erscheint ein geschlossener Raum, der aber zum freien Eintritt für das Publikum und zum Abschluß der Geschäfte bestimmt ist (vergl. Anm. 4 im Exkurse zu § 37), z. B. der Verkaufsladen, die Konditorei, die Schankstube, die Leihbibliothek. Dagegen ist das Komptoir kein Laden, insbesondere auch nicht das Büreau einer Bank, außer wenn es, wie dies in Berlin nicht selten ist, in der That die Gestalt eines Ladens hat (Geldwechslergeschäft vergl. R.O.H. 12 S. 38), in welchem Falle aber die Anwendung des vorliegenden Paragraphen nur auf denjenigen Theil der Geschäftsräume, der wirklich diese Gestalt hat, zu beschränken und nicht auf die übrigen Räume, die den Charakter eines Komptoirs haben, auszudehnen ist. Damit ist aber nicht

gesagt, daß die in einem Komptoir Angestellten die hier aufgestellte Vollmacht schlechterdings nicht besitzen. Vielmehr entscheiden hier die Umstände über die Bevollmächtigung nach § 54 (vergl. O.A.G. Dresden in G.Z. 11 S. 156). Darauf, ob es ein Detail- oder ein Engrosladen ist, kommt es nicht an (vergl. Hahn § 2 zu Art. 50). Das Waarenlager muß ein offenes sein, also für den Verkehr mit dem Publikum bestimmt, dazu gehört also nicht der Vorrathskeller eines Weingeschäfts. Gemeint ist z. B. die Meßbude.

3. **Für ermächtigt gilt** der Angestellte zu den hier vorgesehenen Rechtsakten dem Dritten gegenüber, auch wenn ihm in Wahrheit eine solche Ermächtigung nicht ertheilt wurde. An bekannte oder erkennbar gemachte Beschränkungen ist aber der Dritte gebunden (R.O.H. 23 S. 348; vergl. Anm. 22 zu § 54). So fällt die gesetzliche Vollmacht weg, wenn der Zahlende wußte, daß der Zahlungsempfänger nicht oder nur unter gewissen nicht vorhandenen Voraussetzungen zum Geldempfang ermächtigt war (R.O.H. 12 S. 38) oder wenn er dies hätte wissen sollen, so namentlich, wenn dies durch eine für jeden Besucher des Lokals sichtbare Ankündigung bekannt gemacht ist (R.O.H. 20 S. 122). Als genügende Ankündigung wird man es ansehen müssen, wenn im Lokale die besondere Einrichtung einer Kasse getroffen ist und dies aus einem deutlichen Plakat hervorgeht. Die Plakate müssen aber den ernsten Einschränkungswillen ergeben. Der Anschlag „feste Preise" dürfte die Vollmacht der Angestellten zu Preisvereinbarungen nicht einschränken, auch nicht die Anheftung eines Preiskurants. Es müßte schon deutlicher heißen: daß nur die hier auf den Waaren vermerkten Preise gelten. (Zust. Förtsch Anm. 5 zu Art. 50; Allfeld S. 297; anders Hahn § 10 zu Art. 50.) Ein Anschlag, wonach nur Baarzahlung stattfindet, schließt die Kreditirungsvollmacht aus; aber der Anschlag „feste Preise" ist hierzu keineswegs geeignet (anders Hahn § 10 zu Art. 50). — Nur für **das Geschäftslokal selbst** besteht die Vollmacht (R.O.H. 22 S. 59), obwohl das Wort „daselbst", welches im früheren Art. 50 stand, fortgelassen ist. Anm. 3.

4. **Verkäufe und Empfangnahmen, welche in einem derartigen Lokal gewöhnlich geschehen.** Ist eine Handlung in dem Geschäftslokal selbst üblich, dann kommt es auf die allgemeine Ueblichkeit nicht mehr an. Es genügt aber jedenfalls die allgemeine Ueblichkeit. Danach richtet es sich, ob der Angestellte nur im Einzelnen verkaufen darf oder auch en gros (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 956), ob nur gegen Baarzahlung oder auch gegen Kredit, ob mit Rabatt ꝛc. Zu den Empfangnahmen gehören vor Allem die Zahlungen. Diese müssen auf den Geschäftsbetrieb des betreffenden Lokals Bezug haben: der Erlös aus einem Grundstücksgeschäft darf an den Angestellten in einem Verkaufslokal nicht ohne Weiteres ausgehändigt werden. Dagegen ist es gleichgültig, ob der betreffende Gehilfe den Verkauf selbst abgeschlossen hat (O.L.G. Kassel in Busch Archiv 45 S. 358). Mit dieser Vollmacht zur Empfangnahme sollen aber nur die rein thatsächlichen Fragen nach der Ablieferung erledigt sein. Die Uebergabe an Angestellte gilt als Uebergabe an den Prinzipal. Dagegen können anderweite rechtliche Folgerungen an diese Empfangnahmeakte nicht geknüpft werden, etwa die Anerkennung von Mängeln verkaufter Waaren oder die Genehmigung von Mängeln gekaufter Waaren, noch weniger ist der Angestellte zur Vereinbarung solcher rechtlichen Konsequenzen befugt. Demnach gilt z. B. eine von einem Kunden bemängelte Waare, welche dem Angestellten zurückgegeben ist, hierdurch als zurückgeliefert, aber nicht als zurückgenommen (vergl. Anm. 19 zu § 54). Anm. 4.

§ 57.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

1. **Hier gilt das zu § 51 Gesagte.** Die Vorschrift ist also ebenfalls nur eine Ordnungsvorschrift. Ihre Nichtbeachtung thut der Giltigkeit des Aktes keinen Eintrag. Zwar hat das preußische Obertribunal, indem es die Namenszeichnung für ein Anm. 1.

höchst persönliches Recht erachtete, das keine Vertretung leide, die ohne Beachtung der hier gegebenen Vorschrift erfolgte Zeichnung der Firma durch den Handlungsbevollmächtigten für unverbindlich erachtet, „weil der Name eines Menschen gleichsam ein Stück seiner Persönlichkeit sei." (Plenarbeschluß vom 4. Dezember 1854 Präjudiz Nr. 2585.) Doch ist diese Ansicht vom R.O.H. (Bd. 5 S. 263; 12 S. 133) und vom R.G. (4 S. 320; vergl. auch Bolze 16 Nr. 285 (R.G. vom 3. Juli 1894 in J.W. S. 431) reprobirt worden. Mit vollem Recht. Es bezieht sich das auch auf Formalakte, wie die Acceptirung eines Wechsels.

Anm. 2. 2. Das Verbot der Prokurazeichnung findet Nachdruck durch die Haftung nach § 179 B.G.B., doch ist durch eine solche Zeichnung der Prinzipal nicht befreit, wenn nur sonst keine Vollmachtsüberschreitung vorliegt, und auch, wenn diese vorliegt, bleibt es dem Prinzipal überlassen, das Geschäft zu genehmigen.

Anm. 3. 3. Die Handlungsbevollmächtigten zeichnen im Handelsverkehr „per X. X." (Name des Prinzipals). Diese Formel hat im Geschäftsverkehr die ausschließliche Bedeutung, daß der Unterzeichner als zur Abgabe der Erklärung Bevollmächtigter für den Vollmachtgeber die Erklärung abgebe (O.L.G. Braunschweig in G.Z. 34 S. 569), während „p. p. X." im Handelsverkehr per procura (R.O.H. 15 S. 77) bedeutet.

§ 58.

Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen.

Die Unübertragbarkeit der Handlungsvollmacht.

Anm. 1. 1. Der Paragraph will nichts weiter besagen, als daß kein Handlungsbevollmächtigter seine eigene Handlungsvollmacht auf einen Andern dergestalt übertragen kann, daß er selbst als Handlungsbevollmächtigter ausscheidet und an seiner Stelle nunmehr ein Anderer bevollmächtigt ist. Nur mit Einwilligung des Prinzipals ist solche Substitution zulässig. Man würde daher fehlgehen, wollte man annehmen, daß die Substitution immer dann zulässig ist, wenn die Ausübung der Handlungsvollmacht die Substitution gewöhnlich mit sich bringt. Daraus allein, daß dies der Fall ist, folgt die Substitutionsbefugniß nicht. Vielmehr muß die Einwilligung des Machtgebers zur Uebertragung der Handlungsvollmacht vorliegen, die allerdings auch im Voraus ertheilt werden kann. Man darf jedoch daraus, daß die Substitution gewöhnlich geschieht, nicht auf das Einverständniß des Prinzipals schließen. Sonst würde der vorliegende Paragraph keine Bedeutung haben. Anders liegt es mit dem Rechte eines Bevollmächtigten, zu einzelnen Akten bei Ausführung der Vollmachtsgeschäfte einen Unterbevollmächtigten zu bestellen. Diese Befugniß hat er immer dann, wenn solche Substitution gewöhnlich ist. Bei besonderen Vertrauensakten wird die Substitutionsbefugniß nur mit Vorsicht anzunehmen sein (R.G. vom 5. November 1891, mitgetheilt von Bolze im Sächs. Archiv Bd. 1 S. 735).

Anm. 2. 2. Die im Widerspruch mit dieser Vorschrift erfolgte Uebertragung der Handlungsvollmacht ist wirkungslos. Das liegt in den Worten „kann nicht".

Exkurs zu § 58.

Ergänzungen zur Lehre von den handelsrechtlichen Vollmachten.

Anm. 1. A. **Wirkungen der Stellvertretung.**

I. **Hierüber disponirte früher der Art. 52 H.G.B.; jetzt der § 164 B.G.B.** Derselbe lautet:

„Eine Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt."

II. **Die Rechtswirkung der auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte wird in diesem Paragraphen nach folgenden Gesichtspunkten abgehandelt:** Anm. 2.

1. Es wird bestimmt, daß lediglich der Prinzipal die Rechte und Pflichten erwirbt.
2. Dem ausdrücklichen Kontrahiren im Namen des Prinzipals wird die Konkludenz der Umstände gleichgestellt.
3. Auf Willenserklärungen, die dem Verteter gegenüber abgegeben sind, finden die Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die hier erörterten Grundsätze beziehen sich nach dem B.G.B. auf jede Vollmacht; für uns kommt in Betracht, daß sie für jede handelsrechtliche Vollmacht, also insbesondere **für die Prokura und die Handlungsvollmacht gelten.**

III. **Die zu II aufgestellten Grundsätze sollen wie folgt erläutert werden.** Anm. 3.

1. **Die innerhalb der Vertretungsmacht im Namen des Prinzipals abgegebene Willenserklärung wirkt für und gegen den Prinzipal.** Damit wird das in Preußen von Gesetzes wegen und im gemeinen Recht kraft Gewohnheitsrechts in Geltung gewesene Prinzip der direkten Stellvertretung vom B.G.B. adoptirt, wie es auch schon vom alten H.G.B. im Art. 52 ausgesprochen war.
   a) **Vorausgesetzt ist ein Handeln innerhalb der Vertretungsvollmacht.** Hierfür sind die §§ 49 u. 50, sowie die §§ 54—56 H.G.B. entscheidend. Auf den Auftrag kommt es nicht an, und es ist gleichgültig, ob der Bevollmächtigte gar keinen Auftrag hatte oder denselben bewußt überschreitet oder den Inhalt desselben mißverstanden hat (für letzteres vergl. R.G. 1 S. 9), doch darf nicht ein gegen Treu und Glauben verstoßender Mißbrauch eines Mißverständnisses vorliegen (R.O.H. 17 S. 228). Es muß aber die Vollmacht noch existent sein, d h. sie darf nicht erkennbar widerrufen oder erloschen sein. Hierüber vergl. unten Anm. 65 flg.
   b) **Vorausgesetzt ist ferner ein Handeln im Namen des Prinzipals,** und zwar folgt aus allgemeinen Grundsätzen über den Vertrag, daß beide Kontrahenten darüber konsentiren müssen, daß für den Prinzipal abgeschlossen werden sollte (vergl. R.O.H. 16 S. 356). Handeln für Rechnung des Machtgebers genügt nicht (vgl. R.G. 35 S. 41); fehlt es vielmehr am Handeln im Namen des Machtgebers, so ist nur der Bevollmächtigte berechtigt (R.O.H. 23 S. 57) und verpflichtet (R.G. 2 S. 166). Der Bevollmächtigte muß seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar machen, wie Abs. 2 noch besonders hervorhebt (dieser Abs. 2 hat noch eine weitere Bedeutung; vergl. unten Anm. 38). Nicht einmal Kenntniß des Gegenkontrahenten von dem vorhandenen Auftrage genügt schlechthin (wenn auch regelmäßig), denn es kann trotz dieser Kenntniß der Wille möglicherweise nicht auf Obligirung des Prinzipals gegangen sein, und es entstehen dann keine direkten Beziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Dritten (R.O.H. 4 S. 173; 13 S. 322, 328). Als eigenthümlich aber ist hervorzuheben, daß man im Handelsverkehr häufig sagt, man handle „für Rechnung des Herrn X.", um damit auszudrücken, man handle im Namen des Herrn X. Anm. 4.

   Daß im Namen des Prinzipals abgeschlossen wurde, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der beweisen, der Rechte daraus herleitet. Mithin muß dem Prinzipal, gegen welchen Verpflichtungen geltend gemacht werden, bewiesen werden, daß der Bevollmächtigte für ihn abgeschlossen hat. Umgekehrt braucht man Jemandem, der kontrahirt hat, nicht zu beweisen, daß er für sich kontrahirt hat; vielmehr genügt der Beweis des Vertrags-Abschlusses; die für den Abschluß im fremden Namen sprechenden Umstände sind dann excipiendo darzulegen, weil es das Normale ist, daß denjenigen, welcher ein Geschäft abschließt, auch die Folgen desselben treffen (Behrend § 49 Anm. 8; Fitting, Die Grundlagen der Beweislast bei Busch, Zeitschrift für

deutschen Civilprozeß Bd. 13 S. 58; vergl. R.G. 2 S. 194; anders anscheinend R.G. 3 S. 122; vergl. auch die in unserer Allgemeinen Einleitung Anm. 57 entwickelten Grundsätze).

Anm. 5. c) **Vorausgesetzt ist endlich**, was das Gesetz nicht erwähnt, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, das Vorhandensein **derjenigen allgemeinen rechtlichen Fähigkeiten**, welche beim Vertreter erforderlich sind, um für einen andern handelnd aufzutreten und welche beim Vertretenen erforderlich sind, um Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Der Bevollmächtigte tritt handelnd auf, die Rechtswirkungen aber sollen den Prinzipal treffen. Der Vertreter muß also geschäftsfähig sein, wenn auch beschränkt geschäftsfähig (§ 165 B.G.B.; vergl. Anm. 13 zu § 54 H.G.B. u. Anm. 3 zu § 48), aus seiner Person werden die Fragen nach Irrthum, Zwang, Ernstlichkeit, Betrug, Kennen und Kennenmüssen, aktiv und passiv beurtheilt (§ 166 B.G.B.). Wenn es sich jedoch um eine Vollmacht mit bestimmten Weisungen handelt, kommt auch das Kennen und Kennenmüssen des Prinzipals in Betracht (§ 166 B.G.G.). Die Rechtswirkungen aber treffen den Prinzipal, also muß dieser die Fähigkeit besitzen, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu übernehmen, wozu Rechtsfähigkeit und außerdem entweder selbstständige oder durch Andere ergänzte oder hergestellte Verpflichtungs-, Veräußerungs-, Erwerbsfähigkeit gehört.

Anm. 6. d) **Die Wirkungen des Geschäfts treffen den Prinzipal**: für und gegen ihn wirkt die vom Stellvertreter abgegebene Willenserklärung (über Versehen und dolus des Vertreters und dessen Wirkung auf den Prinzipal siehe unten Anm. 26 ffg.).

Anm. 7. 2. **Dem ausdrücklichen Kontrahiren im Namen des Prinzipals wird die Konkludenz der Umstände gleichgestellt.** Zu den konkludenten Umständen gehören auch frühere Erklärungen des einen Kontrahenten (R.O.H. 2 S. 56). Sie können vorhanden sein trotz der Ausdrucksweise, als schließe der Bevollmächtigte das Geschäft für sich ab (ich kaufe, ich garantire Ihnen), da es kaufmännischen Gewohnheiten entspricht, daß sich der Bevollmächtigte mit dem Prinzipal identifizirt (R.O.H. 15 S. 78; 17 S. 98; 18 S. 296); sie können vorhanden sein, auch wenn eine Urkunde vorliegt, welche der Bevollmächtigte im eigenen Namen gezeichnet hat (R.O.H. 12 S. 134), ja auch dann, wenn der Gegenkontrahent die Person des Prokuristen für die des Prinzipals gehalten hat, wenn nur mit diesem kontrahirt werden sollte (O.G. Wien bei Nowak Bd. 4 S. 184).

Anm. 8. 3. **Auf Willenserklärungen, die einem Anderen gegenüber abgegeben sind, finden diese Grundsätze entsprechende Anwendung** (B.G.B. § 164 Abs. 3). Es kann z. B. einem Vertreter gekündigt, einem Vertreter gegenüber eine Mangelanzeige gemacht, einem Vertreter eine Offerte, eine Annahmeerklärung abgegeben werden.

Anm. 9. 4. **Daß zwischen dem Vertreter und dem Dritten keine Rechte und Verbindlichkeiten** entstehen, ist im § 164 B.G.B. nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber ohne Weiteres aus seinen Worten. Im Art. 52 H.G.B. war dies ausdrücklich hinzugefügt. Vorbehalten bleibt natürlich die Haftung des Vertreters wegen eigener unerlaubter Handlung (siehe unten Anm. 33).

Anm. 10. **B. Kontrahiren des Vertreters mit sich selbst.**

1. **Hierüber disponirt jetzt § 181 B.G.B.** Derselbe lautet:

> „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Ueber den früheren Stand der Frage siehe 5. Auflage § 12 zu Art. 52.

Anm. 11. 2. **Nach diesem § 181 B.G.B. ist das Kontrahiren des Vertreters mit sich selbst begrifflich gestattet, aber für den Regelfall verboten** und nur alsdann erlaubt, wenn das Rechtsgeschäft in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder wenn dem Vertreter „ein Anderes gestattet ist". Was bedeutet letzteres? Ein ausdrückliches Gestatten, wie Endemann (Einführung in das B.G.B. 3. Aufl. S .345) meint, ist nicht nothwendig, im § 664 B.G.B. ist der gleiche Ausdruck („gestattet") gebraucht und es ist dort offensichtlich nicht ausdrückliche Erlaubniß-

ertheilung gemeint. Wo das Gesetz ausdrückliche Erklärung verlangt, wird dies besonders erwähnt (vergl. §§ 244, 700 Abs, 2 B.G.B.; § 48 H.G.B.). Auch stillschweigende Gestattung[1]) genügt daher (Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I S. 228). Für das Gebiet der handelsrechtlichen Vollmacht ist hiernach anzunehmen, daß dem Vertreter überall dort Kontrahiren mit sich selbst gestattet ist, wo dies innerhalb der Vertretungsvollmacht liegt, wo also der Betrieb eines Handelsgewerbes (Prokura) oder der Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes oder die betreffenden Geschäfte es gewöhnlich mit sich bringen. Es ist ferner in vielen Geschäften gang und gäbe, daß Handlungsgehilfen die in dem betreffenden Geschäfte gehandelten Artikel auch für den eigenen Bedarf für den Kostenpreis des Geschäfts oder für einen bestimmten niedrigeren Preis, z. B. den Einkaufpreis, entnehmen. Auch sonst wird man eine Gestattung annehmen, wo das Geschäft dem Prinzipal offenbar zum Vortheil gereicht und nur in dieser Absicht geschlossen wurde. Warum sollte dies dem Bevollmächtigten verwehrt und der Abschluß eines solchen Geschäfts mit der Nichtigkeit bedroht sein?

3. **Hat der Vertreter hiernach unstatthafterweise mit sich selbst kontrahirt, so ist das** Rechtsgeschäft nichtig. Das liegt in den Worten „kann nicht", Dieselben bedeuten eine rechtliche Unmöglichkeit (Planck I S. 25 u. Anm. 2 zu § 181 B.G.B.). Anm. 12.

4. **Erforderlich ist, daß das Kontrahiren mit sich selbst in irgend welcher Art in die äußere Erscheinung tritt.** Ob dies durch Erklärung vor Zeugen oder durch Eintragung in die Geschäftsbücher oder durch Entnehmen des Geldes aus der einen und Hineinlegen in die andere Kasse oder durch eine sonstige Willensbethätigung geschieht, ist gleichgiltig. Das Gesetz bestimmt dies zwar nicht ausdrücklich. Allein ein lediglich innerer Vorgang ist unbeachtlich, es muß doch eine Willenserklärung vorliegen (Planck Anm. 1 zu § 181 B.G.B.). Ein auffallend in die äußere Erscheinung tretender Fall ist z. B. das Auflassen eines Grundstücks, welches der Vertreter von seinem Prinzipal erwirbt oder umgekehrt. Anm. 13.

5. **Anlangend insbesondere die Vertretung bei der Erfüllung,** so ist es gleichgiltig, ob es sich um eine Verbindlichkeit des Vertretenen gegenüber dem Vertreter oder um eine Verbindlichkeit des Vertreters gegenüber dem Vertretenen oder um die Verbindlichkeit Mehrerer von derselben Person Vertretenen gegen einander handelt (Planck I Anm. 1 zu § 181 B.G.B.). Anm. 14.

6. **Besonders praktisch wird dies werden bei der Uebergabe durch Willenserklärung.** Auch diese ist auf diesem Wege statthaft. Der § 930 B.G.B. steht der Vornahme einer derartigen Uebergabe, wenn die Eigenthumsabtretung die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellt oder sonst als gestattet gilt, nicht entgegen (vergl. Planck Anm. 2 zu § 164 B.G.B.). Anm. 15.

C. Die Vollmacht des Quittungsüberbringers. Anm. 16.

I. **Hierüber disponirt jetzt § 370 B.G.B.** Derselbe lautet:

> „Der Ueberbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen."

II. **Der Paragraph stellt eine Vermuthung für die Legitimation des Ueberbringers einer Quittung** auf. Sie war früher durch Art. 296 für Handelsgeschäfte aufgestellt und ist jetzt auf den gesammten Rechtsverkehr ausgedehnt. Anm. 17.

1. **Die Vermuthung geht dahin, daß der Ueberbringer der Quittung für ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen.** Anm. 18.

   a) **Der Ueberbringer** der Quittung gilt für ermächtigt. Es ist gleichgültig, ob der Ueberbringer auch gesandt war, die Quittung zu präsentiren und das Geld einzukassiren. Wer eine Quittung ausstellt, soll sie wohl verwahren, damit sie nicht gemißbraucht werde.

---

[1]) Auch bei gesetzlichen Vertretern ist die Gestattung möglich. Sie kann schon in der Natur des betreffenden Vertretungsverhältnisses oder in der Natur des Geschäftskreises, den es umfaßt, implicite liegen, kann aber auch von den dem gesetzlichen Vertreter übergeordneten Organen ausdrücklich ertheilt werden (Cosack S. 228), und es kann nicht gebilligt werden, wenn Planck (Anm. 1 zu § 181 B.G.B.) meint, für den gesetzlichen Vertreter würde eine solche Ermächtigung nur durch Gesetz erfolgen können.

Geschieht dies dennoch, so wird der Zahlende geschützt. In gewissem Grade gilt hiernach eine Quittung einem Inhaberpapier gleich.

Anm. 19. b) **Eine Quittung** muß überbracht sein. Darunter ist eine echte, gültige und ausgefüllte Quittung zu verstehen. Nicht giltig ist sie z. B., wenn der Aussteller geisteskrank oder zur Ausstellung nicht legitimirt war. War die Quittung ungiltig, so ist der Leistende geschädigt und im Falle der Fälschung betrogen, nicht der Prinzipal (Allfeld S. 300). Doch kann in der Ausstellung eines Quittungsblanketts unter Umständen eine stillschweigende Bevollmächtigung zur Geldempfangnahme liegen (R.O.H. 11 S. 32).

Auch quittirte Wechsel gehören hierher. Der Ueberbringer eines quittirten Wechsels ist zur Geldempfangnahme legitimirt, auch wenn ihm die wechselrechtliche Legitimation fehlt (Behrend § 53 Anm. 30; Puchelt-Förtsch Anm. 4). Es gilt dies im Wechselverkehr nunmehr kraft Gesetzes allgemein. Die Zuhilfenahme eines Gewohnheitsrechts (vergl. Staub W.O. § 15 zu Art. 87) ist jetzt nicht mehr nöthig.

Anm. 20. 2. **Er gilt für ermächtigt.** Ob er wirklich ermächtigt ist, ist gleichgültig. Der Zahlende kann sich gegen den Aussteller auf diese Vermuthung stützen. Auch prozessualisch liegt eine Vermuthung vor. Der Aussteller hat den Gegenbeweis zu führen, soweit überhaupt ein solcher zugelassen ist.

Der Gegenbeweis muß dahin gehen, daß der Zahlende Umstände kannte, welche der Annahme einer Ermächtigung entgegenstehen.

Anm. 21. a) Daß der Zahlende solche Umstände kannte. Daß er sie kennen mußte, ist hiernach gleichgültig (zust. Förtsch Anm. 6 zu Art. 296).

Anm. 22. b) Umstände, welche der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen. Dazu sind nicht bloß solche Umstände zu rechnen, aus denen sich ergiebt, daß der Zahlende die Nichtermächtigung kannte. Umstände, welche der Ermächtigung entgegenstehen, brauchen nicht gerade mit Sicherheit für das Gegentheil zu sprechen. Daß Umstände letzterer Art vorliegen und an der Ermächtigung daher gezweifelt werden mußte, genügt zur Entkräftung der Vermuthung (vergl. Behrend § 53 Anm. 30).

Anm. 23. 3. **Die Leistungen** zu empfangen, gilt der Ueberbringer für ermächtigt. Es sind aber, da der § 370 B.G.B. im Titel von der Erfüllung steht, nur solche Leistungen gemeint, welche zum Zwecke der Erfüllung gemacht werden, also z. B. nicht solche, durch welche Kredit gewährt werden soll, aber nicht bloß Zahlungen, sondern z. B. auch Empfangnahme von Waaren.

Anm. 24. 4. **Die Tragweite der Rechtsvermuthung aber wird begrenzt durch den Inhalt der Quittung.** Eine Leistung anderer Art als diejenige, worüber quittirt ist, darf der Ueberbringer nicht in Empfang nehmen, also nicht andere Gegenstände an Zahlungsstatt, auch nicht Nachlässe oder Stundung bewilligen (Obertrib. in Busch's Arch. 5 S. 260).

Anm. 25. **Zusatz.** Nicht gegeben ist eine dem Art. 51 H.G.B. analoge Vorschrift, **daß der Ueberbringer einer Waare und einer unquittirten Rechnung deshalb noch nicht legitimirt ist, die Zahlung in Empfang zu nehmen.** Eine solche Warnung hat der neue Gesetzgeber nicht ausgesprochen. Sie gilt aber auch für das neue Recht. In der Ueberbringung der Waare mit unquittirter Rechnung liegt in der That keine Vollmacht zur Empfangnahme der Zahlung (vergl. Denkschr. S. 57).

Aber der Ueberbringer kann anderweit dazu ermächtigt sein, so z. B. wenn er **Prokurist** oder Handlungsbevollmächtigter ist oder die Waare nicht bloß zur thatsächlichen Uebergabe, sondern zum Verkaufe erhalten hat, oder wenn sonst aus den Umständen, z. B. aus der wiederholten Duldung der Zahlung an den Ueberbringer der Waare, die Vollmachtsertheilung zu entnehmen ist.

Anm. 26. **D. Haftung für Versehen der Bevollmächtigten und Gehilfen.**

I. **Die Materie ist jetzt durch die Vorschriften des B.G.B. geregelt** und soll hier im Zusammenhange dargestellt werden. Das hier Gesagte bezieht sich **auch auf Prokuristen.**

1. **Versehen bei Eingehung und Erfüllung von Verträgen.**

a) **Versehen bei Eingehung des Vertrages.** (Dolus und culpa in contrahendo.) Hier kommt nur der Bevollmächtigte in Betracht; soweit man den Boten als Gehilfen des Vertragsabschlusses betrachten kann, ergiebt sich das Erforderliche aus den allgemeinen Vorschriften über den Irrthum.

Was nun das vom Bevollmächtigten beim Vertragsschlusse begangene Versehen, die culpa und den dolus in contrahendo des Vertreters anlangt, so kommt in Betracht, daß das B.G.B. den allgemeinen Grundsatz des Allgemeinen Landrechts nicht kennt, wonach Vorsatz oder Versehen bei Eingehung des Vertrages als kontraktliches Versehen gilt (§§ 284, 285, I, 5 A.L.R.). Der bei Eingehung des Vertrages verübte dolus gilt vielmehr als unerlaubte Handlung (Motive zum B.G.B. I S. 208 a. E.; II S. 756; Denkschr. zum Entwurf III S. 21 Mitte). Was nun aber die Fahrlässigkeit bei der Vertragsschließung betrifft, so wird man diese in den vom Gesetz besonders statuirten Fällen als Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten betrachten müssen, da die betreffenden Fälle mitten unter den Rechtsgeschäften behandelt sind (so §§ 122, 179, 307, 309 B.G.B.). In den gleichen Fällen beruht auch die Haftung wegen dolus auf Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten. Ein allgemeiner Grundsatz aber, daß man den durch fahrlässiges Kontrahiren verursachten Schaden zu ersetzen hat, besteht nicht und ist nicht etwa aus den eben citirten Spezialvorschriften des B.G.B. zu entnehmen (vgl. Goldmann u. Lilienthal S. 144). Ueber die hier hervorgehobenen Fälle rechtsgeschäftlicher Haftung für fahrlässiges und doloses Kontrahiren hinaus ist daher eine Haftung des Prinzipals nur beim Vorliegen des Thatbestandes einer unerlaubten Handlung anzuerkennen. Daraus folgt bezüglich der Haftung für die Versehen der Vertreter: für dolus und culpa in contrahendo des Vertreters haftet der Machtgeber im Allgemeinen nur nach den Regeln von der unerlaubten Handlung, also beim Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen (vergl. unten Anm. 32), und nur in den gesetzlich besonders hervorgehobenen Fällen als Folge der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten, mithin gemäß §§ 166, 278 B.G.B. ohne weiteres für die Versehen des Vertreters (vergl. Anm. 27).

Doch bezieht sich das nur auf die Haftung für dolus und culpa in contrahendo d. h. für die besonderen Rechtsfolgen, die daraus entstehen können. Handelt es sich dagegen um die Wirksamkeit der Willenserklärung selbst und um die Möglichkeit ihrer Anfechtung wegen Willensmängel, so kommt der durch den Vertreter bei dem anderen Theil erzeugte Willensmangel so in Betracht, wie wenn der Machtgeber gehandelt und die Willensmängel des Gegenkontrahenten erzeugt hätte. Dies ist in § 166 B.G.B. ausgesprochen, welcher unseres Erachtens nicht bloß auf Willenserklärungen des Vertreters, sondern auch gegenüber dem Vertreter zu beziehen ist, ebenso wie auch der unmittelbar vorangehende § 165 B.G.B. auf Willenserklärungen beider Art sich bezieht. Daraus folgt z. B., daß, wenn der Vertreter eine Täuschung verübt, die Erklärung gemäß § 123 B.G.B. anfechtbar ist. Der Bevollmächtigte ist nicht der Dritte, der die Täuschung verübt hat (vergl. Planck Anm. 4 a. E. zu § 167 B.G.B.).

b) **Versehen, welche bei Erfüllung des Vertrages begangen werden.** Hier bestimmt § 278 B.G.B., daß der Schuldner ein Verschulden derjenigen Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Ob es sich um Bevollmächtigte oder Gehilfen handelt, ist hier unerheblich. Er haftet für jede Fahrlässigkeit dieser Personen, wenn er für jede eigene Fahrlässigkeit haftet. Haftet er für diligentia quam suis, so haftet er dafür, daß seine Erfüllungshilfspersonen diejenige Sorgfalt anwenden, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Anm. 27.

Dieser Grundsatz tritt an die Stelle der früher sehr bestrittenen Frage, bei welchen Verträgen und unter welchen Voraussetzungen eine Haftung für die Versehen von Personen tritt, deren man sich zur Erfüllung bedient (vergl. unsere 5. Aufl. § 8 zu Art. 52). Nach diesem Grundsatze haftet z. B. der Bankier, der eine Geldsendung übernommen hat, unzweifelhaft für die gehörige Absendung und kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihn bei der Auswahl seiner Beamten kein Verschulden trifft (vergl. früher R.G. 23 S. 106). Der Glaser haftet dem Besteller, wenn sein Geselle die Scheibe so einsetzt, daß sie gleichwohl herausfällt.

Anm. 28. Diese Haftung kann durch Vertrag ausgeschlossen werden, selbst die Haftung für Vorsatz der Hilfspersonen kann durch Vertrag ausgeschlossen werden (§ 278 Satz 2 B.G.B.).

Anm. 29. Die Haftung tritt nicht ein, wenn der Schade angerichtet wird nicht bei Erfüllung des Geschäfts, sondern bei Gelegenheit der Erfüllung desselben. Das Erstere liegt vor, wenn der Schade entstanden ist durch die Ausführung der betreffenden Erfüllungshandlung. Es ist nicht nothwendig, daß der Schade entstanden ist an den bei der Erfüllung in Betracht kommenden Gegenständen, wenn er nur durch die Erfüllungshandlung selbst entstanden ist, sei es auch an anderen Gegenständen (ein Töpfergeselle steckt beim Einsetzen des Ofens die Gardine in Brand, der Glasergehilfe wirft beim Einsetzen des Fensters die Wanduhr herunter u. s. w.). Für solche von Erfüllungsgehilfen angerichtete Schäden wird dem Gegenkontrahenten gehaftet wie für selbst angerichtete Schäden. Das ist aber die Grenze. Darüber hinaus liegt außerkontraktlicher Schaden vor, für welchen nach anderen Grundsätzen gehaftet wird. Bei dieser Grenzziehung ist in Betracht zu ziehen, ob, wenn der Prinzipal selbst die Handlung begangen hätte, er auf Grund des Vertrages oder aus unerlaubter Handlung haften würde. Im ersteren Fall muß für den Gehilfen ohne Weiteres gehaftet werden, im letzteren nur nach den Grundsätzen von der unerlaubten Handlung. So würde z. B., wenn der Machtgeber seinen Küfer entsendet, um ein Faß Wein zu füllen, und dieser ein Faß Wein stiehlt, kontraktliche Haftung nicht vorliegen, weil auch der Prinzipal in gleichem Falle nicht aus dem Vertrage haften würde.

Anm. 30. Weiter geht die Haftung des Prinzipals dann, wenn er sich unberechtigter Weise eines Gehilfen bedient. Hier haftet er für das Verschulden des Gehilfen ohne Weiteres (vergl. Planck II S. 51). Der Grundsatz des § 278 B.G.B. setzt voraus, daß die Inanspruchnahme von Gehilfen berechtigterweise geschehen ist. Die unberechtigte Inanspruchnahme ist eigenes Verschulden des Prinzipals.

Anm. 31. Andererseits aber unterliegen einer milderen Beurtheilung die Fälle, wo bei Geschäftsbesorgungsverträgen (Auftrag, Dienstvertrag und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung) die Ausführung des Auftrages selbst berechtigterweise einem Anderen übertragen worden ist. In solchem Falle haftet der mit der Geschäftsbesorgung Beauftragte nur für ein bei der Uebertragung ihm zur Last fallendes Verschulden. Die Uebertragung des ganzen Auftrags liegt aber nur dann vor, wenn der Substituent aufhört Herr des Auftrages zu sein, und zu dieser Uebertragung ist der Geschäftsbesorger im Zweifel nicht berechtigt (§§ 613, 664, 675 B.G.B.).

Anm. 32. 2. **Liegt nun nach diesen Regeln außerkontraktliches Versehen** des Bevollmächtigten oder Gehilfen vor, so ist die Haftung des Prinzipals für unerlaubte Handlungen eines zu einer Verrichtung Bestellten zwar allgemein aufgestellt (§ 831 B.G.B.), jedoch mit der sehr erheblichen Einschränkung, daß die Haftung nicht eintritt, wenn der Auftraggeber beweist, daß er bei der Auftragsertheilung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder daß auch bei Anwendung dieser Sorgfalt der Schaden entstanden sein würde. Es haftet z. B. der Prinzipal für die von seinem Prokuristen ertheilte falsche Auskunft. Denn in den Bereich der Prokura gehört auch die Auskunftsertheilung an Geschäftsfreunde. Der Prokurist ist also zu dieser Verrichtung bestellt. Es kann aber der Prinzipal den gedachten Exkulpationsbeweis führen, da es sich um außerkontraktlichen Schaden handelt. Wäre es eine bezahlte Auskunft, so würde dieser Entschuldigungsbeweis dem Prinzipal nicht freistehen, vielmehr das oben Anm. 27 Gesagte Platz greifen, da alsdann Versehen bei Vertragserfüllung vorliegen würde.

Anm. 33. II. **Daneben bleibt bestehen die Verantwortlichkeit der Vertreter selbst für ihre Delikte,** auch wenn sie dieselben für Andere, bei Gelegenheit einer Vertretung oder einer für Andere vorgenommenen Erfüllungshandlung oder sonstigen Verrichtung, begangen haben (Bolze 10 Nr. 151; R.G. 30 S. 44). Das B.G.B. betont das nicht besonders, doch ist dies auch hier anzunehmen (vgl. auch § 840 Abs. 2 B.G.B.). Doch muß in der That eine gegen den

Dritten verübte unerlaubte Handlung, die widerrechtliche Verletzung eines Rechts gemäß § 823 B.G.B. vorliegen, damit der Vertreter persönlich hafte. Nicht jede versehentliche Handlungsweise ist aber eine unerlaubte Handlung in diesem Sinne. Man kann nicht etwa, wenn der Bevollmächtigte bei Eingehung oder Erfüllung eines Vertrages ein Versehen begeht, neben der kontraktlichen Haftung des Prinzipals dem Bevollmächtigten ohne Weiteres die außerkontraktliche Haftung auferlegen (R.G. 30 S. 50).

Dabei ist eine Verletzung des § 823 Abs. 2 B.G.B. nur dann anzunehmen, wenn ein besonderes Schutzverhältniß zwischen dem betreffenden gesetzlichen Vertreter, der die widerrechtliche Handlung begangen hat, und Dem, der den Schadensersatz beansprucht, besteht (vergl. Näheres in unserer Erläuterung zum § 241). Außerdem kann auch § 826 B.G.B. (vorsätzliche Schadenszufügung durch eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung) vorliegen.

III. **Die Haftung der juristischen Personen für die von ihren Vertretern angerichteten Schäden** ist jetzt durch § 31 B.G.B. gesetzlich anerkannt. Anm. 34.

E. Handeln eines nicht bevollmächtigten Mandatars (Handeln im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung).

1. Oft wird Jemand beauftragt, für einen Anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen. Es ist diejenige Konstellation, in welcher der Kommissionär thätig ist (vergl. § 383 H.G.B.). Außer beim Kommissionär ist diese Art des Auftretens im Rechtsverkehr sehr häufig und wird doch weder im H.G.B., noch im B.G.B. geregelt. Es will z. B. Jemand aus irgend welchen Gründen nicht als Zeichner von Aktien auftreten, er beauftragt deshalb einen Anderen im eigenen Namen, aber für seine Rechnung zu zeichnen. Anm. 35.

2. In solchen Fällen wird aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften der Mandatar berechtigt und verpflichtet. Man kann sein Auftreten nicht etwa als Scheinakt auffassen und etwa sagen, daß, da er nicht für sich thätig ist, die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Scheingeschäfte und deshalb nichtig sind. Er hat aber wie jeder Mandatar alle von ihm erworbenen Rechte auf seinen Mandanten zu übertragen und kann andererseits wieder von Diesem Befreiung von den Verbindlichkeiten verlangen. Anm. 36.

Was der Mandatar aus solchen Akten erwirbt, erwirbt er zunächst in seiner Person. Anm. 37. Die Rechte werden seine Rechte, die Pflichten werden seine Pflichten, und erst durch selbstständige Uebertragungsakte gehen die Rechte auf den Mandanten über. Das Eigenthum an Gegenständen, welche auf solche Weise erworben werden, erwirbt zunächst der Mandatar (Planck I S. 211; Düringer u. Hachenburg I S. 165; aus der früheren Judikatur besonders R.G. 11 S. 56). Auch wenn er die Absicht hätte, direkt für den Mandanten Eigenthum zu erwerben, würde er für sich erwerben. Denn selbst wenn ein Bevollmächtigter in fremdem Namen handeln will, dies aber nicht erkennbar macht, so kommt das nicht in Betracht und es wird so angesehen, als ob er im eigenen Namen gehandelt hätte (§ 164 Abs. 2 B.G.B.). Um wieviel mehr muß dies bei Dem gelten, der nicht bevollmächtigt ist zu vertreten, sondern nur beauftragt ist, im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung zu handeln! Aber er kann durch ein mit sich abzuschließendes constitutum possessorium (vgl. oben Anm. 15) das Eigenthum auf den Mandanten übertragen, wozu nichts weiter gehört, als daß sein Eigenthumsübertragungswille in die äußere Erscheinung tritt, damit dies als Willenserklärung gelten kann (oben Anm. 13). So überträgt der Kommis, der eine Waare für den Prinzipal einkauft, das Eigenthum auf Diesen, indem er die Waare im Laden seines Prinzipals niederlegt (vergl. Planck I S. 211; Düringer u. Hachenburg I S. 166). Nach einer freieren (z. B. von Endemann 4 Aufl. II S. 161; Jung in G.Z. 47 S. 183; Neumann, Handausgabe zum B.G.B. Anm. II f. zu § 929 vertretenen) Ansicht geht das Eigenthum und der Besitz in solchem Falle sofort auf den Machtgeber über. Indessen Angesichts der allgemeinen, auf alle Willenserklärungen sich beziehenden Vorschrift des § 164 Abs. 2 B.G.B., wonach der interne Wille, für einen Anderen zu handeln, nicht in Betracht kommt, und Angesichts der insbesondere auf die

Eigenthumsübertragung sich beziehenden Vorschrift des § 929 B.G.B., wonach zur Uebertragung des Eigenthums erforderlich ist, daß der bisherige Eigenthümer und der Erwerber darüber einig sind, daß das Eigenthum übergeht, finden wir keine Möglichkeit, diesen direkten Eigenthumsübergang mit den gesetzlichen Vorschriften zu vereinbaren. Denn in solchem Falle würde entgegen den gedachten Vorschriften lediglich der interne Wille des Mandatars über den Eigenthumsübergang entscheiden und es würde das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer auf den Machtgeber übergehen ohne eine mit dem bisherigen Eigenthümer vorhandene Einigung hierüber. Beides würde im Widerspruche mit den citirten Gesetzesstellen stehen. Zu solcher Ignorirung des deutlichen Gesetzesausdrucks können wir uns nicht entschließen, zumal dem Verkehrsinteresse genügend Rechnung getragen ist durch die Möglichkeit und Leichtigkeit des const. poss. des Beauftragten mit sich selbst zu Gunsten des Machtgebers. Jener direkte Eigenthumserwerb ist übrigens in vielen Fällen gar nicht möglich, nämlich wo der Eigenthumsübergang unter urkundlicher Namensfixirung erfolgt, so z. B. bei Indossamenten (vergl. §§ 1381, 1646 B.G.B.).

Anm. 38.

F. Handeln eines Bevollmächtigten im eigenen Namen.

1. Wer bevollmächtigt ist, soll im Namen des Prinzipals handeln. Wenn er es dennoch nicht thut, so wirken die von ihm abgegebenen Willenserklärungen nicht für und gegen den Vertretenen. Sicherlich dann nicht, wenn er den Willen hatte, nicht als Vertreter aufzutreten. Aber das Gleiche gilt nach § 164 Abs. 2 B.G.B. auch dann, wenn er den Willen hatte zu vertreten, dies aber nicht hat erkennen lassen.
2. Die Willenserklärung ist in solchem Falle nicht ungiltig und etwa wegen Irrthums anfechtbar, sondern es kommt einfach nicht in Betracht, daß er den Willen hatte, im fremden Namen zu handeln. In Folge dessen treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn er den Willen gehabt hätte, im eigenen Namen zu handeln, also dieselben Rechtsfolgen, wie zu E. Die von ihm erworbenen Rechte werden auch hier zunächst seine Rechte, das von ihm erworbene Eigenthum wird zunächst sein Eigenthum. (Die entgegengesetzten Entscheidungen des R.G. 24 S. 314 u. 30 S. 142 müssen Angesichts des § 164 Abs. 2 B.G.B. als antiquirt bezeichnet werden.) Ueber die Möglichkeit und Leichtigkeit, durch ein const. poss. das Eigenthum auf den Prinzipal zu übertragen, s. oben Anm. 13 u. 15.

Anm. 39.

G. Handeln eines Nichtbevollmächtigten als Vertreter. (Lehre von der Pseudovertretung.)

I. **Hierüber disponiren jetzt die §§ 177—180 B.G.B. in einer dem Art. 55 H.G.B. zwar nachgebildeten, aber nicht überall konformen Weise.**

Die §§ 177—180 B.G.B. lauten:

§ 177. Schließt Jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.

Fordert der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

§ 178. Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Theil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.

§ 179. Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Theile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

§ 180. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird.

II. Zunächst ist zu handeln von dem Falle, daß ein Vertrag von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen ist (§§ 177—179 B.G.B.). Anm. 40.

Hierbei kommt wieder in Betracht: einmal das Rechtsverhältniß zwischen den beiden Kontrahenten, und zweitens die Folgen eines derartigen Auftretens für den Pseudovertreter.

1. **Das Verhältniß zwischen den beiden Kontrahenten**[1]) (§§ 177—178 B.G.B.). Anm. 41.

a) Der Prinzipal ist nicht gebunden. Er hat es in der Hand, den Vertrag zu genehmigen und dadurch für und gegen sich wirksam zu machen, oder ihm diese Genehmigung zu versagen.

b) Die Genehmigung kann sowohl durch Erklärung gegenüber dem Vertreter, als gegenüber dem anderen Theil erfolgen. (§. 182 B.G.B.). Anm. 42.

c) Der andere Theil kann der Ungewißheit darüber, ob der Vertrag genehmigt wird oder nicht, ein Ende machen durch eine Aufforderung an den Prinzipal zur Erklärung über die Genehmigung. Anm. 43.

Diese Aufforderung bewirkt einmal, daß eine etwa bereits dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung unwirksam wird. Der Prinzipal hat jetzt nochmals freie Hand, sich über die Genehmigung zu erklären, aber nur innerhalb 2 Wochen und nur gegenüber dem anderen Theil. Erfolgt sie nicht in dieser Frist und in dieser Weise, so gilt die Genehmigung als verweigert.

d) Der andere Theil hat noch das weitere Recht, den Vertrag seinerseits zu widerrufen, und zwar so lange, bis der Prinzipal die Genehmigung erklärt hat, also auch dann, wenn er die Aufforderung zur Erklärung an den Prinzipal erlassen hat. Nur dann hat er dieses Widerrufsrecht nicht, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluß des Vertrags gekannt hat. In diesem Falle muß er warten, bis der Prinzipal genehmigt hat. Er kann nur diese Erklärung beschleunigen und ein Definitivum herbeiführen durch die Aufforderung zur Erklärung. Anm. 44.

Der rechtmäßig erklärte Widerruf bewirkt, daß nihil actum est. Damit entfallen aber auch die Rechte gegen den Pseudovertreter (außer aus unerlaubter Handlung).

e) Die Genehmigung kann, wie schon erwähnt, regelmäßig sowohl gegenüber dem Vertreter, als dem Dritten gegenüber erklärt werden (§ 182 B.G.B.), nur daß eine dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung, wie oben erwähnt, nicht immer eine definitive Wirkung hat. Vgl. oben Anm. 43. Anm. 45.

f) Die ertheilte Genehmigung bewirkt, daß der Vertrag als von Anfang an wirksam gilt (§ 184 B.G.B.). Doch muß der von dem Kontrahenten gewollte Erfolg in diesem Zeitpunkte noch rechtlich möglich sein, was z. B. nicht der Fall ist, wenn es sich um eine befristete Rechtsfolge handelt und die Genehmigung nach der Frist erklärt ist. Ein Anspruch an den Pseudovertreter besteht im Falle der Genehmigung nicht, außer aus Anm. 46.

[1]) Eine Ausnahmevorschrift besteht bei den Vermittlungsagenten (§ 85 H.G.B.).

unerlaubter Handlung. Die Verweigerung der Genehmigung bewirkt, daß der Vertrag als von Anfang unwirksam gilt. Die Ertheilung und die Verweigerung der Genehmigung können nicht widerrufen werden (Planck I S. 154). Der Anspruch an den Pseudovertreter tritt im Falle der Weigerung in seine eigentliche Funktion ein.

Anm. 47. g) Die Genehmigung ist formfrei, auch dann, wenn das genehmigte Rechtsgeschäft an eine Form gebunden ist (§ 182 Abs. 2 B.G.B.). Auch bloßes Stillschweigen hat die Bedeutung einer solchen, falls eine Erklärung möglich und nach Handelsgebrauch oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den Fall der Nichtgenehmigung zu erwarten war (Bolze 22 Nr. 243; Behrend § 50 ad b), wiewohl es auch nicht gerade einen allgemeinen Rechtssatz giebt, daß eine Vollmachtsüberschreitung für genehmigt gilt, wenn der Machtgeber die Vertragsurkunde annimmt und dem Gegner nicht alsbald seinen Dissens kundgiebt (R.O.H. 13 S. 293).

Anm. 48. h) Die Genehmigung muß unbedingt und unbeschränkt erfolgen. Der Prinzipal kann nicht die Modalität ablehnen, in welcher die Ueberschreitung liegt, und im Uebrigen den Vertrag genehmigen. Andererseits kann er sich auch nicht in starrer und formeller Weise auf die Ueberschreitung des Auftrages stützen, wenn sein dadurch verletztes Interesse anderweit geschützt wird. So ist, wenn mehr verkauft wurde, als verkauft werden sollte, oder zu geringerem Preise, der Prinzipal verpflichtet, das Geschäft zu erfüllen, wenn Seitens des Vertreters oder des Dritten das geschieht, was erforderlich ist, um den Prinzipal so zu stellen, als sei das Geschäft gemäß der Vollmacht geschlossen, durch Bereiterklärung zur Abnahme des geringeren Quantums oder zur Bezahlung der Preisdifferenz (R.O.H. 4 S. 219; vergl. auch Bolze 18 Nr. 223).

Anm. 49. **2. Die Rechtsfolgen für den Pseudovertreter.**

a) Die Rechtsfolgen treten ein, wenn der Prinzipal die Genehmigung verweigert (nicht, wenn er sie ertheilt, oben Anm. 46; nicht, wenn der Gegenkontrahent den Vertrag zulässiger Weise widerruft, oben Anm. 44), und noch nicht, solange die Frage der Genehmigung oder Verweigerung noch schwebt.

Anm. 50. b) Rechtsgrund der Haftung. Wer als Vertreter auftritt, versichert damit, daß er Vertreter ist: er haftet, wenn das nicht der Fall ist. Er haftet für die Wahrheit dessen, was er erklärt hat.

Anm. 51. c) Als Vertreter muß er gehandelt haben. Das heißt: er muß sich als solcher ausgegeben haben. Stellte er die Vollmacht als zweifelhaft hin, so ist kein Vertrag zu Stande gekommen und es liegt kein Fall der Haftung des Vertreters vor, allenfalls ein durch die einzuholende Genehmigung des Prinzipals bedingter Vertrag, aber ohne Haftung des Vertreters.

Anm. 52. d) Ohne Vertretungsmacht muß er gehandelt haben, d. h. ohne Vollmacht oder ohne giltige Vollmacht. Ungiltig ist sie auch dann, wenn sie mit Erfolg angefochten ist (§ 142 B.G.B.).

Der Nachweis, daß er ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, ist nicht vom Gegenkontrahenten zu führen. Vielmehr muß Derjenige, der sich als Vertreter ausgiebt, auch beweisen, daß er Vertretungsmacht hatte (§ 179 Abs. 1 B.G.B.). Der andere Theil hat, wenn er den Pseudovertreter in Anspruch nehmen will, nur nachzuweisen, daß der Prinzipal die Genehmigung verweigert.

Anm. 53. Ohne Vertretungsmacht ist gehandelt, wenn die Voraussetzungen der Vollmacht, wie sie § 54 aufstellt und wie sie zu § 54 von uns entwickelt sind, nicht vorliegen. War die Vollmacht ertheilt durch Erklärung gegenüber dem Vertreter oder gegenüber dem Dritten, ausdrücklich oder stillschweigend (durch ein in die äußere Erscheinung getretenes Verhalten des Prinzipals; vergl. Anm. 2 ff. zu § 54), oder war die Vollmacht dem Dritten oder öffentlich kundgegeben, so haftet der Prinzipal und nicht der Vertreter. Ob der Vertreter beauftragt war, das Geschäft vorzunehmen, oder ob er nach seinen Instruktionen dazu nicht beauftragt war, ist dann gleichgiltig, wenn die Beschränkung nach § 54 nach außen unwirksam war.

Ohne Vertretungsmacht ist auch dann gehandelt, wenn die Vollmacht erloschen ist (hierüber unten Anm. 65).

e) Voraussetzung ist ferner, daß der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte und auch nicht kennen mußte. Kannte der Dritte den Mangel der Vollmacht oder mußte er ihn auch nur erkennen, so fällt der Anspruch gegen den Pseudovertreter fort, auch wenn Dieser wissentlich vollmachtlos handelte. Doch gehört es nicht etwa zur Begründung des Anspruchs gegen den Pseudovertreter, nachzuweisen, daß der Anspruchsberechtigte den Mangel der Vollmacht weder kannte, noch kennen mußte. Vielmehr ist es Sache des Pseudovertreters, dies dem anderen Theil einwandsweise darzulegen und zu beweisen. Kennenmüssen bedeutet aus Fahrlässigkeit nicht kennen (§ 122 Abs. 2 B.G.B.). Fahrlässigkeit aber begeht, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276 B.G.B.). Daraus folgt, daß das Vertrauen auf das Wort des Vertreters nicht ohne Weiteres als Fahrlässigkeit ausgelegt werden kann; es müssen die Umstände des Falles so liegen, daß nach der Auffassung des Verkehrs eine Erkundigung nach der Vollmacht geboten ist. Anm. 54.

f) Voraussetzung ist endlich, daß der Pseudovertreter entweder voll geschäftsfähig ist oder, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat (§ 179 Abs. 3 B.G.B.). War der Vertreter geschäftsunfähig, so ist für ihn jedenfalls keine Haftung entstanden. Anm. 55.

g) Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Vertreter sich über den Mangel seiner Vertretungsmacht im Irrthum befunden hat oder nicht. Nur ist im Falle des Irrthums seine Haftung eine beschränktere (vergl. unten Anm. 60). Anm. 56.

h) Nicht Voraussetzung ist ferner die Vorausklagung des Prinzipals. Anm. 57.
Die Haftung des Pseudovertreters ist keine subsidiäre, sondern eine selbstständige. Aber der Gegenkontrahent ist dem Pseudovertreter gegenüber berechtigt, den Prinzipal zu verklagen, und kann im Unterliegensfalle die Kosten des Prozesses vom Pseudovertreter ersetzt verlangen (s. unten Anm. 60). Er ist nicht etwa verpflichtet, wenn der Prinzipal die Genehmigung verweigert, sich nunmehr lediglich an den Pseudovertreter zu halten. Wohl aber wird der Pseudovertreter nicht zum Ersatze der Prozeßkosten zu verurtheilen sein, wenn er selbst nachträglich dem Gegenkontrahenten mittheilt, er sei in Wahrheit nicht bevollmächtigt gewesen.

i) Die Folge der Pseudovertretung ist das Recht des anderen Theils, nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen. Anm. 58.

α) Nach seiner Wahl. Es kann nicht etwa der Pseudovertreter die Erfüllung anbieten und die Gegenleistung erzwingen. Auch kann der Dritte nur eines dieser Rechte geltend machen, nicht beide alternativ (R.O.H. 11 S. 356), und ist, wenn er die Erfüllung gewählt hat, an diese Wahl gebunden, so zwar, daß nun auch der Bevollmächtigte den Vertrag einklagen kann. Der Gegenkontrahent ist im Falle der Vollmachtsüberschreitung nicht berechtigt, das Geschäft, soweit es innerhalb der Vollmacht liegt, gegen den Prinzipal, darüber hinaus gegen den Bevollmächtigten geltend zu machen, es sei denn, daß das Objekt theilbar ist (R.O.H. 4 S. 219; Hahn § 6 zu Art. 55), und selbstverständlich, wenn es sich um den Abschluß mehrerer, zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Vollmacht liegender Geschäfte handelt.

Die Erklärung der Wahl erfolgt gegenüber dem Pseudovertreter (§ 263 Abs. 1 B.G.B.). Auch kann der Pseudovertreter dem anderen Theil eine Frist zur Ausübung der Wahl stellen, nach deren Ablauf die Wahl auf ihn übergeht (§ 264 Abs. 2 B.G.B.; vergl. Planck I S. 227; anders Düringer u. Hachenburg I S. 173).

β) Erfüllung oder Schadensersatz. Wählt der Dritte Erfüllung, so kann er sie so verlangen, wie er sie vom Prinzipal hätte verlangen können. War daher dem Prinzipal in Folge seiner Kaufmannsqualität der Einwand der kurzen Verjährung entzogen, so kann ihn auch der angebliche Vertreter nicht geltend machen Anm. 59.

(R.O.H. 11 S. 359). Umgekehrt kann er diejenigen sachlichen Einreden, die der Prinzipal hätte vorbringen können, z. B. die der Fehlerhaftigkeit der Waare, gleichfalls vorschützen (R.O.H. 11 S. 358; Bolze 15 Nr. 206).

Andererseits erwirbt der Dritte gegen den angeblichen Bevollmächtigten nicht mehr Rechte, als er gegen den Prinzipal gehabt hätte. Die Gegenleistung muß er alsdann an Jenen leisten. Neben der Erfüllung kann der Dritte Schadensersatz wegen Verzögerung fordern. Denn diese ist ein Bestandtheil der Erfüllung (Wendt bei Endemann, Handbuch des Handelsrechts I § 73). Erfüllung kann nicht verlangt werden, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, gleichviel ob schuldhaft oder nicht.[1])

Anm. 60. Auch der Schadensersatz gestaltet sich verschieden, je nachdem der Vertreter den Mangel der Vertretung kannte oder nicht kannte. Kannte er ihn, so ist jede Art von Schaden gemeint, das volle Erfüllungsinteresse. Hat aber der Pseudovertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, und sei es auch aus eigener Schuld, so haftet er nur auf das sogenannte negative Vertragsinteresse, d. h. nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrages hatte.

Der Schadensersatz ist nach § 249 B.G.B. dadurch zu leisten, daß derjenige Zustand wieder hergestellt wird, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, hier also, wenn der Vollmachtsmangel nicht vorhanden, die Vertretungsmacht vielmehr vorhanden gewesen wäre. Dann würde der Vertrag zu Stande gekommen sein und der andere Theil einen Anspruch auf das durch den Vertrag begründete Recht erlangt haben. Inhaltlich deckt sich also in vielen Fällen der Anspruch auf Schadensersatz mit dem auf Erfüllung. (Planck Anm. 2 zu § 179, anders Düringer u. Hachenburg I S. 173, welche wegen dieser Kongruenz der beiden Rechte annehmen, daß der Schadensersatz hier in reinem Geldersatze besteht.) In der Ausübung unterscheiden sie sich aber: beim Schadensanspruch kann der Gläubiger nach § 250 B.G.B. dem Schuldner eine Frist zur Herstellung bestimmen und nach deren fruchtlosem Ablauf eine Entschädigung in Geld beanspruchen. Beim Anspruch auf Erfüllung kann er einen Anspruch auf Schadensersatz nur nach den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 280—283; 286 B.G.B.) geltend machen.

Anm. 61. III. **Bei einseitigen Rechtsgeschäften, welche der Pseudovertreter vornimmt,** gilt Folgendes:

1. Die Regel ist, daß Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften unzulässig ist. Das Geschäft ist also nichtig, und auch der Pseudovertreter haftet nicht, außer bei unerlaubter Handlung.

Anm. 62. 2. Ausnahmsweise ist das einseitige Rechtsgeschäft nicht unwirksam, wenn der Pseudovertreter die Vertretungsmacht behauptet und der andere Theil die Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder gar damit einverstanden war, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle. In diesem Falle finden die Vorschriften über Verträge Anwendung. Das heißt: das Geschäft wird nach Maßgabe der §§ 177, 178 B.G.B. genehmigungsfähig; wird die Genehmigung ertheilt, so wird das Geschäft nach Maßgabe des § 184 B.G.B. wirksam; wird sie verweigert oder gilt sie als verweigert, so ist das Geschäft für den Prinzipal unwirksam und der Pseudovertreter haftet nach § 179 B.G.B. (also in dem Falle nicht, wo der andere Theil mit dem Handeln ohne Vertretungsbefugniß einverstanden war; denn dann kannte er den Mangel der Vertretungsmacht; § 179 Abs. 3 B.G.B., wohl aber in den Fällen, wo er nicht gerade einverstanden ist mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht, aber dieses Handeln auch nicht beanstandet hat, indem er nicht wußte, daß die Vertretungsmacht fehlte. (Für letzteres diene das Beispiel bei Düringer & Hachen-

[1]) In Folge dieser Einschränkung und in Folge der Einschränkung oben e) reduzirt sich das praktische Endergebniß dahin, daß die volle unbeschränkte Haftung des Pseudovertreters nur eintritt, wenn er allein sich des Mangels der Vertretungsmacht bewußt war.

burg I S. 174: Die Ehefrau eines Kaufmanns kündigt einem Handlungsgehilfen, der annimmt, daß dieses in Vollmacht ihres Ehemannes erfolge. Es stellt sich heraus, daß eine solche fehlt. Für den Schaden, der durch die Erklärung der Ehefrau des Prinzipals dem Angestellten erwächst, haftet dieselbe, z. B. für Ersatz seiner Auslagen für Annoncen.)

IV. **Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, welches gegenüber dem Pseudovertreter vorgenommen wird,** gilt das Gleiche, wenn es mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird. Vorausgesetzt wird, daß das Rechtsgeschäft mit seinem Einverständniß vorgenommen wird; dagegen ist es gleichgiltig, ob er oder der andere Theil den Mangel der Vertretungsbefugniß gekannt hat. Das hat nur für die Anwendung der §§ 178, 179 B.G.B. Bedeutung (Planck I S. 230). Anm. 63.

V. **Das Verhältniß zwischen dem Pseudovertreter und dem Vertretenen** regelt sich überall nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ffg. B.G.B.). Anm. 64.

H. Erlöschen der Vollmacht. Anm. 65.

1. **Hierüber disponirt jetzt § 168 B.G.B.** Derselbe lautet:

„Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein Anderes ergiebt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

2. Hiernach endigt die Vollmacht a) nach Maßgabe des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, b) durch Widerruf. Anm. 66.

a) **Nach Maßgabe des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses;** d. h. nicht nothwendig erst mit der Endigung desselben, vielmehr kann sich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ergeben, daß die Vollmacht endigt vor Beendigung des Rechtsverhältnisses. Das Gesetz sagt nur: Das Erlöschen bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse.

Im Einzelnen gilt hierüber Folgendes:

α) Beruht die Vollmacht auf einem Auftrage, so bestimmt sich das Erlöschen nach den §§ 671—674 B.G.B. (Kündigung des Auftrages durch den Auftraggeber und durch den Beauftragten, **im Zweifel nicht Tod des Machtgebers** und **Geschäftsunfähigkeit** desselben; im Zweifel auch Tod des Beauftragten). Anm. 67.

β) Beruht die Vollmacht auf einem Dienstvertrage (bei der Handlungsvollmacht der Normalfall), so findet § 675 B.G.B. Anwendung. Es gilt also hinsichtlich des Todes des Machtgebers und des Bevollmächtigten das Gleiche, wie zu α; hinsichtlich der Kündbarkeit gilt nicht § 671 B.G.B., sondern die Regeln des betreffenden Dienstvertrages. Anm. 68.

γ) Beruht die Vollmacht auf einem Gesellschaftsvertrage (z. B. der stille Socius hat für die Dauer des Gesellschaftsvertrags Handlungsvollmacht), so richtet es sich nach den für das betreffende Gesellschaftsverhältniß geltenden Regeln, ob das Gesellschaftsverhältniß beendet ist (dann erlischt die Vollmacht von selbst) oder ob wenigstens nach Maßgabe desselben das Erlöschen der Vollmacht anzunehmen ist. Soweit die civilrechtlichen Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, entscheiden die §§ 712, 715, 723—729, 736 B.G.B.; für die stille Gesellschaft siehe § 339 H.G.B. Anm. 69.

b) **Widerruf der Vollmacht** ist nicht unter allen Umständen jederzeit zulässig, anders als nach Art. 54 H.G.B. Der Regel nach besteht allerdings diese jederzeitige Widerruflichkeit, und zwar selbst dann, wenn das Rechtsverhältniß noch fortbesteht. Aber sie fällt weg, wenn sich aus dem Rechtsverhältnisse ein Anderes ergiebt. Es betheiligt sich z. B. Jemand als stiller Socius bei dem Geschäfte eines Anderen, zur besseren Ausübung der Kontrolle und zur wirksamen Förderung des Geschäfts wird ihm für die Dauer der Societät Handlungsvollmacht ertheilt. Diese ist nicht jederzeit widerruflich. Unzutreffend ist es, wenn Endemann (I S. 352) sagt: ein solcher Verzicht habe lediglich unter den Betheiligten Wirkung; der Vollmachtgeber könne dennoch dem Dritten gegenüber mit voller Wirkung widerrufen. Für eine solche Einschränkung bietet weder der Wortlaut, noch der Sinn der betreffenden Gesetzesstelle einen Anhalt. — Der Widerruf der Vollmacht erfolgt in derselben Weise, wie sie ertheilt ist, entweder gegenüber dem zu Bevollmächtigenden Anm. 70.

oder gegenüber dem Dritten, mit dem das Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll (§ 168 B.G.B.). War dem Dritten erklärt, daß einem Anderen Vollmacht ertheilt sei, oder war eine solche Erklärung öffentlich bekannt gegeben, so muß auch der Widerruf dieser Kundgebung in derselben Weise erfolgen (§ 171 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 71. 3. **Ist der Tod des Machtgebers Erlöschungsgrund?** Das beantwortet sich nach oben Nr. 2 dahin: wenn dies aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse folgt.

Anm. 72. 4. **Ist Eintritt der Geschäftsunfähigkeit Erlöschungsgrund?** Hier gilt das Gleiche. Vergl. ob. zu Nr. 2. **Verschollenheit** ist an sich kein Erlöschungsgrund (R.O.H. 24 S. 45).

Anm. 73. Ist **Konkurs** Erlöschungsgrund? Nach § 23 K.O. erlischt mit dem Eintritte des Konkurses des Machtgebers jedes Geschäftsbesorgungsmandat, es mag auf unentgeltlichem Auftrag oder auf Werkvertrag oder Dienstvertrag beruhen. Auf den guten Glauben des Dritten kommt es hier nicht an. Vielmehr regelt sich die Giltigkeit der von dem früheren Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsakte lediglich nach der Vorschrift des § 7 K.O. (vgl. Anm. 12 zu § 52).

Anm. 74. 5. **Ist Einstellung des Gewerbebetriebes Erlöschungsgrund der Vollmacht?** Das läßt sich nicht allgemein bejahen. Die Vollmacht erlischt jedenfalls soweit, als sie sich auf Rechtshandlungen bezieht, die zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes gehören. Sie schränkt sich ein auf die Ermächtigung zu denjenigen Rechtshandlungen, welche zur Abwickelung des Geschäftsbetriebes bezw. der betreffenden Geschäfte gehören (vergl. Anm. 13 zu § 52).

Anm. 75. Die Löschung der Firma hat an sich auf den Bestand der Vollmacht keinen Einfluß. Wird das Geschäft veräußert, so erlischt die Vollmacht und es muß vom neuen Prinzipal eine neue ertheilt werden. Eine gewöhnliche Uebertragung der Vollmacht auf einen neuen Machtgeber giebt es nicht. Aber konkludentes Geschehenlassen wird hier als Ertheilung der Vollmacht eine erhebliche Rolle spielen.

Anm. 76. 6. **Ob der Bevollmächtigte jederzeit die Vollmacht niederlegen kann,** richtet sich gemäß § 168 B.G.B. nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Insoweit dieses durch einseitige Kündigung beendet werden kann, wird durch diese Kündigung auch die Vollmacht aufgehoben, so beim Auftrag ohne weiteres; (§ 671 B.G.B.), beim Dienstvertrage aus wichtigem Grunde (§ 626 B.G.B.; § 71 H.G.B.). Ist das jederzeitige Niederlegungsrecht vereinbart, so darf es gleichwohl ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit ausgeübt werden, sonst Schadensersatz (vgl. Anm. 5 zu § 52).

Anm. 77. 7. **Das Erlöschen der Vollmacht brauchen sich Dritte nur entgegenhalten zu lassen, wenn sie** ihnen gegenüber widerrufen ist oder wenn sie die sonstige Erlöschung der Vollmacht kannten oder kennen mußten (§§ 170, 171, 172, 173 B.G.B.). Der Grundsatz, daß sich der Dritte das Erlöschen der Vollmacht entgegenhalten lassen muß, wenn er es kannte oder kennen mußte, stimmt mit der in § 54 Abs. 3 H.G.B. aufgestellten Rechtsregel überein. Was dort von Einschränkungen gesagt ist, gilt in gleichem Maße vom Erlöschen der Vollmacht (s. hierüber Anm. 22 zu § 54). Erlischt z. B. nach Lage des Rechtsverhältnisses die Vollmacht durch den Tod des Machtgebers, so muß sich der Dritte dieses Erlöschen entgegenhalten lassen, wenn die Umstände so liegen, daß der Dritte wußte oder wissen mußte, daß der Vollmachtgeber gestorben ist und daß das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß von der Art ist, daß durch den Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht erlischt. Umgekehrt schadet ihm sein Wissen oder Wissenmüssen derart, daß er, wenn er das Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muß, nicht geltend machen kann, die Vollmacht sei nicht in derselben Weise widerrufen oder die Kundgebung der ertheilten Vollmacht sei nicht in derselben Weise erfolgt, wie die Ertheilung oder die Kundgebung der ertheilten Vollmacht — § 173 B.G.B. —

Anm. 78. 8. **Der Widerruf der Vollmacht kann unter Umständen noch andere Rechtsfolgen nach sich ziehen.** Der generelle Handlungsbevollmächtigte wird unter Umständen auf Auflösung des Dienstverhältnisses klagen können und auf Entschädigung (vergl. Entscheidungen hierfür in Anm. 4 zu § 52). Selbstverständlich aber kann der Grund der Vollmachtsentziehung gerechtfertigt oder gar so beschaffen sein, daß der Prinzipal gleichzeitig zur Aufhebung des zu Grunde liegenden Verhältnisses befugt erscheint. Eine Konventionalstrafe, die für den Fall des Widerrufs versprochen ist, ist hier giltig. Denn auch das Leistungsversprechen ist rechtlich zulässig, da der Verzicht auf die Vollmachtsentziehung nicht ungiltig ist.

Sechster Abschnitt.

Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge.

§ 59.[1])

Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (Handlungsgehülfe), hat, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die Art und den Umfang seiner Dienstleistungen oder über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden Dienste zu leisten sowie die dem Ortsgebrauch entsprechende Vergütung zu beanspruchen. In Ermangelung eines Ortsgebrauchs gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.

I. **Erste Vorbemerkung zum 6. Abschnitt.** Der vorliegende 6. Abschnitt des Ersten Buches des H.G.B. ist gemäß Art. 1 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum H.G.B. bereits seit dem 1. Januar 1898 in Kraft. Während jedoch in der Zwischenzeit zwischen dem 1. Januar 1898 und dem 1. Januar 1900 die Vorschriften des 6. Abschnitts ihre Ergänzung durch das bisherige bürgerliche Recht und das alte H.G.B. fanden (vergl. unser Supplement S. 5), sind jetzt zur Ergänzung selbstverständlich das B.G.B. und das neue H.G.B. heranzuziehen. Dadurch erhält eine Reihe von Bestimmungen einen anderen Inhalt. So z. B. ist der Begriff Handelsgewerbe im § 59 jetzt aus §§ 1, 2, 3 u. 5 zu entnehmen. Anm. 1.

Uebergangsfragen zu erörtern erscheint bei den Vorschriften des 6. Abschnitts im Großen und Ganzen überflüssig, weil eben dieser 6. Abschnitt bereits 2 Jahre vor der Geltungszeit der übrigen Theile des Gesetzbuchs in Geltung getreten ist, sodaß diese Vorschriften ihre Uebergangszeit bereits hinter sich haben. Ganz gegenstandslos aber ist diese Erörterung jedoch deshalb nicht, weil die Vorschriften des 6. Abschnitts, wie eben bemerkt, zum Theil jetzt eine neue Deutung erhalten, und zur Ergänzung der Bestimmung des 6. Abschnitts fortan die Vorschriften des neuen Rechts heranzuziehen sind. Es bedeutet daher oft einen großen Unterschied für den Inhalt des Dienstvertrages, ob man ihn nach der Gesammtheit der Bestimmungen, die für ihn in der Zwischenzeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 galten, beurtheilt oder nur nach den Bestimmungen des neuen Rechts. Vergl. z. B. unten Anm. 22. Anm. 2.

Deshalb sei hier für die Uebergangszeit Folgendes bemerkt: Anm. 3.

In Anwendung der Art. 170 u. 171 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. bleiben für die am 1. Januar 1900 bestehenden Dienstverhältnisse zunächst die bisherigen Gesetze maßgebend. Wenn sich aber das Dienstverhältniß unter der Herrschaft des neuen Rechts fortsetzt, obwohl unter Zugrundelegung des alten Rechts eine Kündigung zulässig war, so ist vom Zeitpunkt der solcher Gestalt eingetretenen Fortsetzung das neue Recht maßgebend. Soweit freilich die Bestimmungen des neuen Gesetzbuchs exklusiver Natur sind, treten sie sofort am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit ohne Rücksicht auf diese Kündigungsfrage (vergl. hierüber unsere Allg. Einl. Anm. 10 u. 11, auch Anm. 9 zu § 67 u. Anm. 16 zu § 74.

II. **Zweite Vorbemerkung zum 6. Abschnitt.** Handlungsgehilfen und Handlungsbevollmächtigte sind allerdings zwei selbstständige Begriffe; doch sind beide Funktionen meist in derselben Person vereint. Wer aber bloß Handlungsbevollmächtigter ist, untersteht nicht den Vorschriften des vorliegenden Abschnitts (vergl. R.O.H. 7 S. 298). Näheres hierüber Vorbem. zu § 48. Anm. 4.

---

[1]) Literatur: Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen. Berlin 1897; Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen. Hannover 1897.

Anm. 5. III. **Die Erläuterung des § 59. Der vorliegende Paragraph** giebt 1. eine Definition des Handlungsgehilfen, 2. eine Vorschrift über die Leistungen des Handlungsgehilfen, 3. eine Vorschrift über die Ansprüche desselben.

1. **Der Begriff des Handlungsgehilfen** ist dahin gegeben: wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.

a) **Er ist gegen Entgelt angestellt.** Er steht also in einem Dienstvertragsverhältnisse (§ 611 B.G.B.), und zwar in einem solchen, kraft dessen er dem Organismus des Geschäfts derart angehört, daß er in Bezug auf die Art der Ausübung seiner Dienstleistungen von den Anordnungen der Geschäftsleitung abhängig ist. Er ist der Untergebene des Prinzipals. Alles dies natürlich in den durch Vertrag und Gebrauch gezogenen Grenzen. Nicht der Erfolg seiner Thätigkeit, sondern diese selbst ist gemiethet. Handlungsgehilfe ist demnach der Kommis, der Reisende, der Korrespondent (weitere Beispiele s. unten Anm. 12); nicht der Agent (vergl. zu § 84), nicht die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (dieselben sind nicht Handlungsgehilfen, sondern gesetzliche Vertreter der juristischen Person und im Verhältniß zu den übrigen Angestellten selbst die Prinzipale (vergl. hierüber die Erl. zu § 231), nicht der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (aus dem gleichen Grunde), nicht der Liquidator einer Handelsgesellschaft (R.G. vom 23. Dezbr. 1895 in der Dtsch. Jur.-Ztg. 1896 S. 57).

Anm. 6. Nicht nothwendig ist, daß der Angestellte während der ganzen üblichen Geschäftszeit für den Prinzipal thätig ist. Der sogenannte Stundenbuchhalter, d. h. Derjenige, der einige Stunden des Tages oder der Woche im Geschäfte thätig ist, um die Bücher in Ordnung zu halten, ist Handlungsgehilfe. Für die Zeit seiner Thätigkeit gehört er dem Organismus des Geschäfts an.

Anm. 7. Nicht Handlungsgehilfe ist der Volontär, da er ja kein Entgelt erhält. Hier liegt ein Auftragsverhältniß nach § 662 B.G.B. vor. Die über die Entgeltlichkeit handelnden Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrages finden auf ihn keine Anwendung. Im Uebrigen gehört es zum Begriffe des Volontärs, daß er freiwillig die Pflichten eines Handlungsgehilfen übernimmt, und als Aequivalent hierfür wird man ihm auch alle Rechte des Handlungsgehilfen (außer dem Rechte auf Vergütung) gewähren müssen. Die Frage der Kündigungsfristen wird dabei keine Rolle spielen, weil hier gewöhnlich eine bestimmte Volontärzeit vereinbart sein wird. Ist dies aber nicht der Fall, so nehmen wir (gegen Horrwitz S. 18) keinen Anstand, auch für und gegen ihn die für Handlungsgehilfen geltenden Kündigungsfristen in Anwendung zu bringen, weil er sich eben freiwillig und ohne Gegenleistung in die Stellung eines Handlungsgehilfen begeben hat. Daß die Regeln vom Zeugnisse und von der Konkurrenzklausel entsprechende Anwendung finden, nehmen auch Düringer u. Hachenburg I S. 92 an, mit denen wir wohl überhaupt im Prinzip übereinstimmen.

Anm. 8. Ein Dienstvertrag liegt nicht vor, wenn die Ehefrau oder das Kind oder der Ehemann im Geschäfte arbeitet. Hier liegt die Erfüllung gesetzlicher Pflichten vor (vergl. §§ 1356, 1617 B.G.B.). Freilich können auch diese Personen durch Dienstvertrag angestellt werden; daß dies der Fall ist, muß Der, der hieraus Rechte z. B. den Anspruch auf Vergütung herleitet, beweisen, weil es der gesetzlichen Regel widerspricht (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 33 ff.). Ob die Beamten des handeltreibenden Staates Handlungsgehilfen sind, darüber s. Anm. 11 zu § 36.

Anm. 9. b) **In einem Handelsgewerbe** muß die Anstellung erfolgt sein. Das ist selbstverständlich, denn es handelt sich ja nur um die Gehilfen des Kaufmanns. Die Gehilfen anderer Gewerbetreibenden sind auch dann keine Handlungsgehilfen, wenn ihre Dienste kaufmännischer Natur sind, z. B. die Buchhalter und Korrespondenten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, der Landwirthe, Derjenigen, welche ein eintragungspflichtiges, aber noch nicht eingetragenes Gewerbe betreiben (§§ 2, 3 Abs. 2, 36). Wohl aber genügt es, daß er auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, d. h. daß Jemand, der ein Gewerbe betreibt, eingetragen ist, obwohl sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist. Und endlich muß Derjenige, der im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, auch in dieser

Hinsicht gegen sich gelten lassen, daß er als Kaufmann gelte (vergl. unseren Exkurs zu § 5). Die ihm nachtheiligen, dem Gehilfen vortheilhaften Bestimmungen über die Handlungsgehilfen kommen in diesem Falle dem Gehilfen zu Statten. Aber auch der Gehilfe wird meist gegen sich gelten lassen müssen, daß er, indem er mit einer Person kontrahirt hat, die als Kaufmann gelten wollte, als Handlungsgehilfe gilt (vergl. unseren Exkurs zu § 5 Anm. 7). Im letzten Ende wird alles dies zu demselben Ergebniß führen, zu welchem Düringer & Hachenburg I S. 196 gelangen, wenn sie sagen, daß bei den unter §§ 2, 3 Abs. 2 u. 36 fallenden Gewerbetreibenden sehr häufig wird unterstellt werden müssen, daß auf ihre Gehilfen die Handlungsgehilfenvorschriften durch Vereinbarung für anwendbar erklärt sind. Dies wird man immer dann unterstellen müssen, wenn jene Gewerbetreibenden sich im Rechtsverkehr (durch Firmenführung u. s. w.) als Kaufleute geriren. Das ist es wohl, was Düringer u. Hachenburg vorgeschwebt hat.

c) **Zur Leistung kaufmännischer Dienste** muß die Anstellung erfolgt sein, mindestens vorwiegend (Cosack S. 107; vergl. auch Bolze 17 Nr. 410). Daß dies der Fall ist, muß Der beweisen, der aus der Natur der Dienste Rechte herleiten will (R.G. 1 S. 268). Anm. 10.

Nicht alle Gehilfen des Kaufmanns leisten kaufmännische Dienste. Nach der verschiedenen Natur der geleisteten Dienste unterscheidet man vielmehr **4 Klassen von Gehilfen des Kaufmanns.**

a) **Die Handlungsgehilfen.** Diese bilden den Gegenstand des vorliegenden Paragraphen. Anm. 11.
Auf sie finden die Vorschriften des 6. Abschnitts Anwendung. Es sind Diejenigen Gehilfen des Kaufmanns, welche ihm kaufmännische Dienste leisten. Dabei ist das Wort Kaufmann nicht in dem weiten juristischen Sinne zu verstehen, wie er in den §§ 1 u. 2 gebraucht ist, sondern im historischen und herkömmlichen Sinne, es müssen Dienste sein, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehören, die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt. Die kaufmännische Signatur seiner Thätigkeit ist es, wie das R.O.H. (17 S. 309) treffend sagt, welche den Gehilfen zum Handlungsgehilfen macht (vergl. auch R.G. 1 S. 268; Denkschr. S. 55). Dazu gehört aber nicht bloß und nicht nothwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern alle Thätigkeiten, welche sich auf den Umsatz von Waaren beziehen, einschließlich der Komptoirgeschäfte. Im Gegensatze dazu sind im Falle der Vereinigung von Handwerks- oder Fabrik- mit einem Handelsbetriebe diejenigen Hilfspersonen Gewerbegehilfen, welche mit der Bearbeitung, Verarbeitung, Herstellung der Waaren durch technische Dienstleistungen beschäftigt sind (R.O.H. 10 S. 299; 14 S. 114; auch Landmann, Kommentar zur Gewerbe-Ordnung, Vorbem. zum VII. Titel, Anm. 5c). Vergl. unten Anm. 13.

Beispiele (in analphabetischer Reihenfolge). Anm. 12.

Als Handlungsgehilfe ist hiernach anzusehen: der Buchhalter; der Büreauchef eines Zeitungsverlegers, auch wenn er daneben redaktionelle Geschäfte zu besorgen hat (Kammergericht bei Perl & Wreschner 1891 S. 85); die Direktrice, wenn sie auch Kunden bedient; der Fabrikdirektor (R.O.H. 18 S. 25); der durch Dienstvertrag angestellte generelle Handlungsbevollmächtigte, z. B. der Leiter einer Filiale; der Hotelleiter (Bolze 16 Nr. 238); der Hotelsekretär; der Kassirer; der Konfektionär und die Konfektioneuse (Auskunft der Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 20); der Korrespondent (R.O.H. 14 S. 115); das Ladenmädchen, auch wenn es nicht Verkäuferin ist, sondern nur etikettirt, sortirt, zum Versande bereitstellt, die erledigten Aufträge im Lagerbuch bucht (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1891 S. 63 und in G.Z. 42 S. 513); der Lagerist, welcher die Aufsicht über das Lager führt, die Waaren zu empfangen und zu expediren hat (vergl. O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 486); der Prokurist, wenn er durch Dienstvertrag angestellt ist; der Reisende; der Restaurationsgeschäftsführer (Bolze 16 Nr. 375); der Verkäufer; die Verlagsgeschäftsgehilfen, jedoch nur, soweit sie kaufmännische Hilfsdienste verrichten, nicht auch seine literarischen Gehilfen, sodaß die Redakteure, Unterredakteure, Kor-

rektoren, Berichterstatter keine Handlungsgehilfen sind (Kammergericht in G.Z. 42 S. 513; vergl. unten Anm. 15).

Anm. 13. β) **Eine zweite Klasse der Gehilfen des Kaufmanns sind die Gewerbegehilfen.** Die Dienstverhältnisse derselben regeln sich nach der Gewerbeordnung (der Engagementsvertrag selbst ist natürlich auch hier ein Handelsgeschäft (R.G. 38 S. 117); die den Gewerbegehilfen vom Kaufmann ertheilte Vollmacht ist eine Handlungsvollmacht).

Es sind diejenigen Gehilfen, welche — lediglich oder vorwiegend; vergl. oben Anm. 11 — nicht kaufmännische, sondern gewerbliche Dienste leisten (nähere Beschreibung dieses Begriffes unten Anm. 13 Abs. 3). So die Gesellen und Arbeiter einer Fabrik, der Koch eines Restaurants (R.O.H. 10 S. 299), der Zuschneider in einem Kleidergeschäft (R.O.H. 21 S. 18); der Kellner und Oberkellner, auch wenn sie Rechtsgeschäfte abschließen und Handlungsbevollmächtigte sind, weil zu diesen einfachen Geschäftsabschlüssen keinerlei kaufmännische Fähigkeit gehört (R.O.H. 24 S. 270), aus demselben Grunde der Omnibusschaffner, welcher Fahrscheine verkauft und Listen führt (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1891 S. 28; auch citirt in G.Z. 42 S. 513), der Bierfahrer oder Milchfahrer, auch wenn er Bier oder Milch verkauft oder Gelder einkassirt; denn die Hauptsache ist doch die Kutscher- und Botenthätigkeit (so Horrwitz S. 22, dagegen Urtheile des Gewerbegerichts Berlin vom 26. März u. 24. September 1896 bei Unger, Entsch. des Gewerbegerichts Berlin u. R.G. vom 25. Juni 1890, J.W. S. 295); die Büffetmamsell; der Fahrradlehrer in einem Fahrradgeschäft.

Gewerbliche Dienste sind diejenigen, welche in der Mitthätigkeit bei der Bearbeitung oder Verarbeitung der Waaren durch technische Dienstleistungen bestehen (R.O.H. 14 S. 113; 10 S. 299), oder — denn diese Definition ist nicht umfassend genug — in der Mitthätigkeit bei dem sonstigen technischen Theil des Gewerbebetriebes bestehen, jedoch nicht bloß Diejenigen, welche dem betreffenden Gewerbe charakteristisch angehören oder besondere technische Kenntnisse oder Fertigkeiten voraussetzen (vergl. R.O.H. 19 S. 382), so daß auch Personen, welche untergeordnete Dienste leisten, zu den Gewerbegehilfen gehören, z. B. die Fuhrknechte eines Spediteurs, die Briefträger bei der Berliner Packetfahrt-Gesellschaft.

Andererseits hören die Dienste nicht dadurch auf, gewerbliche zu sein, daß die Herstellung des Erzeugnisses eine künstlerische ist; auch diejenigen Künstler, welche von einem Gewerbetreibenden zur Herstellung eines, wenn auch kunstgewerblichen Erzeugnisses beschäftigt werden und in diesem Sinne die Kunst in den Dienst des Gewerbes stellen, gehören zu den Gewerbegehilfen (R.G. 17 S. 92).

Indessen fällt doch ins Gewicht, daß die Gewerbegehilfen in der Gewerbeordnung eine Unterart der gewerblichen Arbeiter bilden, so daß vor Allem die Kriterien dieses Begriffs vorhanden sein müssen. Aus diesem Gesichtspunkte ist zu verneinen die Gewerbegehilfeneigenschaft der Schauspieler und Orchestermitglieder, obwohl das Schauspielunternehmen an sich zu den Gewerbeunternehmungen gehört (R.G. 17 S. 86; 41 S. 53); Thierbändiger (R.G. 37 S. 67); des Redakteurs einer Zeitung, des Berichterstatters einer Zeitung, dieselben sind auch keine Handlungsgehilfen (vergl. Anm. 15); endlich aller derjenigen Personen, welche eine dirigirende und kontrolirende Stellung einnehmen, denen die Leitung und Beaufsichtigung des betreffenden Gewerbebetriebes im Ganzen oder zum Theil zusteht. Aus diesem letzten Grunde ist nicht als Gewerbegehilfe anzusehen der Ziegelmeister einer Fabrik (R.G. 13 S. 58; 37 S. 279); der Kontroleur einer Pferdeeisenbahngesellschaft (den nach dem Zeugnisse und unter Billigung Puchelts Anm. 2 das R.O.H. als Handlungsgehilfen ansieht); der Gummirmeister einer Hanfschlauchfabrik, welcher zur Leitung der Gummiranstalt, Vertheilung der Arbeiten und Beaufsichtigung derselben angestellt war (Bolze 12 Nr. 620), der Müllermeister (Bolze 9 Nr. 228), der Braumeister (R.G. 37 S. 279), der Brennereidirektor (R.G. 38 S. 26). Ob solche technische Repräsentanten des Prinzipals als

Handlungsgehilfen anzusehen sind, richtet sich darnach, ob sie auch kaufmännische Dienste verrichten, und zwar so, daß dieser Theil ihrer Funktionen einen wesentlichen und erheblichen, nicht bloß nebensächlichen Bestandtheil ihrer Dienste bildet. Das R.O.H. (Bd. 14 S. 114) hat den Verwalter einer Fabrik für einen Handlungsgehilfen erklärt, weil ihm auch die Auszahlung der Löhne oblag. Allein in dem mechanischen Auszahlungsgeschäft liegt nichts spezifisch Kaufmännisches. In R.O.H. 18 S. 25 ist der technische Direktor einer Fabrik zum Handlungsgehilfen erklärt, anscheinend, weil er die Fabrikarbeiter zu engagiren hatte, wozu allerdings wirthschaftliche Ueberlegung und kaufmännischer Sinn gehört. Die Dienstverhältnisse dieser selbstständigen Leiter und technischen Hilfsarbeiter sind durch § 133a flg. der Gewerbeordnung besonders geregelt, und zwar im Anschluß an die Bestimmungen des H.G.B. über Handlungsgehilfen.

Zu den Gewerbegehilfen gehören nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 154 G.O.) nicht die Apothekergehilfen, sie sind aber auch nicht zu den Handlungsgehilfen zu rechnen, weil sie im Wesentlichen technische Dienste verrichten und auch das Verkaufen der Arzneien sich ohne jede kaufmännische Fähigkeit vollzieht (vergl. Dernburg Pr. Privatr. Bd. 2 § 193 Anm. 3, Cosack S. 106; vergl. aber Str.Arch. Bd. 61 S. 93; Horrwitz S. 21; Makower S. 110).

γ) **Gesinde.** Personen, welche im Wesentlichen Hilfsdienste verrichten und in enger Beziehung zur Familie stehen, unterfallen hinsichtlich ihrer Dienstverhältnisse den für das Gesinde geltenden Vorschriften (Art. 95 Einf.-Ges. zum B.G.B.; § 7 der preuß. Ges.-Ordg.; R.O.H. 10 S. 298). Der betreffende Engagementsvertrag ist natürlich auch hier ein Handelsgeschäft (vergl. R.G. 38 S. 117) und soweit hierdurch, sowie überhaupt dadurch, daß das H.G.B. mit den für die Gesinde geltenden Sondervorschriften im Widerspruch steht, Handelsrecht Platz greift, findet das H.G.B. auch für die Gesindebediensteten des Kaufmanns Anwendung (vergl. Art. 2 Einf.-Ges. zum H.G.B.). Bei den Dienstverhältnissen des Gesindes liegt diese Kollision nicht vor, weil das H.G.B. sich mit ihnen nicht beschäftigt (§ 83). Es gehören dazu die Hausdiener, Aufwartefrauen u. s. w., wenn sie gleichzeitig zur häuslichen Gemeinschaft des Prinzipals gehören, der Hausknecht eines Hotels, der im Hotel selbst schläft (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1890 S. 31). Anm. 14.

δ) **Andere Gehilfen des Kaufmanns.** Die Dienstverhältnisse aller derjenigen Personen, welche zu keiner der vorgenannten 3 Klassen gehören, regeln sich nach den für das betreffende Arbeitsverhältniß geltenden Vorschriften (§ 83). Dahin sind zunächst diejenigen Personen zu zählen, welche untergeordnete Hilfsdienste verrichten (Packen, Reinigen, Briefe austragen u. s. w.), und nicht zur häuslichen Gemeinschaft gehören, wie die Hausdiener, die Komptoirdiener, Laufburschen, Aufwartefrauen (Str.Arch. Bd. 88 S. 218); die Kassenboten; ferner die Redakteure einer Zeitung (A.G. Zwickau in Busch's Archiv 22 S. 254); die Reporter derselben (R.O.H. 14 S. 23; R.G. 1 S. 268); der Syndikus einer Gesellschaft; die Apothekergehilfen (oben Anm. 13); die sogenannten Probirmamsells in Konfektionsgeschäften. Bei diesen Personen finden die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag überall dort Anwendung, wo besondere Vorschriften nicht gegeben sind (§§ 611—630 B.G.B.). Anm. 15.

2. **Die Art und der Umfang der Dienste** richtet sich nach dem Uebereinkommen, eventuell nach Ortsgebrauch, eventuell entscheidet die Angemessenheit der Leistungen. Vereinbarungen sind dabei wohl zu unterscheiden von Dienstanweisungen, welche letztere auch einseitig vom Prinzipal geändert werden können. Anm. 16.

a) Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, daß der Gehilfe seine Dienste persönlich leisten muß (§ 613 B.G.B.).

b) Im Zweifel braucht der Gehilfe nur kaufmännische Dienste zu leisten. So ist z. B. die Verkäuferin in einem Konfektionsgeschäft selbst während der Saison nicht verpflichtet, ein auch nur mäßig großes Packet nach Schluß der Geschäftszeit zu einem Anm. 17.

Kunden zu tragen (Auskunft der Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 33); der Kommis in einem Wäschegeschäft ist nicht verpflichtet, Bettfedern umzuschütten (Auskunft der Berliner Aeltesten ebenda); das Wiederverpacken und Wegräumen der zum Zwecke des Verkaufs ausgepackten und vorgelegten Waaren ist aber Sache des Verkäufers, wenn es nicht eine erhebliche Mühewaltung oder eine untergeordnete Thätigkeit involvirt (Horrwitz S. 33.) Reine Gesindedienste (z. B. Auskehren) braucht der Handlungsgehilfe niemals zu verrichten.

Anm. 18. c) Auch braucht der kaufmännische Handlungsgehilfe nur diejenige kaufmännische Thätigkeit zu leisten, für welche er engagirt ist: der Korrespondent braucht nicht den Ladenverkäufer, der Reisende nicht den Buchhalter zu spielen. Aber Derjenige, welcher als Handlungsgehilfe schlechtweg engagirt ist, muß sich in jedem Fache beschäftigen lassen.

Anm. 19. d) Der Umfang der Dienste, insbesondere der zeitliche Umfang ist gesetzlich nicht festgelegt (wenigstens zur Zeit noch nicht). Hier entscheidet der Wille des Prinzipals bis zu der im § 62 festgesetzten Grenze (vergl. die Erläuterung zu § 62). Aber über die regelmäßige Geschäftszeit hinaus braucht sich der Gehilfe nicht beschäftigen zu lassen. Doch ist es allgemein üblich, daß die Handlungsgehilfen das Geschäftslokal nicht vor Beendigung ihrer dringenden Arbeiten verlassen, selbst wenn dadurch eine geringe Verzögerung eintritt. Auch vorübergehende Mehrleistungen, welche durch Jahreszeit und Konjunktur bedingt werden, sind nicht zu vergüten (vergl. Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 1). In der Ultimozeit, in der Inventur- und Weihnachtszeit wird

Anm. 20. wohl auch länger gearbeitet, ohne daß der Handlungsgehilfe sich dessen weigern oder besondere Bezahlung verlangen darf (Horrwitz S. 37).

e) Die Art der Dienstleistung muß die eines Untergebenen sein. Der Handlungsgehilfe ist dem Prinzipal Gehorsam schuldig. Nur wenn ihm gesetzwidrige oder unsittliche Anweisungen ertheilt werden, kann er den Gehorsam verweigern (Horrwitz S. 49).

f) Ordentliche und pünktliche Dienstleistung durch einseitig angedrohte Ordnungs-

Anm. 21. strafe zu erzwingen, ist der Prinzipal nicht berechtigt. Geschäftsordnungen nach dieser Richtung sind nur giltig, wenn der Gehilfe sie rechtsgiltig genehmigt hat.

g) Der Gehilfe kann auf Leistung der Dienste verklagt werden. Exekution findet statt gemäß §§ 887 und 888 C.P.O. Nach § 887 ist der Prinzipal auf seinen Antrag zu ermächtigen, sich die Dienste durch einen Anderen leisten zu lassen, wenn sie so beschaffen sind, daß solche Leistung durch einen Dritten erfolgen kann. Dies wird, wie wir im Gegensatz zu Düringer u. Hachenburg I S. 193 annehmen, meist der Fall sein, obwohl das Verhältniß zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ein Vertrauensverhältniß ist. Dieser Umstand steht der Eigenschaft der Dienste als solcher, welche auch ein Dritter vornehmen kann, nicht entgegen. Nur selten wird hiernach der Fall vorliegen, daß ein Dritter die Dienste überhaupt nicht leisten kann; in diesem Falle versagt das Exekutionsrecht, denn die Erzwingung der Dienste durch Geld- oder Haftstrafe findet bei Dienstverträgen nicht statt (§ 888 Abs. 2 C.P.O.). In jedem Falle hat der seine Dienste verweigernde Handlungsgehilfe Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten (§ 286 B.G.B.) und selbstverständlich muß er sich einen Abzug an der Ver-

Anm. 22. gütung gefallen lassen (§ 614 B.G.B.). Ueber weitere Verpflichtungen des Gehilfen s. unten Anm. 28—31.

3. Die Ansprüche des Handlungsgehilfen.

a) Von diesen Ansprüchen ist hier nur die Vergütung abgehandelt. Der Anspruch auf das Dienstzeugniß ist in § 73 besonders geregelt. — Einen Anspruch auf Beschäftigung, auf Entgegennahme der Dienste, auf Belassung zugewiesener Funktionen und Vollmachten hat der Handlungsgehilfe im Zweifel nicht (§§ 611, 168 B.G.B.). Der Handlungsgehilfe mag, wenn er hierin eine Abredewidrigkeit erblickt, die ihm sonst zustehenden Konsequenzen ziehen (vergl. Anm. 78 im Exkurse zu § 58 u. Näheres in Anm. 25 zu § 70). — Denkbar ist noch ein Anspruch auf Rückzahlung einer gestellten Kaution. Eine solche kann erst zurückverlangt werden nach Ablauf einer Frist, innerhalb deren sich beurtheilen läßt, ob Fälle der Haftbar-

keit vorliegen (Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1894 S. 48). — Außerdem aber besteht noch ein gesetzlicher Anspruch auf Pflege und ärztliche Behandlung für den erkrankten Handlungsgehilfen, wenn derselbe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist. Dieser Anspruch ist durch § 617 B.G.B. begründet (vergl. hierüber Anm. 9 zu § 63).

b) **Die Vergütung** richtet sich nach der Vereinbarung, eventuell nach Ortsgebrauch, eventuell entscheidet die Angemessenheit. Anm. 23

Die Vereinbarung muß bestimmt und deutlich sein. Sonst gilt sie nicht als solche. Die Zusage künftiger Gehaltserhöhung ist z. B. nicht giltig, wenn sie erfolgt ist „für den Fall, daß der Gehilfe sich nach den Wünschen des Prinzipals eingerichtet haben würde" (R.O.H. 18 S. 258).

Die Vereinbarung allzu niedriger Löhne, sogenannter Hungerlöhne, kann unter Umständen ein wucherisches Geschäft und nach § 138 B.G.B. nichtig sein. Der Gehilfe kann die Nichtigkeit eines solchen Vertrags jederzeit geltend machen. Nach § 826 B.G.B. hat der Prinzipal in solchem Falle den Gehilfen für die geleisteten Dienste und wohl auch für die Folgezeit, bis der Gehilfe eine neue Stellung findet, zu entschädigen.

Wer angemessenen Lohn fordert, hat zu beweisen, daß eine bestimmte Vergütung nicht vereinbart ist (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 32).

Gegenstand der Vergütung kann Geld oder auch Waaren (das Trucksystem ist hier nicht prinzipiell verboten; vergl. Anm. 5 zu § 64; es kann aber unter Umständen als unsittliches Geschäft betrachtet werden) oder auch Unterhalt sein.

Die Geldvergütung ist entweder festes Gehalt oder Provision oder Tantieme. Ueber Provision und Tantieme siehe zu § 65.

Der Anspruch auf jede Art der Vergütung verjährt in 2 Jahren: „Gehalt, Lohn oder andere Dienstbezüge" (§ 196 Nr. 8 B.G.B.), also auch Anspruch auf Tantieme und Provision. Die Verjährung beginnt am Schlusse des Fälligkeitsjahres.

Für die Urlaubszeit hat der Handlungsgehilfe die Vergütung zu beanspruchen (Horrwitz S. 58); dagegen nicht für die Ueberstunden (Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 58), beim Mangel eines wirklichen Geschäftsbedürfnisses kann aber der Handlungsgehilfe die Arbeit in Ueberstunden verweigern (s. oben Anm. 19).

Auch Vorschußleistung kann vereinbart werden. Ohne Vereinbarung kann ein Vorschuß nicht gefordert werden, da das Entgelt im Zweifel erst nach Leistung der Dienste bezw. nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist (§ 614 B.G.B.). Auch der Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Vorschüsse verjährt hier in 2 Jahren (§ 196 No. 8 B.G.B.)

Den Charakter der vertragsmäßigen Vergütung tragen auch zugesagte Gratifikationen (besonders Weihnachts- und Neujahrsgratifikationen; vergl. Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 25). Nur in seltenen Fällen wird man annehmen können, daß eine solche Zusage in Schenkungsabsicht erfolgt ist, meist soll sie ein Zuschlag zur Vergütung sein, wenn auch zum Zwecke der Anerkennung und Anspornung. Wenn sie im Einzelfalle eine Schenkung ist, so greift die Formvorschrift des § 518 B.G.B. (gerichtliche oder notarielle Form) Platz, nicht aber, wenn sie ein Zuschlag zur Vergütung sein soll. Letzteres kann sie selbst dann sein, wenn ihre Höhe nicht vereinbart ist, sie ist dann in ortsüblicher oder angemessener Weise zu leisten, wie dies auch unser Paragraph ergiebt (Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 54 u. bei Dove u. Apt I S. 25). Auch ist sie, wenn sie einmal Zuschlag zur Vergütung sein soll, antheilig zu leisten, wenn der Gehilfe während des Geschäftsjahres austritt (Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 55), es sei denn, daß der Prinzipal den Gehilfen wegen Pflichtverletzungen entlassen hat; denn immerhin soll doch die Gratifikation eine Belohnung für gute Dienste sein. Liegt wirklich Schenkung vor, so greift § 534 B.G.B. Platz, d. h. es liegt eine Schenkung vor, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Sie unterliegt daher nicht der Rückforderung und nicht dem Widerruf. (So auch der Berliner Handelsgebrauch, vergl. Dove u. Apt I S. 24 u. 26). Daß das Schenkungsversprechen an die Form gebunden ist, Anm. 24.

ist bereits oben erwähnt. Hier ist aber noch zu erwähnen, daß die mangelnde Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt wird (§ 518 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 25. Zus. 1. **Erfordernisse des Anstellungsvertrages.** Der Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen ist ein Handelsgeschäft. Er bedarf keiner Form. Zwar ist der Art. 317 und die darin statuirte Formfreiheit aller Handelsgeschäfte fortgefallen. Aber nach dem B.G.B. sind Dienstverträge nicht an die Form gebunden. Zur Giltigkeit des Anstellungsvertrages gehört daher nichts weiter, als daß die beiden Kontrahenten geschäftsfähig sind. Sind sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so müssen die Voraussetzungen des B.G.B. vorliegen, unter welchen solche Personen giltig Verträge schließen können. Beim Prinzipal genügt hierzu die Ermächtigung zu selbstständigem Betriebe eines Erwerbsgeschäfts (§ 112 B.G.B.), beim Handlungsgehilfen die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 B.G.B.; vergl. jedoch § 112 Abs. 2 u. § 1822 Nr. 7 B.G.B., wonach zu Dienstverträgen, welche über ein Jahr hinaus geschlossen werden, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gehört; der Vater bedarf derselben jedoch gemäß § 1643 B.G.B. nicht. Es kann aber auch der an sich unwirksame Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter genehmigt werden, auch vom Geschäftsunfähigen selbst nach erlangter Geschäftsfähigkeit (§ 108 B.G.B.).

Daß der Engagementsvertrag im Zweifel zu Gunsten des Handlungsgehilfen zu interpretiren sei, wie Horrwitz S. 27 meint, ist eine wohl zuweitgehende Annahme. Das R.O.H. (17 S. 19) hat auch nur ausgesprochen, daß, soweit es sich um die Verpflichtungen des Gehilfen handelt, im Zweifel zu dessen Gunsten auszulegen ist. Das entspricht aber einer allgemein anerkannten Auslegungsregel, daß im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen ist. Es gilt vielmehr der Satz des B.G.B., daß Verträge so auszulegen und Leistungen so zu bewirken sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten (§§ 157 u. 242 B.G.B.).

Anm. 26. Zus. 2. **Besondere Betrachtung verdienen die Dienstverhältnisse des Handlungsreisenden.**

1. **Im Allgemeinen gelten die oben erörterten Vorschriften für die Handlungsgehilfen.**
2. **Als Besonderheiten** aber sind zu erwähnen:

a) **Von der Natur der Dienste des Handlungsreisenden.** Der Reisende ist verpflichtet, die Weisungen seines Prinzipals zu befolgen, darf nicht willkürlich die ihm vorgeschriebene Tour ändern, muß zurückkehren, sobald ihm dies geboten wird, darf nicht, wogegen häufig von gewissenlosen Reisenden gesündigt wird, fingirte Ordres überschreiben, oder auch nur die Bedingungen der von ihm abgeschlossenen Geschäfte unrichtig mittheilen. Er ist vielmehr zu gewissenhafter Berichterstattung verpflichtet und haftet für den sonst entstandenen Schaden, wozu besonders unnütze Prozeßkosten gehören (R.O.H. 11 S. 93), verwirkt auch unter Umständen die Entlassung. Auf Reisen in fremden Ländern muß er sich über die Zollverhältnisse unterrichten und derart verfahren, daß der Chef am wenigsten Spesen hat. Bei der Auswahl der Kunden muß er, wenn er auch nicht gerade das Delkredere hat, dennoch insofern sorgsam verfahren, als er mit offensichtlich insolventen Kunden nicht arbeiten und bei zweifelhaften wenigstens diesen Umstand angeben muß. Jedenfalls haftet er für die Sorgfalt eines ordentlichen Reisenden, wenn er die Bonität des Kunden versichert. Ueber seine Pflicht zur Rechnungslegung s. Anm. 31. Außerhalb der Reise braucht er Mangels besonderer Abrede nicht am Lager zu arbeiten, außer soweit dies zur Vorbereitung der Reise nothwendig ist, desgleichen nicht in der Buchführung. Ebenso Horrwitz S. 35 und eine Reihe von ihm citirter Auskünfte des Berliner Aeltesten-Kollegiums; anders dagegen die Auskünfte derselben Behörde bei Dove u. Apt I S. 7 u. 8. — Bezüglich der Stadtreisenden hat sich ein fester Handelsgebrauch nicht gebildet, aber es wird von den Berliner Aeltesten (bei Horrwitz S. 35; vergl. auch bei Dove u. Apt I S. 5, 6 u. 7) als geschäftsüblich bezeugt, daß sie außer der Besuchszeit im Geschäft insbesondere solche Arbeiten leisten müssen, die mit der Verkaufsthätigkeit im Zusammenhange stehen, und daß sie jedenfalls täglich im Geschäftslokale zu erscheinen haben.

Anm. 27. b) **Die Ansprüche des Handlungsreisenden** anlangend, so spielen hierbei eine große Rolle die Diäten oder **Reisespesen.** In Ermangelung einer bestimmten Abrede über den Spesensatz hat der Reisende einen angemessenen Satz zu verlangen; er braucht dabei nicht seine Aus-

lagen bis ins Einzelne zu specifiziren, sondern nur im Allgemeinen die Art und Höhe der gehabten Bedürfnisse anzugeben (vergl. R.O.H. 19 S. 9; Bolze 11 Nr. 332), insbesondere gilt dies, wenn Vertrauensspesen vereinbart sind (O.L.G. Dresden in G.Z. 34 S. 571). Der Gegenbeweis, daß der Reisende mehr liquidirt, als er im Interesse des Geschäfts verbraucht habe, ist dem Prinzipal gestattet; aber eine Eideszuschiebung dahin, daß der Reisende höchstens 12 Mark täglich im Interesse des Geschäfts gebraucht habe, entbehrt der sicheren thatsächlichen Grundlagen und ist unzulässig (Bolze 18 Nr. 714). Den Stadtreisenden werden Reisediäten in der Regel nicht vergütet, höchstens Fahrgelder zu Fahrten nach den Vororten und zu größeren Stadttouren. Die Natur der Spesen wird wichtig, wenn der Prinzipal den Reisenden nicht reisen läßt oder vorzeitig entläßt. Es fragt sich in solchen Fällen, ob der Reisende dennoch einen Anspruch auf die Spesen hat. Für Beantwortung der Frage ist folgender Gesichtspunkt entscheidend. Die Spesen sind dazu bestimmt, nicht bloß die Transportkosten und den Mehraufwand, sondern den gesammten Lebensunterhalt des Reisenden während der Reisezeit zu bestreiten. Das ergiebt schon ihre erfahrungsmäßige Höhe (etwa 20 Mark pro Tag, nur selten erheblich mehr oder erheblich weniger) und die Art, wie sie liquidirt werden. Der Reisende bringt Alles in Ansatz, was er für Essen, Trinken und Wohnung gebraucht hat, nicht bloß das Mehr gegen seinen regelmäßigen Aufwand an seinem Wohnorte. Läßt man ihn daher vertragswidrig nicht reisen, so wird er insofern geschädigt, als er nunmehr seinen Lebensunterhalt von eigenem Gelde bezahlen muß. Insoweit bilden die Spesen aber einen integrirenden Bestandtheil der ihm vertraglich zugesicherten Emolumente und dürfen ihm nicht durch Willkür entzogen werden (H.G. Lübeck in Busch Archiv 23 S. 4; O.L.G. Dresden in G.Z. 46 S. 485, Allfeld S. 292; Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 9 u. 10; mit Entschiedenheit Horrwitz S. 57; anders Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1899 S. 6, Behrend § 45 Anm. 29 und H.A.G. Nürnberg in G.Z. Bd. 14 S. 537; vergl. jedoch in unserem Sinne R.G. bei Bolze 2 Nr. 944; 11 Nr. 321). Als angemessen gilt bei Reisenden größerer und selbst mittlerer Häuser die Benutzung zweiter Wagenklasse, namentlich bei größeren Touren. Die Spesen sind vom Prinzipal im Voraus zu zahlen, wenn auch nicht vor Beginn der Reise für die ganze Dauer derselben, so doch mindestens jedes Mal für einige Tage. Auch darf der Reisende die Ausgaben aus den von ihm eingenommenen Geldern bestreiten (Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 78). Die Spesen sind zu zahlen auch für eine Probetour; auch für Sonntage; auch für die Tage des Reiseantritts und der Rückkehr, selbst wenn diese Tage nur theilweise ausgenützt sind (Berliner Aeltesten bei Horrwitz S. 79 u. bei Dove u. Apt I S. 16).

Zus. 3. **Zu den Pflichten des Handlungsgehilfen gehört jetzt auch die Verschwiegenheitspflicht** nach § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Derselbe lautet: Anm. 29.

„Mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mittheilt.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntniß er durch eine der im Absatz 1 bezeichneten Mittheilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwerthet oder an Andere mittheilt.

Zuwiderhandlungen verpflichten außerdem zum Ersatze des entstandenen Schadens. Mehrere Verpflichtete haften als Gesammtschuldner".

1. Unter Geschäftsgeheimnissen sind nicht nur solche geschäftliche Vorkommnisse zu verstehen, deren Geheimhaltung der Geschäftsinhaber seinen Angestellten ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat; vielmehr kann sich die gleiche Pflicht aus den Umständen und insbesondere aus dem erkennbaren Interesse des Geschäftsinhabers an der Geheimhaltung ergeben (R.G. in Strafs. 29 S. 430). Anm. 29.

2. Nur während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses besteht die Verschwiegenheitspflicht. Bei Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist hängt die Geltungsdauer davon ab, ob die Kündigung gerechtfertigt war oder nicht. Kündigt der Prinzipal mit sofortiger Kündigung und hält der Handlungsgehilfe die Kündigung nicht für gerechtfertigt und macht deshalb seine Rechte geltend, so wird er sich auch an die Verschwiegenheitspflicht für gebunden halten müssen. Kündigt der Handlungsgehilfe mit sofortiger Kündigung und läßt der Prinzipal die Kündigung nicht gelten, so handelt der Gehilfe auf seine Gefahr, wenn er sich an die Verschwiegenheitspflicht nicht für gebunden hält. Unter Umständen kann daraus ein neuer Grund zur sofortigen Kündigung hergeleitet werden. Ob Bestrafung eintreten kann, hängt in diesen Streitfällen vom dolus ab.

Anm. 30. Auch nach dem Austritte darf der Handlungsgehilfe zufolge der Vorschrift des Abs. 2 diejenigen Geschäftsgeheimnisse nicht verrathen oder selbst verwenden, die er während der Dienstzeit durch eine widerrechtliche oder gegen die gute Sitte verstoßende eigene Handlung erlangt hat, z. B. durch Erbrechen des Pults oder durch Bestechung eines Kollegen (Düringer u. Hachenburg I S. 240) oder auch durch heimliches Abschreiben. Durch besondere Vereinbarung kann auch sonst die Verschwiegenheitspflicht über die Geltungsdauer des Dienstverhältnisses hinaus ausgedehnt werden. Hierbei können auch Konventionalstrafen vereinbart werden, für welche das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 B.G.B. gilt, das auch im Handelsrecht nicht stets cessirt, da § 348 H.G.B. nur für eine von einem Kaufmann versprochene Vertragsstrafe gilt. In solchem Geheimhaltungsvertrage kann unter Umständen ein verstecktes Konkurrenzverbot, eine Umgehung des § 74 liegen. Alsdann findet dieser Paragraph Anwendung.

Anm. 31. **Zus. 4.** Ferner hat der Gehilfe, wenn seine Thätigkeit eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, dem Prinzipal die erforderlichen Nachrichten zu geben, Auskunft und **Rechenschaft zu ertheilen** (§§ 675, 666 B.G.B.). Ist seine Verwaltung mit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft, so erfolgt diese Rechenschaft durch eine **geordnete Rechnungslegung** nach Maßgabe des § 259 B.G.B., wozu in den dort bezeichneten Fällen auch noch die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides bezüglich der gelegten Rechnung hinzutritt. Zur geordneten Rechnungslegung gehört nach § 259 B.G.B. auch die Vorlegung von Belägen, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Hiernach wird vom Reisenden die Vorlage von Hotelrechnungen, nicht aber die Quittung von Dienstmännern, Kutschern u. s. w. begehrt werden können. Der Offenbarungseid bezieht sich nur auf die Einnahmen, es kann nicht etwa ein Eid dahin gefordert werden, daß er keine geringeren Ausgaben gehabt hat, als die aufgeführten (Düringer u. Hachenburg I S. 200).

Anm. 32. **Zus. 5. Das Zurückbehaltungsrecht des Handlungsgehilfen, insbesondere des Reisenden.** Die Denkschrift S. 60 meint, daß dem Reisenden an Mustern, Kundenbüchern u. s. w. kein Zurückbehaltungsrecht zustehen wird, weil er nach § 855 B.G.B. nicht Besitzer ist. Allein das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. setzt nicht Besitz voraus. Vielmehr stellt es sich als ein Recht dar, die geschuldete Leistung, insbesondere die geschuldete Herausgabe eines Gegenstandes zu verweigern (§ 273 B.G.B.). Indessen man wird das Zurückbehaltungsrecht wenigstens im Falle des § 273 Abs. 1 (wegen fälliger Gegenleistungen) dem Handlungsgehilfen deshalb nicht zugestehen können, weil sich „aus dem Schuldverhältniß ein Anderes ergiebt". Der in der Ausübung des Retentionsrechts liegende Druck entspricht nicht der Stellung des Handlungsgehilfen zum Prinzipal. Das Retentionsrecht des § 273 Abs. 2 dagegen wegen Verwendungen oder Schaden, den die Sache selbst verursacht hat, wird man auch dem Handlungsgehilfen gewähren müssen. Anders freilich nach Lösung des Verhältnisses. In diesem Fall wird man dem Handlungsgehilfen das Zurückbehaltungsrecht im vollen Umfange des § 273 B.G.B. gewähren: also wegen fälliger Leistungen aus dem Dienstvertrage und wegen Verwendungen auf die Sachen oder wegen Schadens, den diese Sachen verursacht haben. Dieses Zurückbehaltungsrecht bezieht sich auch auf vereinnahmte Gelder. Durch Sicherheitsleistung kann der Prinzipal die Herausgabe erzwingen.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369 flg. H.G.B. steht dem Handlungsgehilfen nicht zu, weil er nicht Kaufmann ist (R.O.H. 16 S. 82; L.G. I Berlin in G.Z. 42 S. 511).

Zus. 6. Oft lassen sich Handlungsgehilfen heimliche Provisionen geben von denjenigen Personen, welche mit dem Prinzipal Geschäfte machen, z. B. von Lieferanten. In manchen Branchen ist dies ein gebilligter Usus. Wo dies nicht der Fall ist, da liegt darin eine Pflichtverletzung, die Entlassung zur Folge haben kann (vergl. R.O.H. 13 S. 184, 185) und jedenfalls den Prinzipal berechtigt, die Herausgabe zu verlangen. Wie dies letztere früher auf Grund der §§ 62. 63, I, 13 A.L.R. angenommen wurde, so ist es jetzt auf Grund der §§ 675, 667 B.G.B. anzunehmen. Anm. 33.

Zusatz 7. Pfändbarkeit und Abtretbarkeit des Anspruchs auf die Vergütung der Handlungsgehilfen. Anm. 34.

1. Die Vergütung darf nicht **gepfändet** werden, soweit der Gesammtbetrag der Vergütung die Summe von 1500 Mark pro Jahr nicht übersteigt (§ 850 C.P.O.; E.G. zur C.P.O. vom 17. Mai 1898 Art. III; §§ 1 u. 4 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 in neuer Fassung). Ein Unterschied zwischen „dauernd" und „nicht dauernd" angestellten Personen wird hier nicht mehr gemacht. Als Vergütung gilt nach dem Gesetz (§ 1 des Ges. vom 21. Juni 1869) „Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w." Auch Provision und Tantieme sind dazu zu rechnen (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1898 S. 96). Selbstverständlich bezieht sich die Pfändungsbeschränkung auch auf die Ansprüche aus der Zeit nach der ungerechtfertigten Entlassung, nach unserer Ansicht aber analog auch auf die Entschädigungsansprüche nach § 70 Abs. 2, da der Zweck des Schadensersatzes die möglichste Herstellung des früheren Zustandes ist (§ 249 B.G.B.).
2. **In demselben Umfange dürfen die Gehaltsforderungen auch nicht abgetreten werden** (§ 400 B.G.B.)
3. **In demselben Umfange ist auch die gesetzliche Kompensation ausgeschlossen** (§ 394 B.G.B.), anders nach früherem Recht (R.G. 41 S. 53).
4. **In demselben Umfange ist auch jede andere Verfügung über** den Anspruch auf Vergütung (Anweisung, Verpfändung, vertragsmäßige Kompensation) ohne rechtliche Wirkung (§ 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869). Wegen der vertragsmäßigen Kompensation siehe R.G. 41 S. 54.
5. **Dagegen steht dem Prinzipal das Zurückbehaltungsrecht** an dem Anspruche auf Vergütung auch insoweit zu, als derselbe der Pfändung und sonstigen Verfügung entzogen ist, natürlich nur wegen Ansprüchen aus demselben Rechtsverhältnisse (§ 273 B.G.B.). Wenn z. B. der Kommis eine Unterschlagung begangen hat, so ist der Prinzipal durch dieses Retentionsrecht in der Lage, das rückständige Gehalt einzubehalten.

Zus. 8. Uebergangsfragen. Dieselben richten sich nach dem oben in der ersten Vorbemerkung Gesagten. Der kaufmännische Gehilfe eines Lagerhalters wird z. B. am 1. Januar 1900 Handlungsgehilfe. Auf seine Dienstverhältnisse finden aber, soweit sie privatrechtlicher Natur sind, zunächst die Bestimmungen des bisherigen Rechts Anwendung, bis sich das Verhältniß durch Unterlassung einer zulässigen Kündigung fortsetzt; sofern sie jedoch exklusiver Natur sind, sofort das neue Recht (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 10 u. 11). Ein anderes Beispiel: ein etwaiges Retentionsrecht, welches nach dem früheren Recht dem Reisenden zustand, reducirt sich auf das oben Anm. 32 erörterte Maß von dem Augenblicke an, wo sich durch unterlassene Kündigung das Verhältniß fortsetzt. Anm. 35.

§ 60.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als ertheilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, daß er das

Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen.** In Abs. 1 wird das Verbot aufgestellt, in Abs. 2 wird ein Hauptfall stillschweigender Genehmigung erwähnt.

Anm. 1. 1. **Der Handlungsgehilfe fällt unter das Verbot.** Im Gegensatz zu Art. 56 und 59 des alten HGB., welches dieses Verbot sowohl für Handlungsbevollmächtigte, als auch für Handlungsgehilfen aufstellte, ist es im neuen H.G.B. nur für Letztere aufgestellt. Der Bevollmächtigte fällt darunter nur dann, wenn er zugleich Handlungsgehilfe ist und als solcher, also z. B. der durch Dienstvertrag angestellte Prokurist, nicht auch der Ehemann, wenn er Prokura hat und in Erfüllung seiner Pflichten als Gatte und Vater der Frau thatsächliche Dienste leistet. Der Begriff Handlungsgehilfe ergiebt sich aus § 59.

Anm. 2. 2. **Das Verbot bezieht sich auf die Dauer des Dienstverhältnisses** und zwar auf die rechtliche Dauer desselben. Bei sofortiger Kündigung kommt es also darauf an, wann gemäß § 70 das Verhältniß als aufgelöst zu betrachten ist. War der Grund kein wichtiger, so besteht trotz der sofortigen Kündigung des Handlungsgehilfen der Dienstvertrag fort und damit auch das Konkurrenzverbot.

Anm. 3. 3. **Verboten ist der Betrieb eines Handelsgewerbes und das Geschäftemachen in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder für fremde Rechnung.**

a) **Der Betrieb eines Handelsgewerbes.** Aus den Erläuterungen zu § 1 (Anm. 8) ergiebt sich, ob die Betheiligung als stiller Gesellschafter, als Direktor einer Aktiengesellschaft, als Aktionär, als Geschäftsführer oder Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Kommanditist, als offener Gesellschafter der Betrieb eines Gewerbes ist oder nicht. Der Ehemann, der das Geschäft seiner Frau leitet, betreibt kein Handelsgewerbe, aber seine Thätigkeit kann unter Abs. b fallen. Andererseits verletzt das Verbot schon Derjenige, der zuläßt, daß auf seinen Namen ein Geschäft betrieben wird, wie dies ebenfalls aus Anm. 9 zu § 1 hervorgeht (Bolze 11 Nr. 337). Die Vorbereitung eines Handelsgewerbes Seitens eines abgehenden Handlungsgehilfen (Miethen des Ladens, Engagement von Gehilfen, Besorgung von Einkäufen) fällt unter dieses Verbot nicht. Zwar gehört diese Thätigkeit bereits zum Betrieb des Handelsgewerbes (Anm. 17 zu § 1); allein wenn der Handlungsgehilfe seine Stellung verläßt, so wird man ihm nach dem Grundgedanken des Gesetzes dieses Recht insoweit gewähren müssen, als er dadurch nicht seine sonst übernommenen Vertragsverpflichtungen verletzt.

Anm. 4. In welchem Zweige sich das Handelsgewerbe des Prinzipals bewegt, ist gleichgiltig: ein Handelsgewerbe soll der Handlungsgehilfe überhaupt nicht betreiben, wohl aber darf der Handlungsgehilfe ein sonstiges Gewerbe betreiben. Wenigstens ist es ihm durch den vorliegenden Paragraphen nicht verboten. Es kann freilich sein, daß sich der Betrieb eines Gewerbes mit seinen Dienstpflichten sonst nicht verträgt. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so steht von Gesetzeswegen dem Gewerbebetriebe des Handlungsgehilfen, welcher kein Handelsgewerbe ist, nichts entgegen. Hier soll nur verhütet werden, daß der Gehilfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmanns nicht auf sich ladet. Aber als Handelsgewerbe in diesem Sinne ist nicht nur das wirkliche Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1, 2 und 3 Abs. 2 zu verstehen, sondern auch das Scheinhandelsgewerbe nach § 5: der Handlungsgehilfe soll auch nicht als Kaufmann gelten. Denn dadurch ladet er eben die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmanns auf sich. Deshalb ist ihm auch das sonstige Auftreten im Rechtsverkehr als Kaufmann verwehrt (vergl. unseren Exkurs zu § 5).

Anm. 5. b) **Geschäftemachen in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung.** Auch hier kann es sein, daß sich dies mit dem sonstigen Inhalte seines Anstellungsvertrages nicht verträgt. Aber wenn dies nicht der Fall ist, so ist dem Handlungs-

gehilfen im Allgemeinen nicht verwehrt, einzelne oder gelegentliche Geschäfte zu machen. Sie dürfen nur nicht in den Handelszweig des Prinzipals fallen. Es darf also z. B. der Disponent eines Modebazars ein Spekulationsgeschäft in Börsenpapieren machen, ohne gegen § 60 zu verstoßen. Das Geschäftemachen wird nicht schon erschöpft durch jeden Abschluß von Rechtsgeschäften. Vielmehr ist darunter das zu verstehen, was man im landläufigen Wortsinne unter „Geschäftemachen" versteht: es muß eine spekulative Thätigkeit entwickelt werden. Der Buchhalter eines eingetragenen Grundstückshändlers z. B. (§ 2) würde nicht gehindert sein, ein Haus zum eigenen Bedarf zu kaufen oder ein Haus zu verkaufen (Horrwitz S. 44).

Als Geschäftemachen gilt aber, wie bei der Allgemeinheit dieses Ausdrucks an- Anm. 6.
zunehmen ist, jede spekulative Thätigkeit, nicht bloß der Abschluß von Rechtsgeschäften im eigenen Namen. So gehört dahin z. B. die Betheiligung als stiller Gesellschafter, als Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Horrwitz S. 44), als Leiter eines fremden Unternehmens. Die Betheiligungen sind Geschäfte für eigene, die Leitungen fremder Unternehmungen sind Geschäfte für fremde Rechnung. Auch vermitteln darf der Gehilfe solche Geschäfte nicht, die in den Handelszweig des Prinzipals fallen; auch dies fällt unter den allgemeinen Ausdruck Geschäfte machen für eigene oder fremde Rechnung und unter die ratio dieser Vorschrift. Es ist nicht nöthig, daß gerade die Vermittelungsthätigkeit als solche in den Handelszweig des Prinzipals fällt, daß also der Prinzipal gerade Makler ist.

Ein Handelsgeschäft braucht das Geschäft nicht zu sein, um unter Anm. 7.
das Verbot zu fallen. Meist wird das einzelne Geschäft kein Handelsgeschäft sein, und doch wird es in den Handelszweig des Prinzipals fallen. So z. B. wenn Jemand einen großen Posten Zucker kauft, um ihn im Einzelnen weiterzuverkaufen. Da es absolute Handelsgeschäfte nicht giebt, so ist dieses gelegentliche Spekulationsgeschäft kein Handelsgeschäft und fällt doch in den Handelszweig des Prinzipals, wenn dieser ein Zuckerhändler ist.

Der Handelszweig des Prinzipals ist derjenige, den er thatsächlich betreibt. Anm. 8.
Es ist gleichgiltig, ob der Gehilfe gerade zum Betrieb desselben engagirt ist; auch gleichgiltig, ob der Prinzipal schon beim Beginn des Dienstverhältnisses diesen Handelszweig betrieben oder das Geschäft nach dieser Richtung erst erweitert hat. Der Begriff Handelszweig bezieht sich nicht bloß auf den Gegenstand, sondern auch auf die Art des Geschäftsbetriebes. Ein Engrosgeschäft in Kurzwaaren und ein Detailgeschäft in Kurzwaaren sind zwei verschiedene Geschäftszweige (vergl. RG. 31 S. 99). Es muß die Sache so liegen, daß Konkurrenzgeschäfte vorliegen. Vergl. zur Erläuterung daher noch die Anmerkungen zu § 74.

3. **Ohne Einwilligung des Prinzipals** sind diese Thätigkeiten verboten. Mit seiner Ein- Anm. 9.
willigung sind sie gestattet. Die einmal ertheilte Einwilligung kann nicht zurückgenommen werden. Es ergiebt sich wenigstens kein gesetzlicher Anhalt dafür, daß die einmal ertheilte Einwilligung wieder zurückgenommen werden kann. Im Gegentheil läßt Abs. 2 auf die Unwiderruflichkeit schließen. Aus § 183 B.G.B. folgt das Gegentheil nicht, weil es sich dort um solche Konsense handelt, die zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften erforderlich sind; um solche Konsense handelt es sich hier nicht. Die Einwilligung kann nur ertheilt werden vor der Vornahme der betreffenden Handlung (vergl. § 183 B.G.B.). Die ohne Einwilligung vorgenommene Handlung kann aber nachträglich genehmigt werden (§ 183 B.G.B.). Beide Erklärungen sind formfrei (§ 182 Abs. 2 B.G.B.) und können auch stillschweigend ertheilt werden. Beispiele: Erfährt der Prinzipal davon, daß der in seinem Dienste stehende Gehilfe ein Gewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeit lang nicht, so liegt darin die Einwilligung in den Gewerbebetrieb. Theilt ihm der Gehilfe mit, daß er ein einzelnes Geschäft in seinem Handelszweige abschließen wolle, und widerspricht er nicht, so liegt darin der Regel nach eine Einwilligung. Denn er würde dolos handeln, wenn er den Gehilfen zu Aufwendungen veranlassen würde, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, welches er nicht genehmigen will. Dagegen wird hinsichtlich der bereits geschehenen Konkurrenzgeschäfte in dem bloßen Schweigen der Regel nach eine nachträgliche Ge-

nehmigung umsoweniger liegen, als ja sein Recht erst innerhalb 3 Monaten seit Kenntniß verjährt. Besonderes gilt für den Fall, daß der Handlungsgehilfe beim Engagement bereits ein Handelsgewerbe betreibt. In diesem Falle wird nach Abs. 2 die Einwilligung fingirt, wenn der Prinzipal davon weiß und die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart. Bloßer Protest genügt also hier nicht (Gareis Anm. 7).

Anm. 10. **Zusatz 1. Entgegenstehende Abreden sind giltig.** Denn die Vorschrift ist nicht zwingenden Rechts. Es kann also sehr wohl vereinbart werden, daß der Handlungsgehilfe auch außerhalb des Handelszweigs des Prinzipals keine Geschäfte macht. Auch eine Vertragsstrafe kann hierauf bedungen werden.

Zusatz 2. Ueber heimliche Provisionen, die der Handlungsgehilfe sich bei Besorgung der ihm zugewiesenen Geschäfte geben läßt, siehe Anm. 33 zu § 59.

§ 61.

Verletzt der Handlungsgehülfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntniß von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Folgen der Verletzung des im § 60 aufgestellten Konkurrenzverbots.** Im Abs. 1 sind die Ansprüche aufgezählt, welche dem Prinzipal auf Grund der Verletzung zustehen, im Abs. 2 ist eine Verjährung dieser Ansprüche eingeführt. Der frühere Art. 59 hatte diese Verjährung nicht vorgesehen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die vom Gesetze aufgestellten Ansprüche sind Schadensersatz und Eintrittsrecht.**

a) **Diese beiden Rechte stehen dem Prinzipal wahlweise zu.** Doch liegt nicht ein alternatives Schuldverhältniß im Sinne der §§ 262 ffg. B.G.B. vor, sondern eine facultas alternativa des Gläubigers. Ein Recht des Gehilfen, dem Prinzipal eine Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen, besteht nicht. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gehilfen und ist damit definitiv vollzogen (vergl. den analogen Fall bei Planck II S. 18 Anm. 3).

Anm. 2. b) **Der Schadensersatz** besteht in dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn (§ 252 B.G.B.). Darunter ist aber nicht der Gewinn zu verstehen, den der Gehilfe aus dem verbotenen Geschäft gezogen hat; die Wirkung, diesen Gewinn für sich heranzuziehen, kann nur das Eintrittsrecht haben (App.-Gericht Jena in Busch' Archiv 22 S. 457). Doch kann allerdings auch der Anspruch auf Schadensersatz in seiner Substanziirung unter Umständen darauf hinauslaufen, daß ein Gewinn von gleicher Höhe dem Prinzipal entgangen ist, wie ihn das verbotene Geschäft dem Gehilfen gebracht hat.

Anm. 3. c) **Das Eintrittsrecht** ist in seine einzelnen Bestandtheile aufgelöst. Handelt es sich um Geschäfte für eigene Rechnung, so muß der Handlungsgehilfe dieselben als für Rechnung des Prinzipals abgeschlossen gelten lassen. Dadurch tritt aber der Prinzipal nicht ohne Weiteres in ein direktes Verhältniß zum Gegenkontrahenten. Vielmehr hat der Gehilfe das Ergebniß des Geschäfts auf den Prinzipal zu übertragen, selbstverständlich gegen Gewährung der Aufwendungen, die der Gehilfe darauf gehabt hat. Schwebt das Geschäft noch, so muß er es zu Gunsten des Prinzipals fortsetzen;

ist es abgewickelt und die Gegenleistung vom Gegenkontrahenten baar ausgezahlt, so hat der Gehilfe den Gewinn dem Prinzipal herauszuzahlen (wobei er für seine persönlichen Bemühungen nichts berechnen darf); steht die Gegenleistung noch aus, so hat er den Anspruch an den Prinzipal abzutreten.

Handelt es sich um ein Geschäft für fremde Rechnung, so hat er Anm. 4.
die schon erhaltene Vergütung herauszugeben, den Anspruch auf die noch ausstehende Vergütung aber dem Prinzipal abzutreten.

Ein Vermittelungsgeschäft ist in diesem Sinne ein für eigene Rechnung gemachtes Geschäft (Hahn § 5 Note 9 zu Art. 56; dagegen R.G. 8 S. 48). Er hat also die Vermittelungsthätigkeit zu Gunsten des Prinzipals fortzusetzen und die Vermittelungsgebühr dem Prinzipal zuzuwenden.

Für die Abtretung gelten die Vorschriften des § 402 B.G.B. (Pflicht zur Auskunftsertheilung und Aushändigung der Beweisurkunden). Haftung für Existenz der Forderung besteht nicht, da kein Kauf der Forderung vorliegt (§ 437 B.G.B.).

2. **Auch eine Klage auf künftige Unterlassung,** insbesondere Schließung des unbefugt etablirten Anm. 5.
Geschäfts ist dem Prinzipal zuzugestehen (vergl. R.O.H. 19 S. 138).

3. Behufs Geltendmachung der hier vorgesehenen Rechte wird man dem Prinzipal eine **Klage** Anm. 6.
auf Rechnungslegung über die geschlossenen Geschäfte unbedenklich zugestehen (Laband in G.Z. 10 S. 291 ffg.; Behrend § 45 Anm. 50; vergl. Bolze 8 Nr. 543; auch Treitel in Kohler u. Rings Archiv 14 S. 33).

4. **Aber die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte sind giltig.** Das ergiebt sich aus dem Anm. 7.
Worte „darf" im § 60 (Planck I S. 25) und daraus, daß das Eintrittsrecht des Prinzipals die Giltigkeit voraussetzt. Es greift daher § 134 B.G.B. nicht Platz.

5. **Zu alledem tritt das Recht auf Entlassung** in den geeigneten Fällen nach § 72 Nr. 1 Anm. 8.
(vergl. unten Anm. 10) und auch auf Grund besonderer Vereinbarung **das Recht auf Vertragsstrafe** (unten Anm. 11).

6. (Abs. 2.) **Die doppelte Verjährung,** welche Abs. 2 anordnet, richtet sich im übrigen nach Anm. 9.
den Vorschriften des B.G.B. hinsichtlich der Unterbrechung, des vertragsmäßigen Ausschlusses, der Zulässigkeit von Fristverlängerung u. s. w. Die Ausnahmevorschrift des § 201 B.G.B., wonach der Beginn der Verjährung erst mit dem Ende des Jahres eintritt, findet keine Anwendung. Es verjähren immer nur diejenigen einzelnen Ansprüche, welche vor mehr als 3 Monaten entstanden waren. Der Prinzipal muß Kenntniß erhalten haben; daß der Prokurist Kenntniß erhalten hat, genügt nicht. Dem Prinzipal gleich steht aber der gesetzliche Vertreter.

Zus. 1. Eine fernere Folge der Verbotsverletzung ist das Recht auf Entlassung nach § 72 Anm. 10.
Nr. 1. Dieses hat aber eine selbstständige Bedeutung und verjährt nicht etwa nach Abs. 2. Die Frage, ob daraufhin entlassen werden kann, folgt vielmehr anderen Regeln.

Zus. 2. Vertragsmäßig kann auch eine Konventionalstrafe an die Verletzung geknüpft Anm. 11.
werden. Wählt der Prinzipal diese, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, dagegen besteht daneben noch der Anspruch auf weiteren Schadensersatz (§ 340 B.G.B.). Der Anspruch auf die Konventionalstrafe unterliegt der Verjährung in Abs. 2 (§ 224 B.G.B.) und dem richterlichen Ermäßigungsrecht nach § 343 B.G.B.

§ 62.

Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Geräthschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebs es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehülfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph legt dem Prinzipal eine Reihe von Verpflichtungen auf, welche **die Fürsorge für das Wohl der Handlungsgehilfen zum Gegenstande haben.** Die Vorschriften sind den §§ 120a und 120b der Gewerbeordnung und dem § 618 B.G.B. nachgebildet. In das B.G.B. sind sie erst durch die Beschlüsse der zweiten Entwurfskommission und der Reichstagskommission gekommen. Der erste Entwurf des B.G.B. hatte derartige sozialpolitische Bestimmungen noch nicht.

Abs. 1 handelt von den Verpflichtungen in Bezug auf die geschäftlichen Einrichtungen im allgemeinen, Abs. 2. von weiteren Verpflichtungen gegenüber den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen, Abs. 3 regelt die Folgen der Pflichtverletzung, Abs. 4 wendet sich gegen entgegenstehende Vereinbarungen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Verpflichtungen des Prinzipals gegenüber dem Handlungsgehilfen in Bezug auf die geschäftlichen Einrichtungen.** Seine Fürsorge hat sich zu erstrecken auf die Geschäftsräume und auf die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Geräthschaften, sowie auf die Arbeitszeit.

a) Die Geschäftsräume. Darunter sind alle Räumlichkeiten zu verstehen, welche den Zwecken des Geschäfts nach irgend einer Richtung dienen: die Komptoirräume, Magazine, Lagerräume, ferner aber auch der bei einem Geschäftsraume befindliche Hof, Keller, Boden; auch die Treppen, die zu den Geschäftsräumen führen; die vor dem Geschäftshause befindlichen Plätze und Trottoirs; endlich aber auch die sonstigen Betriebsräume, in denen die technischen Vorgänge sich abspielen, wofern der Handlungsgehilfe in diesen, wenn auch nur zeitweilig, z. B. um Listen in dieselben zu tragen oder Information dort einzuholen, sich aufhält (ausführlich hierüber Fuld S. 59, 60).

Anm. 2. b) Unter Vorrichtungen und Geräthschaften ist alles zu verstehen, was der Prinzipal den Gehilfen für ihre geschäftliche Thätigkeit zu liefern hat (Stühle und Tische, Schreibzeug, Klosets u. s. w.).

Anm. 3. c) Der Geschäftsbetrieb umfaßt alle Thätigkeiten, welche für das Geschäft unternommen werden. Bei allzu kaltem Wetter darf der Gehilfe nicht den ganzen Tag im Freien beschäftigt werden; Sitzgelegenheit muß dem Verkäufer geboten werden, „die barbarische Uebung", den Ladenmädchen während der Pausen das Sitzen zu verbieten, ist verpönt (K.B. S. 25).

Anm. 4. d) Die Arbeitszeit. Ein Normalarbeitstag ist allerdings (wenigstens zur Zeit) nicht vorgeschrieben, aber übermäßige Anforderungen soll der Prinzipal gleichwohl an den Gehilfen nicht stellen. 10—11 Stunden werden regelmäßig das Höchste sein, was verlangt werden kann. Die Pausen zur Erholung und zur Einnahme der Mahlzeiten müssen genügend sein.

e) Die Gesundheit muß geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitte und des Anstandes muß gewahrt werden. Es muß daher für Reinigungsgelegenheit gesorgt, die Bedürfnißanstalten müssen in genügender Anzahl vorhanden und so eingerichtet sein, daß sie vom Standpunkte der Gesundheitspflege den Anforderungen genügen. Der Schutz der Gesundheit hat aber seine Grenze: nur soweit die Natur des Betriebes es gestattet, hat der Gehilfe hierauf Anspruch. Es giebt Betriebe, die eine Gesundheitsschädigung nicht vollständig ausschließen: Drogengeschäfte, Cigarrenläden, Trockenböden. Die Beweislast, daß die Natur des Betriebes die rückhaltslose Berücksichtigung der Gesundheit ausschließt, hat der Prinzipal, weil obenan die Regel steht, daß auf die Gesundheit des Gehilfen zu achten ist. Diese Einschränkung gilt nicht bei der Wahrung der guten Sitten und des Anstandes: jugendliche Personen dürfen z. B. nicht als Verkäufer sittlich anstößiger Gegenstände, z. B. von Präservativen, verwendet werden. Anm. 5.

2. (Abs. 2.) **Besondere Fürsorgeverpflichtungen gegenüber den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen.** Die Fälle sind allerdings seltener. Anm. 6.

Die Rücksicht auf die Religion des Handlungsgehilfen ist dabei wohl nicht objektiv aufzufassen, es handelt sich dabei wohl mehr um das subjektive religiöse Bedürfniß des betreffenden Handlungsgehilfen. Bei der großen Zahl von Feiertagen und gottesdienstlichen Uebungen, welche die einzelnen Religionen mit sich bringen und als religiöse Pflicht betrachten, wäre es eine übergroße Belästigung des Prinzipals, wenn er den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen soviel freie Zeit lassen müßte, um alles dies mitzumachen. Beabsichtigt ist nur die Schonung der religiösen Gefühle des Einzelnen. Ist der Handlungsgehilfe z. B. Jude, aber ausgesprochener Freigeist und nicht gewohnt, den Sabbath zu halten und den Gottesdienst zu besuchen, so braucht ihm natürlich am Sonnabend nicht freigegeben zu werden. Düringer u. Hachenburg I S. 209 wollen nicht die subjektiven Anschauungen des Handlungsgehilfen, sondern die Verkehrssitte entscheiden lassen. Allein dabei ist zu bedenken, daß die Vorschrift öffentlichen Charakter hat und daher durch die Verkehrssitte nicht geändert werden kann (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 21). Sie will ja gerade Mißbräuchen, die sich im Verkehr herausgebildet haben oder noch herausbilden können, im öffentlich-rechtlichen Interesse entgegentreten. Das öffentlich-rechtliche Interesse der Vorschrift geht aber andererseits nicht dahin, der Religion als solcher eine schützende und unterstützende Maßregel zu gewähren, sondern nur das religiöse Empfinden des Handlungsgehilfen zu schonen und zu schützen.

3. (Abs. 3.) Bei Zuwiderhandlungen kommen in Bezug auf die Verpflichtung zum Schadensersatz die §§ 842—846 B.G.B. zur Anwendung. Aber damit ist nicht gesagt, daß die Zuwiderhandlungen nur Schadensersatzpflicht im Gefolge haben. Vielmehr gilt über die Folgen der Zuwiderhandlungen Folgendes: Anm. 7.

a) **Zunächst hat der Gehilfe Anspruch auf Erfüllung,** den er klagend geltend machen kann, unter Umständen auch so, daß er seinen Gehorsam und die Erfüllung seiner Pflichten mit Recht verweigert. So ist es kein Ungehorsam im Sinne des § 72 Nr. 2, wenn ihm eine gesundheitsgefährliche Arbeitszeit zugemuthet wird oder ihm angesonnen wird, in gesundheitsgefährlichen Räumen zu arbeiten, und er sich dessen beharrlich weigert.

b) **Er kann statt dessen die Aufhebung des Verhältnisses verlangen** (§ 71 Nr. 3). Anm. 8.

c) **Endlich aber kann er außerdem** (d. h. neben der Erfüllung und neben der Aufhebung des Verhältnisses) **Schadensersatz beanspruchen,** und hierbei kommen, soweit es sich um die Verletzung der dem Prinzipal in Ansehung des Lebens und der Gesundheit obliegenden Verpflichtungen handelt, die §§ 842—846 B.G.B. zur Anwendung. Diese handeln zwar von außerkontraktlichen unerlaubten Handlungen. Eine solche liegt hier nicht vor, da es sich um Vertragspflichten handelt. Gleichwohl sollen für die Art der Schadensvergütung diese Vorschriften maßgebend sein. Anm. 9.

α) Im Uebrigen gelten die Vorschriften über unerlaubte Handlungen für die eben gedachten Verletzungen der das Leben und die Ge-

sundheit betreffenden Schutzverpflichtungen nicht. So z. B. gilt hier nicht die dreijährige Verjährung des § 852 B.G.B.; ferner nicht der Anspruch auf Ersatz von Schaden, der kein Vermögensschaden ist, da § 847 B.G.B. nicht zu den anwendbaren Paragraphen gehört (Fuld S. 70 u. Düringer u. Hachenburg I S. 210 wenden auch den § 847 B.G.B. an).

Anm. 10. β) In den §§ 842—846 B.G.B. ist bestimmt, daß der Schadensersatz sich auch auf die Nachtheile erstreckt, welche die Handlung auf den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (§ 842), daß, wenn in Folge der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten leidet, regelmäßig eine Rente, auf Verlangen des Verletzten aus besonderen Gründen eine Kapitalabfindung zu zahlen ist (§ 843); daß im Falle der Tötung der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung Dem zu ersetzen hat, der die Verpflichtung hat, diese Kosten zu tragen (nicht Dem, der sie freiwillig trägt), und dem Dritten, den der Getötete zu erhalten gehabt hätte, Unterhalt zu gewähren hat (§ 844); daß der Ersatzpflichtige auch denjenigen Dritten zu entschädigen hat, dem der Verletzte seine Dienste im Hauswesen oder im Gewerbe zu leisten gehabt hätte (§ 845), und daß endlich in den beiden letzten Fällen die allgemeinen Vorschriften über konkurrirendes Versehen des Verletzten zur Anwendung kommen, auch wenn es sich um den Anspruch des Dritten handelt (§ 846).

Anm. 11. γ) Auch für diejenigen Schäden hat der Prinzipal einzustehen, welche seine mangelhafte Fürsorge für die guten Sitten und den Anstand zur Folge hat. Nur finden auf diese Schadensersatzpflicht nicht die §§ 842—846 B.G.B. Anwendung, sondern die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Schadensersatz. Hat z. B. der Prinzipal in nicht genügender Weise für die Aufrechterhaltung der guten Sitten durch Trennung des weiblichen und männlichen Personals gesorgt und hat er dadurch bewirkt, daß ein Ladenmädchen verführt wurde, so haftet er ihm für den hierdurch erwachsenden Vermögensschaden. Vorbehaltlich natürlich des § 254 B.G.B. Das heißt: konkurrirendes Verschulden muß nach Lage des Falles berücksichtigt werden.

Anm. 12. δ) Ueberall ist, wie eben hervorgehoben, das konkurrirende Verschulden des Verletzten gemäß § 254 B.G.B. bei der Ersatzpflicht und bei dem Umfang des Schadens auch in seinen weiteren Folgen zu berücksichtigen.

Anm. 13. d) Die Zuwiderhandlung hat diese Konsequenzen hier, wie überall, wo nichts anderes bestimmt ist, nur dann, wenn der Prinzipal sie zu vertreten hat. Zu vertreten hat Jeder Vorsatz und Fahrlässigkeit der eigenen Person oder derjenigen Personen, deren man sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient (§§ 276, 278 B.G.B.). Vergl. Anm. 27—31 in unserem Exkurs zu § 58. Der § 278, Satz 2, B.G.B., ist hier nicht anwendbar (vergl. Anm. 14).

Anm. 14. 4. (Abs. 4.) **Die Verpflichtungen des Prinzipals können durch Vertrag im Voraus weder aufgehoben, noch beschränkt werden.** Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Das ist mit den Worten „können nicht" ausgedrückt (vergl. Planck I S. 25). Demgemäß kann auch die Haftung für das Versehen der Vertreter hier im Voraus nicht ausgeschlossen werden; der § 278 Satz 2 B.G.B. ist dadurch von der Anwendung ausgeschlossen. Das „im Voraus" bedeutet, daß jede Vereinbarung, welche sich auf die Folgezeit bezieht, ungiltig ist, gleichviel ob sie getroffen wird bei Beginn oder während der Dauer des Dienstverhältnisses. Indessen hat sie nur die Nichtigkeit der betreffenden Abrede, nicht des ganzen Vertrags zur Folge (vergl. den Exkurs zu § 62). Ueber entstandene Schadensansprüche kann giltig paktirt werden (Denkschr. S. 57, K.B. S. 25).

Aus diesem Prinzip ergiebt sich zugleich, daß die pflichtverletzende Handlungsweise des Prinzipals dadurch ihren Charakter nicht verliert, daß der Handlungsgehilfe in die Thätigkeit einwilligt, z. B. sich der Anordnung, die Nacht durchzuarbeiten, fügt. Nur kann dies auf etwaige Schadensansprüche von Einfluß sein, indem hierin konkurrirendes Verschulden liegen kann.

5. **Strafbar sind die Zuwiderhandlungen nicht.** Anders, wenn sie gegenüber Lehrlingen begangen werden (§ 82 Abs. 1). Anm. 15.

Exkurs zu § 62.

Welches sind die Rechtsfolgen einer den Bestimmungen zum Schutze der Handlungsgehilfen widersprechenden Abrede?

1. Sowohl in dem § 62, wie in mehreren anderen Paragraphen dieses 6. Abschnitts, welcher die Vorschriften über die Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge enthält, sind Bestimmungen getroffen, welche theils ausdrücklich, theils implicite ihre Aufhebung durch entgegenstehende Abreden verbieten. Zum Theil ist dies ausdrücklich gesagt: § 62 Absatz 2; § 63 Absatz 2; § 64 Satz 2; § 67 Absatz 4; § 74 Absatz 3; § 75 Absatz 3 u. s. w., zum Theil folgt es aus dem Wortlaut der Vorschrift oder ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter (§ 69 Satz 2, § 73). Anm. 1.

   Daß in solchem Falle die Abrede selbst nichtig ist, ist klar und ist zum Theil auch ausdrücklich gesagt.

2. **Aber es fragt sich, welchen Einfluß übt diese Nichtigkeit der entgegenstehenden Abrede auf den ganzen Vertrag aus?** Nach § 139 des B.G.B ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Theil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, außer wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde. Die Regel des B.G.B ist also: Der ganze Vertrag ist nichtig, und die Ausnahme: der Vertrag bleibt bestehen, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Theil geschlossen sein würde. Allein wir werden diese Regel des B.G.B. auf die hier in Rede stehenden Abreden nicht anwenden können, sondern gemäß Art. 2 des E.G. zum H.G.B. von der subsidiären Anwendung ausschließen. Wir werden, wenn wir der Tendenz der Vorschriften gerecht werden wollen, davon ausgehen müssen, daß das Gesetz die Vertragsfreiheit hier nur in ganz bestimmten Grenzen antasten wollte. Seinen Zwecken genügt ein Zustand, kraft dessen die Abreden gegen die von ihm aufgestellten Schutzvorschriften nichtig sind, im Uebrigen aber der geschlossene Vertrag zu Recht besteht, und man geht wohl nicht zu weit, wenn man sagt, daß der Gesetzgeber diesen Zustand gewollt, daß er dagegen nicht gewollt hat, daß regelmäßig die Rechtsbeständigkeit des ganzen Dienstvertrages in Frage gestellt werde, wenn eine Schutzvorschrift durch eine getroffene Abrede verletzt wird. Durch einen Rechtszustand der letzteren Art würden ja die Schutzvorschriften dazu beitragen, die Rechtsstellung der Handlungsgehilfen noch unsicherer zu machen, und der Gesetzgeber wollte doch ihre Stellung befestigen. Anm. 2.

   Wir gehen daher, in dem sicheren Bewußtsein, daß dies dem Willen des Gesetzes entspricht, davon aus, daß in allen hier in Rede stehenden Fällen zwar die Abrede nichtig ist, der Vertrag aber regelmäßig bestehen bleibt, und nur wenn ausnahmsweise der gegentheilige Parteiwille aus der Sachlage hervorgeht, würden wir den ganzen Vertrag für nichtig halten.

§ 63.

Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Der Handlungsgehülfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.

Einleitung. **Die Folgen unverschuldeten Unglücks**, welches dem Handlungsgehilfen begegnet, sind hier insofern auf den Prinzipal abgewälzt, als dieser Gehalt und Unterhalt für eine gewisse Zeit weiter zahlen muß, auch wenn der Gehilfe in Folge des Unglücks keine Dienste leistet. Es ist dies eine Ausnahme von § 614 B.G.B., wonach der Dienstverpflichtete vorzuleisten hat.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist Behinderung durch unverschuldetes Unglück.**

a) **Unglück.** Es muß ein wirkliches Unglück, ein Leid, dem Gehilfen passirt sein. Behinderungen anderer Art bilden nicht den Gegenstand dieses Paragraphen. Wie weit diese zu Gunsten des Gehilfen Berücksichtigung finden, darüber s. unten (Anm. 8). Als Unglück wird gelten müssen in erster Linie eigene Krankheit, sodann aber auch die Krankheit der nächsten Angehörigen, der Tod naher Verwandter, natürlich immer unter der Voraussetzung, daß dadurch wirklich nach den Anschauungen des Lebens eine Verhinderung zur Leistung der Dienste herbeigeführt wird. Auch muß es ein Unglück für den Gehilfen selbst sein, unglückliche Ereignisse, die für den Gehilfen kein Leid im Gefolge haben, fallen nicht darunter. So z. B. Schneeverwehungen, Ueberschwemmung eines benachbarten Gebiets, durch welche die Verkehrsverbindung abgesperrt ist. Und noch weniger gehören hierher Behinderungen, die überhaupt keine Unglücksfälle bedeuten: Einberufung zum Geschworenendienste, Ladung als Zeuge, militärische Dienstleistung. Auch Einberufung in den Krieg kann nicht als Unglücksfall aufgefaßt werden. Alle solche Behinderungen fallen unter § 616 B.G.B. (vergl. unten Anm. 8).

Anm. 2. b) **Unverschuldet.** Die Krankheit z. B. ist unverschuldet, wenn sie trotz normaler Lebensweise eingetreten ist, wobei man aber nicht allzu puristisch verfahren und nicht jedes Vergnügen oder jeden Sport als Abweichung von normaler Lebensweise betrachten darf. Unverschuldet ist das Unglück z. B., wenn der Kommis sich beim Tanzen oder beim Radfahren das Bein bricht. Er darf jedoch beim Radfahren keine Extravaganzen machen, sich nicht in besonders gefährliche Situationen begeben. Die Folgen außerehelichen Beischlafs (geschlechtliche Erkrankung, außereheliche Schwangerschaft, außereheliches Wochenbett) sind stets als verschuldet zu betrachten; über die sittliche Seite kann man hierbei sehr konnivent denken und muß doch zugeben, daß in rechtlicher Hinsicht ein Verschulden vorliegt. Uebereinstimmend Fuld S. 49; auch Planck Anm. 4e zu § 617; Düringer u. Hachenburg I S. 212, anders Horrwitz S. 61. Letzterer verwechselt die sittliche Zulässigkeit mit der rechtlichen Verschuldung. Auch eine militärische Dienstleistung zum Zwecke des Avancements ist sittlich unanfechtbar, aber die dadurch eintretende Dienstverhinderung ist selbst verschuldet. Es liegt eben eine Extravaganz vor, die mit Gefahren verknüpft ist, und solche Gefahren muß Derjenige tragen, der die Extravaganz sich leistet.

Anm. 3. c) **Behinderung an der Leistung der Dienste** muß vorliegen. Das Unglück muß von solcher Beschaffenheit sein, daß man dem Gehilfen die Wahrnehmung seiner Dienstpflichten nicht zumuthen kann. Eine zeitweise Verhinderung, wie früher nach Art. 60, braucht nicht vorzuliegen. Auch dann greift vielmehr die Vergünstigung des Paragraphen Platz, wenn sich von Anfang an übersehen läßt, daß die Verhinderung eine dauernde ist, ja auch dann, wenn der Handlungsgehilfe wegen dieser dauernden Verhinderung entlassen wird (§ 72 Abs. 2).

Ist der Handlungsgehilfe vor Ablauf von 6 Wochen wieder regulär thätig gewesen, so beginnt von dem Eintritt einer neuen Krankheit die Frist von Neuem zu laufen. Daß es dieselbe Krankheitsursache, vom medizinischen Standpunkte wohl gar dieselbe Krankheit ist, ist gleichgiltig. Aber es darf kein dolus unterlaufen, d. h. es darf der Gehilfe nicht die fortdauernde Krankheit verbergen und nur, um die Frist von Neuem beginnen zu lassen, die Thätigkeit wieder aufnehmen.

Anm. 4. 2. **Eine weitere Voraussetzung ist, daß das Dienstverhältniß nicht während der 6 Wochen aus anderen Gründen zur Lösung gekommen ist.** Daß der Anspruch wegfällt, sobald das Dienstverhältniß endigt, versteht sich von selbst (Denksch. S. 57). Eine Ausnahme macht der Fall, wo die Entlassung gerade der Verhinderung wegen erfolgt (§ 72 Abs. 2). Die

Geltendmachung anderer Auflösungsgründe, z. B. eines kurzen Kündigungsrechts oder eines anderweiten Rechts zur sofortigen Entlassung wird durch § 63 nicht gehemmt.

Stirbt der Handlungsgehilfe, so hört der Anspruch in jedem Falle auf. Sicher dann, wenn das Verhältniß damals noch bestand. Aber auch dann, wenn es deshalb nicht mehr bestand, weil es wegen der Verhinderung vorzeitig aufgelöst worden war. Auch in diesem Falle fällt das beneficium der sechswöchigen Lohnzahlung mit dem Tode des Handlungsgehilfen fort. Denn § 72 Abs. 2 soll den Handlungsgehilfen bei plötzlicher Entlassung wegen der Verhinderung nicht besser stellen, sondern ihn nur vor Schlechterstellung schützen Es ist auch nur „der im § 63 bezeichnete Anspruch", welcher nach § 72 Abs. 2 nicht berührt werden soll. Würde dieser auch ohne Entlassung nicht bestehen, so besteht er auch im Falle der Entlassung nicht.

3. **Die Wirkung** ist die Verpflichtung des Prinzipals zur Fortzahlung des Gehalts auf 6 Wochen. 6 Wochen sind = 42 Tage. Gehalt und Unterhalt umfassen jede Art der Vergütung, also auch die Provision und Tantième (Düringer u. Hachenburg I S. 213). Bei ersterer ist derjenige Betrag zu zahlen, der, wenn der Kommis an der Fortsetzung seiner Thätigkeit nicht verhindert gewesen wäre, muthmaßlich von ihm verdient worden wäre. Auch wenn der Gehilfe auf Stücklohn angestellt ist, erhält er entsprechenden Lohnausfall ausgezahlt (vergl. Planck Anm. 2a zu § 616 B.G.B.). Anm. 5.

Was der Gehilfe während dieser Zeit anderweit als Entschädigung erhält, braucht er sich nicht anrechnen zu lassen. Für die Beträge, die ihm aus einer Kranken- und Unfallversicherung zukommen, ist dies besonders gesagt. Aber gleichzeitig ist hierdurch die Tendenz dieser Bestimmung klargestellt (vergl. auch Planck Anm. 3e zu § 616 B.G.B.). Was die Beträge aus einer Kranken- oder Unfallversicherung anlangt, so kommt es nicht darauf an, ob es eine gesetzliche Kasse oder eine freiwillige oder gar private ist. Das Gesetz macht (im Gegensatz zum Entwurf) diese Einschränkung nicht. Immerhin aber muß es eine Kasse sein, zu welcher er selbst (allein oder mit dem Prinzipal) die Beiträge zahlt. Wenn dagegen der Prinzipal selbst die Beiträge zahlt, so ist der Betrag, welcher dem Gehilfen zufließt, ihm von dem Prinzipal verschafft. Der Prinzipal hat sich in diesem Falle gegen die Lasten des § 63 selbst versichert. Was dem Gehilfen aus solcher Kasse zufließt, wird ihm vom Prinzipal zugewendet, und solche Zuwendung muß er sich anrechnen lassen. Anm. 6.

4. **Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen.** Zulässig sind Vereinbarungen gegen Abs. 1, nicht auch gegen Abs. 2. Das bedeutet: es kann vereinbart werden, daß im Falle unverschuldeten Unglücks der Prinzipal das Gehalt nicht weiter zu zahlen braucht, oder nur für eine geringere Zeit oder nur im Falle bestimmter Unglücksfälle. Ist dies aber nicht vereinbart worden, besteht also der Anspruch auf Fortzahlung, dann ist eine auf die Anrechnung von Kassenbeträgen gerichtete Vereinbarung ungiltig, auch dann, wenn sie nachträglich getroffen wird. In letzterer Hinsicht macht das Gesetz keinen Unterschied. Daß Vereinbarungen gegen Abs. 1 zugelassen, gegen Abs. 2 aber verboten werden, ist eine große Inkonsequenz, aber der Gesetzeswille ist ganz deutlich erkennbar, einmal aus seiner Fassung und sodann aus der Entstehungsgeschichte, da ein Antrag, auch Vereinbarungen gegen Abs. 1 zu verbieten, abgelehnt wurde (K.B. S. 31; Düringer u. Hachenburg I S. 213; Cosack S. 108). Die Nichtigkeit der gegen Abs. 2 getroffenen Vereinbarung bewirkt nur die Nichtigkeit dieser Abrede, nicht die Nichtigkeit des Engagementsvertrages (vergl. den Exkurs zu § 62). Anm. 7.

Zus. 1. Für die Fälle sonstiger unverschuldeter Verhinderung, die nicht gerade als Unglück zu betrachten ist, sichert § 616 B.G.B. allen Bediensteten und demgemäß auch dem Handlungsgehilfen die Vergütung für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit. Solche Fälle sind: Einziehung zum Geschworenendienst, Ladung als Zeuge, Verkehrsabsperrungen, militärische Dienstleistungen (außer zum Zweck des Avancements, dieses ist nicht unverschuldet), auch Einziehung in den Krieg (s. oben Anm. 1 u. 2). Ein fernerer Fall ist das Wochenbett bei verheiratheten Frauenspersonen; führt es zu einer Krankheit, dann liegt ein Fall des § 63 vor, an sich ist das Wochenbett keine Krankheit. Bei unverheiratheten Frauenspersonen liegt verschuldete Anm. 8.

Behinderung bezw. verschuldete Krankheit vor (vergl. oben Anm. 2). — Die Hinderung muß, damit § 616 Platz greift, in der Person des Dienstverpflichteten liegen. Ist sie zwar unverschuldet, liegt sie aber nicht in der Person des Verpflichteten, so entscheiden andere Grundsätze. Liegt sie in der Person des Dienstberechtigten, so liegt Annahmeverzug vor und der Prinzipal muß die Vergütung gewähren ohne Anspruch auf die Nachleistung der Dienste (§ 615 B.G.B.). Wenn aber kein Teil schuld ist, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor und es fällt der Vergütungsanspruch fort (§ 323 B.G.B. — Beispiel: die Fabrik brennt ab).

Die weiterzuzahlende Vergütung ist auch hier Gehalt, Provision, Tantieme usw. (s. oben Anm. 5).

Soweit § 616 B.G.B. Platz greift, muß sich der Handlungsgehilfe Krankenkassenbeträge (sc. sofern sie ihm aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommen) anrechnen lassen; aber auch nur diese, sonstige Entschädigungen nicht, z. B. nicht die Löhnung bei einer militärischen Einziehung, Krankenkassenbeträge aus einer freien Hilfskasse; Unterstützungsgelder aus einer Unfallversicherung.

Auf die Vergünstigung nach § 616 B.G.B. kann im Voraus oder nachher verzichtet werden (vergl. Planck Anm. 4 zu § 616 B.G.B.).

Anm. 9. **Zus. 2. Dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen** hat der Prinzipal noch darüber hinaus Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen zu gewähren, aber auch diese nur bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses, es sei denn, daß wegen der Erkrankung das Dienstverhältniß vor der Zeit aufgelöst wurde (§ 617 B.G.B.).[1]) Hier wird vorausgesetzt, daß das Dienstverhältniß ein dauerndes ist (über diesen Begriff s. Anm. 12 zu § 66), daß die Erkrankung während des Dienstes (nicht gerade aus Veranlassung des Dienstes) erfolgt ist, mag auch der Keim derselben schon vorher vorhanden gewesen sein. Bei mehrmaligen Erkrankungen kann die Pflicht mehrfach eintreten (vergl. oben Anm. 3). Sie tritt überhaupt nicht ein, wenn die Erkrankung vorsätzlich oder fahrlässig von dem Dienstverpflichteten herbeigeführt ist. Durch § 62 Abs. 2 H.G.B. ist § 617 B.G.B. nicht beseitigt. An die Stelle des im § 617 B.G.B. citirten § 626 B.G.B. treten sinngemäß die §§ 70 u. 72 B.G.B.

Auf diese Vergünstigung kann im Voraus nicht verzichtet werden (§ 619 B.G.B), auch nicht während der Dauer der Krankheit. Dennoch wird, worauf Fuld S. 52 mit Recht aufmerksam macht, die Sache sich so gestalten, daß, wenn der Prinzipal durch Vereinbarung von der Pflicht des § 63 befreit ist, er gleichzeitig von den Verpflichtungen des § 617 B.G.B. befreit sein wird. Denn wenn die Befreiung des § 63 vorliegt, so tritt nach § 1 des Krankenversicherungsgesetzes die Krankenversicherungspflicht der Handlungsgehilfen ein. Soweit diese aber eintritt, fällt die Verpflichtung aus § 617 B.G.B. fort (§ 617 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 10. **Zus. 3. Uebergangsfragen.** Der § 63 gilt schon seit dem 1. Januar 1898, er hat also seine Uebergangszeit bereits hinter sich. Die im Zus. 1 erwähnte Bestimmung des § 616 B.G.B. gilt nur dann, wenn der Dienstvertrag sich in Folge der Unterlassung einer am 31. Dezember 1900 zulässigen Kündigung fortsetzt. Denn sie ist nicht zwingender Natur (vergl. erste Vorbem. zu § 59). Die in Zus. 2 erwähnte Vorschrift des § 617 B.G.B. gilt, da sie exklusiven Charakter hat, sofort (vergl. erste Vorbem. zu § 59).

---

[1]) Der § 617 B.G.B. lautet:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältniß wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

§ 64.

Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jedes Monats zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehalts später erfolgen soll, ist nichtig.

1. (Satz 1.) **Die Vorschrift der Gehaltszahlung am Schlusse eines jeden Monats** ist eine Neuerung. Sie richtet sich hauptsächlich gegen § 614 B.G.B., nach welchem, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, dieselbe nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Daraus würde sich für den Handlungsgehilfen die Folgerung ergeben, daß, wenn Jahresgehalt bedungen ist, der Gehilfe in die Lage kommen könnte, das Gehalt erst nach Ablauf eines jeden Jahres zu fordern. Deshalb ist angeordnet, daß spätestens am Schlusse eines jeden Monats gezahlt werden muß. Nach der Fassung des § 64 Satz 1 ist aber nunmehr das Gehalt auch dann am Schlusse eines jeden Monats zu zahlen, wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, also z. B. wenn der Handlungsgehilfe gegen einen Wochenlohn von 50 Mark engagirt ist, nur daß selbstverständlich eine Vereinbarung, nach welcher in solchen Fällen auch die Gehaltszahlung wöchentlich erfolgen soll, giltig ist, indem Satz 2 ihr nicht entgegensteht. Ueberdies wird in der Vereinbarung eines Wochenlohns schon nach richtiger Auslegung des Parteiwillens die Vereinbarung wöchentlicher Lohnzahlung liegen. Anm. 1.

Der Schluß des Monats bedeutet nicht den Schluß des Kalendermonats. Es soll nur bewirkt werden, daß das Gehalt nicht in späteren Perioden als einen Monat gezahlt werden soll (Denkschrift S. 58; vergl. auch Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 147). Endet der Monat an einem Sonn- oder Feiertage, so ist am nächsten Werktage zu zahlen (§ 193 B.G.B.). Endet das Verhältniß vor Ablauf des letzten Monats auf natürliche Weise, d. h. der Vereinbarung gemäß, dann muß es am Tage der Endigung gezahlt werden. Denn die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß das Verhältniß am Schlusse des Monats noch besteht. Aber auch bei vorzeitiger Endigung durch sofortige Kündigung des einen oder des andern Theils verbleibt es bei der Zahlung am Schlusse des Monats, weil dieselbe den Handlungsgehilfen nicht schädigen, ihn aber auch nicht besser stellen soll, als wenn das Verhältniß seinen vereinbarten Abschluß fände. Anm. 2.

Nur auf das regelmäßige feste Gehalt bezieht sich die Vorschrift, nicht auf Tantieme, Provision, Extragratifikationen (Horrwitz S. 62). Anm. 3.

2. (Satz 2.) **Hinausschiebende Vereinbarungen** sind nichtig. Es kann also nicht vereinbart werden, daß das Gehalt später als am Schlusse eines jeden Monats gezahlt werden soll; weder kann dies bei Antritt des Dienstverhältnisses, noch später vereinbart werden. Auch nicht nach eingetretener Fälligkeit. Das Gesetz macht in dieser letzteren Hinsicht keine Ausnahme und der klare Wortlaut sowie der gesetzgeberische Grund der Vorschrift trifft auch diesen Fall. Es kann daher entgegen der in der Reichstagskommission (vergl. K.B. S. 32) zu Tage getretenen Anschauung nicht giltig vereinbart werden, daß der Handlungsgehilfe sein fälliges Gehalt bei dem Prinzipal stehen lasse. Würde man eine solche Vereinbarung zulassen, so würde für den Fall der Verschlechterung der Verhältnisse des Prinzipals der Handlungsgehilfe des Schutzes entbehren, den ihm das Gesetz im Interesse der sozialen Lage des ganzen Standes und um seiner selbst willen geben will, eingedenk seiner schwächeren Position gegenüber dem Prinzipal, der gerade dann, wenn seine Verhältnisse sich verschlechtern, den Handlungsgehilfen bewegen wird, sein Gehalt bei ihm „stehen zu lassen", um es dann überhaupt nicht mehr auszuzahlen (anders Düringer u. Hachenburg I S. 215). — Die gleichwohl getroffene Abrede gegen den § 64 ist nichtig, macht aber nicht den ganzen Engagementsvertrag nichtig (Exkurs zu § 62). Anm. 4.

Andererseits legt das Gesetz den Ton nur auf den Zeitpunkt. Das Gebot der Baarzahlung ist damit nicht aufgestellt. Gesetzliche Kompensationen, Kompensations- Anm. 5.

vereinbarungen, Hingaben an Zahlungsstatt u. s. w. sind durch das Verbot nicht getroffen, soweit sie nicht unsittlich oder sonst gesetzlich verboten sind (vergl. Anm. 34 zu § 59).

Anm. 6. 3. **Die Wirkung** der Vorschrift ist die Fälligkeit des Gehalts spätestens am Schlusse des Monats. Von diesem Tage ab sind demnach unter allen Umständen Zinsen zu zahlen. (§§ 288, 284 B.G.B.). Auch verletzt der Prinzipal durch Nichtzahlung an diesem Tage den § 71 Nr. 2; dies auch dann, wenn der Handlungsgehilfe sich mit der Nichtauszahlung einverstanden erklärt hat, nur daß im letzteren Falle die Sache oft milder zu beurtheilen sein wird, oft aber auch schlimmer, als wenn keine Vereinbarung der Grund der Nichtzahlung ist.

Anm. 7. **Zus. 1. Wo das Gehalt zu zahlen ist,** ist im Gesetzbuch nicht ausdrücklich gesagt. Hier entscheidet nach § 269 B.G.B. die Natur des Schuldverhältnisses, und aus dieser ist zu entnehmen, daß der Prinzipal in seinem Geschäftslokale zu zahlen hat. Auch die Uebersendungspflicht des § 270 B.G.B. fällt hier dann fort, wenn der Gehilfe am Ort der Niederlassung des Prinzipals wohnt, anders wenn der Gehilfe am andern Orte wohnt, wie dies bei Reisenden oft der Fall ist. Wird der Gehilfe widerrechtlich entlassen, so wird man nunmehr annehmen müssen, daß der Prinzipal die Uebersendungspflicht hat. Mit der Frage des Leistungsorts hat weder das Bestehen, noch der Wegfall der Uebersendungspflicht etwas zu thun (§ 270 Abs. 4 B.G.B.). Für etwaige Schadensersatzansprüche des Gehilfen (vergl. § 70 Abs. 2) finden entsprechende Regeln Anwendung.

Anm. 8. **Zus. 2. Ueber das Recht des Prinzipals, gegen die Gehaltsansprüche des Gehilfen eine Forderung zur Kompensation zu stellen,** s. oben Anm. 5 u. Anm. 34 zu § 59.

Zus. 3. Uebergangsfrage. Hierüber Anm. 2 u. 3 zu § 59 u. Anm. 10 u. 11 in unserer Allgem. Einl.

§ 65.

Ist bedungen, daß der Handlungsgehülfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten solle, so finden die für die Handlungsagenten geltenden Vorschriften des § 88 und des § 91 Satz 1 Anwendung.

Anm. 1. 1. **Hinsichtlich der Provisionsansprüche gilt dasselbe wie beim Agenten.** Es wird daher auf die Erläuterung zu § 88 verwiesen. Auf § 89 ist im Gesetz nicht verwiesen, weil für den Handlungsgehilfen die allgemeine Vermuthung nicht aufgestellt werden sollte, daß, wenn er für einen bestimmten Bezirk angestellt ist, ihm auch die Provision von direkten Geschäften zustehen soll. Es kann dies natürlich im Einzelfall vereinbart werden (Denkschrift S. 59).

Anm. 2. Die Abrechnung ertheilt der Prinzipal dem Provisionsgehilfen durch Zustellung eines Auszuges nach § 91. Es ist zwar nur der Satz 1 des § 91 in Bezug genommen, so daß es den Anschein hat, als hätte der Handlungsgehilfe nur den Anspruch auf einen Buchauszug über die durch seine Thätigkeit zu Stande gekommenen Geschäfte. Aber es kann ihm vertragsmäßig auch eine Provision von direkten Geschäften zustehen und dann hat auch sein Anspruch auf den Buchauszug eine entsprechend weitere Bedeutung (Denkschr. S. 59).

Anm. 3. Anspruch auf Vorlegung der Bücher zum Zwecke der Prüfung des Buchauszugs hat der Provisionsgehilfe ebensowenig, wie der Agent. In dieser Hinsicht enthält das neue Recht einen Rückschritt gegen das alte (Anm. 3 zu § 91; vergl. unsere 5. Aufl. § 9 zu Art. 57).

Anm. 4. 2. **Ueber Tantiemeansprüche** ist hier nichts gesagt und auch nicht beim Agenten.

Hierüber gilt Folgendes:

Statt des festen Gehalts oder neben demselben hat der Handlungsgehilfe oft einen **Anspruch auf einen Theil des Reingewinns, Tantième (commis interessé).**[1]) Die Berechnung des Reingewinns erfolgt nach den Grundsätzen der Gesellschaften[2]) (R.O.H. 17

[1]) Ueber den Unterschied des commis interessé vom stillen Theilhaber siehe zu § 335.

[2]) Daraus folgt z. B., daß er, wenn der Prinzipal ein Darlehn gegen Gewinnbetheiligung aufnimmt, sich gefallen lassen muß, daß die dem Darlehnsgläubiger zu gewährende Vergütung zunächst vom Reingewinne abgeht, ehe sein Gewinnantheil berechnet wird.

S. 276; Hahn § 8 zu Art. 57). Unter ihn und den Prinzipal und einen etwaigen stillen Gesellschafter wird daher der Geschäftsgewinn so vertheilt, als wenn auch der c. i. Gesellschafter wäre. Die dienstliche Stellung des Gehilfen wird dadurch nicht alterirt, er bleibt der Untergebene und hat auf die Geschäftsleitung keinerlei Einfluß (R.O.H. 1 S. 194), er ist in keiner Beziehung dem Gesellschafter gleichzustellen (R.O.H. 17 S. 276). Deshalb darf der Prinzipal auch beliebig viel in das Geschäft einlegen, auch wenn sich dadurch das Gewinnergebniß ändern sollte (Bolze 10 Nr. 430); er kann andererseits auch den Betrieb einschränken oder auch einstellen, auch das Geschäft verkaufen. Im Falle der Aufgabe des Betriebes oder der Veräußerung des Geschäfts muß der Prinzipal natürlich — wenn nicht etwa gleichzeitig wichtige Kündigungsgründe vorliegen — den commis interessé angemessen entschädigen für den dadurch entstehenden Tantiemeausfall, d. h. er muß ihm für die noch rückständige Vertragsdauer soviel zahlen, als der Kommis vermuthlich an Tantieme erhalten hätte, wenn der Betrieb fortgesetzt worden wäre. Dagegen partizipirt der Kommis nicht an einem Gewinne, den der Prinzipal durch einen vortheilhaften Verkauf des Geschäfts erzielt; denn er hat nur Antheil am Betriebsgewinn bestimmter Geschäftsperioden (Bolze 10 Nr. 428). Auch die Aufnahme von Darlehen gegen Gewinnbetheiligung muß der commis interessé gegen sich gelten lassen, alle solche Verfügungen trifft der Prinzipal nach seinem Ermessen, bis zur Grenze des dolus (vergl. Anm. 4 Note 2).

Indessen muß man dem commis interessé diejenigen Rechte zugestehen, welche erforderlich sind, um seinen Anspruch auf den Gewinnantheil geltend zu machen. Zu diesem Zwecke muß ihm der Prinzipal zwar nicht gehörige Rechnung legen, also insbesondere keine Beläge beibringen, jedoch die Jahresbilanz vorlegen (nicht abschriftlich mittheilen, und behufs Prüfung derselben Einsicht der Bücher, Papiere und Inventuren gestatten (R.O.H. 17 S. 276; Bolze 4 Nr. 677; 10 Nr. 226; R.G. vom 5. Mai 1894 in J.W. S. 317; R.G. vom 7. Dezember 1896 u. J.W. 1897 S. 57; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 40 S. 452, O.L.G. Stuttgart und Dresden in G.Z. 42 S. 514), jedoch auch nur soweit die Prüfung es erfordert, nicht etwa schlechthin, etwa zum Zwecke inquisitorischer Durchforschung (R.G. vom 5. Mai 1894 in J.W. S. 317). (Vergl. besonders Bolze 10 Nr. 226, wo der Anspruch auf förmliche Rechnungslegung auch dann versagt wird, wenn der Bedienstete am Verluste Theil nimmt.) Andererseits genügt auch die Verweisung auf die Handlungsbücher nicht, da dem Kommis nicht anzusinnen ist, die Tantieme aus den Büchern selbst zu berechnen, vielmehr kann er verlangen, daß ihm die Bilanz aufgemacht wird (Bolze 4 Nr. 677). Das Recht auf Vorlegung der Bücher ist nach neuem Recht nicht etwa deshalb zu versagen, weil der provisionspflichtige Kommis es nach neuem Rechte nicht hat (vergl. oben Anm. 3). Denn es ergiebt sich mit Konsequenz aus der Natur des Verhältnisses, und die Durchbrechung dieser Konsequenz durch das Gesetz ist nach bekannten Rechtsgrundsätzen analoger Ausdehnung nicht fähig. Die Denkschrift S. 59 geht übrigens selbst davon aus, daß die Ergebnisse der Rechtsprechung hier den Rechtszustand darstellen, wie er auch später gelten soll. Anm. 5.

Das Recht auf Vorlegung der Bilanz und der Bücher wird durch ein vertragswidriges Verhalten nicht alterirt, nicht verwirkt durch ein solches Seitens des Kommis [Unterschlagung, Etablirung eines Konkurrenzgeschäfts R.O.H. 1 S. 194; 17 S. 275; R.G. vom 7. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 57] und nicht zurückbezogen auf den Zeitpunkt der Entlassung für den Fall, daß diese im Laufe des Jahres vorzeitig erfolgt; vielmehr ist auch in diesem Falle nur die Jahresbilanz vorzulegen, nicht die Bilanz eines Jahresabschnitts, zumal der Gewinn eines Jahresabschnitts durch den Verlust des folgenden absorbirt und geschmälert werden kann (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1890 S. 13; O.L.G. Köln in G.Z. 46 S. 486). Der Jahresgewinn ist maßgebend, dieser ist dem Kommis bei einem im Laufe des Jahres erfolgten Austritte antheilig zu zahlen (Cosack S. 90), wenigstens ist dies im Zweifel als Vertragssinn anzunehmen (übereinstimmend Behrend § 45 Anm. 25; O.L.G. Hamburg in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 3 S. 476; vergl. R.O.H. 19 S. 121), auch geht es den Kommis nichts an, wenn sich in späteren Anm. 6.

Jahren Verluste ergeben (R.O.H. 6 S. 25), noch darf ihm wegen des Verlusts aus früheren Jahren der Antheil am Reingewinn eines späteren Jahres geschmälert werden.

Anm. 7. Der Anspruch auf Vorlegung der Bücher ist nicht cedirbar (R.G. vom 7. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 57).

Anm. 8. Die vorgelegte Bilanz kann der Kommis nicht einfach durch den Beweisantritt anfechten, daß die angesetzten Werthe nicht angemessen sind. Denn darüber entscheidet das Ermessen des Prinzipals, welchem ein gewisser Spielraum zu lassen ist. Innerhalb der Grenzen billigen Ermessens ist daher eine Anfechtung ausgeschlossen. Das Anfechtungsrecht beginnt dort, wo diese Grenzen überschritten sind, wo eine offenbare Unbilligkeit, Willkür oder gar Böswilligkeit in der Werthsansetzung liegt.

Der Anspruch auf die Tantieme verjährt in 2 Jahren (§ 196 Nr. 8 B.G.B.).

Anm. 9. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die am 1. Januar 1900 angestellten provisionsberechtigten Handlungsgehilfen verlieren das Recht auf Vorlegung der Bücher, wenn sich ihr Verhältniß fortsetzt durch Unterlassung einer nach dem Rechte des 31. Dezember 1899 zulässigen Kündigung (vergl. Anm. 2 u. 3 zu § 59).

Der § 65 hat, wie hier zur Verdeutlichung bemerkt werden mag, in der Zeit vom 1. Januar 1898 bis 31. Dezember 1899 noch nicht gegolten (Art. 1 Abs. 2 E.G. z. H.G.B.)

§ 66.

Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Einleitung. **Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen über die Kündigungsfrist** giebt lediglich den früheren Art. 61 wieder. Das ist die ausgesprochene Absicht derselben, obgleich der Wortlaut etwas verändert ist (Denkschr. S. 59). Die Aenderungen gegen das frühere Recht enthalten erst die §§ 67—69.

Die Vorschrift ist allerdings in dem Sinne dispositiv, als zunächst der Vertrag über die Zeitdauer und die Kündigungsfrist entscheidet. Allein der Zulässigkeit von Vertragsabreden sind in den folgenden Paragraphen Schranken gesetzt.

In der folgenden Erläuterung unseres Paragraphen soll nicht bloß die gesetzliche Kündigungsfrist, sondern überhaupt **die allgemeinen Grundsätze über die Dauer und die normale Lösbarkeit des Dienstvertrages zwischen dem Prinzipal und Handlungsgehilfen** behandelt werden.

Anm. 1. 1. **In erster Linie sind für den Ablauf und die normale Lösbarkeit des Dienstvertrages die Vereinbarungen der Parteien maßgebend.** Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber es ergiebt sich daraus, daß die Bestimmung eine dispositive ist, wie § 67 ergiebt. Zur Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen sei Folgendes bemerkt:

a) Aus dem Zeitabschnitt, für welchen der Lohn festgesetzt ist, ist auf die verabredete Dauer des Dienstverhältnisses nicht zu schließen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 475). Durch die Festsetzung eines Jahreshonorars ist daher eine frühere Kündigung nicht ausgeschlossen. (H.A.G. Nürnberg in Busch Archiv 26 S. 269). Auch § 621 B.G.B. ändert hieran nichts. In demselben gilt im Falle der Bemessung des Lohnes nach Tagen, Wochen, Monaten oder Vierteljahren und mehr eine tägliche, wöchentliche, monatliche oder vierteljährliche Kündigung. Allein die tägliche und wöchentliche Kündigung kann schon wegen § 67 H.G.B. hier nicht Platz greifen; aber auch im Uebrigen gilt § 621 B.G.B. für den Handlungsgehilfen nicht, weil für diesen die Kündigung bei unbestimmter Dauer durch § 66 H.G.B. geregelt ist.

Anm. 2. b) Ist die fixirte Dauer des Vertragsverhältnisses abgelaufen und wird das Dienstverhältniß stillschweigend, d. h. ohne unverzüglichen Widerspruch fortgesetzt, so gilt nunmehr der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert

(§ 625 B.G.B.). Darin liegt eine Art relocatio tacita, eine Fortsetzung des alten Vertrages in allen seinen Einzelbestimmungen (Natur der Dienste, Ansprüche der Gehilfen, Konventionalstrafe u. s. w.).

Es kann übrigens auch die Fortsetzung auf bestimmte Zeit bei unterlassener Kündigung im Voraus vereinbart werden (hierüber Anm. 5 zu § 67).

c) Für Engagements auf Lebenszeit oder für längere Zeit als 5 Jahre gilt die Vorschrift des § 624 B.G.B., wonach sie von dem Dienstverpflichteten nach 5 Jahren gekündigt werden können mit einer Frist von 6 Monaten. Diese Vorschrift ist durch unseren § 66 H.G.B. für die Handlungsgehilfen nicht beseitigt, schon deshalb nicht, weil dies nicht Engagements auf unbestimmte Zeit, sondern auf bestimmte Zeit sind, während sich unser Paragraph nur auf Engagements auf unbestimmte Zeit bezieht, und dann, weil der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hatte, durch die Sondervorschriften des H.G.B. dem Handlungsgehilfen Vergünstigungen zu entziehen, die er für andere Bedienstete gegeben hat. Dem Prinzipal steht dieses Kündigungsrecht nicht zu. Er kann auch nicht etwa den ganzen Vertrag aufheben, weil er ihn bei Kenntniß dieser Rechtslage nicht geschlossen haben würde. Anm. 3.

d) Das Engagement auf Probe im früheren Sinne, d. h. mit dem täglichen Rechte der Aufhebung ist wegen § 67 nicht mehr statthaft, die Ausnahme des § 69 aber bezieht sich auf das Probeengagement nicht (vergl. Anm. 1 zu § 69). Ein Probeengagement auf unbestimmte Zeit ist daher nur mit der Maßgabe statthaft, daß die Kündigung nicht vor Ablauf eines Monats erfolgen darf. Man wird jetzt wohl den Ausweg wählen, den Gehilfen auf bestimmte kurze Zeit zum Zweck der Probe zu engagiren. Dann kann die Zeit auch kürzer als ein Monat sein (Anm. 2 zu § 67). Ist nun in dieser Weise ein Engagement auf Probe erfolgt, dann ist der Gehilfe auf eine bestimmte Zeit fest engagirt. Die Absicht zu probiren, ist nur Motiv, für den Vertragsinhalt aber bedeutungslos, sodaß weder der Prinzipal noch der Gehilfe den Vertrag deshalb vorzeitig lösen kann, weil es nach den bisherigen Ergebnissen der Probezeit zu einer Verlängerung der Vertragsdauer, zu einem definitiven Engagement nicht kommen werde. Wenn das Verhältniß nach Ablauf der vereinbarten Probezeit stillschweigend fortgesetzt wird, so gilt für die Folgezeit das oben Anm. 2 für die stillschweigende Fortsetzung überhaupt Gesagte. Das Verhältniß setzt sich also auf dieselbe bestimmte Zeit fort. Der § 67 Abs. 3 greift hier nicht Platz. Er betrifft einen anderen Fall, nämlich den, daß im Voraus vereinbart wird, das Verhältniß solle sich fortsetzen, wenn es nicht vor dem Ablauf der Vertragszeit gekündigt werde. Für diese Kündigung gelten dann die Zwangsvorschriften des § 67 Abs. 1. Es kann ferner auch vereinbart werden, daß nach Ablauf der bestimmten Probezeit der Vertrag sich auf bestimmte Zeit fortsetze. Auch das ist giltig (vergl. Anm. 5 zu § 67). Wird dagegen ohne Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer oder einer Kündigung beim Engagement nichts weiter erklärt, als daß es zur Probe erfolgt, so ist dies Angabe eines Motivs ohne rechtliche Bedeutung. Es greifen einfach die gesetzlichen Kündigungsfristen Platz. Die Annahme Makowers S. 117, daß in diesem Falle die geringste zulässige Kündigungsfrist von 1 Monat gilt, erscheint willkürlich. Anm. 4.

e) Vereinbarungen täglicher, wöchentlicher, vierzehntägiger, vierwöchentlicher Kündigung sind durch § 67 für den Regelfall ausgeschlossen. Die Handelsgebräuche, durch welche Vereinbarungen dieser Art ausgelegt wurden (5. Aufl. § 1 zu Art. 61), sind dadurch für die Regel unpraktisch geworden. Siehe jedoch zu §§ 68 und 69. —. Die Vereinbarung vierwöchentlicher Kündigung wird aber meist als Vereinbarung einer einmonatlichen Kündigung auszulegen und als solche aufrechtzuerhalten sein (vergl. Anm. 8 zu § 67). Die Vereinbarung einer sechswöchentlichen Kündigungsfrist wird nach Treu und Glauben als Bestätigung des gesetzlichen Normalfalles, d. h. als lediglich zum Quartalsschluß zulässig, angesehen werden müssen. Für Berlin ist diese Auffassung handelsgebräuchlich (Aeltesten bei Anm. 5.

Horrwitz S. 98 u. bei Dove u. Apt I S. 28). Die monatliche Kündigung muß am letzten Tage des vorhergehenden Monats erfolgen (§ 187 B.G.B.).

Anm. 6. 2. **In zweiter Linie greift die gesetzliche Kündigungsfrist Platz.** Sie beträgt 6 Wochen vor Ablauf des Kalenderquartales. Sie muß daher (vergl. § 187 B.G.B.) am 43. Tage vor Ablauf des betreffenden Quartals, in welchem sie erfolgt, dem anderen Theile zugegangen sein (Denkschr. S. 59). Ist z. B. der Handlungsgehilfe am 1. Januar eingetreten, so kann ihm zum 1. April gekündigt werden. Die Kündigungstermine sind nicht etwa, wie die Kaufleute häufig annehmen, der 15. Februar, 15. Mai, 15. August, 15. November, sondern der 17. Februar (im Schaltjahr der 18. Februar), der 19. Mai, 19. August und 19. November.

Anm. 7. 3. **Die Beweislast,** wenn streitig ist, ob die gesetzliche Kündigungsfrist Platz greift oder eine vertragliche, richtet sich nach dem Grundsatz, daß die naturalia sich aus dem Gesetze ergeben und nicht bewiesen zu werden brauchen, daß vielmehr Derjenige zu beweisen hat, der die Abänderung der naturalia als accidentale behauptet (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 33 ffg., bes. Anm. 55; dazu noch Bolze 23 Nr. 570). Es hat daher Derjenige, der die Vereinbarung einer von der gesetzlichen abweichenden Kündigungsfrist oder einer bestimmten Vertragsdauer behauptet, dies zu beweisen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 475). Auch durch die neue Fassung des § 66 sollte hieran nichts geändert werden. Denn der gegen Art. 61 veränderte Wortlaut beruht lediglich auf stilistischen Gründen und sollte keine sachliche Aenderung im Gefolge haben (Denkschr. S. 59). Steht fest, daß eine von der Gesetzesregel abweichende Kündigungsfrist oder Vertragsdauer vereinbart ist, aber nicht, welche Abweichung, so hat Der zu beweisen, dessen Darstellung sich am weitesten von der Gesetzesregel entfernt (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 56). Das gilt auch vom Probeengagement. Dasselbe ist ein festes Engagement. Mit täglicher Kündigungsfrist kann es überhaupt nicht mehr abgeschlossen werden, sondern entweder auf bestimmte Dauer oder mit einer zwar von § 66 abweichenden, aber mindestens einmonatlichen Kündigungsfrist. Daß aber eine dem § 66 entgegenstehende Vereinbarung getroffen worden ist, hat Der zu beweisen, der sie behauptet.

Anm. 8. 4. **Die Folge der verspäteten Kündigung ist klar.** Sie bringt das Verhältniß zu dem beabsichtigten Termine nicht zur Lösung. Ob sie wenigstens als Kündigung zum nächsten zulässigen Termine anzusehen ist, ist Thatfrage (Motive z. B.G.B. II S. 413). Meist wird es der Fall sein. Gegen verspätete Kündigung braucht nicht protestirt zu werden, in der stillschweigenden Entgegennahme derselben liegt keine Acceptation. Die Annahme Makowers, S. 118, daß eine unzulässige Kündigung giltig werde, wenn ihr nicht widersprochen werde, weil nach § 151 B.G.B. die Annahme in solchen Fällen nach der Verkehrssitte nicht zu erfolgen brauche, geht fehl, da es sich hier nicht um eine Vertragsofferte handelt. **Vorzeitige Kündigung aber** ist rechtzeitige (Berliner Obertribunal Entsch. Bd. 34 S. 170), sodaß auch vor Antritt des Dienstes gekündigt werden kann, doch nur mit der Wirkung, daß die Kündigung so wirkt, als wäre sie nach Beginn des Vertrages zum ersten zulässigen Kündigungstermine erfolgt (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 452, ausführlich abgedruckt in der Hanseat. Gerichtsztg. 1891 S. 310). Entlassung, wenn sie sich als unberechtigt erweist, gilt wenigstens als ordentliche Kündigung. Denn in solchem Akte liegt der Wille ausgedrückt, das Verhältniß so bald als möglich zu lösen. Desgleichen wirkt die Weigerung, den Dienst anzutreten oder den Gehilfen in den Dienst aufzunehmen, jedenfalls als ordentliche Kündigung.

Anm. 9. 5. **Eine Form der Kündigung** ist nicht vorgeschrieben. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen, **nur muß sie dem anderen Theil zugehen,** und ist in diesem Augenblick erfolgt. Sie ist eine empfangsbedürftige Erklärung nach dem B.G.B. (§§ 130 ffg. B.G.B.). Bei einer Kündigung inter absentes trägt der Kündigende die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft. Doch darf sich der andere Theil nicht der Kündigung durch eigenes Verschulden entziehen, wie z. B. wenn der unterwegs befindliche Reisende in dieser Absicht fortwährend seinen Aufenthalt wechselt oder denselben verschweigt oder gar falsch angiebt, sollte Letzteres auch unabsichtlich geschehen (vergl. Dernburg Prß. Privatr. Bd. 3 § 60; vergl. O.L.G. Braunschweig in G.Z. 34 S. 572, wonach eine Kündigung als erfolgt galt, weil der Reisende sich die Briefe abzuholen pflegt und gerade an jenem Tage nicht abholte). Einen praktischen

Ausweg giebt § 132 Abs. 2 B.G.B. an die Hand, nämlich den Weg der öffentlichen Zustellung, doch nicht in dem Sinne, als ob nur in diesem Falle die Willenserklärung als dem anderen Theile, dessen Aufenthalt zur Zeit unbekannt war, zugegangen gälte. Bei solcher Annahme würde die rechtzeitige Kündigung in vielen Fällen unmöglich sein. Diese Verschlechterung des Rechtszustandes gegen das bisherige Recht war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt und ist auch nicht die unbeabsichtigte Folge seiner Gesetzesbestimmung. Zwar ist die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Aber die Erklärung gilt als dem anderen Theile zugegangen, wenn sie ihm dorthin geschickt wird, wo der andere Theil sich nach seiner eigenen Angabe zu einer bestimmten Zeit aufhält. Wie sie ihm als zugegangen gilt, wenn sie in seinen Privatbriefkasten gesteckt wird, auch wenn er den Brief nicht herausnimmt, so gilt sie ihm als zugegangen, wenn sie ihm in das Hotel geschickt wird, in welchem er sich nach seiner Angabe am bestimmten Tage aufhält.

6. **Inhaltlich muß die Kündigung bestimmt und definitiv** sein, nicht bedingt und unbestimmt, wie z. B.: „Das Verhältniß gilt nach Ablauf von 3 Monaten als gelöst, wenn Sie bis dahin keine besseren Geschäfte machen" (R.O.H. 4 S. 342). Bestimmte, aber bedingte Kündigung ist nicht unwirksam, wie Dernburg Preußisches Privatrecht II § 61 und Förster-Eccius 7. Aufl. I § 36 Anm. 59, auch Planck I S. 203, 204 annehmen. Mit dem Eintritte der Kündigung ist vielmehr die Kündigung wirksam, d. h. es gilt, als wäre sie erst jetzt erfolgt; der Eintritt der Bedingung wirkt nicht zurück, wohl aber von dem Eintritt der Kündigung ab, sofern der Gekündigte über denselben nicht in Ungewißheit sein kann (vergl. § 643 B.G.B., wo ein Beispiel einer bedingten Kündigung enthalten ist; Bolze 12 Nr. 400; Allfeld S. 349; Neumann, Handausg. zum B.G.B. Anm. 3a β in der Vorbem. zum 4. Titel S. 84). Anm. 10.

7. **Bei Kündigung durch einen Bevollmächtigten** sind die §§ 174 und 180 B.G.B. zu beachten (vergl. hierüber Anm. 12 zu § 54 u. Anm. 61 u. 62 zum Exkurse zu § 58). Anm. 11.

Zus. 1. Nach der Kündigung muß der Prinzipal dem Handlungsgehilfen auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses gewähren (§ 629 B.G.B.), allerdings nur dann, wenn das Verhältniß ein dauerndes ist. Dauernd in diesem Sinne ist es dann, wenn der Dienstverpflichtete auf eine längere Dauer des Dienstes rechnen kann, also wenn entweder eine lange bestimmte Dauer oder eine unbestimmte Dauer vereinbart ist. Nicht dauernd ist z. B. ein Vertrag, bei welchem der Gehilfe auf 6 Wochen zur Aushilfe angestellt wird, dauernd ein Vertrag, bei welchem der Gehilfe gegen einmonatliche Kündigung angestellt wird (Cosack, Bürgerl. Recht I S. 501). Es ist bedauerlich, daß hierbei nicht eine bestimmte Zeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung gesetzlich fixirt ist. In Folge der unbestimmten Fassung muß der Handlungsgehilfe im Streitfalle auf sein Risiko solange ausbleiben, als er es für angemessen hält. Anm. 12.

Zus. 2. Andere Endigungsgründe. Tod des Prinzipals ist im Zweifel kein Erlöschungsgrund für das Dienstverhältniß (§§ 675, 672 B.G.B.), wohl aber Tod des Handlungsgehilfen (§§ 675, 673 B.G.B.). Ueber Geschäftsveräußerung und Konkurs s. Anm. 22 zu § 70. Anm. 13.

Zus. 3. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 2 u. 3 zu § 59. Anm. 14.

§ 67.

Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Theile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältniß für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen

wird, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Eine Vereinbarung, die diesen Vorschriften zuwiderläuft, ist nichtig.

Der vorliegende Paragraph enthält eine weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Vereinbarung von Kündigungsfristen. Die Vorschrift ist neu.

Anm. 1. I. **Der Paragraph bezieht sich nur auf die Vereinbarung von Kündigungsfristen.** Die Vereinbarung von auflösenden, nicht in den Willen des Vertragsgegners gestellten Bedingungen fällt nicht unter den vorliegenden Paragraphen (Makower S. 119). So ist z. B. die Anstellung auf die Zeit der Krankheit des ersten Buchhalters zulässig (Cosack S. 112; vergl. auch § 69). Wohl aber fällt unter den vorliegenden Paragraphen die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer, sofern das Lösungsrecht für beide Theile verschieden normirt ist. Denn im Grunde genommen ist dies nicht die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer, sondern ein Kündigungsrecht. Die Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer kann begrifflich nur den Inhalt haben, daß der Vertrag nach Ablauf einer bestimmten Zeit aufhört, sodaß für beide Theile Rechte und Verpflichtungen ihr Ende erreichen. Wird aber z. B. vereinbart, daß der Prinzipal nach Ablauf eines Jahres den Vertrag aufheben kann, der Gehilfe aber erst nach Ablauf von 3 Jahren, so liegt darin nichts weiter als die Stipulirung von verschiedenen Kündigungsfristen für beide Theile. In diesem Falle greift der vorliegende Paragraph Platz.

Anm. 2. Liegt aber die Abrede einer bestimmten Vertragsdauer im eigentlichen Sinne vor, d. h. so, daß der Vertrag für beide Theile an einem bestimmten Zeitpunkte endet, so findet der vorliegende Paragraph keine Anwendung, bei bestimmter Vertragsdauer kann vielmehr vereinbart werden, daß dieselbe auch im Laufe des Monats endet, und sie kann auch kürzer als einen Monat dauern. Es ist also zulässig, daß Jemand auf 6 Wochen oder auf 14 Tage oder auf 3 Tage engagirt wird. Diesen Ausweg wird man jetzt wählen, wenn man Jemanden wird auf Probe engagiren wollen (Denkschr. S. 61; vergl. Anm. 4 zu § 66). Reicht die erste Probezeit nicht aus, um die Fähigkeiten des Gehilfen genügend zu beurtheilen, so kann man ihn nach Ablauf der Probezeit auf eine bestimmte weitere Zeit engagiren. Das kann sich so von Woche zu Woche wiederholen. Dagegen kann die Erneuerung einer solchen Anstellung nicht etwa im Voraus ausgemacht werden, etwa in der Form: Wenn die Anstellung nicht während der ersten Woche gekündigt wird, so setzt sich die Probezeit auf eine weitere Woche fort. Vielmehr unterliegt die Vereinbarung einer Prolongation für den Fall unterlassener Kündigung der Vorschrift des Abs. 3 unseres Paragraphen (s. unten Anm. 5).

Anm. 3. Endlich ist durch den vorliegenden Paragraphen nicht für unzulässig erklärt die im Laufe eines Vertrages erfolgende Vereinbarung, daß der Vertrag vorzeitig aufgehoben werden soll, sei es sofort, sei es nach Ablauf einer gewissen Frist. Auch diese Abrede ist durch § 67 nicht berührt, weder ist sie für unzulässig erklärt, noch ist die hierbei stipulirte Frist den Vorschriften des § 67 unterworfen, sofern es nur nicht wieder eine Kündigungsfrist ist.

Anm. 4. II. **Die im § 67 vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit** sind dreierlei:

1. Jede andere Kündigungsfrist als die gesetzliche des § 66 muß mindestens einen Monat dauern (wann sie ausgeübt werden muß, darüber s. Anm. 6 zu § 66).
2. Sie muß, gleichviel ob länger oder kürzer als die gesetzliche, jedenfalls für beide Theile gleich sein.
3. Sie wird immer nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen (wie lang sie auch sein mag, so kann z. B. auch eine Kündigungsfrist von strikt 6 Wochen immer nur zum Monatsschluß ausgeübt werden).

Anm. 5. III. **Die gleichen Beschränkungen gelten auch für diejenige Kündigung, in deren Ermangelung ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag sich abredegemäß prolongirt.** Ist der Vertrag zwar auf bestimmte Zeit eingegangen, soll aber die unterlassene Kündigung die Verlängerung des Verhältnisses zur Folge haben, so finden auf dieses Kündigungsrecht gleichfalls die Beschränkungen des Abs. 1 Anwendung: diese Kündigung muß also für beide Theile gleich sein

und sie darf nicht weniger als einen Monat betragen. Dagegen darf sie auf einen anderen Zeitpunkt als auf den Schluß eines Kalendermonats lauten, da Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt ist. Ein solches Engagement wird also ungefähr wie folgt lauten: „Das Engagement erfolgt zunächst auf einen Monat oder 6 Wochen oder 8 Wochen. Diese Zeit gilt als Probezeit. Während derselben ist es jedem Theile gestattet, den Vertrag täglich zu kündigen, wodurch sich aber die Probezeit nicht verkürzt. Die Kündigung muß mit einmonatlicher Frist erfolgen, jedoch nicht nothwendig zum Schluß eines Kalendermonats. Erfolgt eine solche Kündigung während der Probezeit nicht, so setzt sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit fort, jedoch mit der Maßgabe, daß er von jedem Theile mit einmonatlicher Frist zum Schluß eines Kalendermonats gekündigt werden kann."

Dieses Beispiel ist so gewählt, daß die durch unterlassene Kündigung sich fortsetzende Kontraktszeit sich auf unbestimmte Zeit fortsetzt. Für diesen Fall erlangen auf die Prolongationszeit die Vorschriften des § 67 in vollem Umfange Geltung. Es kann aber auch die verlängerte Vertragsdauer vertraglich bestimmt sein. Dann gilt für die Prolongationszeit die vereinbarte Vertragsdauer. Es kann endlich auch für die Prolongationszeit wiederum bestimmt werden, daß der Vertrag sich auf bestimmte Zeit fortsetzt, wenn nicht zu bestimmter Zeit Kündigung erfolgt. Alsdann greifen wiederum die Vorschriften des Abs. 1, nicht auch des Abs. 2 auf diese Kündigung Platz.

IV. **Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig.** Anm. 6.

1. Das bedeutet für den Regelfall nicht, daß der ganze Vertrag nichtig ist, sondern nur die unzulässige Kündigungsabrede (vergl. unseren Exkurs zu § 62). An die Stelle der unzulässigen Abrede treten die gesetzlichen Kündigungsvorschriften, nicht etwa die nächste zulässige Minimalkündigungsfrist von einem Monate.
2. Aber auch die zuwiderlaufende Abrede ist nur dann nichtig, wenn sie dem Handlungsgehilfen ungünstig ist. Zwar geht der Wortlaut des Abs. 4 unseres Paragraphen weiter, indem er jede zuwiderlaufende Abrede für nichtig erklärt. Allein der wahren Absicht des Gesetzgebers entspricht nur eine Auslegung, welche die dem Handlungsgehilfen ungünstige Vertragsbestimmung für nichtig erklärt; denn nur zum Schutze des Handlungsgehilfen ist die Vorschrift getroffen. Nur dann kann man vom Standpunkte dieser Schutzvorschrift sagen, daß „die Abrede der Vorschrift zuwiderlaufe". (So auch Makower S. 119; Düringer u. Hachenburg I S. 218 gegen unsere gegentheilige Ansicht im Supplement). Anm. 7.
3. Die einzelnen zuwiderlaufenden Abreden: Wird für den Prinzipal eine vierzehntägige, für den Handlungsgehilfen eine dreimonatliche Kündigungsfrist vereinbart, so ist diese Vereinbarung nichtig und es tritt § 66 in Wirksamkeit. Wenn dagegen umgekehrt für den Handlungsgehilfen eine vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist, für den Prinzipal eine dreimonatliche, so ist dies giltig. — Wird die Kündigungsfrist für beide Theile gleich bestimmt, aber auf eine kürzere Zeit als einen Monat, so ist dies ebenfalls nichtig. Auch hier ist nicht etwa der ganze Vertrag nichtig (vergl. oben Anm. 6), auch gilt in solchem Falle nicht etwa die Zwangsminimalfrist von einem Monate, sondern die getroffene Vereinbarung ist nichtig und es greift daher die gesetzliche Vorschrift des § 66 Platz (vergl. Anm. 6). So z. B. wenn eine tägliche oder eine vierzehntägige Kündigungsfrist vereinbart ist. Es gilt dann diese Frist nicht, auch nicht etwa die einmonatliche, sondern es gilt die gesetzliche Frist des § 66. Auch dann ist dies der Fall, wenn eine vierwöchentliche Frist vereinbart ist; nur wird man hier im Wege der Auslegung meist dahin gelangen, daß unter der vierwöchentlichen die einmonatliche von den Parteien gemeint war (vergl. Anm. 5 zu § 66). — Wenn aber endlich die Kündigung für beide Theile gleich sein und mindestens einen Monat betragen soll, die Vorschrift des Abs. 1 also beobachtet ist und nur entgegen dem Abs. 2 bestimmt ist, die Kündigung solle vor dem Schlusse eines Kalendermonats das Verhältniß zur Endschaft bringen, so gilt zwar die vereinbarte Frist, aber die Kündigung kann nur für den Schluß eines Kalendermonats „zugelassen werden". Dieser Theil der Vereinbarung, der die Kündigung für den Schluß zuläßt, ist dann eben ungiltig, die vereinbarten Fristen selbst bleiben giltig, weil sie ja an sich dem Gesetze entsprechen, und es kann auch nicht etwa angenommen werden, daß die Fristen nunmehr dem § 66 folgen, sodaß nur zum Anm. 8.

Ablauf des Kalenderquartals gekündigt werden könnte. Denn diese Kündigung greift nur Platz auf die nicht auf Vertrag beruhenden gesetzlichen Kündigungsfristen. Und auch das wäre verfehlt, zu sagen, daß in solchem Falle die ganze Kündigungsabrede ungiltig wäre. Denn das Gesetz läßt durch die Scheidung der Absätze 1 und 2 deutlich erkennen, daß es die beiden Modalitäten (für beide Theile gleiche monatliche Kündigungsfrist einerseits und Kündigung zum Schluß des Monats andererseits) als selbstständige betrachtet, von denen die Ungiltigkeit der einen die Ungiltigkeit der anderen nicht nach sich zieht.

Anm. 9. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Hierüber siehe Anm. 2 u. 3 zu § 59, ferner unsere Allgem. Einl. Anm. 10 u. 11. Die Vorschriften des § 67 sind, wie dort ausgeführt ist, exklusiv und sind daher am 1. Januar 1898 auf die damals bestehenden Dienstverträge sofort anwendbar gewesen.

§ 68.

Die Vorschriften des § 67 finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe einen Gehalt von mindestens ~~fünftausend~~ 5000 Mark für das Jahr bezieht. Sie bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen ist und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältniß kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat.

In den beiden hier vorgesehenen Fällen liegen besondere Verhältnisse vor.

Anm. 1. 1. **Der Handlungsgehilfe mit 5000 Mark** Gehalt befindet sich in einer solchen wirthschaftlichen und sozialen Lage, daß er des bevormundenden Schutzes des § 67 nicht mehr bedarf.

Erfordert ist, daß sein Gehalt mindestens 5000 Mark beträgt, also seine festen Bezüge ohne Tantieme, Provision und in unbestimmter Höhe in Aussicht gestellte Gratifikationen.

Der Paragraph greift Platz in dem Augenblick, in welchem der Handlungsgehilfe in diese Gehaltsstufe aufrückt, auch wenn sein Gehalt früher weniger betragen hatte.

Anm. 2. 2. **Bei dem für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommenen Reisenden** hat der Prinzipal wegen der großen Kosten der Hinaussendung eines solchen Reisenden und wegen der Art der Verwendung desselben ein berechtigtes Interesse daran, sich die Dienste des Gehilfen für längere Zeit zu sichern, ohne seinerseits unbedingt auf die Befugniß zu verzichten, das Dienstverhältniß für den Fall, daß der Gehilfe sich nicht bewährt, schon vorher zu lösen (Denkschr. S. 65). Gegen willkürliche Ausübung des Kündigungsrechts ist der Gehilfe dadurch geschützt, daß die Vorschrift nur dann Platz greift, wenn der Prinzipal die Kosten der Rückreise im Falle der Kündigung vertragsmäßig zu tragen hat. Es genügt nicht, daß er im Kündigungsfalle die Kosten freiwillig übernehmen will, die Pflicht muß ihm vertragsmäßig obliegen.

Zu den außereuropäischen Ländern gehören auch die Schutzgebiete europäischer Staaten, auch Deutschlands.

Anm. 3. 3. **In diesen beiden Fällen können auch kürzere Kündigungsfristen** (tägliche, wöchentliche, vierzehntägige, vierwöchentliche) **vereinbart werden.** Tägliche Kündigung bedeutet, daß täglich mit eintägiger Frist gekündigt werden kann, nicht etwa, daß täglich mit gesetzlicher Frist gekündigt werden kann.

Die Kündigung braucht in diesen Fällen auch nicht zum Schlusse des Monats zu erfolgen und die Frist braucht auch nicht für beide Theile gleich zu sein (in dieser Hinsicht anders § 69).

§ 69.

Wird ein Handlungsgehülfe nur zu vorübergehender Aushülfe angenommen, so finden die Vorschriften des § 67 keine Anwendung, es sei denn, daß das Dienstverhältniß über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird. Die

Kündigungsfrist muß jedoch auch in einem solchen Falle für beide Theile gleich sein.

1. **Die Vorschrift bezieht sich nicht auf das Engagement zur Probe** (Denkschr. S. 61; K.B. S. 33). Ueber dieses s. Anm. 4 zu § 66 und Anm. 8 zu § 67. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Engagements ist ein wesentlicher: beim Engagement zur Probe will man die Fähigkeiten des Gehilfen erproben, man will ihn event. dauernd behalten, beim Engagement zu vorübergehender Aushilfe will man die Fähigkeiten des Gehilfen nicht probiren, sondern man will im Gegentheil einen fähigen Gehilfen engagiren, weil man vorübergehende Hilfe braucht, man will ihn aber nicht dauernd behalten. Selbstverständlich ist es unzulässig, die zwingenden Vorschriften über die Kündigung dadurch zu umgehen, daß man ein Probeengagement der Sachlage zuwider als Engagement zu vorübergehender Aushilfe bezeichnet. In solchen Fällen ist nicht etwa das ganze Engagement nichtig, sondern es tritt nur Nichtigkeit der dem Gesetze zuwiderlaufenden Abrede ein (vergl. unsern Exkurs zu § 62). — Auf das Engagement zur vorübergehenden Aushilfe bezieht sich die Vorschrift nur dann, wenn es **mit einer vereinbarten Kündigungsfrist** geschlossen ist. Nicht berührt wird durch unsern Paragraphen der Fall des Engagements zur vorübergehenden Aushilfe auf bestimmte Zeit, und nicht ein solches auf unbestimmte Zeit, aber ohne Kündigungsabrede; in letzterem Falle liegt ein nach § 66 zu beurtheilendes Verhältniß vor (vergl. Anm. 3). Anm. 1.

2. **Nach dem vorliegenden Paragraphen kann bei dem Engagement zur vorübergehenden Aushilfe auch eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart werden als ein Monat** (Anm. 3 zu § 68) und auch eine Kündigung derart, daß das Verhältniß im Laufe des Monats endet. (Selbstverständlich kann auch eine kurze bestimmte Dauer, etwa von 3 Tagen, vereinbart werden; doch hat dies mit dem vorliegenden Paragraphen nichts zu thun, der sich nur mit Engagements auf unbestimmte Zeit beschäftigt; vergl. Anm. 1.) Anm. 2.

3. **Aber die Kündigungsfrist muß für beide Theile gleich sein.** Sonst ist die betreffende Abrede, wie das Wort „muß" und der enge Zusammenhang des § 69 mit § 67 ergiebt, nichtig. Das bedeutet: es greift sonst die gesetzliche Kündigungsfrist des § 66 Platz. Man kann nicht etwa sagen, daß dann Platz greife eine Kündigungsfrist, wie sie der besonderen Natur des hier vorliegenden Verhältnisses entspricht, etwa eine kurze, den Umständen nach angemessene Kündigungsfrist, wie dies den Worten „zu vorübergehender Aushilfe" entspricht (vergl. Anm. 1). Und man kann natürlich auch nicht sagen, daß der ganze Vertrag deswegen nichtig ist (vergl. den Exkurs zu § 62). Anm. 3.

4. **Alles das gilt nicht mehr, wenn das Dienstverhältniß über die Zeit von 3 Monaten hinaus fortgesetzt wird.** Hierfür greifen vielmehr dann die Vorschriften des § 67 wieder Platz. Nicht gesagt ist, daß für das fortgesetzte Verhältniß auch die Vorschriften des § 66 Anwendung finden. Doch ist dies insoweit der Fall, als der § 67 durch die Kündigungsabrede verletzt ist (Näheres hierüber Anm. 8 zu § 67). Anm. 4.

   Dies gilt kraft des vorliegenden Paragraphen nur für den Fall, daß das Engagement von vornherein auf unbestimmte Dauer erfolgt ist. Auf den Fall, daß das Engagement auf bestimmte Dauer erfolgt ist, bezieht sich der vorliegende Paragraph überhaupt nicht. Allein für diesen Fall gilt die Fortsetzung auf unbestimmte Dauer kraft des bürgerlichen Rechts (§ 625 B.G.B.). Indessen ist es natürlich möglich, daß sowohl nach Ablauf der ersten Kündigungsfrist, als nach Ablauf der vereinbarten ersten Vertragsdauer eine bestimmte Dauer des Engagements zur vorübergehenden Aushilfe vereinbart wird. Die hier gegebenen Vorschriften sind überall nur gegen unzulässige Kündigungsfristen gerichtet.

5. **Die Beweislast,** wenn streitig ist, ob lediglich ein Engagement zu vorübergehender Aushilfe oder auf unbestimmte Zeit vorliegt, hat der, der das erstere behauptet (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 33 ffg., besonders Anm. 55). Wird eine gegen § 67 verstoßende Kündigung vereinbart und dann gestritten, ob Engagement zur Probe oder zu vorübergehender Aushilfe vorliegt, so ist das letztere zu beweisen, weil es von der gesetzlichen Norm weit erheblicher abweicht, als das erstere. Das letztere ist eine exzeptionell zugelassene Abrede gegen Anm. 5.

zwingende Gesetzesnormen, das erstere ist zwar auch eine Abrede gegen das Gesetz, aber eine Abrede gegen ein Dispositivgesetz, deren Zulassung nicht eine besondere Exemtion bedeutet. Wer aber die weitergehende Abweichung behauptet, hat sie zu beweisen (vergl. Allgem. Einl. Anm. 56).

§ 70.

Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt für den Dienstvertrag die allgemeine, d. h. für den Prinzipal und den Gehilfen gleichmäßig geltende Bestimmung, daß das Dienstverhältniß aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann.** Der Ausdruck „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" wird sich in der Rechtssprache wohl nicht einbürgern. Dazu ist er zu schwerfällig. Man wird wohl am besten von „sofortiger Kündigung" sprechen. Die gegen den Gehilfen gerichtete sofortige Kündigung heißt in der Geschäftswelt Entlassung. Das Wort Rücktritt wird man hier überall vermeiden müssen, da im Sinne des B.G.B. (§§ 345 ffg.) ein Rücktritt nicht vorliegt. Denn zum Wesen des Rücktritts gehört, daß der ganze Vertrag rückgängig gemacht wird und jeder Theil wiedergeben muß, was er auf Grund des Vertrags empfangen hat, während bei der sofortigen Kündigung nur die Rechte und Pflichten für die Zukunft beseitigt werden.

Die Materie soll nach folgenden Gesichtspunkten erläutert werden:

Es sollen 1. die Erklärung der sofortigen Kündigung, 2. die Gründe der sofortigen Kündigung und 3. die Folgen der sofortigen Kündigung untersucht werden.

Anm. 1. 1. **Die Erklärung der sofortigen Kündigung. Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung** (vergl. Anm. 9 zu § 66). Sie muß von der Partei ausgesprochen werden, das richterliche Urtheil ist nur deklarativ, nicht konstitutiv (vergl. unten Anm. 7). Es kann daher nicht geklagt werden mit dem Antrage, zu erkennen, daß die Partei berechtigt sei, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Die Entlassung, sowie der Austritt können nach unserer Ansicht nicht zu einem späteren Zeitpunkte erfolgen, sondern bloß „per sofort". Es kann z. B. nicht gesagt werden: Vom Ersten nächsten Monats ab sind Sie entlassen, oder: Nach Beendigung der Tour sind Sie entlassen. Daß Entlassung vorliegt, muß der Gehilfe beweisen. Sonst hat er den Dienst willkürlich verlassen und muß die Folge dieses Verhaltens tragen. Wird der Gehilfe entlassen, so kann er unbeschadet seiner vertragsmäßigen Ansprüche gehen, er muß jedoch angesichts des § 295 B.G.B. dem Prinzipal seine Dienste anbieten (sich zur Verfügung stellen, wie man sagt), wenn er seine Ansprüche geltend machen will. Das war früher nicht nothwendig (vergl. 5. Aufl. § 1 zu Art. 62). Der Prinzipal ist nicht verpflichtet, bei der Entlassung die Gründe derselben anzugeben, wie er auch im Prozesse andere Gründe vorbringen kann, als die bei der Entlassung vorgebrachten, weil es überall nicht auf die subjektiven Motive, sondern auf die objektive Sachlage ankommt (R.O.H. 17 S. 220; 21 S. 252; R.G. vom 24. Juni 1885 in Blum's Urtheilen und Annalen Bd. 3 S. 77; R.G. vom 12. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 88: O.L.G. Frankfurt in G.Z. 34 S. 574). Aus demselben Grunde können auch später bekannt gewordene Gründe vorgebracht werden (R.O.H. 21 S. 252; R.G. vom 24. Juni 1885 in Blum's Urtheilen und Annalen Bd. 3 S. 77; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 34 S. 575). Ueber Gründe, die sich später ereignen, s. Anm. 3.

Anm. 2. 2. **Die Gründe der sofortigen Kündigung.** Das Gesetz sagt nur: sie müßten wichtig sein, ein

Kriterium, welches dann vorliegt, wenn nach Lage der Umstände dem einen Theil nicht zuzumuthen ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen. Der wichtige Grund braucht weder vom andern Theil verschuldet zu sein (R.O.H. 21 S. 252), noch überhaupt in der Person des andern Theils zu liegen. Das ergiebt sich aus § 71 Nr. 1. Es kann daher sofort gekündigt werden auch aus solchen wichtigen Gründen, welche sich in der Person des Kündigenden ereignen, z. B. Zerstörung der Handelsniederlassung durch Feuer und dadurch verursachte vollständige Einstellung des Gewerbebetriebes. Ein Rechtssatz, daß der Dienstberechtigte die Gefahr trägt, wenn er von den Diensten keinen Gebrauch machen kann, wie er z. B. in den §§ 1135 und 870 des Sächsischen B.G.B. enthalten war, ist in das B.G.B. nicht übergegangen (vergl. hierüber Reinhard im Sächs. Archiv Bd. 7 S. 33.)

Ein Verschulden aber wird dadurch nicht beseitigt, daß der Prinzipal dem Gehilfen absichtlich die Gelegenheit zur Begehung des Fehlers gegeben hat, um ihn zu erproben (Bolze 16 Nr. 382). Daß der Entlassungsgrund sich gerade vor der Entlassung ereignet haben muß, ist begrifflich nicht nothwendig. Erfährt ihn der Prinzipal erst später, so darf er ihn zur Entlassung benutzen. Doch wird lange zurückliegenden Gründen oft weniger Erheblichkeit beikommen (Bolze 17 Nr. 414). Erfährt der Prinzipal den Entlassungsgrund und setzt das Verhältniß gleichwohl fort, so gilt der Grund insofern als verziehen, als auf ihn allein die Entlassung nicht mehr gestützt werden kann (R.O.H. 19 S. 114; Bolze 16 Nr. 384; R.G. 38 S. 116). Ebenso können Dienstverfehlungen, die vor der ordentlichen Kündigung bekannt waren, später für sich allein nicht als Entlassungsgründe geltend gemacht werden, weil angenommen werden muß, daß sie als Gründe zur vertragsmäßigen Kündigung benutzt und damit absorbirt seien (Bolze 14 Nr. 393; R.G. vom 26. Juni 1897 im Sächsischen Archiv 7 S. 757; L.G. Berlin in G.Z. 42 S. 516). Im Uebrigen aber ist nicht ausgeschlossen, daß beim Eintritt neuer Pflichtverletzungen auf früher bereits verziehene Vorgänge zurückgegriffen wird um das gesammte Verhalten des Gehilfen zu charakterisiren (R.O.H. 17 S. 221; Bolze 13 Nr. 391; 14 Nr. 393; R.G. 38 S. 116), wie auch sonst das Gesammtverhalten einen wichtigen Grund zur Kündigung abgeben kann, wenn auch die einzelnen vorgebrachten Gründe, jeder für sich, nicht ausreichen würden (R.O.H. 19 S. 114). Vergl. O.L.G. Dresden in G.Z. 34 S. 573.

Auch Gründe, die sich nach der Entlassung ereignen, sind geeignet, Anm. 3.
die sofortige Kündigung zu rechtfertigen (R.G. 32 S. 249). War die sofortige Kündigung durch die bisherigen Gründe gerechtfertigt, so bedarf es allerdings keiner Verstärkung der Gründe. Aber die durch die bisherigen Gründe nicht oder nicht genügend gerechtfertigte sofortige Kündigung kann durch nachträgliche Gründe gerechtfertigt werden, doch so, daß die Wirksamkeit der sofortigen Kündigung in solchem Falle erst mit dem Zeitpunkte dieser nachträglichen Thatsache eintritt. Und bei der Würdigung dieser nachträglichen Gründe wird immer zu beachten sein, daß die Parteien sich nicht in normalen Rechtsbeziehungen, sondern in einem Kampfverhältnisse befinden, welches die Pflichten gegenseitiger Rücksicht natürlich mindert, wenn auch nicht ganz aufhebt. Scharfe Worte werden nicht so leicht Ehrverletzungen sein, wie sonst; wenn der Kommis, um das Risiko seines Prozesses und seines Wartens zu vermindern, Geschäfte macht und dadurch formell dem § 60 zuwiderhandelt, so kann der Prinzipal daraus nicht so leicht einen Grund zur sofortigen Kündigung herleiten u. s. w.

Gründe, die sich vor dem Engagement ereignet haben, können als Anm. 4.
Entlassungsgründe nicht geltend gemacht werden (anders wohl auch nicht Bolze 17 Nr. 415). Sie können Rücktrittsgründe aus anderen Gesichtspunkten sein (Irrthum, dolus u. s. w. s. unten Anm. 19).

Ueber später bekannt gewordene Gründe, die vor der Entlassung Anm. 5.
liegen, s. oben Anm. 1.

Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen Anm. 6.
werden: es können Umstände, die es an sich nicht wären, zu wichtigen Gründen erhoben werden, und es kann Umständen, die an sich wichtige Gründe wären, diese Eigenschaft

durch Vertrag genommen werden, beides bis zur Grenze, wo durch solche Vereinbarung die guten Sitten verletzt werden (§ 138 B.G.B.). Cosack (S. 113) will solche Vereinbarungen gar nicht zulassen, weil dadurch der Prinzipal den Gehilfen in ein zu großes Abhängigkeitsverhältniß bringen würde. Allein einmal würden nicht alle entgegenstehenden Vereinbarungen zum Nachtheil des Gehilfen ausschlagen. Aber auch solche sind vom Gesetze nicht schlechthin für unzulässig erklärt. Soweit das Abhängigkeitsverhältniß dadurch in einem Maße gesteigert wird, das sich mit den guten Sitten nicht verträgt, nehmen ja auch wir Ungiltigkeit der Vereinbarung an (aber auch nur der Vereinbarung, nicht des ganzen Dienstvertrags, vergl. Exkurs zu § 62).

Anm. 7. 3. **Die Folgen der sofortigen Kündigung.**

a) **Der Prinzipal kündigt ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist,** er entläßt den Handlungsgehilfen. Die Kündigung, nicht erst das richterliche Urtheil, bringt das Dienstverhältniß zur Aufhebung. Allein diese Wirkung erzeugt die sofortige Kündigung nur dann, wenn sie gerechtfertigt ist (Denkschr. S. 61). War sie nicht gerechtfertigt, so besteht das Dienstverhältniß trotz der sofortigen Kündigung fort. Der Standpunkt des preußischen Rechts, wonach die Rücktrittserklärung auf alle Fälle, sie mochte gerechtfertigt sein oder nicht, das Dienstverhältniß zur Auflösung brachte, ist hiermit verlassen. An seine Stelle ist ein sehr komplizirter Zustand getreten. Denn es ist zwar sehr einfach ausgesprochen, daß die sofortige Kündigung, wenn sie gerechtfertigt ist, das Verhältnis löse. Schwer aber ist im Einzelfalle zu sagen, ob sie gerechtfertigt war. Hierüber sind die Parteien immer verschiedener Ansicht, und erst der Richterspruch entscheidet diese Frage. Bis dahin also weiß kein Theil, ob der Dienstvertrag noch besteht oder nicht. Wird daher der Gehilfe entlassen, so weiß er zunächst nicht, woran er ist. Er selbst hält die sofortige Kündigung des Prinzipals nicht für gerechtfertigt. Aber es kann ja sein, daß der Richter anders entscheidet. Es bleibt ihm also nichts übrig, als seine Dienste dem Prinzipal anzubieten (§ 295 B.G.B.) und denselben auf Gewährung der Vergütung zu verklagen, inzwischen aber sich jeder Kontraktwidrigkeit z. B. der Konkurrenzgeschäfte zu enthalten. So kann es kommen, daß er nach Beendigung des langwierigen Prozesses zu seinem Schaden sieht, daß der Richter doch anderer Ansicht ist und daß er durch sein Warten sich arg geschädigt hat.

Anm. 8. Der entlassene Kommis hat hiernach, um dies zu präzisiren, wenn er die sofortige Kündigung für ungerechtfertigt hält, das Recht, den Prinzipal auf Leistung der Vergütung zu verklagen (nicht auch auf Annahme der Dienste, auf Belassung in seinen Funktionen; vergl. unten Anm. 25), davon ausgehend, daß der Vertrag fortbestehe, da die Kündigung nicht gerechtfertigt sei. Er klagt auf Zahlung des Gehalts und der sonstigen Vergütung (Unterhalt, Dienstwohnung, Tantiemen, Provision). Auch die noch nicht fälligen Raten kann er zum Gegenstande der Klage machen (§§ 258, 259 C.P.O.). Soweit diese Vergütung von seiner Thätigkeit abhängt, z. B. Provisionen für vermittelte Geschäfte, geht der Anspruch auf Leistung desjenigen, was er erhalten haben würde, wenn er thätig gewesen wäre. Es genügt, ist aber auch erforderlich, daß er seine Dienste wörtlich anbietet (§ 295 B.G.B.), sich „zur Verfügung stellt", nachzuleisten braucht er sie nicht; doch muß er sich den Werth desjenigen anrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 615 B.G.B.). In Folge der letzteren Bestimmung hat er zwar keine Verpflichtung, sich nach anderer Stellung umzusehen, aber er darf auch eine sich ihm darbietende Gelegenheit dazu nicht ausschlagen. Eine ihm vom Prinzipal in dessen Geschäft angebotene Gelegenheit muß der Gehilfe sicherlich annehmen, wenn sie seiner bisherigen Stellung entspricht, und wenn darin eine Rücknahme der sofortigen Kündigung liegt, die dem Prinzipal in solchem Falle ja freisteht, da ja auch der Gehilfe sie für ungerechtfertigt erachtet. Liegt darin eine Zurücknahmeerklärung nicht, so kann die Frage, ob der Gehilfe solche Arbeitsgelegenheit bei dem Prinzipal selbst, nachdem Dieser ihn entlassen hat, annehmen muß, allgemein nicht beantwortet werden. Es muß von Fall zu Fall beurtheilt werden, ob

es dem Gehilfen zuzumuthen ist, sich bei seinem bisherigen Prinzipal, nachdem derselbe ihn entlassen hat, zeitweise beschäftigen zu lassen, damit Dieser die Folgen seiner sofortigen Kündigung herabmindere. In der Regel wird in der Entlassung eine solche Degradation des Gehilfen liegen, daß ihm eine solche Art der ausfüllenden Beschäftigung nicht zuzumuthen sein wird. Ueber anderweiten Erwerb s. weiter unten Anm. 15.

Anm. 9. Ueberall handelt es sich um einen Anspruch, der unmittelbar auf Leistung der vertragsmäßigen Vergütung geht, nicht, wie früher im preußischen Recht, um einen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Vertragsaufhebung. Denn wenn die sofortige Kündigung nicht gerechtfertigt ist, so ist der Vertrag ja nicht aufgehoben. Daraus folgt, daß die Lohnbeschlagnahmebeschränkungen diesen Anspruch treffen (O.L.G. Colmar in G.Z. 46 S. 491, vergl. Anm. 34 zu § 59), daß er der kurzen Verjährung der Lohnansprüche unterliegt, daß er das Konkursprivilegium für Lohnansprüche genießt.

Anm. 10. Der entlassende Prinzipal mag, wenn er seine sofortige Kündigung für gerechtfertigt erachtet, Zahlung aller Ansprüche des Gehilfen seit der Kündigung verweigern — bis dahin schuldet er einen entsprechenden Theil der Vergütung, § 628 B.G.B. — indem er excipiendo die Entlassung rechtfertigt, und kann außerdem Schadensersatz vom Gehilfen verlangen, wenn seine Kündigungserklärung durch vertragswidriges Verhalten desselben veranlaßt ist (§ 70 Abs. 2).

Anm. 11. b) **Kündigt der Gehilfe ohne Einhaltung der Kündigungsfrist,** so kann der Prinzipal, wenn er die Kündigung für ungerechtfertigt erachtet, den Gehilfen auf Leistung der Dienste verklagen. Exekution erfolgt nach §§ 887, 888 C.P.O. (Dienstleistung durch Andere auf Kosten des Gehilfen — vergl. Anm. 21 zu § 59 —). Der Prinzipal kann zwar nicht verlangen, daß der Gehilfe seine Dienste nicht einem anderen Prinzipal leistet, und kann daher darauf nicht schlechthin klagen, er kann Erfüllung aller Vertragsverbindlichkeiten und deshalb Einhaltung der Vorschrift des § 60 verlangen und einklagen, und endlich kann er geltend machen Ersatz des Schadens, der ihm durch die vertragswidrige Nichtleistung der Dienste erwächst (§ 70 Abs. 2). Näheres über diesen Schadensersatzanspruch siehe unten Anm. 15.

Anm. 12. Der Prinzipal kann aber auch die in ungerechtfertigter sofortiger Kündigung liegende Dienstverweigerung seinerseits als sofortigen Kündigungsgrund benutzen und die sofortige Kündigung daraufhin seinerseits erklären. Das wird ihm auch anzurathen sein. Denn wenn er das nicht thut, so riskirt er, daß der Gehilfe, wenn er den Prozeß verliert, sich nunmehr als seinen Bediensteten betrachtet und den Dienst fortsetzt. Doch wird der Prinzipal regelmäßig noch in diesem Stadium das Recht haben, die ungerechtfertigte Kündigung des Kommis seinerseits als sofortige Kündigung geltend zu machen, und für die Zwischenzeit wird er gemäß §§ 320, 614 B.G.B. die Zahlung verweigern.

Anm. 13. Der Gehilfe mag, wenn er seine sofortige Kündigung für gerechtfertigt erachtet, die Dienste verweigern, seine Kündigung excipiendo begründen und seinerseits die Vergütung bis zum Zeitpunkte seiner Kündigung fordern (§ 628 B.G.B.), außerdem aber Schadensersatz vom Prinzipal verlangen, wenn durch dessen vertragswidriges Verhalten seine sofortige Kündigung veranlaßt worden ist (§ 70 Abs. 2; über diesen Schadensersatz siehe Näheres unter Anm. 15).

Anm. 14. c) **Der Begriff des vertragswidrigen Verhaltens** bedarf noch der Erläuterung. Nach Abs. 2 unseres Paragraphen kann derjenige Theil, der durch das vertragswidrige Verhalten des anderen Theiles zur sofortigen Kündigung veranlaßt wurde, von dem letzteren Schadensersatz verlangen. Vertragswidrigkeit kann hier nur als schuldhafte Pflichtverletzung ausgelegt werden, nicht objektive Vertragswidrigkeit. Von selbst scheiden die Fälle aus, in welchen die sofortige Kündigung durch Umstände in der Person des Kündigenden veranlaßt wurde, so z. B. wenn der Handlungsgehilfe kündigt, weil er selbst zur Fortsetzung der Dienste unfähig wird (§ 71 Nr. 1), oder wenn der Prinzipal kündigt, weil die Fabrik ihm ohne Entschädigung abbrennt. (Dagegen zählen zu den Fällen vertragswidrigen Verhaltens mit Unrecht Düringer u. Hachenburg den Fall, daß

der Erbe kündigt, weil er das ererbte Geschäft nicht fortsetzen will; auch hier liegt ja überhaupt kein Fall vertragswidrigen Verhaltens des anderen Theiles vor.) Es scheiden aber ferner aus die Fälle von Vertragswidrigkeit, die der andere Theil veranlaßt, doch ohne seine Schuld (so, wenn der Kommis entlassen wird, weil er schwindsüchtig wird; oder wenn der Kommis kündigt, weil der Prinzipal in Konkurs geräth). Es bleiben nur übrig die Fälle schuldhafter Pflichtverletzung des anderen Theiles, und es liegt daher nichts weiter vor, als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß, wer seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt, dem anderen Theil zum Schadensersatz verpflichtet ist (vergl. über diesen Grundsatz unsere Erläuterung zum § 347).

Anm. 15. d) **Insoweit nach Vorstehendem ein Anspruch auf Schadensersatz besteht,** so besteht derselbe beim Gehilfen zunächst in dem, was er in seiner Stellung bis zum Ablauf der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Kündigungsfrist oder Vertragsdauer bezogen hat (§ 249 B.G.B.; R.G. 36 S. 53). Bestanden die Bezüge in Unterhalt, Spesen, Provision und Tantieme, so ist ein entsprechender Geldbetrag zu erstatten. Hatte er vertragsmäßig Vorschüsse zu verlangen, so müssen ihm auch diese gewährt werden. Sodann aber gehört zum Schaden auch der entgangene Gewinn (§ 252 B.G.B.). Der Schadensersatzklage kann der Prinzipal den Einwand entgegensetzen, daß der Gehilfe keinen Schaden gehabt hat, indem er seine Kräfte anderweit verwendet hat (R.G. 38 S. 119; vergl. § 615 B.G.B.). Diesen Einwand hat der Prinzipal zu substanziiren und zu beweisen (R.G. 38 S. 119), was aber nicht durch den aufs Geratewohl zugeschobenen Eid geschieht, daß der Gehilfe anderweit soundsoviel verdient hat (vergl. Bolze 4 Nr. 1320 Nr. 5; 8 Nr. 912). Der anderweite Erwerb braucht nicht auf einem Dienstverhältnisse zu beruhen, es muß nur ein Erwerb sein, der durch Verwendung seiner Arbeitskraft erzielt ist, wie er sie sonst dem Prinzipal zu widmen gehabt hätte (R.O.H. 2 S. 287; Bolze 12 Nr. 402). Auch daß der Kommis sich inzwischen etablirt hat, genügt allein nicht zur Begründung des Einwandes, da es ja sein kann, daß er hierbei Mißerfolge gehabt hat (anders anscheinend Bolze 12 Nr. 402). Ferner aber ist der Einwand erheblich, daß der Gehilfe eine ihm dargebotene passende Gelegenheit zur anderweiten Verwendung seiner Dienste ausgeschlagen hat. Das geht aus § 254 B.G.B. und § 615 B.G.B. hervor, wonach es als ein konkurrirendes Versehen betrachtet wird, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Hier ist von Fall zu Fall zu prüfen, inwieweit dem Beschädigten ein Verschulden an der Entstehung des Schadens beizumessen ist, und danach richtet es sich, welche Wirkung dies auf den Umfang des zu ersetzenden Schadens ausübt, unter Umständen kann dadurch die Schadensersatzpflicht ganz beseitigt werden. Hier, wo es sich um Schadensersatz handelt, wo das Dienstverhältniß also nicht mehr besteht, wird davon auszugehen sein (vergl. oben Anm. 8), daß der Gehilfe bemüht sein muß, sich anderweit einen Dienst zu verschaffen. Inwieweit er hierbei als verpflichtet erachtet werden muß, auch eine ihm von seinem Prinzipal angebotene Arbeitsgelegenheit anzunehmen, darüber s. oben Anm. 8.

Anm. 16. Die Schadensersatzforderung des Gehilfen unterliegt den gesetzlichen Lohnbeschlagnahmebeschränkungen (Anm. 34 zu § 59); auch der Verjährung des § 196 Nr. 8; auch dem Konkursprivileg des § 61 Nr. 1 K.O.). Sie kann auch im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden (Kammergericht in der Deutschen Juristenzeitung 1896 S. 202). Ist noch keine Leistung fällig, so hat die Klage allgemein auf Schadensersatz zu lauten. Auf Zahlung der künftigen Gehaltsraten kann nicht geklagt werden, die §§ 258 u. 259 C.P.O. sind nicht anwendbar, weil nicht feststeht, daß der entstehende Schaden gerade diese Höhe haben werde. Ist eine Rate fällig, so kann diese Rate eingeklagt und im Laufe des Prozesses die Inzidentfeststellungsklage auf Schadensersatz gemäß § 280 C.P.O. erhoben werden. In jedem Falle kann wegen der im Laufe des Prozesses fällig werdenden Raten der Feststellungsantrag in den Leistungsantrag umgewandelt werden (vergl. R.G. 23 S. 421).

Anm. 17. Dem Prinzipal ist der Schaden zu ersetzen, den er in Folge des Verlustes der Arbeitskraft des Handlungsgehilfen erlitten hat (Inserate, höheres Gehalt für einen Ersatzmann.)

e) **Ueber das Retentionsrecht des Gehilfen bei Auflösung des Verhältnisses** s. Anm. 32 zu § 59.

Zus. 1. Sonstige Aufhebungsgründe des Dienstvertrages. Abgesehen von dem sofortigen Kündigungsrechte des § 70 kann der Dienstvertrag noch durch andere Gründe enden. Anm. 18.

1. **Der Vertrag kann unter einer auflösenden Bestimmung geschlossen sein.** Dies ist zulässig (vergl. Anm. 1 zu § 67).
2. **Der Vertrag kann wegen Irrthums oder Betrugs angefochten werden.** Diese Anfechtung ist wohl zu unterscheiden von der sofortigen Kündigung, sie beruht auf einem Mangel in der Eingehung des Rechtsgeschäfts, die sofortige Kündigung hat einen giltigen Vertrag zum Gegenstande und stützt sich auf Ereignisse während der Dauer desselben. Als solche Anfechtungsgründe kommen nach dem B.G.B. Irrthum, Betrug und Zwang in Betracht, doch sind nur die beiden ersten Anfechtungsgründe praktisch. Beim Irrthum handelt es sich meist um Eigenschaften der Person. Diese begründen eine Anfechtung wegen Irrthums nur dann, wenn sie im Verkehr als wesentlich erachtet werden (§ 119 Abs. 2 B.G.B.). Das wird besonders der Fall sein, wenn sich herausstellt, daß der Gehilfe nicht unbescholten ist, daß er wegen ehrenrührigen Vergehens, wegen Veruntreuung u. s. w. bestraft ist (R.G. 7 S. 77), unter Umständen auch, wenn sich herausstellt, daß er in zerrütteten Vermögensverhältnissen lebt (R.G. 12 S. 102), aber auch, daß er in früherer Stellung untreu gewesen ist und aus Schonung nicht bestraft wurde. Auch der Irrthum über Fähigkeiten des Gehilfen, wie sie zur Ausfüllung der Stellung erforderlich sind, kann geltend gemacht werden, doch nur dann, wenn dem Gehilfen die erforderlichen Fähigkeiten absolut mangeln, nicht schon dann, wenn er in der Bethätigung derselben nur geringe Fertigkeit hat. So ist es z. B. wesentlich, wenn ein Korrespondent nicht orthographisch schreiben, wenn ein Buchhalter nicht mehr als die vier Spezies rechnen kann oder die Buchführung nicht versteht (Bolze 1 Nr. 997). Anm. 19.

   Die Anfechtung wegen Irrthums hat zur Folge, daß der Vertrag als von Anfang an nichtig erscheint (§ 142 Abs. 1 B.G.B.). Für die bisher geleisteten Dienste ist der Werth zu vergüten (§§ 346, 818 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 20.

   Die Anfechtung wegen Täuschung wird mit der wegen Irrthums meist zusammenfallen. Nur ist hier jeder Irrthum maßgebend, der in dem Betreffenden absichtlich erregt worden und dadurch die Vertragsschließung veranlaßt hat, es braucht kein wesentlicher Irrthum im Sinne des § 119 B.G.B. zu sein. Der Betrug kommt meistens zur Sprache, wenn der Gehilfe den Prinzipal zum Engagement bestimmt durch Vorspiegelung früherer ähnlicher Stellungen und großer Erfolge.
3. **Ob der Tod des Handlungsgehilfen und der Tod des Prinzipals** Endigungsgründe sind, darüber s. Anm. 13 zu § 66. Anm. 21.
4. **Einfluß der Geschäftsveräußerung auf den Dienstvertrag.** Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 613 B.G.B.), und wenn sich der Leistungsinhalt durch die Abtretung verändert, ist die Uebertragung überhaupt unwirksam (§ 399 B.G.B.). Bei Handlungsgehilfenverträgen wird man hiernach annehmen müssen, daß der Gehilfe im Zweifel sich nicht an den Geschäftserwerber wegen seiner Dienste weisen zu lassen braucht, es sei denn, daß sich hierdurch weder der Leistungsinhalt ändert, noch, daß sonstige stichhaltige Gründe gegen die Dienstleistung an den Geschäftserwerber vorliegen. Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere R.O.H. 18 S. 370. Zu demselben Ergebnisse kommt man übrigens auch dann, wenn man dem Gehilfen im Falle der Geschäftsveräußerung das Recht giebt, die Dienste trotz der Geschäftsveräußerung dem bisherigen Prinzipal anzubieten, und wenn dieser die Annahme ablehnt, die vertragsmäßige Vergütung zu verlangen, wie wenn die Dienste geleistet wären. Denn auch von diesem Gesichtspunkte muß der Gehilfe sich den Werth desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweite Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 615 B.G.B.). Es liegt aber eine böswillige Unterlassung der Verwendung seiner Dienste vor, wenn ihm der Geschäftserwerber, gegen dessen Geschäft und Person Einwendungen nicht bestehen, die Verwendung in seinem Geschäfte anbietet, und der Gehilfe sich dessen weigert. Bestehen aber stichhaltige Einwendungen gegen das Geschäft oder die Person des Geschäftserwerbers, so braucht er Anm. 22.

Diesem die Dienste nicht zu leisten und es besteht der Anspruch auf die Gegenleistung gegen den Geschäftsveräußerer (§ 615 B.G.B.).

Spielt sich die Sache so ab, daß der Geschäftserwerber und der Gehilfe das Verhältniß fortsetzen, so haftet gleichwohl der Geschäftsveräußerer (R.G. 36 S. 50; vergl. Anm. 1 zu § 26). Ob auch der Geschäftserwerber haftet, richtet sich danach, ob einer der im § 25 behandelten Fälle der Passivenübernahme vorliegt. Ist dies der Fall, so haftet neben ihm jedenfalls der Geschäftsveräußerer (R.G. 36 S. 50), bis er nach § 26 oder aus sonstigen Gründen von der Mithaftung frei wird (Anm. 1 zu § 26).

Anm. 23. 5. **Konkurs des Prinzipals.** Derselbe giebt beiden Theilen ein Kündigungsrecht, bei welchem in keinem Falle eine längere als die gesetzliche Kündigung einzuhalten ist (§ 22 K.O.). Kündigt der Verwalter, so hat der Gehilfe Anspruch auf Schadensersatz (§ 22 Abs. 2 K.O.). Wird ihm nicht gekündigt und kündigt auch der Gehilfe nicht, so ist sein Anspruch Masseanspruch (§ 59 Nr. 2 K.O.). Außerdem aber wird man ihm wegen des Konkurses des Prinzipals meist auch ein sofortiges Kündigungsrecht geben müssen. Indessen hat er in diesem Falle keinen Anspruch auf Schadensersatz. Denn man kann nicht sagen, daß der Konkurs ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals ist (§ 70 Abs. 2 H.G.B., vergl. übrigens Anm. 6 zu § 71). Gehört zum Inhalt des Engagementsvertrags der Auftrag zu Geschäftsbesorgungen, so erlischt dieser Auftrag mit der Eröffnung des Konkurses (§ 23 K.O.), worin aber nicht mit Cosack, Bürgerliches Recht I S. 515, und Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 154, eo ipso ein Erlöschen des ganzen Dienstverhältnisses anzunehmen ist. Vielmehr kann nunmehr der Verwalter dem Dienstverpflichteten neue Aufträge dieser Art ertheilen, so lange das Dienstverhältniß noch dauert. (So wohl auch Düringer u. Hachenburg I S. 223.)

Anm. 24. 6. **Auch das allgemeine, im B.G.B. gegebene Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Verträgen** ist hier nicht aufgehoben. Die Absicht des Gesetzes geht nicht etwa dahin, durch den § 70 die allgemeinen Verzugsvorschriften bei zweiseitigen Verträgen hier außer Anwendung zu setzen (so auch Düringer u. Hachenburg I S. 193 u. 221, anders Cosack, Bürgerliches Recht I S. 508). Vielmehr bestehen dieselben daneben fort, werden aber hier wohl kaum praktische Bedeutung erlangen, da die §§ 70—72 den fraglichen Bedürfnissen vollauf Genüge leisten. Nach § 326 B.G.B. muß der Prinzipal dem Gehilfen, der mit Leistung seiner Dienste im Verzuge ist, eine Frist setzen, innerhalb deren dieser die Dienste zu leisten hat, und nach Ablauf derselben kann er vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. § 72 Abs. 2 giebt ihm aber das Recht der sofortigen Kündigung bei unbefugter Verlassung des Dienstes oder bei beharrlicher Weigerung. Das führt den Prinzipal schneller und einfacher zum Ziele. Das Ziel aber wird das gleiche sein. Denn auch nach § 72 Abs. 2 kann er bei vertragswidrigem Verhalten Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlangen. Erfüllt der Prinzipal seine Verpflichtungen nicht, so giebt dem Gehilfen § 71 Abs. 2 genügenden Schutz, er braucht auf § 326 B.G.B. nicht zurückzugehen, der insofern ihn vielleicht ungünstiger stellen könnte, als hier schuldhafte Nichterfüllung vorausgesetzt wird.

Anm. 25. **Zus. 2. Verschieden von der Entlassung des Handlungsgehilfen ist der Verzicht auf seine Dienste.** Erklärt der Prinzipal diesen Verzicht, so kann der Handlungsgehilfe gleichwohl die Gegenleistung verlangen. Unter Umständen wird aber der Verzicht auf die Dienste und die Weigerung, die Dienste entgegenzunehmen, dem Gehilfen das Recht geben, stets ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen. So z. B. wenn der Gehilfe darauf Werth legt, zum Zwecke der Ausbildung seiner Fähigkeiten sich in dem Geschäfte zu bethätigen. Oft wird auch in der dauernden Unthätigkeit eine so erhebliche Beeinträchtigung seiner sozialen Stellung liegen, daß er daraufhin sofort kündigen kann. Soll der Prinzipal gleichzeitig auf Schadensersatz belangt werden können, so muß darüber hinaus auch noch die Sache so liegen, daß der Prinzipal zur Gewährung der Beschäftigung verpflichtet war. Denn nur dann liegt in der Entziehung der Beschäftigung ein vertragswidriges Verhalten nach § 70 Abs. 2. Im Allgemeinen hat der Prinzipal keine Pflicht, dem Handlungsgehilfen Arbeit zu gewähren (§ 611 B.G.B.). Eine Klage auf Gewährung der vereinbarten Beschäftigung, auf Belassung in seiner bisherigen Funktion

hat der Gehilfe überhaupt nicht, außer wenn ein solcher Anspruch deutlich stipulirt war. (Vergl. Anm. 22 zu § 59). Anm. 26.

Zus. 3. Uebergangsfrage. Da bis zum 1. Januar 1900 subsidiär noch die Bestimmungen des früheren Civilrechts Anwendung finden, so gilt bis zu diesem Tage auch für die Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen in Preußen noch das freie Rücktrittsrecht des Preußischen Landrechts, im gemeinen Recht löst erst das richterliche Urtheil, nicht schon der Rücktritt, auch wenn er gerechtfertigt war, das Verhältniß. Dabei bleibt es für die am 1. Januar 1900 bestehenden Dienstverhältnisse so lange, bis sich das Verhältniß in Folge Unterbleibens einer nach früherem Recht zulässigen Kündigung fortsetzt (Im übrigen vergl. erste Vorbem. zu § 59).

§ 71.

Als ein wichtiger Grund, der den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird;
2. wenn der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt;
3. wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert;
4. wenn sich der Prinzipal Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumuthungen gegen den Handlungsgehülfen zu Schulden kommen läßt oder es verweigert, den Handlungsgehülfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

Der vorliegende Paragraph giebt einige Beispiele von wichtigen Gründen zur sofortigen Kündigung für den Handlungsgehilfen.

1. **Die Bedeutung dieser Beispiele** besteht darin, daß sie dem Richter einen Anhaltspunkt für sein Ermessen geben sollen, keineswegs sollen sie ihm eine Schranke sein. Sie sind vielmehr weder erschöpfend, noch zwingend (hierüber Anm. 1 zu § 72). Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen werden (vergl. Anm. 6 zu § 70). Weiteres über den Begriff „wichtiger Grund" Anm. 2—5 zu § 70. Anm. 1.
2. **Die Beispiele sind:** Anm. 2.

Nr. 1. **Unfähigkeit des Handlungsgehilfen zur Fortsetzung der Dienste.** Das wird insbesondere der Fall sein, wenn der Gehilfe krank wird, z. B. wenn Jemand auf ärztliche Anordnung nicht mehr reisen darf. Ob der Gehilfe durch eigene Schuld oder durch Zufall unfähig wird, ist gleichgiltig, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht.

Nr. 2. **Nichtgewährung von Gehalt und gebührendem Unterhalt.** Darunter wird man aber nur eine wirkliche Verweigerung verstehen können, nicht jede Nichtgewährung, die etwa auf bloßer Vergeßlichkeit oder auf augenblicklicher Verlegenheit z. B. wegen Ausbleibens einer erwarteten Geldsendung, Verlegung des Kassenschlüssels, beruht, die Verweigerung aber ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden des Prinzipals, sodaß eine unrichtige Auffassung über die Verpflichtung zur Gehaltszahlung oder Zahlungsunvermögen nicht entschuldigt. Auch das nicht vollständige Gewähren ist Nichtgewähren. Aber verhältnißmäßig kleine Abzüge z. B. 10 Mark von 200 Mark sind unbeachtlich (Horrwitz S. 116). Anm. 3.

Nr. 3. **Verweigerung der Schutzverpflichtungen nach § 62.** Eine beharrliche Verweigerung ist nicht erforderlich, andererseits ist die Verweigerung von Kleinigkeiten nicht ausreichend. Die Verweigerung setzt regelmäßig eine Aufforderung Seitens der Gehilfen voraus (Horrwitz S. 116), aber nicht nothwendig: unterläßt der Prinzipal wissentlich Anm. 4.

die Beseitigung schreiender Mißstände, so wird er sich nicht damit entschuldigen können, daß der Handlungsgehilfe ihn dazu nicht aufgefordert hat (Düringer u. Hachenburg I S. 228).

Anm. 5 **Nr. 4. Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen, unsittliche Zumuthungen, verweigerter Schutz gegen derartige Handlungen.** Die Thätlichkeit braucht nicht schwerer Natur zu sein, jede körperliche Züchtigung ist dem Prinzipal untersagt. Immerhin können die Umstände des Falles aus besonderen Gründen auch eine Thätlichkeit entschuldigen, so z. B. wenn der Gehilfe frech und herausfordernd gewesen ist und den Prinzipal erheblich gereizt hat. Wohl aber muß die Ehrverletzung in der Regel eine erhebliche sein, um berücksichtigt zu werden. Nicht alles, was nach den §§ 185 flg. Str.G.B. als Beleidigung aufzufassen ist, ist eine erhebliche Ehrverletzung im Sinne unseres Paragraphen. Tadelnde Bemerkungen, selbst harte Redensarten, selbst ungeeignete, unanständige Worte fallen nicht darunter, wenn sie nicht wirklich die Ehre des Gehilfen in erheblicher Weise verletzen. So ist z. B. die in einem Prozesse zur Sprache gekommene Redensart: „halten Sie die Schnauze!" wohl unangemessen, aber nicht nothwendig eine erhebliche Ehrverletzung; doch kann in der öfteren Wiederholung solcher Redensarten, unter besonderen Umständen auch in dem einmaligen Gebrauche derselben eine so erhebliche Geringschätzung des Gehilfen erblickt werden, daß hiermit das Kriterium erfüllt werden kann. — Die Verweigerung des Schutzes gegen unsittliche Zumuthungen setzt in der Regel eine Aufforderung zur Gewährung des Schutzes voraus, aber nicht nothwendig (vergl. oben Anm. 4). Weibliche Handlungsgehilfen werden oft aus Schamgefühl die Bitte um Schutz unterlassen, zumal wenn sie sahen, daß der Prinzipal derartige Ungehörigkeiten bemerkt hat.

Anm. 6. **3. Andere Beispiele sind:** Analog obiger Nr. 1 wird man dem Handlungsgehilfen das Recht zur sofortigen Kündigung geben müssen, wenn er zu Hause unentbehrlich ist, z. B. den kranken Vater in der Landwirthschaft vertreten oder für die kranke Mutter das Geschäft führen muß; ferner: Konkurseröffnung über das Vermögen des Prinzipals ist unter Umständen ein Aufhebungsgrund für den Gehilfen (R.O.H. 19 S. 393; vergl. Anm. 23 zu § 70); daneben besteht das im § 22 der K.O. vorgesehene Lösungsrecht; Zumuthung strafbarer oder unsittlicher Handlungsweise; ungerechtfertigte Prokuraentziehung (O.L.G. Braunschweig in G.Z. 37 S. 535), wobei aber zu bemerken ist, daß Prokuraentziehung nach erfolgter Kündigung regelmäßig kein sofortiger Kündigungsgrund sein wird (O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 485). Ueber Tod des Prinzipals und Geschäftsveräußerung s. Anm. 21 und 22 zu § 70.

Anm. 7. **Uebergangsfrage.** Hier gilt entsprechend das in Anm. 26 zu § 70 Gesagte.

§ 72.

Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurtheilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:

1. wenn der Handlungsgehülfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt;
2. wenn er seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen;
3. wenn er durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von acht Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;

4. wenn er sich Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zu Schulden kommen läßt.

Erfolgt die Kündigung, weil der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück längere Zeit an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, so wird dadurch der im § 63 bezeichnete Anspruch des Gehülfen nicht berührt.

Der Paragraph giebt Beispiele von Entlassungsgründen.

1. **Die Bedeutung der Beispiele** liegt darin, daß sie Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen sein sollen. Sie sind aber nicht erschöpfend (R.O.H. 4 S. 398; 6 S. 214; 10 S. 185). Das Gericht kann auch andere Gründe für wichtig erachten, unter Umständen auch solche, die den Thatbestand einer der Beispiele des vorliegenden Paragraphen theilweise darstellen; so kann z. B. eine geringe Ehrverletzung (Nr. 4) oder eine 6wöchentliche Militärübung (Nr. 3) oder eine nicht beharrliche Weigerung (Nr. 2) unter Umständen ein Entlassungsgrund sein. Die Beispiele des vorliegenden Paragraphen sind aber auch nicht zwingend. Es kann der Richter nach seinem Ermessen auch beim Vorliegen einer der hier aufgezählten Thatbestände aus besonderen Gründen (allerdings auch nur beim Vorliegen solcher) von der Aufhebung des Verhältnisses absehen, so z. B. wenn die Veruntreuung gar zu geringfügig ist, sich etwa auf eine Cigarre oder ein paar Schuhsenkel erstreckt, oder wenn der Handlungsgehilfe zu der Ehrverletzung arg provocirt wurde, oder sofort um Entschuldigung gebeten hat. Die arge Provokation durch den Prinzipal insbesondere kann sehr wohl geeignet sein, das Verhalten des jungen Mannes zu rechtfertigen. Man darf nicht sagen, er müsse sich Genugthuung für die ihm angethane Beleidigung von dem Strafrichter holen, dürfe aber keineswegs beleidigend erwidern (Bolze 13 Nr. 393; vergl. auch Bolze 17 Nr. 417). — Auch durch Vertrag kann über die Wichtigkeit der Gründe Bestimmung getroffen werden (vergl. Anm. 6 zu § 70). Weiteres über den Begriff der „wichtigen Gründe" Anm. 2—5 zu § 70. Anm. 1.

Nr. 1. **Untreue, Vertrauensmißbrauch oder Uebertretung des Konkurrenzverbots.** Untreue nach Handelsrecht ist nicht etwa gleichbedeutend mit der Untreue nach dem Strafgesetzbuch. (Zust. O.L.G. Kassel in G.Z. 42 S. 517.) Die hier gemeinte braucht weder strafbar zu sein, noch den Prinzipal zu schädigen (Bolze 13 Nr. 391); die Erschütterung des Vertrauens ist das Wesentliche. Der Vertrauensmißbrauch kann auch in nicht dolosen Handlungen bestehen, so z. B. wenn der Prinzipal dem Kommis das generelle Nachmessen eines Waarenpostens anvertraut und dieser die Nachmessung einem ungewandten oder unzuverlässigen Unterbeamten überläßt. Unter die vorliegende Rubrik fallen: fälschliches Vorgeben von Krankheit bei Dienstversäumniß (Handelsgericht Stuttgart in G.Z. 21 S. 564); Berechnung von Spesen, die nicht verbraucht sind (Bolze 6 Nr. 515) oder von Reisetagen, die nicht zu Handlungsreisen verwendet worden sind (O.A.G. Lübeck in Busch Archiv S. 5); Tilgung von Privatschulden an Dritte durch Aufrechnung von Forderungen des Prinzipals (Bolze 13 Nr. 391); Weigerung des Reisenden, die vereinnahmten Gelder herauszugeben, weil er sie auf das künftige Salair verrechne (G.Z. 8 S. 164); unbefugtes Eröffnen von Briefen (H.A.G. Nürnberg in Busch Archiv 21 S. 349); Verrath von Geschäftsgeheimnissen (R.O.H. 19 S. 115; G.Z. 8 S. 169; vergl. Anm. 28 flg. zu § 59); Ertheilung von Rath an einen Konkurrenten des Prinzipals behufs Herstellung der Konkurrenzwaaren (Bolze 6 Nr. 517); Verbreitung ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse des Prinzipals, selbst wenn sie wahr sind (O.L.G. Kassel in G.Z. 42 S. 517), nicht jedoch schon die Anfertigung von Notizen über Einkaufspreise, Adressen oder sonstige Geschäftsvorgänge zum Privatgebrauch, es sei denn, daß ein ausdrückliches Verbot ergangen wäre (L.G. Frankfurt in G.Z. 34 S 574; anders R.G. vom 30. Oktober 1896 im J.W. S. 700), ohne dieses Verbot aber auch dann nicht, wenn der Gehilfe beim Suchen einer neuen Stellung dem künftigen Prinzipal verspricht, ihm diese Notizen nach Antritt des neuen Dienstes zugänglich zu machen (zu weit gehend Busch Archiv 16 S. 158); wohl aber ist das Entlassungsgrund, Anm. 2.

wenn ihm die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts verboten war und er sich zum Zwecke solcher Gründung Notizen macht (R.G. in G.Z. 46 S. 492); Einsendung fingirter oder zweifelhafter Bestellungen durch Reisende (R.O.H. 21 S. 393); auch schon begründeter Verdacht der Unredlichkeit bei objektiver Pflichtwidrigkeit hat der Praxis genügt (R.O.H. 4 S. 398; O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 491), jedoch wohl mit Unrecht; Verdacht ist kein Beweis und kann wohl Motiv zur Kündigung, aber nicht Grund zur Entlassung sein. — Uebertretung des Konkurrenzverbots von § 60, geringfügige Uebertretung dieses Verbots ist jedoch kein Entlassungsgrund (R.O.H. 19 S. 115).

Anm. 3. Nr. 2. **Dienstverweigerung und Dienstversäumniß.**

a) **Dienstverweigerung.** Nicht jeder geringfügige Widerspruch gegen einen ertheilten Dienstbefehl genügt als Weigerung, die Weigerung muß beharrlich sein. Ein baldiges Aufgeben der Weigerung ist geeignet, dem Widerspruch die zur Vertragsaufhebung führende Spitze abzubrechen.

Anm. 4. b) **Dienstversäumniß.** Sie muß erheblich und unbefugt sein.

α) **Erheblich.** Unter Umständen kann schon eine eintägige Unterbrechung genügen (H.A.G. München in Busch Archiv 30 S. 160), unter Umständen auch schon eine mehrstündige, z. B. bei Fabriken, die eine Unterbrechung in der Leitung ohne erheblichen Schaden nicht vertragen, oder während lebhafter Geschäftszeit z. B. an dem goldenen Sonntag vor Weihnachten. Im Zuspätkommen, welches in Gehaltsprozessen eine große Rolle spielt, sieht die Praxis einen Entlassungsgrund nur dann, wenn der Gehilfe wiederholt zu spät kommt, obgleich ihm für den Fall der Wiederholung die Entlassung angedroht wurde. Bloße Unpünktlichkeit ist im Allgemeinen kein Entlassungsgrund (vergl. Bolze 15 Nr. 277).

Anm. 5. β) **Unbefugt.** Das bedeutet, wie es früher im Art. 64 Nr. 3 hieß, ohne rechtmäßigen Hinderungsgrund. Rechtmäßig ist zunächst dasjenige Hinderniß, welches dem Gehilfen ein positives Recht giebt, den Dienst zu versäumen, so insbesondere, wenn dies nach der Kündigung zum Zwecke der Aufsuchung eines neuen Dienstes erfolgt (vergl. Anm. 12 zu § 66). Aus dem Geiste des Gesetzes ist aber zu entnehmen, daß als rechtmäßig auch dasjenige Hinderniß zu betrachten ist, das in Erfüllung höherer Pflichten seinen Grund hat. Der Handlungsgehilfe ist in solchen Fällen durch eine Art Nothstand entschuldigt. Diese höheren Pflichten können verschiedener Art sein. Obenan steht die Pflicht um das Wohl und Wehe der eigenen Person. Es entschuldigt daher Krankheit, wenn sie so erheblich ist, daß der Gehilfe seine Dienste nicht zu leisten vermag. Dabei muß auch der Gehilfe das Seinige thun, um zu genesen und darf nicht umgekehrt durch seine Lebensweise den Heilungsprozeß aufhalten (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1890 S. 6). Daß er aber auf der Straße gesehen wurde, ist noch kein Beweis, daß er gegen diese Pflicht gefehlt hat. Das Gleiche gilt vom Besuchen öffentlicher Lokale, da es Leiden giebt, welche die Arbeitsfähigkeit ausschließen, sehr wohl aber den Besuch öffentlicher Lokale gestatten (Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1894 S. 26). Der Gehilfe ist ferner entschuldigt, wenn dringende Sorge um das Wohl seiner Angehörigen ihn abgehalten hat. Nach den Thatumständen ist zu beurtheilen, ob es sich um so nahe Angehörige und um eine so schwere Krankheit und um ein so dringendes Bedürfniß seiner Anwesenheit handelte, daß das Ausbleiben für gerechtfertigt erachtet werden kann. Auch religiöse Pflichten können einen rechtmäßigen Hinderungsgrund abgeben, so z. B. wenn der jüdische Handlungsgehilfe an hohen Festtagen ausbleibt. Angesichts des § 62 Abs. 2, obwohl derselbe nur von dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehilfen handelt, kann dies nicht zweifelhaft sein. Ueberall werden hierbei die Anschauungen des Ortes, auch die des Gehilfen in Betracht zu ziehen und wird ferner nicht aus den Augen zu lassen sein,

daß eine große Anzahl Menschen sich zwar nicht an alle Satzungen der Religion hält, aber dennoch an den hohen Festtagen das Bedürfniß fühlt, den Gottesdienst zu besuchen. (Diese letztere Erfahrung läßt das Urtheil des Landgerichts I Berlin bei Perl u. Wreschner 1890 S. 36 außer Betracht.) Auch die Bethätigung politischer Pflichten (Wahl zum Reichstage) bildet einen rechtmäßigen Hinderungsgrund; desgleichen die Bethätigung der allgemeinen Zeugenpflicht. Dagegen ist ein Wegbleiben zum Zwecke der Theilnahme an Vereinsfestlichkeiten, Stiftungsfesten, Ausflügen, auch an Familienfesten, auch an patriotischen Feiern nicht als befugt anzusehen. Ausnahmen können auch hier Platz greifen (z. B. die eigene Hochzeit).

γ) **Zu beweisen** hat der Prinzipal nicht bloß das Fortbleiben, sondern auch den Mangel des rechtmäßigen Hinderungsgrundes, also insbesondere, daß der Gehilfe nicht krank war (R.O.H. 7 S. 262; anders Horrwitz S. 110); selbstverständlich nur, soweit es sich um die Rechtfertigung der Entlassung, der Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt. Soweit es sich um den Lohn für die Zeit der Dienstversäumniß selbst handelt, hat der Gehilfe darzulegen, wieso er trotz Nichtleistung der Dienste den Vertrag nicht verletzt habe. Aber auch soweit es sich um die Gehaltsverweigerung für die Zukunft handelt, hilft die freie Ueberzeugungstheorie dem Prinzipal insofern, als aus der Weigerung des Gehilfen, nähere Angaben über seine Krankheit zu machen, genügende Schlüsse gegen den Gehilfen gezogen werden können. Im Allgemeinen und abgesehen von besonderen Umständen wird man den Gehilfen für verpflichtet halten müssen, sich von dem durch den Prinzipal benannten Arzte untersuchen zu lassen. Die Verneinung dieser Pflicht (vergl. z. B. Horrwitz S. 110) entspricht nicht dem Verhältnisse zwischen Gehilfen und Prinzipal. Anm. 6.

δ) Hat übrigens der Gehilfe sein Ausbleiben nicht rechtzeitig entschuldigt, so ist schon dies ein Entlassungsgrund (H.A.G. Nürnberg in Busch Archiv 21 S. 351), es sei denn, daß der Hinderungsgrund so beschaffen war, daß der Gehilfe auch behindert war, sich zu entschuldigen. Auch hier hat der Prinzipal zu beweisen, daß der Gehilfe sich nicht entschuldigt hat; denn darin liegt die die Entlassung rechtfertigende Respektlosigkeit. Anm. 7.

Nr. 3. Anhaltende Krankheit, längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder mehr als achtwöchentliche militärische Dienstleistung. Anhaltende Krankheit ist diejenige, deren Ende sich nicht absehen läßt oder welche voraussichtlich erheblich lange dauern wird. Eine Krankheit, die nur 6 Wochen dauert, wird man Angesichts des § 63 nicht als anhaltende ansehen können (anders Horrwitz S. 112). Für die Entscheidung dieser Frage kommt es übrigens auf diejenige Situation an, wie sie sich zu der Zeit gestaltet, wo die Entlassung ausgesprochen wird bezw. ausgesprochen werden soll. Ist in diesem Augenblick die Krankheit als eine in absehbarer, verhältnißmäßig kurzer Zeit endende anzusehen, so ist sie keine anhaltende Krankheit, mag sie auch bis zu jenem Zeitpunkte bereits erheblich lange gedauert haben. — Bloße Kränklichkeit, d. h. ein anhaltend leidender Zustand, der öfters mit Unterbrechungen, aber immer nur auf kurze Zeit an der Dienstverrichtung verhindert, ist jetzt nicht mehr hervorgehoben. Unter Umständen kann auch dies Entlassungsgrund sein. Krankheit, die nicht anhaltend ist, ist ebenfalls nicht hervorgehoben, kann aber ebenfalls Entlassungsgrund sein, wenn ein besonderer Grund hinzutritt, z. B. wenn sie ekelerregend ist (Obertribunal Berlin in G.Z. 14 S. 538). Geschlechtliche Krankheit ist an und für sich kein Entlassungsgrund. Sie ist zwar verschuldet im Sinne des § 63, aber darum noch kein Entlassungsgrund im Sinne des § 72, selbst nicht nothwendig bei der Handlungsgehilfin (vergl. Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1894 S. 26). Anm. 8.

Freiheitsstrafen können, auch wenn sie kurz sind, nach Lage des Falles Entlassungsgrund sein, z. B. wenn sie wegen einer unehrenhaften Handlung erfolgt sind, nicht z. B. wenn ihr Grund eine fahrlässige Körperverletzung ist (vgl. Anm. 1).

Die Hervorhebung der mehr als achtwöchentlichen militärischen Uebung ist eine Neuerung und entscheidet eine bisherige Streitfrage.

Soweit diese Entlassungsgründe unter den Begriff **des unverschuldeten Unglücks fallen** (vergl. hierüber zu § 63), so wird durch die Entlassung der im § 63 bezeichnete Anspruch auf die Vergütung für 6 Wochen nicht berührt. Damit ist aber, ebensowenig wie im § 63 (vergl. Anm. 4 daselbst) gesagt, daß der Handlungsgehilfe unter allen Umständen seine Vergütung für die Dauer von 6 Wochen erhalten muß. Vielmehr kann der Prinzipal durch die Entlassung nicht schlechter gestellt werden, wie wenn er gekündigt hätte. Der Handlungsgehilfe hat also Anspruch auf diese Vergütung für so lange Zeit, wie er sie bei ordnungsmäßiger Kündigung gehabt hätte, aber nicht auf länger als 6 Wochen. — Ueber den Fall daß der Handlungsgehilfe vor der wegen unverschuldeten Unglücks erfolgten Entlassung, aber innerhalb der 6 Wochen stirbt, siehe Anm. 4 zu § 63.

Anm. 9. **Nr. 4. Thätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzungen gegen den Prinzipal** oder dessen Vertreter (vergl. hierzu oben Anm. 1). Selbstverständlich hat der Handlungsgehilfe den Prinzipal mehr zu respektiren, als umgekehrt. Auch hier ist die Ehrverletzung nicht vom Standpunkte des Strafrichters zu beurtheilen (Bolze 15 Nr. 323; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 552). Bloßes unpassendes Benehmen, besonders als erstmalige Ausschreitung, fällt nicht darunter (O.L.G. Hamburg in G.Z. 42 S. 518), wohl aber abfällige und verdächtigende Aeußerungen (Bolze 17 Nr. 415) und Drohungen (Bolze 15 Nr. 323). Als Vertreter ist hier Derjenige zu erachten, welcher im Auftrage des Prinzipals den Betrieb oder den betreffenden Theil des Betriebes leitet; ob er Rechtsgeschäfte nach außen abschließen darf, ist unerheblich.

Anm. 10. **3. Andere Beispiele.** Wegen derselben vergl. Anm. 6 zu § 71. Aufgeführt seien hier: zerrüttete Vermögensverhältnisse des Prokuristen (RG. 12 S. 102), Konkurseröffnung über das Vermögen des Handlungsgehilfen ist je nach der Wichtigkeit der Stellung des Handlungsgehilfen Entlassungsgrund (ROH. 18 S. 24); der Konkurs des Prinzipals giebt dem Verwalter ein Kündigungsrecht (§ 22 K.O.; vergl Anm. 23 zu § 70); Irrthum über die Unbescholtenheit des Gehilfen (Anm. 19 zu § 70); grobe Unredlichkeit in der früheren Stellung (R.G. bei Puchelt Anm. 3); mangelhafte Schulbildung, unorthographisches Schreiben (Stadtgericht Frankfurt a./M. G.Z. 14 S. 541); beim Buchhalter schon unleserliche Handschrift; beim Korrespondenten sogar schon unschöne Handschrift; Trunksucht (R.G. bei Puchelt Anm. 3); beim Buchhalter grobe Fehler in der Buchführung (Bolze 1 Nr. 997); das Ohrfeigen anderer Gehilfen im Geschäfte; Verleitung anderer Gehilfen zur Untreue; ekelerregende Krankheiten unter Umständen (Ob.-Tr. Berlin in G.Z. 14 S. 538); Beleidigung der Ehefrau des Prinzipals (Busch Archiv 9 S. 380); Eingehen eines anderweiten Engagements zu einem früheren Termine, als der bestehende Engagementsvertrag endet, in solchem Falle braucht der Prinzipal nicht zu warten, bis der Zeitpunkt eingetreten, wo der Gehilfe den mit ihm bestehenden Kontrakt wirklich brechen wird, um den andern zu erfüllen; Verleiten von Angestellten zur Aufhebung des Dienstverhältnisses und zum Eintritt in ein anderes Geschäft (vergl. R.O.H. 19 S. 115); erhebliche falsche Angaben beim Engagement über die Leistungen in der früheren Stellung, wenn die gegenwärtigen Leistungen im schroffen Widerspruche hierzu stehen (vergl. Anm. 19 zu § 70), Berechnung zu hoher Vertrauensspesen mit dem Vorwurf der Nörgelei bei Ausstellungen des Prinzipals und Urlaubsüberschreitung (O.L.G. Dresden in G.Z. 34 S. 573); Einsendung fingirter Bestellungen durch den Reisenden (R.O.H. 21 S. 393). Unsittliches, mit der Stellung des Gehilfen unvereinbares Verhalten außerhalb des Geschäfts, unsittlicher Lebenswandel, welcher Entlassungsgrund früher hervorgehoben war (Art. 64 Nr. 6), gewerbsmäßiges Glücksspiel; Trunkenheit; aber nicht ohne Weiteres Prahlen am Wirthshaustisch mit Glück bei Frauenzimmern (O.L.G. Hamburg in G.Z. 34 S. 573); auch nicht der abendliche Besuch öffentlicher Lokale durch eine Handlungsgehilfin in Herrenbegleitung (Kammergericht

bei Perl u. Wreschner 1894 S. 26), ebenso nicht außereheliche Beischlaf, der nach außen kein Aergerniß erregt, auch von der Handlungsgehilfin gilt dies (Kammergericht a. a. O.). Dagegen kann ein Konkubinatsverhältniß des Gehilfen, z. B. wenn derselbe mit seiner Konkubine im Geschäftshause wohnt, Entlassungsgrund sein (R.G. 38 S. 115).

Zusatz. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 26 zu § 70. Anm. 13.

§ 73.

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann der Handlungsgehülfe ein schriftliches Zeugniß über die Art und Dauer der Beschäftigung fordern. Das Zeugniß ist auf Verlangen des Handlungsgehülfen auch auf die Führung und die Leistungen auszudehnen.

Auf Antrag des Handlungsgehülfen hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

Das Recht des Handlungsgehilfen auf Ausstellung eines Zeugnisses.

1. **Wer hat dasselbe zu verlangen?** Jeder Handlungsgehilfe, auch der zur Probe angestellte, auch der zur vorübergehenden Aushilfe angestellte (denn nicht bloß der dauernd angestellte, wie nach § 630 B.G.B., hat das Recht auf das Zeugniß), auch der vorzeitig entlassene und sofort kündigende. Entläßt der Prinzipal den Gehilfen, so ist es nur eine Konsequenz seines Standpunkts, daß er dem Gehilfen ein Dienstzeugniß ausstellt; denn er sieht ja das Verhältniß als beendigt an, und wenn der Gehilfe es seinerseits auch nicht so ansieht, so wird er doch gutthun, zur Verminderung seines Risikos seine Arbeitskraft anderweit zu verwenden, und der Prinzipal würde dolos handeln, wenn er das Dienstzeugniß verweigern würde. Aber auch der vorzeitig kündigende Handlungsgehilfe kann vom Tage der sofortigen Kündigung an ein Zeugniß verlangen, weil er von da ab sich nach einer anderen Stelle umsehen muß, schon um den Schaden vom Prinzipal abzuwenden oder denselben zu verkleinern (vergl. Anm. 8 u. 15 zu § 70). Die Beendigung des Verhältnisses ist also hier nicht überall im streng juristischen Sinne zu nehmen (ebenso Fuld S. 53). Anm. 1.
2. **Wann ist das Zeugniß auszustellen?** „Bei" Beendigung des Dienstverhältnisses. Daraus wird mit Recht gefolgert, daß der Gehilfe schon vom Tage der Kündigung an das Zeugniß fordern kann (K.B. S. 37; Horrwitz S. 83; Fuld S. 54), natürlich auch nachher, bis zum Ablauf der Verjährungszeit, da eine kürzere Frist nicht bestimmt ist, es sei denn, daß der Prinzipal nach Lage der Sache mit Recht geltend machen kann, daß ihm eine Erinnerung an die zu bezeugenden Thatsachen abhanden gekommen ist. Anm. 2.
3. **Der Inhalt des Dienstzeugnisses** ist jedenfalls die Art und Dauer der Beschäftigung. Der Gehilfe kann verlangen, daß außerdem Führung und Leistungen zu bescheinigen sind. Wider seinen Willen kann ihm ein Zeugniß über die Führung und die Leistungen nicht aufgedrängt werden (R.G. vom 22. Mai 1897 bei Holdheim 7 S. 85). Verlangt der Gehilfe ein Attest über die Führung, so kann auch der Entlassungsgrund angegeben werden, aber auf Verlangen des Gehilfen muß alsdann der thatsächliche Vorgang mitgetheilt, nicht ein bloßes Urtheil (z. B. wegen Ungehorsams, wegen lüderlichen Lebenswandels, wegen Untreue u. s. w.) angegeben werden. Weitere Angaben sind unstatthaft, so darf z. B. nicht bemerkt werden, daß der Prinzipal zur Ausstellung des Zeugnisses durch richterliches Urtheil gezwungen wurde. Das Zeugniß darf überhaupt keinen ungewöhnlichen Inhalt haben. Es muß so ausgestellt werden, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten (§ 242 B.G.B.). So ist z. B. die Annahme eines Zeugnisses über die Dauer der Beschäftigung mit Recht verweigert worden, welches die Bescheinigung enthielt: Herr Müller war in meinem Geschäfte vom 1. April 1893 bis 15. Oktober 1896 „früh 9 Uhr" beschäftigt. Denn dieser Zusatz läßt die Deutung zu, als ob der Gehilfe plötzlich entlassen wäre. Anm. 3.
4. Durch die Ausstellung eines Zeugnisses dieses Inhalts ist der Anspruch des Gehilfen konsumirt. Derselbe kann, wenn das Attest über die Führung und Anm. 4.

die Leistungen schlecht ausgefallen ist, das Zeugniß nicht zurückgeben und nunmehr ein anderes verlangen. Wohl aber kann er Berichtigung des Zeugnisses verlangen, wenn dasselbe der Wahrheit nicht entspricht oder ungehörige Zusätze enthält.

Entdeckt der Prinzipal später, daß sein Zeugniß unrichtig ist, so kann er dasselbe zurückfordern oder auch dadurch berichtigen, daß er dem Gehilfen ein neues Zeugniß oder einen Nachtrag, eine Berichtigung zusendet (Düringer u. Hachenburg I S. 233). Der Gehilfe, der in diesem Falle nur von dem ersten Zeugnisse Gebrauch macht, begeht eine Täuschung.

Anm. 5. 5. **Auf Ausstellung oder Berichtigung des Zeugnisses kann der Gehilfe klagen.** Außerdem aber kann er wegen der Weigerung zur Berichtigung oder Ausstellung in den geeigneten Fällen Schadensersatz beanspruchen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 887 u. 888 C.P.O. (Geldstrafe oder Haft). — Wegen eines unrichtig ausgestellten Zeugnisses kann der neue Prinzipal auf Schadensersatz klagen; darin liegt eine dem neuen Prinzipal gegenüber verübte unerlaubte Handlung (§ 823 B.G.B.).

Anm. 6. 6. **Die Bestimmung ist öffentlichen Rechtens und unverzichtbar** (K.B. S. 38). Auch ein nachträglicher Verzicht ist unverbindlich.

Zusatz. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 2 u. 3 zu § 59. Die Vorschrift ist als exklusiv zu betrachten (vergl. auch Lehmann in G.Z. 48 S. 35).

§ 74.

Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

Einleitung. **Die §§ 74 und 75 regeln die Konkurrenzklausel nach Beendigung des Dienstverhältnisses.** Die Paragraphen füllen eine Lücke des alten H.G.B. aus, die sich außerordentlich fühlbar gemacht hat. Die auf diesem Gebiete zu Tage getretenen Mißbräuche einerseits, die Schwankung der Rechtsprechung andererseits verlangten gebieterisch eine gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel.

In § 74 werden die Voraussetzungen der Giltigkeit behandelt. In § 75 wird die Frage erörtert, für welche Fälle der Vertragsauflösung die Konkurrenzklausel gilt. Ferner enthält § 75 eine Sonderbestimmung über die an die Verletzung des Verbots geknüpfte Vertragsstrafe.

Hervorgehoben mag noch werden, daß sich das Verbot nur auf **Handlungs**gehilfen bezieht (über den Begriff derselben vergl. Anm. 5 ffg. zu § 59; über Konkurrenzverbote zwischen selbstständigen Kaufleuten siehe Anm. 26 zu § 22; über die Konkurrenzverbote mit höheren Gewerbegehilfen Art. 9 II E.-G. z. H.G.B.), und auf die Konkurrenz **nach Beendigung des Dienstverhältnisses** (über Konkurrenz während der Dauer des Dienstverhältnisses siehe § 60).

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzungen der Giltigkeit** sind: die Beschränkung darf nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreiten, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird. Eine Erstreckung des Verbots über 3 Jahre ist überhaupt unzulässig.

a) Der Hauptton liegt also darauf, daß eine **unbillige Erschwerung des Fortkommens** des Handlungsgehilfen ausgeschlossen sein muß.

Wann die zulässigen Grenzen überschritten sind, kann nur im Einzelfalle gesagt werden. Die geschäftlichen Verhältnisse des Prinzipals einerseits, die des Gehilfen

andererseits, auch die Frage, ob der Gehilfe etwa durch sein Gehalt ausreichend entschädigt ist für die Konkurrenzenthaltung in einer bestimmten Zeit, werden hier maßgebend sein. Die Aufgabe, die hier an die Gerichte gestellt wird, ist allerdings nicht unerfüllbar, aber außerordentlich schwer. Ueber die Auslegung im Einzelfalle siehe unten Anm. 7 flg. Einen sicheren Anhaltspunkt dafür, ob der Gehilfe gefahrlos Konkurrenz machen darf, wird er trotz der vorliegenden Gesetzesbestimmung und trotz der mannigfachen Entscheidungen, die auf diesem Gebiete bereits ergangen sind, nur selten haben. Meist wird ihm nichts übrig bleiben, als die Feststellungsklage, die freilich Zeit — und damit Geld — kostet.

Die fixirte Zeitgrenze von 3 Jahren bedeutet natürlich nur, daß dieselbe keinesfalls überschritten werden darf. Aber Konkurrenzverbote mit geringerer Zeitgrenze können unter Umständen ebenfalls dem § 74 zuwiderlaufen. Die drei Jahre rechnen von der Beendigung des Dienstverhältnisses ab. Das ist die rechtliche Beendigung. Nach der Konstruktion des neuen Gesetzbuches, wonach sich erst durch den Richterspruch herausstellt, ob die sofortige Kündigung eine gerechtfertigte war und deshalb zur Beendigung des Verhältnisses führte (vergl. Anm. 7 zu § 70), ist es bis dahin ungewiß, wann die vereinbarte Sperrzeit für die Konkurrenz beginnt. Anm. 3.

b) Die zweite Voraussetzung ist, daß die Vereinbarung nicht mit einem **minderjährigen** Handlungsgehilfen getroffen worden ist, gleichviel, ob der gesetzliche Vertreter hierbei mitgewirkt hat oder nicht. Giltig wird sie erst durch eine Bestätigung gemäß § 141 B.G.B. In der Fortsetzung des Vertrages nach Eintritt der Großjährigkeit liegt dieselbe nicht ohne Weiteres. Anm. 4.

2. **Verstößt das Verbot gegen die gesetzlichen Erfordernisse,** so hat dies nur auf das Konkurrenzverbot, nicht auf die übrigen Theile des Vertrags Einfluß: der Dienstvertrag bleibt im Uebrigen giltig (vergl. den Exkurs zu § 62). Dies gilt auch im Falle der Minderjährigkeit des Handlungsgehilfen (hier anders Düringer u. Hachenburg I S. 238). Das Konkurrenzverbot selbst ist, wenn mit einem Minderjährigen vereinbart, nichtig und wird auch nicht dadurch ohne Weiteres giltig, daß der Gehilfe das Verhältniß nach der Großjährigkeit fortsetzt. Abgesehen von diesem Falle aber liegt nicht Nichtigkeit der Abrede vor, sondern sie ist „nur insoweit verbindlich", als die Grenzen der Billigkeit nicht überschritten sind. Sie ist nicht (wie nach der früheren Judikatur) unverbindlich, wenn diese Grenzen überschritten sind, sondern nur insoweit unverbindlich, als sie überschritten sind (vergl. Denkschr. S. 65; K.B. S. 41). Dadurch entsteht für den Richter wiederum die schwierige Aufgabe, das Verbot inhaltlich zu ermäßigen und seine Grenzen so festzusetzen, daß der Billigkeit entsprochen ist. Doch ist der Richter je nach der Sachlage auch in der Lage, die ganze Konkurrenzklausel für ungiltig, weil unbillig, zu erklären (K.B. S. 41, anders Steiner, die Konkurrenzklausel S. 27). Dagegen ist (mit Steiner a. a. O.) der Richter nicht befugt, der Konkurrenzklausel eine der Billigkeit entsprechende Gestalt dadurch zu geben, daß er zwar Ort, Zeit und Gegenstand der Konkurrenzthätigkeit unberührt läßt, aber die Art der Thätigkeit modifizirt, z. B. bestimmt, daß der Gehilfe sich zwar nicht etabliren, wohl aber, trotz des Verbots, in ein anderes Geschäft als Gehilfe eintreten dürfe. Anm. 5.

3. **Ueber die Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots** verhält sich § 75 Abs. 2, doch nur für den Fall, daß eine Konventionalstrafe vereinbart ist. Dort sollen aber im Zusammenhange die Folgen der Verletzung überhaupt erörtert werden. Anm. 6.

4. **Die Auslegung der Konkurrenzverbote.**

a) Zeit, Ort und Gegenstand dürfen die Grenze nicht überschreiten, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird. Die drei Momente (Zeit und Ort und Gegenstand) greifen ineinander, durch ihre Kumulation wird zum Ausdruck gebracht, daß auf alle drei Rücksicht zu nehmen ist, und nach dem Gesammtbilde, welches danach das Konkurrenzverbot gewährt, soll beurtheilt werden, ob die billigen Grenzen überschritten sind. Wird z. B. einem Handlungsgehilfen, der in einem Teppichgeschäft Buchhalter war, untersagt, drei Jahre lang in Deutschland eine Buchhalterstelle in einem Teppichgeschäft anzunehmen, so ist das nicht ungiltig, obwohl sich Anm. 7.

das Verbot örtlich über ganz Deutschland erstreckt, weil ein Buchhalter ohne Rücksicht auf die Branche leicht Stellung findet. Unzulässig ist jede Beschränkung, durch welche dem Gehilfen, wenn auch nur auf kurze Zeit, sein Fortkommen derart erschwert wird, daß er in Gefahr geräth brotlos zu werden oder ein kümmerliches Dasein zu führen. So z. B. wenn einem stets in Berlin thätig gewesenen Kommis für ein Jahr lang verboten wird, in ein Konkurrenzgeschäft innerhalb der Provinz Brandenburg einzutreten. Wie soll der Gehilfe in einer anderen Provinz sich umsehen, um eine ähnliche Stellung zu finden?

Anm. 8. Unzulässig ist ferner die Beschränkung, wenn der Prinzipal kein begründetes Interesse an der Stipulirung der Konkurrenzklausel hat, z. B. wenn sie sich auf eine andere Branche erstreckt. Denn es ist unbillig, daß er die Erwerbsfreiheit des Gehilfen weiter beschränke, als dies in seinem Interesse nöthig ist (Denkschr. S. 64; Bolze 13 Nr. 398; 18 Nr. 408). Deshalb wird sie auch regelmäßig nicht erstreckt werden können über die Zeit hinaus, wo der Prinzipal selbst das Geschäft betreibt (Bolze 13 Nr. 396). Indessen ist auch in diesem Falle ein begründetes Interesse denkbar, z. B. wenn der Prinzipal das Geschäft veräußert und bei der Veräußerung die Rücksicht auf diese Konkurrenzklausel eine Rolle gespielt hat.

Anm. 9. b) Andere Auslegungsregeln, welche bei Konkurrenzklauseln häufig vorkommen.

a) Sie sind strikt auszulegen, eher einschränkend, als ausdehnend (Bolze 8 Nr. 462; 11 Nr. 353; 16 Nr. 324; R.G. 26 S. 163). Gleichwohl ist auch bei ihnen am Worte nicht zu haften (Bolze 5 Nr. 603; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 43 S. 342). Vielmehr ist auch hier § 133 B.G.B. anzuwenden, denn gerade auf diesem Gebiete werden häufig Manöver zur Umgehung der übernommenen lästigen Verpflichtungen versucht. Aber andererseits darf das Verbot nicht auf Fälle ausgedehnt werden, auf die der klare Wortsinn nicht paßt, bloß weil, wenn die Parteien daran gedacht hätten, sie auch diese Fälle in das Verbot hineinbezogen hätten (R.G. 26 S. 163).

Anm. 10. Beispiele: Ein für Berlin stipulirtes Verbot gilt für das ganze Stadtgebiet und die entferntesten Gegenden desselben (Bolze 4 Nr. 669), unter Umständen sogar für Straßen, die nicht der politischen Gemeinde Berlin angehören, wenn sie nur zu demselben Handelsplatze gehören (das Konkurrenzverbot war vereinbart für das Potsdamer Viertel von Berlin, eine Etablirung in einer zum Potsdamer Viertel, aber zur Gemeinde Schöneberg gehörenden enganstoßenden Straße wurde vom L.G. I Berlin als Verletzung des Verbotes erachtet). Durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ist diese Auslegung geboten.

Anm. 11. β) Die Identität des Handelszweiges (der Branche) muß vorliegen, wenn das Konkurrenzverbot verletzt sein soll (vergl. oben Anm. 7). Es ist nicht nothwendig, daß das Konkurrenzgeschäft überall dieselben Artikel führt, es muß nur eine irgendwie erhebliche Beeinträchtigung des geschäftlichen Betriebes des Prinzipals die mögliche Folge (nicht gerade die wirklich eingetretene Folge; Bolze 5 Nr. 598) sein. Andererseits liegt trotz Identität der Artikel möglicherweise doch kein Konkurrenzgeschäft vor, wenn der Charakter des Geschäftsbetriebes ein derart verschiedener ist, daß jene erhebliche Beeinträchtigung nicht zu fürchten ist. In diesem Sinne hat das R.G. (31 S. 99) entschieden, daß ein Engrosgeschäft und ein Detailgeschäft verschiedene Geschäftszweige darstellen. — Hatte das Geschäft ursprünglich eine Branche anderer Art und wurde erst nach dem Eintritt des Handlungsgehilfen in das Geschäft ein Konkurrenzgeschäft, so greift das Konkurrenzverbot nicht Platz (Bolze 9 Nr. 361), falls nicht etwa ein dolus vorliegt, so z. B. wenn der Gehilfe von dem neuen Prinzipal gerade zu dem Zwecke engagirt wurde, um den Konkurrenzartikel bei ihm einzuführen oder auch nur (Bolze 9 Nr. 361) von dem Plane wußte, den Artikel später einzuführen.

Anm. 12. γ) Eine große Rolle spielen bei der Auslegung der Konkurrenzklauseln die Begriffe Betrieb, Betheiligung und Errichtung. Als keine Ver-

letzung wurde es erachtet, daß Derjenige, der ein solches Geschäft am Orte nicht betreiben durfte, für sein außerhalb etablirtes Geschäft durch Bereisen, Zusendung von Preislisten u. s. w. an jenem Orte wirkte (Bolze 8 Nr. 459) oder an die Kunden dieses Orts lieferte (Bolze 8 Nr. 463). Denn, so sagt das R.G. bei Bolze 9 Nr. 245, ein Kaufmann betreibt sein Geschäft dort, wo er seine Handelsniederlassung hat (vergl. auch R.G. 26 S. 166; O.L.G. Dresden in G.Z. 46 S. 488). Auch übertritt, wer ein gleichartiges Geschäft nicht betreiben darf, das Verbot nicht durch Abschließung vereinzelter Handelsgeschäfte in derselben Branche (R.G. 26 S. 164; Bolze 9 Nr. 245); ebenso nicht, wenn er zwar die Absicht gewerbsmäßigen Betriebes hat, es aber bloß zur Versendung von Preislisten hat kommen lassen (Bolze 12 Nr. 417), oder zur Abgabe von Offerten, ohne daß es zum Abschluß gekommen ist (Bolze 14 Nr. 399), noch weniger übertritt er das Verbot schon dadurch, daß er das Konkurrenzgewerbe vorbereitet (es war ihm z. B. untersagt, zwei Jahre lang ein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, nach Ablauf eines Jahres beginnt er eine Fabrik zu bauen, um sie nach Ablauf der zwei Jahre in Betrieb zu setzen).

Wer sich aber verpflichtet, die Kunden nicht ferner zu besuchen, darf sie auch Anm. 13.
nicht durch den Reisenden besuchen lassen (Bolze 22 Nr. 365). Auch wer seine Zustimmung giebt oder gar mitwirkt, daß seine Ehefrau ein Geschäft etablirt, dessen Betrieb ihm selbst untersagt ist, übertritt das Konkurrenzverbot (R.G. vom 3. Oktober 1896 in der Dtsch. Jur.-Ztg. 1896 S. 424).

Als Verletzung wurde es erachtet, daß Derjenige, dem *der Eintritt in* Anm. 14.
ein gleichartiges Geschäft untersagt war, selbst ein solches etablirte (Bolze 5 Nr. 603; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 43 S. 342); daß Jemand, dem *die Betheiligung* bei einem Konkurrenzgeschäft verboten war, einem Konkurrenten ein Darlehn gegen Gewinnbetheiligung gab. Darlehn gegen feste Zinsen steht nicht auf gleichem Fuße. Der gleiche Unterschied findet statt zwischen persönlicher Thätigkeit gegen Gewinnbetheiligung und gegen festen Lohn. Ein Dienstvertrag gegen festen Lohn ist keine Betheiligung. Gleichwohl wird man dem R.G. 40 S. 97 zustimmen, wenn es sagt, daß, wer verspricht, sich an dem Unternehmen eines Dritten „weder direkt, noch indirekt zu betheiligen", damit auch verspricht, eine fortgesetzte persönliche Thätigkeit für das Unternehmen des Dritten zu unterlassen. Das liegt aber in den Worten „direkt oder indirekt". Das Gleiche würden wir annehmen, wenn gesagt ist: Der Gehilfe dürfe „in kein Konkurrenzgeschäft eintreten oder sich irgendwie dabei betheiligen". In solchen Fällen ist zum Ausdruck gebracht, daß mehr verboten sein sollte, als was man mit dem nächstliegenden Sinn des Wortes Betheiligung verbindet.

Wem die Errichtung einer Konkurrenzfabrik untersagt ist, der Anm. 15.
darf dieselbe auch dadurch nicht ins Leben rufen, daß er seine Mittel dazu verwendet, damit sie von dritten Personen errichtet werde; woran auch dadurch nichts geändert wird, daß auf solche Weise der Vater seinen Söhnen die Mittel gab; denn er handelt gegen den Vertrag, wenn er seine Stellung als Vater und die Möglichkeit, seine Söhne mit Kapital auszustatten, dazu gebrauchte, um auf einem Umwege das zu erreichen, was ihm verboten war (R.G. vom 13. November 1897 im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 118).

Völlig erschöpfende Auslegungsregeln können naturgemäß nicht gegeben werden. Das Gesagte soll nur Anhaltspunkte für ähnliche Fälle geben.

Zusatz: Uebergangsfrage. Auf diejenigen Dienstverträge, welche am 1. Januar 1898 be- Anm. 16.
standen haben und inzwischen gemäß Art. 170 und 171 E.G. zum B.G.B. durch Unterlassung einer nach früherem Recht zulässig gewesenen Kündigung sich fortgesetzt haben, greifen sämmtliche Bestimmungen des 6. Abschnitts über Handlungsgehilfen und damit auch die des vorliegenden Paragraphen Platz (vergl. unser Supplement S. 5 und 6). Auf diejenigen Verträge, welche nach dem 1. Januar 1898 geschlossen wurden, greifen selbstverständlich die gedachten Bestimmungen Platz, da unser 6. Abschnitt schon seit dem 1. Januar 1898 in Kraft ist.

Fraglich kann es aber sein, ob auf die Konkurrenzklauseln derjenigen Dienstverträge, welche am 1. Januar 1898 bestanden haben und bei denen die Voraussetzungen des Eingreifens des neuen Rechts nicht vorliegen (eine Kündigung war vielleicht nicht zulässig, der Vertrag war vielleicht am 1. Januar 1897 auf 5 Jahre geschlossen), der § 74 Anwendung findet. Und ebenso ist dies fraglich bei denjenigen Konkurrenzklauseln, die in Dienstverträgen sich finden, welche am 1. Januar 1898 nicht mehr bestanden. Auf diese beiden Arten von Konkurrenzklauseln gelangt der § 74 nur dann zur Anwendung, wenn man ihm exklusiven Charakter beilegt, d. h. wenn man seine legislatorische Bedeutung so hoch anschlägt, daß man ihm ausschließliche und deshalb rückwirkende Kraft beilegt, die Anwendung eines entgegenstehenden Rechts neben ihm für ausgeschlossen erachtet. Wir legen ihm nun diesen Exklusivcharakter in der That bei. Wir haben dies in unserer Allgemeinen Einleitung Anm. 10 u. 11 bereits begründet und müssen diesen Standpunkt auch gegenüber der entgegengesetzten Anschauung des Reichsgerichts (Urtheil vom 18. November 1898 in J.W. S. 665; vergl. Urtheil vom 7. XII. 98 in der Deutschen Jur.Zeit. 1899 S. 65, 66) aufrecht erhalten. Wenn das Reichsgericht dort sagt, daß nur diejenigen Bestimmungen über die Handlungsgehilfen, welche mehr polizeilicher Natur und welche die Gesundheit und Sittlichkeit zu schützen bestimmt sind, rückwirkende Kraft haben sollen, so ist solchen Anschauungen gegenüber schon in unserer Allgemeinen Einleitung ausgeführt, daß auch die sonstigen sozialpolitischen Bestimmungen rückwirkende Kraft haben müssen, auch wenn es nicht polizeiliche oder kriminelle Mittel sind, die zu ihrer Durchführung dienen, und wenn sie auch nicht gerade die leibliche und sittliche, sondern auch wenn sie die sonstige, insbesondere die wirthschaftliche Wohlfahrt im Auge haben. Die sozialpolitischen Bestimmungen der letzteren Art sind dem Gesetzgeber unserer Zeit nicht minder wichtig erschienen, wie jene anderen, und es muß ihnen die gleiche Intensität der Geltungskraft zuerkannt werden, wie jenen. Wenn aber ferner das Reichsgericht sagt: wäre die Konkurrenzklausel verboten, weil sie dem Sittlichkeits- und Rechtlichkeitsgefühl völlig widerstrebe, so würde es sich dazu verstehen, jenem Verbote rückwirkende Kraft zu gewähren, so liegt in diesem Ausspruche ein richtiger Kern, der aber im letzten Ende und in richtiger Anwendung zum diesseitigen Standpunkte führt. Denn wenn auch das neue Gesetz die Konkurrenzklausel nicht gänzlich verbietet, so zieht es ihr doch bestimmte Grenzen, und zwar lediglich deshalb, weil diejenigen Grenzen, in denen sich Stipulationen dieser Art bisher oft bewegt haben, jedem Gerechtigkeits- und Sittlichkeitsgefühl Hohn gesprochen haben. Wie in anderen Fällen das gänzliche Verbot, so ist es hier eine bestimmte Art der Grenzziehung, welche ein in unserer Zeit allgemein zum Durchbruch gekommenes absolutes Gebot der Gerechtigkeit und Sittlichkeit verwirklichen und jede andere Grenzziehung ausschließen soll, mag sie auch durch frühere Verträge bereits gezogen sein. (Mit dem R.G. konform gehen Pappenheim bei Gruchot 42 S. 339 ffg.; Lehmann in G.Z. 48 S. 37, letzterer obwohl er die §§ 64 u. 73 zu den rückwirkenden zählt, weil die Auszahlung des Gehalts am Schlusse des Monats und der Empfang des Zeugnisses für das leibliche Wohlbefinden und das Fortkommen des Gehilfen höchst wesentlich sei; sind denn aber die Grenzen der Konkurrenzklausel von geringerer Bedeutung für das leibliche Befinden und Fortkommen des Gehilfen?)

Unter Zugrundelegung dieses Grundsatzes, welcher die Billigung des höchsten Gerichtshofes allerdings nicht findet, gilt nun Folgendes:

Die Vorschriften des § 74 haben exklusiven Charakter und sind deshalb schon am 1. Januar 1898 in Kraft getreten, gleichviel ob eine zulässige Kündigung erfolgt war oder nicht (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 10 u. 11). Gemäß Abs. 1 hat sich der Inhalt der damals bestandenen Konkurrenzverbote für die Folgezeit modifizirt, gemäß Abs. 2 hört die Wirksamkeit früher bereits in Kraft getretener Konkurrenzverbote spätestens in 3 Jahren nach dem 1. Januar 1898 auf; am 1. Januar 1898 noch nicht in Kraft getretene, aber vertragsmäßig stipulirte ermäßigten sich zeitlich auf 3 Jahre. Abreden, die mit Minderjährigen getroffen wurden, waren für die Zeit nach dem 1. Januar 1898 ungiltig. Abreden, die nach dem 1. Januar 1898 getroffen wurden, sind vollständig nach § 74 zu beurtheilen.

§ 74 a
Ges. v. 23.10.23
R.G.Bl. I. 990

§ 75.

Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältniß gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71

aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältniß kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph bestimmt 1. diejenigen Fälle der Vertragsbeendigung, für welche die Konkurrenzklausel gilt (Abs. 1), 2. die Folgen der Uebertretung des Verbots im Falle der Vertragsstrafe (Abs. 2), 3. der Absatz 3 erklärt entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig.

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Für welche Fälle der Vertragsbeendigung gilt das Konkurrenzverbot?** Im wesentlichen Anschluß an die früheren Entscheidungen des Reichsgerichts (z. B. R.G. 20 S. 107, Bolze 16 Nr. 389) statuirt das Gesetz **zwei Fälle der Vertragsbeendigung, in denen die stipulirte Konkurrenzklausel nicht gelten soll.**

Anm. 2.

a) **Wenn der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund zur einseitigen Aufhebung des Vertrages gemäß §§ 70, 71 giebt.** Es genügt nicht, daß der Handlungsgehilfe aus sonstigem wichtigen Grunde das Dienstverhältniß auflöst. Es genügt auch nicht, daß der Prinzipal ihm gerechten Anlaß zur befristeten Kündigung giebt. Es muß ein in vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals liegender wichtiger Grund zur einseitigen Aufhebung des Verhältnisses vorliegen. Und es muß, wie hinzugefügt werden muß, die einseitige Aufhebung des Verhältnisses auch erfolgt sein. Erfolgt sie nicht, verbleibt vielmehr der Gehilfe in der Stellung und wartet die Vertragsdauer ab, kündigt er nur mit ordentlicher Frist, dann liegt der Fall nicht vor (anders Cosack S. 115; Düringer u. Hachenburg I S. 241), und sicherlich nicht, wenn er aus sonstigem Anlaß mit ordentlicher Frist kündigt. Kündigt er aber mittels sofortiger Kündigung aus wichtigem, eine Vertragswidrigkeit des Prinzipals darstellendem Grunde, dann fällt die Konkurrenzklausel fort, und der Prinzipal hat auch nicht etwa, wie in dem Fall zu b, das Recht, sich die Fortgeltung der Konkurrenzklausel durch Gehaltszahlung zu erkaufen.

Anm. 3.

b) **Wenn der Prinzipal kündigt.** Regelmäßig soll also für den Fall, daß die Kündigung durch den Prinzipal erfolgt, die Konkurrenzklausel nicht Platz greifen. Ausnahmsweise aber — und das wird wohl thatsächlich die Regel sein, denn ohne Grund kündigt man nicht — greift das Konkurrenzverbot auch im Falle der Kündigung durch den Prinzipal Platz, wenn, was der Prinzipal beweisen muß, für seine Kündigung ein erheblicher, von ihm selbst nicht verschuldeter Anlaß vorliegt. Es braucht das nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung zu sein, es genügt, wenn es ein Grund ist, der nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß bildet zur Kündigung eines Dienstvertrages. Der Anlaß darf vom Prinzipal selbst nicht verschuldet sein, er braucht aber auch nicht gerade vom Gehilfen verschuldet zu sein. So z. B. wird ein erheblicher Anlaß vorliegen in „wohlbegründeter Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen" oder in fortgesetzten kleinen Chikanen desselben (K.B. S. 44) oder im Verdacht der begangenen Untreue oder wenn der Prinzipal durch seine geschäftliche Situation sich gezwungen sieht, sein Personal zu verkleinern.

Sind aber beide Theile schuld, wie das oft bei Streitigkeiten der Fall sein wird, dann greift die Regel Platz: Die Konkurrenzklausel gilt nicht, denn es liegt kein vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß zur Kündigung vor. Dem Falle, wo der Prinzipal kündigt, liegt selbstverständlich der Fall gleich, wo er das Verhältniß einseitig aufhebt. Nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. und des neuen H.G.B. ist überhaupt auch das letztere eine Kündigung, nämlich eine Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (vergl. § 70).

Anm. 4. Kündigt der Prinzipal ohne solchen Anlaß, so gilt die Konkurrenzklausel nicht. Indessen kann er auch in diesem Falle sich die Geltung der Konkurrenzklausel dadurch erkaufen, daß er dem Gehilfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortbezahlt. Gemeint ist hier wohl nicht bloß das Gehalt, sondern überhaupt ein Betrag, wie er seinen letzten Bezügen entspricht. Sonst würde der gegen festes Gehalt und gegen Tantieme oder Provision angestellte Handlungsgehilfe oder gar der bloße commis interessé hierbei sehr schlecht gestellt sein (Zust. Herz bei Holdheim 7 S. 98; anders Steiner, die Konkurrenzklausel, Stuttgart 1898 S. 25, Düringer u. Hachenburg I S. 243). Diese aber übersehen, daß das Wort Gehalt vom Gesetz auch sonst zuweilen im weiteren Sinne gebraucht wird, so im § 63. — Dieser Betrag ist aber zu zahlen, ohne Rücksicht auf sonstigen Verdienst, den der Handlungsgehilfe während der Dauer der Beschränkung etwa macht (K.B. S. 44), wobei aber selbstverständliche Voraussetzung ist, daß der Gehilfe hierbei nicht die Konkurrenzklausel verletzt. — Darüber, ob der Prinzipal das Gehalt fortzuzahlen und dadurch die Fortdauer der Beschränkung sich sichern will, muß der Prinzipal bei Beendigung des Verhältnisses eine bestimmte Erklärung abgeben. Das ist zwar im Gesetze nicht gesagt. Doch muß das aus der Natur der Sache gefolgert werden. Der Handlungsgehilfe muß, wenn ihm gekündigt wird, wissen, woran er ist: ob er sich nunmehr selbstständig machen oder anderweit in Dienste treten soll, in welcher Branche, in welcher Gegend u. s. w. Erklärt der Prinzipal dies nicht bei der Kündigung, so ist sein Recht verwirkt (Herz bei Holdheim 7 S. 99). Die Erklärung kann nur dahin gehen, daß er während der Dauer der Beschränkung, d. h. so lange die Beschränkung nach dem Vertrage bezw. nach richterlicher Auslegung oder nach richterlicher Feststellung der zeitlichen Grenze des Vertrages dauert, das Gehalt fortzahlen will; er hat es nicht in der Hand, hierbei eine kürzere oder längere Frist für die Konkurrenzenthaltung festzusetzen (anders bezüglich der kürzeren Frist Steiner). Giebt er diese Erklärung nicht ab, so ist der Gehilfe frei. Giebt er sie ab, so ist er hieran gebunden und kann auch nicht während der Dauer der Beschränkung durch „Kündigung" erzielen, daß er von der Gehaltszahlung, der Gehilfe aber von der Konkurrenzenthaltungspflicht frei wird. (Ein solches Kündigungsrecht wollen Steiner, Die Konkurrenzklausel, S. 22 und Düringer u. Hachenburg I S. 243 dem Prinzipal geben.) Für eine Kündigung ist überhaupt kein Raum. Denn, wie hier überhaupt hervorzuheben ist, das Dienstverhältniß ist erloschen und nur in dieser einen Beziehung besteht ein rechtliches Verhältniß zwischen den Parteien fort (vergl. Herz bei Holdheim 7 S. 98 u. 99). Ganz selbstverständlich ist, daß der Prinzipal auch durch fortgesetzte Gehaltszahlung die Konkurrenzenthaltungspflicht nicht über die im § 74 statuirte Maximaldauer von 3 Jahren erstrecken kann.

Der Kündigung durch den Prinzipal steht der Ablauf der verabredeten Vertragsdauer selbstverständlich nicht gleich. In diesem Falle tritt vielmehr die Konkurrenzklausel ungeschmälert in Geltung.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Folge der Uebertretung des Konkurrenzverbots für den Fall der Konventionalstrafe.** In diesem Falle kann nur die Vertragsstrafe gefordert werden. Wenn, wie das häufig der Fall ist, der Gehilfe vermögenslos ist, so ist der Prinzipal, der eine Vertragsstrafe vereinbart hat, ganz schutzlos, was bei Abfassung von Engagementsverträgen wohl zu berücksichtigen ist (vergl. Steiner, Die Konkurrenzklausel S. 31). Auch wenn vereinbart ist, daß der Prinzipal Erfüllung und Konventionalstrafe verlangen kann oder nach seiner

Wahl das eine oder das andere, so ist diese Vereinbarung nichtig und der Prinzipal kann nur die Vertragsstrafe verlangen (vergl. Abs. 3). — Auch einen weitergehenden Schaden kann der Prinzipal nicht ersetzt verlangen (Abs. 2). — Dabei erklärt der vorliegende Paragraph ferner, daß die Vorschriften des B.G.B. über die Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe unberührt bleiben. Das ist die Vorschrift des § 343 B.G.B. Doch wurde diese Segnung für die Zwischenzeit vom 1. Januar 1898 bis zum 1. Januar 1900 den Handlungsgehilfen noch nicht zu Theil. Denn das B.G.B. galt in dieser Zwischenzeit noch nicht; vielmehr blieb inzwischen Art. 284 Abs. 1 des alten H.G.B. gültig, welcher für alle Handelsgeschäfte, also auch für die Engagementsverträge der Handlungsgehilfen, das Gegentheil vorschrieb, nämlich daß die Vertragsstrafe einer Herabsetzung ihrer Höhe nicht fähig ist (R.G. vom 18. November 1898 in J.W. S. 665; L.G. I Berlin in der Deutschen Juristenzeitung 3 S. 312). — Soweit es sich um die Konventionalstrafe handelt, ist nicht der Abschluß jedes einzelnen unter das Verbot fallenden Handelsgeschäfts als ein besonderer Kontraventionsfall zu betrachten, vielmehr ist der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts oder der Eintritt in ein solches nur „Ein Kontraventionsfall" und die Konventionalstrafe daher nur einmal verwirkt (Bolze 5 Nr. 603). Das gilt auch bei periodischen Zeitschriften. Nicht jede Nummer ist ein Kontraventionsfall, sondern der betreffende Zeitungsbetrieb überhaupt. Auch sind bloße Vorbereitungen des Konkurrenzbetriebes nicht genügend (Bolze 12 Nr. 417; 14 Nr. 399; vergl. Anm. 12 zu § 74).

Ist eine Konventionalstrafe nicht vereinbart, so hat der Prinzipal das Recht auf Erfüllung (Einstellung des Konkurrenzbetriebes) und Schadensersatz, auch auf vorbeugende Maßregeln durch einstweilige Verfügung (Bolze 15 Nr. 709). Diese können unter Umständen auch auf Einstellung des Konkurrenzbetriebes gehen und so den mit der Klage zu erzielenden Erfolg anticipiren (L.G. u. O.L.G. Frankfurt in G.Z. 46 S. 487, 488; R.G. 9 S. 334; 27 S. 430). Eine große Rolle wird nach dem neuen Rechte die Feststellungsklage spielen, damit der Kommis zur Gewißheit gelange, ob er sich etabliren darf oder nicht. Anm. 6.

3. (Abs. 3.) **Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.** Das ist auf dem Gebiete unseres Paragraphen der wesentlichste Unterschied vom bisherigen Recht, wie es sich durch die Judikatur herausgebildet hatte. Die Fälle der Vertragsauflösung, für welche die Konkurrenzklausel gilt, waren ungefähr auch früher die gleichen, und auch die Regel, daß im Falle der Vertragsstrafe regelmäßig nur diese, nicht Erfüllung verlangt werden kann, war bei Verträgen solcher Art in Wissenschaft und Judikatur angenommen worden (vergl. 5. Aufl. § 8 zu Art. 59). Aber um den Handlungsgehilfen wirksam zu schützen, erschien es erforderlich, entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig zu erklären. Die Ungiltigkeit einer sochen Vereinbarung zieht aber regelmäßig nicht die Ungiltigkeit des ganzen Vertrages nach sich (Exkurs zu § 62). Anm. 7.

Zusatz. Uebergangsfrage. In Gemäßheit unserer Ausführungen in Anm. 16 zu § 74 galten die Vorschriften unseres Paragraphen sofort am 1. Januar 1898 für alle auch damals bestandenen Verträge und Konkurrenzklauseln, ohne Rücksicht auf eine erfolgte oder nicht erfolgte Kündigung. Die früheren Engagementsverträge modifizirten sich dementsprechend. War also in solchen Verträgen z. B. die Konkurrenzklausel auch für den Fall stipulirt, daß der Prinzipal dem Gehilfen einen wichtigen Grund zum Rücktritt gab, so fiel diese Klausel fort; im Falle der Vereinbarung einer Vertragsstrafe konnte vom 1. Januar 1898 nur noch diese, nicht auch das Aufgeben des neuen Verhältnisses gefordert werden, auch wenn letzteres ausdrücklich vereinbart wurde. Die Dienstverträge blieben im Uebrigen gültig und es konnte auch nicht etwa der Prinzipal deshalb zurücktreten, weil sich nunmehr der Vertrag in dieser Weise änderte (vergl. Exkurs zu § 62). Anm. 8.

Vom 1. Januar 1900 ab modifiziren sich die Verträge noch weiter dadurch, daß nunmehr auch das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 B.G.B. in Kraft tritt und zwar sofort.

§ 75 b
Gl. u. 23.10.99
R.G. 21.2.900.

§ 76.[1])

Die Vorschriften der §§ 60 bis 63, 74, 75 finden auch auf Handlungslehrlinge Anwendung.

Der Lehrherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird; er hat die Ausbildung des Lehrlinges entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter zu leiten. Die Unterweisung hat in der durch den Zweck der Ausbildung gebotenen Reihenfolge und Ausdehnung zu geschehen.

Der Lehrherr darf dem Lehrlinge die zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit durch Verwendung zu anderen Dienstleistungen nicht entziehen; auch hat er ihm die zum Besuche des Gottesdienstes an Sonntagen und Festtagen erforderliche Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Er hat den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

In Betreff der Verpflichtung des Lehrherrn, dem Lehrlinge die zum Besuch einer Fortbildungsschule erforderliche Zeit zu gewähren, bewendet es bei den Vorschriften des § 120 der Gewerbeordnung.

Anm. 1. 1. **Begriff des Handlungslehrlings.** Während das Gesetz in § 59 den Begriff des Handlungsgehilfen definirt, sieht es von einer Begriffsbestimmung des Handlungslehrlings ab. Sie wird dahin zu geben sein: Handlungslehrling ist Derjenige, der in einem Handelsgewerbe zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung und zur Leistung der erlernten Dienste durch Vertrag angestellt worden ist (Bloch S. 5). Der Lehrvertrag fällt unter den weiten Begriff des Dienstvertrags nach dem B.G.B. (Düringer u. Hochenburg I S. 248), und zwar liegt für beide Theile die Verpflichtung zu Diensten vor: der Lehrherr hat die Pflicht der Ausbildung, der Lehrling die Pflicht zu derjenigen Thätigkeit, die der Lehrherr im Rahmen des Lehrlingsverhältnisses von ihm verlangt.

Anm. 2. a) In einem Handelsgewerbe muß er angestellt sein. Ueber diesen Begriff siehe Anm. 9 zu § 59.

Anm. 3. b) Angestellt muß er sein. Nicht gerade gegen Entgelt. Das ist beim Lehrvertrage kein Erforderniß. Im Gegentheil erhält hier der Prinzipal oft ein Entgelt im Lehrgeld. Ueber den Anstellungsvertrag s. unten Anm. 13.

Anm. 4. c) Zum Zwecke seiner kaufmännischen Ausbildung. Er soll das Handelsgewerbe erlernen, die für den Kaufmann erforderlichen Fähigkeiten sich erwerben. Dadurch unterscheidet er sich von den Gewerbelehrlingen, welche die gewerbetechnischen Fähigkeiten sich erwerben sollen, und von den Laufburschen, welche nur untergeordnete Hilfsdienste verrichten sollen. (Vgl. Anm. 11—15 zu § 59.) Aber er soll auch die erlernten Dienste leisten (vgl. unten Anm. 6).

Anm. 5. 2. **Ueber Art und Umfang der Dienste** ist vom Gesetze wiederum nichts gesagt. Insbesondere ist der § 59 nicht analog in Bezug genommen, welcher beim Handlungsgehilfen für die Art und den Umfang der Dienste die Verabredung, eventuell den Ortsgebrauch, eventuell die Angemessenheit entscheiden läßt. Es kann gleichwohl keinem Zweifel unterliegen, daß das Gleiche hier gelten muß (vgl. Fuld S. 103). Ueberall ist hierbei zu berücksichtigen, daß **beim Lehrvertrage auch der Prinzipal die Verpflichtung zu Diensten hat: er hat die Verpflichtung, für die Ausbildung des Lehrlings Sorge zu tragen,** die im Abs. 2 unseres Paragraphen hervorgehoben worden ist. Der Lehrling muß, wie das Gesetz sagt, in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen werden. Nicht nothwendig in allen. So wird es genügen, daß der Lehrherr, der mehrere Geschäfts-

[1]) Literatur: Bloch, Der kaufmännische Lehrvertrag, München 1898.

zweige betreibt, den Lehrling in dem einen ausbildet, z. B. wenn Jemand einen Zeitungsverlag und eine Annoncen-Expedition hat. Der Lehrherr muß die Ausbildung selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich hierzu bestimmten Vertreter leiten und haftet nicht bloß dafür, daß er in der Wahl eines geeigneten Vertreters sorgsam gewesen ist, sondern nach der allgemeinen Vorschrift des § 278 B.G.B. dafür, daß dieser Vertreter die Ausbildung gehörig leitet, in gleichem Umfange, wie für eigenes Verschulden. Die Verpflichtung, die Ausbildung entweder selbst oder durch einen ausdrücklich dazu bestellten Vertreter zu leiten, hat die Bedeutung, daß der Lehrherr für alle diejenigen Funktionen und Thätigkeiten, die er selbst nicht überwachen kann, einen Vertreter ausdrücklich bestellen muß; unterläßt er dies, so haftet er für alle hierbei vorkommenden Schäden (R.G. 34 S. 1). Der Vertreter selbst haftet dem Lehrling nicht, weder civilrechtlich, da er in keinem Vertragsverhältniß zum Lehrling steht, noch auch strafrechtlich nach § 82 Abs. 1, da diese Vorschrift sich nur gegen den Lehrherrn richtet, wie die Materialien ergeben (vgl. Anm. 1 zu § 82). — Diese Verpflichtung zur Ausbildung steht obenan, sie ist der hauptsächlichste Inhalt des Lehrvertrages. *Ihr entspricht aber die Verpflichtung des Lehrlings, alle in diesem Rahmen erforderlichen Anordnungen des Lehrherrn zu befolgen* und insbesondere die in diesen Rahmen fallenden Dienste zu leisten.

Auf die Leistung dieser Dienste hat der Lehrherr einen obligatorischen Anspruch. Denn wenn auch der Lehrvertrag vorwiegend zu dem Zweck abgeschlossen wird, um die Ausbildung des Lehrlings zu bewirken, so erblickt doch, selbst wenn ein Lehrgeld vereinbart wird, der Lehrherr auch in der Unterstützung, die der Lehrling durch seine im Rahmen des Ausbildungszwecks liegenden Dienste dem Prinzipal leistet, ein Aequivalent, welches einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages bildet (vgl. R.O.H. 9 S. 279). Anm. 6.

Ja, der Anspruch auf die Dienstleistung kann in gewissem Umfange sogar über die Zwecke der Ausbildung hinausgehen, *nämlich soweit es sich um Nebenverrichtungen* oder untergeordnete Dienste handelt (z. B. auch das Bewachen der Kinder, das Reinigen des Lokals, das Besorgen von Gängen für die Wirthschaft). Diese kann der Prinzipal soweit fordern, als sie vereinbart oder üblich sind. Durch diese Verwendung zu anderen Diensten darf aber keinesfalls die zur Ausbildung erforderliche Zeit und Gelegenheit dem Lehrling entzogen werden (Abs. 3 unseres Paragraphen). Auch darauf hat der Lehrherr einen Anspruch, daß der Lehrling in der letzten Zeit der Lehrzeit, wo er sich mit Grund bereits für ausgebildet halten darf, gleichwohl die Dienste weiterleistet, und nicht etwa fortan verweigert und den Lehrvertrag willkürlich kündigen darf, weil zu seiner Ausbildung nichts mehr fehle. Anm. 7.

Dagegen hat der Lehrherr kein Recht auf Züchtigung, auch kein mäßiges Züchtigungsrecht. Der § 127 der Gewerbe-Ordnung findet keine analoge Anwendung (Horrwitz S. 138; vgl. auch § 77 Abs. 3, 71 Nr. 4 H.G.B.). Anm. 8.

Der Anspruch des Prinzipals auf die Dienste kann nicht erzwungen werden, weder durch unmittelbaren Zwang, noch auch indirekt durch Geldstrafen oder Haft (§ 888 Abs. 2, Anm. 21 zu § 59), wohl aber ist zulässig die Zwangsvollstreckung nach § 887 (Ermächtigung, die Leistung durch einen Anderen zu bewirken) und Schadensersatzansprüche. Anm. 9.

3. **Ueber die Art und den Umfang der Vergütung** ist im Gesetze nichts gesagt. Auch hier entscheidet Verabredung, Ortsgebrauch, eventuell Angemessenheit, obwohl § 59 nicht ausdrücklich analog herangezogen wird (vgl. Anm. 5). Die Vergütung, welche der Lehrling erhält, wenn eine solche überhaupt im gegebenen Falle zu leisten ist, was begrifflich nicht nöthig ist (vgl. oben Anm. 3), besteht in den kleineren Städten meist in der Beköstigung, in größeren in einem Taschengelde. Da auch der Lehrherr Dienste zu leisten hat, so erhält auch Dieser oft eine Vergütung, das Lehrgeld. Doch ist das bei kaufmännischen Lehrlingsverträgen nicht üblich. Schließt der Vater den Lehrvertrag, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für das Lehrgeld aufzukommen hat (R.O.H. 9 S. 279, 13 S. 106, 14 S. 18). Anm. 10.

Die Ansprüche des Lehrherrn wegen des Lehrgeldes und anderer durch Lehrverträge vereinbarter Leistungen, sowie endlich wegen der für den Lehrling gemachten Auslagen verjähren in 2 Jahren (§ 196 Nr. 10 B.G.B.). Anm. 11.

Anm. 12. Auch Weihnachts- und sonstige Gratifikationen können vereinbart sein. Vgl. hierüber Anm. 24 zu § 59.

Anm. 13. 4. **Der Anstellungsvertrag.** Er ist ein Handelsgeschäft. Eine Form für denselben ist nicht vorgeschrieben. Wegen der Bestimmung des § 79 ist aber schriftliche Form zu empfehlen. Hierfür sind die §§ 126, 127 B.G.B. maßgebend (vgl. unsere Erläuterung zu § 350). Der Abschluß erfolgt, da es sich wohl meist um Minderjährige handelt, regelmäßig durch gesetzliche Vertreter des Mündels oder unter Mitwirkung derselben. (Bei Lehrverträgen über ein Jahr ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; § 1822 Nr. 6 B.G.B.) Eine Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters nach § 113 reicht nicht aus, um einen Vertrag mit dem Lehrling selbst zum giltigen zu gestalten. Denn der Lehrvertrag ist kein Dienst- oder Arbeitsvertrag im Sinne jener Vorschrift, sondern vorwiegend ein Lernvertrag, die Dienste, die der Lehrling zu leisten hat, sind das Sekundäre. Das B.G.B. §§ 1822 Nr. 6 und 7 und 1827 stellt den Lehrvertrag den Dienst- oder Arbeitsverträgen gegenüber.

Anm. 14. Oft wird der Lehrvertrag auch von dem Erzieher des Lehrlings abgeschlossen. Sorgfältig ist hierbei zu unterscheiden, ob die Personen, die den Lehrvertrag abschließen, dies im eigenen Namen oder im Namen des Lehrlings thun. Wer im eigenen Namen den Lehrvertrag abschließt, leistet Gewähr für das vertragsmäßige Verhalten des Lehrlings. Er ist also nicht bloß bei eigenem Verschulden verantwortlich (R.O.H. 14 S. 18). Vormund und Pfleger werden dabei meist im Namen des Mündels handeln, Vater oder Mutter im eigenen Namen (R.O.H. 17 S. 394; Bloch S. 11, 12). Auf alle Fälle hat der Lehrherr das Recht, von den Erziehern zu verlangen, daß sie ihm durch ihre Erziehungsgewalt helfen, den Lehrling gehörig auszubilden (Bloch S. 22, 23).

Anm. 15. Zwischen Sohn und Vater wird ein eigentliches Lehrlingsverhältniß im Sinne des Gesetzes nicht angenommen (Fuld S. 102; Landmann, Gewerbeordnung Anm. 3 zu § 126).

Anm. 16. Stempelfreiheit ist dem Lehrvertrage von Reichswegen nicht zugebilligt, wohl aber in Preußen (Position 71 Nr. 2 des preußischen Stempelgesetzes vom 31. Juli 1895).

Anm. 17. 5. **Im Abs. 2 und 3 des vorliegenden Paragraphen sind besonders hervorgehoben einzelne Verpflichtungen des Prinzipals gegenüber dem Lehrling:** Die Verpflichtung gehöriger Ausbildung (s. oben Anm. 5) und die Pflicht, dem Lehrling die Gelegenheit zur Ausbildung und zum Besuche des Gottesdienstes nicht zu entziehen, sowie die Verpflichtung, ihn zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten.

Gelegenheit zum Besuch des Gottesdienstes braucht er ihm nur, wie unser Paragraph sagt, an den Sonn- und Festtagen zu geben. Darunter sind nur die allgemein anerkannten Festtage (vergl. Landmann G.O. Anm. 4 zu § 105a) zu verstehen. Eine weitergehende Verpflichtung, d. h. eine Berücksichtigung der betreffenden Religion liegt dem Lehrherrn gegenüber dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling ob (s. unten Anm. 19). Aus der besonderen Hervorhebung dieser Pflichten, aus der Natur derselben und aus der Strafbestimmung des § 82 folgt, daß diese Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Natur und der freien Vereinbarung entzogen sind.

Wegen der weiteren Verpflichtung, den Lehrling zum Besuche von Fortbildungsschulen anzuhalten, verweist Abs. 4 unseres Paragraphen auf die Gewerbeordnung.

Anm. 18. 6. **Die weiteren Modalitäten des Lehrverhältnisses sind geregelt durch die Citate im Abs. 1 unseres Paragraphen:** Es sollen die §§ 60—63, 74, 75 „Anwendung finden", selbstverständlich in entsprechender Weise.

a) **Die §§ 60 u. 61: Konkurrenzverbot während der Dauer des Dienstverhältnisses.** Dasselbe gilt in vollem Umfange auch gegen den Handlungslehrling.

Anm. 19. b) § 62: **Die Fürsorgepflichten des Prinzipals.** Hierbei wird besonders der im § 62 Abs. 2 vorgesehene Fall, die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, praktisch werden, zumal in kleinen Städten. Was die Rücksicht auf die Religion anbetrifft, so kommt es hier auf die objektiven Satzungen der Religion an, nicht auf die subjektiven Anschauungen des Lehrlings, welchem der Gesetzgeber nach dieser Hinsicht noch keine selbstständige Meinung zugetraut haben wird.

c) **§ 63: Fortzahlung des Gehalts auf 6 Wochen bei unverschuldetem Unglück.** Bei der Frage der Verschuldung wird hier auf die Unerfahrenheit des Lehrlings und seine Jugend Rücksicht zu nehmen sein. Die Anwendung des § 616 B.G.B. (Fortzahlung der Vergütung bei sonstiger unverschuldeter Behinderung) ist nicht ausgeschlossen, da auch der Lehrvertrag ein Dienstvertrag ist; vergl. oben Anm. 1; anders Bloch S. 24). Anm. 20.

d) **§§ 74 und 75: Vertragliche Konkurrenzklauseln für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses.** Hier wird sehr oft der Abschluß mit einem Minderjährigen vorliegen, sodaß solche Konkurrenzklauseln meist ungiltig sein werden (vergl. Anm. 4 zu § 74). Anm. 21.

7. **Auch auf Lehrlinge bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht** des § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 (vergl. Anm. 28 zu § 59). Anm. 22.

Zusatz: Uebergangsfrage. Hierüber Anm. 1—3 zu § 59. Hierzu Lehmann in G.Z. 48 S. 34 ffg. Anm. 23.

§ 77.

Die Dauer der Lehrzeit bestimmt sich nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

Das Lehrverhältniß kann, sofern nicht eine längere Probezeit vereinbart ist, während des ersten Monats nach dem Beginne der Lehrzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Eine Vereinbarung, nach der die Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.

Nach dem Ablaufe der Probezeit finden auf die Kündigung des Lehrverhältnisses die Vorschriften der §§ 70 bis 72 Anwendung. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung durch den Lehrling ist es insbesondere auch anzusehen, wenn der Lehrherr seine Verpflichtungen gegen den Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise vernachlässigt.

Im Falle des Todes des Lehrherrn kann das Lehrverhältniß innerhalb eines Monats ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

Die Dauer des Lehrvertrages.

1. **Der erste Monat ist die gesetzliche Probezeit.** Während dieser Probezeit kann jeder Theil jederzeit das Verhältniß willkürlich durch sofortige Kündigung lösen (Abs. 2). Anm. 1.

   Diese gesetzliche Probezeit **kann durch Vereinbarung bis auf 3 Monate verlängert werden,** nicht aber auf längere Zeit, sonst ist die betreffende Vereinbarung von vornherein nichtig und es gilt nunmehr nicht etwa eine dreimonatliche, sondern die gesetzliche Probezeit von einem Monate. Wenn nach Ablauf zweier Probemonate nunmehr zwei weitere Probemonate vereinbart werden, so ist auch diese Vereinbarung nichtig und es verbleibt in diesem Falle bei der bereits absorbirten zweimonatlichen Probezeit. Aber es kann die Probezeit durch Vereinbarung auch nicht auf einen geringeren Zeitraum als einen Monat verkürzt und demgemäß auch nicht beseitigt werden (Horrwitz S. 139; Düringer u. Hachenburg I S. 248). Anm. 2. Anm. 3.

2. **Die fernere Zeit ist die eigentliche Lehrzeit.** Für die Dauer derselben ist der Vertrag maßgebend, eventuell der Ortsgebrauch. Fehlt es auch daran, so entscheidet die Angemessenheit, wie sich dies aus der Analogie des § 59 H.G.B. und des § 316 B.G.B. ergiebt (Düringer u. Hachenburg I S. 248). Verträge, durch welche eine allzulange Lehrzeit, z. B. 8 Jahre, bestimmt wird, sind unsittlich und schon deshalb ungiltig (Horrwitz S. 138). Der Ortsgebrauch ist in den einzelnen Branchen verschieden. Im Konfektionsgeschäft en gros und im Export dauert sie z. B. in Berlin 3 Jahre (Aelteste Berlins bei Horrwitz S. 138). Das ist wohl auch der allgemeine Durchschnittssatz. Anm. 4.

   Kündigungsfristen sieht das Gesetz nicht vor und sie können auch nicht vertragsmäßig vorgesehen werden. Die Lehrzeit muß eine bestimmte Dauer haben. Unzutreffend ist, wenn Makower S. 133 die Vereinbarung einer bestimmten Kündigung zulassen will Anm. 5.

(vergl. hiergegen Landmann G.O., Anm. 2 zu § 128; Fuld S. 120; Düringer u. Hachenburg I S. 249).

Anm. 6. Verbleibt der Lehrling nach Ablauf der Lehrzeit, so gilt das Verhältniß keineswegs stillschweigend als fortgesetzt. Der § 625 B.G.B. kann hier keine Anwendung finden. Der Lehrling ist vielmehr von diesem Augenblicke an Handlungsgehilfe (so zutreffend Düringer u. Hachenburg I S. 248).

Anm. 7. Während der Dauer dieser eigentlichen Lehrzeit kann aus wichtigem Grunde nach Maßgabe der §§ 70—72 ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden (Abs. 3 unseres Paragraphen). Freilich wird bei gleichem Thatbestande hier oft eine andere, bald strengere, bald mildere Beurtheilung gerechtfertigt sein. Beim Lehrling z. B., der sich ja noch im Erziehungsstadium befindet, wird ein Ungehorsamsakt oder eine Nachlässigkeit nicht so leicht zur Auflösung führen, wie beim Handlungsgehilfen (vergl. O.L.G. Hamburg in G.Z. 42 S. 516). In diesem Sinne hebt das Gesetz noch besonders hervor, daß hier unter gewissen Umständen schon die bloße Vernachlässigung der Pflichten des Lehrherrn in Bezug auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Ausbildung des Lehrlings ausreicht, um den Lehrling zur sofortigen Kündigung zu berechtigen, während im § 71 Nr. 3 erst die Verweigerung dazu berechtigt. Ja schon die bloße objektive Vernachlässigung wird hier oft genügen. So z. B. wenn der Lehrherr zwar einen an sich geeigneten Vertreter bestellt, dieser aber seine Verpflichtungen vernachlässigt. Die Geschäftsveräußerung wird hier ohne Weiteres ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung für den Lehrling sein (Denkschr. S. 66), desgleichen sonstige Unfähigkeit des Lehrherrn zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen (Denkschr. S. 66), bei einem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Lehrling auch gestörte Familienverhältnisse (R.O.H. 13 S. 109).

Ueber die Erklärung der sofortigen Kündigung und die Folgen derselben gelten die Regeln des § 70 analog. Vergl. jedoch § 79.

Anm. 8. 4. **Ein eigenthümlicher Rechtszustand tritt ein, wenn der Lehrherr stirbt.** Hier tritt wieder eine gesetzliche Probezeit ein: während der Dauer eines Monats kann jeder Theil jederzeit willkürlich ohne Frist kündigen. Stirbt bei einer offenen Handelsgesellschaft ein Mitinhaber, so liegt der Fall so lange nicht vor, als ein anderer Mitinhaber für die Leitung der Ausbildung Sorge zu tragen fähig ist.

Anm. 9. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Dieselbe hat an Wichtigkeit verloren, da der 6. Abschnitt bereits am 1. Januar 1898 in Kraft trat. Indessen ist zu betonen, daß die Vorschriften dieses Paragraphen Exklusivcharakter nicht tragen und deshalb nicht sofort am 1. Januar 1898 in Kraft traten.

§ 78.

Wird von dem gesetzlichen Vertreter des Lehrlinges oder, sofern dieser volljährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Beruf übergehen werde, so endigt, wenn nicht der Lehrling früher entlassen wird, das Lehrverhältniß nach dem Ablauf eines Monats.

Tritt der Lehrling der abgegebenen Erklärung zuwider vor dem Ablaufe von neun Monaten nach der Beendigung des Lehrverhältnisses in ein anderes Geschäft als Handlungslehrling oder als Handlungsgehülfe ein, so ist er dem Lehrherrn zum Ersatze des diesem durch die Beendigung des Lehrverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet. Mit ihm haftet als Gesammtschuldner der neue Lehrherr oder Prinzipal, sofern er von dem Sachverhalte Kenntniß hatte.

Anm. 1. 1. Die hier in Rede stehende Erklärung muß den Inhalt haben, daß der Lehrling zu einem andern Gewerbe oder zu einem andern Beruf übergehen werde. Es genügt nicht die Erklärung, daß er zu einem anderen Handelszweige

übergehen werde oder daß er zwar in ein anderes Handelsgeschäft, aber nicht als Handlungsgehilfe oder als Handlungslehrling übergehen werde, sondern etwa als Gewerbelehrling oder Gewerbegehilfe. Doch sind auch solche Erklärungen nicht wirkungslos (vergl. Anm. 2 a. E.).

2. Die Erklärung muß schriftlich abgegeben sein. Sie braucht nicht in einem besonderen Scheine abgegeben zu werden, es kann dies auch im Laufe der Korrespondenz geschehen sein, auch durch Bevollmächtigte erklärt sein. Aber eine telegraphische Uebermittelung genügt, wie gegen Düringer u. Hachenburg I S. 250 bemerkt werden mag, nicht, da nur § 126 B.G.B. (eine durch Gesetz vorgeschriebene schriftliche Form), nicht § 127 B.G.B. (eine durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form) Platz greift. Erklärungen im Brief oder in einer Postkarte genügen, wenn nur die Erfordernisse des § 126 B.G.B. erfüllt sind. Bloße mündliche Erklärungen dieser Art sind aber wirkungslos, es sei denn, daß sie die Absicht erkennen lassen, demnächst willkürlich das Lehrverhältniß zu lösen. Das kann unter Umständen ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Kündigung für den Prinzipal sein. Das Gleiche gilt, wenn die Erklärung dahin ging, der Lehrling werde in ein anderes Handelsgeschäft gehen (Zust. Düringer u. Hachenburg I S. 250). Anm. 2.

3. Liegt eine schriftliche Erklärung gemäß Anm. 1 u. 2 vor, so bedarf es einer besonderen Kündigung oder Entlassungserklärung nicht mehr. Das Verhältniß endet vielmehr nach Ablauf eines Monats von selbst. Der Prinzipal kann den Lehrling auch sofort nach Abgabe der Erklärung entlassen. Die Vorschrift hat zu Gunsten des Lehrlings zwingenden Charakter und kann durch Vereinbarung zum Nachtheil des Lehrlings nicht geändert werden. Denn sie ist zum Schutze des Lehrlings gegeben, der seinen Neigungen und Fähigkeiten zuwider in seinem Lehrverhältniß nicht festgehalten werden soll (vergl. Anm. 7). Anm. 3.

4. Die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die abgegebene Erklärung. Der Erklärung zuwider wird gehandelt, wenn der Lehrling vor dem Ablauf von 9 Monaten in ein anderes Geschäft als Handlungsgehilfe oder als Handlungslehrling (auch als Volontair; Düringer u. Hachenburg I S. 250) eintritt, gleichviel welcher Branche. Seine Erklärung bindet ihn, sich dem Kaufmannsstande zunächst nicht zu widmen. Thut er es dennoch innerhalb 9 Monaten, so wird die Erklärung als Vorwand betrachtet und der Lehrling kann sich auch damit nicht entschuldigen, daß bei Abgabe der Erklärung wirklich die Absicht des Berufswechsels bestand. Der Austritt ist in solchem Falle von Gesetzeswegen unbefugt. Auch der Eintritt in das Geschäft eines Gewerbetreibenden, der zufolge des § 5 als Kaufmann gilt, ist eine Zuwiderhandlung, dagegen nicht der Eintritt in ein Geschäft, welches unter § 2 fällt, aber noch nicht eingetragen ist, es sei denn, daß zur Zeit des Eintritts die Eintragung bereits geplant war. Durch selbstständige Etablirung wird die Erklärung nicht verletzt (Düringer u. Hachenburg I S. 250). Anm. 4.

Die Schadensersatzpflicht tritt für den Lehrling ein, wenn der gesetzliche Vertreter oder der volljährige Lehrling selbst die Erklärung abgiebt. Es genügt nicht, wenn die Mutter, die nicht Vormünderin ist, sie abgiebt. Damit die Schadensersatzpflicht gegen den Lehrling existent wird, muß der Lehrvertrag von ihm oder in seinem Namen geschlossen sein, und zwar wegen § 79 schriftlich. Ist der Lehrvertrag vom gesetzlichen Vertreter im eigenen Namen abgeschlossen, so trifft die Schadensersatzpflicht in sinngemäßer Anwendung des Abs. 2 ihn selbst. Anm. 5.

Soweit der Lehrling haftet, haftet mit ihm als Gesammtschuldner der neue Prinzipal, wenn er von dem Sachverhalt Kenntniß hatte, d. h. von dem gesammten Sachverhalte, wenn auch nicht von dem Vorhandensein eines schriftlichen Lehrvertrages (Düringer u. Hachenburg I S. 251). Kennen müssen genügt hier nicht. Auch verpflichtet nachträgliche Kenntniß den neuen Lehrherrn nicht zur Entlassung des Lehrlings (Düringer und Hachenburg I S. 251). Unter Umständen wird auch der gesetzliche Vertreter persönlich als Gesammtschuldner haften, wenn die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen vorliegen (dagegen Düringer u. Hachenburg I S. 251). Der neue Dienstvertrag aber ist giltig. Anm. 6.

Anm. 7. 5. Die Vorschrift des Absatzes 1 ist zwingenden Rechtens, soweit er zum Schutze des Lehrlings dienen soll; Vereinbarungen, welche die freie Berufswahl verhindern sollen, (z. B. Konventionalstrafen für den Fall solcher Endigung) sind ungiltig (Fuld S. 123). — Die Vorschrift des Absatzes 2 ist insoweit nicht zwingenden Rechtens, als Einschränkungen oder Aufhebungen der Rechte des Lehrherrn in Frage stehen. Soweit aber durch Abänderung des Abs. 2 die Lage des Lehrlings erschwert werden soll, wird man auch dieser Vorschrift zwingenden Charakter beilegen müssen wegen der Tendenz, welche allen diesen Vorschriften zu Grunde liegt: wirksamer Schutz des wirthschaftlich Schwachen gerade beim Treffen von Vereinbarungen. Dies gilt z. B., wenn an den unbefugten Austritt eine Konventionalstrafe geknüpft ist. Diese wird man insoweit ungiltig erklären müssen, als der Lehrling mehr zahlen müßte als den Ersatz des dem Prinzipal entstandenen Schadens. Diesen und nicht mehr will die Vorschrift des Abs. 2 dem Lehrherrn zubilligen.

§ 79.

Ansprüche wegen unbefugten Austritts aus der Lehre kann der Lehrherr gegen den Lehrling nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich geschlossen ist.

Anm. 1. 1. Zu den hier vorgesehenen Ansprüchen gehören Verletzungen der §§ 77 u. 78: Verlassen der Lehre vor dem Ablauf der Probezeit oder vor dem Ablauf der Lehrzeit ohne wichtigen Grund oder unter Zuwiderhandlung gegen § 78. Welches diese Ansprüche sind (unmittelbar oder indirekter Zwang? Schadensersatz?), darüber siehe Anm. 9 zu § 76. Diese Ansprüche kann der Lehrherr mangels schriftlichen Vertrages nicht geltend machen. Der Lehrvertrag ist aber im Uebrigen gültig, auch wenn er mündlich geschlossen wird (Anm. 13 zu § 76). Alle sonstigen Ansprüche können also auch aus einem mündlichen Vertrage geltend gemacht werden, z. B. Anspruch auf Lehrgeld.

Die Ansprüche wegen unbefugten Austritts fallen aber bei bloß mündlichem Abschlusse des Lehrvertrages auch dann fort, wenn sie vertraglich stipulirt sind, nicht bloß die gesetzlichen Ansprüche.

Anm. 2. 2. Das Erforderniß des schriftlichen Abschlusses richtet sich für die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Lehrverträge noch nach Landesrecht, so daß z. B. nach preußischem Recht Korrespondenz genügt und bei Analphabeten, Blinden und Taubstummen die erschwerenden Vorschriften Platz greifen. Nach dem 1. Januar 1900 wird § 126 B.G.B. hier maßgebend sein. Der Fall dieses Paragraphen liegt vor, weil ja das Gesetz die schriftliche Form vorschreibt, wenn die Folgen dieses Paragraphen eintreten sollen. Höhere Formen (gerichtlich oder notariell) genügen natürlich (§ 126 Abs. 3 B.G.B.), Telegramme nicht (vergl. Anm. 2 zu § 78).

Anm. 3. 3. Der Anspruch gegen den Lehrling fällt fort. Damit fällt natürlich auch im Falle des § 78 Abs. 2 Satz 2 der Anspruch gegen den neuen Prinzipal fort; denn dieser kann nicht „mit dem Lehrling als Gesammtschuldner" haften, wenn der Lehrling nicht haftet (anders Makower S. 135; zust. Düringer u. Hachenburg I S. 252). Wenn dagegen der Lehrvertrag von dem Vater oder dem Vormunde im eigenen Namen abgeschlossen wurde, so besteht der Auspruch auch dann, wenn der Lehrvertrag nicht schriftlich abgeschlossen wurde, weil es sich nicht um einen Anspruch „gegen den Lehrling" handelt. Daß der Anspruch in solchem Falle überhaupt besteht, darüber s. oben Anm. 4 zu § 78.

Der Anspruch gegen den Lehrherrn wegen unbefugter sofortiger Kündigung ist übrigens durch § 79 nicht berührt. Dieser besteht also auch bei mündlichem Lehrvertrage

§ 80.

Bei der Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling ein schriftliches Zeugniß über die Dauer der Lehrzeit und die während dieser erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie über sein Betragen auszustellen.

Auf Antrag des Lehrlinges hat die Ortspolizeibehörde das Zeugniß kosten- und stempelfrei zu beglaubigen.

1. **Bei Beendigung des Verhältnisses** kann das Zeugniß verlangt werden, auch wenn das Verhältniß während der Probezeit durch willkürlichen Rücktritt oder während der Dauer der Lehrzeit aus wichtigem Grunde aufgelöst wird, ja auch dann, wenn der Rücktritt aus einem Grunde erfolgt, den der andere Theil als wichtigen nicht gelten lassen will (vergl. Anm. 1 u. 2 zu § 73). Im Falle, daß die Lehrzeit normal endigt, kann das Zeugniß schon mäßige Zeit vor der Beendigung verlangt werden, natürlich auch nachher (vergl. Anm. 2 zu § 73). Dagegen kann die Meinung Fulds (S. 116) und von Düringer u. Hachenburg I S. 253 nicht getheilt werden, daß wegen der verschiedenen Fassung des § 80 und des § 73 die Ertheilung des Zeugnisses hier ohne Antrag vorgeschrieben sei. Die Denkschrift S. 66 läßt nicht erkennen, daß eine so exorbitante eigenthümliche Verpflichtung vorgeschrieben sein sollte, es sollte nur „ein Recht des Lehrlings auf Ertheilung eines Zeugnisses" statuirt werden. Anm. 1.
2. **Inhalt des Zeugnisses.** Das hier vorgesehene Zeugniß erstreckt sich auf die Dauer der Lehrzeit, die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten und auf das Betragen des Lehrlings. Die Vorschrift weicht in dieser Hinsicht ab von § 73. Es kann hier vom Prinzipal nicht verlangt werden, daß er lediglich die Dauer der Lehrzeit bescheinigen und die erworbenen Fähigkeiten oder das Betragen unberührt lassen soll. Vielmehr kann sich der Prinzipal auf den Standpunkt stellen, daß er entweder Alles oder gar nichts bescheinigt. Wohl aber kann im Einverständnisse mit dem Lehrling oder seinem gesetzlichen Vertreter der eine oder andere Punkt unbescheinigt bleiben (vergl. Anm. 1 a. E.). Die in Anm. 4 erwähnte Unverzichtbarkeit steht dem nicht entgegen. Dort handelt es sich um den Verzicht auf das Zeugniß überhaupt. Anm. 2.
3. **Auf Ausstellung oder Berücksichtigung des Zeugnisses kann der Gehilfe klagen.** Außerdem kann er wegen Weigerung der Berichtigung oder Ausstellung in den geeigneten Fällen Schadensersatz beanspruchen (vergl. Anm. 5 zu § 73). Auch dem Dritten haftet der Lehrling bei Ausstellung eines wahrheitswidrigen Zeugnisses nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung. Anm. 3.
4. **Die Bestimmung ist öffentlichen Rechtens** und deshalb unverzichtbar. Auch ein nachträglicher Verzicht ist deshalb unverbindlich (vergl. Anm. 6 zu § 73). Anm. 4.

§ 81.

Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, dürfen Handlungslehrlinge weder halten noch sich mit der Anleitung von Handlungslehrlingen befassen. Der Lehrherr darf solche Personen zur Anleitung von Handlungslehrlingen nicht verwenden.

Die Entlassung von Handlungslehrlingen, welche diesem Verbote zuwider beschäftigt werden, kann von der Polizeibehörde erzwungen werden.

Zufolge des Abs. 1 sind derartige Lehrverträge **nicht** ungültig. Im Sprachgebrauch des B.G.B., dem sich das neue H.G.B. angeschlossen hat, werden, wenn ein Akt derart verboten werden soll, daß der gleichwohl vorgenommene Akt unwirksam sein soll, die Worte „kann nicht" gebraucht; wenn aber nicht die Unwirksamkeit, sondern andere Nachtheile sich daran knüpfen sollen, wird „darf nicht" gesagt (vergl. Planck, Kommentar zum B.G.B. I S. 25; für das H.G.B. vergl. z. B. §§ 227, 230, 238, 274, 283, 287, 288, 301). Düringer u. Hachenburg I S. 253 behaupten die Nichtigkeit. Sie beziehen sich auf § 134 B.G.B. und darauf, daß die Durchführung des in Abs. 1 enthaltenen Verbots durch administrativen Zwang (§ 81 Abs. 2) und durch Strafdrohung (§ 82 Abs. 2) gesichert sei. Allein diese Gründe reichen nicht aus. Nach § 134 B.G.B. Anm. 1.

ist ein gesetzlich verbotenes Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt. Hier aber ergiebt sich aus der Fassung des Gesetzes ein Anderes. Administrativer Zwang und Polizeistrafen aber machen das verbotene Rechtsgeschäft nicht nothwendig ungiltig, wie das Beispiel der nicht konzessionirten Gastwirthschaft ergiebt. Auch geht es nicht an, den Vertrag einseitig für den Lehrling für unverbindlich zu erklären (so Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 155). Selbstverständlich aber besteht in solchem Fall ein wichtiger Grund zur einseitigen Aufhebung des Verhältnisses, und zwar für beide Theile. Der Lehrherr wird in solchen Fällen nach Analogie der §§ 70, 77 schadensersatzpflichtig sein. Auch die Polizei kann die Entlassung erzwingen. Gemeint ist hierbei die thatsächliche Entlassung. Der Zwang und die Rechtsmittel bestimmen sich hierbei nach Landesrecht.

§ 82.

Wer die ihm nach § 62 Abs. 1, 2 oder nach § 76 Abs. 2, 3 dem Lehrlinge gegenüber obliegenden Pflichten in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit oder Ausbildung gefährdenden Weise verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher entgegen der Vorschrift des § 81 Handlungslehrlinge hält, ausbildet oder ausbilden läßt.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift des Abs. 1:** Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Handlungsgehilfen und Lehrling in einer dessen Gesundheit, Sittlichkeit und Ausbildung gefährdenden Weise. Es muß zunächst der gleiche Thatbestand vorliegen, wie er den in Bezug genommenen Paragraphen zu Grunde liegt. Aber außerdem muß hinzukommen, daß die Pflichtverletzung in der bezeichneten Weise gefährdend war; nicht jede Verletzung der gedachten Fürsorgepflichten fällt darunter. Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit sind vorausgesetzt (vergl. Anm. 2).

Der Vorschrift unterfällt bloß der Lehrherr, nicht auch Derjenige, dem der Lehrherr die Ausübung dieser Pflichten überträgt. Die Materialien lassen, obgleich der Wortlaut Zweifel übrig läßt, erkennen, daß dies gewollt ist (Denkschr. S. 57; K.B. S. 45 flg.; so auch Düringer u. Hachenburg I S. 254).

Anm. 2. 2. **Die Strafvorschrift des Abs. 2** ist eine reine Polizeivorschrift. Wie alle Polizeidelikte setzt auch dieses mindestens Fahrlässigkeit voraus (Olshausen, Komm. z. Str.G.B. 5. Aufl. Bd. I 4. Abschn. Nr. 4a und Bd. II 29. Abschn. Nr. 2). Sie trifft den Lehrherrn, wenn er, obwohl nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte, einen Handlungslehrling in seinem Geschäfte anstellt, und wenn er den Handlungslehrling ausbilden läßt durch eine nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindliche Person, sie trifft aber in dem letzteren Falle auch die ausbildende Person.

§ 83.

Hinsichtlich der Personen, welche in dem Betrieb eines Handelsgewerbes andere als kaufmännische Dienste leisten, bewendet es bei den für das Arbeitsverhältniß dieser Personen geltenden Vorschriften.

Die Vorschrift ist überflüssig. Die Materie ist von uns bereits im § 59 abgehandelt (vergl. daselbst Anm. 13—15).

Siebenter Abschnitt.

Handlungsagenten.

§ 84.

Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

Vorbemerkung zum siebenten Abschnitt. Die folgenden Vorschriften enthalten zum ersten Male eine gesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten der Handlungsagenten. Noch bei der Berathung des alten H.G.B. hatte man eine solche gesetzliche Regelung abgelehnt, weil es sich um einen rechtlich nicht fixirten Begriff handle. Inzwischen hatte aber der geschäftliche Verkehr und die Rechtsprechung den Begriff derart fixirt und seine Rechtsverhältnisse derart geklärt, daß eine Kodifizirung der Grundsätze auf Schwierigkeiten nicht mehr stieß. Anm. 1.

Der vorliegende Paragraph giebt eine Begriffsbestimmung des Handlungsagenten und Vorschriften über die Pflichten desselben. Anm. 2.

1. **Die Begriffsbestimmung des Handlungsagenten.** Handlungsagent ist, wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen. Die Begriffsbestimmung entspricht im Wesentlichen derjenigen, welche schon für das frühere Recht das R.G. (31 S. 60) vertreten hat.

   a) **Er ist „betraut".** Aus diesem folgt an sich für die juristische Konstruktion nichts. Der Ausdruck bedeutet nur ein besonderes Vertrauensverhältniß. Unter welchen allgemeinen Begriff dasselbe fällt, darüber siehe unten Anm. 4. Anm. 3.

   b) Er ist **ständig** betraut, **ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein.** Hierin liegen die Unterschiede des Agenten vom Handlungsgehilfen und vom Makler. Anm. 4.

      α) Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag. Vom R.G. 31 S. 60 ist zwar der Satz aufgestellt, der Agenturvertrag sei kein Dienstvertrag, vielmehr erhalte der Agent einen Lohn für erzielte Erfolge. Allein er fällt unter den weiten Begriff des Dienstvertrages nach dem B.G.B. Unter diesen fallen ja auch Dienste höherer Art, die ein besonderes Vertrauensverhältniß voraussetzen, nicht etwa bloß Dienste, die den Dienstverpflichteten in ein Abhängigkeits- und Subordinationsverhältniß zum Berechtigten bringen. Auch der Arzt und der Rechtsanwalt sind hiernach Dienstverpflichtete. Was aber die Belohnung des Agenten betrifft, so wird derselbe nicht bloß für die erfolgreichen Vermittelungen und gemachten Abschlüsse belohnt. Der Inhalt seiner Stellung ist vielmehr die fortdauernde Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn, und die Erzielung von Geschäftsabschlüssen ist, wenn auch der vornehmste und hervorstechendste, so doch nicht der einzige Inhalt seiner Stellung. Dabei darf der Umstand nicht irreführen, daß der Lohn meist in Prozenten der abgeschlossenen Geschäfte geleistet wird. Einmal ist das nicht nothwendig der Fall und dann ist das nur eine Vergütungs-

modalität, die über den wesentlichen Inhalt dessen, was der Agent zu leisten hat, nicht hinwegtäuschen darf. Eine Verpflichtung zur Herbeiführung des Erfolges, wie der Werkmeister, also eine Verpflichtung zur Erzielung von Ordres, übernimmt der Agent jedenfalls nicht. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Makower S. 144 die Vorschriften über den Werkvertrag anwenden will. Es kommen vielmehr zur Anwendung die Regeln über den Dienstvertrag. Es ist ein Dienstvertrag über Geschäftsbesorgung nach § 675 B.G.B. (vergl. auch Düringer u. Hachenburg I S. 257).

Anm. 5. β) Seine Anstellung darf aber nicht die eines Handlungsgehilfen sein. Es ist also wesentlich, daß er nicht ein unselbstständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals bildet, sondern als selbstständiger Gewerbetreibender thätig wird. So auch Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 623. Aehnlich Düringer u. Hachenburg I S. 257, denen wir aber darin nicht folgen können, daß sie die größere Selbstständigkeit als Charakteristikum des Dienstvertrages „ohne feste Bezüge", die Unselbstständigkeit als Charakteristikum des Dienstvertrages „mit festen Bezügen" erblicken — § 622, 627 B.G.B. — Wir erachten diese Verknüpfung nicht für zutreffend. Vielmehr findet man die größere Selbstständigkeit oft auch bei Dienstverträgen mit festen Bezügen, so z. B. wenn der Arzt ein jährliches Fixum erhält (Hausarzt), wenn der Rechtsanwalt für seine Konsultationsthätigkeit ein jährliches Fixum erhält (Syndikus).

Anm. 6. Im Einzelfalle wird es oft Schwierigkeiten machen, festzustellen, ob die Stellung eines unabhängigen Agenten oder die eines abhängigen Handlungsgehilfen gewollt ist. Dazu werden Anhaltspunkte bilden die Erfahrung, daß der Agent regelmäßig gegen Provision, der Handlungsgehilfe regelmäßig gegen festes Gehalt angestellt ist, daß der Agent oft gleichzeitig für mehrere Firmen thätig ist, der Handlungsgehilfe nur höchst selten; daß der Agent meist an fremdem Orte domizilirt, der Handlungsgehilfe selten; daß der Agent seine Geschäftsunkosten selbst trägt, der Handlungsgehilfe nicht (Denkschr. S. 67).

Anm. 7. γ) Er muß ständig betraut sein, d. h. das Verhältniß muß als ein dauerndes gewollt sein (gleichgiltig, ob es auch lange dauert). Darin liegt der Unterschied vom Makler. Dieser ist Augenblicksvermittler, während der Agent in dauernde Beziehung zu seinem Geschäftsherrn tritt (vgl. auch Denkschr. S. 67, sowie Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 623). Unzutreffend ist es, wenn Düringer u. Hachenburg I S. 261 dem widersprechen und auf den sog. „Gelegenheitsagenten" hinweisen, der doch auch Agent sei. Als Gelegenheitsagent erscheint ihnen der, der allgemein dem Publikum seine Dienste als Vermittler zu Handelsgeschäften zur Verfügung stellt und dann gelegentlich für Den oder Jenen thätig wird. Allein das ist ja der Makler, und zwar, wenn es sich um Gegenstände des Handelsverkehrs handelt, der Handelsmakler, sonst der Civilmakler. Zum Begriff des Handelsmaklers gehört es aber nicht etwa, wie Düringer u. Hachenburg meinen, daß derselbe eine objektive und kontraktliche Stellung zu beiden Parteien einnimmt. Dieses Begriffsmerkmal stellt der § 93 nicht auf, nur soviel ergiebt sich aus den Einzelbestimmungen über den Handelsmakler, daß jene objektive Stellung die regelmäßige und gesetzliche Gestaltung des Verhältnisses ist, die aber durch Parteiabrede auch Aenderungen erfahren kann, ohne daß das Wesen der Sache alterirt würde (vergl. hierüber Exkurs zu § 92 Anm. 3). Infolgedessen ist es nicht zutreffend, wenn Düringer u. Hachenburg auf diesen Gelegenheitsagenten die Vorschriften über den Agenten analog anwenden wollen. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschriften ist hier kein Raum. Der von Düringer u. Hachenburg so genannte Gelegenheitsagent ist vielmehr der eigentliche Makler, und zwar Handelsmakler oder Civilmakler, je nachdem er Geschäfte über die in § 93 bezeichneten Gegenstände vermittelt oder über andere.

Anm. 8. c) **Geschäfte zu vermitteln oder im Namen eines Anderen abzuschließen**, ist der Agent betraut.

Aus diesem weiten Ausdruck folgt, daß es sich nicht bloß um den Absatz von Waaren handelt, sondern daß auch die Versicherungs-, Auswanderungs- und Transportagenten dazu gehören (Denkschr. S. 68). — Der Agent soll nur vermitteln oder im Namen eines Anderen abschließen, der Kommissionär unterscheidet sich von ihm dadurch, daß er im eigenen Namen abschließt. — Er soll vermitteln oder abschließen. Wann er die eine, wann die andere Funktion hat, muß der Einzelfall entscheiden. S. hierüber Exkurs zu § 85. Richtiger hieße es übrigens zu sagen, er soll entweder bloß vermitteln oder vermitteln und abschließen. — Der Abschlußagent kann auch abschließen unter Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten. Aber das braucht der Geschäftsherr nur gelten zu lassen, wenn er es gutheißt. Alsdann aber greift § 95 analog Platz (vergl. R.G. 38 S. 189; Düringer u. Hachenburg I S. 264).

d) **Für das Handelsgewerbe eines Anderen muß die Thätigkeit erfolgen.** Also muß der andere Theil Kaufmann sein. Wer von einem Nichtkaufmann ständig betraut ist, für ihn Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen, ist nicht Handlungsagent, z. B. nicht die Agenten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit. Denn diese betreiben überhaupt kein Gewerbe (vergl. Anm. 59 zu § 1). Indessen werden auf Agenten von Gewerbetreibenden, die nicht Kaufleute sind, die Vorschriften dis H.G.B. analoge Anwendung finden müssen (Düringer u. Hachenburg I S. 262). Anm. 9.

Ueber den Begriff des Handelsgewerbes s. Anm. 9 zu § 59: Es greift hier dasselbe Platz, wie bei der Definition des Handlungsgehilfen, insbesondere also darüber, ob ein Kaufmann nach § 2, ein Minderkaufmann nach § 4, und ob die Scheinkaufleute nach § 5 dazu gehören. Anm. 10.

e) **Gegen Vergütung** muß der Agent angestellt sein. Das ist in unserem Paragraphen zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus der Natur der Sache und aus § 88 hervor (vergl. auch K.B. S. 47: der Agent sei nicht Beauftragter nach §§ 662 ffg. B.G.B.). Anm. 11.

f) **Nicht gehört zum Begriff des Handlungsagenten, daß seine Thätigkeit an einem anderen Orte stattfindet, als dem Orte der Handelsniederlassung des Handlungshauses,** wenn das auch regelmäßig der Fall sein wird. Anm. 12.

2. **Ueber die Handlungsagenten ist an anderer Stelle bestimmt, daß sie Kaufleute sind.** Denn ihre Geschäfte bilden, gewerbsmäßig betrieben, ein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 Nr. 7). Es muß dies um so mehr hervorgehoben werden, als hieraus ebenfalls besondere Rechte und Verpflichtungen des Agenten folgen (er muß Handlungsbücher führen, seine Firma eintragen lassen, seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte, seine Gehilfen Handlungsgehilfen, seine Bevollmächtigten Handlungsbevollmächtigte u. s. w.). Wenn er als Kleingewerbetreibender im Sinne des § 4 zu betrachten ist, so ist der Agent allerdings Minderkaufmann. Anm. 13.

3. **Die Pflichten des Agenten.** Sie ergeben sich theils aus dem vorliegenden Paragraphen, theils aus den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag, theils daraus, daß der Agent Kaufmann ist. Anm. 14.

a) **Er hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.** Dies schreibt unser Paragraph vor. Hieraus folgt: er muß sorgfältig bemüht sein, Geschäfte zu vermitteln und event. abzuschließen. Dadurch unterscheidet er sich ebenfalls vom Makler, der eine Verpflichtung, für die Herbeiführung des Abschlusses bemüht zu sein, nicht übernimmt (Endemann I S. 95; vergl. bei uns Anm. 2 im Exkurse zu § 92). Ueber die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns s. zu § 347. Er muß aber bei der Vermittelung auch sorgfältig sein, besonders bei Kollisionsfällen zwischen seinem und des Geschäftsherrn Interesse dieses vorziehen (Düringer u. Hachenburg I S. 263), so besonders wenn es das Interesse des Geschäftsherrn erheischt, ein Geschäft nicht abzuschließen. Er muß daher die Kreditwürdigkeit des Kunden nach Möglichkeit prüfen (R.O.H. 22 S. 121; R.G. 18 S. 112; Denkschr. S. 68), und zwar nicht bloß bei Entrirung des Geschäfts; auch in der Folgezeit hat er dem Prinzipal alles zu be-

richten, was ihm an erheblichen Momenten für die Beurtheilung der Kreditwürdigkeit der Kunden bekannt wird (R.G. 18 S. 212; Bolze 17 Nr. 385). Das folgt aus der dauernden Beziehung, in die er zu dem Hause getreten ist, er ist „ständig betraut" und hat nach Abs. 2 unseres Paragraphen dem Geschäftsherrn die erforderlichen Anzeigen zu machen. Ueber die Pflicht und andererseits auch die Möglichkeit, sich in solchen Fällen zu exkulpiren, siehe unten Anm. 21.

Anm. 15. Das Delkredere aber hat er nicht ohne Weiteres, sondern nur wenn er es besonders übernimmt. Hat er es übernommen, so liegt darin eine Bürgschaft und nach den Regeln dieser ist zu beurtheilen, ob der Prinzipal zunächst den Kunden verklagen muß, ob Schriftlichkeit erforderlich ist (beides regelmäßig nicht, außer wenn der Agent Kleingewerbetreibender ist) — vergl. über alle diese Punkte die Erläuterung zu § 349, auch darüber, ob § 775 B.G.B. Platz greift (Verlangen des Agenten auf Befreiung gegen den Hauptschuldner).

Anm. 16. b) **Er muß dem Geschäftsherrn von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige machen.** Dies schreibt Abs. 2 unseres Paragraphen vor. Es bedeutet das natürlich nicht, daß stets unmittelbar nach dem Geschäftsabschluß eine Anzeige gemacht werden muß, wie etwa bei Ausführung von Börsenaufträgen. Regelmäßig wird es genügen, wenn er täglich die aufgenommenen Ordres dem Geschäftsherrn anzeigt, unter Umständen wird auch eine spätere Berichterstattung genügen, unter Umständen aber eine schleunigere erforderlich sein. Ueberhaupt bedeutet unverzüglich nicht dasselbe, wie „sofort", sondern ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 B.G.B.).

Anm. 17. c) **Der Agent hat die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen** und darf nur von ihnen abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Aber auch in diesem Falle hat er von der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, außer wenn mit dem Aufschube Gefahr im Verzuge ist (§§ 675, 665 B.G.B.).

Anm. 18. d) **Der Agent hat die Verpflichtung jederzeitiger Auskunftsertheilung.** (§§ 675, 665 B.G.B.). Die Pflicht der „Rechenschaftsablegung nach Ausführung des Auftrags" (§§ 675, 665 B.G.B.) ist jedenfalls hier nicht dahin aufzufassen, daß der Agent nach jedem Geschäftsabschluß ordentliche Rechnung mit Belägen legen muß. In angemessenen Zwischenräumen und soweit die Sachlage überhaupt außer den regelmäßigen Nachrichten über die eingelaufenen Ordres eine Rechenschaftslegung erfordert, wird dieselbe Seitens des Geschäftsherrn verlangt werden können.

Anm. 19. e) **Muß der Agent seine Dienste persönlich leisten?** Die Frage ist gemäß § 613 B.G.B. zu bejahen. Aber die Anstellung von Hilfspersonal wird oft der Natur der Sache und deshalb auch dem Vertrage entsprechen. — Für das befugterweise engagirte Hilfspersonal haftet der Agent nach § 278 B.G.B. — Bedient er sich zum Geschäftsabschlusse eines Maklers, so haftet er auch für diesen und hat ihn auch seinerseits zu belohnen Das Verhältniß liegt hier anders wie bei einer Mehrheit von Maklern (so zutreffend Düringer u. Hachenburg I S. 258).

Anm. 20. f) **Ein Konkurrenzverbot während der Dauer des Verhältnisses ist nicht erlassen.** Der Agent ist, wie die Denkschrift S. 69 richtig hervorhebt, von vornherein auf die Uebernahme weiterer Agenturen oder auf einen sonstigen Handelsbetrieb angewiesen. In manchen Fällen wird er sogar, um dem Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten, genöthigt sein, gleichzeitig mehrere Produzenten oder Großhändler zu vertreten, deren Waaren, wenn sie auch bestimmte Unterschiede aufweisen, doch derselben Gattung angehören (Denkschr. S. 69; vergl. den Berliner Handelsgebrauch bei Fahrradagenten, Dove u. Apt I S. 50). Damit ist jedoch dem Agenten nicht aller und jeder Konkurrenzbetrieb gestattet. Die Grenze dieser Freiheit ist durch § 84 gezogen: er muß sich der Konkurrenz enthalten, sobald sie dazu geeignet ist, die Interessen seines Handlungshauses zu verletzen (vgl. auch Bolze 3 Nr. 635). Bedenklich ist es, wenn Düringer u. Hachenburg I S. 263 dem Agenten die Pflicht auferlegen, den Geschäftsherrn jedenfalls dann vorher zu unterrichten, wenn die Frage zweifelhaft ist, ob die

neue Vertretung nicht mit der ersten kollidirt. Bei der Selbstständigkeit der Stellung des Agenten wird man ihm im Gegensatz dazu das Recht geben, diesen Zweifel selbst und auf eigenes Risiko zu entscheiden, und in der mangelnden Anfrage keine Pflichtverletzung erblicken. Das Vertrauensverhältniß zum Geschäftsherrn ändert daran nichts, verpflichtet ihn vielmehr nur dazu, den Kollisionsfall sorgfältig zu erwägen und nur dann die neue Vertretung zu übernehmen, wenn sie nach gewissenhafter Prüfung das Interesse des Geschäftsherrn nicht verletzt.

4. **Die Beweislast, daß er überall die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet hat,** hat der Agent (Bolze 17 Nr. 385). Es braucht ihm nur nachgewiesen zu werden, daß durch seine Thätigkeit ein Schaden entstanden ist (R.O.H. 6 S. 215). Dies folgt aus seiner Rechenschaftspflicht. Insbesondere hat er sich hiernach zu exkulpiren, wenn der Käufer bald nach Abschluß des Kaufes zahlungsunfähig geworden ist (R.O.H. 14 S. 400). So entschuldigt sich z. B. der Agent, der Gerüchte über eine schlechte Vermögenslage des Kunden dem Geschäftsherrn nicht mittheilt, genügend, wenn er beweist, daß er nach Lage der Sache voraussetzen konnte, diese Gerüchte würden auf den Entschluß des Machtgebers keinen Einfluß haben (Bolze 15 Nr. 311). Anm. 21.
5. **Verletzt der Agent seine Pflichten,** so hat er den Prinzipal zu entschädigen (vgl. unsere Erläuterung zu § 347 über die Verpflichtung zur Entschädigung bei Verletzung von Vertragspflichten). Die Schadensersatzpflicht bezieht sich nur auf den Ersatz desjenigen Schadens, der mit seiner Pflichtverletzung zusammenhängt (vgl. hierüber R.G. 12 S. 17). Er hat hiernach nicht das Erfüllungsinteresse, sondern das negative Vertragsinteresse zu vertreten, wenn er dem Geschäftsherrn fälschlicherweise gestellte Vertragsbedingungen durch den Gegenkontrahenten vorspiegelte (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 269). Die Rechte gegen den falsus procurator sind dem Prinzipal gegen den Agenten nicht gegeben (R.G. 12 S. 17). Anm. 22.
6. **Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Agenten** ist regelmäßig der Ort seiner Handelsniederlassung (vgl. § 269 Abs. 2 B.G.B.). Für die Verpflichtungen des Geschäftsherrn ist dieser Ort nicht maßgebend. (Hierüber Anm. 13 zu § 88.) Anm. 23.

Zusatz 1. Außer seinen Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn hat der Agent noch andere Pflichten. Anm. 24.

1. **Die öffentlichrechtliche Pflicht der Buchführung** liegt ihm ob, wenn er Vollkaufmann ist (vergl. oben Anm. 13). In diesem Falle hat er ferner seine Firma eintragen zu lassen.
2. **Auch gegenüber der anderen Partei hat der Agent Verpflichtungen.** Zu ihr steht er zwar in keinem Vertragsverhältniß und auch dadurch tritt er zu ihr in kein solches, daß er von ihr auf ihre Initiative einen Auftrag erhält; er handelt auch in solchem Falle als Mandatar seines Handlungshauses (R.G. 12 S. 17). Jedoch tritt er, wenn auch außerkontraktlich, in nahen Verkehr zur Gegenpartei und kann auch dieser gegenüber schadensersatzpflichtig werden nach den Grundsätzen der außerkontraktlichen Haftung (vgl. z. B. Bolze 19 Nr. 228), oder auch als Pseudostellvertreter, wenn er sich als zum Abschluß bevollmächtigt ausgegeben hat (R.G. 12 S. 17). Näheres über diese letztere Haftung Exkurs zu § 58 Anm. 39 ff. Anm. 25.

Zusatz 2. Uebergangsfragen. Für diejenigen Agenten, die am 1. Januar 1900 in ihrer Stellung sind, gilt über ihr rechtliches Verhältniß zu ihren Geschäftsherren zunächst das frühere Recht. Von dem Augenblicke ab, wo sich das betreffende Verhältniß fortsetzt, obgleich es nach den Grundsätzen des früheren Rechts — sc. mit gesetzlicher oder vertraglicher Frist — wenn auch nur von einer Seite aufgekündigt werden konnte, tritt das Verhältniß für beide Theile unter die Herrschaft des neuen Rechts (Art. 170 und 171 des Einführungsgesetzes zum B.G.B.). Dabei gilt als Kündigung lediglich das, was man früher unter Kündigung verstand, d. h. nicht die erst vom B.G.B. und dem neuen H.G.B. so genannte „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist". Dadurch also, daß ein Theil von einem wichtigen Rücktrittsgrunde keinen Gebrauch macht, tritt das Verhältniß nicht unter das neue Recht, wohl aber, wenn von einem auf Vereinbarung beruhenden oder von Gesetzeswegen zustehenden, jederzeitigen Kündigungsrecht kein Gebrauch gemacht wird (Lehmann in G.Z. 48 S. 22). — Für die Agenten wird auf Grund dieser Regelung Anm. 26.

wohl allgemein das neue Recht alsbald in Geltung treten, da ja früher eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht bestand, das Verhältniß also jederzeit aufgelöst werden konnte. — Exklusive, also ohne Rücksicht auf eine unterlassene Kündigung sofort in Kraft tretende und daher auch in bestehende Verträge eingreifende gesetzliche Bestimmungen enthält dieser Abschnitt nicht (Düringer u. Hochenburg I S. 259).

§ 85.

Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittelung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntniß erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph giebt eine Spezialbestimmung für die Geschäftsabschlüsse des Vermittelungsagenten.**

1. **Vorausgesetzt ist, daß das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit dem Dritten abgeschlossen ist.** Die Vorschrift ist also nur gegeben für den Fall, daß ein bloßer Vermittelungsagent als Bevollmächtigter handelt, seine Befugnisse also überschreitet (Denkschr. S. 70), wobei als bloßer Vermittelungsagent jeder Agent gilt, der nicht Vollmacht zum festen Abschluß Namens des Prinzipals hat. Ob der Agent den Mangel seiner Vollmacht kannte oder nicht, ob er abschloß, weil er annahm, daß der Prinzipal sicher zufrieden sein und den Abschluß daher genehmigen werde, oder ob er aus Leichtfertigkeit Namens des Prinzipals abschloß, auf alles das kommt es hier nicht an. Entscheidend ist allein, daß er Namens des Prinzipals abschloß ohne Abschlußvollmacht. Für den andern Fall, daß er die Ordre auch nur als Vermittler aufgenommen hat, ist diese Vorschrift nicht gegeben. Hierüber s. unten Anm. 4.

Anm. 2. 2. **Vorausgesetzt ist ferner, daß der Agent dem Geschäftsherrn von dem Abschlusse Kenntniß gegeben hat.** Wenn er diese seiner Verpflichtung zuwider unterlassen oder verzögert hat, so fällt das Präjudiz fort oder aber die Pflicht zur unverzüglichen Erklärung des Prinzipals datirt erst von der Anzeige.

Anm. 3. 3. **Das Geschäft gilt als genehmigt** und zwar so, wie der Agent es abgeschlossen hat, gleichviel, ob derselbe alle Bedingungen dem Geschäftsherrn mitgetheilt hat oder nicht. Düringer u. Hachenburg I S. 265 gehen umgekehrt davon aus, daß die Genehmigung nur dann als erfolgt gilt, wenn ihm alle „wesentlichen" d. h. in ihrem Sinne alle erheblichen Bedingungen des Geschäfts, deren Genehmigung nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden darf, mitgetheilt sind. Allein aus den Worten des Gesetzes ergiebt sich diese Einschränkung nicht, und der durch die Vorschrift erstrebte Schutz würde ungenügend sein, wollte man diese Einschränkung gelten lassen. Das Geschäft gilt aber nicht als genehmigt, wenn der Geschäftsherr unverzüglich nach Empfang der Anzeige dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne. (Gründe anzugeben ist der Geschäftsherr nicht verpflichtet.) Es liegt in dieser Bestimmung eine Abänderung der im § 177 B.G.B. enthaltenen Regelung der Folgen des Handelns eines Pseudovertreters. Die Abänderung liegt aber lediglich darin, daß der Geschäftsherr, nachdem er die Anzeige von dem Abschlusse des Geschäfts erhalten, sofort anzeigen muß, daß er ablehne, widrigenfalls er genehmigt hat, während nach § 177 B.G.B. ihm eine solche Erklärungspflicht nicht obliegt, er vielmehr die Anzeige von dem Vertragsabschlusse durch den Pseudovertreter ignoriren und sich auf den Standpunkt stellen kann, der Geschäftsabschluß gehe ihn nichts an, da er dazu keine Vollmacht ertheilt habe. Nicht geändert ist die weitere Bestimmung des § 177 B.G.B., daß, wenn der Dritte den Prinzipal zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, die Genehmigungserklärung nur ihm gegenüber, d. h. durch eine ihm zugehende Erklärung erfolgen kann; und nicht geändert ist ferner § 178 B.G.B., wonach der Dritte, der den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, den Vertrag widerrufen kann bis zur ordnungsmäßig erklärten Genehmigung durch den Prinzipal. Diese letztere aber liegt hier in der Verzögerung der

Ablehnung. — Darauf, daß das Geschäft als genehmigt gilt, kann sich nicht bloß der Kunde, sondern auch der Geschäftsherr berufen.

Lehnt der Geschäftsherr das Geschäft ab, so haftet der Agent dem Kunden als Pseudovertreter (vergl. hierüber Anm. 39 flg. im Exkurse zu § 58).

Zusatz. Der vorliegende Paragraph behandelt nur einen ganz bestimmten Fall, nämlich den, daß der Agent als Bevollmächtigter gehandelt (Denkschr. S. 70) und als solcher im Namen des Geschäftsherrn das Geschäft fest abgeschlossen hat. War nun der Agent, der solchergestalt das Geschäft fest abgeschlossen hat, zu solchem Abschlusse nicht bevollmächtigt, so soll hinsichtlich der Genehmigung des Geschäftsherrn die im § 85 gegebene Sondervorschrift gelten. Mit dieser Vorschrift wollte der neue Gesetzgeber einem Verkehrsbedürfnisse entsprechen. Indessen ist damit derjenige Fall nicht getroffen, der sich am häufigsten ereignet und dessen gesetzliche Regelung deshalb noch dringender gewesen wäre. Diejenigen Agenten nämlich, welche nicht Abschlußvollmacht haben, haben doch, wie die Erfahrung lehrt, ihre Funktion als Vermittler in bestimmter Weise auszuüben: sie sollen den Kunden aufsuchen, ihn zum Geschäfte bewegen und, wenn sie auch nicht abschließen sollen, so sollen sie doch wenigstens das Geschäft derart perfekt machen, daß der Kunde gebunden und nur noch die Genehmigung des Geschäftsherrn vorbehalten wird. Dem Verfasser der Denkschrift war diese Verkehrsgestaltung auch nicht unbekannt. Auf S. 70 sagt er: „Sie haben meistens nur den Auftrag, die erlangten Bestellungen dem Geschäftsherrn zu übermitteln; ein bindendes Geschäft kommt für den Letzteren erst durch die Bestätigung der überschriebenen Ordre zu Stande." So verfahren denn auch die Agenten. Sie bewegen die Kunden zum Abschlusse und nehmen die Ordres, die Bestellungen entgegen. Hat der Agent nicht Abschlußvollmacht, so wird gleichwohl abgeschlossen, aber mit dem stillschweigenden Vorbehalt, daß der Geschäftsherr das Geschäft genehmigt. Auch in solchem Falle aber bedarf der Kunde desjenigen gesetzlichen Schutzes, den ihm der § 85 ertheilt, und auf Grund freier Beurtheilung der in Frage kommenden Rechts- und Sachlage ist er ihm zu gewähren. Es gilt hierüber Folgendes: Anm. 4.

Auch in den Fällen, wo der Agent nicht definitiv Namens des Geschäftsherrn abschließt, sondern nur in der Weise, daß er eine bindende Offerte des Dritten entgegennimmt, muß dasselbe gelten, wie dies § 85 bestimmt. Auch in diesem Falle kann der Kunde davon ausgehen, daß der Geschäftsherr das Geschäft ablehnen werde, wenn er es nicht genehmigen will. Der Agent ist ja nur dazu bestellt, um fortgesetzt Ordres anzunehmen, und im Regelfall handelt es sich hierbei nur um die Erzielung des Konsenses des Kunden. Auch hier wird nach den Anschauungen des Verkehrs angenommen, daß, wenn das Handlungshaus nicht alsbald nach der Anzeige die Ordre ablehnt, dieselbe als genehmigt gilt. Der Agent ist in solchem Falle Vertreter des Geschäftsherrn in der Entgegennahme der Offerte (R.G. vom 14. Dezember 1898 in J.W. 1899 S. 50). Das neue H.G.B. hat durch die Vorschrift des § 85 an diesem, von uns schon für das frühere Recht eingenommenen Standpunkte nichts ändern wollen. Es hat nur für einen bestimmten Fall eine bestimmte Regel gegeben. Ein Anhalt dafür, daß die analoge Regel für einen ähnlichen Fall nicht gelten solle, findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht.

Ueber den Inhalt eines in dieser Weise zu Stande gekommenen Geschäfts s. den Exkurs zu § 85.

Exkurs zu § 85.

Rechtslage der Parteien, je nachdem der Agent Abschlußvollmacht hat oder nicht.

1. **Hat der Agent Abschlußvollmacht**, dann ist er Handlungsbevollmächtigter im Sinne der §§ 54 flg. Alle dort gegebenen Regeln gelten auch hier (Denkschr. S. 69). Vergl. jedoch § 86. Anm. 1.

Eine Vermuthung dafür, daß der Agent Abschlußvollmacht hat, ist vom Gesetz nicht aufgestellt (Denkschr. S. 69). Es ist von Fall zu Fall zu beurtheilen, ob nach den im Anm. 2.

§ 54 aufgestellten Regeln das Vorhandensein einer Handlungsvollmacht vorliegt oder nicht. Die Waarenverkaufsagenten und die Versicherungsagenten sind meist nur Vermittelungsagenten (Denkschr. S. 69; R.O.H. 5 S. 169; 19 S. 86). In der Bezeichnung des Agenten als Vertreter liegt nicht ohne Weiteres die Ertheilung einer Handlungsvollmacht. Das ist nur ein ungenauer Ausdruck (Volze 11 Nr. 210; Cosack S. 243).

Anm. 3. Hat der Agent Abschlußvollmacht, so muß der Prinzipal die Abschlüsse, die der Agent macht, gegen sich gelten lassen. Sie sind ohne Weiteres für ihn gemacht, natürlich nur innerhalb des Rahmens, den solche Handlungsvollmacht gewöhnlich hat. Wo es auf die Kenntniß oder das Kennenmüssen ankommt, muß der Prinzipal nach § 166 B.G.B. das Kennen oder Kennenmüssen des Abschlußagenten gegen sich gelten lassen. Das wird besonders wichtig beim Abschlusse von reinen Differenzgeschäften: alle diejenigen Momente, die der Abschlußagent kannte oder kennen mußte, muß der Prinzipal für die Beurtheilung gegen sich gelten lassen.

Anm. 4. 2. **Hat der Agent keine Abschlußvollmacht,** ist er nur Vermittelungsagent, so darf er nicht abschließen, sondern nur vermitteln. Hat er dennoch im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen, so haftet er als Pseudovertreter (vergl. Exkurs zu § 58 Anm. 39 ffg.) und der Prinzipal haftet, wenn die Voraussetzungen des § 85 vorliegen, und natürlich erst recht, wenn er das Geschäft ausdrücklich genehmigt. Auch hierbei gilt das Geschäft so, wie er es abgeschlossen hatte; es wird nachträglich so angesehen, als wäre der Agent in der That zum Abschluß bevollmächtigt gewesen.

Anm. 5. Aber auch dann, wenn der Agent nicht im Namen des Prinzipals fest abgeschlossen hatte, sondern nur die bindende Offerte des Dritten entgegengenommen und die Genehmigung des Geschäftsherrn vorbehalten hat, wird das Geschäft für den Geschäftsherrn verbindlich, wenn er nicht unverzüglich ablehnt, wie wir dies im Zusatze zu § 85 auseinandergesetzt haben (vergl. Anm. 4 zu § 85). Und auch in diesem Falle muß der Prinzipal das Geschäft so gegen sich gelten lassen, wie es der Agent abgeschlossen hatte, vorausgesetzt nur, daß es im Rahmen derjenigen Handelsthätigkeit liegt, die ein Agent dieser Art entwickelt. Deshalb muß der Geschäftsherr auch die Geschäftsbedingungen, die der Agent mit dem Kunden besprochen hat, gegen sich gelten lassen, und auch das Kennen und Kennenmüssen von Umständen, die dem Agenten bekannt waren oder bekannt sein mußten, muß der Prinzipal gegen sich gelten lassen. Es folgt das daraus, daß der Agent dazu bestellt ist, um fortgesetzt den Verkehr mit dem Kunden zu pflegen und besonders, um mit ihm über die Geschäftsbedingungen zu verhandeln und die Offerten des Kunden als Vertreter des Prinzipals entgegenzunehmen (vergl. die Entscheidung des R.G. in Anm. 4 zu § 85). Auch für das frühere Recht hat das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen (vergl. z. B. R.G. 30 S. 28; 30 S. 214; Volze 17 Nr. 478; R.G. vom 26. März 1898 in J.W. S. 360) ausgesprochen: Der Prinzipal müsse die vom Agenten vermittelten Aufträge so gegen sich gelten lassen, wie sie nach den mit den Agenten gepflogenen Verhandlungen nur gemeint sein können, auch wenn der Agent nicht Vollmacht zum Abschlusse hatte. Aber natürlich darf die Sache nicht so liegen, daß der Gegenkontrahent gewußt hat, daß das vom Agenten Erklärte dem Willen des Prinzipals widersprach (R.G. 36 S. 43).

Anm. 6. **Zusatz: Welcher Ort entscheidet über den Umfang der Vertretungsmacht des Agenten?** Der Ort, wo der Verkehr des Dritten mit dem Agenten stattfindet (R.G. 38 S. 196).

§ 86.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders ertheilt ist.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

Der vorliegende Paragraph giebt einige besondere Vorschriften über die Vollmacht des Agenten.

1. **Der Paragraph bezieht sich nur auf den Platzagenten.** Das ergiebt § 87. Unter dem Platzagenten ist Derjenige zu verstehen, der eine feste Handelsniederlassung hat und von dieser aus thätig wird. Er muß nicht gerade bloß am Orte dieser Handelsniederlassung thätig sein. Immerhin muß seine Thätigkeit von jener Niederlassung aus erfolgen, und nicht eine ambulante sein, wie die des Reisenden (vergl. Düringer und Hachenburg I S. 266). Anm. 1.

2. **Abschlußvollmacht hat der Agent nur dann, wenn sie ihm besonders ertheilt ist** (vergl. den Exkurs zu § 85). Aber sowohl der Abschlußagent, wie der bloße Vermittelungsagent haben Vollmacht zur Annahme von Zahlungen, wie zur Ertheilung von Stundungen nur dann, wenn dieselbe besonders ertheilt ist. In der Abschlußvollmacht allein liegt sie also nicht. Die besondere Ertheilung ist nicht nothwendig ausdrückliche Ertheilung; es müssen nur besondere Umstände sein, aus welchen die hier gemeinte Vollmacht geschlossen wird. Die im § 54 aufgestellten Regeln gelten auch hier. Anm. 2.

   Beispiel: R.O.H. 9 S. 104; 13 S. 211: er hat Inkassovollmacht, wenn er sich mit Wissen des Prinzipals gerirt, als habe er ein allgemeines Inkassomandat; R.O.H. 19 S. 123: Die wiederholte Einziehung von Beträgen gegen Wechsel oder quittirte Rechnung reicht nicht aus, um eine stillschweigende Vollmachtsertheilung anzunehmen. Zur Empfangnahme von zur Disposition gestellten Waaren wird man den Agenten dann für bevollmächtigt halten müssen, wenn er zur Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt ist: das Vertrauen nach der einen Richtung darf der Kunde auch auf die andere Richtung beziehen, ebenso dann, wenn der Agent ein ständiges Lager unterhält, von welchem aus die Aufträge effektuirt werden (Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 61). Anm. 3.

3. **Die Mängelanzeige und ähnliche Anzeigen** (Wahlanzeige, Fristsetzungen u. s. w.) können jedem Handlungsagenten gegenüber wirksam abgegeben werden, er mag Abschlußvollmacht haben oder nicht, er mag anwesend sein oder nicht (anders beim reisenden Agenten, vergl. zu § 87) und es mag sich endlich um Geschäfte handeln, die der Agent vermittelt hat, oder nicht. Damit hat das neue H.G.B. eine zuerst von uns konstatirte Anschauung des Handelsverkehrs gesetzlich sanktionirt (vergl. 5. Aufl. S. 151). Dispositionsstellungen gut zu heißen, ist er allerdings nicht berechtigt (R.O.H. 5 S. 106; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 179), auch nicht Erklärungen der gedachten Art abzugeben, sondern eben nur sie entgegenzunehmen. Anm. 4.

§ 87.

Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender thätig, so finden die Vorschriften des § 55 Anwendung.

Soweit der Handlungsagent Abschlußvollmacht hat, soweit ist er Handlungsbevollmächtigter. **Wird er zum Reisen verwendet,** so ist er eben Handlungsreisender im Sinne des § 55. Der § 87 ist nur nöthig geworden wegen des § 86, weil bei seinem Fehlen angesichts des § 86 hätte angenommen werden können, daß auch der reisende Agent zur Annahme von Zahlungen und zur nachträglichen Bewilligung von Stundungen überhaupt nicht befugt ist. Er ist es aber gemäß des § 87 hinsichtlich der von ihm abgeschlossenen Geschäfte. Dabei geht das Gesetz offensichtlich auch hier davon aus, daß der reisende Agent, ebenso wie der Handlungsreisende, zum Abschluß von Geschäften bevollmächtigt ist. Soweit dies im Einzelnen nicht der Fall ist, insoweit fällt auch die Inkassovollmacht fort; das Gleiche gilt von der Bewilligung von Zahlungsfristen. Anm. 1.

— Reicht hiernach die Legitimation des reisenden Agenten regelmäßig weiter, als die des Platzagenten, so ist in Bezug auf die Entgegennahme von Erklärungen gewisser Art seine Befugniß enger. Denn dem reisenden Agenten können, wie § 55 ergiebt, solche Erklärungen nur, wenn er anwesend ist, giltig abgegeben werden, welche Einschränkung beim Platzagenten nicht gilt.

§ 88.

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein Anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrages erworben.

Ist die Ausführung eines Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres statt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph und der folgende behandeln den Provisionsanspruch des Agenten,** der vorliegende den Normalfall, der folgende den Fall des Bezirksagenten. Dabei ist zu erwähnen, daß die Vergütung des Agenten nicht nothwendig eine Provision, d. h. ein Prozentsatz des vermittelten Geschäfts zu sein braucht. Es ist das nur die regelmäßige Gestaltung des Falls. Es kann auch eine Tantieme vereinbart werden (vergl. Anm. 4 zu § 91), auch ein Gehalt, obwohl dies schon seltener ist und mehr auf ein Abhängigkeitsverhältniß hindeutet (vergl. Anm. 5 zu § 84), es kann ihm auch eine Mindestsumme garantirt werden. Es kann umgekehrt auch der Agent einen Mindestumsatz garantiren. Kurzum, es sind die mannigfachsten Gestaltungen denkbar und zulässig und der vorliegende Paragraph regelt nur einen, allerdings den häufigsten Fall der Vergütung.

Im vorliegenden Paragraphen wird gehandelt 1. über die Existenzbedingungen des Provisionsanspruchs (Abs. 1 und 2), 2. über die Höhe der Provision (Abs. 3), 3. über die Abrechnung (Abs. 4). Außerdem wird 4. im ersten Absatz betont, daß alles das nur gilt, wenn nichts anderes vereinbart ist. **Provisionspflichtig ist der Geschäftsherr,** nicht die Gegenpartei.

Anm. 1. 1. **Die Existenzbedingungen des Provisionsanspruchs.** Die Provision ist ein Antheil am Geschäftsgewinn und zwar an dem Gewinne des einzelnen Geschäfts. Der Anspruch setzt also voraus, daß das Geschäft durch die Thätigkeit des Agenten zu Stande gekommen und daß es ausgeführt ist. Nach dem Erfolge wird er belohnt, nicht nach seiner Mühe, wenn auch für die Mühe. Daraus folgt:

a) **Regelmäßig ist Voraussetzung des Provisionsanspruchs, daß das Geschäft durch die Thätigkeit des Agenten zu Stande gekommen und daß es zur Ausführung gelangt ist.** Durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen bedeutet: durch ihn vermittelt oder aber geschlossen, so daß (anders Makower S. 149) diejenigen Geschäfte nicht darunter fallen, welche ohne seine Mitwirkung mit den durch ihn zugeführten Kunden abgeschlossen werden; sog. Nachordres (vergl. Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 22). Diese fallen unter die direkten Geschäfte und sind nur unter besonderen Voraussetzungen

provisionspflichtig. (Siehe unten Anm. 10 u. § 89.) — Zur Ausführung gelangt ist das Geschäft, wenn derjenige Erfolg, welcher von der Thätigkeit des Agenten erwartet wurde, eingetreten ist. Bei dem Versicherungsagenten ist es der Abschluß des Versicherungsvertrages; die Erfüllung desselben, die einzelnen Prämienzahlungen gehören nicht dazu. Für Verkaufsagenten stellt das Gesetz zur Abschneidung früherer Zweifel, aber im Anschluß an frühere Handelsgebräuche (vergl. unsere 5. Aufl. S. 153; auch Dove u. Apt I S. 43 flg.) den Satz auf, daß im Zweifel der Eingang der Zahlung die Ausführung des Geschäfts bedeutet. Erst durch diese Thatsache ist der Provisionsanspruch „erworben", also existent geworden. Der Eingang der Zahlung bedeutet also nicht etwa den Zeitpunkt der Fälligkeit, sondern die Bedingung der Entstehung des Anspruchs. Indessen liegt vorher schon ein bedingter Anspruch vor. Makower S. 149 hält diese Auslegung nur für wahrscheinlich, wir zweifeln nicht an ihrer Richtigkeit. Denn die neuen Vorschriften über die Handlungsagenten sollten nur die Anschauungen des Handelsstandes gesetzlich fixiren. Das aber wäre ein Bruch mit feststehenden Anschauungen des Handelsstandes, wollte man dem Agenten von demjenigen Geschäfte, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist, nicht wenigstens einen bedingten Anspruch auf Vergütung gewähren, bedingt durch die Ausführung. Das würde zu unbilligen Konsequenzen führen, an die der Handelsstand nicht gedacht hat. So würde z. B. der Agent von denjenigen Geschäften, die er während seines Vertragsverhältnisses abgeschlossen hat, die aber nach Beendigung seines Vertrages erst ausgeführt werden, keinen Provisionsanspruch haben! (Vergl. auch Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 19, 20.) Durch die Ausführung des Geschäfts wird der Provisionsanspruch ein unbedingter. (Fällig wird er damit noch nicht immer; vergl. hierüber unten Anm. 9.)

Geht der Betrag zum Theil ein, so ist der entsprechende Theil des Provisions- Anm. 2.
anspruchs unbedingt zur Entstehung gelangt, auch wenn feststeht, daß der Rest wegen Insolvenz des Schuldners überhaupt nicht eingehen wird (Denkschrift S. 71; anders früher Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 48 u. 50). Hat der Prinzipal Stundung ertheilt, so gilt nichts Anderes (vergl. jedoch Anm. 5). Auf Baarbefriedigung kommt es nicht an; nimmt der Prinzipal andere Befriedigungsmittel an, so ist dies seine Sache, der Agent hat seine Provision in baar zu fordern (Bolze 8 Nr. 428), außer wenn das Haus eigene Waare an Zahlungsstatt zurücknimmt, weil der Kaufpreis doch nicht zu erlangen ist; das ist wirthschaftlich keine Befriedigung. Wird der Kaufpreis durch Aufrechnung getilgt, so entsteht der Provisionsanspruch (Düringer u. Hachenburg I S. 270).

b) **Ausnahmsweise wird die Provision verdient trotz Nichtausführung des Geschäfts,** Anm. 3.
nämlich, wenn die Ausführung ganz oder theilweise unterblieben ist, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist.

α) Das Zustandekommen des Geschäfts ist auch hier Voraussetzung. Insoweit ist der Geschäftsherr Herr des Geschäfts in jedem Falle. Er kann sich nach seinem freien Ermessen entscheiden, ob er das Geschäft acceptiren will oder nicht, insofern es der Agent nicht etwa schon rechtsgiltig abgeschlossen hat.

β) Aber wenn das zu Stande gekommene Geschäft in Folge des Ver- Anm. 4.
haltens des Geschäftsherrn ohne wichtige Gründe in der Person des Gegenkontrahenten nicht ausgeführt wird, so wird der Provisionsanspruch existent trotz Nichtausführung des Geschäfts. Ein solcher wichtiger Grund ist z. B. Zahlungsunfähigkeit des Kunden. Auch begründete Zweifel an der Solvenz, z. B. veranlaßt durch eine ungenügende Auskunft, genügen, sollte sich auch nachträglich herausstellen, daß die Zweifel objektiv nicht begründet waren. Auch das wird genügen, wenn der Kunde aus früheren Fällen als Chikaneur bekannt ist.

Dagegen ist die Provision verdient, wenn der Prinzipal die Ausführung aus Anm. 5.
Willkür unterläßt, oder wenn die Ausführung durch seine Schuld unterbleibt, z. B. wegen Zuspätlieferung oder wegen mangelnder Erfüllung oder, wenn der Betrag

nicht eingeht in Folge verschuldeter Stundungsertheilung oder weil er im Einverständniß mit dem Gegenkontrahenten das Geschäft freiwillig rückgängig macht (ohne daß in der Person des Gegenkontrahenten hierzu Gründe vorliegen, vergl. oben Anm. 2, z. B. aus Gefälligkeit für den Kunden). Ueber Vergleich siehe unten Anm. 7.

Anm. 6. Weiter aber kann man nicht gehen: Unterbleibt die Ausführung in Folge eines unglücklichen Zufalls in der Person des Geschäftsherrn (z. B. wegen Unmöglichkeit der Ausführung in Folge unvorhergesehenen Streiks oder wegen Ueberschwemmung oder wegen Verkehrshindernissen oder wegen unverschuldeter Stundung), so ist die Provision nicht verdient. Man würde mit der gegentheiligen, von Düringer u. Hachenburg (I S. 27) vertretenen Ansicht die Absichten des Gesetzes nicht treffen. Denn nur vor Willkür oder sonstiger Schuld des Geschäftsherrn sollte der Agent behütet werden (vergl. R.G. 36 S. 200; auch Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 41, 43, 48, 49). Auch scheint uns der Wortlaut für unsere Ansicht zu sprechen: Denn die Worte „in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn" sollen doch wohl bedeuten, daß das Verhalten des Geschäftsherrn die Nichtausführung verschuldet habe.

Anm. 7. γ) Die Beweislast, daß Umstände vorliegen, welche trotz unterbliebener Ausführung die Provisionspflicht begründen, hat der Agent. Man muß hierbei überall davon ausgehen, daß der Prinzipal nicht ohne triftigen Grund die Ausführung unterlassen oder verhindern wird. Hat er nicht effektuirt, hat er Stundung ertheilt, hat er sich über den Kaufpreis verglichen, so ist in allen diesen Fällen der Agent beweispflichtig, daß alles dies ohne wichtigen Grund in der Person des Kunden geschehen ist. (Wegen des Vergleichs siehe R.-G. vom 6. Juni 1898 im Sächsischen Archiv 8 S. 448.) Vergl. auch unsere Allgem. Einl. Anm. 60.

Anm. 8. 2. (Abs. 3.) **Die Höhe der Provision** richtet sich nach der Vereinbarung, eventuell nach der Ueblichkeit. Der letztere Maßstab wird wohl selten eintreten, da in diesem Punkte meist Vereinbarungen erfolgen.

Von welchem Betrage aber ist die Provision zu fordern? Vom Nettobetrage. Decorts und Skonti kommen bei der Berechnung der Provision in Abzug. (Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 52.) Das Gleiche gilt von der Fracht, wenn der Prinzipal die Fracht zu zahlen hat; auch diese kommt in Abzug, da sie den Kaufpreis mindert. Hinsichtlich der Retouren ist zu unterscheiden, ob die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen oder nicht. Es sind dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie wenn die Ausführung zu diesem Theil unterblieben wäre.

Anm. 9. 3. (Abs. 4.) **Die Abrechnung über die Provision** erfolgt Mangels entgegenstehender Vereinbarung am Schlusse eines jeden Kalenderjahres. In diesem Zeitpunkte werden die Provisionen der betreffenden Periode fällig, d. h. die Provisionen von den in dieser Periode eingegangenen Beträgen, bezw. von denjenigen Geschäften, von welchen Provision zu zahlen ist trotz Nichtausführung. Es kann nicht zugegeben werden, wenn Makower S. 149 sagt, die Abrechnung habe mit der Fälligkeit nichts zu thun. In dieser Weise hat vielmehr der Handelsstand stets den Begriff Abrechnung hier verstanden. Demgemäß hat der Prinzipal auch nicht etwa von dem Tage, wo jeder einzelne Posten zur Ausführung gelangt ist, Zinsen zu zahlen, wie dies Makower annimmt. Alles dies entspricht nicht den Anschauungen des Handelsverkehrs, die der Gesetzgeber doch lediglich fixiren wollte. In unserem Sinne sagt Cosack S. 241: Unmittelbar nach Abschluß der Abrechnung ist die Provision baar auszuzahlen.

Anm. 10. 4. **Die Vereinbarung kann hier überall anders lauten.** Es kann vereinbart werden, daß die Provision ohne Rücksicht darauf zu zahlen ist, ob der Agent das Geschäft zu Stande gebracht hat oder nicht **(sogenannte direkte Geschäfte,** oft falsch indirekte Geschäfte genannt). Einen Hauptfall dieser Art regelt § 89. Doch kann das auch sonst vereinbart werden. — Es kann ferner vereinbart werden, daß die Provision ohne Rücksicht auf den Eingang der Beträge existent wird **(sogenannte Umsatzprovision),** oder daß sie zwar erst durch den Ein-

gang der Beträge existent, aber doch vorher zu zahlen und bei Nichteingang zurückzurechnen ist. Es kann ferner die Abrechnungsperiode anders bestimmt werden u. s. w.

Zusatz 1. Auch Gehalt kann als Vergütung vereinbart werden, oder auch eine Minimal- Anm. 11.
provision (vergl. oben die Einleitung).

Zusatz 2. Auch eine Tantieme, ein Antheil am Reingewinn kann als Vergütung vereinbart Anm. 12.
werden. Geschieht dies, so gelten hierüber die in Anm. 4 flg. zu § 65 von uns dargestellten Regeln (vergl. Anm. 4 zu § 91).

Zusatz 3. Für den Erfüllungsort ist § 269 B.G.B. maßgebend, d. h. im Zweifel die Anm. 13.
Handelsniederlassung des Schuldners, für die Provisionszahlung also die Handelsniederlassung des Geschäftsherrn (vergl. Bolze 22 Nr. 302). Dabei ist es unerheblich, daß der Agent an seinem Wohnsitze die Waare hat und er ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann (Bolze 22 Nr. 302). Aber die Vertretungsmacht des Agenten, soweit dessen Stellung Dritten gegenüber in Betracht kommt, die mit ihm am Orte der Agentur verkehren, ist nach dem dort geltenden Recht zu beurtheilen (R.G. 38 S. 196).

Zusatz 4. Für die Verjährung der Ansprüche des Agenten tritt die vierjährige Frist des § 196 Anm. 14.
Nr. 1 und § 196 Absatz 2 B.G.B. ein. Denn die Agenten sind Kaufleute, welche fremde Geschäfte besorgen und zwar für den Gewerbebetrieb Dessen, dessen Geschäfte besorgt werden. Diese Verjährung gilt für alle Arten von Vergütungen (Provision, Tantieme, Gehalt) und für Auslagen. Alles dies folgt aus den citirten Gesetzesstellen. Die Verjährung beginnt am Schlusse des Fälligkeitsjahres (§ 201 B.G.B.).

Zusatz 5. Retentionsrecht. Der Agent ist Kaufmann und hat daher das Retentionsrecht Anm. 15.
des § 369, insbesondere an dem ihm anvertrauten Kommissionslager (Bolze 11 Nr. 319), jedoch erst nach beendetem Verhältnisse (vergl. zu § 369). Er kann aber weder ein Retentions-, noch ein Kompensationsrecht an den vereinnahmten Geldern auf die allgemeine Behauptung stützen, die Rechnung sei unvollständig (R.O.H. 18 S. 2), ebenso nicht auf die bloße Möglichkeit hin, daß noch Provisionsbeträge ausstehen (Bolze 7 Nr. 512), wohl aber dann, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß er Provisionsansprüche hat, wenn er auch in Folge verweigerten Nachweises die Höhe nicht angeben kann (Bolze 11 Nr. 319).

Zusatz 6. Ein Vorzugsrecht im Konkurse hat der Agent nicht. § 61 Nr. 1 K.O. greift Anm. 16.
nicht Platz, da man nicht sagen kann, er habe sich dem Geschäftsherrn „verdungen" (Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 630; Denkschrift S. 74).

§ 89.

Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

Der Paragraph statuirt einen weitergehenden Provisionsanspruch zu Gunsten des Bezirksagenten.

1. **Vorausgesetzt ist das Verhältniß des Bezirksagenten.** Es muß der Handlungsagent aus- Anm. 1.
drücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt sein, d. h. es darf nicht etwa die Sache so liegen, daß er nur thatsächlich in einem bestimmten Bezirke verwendet wird, vielmehr muß er ausdrücklich und in der Meinung für einen bestimmten Bezirk bestellt werden, daß dieser Bezirk sein alleiniges Arbeitsfeld sein soll. (Anders früher Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 38, welchen das thatsächliche Fungiren als Alleinagent genügte.)
2. **Alsdann gebührt ihm im Zweifel auch für solche Geschäfte Provision, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen abgeschlossen sind.**
   a) Im Zweifel. Es liegt also nur eine Auslegungsregel vor. Die Parteien können Anm. 2.
   hierüber anders disponiren. Daß dies geschehen, ist von Dem zu beweisen, der es behauptet (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 41).
   b) Auch von Geschäften, die ohne seine Mitwirkung abgeschlossen sind, erhält er Provision.

Von solchen, die durch seine Mitwirkung geschlossen sind, erhält er Provision schon nach § 88. Die hier als provisionspflichtig bezeichneten Geschäfte heißen direkte Geschäfte (vergl. Anm. 1 u. 10 zu § 88).

Anm. 3. c) Die Geschäfte müssen in dem Bezirk abgeschlossen werden, entweder durch den Geschäftsherrn oder durch einen Anderen für ihn. Diese vom Gesetz hervorgehobenen Momente zeigen deutlich, daß es sich um Geschäfte handeln muß, welche in dem Bezirke selbst durch eine hierauf gerichtete besondere Thätigkeit abgeschlossen werden. Es sind damit nicht Geschäfte gemeint, die an dem nicht im Bezirke des Agenten liegenden Domizil des Prinzipals, z. B. wenn der Kunde daselbst persönlich anwesend ist, abgeschlossen werden. Wohl aber sind Geschäfte gemeint, die im Wege des Briefwechsels zwischen dem Kunden und dem Prinzipal zu Stande kommen. Auch von diesen kann man vielleicht nicht ganz juristisch, wohl aber im Sinne unseres Paragraphen sagen, daß sie in dem Bezirke abgeschlossen werden. Denn sie werden abgeschlossen durch eine Thätigkeit des Geschäftshauses, welche in den Bezirk sich erstreckt (in letzterer Hinsicht anders Makower S. 150; vergl. jedoch Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 39).

Anm. 4. d) Der Einwand, daß der Agent es an Bemühungen habe fehlen lassen, und daß deshalb das Eingreifen des Prinzipals erforderlich gewesen sei, ist gegenüber diesen Provisionsansprüchen nicht ausreichend. Allenfalls kann der Prinzipal, wenn hierin die Verletzung der Sorgfalt nach § 84 liegt, Schadensersatz verlangen für die besonderen Veranstaltungen, die zum Zwecke der Erzielung der direkten Beträge erforderlich waren (Gareis Anm. 1).

Anm. 5. 3. **Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsverbindung mit dem betreffenden Bezirk ganz aufgiebt,** so kommt es darauf an, ob hierin die Verletzung der dem Agenten gegenüber übernommenen Vertragspflichten liegt. Im Zweifel wird dies anzunehmen sein (§ 324 B.G.B.). Denn wenn der Geschäftsherr auch im Einzelfall Herr des Geschäfts ist und nach freiem Ermessen darüber entscheiden kann, ob er das einzelne Geschäft abschließen will, so liegt doch in dem Inhalt des Bezirksagenturvertrages die Verpflichtung, nach dem betreffenden Bezirke die Geschäftsverbindung dauernd zu unterhalten. Wichtige Gründe können den Geschäftsherrn natürlich auch hier entschuldigen und von der Schadensersatzpflicht befreien (vergl. Gareis Anm. 3).

§ 90.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

Anm. 1. 1. Auslagen und Kosten im regelmäßigen Geschäftsbetriebe kann der Agent nicht ersetzt verlangen. Dazu gehören insbesondere auch Fahrkosten, Porti, Depeschenkosten, Lokalmiethe, Lagerkosten. Jedoch sind häufig solche Auslagen abredegemäß und handelsgebräuchlich zu ersetzen (vergl. z. B. den Berliner Handelsgebrauch für Porti und Telegrammgebühr bei Dove u. Apt I S. 55, der natürlich weiter gilt). Ist ein Ersatz für Lagerkosten vereinbart, so ist derselbe auch dann zu leisten, wenn die Thätigkeit des Agenten zu keinem Ergebnisse geführt hat (R.O.H. 14 S. 430; Bolze 3 Nr. 632).

Anm. 2. 2. Außerordentliche Ausgaben des Agenten muß der Geschäftsherr tragen, z. B. Auslagen des Waarenagenten zum Schutze der Waaren gegen ungewöhnliche Gefahren oder Aufwendungen des Versicherungsagenten zur Rettung der versicherten Gegenstände (Denkschr. S. 72).

§ 91.

Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mittheilung eines Buchauszugs über die durch seine Thätigkeit zu Stande

gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach § 89 die Provision gebührt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Agenten das Recht auf Ertheilung von Buchauszügen. Der Paragraph hat aber nur den Provisionsagenten im Auge,** über das Recht des tantiemeberechtigten Agenten auf Abrechnung siehe unten Anm. 4.

Anm. 1. 1. **Der Buchauszug muß enthalten die zur Ausführung gelangten Geschäfte,** nicht auch die noch schwebenden Geschäfte. Denn der Buchauszug soll ja die Abrechnung vorbereiten, und abzurechnen hat der Prinzipal nur über diejenigen Provisionen, auf welche der Agent ein unbedingtes Recht erworben hat (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 88, anders Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 59, wonach auch die noch nicht regulirten Geschäfte in den Auszug aufzunehmen sind). Ob der Auszug sich nur auf die indirekten oder auch auf die direkten Ordres zu beziehen hat, das richtet sich danach, für welche Geschäfte der Agent Provision zu fordern hat (vergl. §§ 88 u. 89). — Jedenfalls muß der Auszug den Agenten vollständige Information gewähren, um die Richtigkeit nachprüfen und die Rechte geltend machen zu können: die sämmtlichen provisionspflichtigen Geschäfte müssen mit Angabe der Adressen des Gegenkontrahenten und des für den Agenten wesentlichen Inhalts des Vertrages (Mengen, Preise u. s. w.) angegeben werden (vergl. auch Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 59).

Anm. 2. 2. **Ist der Buchauszug nicht vollständig,** so kann der Agent in den geeigneten Fällen Vervollständigung verlangen. So z. B., wenn der Geschäftsherr ihm die Auskunft über die Geschäfte aus einer bestimmten Stadt oder mit einem bestimmten Kunden oder von einer sonstigen Gattung von Geschäften zu Unrecht verweigert.

Aber der Buchauszug braucht nur einmal ertheilt zu werden. Es kann also kein Gesammtauszug verlangt werden, wenn regelmäßig Einzelauszüge ertheilt wurden, was sich auch dadurch nicht ändert, daß ohne Nachweis im Einzelnen die allgemeine Behauptung aufgestellt wird, es seien Geschäfte verheimlicht (Bolze 16 Nr. 352; vergl. Bolze 13 Nr. 377).

Anm. 3. 3. **Mehr als einen Buchauszug kann der Agent nicht fordern.** Belege braucht der Geschäftsherr ihm nicht vorzulegen (R.O.H. 18 S. 2). **Auch die Vorlegung der Bücher zum Zwecke der Prüfung des Buchauszuges kann der Agent nicht verlangen.** (Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. S. 629). Früher wurde dieses Recht auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Anschauungen des Handelsstandes angenommen (vergl. unsere 5. Aufl. S. 155). Das neue H.G.B. erwähnt dieses Recht nicht und zwar in der (Denkschrift S. 73) ausgesprochenen Absicht, dem Agenten dasselbe zu versagen. Angesichts dieser Begründung ist man nicht berechtigt, dem Agenten gleichwohl dieses Recht zu gewähren, zumal auch das B.G.B. § 810 dem Agenten nicht hilft. Aus diesem § 810 könnte in Frage kommen, ob nicht die Handlungsbücher des Geschäftsherrn Rechtsverhältnisse beurkunden, die zwischen dem Agenten und dem Geschäftsherrn bestehen. Wäre dies der Fall, so müßten die Handlungsbücher als Urkunden dem Agenten auch außerhalb des Prozesses vorgelegt werden. Es ist aber nicht der Fall. Indem die Handlungsbücher des Geschäftsherrn die provisionspflichtigen Geschäfte bezeichnen, beurkunden sie nicht ein zwischen dem Geschäftsherrn und dem Agenten bestehendes Rechtsverhältniß, sondern lediglich Thatsachen, welche bei Erledigung des zwischen dem Geschäftsherrn und dem Agenten bestehenden Rechtsverhältnisses von Wichtigkeit sind. Das reicht aber zur Anwendung des § 810 B.G.B. nicht aus (vergl. früher R.G. 18 S. 24 wegen der Handlungsbücher des Kommissionärs).

Besonders fühlbar wird sich das fehlende Recht auf die Vorlegung der Bücher machen bei den Provisionen aus sogenannten direkten Geschäften. Hier ist der Agent wegen der Vollständigkeit der Angaben ganz auf die Redlichkeit des Prinzipals angewiesen. Das Recht des § 45 H.G.B. auf Vorlegung der Bücher im Prozesse, auf welches die Denkschrift S. 73 hinweist, hilft hier nicht. Denn dieses setzt voraus, daß bestimmte Behauptungen aufgestellt werden, über welche Beweis angetreten wird (vergl. Anm. 2 zu § 45). Aber gerade darum handelt es sich: woher soll der Agent die Information für

seine vom Buchauszuge abweichenden Behauptungen haben? Eine allgemeine Durchmusterung der Bücher aber zu dem Zwecke, um sich auf diese Weise Information für Behauptungen zu verschaffen, ist nicht zulässig, der auf die allgemeine Behauptung, der Auszug sei unrichtig, gestützte Antrag auf Vorlegung wird nicht als begründet erachtet werden können (vergl. R.G. vom 14. November 1896 in J.W. S. 696; auch Bolze 13 Nr. 377). Es muß nach alledem der Meinung der Denkschrift S. 73 widersprochen werden, daß der Agent gegen Benachtheiligungen des Prinzipals genügend geschützt ist. Der tantiemeberechtigte Agent ist in dieser Beziehung besser gestellt (vergl. unten Anm. 4).

Anm. 4. **Zusatz: Auf den tantiemeberechtigten Agenten** bezieht sich die Vorschrift unseres Paragraphen nicht. Dieser ist nicht an den einzelnen Geschäften, sondern an den Gesammtergebnissen des Geschäfts interessirt. Ueber die Rechte des tantiemeberechtigten Agenten, insbesondere auch auf Abrechnung, siehe Anm. 4 ffg. zu § 65.

§ 92.

Das Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Der vorliegende Paragraph handelt von der ordentlichen Kündigung (Absatz 1) **und von**
Anm. 1. **dem Rechte auf sofortige Kündigung des Agenturvertrages** (Absatz 2).

1. **Die ordentliche Kündigung.** Wenn das Verhältniß auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, so ist, um frühere Mißstände zu beseitigen (vergl. 5. Aufl. S. 155), eine sechswöchentliche Kündigungsfrist, wie im § 66 für und gegen den Handlungsgehilfen, festgesetzt. Ueber die näheren Modalitäten dieser Kündigung (Form, Inhalt, Folgen der verspäteten und der vorzeitigen Kündigung u. s. w.) siehe zu § 66.

   Der Vertrag kann natürlich auch andere Fristen festsetzen. Vergl. Näheres hierüber Anm. 1—5 zu § 66. Zu bemerken ist hier, daß die Vertragsfreiheitsbeschränkungen des § 67 hier nicht gelten: Es kann also auch eine kürzere Kündigungsfrist als ein Monat und eine ungleiche Frist für beide Theile vereinbart werden.

   Auch jederzeitiges Kündigungsrecht kann vereinbart werden, wobei aber auf Grund der §§ 675, 671 B.G.B. der Agent zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen nicht zur Unzeit kündigen darf, d. h. ehe der Geschäftsherr für die Besorgung der Geschäfte anderweit Fürsorge treffen kann. — Mit dem Aufhören des Agenturverhältnisses hört die Pflicht der Provisionszahlung nicht absolut auf. Vielmehr darf der Agent für alle diejenigen bestimmten Geschäfte Provision fordern, welche während seines Verhältnisses entrirt, auch wenn sie erst später realisirt wurden. Das gilt auch von der Provision für direkte Geschäfte, wenn ihm an sich solche zusteht (Bolze 6 Nr. 495; vergl. Anm. 1 zu § 88).

2. **Aus wichtigen Gründen kann jeder Theil das Verhältniß ohne Frist kündigen.**

Anm. 2. a) Ueber die Erklärung der sofortigen Kündigung, die Gründe derselben im Allgemeinen und die Folgen derselben siehe Anm. 1 ffg. zu § 70. Es gilt hier überall Analoges. Insbesondere ist auch hier das Verhältniß im Falle der sofortigen Kündigung nur dann gelöst, wenn dieselbe berechtigt war. Ob dies der Fall ist, entscheidet der Richter. War sie nicht berechtigt, so wird das Verhältniß durch die Kündigung nicht gelöst. Ist daher der Geschäftsherr der Ansicht, daß der Agent zu Unrecht sofort gekündigt hat, so kann er auch auf Fortsetzung des Verhältnisses klagen. (Exekution nach § 887 C.P.O., Ermächtigung zur Leistung der Dienste durch einen anderen, also zum Engagement eines Ersatzagenten auf Kosten des Kündigenden.) Es kann in diesem Fall auch auf Schadensersatz wegen der Verweigerung der Dienst-

leistung geklagt werden. Ist der Agent der Ansicht, daß die sofortige Kündigung des Prinzipals unbegründet ist, so klagt er auf Fortzahlung seiner Vergütung oder einer dem voraussichtlichen Betrage entsprechenden Summe. Ueber alles dies siehe Anm. 1 flg. zu § 70.

b) Auch hier muß Derjenige, welcher die sofortige Kündigung des anderen Theils durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat, den Kündigenden entschädigen, wie dies aus § 628 Absatz 2 B.G.B., der subsidiär zur Anwendung kommt, folgt. Näheres über diesen Schadensersatzanspruch Anm. 15 zu § 70. Anm. 3.

c) Ueber die Provision für die nach Lösung des Verhältnisses zur Realisirung gelangenden Geschäfte siehe oben Anm. 1. Anm. 4.

d) Was die Wichtigkeit der Gründe der sofortigen Kündigung anlangt, so werden die in den §§ 71 und 72 aufgeführten analog herangezogen werden können, jedoch mit Vorsicht, da das Agenturverhältniß in seiner Gestaltung erhebliche Verschiedenheiten aufweist vom Dienstvertrage des Handlungsgehilfen: das Abhängigkeits- und Respektverhältniß besteht hier z. B. nicht. Anm. 5.

α) Gegen den Prinzipal wird hier hauptsächlich in Betracht kommen unreelles Gebahren gegenüber dem Agenten (falsche Auszüge und dergleichen) oder auch dem Kunden gegenüber; auch dauernde schlechte Bedienung der Kunden wird genügen. Giebt der Agent das Geschäft auf, etwa weil es ihm nicht mehr lohnend ist, so ist dies kein wichtiger Kündigungsgrund, desgleichen nicht, wenn er sein Geschäft veräußert. In diesem Falle greifen die Folgen Platz, welche auch sonst eintreten, wenn der Agent sich weigert, den Vertrag fortzusetzen (vergl. oben Anm. 2). Anm. 6.

β) Gegen den Agenten kommt in Betracht: Erhebliche Beleidigung (Bolze 5 Nr. 578; R.G. 32 S. 252), aber Agent und Geschäftsherr werden sich in dieser Hinsicht gleichstehen. Ferner unzulässiger Konkurrenzbetrieb (vergl. Anm. 20 zu § 84); Untreue und Unzuverlässigkeit des Agenten (Bolze 17 Nr. 386; 21 Nr. 411). Wird der Geschäftsherr in Folge Veränderungen in seinen Geschäftsverhältnissen gezwungen, den Agenturvertrag zu lösen (z. B. weil das Geschäft unlohnend wird, oder weil er sich durch eine Konvention verpflichtet hat, den betreffenden Artikel nicht mehr zu führen, oder die betreffende Provinz nicht mehr zu bereisen), so kann zwar der Agent auf Fortsetzung des Verhältnisses nicht klagen, aber der Geschäftsherr hat den Agenten in diesem Falle zu entschädigen. Die entgegenstehende Ansicht des R.G. (31 S. 59) beruhte auf einer Auffassung des Agenturvertrages (eine Art gemeinschaftlichen Unternehmens, welches sein Ende erreicht, wenn es nicht mehr lohnend ist), die heute nicht mehr zutrifft; heute greifen die Regeln des Dienstvertrages Platz; das sind Unmöglichkeiten der Erfüllung, die der Geschäftsherr gemäß § 325 B.G.B. zu vertreten hat (so zutreffend Düringer und Hachenburg I S. 275 u. 278). Anm. 7.

Zusatz 1. Wie wirkt der Tod des Geschäftsherrn auf das Agenturverhältniß? Derselbe löst im Zweifel das Verhältniß nicht (§§ 672, 675 B.G.B.). Das Gegentheil kann vereinbart werden. Auch kann der dadurch eintretende Personenwechsel dem Agenten unter Umständen einen Grund zur sofortigen Kündigung geben. Führen die Erben das Geschäft nicht weiter, so haben sie dem Agenten Schadensersatz zu leisten, weil sie diesen Umstand zu vertreten haben (vergl. oben Anm. 7). Sein Anspruch ist ein Nachlaßanspruch. Anm. 8.

Zusatz 2. Wie wirkt der Tod des Agenten auf das Verhältniß? Dieser endigt im Zweifel das Verhältniß und der Erbe hat die Pflicht, dem Geschäftsherrn den Tod anzuzeigen und die unaufschiebbaren Geschäfte zu erledigen (§§ 673, 675 B.G.B.). Anm. 9.

Zusatz 3. Wie wirkt der Konkurs des Geschäftsherrn? Hier gilt das Gleiche, wie beim Handlungsgehilfen (vergl. daher Anm. 23 zu § 70). Hervorzuheben ist hier, daß im Falle des Konkurses des Geschäftsherrn der im Agenturvertrage liegende Auftrag zur Geschäftsbesorgung und damit die etwa ertheilte Abschlußvollmacht erlischt (§ 23 K.O.). Nicht aber endigt damit ohne Weiteres das Agenturverhältniß, wohl aber liegt darin ein sofortiges Kündigungsrecht für Anm. 10.

den Agenten (Denkschr. S. 73), ferner greift auf diesen Fall § 22 K.O. Platz (gesetzliches Kündigungsrecht mit Entschädigungsanspruch, wenn der Verwalter kündigt).

Anm. 11. **Zusatz 4. Wie wirkt der Konkurs des Agenten?** Derselbe beendigt das Verhältniß nicht, giebt aber dem Prinzipal ein Recht zur sofortigen Kündigung (R.O.H. 2 S. 438).

Anm. 12. **Zusatz 5. Krankheit oder sonstige längere Behinderung** bilden je nach Bewandtniß der Umstände ein sofortiges Kündigungsrecht. Eine Entschädigungspflicht des Agenten entfällt, wenn ihn ein Verschulden nicht trifft. Der § 616 B.G.B. (Fortzahlung der Vergütung bei vorübergehender unverschuldeter Behinderung) paßt auch auf das Agenturverhältniß. Auch dann, wenn er von einzelnen Geschäften Provision erhält. Es ist nicht einzusehen, warum der § 616 B.G.B. nicht dem Agenten zu gute kommen soll, wenn man nun einmal gezwungen ist, den Agenturvertrag als Dienstvertrag aufzufassen und das Gesetzbuch einen so weitgehenden Begriff des Dienstvertrages aufgestellt und den § 616 B.G.B. für alle Arten von Dienstverträgen gegeben hat. Daß der Agent regelmäßig für die Einzelleistungen bezahlt wird, ist (anders Düringer und Hachenburg I S. 258) kein Grund für Nichtanwendbarkeit des § 616, derselbe ist vielmehr auch in solchen Fällen anwendbar, wo der Lohn für die Einzelleistung nach ihren Resultaten bezahlt wird (Planck Anm. 2a zu § 616 B.G.B.).

Anm. 13. **Zusatz 6. Wie wirkt Veräußerung des Geschäfts des Prinzipals auf das Verhältniß?** Darüber siehe Anm. 22 zu § 70.

Anm. 14. **Zusatz 7: Auch Konkurrenzverbote für die Zeit nach Beendigung des Verhältnisses können stipulirt werden.** Hierüber siehe Anm. 26 zu § 22.

Exkurs zu § 92.[1])

Die Civilmakler (insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler).

Anm. 1. **Die Rechtsverhältnisse der Civilmakler, insbesondere der Grundstücks- und Hypothekenmakler sind im H.G.B. nicht geregelt.** In den §§ 93 ffg. sind vielmehr lediglich die Rechtsverhältnisse der sogenannten Handelsmakler geregelt. Das sind diejenigen Makler, die sich mit der Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs befassen. Dazu gehören insbesondere nicht die Grundstücke und Hypotheken (vergl. Anm. 4 zu § 93). Diejenigen Makler, welche die Veräußerung von Grundstücken und Hypotheken vermitteln, sind daher nicht Handelsmakler im Sinne des H.G.B. Diejenigen Makler, welche die Belastung von Grundstücken oder, was dasselbe ist, die Beleihung von Grundstücken oder Beschaffung von Hypotheken auf dieselben vermitteln, sind ebenfalls keine Handelsmakler. Denn die Beleihung von Grundstücken durch Geldgeber ist zwar, wenn gewerbsmäßig betrieben, ein Handelsgewerbe (vergl. Anm. 65 zu § 1); gleichwohl kann man nicht sagen, daß der Geldbeleihungsvertrag ein Gegenstand des Handelsverkehrs im Sinne des § 93 ist. Denn es ist ein Geschäft über eine unbewegliche Sache (§ 93 Abs. 2). Nun sind es aber gerade die Grundstücks- und Hypothekenmakler, welche vom Verkehr als die eigentlichen Handelsmakler aufgefaßt werden, für deren Rechtsverhältnisse ausführliche Vorschriften wünschenswerth waren, weil deren Rechtsverhältnisse oft zu Streitigkeiten geführt haben, und in deren Prozessen sich die zahlreichen Rechtssätze herausgebildet hatten, die wir in unseren früheren Auflagen (5. Auflage S. 141 ffg.) dargestellt hatten. Nach der Begriffsbestimmung des § 93 fallen unter die Handelsmakler im Großen und Ganzen nur die an der Börse und börsenartigen Zusammenkünften fungirenden Makler. Deren Vermittelungsthätigkeit ist aber eine mehr registrirende, sie sind mehr Nachweiser, als Vermittler, ihre Thätigkeit wickelt sich glatt und schnell ab, zu Prozessen führt es hier fast nie und für eine so ausführliche Behandlung im Gesetzbuch war hier kein dringendes Bedürfniß. Dagegen war, wie gesagt,

[1]) Litteratur nach früherem Recht, die aber zum großen Theil heute noch zu gebrauchen: Neubauer, der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, Kohler und Ring's Archiv Bd. 6 S. 1 ffg.; ferner Riesenfeld, der Civilmakler, bei Gruchot 36 S. 790; 37 S. 27, S. 257, S. 530, S. 814.

ein solches vorhanden hinsichtlich der Civilmakler. Da dasselbe nicht befriedigt ist, so erachten wir es als unsere Aufgabe, die Lücke auszufüllen durch ausführliche Behandlung der Rechtsverhältnisse der Civilmakler in einem besonderen Exkurse.

I. Begriff des Civilmaklervertrages und rechtliche Stellung des Civilmaklers. Anm. 2.

1. Der Begriff des Maklers und der Unterschied zwischen Civilmakler und Handelsmakler. Der Maklervertrag ist, wie § 652 B.G.B. ergiebt, ein Vertrag, Inhalts dessen für die Vermittelung eines Vertrages ein Lohn versprochen wird. Hiermit ist das Wesen des Maklervertrages (wenn man zunächst nur den Vermittelungsmakler im Auge hat und den Nachweismakler bei Seite läßt, vergl. über diesen unten Anm. 6) erschöpfend gekennzeichnet. Nichts weiter gehört zum Wesen des Maklervertrages, als daß jemand sich verpflichtet, einen Lohn dafür zu zahlen, daß ein Anderer einen Vertrag vermittelt. Es gehört nicht zum Wesen des Maklervertrages, daß der Makler sich verpflichtet, für die Vermittelung des Vertrages thätig zu sein, noch weniger gehört zum Wesen des Maklervertrages, daß der Makler sich verpflichtet, für das Zustandekommen des Vertrages einzustehen. Aber andererseits widerspricht es auch dem Wesen des Maklervertrages nicht, wenn der Makler sich verpflichtet, thätig zu sein oder wenn er sich verpflichtet, für das Zustandekommen des Vertrages einzustehen. Es gehört nur nicht zum Wesen des Maklervertrages, daß er solche Verpflichtungen übernimmt, und es ist die regelmäßige Gestaltung des Falles, daß er sie nicht übernimmt. Uebernimmt er sie, so wird der Vertrag dadurch ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, je nachdem er sich nur thätig zu sein, oder auch den Erfolg herbeizuführen verpflichtet. Ein Maklervertrag aber hört der Vertrag dadurch nicht auf zu sein. Es ist dann eben ein Maklervertrag, der zugleich ein Dienstvertrag oder Werkvertrag ist. Der Begriff des Maklervertrages ist kein Sonderbegriff in dem Sinne, als sei er etwas Anderes, als ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, sondern es ist in gewissem Sinne ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrages oder Werkvertrages annehmen kann, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Maklervertrages anzugehören. Das ist auch die Auffassung von Cosack, Bürgerliches Recht I § 152, und Planck I Vorbemerkung zu Titel 8, während Düringer u. Hachenburg I S. 283 den Maklervertrag stets als Dienst- oder Werkvertrag betrachten. Sie werden aber dadurch gerade der normalen Gestaltung des Falles nicht gerecht. Denn gerade im Normalfall übernimmt der Makler keine Verpflichtung zur Thätigkeit oder zur Herbeiführung des Erfolges. Und so gelangen sie denn auch nur auf Umwegen, durch künstliche Konstruktionen zu dem gerade im Normalfalle hervortretenden freien Rechte beider Teile, thätig zu sein oder nicht, die Thätigkeit entgegenzunehmen oder nicht. Nach unserer Konstruktion erklärt sich dieses freie Recht einfach dadurch, daß ja der Maklervertrag seinem Wesen nach nichts weiter enthält, als die Verpflichtung, den Lohn zu zahlen, wenn der Makler den Vertrag zu Stande gebracht hat. Weder hat der Makler im Normalfalle die Verpflichtung, thätig zu sein, noch auch hat der Kommittent die Verpflichtung, die Erfolge der Thätigkeit entgegenzunehmen und den ihm dargebotenen Vertrag zu schließen. Düringer und Hachenburg nehmen hier ein Kündigungsrecht an, welches sie mit § 627 B.G.B. begründen wollen. Aber dieses freie Recht beider Theile, thätig zu sein oder nicht, die Thätigkeit entgegenzunehmen oder nicht, hat gar nicht einmal den Charakter eines Kündigungsrechts, sondern geht in seiner Freiheit noch viel weiter: auch ohne Kündigung kann der Makler seine Thätigkeit einstellen, kann der Kommittent den ihm dargebotenen Vertrag abzuschließen ablehnen.

Das ist das Wesen eines jeden Maklervertrages. Es giebt nun zwei Arten von Maklern, die Civilmakler und die Handelsmakler. Diese beiden Kategorien unterscheiden sich aber nur ganz äußerlich. Wie § 93 H.G.B. ergiebt, besteht der Unterschied lediglich darin, daß der Handelsmakler gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt. Liegen diese beiden Erfordernisse nicht vor, so ist der Makler Civilmakler. Er ist also Civilmakler, wenn er Verträge vermittelt, die nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sind (es ist dann gleichgiltig, ob er dies gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig thut) und er ist ferner Civilmakler, wenn der Anm. 3.

Vermittelungsauftrag zwar einen Gegenstand des Handelsverkehrs betrifft, der Makler sich aber nicht gewerbsmäßig damit befaßt, sondern nur gelegentlich. Ein weiterer Unterschied besteht nicht. Der § 93 enthält die Definition des Handelsmaklers. Aus ihm ist ein weiteres Kriterium nicht ersichtlich. Nun ist es ja allerdings richtig, daß der Handelsmakler, wie die §§ 98 und 99 ergeben, eine objektive Stellung den Parteien gegenüber einnehmen soll; er tritt zu beiden Parteien in ein Kontraktsverhältniß, hat beiden Parteien gleich objektiv zu dienen, haftet beiden für Verschulden und hat von beiden Theilen den Lohn zur Hälfte zu fordern. Allein diese objektive Stellung des Handelsmaklers zu den Parteien gehört nicht zu seinem Wesen, ist kein begrifflich nothwendiges Charakteristikum seiner rechtlichen Stellung, wie dies Düringer u. Hachenburg I S. 281 zu Unrecht annehmen (vergl. jedoch S. 287 unten und S. 301). Es ist dies allerdings die gesetzliche Gestaltung des Falles, aber nicht die gesetzlich nothwendige, sondern die gesetzlich dispositive, die Normalgestaltung des Falles, die durch Parteiwillkür auch abgeändert werden kann. Ein Makler, der gewerbsmäßig mit der Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs betraut wird, bleibt ein Handelsmakler auch dann, wenn er im Einzelfall ausdrücklich damit betraut ist, den Interessen einer Partei zu dienen. Er hat dann in diesem Einzelfall von einer Partei den Lohn zu fordern, tritt zu der anderen in kein Kontraktverhältniß und haftet dieser nicht ex contractu für Verschulden. Seine Thätigkeit in diesem Einzelfall ist gleichwohl die eines Handelsmaklers.

Anm. 4. Was man unter den Gegenständen des Handelsverkehrs versteht, darüber siehe oben Anm. 1. Nach dem dort und in Anm. 4 zu § 93 Gesagten gehören zu den Civilmaklern insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler und die Makler, welche Anstellungsverträge (für Gesinde, Personal, Schauspieler) und diejenigen welche Miethsverträge vermitteln. Der Unterschied des Maklers vom Agenten liegt auf der Hand: Der Agent ist ständig betraut, Verträge abzuschließen, der Makler ist nur Augenblicksvermittler. (Vergl. hierüber Anm. 7 zu § 84.)

Anm. 5. Unsere Darstellung in diesem Exkurse wird sich, wie oben gesagt, mit den Civilmaklern beschäftigen und selbstverständlich in erster Linie mit dem gesetzlichen Normalfall, der auch im Verkehr der gewöhnliche ist, also mit dem Falle, in welchem der Makler keine Verpflichtung übernimmt, thätig zu sein oder den Abschluß herbeizuführen. Der letzte Fall kommt überhaupt nur selten, fast gar nicht vor. Der andere, wenn der Makler eine Verpflichtung übernimmt, thätig zu sein, birgt in sich neben den allgemeinen Elementen des Maklervertrages auch noch die Besonderheiten des Dienstvertrages. Aus den Vorschriften des Dienstvertrages, aus der Uebernahme der Verpflichtung zur Thätigkeit, ergeben sich die Modifikationen von selbst, welche die folgende Darstellung in solchem Falle erleidet. Es wird jedoch an gehöriger Stelle auf diese Modifikationen auch noch hingewiesen werden.

Anm. 6. 2. In Vorstehendem ist allerdings nur vom Vermittlermakler die Rede. **Das B.G.B.** (§ 652) **kennt freilich auch noch den Nachweismakler.** Doch spielt dieser im Hypotheken- und Grundstücksgeschäft nur eine kleine Rolle. Eine große Rolle spielt er bei Dienstvertrags- und Wohnungsvermiethungen. Allein eine besondere Betrachtung braucht den Rechtsverhältnissen der Nachweismakler nicht gewidmet zu werden, weil hier Streitigkeiten äußerst selten sind. Denn das Nachweisen einer Abschlußgelegenheit ist eine einfache und glatte Thätigkeit. Kommt es aber wirklich zu Streitigkeiten, so ist darauf zu verweisen, daß sowohl die obige Begriffsbestimmung, als die im Folgenden darzulegenden einzelnen Rechtssätze auch auf sie Anwendung finden, nur mit der Modifikation, daß eben der Nachweismakler nicht das Geschäft zu vermitteln, sondern die Abschlußgelegenheit nachzuweisen hat. Hieraus ergeben sich die Unterschiede von selbst (vergl. übrigens mehrere Einzelunterschiede unten Anm. 23 Note 1 und Anm. 27 Note 2).

Anm. 7. 3. **Kehren wir nunmehr zum Vermittelungs-Makler,** den wir im Folgenden als den Civilmakler oder Makler schlechtweg bezeichnen werden, **zurück, so ist zu bemerken, daß auf seine Rechtsverhältnisse die §§ 652—655 B.G.B. Anwendung finden.** Ausdrücklich ist im H.G.B. § 93 Abs. 2 bemerkt, daß die Vorschriften des H.G.B. über die Handels-

makler auf ihn keine Anwendung finden. Doch ist das nur dahin zu verstehen, daß sie direkte Anwendung auf ihn nicht finden. Soweit sie sich aus der Natur des Maklervertrages ergeben, sind sie selbstverständlich auch für den Civilmakler entsprechend anzuwenden.

4. **Zu bemerken ist, daß der Civilmakler nicht ohne Weiteres Kaufmann ist,** d. h. nicht Kaufmann kraft § 1 Nr. 7. Denn danach ist nur das Gewerbe des Handelsmaklers ein Handelsgewerbe kraft Gewerbes, nicht, wie es früher im Art. 272 Nr. 4 hieß, die gewerbsmäßige Vermittelung von Handelsgeschäften. Wenn also auch der Makler gewerbsmäßig solche Geschäfte vermittelt, welche Handelsgeschäfte sind, z. B. Beleihungen von Grundstücken durch Banquiers, so bleibt er doch Civilmakler und ist nicht ohne Weiteres Kaufmann. **Aber andererseits ist zu erwähnen, daß er auch Kaufmann sein kann,** wenn nämlich sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma eingetragen ist (§ 2) oder wenn eine Handelsgesellschaft, welche ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens diese Eigenschaft hat (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), sich mit Vermittelungen dieser Art befaßt. Aber wenn er auch Kaufmann ist, wird er dadurch doch nicht Handelsmakler. Befaßt er sich vielmehr mit der Vermittelung von Verträgen über Sachen, die nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, so ist er zwar Kaufmann, aber gleichwohl Civilmakler. Und umgekehrt: wenn ein Handelsmakler, also ein Makler, der sich gewerbsmäßig mit Vermittelungen über Gegenstände des Handelsverkehrs beschäftigt, eine Vermittelung über einen Gegenstand des Nichthandelsverkehrs besorgt, so greifen die Regeln über den Civilmaklervertrag, nicht die Regeln über die Handelsmakler Platz (Denkschrift S. 75). Anm. 8.

Ist der Makler Kaufmann, so greift auch § 362 H.G.B. Platz, nach welchem ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, einen ihm zugehenden Auftrag unverzüglich ablehnen muß, widrigenfalls sein Schweigen als Annahme gilt, jedoch unter der Voraussetzung, daß er entweder mit dem Auftraggeber in Geschäftsverbindung steht oder sich diesem gegenüber zur Geschäftsbesorgung anbot.

II. Die einzelnen rechtlichen Bestandtheile des Civilmaklervertrages.

Wie oben in Anm. 2 dargethan, ist der Maklervertrag ein Vertrag, in welchem sich Jemand zu einer Leistung (Provision) verpflichtet für den Fall, daß ein Anderer (der Makler) durch seine Thätigkeit einen von dem ersteren begehrten Vertragsabschluß zu Stande bringt. Wir haben weiter oben Anm. 2 gezeigt, daß zu diesen Vertragselementen noch hinzutreten kann die Verpflichtung des Maklers zur Leistung der Vermittelungsthätigkeit, daß begrifflich auch nichts entgegensteht, daß die Verpflichtung zur Herbeiführung des Abschlusses hinzutreten kann. Aber wir haben gleichzeitig bemerkt, daß durch den Hinzutritt solcher Elemente der Maklervertrag nicht aufhört, ein solcher zu sein, und daß der Fall, in welchem diese Verpflichtungen nicht hinzutreten, nach Gesetz und Verkehrserfahrung die normale Gestaltung des Falles ist, die hier also zu Grunde gelegt wird. Anm. 9.

1. **Es verpflichtet sich Jemand (der Kommittent) zu einer Leistung (Provision).** Anm. 10.

a) Es verpflichtet sich Jemand. Zahlungspflichtig ist also lediglich der Kommittent, Derjenige, der dem Makler die Vermittelung „überträgt" (vergl. § 653 B.G.B.). Darin liegt ein großer Unterschied des Civilmaklers vom Handelsmakler, welcher letzterer im Zweifel seine Provision nach § 99 von jeder Partei zur Hälfte zu fordern hat. Die rechtliche Stellung des Handelsmaklers ist, wie hieraus ersichtlich ist, vom Gesetzgeber, wenn auch nicht begrifflich, so doch im gesetzlichen Normalfall, ganz anders gedacht, als die des Civilmaklers (vergl. hierüber Anm. 6 zu § 93).

Es kann aber die Uebernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohnes auch durch konkludente Handlungen erfolgen und solche liegt in der bloßen „Uebertragung" der Vermittelung dann, wenn nach den Umständen die Ausübung der Vermittelungsthätigkeit nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. (§ 653 B.G.B.) Das wird insbesondere, aber nicht bloß dann gelten, wenn der Makler ein gewerbsmäßiger Makler ist. — Und die „Uebertragung" der Vermittelung kann selbst auch durch konkludente

Handlungen erfolgen, sie setzt nicht etwa einen positiven Akt voraus, auch nicht, daß die Initiative vom Kommittenten ausgeht. Auch Derjenige, der sich die Maklerdienste gefallen läßt, gilt als Auftraggeber (Bolze 7 Nr. 506), außer wenn der Makler im Auftrage der Gegenpartei aufgetreten war (Bolze 5 Nr. 583). Doch ist die eben citirte Entscheidung in Bolze 7 Nr. 506 mit Vorsicht aufzunehmen, abgesehen davon, daß ihr Sinn bei Bolze ungenau wiedergegeben ist. — Vergl. Neubauer S. 7. — Wenn nämlich auch nicht die Initiative vom Kommittenten auszugehen braucht, so ist doch wohl zu unterscheiden, ob man Jemandem gestattet, Offerten zu bringen, oder ob man ihm den Vermittelungsauftrag ertheilt. (Bolze 17 Nr. 379.) Es muß der animus obligandi auf Seiten des Prinzipals vorliegen (Riesenfeld bei Gruchot 37 S. 260). Besonders dann wird das bloße Gefallenlassen der Maklerdienste als Auftrag nicht zu gelten haben, wenn usancemäßig der andere Theil die Provision zahlt, wie dies z. B. in Berlin bei Grundstücksvermittelungen der Fall ist. Hier hat der Verkäufer den Makler zu bezahlen (Neubauer S. 8). Bezieht sich das auch nur auf das Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten, so kann doch der Käufer, wenn er dem Makler keinen ausdrücklichen Auftrag ertheilt hat, zunächst davon ausgehen, daß der Makler im Auftrage des Verkäufers erscheint, und sein Verpflichtungswille wird nicht so kurzer Hand festzustellen sein. — Die Uebertragung des Maklerauftrages kann nach § 362 H.G.B. und unter den Voraussetzungen desselben (vergl. oben Anm. 8) auch darauf beruhen, daß der Kommittent ihm die Vermittelung aufträgt und der Makler nicht antwortet (vergl. auch § 663 B.G.B.).

Anm. 11. b) **Zur Zahlung einer Maklerprovision** verpflichtet man sich. Ist die Höhe nicht vereinbart, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzunehmen (§ 653 B.G.B). Bei Grundstücksvermittelungen in Berlin ist der übliche Lohn 1 % der Kaufsumme. (Neubauer S. 8.) Eine Herabsetzung der vereinbarten Provision wegen Uebermäßigkeit findet nur statt bei der Vermittelung von Dienstverträgen (§ 655 B.G.B.), sonst kann höchstens der § 138 B.G.B. in Frage kommen, wonach wegen Unverhältnißmäßigkeit von Leistung und Gegenleistung der Vertrag als nichtig anzusehen ist, aber nur beim Hinzukommen weiterer Kriterien.

Anm. 12. Im Uebrigen aber sind der freien Vereinbarung des Maklerlohnes Schranken nicht auferlegt. Enthalten landesrechtliche Taxen Minimalgrenzen (vergl. Riesenfeld bei Gruchot 38 S. 561), so gelten diese nicht mehr, weil nach § 653 B.G.B. Taxen nur gelten, wenn kein Lohn vereinbart ist. Die entgegengesetzte Entscheidung (R.G. 28 S. 117) ist antiquirt (Düringer u. Hachenburg I S. 304).

Anm. 13. Der vereinbarte oder übliche Lohn kann nicht gefordert werden, wenn der Kommittent vor der Beendigung der Maklerthätigkeit erklärt, daß er nur eine geringere Provision zahle (Bolze 17 Nr. 376). Das folgt aus der in Anm. 17 erwähnten Freiheit des Kommittenten über das Geschäft. Freilich darf hier kein dolus unterlaufen. Es darf nicht die Vermittelungsthätigkeit so weit gediehen sein, daß der Makler Alles gethan hat, was erforderlich ist, um den Vertrag zum Abschluß zu bringen. Ist vielmehr die Vermittelungsthätigkeit so weit gediehen, kündigt dann der Kommittent den Maklerauftrag, schließt aber demnächst den ihm vom Makler angebotenen Vertrag ab, so hat er die Provision zu zahlen (vergl. Anm. 17).

Anm. 14. Der Betrag der Provision wird gewöhnlich in Prozenten des gehandelten Objekts ausgedrückt, wobei bei simulirten Angaben der wahre Preis entscheidet.

Anm. 15. **Auslagen** werden dem Vermittler nur erstattet, wenn dies vereinbart ist (§ 652 Abs. 2 B.G.B.). Ohne Vereinbarung weder dann, wenn das Geschäft zu Stande gekommen ist, noch, wenn es nicht zu Stande gekommen ist. Das bezieht sich auch auf außergewöhnliche Ausgaben. Will der Makler diese nicht riskiren, so mag er sich den Ersatz derselben besonders ausbedingen. Er ist also schlechter gestellt, als der Agent, welchem nach

§ 90 die außergewöhnlichen Auslagen zu erstatten sind. Cosack (S. 248) will auf einem Umwege dem Makler den Anspruch auf Ersatz außergewöhnlicher Auslagen gewähren (aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag). Dagegen mit Recht Düringer u. Hachenburg I S. 305.

2. **Für den Fall, daß der Makler den vom Kommittenten begehrten Vertrag durch seine Thätigkeit zu Stande bringt.** Das ist also die Voraussetzung der verdienten Maklergebühr. Anm. 16.

Die Voraussetzung der verdienten Provision ist, daß der beabsichtigte Endzweck der Maklerthätigkeit durch dieselbe erreicht ist. Der Endzweck besteht in dem Zustandekommen des Vertrages; da aber die Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrages durch schwebende Bedingungen in Frage gestellt werden kann, so ist in § 652 B.G.B. weiter bestimmt, daß der Vertrag auch unbedingt geworden sein muß, damit die Provision verdient sei. Hiernach ist gefordert: ein durch die Thätigkeit des Vermittlers zu Stande gekommener und, wenn bedingt geschlossen, demnächst unbedingt gewordener Vertrag. Im Folgenden sollen die einzelnen Elemente dieses Requisits erläutert werden.

3. **Der Vertrag muß zu Stande gekommen sein.** Daraus ergiebt sich: Anm. 17.

a) **Bis zum Abschluß** bleibt der Auftraggeber Herr des Geschäfts (oben Anm. 2; Bolze 2 Nr. 921; 20 Nr. 408). Er ist jederzeit berechtigt, den Auftrag zu widerrufen oder das ihm vom Vermittler aufgetragene Geschäft ohne besonderen Grund zurückzuweisen (Motive zum B.G.B. II S. 512). Er ist dem Makler gegenüber nicht verpflichtet, das Geschäft abzuschließen (Bolze 1 Nr. 971; 20 Nr. 408, O.L.G. Frankfurt in G.Z. 43 S. 340), auch wenn es genau seinen Instruktionen entspricht; selbst von einem vorbereitenden Abkommen, wenn es nur kein Abschluß des geplanten Geschäfts war, kann der Auftraggeber willkürlich zurücktreten (Bolze 9 Nr. 326). Doch kann sich der Auftraggeber Beschränkungen in dieser Hinsicht auferlegen, z. B. wenn er dem Vermittler das Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben hat" (Behrend § 58 Anm. 7, vergl. R.G. 22 S. 378). Mangels solcher Beschränkung aber kann der Mandant den Maklerauftrag jederzeit widerrufen und dann bekommt der Makler keine Provision, mag der Mandant von dem Geschäfte nunmehr abgehen oder es abschließen. Es darf in letzterem Falle die Sache nur nicht so liegen, daß die eigentliche Vermittelungsthätigkeit bereits geleistet ist (R.O.H. 11 S. 198; R.G. 6 S. 187; Planck, Anm. 2d zu § 652 B.G.B.; Leske, Vergleichende Darstellung S. 170). Kommt das Geschäft aus irgend welchem Grunde nicht zu Stande, so steht dem Makler keine Provision zu, also **nicht für bloße Bemühungen** (§ 652 Abs. 2 B.G.B.) nach früherem Recht (R.O.H. 11 S. 200; Bolze 16 Nr. 358). Diese bilden sein Risiko. Dies gilt selbst dann, wenn der Maklervertrag nur seine Bemühungen erwähnt („Honorar auf alle Fälle"), weil der Geschäftsabschluß als selbstverständlich vorausgesetzt wird (G.Z. 8 S. 191), es müßte denn ausdrücklich der Lohn für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages versprochen sein (Fenner und Mecke 5 S. 235). Hierin liegt keine Schenkung, sondern ein gültiges Versprechen, ebenso darin, daß man auch für den Fall, daß man selbst abschließt, Provision verspricht (Bolze 11 Nr. 257).

b) **Der Abschluß ist erforderlich** (R.G. 25 S. 320). Dazu gehört, daß beide Parteien ihren Konsens erklärt haben,[1]) d. h. nicht bloß im Allgemeinen, sondern speziell damit, daß der Abschluß mit dieser Gegenpartei erfolge. Daher wird der Kauf nicht schon dadurch perfekt, daß der vom Makler geworbene Käufer dem Makler seinen Konsens erklärt, vielmehr muß der Verkäufer die Person des Käufers erfahren und genehmigt haben (R.O.H. 7 S. 105), außer wenn etwa der Makler zum Abschlusse Anm. 18.

[1]) Der Abschluß muß auch zwischen zwei fremden Personen erfolgen. Ist der Makler selbst als Kontrahent aufgetreten, so kann er keine Provision verlangen (Bolze 13 Nr. 370). Der § 400 H.G.B. ist nicht analog anwendbar.

autorisirt wurde, worin aber mehr als ein Maklerauftrag läge. Der Konsens muß ferner rechtsgiltig erklärt sein (Motive zum B.G.B. II S. 513). Rechtsungültig ist der Vertrag z. B., wenn er eine strafbare Handlung involvirt, z. B. ein wucherisches Darlehen. Anfechtung wegen Betruges genügt zur Rechtsungültigkeit — R.G. vom 12. März 1896 bei Gruchot 40 S. 967 —. Aber natürlich muß der Vertrag auch angefochten sein; solange die Anfechtung nicht erfolgt, kann die Zahlung der Maklergebühr nicht verweigert werden (Motive zum B.G.B. II S. 513). Erfolgt sie aber, dann wird das Geschäft als nichtig angesehen (§ 142 B.G.B.) und es kann die Maklergebühr verweigert, eventuell nach § 812 zurückgefordert werden (Motive ebenda). Es kann auch in dem Prozesse wegen der Provision Aussetzung des Verfahrens bis nach Erledigung des Anfechtungsprozesses verlangt werden (R.G. v. 12. III. 96 bei Gruchot 40 S. 967). Zu bemerken ist dabei, daß derjenige Kontrahent, dessen Verhalten den Anfechtungsgrund abgegeben hat, dem Makler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten kann. Gehört zur Rechtsgiltigkeit eine besondere Form, so muß auch diese erfüllt sein (nicht unbedenklich R.G. 25 S. 319; vergl. auch die Bedenken bei Neubauer S. 15; richtig R.G. 29 S. 230). Für die Vermittelung von Grundstücksveräußerungen wird jetzt wichtig werden, daß nicht bloß der Eigenthumserwerb, sondern auch der obligatorische Veräußerungsvertrag an schwere Förmlichkeiten geknüpft ist (§ 313 B.G.B.), so daß auch eine giltige Offerte dieser schweren Form bedarf; für den Hypothekenverkehr (Verträge über Veräußerung oder Bestellung von Hypotheken) gilt weder Dies noch Aehnliches, hier ist wohl der dingliche, nicht aber, worauf es hier allein ankommt, der obligatorische Vertrag an Förmlichkeiten geknüpft. Die Bezugnahme Düringer u. Hachenburgs I S. 289 auf § 873 B.G.B. ist hier nicht zutreffend, da diese Gesetzesstelle von denjenigen Formen handelt, von welchen die dingliche Entstehung von Rechten an Grundstücken abhängt; wohl aber ist es zutreffend, wenn sie wegen des Miethsmaklers auf die Formvorschrift des § 566 B.G.B. hinweisen (schriftlicher Vertrag bei Miethsverträgen von mehr als einjähriger Dauer). Gleichgültig ist dem Vermittler gegenüber, wie die Parteien über die Rechtsgültigkeit denken, und ob sie darüber im Zweifel sind (Bolze 13 Nr. 371). **Ferner ist es gleichgültig, ob der Vertrag auch thatsächlich erfüllt wird.** (R.O.H. 14 S. 426; Seufferts Archiv Bd. 40 S. 26; Bolze 16 Nr. 355, theilweise, jedoch nicht in dem hier interessirenden Theile, abgedruckt in R.G. 30 S. 80); ob er insbesondere nicht erfüllt und auf Erfüllung nicht gedrungen wird, weil der Vertrag von den Parteien für rechtsunverbindlich erachtet wird (Bolze 13 Nr. 371); oder ob etwa öffentlichrechtliche Gründe, z. B. ein Ausfuhrverbot, die Erfüllung hindern (Bolze 16 Nr. 355, theilweise, jedoch nicht in dem hier interessirenden Theile, abgedruckt in R.G. 30 S. 80; vergl. auch O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 46 S. 492), ob er vertragsmäßig erfüllt wird oder mangelhaft oder verspätet, selbst wenn im letzteren Falle ein Rücktrittsrecht gegeben ist und geltend gemacht wird (Seufferts Archiv Bd. 40 S. 26); ob die Gegenleistung thatsächlich erzwungen werden kann, oder der Gegner unvermögend ist zu erfüllen. Denn des Maklers Pflicht erschöpft sich in der Zuführung des Kontrahenten und dem Zustandebringen des beiderseitigen Konsenses; die Prüfung der Waare auf ihre Güte, des Gegenkontrahenten auf Sicherheit und Zuverlässigkeit ist Sache der Partei selbst, die gerade durch ihre Zustimmung zu erkennen giebt, daß ihr alles konvenire. Nur durch die besonderen Umstände jenes Falles ist es gerechtfertigt, wenn das R.G. (bei Bolze 7 Nr. 504) den Anspruch auf Provision abweist, weil der Käufer sich als zahlungsunfähig erwiesen hat. (Vergl. über dieses Urtheil auch Riesenfeld, bei Gruchot 37 S. 111.) Dagegen erklärt das R.G. (vom 30. Juni 1897, in der Deutschen Juristenzeitung 1897 S. 365) den Satz, daß der Makler sich nach den Verhältnissen nicht zu erkundigen braucht, nicht für richtig, sondern rechnet dies allgemein zu den Erfordernissen der gewissenhaften Ausführung des Maklerauftrages. Das kann aber nicht gebilligt werden (siehe unten Anm. 28). Ueberall gestaltet sich die Sache aber anders, wenn der Makler durch Verletzung seiner Pflichten die Aufhebung des Vertrages verschuldet hat

(Bolze 17 Nr. 380). Sicherlich unerheblich ist es ferner, ob die Parteien die **Wiederaufhebung des Vertrages vereinbart haben** (Motive zum B.G.B. II S. 514; Obertribunal in Busch Archiv 20 S. 69; R.G. 25 S. 319).

Beim Darlehnsvertrage ist es streitig, ob die Provision verdient ist mit dem Abschluß des pactum de mutuo dando oder erst mit der Auszahlung des Darlehns. Düringer u. Hachenburg I S. 304 erklären sich für das erstere, Dernburg (Preuß. Privatr. Bd. 2 § 190) und Förster-Eccius (Bd. 2 § 138 Nr. II) für das letztere, ebenso R.G. 39 S. 231, letzteres aber mit der richtigen Einschränkung, daß im Einzelfalle die Sache anders liegen kann, und auf Grund dieser Einschränkung hat das Kammergericht (bei Perl und Wreschner 1897 S. 106) den zutreffenden Satz ausgesprochen, daß bei den sog. Baugelderdarlehen schon mit dem Abschluß des Vertrages die Provision verdient ist. Wir folgen dieser Judikatur. Anm. 19.

Selbstverständlich aber kann die Provisionsabrede anders getroffen und von der Erfüllung abhängig gemacht werden. So liegt unter Umständen eine wesentliche Abänderung in der Stipulation: Zahlung soll erfolgen nach Uebergabe, nach Auflassung, nach der ersten Anzahlung (vergl. z. B. Bolze 6 Nr. 491). Darin kann nach Lage des Falls eine Bedingung, nicht eine bloße Befristung liegen. Alsdann genügt es nicht, daß der Vertrag abgeschlossen ist, vielmehr muß es außerdem noch zu jenen Erfüllungsakten gekommen sein, nur darf der Eintritt dieses Aktes nicht durch den Auftraggeber vereitelt werden. Doch ist dies nicht dahin zu verstehen, daß jede Vereitelung oder auch nur jede schuldhafte Vereitelung dem Prinzipal entgegengehalten werden kann. Vielmehr sind nur dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruchs gerichtete Vereitelungen gemeint (vergl. § 162 B.G.B.). Bleibt die Erfüllung des Gegenkontrahenten aus wegen Mangels der Erfüllung seitens des Auftraggebers oder auch aus Willkür, so ist der Provisionsanspruch in solchem Falle dennoch nicht entstanden. Denn wie der Auftraggeber dem Makler gegenüber nicht verpflichtet ist, das Geschäft zu schließen, so ist er diesem gegenüber auch nicht verpflichtet, das Geschäft gehörig zu erfüllen, nur damit der Provisionsanspruch existent werde (vergl. Bolze 6 Nr. 491), vergl. Anm. 22. Anm. 20.

c) **Der Prinzipal muß bewußter Weise auf Grund der Vermittlerthätigkeit abgeschlossen haben.** Sache des Maklers ist es, dem Mandanten zum Bewußtsein zu bringen, daß das Geschäft durch seine Vermittelung zu Stande gekommen ist, damit bei der Preisbestimmung die Provision in Rechnung gezogen werden kann. Sonst ist die Provision nicht verdient (R.G. 31 S. 289). Anm. 21.

4. **Der Vertrag muß unbedingt geworden sein.** Bei suspensiv bedingtem Abschluß ist keine Provision verdient vor Eintritt der Bedingung (§ 652 B.G.B.). Wer aber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert, gegen den gilt die Bedingung als eingetreten (§ 162 B.G.B.). Im Verhältniß des Maklers zum Kommittenten kann nur die dolose, auf den Wegfall des Provisionsanspruchs gerichtete Vereitelung gemeint sein (ein Beispiel Bolze 19 Nr. 458; vergl. auch Bolze 6 Nr. 491 a. E.). Als bedingter Kauf gilt es auch, wenn der Kaufpreis in Aktien einer erst zu gründenden Gesellschaft bedungen ist (App.Ger. Celle in G.Z. 22 S. 354). Der aufschiebenden Bedingung stehen vertragliche **Widerrufs- und Reurechte** gleich (Behrend § 58 Anm. 20; Kammergericht bei Perl und Wreschner, 1890 S. 46; anders Düringer u. Hachenburg I S. 303). Auch diese müssen erledigt sein, und es macht keinen Unterschied, wenn dem Auftraggeber das Widerrufsrecht vorbehalten ist, weil dann feststeht, daß dieser sich noch nicht definitiv hat entschließen können, das Geschäft zu machen. Dagegen sind gesetzliche Rücktrittsrechte kein Hinderniß für die Entstehung des Provisionsanspruchs, auch hindert die resolutive Bedingtheit des Vertrages nicht die Entstehung des Provisionsanspruchs; die Motive zum B.G.B. (II S. 513) heben dies als Absicht des Gesetzes ausdrücklich hervor und diese Absicht dürfte durch die Hervorhebung der aufschiebenden Bedingung im § 652 B.G.B. deutlich ausgedrückt sein (früher anders R.G. bei Seuffert 40 S. 26). Aber mit dem Eintritt der Resolutivbedingung wird der Anspruch Anm. 22.

auf den Maklerlohn rückwirkend hinfällig (Planck Anm. 2 zu § 652 B.G.B.; Leske, Vergl. Darstellung S. 270; anders Cosack, Bürgerl. Recht I § 152 Bemerk. 3; Düringer u. Hachenburg I, S. 303). Die gezahlte Provision kann dann kondizirt werden (Leske, ebenda).

Anm. 23. 5. **Das Zustandekommen des Vertrages muß auf der Thätigkeit des Maklers beruhen.**[1]) Zwischen Konsens und Maklerthätigkeit muß ein Kausalnexus bestehen.[2]) Es genügt daher nicht, daß der Makler sich einerseits bemüht, und andererseits die Parteien das Geschäft abgeschlossen haben, wenn beides nicht in ursächlichem Zusammenhange steht — Motive zum B.G.B. II S. 512 —. (Die Thätigkeit des Vermittlers braucht jedoch nicht die alleinige Ursache zu sein; Bolze 19 Nr. 456; R.G. vom 5. Februar 1894 in J.W. S. 131, 132.) Für diesen Kausalzusammenhang besteht, auch wenn die Bemühungen einerseits und die Perfektion des Geschäfts andererseits feststehen, keinerlei Vermuthung (Bolze 11 Nr. 741). Liegt er aber vor, so kommt es auf den Umfang der Vermittelungsthätigkeit nicht an. Dieser Grundsatz ist in folgenden praktischen Einzelfragen zur Anwendung gelangt:

Anm. 24. a) **Schon in der Zuführung** des Käufers kann der Kausalnexus zwischen Vermittlerthätigkeit und Vertragsabschluß liegen, wenn es eben einer weiteren Mitwirkung nicht bedurfte, um den Konsens zu erzielen (R.G. 6 S. 187). Der Provisionsanspruch fällt dadurch nicht weg, daß der Kommittent den Makler zum Vertragsabschlusse nicht zuzieht (Bolze 15 Nr. 306; O.L.G. Braunschweig u. Karlsruhe in G.Z. 38 S. 232), wie es überhaupt auf das Maß seiner Thätigkeit nicht ankommt (Seufferts Archiv Band 34 S. 173). Jedoch muß der Makler es wirklich gewesen sein, der den Kontrahenten zugeführt hat, was nicht der Fall ist, wenn Derjenige, dem der Verkaufslustige genannt ist, denselben seinerseits einem Andern mittheilt, der dann das Kaufgeschäft macht (Bolze 6 Nr. 490), oder wenn der Zugeführte dem Auftraggeber als zum Abschluß des Geschäfts oder als im Allgemeinen zum Abschluß derartiger Geschäfte geneigt bereits bekannt ist (R.G. 6 S. 188), so z. B. wenn man einem Darlehnssucher einfach eine Hypothekenbank nennt. Auch dann kann der Makler keine Provision verlangen, wenn es einer eigentlichen Vermittlerthätigkeit bedurfte und diese ein Anderer geleistet hat (Bolze 7 Nr. 499), selbst wenn der Auftraggeber von der Fortsetzung der Bemühungen Seitens des ersten Maklers Kenntniß gehabt hat; denn man ist durch Ertheilung eines Vermittelungsauftrages nicht gehindert, sich noch eines anderen Maklers zu bedienen (Bolze 11 Nr. 317 b); oder wenn der Zugeführte zu jener Zeit zum Kauf nicht entschlossen war, später aber durch die Bemühungen der Partei selbst der Vertrag zu Stande kommt (Bolze 3 Nr. 640; 13 Nr. 372); oder wenn gar die Verhandlungen scheiterten und erst später ohne Zuthun des Maklers wieder aufgenommen und zum Abschluß geführt werden (R.G. 6 S. 188; Bolze 3 Nr. 972). Immerhin wird aber in solchen Fällen vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht trotz des Dazwischenliegens eines Zeitraums oder einer gescheiterten Verhandlung der Kausalnexus doch besteht. (Vergl. z. B. Bolze 15 Nr. 306.)

Anm. 25. b) **Die Parteien müssen dasjenige Geschäft abgeschlossen haben, welches der Kommittent begehrt hat.** Haben sie ein anderes Geschäft abgeschlossen oder hat der eine Kontrahent das Geschäft mit einem Andern gemacht (Bolze 6 Nr. 494), so ist die vertragsmäßige Provision nicht verdient, ebenso nicht bei Ausführung in anderer Weise (Bolze 7 Nr. 501). Der Makler erhält daher die vertragsmäßige Provision nicht, wenn sie ihm zugesichert wurde für den Fall der Erzielung eines bestimmten Kaufpreises und ein geringerer erzielt wurde (Bolze 23 Nr. 430; O.L.G. Braunschweig in G.Z. 38 S. 233; ebenso R.G. bei Neubauer S. 15). (Vergl. Bolze 10 Nr. 414 — ausbedungen war ein schuldenfreies Grundstück; O.G. Wien in Busch Archiv 12 S. 157. —

---

[1]) Von dem Nachweisauftrage gilt dies nicht (R.G. bei Gruchot 24 S. 987). Doch muß der Nachweis erfolgen zu einer Zeit, wo der Gegenstand als verkäuflich noch unbekannt ist (Bolze 11 Nr. 317).

[2]) Sonst kann der Maklerlohn nicht gefordert werden. Es kann in solchem Falle nicht etwa wenigstens eine Gebühr für den Nachweis gefordert welden.

Verschaffung einer Stelle in einem Detailgeschäfte statt in einem Engrosgeschäfte.) Allein auch hier wird vorsichtig zu erwägen sein, ob nicht der Abschluß des in veränderter Form ausgeführten Geschäftes doch auf die Vermittlerthätigkeit zurückzuführen ist, oder ob nur gelegentlich ein wirklich anderes Geschäft gemacht worden. Man wird nicht fehl gehen, wenn man das hier in Frage stehende Prinzip mit dem Reichsgericht (bei Bolze 9 Nr. 324) dahin formulirt: Der Anspruch auf Provision kann nicht davon abhängen, ob das Geschäft ganz nach den ursprünglich geplanten Modalitäten oder unter Mitwirkung der ursprünglich ins Auge gefaßten Personen zu Stande kam, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist (vergl. z. B. Bolze 8 Nr. 431; 16 Nr. 357). — Gelingt es dem Makler nicht, einen Geschäftsabschluß herbeizuführen, der sich im Wesentlichen mit dem Inhalt des Auftrages deckt, läßt sich aber der Kommittent die Vermittelung des Maklers soweit gefallen, daß er das ihm angebotene Geschäft anderen Inhalts abschließt, so wird dem Makler der Anspruch auf eine angemessene Provision nicht zu versagen sein; wobei aber als angemessen nicht etwa ohne Weiteres zu betrachten ist eine nach Verhältniß des geringeren Werthes des erzielten zu dem in Aussicht genommenen Erfolge zu bestimmende Quote der versprochenen Provision (R.G. vom 28. März 1894 in J.W. S. 200, 201). Im Gegensatz hierzu versagt R.G. vom 3. Dezember 1896 bei Bolze 23 Nr. 433 in solchem Falle den Anspruch auf die angemessene Vergütung. Der erstere Standpunkt ist vorzuziehen. Er entspricht mehr der Billigkeit und der regelmäßigen Vertragsintention.

6. **Nicht vorausgesetzt ist seine persönliche Thätigkeit.** Es ist ihm nicht verwehrt, sich Substituten oder Gehilfen, sogenannte **Zwischenmakler** zu bestellen (Bolze 5 Nr. 579). Ist der Maklervertrag ausnahmsweise als Dienstvertrag abgeschlossen, d. h. so, daß der Makler die Verpflichtung zur Ausübung der Vermittelungsthätigkeit übernommen hat (vergl. oben Anm. 1), so hat er im Zweifel die ihm übertragene Thätigkeit selbst zu entfalten. (§ 613 B.G.B.) Aber auch in diesem Falle ist nicht ausgeschlossen, daß er sich Gehilfen bedient, die z. B. die Korrespondenz besorgen, Nachfragen anstellen, Besichtigungen vornehmen ꝛc. Aber in der eigentlichen Vermittelungsthätigkeit darf er sich in diesem Falle nicht vertreten lassen, außer wenn dies, was er zu beweisen hat, besonders ausbedungen ist oder wenn dies aus den Umständen folgt (Düringer u. Hachenburg I S. 285). **Hauptmakler und Zwischenmakler stehen regelmäßig in einem Societätsverhältniß** und haben mangels besonderer Abrede die Provision zu theilen (R.G. 18 S. 163). Den Anspruch gegen den Auftraggeber hat regelmäßig nur der Hauptmakler, der aber auch für seine Substituten haftet (z. B. bei Unredlichkeit, Uebernahme kollidirender Aufträge ꝛc., § 278 B.G.B.). — Vergl. über die Haftung für Substituten unten Anm. 28. — Soll der Untermakler gemeinsam mit dem Hauptmakler provisionsberechtigt sein, so muß dies besonders zum Ausdruck kommen. Der Hauptmakler hat auch dafür zu sorgen, daß ersichtlich werde, es handle der Zwischenmakler in seinem Auftrage, damit der Provisionsanspruch bei Normirung der Vertragsbedingungen in Rechnung gezogen werden kann. Unterläßt er dies, so fällt sein Anspruch fort (Bolze 1 Nr. 974; G.Z. 22 S. 263 — Dresden —; Neubauer S. 18). Vergl. auch oben Anm. 21. Anm. 26.

7. **Trotz dieser Voraussetzungen ist der Maklerlohn nicht verdient, wenn der Makler kollidirende Interessen vertreten hat** oder, wie § 654 B.G.B. sagt, wenn der Makler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Theil thätig gewesen ist. Das Gesetz steht also auf dem Standpunkt, daß die Uebernahme der Vermittelung für beide Theile nicht nothwendig und wohl auch nicht regelmäßig eine Kollision bedingt, daß es aber der Fall sein kann, daß der Makler sich dieses Doppeldienstes aber enthalten muß, wenn derselbe zu einer Kollision der Interessen führen kann; alsdann ist er dem Inhalte des Vertrages zuwider. Das stimmt mit der früheren Rechtssprechung und Litteratur überein (vergl. insbesondere R.O.H. 7 S. 90; R.G. 4 S. 292; Bolze 11 Nr. 316; 23 Nr. 431; Eccius 7. Aufl. II S. 281; Dernburg, Preußisches Privatrecht II § 190 Anm. 21; Anm. 27.

auch nach jetzigem Recht Düringer u. Hachenburg I S. 287). Wir standen früher und stehen noch heute auf dem Standpunkte, daß das Vertreten beider Theile beim Vermittelungsmakler (anders beim Nachweismakler) regelmäßig dem Inhalte des Vertrages zuwider sein wird. Denn eine Vertragsbestimmung, die der einen Partei günstig ist, ist regelmäßig der anderen ungünstig; ein Vortheil der einen Partei ist regelmäßig ein Nachtheil der anderen; der Käufer will möglichst billig, der Verkäufer möglichst theuer verkaufen.[1])

Durch die Uebernahme eines kollidirenden Auftrages verwirkt der Makler seinen Provisionsanspruch, allerdings nur, wenn er ohne Vorwissen des Auftraggebers dies thut, also nicht, wenn sein Auftraggeber von jener Uebernahme Kenntniß erlangte (R.G. 4 S. 222), und sei es auch erst während der Verhandlungen (Bolze 5 Nr. 581). Auch auf Umwegen darf die Uebernahme kollidirender Aufträge nicht erreicht werden, so z. B. wenn zwei Makler sich derart geheim verbinden, daß jeder von ihnen einer Partei als Makler dient (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 2 S. 95). Als unzulässige Kollision gilt es auch, wenn der Makler dem zugeführten Käufer gegenüber, wenn auch nur mündlich, sich verpflichtet, ihm das Grundstück wieder abzukaufen (Bolze 10 Nr. 415), oder wenn der Makler sich bei dem Gegenkontrahenten an dem Geschäfte geheim betheiligt.[2]) Ob der Makler bei seinem Doppeldienste den einen oder den andern Theil wirklich geschädigt, sein Interesse wirklich vertreten hat, ist nicht erheblich. Die Provision ist verwirkt, wenn es als Vertragswidrigkeit angesehen werden muß, beiden Theilen als Vermittler zu dienen, und er dies dennoch gethan hat. Aber in der bloßen Entgegennahme des Provisionsversprechens von der anderen Seite liegt eine solche Pflichtverletzung nicht; denn § 654 B.G.B. setzt voraus, daß der Makler dem Inhalte des Vertrags zuwider thätig gewesen sei (R.G. in J.W. 1885 S. 163 Nr. 27), noch weniger (Bolze 11 Nr. 314) darin, daß man hinterher eine Provision von der andern Seite annimmt, ferner nicht darin, daß man zuerst als Vermittler für die eine Partei auftritt, sodann aber diese Rolle aufgibt und sich in die Vermittlerdienste der anderen Partei begibt (Bolze 19 Nr. 455). Die hier vorgesehene Pflichtverletzung gibt der betreffenden Partei eine Einrede. Zwar heißt es im § 654 B.G.B.: „der Anspruch sei ausgeschlossen", doch liegt wohl nur eine nicht beabsichtigte Schärfe des Ausdrucks vor (Düringer und Hachenburg I S. 288; anders Planck Anm. 3 zu § 654 B.G.B.). — Nimmt aber der Makler mit Wissen beider Theile kollidirende Aufträge an, so wird er dadurch Vertrauensmann beider Theile und hat das beiderseitige Interesse unparteiisch wahrzunehmen, widrigenfalls er seine Pflicht verletzt und den Provisionsanspruch verwirkt (Bolze 20 Nr. 413).

Anm. 28. **III. Rechtliche Konsequenzen des Maklervertrages.**

1. Der Kommittent ist zur Zahlung der Provision verpflichtet, wenn die ebengedachten Voraussetzungen vorliegen.
2. Der Makler ist zunächst zu keiner Thätigkeit verpflichtet. Uebt er sie aber aus, so muß er dies im Interesse des Kommittenten thun und haftet für Nichtausübung seiner Pflichten

---

[1]) Gegen die in dieser Anm. 27 vertretene Auffassung wendet sich in entschiedener Weise Reuling bei Gruchot 40 S. 193 ff. Nach ihm ist der Makler nicht von einer bestimmten Partei beauftragt, das Geschäft zu vermitteln, sondern „er ist Bote beider Theile, solange dieselben durch seine Vermittelung über die Bedingungen des Geschäfts verhandeln, bis zu dem Momente, wo er die Rolle des bloßen Boten mit der des wirklichen Stellvertreters vertauscht, und zwar desjenigen Vertragstheiles, mit welchem er zufällig die letzte persönliche Rücksprache vor dem Abschluß zu nehmen veranlaßt gewesen war". Diese Konstruktion ist ganz willkürlich und widerspricht der thatsächlichen Auffassung des Rechtslebens, obgleich Reuling gerade aus diesem seine abweichende Meinung geschöpft haben will. Der Makler soll im Auftrage und Interesse des einen Theils durch seine Ueberzeugungskunst den anderen zum Abschluß bewegen, ihn solange bearbeiten, bis es ihm gelingt, ihn zum Abschluß geneigt zu machen. Den Abschluß selbst macht der Prinzipal. Seinem Wesen nach ist der Makler weder bloßer Bote, noch Bote beider Theile, noch Abschlußbevollmächtigter.

[2]) Doch gilt alles dies nur bei wirklichen Vermittelungen, nicht bei Nachweisungen und sonstiger rein faktischer Thätigkeit, z. B. wenn die Thätigkeit nur darin besteht, die Parteien einander zuzuführen (R.G. vom 21. März 1896 in J.W. S. 254).

in derselben Weise, wie auch sonst Jeder seine und seiner Gehilfen Handlungen zu vertreten hat, d. h. er haftet für eigenen Vorsatz und für eigene Fahrlässigkeit und für Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner Substituten (§§ 276, 278 B.G.B.). Ist der Makler Kaufmann, so tritt an die Stelle der Fahrlässigkeit, d. h. der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, nach § 347 H.G.B. die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Zufolge § 278 B.G.B. hat der Makler in solchem Falle auch für seine Gehilfen dafür einzustehen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht verletzen. Dabei ist hervorzuheben, daß ihm eine Verpflichtung, die Solvenz des Gegenkontrahenten oder die von demselben zur Erfüllung angebotenen Gegenstände zu prüfen, nicht obliegt, sodaß ihn eine Verantwortlichkeit in dieser Hinsicht ohne Weiteres nicht trifft (vergl. Goldschmidt, System S. 111; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 190; abweichend das R.G., vergl. oben Anm. 18). Wenn er aber Versicherungen abgiebt, so haftet er für ein ihn hierbei treffendes Verschulden, sicherlich für dolus (Bolze 4 Nr. 646); aber auch für Fahrlässigkeit, bezw. Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, sei es, daß er die Insolvenz der Gegenpartei oder Mängel des Erfüllungsgegenstandes hätte kennen sollen und dennoch das Gegentheil versicherte, oder daß er dies that ohne Prüfung (Bolze 3 Nr. 643), wobei jedoch wirkliche Zusicherungen von landläufigen Anpreisungen wohl zu unterscheiden sein werden. Er hat ferner die Pflicht, seiner Partei ihm bekannte Umstände anzugeben, welche dieselbe, falls sie ihr bekannt gewesen wären, von dem Vertragsabschlusse abgehalten hätten, insbesondere auch die ihm bekannte Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei (Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 2 S. 96; Bolze 4 Nr. 647). Endlich darf er seinen Kommittenten darüber nicht täuschen, ob der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. In diesem Falle wird er ihm verantwortlich, vorausgesetzt, daß dies schuldhafter Weise geschah (R.O.H. 4 S. 415).

Anm. 29. Er hat hier überall denjenigen Schaden zu ersetzen, den er durch seine Handlungsweise verursacht hat. So haftet er z. B., wenn er seinen Kommittenten in den Glauben versetzt hat, der Vertrag sei abgeschlossen, nicht für den entgangenen Gewinn, das Erfüllungsinteresse, sondern nur für das negative Vertragsinteresse, d. h. für die Folgen von Handlungen und Unterlassungen, die auf jenen Irrthum zurückzuführen sind, z. B. wenn die Partei in Folge dessen es unterlassen hat, anderweit abzuschließen (Bolze 3 Nr. 637; R.G. in G.Z. 34 S. 575, 576, auch citirt bei Bolze 3 Nr. 249; vergl. auch R.G. 12 S. 21). Anders, wenn durch sein Verschulden der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, da haftet er auch für den entgangenen Gewinn (O.G. Wien in Busch Archiv 41 S. 130).

Anm. 30. Hinzuzufügen ist (vergl. oben Anm. 2), daß er auch die Verpflichtung zur Ausübung der Vermittelungsthätigkeit übernehmen kann. Es liegt auch in diesem Falle noch ein Maklervertrag vor, und zwar ein solcher, der unter die Kategorie der Dienstverträge fällt. Das Vorliegen eines Dienstvertrages hat natürlich besondere Folgen. So darf der Makler z. B. einen solchen Auftrag nicht kündigen, außer aus wichtigen Gründen (§ 626 B.G.B.). Düringer u. Hachenburg I S. 284 geben ihm ein freieres Kündigungsrecht. Indem sie jeden Maklervertrag als Dienstvertrag ansehen, haben sie das Bestreben, das beim Maklervertrag regelmäßig vorhandene freie Kündigungsrecht aus den Regeln des Dienstvertrages zu begründen und ziehen daher den § 627 B.G.B. heran (Dienstvertrag über Dienste höherer Art auf Grund besonderer Vertrauensstellung). Nach diesem Paragraphen besteht allerdings ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wenn auch nicht zur Unzeit. Aber wir halten es für nicht zutreffend, daß die Dienste eines Maklers als Dienste „höherer Art", die auf Grund „besonderen" Vertrauens übertragen werden, betrachtet werden. — In den seltenen Fällen endlich, daß der Makler die Verpflichtung zur Herbeiführung des Abschlusses übernimmt, greifen die Regeln vom Werkvertrage Platz.

IV. Verjährung der Ansprüche des Maklers. Anm. 31.

Der Anspruch des Maklers verjährt, wenn er ein gewerbsmäßiger Makler ist, nach § 196 Nr. 7 B.G.B. regelmäßig in zwei Jahren; das Gleiche gilt, wenn er Kaufmann ist,

in welchem letzteren Falle es nicht darauf ankommt, ob er gewerbsmäßiger Vermittler ist oder nicht; auch wenn Jemand, der aus sonstigen Gründen Kaufmann ist, eine Vermittelungsprovision verdient, verjährt dieselbe in zwei Jahren (§ 196 Nr. 1 B.G.B.). Ist der Makler Kaufmann, so tritt an die Stelle der zweijährigen eine vierjährige Verjährung, wenn außerdem auch der Kommittent Kaufmann ist oder das vermittelte Geschäft sonst zu seinem Gewerbebetrieb gehört (§ 196 Nr. 1 und Abs. 2 B.G.B.). Ist endlich der Vermittler weder gewerbsmäßiger Vermittler, noch Kaufmann, so verjährt der Anspruch in 30 Jahren. Die hier erwähnten kurzen Verjährungen beginnen mit dem Schlusse des Fälligkeitsjahres (§ 201 B.G.B.).

Anm. 32. V. **Hilfsmittel zur Durchführung seiner Ansprüche.**

Zur Durchführung seiner Ansprüche steht dem Makler, wenn die Provision in einem Bruchtheil des Gewinns am vermittelten Geschäft besteht, das Recht auf Rechnungslegung zu, welche in der Vorlegung der Bücher besteht, wenn dadurch die Rechnung als genügend gelegt gelten kann, sonst auf weitere Rechnungslegung (vergl. R.G. vom 5. Juni 1894 bei Gruchot 38 S. 1130).

Anm. 33. VI. **Erfüllungsort.**

Der Erfüllungsort richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 B.G.B. Daß dort, wo das vermittelte Darlehn zu zahlen ist, auch die Provision zu zahlen sei, dafür läßt sich nichts herleiten (Bolze 18 Nr. 303).

Anm. 34. VII. **Pflichten des Maklers gegenüber der anderen Partei.**

Er tritt zu dieser in kein kontraktliches Verhältniß, was einen der Hauptunterschiede zwischen ihm und dem Handelsmakler bildet. (Uebereinstimmend Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 100; Endemann, Handelsrecht § 165; Cosack S. 245.) Riesenfeld (bei Gruchot 37 S. 273) vertheidigt den gegentheiligen Standpunkt nicht glücklich damit, daß der Makler den ihm vom ersten Auftraggeber ertheilten Auftrag angeblich nicht anders erfüllen könne, als dadurch, daß er zu einem andern ebenfalls in ein „Dienstverhältniß" trete. Im Gegentheile: er dient seinem Auftraggeber am besten, wenn er nur ihm und nicht dem andern zu dienen sucht, zweien Herren dienen ist immer schwer. Verhandeln soll er mit dem andern, ihn „bearbeiten", wie Riesenfeld selbst sagt, aber nicht sich ihm vertragsmäßig verdingen. Aber wenn er auch zu der andern Partei in keinem kontraktlichen Verhältniß steht, so tritt er doch zu derselben in einen nahen geschäftlichen Verkehr und hat daher die allgemeine Pflicht der Redlichkeit, deren Verletzung ihn auch dieser Partei gegenüber ersatzpflichtig macht, wenn auch aus anderem Rechtsgrunde, nämlich auf Grund der Vorschriften über außerkontraktliche Schadensverletzungen. Es muß also eine unerlaubte Handlung vorliegen, bloßes Versehen genügt nicht, wenn die sonstigen Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nicht vorliegen, wie dies auch in Anm. 33 zum Exkurse zu § 58 von uns erwähnt ist (vergl. R.G. 30 S. 50). Ueber den Umfang des Schadens siehe oben Anm. 29. Hat der Makler als Pseudovertreter den Vertrag abgeschlossen, so haftet er nach § 179 B.G.B. (vergl. hierüber Anm. 49 ffg. im Exkurse zu § 58).

Anm. 35. VIII. **Uebergangsfragen.**

Maklerverträge, die unter der Herrschaft des alten Rechts abgeschlossen sind, werden nach diesem beurtheilt (Art. 170 E.G. zum B.G.B.). Wann die Thätigkeit des Maklers ausgeübt wurde, ist gleichgiltig. Die Frage natürlich, ob das vermittelte Geschäft wirksam zu Stande kommt, folgt ihren eigenen Regeln. Lagen schon vor dem 1. Januar 1900 die Voraussetzungen der Perfektion vor, so ist es perfekt, auch wenn es nach neuem Recht nicht rechtsgiltig sein würde, wie z. B. wenn ein Grundstückskauf vor dem 1. Januar 1900 nur schriftlich abgeschlossen wäre.

Achter Abschnitt.

Handelsmäkler.

§ 93.

Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiethe oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers.

Auf die Vermittelung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittelung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Einleitung.

Unter den Handelsmaklern versteht das neue H.G.B. nicht die amtlichen Handelsmakler, sondern die Privathandelsmakler. Das Institut der amtlichen Handelsmakler ist jetzt gänzlich abgeschafft, wie es durch das Börsengesetz mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1897 bereits für die Börsen abgeschafft war. Zur Mitwirkung bei der Kursfeststellung werden nunmehr an Stelle der bisherigen amtlichen Handelsmakler Kursmakler angestellt. Dieselben müssen aber aus der Reihe der — nun nicht mehr amtlichen — Handelsmakler hervorgehen, sie müssen, wie § 30 des Börsengesetzes sagt, solange sie die Thätigkeit als Kursmakler ausüben, die Vermittelung von Börsengeschäften in den betreffenden Waaren oder Werthpapieren betreiben. Auch sonst können die Privathandelsmakler zu gewissen Funktionen öffentlich bestellt werden (vergl. z. B. §§ 373, 379 H.G.B.). Aber durch diese offiziellen Thätigkeiten ändert sich nicht die Rechtsstellung der Handelsmakler, ihre vermittelnde Thätigkeit behält ihren privaten Charakter, sie bleiben daher trotz ihrer offiziellen Thätigkeit Privathandelsmakler, sind insbesondere Kaufleute und haben alle Verpflichtungen derselben, auch die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern und zur Eintragung in das Firmenregister (vergl. hierüber unten Anm. 5).

In den folgenden Paragraphen sind nun die Rechtsverhältnisse der Privathandelsmakler geregelt. Wir haben diesen Paragraphen im Exkurse zu § 92 die Rechtsverhältnisse der Civilmakler, insbesondere der Grundstücks- und Hypothekenmakler vorangestellt. Das rechtfertigt sich dadurch, daß die Thätigkeit der Handelsmakler, auch der privaten, sich im Allgemeinen derart glatt abwickelt, daß sie zu Prozessen wohl kaum führt. Eine eigentliche Vermittelungsthätigkeit, bei welcher insbesondere der Kausalzusammenhang zwischen Thätigkeit und Erfolg fraglich und Gegenstand von zahlreichen Prozessen wird, üben nur die Civilmakler aus. Deshalb erforderten die Rechtsverhältnisse der Civilmakler eine eingehende und vorzugsweise Behandlung (vergl. Exkurs zu § 92 Anm. 1).

Soweit die Bestimmungen des H.G.B. über die Handelsmakler Lücken lassen, finden dieselben ihre Ergänzung durch die Bestimmungen der §§ 652 ffg. B.G.B., sofern nicht etwa die Verschiedenheit der rechtlichen Konstruktion der beiden Arten von Maklerthätigkeit solche Ergänzungsanwendung ausschließen.

Anm. 1.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den Begriff des Handelsmaklers. Handelsmakler ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt.

1. **Gewerbsmäßig** muß die Uebernahme der Vermittelungen erfolgen. Ueber den Begriff der Gewerbsmäßigkeit siehe Anm. 13 ffg. zu § 1. Wer nur gelegentlich einen Auftrag zur Vermittelung eines Vertrages über einen Gegenstand des Handelsverkehr übernimmt, ist kein Handelsmakler, der betreffende Maklervertrag ist ein Civilmaklervertrag (vergl. Anm. 3 zum Exkurse zu § 92).

Anm. 2. 2. **Der Handelsmakler ist nicht ständig mit der Vermittelung von einer Partei betraut,** d. h. er ist nicht von einer Partei vertragsmäßig zur ständigen Vermittelung von Geschäften für sie betraut. Das ist der Unterschied von Handlungsagenten. Daß aber ein Vertragsverhältniß zwischen dem Handelsmakler und dem Mandanten überhaupt nicht vorliegt, wie Makower S. 156 meint, ist nicht zutreffend.

Anm. 3. 3. **Die Vermittelung von Verträgen** ist der Gegenstand seiner Thätigkeit. Das Gesetz geht also davon aus, daß die bloße Nachweisvermittelung, auch wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird und auch wenn durch sie Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs zu Stande kommen, den Vermittler zum Handelsmakler nicht macht (Denkschrift S. 75). Allein in der Praxis wird sich dieser Unterschied völlig verwischen. Denn gerade die Handelsmakler üben in Bezug auf das Zustandekommen des Geschäfts eine sehr geringe vermittelnde Thätigkeit aus. Sie reden nicht zu, sie bearbeiten nicht den einen Theil, sondern sie führen die Parteien nur zusammen und stellen dann allerdings zum Zeichen des Abschlusses Abschlußnoten zu. Aber eine eigentliche vermittelnde Thätigkeit liegt gerade diesen Maklern in der Regel fern. Man würde daher, wenn man das Moment der Vermittelung im Gegensatz zum bloßen Nachweis allzu sehr pressen würde, den Kreis der Handelsmakler über Gebühr einengen. Es ist das auch eigentlich nicht nöthig, weil ja in der bloßen Zuführung des zum Kontrahiren geneigten Gegenkontrahenten die Vermittelung dann liegt, wenn eine weitere Vermittelungsthätigkeit nicht erforderlich ist (vergl. Anm. 24 zum Exkurse zu § 92). Jedenfalls aber ist festzuhalten, daß sie nicht mehr zu thun haben, als zu vermitteln. Sie haben nicht abzuschließen, sondern sie haben den Abschluß herbeizuführen und den erfolgten Abschluß zu beurkunden (R.O.H. 4 S. 412). Der Handelsmakler kann aber als Mandatar bestellt werden. Als solcher gilt er als bestellt, nämlich beauftragt zum Abschluß mit einem einwandsfreien Käufer, wenn der Verkäufer dem Makler die Schlußnote übergeben hat mit der Klausel: Aufgabe des Käufers vorbehalten. (R.G. 24 S. 64.) Hierüber siehe § 95.

Anm. 4. 4. **Ueber Gegenstände des Handelsverkehrs** müssen sich die Verträge verhalten, welche der Handelsmakler vermittelt. Das Gesetz hebt als solche Verträge besonders hervor: Verträge über die Anschaffung und Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderung, Bodmerei, Schiffsmiethe. Zu den ersteren gehören auch Verträge über den Erwerb von Edelmetallen, Geldsorten und Wechseln, und von Schiffen (Denkschrift S. 75). Auch Patente sind Gegenstände des Handelsverkehrs (die Patentanwälte also, sofern sie sich mit der Vermittelung von Patentveräußerungsgeschäften befassen, Handelsmakler), ferner die Geschäfte des Bankgewerbes (z. B. Vermittelung von Wechseldiskontgeschäften), nicht dagegen Hypothekengeschäfte (vergleiche Anm. 1 zum Exkurs zu § 92), nicht die Thätigkeit bei der Gründung von Gesellschaften, nicht die Thätigkeit bei der Vermittelung von Miethräumen und seien es auch Geschäftslokalitäten, nicht die Vermittelung von Anstellungen (Gesinde, Geschäftspersonal ꝛc.). Daß unbewegliche Sachen nicht Gegenstände des Handelsverkehrs sind, hebt das Gesetz besonders hervor. Die Grundstücksvermittler sind in Folge dessen zweifelsohne keine Handelsmakler. Die Theateragenten (richtiger wohl Theatermakler) sind als Vermittler von Anstellungsverträgen Civilmakler.

Daß die betreffenden Verträge Handelsgeschäfte sind, ist im Gegensatz zum früheren Recht (vergl. Art. 272 Nr. 4) nicht erforderlich, aber auch nicht ausreichend.

Zusatz 1. Die Handelsmakler sind Kaufleute. Ihr Gewerbe ist ein Handelsgewerbe (§ 1 Anm. 5. Nr. 7). Sie haben daher die öffentlich-rechtlichen Pflichten der Kaufleute (z. B. die Pflicht zur Führung von Handlungsbüchern, also neben dem Tagebuche des § 100), als auch sonst die Rechte

and Pflichten eines Kaufmanns (so z. B. haben sie die Sorgfalt ordentlicher Kaufleute zu erfüllen, § 347). Unter den Voraussetzungen des § 4 sind sie *Minderkaufleute*. Alsdann haben sie keine Handlungsbücher zu führen, wohl aber ein Tagebuch. Dieses gilt nicht als Handelsbuch. Von der Führung dieses Buches ist der Handelsmakler nur unter den Voraussetzungen des § 104 befreit (hierüber siehe zu § 104). Auch die Pflicht zur Eintragung in das Handelregister besteht, wie bei sonstigen Kaufleuten. Insbesondere gilt dies alles auch von denjenigen Handelsmaklern, welche außerdem eine offizielle Thätigkeit ausüben (Kursmakler, öffentliche Versteigerungsbeamte ꝛc.) — Johow 17 S. 6; Denkschrift S. 71). Die offizielle Stellung der Kursmakler macht dieselben nicht etwa zu Beamten und hebt sie aus dem Kreise der Kaufleute nicht heraus. (Soweit eine Beeidigung der öffentlich angestellten Makler erforderlich ist, war nach früherem Rechte die Giltigkeit ihrer offiziellen Handlungen nicht absolut abhängig von der Vereidigung; R.G. 18 S. 92). In Preußen trifft Bestimmungen über die Beeidigung das preußische Ausf. z. B.G.B. (Entwurf Art. 13). Hier heißt es auch, daß die Ermächtigung erst durch die Beeidigung wirksam werde. Für die Kursmakler ist dies nicht anzunehmen (vergl. § 30 Börsengesetz, Art. 66 des alten H.G.B. und R.G. 18 S. 92).

Zusatz 2. Die rechtliche Stellung des Handelsmaklers zu den Parteien ist eine eigenthümliche. Nach § 99 hat er von jeder Partei die Hälfte des Maklerlohnes zu fordern, nach § 98 haftet er beiden Parteien gleichmäßig auf Schadensersatz, nach § 101 hat er beiden Theilen Auskunft zu ertheilen. Er tritt also, auch wenn er von einer Partei mit der Vermittelung beauftragt wurde, dadurch, daß er die Vermittelungsthätigkeit ausübt, auch zu der andern Partei in ein kontraktliches Verhältniß. Die andere Partei tritt in dasselbe dadurch ein, daß sie sich auf die Vermittelungsthätigkeit des Maklers einläßt — ein eigenthümlich konstruirtes Verhältniß. Indessen gehört diese objektive Stellung über den Parteien und das kontraktliche Verhältniß zu beiden Parteien nicht etwa zum Wesen des Handelsmaklers. Die Definition unseres Paragraphen enthält von einem solchen Begriffsmerkmal nichts. Es kann sehr wohl auch der Handelsmakler in den Dienst einer Partei treten und ausschließlich damit beauftragt sein, das Interesse der einen Partei zu wahren. Nur soviel ergibt sich aus den einzelnen gedachten Gesetzesbestimmungen, daß die objektive Stellung und das kontraktliche Verhältniß zu beiden Parteien als die regelmäßige und Mangels besonderer Vereinbarungen als die gesetzliche Gestaltung des Verhältnisses zu betrachten ist (vergl. Anm. 2 zum Exkurse zu § 92). Anm. 6.

Zusatz 3. Die im Art. 69 des alten H.G.B. dem amtlichen Handelsmakler auferlegten Verpflichtungen bestehen insoweit, als sie sich aus der rechtlichen Stellung des Handelsmaklers von selbst ergeben. Wenn ihnen dort: Anm. 7.

1. *verboten war, für eigene Rechnung Handelsgeschäfte zu machen*, oder für die Erfüllung der Geschäfte einzustehen, so ist ihnen dies nunmehr nicht verwehrt,
2. *wenn ihnen verboten war, Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehilfe zu sein*, so ist dies dem Privathandelsmakler nicht verwehrt,
3. *sie dürfen sich mit anderen Handelsmaklern zu Sozietäten vereinigen*,
4. *persönlicher Betrieb der Handelsgeschäfte ist ihnen nicht zur Verpflichtung gemacht* (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 92),
5. *zur Verschwiegenheit sind sie insoweit verpflichtet*, als dies die Sachlage nach Treu und Glauben gebietet,
6. *es ist ihnen nicht zur Pflicht gemacht, lediglich ausdrückliche und persönliche Erklärungen der Parteien entgegenzunehmen.*

Indessen ist hier überall zu bemerken, daß diejenigen Handelsmakler, welche zu Kursmaklern bestellt sind, in dieser ihrer Eigenschaft mehreren solcher Beschränkungen und anderen Beschränkungen unterliegen (§ 32 des Börsengesetzes) und auch sonst ist es nicht ausgeschlossen, daß die Gesetze, auch die Landesgesetze, den Privathandelsmaklern, die zu öffentlichen Funktionen bestellt werden, solche Beschränkungen auferlegen.

Zusatz 4. Hat der Makler die Solvenz des Gegenkontrahenten zu prüfen? Hier wird dasselbe gelten müssen, wie für den Civilmakler. Denn seine Aufgabe ist dieselbe. Er soll den Abschluß vermitteln. Die Pflicht der Redlichkeit, die dem Civilmakler gegenüber der einen Partei Anm. 8.

obliegt, liegt ihm beiden Theilen gegenüber ob. Aber der Inhalt seiner Pflicht wird dadurch kein anderer. Wie der Civilmakler die Solvenz nicht zu prüfen hat, so hat dies auch der Handelsmakler nicht. (Vergl. daher über diesen Punkt Anm. 18 im Exkurs zu 92, wo auch abweichende Anschauungen und Umstände angeführt sind, unter welchen er doch für die Solvenz haftet.)

§ 94.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, unverzüglich nach dem Abschlusse des Geschäfts jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waaren oder Werthpapieren deren Gattung und Menge sowie den Preis und die Zeit der Lieferung, enthält.

Bei Geschäften, die nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Handelsmäkler davon der anderen Partei unverzüglich Anzeige zu machen.

Der vorliegende Paragraph handelt von den durch den Handelsmakler zuzustellenden Schlußnoten.

Anm. 1. 1. **Die rechtliche Bedeutung dieser Vorschriften** besteht:

a) **für die Parteien** darin, daß ihnen für die abgeschlossenen Geschäfte Beweismittel gesichert werden. Die Giltigkeit des Geschäfts hängt von der Aushändigung, Annahme oder Unterschrift der Schlußnoten nicht ab; auch begründet die Annahme der Schlußnoten keine gesetzliche Vermuthung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses (R.O.H. 13 S. 295), jedoch eine erhebliche faktische Vermuthung, in der Regel wird sie sogar als Zustimmung zum Geschäfte zu betrachten sein.

Außerdem ist die Schlußnote, welche gemäß Abs. 1 der Handelsmakler unterzeichnet, eine Urkunde, welche nach § 416 C.P.O. formellen Beweis liefert, daß der Handelsmakler den Abschluß des Geschäfts als perfekt beurkundet hat. Nach freier richterlicher Beweiswürdigung hat der Richter zu ermessen, welche Beweiskraft er dieser Urkunde in einem Streit der Parteien beilegen will; diese Beweiskraft wird um so größer sein, je zuverlässiger der Handelsmakler im Allgemeinen seines Amtes waltet und im vorliegenden Falle gewaltet hat, insbesondere dann, wenn der Inhalt der Schlußnote mit seinen sonstigen Aufzeichnungen, dem Tagebuche 2c. übereinstimmt. Die nach Abs. 2 von den Parteien zu unterzeichnende Schlußnote hat selbstverständlich erhöhte Bedeutung für den Beweis des abgeschlossenen Geschäfts.

Anm. 2. b) **Für den Makler** haben die Vorschriften die Bedeutung von privatrechtlichen Verpflichtungen, zu deren Erfüllung er im Wege der Klage gezwungen werden kann und deren Nichterfüllung ihn zum Schadensersatz nach § 98 verpflichtet. So z. B., wenn eine Partei aus der Nichtzusendung des Schlußscheins zu der Annahme berechtigt erschien, das Geschäft sei nicht abgeschlossen und in Folge dessen anderweit abgeschlossen hat, oder wenn er die Schlußnote verfrüht zustellt und dadurch die Partei von dem anderweiten Abschluß abhält (R.G. vom 16. Januar 1886 in G.Z. 34 S. 575).

Anm. 3 2. **Der Inhalt der Vorschrift** giebt zu Bemerkungen keinen Anlaß. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (vergl. § 121 B.G.B.). Im Börsenverkehr geschieht die Zustellung der Schlußnoten des Nachmittags nach Schluß der Börse. Unter Umständen wird eine schleunigere Zustellung geboten sein. Der im § 94 vorgeschriebene Inhalt der Schluß-

noten ist so lange obligatorisch, als nicht beide Theile den Makler von der Pflicht entbinden, alle diese Bestandtheile aufzunehmen. (Anders Makower S. 158.) Bei wiederholten Abschlüssen unter den gleichen Bedingungen wird man es als Willen beider Parteien ansehen und deshalb als genügend erachten müssen, wenn der Makler in die Schlußnoten schreibt: zu früheren Konditionen.

3. **Eine Ausnahme** von der Pflicht zur Schlußnotenzustellung enthält § 104 (Kleinverkehr. Siehe diesen). **Die Parteien** können auf die Schlußnoten verzichten, aber nur beide gemeinsam, nicht eine allein, auch nicht mit der Wirkung, daß sie ihr allein nicht zugestellt zu werden braucht. (Anders Düringer u. Hachenburg I S. 290, welche jeder Partei das Recht geben, auf die Zustellung an sie selbst zu verzichten.) Anm. 4.
4. Das Reichsstempelgesetz vom 24. April 1897 legt im § 14 dem Makler ferner die Verpflichtung zur Nummerirung und fünfjährigen Aufbewahrung der Schlußnoten auf. Anm. 5.

§ 95.

Nimmt eine Partei eine Schlußnote an, in der sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, so ist sie an das Geschäft mit der Partei, welche ihr nachträglich bezeichnet wird, gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

Die Bezeichnung der anderen Partei hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zu erfolgen.

Unterbleibt die Bezeichnung oder sind gegen die bezeichnete Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben, so ist die Partei befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Handelsmäklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie die Erfüllung verlange.

Der vorliegende Paragraph unternimmt es, das Rechtsverhältniß zu regeln, welches entsteht auf Grund einer besonderen Art von Schlußnoten, die im Börsenverkehr häufig vorkommen, nämlich **solcher, auf denen der Vermerk steht: Aufgabe vorbehalten.**

1. Eine solche Schlußnote braucht nicht angenommen zu werden. (Denkschrift S. 76.) **Wird sie aber angenommen,** d. h. nicht sofort zurückgewiesen (Düringer und Hachenburg I S. 293), **so ist die Partei daran gebunden,** und zwar sowohl dem Makler, als auch unmittelbar der Gegenpartei gegenüber, obgleich diese noch nicht bekannt ist. Nur dann ist sie nicht gebunden, wenn sie begründete Einwendungen gegen den angegebenen Kontrahenten zu erheben hat. Dieselben werden sich insbesondere auf die Zahlungsfähigkeit beziehen (Denkschrift S. 76), aber natürlich ist auch das ein begründeter Einwand, daß der nachträglich Benannte als unredlich oder als Chikaneur bekannt ist (R.G. 24 S. 66, 70). Die Gründe müssen so beschaffen sein, daß nach der Auffassung des Handelsverkehrs ein Kontrahiren mit solcher Partei nicht zugemuthet werden kann. Die mangelnde Solvenz des Gegenkontrahenten aber hört auf ein Mangel zu sein, wenn derselbe genügende Deckung gewährt oder einen genügenden Bürgen stellt. Als solcher kann auch der Makler gelten, wenn er selbst sicher ist. Daß er Bürgschaft übernehmen darf, darüber siehe Anm. 7 zu § 93. — Die Beweislast, daß begründete Einwendungen vorliegen, hat der Einwendende (R.G. 35 S. 105). Anm. 1.
2. **Aber die Aufgabe des Gegenkontrahenten muß in angemessener Frist erfolgen.** Geschieht das, so ist das Geschäft, welches bis dahin geschwebt hat, indem der eine Kontrahent daran gebunden war, der andere nicht benannte noch nicht, nunmehr perfekt und zwar ex Anm. 2.

tunc, auf den Augenblick der Annahme der Schlußnote zurückgerechnet (Düringer und Hachenburg I S. 294). Ob der Makler den nicht benannten Gegenkontrahenten seinerseits schon gekannt und mit diesem schon abgeschlossen hatte, oder ob er ihn erst nachträglich gesucht und gefunden hat, ist dabei unerheblich. Es genügt, daß der Gegenkontrahent rechtzeitig benannt wird, gleichgiltig, ob vom Makler selbst oder von dem Gegenkontrahenten. — Die Frist, innerhalb welcher die Bezeichnung geschehen muß, um rechtzeitig zu sein, ist die ortsübliche, eventuell die angemessene. Einer Fristsetzung an den Makler zur Bezeichnung des Gegenkontrahen bedarf es nicht; auch ist eine etwa erfolgte Fristsetzung wirkungslos, wenn die gesetzte Frist nach richterlicher Entscheidung nicht angemessen erscheint. Geschieht aber die Aufgabe des Gegenkontrahenten nicht rechtzeitig, so hört die Partei auf, gebunden zu sein. Das Gleiche gilt, wenn begründete Einwendungen gegen den aufgegebenen Kontrahenten zu erheben sind, und wie den Gesetzesworten unbedenklich hinzuzufügen ist, erhoben werden und zwar unverzüglich, ohne schuldhafte Zögerung, da sonst das Einverständniß mit dem bezeichneten Gegenkontrahenten anzunehmen ist (Düringer u. Hachenburg I S. 295). Ablehnung des benannten Gegenkontrahenten ohne begründeten Einwand ist unbeachtliche Willkür, giebt aber dem benannten Gegenkontrahenten das Recht, seinerseits zurückzutreten.

Anm. 3. In den beiden gedachten Fällen (verspätete Ernennung eines Gegenkontrahenten oder Benennung eines nicht geeigneten Gegenkontrahenten) ist die Partei befugt, den Handelsmakler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen. Nachträgliche Benennung eines Gegenkontrahenten oder eines geeigneten Kontrahenten ist kein Schutz dagegen. Diese Haftung des Maklers ist dieselbe, wie die des Kommissionärs, der nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit welchem er das Geschäft abgeschlossen hat (§ 384 Abs. 3 und die Erläuterung dazu). Der Erfüllungsanspruch kann sich im geeigneten Falle auch in einen Schadensanspruch verwandeln. Der Makler seinerseits hat den Provisionsanspruch, da diese Haftung eine Art der Erfüllung des Maklervertrages ist (Düringer u. Hachenburg I S. 296).

Anm. 4. Aber die Partei hat nur das Recht dazu. Sie kann auch das Geschäft ganz zurückweisen. Keinesfalls hat der Makler das Recht, in das Geschäft einzutreten (Denkschrift S. 76). Andererseits kann der Makler verlangen, daß ihm darüber Gewißheit wird, ob er auf Erfüllung in Anspruch genommen wird oder nicht. Es muß ihm daher auf seine Aufforderung unverzüglich diese Erklärung abgegeben werden, sonst erlischt das Recht gegen ihn; aber auch nicht vorher, es sei denn, daß aus den Umständen ein Verzicht entnommen werden kann.

Anm. 5. **Zusatz 1.** Ein besonderer Fall des Abschlusses unter Vorbehalt der Bezeichnung des Gegenkontrahenten ist der, **daß hierbei eine bestimmte Eigenschaft des Gegenkontrahenten bedungen wird, z. B. Primaablader.** In diesem Falle kommt der Vertrag zwar bereits bei Abschluß mit dem Handelsmakler als fester, aber als ein durch jene Eigenschaft des Vertragsgegners bedingter zu Stande (R.G. 33 S. 133, 35 S. 106, 38 S. 188).

Auch sonst sind gegentheilige Abreden zwischen der Partei und dem Makler über die Wirkung des Vorbehalts der Bezeichnung einer anderen Partei nicht ausgeschlossen (R.G. 20 S. 37). Es kann daher von vornherein bedungen werden, daß der Makler nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er den Gegenkontrahenten nicht rechtzeitig benennt; es kann ihm auch durch Vertrag das Recht eingeräumt werden, das Geschäft als Selbstkontrahent zu übernehmen, wobei jedoch § 32 des Börsengesetzes für die Kursmakler zu beachten ist. (Derselbe verbietet den Kursmaklern den Eintritt in die Geschäfte, soweit dies nicht nöthig ist.)

Anm. 6. **Zusatz 2. Die Vorschrift dieses Paragraphen ist auszudehnen auf den Fall, daß der Makler keine Schlußnoten ausstellt.** Zutreffend erklären Düringer u. Hachenburg I S. 297, daß nicht der Normalfall der Ausstellung der Schlußnoten der Grund der Gesetzesvorschrift ist, sondern die besondere Art der Willenserklärung. Das entspricht auch der bisherigen Praxis, welche auf das Vorhandensein der Schlußnoten kein Gewicht legte (R.G. 24 S. 70; vergl. auch R.G. 33 S. 131; 38 S. 187).

§ 96.

Der Handelsmäkler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, falls sie ihm übergeben ist, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird. Er hat die Probe durch ein Zeichen kenntlich zu machen.

Die den Handelsmaklern auferlegte Pflicht zur Aufbewahrung der Probe bezieht sich nur auf den Kauf nach Probe im Sinne des § 494 B.G.B., nicht auf andere Käufe, besteht als eine gesetzliche und wird nur durch beiderseitigen Erlaß der Parteien oder durch Ortsgebrauch aufgehoben. Sie erstreckt sich nicht nothwendig auf die ganze Probe, wohl aber auf einen solchen Theil, daß die Vergleichung möglich ist, und endet mit dem Zeitpunkte, wo ein Streit über die Beschaffenheit der Waare nicht mehr anzunehmen ist, sei es, daß die Waare ausdrücklich genehmigt ist oder daß sie nach § 377 als genehmigt gilt, oder daß die Verjährungsfrist für Erhebung von Einwendungen verstrichen ist. Verletzung dieser Pflicht hat Schadensersatzpflicht nach § 98 zur Folge. Es kann auf die Probe noch ankommen, wenn der Käufer zwar auf Lieferung verzichtet, aber Schadensersatz wegen Nichtlieferung verlangt (vergl. z. B. § 283 B.G.B.). Bei der Prüfung aller dieser Fragen darf er sich auf die Angaben einer Partei nicht verlassen, thut er es gleichwohl, so geschieht es auf sein Risiko. — Nach Beendigung der Aufbewahrungspflicht darf der Handelsmakler — das Gesetz sagt darüber nichts — die Probe derjenigen Partei zurückgeben, von der er sie erhalten hat.

§ 97.

Der Handelsmäkler gilt nicht als ermächtigt, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

Daß der Handelsmakler an sich nicht zur Erfüllungsannahme legitimirt ist, ergiebt sich aus dem Begriff des Maklers, dessen Aufgabe sich in der Vermittelung des Vertragskonsenses erschöpft. Aber es kann durch besonderen Auftrag die Legitimation zur Erfüllungsannahme ertheilt werden, und es kann diese Auftragsertheilung auch handelsgebräuchlich sein (R.O.H. 11 S. 241).

§ 98.

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden.

Er haftet jeder der beiden Parteien. Das Gesetz denkt sich das Verhältniß regelmäßig so, Anm. 1.
daß er zu beiden Theilen in ein kontraktliches Verhältniß tritt (vergl. Anm. 6 zu § 93). Es gilt daher hier über die Ursache der Schadensersatzpflicht und über den Umfang des Schadens gegenüber beiden Parteien dasselbe, was in Anm. 29 zum Exkurse zu § 92 über die Schadensersatzpflicht des Civilmaklers gegenüber dem Auftraggeber gesagt ist. Denn es liegt hier überall ein kontraktlicher Schadensersatzanspruch hinsichtlich beider Parteien vor. Die Haftung besteht nicht bloß dann, wenn der Makler mit Erfolg vermittelt hat, sondern auch dann, wenn dies erfolglos geschehen ist. Es genügt, daß er zu der Partei durch Entfaltung einer Vermittelungsthätigkeit in rechtliche Beziehungen getreten ist und dieselbe sich hierauf eingelassen hat.

Die gleichmäßige Haftung für beide Theile fällt fort, wenn der Handels- Anm. 2.
makler im gegebenen Falle nur für einen Theil thätig sein soll (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 99; Düringer u. Hachenburg I S. 301). Dieser Fall liegt aber dann noch nicht vor, wenn abredegemäß nur ein Theil den Lohn bezahlt (Düringer u. Hachenburg I S. 302).

Hat der Handelsmakler abgeschlossen, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, so haftet er außerdem noch als Pseudovertreter nach § 179 B.G.B. (vergl. hierüber Anm. 39 zum Exkurse zu § 58).

§ 99.

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

Anm. 1. 1. **Der vorliegende Paragraph giebt die Vorschrift, daß der Handelsmakler den Maklerlohn im Zweifel von beiden Parteien zur Hälfte zu verlangen hat.** Ueber das Eigenthümliche dieser Vorschrift siehe Anm. 6 zu § 93. Die Parteien können auch anderes vereinbaren, vergl. insbesondere Anm. 4.

Anm. 2. 2. **Unter welchen Voraussetzungen der Maklerlohn verdient ist,** darüber sagt das H.G.B. nichts. Hierüber gelten die §§ 652 ffg. B.G.B. und demzufolge auch die hieran geknüpften Erläuterungen, welche wir im Exkurse zu § 92 Anm. 11 ffg. gegeben haben. Insbesondere werden auch hier bloße Verhandlungen und Bemühungen nicht bezahlt, und Auslagen Mangels Abrede auf keinen Fall, während andererseits nicht mehr als der Abschluß des Geschäfts, nicht etwa die Ausführung des Geschäfts Existenzbedingung des Provisionsanspruchs ist, nur daß hier überall nicht bloß Der zur Zahlung verpflichtet ist, der den Makler engagirt, ihm die Leistung übertragen hat, sondern auch der andere Theil, beide zur Hälfte. Außerdem wird man hier, obwohl dies im neuen H.G.B. nicht hervorgehoben ist, analog dem Art. 82 des alten H.G.B. annehmen müssen, daß der Handelsmakler seine Gebühr nicht eher beanspruchen kann, als bis er seiner Verpflichtung bezüglich der Zustellung der Schlußnoten genügt hat. Denn seine Aufgabe ist es, nicht bloß zu vermitteln, sondern für die gehörige Beurkundung des Geschäfts Sorge zu tragen (§ 94). So lange daher die Schlußnoten nicht zugestellt sind, kann die Zahlung der Maklergebühr verweigert werden (vergl. § 320 B.G.B.) — Denkschrift S. 77 —.

Anm. 3. 3. **Dagegen bleibt hier der § 654 B.G.B. (Fortfall der Maklergebühr bei Vertretung kollidirender Interessen) regelmäßig außer Anwendung** und demgemäß auch die Erläuterung, welche hieran in Anm. 27 zum Exkurse zu § 92 von uns geknüpft ist. Denn den Handelsmakler denkt sich, wie §§ 98 und 99 ergeben, der Gesetzgeber regelmäßig als einen ehrlichen Makler, der über den Parteien steht und für beide Theile thätig ist. Hier ist es nicht „dem Inhalte des Vertrages zuwider", für beide Theile thätig zu sein. Aber ausnahmsweise kann der § 654 B.G.B. auch auf den Handelsmakler Anwendung finden. Denn es widerspricht nicht dem Begriff des Handelsmaklers, daß er dazu bestellt wird, einseitig den Interessen einer Partei zu dienen. Seine Thätigkeit bleibt auch in diesem Falle die Thätigkeit eines Handelsmaklers (vergl. Anm. 3 zum Exkurse zu § 92). Und in diesem Falle hat er auch die Vorschrift des § 654 B.G.B. zu beachten und sich der Vertretung bei Interessenkollision zu enthalten (vergl. Düringer u. Hachenburg I S. 287 unten, allerdings im Widerspruch mit ihrer prinzipiellen Auffassung S. 281).

Anm. 4. 4. **Selbstverständlich bleibt es den Parteien unbenommen, das Verhältniß auch anders zu gestalten, also insbesondere den Handelsmakler zu verpflichten, die Verhandlungen lediglich im Interesse der einen Partei zu führen.** Dann aber fällt auch die ganze eigenthümliche Stellung des Handelsmaklers, als einer über den Parteien stehenden Person, im konkreten Falle fort und daraus folgt, daß auch seine Haftung sich nicht nach § 98 richtet, sondern sich analog der Haftung des Civilmaklers gestaltet, und ebenso sein Anspruch auf den Maklerlohn ihm nicht nach § 99 an beide Parteien zusteht, sondern gemäß § 652 B.G.B. nur an seinen Auftraggeber.

Anm. 5. 5. **Der Betrag der Maklergebühr** wird hier durch Gebräuche wohl stets fixirt sein.

Soweit auch die Vermittelung von Dienstverträgen Gegenstand der Handelsmakelei sein kann, ist zu bemerken, daß das im § 655 B.G.B. statuirte

Herabsetzungsrecht auch hier Platz greift und nicht etwa (wie im § 348) handelsrechtlich außer Kraft gesetzt ist.

6. **Die Ansprüche des Handelsmaklers verjähren** in 2 Jahren, und soweit eine Partei seine Thätigkeit in ihrem Gewerbebetriebe verwendet hat, in 4 Jahren (§ 196 Nr. 1 und Abs. 2 B.G.B.). So kann es kommen, daß gegen beide Theile die Verjährung in verschiedener Frist abläuft (Düringer u. Hachenburg I S. 286). Beide Verjährungen beginnen am Schlusse des Jahres, in welchem der Anspruch fällig wird (§ 201 B.G.B.). Anm. 6.

§ 100.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Eintragungen sind nach der Zeitfolge zu bewirken; sie haben die im § 94 Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten. Das Eingetragene ist von dem Handelsmäkler täglich zu unterzeichnen.

Die Vorschriften der §§ 43, 44 über die Einrichtung und Aufbewahrung der Handelsbücher finden auf das Tagebuch des Handelsmäklers Anwendung.

1. Das hier vorgeschriebene Tagebuch gehört nicht zu den Handlungsbüchern im Sinne der §§ 38 ffg. Denn das Tagebuch dient nicht dazu, die eigenen Geschäfte des Buchführenden, sondern diejenigen anderer Personen zu verzeichnen. Handlungsbücher hat der Handelsmakler, da er Kaufmann ist, außerdem zu führen (vergl. Anm. 5 zu § 93) und auf die Unterlassung der Führung des Tagebuches finden nicht die Strafvorschriften über Nichtführung der Handelsbücher, sondern die Sondervorschrift des § 103 Anwendung. Anm. 1.
2. Die Führung eines Handbuches außer dem Tagebuche ist vom neuen H.G.B. nicht vorgeschrieben. Das bleibt dem Handelsmakler überlassen. Anm. 2.
3. Die Eintragungen in das Tagebuch brauchen nicht persönlich vom Handelsmakler gemacht zu werden, wohl aber muß die Unterzeichnung eigenhändig erfolgen. Zu unterzeichnen ist nicht jede Eintragung, sondern immer nur sämmtliche Eintragungen eines Tages. Eine Unterschrift kann also alle Eintragungen eines Tages decken. Anm. 3.

   In das Tagebuch gehören die durch seine Vermittelung abgeschlossenen Geschäfte. Weitere Eintragungen zu machen ist er nicht verpflichtet, also insbesondere nicht Vermerke darüber, daß das Geschäft später wieder aufgehoben wurde, falls nicht etwa der Aufhebungsvertrag wiederum ein durch seine Vermittelung abgeschlossenes selbstständiges Geschäft ist. Wenn dagegen das abgeschlossene Geschäft vor der Eintragung wieder rückgängig gemacht wurde, so bedarf es wohl keiner Eintragung.
4. Die Unterlassung der Eintragung berührt die civilrechtliche Giltigkeit des Geschäfts nicht. Anm. 4.
5. Auf die Führung des Tagebuches und die Zeichnung in dasselbe können die Parteien nicht verzichten. Die Pflicht beruht auf öffentlichem Recht (vergl. § 103). Anm. 5.
6. Wegen der Vorschriften über Führung und Aufbewahrung der Tagebücher finden nach Absatz 2 die § 43 und 44 Anwendung. Die Pflicht zur Aufbewahrung besteht auch nach Aufgabe des Maklergewerbes fort. Die Strafbestimmung des § 103 bezieht sich auch hierauf. Anm. 6.

§ 101.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien jederzeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und

Alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.

Anm. 1. 1. Die Parteien haben hierauf einen klagbaren Anspruch. Derselbe besteht während der ganzen Dauer der Aufbewahrungspflicht (§ 100 Anm. 6). Einstweilige Verfügungen werden, da die Weigerung wohl meist offensichtlich unbegründet ist, hier am ehesten zum Ziele führen.

Anm. 2. 2. Ist der Handelsmakler zugleich zu einer öffentlichen Funktion bestellt, z. B. Kursmakler, so wird auch die Beschwerde bei seiner vorgesetzten Behörde wegen dieser Weigerung zulässig sein (vergl. § 33 des Börsengesetzes).

Anm. 3. 3. Die Vorschrift des § 103 bezieht sich auf diese Weigerung nicht. Die Vorschrift unseres Paragraphen ist keine öffentlich-rechtliche.

Anm. 4. 4. Vorlegung des Tagebuches können die Parteien nicht verlangen, außer auf richterliche Anordnung während des Prozesses (§ 102). Die Pflicht zur Ertheilung von Auszügen soll eben diese Vorlegungspflicht ersetzen.

§ 102.

Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Die Vorschrift ist ähnlich der des § 45. Auch hier kann die Vorlegung auch von Amtswegen angeordnet werden, aber immer nur zu dem Zwecke der Vergleichung mit einem vorhandenen Beweismittel, nicht um darüber hinaus den Inhalt des Tagebuchs zu erforschen und dadurch ein thatsächliches Argument für eine Partei heranzuschaffen, welches ihr sonst gefehlt hätte. — Gedacht ist hier wohl an einen Prozeß der Parteien unter einander. Es fehlt hier an einer Bestimmung, wie der Makler gezwungen werden soll, das Tagebuch vorzulegen. Hat der Handelsmakler zugleich öffentliche Funktionen, ist er z. B. Kursmakler, so wird das Beschwerderecht bei seiner Aufsichtsbehörde zum Ziele führen; sonst bleibt nur das Klagerecht der Parteien und die Schadensersatzpflicht diesen gegenüber als Zwangsmittel übrig (vergl. Makower S. 164). Ist der Makler selbst Partei, so kommt § 102 unmittelbar zur Anwendung. Das Präjudiz für die Nichtvorlegung ist hier die Vorschrift des § 427 C.P.O.

§ 103.

Handelsmäkler, die den Vorschriften über die Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs zuwiderhandeln, werden mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

Das Delikt ist ein Vergehen. (§§ 1, 27—30 St.G.B.). Wegen der Entschuldigungsgründe siehe Anm. 4 zu § 38. Das Delikt kann auch begangen werden von Dem, der das Handelsmaklergewerbe aufgegeben hat (vergl. Anm. 6 zu § 100). Die Erben des Handelsmaklers unterliegen der Vorschrift nicht, obwohl sie civilrechtlich zur Aufbewahrung verpflichtet sind.

§ 104.

Auf Personen, welche die Vermittelung von Waarengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung.

Anm. 1. 1. Die hier behandelten Makler kann man mit Krämermakler bezeichnen (Gareis Anm. 1). Sie sind Diejenigen, die sich mit der Vermittelung von Waarengeschäften im Kleinverkehr beschäftigen. Ganz unabhängig davon ist die Frage, ob der betreffende Makler Groß-

makler oder Kleinmakler, d. h. Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist. Das richtet sich nicht nach dem Umfange der von ihm vermittelten Geschäfte, ob es Kleinverkehrsgeschäfte sind oder nicht, sondern nach dem Umfange seiner eigenen geschäftlichen Thätigkeit, ob es als Kleingewerbe zu betrachten ist oder nicht. Vollkaufmann kann sein ein Makler, der sich mit Kleinverkehrsgeschäften befaßt, und Minderkaufmann kann sein ein Makler, der die Vermittelung von Großverkehrsgeschäften besorgt. Ist er Vollkaufmann und beschäftigt er sich mit Kleinverkehrsgeschäften, so muß er Handelsbücher, aber kein Tagebuch führen. Ist er Minderkaufmann und beschäftigt er sich mit Großverkehrsgeschäften, so hat er ein Tagebuch, aber keine Handelsbücher zu führen. Ist er Minderkaufmann und beschäftigt er sich mit Kleinverkehrsgeschäften, so hat er weder Tagebuch noch Handelsbücher zu führen. Ist er Vollkaufmann und beschäftigt er sich mit Großverkehrsgeschäften, so hat er Handlungsbücher und Tagebuch zu führen.

2. Nur die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher finden auf Krämermakler keine Anwendung. Sie haben daher bei Verkauf nach Probe die ihnen übergebene Probe nach Maßgabe des § 96 aufzubewahren, ihre Haftung gegenüber den Parteien, ihre Ansprüche an dieselben bestimmt sich nach den §§ 98 und 99. Anm. 2.

Zweites Buch.

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt.

Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel.

Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

Vorbemerkung. Das H.G.B. unterscheidet Handelsgesellschaften und die Gesellschaft, die dem Handelsrecht angehört, ohne Handelsgesellschaft zu sein, nämlich die stille Gesellschaft. (Die Gelegenheitsgesellschaft ist gestrichen.) Die Handelsgesellschaften sind: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, dazu treten noch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph giebt die Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft** (Abs. 1) und ordnet an, daß subsidiär die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung finden. (Abs. 2.)

I. **Die Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft.**

Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und bei welcher die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei keinem Gesellschafter beschränkt ist.

Anm. 2. 1. **Eine Gesellschaft** ist sie. Dadurch ist zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß zu ihrem Wesen das Vorhandensein einer Gesellschaft gehört. Abgelehnt ist hierdurch die insbesondere von Laband (in G.Z. 30 S. 509 ffg.) vertretene Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft ein Verhältniß ist, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Betheiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird. (Denkschrift S. 80.)

Erforderlich ist hiernach, daß sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines Anm. 3.
gemeinschaftlichen Endzwecks in bestimmter Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Denn das gehört nach § 705 B.G.B. zum Wesen einer jeden Gesellschaft. Durch welche Art von Beiträgen der Gesellschaftszweck gefördert werden soll, ist völlig dem Gesellschaftsvertrage überlassen. Es können Sachen, Rechtshandlungen, Verpflichtungsübernahmen sein, aber die Leistung von Beiträgen ist wesentlich. (Fischer und Henle Anm. 4 zu § 705 B.G.B.) Es kann auch sein, daß einer der Gesellschafter den Endzweck fördert in der Weise, daß er sich als Gesellschafter eintragen läßt, dadurch das Risiko der Schuldenhaftung übernimmt und hierdurch den Kredit der Gesellschaft erhöht (R.G. 37 S. 61). Aber ganz erlassen kann die Beitragsleistung einem Gesellschafter nicht werden; sonst liegt keine Gesellschaft vor (Motive zum B.G.B. II S. 594; § 629 des ersten Entwurfs). Ferner muß der Endzweck der Gesellschaft ein gemeinsamer sein. Die Absicht muß dahin gehen, die Ergebnisse des Geschäfts allen Gesellschaftern zukommen zu lassen, nicht gerade nothwendig allen in gleichem Umfange, aber doch allen, und zwar als Geschäftsergebnisse, als Resultate der wechselnden Schicksale der Gesellschaft.

Hiernach ist keine Societät vorhanden, wenn ein Gesellschafter von jedem Gewinn Anm. 4.
ausgeschlossen wird (Löwengesellschaft, Motive zum B.G.B. II S. 594), ebenso wenn Jemand eine fixe Summe als Entschädigung, sei es für seine Einlage, oder für seine Schuldenhaftung oder für seine Thätigkeit zugesichert erhält. Der Zweck ist dann kein gemeinsamer, er nimmt nicht Theil an den Schicksalen der Gesellschaft. Denn er soll ja die ihm zugesicherte Summe erhalten, gleichviel, ob die Gesellschaft Gewinn oder Verlust hat (vergl. O.L.G. Marienwerder in G.Z. 46 S. 493). Ein garantirtes Minimum würde aber dem Vorhandensein einer Gesellschaft nicht entgegenstehen; denn immerhin hängt doch der Ueberschuß über das Minimum von den Schicksalen der Gesellschaft ab.

Auch ist es nicht nothwendig, daß jeder Socius an allen Schicksalen der Gesell- Anm. 5.
schaft Theil nimmt. Die Theilnahme am Verluste kann einem Gesellschafter auch erlassen werden (vergl. § 336 Abs. 2 H.G.B.).

Und selbstverständlich liegt keine Gesellschaft vor, wenn aus sonstigen Gründen Anm. 6.
(etwa aus einem stipulirten Abhängigkeitsverhältnisse oder den vereinbarten Kündigungsbedingungen) folgt, daß nach innen Dienst, Miethe oder Darlehen oder ein sonstiger Vertrag verabredet ist, weil eben eine Gesellschaft vorhanden sein muß, wenn eine offene Handelsgesellschaft vorliegen soll.

Andererseits kann die Gemeinschaft ursprünglich auch auf anderer Grundlage als Anm. 7.
auf Vertrag beruhen: Beschließen zwei Personen, deren Gemeinschaft auf anderer als vertragsmäßiger Grundlage beruht, unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben, so schließen die ursprünglich durch andere Rechtsgründe vereinigten Personen hiermit einen Gesellschaftsvertrag und bilden eine offene Handelsgesellschaft, so wenn es sich um die Gemeinschaft zwischen Erben handelt (vergl. unten Anm. 26), oder um die fortgesetzte Gütergemeinschaft (O.L.G. Stuttgart in G.Z. 40 S. 457; R.O.H. 11 S. 102, R.G. 10 S. 103).

Ueber weitere Erfordernisse des Gesellschaftsvertrages siehe Anm. 3 zu § 109.

Da eine Gesellschaft vorliegen muß, **so folgt daraus ohne Weiteres, daß die offene** Anm. 8.
Handelsgesellschaft keine juristische Person ist. Der alte Streit hierüber (vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 85) ist damit begraben.

Es muß aber hiersofort bemerkt werden, daß eine Vereinigung von Personen, die keine offene Handelsgesellschaft ist, doch für den Rechtsverkehr als solche gelten kann (siehe hierüber unten Anm. 14 und ferner § 123).

2. **Auf den Betrieb eines Handelsgewerbes** muß der Zweck der offenen Handelsgesellschaft Anm. 9.
gerichtet sein. Wie zu 1 dargelegt, gehört zum Wesen jeder Gesellschaft die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Derselbe muß hier der Betrieb eines Handelsgewerbes sein.

a) Der Begriff Betrieb ist in Anm. 5 ffg. zu § 1 auseinandergesetzt. Es folgt aus diesem Begriff, daß die Geschäfte im Namen aller Socien (d. h. unter der Firma der Gesellschaft, als dem gemeinschaftlichen Handelsnamen) abgeschlossen werden müssen.

Aber während beim Einzelkaufmann der Abschluß im Namen des Firmeninhabers genügt, muß hier zufolge des zu 1 erwähnten Erfordernisses des Vorhandenseins einer Gesellschaft außerdem der Abschluß der Geschäfte für Rechnung der Gesellschafter erfolgen. Hier muß der Betrieb des Handelsgewerbes, die Erzielung des dadurch erzielten Gewinnes, der gemeinsame Endzweck der Gesellschafter sein. Sonst läge ja keine Gesellschaft vor. Es wäre keine offene Handelsgesellschaft, wenn das Geschäft lediglich für Rechnung eines Dritten geführt würde, dem aller Gewinn zufiele und den aller Verlust träfe, während die beiden eingetragenen Inhaber des Geschäfts von diesem ein Gehalt bezögen (vergl. zu 1) — jedenfalls aber muß betont werden, daß der Betrieb eines Handelsgewerbes vorliegen muß (vergl. auch die Definition bei Cosack S. 526 und die Darstellung bei Gareis, Handelsrecht 6. Aufl. S. 207, 208). Es genügt nicht, daß mehrere Personen einen Gesellschaftsvertrag schließen, der den Betrieb eines Handelsgewerbes bezweckt. Obwohl der Wortlaut unseres Paragraphen dazu verleiten möchte, dies anzunehmen, so wäre das irrig. Der bloße Vertragsabschluß ist ein Internum, durch ihn wird zwar eine Vereinigung erzielt, aber keine „offene Handelsgesellschaft". Schon dieser Name zeigt deutlich, daß ein Wirken nach außen erforderlich ist. Außerdem ergibt § 6, daß die Handelsgesellschaft als Kaufmann gedacht ist, also (vergl. § 1) als ein Rechtsgebilde, welches ein Gewerbe betreibt. Und überdies knüpft der Begriff ja an den früheren an (nach Art. 85 lag eine o. H. G. vor, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe „betreiben") und es sollte durch die neue Fassung an dieser Seite der Sache nichts geändert werden. Durch die neue Fassung sollte nur klar gestellt werden, daß das Rechtsgebilde eine wirkliche Societät ist; aber es sollte sonst an seinem Wesen nichts geändert werden (alles das gegen Makower S. 188).

Anm. 10. b) Der Begriff Gewerbe ist bei Anm. 13 zu § 1 auseinandergesetzt. Ohne Gewerbe keine offene Handelsgesellschaft (R.G. 13 S. 230).

Anm. 11. c. Ein Handelsgewerbe muß es sein, entweder ein solches im Sinne des § 1 oder ein solches im Sinne des § 2 oder des § 3 Abs. 2, nicht aber ein Kleingewerbe im Sinne des § 4.

Die Anwendung der §§ 1, 2 und 3 führt hier zu folgenden Konsequenzen:

Anm. 12. Betreiben mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ein unter § 1 fallendes Gewerbe in erheblichem Umfange, so bilden sie ohne Weiteres eine o. H. G. Betreiben sie ein sonstiges Gewerbe in erheblichem Umfange und sei es auch unter gemeinschaftlicher Firma, so sind sie trotzdem keine o. H. G.; sondern erst durch die Eintragung. Aber zu dieser sind sie nach § 2 verpflichtet. Sie sind aber zu dieser Eintragung und demgemäß zur Konstituirung einer o. H. G. auch dann verpflichtet, wenn sie irgend ein Gewerbe in erheblichem Umfange ohne gemeinschaftliche Firma führen. Denn der Sinn des § 2 ist, daß, wenn Personen in so erheblichem Umfange gewerbsmäßig Geschäfte betreiben, daß eine kaufmännische Einrichtung erforderlich erscheint, die Inhaber des Gewerbes sich eintragen lassen und dadurch Kaufleute werden sollen. Betreiben sie also das Gewerbe in einer Vereinigung, so müssen sie sich als Handelsgesellschaft eintragen lassen, indem sie eine der vom Gesetze zur Wahl gestellten handelsrechtlichen Vereinigungen wählen. Daß sie dies auch dann thun müssen, wenn ihr Gewerbe unter § 1 fällt, darüber siehe unten Anm. 19. Vereinigungen von Landwirthen mit erheblichem Nebengewerbe sind berechtigt, sich eintragen zu lassen.

Anm. 13. Nach früherem Recht wurde die Frage untersucht, wie es zu halten ist, wenn eine Gesellschaft theils Handelsgeschäfte, theils Nichthandelsgeschäfte betreibt und es wurde die Gesellschaft bei einheitlichem Betrieb und wenn der Handelsgeschäftscharakter überwog, als Handelsgesellschaft erklärt (R.G. 32 S. 32; Bolze 18 Nr. 253). Die Frage ist jetzt unpraktisch geworden. Denn absolute Nichthandelsgeschäfte, wie es früher die Geschäfte über Grundstücke waren, giebt es nicht mehr. Ist eine Gesellschaft offene Handelsgesellschaft, so sind alle ihre Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343).

Anm. 14. d. Ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes giebt es keine offene

Handelsgesellschaft. Aber es kann ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes eine Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft **gelten.**

Es ist nämlich darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn ohne die Voraussetzungen des § 1 oder des § 2 oder des § 3 Abs. 2 oder trotz des Vorhandenseins eines Kleingewerbes zwei oder mehrere Personen als offene Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen sind, der § 5 Platz greift (vergl. § 6), sodaß also für die Dauer der Eintragung für den Rechtsverkehr eine offene Handelsgesellschaft des eingetragenen Inhalts als bestehend gilt. Hiergegen ist freilich, wie zu § 5 ausgeführt ist, der Gegenbeweis zulässig, daß die eingetragenen Personen kein Gewerbe betreiben. Denn nur der Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei, ist gegen die Eintragung ausgeschlossen. Betreibt von mehreren eingetragenen Personen, die in Wahrheit keine Handelsgesellschaft bilden, wenigstens einer ein Gewerbe, so greift die Rechtsregel des § 5 wenigstens gegen diesen Platz, es gilt also dieser wenigstens als Kaufmann.

Dagegen können Personen, die als offene Handelsgesellschaften eingetragen sind, nicht einwenden, daß sie in Wahrheit keinen Gesellschaftsvertrag oder nur einen ungiltigen abgeschlossen haben. (Näheres hierüber im Exkurs zu § 5 u. Erl. zu § 123.) Anm. 15.

Es ist ferner zu bemerken, daß mehrere Personen, welche in anderer Weise im Rechtsverkehr so auftreten, als seien sie zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigt, für den Rechtsverkehr als offene Handelsgesellschaft gelten. Hier gelten unsere Ausführungen im Exkurse zu § 5, besonders Anm. 1 u. 3. Anm. 16.

3. **Unter gemeinschaftlicher Firma** muß das Handelsgewerbe betrieben werden. Sie bezeichnet die Gesellschafter in ihrer Vereinigung und ist wesentliches Erforderniß der offenen Handelsgesellschaft (R.G. 13 S. 230; 33 S. 128; Bolze 3 Nr. 789; 10 Nr. 528). Ob die Firma den Vorschriften des H.G.B. entspricht, ist dabei nicht erheblich (Behrend § 64 Anm. 3; vergl. Bolze 2 Nr. 1095; R.G. in Strafsachen 24 S. 262). Fehlt das Erforderniß der gemeinschaftlichen Firma, so liegt beim Vorhandensein aller übrigen Erfordernisse einer Gesellschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor. (R.O.H. 5 S. 388; 8 S. 248; Bolze 1 Nr. 1153; R.G. 33 S. 129; Bolze 10 Nr. 528; R.G. in Strafsachen 24 S. 261.) Allein es ist hier auf das Eingreifen des § 2 aufmerksam zu machen: Gemäß § 2 hat der Registerrichter die Pflicht, darauf zu dringen, daß der Inhaber jedes gewerblichen Unternehmens, welches einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, seine Firma eintragen läßt, und das bezieht sich auf auf Gesellschaften (vergl. Anm. 4 zu § 2). Betreiben daher mehrere Personen ein Gewerbe in derartigem Umfange, daß es einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so müssen sie eine Firma wählen und eintragen lassen und sich dadurch zur offenen Handelsgesellschaft machen. Anm. 17.

Dabei ist bemerkenswerth, daß dieser Eintragungszwang auch dann Platz greift und nothwendig wird, wenn es sich um ein Handelsgewerbe nach § 1 handelt. Denn § 2 greift Platz, „auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 nicht vorliegen", sicher also dann, wenn sie vorliegen. Beim Einzelkaufmann kann § 2 nicht Platz greifen, wenn er ein Handelsgewerbe nach § 1 betreibt. Denn dann ist er ohne Weiteres Kaufmann und muß sich allerdings auch eintragen lassen, aber nicht wegen § 2, sondern wegen § 29. Eine Gesellschaft aber wird durch den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht Kaufmann bezw. Handelsgesellschaft, sondern nur, wenn sie das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreibt. Zur Annahme einer Firma und zur Eintragung derselben kann sie nun aber nach § 2 angehalten werden. Anm. 18. Anm. 19.

Aus dem Erfordernisse einer gemeinschaftlichen Firma folgt, daß nicht alle Rechtsgebilde, welche an sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes fähig sind, auch fähig sind, Mitglieder einer o. H. G. zu sein. **Eine offene Handelsgesellschaft kann z. B. nicht Mitglied einer o. H. G. sein,** weil sie nicht unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten kann; denn es ist eine logische Unmöglichkeit, daß ein Rechtsgebilde,

dessen Wesen und Eigenart darin besteht, daß zwei Personen unter einer bestimmten Firma Geschäfte machen, solche unter einer anderen Firma macht. Daß es aber zum Wesen und zur Eigenart der o. H. G. gehört, daß sie unter einer bestimmten Firma im Rechtsverkehr auftritt, geht aus § 105 und § 124 unzweifelhaft hervor. Der Betrieb des Handelsgewerbes unter einer bestimmten Firma als Kollektivname ist nicht, wie Eltzbacher in G.Z. 45 S. 47 meint, die Wirkung, sondern das Wesen und die Voraussetzung der Societät; unter dieser ihrer Firma erwirbt sie Rechte und geht sie Verbindlichkeiten ein (§ 124). Der Hinweis Eltzbacher's auf den früheren Art. 114 Abs. 2, jetzt § 164 B.G.B., schlägt uns nicht. Der ausdrückliche Gebrauch der Firma ist bei jedem einzelnen Rechtsgeschäfte allerdings nicht erforderlich. Ergeben die Umstände, daß für die Gesellschaft kontrahirt werden sollte, so genügt das. Aber das Recht, das solchergestalt erworben wird, wird von der Gesellschaft „unter ihrer Firma" erworben, die Verbindlichkeiten, die für sie entstehen, geht sie stets „unter ihrer Firma" ein (§ 124). Daß sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, ist ja bereits eine singuläre Vorschrift des Gesetzes, denn damit ist ihr, obwohl sie nicht juristische Person, dennoch eine gewisse Parteifähigkeit verliehen; aber daß sie auch anders, als unter „ihrer" Firma erwerben und sich verpflichten könnte, ist eine unzulässig ausdehnende, willkürliche, dem Gesetz widersprechende Auslegung (zustimmend R.G. 36 S. 139; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 457; desgleichen — jedoch aus dem unzutreffenden Grunde, weil angeblich nur physische Personen Mitglieder einer o. H. G. sein können — K.G. bei Johow 11 S. 17; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1081). Juristische Personen sind grundsätzlich von der Mitgliedschaft nicht ausgeschlossen (vergl. R.G. 36 S. 139; auch Eltzbacher in G.Z. 45 S. 59). Ob sie Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft werden können, hängt von ihrer Verfassung ab. Die Verfassung der Aktiengesellschaften steht entgegen, weil sie (vergl. Anm. 9 zu § 22) nicht unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten können (dagegen Eltzbacher in G.Z. 45 S. 64); das gleiche Hinderniß besteht bei Kommanditgesellschaften auf Aktien, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (K.G. bei Holdheim 2 S. 99). Anders überall die Praxis des Wiener Handelsgerichts (vergl. Pappenheim in G.Z. 46 S. 412, desgleichen O.L.G. Prag bei Holdheim 6 S. 316; auch Makower S. 181).

Anm. 20. 4. **Die Haftung gegenüber den Gläubigern darf bei keinem Gesellschafter beschränkt sein,** und zwar nach außen. Ob die unbeschränkte Haftung von den Socien gewollt ist, ist gleichgiltig. Entscheidend ist nur, daß sie das Beschränkt-Haftenwollen nicht nach außen erkennbar gemacht haben (R.O.H. 15 S. 21). Man nennt das das negative Requisit der o. H. G. Beschränkungen nach innen berühren den Charakter der o. H. G. nicht. Die Beschränkung der Haftung nach innen auf Vermögenseinlagen ist im Gegentheil die normale Gestaltung des inneren Verhältnisses. Auch das würde dem Vorhandensein einer o. H. G. nicht entgegenstehen, daß bei jedem Vertragsabschlusse der Ausschluß solidarischer Haftung mit dem Gläubiger bedungen würde (eine Abrede, die an sich zulässig ist, vergl. § 128), auch das würde nicht entgegenstehen, daß dem vertretungsbefugten Gesellschafter zur Pflicht gemacht würde, nur in dieser Weise zu kontrahiren. Denn immerhin würde die Gesellschaft aus anderen Rechtsgründen als Kontrakten solidarisch haften (aus unerlaubten Handlungen, Bereicherungen). Soll das hier in Rede stehende Merkmal ausgeschlossen und trotz der übrigen Voraussetzungen eine o. H. G. nicht begründet werden, so muß eine Kommanditgesellschaft gegründet und die Voraussetzungen dieser erfüllt werden. Daß dies geschehen, muß, wenn das Vorhandensein aller übrigen Voraussetzungen bewiesen wird, gegenbeweislich dargethan werden, denn die beschränkte Haftung bei einer Gesellschaft, die nicht juristische Person ist, ist die Ausnahme (vergl. Makower S. 190).

Anm. 21. 5. **Ist zur Existenz der o. H. G. die Eintragung erforderlich?** Antwort: Wenn ein Handelsgewerbe nach § 1 vorliegt, nein; wohl aber, wenn ein Handelsgewerbe nach § 2 die Grundlage bildet.

Anm. 22. **Durch bloße Eintragung wird umgekehrt eine Gesellschaft, die weder ein reines noch ein hypothetisches Handelsgewerbe betreibt, nicht offene Handelsgesellschaft.** Allein die

erfolgte Eintragung hat doch in dieser Hinsicht die erhebliche Wirkung, daß eine Gesellschaft unter Umständen als o. H.G. für den Rechtsverkehr gilt, obwohl sie es nicht ist. Hierüber siehe oben Anm. 15, besonders aber § 123.

6. **Welche Personen können Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein?** Nicht kann es Anm. 23. Jeder sein, der Mitglied einer bürgerlichen Gesellschaft sein kann und fähig ist, ein Gewerbe zu betreiben, also jedes Rechtsgebilde. Denn hier muß noch die Fähigkeit hinzutreten, unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr aufzutreten, und diese Fähigkeit hat nicht jedes Rechtsgebilde, so z. B. nicht die Aktiengesellschaft, nicht die o. H.G. (Näheres oben Anm. 19.) Ueber Minderjährige und sonstige in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen siehe Anm. 3, 10 u. 11 zu § 1. Ehefrauen können auch ohne Genehmigung ihres Mannes Mitglieder der o. H.G. werden, doch ist es wegen der Wirksamkeit der dadurch entstehenden Verpflichtungen und der dinglichen Verfügungen auf die Rechte des Ehemannes von Erheblichkeit, ob der Ehemann konsentirt hat (vergl. Allgem. Einl. Anm. 65 flg.). Ueber das Recht des Ehemannes, Gesellschaftsverträge der Ehefrau zu kündigen, siehe Anm. 98 in unserer Allgem. Einl.

II. Die Anordnung der subsidiären Geltung der Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft. Anm. 24.

Diese Vorschrift ist im Grunde genommen selbstverständlich, da ja die o. H.G. eine Gesellschaft ist (vergl. Art. 2 des Einführungsgesetzes z. H.G.B.). Solche subsidiäre Vorschriften sind von uns z. B. behandelt im Exkurse zu § 122 und im Exkurse zu § 141.

Zusatz 1. Können dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften bilden? Da Anm. 25. **eine o. H.G.** dann besteht, wenn mehrere durch Gesellschaftsvertrag vereinigte Personen ein Handelsgewerbe betreiben, dieselben Personen aber mehrere Handelsgewerbe betreiben können, so können dieselben Personen auch mehrere offene Handelsgesellschaften bilden, wenn sie nämlich mehrere Handelsgewerbe betreiben (R.G. 16 S. 16, 32 S. 34; Bolze 19 Nr. 626; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 456). Ob im einzelnen Falle **eine** Societät mit mehreren Geschäften oder mehrere Societäter vorliegen, wird sich danach beantworten, ob der Betrieb mehrerer getrennter Gewerbe vorliegt. Durch die Wahl verschiedener Firmen wird dies unverkennbar dokumentirt (R.G. vom 28. I. 99 in J.W. S. 167; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 456; dagegen R.O.H. 24 S. 156; Jaeger, der Konkurs der o. H.G. S. 12). Doch ist Firmenverschiedenheit nicht geboten, um zwei Handelsgesellschaften anzunehmen (R.G. 16 S. 18; Johow 15 S. 14). In dem interessanten Falle Bolze 19 Nr. 626 hatten drei Kaufleute vier verschiedene Bankgeschäfte betrieben (verschiedene Firmen, selbstständige Prokuren, formeller Kontokurrentverkehr der Firmen 2 und 3 mit Firma 1, eigene Konti bei Banken, völlig gesonderte Buchführung und Bilanz, ungleichmäßige Betheiligung der Mitglieder an den verschiedenen Firmen; über jede Gesellschaft wurde ein besonderer Konkurs eröffnet). Die Auseinanderhaltung der verschiedenen Gesellschaften ist wichtig zur Beseitigung der Konkurrenz der Gläubiger der beiden Gesellschaften (vergl. R.O.H. 24 S. 156; Denkschrift S. 90; § 124 Abs. 2 H.G.B.).

Zusatz 2. Uebergang eines Handelsgeschäfts vom Einzelkaufmann auf mehrere Berechtigte durch Erbgang. Anm. 26. Wann entsteht dadurch eine Gesellschaft? Nicht ohne Weiteres (O.L.G. Stuttgart in G.Z. 40 S. 457), auch dann nicht nothwendig, wenn die Einzelfirma des Erblassers gelöscht und statt ihrer eine Gesellschaftsfirma eingetragen wird (R.G. 16 S. 339), wohl aber dann, wenn die Gesellschaft über das Stadium der bloßen Auseinandersetzung und Abwickelung sich fortsetzt, und auch darüber hinaus noch Handelsgeschäfte gemacht werden, in welchen der Betrieb eines Gewerbes gefunden werden kann (R.O.H. 11 S. 101; R.G. 10 S. 101). Bedenklich R.G. 35 S. 19 (o. H.G. wurde nicht angenommen, obwohl das Geschäft von der Erbtheilung ausgeschlossen, mit Genehmigung des Pflegers der Kinder von der Wittwe verwaltet und vom Vormundschaftsrichter in seiner Eigenschaft als Handelsregisterrichter die Eintragung bewirkt wurde); nicht klar und jedenfalls bedenklich Kammergericht bei Johow 15 S. 6 (Fortsetzung eines Handelsgeschäfts durch die Erben behufs Verwaltung des Nachlasses soll keine Handelsgesellschaft sein, sondern eine Gemeinschaft besonderer Art).

Zusatz 3. Eine Form ist für den Gesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben. Es gilt daher Anm. 27. die Formfreiheit, die in der Regel auch nach dem B.G.B. gilt, aber es gelten auch die Aus-

nahmen dieses Gesetzbuchs. Hierbei kommt insbesondere in Betracht § 313 B.G.B., demzufolge alle Gesellschaftsverträge der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen, bei denen ein Gesellschafter ein Grundstück einbringt. Denn darin liegt die Verpflichtung, das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen. Das gilt auch dann, wenn sämmtliche Mitglieder der Gesellschaft Miteigenthümer des Grundstücks sind und es nunmehr der Gesellschaft einbringen (vergl. Exkurs zu § 122 Anm. 9). Derartige Gesellschaftsverträge sind ohne die vorgeschriebene Form ungiltig, werden aber durch Auflassung und Eintragung des Grundstücks auf die Gesellschaft giltig (§ 313 B.G.B.). Weiter könnte in Betracht kommen § 311 B.G.B., Inhalts dessen ein Vertrag, durch welchen Jemand sein ganzes Vermögen oder einen Bruchtheil desselben veräußert, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Ob dies auf den Fall, daß ein Socius sein Geschäft in eine Gesellschaft einbringt, Platz greift, darüber siehe die Erläuterung in Anm. 12 zu § 22, welche hier analog Anwendung findet. Der Vertrag über Einbringung von Hypotheken bedarf jedoch keiner Form (Anm. 18 im Exkurse zu § 92), sondern nur — was aber hier nicht mit in Frage — der Akt der Bestellung des dinglichen Rechts (vergl. unten Anm. 30).

Anm. 28. Ist die Form nicht beachtet, so ist derjenige Theil des Vertrages, durch welchen die Eigenthums-Ueberlassung des Grundstücks stipulirt wurde, jedenfalls ungiltig; gleichwohl gilt der Vertrag, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne diesen ungiltigen Theil geschlossen worden wäre (§ 139 B.G.B.).

Anm. 29. Infolge der Formfreiheit kann, wenn keiner der Ausnahmefälle vorliegt, ein Gesellschaftsvertrag auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden, mit Wirksamkeit nach außen natürlich nur durch nach außen wirkende Akte (R.O.H. 9 S. 283; Bolze 3 Nr. 795). So wird z. B. in dem thatsächlichen Gewerbebetriebe unter gemeinsamer Firma regelmäßig Mangels entgegenstehender Vereinbarungen der Wille zu finden sein, daß auch nach innen ein Gesellschaftsverhältniß vorliegen soll; desgleichen in der Ankündigung vermittelst Circulars, z. B. wenn der bisherige Einzelkaufmann anzeigt, er habe seinen Prokuristen als Theilhaber aufgenommen (R.O.H. 15 S. 17, 20). In der Anmeldung zum Handelsregister liegt an sich, wie Laband in G.Z. 30 S. 523 zutreffend betont, nicht nothwendig die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrages nach innen, doch wird, wie gesagt, Mangels entgegenstehender Vereinbarung auch darin der Willensausdruck eines Societätsverhältnisses nach innen zu finden sein, weil das eben das regelmäßige ist.

Anm. 30. Verschieden von der Frage nach der Form des Gesellschaftsvertrages ist die Frage nach der Ausführung der im Gesellschaftsvertrage vereinbarten Bedingungen, insbesondere die wirkliche Inferirung derjenigen Gegenstände, deren Inferirung im Gesellschaftsvertrage versprochen ist. Sind z. B. Grundstücke oder Hypotheken versprochen, so greifen hierfür die Sonderbestimmungen des Grundbuchrechts Platz (R.G. 13 S. 4, vergl. zu § 122).

Anm. 31. **Zusatz 4. Ueber ausländische offene Handelsgesellschaften** siehe Anm. 3 zu § 6. Eine ausländische Handelsgesellschaft liegt dann vor, wenn dieselbe ihren Sitz im Auslande hat, mögen auch die Mitglieder Deutsche sein. Daß in diesem Falle die prozessuale Kostenkautionspflicht für Ausländer nicht besteht, beruht auf der Auslegung der Prozeßgesetze (R.G. 36 S. 396). Sind Ausländer Inhaber einer in Deutschland domizilirenden offenen Handelsgesellschaft, so ist es eine inländische Gesellschaft. Es wird in Verfolg der vom Reichsgericht a. a. O. aufgestellten Grundsätze gleichwohl die Kostenkautionspflicht anzunehmen sein.

Anm. 32. **Zusatz 5. Uebergangsfragen.** 1. Auch eine aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 stammende Eintragung als offene Handelsgesellschaft hat die Wirkung des § 5 (vergl. Anm. 8 zu § 5; Lehmann in G.Z. 48 S. 26). 2. Auf die bisherigen offenen Handelsgesellschaften findet das neue Recht ohne Weiteres Anwendung, soweit es exklusiv ist. Wann es als exklusiv zu betrachten ist, darüber siehe unsere Allgemeine Einleitung Anm. 10. Ferner findet das neue Recht Anwendung, insoweit es sich um die Beziehungen nach außen handelt (hierüber im Zusatz zu § 123). Soweit es sich aber um Vorschriften handelt, welche das Verhältniß nach innen regeln und nicht aus sonstigen Gründen exklusiv sind, soweit also reine Dispositivvorschriften vorliegen, weichen die Dispositivvorschriften des neuen Rechts den früheren Vertragsbestimmungen und früheren Dispositivbestimmungen. Denn nach Art. 170 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. bleiben für ein bestehendes Schuldverhältniß die bisherigen Gesetze maßgebend. Die Gesellschaft

gehört aber zu den Schuldverhältnissen. Die Meinung Düringer u. Hachenburg's I S. 16, daß Art. 171 hier analog anwendbar sei, wonach bei Miethe- und Dienstverträgen das neue Recht von dem Augenblicke an zur Anwendung kommt, wo sich das Verhältniß in Folge des Unterbleibens einer nach altem Recht zulässigen Kündigung fortsetzt, erscheint uns zu gewagt. Die Art. 170 u. 171 E.G. zum B.G.B. sprechen klar und deutlich und regeln die Materie (abgesehen von der rückwirkenden Kraft der Exklusivvorschriften) erschöpfend. Art. 170 ist die Regel, Art. 171 die Ausnahme. Weitere Ausnahmen können nicht willkürlich gemacht werden (so auch Makower S. 196; Lehmann in G.Z. 48 S. 17). Es bleibt daher eine frühere Gesellschaft nicht bloß gehörig begründet, wenn sie trotz Einbringung von Grundstücken formlos geschlossen wurde, sondern für die rechtliche Beurtheilung der inneren Verhältnisse einer o. H.G. bleiben die früheren Gesetze maßgebend, also das alte H.G.B. und subsidiär die früheren einschlägigen Civilrechte. Es wird nicht etwa das neue Recht maßgebend, wenn die Gesellschaft sich durch unterlassene Kündigung nach dem 1. Januar 1900 fortsetzt. — Wenn dagegen der ablaufende Gesellschaftsvertrag durch eine neue, nach dem 1. Januar 1900 erfolgende Einigung fortgesetzt wird, so fällt er unter das neue Recht, mag es sich auch um eine stillschweigende Fortsetzung handeln. Das Gleiche gilt, wenn die aufgelöste o. H.G. durch einen neuen Beschluß wieder fortgesetzt wird, und endlich dann, wenn durch eine unter der Herrschaft des neuen Rechts getroffene Vereinbarung ein Gesellschafter eintritt oder austritt. Ueberall liegt hier ein neuer Gesellschaftsvertrag vor (Lehmann in G.Z. 48 S. 19 u. 20). Dagegen verändern sich die internen Verhältnisse der Gesellschafter dadurch allein nicht, daß die Gesellschaft zufolge der veränderten Vorschriften über die Kaufmannsqualität am 1. Januar 1900 von selbst eine offene Handelsgesellschaft wird. Auch die Vorschriften über die Berechnung der Kapitalantheile und ähnliche machen hiervon keine Ausnahme (in dieser Hinsicht anders Lehmann in G.Z. 48 S. 89). Nach außen wurde sie dadurch natürlich sofort offene Handelsgesellschaft (Lehmann in G.Z. 48 S. 89).

§ 106.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters;
2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
3. den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Gesellschaft an.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die hier angeordnete Anmeldung zur Eintragung** ist an eine Frist nicht geknüpft. Sie muß ohne Verzug nach dem Beginne der Gesellschaft erfolgen. Die Gesellschaft beginnt aber mit dem Betriebe des Handelsgewerbes (vergl. unten Anm. 5). Makower S. 193 stimmt mit uns insofern überein, als auch er die Anmeldungspflicht an den Betriebsbeginn knüpft, obgleich er — was sich hiermit nicht gut vereinigen läßt — die o. H.G. schon vorher entstehen läßt (vergl. Anm. 9 zu § 105).

Die Form der Anmeldung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 12 bis 13, der Zwang dazu nach § 14.

Auf die Bewirkung der Anmeldung kann auch jeder Socius gegen den anderen klagen und es ist gegen solche Klage nicht der Einwand zulässig, daß der Kläger seiner Einlagepflicht nicht genügt habe, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handelt (R.O.H. 2 S. 172). Ueber die Vollstreckung solcher Entscheidungen siehe § 16.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Der Inhalt der Anmeldungen.** Darüber, ob umfassendere Eintragungen gestattet sind, insbesondere Straße, Hausnummer und Geschäftszweig, siehe Anm. 4 zu § 29. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Anm. 3. Zu Nr. 1. Da auch juristische Personen Mitglieder einer o. H.G. sein können (vergl. Anm. 23 zu § 105), so ist die Bestimmung nicht umfassend genug. Hier werden der Name der

juristischen Person und der gesetzliche Vertreter derselben anzumelden sein. Auch sonst ist diese Vorschrift dahin zu ergänzen, daß, wo ein Gesellschafter einen gesetzlichen Vertreter (Vormund) hat, auch dieser ins Handelsregister eingetragen werden muß.

Anm. 4. Zu Nr. 2. Die Firma und der Sitz. Ueber die Firma der offenen Handelsgesellschaft vergl. § 19. Die offene Handelsgesellschaft kann nur einen einheitlichen Sitz haben (Busch Archiv 9 S. 453), das ist der Ort, von welchem aus die Centralleitung ausgeht, alle weiteren Handelsniederlassungen der Gesellschaft sind Zweigniederlassungen. Als Sitz der Gesellschaft kann auch nur der Ort der Centralleitung angemeldet werden. Wo die Gesellschafter ihren Wohnsitz haben, ist gleichgültig (vergl. Anm. 31 zu § 105). Der Sitz der Gesellschaft bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand derselben (§ 17 C.P.O.) und bestimmt zugleich in materieller Beziehung das auf ihre Rechtsverhältnisse anzuwendende positive Recht, so insbesondere in Bezug auf die Befugniß der Gesellschafter und sonstiger Gesellschaftsorgane zur Vertretung der Gesellschaft, sowie in Bezug auf alle Fragen betreffend den Inhalt des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zu einander und zur Gesellschaft.

Anm. 5. Zu Nr. 3. Der Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft begonnen hat, ist anzumelden, das ist also der Zeitpunkt, in welchem die Socien begonnen haben, das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben, nicht der Zeitpunkt des Gesellschaftsvertragsabschlusses; denn dieser begründet nicht die vollwirksame Existenz der o. H.G. (R.G. 34 S. 55; vergl. Anm. 9 zu § 105). Wann bei offenen Handelsgesellschaften nach § 2 und § 3 Abs. 2 der Beginn vorliegt, darüber siehe unten Anm. 6. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Gesellschaft auch noch nach ihrer Auflösung eingetragen wird, wenn sich die Gesellschafter die Vortheile, welche mit der Eintragung der Auflösung verknüpft sind, sichern wollen (R.O.H. 23 S. 227; vergl. Anm. 4 zu § 15). Der Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Endigung der Gesellschaft ist bei der Anmeldung nicht mit einzutragen.

Anm. 6. **Zusatz 1. Die Vorschriften sind auch anzuwenden auf diejenigen Gesellschaften, die zufolge § 2 oder § 3 Abs. 2 durch Eintragung offene Handelsgesellschaften werden,** die sogenannten hypothetischen Handelsgesellschaften (vergl. Anm. 12 u. 17 zu § 105). Unter dem Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat (Nr. 3), versteht man hier den Zeitpunkt der Eintragung. Denn es ist der Zeitpunkt gemeint, an welchem die Gesellschaft eine o. H.G. geworden ist, und das ist die Eintragung. Der Zeitpunkt dagegen, wann die betreffenden Personen ein hypothetisches Handelsgewerbe zu betreiben begonnen haben, interessirt handelsrechtlich nicht. Ein früherer Beginn der Gesellschaft als der der Eintragung kann hier daher (dies gegen Litthauer Anm. c zu § 123) weder angemeldet, noch eingetragen werden. Es ist auch unzutreffend, wenn Makower S. 188 sagt, daß solche Gesellschaften in dem Augenblicke beginnen, wo der auf den Betrieb eines umfangreichen Gewerbes und Eintragung desselben gerichtete Gesellschaftsvertrag geschlossen wird.

Anm. 7. **Zusatz 2. Weitere Anmeldungen** ergeben sich daraus, daß auf Handelsgesellschaften die allgemeinen Vorschriften über Kaufleute Anwendung finden. Nach § 29 ist daher auch der Ort der Handelsniederlassung anzumelden. Derselbe wird meist übereinstimmen mit dem Sitze der Gesellschaft. Bei Anmeldung der Zweigniederlassung (§ 13) muß jedoch außer dem Ort des Sitzes der Gesellschaft auch der Ort der Zweigniederlassung angemeldet werden. Nicht vorgeschrieben ist die Anmeldung des Gegenstandes des Unternehmens, anders bei der juristischen Person (§§ 33, 36).

§ 107.

Wird die Firma einer Gesellschaft geändert oder der Sitz der Gesellschaft an einen andern Ort verlegt oder tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Anm. 1. 1. Während § 106 die Thatsachen bezeichnet, welche bei Errichtung der o. H.G. in das Handelsregister einzutragen sind, giebt der § 107 **diejenigen Thatsachen an, welche einzutragen sind, wenn sie während des Bestehens der Gesellschaft sich ereignen,** jedoch nicht vollständig: Die

Veränderungen im Vertretungsrecht sind im § 125 Abs. 4 behandelt. Ferner ist das Ausscheiden eines Gesellschafters beim Fortbestehen einer Gesellschaft (§§ 138, 140) zur Eintragung anzumelden, auch das Erlöschen der Firma (§ 157) ꝛc.

2. Zu den anzumeldenden Veränderungen gehört nicht die Erweiterung des Geschäftsbetriebes auf andere Gegenstände, da ja der Gegenstand des Unternehmens überhaupt nicht anzumelden ist (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1367). Anders, wenn der Geschäftszweig eingetragen ist (siehe hierüber Anm. 4 zu § 29). Anm. 2.
3. Dagegen ist anzumelden die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort, denn § 31 gilt auch hier. Anm. 3.
4. Ueber den Zwang zur Anmeldung siehe § 14. Anm. 4.
5. Die Bedeutung der erfolgten Eintragung und Nichteintragung, welche früher in Art. 87 behandelt war, ist jetzt nicht speciell bei der o. H.G. geordnet, sondern allgemein in den §§ 5 und 15. Siehe die Erläuterungen zu den §§ 5 und 15, speciell aber über die Bedeutung dieser beiden Paragraphen für die o. H.G. die Erl. zu § 123 u. § 143. Anm. 5.

Zusatz. Uebergangsfrage. Veränderungen bei einer bestehenden Gesellschaft müssen nach Maßgabe des vorliegenden Paragraphen eingetragen werden, auch wenn die Gesellschaft schon vor dem 1. Januar 1900 bestanden hat. Denn solche Anmeldungsvorschriften haben öffentlich-rechtlichen Charakter (vergl. Lehmann in G.Z. 48 S. 43, 44). Anm. 6.

§ 108.

Die Anmeldungen sind von sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken.

Die Gesellschafter, welche die Gesellschaft vertreten sollen, haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

1. (Abs. 1.) Die Anmeldungen nach §§ 106 und 107, ebenso die von uns in Anm. 7 zu § 106 erwähnten Anmeldungen, sind der Regel nach von sämmtlichen Gesellschaften zu bewirken, also auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen. Dabei ist aber zu erwähnen, daß eventl. die gesetzlichen Vertreter an die Stelle der Gesellschafter treten, und ferner ist auf die Ausnahme des § 16 hinzuweisen (wenn eine Anmeldung von mehreren zu bewirken und der eine zur Anmeldung verurtheilt ist, so genügt die Anmeldung des anderen).
2. (Abs. 2.) Außerdem aber haben die vertretungsbefugten Gesellschafter die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei den Gerichten zu zeichnen. Es ist dabei nicht zu übersehen, daß sie nicht bloß die Firma zu zeichnen haben, sondern auch ihre Namensunterschrift, während beim Einzelkaufmann das letztere nicht vorgeschrieben ist (§ 29). Das Nähere über die Zeichnungsvorschrift, insbesondere inwieweit hierbei Vertretung zulässig ist, und was für Schreibensunkundige hier gilt, siehe zu § 12.

Exkurs zu § 108.

Ueber die Form der Firmenzeichnung durch den offenen Gesellschafter.

Wie der Gesellschafter die Firma zu zeichnen hat, vor dem Handelsgericht und überhaupt im Rechtsverkehr, darüber fehlt eine dem § 51 analoge Vorschrift. Es ist daher nicht anzunehmen, daß auch hier, wie das Kammergericht (bei Johow 13 S. 171) annimmt, die Ordnungsvorschrift gilt, daß der Socius die Firma nebst seiner Namensunterschrift zu zeichnen hat (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 337), doch ist dies natürlich zulässig (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 788), und andererseits auch zulässig, daß nur die Firma der o. H.G. gezeichnet wird. Aber keine richtige Gesellschaftsunterschrift ist es, wenn der Gesell-

schafter der vorgedruckten Firma seinen persönlichen Namen beifügt (anders O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1445). Bei Kollektivvertretung folgt aus der Nothwendigkeit gemeinschaftlichen Zusammenwirkens (Anm. 10 zu § 48), daß beide Socien die Firma zeichnen müssen, wenn eine formell giltige Gesellschaftsunterschrift vorliegen soll. Eigentlich müßte daher jeder der kollektivberechtigten Socien die Firma zeichnen. Eine gemeinsame Zeichnung ist aber auch in der Weise denkbar, daß jeder einen Theil der Firma zeichnet. Das ist nicht unzulässig (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 436). In der Praxis zeichnet ein Socius die Firma und seinen Namen, der andere fügt seinen Namen hinzu. Man wird nicht so rigoros sein können, dies für ungenügend zu erklären, weil doch die Firma nicht gemeinschaftlich gezeichnet sei. Unzulässig aber ist, daß die Firma vorgedruckt wird und jeder kollektivberechtigte Socius seinen Namen darunter setzt (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1162). — Ueberall ist hier aber festzuhalten, daß es für die verpflichtende Kraft des Rechtsaktes im Allgemeinen nur darauf ankommt, daß in Wahrheit und erkennbar für die o. H.G. kontrahirt werden sollte, und daß strengere Formalerfordernisse für die Zeichnung der Gesellschaftsfirma nur bei der Wechselzeichnung gelten (Anm. 15 zu § 126; Johow 13 S. 171).

Zweiter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

§ 109.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt, daß für die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander zunächst der Gesellschaftsvertrag, eventl. die §§ 110—122 Anwendung finden.** Hinzuzufügen ist, daß, soweit nicht die § 110—122 entgegenstehende Vorschriften enthalten, die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft (§§ 705 ffg. B.G.B.) und die sonstigen Vorschriften des B.G.B. Platz greifen.

Anm. 1. 1. **In erster Linie entscheidet der Gesellschaftsvertrag.** Es ist aus § 105 ersichtlich, daß eine o. H.G. nach neuem Recht ihrem Wesen nach das Vorhandensein einer Gesellschaft voraussetzt. Eine Gesellschaft aber ist nur vorhanden, wenn sich mehrere Personen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Endzwecks durch Vertrag vereinigen (§ 705 B.G.B.).

a) Ueber die Form des Gesellschaftsvertrages siehe Anm. 27 zu § 105.

Anm. 2. b) Auch die materielle Giltigkeit des Gesellschaftsvertrages ist bereits im § 105 insofern erörtert, als ausgeführt ist, daß nur dann eine Gesellschaft vorliegt, wenn die Gesellschafter sich über einen gemeinsamen Endzweck geeinigt haben. Es ergab sich dort für uns die Konsequenz, daß die sogenannte societas leonina (Ausschluß eines Gesellschafters vom Gewinn) und auch die Stipulirung einer festen Entschädigung eines Gesellschafters dem Begriff der Gesellschaft entgegensteht (vergl. Anm. 3 u. 4 zu § 105).

Anm. 3. c) Hier ist weiter zu erwähnen, daß der gemeinsame Endzweck in bestimmter Weise vereinbart werden muß, damit das Erforderniß eines giltigen Gesellschaftsvertrages vorliegt. Die Gesellschafter müssen sich also über ein bestimmtes Handelsgewerbe geeinigt haben. Dagegen ist es nicht nöthig, daß sie über die Art der Beitragsleistung und über die Höhe derselben ausdrückliche Vereinbarung treffen. Allerdings geschieht dies meist, und wenn es im Einzelfalle nicht geschieht, so wird es zweifelhaft sein, ob wirklich ein bindender Vertrag geschlossen worden ist oder nur einleitende Vorbesprechungen stattgefunden haben.

Allein begrifflich nothwendig sind jene Abreden nicht. Die in solcher Hinsicht bestehenden Lücken der Vereinbarung werden durch das Gesetz ausgefüllt: die Art der Beiträge bestimmt sich durch den Gesellschaftszweck, über die Höhe disponirt § 706 B.G.B. (gleiche Beiträge für alle). Vergl. übrigens auch die folgende Anm.

d) Haben sich die Parteien über alle diejenigen Punkte in bestimmter Weise geeinigt, über welche sie sich einigen wollten, so liegt ein perfekter Gesellschaftsvertrag vor, nicht schon dann, wenn sie sich über die wesentlichen Punkte einigen (vergl. §§ 154 und 155 B.G.B.). Letzteres genügt dann, wenn gleichzeitig erhellt, daß im Uebrigen die dispositiven Vorschriften des Gesetzes nach dem Willen der Parteien maßgebend sein sollten (vergl. R.O.H. 9 S. 38). Alsdann aber liegt kein pactum de ineunda societate, sondern ein perfekter Gesellschaftsvertrag vor (vergl. R.G. 12 S. 304). Aus dem Abschlusse eines solchen Vertrages kann auf Aufnahme in die Societät geklagt werden (vergl. Bolze 23 Nr. 575; auch R.G. 40 S. 47). Anm. 4.

e) Uebrigens ist zu erwähnen, daß unter dem Gesellschaftsvertrage auch die nachträglichen Abreden über das Verhältniß der Gesellschafter zu verstehen sind. Der Gesellschaftsvertrag ist die Summe derjenigen Abreden, welche über die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Mitglieder giltig getroffen sind. (Denkschrift S. 85.) Dieser Begriff liegt zu Grunde den §§ 114 Abs. 2, 115 Abs. 2, 119 Abs. 2. Anm. 5.

2. **Eventuell entscheiden die Vorschriften der §§ 110—122 H.G.B.** Dieselben kommen also zur Anwendung, wenn die Parteien einen perfekten Gesellschaftsvertrag geschlossen, über diese Punkte aber nichts bestimmt haben (vergl. Anm. 3 u. 4). Hiermit sind die Vorschriften der §§ 110—122 B.G.B. zu Dispositivvorschriften erklärt. Ob die sonstigen Vorschriften, welche über das interne Verhältniß der Gesellschafter entscheiden, z. B. §§ 139, 140, 142, 131 dispositiven oder zwingenden Charakter haben, dafür sind besondere Erwägungen maßgebend. Anm. 6.

3. **In letzter Linie entscheiden die Vorschriften des B.G.B.** Zunächst die über die Gesellschaft. Die letzteren kommen in sehr umfassendem Maße zur Anwendung, da das neue H.G.B. eine Reihe von Vorschriften des alten H.G.B. gestrichen hat, welche sich derart bewährt hatten, daß sie auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt werden konnten. Derartige Vorschriften sind von uns besonders behandelt im Exkurse zu § 122 und im Exkurse zu § 141. Anm. 7.

Daß die sonstigen Vorschriften des B.G.B. entscheiden, soweit es sich nicht um specifisch gesellschaftliche, sondern allgemeine Vorschriften (z. B. Irrthum, Betrug, Geschäftsfähigkeit) handelt, wird nur der Vollständigkeit wegen erwähnt. Das ist selbstverständlich.

Zusatz 1. Die Beweislast, wenn eine dem Gesetze zuwiderlaufende Vereinbarung behauptet wird, hat Derjenige, der dieselbe geltend macht (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 flg.). Ebenso hat, wenn die ursprüngliche Vereinbarung feststeht und eine nachträgliche Vereinbarung behauptet wird, Derjenige zu beweisen, der die letztere vorschützt (vergl. R.O.H. 3 S. 173). Anm. 8.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Daß für die vor dem 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaften die bisherigen Vorschriften maßgebend bleiben, ist bereits in Anm. 32 zu § 105 ausgeführt. Auf die Vorschriften, welche das Rechtsverhältniß nach innen regeln und jeden zwingenden Charakters entbehren, beziehen sich diese Ausführungen jedenfalls. Die Folgerung ist von sehr großer Tragweite. Für Gesellschaften, denen eine lange Dauer nach dem 1. Januar 1900 beschieden sein wird, wird hiernach während der ganzen Dauer ihres Bestehens, oft noch für ganze Generationen, das alte G.H.B. und das alte Civilrecht maßgebend sein, jedenfalls, soweit es sich um die inneren Verhältnisse handelt. (Ob auch sonst, darüber siehe zu § 123.) Anm. 9.

§ 110.

Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.

Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.

Der vorliegende Paragraph normirt die Ersatzansprüche des Gesellschafters für Aufwendungen, welche er in Gesellschaftsangelegenheiten macht, und für Verluste, die er in Gesellschaftsangelegenheiten erleidet.

Anm. 1. 1. **Dem Gesellschafter** steht dieses Recht zu, nicht bloß dem geschäftsführenden. Die Aufwendungen können auch solche sein, welche einer der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter auf Ersuchen oder unter Billigung der geschäftsführenden gemacht hat. Auch in Folge Geschäftsführung ohne Auftrag kann er Aufwendungen machen und Ersatz verlangen, unter Umständen sogar durch eine Geschäftsführung gegen den Willen der Socien, wenn nämlich ohne die Geschäftsführung eine Pflicht der Gesellschaft, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre (§§ 683, 679 B.G.B.), ebenso kann der Socius zu Aufwendungen gezwungen werden, nämlich auf Grund seiner Solidarhaft (vergl. unten Anm. 3).

Anm. 2. 2. **Für haftbar erklärt ist die Gesellschaft.** Auch während bestehender Gesellschaft kann der Anspruch geltend gemacht werden (R.O.H. 23 S. 195, R.G. 31 S. 141). Ob auch die Gesellschafter dafür haften, darüber siehe Anm. 24 zu § 128. Die Gesellschaft aber haftet für den ganzen Betrag, ohne Abzug einer Quote, welche der Ersatzberechtigte zu tragen hätte (O.L.G. Dresden in Busch Archiv 9 S. 303; R.G. 31 S. 141). Solche Forderungen des Gesellschafters sind für die Gesellschaft reine Gesellschaftsschulden; auch wenn sie in den Büchern der Gesellschaft dem Aktivsaldo des einzelnen Gesellschafters zugeschrieben werden, sind sie von diesem, der ja während des Bestehens der Gesellschaft kein Forderungsrecht darstellt (Anm. 7 zu § 120), wesentlich verschieden (R.G. 31 S. 143, vergl. § 733 Abs. 1 B.G.B.). Zutreffend ist es, sie besonders zu buchen (auf Separatkonto). Aber wenn dies auch nicht geschieht, so wird man darin nur eine unrichtige Buchung, nicht eine Umwandlung der Schuld in eine Erhöhung der Vermögenseinlage erblicken (R.G. 31 S. 143; anders Makower S. 197).

Anm. 3. 3. **Für Aufwendungen und Verluste in Gesellschaftsangelegenheiten** haftet die Gesellschaft.

a) **Für Aufwendungen** in Gesellschaftsangelegenheiten. Gemeint sind alle Aufwendungen, abgesehen von den Einlagen. Sie müssen für Rechnung der Gesellschaft gemacht sein. Es fällt darunter die Bezahlung der Gesellschaftsschulden in Folge der Solidarhaft (R.G. 31 S. 141). Ein ferneres Beispiel sind Reisekosten im Interesse der Gesellschaft. Voraussetzung des Ersatzrechts ist, wenn die Aufwendung nicht etwa erzwungen ist, daß der Gesellschafter sie für erforderlich halten durfte. Es ist also nicht objektiv ex post zu prüfen, ob sie, nach dem Erfolge geurtheilt, erforderlich war, sondern ob die Umstände zur Zeit der gemachten Aufwendung so lagen, daß der Socius sie für erforderlich halten durfte. Uebrigens würde nach §§ 713, 670, 683, 679 B.G.B. dasselbe gelten.

Anm. 4. b) **Für Verluste** durch die Geschäftsführung oder durch unvermeidliche Gefahren, worunter auch die persönlichen Gefahren und Verluste gehören, sodaß im Falle des eingetretenen Todes auch den Erben des Socius ein Recht zusteht.

4. **Aufgewendetes Geld ist zu verzinsen.** Die Zinsen betragen 5 %, da § 352 Abs. 2 Platz greift, nicht § 121.

Zusatz 1. Ueber Belohnung für Bemühungen in Gesellschaftsangelegenheiten. Die Bestimmung des Art. 93 Abs. 3 des alten H.G.B., wonach dem Gesellschafter für Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte ein Anspruch nicht zustehen sollte, ist gestrichen worden. Die in diesem Artikel enthalten gewesene radikale Ausschließung der Honorirung aller Dienste in Gesellschafts-Angelegenheiten ging zu weit. Es wurde trotz des entgegenstehenden Wortlauts dieser Bestimmung schon früher vielfach angenommen, daß ein Gesellschafter für solche Dienste, die nicht kaufmännischer Natur, noch auch derart sind, daß sie jeder Gebildete ohne besondere Berufsbildung leisten kann, nicht wohl ein Honoraranspruch verweigert werden kann. Erfordert vielmehr eine Arbeit besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse, so kann nicht verlangt werden, daß der Socius dieselbe unentgeltlich leistet. Dies wird auch bei Abschließung von Gesellschaftsverträgen nicht vorausgesetzt, es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter gerade um dieser Berufsthätigkeit willen in die Gesellschaft aufgenommen wird. Es muß hiernach, wie die Denkschrift S. 83 zutreffend sagt, der Beurtheilung im Einzelfalle überlassen bleiben, ob nicht eine Vergütung als stillschweigend zugesichert zu erachten ist (so auch Gareis Anm. 1: vergl. § 612 B.G.B.). Beispiele: Ein Rechtsanwalt, der im Uebrigen in den Gesellschaftsangelegenheiten nicht thätig ist, führt eine Rechtsangelegenheit für die Gesellschaft; ein Socius, der Baumeister ist, baut ihr ein neues Fabrikgebäude. In solchen Fällen kann Bezahlung gefordert werden. Anders, wenn der betreffende Gesellschafter gerade zum Zweck der Beitragsleistung durch seine Arbeitsleistungen, welche besondere Kenntniß voraussetzen, in die Gesellschaft aufgenommen worden ist (R.O.H. 3 S. 174). Anm. 6.

Zusatz 2. Nicht bloß Ersatz, sondern unter Umständen auch Vorschüsse kann der Gesellschafter verlangen, nämlich für die zur Ausführung seiner Geschäftsführungsakte oder eines bestimmten Auftrages „erforderlichen" Aufwendungen (§§ 713, 669 B.G.B.). Hier entscheidet also der objektive Befund; er hat nicht dann Vorschuß zu verlangen, wenn er die Aufwendung für erforderlich hält, sondern nur, wenn sie erforderlich ist. Der Unterschied wird dann wichtig, wenn der geschäftsführende Gesellschafter nicht selbst über die Kasse verfügt, und daher darauf angewiesen ist, den Vorschuß von dem kasseführenden Gesellschafter zu verlangen. Anm. 7.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Siehe Anm. 9 zu § 109. Anm. 8.

§ 111.

Ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder eingenommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Der vorliegende Paragraph normirt die Folgen einzelner besonderer Pflichtverletzungen.

1. (Abs. 1.) **Es sind Zinsen zu entrichten,** und zwar: Anm. 1.
   a) 5% nach § 352 Abs. 2,
   b) von Rechtswegen, ohne Mahnung,
   c) an die Gesellschaftskasse, sodaß der Zahlende selbst daran participirt, aber auch seine eigene Rate nicht abziehen darf,
   d) in Folge der nicht rechtzeitigen Geldeinlage, der Ablieferung von Gesellschaftsgeld, und in Folge von unbefugten Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. Unbefugte Entnahme liegt immer vor, wenn der Gesellschafter eigenmächtig handelt, also wenn er von der Geschäftsführung oder von der Disposition über die Gesellschaftskasse ausgeschlossen ist, oder wenn er dieselbe zwar zu verwalten hat, aber über die vertragsmäßigen Grenzen hinaus Geld zu Privatzwecken herausnimmt, z. B. ein Darlehn entnimmt, sei es auch unter gehöriger Buchung und Zurücklassung einer Quittung oder eines Schuldscheins, oder wenn er eine Privatschuld aus der Gesellschaftskasse bezahlt ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter und unter Anm. 2.

Ueberschreiten der Grenzen des § 122 (R.G. 38 S. 7). Die Unbefugtheit ergiebt sich in solchen Fällen übrigens auch schon aus § 181 B.G.B., da hierin der Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst liegt, wozu ein Vertreter in der Regel nicht berechtigt ist. Die Entnahme braucht im Uebrigen nicht in eigennütziger Absicht erfolgt zu sein; die Vorschrift ist vielmehr, wie Gareis Anm. 1 richtig sagt, die reine Konsequenz des kaufmännischen Gedankens der ununterbrochenen Fruktificirbarkeit des Geldes. Deshalb ist auch ein besonderes Verschulden nicht erforderlich. Aber natürlich muß die Handlungsweise in allen hier hervorgehobenen Fällen der Gesellschaft gegenüber unbefugt sein, obgleich dies nur bei der Geldentnahme gesagt ist. Bei den übrigen Thatbeständen folgt dies aus dem Erforderniß „der nicht rechten Zeit"; denn wenn der Gesellschafter befugt ist, später abzuliefern, so kann man nicht sagen, daß er nicht zur rechten Zeit abgeliefert hat.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Die Verpflichtung zum weiteren Schadensersatze** in Folge der Verzögerung und unbefugten Entnahme ist nicht ausgeschlossen. Sie wird nicht geschaffen durch den vorliegenden Paragraphen, aber nicht ausgeschlossen, sofern sie an sich gesetzlich begründet ist (ebenso Behrend § 67). Sie ist aber nicht immer gesetzlich begründet, auch wenn der Thatbestand des vorliegenden Paragraphen vorliegt, nämlich dann nicht, wenn kein Verschulden vorliegt. Es kann sehr wohl sein, daß weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit, noch diejenige Sorgfalt verletzt ist, welche der Socius in eigenen Angelegenheiten anwendet oder daß ein konkurrirendes Versehen der geschäftsführenden Gesellschafter die Schadensersatzpflicht aufhebt (§§ 708, 276, 277, 254 B.G.B.). Ueber den Grundsatz der Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten siehe die Erläuterung zu § 347. — Soweit hiernach eine Schadensersatzpflicht besteht, so kann dieselbe nicht neben den Zinsen geltend gemacht werden, sondern nur insoweit, als der Schaden durch die Höhe der Zinsen nicht gedeckt wird. Denn nur die Geltendmachung eines „weiteren" Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Anm. 4. **Zusatz 1. Die sonstigen Folgen der hier verpönten Handlungen sind hier nicht geregelt.** Das alte H.G.B. hatte in Art. 95 Abs. 2 gesagt, daß dieselben nicht ausgeschlossen sind. Diese Bestimmung ist als überflüssig gestrichen. Zu den übrigen Folgen gehört in erster Linie die Rückzahlungspflicht. Es genügt selbstverständlich nicht, daß der Entnehmende sein Konto belastet (R.G. 3 S. 59). Aber bis zur erfolgten Rückzahlung ist es selbstverständlich zu belasten, und zwar korrekter Weise nicht das Kapitalkonto, da eine reine obligatorische Schuld vorhanden ist, nicht eine Minderung der vermögensrechtlichen Grundlage seiner gesellschaftlichen Betheiligung (vergl. R.G. 3 S. 59). Sodann besteht möglicherweise auch ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft, auf Ausschließung, auf Entziehung der Vertretungsbefugniß (§§ 133, 140, 117, 127). Auch können vertragsmäßig sonstige Folgen festgesetzt sein, z. B. Konventionalstrafen.

Anm. 5. Es ist ferner zu erwähnen, daß unser Paragraph nur die Folgen einzelner bestimmter Pflichtverletzungen normirt. **Bei sonstigem Verzuge** entscheidet zunächst der vorliegende Paragraph analog (Hahn § 2 zu Art. 95; Makower zu Art. 95; vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 13 u. 14). Eventuell entscheidet das B.G.B., z. B. wenn es sich um andere als Geldeinlagen, etwa um Leistung der zugesagten Arbeitskraft handelt oder um Ablieferung anderer Gegenstände oder um Verzögerungen anderer Art, z. B. in der Einkassirung von Geldern. (Ueber den Grundsatz der Schadensersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten siehe die Erläuterung zu § 347.) **Desgleichen entscheidet bei sonstigen unbefugten Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen** in erster Linie die Analogie unseres Paragraphen, eventuell das bürgerliche Recht, und zwar diejenigen Grundsätze desselben, welche von Verfügungen über fremdes Vermögen handeln. Denn solches ist das ganze Gesellschaftsvermögen, da dasselbe dem einzelnen Socius auch nicht zum Theil gehört (vergl. Anm. 12 im Exkurse zu § 122). Auch strafrechtliche Folgen können die unbefugten Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen haben; denn da das Gesellschaftsvermögen für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist, so kann er unter Umständen daran Unterschlagung und Diebstahl begehen (R.G. in Strafsachen 7 S. 18), auch noch im Stadium der Liquidation (R.G. in Strafsachen 27 S. 12).

Anm. 6. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 9 zu § 109.

§ 112.

Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen.

Die Einwilligung zur Theilnahme an einer anderen Gesellschaft gilt als ertheilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Betheiligung nicht ausdrücklich bedungen wird.

Der Paragraph statuirt das Verbot des Konkurrenzbetriebes ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter (Abs. 1) und bezeichnet einen besonderen Fall der Genehmigung (Abs. 2).

1. (Abs. 1.) **Das hier aufgestellte Verbot ist ein reines Konkurrenzverbot.** Nicht die Besorg- Anm. 1.
niß, der Gesellschafter könnte seine Thätigkeit der Gesellschaft entziehen, oder sonst sein Privatvermögen riskiren, sondern lediglich die, er könnte die Gesellschaft in ihrer Entfaltung hindern, ist der Grund des Verbots. Das Verbot bezieht sich:

a) **Auf alle Gesellschafter,** gleichviel, ob sie an der Geschäftsführung Theil nehmen oder nicht, ob sie Kapital einlegen oder nur ihre Arbeitskraft beisteuern, weil sie alle durch Kenntniß der Bücher und der Beziehungen der Gesellschaft ihr gefährliche Konkurrenz machen könnten.

b) **Auf das Geschäftemachen jeder Art,** sowohl für eigene als für fremde Rechnung, also Anm. 2.
auch als Kommissionär, Agent, Bevollmächtigter, Handlungsgehilfe, Prokurist, Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer sonstigen handeltreibenden juristischen Person, nicht aber als bloßes Mitglied einer solchen Gesellschaft, sodaß also das Verbot dadurch nicht übertreten wird, daß der Sozius Aktionär oder Antheilseigner einer Konkurrenzgesellschaft (Akt.-Kom.-Ges., Ges. m. b. H.) wird, nur daß hier keine Umgehung vorliegen darf, wie z. B. wenn der Sozius, ohne Vorstand der Konkurrenzgesellschaft zu sein, doch thatsächlich die Geschäftsführung leitet, „die Seele des Geschäfts" ist. — Es bezieht sich das Verbot nicht auf diejenigen Geschäfte, welche gegen Ende der Gesellschaftsdauer geschlossen werden und einen künftigen Gewerbebetrieb vorbereiten (vergl. Anm. 3 zu § 60). — Geschäfte in dem Handelszweige der Gesellschaft müssen es sein. Dieses Kriterium festzustellen, ist Sache des konkreten Falles. Vornehmlich werden entscheidend sein die Gegenstände, mit welchen die Gesellschaft in Gemäßheit des ursprünglichen oder abgeänderten Gesellschaftsvertrages handelt (Näheres Anm. 8 zu § 60). Dabei wird, um nicht in die private Verfügungsfreiheit des Sozius übermäßig hinüberzugreifen, der Begriff des Geschäftemachens im Auge zu behalten sein. So z. B. wird einem Theilhaber eines Bankgeschäfts nicht jeder Aktienkauf zu verbieten sein, weil dies immer zu den Handelszweigen eines Bankgeschäfts gehöre, vielmehr wird zu unterscheiden sein, ob es sich dabei nur um Anlegung des Privatvermögens, oder um Spekulationsgeschäfte handelt (vergl. Bolze 8 Nr. 543). Die Separatgeschäfte müssen, um verboten zu sein, einen spekulativen Charakter tragen (Anm. 5 zu § 60). — Ein Handelsgeschäft braucht das Geschäft nicht zu sein, um unter das Verbot zu fallen. Oft wird das einzelne Geschäft kein Handelsgeschäft sein, und doch wird es in den Handelszweig der Gesellschaft fallen (vergl. Anm. 7 zu § 60).

c) Das Verbot bezieht sich **ferner auf die Betheiligung als persönlich haftender Gesellschafter** Anm. 3.
bei einer gleichartigen Handelsgesellschaft, also als Mitglied einer o. H.G. und als Komplementar bei einer einfachen oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, nicht

aber die Betheiligung als stiller Gesellschafter, als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Aktionär, weil darin wesentlich nur eine Kapitalsanlage gefunden wird, vergl. Anm. 2, als Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft. Die Betheiligung als Kommanditist fällt unter das Verbot nicht, dieser ist nicht persönlich haftender Gesellschafter (§ 161) und auch seine Betheiligung gilt mehr als Kapitalanlage (Anm. 8 zu § 1). Eine Handelsgesellschaft muß vorliegen; eine sonstige Erwerbsgesellschaft genügt nicht, selbst wenn dieselbe wegen § 2 eintragungspflichtig ist; vielmehr muß sie in diesem Falle eingetragen sein. Auch die Rechtsstellung des Komplementars einer stillen Gesellschaft gehört nicht hierher, sondern unter das Geschäftemachen überhaupt (§ 112 Abs. 2 findet daher hierauf keine Anwendung). Von dem Gewerbebetrieb als Einzelkaufmann gilt das Gleiche.

Anm. 4. d) **Die Einwilligung,** welche hier vorausgesetzt ist, ist die Genehmigung aller übrigen Gesellschafter, auch die der nicht geschäftsführenden. Es genügt auch nicht, daß soviel Gesellschafter Kenntniß erhalten und genehmigen, als nach § 113 Abs. 2 zur Beschlußfassung über die Geltendmachung des Anspruchs genügen würden. Wann Genehmigung vorliegt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Sie kann ausdrücklich oder auch stillschweigend ertheilt werden. Immer aber wird das Bekanntsein der verbotenen Thatsache erforderlich sein, das sogenannte Wissen-müssen genügt nicht (Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 96). Näheres über die Einwilligung (Form? Vorher oder auch nachher? Widerruflich? Beispiele?) Anm. 9 zu § 60.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Der hier vorgesehene Konsensfall** ist nur ein Beispiel, das wohl analoge Anwendung, aber kein arg. e contr. gestattet, insbesondere nicht den Schluß rechtfertigt, daß zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes als Einzelkaufmann die stillschweigende Genehmigung niemals genügt. Näheres zur Erläuterung dieses Absatzes siehe Anm. 9 a. E. zu § 60).

Anm. 6. 3. **Das Verbot erlischt** mit der Auflösung der Gesellschaft (R.O.H. 21 S. 145).

Anm. 7. **Zusatz 1. Vertragsmäßig kann das Verbot des vorliegenden Paragraphen** aufgehoben oder abgeändert, verschärft oder gemildert werden.

Anm. 8. **Zusatz 2. Auch Konkurrenzklauseln für die Zeit nach Beendigung der Societät können vereinbart werden.** Diese aber folgen den Regeln des vorliegenden Paragraphen nicht, und auch nicht den für die Handlungsgehilfen gegebenen Regeln der §§ 74 und 75. Hierüber gelten vielmehr die in Anm. 26 flg. zu § 22 von uns aufgestellten Grundsätze. Hinzuzufügen ist hier aber noch, daß, wenn ein Socius durch die Schuld des anderen zu dem Antrage auf Auflösung der Gesellschaft veranlaßt wurde, das für den Fall der Auflösung stipulirte Konkurrenzverbot für den unschuldigen Theil cessiren wird. Zwar kann der § 75 nicht analog angewendet werden, aber derselbe Rechtsgedanke greift auch hier Platz, weil dies aus allgemeinen Grundsätzen anzunehmen ist (der vertragswidrig handelnde Theil hat die Folgen der Vertragsaufhebung selbst zu tragen).

Anm. 9. **Zusatz 3.** Ueber heimliche Provisionen, die sich der Gesellschafter bei Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte geben läßt, siehe Anm. 4 zu § 113.

Anm. 10. **Zusatz 4. Uebergangsfrage.** Siehe Anm. 9 zu § 109.

§ 113.

Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach § 112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Ueber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen die übrigen Gesellschafter.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkte an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Das Recht der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wird durch diese Vorschriften nicht berührt.

Einleitung: **Der vorliegende Paragraph behandelt die Folgen der Verletzung des im § 112 aufgestellten Konkurrenzverbots.** Im Abs. 1 sind die Ansprüche aufgezählt, welche die Verletzung erzeugt, im Abs. 2 ist gesagt, daß die Ansprüche nur erhoben werden können auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter, Abs. 3 verhält sich über die Verjährung der Ansprüche.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die vom Gesetze aufgestellten Ansprüche sind Schadensersatz und Eintrittsrecht.** Sie stehen der Gesellschaft zu.

a) **Die beiden Rechte sind den Gesellschaftern wahlweise gegeben.** Wählen sie das eine Recht, so ist damit die Wahl vollzogen und das andere Recht erloschen. Die Wahl erfolgt durch Erklärung Seitens eines geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber dem verletzenden Socius (ex analogia des § 263 BGB.). Die Erklärung ist nur dann wirksam, wenn ihr ein Beschluß der Gesellschafter zu Grunde liegt (hierüber Abs. 2). Der verletzende Socius kann die Gesellschaft nicht unter der Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern, der § 264 BGB. greift hier nicht Platz, weil hier so wenig wie im § 61 ein alternatives Schuldverhältniß im Sinne der §§ 262 ffg. B.G.B. vorliegt, sondern eine facultas alternativa des Gläubigers. (Ueber den Unterschied siehe Planck Anm. 1 zu § 262 BGB.) — Vgl. auch bei uns Anm. 1 zu § 61.

Anm. 2. b) **Der Gesellschaft** stehen die Ansprüche zu. Darüber, ob sie erhoben werden sollen, beschließen die übrigen Gesellschafter (Abs. 2). Auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter haben dabei mitzuwirken (Denkschrift S. 84); auch dann, wenn der verletzende Socius das einzige geschäftsführende Mitglied der Gesellschaft ist, steht der Gesammtheit der übrigen Socien das Recht zu. Der Beschluß richtet sich nach § 119, die Geltendmachung des Wahlrechts erfolgt durch einen geschäftsführenden Gesellschafter (siehe oben Anm. 1); denn es liegt ein interner Akt, also ein Akt der Geschäftsführung vor. Zur Geltendmachung im Prozesse ist aber nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter legitimirt; denn der Prozeß ist ein nach außen wirkender Akt, durch welchen die Gesellschaft auch mit Dritten in Beziehungen tritt. Schlimmsten Falls, wenn z. B. der Verletzende der alleinige vertretungsberechtigte Gesellschafter ist, muß für diesen Fall die Vertretungsbefugniß entzogen oder bei Gefahr im Verzuge nach § 57 C.P.O. ein Prozeßpfleger bestellt werden. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden — auch dann findet der Paragraph Anwendung, K.B. S. 55 — so hat der andere das Wahlrecht; auch das Recht, die Wahl zu erklären, hat dieser Gesellschafter, selbst wenn er im Uebrigen nicht zur Geschäftsführung berechtigt wäre; für diesen Fall muß man ihm das Recht der Geschäftsführung geben. — Nach eingetretener Liquidation steht das Wahlrecht gleichfalls den übrigen Gesellschaftern zu, nicht dem Liquidator, denn dieser tritt ja nur an die Stelle des vertretungsberechtigten Gesellschafters, der ja als solcher ebenfalls das Wahlrecht nicht hat. Die Geltendmachung des gewählten Anspruchs aber steht dem Liquidator zu, selbstverständlich nur hinsichtlich der während des Bestehens der Gesellschaft geschlossenen Separatgeschäfte (vergl. Anm. 6 u. 8 zu § 112). — Wenn die Gesellschaft ohne Liquidation aufgelöst oder die Liquidation bereits beendet ist, so haben sich die übrigen Socien über die Ausübung des Wahlrechts zu verständigen; die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt in letzterem Falle nach Verhältniß ihrer Gesellschaftsbetheiligung.

Anm. 3. c) **Ueber das Recht auf Schadensersatz im Einzelnen** siehe Anm. 2 zu § 61. Hinzu-

zufügen ist, daß der Schaden ersetzt werden muß durch Zahlung an die Gesellschaftskasse und zwar durch Zahlung des vollen Betrages, ohne Abzug der eigenen Rate.

Anm. 4. d) **Ueber das Eintrittsrecht im Einzelnen** siehe Anm. 3 zu § 61. Handelt es sich um verbotene Theilnahme bei einer gleichartigen Gesellschaft, so kann die Gesellschaft nur in die einzelnen Geschäfte, nicht etwa in die Societät überhaupt eintreten. — Hat der Socius sich bei einer Transaktion, die er für die Gesellschaft macht, eine Provision ausbedungen, so paßt dies unter keinen der hier vorgesehenen Thatbestände; aber aus anderem Grunde muß er das so Erlangte an die Gesellschaft herausgeben, nämlich auf Grund der §§ 713, 667 B.G.B.; § 105 Abs. 2 H.G.B. (vergl. Anm. 33 zu § 59 H.G.B.).

Anm. 5. 2. **Ist eine Klage auf künftige Unterlassung gegeben?** Das ist zu bejahen (ROH. 19 S. 136). Sie kann auch gerichtet werden auf Schließung des Konkurrenzgeschäfts (R.O.H. ebenda) oder aus Austritt aus der konkurrenztreibenden Gesellschaft. Auch eine Feststellungsklage ist denkbar.

Anm. 6. 3. **Ist ein Recht auf Rechnungslegung gegeben?** Hierüber gilt das in Anm. 6 zu § 61 Gesagte.

Anm. 7. 4. **Sind die verbotenen Separatgeschäfte giltig?** Hierüber gilt das in Anm. 7 zu § 61 Gesagte.

Anm. 8. 5. **Zu alledem tritt das Recht auf Auflösung der Gesellschaft** in den geeigneten Fällen (Abs. 4). Gemeint ist nicht bloß das Recht auf Auflösung nach § 133, sondern auch auf Ausschließung nach § 140 und auf Geschäftsübernahme nach § 142 (Denkschrift S. 84).

Anm. 9. 6. (Abs. 3.) **Die Verjährung** von 3 Monaten beginnt in dem Zeitpunkte, in welchem alle übrigen Gesellschafter Kenntniß erhalten. Daß die geschäftsführenden davon Kenntniß erhalten haben, genügt allein nicht. Es verjähren immer nur diejenigen einzelnen Ersatzansprüche, welche vor mehr als drei Monaten entstanden waren; das gilt auch bezüglich der Ansprüche aus der Betheiligung an einer anderen Gesellschaft (Denkschrift S. 84; Makower S. 205; anders Cosack S. 547). Die fünfjährige Verjährung beginnt von der Entstehung des Anspruchs. Der § 201 B.G.B. findet auf keine der beiden Fristen Anwendung. Im Uebrigen gilt über die Verjährung (Unterbrechung, vertragsmäßiger Ausschluß, Zulässigkeit von Fristverlängerungen ꝛc.) das bürgerliche Recht (vergl. unsere Ausführungen zu § 159).

Anm. 10. **Zusatz. Vertragsmäßig kann auch eine Konventionalstrafe bedungen werden.** Hierüber Anm. 11 zu § 61. Doch ist hier zu bemerken, daß das richterliche Ermäßigungsrecht, welches § 343 B.G.B. gewährt, hier wegen § 343 H.G.B. nicht Platz greift, wenn man den Abschluß eines Handelsgesellschaftsvertrages als Handelsgeschäft ansieht (hierüber zu § 343).

§ 114.

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Anm. 1. **Vorbemerkung. Die §§ 114—117 handeln von der Geschäftsführung.** Das Wort ist gebraucht zum Unterschiede von der Vertretung, welche nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuchs das Verhältniß nach außen kennzeichnet (§§ 125 flg.). Hier ist nur von dem Verhältniß nach innen die Rede. Zwar ist nach innen durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung meist denselben Socien übertragen, denen die Vertretung nach außen obliegt. Aber begrifflich ist beides verschieden und auch thatsächlich fällt beides nicht immer zusammen. So kann einem Socius, ohne daß ihm die Vertretungsbefugniß registerlich entzogen worden ist, durch Vertrag aufgegeben sein, sich der Geschäftsführung zu enthalten. Oder es kann umgekehrt ein Socius mit Führung von Geschäften betraut sein, der von der Vertretung ausgeschlossen ist. In letzterer Beziehung wird es sich dann meist um faktische Verrichtungen handeln (Buchführung,

Prüfung von Material). Doch kann ihm auch ein Geschäftszweig übertragen werden, der mit Rechtsgeschäften verbunden ist. Er wird dadurch noch nicht vertretungsbefugter Gesellschafter, sofern diese Uebertragung als beschränkte Vollmacht gelten soll; aber eine generelle Handlungsvollmacht kann ihm nicht übertragen werden unter gleichzeitigem Ausschluß der Vertretungsbefugniß; vielmehr würde darin die Uebertragung der Vertretungsbefugniß liegen (vergl. Anm. 2 zu § 125 und Anm. 11 zu § 126).

Der vorliegende § 114 behandelt zunächst die Frage, wer zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, und zwar 1. (Abs. 1) die gesetzliche Regel, 2. (Abs. 2) die durch Vertrag normirte Ausnahme. Anm. 2.

1. (Absatz 1.) **Die gesetzliche Regel** geht dahin, daß alle Gesellschafter zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet sind. Welchen Inhalt die Geschäftsführungsbefugniß hat, hierüber siehe § 115. Daß sie gleichmäßig verpflichtet sind zur Geschäftsführung, folgt aus § 706 BGB.; das alte HGB. hatte dies in Art. 102 ausdrücklich vorgesehen. Die Pflicht zur Geschäftsführung hat zur Folge, daß sie auf Leistung der Dienste verklagt werden können (wegen Exekution aus solchen Urtheilen siehe Anm. 21 zu § 59) und auf Schadensersatz haften wegen Säumniß und Weigerung (vergl. die Erläuterung zu § 347). Für die Folgen ihrer Handlungen stehen sie ein, haften nach § 708 BGB. für diligentia quam suis und haben endlich die Verpflichtung zur Rechnungslegung (über letztere siehe Anm. 7). Eine Vergütung hat der Gesellschafter für seine Thätigkeit nicht zu fordern, wenn sie nicht besonders bedungen ist (Anm. 6 zu § 110). Wird sie besonders bedungen, so ist sie eine reine Gläubigerforderung und korrekter Weise auf Separatkonto zu buchen (vergl. Anm. 2 zu § 110).
2. (Absatz 2.) **Die durch Vertrag normirte Ausnahme.** Der Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren übertragen. Anm. 3.
   a) Der Gesellschaftsvertrag, d. h. sowohl der ursprüngliche, als auch jede spätere Abrede (Denkschrift S. 85; vergl. Anm. 5 zu § 109). Immer aber muß es sich um einen Rechtsakt handeln, durch welchen die Geschäftsführung als Recht eingeräumt werden soll. Zu unterscheiden sind hiervon Rechtsakte, aus welchen nur der mandatsmäßige, widerrufliche Uebertragungswille hervorgeht (Bolze 2 Nr. 1095) — daß in späteren Abreden präsumtiv dieser Wille liegt, ist nicht anzunehmen —, so wie die bloße thatsächliche Uebung in der Arbeitstheilung (Hahn § 5 zu Art. 99: zweckmäßiges Arrangement der Geschäftsführung ist zu unterscheiden von unwiderruflicher Organisation der Gesellschaft).
   b) Die Wirkung der Uebertragung ist, daß die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung, d. h. von dem Rechte und der Pflicht zur Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Berechtigt und verpflichtet zur Geschäftsführung sind also nur Diejenigen, denen die Geschäftsführung übertragen ist. Anm. 4.

      Ueber den Inhalt des Geschäftsführungsrechts siehe § 115, über die Pflicht dazu und die Folgen derselben siehe oben Anm. 2.

Zusatz 1. Die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB., soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniß ein anderes ergiebt (§ 713 B.G.B.). Anm. 5.

   a) Daraus folgt zunächst, daß der geschäftsführende Gesellschafter im Zweifel die Geschäfte einem Dritten nicht übertragen darf (§ 664 B.G.B.). Allein hier wird die Natur des Rechtsverhältnisses die weittragendsten Ausnahmen dieser gesetzlichen Regel zur Folge haben. Es wird in den allermeisten Fällen ja selbstverständlich sein, daß der geschäftsführende Gesellschafter einen Theil der Geschäfte auch anderen Personen überträgt. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Soweit er die Ausführung des Geschäfts selbst in der Hand behält, und sich nur eines Gehilfen bedient, haftet er für dessen Verschulden, wie für sein eigenes. Alles das schreibt § 664 B.G.B. vor. Der Socius haftet also, da er selbst regelmäßig für diligentia

quam suis haftet, regelmäßig dafür, daß sein Gehilfe diejenige Sorgfalt anwendet, die er selbst, der Socius, in seinen eigenen Angelegenheiten verwendet (vergl. Planck II S. 51).

Anm. 6. b) Abweichungen von den ihm giltiger Weise gegebenen Weisungen sind ihm nur gestattet, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß auch die übrigen Socien bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würden (§ 665 B.G.B.).

Anm. 7. c) Der geschäftsführende Gesellschafter ist verpflichtet, den übrigen Socien, d. h. der Gesellschaft (vergl. Anm. 7 zu § 118) die erforderlichen Nachrichten zu geben, über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaft wird normaler Weise gelegt durch Vorlegung der Bücher. Wenn aber die Bücher nicht ausreichen, um über diesen oder jenen Punkt volle Aufklärung und Rechenschaft zu geben, so kann ergänzungsweise weitere Rechenschaft gefordert werden (R.O.H. 25 S. 179, 345; R.G. 30 S. 21). Es kann übrigens Punkte geben, zu deren Offenlegung der Gesellschafter nicht verpflichtet ist (Diskretionäre Gelder, vergl. Bolze 13 Nr. 503). Unter Umständen, wenn nämlich die Bücher in großem Umfange im Stiche lassen und die Geschäftsführung mit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft war, kann die Rechenschaftspflicht sich zur Pflicht steigern, ordnungsmäßig Rechnung zu legen. In diesem Falle greift auch eventuell die Offenbarungseidespflicht Platz (§ 259 B.G.B.).

Anm. 8. d) Daß der geschäftsführende Gesellschafter allen Vortheil, den er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, der Gesellschaft zuzuführen hat (§ 667 BGB.) folgt schon aus dem Wesen der Gesellschaft.

Die Gesellschaft kann daher verlangen, daß er heimliche Provision an sie herauszahlt; denn das ist ein Vortheil, den er bei der Geschäftsbesorgung erlangt hat (vergl. Anm. 4 zu § 113).

Anm. 9. e) Unbefugte Verwendung von Gesellschaftsgeld verpflichtet den geschäftsführenden Gesellschafter zur Verzinsung. Dagegen kann er Ersatz derjenigen Auslagen verlangen, die er für erforderlich halten durfte (§§ 668, 670 B.G.B.). Das ordnen übrigens die §§ 110 und 111 H.G.B. noch außerdem ausdrücklich an.

Anm. 10. **Zusatz 2. Ueber das Maß der bei der Geschäftsführung zu beobachtenden Sorgfalt und die Folgen der Verletzung dieser Sorgfalt** siehe Anm. 13 ffg. im Exkurse zu § 122.

Anm. 11. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 9 zu § 109.

§ 115.

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt; widerspricht jedoch ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme einer Handlung, so muß diese unterbleiben.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist.

Der vorliegende Paragraph enthält den Inhalt der Geschäftsführungsbefugniß.

1. (Abs. 1.) **Die gesetzliche Regel ist, daß jeder geschäftsführende Gesellschafter allein zu handeln berechtigt ist.**

Anm. 1. a) Das bezieht sich sowohl auf den Fall, wo allen Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugniß zusteht, indem der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung gemäß § 114 Absatz 2 getroffen, d. h. nicht einzelne Gesellschafter direkt oder indirekt von der Geschäftsführung ausgeschlossen hat, als auch auf den Fall, wo

einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. In letzterem Falle ist von den nicht ausgeschlossenen jeder allein zu handeln berechtigt.

b) Zu handeln ist er berechtigt, nämlich innerhalb des Rahmens des § 116. Anm. 2.

c) Und unbeschadet des Widerspruchsrechts jedes anderen geschäftsführenden Gesellschafters. Anm. 3.

Dieses Widerspruchsrecht bedarf näherer Erläuterung.

α) Der Widerspruch steht nur den geschäftsführenden Gesellschaftern zu. Ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Socius hat kein Recht zu widersprechen.

β) Der Umfang des Widerspruchsrechts. Durch seinen Widerspruch kann jeder geschäftsführende Socius die Vornahme jeder Handlung verhindern, auch der einfachsten und dringendsten, selbst solcher, bei denen Gefahr im Verzuge, und solcher, zu welchen die Gesellschaft rechtlich verpflichtet ist, wie Erfüllung schuldiger Verpflichtungen. Doch muß der Widerspruch vor der Vornahme der Handlung erhoben sein, er ist daher wirkungslos, wenn die Handlung schon ausgeführt ist (vergl. Puchelt Anm. 3 zu Art. 102). Er muß sich ferner gegen die Vornahme einer bestimmten Handlung oder gegen eine Reihe bestimmter Handlungen (vergl. Bolze 17 Nr. 526) richten, während ein generelles Veto gegen die Geschäftsführung eines Socius unbeachtlich ist (H.A.G. Nürnberg in Busch' Archiv 18 S. 151; Makower S. 209). Aus der Natur der Sache folgt, daß der Socius durch seinen Widerspruch Akte, die gegen ihn selbst gerichtet sind, z. B. die Erhebung von Regreßansprüchen gegen ihn, nicht hindern kann. Anm. 4.

γ) Die Wirkung des Widerspruchs ist, daß die betreffende Handlung unterbleiben muß, selbst wenn sie noch so wichtig und dringend wäre. Inwieweit der Richter in die Geschäftsführung eingreifen kann, darüber unten Anm. 9. Unsachgemäßer Widerspruch kann zu Schadensersatz verpflichten, wohl auch, besonders wenn er wiederholt oder chikanös erfolgt, zur Auflösung und Ausschließung. Immer aber wirkt der Widerspruch nur auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander. Die gleichwohl vorgenommene Handlung ist giltig, wenn der Gesellschafter innerhalb seiner Vertretungsbefugniß gehandelt hat. Allein sie geht auf Gefahr des Geschäftsführers und ist eine unberechtigte Handlung, für welche er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet, vielmehr liegt eine vorsätzlich begangene Pflichtverletzung vor, für deren Folgen er ohne Weiteres haftet (vergl. §§ 678, 679 B.G.B., vergl. auch Anm. — im Exkurse zu § 122). Daß er die Handlung den Umständen nach als im Interesse der Gesellschaft liegend erachten durfte, exkulpirt den Socius in solchem Falle nicht. Durch den Beweis aber, daß sie dem Interesse der Gesellschaft wirklich entsprochen hat, wird zwar nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung, wohl aber die Verpflichtung zum Schadensersatze beseitigt (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 230). Anm. 5.

2. (Abs. 2.) **Der Gesellschaftsvertrag kann auch Kollektivgeschäftsführung anordnen.** Anm. 6.

a) Der Gesellschaftsvertrag kann dies anordnen. Vergl. hierüber Anm. 3 zu § 114.

b) Für die Kollektivgeschäftsführung spricht nicht die Vermuthung. Sie ist, wie der vorliegende Paragraph ergiebt, die Ausnahme. Ist daher mehreren Socien die Geschäftsführung ohne nähere Bezeichnung übertragen, so steht sie jedem einzeln zu.

c) Die Wirkung ist, daß kein Akt der Geschäftsführung vorgenommen werden darf ohne Zustimmung aller kollektivgeschäftsführungsberechtigten Gesellschafter. Nur wenn Gefahr im Verzuge ist, kann jeder von ihnen allein handeln. — Es ist dabei zu bemerken, daß die Kollektivvertretung (d. h. die mehreren Gesellschaftern kollektiv zustehende Berechtigung, die Gesellschaft nach außen zu vertreten) zu eigenmächtigem Handeln bei Gefahr im Verzuge nicht berechtigt. Der Dritte kann sich daher auf diesen Paragraphen nicht berufen, wenn ein kollektivberechtigter Gesellschafter wegen Gefahr im Verzuge eigenmächtig handelt (Behrend § 69 Anm. 7 und § 72 Anm. 12). — Gefahr im Verzuge liegt vor, wenn ein wirklicher Schaden auf dem Spiele Anm. 7.

steht, auch schon dann, wenn der Verlust eines Gewinnes zu befürchten ist. Auch bei Gefahr im Verzuge muß wenigstens der Versuch gemacht werden, sich der Zustimmung der anderen Socien zu vergewissern, es sei denn, daß dieser Versuch von vornherein aussichtslos ist. Kann er die Zustimmung aller Socien nicht erlangen, so muß er doch möglichst viele Zustimmungen zu erlangen suchen; sonst macht er sich verantwortlich (Hahn § 3 zu Art. 100; H.A.G. Nürnberg in G.Z. 21 S. 526; R.O.H. 20 S. 247). Liegt Gefahr nicht vor, so ist unbedingt die Zustimmung der anderen geschäftsführenden Socien erforderlich, und nicht etwa dann entbehrlich, wenn dieselben abwesend oder krank sind und daher ihre Zustimmung nicht zu erreichen ist; vielmehr muß alsdann das Geschäft unterbleiben. Auch handelt es sich hier überall nur um gewöhnliche Geschäfte, für außergewöhnliche ist ein gemeinsamer Beschluß aller Socien, auch der nicht geschäftsführenden, erforderlich (§ 116 Abs. 2).

Anm. 8. **Zusatz 1. Die Geschäftsführung kann im Gesellschaftsvertrage noch anders geregelt sein.** Es kann z. B. bestimmt werden, daß die beiden Gesellschafter A und B nur gemeinsam handeln dürfen, der Gesellschafter C aber allein. Alsdann liegt eine Kombination zwischen Absatz 1 und 2 dieses Paragraphen vor. A und B dürfen in solchen Fällen nur gemeinsam handeln, außer, wenn Gefahr im Verzuge ist, C kann stets allein handeln. A und B müssen sich aber eines Aktes enthalten, dem C widerspricht; und C muß sich jedes Aktes enthalten, dem A und B gemeinsam widersprechen.

Es kann ferner auch angeordnet werden, daß stets oder in gewissen Fällen Majoritätsbeschlüsse einzuholen sind. Ueber diese siehe Anm. 2 flg. zu § 119.

Anm 9. **Zusatz 2. Kann der Richter in die Geschäftsführung eingreifen?** Der Richter kann nicht einen Geschäftsführungsakt anordnen, dem ein widerspruchsberechtigter Socius widerspricht; denn der Widerspruch ist sein Recht, welches durch Zweckmäßigkeitsfragen nicht beseitigt wird (R.G. 12 S. 33). Wohl aber kann der Richter einen Akt der Geschäftsführung verbieten, dem ein Gesellschafter widersprochen hat. Das ergiebt sich aus dem gleichen Grunde: weil der Widerspruch das Recht des Gesellschafters ist und der Richter nur seine Funktion erfüllt, wenn er dem Rechte zur Seite steht. Daraus ergiebt sich auch die Befugniß des Richters, durch Urtheil oder einstweilige Verfügung ein für alle Male Geschäftsführungsakte bestimmter Art zu verbieten, welche mit der Vereinbarung der Gesellschafter im Widerspruche stehen (Bolze 17 Nr. 526) oder mit einem zulässigen Majoritätsbeschlusse (oben Anm. 8).

Anm. 10. **Zusatz 3. Uebergangsfragen.** Hierüber siehe Anm. 9 zu § 109.

§ 116.

Die Befugniß zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich.

Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist. Der Widerruf der Prokura kann von jedem der zur Ertheilung oder zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugten Gesellschafter erfolgen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß sich das selbstständige Recht zur Geschäftsführung nur auf gewöhnliche Betriebsgeschäfte bezieht** (Abs. 1). Gleichzeitig bestimmt er, wie bei ungewöhnlichen Geschäften zu verfahren ist (Abs. 2), insbesondere bei der Ertheilung und dem Widerruf der Prokura (Abs. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Das selbstständige Recht zur Geschäftsführung bezieht sich nur auf gewöhnliche Betriebsgeschäfte.** Einer Erläuterung bedarf dieser Satz nicht. Der Begriff der gewöhnlichen Betriebsgeschäfte ergiebt sich aus dem Gegensatze zu den ungewöhnlichen. Siehe Anm. 2.

2. (Abs. 2.) **Zu den ungewöhnlichen Betriebsgeschäften ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich.** Anm. 2.

a) **Voraussetzung ist ein ungewöhnliches Geschäft,** genauer ein Geschäft, welches der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft nicht mit sich bringt, sei es, daß es zwar zum Betriebe gehört, aber von außergewöhnlicher Natur ist, oder daß es dem Gesellschaftszwecke gänzlich fremd ist (vergl. die Fassung des früheren Art. 103). Ueberall ist hier der Gesellschaftsvertrag und der thatsächliche Geschäftsbetrieb maßgebend. Bei der Frage nach der Ungewöhnlichkeit insbesondere ist nicht bloß auf die Art des Geschäfts, sondern auch auf die Größe und Gefährlichkeit zu sehen (R.O.H. 20 S. 244). So werden als ungewöhnlich zu gelten haben: sehr erhebliche Kreditgewährung, sei es in Bezug auf Höhe oder auf Länge der Zeit, sehr erhebliche Käufe von Waaren, zumal von solchen, deren Umsatzfähigkeit zweifelhaft ist oder deren Preis schwankt. Die Ertheilung von Handlungsvollmachten, das Engagement von Handlungsgehilfen ist je nach der Lage des Einzelfalles bald ein gewöhnliches, bald ein ungewöhnliches Geschäft (vergl. unten Anm. 12). Die Ertheilung von Auskünften an Geschäftsfreunde „gehört zu den gewöhnlichen Vorkommnissen im kaufmännischen Geschäftsleben" (R.G. 20 S. 194).

b) **Beim Vorliegen dieser Voraussetzung ist ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich,** auch bei Gefahr im Verzuge (R.O.H. 20 S. 247), und auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter müssen zustimmen. Die Vorschrift der Einstimmigkeit findet jedoch ihre Grenze in der Erwägung, daß bei Beschlüssen, welche sich gegen einen Gesellschafter richten, dieser nicht zuzustimmen braucht, so z. B. wenn es sich darum handelt, ihn zu verklagen, oder ihn zu entlasten, oder ihn für Schaden verantwortlich zu machen. Ueber die Form der Berufung und Zustimmung sagt das Gesetz nichts, es gelten daher allgemeine Grundsätze, insbesondere Formlosigkeit der Konsenserklärung. Anm. 3.

c) **Die Wirkung des zu Stande gekommenen Beschlusses ist,** daß der Beschluß von den geschäftsführenden Gesellschaftern auszuführen ist. Ein Widerspruch Seitens eines Gesellschafters ist nunmehr wirkungslos, es sei denn, daß der Beschluß aus gesetzlicher Ursache (wegen Betruges oder Zwanges) angefochten wird. Von diesem Beschlusse abzuweichen, ist den anderen Gesellschaftern in der Regel nicht gestattet; nur dann darf solche Abweichung erfolgen, wenn der den Beschluß ausführende Socius den Umständen nach annehmen darf, daß Diejenigen, welche die Weisung ertheilt haben, bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würden. Von der Abweichung hat jedoch der den Beschluß ausführende Gesellschafter den Weisungsertheilern Anzeige zu machen und deren Entschließung abzuwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr im Verzuge ist (§§ 713, 665 B.G.B.). Weicht er sonst ab, so handelt er unrechtmäßig und verletzt seine Pflicht. Daraus folgt die unbedingte Pflicht zum Schadensersatz (vergl. Anm. 5 zu § 115), wozu möglicher Weise andere Konsequenzen treten. Anm. 4.

d) **Die Folge des Nichtzustandekommens des Beschlusses ist,** daß das Geschäft unterbleiben muß, selbst wenn es noch so wichtig und heilbringend, die Unterlassung aber noch so unheilvoll für die Gesellschaft wäre. Doch ist zu beachten, daß der Beschluß nur nach innen in Frage kommt. Der nach außen vertretungsberechtigte Gesellschafter kann das Geschäft trotzdem giltig vornehmen, selbst wenn der Dritte wußte, daß es sich um ein unbefugtes Geschäft handelt und die Zustimmung der anderen Socien fehlt. Das begründet noch keine Kollusion (vergl. Bolze 5 Nr. 747; über die Kollusion überhaupt § 126 Anm. 13). Nur geht das Geschäft dann auf Gefahr des ausführenden Socius, und seine Handlungsweise ist eine unberechtigte, für die er nicht bloß mit diligentia quam suis haftet (vergl. Anm. 5 zu § 115). Doch kann die Handlung auch nachträglich von den anderen Gesellschaftern ratihabirt werden. Anm. 5.

e) **Die Vorschrift ist dispositiver Natur.** Der Gesellschaftsvertrag kann anordnen, daß auch zu ungewöhnlichen Geschäften oder zu gewissen ungewöhnlichen Geschäften jeder Anm. 6.

einzelne Gesellschafter befugt ist, oder daß, auch wenn Gefahr im Verzuge ist, die Zustimmung unterbleiben kann ꝛc.

Anm. 7. 3. (Abs. 3.) **Besonders hervorgehoben ist die Ertheilung und der Widerruf der Prokura.**

a) **Die Ertheilung der Prokura.** Die in dieser Beziehung hier gegebene Vorschrift regelt nur das Verhältniß nach innen, mit Wirkung gegen Dritte kann nach § 126 Abs. 1 jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter die Prokura ertheilen. Der Registerrichter kann daher die Eintragung der Prokura nicht deshalb ablehnen, weil nicht alle geschäftsführenden Gesellschafter zugestimmt haben (Behrend § 69 Anm. 20). Es ist ferner hervorzuheben, daß die Vorschrift dispositiver Natur ist (§ 109), durch den Gesellschaftsvertrag also abgeändert werden kann. Wo sie aber Platz greift, da muß bei Ertheilung der Prokura die Einwilligung aller nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeholt werden. Eine Ausnahme macht der Fall der im Verzuge liegenden Gefahr. In diesem Falle (wann er vorliegt, darüber siehe Anm. 7 zu § 115) kann jeder geschäftsführende Gesellschafter den Prokuristen ernennen, selbst bei Kollektivgeschäftsführung (vergl. § 115 Abs. 2), auch beim Widerspruch eines anderen Socius (vergl. unten Anm. 8), jedoch nur als provisorische Maßregel, die, sobald thunlich, durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen ist (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 230).

Anm. 8. b) **Der Widerruf der Prokura.** Er steht Jedem zu, der zur Ertheilung oder auch nur zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugt ist, also auch jedem einzelnen von mehreren kollektiv geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern, auch wenn Gefahr im Verzuge ist. Der Widerspruch eines anderen Socius verpflichtet ihn nicht, den Widerruf zu unterlassen; das ergiebt sich daraus, daß die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen Ausnahmen sind von den Regeln des § 115 (Denkschrift S. 86).

Anm. 9. Auch hier ist zu betonen, daß die Vorschrift nur für das Verhältniß nach innen maßgebend ist, während nach außen § 126 Platz greift. Dadurch können Inkongruenzen entstehen, da sich die Geschäftsführungsbefugniß mit der Vertretungsbefugniß nicht zu decken braucht. Dem Prokuristen gegenüber entscheidet hier die Vertretungsbefugniß, weil der Prokurist ein Dritter ist und ihn daher nicht die Geschäftsführungsbefugniß, sondern die Vertretungsbefugniß angeht. Unter den Socien begründet dies Ansprüche auf Mitwirkung bei dem Widerruf und bei der Anmeldung ꝛc. Wenn sich aber Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugniß decken, so ergiebt sich aus dieser Vorschrift, daß der geschäftsführende Gesellschafter auch ungeachtet des Widerspruchs der anderen die Prokura widerrufen kann.

Anm. 10. Es ist ferner zu betonen, daß nur der Widerruf, nicht auch die Beschränkung der Prokura unter die Sondervorschrift dieses Paragraphen fällt. Die Beschränkung der Prokura (sc. mit Wirkung nach innen, z. B. das Recht, dem Prokuristen zu untersagen, für die Gesellschaft Wechsel zu acceptiren) ist nicht ohne Weiteres dem Gesellschafter gestattet, der zur Mitwirkung bei der Ertheilung befugt ist. Vielmehr entscheiden hierüber die sonstigen Vorschriften über die Geschäftsführung (Bolze 3 Nr. 792; anders Riesser in G.Z. 42 S. 322).

Anm. 11. Und endlich ist hervorzuheben, daß für das Verhältniß nach innen zunächst der Vertrag maßgebend ist, der Abweichendes verordnen (R.G. 2 S. 34), insbesondere bestimmen kann, daß der Widerruf nur mit Zustimmung aller Socien oder mit Genehmigung eines bestimmten Gesellschafters erfolgen darf. Bei Zuwiderhandlungen gegen solche Vertragsbestimmungen bleibt der Widerruf zwar giltig, aber es kann der Gesellschafter, dessen Vertragsrechte verletzt sind, dieselben geltend machen, durch Klage auf Wiederherstellung der Prokura, Schadensersatz, Auflösung oder Ausschließung, oder endlich durch Selbstertheilung der Prokura (R.G. 2 S. 34).

Anm. 12. c) **Die Vorschriften beziehen sich nicht auf die Ertheilung und den Widerruf von Handlungsvollmachten** oder auf die Anstellung und Entlassung von Handlungsgehilfen. Hierfür sind die übrigen Paragraphen anwendbar, je nachdem es sich um

ein gewöhnliches oder ungewöhnliches Geschäft handelt. Die Anstellung eines Betriebsleiters z. B. mit ungewöhnlich hohem Gehalt oder auf ungewöhnlich lange Zeit ist ein ungewöhnliches Geschäft, desgleichen die Bestellung eines Generalbevollmächtigten für die Gesellschaft.

Zusatz. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 9 zu § 109. Anm. 13.

§ 117.

Die Befugniß zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Der vorliegende Paragraph regelt die Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß (von der Entziehung der Vertretungsbefugniß ist im § 127 die Rede).

1. **Die Vorschrift bezieht sich auf jede Art der Geschäftsführungsbefugniß,** sie mag auf Gesetz oder Vertrag, also auf § 114 Abs. 1 oder Abs. 2 beruhen, sie mag Kollektivgeschäftsführungsbefugniß oder Einzelbefugniß sein. Aber wohl zu unterscheiden ist das Recht der Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß von der Entziehung der Vertretungsbefugniß nach § 127. Es kann die Geschäftsführungsbefugniß entzogen werden ohne gleichzeitige Entziehung der Vertretungsbefugniß; doch wird sich in der Praxis beides meist in einem Antrage vereinigen (vergl. hierüber auch Anm. 1 zu § 127). Anm. 1.
2. **Die Geltendmachung des Entziehungsrechts** erfolgt durch eine Klage der „übrigen Gesellschafter", d. h. aller übrigen Gesellschafter (vergl. den gleichen Ausdruck im § 140) gegen denjenigen Gesellschafter, welchem das Recht der Geschäftsführung entzogen werden soll. Ein Beschluß der übrigen Gesellschafter genügt allein nicht. Der Beschluß kann nur dahin gehen, daß die Entziehung der Geschäftsführung gerichtlich angetragen werden soll. Auch der Vertrag kann nicht bestimmen, daß der bloße Beschluß genügt (vergl. unten Anm. 5). Das Urtheil hat konstitutive Bedeutung; denn die Entziehung erfolgt „durch gerichtliche Entscheidung". Der Klage vorangehen oder sie begleiten kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung, durch welche die Geschäftsführung provisorisch entzogen werden kann (vergl. R.O.H. 16 S. 72; R.G. 22 S. 170). Das Urtheil sowohl, wie die dem Antrage stattgebende einstweilige Verfügung ist nicht zur Eintragung in das Handelsregister geeignet, weil sie sich nicht auf die Vertretungsbefugniß nach außen beziehen. (Ueber den Unterschied zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugniß siehe Vorbemerkung zu § 114.) Durch Auflösung der Gesellschaft ist die Geschäftsführungsbefugniß ohne Weiteres erloschen. Anm. 2.
3. **Der Grund des Widerrufs** ist Vorhandensein eines wichtigen Grundes, besonders grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Die letztere braucht nicht verschuldet zu sein. Die erstere liegt z. B. in dem Mißbrauch der Firma für private Zwecke (R.O.H. 20 S. 267). Anm. 3.
4. **Die Wirkung der Entziehung** ist, daß das Geschäftsführungsrecht des betreffenden Gesellschafters erlischt. Für den Fall, daß durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung abweichend von § 114 Abs. 1 geordnet ist, fällt diese abweichende Ordnung hiermit weg und es steht nunmehr die Geschäftsführungsbefugniß allen anderen Gesellschaftern gemäß § 115 Abs. 1 zu. Wollte man diese einfache Regel nicht gelten lassen, so käme man unter Umständen zu unlösbaren Konstellationen. Wie sollte sich z. B. die Geschäftsführung gestalten, wenn von den Gesellschaftern A, B und C die ersteren beiden kollektivberechtigt, C aber von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist? Soll, wenn dem A die Geschäftsführung entzogen ist, B nunmehr Einzelberechtigung zur Geschäftsführung haben? Das wäre willkürlich und widerspräche der Absicht der Gesellschafter, da ja B nur kollektivberechtigt sein sollte. Soll umgekehrt angenommen werden, daß, da er nur kollektivberechtigt sein sollte, er nunmehr überhaupt aufhört, geschäftsführungsberechtigt zu sein? Dann entsteht die Anm. 4.

Frage: Wer ist nunmehr geschäftsführungsberechtigt? Niemand? oder C? Dann würde dieser durch die Beseitigung des A größere Rechte erlangen als B, obwohl ja dieser vorher mehr Rechte hatte als A. Alle diese Schwierigkeiten fallen fort, wenn einfach angenommen wird, daß die Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß des einen Socius die statutarische Anordnung der Geschäftsführung überhaupt umstößt (vergl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 712 B.G.B.).

Anm. 5. **5. Durch Vertrag kann auch diese Bestimmung geändert werden.** Es können die wichtigen Gründe präcisirt, sie können erweitert und eingeengt werden. Nur dort findet die Vertragsfreiheit ihre Grenzen, wo die Vereinbarungen gegen die guten Sitten verstoßen würden (§ 138 B.G.B.). Das würde z. B. der Fall sein, wenn man vereinbaren würde, auch bei Veruntreuungen oder sonstigen dolosen Handlungen dürfte man von der Entziehungsbefugniß keinen Gebrauch machen. Daraus folgt, daß ein genereller Verzicht auf das Entziehungsrecht insoweit ungiltig ist. Durch Vertrag kann aber jedenfalls nicht vereinbart werden, daß der bloße Beschluß der Gesellschafter zur Entziehung der Geschäftsführung genügt. Das wäre ein Verzicht auf den Rechtsweg, der nicht zulässig wäre (Denkschrift S. 93).

Anm. 6. **Zusatz 1. Außerdem kann durch einstweilige Verfügung das Recht der Geschäftsführung entzogen werden** in denjenigen Fällen, wo eine solche provisorische Regelung beantragt wird und sich als erforderlich erweist **zur Vorbereitung und Sicherung des Rechts auf Auflösung oder Ausschließung,** also als Vorläufer oder Begleiter einer darauf gerichteten Klage. Diese Maßregel ist auch dann zulässig, wenn ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht zur Entziehung der Geschäftsführung vorliegt. Dies wurde auch unter der Herrschaft des früheren Rechts angenommen (vergl. unsere 5. Auflage § 1b zu Art. 102; Behrend § 69 Anm. 11; Förtsch Anm. 2 zu Art. 102) und dürfte auch jetzt Rechtens sein. Die in der C.P.O. aufgestellte allgemeine Regel, daß der Richter nach freiem Ermessen zur Vermeidung von nachtheiligen Veränderungen des bestehenden Zustandes Maßregeln anordnen kann (§ 938 C.P.O.), sollte durch die vorliegende Vorschrift nicht geändert werden.

Ein solcher Antrag auf Entziehung der Geschäftsführung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter gestellt werden, soweit das Hauptrecht (z. B. das Recht auf Auflösung) einem einzelnen Gesellschafter zusteht. Ein solcher Antrag kann auch dahin gehen, daß die Geschäftsführung allen Gesellschaftern entzogen wird und einer dritten Person übertragen wird (§ 938 Abs. 2 C.P.O.; R.O.H. 16 S. 72; R.G. 22 S. 170). Die Vergütungen für die Thätigkeit des Dritten fallen der Geschäftskasse zur Last (R.G. 22 S. 170). Wohl zu unterscheiden sind solche Anträge von den Anträgen auf Entziehung der Vertretungsbefugniß (hierüber siehe § 127).

Anm. 7. **Zusatz 2. Kann auch der Gesellschafter die Geschäftsführung niederlegen?** Die Frage ist zu bejahen. Maßgebend hierfür ist § 712 Abs. 2 B.G.B. und § 671 Abs. 2 und 3 B.G.B. Diese Gesetzesstellen beziehen sich nicht bloß, wie Makower S. 214 annimmt, auf den Fall, daß die Geschäftsführung durch besondere Uebertragung einem oder mehreren Gesellschaftern anvertraut ist, also nicht bloß auf den Fall des § 114 Abs. 2 H.G.B., wenn auch der § 712 Abs. 1 B.G.B. sich nur auf den Fall der besonderen Uebertragung bezieht (Motive z. B.G.B. II S. 606). Die Gesetzesmaterialien (vergl. K.P. bei Haidlen zu § 712 B.G.B.) ergeben nichts für diese Einschränkung, die Gesetzesworte zwingen nicht dazu und der Gesetzesgedanke ist dagegen. Danach kann jeder geschäftsführende Gesellschafter die Geschäftsführung jederzeit niederlegen, wenn er einen wichtigen Grund dazu hat. (So auch anscheinend Cosack S. 545 und Gareis, Handelsrecht 6. Auflage S. 717 Anm. 3 a. E.) Wenn er dies nicht in der Art thut, daß die anderen Socien Ersatz schaffen können, so muß er den aus der unzeitigen Kündigung der Gesellschaft erwachsenden Schaden ersetzen; aber auch hiervon wird er befreit, wenn er einen wichtigen Grund hatte zur unzeitigen Kündigung. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Kündigung ändert an diesem Rechte des Gesellschafters nichts. — Ueber die Wirkung der Niederlegung siehe oben Anm. 4; es muß hier das Gleiche gelten.

Anm. 8. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Hierüber siehe Anm. 9 zu § 109.

§ 118.

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen.

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

Der vorliegende Paragraph giebt jedem Gesellschafter ein persönliches Kontrolrecht (Abs. 1) und bestimmt die Wirkungen eines vertragsmäßigen Verzichts auf dasselbe (Abs. 2). (Der § 716 B.G.B. enthält eine gleichlautende Vorschrift für die bürgerliche Gesellschaft.)

1. (Abs. 1.) **Das hier vorgesehene Kontrolrecht ist:** Anm. 1.
   a) ein Recht auf Einsicht, nicht auf Herausgabe. Die letztere kann nur nach Maßgabe der §§ 45—47 im Prozesse verlangt werden. Das Recht zur Einsicht schließt das Recht des Eintritts in das Geschäftslokal in sich, eine Hervorhebung dieses letzteren Rechts, wie im Art. 105 des alten H.G.B., war daher nicht nothwendig.
   b) Es erstreckt sich auf alle Bücher, in denen die Verhältnisse der Gesellschaft verzeichnet sind, selbst wenn der buchführende Socius unzulässiger Weise die Societätsgeschäfte zum Theil in seinen Privathandelsbüchern eingezeichnet hat (R.O.H. 6 S. 296). Anm. 2.
   c) Es ist allen Socien gegeben, auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Aber es ist ihnen nur persönlich gegeben. Ausübung durch gesetzliche Vertreter ist zwar nicht ausgeschlossen, wohl aber durch Bevollmächtigte, auch durch den Ehemann trotz seiner Verwaltungsrechte (App.G. Köln in Busch Archiv 2 S. 173). Nicht aber ist dem Gesellschafter verwehrt, Dritte zuzuziehen (R.O.H. 7 S. 71). Aber auch nicht jeder Dritte, sondern nur ein Sachverständiger kann zugezogen werden, und auch dieser nicht, wenn eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen durch seine Zuziehung zu befürchten ist, etwa weil er Konkurrent oder sonst vertrauensunwürdig ist (vergl. R.G. 25 S. 88). Am besten wird ein gerichtlicher Bücherrevisor zugezogen. Anm. 3.
   d) Der Paragraph bezieht sich nicht auf das Stadium der Liquidation (R.O.H. 7 S. 71). Hier sind andere Vorschriften entscheidend. Anm. 4.
2. (Abs. 2.) **Ein vertragsmäßiger Verzicht** auf dieses Kontrolrecht **wird wirkungslos**, sobald Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt. Es braucht also nicht, wie früher, nach Art. 105, eine Unredlichkeit gerade nachgewiesen zu sein; der begründete Verdacht genügt. Der Begriff der Unredlichkeit geht weiter, als der Begriff Betrug. Zu jener ist jede bewußte Benachtheiligung der Gesellschaftsinteressen zu eigenem oder fremdem Vortheil ausreichend, Täuschung oder Vorspiegelung sind dabei nicht nothwendig. Anm. 5.

Zusatz 1. Das Recht auf Einsicht der Bücher begründet in Verbindung mit §§ 114 und 38 flg. gegen die geschäftsführenden Gesellschafter den Anspruch auf Führung der Bücher, und zwar auf korrekte Führung. Es kann daher auch auf Berichtigung und Vervollständigung geklagt werden. Anm. 6.

Zusatz 2. Das Kontrolrecht des einzelnen Gesellschafters ist in diesem Paragraph erschöpfend geregelt. Anm. 7.

Ein Recht auf Rechnungslegung gegen den geschäftsführenden Gesellschafter steht zwar der Gesellschaft zu, nicht aber dem einzelnen Gesellschafter. Zwar findet der § 713, 666 B.G.B. hier Anwendung. Allein auch diese Vorschrift des B.G.B. ist dahin auszulegen, daß nicht jeder Gesellschafter das Recht auf Auskunft und Rechenschaft gegen jeden geschäftsführenden Gesellschafter hat, vielmehr ist als Auftraggeber im Sinne des § 666 die Gesellschaft zu betrachten, Namens dieser kann die Auskunft und Rechenschaft gefordert werden. Bei der o. H.G. muß

dies erst recht gelten, denn hier tritt die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter noch mehr zurück, hier ist als Auftraggeberin die mit Parteifähigkeit ausgestattete o. H.G. zu betrachten. (So auch Makower S. 208.) Weiteres über die Rechnungslegungs- und die eventuelle Offenbarungseidspflicht siehe in Anm. 5 ffg. zu § 114.

Anm. 8. **Zusatz 3 Uebergangsfrage** Siehe hierüber Anm. 9 zu § 109.

§ 119.

Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

Anm. 1. 1. **Im Absatz 1 wird bestimmt, daß zu Beschlüssen der Gesellschafter Einstimmigkeit erforderlich ist.** Es müssen also alle diejenigen Socien zustimmen, welche zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen sind. Es ist damit nicht gesagt, daß stets alle Gesellschafter zustimmen müssen, aber für die Regel ist dies anzunehmen. Auch besteht hier keine Vorschrift und ist nicht etwa aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder per anologiam anzunehmen, daß grundsätzlich derjenige Gesellschafter vom Mitstimmen ausgeschlossen ist, gegen welchen der Rechtsakt sich richtet oder mit welchem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll. Aber im Einzelnen sind solche Vorschriften gegeben (vergl. z. B. § 113 Abs. 2). In welchen Fällen Beschlüsse der Gesellschafter erforderlich sind, darüber disponirt nicht dieser Paragraph, sondern andere, z. B. § 113 Abs. 2, § 116 Abs. 2, § 131 Nr. 2.

Anm. 2. 2. **Der Gesellschaftsvertrag kann aber anordnen, daß Majorität entscheidet.** Für diesen Fall giebt Absatz 2 eine Auslegungsregel, nämlich dahin, daß im Zweifel „die Zahl der Gesellschafter" entscheidet. Damit soll gesagt sein, daß nicht die Höhe der Kapital- oder Gewinnantheile entscheidet. Unter der Zahl der Gesellschafter ist natürlich die Zahl der zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter verstanden, nicht die Zahl aller Gesellschafter; Derjenige, gegen den der Beschluß sich richtet, zählt unter Umständen auch hier nicht mit (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 3. Aber, wie gesagt, dies ist nur eine Auslegungsregel. Der Vertrag kann anders disponiren: Der Vertrag kann bestimmen, daß die Majorität sich bestimmt nach der Kapitalbetheiligung oder nach der Gewinnbetheiligung oder daß ein bestimmter Gesellschafter mehrere Stimmen hat 2c.

Es ist auch vom Gesetze nicht gesagt, wie die Majorität zu berechnen ist, wenn mehr als eine Ansicht in Frage ist, wenn also z. B. drei Arten von Voten abgegeben werden können, ob in diesem Falle absolute oder relative Mehrheit entscheidet. Für diesen Fall wird man die Auslegungsregel des § 251 analog heranziehen müssen (absolute Mehrheit, d. h. eine Stimmenzahl, welche die Hälfte der abgegebenen Stimmen übersteigt).

Anm. 4. **Und endlich ist nicht gesagt, in welchen Fällen denn überhaupt Majoritätsbeschlüsse zulässig sind.** Der vorliegende Paragraph denkt ja nur an diejenigen Fälle, in denen nach den gesetzlichen Vorschriften Beschlüsse der Gesellschafter erforderlich sind. Für diesen Fall sieht unser Paragraph auch die statutarische Zulassung von Majoritätsbeschlüssen vor und giebt für den Fall dieser Zulassung eine Auslegungsregel. Aber der Gesellschaftsvertrag kann auch sonst Majoritätsbeschlüsse für erforderlich und genügend halten. Derartige Vereinbarungen sind giltig bis zu der Grenze, welche allen vertraglichen Vereinbarungen innewohnt. Es dürfen nicht zwingende Vorschriften und die guten Sitten entgegenstehen. So ist es z. B. unzulässig, zu bestimmen, daß durch Beschluß, also auch durch Majoritätsbeschluß einem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugniß ent-

zogen werden kann (siehe Anm. 5 zu § 117), oder die Vertretungsbefugniß (Anm. 6 zu § 127). Ferner kann nicht vereinbart werden, daß durch Beschluß, also auch durch Majoritätsbeschluß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann (R.O.H. 21 S. 84; R.G. 38 S. 121). Hier läge überall ein unzulässiger Ausschluß des Rechtswegs vor. Dagegen könnte wohl vereinbart werden, daß die Majorität alljährlich über die Gewinnvertheilung entscheidet, aber wiederum nur dahin, daß die Majorität Grundsätze aufstellt, welche alle gleichmäßig treffen. Daß Aenderungen des Gesellschaftsvertrages absolut nicht per maiora beschlossen werden können, wie Cosack S. 570 und Makower S. 216 annehmen, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Warum sollte der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmen können, daß Aenderungen desselben durch Majoritätsbeschluß beschlossen werden können?

Zusatz 1. Ueber die Form der zu fassenden Beschlüsse ist nichts gesagt. Es herrscht daher völlige Formfreiheit. Anm. 5

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 9 zu § 109. Anm. 6.

§ 120.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird auf Grund der Bilanz der Gewinn oder der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Antheil daran berechnet.

Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalantheile des Gesellschafters zugeschrieben; der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahrs auf den Kapitalantheil entnommene Geld wird davon abgeschrieben.

Vorbemerkung. Die §§ 120—122 **regeln die Betheiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft** für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag sie nicht regelt. Die Vorschriften beruhen auf der dem Begriff der Societät entsprechenden Anschauung, daß jeder Gesellschafter zwar an den Geschäftserträgnissen theilnimmt, aber erst am Ende der Gesellschaft festgestellt werden kann, ob die Gesellschaft einen Gewinn oder Verlust ergeben hat und wie der einzelne Gesellschafter daran betheiligt ist. Wenn dennoch die alljährliche Abrechnung vorgeschrieben ist, so ist damit zunächst nur eine rechnungsmäßige Vertheilung gemeint. Diese Anschauung ist aber nicht durchgeführt, vielmehr ist im § 122 gestattet, daß jeder Gesellschafter 4% seines Kapitalantheils alljährlich entnehmen kann, gleichviel, ob ein Gewinn entstanden ist oder nicht, und ferner, soweit es nicht der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht, auch seinen darüber hinausgehenden Gewinnantheil. Anm. 1.

Das System, nach welchem Gewinn und Verlust berechnet werden, ist folgendes: Am Schlusse des ersten Geschäftsjahres wird berechnet, ob die Gesellschaft Gewinn oder Verlust im verflossenen Geschäftsjahre ergeben hat. Hat sie Gewinn ergeben, so werden zunächst jedem Gesellschafter, soweit der erzielte Gewinn reicht, bis zu 4% seines Aktivsaldos gutgeschrieben. Der überschießende Gewinn wird rechnungsmäßig nach Köpfen vertheilt und dem Kapitalkonto eines jeden Gesellschafters gutgeschrieben. Entsteht Verlust, so wird auch dieser nach Köpfen vertheilt. Das Kapitalkonto, wie es sich am Schlusse des nächsten Jahres hiernach und je nach dem Betrage der etwa erfolgten Herausnahme und nach etwa weiter erfolgten Einlagen gestaltet, wird der Gewinnvertheilung im nächsten Jahre zu Grunde gelegt. Hiervon wird die Vorweggutschrift von 4 Proz. berechnet ꝛc. Diese Prozedur erneuert sich am Schlusse jedes folgenden Geschäftsjahres.

Der vorliegende Paragraph giebt zunächst eine allgemeine Bestimmung über die Berechnung des Geschäftsergebnisses und seine Vertheilung auf die einzelnen Gesellschafter, aber auch nur über die Berechnung. Ueber die Auszahlung des Gewinnes bestimmt § 122, über die Einzahlung des Verlustes siehe Anm. 15 zu § 122. Anm. 2.

1. (Abs. 1.) **Die Berechnung des Geschäftsergebnisses für die Gesellschaft erfolgt auf**

Grund der Bilanz, und zwar für jedes Jahr besonders, ohne daß, wie bei der Aktiengesellschaft, stets auf den ursprünglichen Vermögensstand zurückgegangen wird. Es wird vielmehr das als Gewinn betrachtet, was sich in dem betreffenden Geschäftsjahr durch Gegenüberstellung der Ab- und Zugänge des betreffenden Jahres als Gewinn oder Verlust ergiebt. Es kann daher, wenn auch die Einlagen der Gesellschafter in einem früheren Jahre vermindert worden sind, ein Gewinn vorhanden sein und zur Vertheilung kommen, ehe das Stammkapital zu seiner ursprünglichen Höhe wieder herangewachsen ist. Die Bilanz stützt sich aber auf die Inventuren und Bilanzen der früheren Jahre insofern, als, wenn dieselben anerkannt sind, dieses Anerkenntniß Vertragsnatur hat, was zur Folge hat, daß auf die Unwahrheit einer so anerkannten Bilanz später nicht zurückgekommen werden kann (Bolze 12 Nr. 503), es sei denn, daß das Anerkenntniß wegen Irrthums, Betrugs ꝛc. angefochten werden kann. Derartige Abmachungen werden besonders zum Gegenstand haben Abschreibungen unter dem wahren Werth. Solche Abmachungen sind, wie gesagt, giltig und die solchergestalt anzusetzenden Werthe können der Bilanz zu Grunde gelegt werden. Auch wird durch eine solche Bilanz der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Bilanzaufstellung genügt, wie gegen Makower S. 217 anzunehmen ist. Die Vorschriften des Gesetzes über die Werthsansätze der Bilanz sind öffentlich-rechtlicher Natur nur insofern, als kein höherer Werth als der wahre Werth angesetzt werden darf. Aber die Ansetzung geringerer Werthe ist üblich und zulässig und ein Zeichen von Solidität (vergl. Anm. 2 zu § 40). Bei der Auseinandersetzung sind solche Abreden allerdings nicht unbedingt maßgebend (vergl. hierüber im Exkurse zu § 141).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Die Betheiligung der Gesellschafter am Geschäftsergebniß der Gesellschaft** erfolgt durch Zuschreibung des Gewinnes und Belastung mit dem Verluste. Der zugeschriebene Gewinn erhöht den Aktivsaldo der Gesellschafter oder bildet, wenn der Gesellschafter einen solchen nicht hatte, den ersten Bestand desselben, oder dient endlich zur Ausgleichung oder Verminderung eines vorhandenen Passivsaldos. (Ueber die rechtliche Bedeutung des Aktiv- und des Passivsaldos siehe unten Anm. 7.)

Anm. 4. 3. **Für jeden Gesellschafter** erfolgt die Gewinn- oder Verlustberechnung. Auch der Inhaber eines Passivsaldos nimmt am Gewinne Theil.

Anm. 5. 4. Erwähnt wird noch besonders vom Gesetz, daß die Entnahmen auf den Kapitalantheil, welche im Laufe des Jahres vorschußweise von dem Gesellschafter gemacht sind, am Schlusse des Jahres von seinem Kapitalantheil abgeschrieben werden. Das ist selbstverständlich. Derartige Entnahmen sind überaus häufig, sie sind in den Gesellschaftsverträgen meist derart normirt, daß jeder Gesellschafter sich monatlich eine bestimmte Summe zum Lebensunterhalt in Anrechnung auf seinen Gewinntheil entnehmen kann (vergl. hierüber Anm. 14 zu § 122). Was aber nicht auf den Gewinnantheil entnommen wird, sondern unbefugter Weise oder entliehen ist, ist eine wirkliche Schuld, und wird korrekter Weise nicht vom Kapitalantheile abgeschrieben, sondern auf ein besonderes Konto debitirt (siehe hierüber Anm. 4 zu § 111).

Anm. 6. 5. Von uns mag noch hinzugefügt werden, daß Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Jahres auf seinen Kapitalantheil gemacht hat, dem Kapitalkonto zuzuschreiben sind (Denkschrift S. 87).

Anm. 7. **Zusatz 1. Das juristische Wesen der Kapitalkonten, des Aktiv- und des Passivsaldos.** Wir hatten bei der Erläuterung des alten H.G.B. (siehe unsere 5. Auflage § 5 zu Art. 106) gegenüber anderen abweichenden Anschauungen ausführlich auseinandergesetzt, daß der Aktivsaldo und der Passivsaldo der Gesellschafter fiktive Ziffern sind, keinen Anspruch der Gesellschaft und keine Schuld der Gesellschaft bedeuten, wir hatten ferner bei der Erläuterung des alten H.G.B. (§ 6 zu Art. 91) dargelegt, daß dem einzelnen Gesellschafter kein Miteigenthum am Gesellschaftsvermögen zusteht, und daß insbesondere der Aktivsaldo nicht etwa eine Ziffer ist, welche andeutet, wie hoch sein Miteigenthumsantheil am Vermögen der Gesellschaft ist, daß vielmehr das Vermögen der Gesellschaft im Gesammteigenthum aller Gesellschafter, auch der Inhaber der Passivsalden steht.

Jene Darlegungen drangen durch: das Urtheil des R.G. vom 1. Juni 1895 in J.W. S. 454 sagt, daß denselben nur beizutreten sei, und ebenso haben Förtsch (Anm. 3 zu Art. 106) und Hahn (§ 4 Note 3 zu Art. 106) dieselben gebilligt und nunmehr sagt die Denkschrift S. 87, im neuen H.G.B. sei der Ausdruck „Antheil am Gesellschaftsvermögen" vermieden und statt dessen die Bezeichnung „Kapitalantheil" gewählt, weil der erstere Ausdruck „zu dem Mißverständnisse geführt habe, als ob die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nach dem Verhältnisse der Kapitalkonten im Miteigenthum der Gesellschafter ständen; das sei aber nicht richtig; am wenigsten dann, wenn das Konto eines Gesellschafters mit einem Passivsaldo abschließe" (vergl. auch Cosack S. 550).

Der Erfolg unserer Darlegung ist also der, daß ihr Wissenschaft und Rechtssprechung beitraten und daß unsere Auffassung schließlich dem neuen H.G.B. zu Grunde gelegt wurde.

Es erübrigt sich hiernach, jene ausführlichen Darlegungen zu wiederholen, es genügt, auf sie zu verweisen.

Der Kern unserer Auffassung geht dahin: Der Aktivsaldo und der Passivsaldo sind während der Dauer der Gesellschaft nur fiktive Ziffern. Sie haben keine juristische Bedeutung. Der Aktivsaldo bezeichnet nicht einen Anspruch an die Gesellschaft, auch keinen bedingten oder betagten Anspruch. Er bedeutet auch keine Ziffer, welche für die Größe eines Miteigenthumsrechts des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen maßgebend wäre; denn ein solches Miteigenthum besteht nicht, sondern nur ein Eigenthum aller Gesellschafter zur gesammten Hand (vergl. hierüber Anm. 12 im Exkurse zu § 122). Der Passivsaldo ist keine Schuld an die Gesellschaft, auch keine bedingte oder betagte.

Der Aktivsaldo dient nur als Ziffer für die Berechnung der Zinsen nach § 121.

Rechtliche Bedeutung können die Ziffern der Kapitalkonten im Augenblicke der Auseinandersetzung erlangen. Alsdann kann der Passivsaldo diejenige Summe bezeichnen, in deren Höhe der Socius diejenigen Gesellschafter, die mehr als den vertragsmäßigen Verlust erlitten haben, zu entschädigen hat, der Aktivsaldo kann alsdann diejenige Summe bezeichnen, die der Socius aus der Gesellschaftskasse fordern kann, eventuell von den Socien, die zu wenig Verlust erlitten haben, ersetzt verlangen kann. Aber nothwendig ist es nicht, daß die Kapitalkonten auch nur diese Bedeutung haben. Denn bei der Auseinandersetzung sind für die Aufstellung der Bilanz nicht dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie während der Dauer der Gesellschaft. Während der Dauer der Gesellschaft werden insbesondere häufig Abschreibungen gemacht, um die Gewinnziffern zu verkleinern, bei der Auseinandersetzung muß dagegen der wahre Werth zum Vorschein kommen (vergl. hierüber im Exkurse zu § 141). Immerhin gewähren die Kapitalkonten einen ungefähren Ueberschlag über das vermögensrechtliche Verhältniß des Gesellschafters zur Gesellschaft. Sie zeigen, was die Gesellschafter der Gesellschaft oder die Gesellschaft ihnen schuldig wären, wenn jetzt die Auseinandersetzung erfolgte und zwar auf Grundlage der bisherigen Buchungen ohne Rücksicht auf die Frage, ob nicht im Laufe der Zeit zu hoch oder zu niedrig abgeschrieben ist. Aber zu wiederholen ist, daß die eigentliche Bedeutung der Kapitalkonten streng genommen keine juristische ist: Sie stellen keinen juristischen Begriff dar, sondern nur die Grundziffer für die Berechnung der Gesellschafterzinsen und geben einen ungefähren Anhalt für den Stand des vermögensrechtlichen Verhältnisses des Gesellschafters zur Gesellschaft.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Hierüber Anm. 9 zu § 109. Abweichende Bestimmungen bestehender Gesellschaftsverträge behalten zunächst ihre Giltigkeit.

§ 121.

Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Antheil in Höhe von vier vom Hundert seines Kapitalanteils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Antheile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnantheils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Ge-

schäftsjahrs als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahrs Geld auf seinen Kapitalantheil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Theil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnantheile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahrs wird unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt.

Der vorliegende Paragraph bestimmt im Einzelnen, wie der Gewinn und der Verlust zu vertheilen ist, jedoch ist auch hier nur von der Berechnung die Rede. Ueber die Auszahlung bestimmt § 122.

Anm. 1. 1. **Die Vertheilung des Gewinnes.**

a) **Vorweg gebührt jedem Gesellschafter vom Gewinn ein Antheil bis zu 4 Proz. seines Aktivsaldos.** Diese Prozente sind nach dem neuen H.G.B. nur dann gutzuschreiben, wenn Gewinn vorhanden ist und nur bis zur Maximalhöhe von 4 Proz. Ist der Jahresgewinn geringer, so verringert sich der Prozentsatz entsprechend. Ist kein Jahresgewinn vorhanden, so fällt diese Gutschrift überhaupt weg. Demgemäß wird dann auch diese Vorzugsgutschrift nicht eigentlich als Zins angesehen und die Frage, ob Gewinn oder Verlust vorliegt, entscheidet sich nicht erst nach Abzug dieser Vorzugsgutschrift; die Vorzugsgutschrift mindert nicht den Gewinn und erhöht nicht den Verlust, sondern bildet lediglich einen in besonderer Art zu repartirenden Theil des Gewinnes, eine Vorzugsdividende (so zutreffend Cosack S. 552). (Der frühere Art. 106 gestattete die Gutschrift von 4 Proz. des Aktivsaldos schlechtweg, ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebniß, also gewissermaßen als festen Zins, wie er denn auch den Ausdruck „Zinsen" gebrauchte, der jetzt vermieden ist. Da aber gegentheilige Vertragsbestimmungen zulässig sind, so wird in den Verträgen wohl meist das Prinzip des alten H.G.B. zur Anwendung gelangen.)

Anm. 2. Diese 4 % werden berechnet von dem Aktivsaldo. Derjenige Gesellschafter, der keinen Aktivsaldo hat, erhält daher auch diese Vorweggutschrift nicht. Ist sein Konto glatt oder hat er gar einen Passivsaldo, so nimmt er zwar an dem Jahresgewinn Theil, der nach § 120 seinem Konto gutgeschrieben wird, aber erst an demjenigen Theil des Jahresgewinnes, der übrig bleibt nach Gutschrift von 4 % für die Inhaber der Aktivsalden. Sind daher Gesellschafter mit und ohne Kapital vorhanden, so kann es kommen, daß das Kapitalkonto der ersteren sich vergrößert, während die anderen vom Gewinn nichts zugetheilt erhalten, wenn nämlich mehr nicht verdient ist, als zur Verzinsung der Kapitalien erforderlich ist.

Bei Veränderung des Kapitalkontos im Laufe des Geschäftsjahres durch Leistungen und Entnahmen werden diese bei der Ermittelung der der Prozentberechnung zu Grunde zu legenden Grundziffer pro rata temporis so berechnet, wie dies Absatz 2 unseres Paragraphen klar und deutlich normirt.

Anm. 3. b) **Der übrigbleibende Jahresgewinn wird nach Köpfen vertheilt.** Dies ist im Absatz 3 vorgeschrieben. Auch dies ist zunächst nur ein Berechnungsmodus, über das Recht auf Auszahlung disponirt § 122. Auch ist es nur eine Dispositivvorschrift (§ 109). Abweichende Vereinbarungen stehen in der Willkür der Gesellschafter. (Wer die Abweichung behauptet, muß sie beweisen. Bolze 23 Nr. 570; auch unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg.). Die Vertheilungsart kann auch dem arbitrium eines Dritten oder eines Gesellschafters anvertraut werden (§§ 315, 317 B.G.B.). Der gänzliche Ausschluß vom Gewinn widerspricht aber dem Wesen der Gesellschaft (Anm. 2 zu § 109), auch der gänzliche Ausschluß eines Gesellschafters vom Verlust (ebenda). Es kann auch verabredet werden, daß ein Gesellschafter feste Bezüge außer dem Antheil am Gewinne hat (ebenda). Ordnet der Gesellschaftsvertrag nur den Maßstab für die

Verlustbetheiligung an, so gilt dieser Maßstab auch für die Vertheilung des Gewinnes (§ 722 Abs. 2 B.G.B.).

2. **Die Vertheilung des Verlustes.** Auch der Verlust eines jeden Geschäftsjahres wird nach Köpfen vertheilt. Dies ordnet Absatz 2 an. Doch ist auch dies nur ein Berechnungsmodus, da während der Dauer der Gesellschaft die Geltendmachung des Verlustantheils gegen den Gesellschafter nicht erfolgt. Er wird nach § 120 nur seinem Kapitalkonto zur Last geschrieben, eine Schuld an die Gesellschaft entsteht hieraus jedoch nicht, zum reellen Vollzuge gelangt ein Passivsaldo erst beim Abschluß der Liquidation, sc. soweit alsdann ein solcher vorhanden ist (Anm. 7 zu § 120). Anm. 4.

Auch diese Bestimmung ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann anders disponiren (oben Anm. 3). So kann z. B. vereinbart werden, daß für etwaige Verluste zunächst die Einlage aller Gesellschafter als Deckung dienen soll, oder daß ein Gesellschafter überhaupt nicht (im inneren Verhältniß) über seine Einlage hinaus zu haften habe, oder daß die Ausgleichungen der Gesellschafter unter einander nur in Ansehung derjenigen Verluste stattfinden sollen, die nach dem Verbrauch sämmtlicher Einlagen noch vorhanden sein würden (R.G. 40 S. 30). Setzt der Gesellschaftsvertrag nur den Maßstab für Gewinnvertheilung fest, so gilt im Zweifel derselbe Maßstab für die Betheiligung am Verluste (§ 722 Abs. 2 B.G.B.). Abweichungen von der gesetzlichen Regel sind zu beweisen (vergl. oben Anm. 3). Anm. 5.

Zusatz. Uebergangsfrage. Siehe hierüber Anm. 9 zu § 109. Danach gelten für die alten Gesellschaften die alten Bestimmungen, für die neuen die neuen, nur daß selbstverständlich die alten Vertragsbestimmungen auch die neuen Dispositivbestimmungen überwinden (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 9). Wenn Litthauer (Anm. a) einen Unterschied machen will zwischen Gesellschaften, die vor der Verkündung und solchen, die nach der Verkündung des neuen H.G.B. entstanden sind, so ist dieses Prinzip als zutreffend nicht anzuerkennen, obgleich er darin Recht hat, daß, falls die Gesellschafter die Absicht hatten, sich den Bestimmungen des neuen H.G.B. zu unterwerfen, dies selbstverständlich gilt. Anm. 6.

§ 122.

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, aus der Gesellschaftskasse Geld bis zum Betrage von vier vom Hundert seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils zu seinen Lasten zu erheben und, soweit es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, auch die Auszahlung seines den bezeichneten Betrag übersteigenden Antheils am Gewinne des letzten Jahres zu verlangen.

Im Uebrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter seinen Kapitalantheil zu vermindern.

Der vorliegende Paragraph behandelt das Recht des einzelnen Gesellschafters zu Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. Die Bestimmungen sind beherrscht von dem richtigen Grundgedanken, daß die meisten Gesellschaften dazu errichtet sind, um den laufenden Lebensunterhalt der Gesellschafter zu decken. Es wäre eine Verkennung ihres Zweckes, wenn man erst bei Beendigung der Gesellschaft eine reelle Vertheilung der Gewinne vornehmen wollte. Im ersten Absatze wird nun festgesetzt, was der Gesellschafter am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres entnehmen darf, im zweiten ist bestimmt, daß er im Uebrigen nicht berechtigt ist, seinen Kapitalantheil zu vermindern. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Entnehmen darf jeder Gesellschafter 4 % seines Kapitalantheils schlechtweg und ferner den Rest des Jahresgewinnantheils, letzteren aber nur, wenn dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht.** Anm. 1.

a) **4 % Zinsen des Aktivsaldos dürfen schlechtweg entnommen werden.**

α) Das entspricht an sich dem bisherigen Recht (Art. 108). Der Unterschied vom bisherigen Recht liegt nicht in diesem Paragraphen, sondern im § 121. Denn da nach diesem letzteren Paragraphen eine Gutschrift von 4 % seines Aktivsaldos für jeden Gesellschafter nicht, wie früher, schlechtweg erfolgt, sondern nur, wenn ein Jahresgewinn vorhanden ist, so wird durch die Entnahme von 4 % das eigene Konto des die 4 % entnehmenden Gesellschafters belastet, so daß, wenn kein Jahresgewinn erzielt wurde, die Entnahme ihm allein zur Last fällt, nicht der Gesellschaft, und also nicht auf die Kapitalkonten aller Gesellschafter zu vertheilen ist, während nach früherem Recht die festen vierprozentigen Zinsen, da sie nicht bloß schlechtweg auszuzahlen, sondern auch schlechtweg d. h. ohne Rücksicht auf das Geschäftsergebniß gutzuschreiben waren, von allen Gesellschaftern zu tragen waren.

Anm. 2. β) Nach dem neuen Recht sind also die 4% Zinsen zwar nicht schlechtweg gutzuschreiben, aber schlechtweg auszuzahlen, wenn dies letztere der Gesellschafter verlangt. Er darf also die 4 % auch dann entnehmen, wenn weniger Gewinn erzielt ist, als zur Auszahlung von 4 % der Kapitalantheile nöthig ist, auch wenn die Gesellschaft gar keinen Jahresgewinn erzielt hat, auch wenn sie einen Jahresverlust gehabt hat (Denkschrift S. 88), auch wenn die Gesellschaft überschuldet ist, auch wenn es ihr zum offenbaren Schaden gereicht, daß dieser Betrag entnommen wird. Denn diese letztere Einschränkung ist nur bei der Entnahme der Gewinnantheile gemacht. Nur Chikane im Sinne des § 226 B.G.B. darf nicht vorliegen.

Anm. 3. Die Grundziffer, von welcher die zu entnehmenden 4 % sich berechnen, ist der für das letzte Geschäftsjahr festgestellte Kapitalantheil, also die Ziffer des Aktivsaldos, wie sie sich am Ende des Jahres herausstellt. Wer keinen Aktivsaldo am Ende des Jahres hat, kann diese Zinsen auch nicht beanspruchen; denn dann fehlt ja die Grundziffer für die Berechnung der 4 % (vergl. Anm. 2 zu § 121). Dagegen ist es gleichgiltig, ob etwa der Kapitalantheil unter seinen ursprünglichen Stand herabgemindert ist; auch in diesem Falle hat der Gesellschafter einen Kapitalantheil und kann die Auszahlung der Zinsen verlangen (Cosack S. 554). Leistungen und Entnahmen im Laufe des abgelaufenen Geschäftsjahres werden hier nicht in der Weise berücksichtigt, wie bei der Gutschrift der 4 % nach § 121, diese letztere Vorschrift gilt hier nicht. Hier entscheidet bloß die Endziffer am Schlusse des Geschäftsjahres. Es muß daher, wenn im Laufe des Jahres Leistungen oder Entnahmen erfolgt sind, eine doppelte Berechnung der 4 % stattfinden, einmal zum Zwecke der Gutschrift nach § 121, und zweitens zum Zwecke der Feststellung der Höhe des Anspruchs auf Auszahlung nach § 122.

Anm. 4. γ) Im ersten Geschäftsjahre können solche Zinsen nicht entnommen werden. Makower S. 221 will dies gestatten, indem er als Grundziffer für die Zinsenentnahme die Eröffnungsbilanz hinstellt. Allein § 122 gestattet ausdrücklich lediglich die Entnahme von 4% Zinsen des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalantheils. Es muß also ein Geschäftsjahr abgelaufen sein. Eine entsprechende Abweichung in jener Richtung ist aber ausgeschlossen, weil die ratio legis die ist, daß die 4% Zinsen doch regelmäßig wohl als Früchte der gesellschaftlichen Lebensthätigkeit herauskommen werden, und daß es billig erscheint, daß nach Ablauf eines Geschäftsjahres der Gesellschafter einen mäßigen Betrag erhält zur Deckung seiner Lebensunterhaltungskosten. Alle diese Erwägungen versagen für die Dauer des ersten Geschäftsjahres; überdies ist schon die Bestimmung unseres Paragraphen eine Ausnahme (vergl. oben Anm. 1 zu § 120), und schon deshalb von analoger Anwendung ausgeschlossen.

Anm. 5. δ) Der Gesellschafter ist berechtigt zur Entnahme der 4%, aber nicht verpflichtet. Der Gesellschafter hat vielmehr das Recht, von der Entnahme der 4% Abstand zu nehmen und seinen ganzen Gewinnantheil seinem Aktivsaldo zuwachsen zu lassen (§ 120). Das Recht zur Entnahme hat er aber nur nach Ablauf

des betreffenden Geschäftsjahres, nicht im Voraus vor Ablauf desselben, als Vorschuß. Und wenn er das kritische Jahr hat vorübergehen lassen, ohne die 4% zu entnehmen, so erlischt die Entnahmebefugniß und das Stehengebliebene ist seinem Aktivsaldo derart zugewachsen, daß es nach Absatz 2 nicht mehr einseitig vermindert werden kann (vergl. unten Anm. 10).

Nur Geld darf entnommen werden (vergl. hierüber Anm. 11).

ε) Das Recht wird geltend gemacht durch selbstständige Entnahme, wenn der Gesellschafter die Befugniß hat, über die Kasse zu disponiren, sonst regelmäßig durch eine Klage gegen die Gesellschaft (R.O.H. 19 S. 416). Doch ist auch eine Klage gegen die widersprechenden Gesellschafter auf Gestattung der Entnahme zulässig (R.O.H. ebenda; Behrend 70 Anm. 11). Der Klage kann nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Entnahme zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht. Nicht zulässig ist ferner die exceptio non impleti contractus wegen nicht gemachter Einlagen, wohl aber kann dies Kompensation begründen. Anm. 6.

ζ) Die Wirkung der Entnahme ist, daß das Konto des Gesellschafters damit belastet wird. Es wird aber nicht eine wirkliche Schuld an die Gesellschaft damit begründet (vergl. R.G. 3 S. 59). Vielmehr vermindert dies seinen Aktivsaldo und vermehrt seinen Passivsaldo. Diese Salden sind aber nicht Schulden an die Gesellschaft, wenigstens nicht solche, die während der Dauer der Gesellschaft zu begleichen wären (Anm. 7 zu § 120). Anm. 7.

b) **Der Rest des Jahresgewinnes kann ebenfalls vom Gesellschafter entnommen werden,** aber nur, wenn dies der Gesellschaft nicht zum offenbaren Schaden gereicht. Anm. 8.

α) Der Rest des letzten Jahresgewinnes, d. h. alles, was nach §§ 120 und 121 als Gewinnantheil dem Gesellschaftsantheil gutzuschreiben ist nach Abzug derjenigen 4%, die nach § 122 an den Gesellschafter auszuzahlen sind (vergl. über die Berechnung der 4% oben Anm. 3).

Auch derjenige Gesellschafter, dessen Kapitalantheil unter seine ursprüngliche Höhe gesunken ist, ja auch derjenige, der einen Passivsaldo hat, kann diese Auszahlung verlangen (Cosack S. 554). Hier gilt nicht, wie bei der Kommanditgesellschaft, ein dem § 169 Abs. 1 Satz 2 analoger Rechtssatz. Anm. 9.

Im ersten Jahre darf hiernach der Gesellschafter nichts entnehmen, und auch während des Laufes jedes folgenden Geschäftsjahres nichts vorschußweise (wenn nicht etwa, wie dies häufig geschieht, das Gegentheil vereinbart ist; siehe unten Anm. 14) sondern immer nur den Gewinn des abgelaufenen Geschäftsjahres; wohl aber kann er diese Entnahme bewirken während der ganzen Dauer des Jahres, welches dem Jahre folgt, in welchem der Gewinn gemacht ist. Er ist aber dazu nur berechtigt, er kann auch von der Entnahmebefugniß Abstand nehmen und die Gesellschafter können dem nicht widersprechen, auch wenn dadurch sein Kapitalantheil wächst und den ihrigen übersteigt. Wenn er aber jenes kritische Jahr hat vorübergehen lassen, ohne zu entnehmen, so erlischt die Entnahmebefugniß und das Stehengebliebene ist seinem Aktivsaldo derart zugewachsen, daß es nach Absatz 2 nicht mehr einseitig vermindert werden kann und nicht als Forderungsrecht gegen die Gesellschaft gilt, was im Konkurse der Gesellschaft wichtig werden kann (Denkschrift S. 89, 92 u. 96). Anm. 10.

Nur Geld darf entnommen werden. Soweit der sich buchmäßig ergebende Gewinn nicht in baarem Gelde in der Gesellschaftskasse vorhanden ist, können die Gesellschafter verlangen, daß dasselbe zum Zwecke der Gewinnauszahlung flüssig gemacht wird: durch Aufnahme von Darlehen, Belastung der Grundstücke, Veräußerung von Waaren, alles vorbehaltlich der Grenze, welche das Gesetz dadurch zieht, daß die Entnahme nicht zum offenbaren Nachtheil für die Gesellschaft gereichen darf (vergl. unten Anm. 12). Dagegen ist kein Gesellschafter berechtigt, sich in Anrechnung auf seinen Gewinn bestimmte Gegenstände herauszunehmen und seien es auch Werthpapiere. Hat ein Gesellschafter dies dennoch gethan, so muß er die Werthpapiere Anm. 11.

an das Geschäft wieder abführen, alsdann kann er Veräußerung der Werthpapiere und Auszahlung seines Gewinnes verlangen.

Anm. 12. β) Das Recht wird geltend gemacht durch selbstständige Entnahme, event. durch Klage. Siehe hierüber Näheres oben Anm. 6. Die Klage ist nur dann begründet, wenn die Entnahme nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Das hat der Kläger zu beweisen (Gareis, Anm. 2; anders Makower S. 220). Dabei sind nur die Verhältnisse der Gesellschaft maßgebend, die Verhältnisse und Bedürfnisse des Gesellschafters sind unerheblich. Ein offenbarer Schaden ist vorhanden, wenn die Erreichung der Gesellschaftszwecke durch die Entnahme erschwert oder gar vereitelt würde.

Anm. 13. 2. (Abs. 2.) **Im Uebrigen ist ein Gesellschafter nicht befugt, seinen Kapitalantheil einseitig zu vermindern.** Nach der in Anm. 7 zu § 120 festgestellten Bedeutung oder vielmehr Bedeutungslosigkeit des Wortes Kapitalantheil und da hierunter die Ziffer des Aktivsaldos gemeint ist, müßte das hier ausgesprochene Verbot korrekt heißen: Ein Gesellschafter darf die den Ziffern seines Aktivsaldos entsprechenden Beträge der Gesellschaftskasse nicht entnehmen. Dieses Verbot entspricht der Erwägung, daß eine Gesellschaft während der ganzen Dauer ihres Betriebes als zusammengehöriges Ganze zu betrachten ist, so daß erst bei Beendigung des Betriebes das Ergebniß desselben definitiv festgestellt werden kann. Vergl. Anm. 1 zu § 120. Mit der Einwilligung aller Socien, auch der nicht geschäftsführenden, kann von diesem Prinzip abgewichen werden. Eine Schutzvorschrift gegen Benachtheiligungen der Gläubiger ist hier nicht gegeben. Verfehlt ist es, wenn der O.G. Wien (bei Nowak 5 S. 135) die Zurückzahlung der Einlage einfach für ungesetzlich erklärte, weil die Gesellschaft nicht „aktiv" war. Nur die besonderen Anfechtungsvorschriften können hier helfen, soweit es bei der Solidarhaft der Einzelgesellschafter einer Hilfe bedarf. Ohne die Einwilligung der Socien sind Entnahmen nur im Falle des Abs. 2 zulässig. Ueber die Wirkungen befugter Entnahmen siehe oben Anm. 7.

Anm. 14. **Zusatz 1. Durch Vertrag können die Bestimmungen dieses Paragraphen geändert werden** (§ 109), und in der That befindet sich in den Gesellschaftsverträgen regelmäßig eine Bestimmung darüber, wieviel die Gesellschafter sich jährlich oder monatlich zur Deckung ihres Haushalts in Raten entnehmen dürfen, meist im Voraus während des Geschäftsjahres und ohne ausgesprochene Rücksicht auf die Geschäftsergebnisse. Dennoch werden solche Vertragsbestimmungen im Zweifel dahin auszulegen sein, daß die Entnahmen nicht erfolgen dürfen, wenn sie zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereichen. Denn wenn auch der Bildung von Handelsgesellschaften meist das wirthschaftliche Motiv unterliegt, zunächst den Unterhalt der Socien und ihrer Familien zu bestreiten, so soll dies doch nicht durch rücksichtsloses Ausbeuten der Gesellschaftskasse, sondern nur insoweit geschehen, als die Gesellschaft nach ihren Geschäftsergebnissen dieses Bedürfniß zu befriedigen im Stande ist. Anders, wenn einem Gesellschafter ein bestimmter Reingewinn garantirt ist. In solchem Falle sind ihm jedoch die 4% Zinsen auf die Garantiesumme anzurechnen (Bolze 1 Nr. 1172), andererseits fällt die Garantiesumme, soweit sie nicht aus dem Gesellschaftsgewinn ausgezahlt wird, dem Konto der anderen Gesellschafter zur Last.

Auch durch Vereinbarung hoher Abschreibungen können die gesetzlichen Bezüge der Socien zulässiger Weise beschränkt werden (R.G. vom 5. Dezember 1890 im Sächsischen Archiv 1 S. 499; Bolze 12 S. 503; vergl. Anm. 2 zu § 120).

Vorauszusehen ist, daß in den Gesellschaftsverträgen unter der Herrschaft des neuen Rechts die dem alten System entsprechenden festen Zinsen und zwar in Höhe von mehr als 4% vereinbart werden werden. Denn der Kapitalist unter den Socien hat die Macht, solche Bestimmungen zu diktiren, und wird regelmäßig von dieser Macht Gebrauch machen.

Anm. 15. **Zusatz 2. Ueber die Einzahlung des Verlustantheils** trifft der vorliegende Paragraph keine Anordnungen. Ueber die Vertheilung des Verlustes verhält sich § 120, über die Auszahlung des Gewinnes § 121. Was nun die Einzahlung des Verlustes betrifft, so kann dieselbe von

dem Gesellschafter nicht gefordert werden. Der Verlust wird nur berechnet und auf die Kapitalkonten rechnerisch vertheilt und ändert dadurch das vermögensrechtliche Verhältniß der Gesellschafter zur Gesellschaft. Aber die Einzahlung des Verlustantheils kann nicht verlangt werden, wenigstens nicht an die Gesellschaft. Ja der Gesellschafter hat nicht einmal das Recht, seinen Verlustantheil freiwillig zur Gesellschaftskasse einzuzahlen. Das wäre eine Erhöhung seiner Einlage, zu welcher er einseitig nicht berechtigt ist (Cosack S. 554, 555). Ergiebt sich bei der Auseinandersetzung ein Passivsaldo, so besteht allerdings alsdann eine Einzahlungspflicht. Hierüber §§ 707, 735 B.G.B.; vergl. unseren Exkurs zu § 141.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Siehe hierüber Anm. 6 zu § 121. Anm. 16.

Exkurs zu § 122.

Ergänzungen betreffend das Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu einander.

I. Die Beiträge der Gesellschafter.

1. **Weder das alte, noch das neue H.G.B. haben eine Bestimmung darüber, in welchem Maße die Gesellschafter zu den Zwecken der Gesellschaft beizutragen haben.** Die Lücke wird jetzt ausgefüllt durch § 706 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 1.

„Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten.

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnvertheilung bestimmt ist.

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen."

a) **Absatz 1** ist eine Dispositivvorschrift, die keiner Erläuterung bedarf. Hinzuzufügen ist nur, daß der Anspruch auf die Beiträge nicht bloß von der Gesellschaft, sondern auch von den einzelnen Gesellschaftern geltend gemacht werden kann (R.O.H. 25 S. 161; vergl. auch R.G. 39 S. 169). In letzterem Falle kann aber stets nur auf Zahlung an die Gesellschaftskasse geklagt werden (R.G. 39 S. 169). Anm. 2.

b) **Absatz 3** bestimmt, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Allein **hierbei ist wohl zu unterscheiden zwischen Beitrag und Einlage.** Beitrag ist der weitere Begriff, die Einlage ist eine Art des Beitrages. Die Beiträge eines Gesellschafters umfassen Alles, was der Gesellschafter für die Zwecke der Gesellschaft giebt oder leistet. **Als Einlage können aber nur verkehrsfähige Objekte figuriren.** Nur solche Objekte können Gegenstand von Verkehrsgeschäften und deshalb auch des Illationsvertrages, der ja auch ein Veräußerungsgeschäft ist, sein, nur solche Objekte können als Aktiva in der Bilanz der Gesellschaft figuriren und die ziffermäßige Grundlage der Betheiligung eines Gesellschafters bilden, nur solche Objekte können auf dem Kapitalkonto gebucht werden. Solche Objekte sind nicht bloß Geld (R.G. 2 S. 306) und sonstige körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte und Rechtsbeziehungen, auch rein wirthschaftliche Güter, soweit sie Gegenstände von entgeltlichen Erwerbsgeschäften sein können (vergl. Anm. 5 zu § 40). Als solches Objekt ist aber nicht die Arbeitskraft und die Arbeitspflicht zu betrachten (vergl. Anm. 5 zu § 40). An dieser, durch die Natur der Sache und die Erfahrung des Lebens begründeten Unterscheidung zwischen Gesellschaftsbeitrag im Allgemeinen und Gesellschaftseinlage im Besonderen kann es auch nichts ändern, daß das B.G.B. diese Begriffe nicht so scharf unterscheidet, so z. B. in § 733 Abs. 2. Allein gerade diese Gesetzesstelle ergiebt, daß es sich hier nur um eine nicht genügende Sicherheit in der Terminologie handelt. Sachlich will das B.G.B. das Gleiche sagen. Denn es hebt ja gerade hervor, daß, Anm. 3.

wenn die „Einlage" in Diensten bestehe, bei der Auseinandersetzung kein Ersatz verlangt werden kann. Das liegt ja gerade daran, daß die Dienste kein verkehrsfähiges Objekt, kein Aktivum sein, nicht die ziffermäßige Grundlage der Betheiligung eines Gesellschafters, kurz keine wahre Einlage sein können. Richtiger hätte es hier im § 733 Abs. 2 B.G.B. heißen müssen: Für „Beiträge", die in der Leistung von Diensten bestehen, kann kein Ersatz verlangt werden. Die gleiche Unsicherheit der Terminologie ist aus § 718 B.G.B. zu erkennen: nicht alle „Beiträge" werden gemeinschaftliches Vermögen, Gesellschaftsvermögen, sondern nur diejenigen Beiträge, welche Einlagen sind, werden Gesellschaftsvermögen, und können im Sinne des § 719 zu den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens gehören, nicht auch Dienste und Dienstpflichten.

Anm. 4. c) **Absatz 2 ist eine Auslegungsregel**, welche dem neuen Gesetzgeber wichtig genug erschien, um sie aus dem alten H.G.B. (Art. 91) in das B.G.B. herüberzunehmen. Zur Erläuterung derselben ist zu bemerken:

Anm. 5. α) Welche Gegenstände und Leistungen überhaupt beizutragen sind, bestimmt der Vertrag. Danach richtet es sich auch, in wie weit Erfindungen, welche der Gesellschafter macht, der Gesellschaft zuzuführen sind. Macht er sie auf Kosten der Gesellschaft und unter Verwendung derjenigen Thätigkeit, die er dem Geschäfte zu widmen hat, so wird anzunehmen sein, daß er sie der Gesellschaft zuzuführen hat (O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 495). — Für den Fall jedoch, daß der Gesellschaftsvertrag die Einbringung einer Sache vorschreibt, enthält unser Absatz 2 eine Auslegungsregel, zu deren Erläuterung das Folgende zu sagen ist:

β) Was vertretbare und verbrauchbare Sachen sind, richtet sich nach den §§ 91 ffg. B.G.B.

γ) An sich können die Gegenstände zum bloßen Gebrauch oder zum Eigenthum der Gesellschaft übertragen werden (siehe unten Anm. 9). Welcher Fall vorliegt, entscheidet die Abmachung. Das Gesetz giebt aber hier eine Auslegungsregel für die Vereinbarungen der Socien in Gestalt einer Vermuthung. Diese Vermuthung wirkt auch Dritten gegenüber, wenn die Abmachung vollzogen und nunmehr zweifelhaft wird, ob die Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft geworden sind oder ihr nur zum Gebrauch überlassen sind (R.G. 31 S. 29).

Anm. 6. 2. **Ueber das vereinbarte Maß hinaus braucht kein Gesellschafter Beiträge zu leisten.** Das war im Art. 92 des alten H.G.B. bestimmt, jetzt ist an Stelle dieses Artikels der § 707 B.G.B. getreten, welcher lautet:

„Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet."

Anm. 7. Die vertragliche Verpflichtung zur Leistung von Vermögenseinlagen muß jeder Gesellschafter erfüllen und zwar rechtzeitig, d. h. sofort beim Geschäftsbeginn, wenn nichts Anderes vereinbart ist. Die Einlagepflicht kann nicht bloß von der Gesellschaft, sondern auch von jedem einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden (vergl. oben Anm. 2) und auch vom Prokuristen der Gesellschaft. Andererseits bildet die Bestimmung des Vertrages über die Höhe der Einlage — und das ist Inhalt des vorstehenden § 707 B.G.B. — die Grenze der Verpflichtung. Auch in dieser Beziehung sind abweichende Vorschriften des Landesrechts beseitigt, z. B. § 190, I, 17 A.L.R., wonach die Erhöhung der Einlage zur Vermeidung des Ausschlusses geleistet werden muß, wenn die Erreichung des gemeinsamen Endzwecks dies erfordert. Grade gegen diese Vorschriften des früheren bürgerlichen Rechts ist der vorliegende Paragraph gerichtet (Hahn § 2 zu Art. 92). Nach ihm begründet selbst der Umstand, daß die Gesellschaft ohne die Erhöhung der Einlage nicht länger bestehen kann, daß sie überschuldet ist, die Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage nicht, sondern giebt höchstens einen Grund zur Auflösung der Gesellschaft ab. Auch wenn sich in der Liquidation ein Fehlbetrag ergiebt, braucht kein Gesellschafter über die Einlage hinaus zur Gesellschaftskasse etwas nachzuschießen, vielmehr besteht in solchem Falle nur die Solidarhaft gegenüber den Gläubigern und möglicherweise ein Ausgleichungsanspruch unter

den Gesellschaftern (R.O.H. 22 S. 202, 25 S. 159). — Hat der Gesellschafter den von ihm zugesagten Gegenstand inferirt, hat er das geleistet, was er nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hatte, so berührt es ihn nicht mehr, wenn der Gegenstand untergeht. Das ist dann keine Verminderung der Einlage, sondern des Gesellschaftsvermögens. So nicht bloß, wenn er verpflichtet war, Eigenthum zu übertragen, sondern auch wenn sonst eine konkrete Sache quoad usum oder quoad sortem, aber ohne Eigenthumsübertragung (vergl. unten Anm. 9) inferirt werden sollte und vertragsmäßig inferirt worden ist (vergl. v. Hahn § 6 zu Art. 92).

3. **Ueber das vereinbarte Maß hinaus hat aber der Gesellschafter auch kein Recht, die Einlage zu erhöhen.** Die Einlage bildet vielmehr die Grundlage seiner Betheiligung und es kann daher der Gesellschafter, wie er selbst nicht angehalten werden kann, seine Einlage zu erhöhen, auch einer freiwilligen Erhöhung durch die anderen Socien widersprechen. Nur durch consensus omnium kann die Erhöhung des Gesellschaftskapitals erzielt werden. Vergl. jedoch § 120. Darüber, daß das Kapital auch nicht vermindert werden kann, verhält sich § 122 Abs. 2. Anm. 8.

Zusatz 1. Die Leistung der Einlagen wird in der Rechtssprache Einbringung oder Illation genannt, das Leisten der Einlagen inferiren. Bei dieser Illation ist zu unterscheiden das Illationsversprechen und die Illation, die Vereinbarung und ihr Vollzug. Der Abs. 2 des § 706 B.G.B. ist gerade mit Rücksicht auf diesen früher oft verkannten Unterschied so gefaßt, wie geschehen. Er handelt nur von der Illationsvereinbarung. Die Einbringung selbst ist derjenige Akt, durch welchen die nach Inhalt des Illationsversprechens einzubringenden Gegenstände der Gesellschaft zum Eigenthum übertragen werden. Sie liegt bei beweglichen Sachen in der Uebergabe, bei Forderungen in der Cession, sofern nicht schon die Illationsvereinbarung selbst die Cession enthält, was allerdings meist der Fall sein wird (R.G. 31 S. 29), bei Ordrepapieren im Indossament beziehungsweise in der Blankoübergabe, oder auch in der Cession, bei Grundstücken in der Auflassung (Auflassung ist also erforderlich, auch dann, wenn ein Grundstück im Miteigenthum aller Gesellschafter steht; vergl. über die Nothwendigkeit der Auflassung unten Anm. 10; auch R.G. 31 S. 28). Anm. 9.

Im engeren Sinne nennt man dies die Illation quoad dominium oder eigentliche Illation.

Es giebt daneben auch uneigentliche Illationen. Zunächst die Illation quoad sortem, bei welcher die Sache zwar nicht in das Eigenthum der Gesellschaft übergeht, aber doch so behandelt wird, als wäre sie ihr Eigenthum, insofern die Gesellschaftsorgane entscheiden über das Schicksal der Sache und Nutzen und Lasten der Sache die Gesellschaft treffen (R.G. 31 S. 29; K.G. bei Johow 17 S. 264). Es giebt ferner auch eine Illation quoad usum.

Zusatz 2. Der rechtliche Charakter der Illation (und zwar der eigentlichen Illation). Sie ist kein Kauf und keine datio in solutum, wohl aber eine Veräußerung und zwar eine Veräußerung sui generis. Sie ist auch dann eine Veräußerung, wenn der zu inferirende Gegenstand im Miteigenthum aller Gesellschafter gestanden hat, weil sich durch den Akt der Einbringung jeder Gesellschafter seines separaten Dispositionsrechts über den Gegenstand zu Gunsten des Gesammtwillens begiebt und so sein Miteigenthum aufgiebt (vergl. unten Anm. 12). Deshalb ist bei Grundstücken auch in diesem Falle die Auflassung erforderlich, wie gegen das Reichsgericht (Urtheil vom 20. Oktober 1893 bei Gruchot 38 S. 1065) anzunehmen ist. Das Reichsgericht verneint das Erforderniß der Auflassung, weil die Personen dieselben geblieben wären und nur ihr Recht eine andere Gestaltung erfahren habe. Allein gerade das letztere ist entscheidend. Wenn Jemand, der ein Pfandrecht an einem Grundstück hat, das Eigenthum erwirbt, so ist auch hier die Person dieselbe geblieben und nur das Recht hat gewechselt, und doch ist gerade deshalb Auflassung erforderlich. Es findet ein wirklicher Eigenthumswechsel statt. Die Sache tritt heraus aus dem Eigenthum des einzelnen Gesellschafters und wird Gesammteigenthum aller Gesellschafter, das Miteigenthum des einzelnen Gesellschafters hört definitiv auf, es ruht nicht etwa, bei seinem Ausscheiden hat jeder einzelne Gesellschafter nur noch einen Abfindungsanspruch in Geld (K.G. bei Johow 17 S. 44; Oberneck, Grundbuchgesetze S. 8—9; Cosack S. 548). Anm. 10.

Da eine Veräußerung vorliegt, so finden die Vorschriften des B.G.B. über die Folgen eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der Sache hier Anwendung (§§ 445, 493 B.G.B.). Insbesondere haftet hiernach der Inferent einer Forderung Anm. 11.

für den rechtlichen Bestand der Forderung, nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (§ 437 B.G.B.) und der Inferent hat für die Fehler derselben Gewähr zu leisten. Auch im Sinne der §§ 932 ffg. B.G.B., § 366 H.G.B. gilt die Illation als Veräußerung. Gutgläubiger Erwerb vernichtet daher auch hier früheres Eigenthum und frühere dingliche Rechte an dem inferirten Gegenstande, wobei jedoch zu bemerken ist, daß schon der böse Glaube des Inferenten den gutgläubigen Rechtserwerb hindert (R.G. 9 S. 143; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 458). Näheres zu § 366.

Anm. 12. **Zusatz 3. Die Begriffe Eigenthum der Gesellschaft und gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter.** (Die Begriffe sind selbstverständlich identisch.) Schon früher wurde angenommen, daß ein Eigenthum des Gesellschafters an den körperlichen Sachen der Gesellschaft weder in der Form eines nach Quoten getheilten Miteigenthums an den einzelnen Sachen, noch auch in der Form eines nach Quoten getheilten Antheilsrechts am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens besteht (R.G. 25 S. 257; 30 S. 152). Es liegt vielmehr das sogenannte Eigenthum zur gesammten Hand vor. Das Gesellschaftsvermögen steht allen Gesellschaftern gemeinsam zu, aber keinem von ihnen, auch nicht den Inhabern der Aktivsalden, eine bestimmte, oder auch nur wandelbare und bestimmbare Quote (vergl. unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 91).

Diese Konstruktion ist jetzt für alle Gesellschaften, auch die bürgerliche Societät, vom B.G.B. acceptirt worden in den §§ 718 und 719 B.G.B., in welchen ausgesprochen ist, daß die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden (§ 718), daß aber kein Gesellschafter über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen, auch nicht Theilung zu verlangen berechtigt ist (§ 719). Makower S. 186 leugnet für die o. H.G. sogar jede dingliche Mitberechtigung und will den einzelnen Gesellschaftern lediglich einen obligatorischen Anspruch geben, gleichbedeutend mit „dem Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Das ist schon deshalb nicht zutreffend, weil dadurch die o. H.G. zur juristischen Person würde. Denn wenn die einzelnen Aktiva nicht im Eigenthum der Gesellschafter ständen, so müßte als Eigenthümerin ein besonderes Rechtssubjekt gedacht werden müssen. Juristische Person ist aber die o. H.G. nach dem Willen des Gesetzes nicht, sondern eine Abart der bürgerlichen Societät (vergl. Anm. 8 zu § 105). Cosack (S. 534) steht auf dem Standpunkt des Eigenthums zur gesammten Hand, glaubt aber unzutreffender Weise, daß der Antheil jedes einzelnen Gesellschafters sich ziffermäßig berechnen lasse. (Gegen die Versuche solcher ziffermäßigen Berechnung siehe unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 91.)

Ueber die Folgen dieser Konstruktion auf das Verhältniß der Gläubiger der Gesellschafter zu diesen siehe den Exkurs zu § 129.

II. Das Maß der dem Gesellschafter obliegenden Sorgfalt.

Anm. 13. **1. Der Art. 94 des alten H.G.B. ist gestrichen, an seine Stelle ist § 708 B.G.B. getreten.** Derselbe lautet:

„Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."

Anm. 14. **2. Zunächst haftet der Gesellschafter natürlich für die Folgen vorsätzlicher Pflichtverletzungen.** Denn für Vorsatz wird allgemein gehaftet (§ 276 B.G.B.). So. z. B. wenn der geschäftsführende Gesellschafter einen Geschäftsführungsakt vornimmt gegen den Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters (vergl. Anm. 5 zu § 115), oder wenn ein von der Geschäftsführung Ausgeschlossener einen Geschäftsführungsakt vornimmt, oder wenn ein Gesellschafter eine Handlung vornimmt, die ihm im Gesellschaftsvertrage untersagt ist. Das ist überall vorsätzliches pflichtwidriges Handeln. Dafür wird ohne Weiteres gehaftet (vergl. §§ 678, 679 B.G.B.; auch die analoge Deduktion bei Planck II S. 51).

Anm. 15. **3. Außerdem aber haftet der Gesellschafter auch dafür, daß er bei der Ausübung seiner an sich pflichtgemäßen Thätigkeit sorgsam verfährt. Hier haftet er für grobes Versehen ohne Weiteres.** Liegt ein solches vor, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgsamer ist. (§ 277 B.G.B.)

Im Uebrigen aber haftet er nur dafür, daß er bei Erfüllung seiner Verpflich-

tungen **diejenige Sorgfalt anwendet, die er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.** Diese diligentia quam suis kann, ganz abstrakt gedacht, den regelmäßigen Diligenzbegriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 275 B.G.B. noch verschärfen. Aber sie ist gedacht als Milderung dieser Sorgfalt („nur") und wenn ein Socius daher in seinen eigenen Angelegenheiten eine größere, als die gewöhnliche Verkehrssorgfalt anzuwenden pflegt, ist er gleichwohl nur zu letzterer verpflichtet (ebenso Planck Anm. 1 zu § 277 B.G.B.).

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen bezieht sich auf jeden Gesellschafter, also auch auf die nichtgeschäftsführenden, doch muß es sich um eine Thätigkeit handeln, die der Gesellschafter gemäß der ihm gesellschaftlich übertragenen Geschäfte ausübt. Unbefugte Handlungen stellen Vorsatz dar (vergl. Anm. 14). Bei besonderen Aufträgen aber wird unterschieden werden müssen, ob ihm dieselben als Gesellschafter ertheilt werden, oder durch ein besonderes Rechtsgeschäft, wie einem Fremden, wofür besonders entscheidend sein wird das Ausbedingen eines besonderen Lohnes. In letzterem Falle entscheiden die allgemeinen Haftungsgrundsätze (Motive zum B.G.B. II S. 602).

4. **Die Folgen der Verletzung der vorgeschriebenen Sorgfalt** sind hier nicht behandelt, während Art. 94 des alten H.G.B. die Schadensersatzpflicht statuirte. Dieselbe besteht natürlich auch jetzt und ist offensichtlich nur ihrer Selbstverständlichkeit wegen nicht erwähnt (vergl. unsere Erläuterung zu § 347; auch Denkschrift S. 82.) — In geeigneten Fällen kann übrigens auch Auflösung und Ausschließung die Folge sein. — Die Haftung auf Schadensersatz besteht gegenüber der Gesellschaft, sodaß der Ersatz in die Gesellschaftskasse fließt, von dem Gesellschafter ohne Abzug der eigenen Rate zu zahlen ist, ihm aber indirekt zu Gute kommt (vergl. Bolze 7 Nr. 630). Ob ein Schaden entstanden ist, richtet sich nach dem Gesammtergebnisse des Geschäfts. Daß der Vortheil, den der Gesellschafter bei früheren Geschäften der Gesellschaft zugeführt hat, dabei nicht in Betracht kommt, hat Art. 94 des alten H.G.B. ausdrücklich hervorgehoben, die Vorschrift ist als selbstverständlich gestrichen (Denkschrift S. 82). Anm. 16.

5. **Durch die Genehmigung der Handlung Seitens der übrigen Socien** verliert dieselbe ihren pflichtwidrigen und deshalb schadensersatzpflichtigen Charakter. Die Genehmigung ist Sache der geschäftsführenden Socien. Anm. 17.

6. **Anlangend die Beweislast,** so hat der Gesellschafter, welchem nachlässiges Verhalten nachgewiesen ist, darzuthun, daß dasselbe dem in eigenen Angelegenheiten beobachteten Verhalten entspricht (Förtsch, Anm. 1 zu Art. 94; Hahn § 1 zu Art. 94; Bolze 9 Nr. 751). Eine etwaige Genehmigung hat der pflichtwidrig handelnde Socius zu beweisen. Anm. 18.

7. **Durch Vertrag kann das Maß der Sorgfaltspflicht im Voraus abgeändert werden,** verschärft sowohl als gemildert. Auch die Folgen groben Versehens können im Voraus ausgeschlossen werden, nicht aber auch die Folgen von Vorsatz (§ 276 Absatz 2 B.G.B.). Früher nahm man an, daß man auch die Haftung wegen groben Versehens im Voraus nicht erlassen könnte (vergl. unsere 5. Auflage § 1 zu Art. 94; besonders R.G. 20 S. 116 und 193; Bolze 16 Nr. 292). Anm. 19.

8. **Ueber die Frage nach der Haftung für die Versehen der Substituten im Falle erlaubter Substitution** siehe Anm. 5 zu § 114; im Falle unerlaubter Substitution liegt vorsätzliche Pflichtverletzung vor, hierüber oben Anm. 14; auch Planck II S. 51. Anm. 20.

III. Die Frage der Uebertragbarkeit der Gesellschaftsrechte.

1. **An die Stelle des Art. 98 des alten H.G.B. tritt § 717 B.G.B.** Anm. 21.

„Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnantheil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt."

Ferner kommt hier in Betracht § 719 Abs. 1 B.G.B., welcher lautet:

„Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen."

Anm. 22. 2. **Von den gesellschaftlichen Rechten sind hiernach nur übertragbar** (und zwar auch vor der Fälligkeit):

a) **aus der Geschäftsführung zustehende Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann.** Es ist nicht näher gesagt, was hiermit gemeint ist. Gemeint ist wohl der Anspruch auf einen besonderen Lohn für die Geschäftsführung und auf Erstattung von Aufwendungen. Wenn hier gesagt ist, daß der Anspruch nur übertragbar ist, soweit die Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, so ist damit gemeint, daß die Uebertragung mit Wirkung gegen die bestehende oder in der Auflösung befindliche Gesellschaft nur erfolgen kann, soweit die Befriedigung vor der Auseinandersetzung, also von der lebenden oder in der Auflösung befindlichen Gesellschaft, verlangt werden kann. Natürlich sind die Ansprüche, soweit sie nach der Auseinandersetzung verlangt werden können, ebenfalls übertragbar, aber nur mit der Wirkung der Geltendmachung bei der Auseinandersetzung. Dieses letztere ist im Schlußsatz des § 717 B.G.B hervorgehoben.

Anm. 23. b) **Die Ansprüche auf einen Gewinnantheil.** Unter diesem allgemeinen Begriff wird man, allerdings über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, auch subsumiren müssen den Anspruch auf die 4 %, welche der offene Gesellschafter nach § 122 unbedingt zu beanspruchen hat, auch wenn kein Gewinn vorhanden ist. (Cosack S. 556 hält sich an den Wortlaut und hält den Anspruch auf die 4 % nicht für abtretungsfähig.)

c) **Die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben.**

Anm. 24. 3. **Alle übrigen gesellschaftlichen Rechte sind nicht übertragbar,** also insbesondere die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte oder, wie Goldschmidt (System 4. Auflage S. 134) sie nennt, die Mitverwaltungsrechte. Es kann also nicht cedirt werden das Recht auf Geschäftsführung, nicht das Recht darauf, daß die anderen Socien persönlich thätig sind, nicht das Recht auf Kontrole, weder selbstständig, noch in Verbindung mit den nach Vorstehendem abtretungsfähigen Ansprüchen. Die dennoch geschehene Uebertragung ist nichtig (§ 399 B.G.B.) Es kann ferner nicht übertragen werden der Antheil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1 B.G.B.), streng genommen hat der Gesellschafter einen bestimmten Antheil am Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht, dasselbe ist vielmehr Gesammteigenthum der Gesellschafter (vergl. Anm. 12).

Anm. 25. 4. **Die Uebertragbarkeit der vermögensrechtlichen Bezüge und die Nichtübertragbarkeit der Herrschaftsrechte** hat zur Folge, daß der Gesellschafter auch nach der Cession und vor dem Eintritt der Fälligkeit die Bedingungen der Existenz und Fälligkeit der übertragenen Rechte mit Wirkungen für die Gesellschaft auch ändern kann, sei es durch die Art, wie er seine gesellschaftlichen Rechte und Pflichten ausübt, sei es durch Vereinbarungen mit den übrigen Gesellschaftern. Denn auch das Treffen solcher Vereinbarungen ist ein gesellschaftliches Herrschaftsrecht, dessen er sich mit Rechtswirkung gegen die Gesellschaft nicht begeben kann. Ob der cedirende Gesellschafter seinem Cessionar durch solche Vereinbarungen verantwortlich wird, ist eine andere Frage. Es kann z. B. derjenige Gesellschafter, der seinen nächsten Jahresgewinnantheil abgetreten hat, vor dem Ablauf des Geschäftsjahres vereinbaren, daß er seinen diesmaligen Gewinnantheil nicht erheben, sondern dem Geschäfte belassen werde.

Anm. 26. 5. **Die Wirkung der Uebertragung der übertragbaren Rechte** ist, abgesehen von der Einschränkung zu 4, die einer jeden Cession: Die Gesellschaft hat insoweit einen neuen Gläubiger (§ 398 B.G.B.). Ein solcher Cessionar geht auch einem späteren Exekutionsgläubiger nach § 135 H.G.B. vor. Zwar hat er nicht das diesem zustehende Recht auf Auflösung der Gesellschaft und es ist der Exekutionsgläubiger durch eine frühere Cession nicht gehindert, die Auflösung zu betreiben; aber bei der Auskehrung des Geschäftsantheils geht der vorausgehende Cessionar vor.

Anm. 27. 6. **Mit analogen Wirkungen und in dem gleichen Umfange sind die übertragbaren Ansprüche auch verpfändbar** (§ 1274 Absatz 2 B.G.B.). Sie sind ferner nicht **pfändbar,** soweit sie nicht übertragbar sind (§ 851 C.P.O.), also pfändbar, soweit sie übertragbar sind. Der Gesellschaftsantheil als solcher kann hiernach überhaupt nicht gepfändet und überwiesen werden. Der § 859 C.P.O. gestattet zwar die Pfändung eines Antheils am Gesellschafts-

vermögen einer nach § 705 B.G.B. eingegangenen Gesellschaft, und es ist dies auch auf die o. H.G. anwendbar. Allein die Anwendung dieses Paragraphen auf die offene Handelsgesellschaft ergiebt nichts, was unseren Ausführungen entgegenstände. Denn die Pfändung des Gesellschaftsantheils ist in jenem § 859 C.P.O. lediglich in dem Sinne gestattet, daß dadurch der Weg des § 725 B.G.B. (Kündigung der Gesellschaft) eröffnet werden soll (vergl. die Denkschrift zu § 754b C.P.O.).

Der das Auseinandersetzungsguthaben pfändende Gläubiger hat übrigens unter gewissen weiteren Voraussetzungen noch weitere Rechte (darüber siehe § 135 H.G.B.).

Anm. 28. Zusatz 1. **Die Vorschrift des früheren Art. 98, daß kein Gesellschafter einen anderen in die Gesellschaft aufnehmen darf,** ist gestrichen worden. Sie ist schon von den Motiven zum B.G.B. (Bd. II S. 613) mit Recht für überflüssig erklärt worden, weil das den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages bedeutet, was eben einem Gesellschafter einseitig nicht zusteht (vergl. auch Denkschrift S. 82).

Hiermit deckt sich wohl auch die Frage, ob ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsantheil auf eine andere Person abtreten darf. Geschieht dies in dem Sinne, daß die gesammten Gesellschaftsrechte auf den Cessionar übergehen sollen, so kann dies diese Wirkung jedenfalls nicht haben, weil eben die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte jedenfalls nicht übertragbar sind. Aber es fragt sich, ob einem solchen Rechtsakte nicht wenigstens die beschränkte Bedeutung zukommt, daß dasjenige als abgetreten gilt, was abtretungsfähig ist, nämlich der Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge. Dies aber ist Sache der Auslegung im konkreten Fall. Eine solche Auslegung, wenn durch die Sachlage geboten, ist zulässig (vergl. Bolze 20 Nr. 356). Jedenfalls kommen für solche Uebertragungen nicht die Regeln über die Uebertragung des Eigenthums, sondern die Regeln von der Abtretung und Ueberweisung (R.G. 18 S. 43) in Frage, wobei, da eben nur obligatorische Ansprüche abgetreten werden, es (auch für die Stempelfrage) nicht darauf ankommt, ob zum Gesellschaftsvermögen auch unbewegliche Sachen gehören (Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895 Tarif Nr. 2, 25d Absatz 1; vergl. R.G. vom 24. September 1883 bei Gruchot 28, S. 249; R.G. 25 S. 256).

Anm. 29. Zusatz 2. **Mit Einwilligung der Socien ist natürlich auch die Uebertragung der gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, also der gesammten Societätsrechte zulässig.** Kann die Einwilligung aber auch im Voraus wirksam ertheilt werden? Die Frage ist zu bejahen (vergl. R.G. 18 S. 44), jedoch nur insoweit, als dies nicht dem Wesen der Gesellschaft widerspricht. Es widerspricht ihm nicht, im Voraus zu vereinbaren, daß die Miterben eines Socius einen der ihren als Socius präsentiren (Behrend § 67 Anm. 16); wohl aber widerspricht ihm die generelle Einwilligung in die Zulässigkeit der Abtretung der gesammten Societätsrechte an einen beliebigen Dritten (Behrend § 67 Anm. 16; anders Berliner Obertribunal in G.Z. 15 S. 219). So ist es z. B. nicht zulässig, zu vereinbaren, daß ein Socius seine Gesellschaftsbetheiligung durch Legat auf irgend einen Anderen übertragen könne.

Anm. 30. Zusatz 3. **Andererseits kann giltig vereinbart werden, daß der Gesellschafter seine an sich abtretungsfähigen Rechte nicht abtreten darf** und ein solches Verbot hat auch Giltigkeit gegen den Cessionar, selbst wenn dieser nichts davon wußte (§ 399 B.G.B.). Aber trotz dieses Verbots sind die Ansprüche gleichwohl pfändbar, soweit der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt (§ 851 C.P.O.), sicherlich also, soweit es sich um Geldansprüche handelt.

Anm. 31. Zusatz 4. **Verschieden von der Abtretung von Gesellschaftsrechten ist die Unterbetheiligung.** Sie bedeutet, daß der Gesellschafter sich einem Dritten vertragsmäßig verpflichtet, demselben von den Früchten seiner Betheiligung (Zinsen und Gewinn) einen Theil abzugeben, sei es, daß ihm dieser Dritte hierfür ein fixes Aequivalent leistet oder sich als Gegenleistung verpflichtet, ihm die Lasten der Betheiligung, den Verlustantheil tragen zu helfen, oder auch aus Liberalität. **Eine solche Unterbetheiligung gewährt keinerlei Rechte gegen die Gesellschaft.** Socius mei socii socius meus non est (L. 47 § 1 dig. de R.J.). Sie gewährt auch nach eingetretener Liquidation keine Gesellschaftsansprüche, insbesondere nicht auf Rechnungslegung. Die Rechte gegenüber dem kontrahirenden Socius richten sich nach dem Verhältnisse, welches der Unterbetheiligung zu Grunde liegt. Die Rechenschaftspflicht insbesondere findet ihre

naturgemäße Grenze in der Verschwiegenheitspflicht, welche dem Socius gegenüber der offenen Handelsgesellschaft obliegt. Das R.O.H. (23 S. 120) erachtet den Socius lediglich für verpflichtet, die allgemeinen Resultate der Jahresbilanz und die aufgelegte Jahresabrechnung offen zu legen. Unter Umständen kann aber auch dies schon bedenklich erscheinen, wenn es auch im Allgemeinen die richtige Grenze kennzeichnet.

Dritter Titel.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus dem § 2 sich ein Anderes ergiebt.

Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

Anm. 1. **Vorbemerkung. Die Vorschriften dieses Titels regeln das Rechtsverhältniß der Gesellschaft nach außen;** im Gegensatz zu den Vorschriften des vorigen Titels, welche das Verhältniß nach innen regeln (vergl. § 109). Sie gelten unabhängig von dem, was nach den Vereinbarungen der Gesellschafter nach innen Rechtens ist; die Vereinbarung der Gesellschafter vermag die Wirksamkeit dieser Vorschriften im Verhältniß zu dritten Personen nicht zu ändern. Es kann z. B. durch interne Vereinbarung der Gesellschafter die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft über den Zeitpunkt der Eintragung oder des Geschäftsbeginnes nicht hinausgeschoben werden (§ 123), die Solidarhaft nicht ausgeschlossen (§ 129), die Vertretungsbefugniß nicht beschränkt werden (§ 126) ꝛc.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer o. H.G. nach außen (Absatz 1 und 2) und erklärt eine entgegenstehende Abrede nach außen für unwirksam (Absatz 3).

Die Wirksamkeit der o. H.G. beginnt hiernach Dritten gegenüber mit der Eintragung in das Handelsregister oder mit dem Beginn ihrer Geschäfte. Jeder dieser beiden Sätze muß für sich betrachtet werden. Sie haben beide trotz ihrer Stellung in demselben Paragraphen eine sehr verschiedene Grundbedeutung.

Anm. 2. 1. (Abs. 1.) **Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach außen tritt mit dem Zeitpunkt der Eintragung ein,** selbstverständlich soweit sie nicht schon früher durch den Beginn der Geschäfte eingetreten ist, wie Absatz 2 ergiebt.

Anm. 3. a) Der Inhalt dieses Rechtssatzes ist folgender: Wenn ein den Bestimmungen des § 105 entsprechender Gesellschaftsvertrag giltig geschlossen ist, die Gesellschaft aber ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat, gleichwohl aber die Eintragung der Gesellschaft erfolgt ist, so ist nach außen eine o. H.G. schon als vorhanden zu betrachten. In Wahrheit besteht ja eine o. H.G. in solchem Falle noch nicht. Denn eine o. H.G. entsteht nicht schon durch den Abschluß eines auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma abzielenden Gesellschaftsvertrages, sondern erst durch den Betrieb des Handelsgewerbes auf solcher gesellschaftlichen Grundlage (vergl. Anm. 9 zu § 105). Aber nach außen ist es zum Schutze des Rechtsverkehrs so anzusehen, als ob eine o. H.G. wirklich bestände. Das gilt auch Demjenigen gegenüber, der etwa gewußt hätte, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat.

Der hier niedergelegte Rechtssatz ist nicht etwa in Hinblick auf § 15 entbehrlich;

denn dieser handelt nur vom Schutze des Rechtsverkehrs auf Grund des öffentlichen Glaubens des Registers in dem Falle, wo eine einzutragende Thatsache eingetragen ist. Hier aber ist eine nicht einzutragende Thatsache eingetragen. Denn einzutragen ist nur die schon entstandene o. H.G., was also den Geschäftsbeginn voraussetzt (vergl. Anm. 9 zu § 105).

Auch durch § 5 wird der vorliegende Rechtssatz nicht entbehrlich. Denn nach Anm. 5.
diesem wäre der Gegenbeweis, daß der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt, zulässig. Nach dem vorliegenden Paragraphen ist er ausgeschlossen. Denn danach genügt es, daß die Eingetragenen einen auf den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes abzielenden Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben; ob sie den Vertrag schon ausgeführt haben, darauf kommt es für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen nicht an (vergl. Bolze 23 Nr. 574).

b) Die Anwendung des Absatzes hat zur Voraussetzung, daß ein giltiger Anm. 6.
Gesellschaftsvertrag vorliegt, der alle im § 105 vorgesehenen Erfordernisse aufweist, nur daß eben der Betrieb selbst noch nicht begonnen hat. Insbesondere muß es auch ein Vollhandelsgewerbe sein, welches der Gegenstand des beschlossenen Betriebes sein soll. Ist es ein Minderhandelsgewerbe, so liegt kein auf Gründung einer o. H.G. abzielender Gesellschaftsvertrag vor. In diesem Falle greift unser Absatz nicht Platz. Der Rechtsverkehr ist darum allerdings noch nicht schutzlos. Vielmehr greifen hier zum Schutze des Rechtsverkehrs andere Grundsätze Platz: bis zum Geschäftsbeginn der Grundsatz von der Geltung als Vollkaufmann auf Grund kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr (vergl. unten Anm. 9) und nach dem Geschäftsbeginn der § 5.

c) Die fernere Voraussetzung ist die Eintragung. Nicht die Publikation ist Anm. 7.
Voraussetzung (R.O.H. 23 S. 283). Ist unzulässiger Weise (§ 106 Nr. 3) ein späterer Zeitpunkt des Geschäftsbeginnes eingetragen, so beginnt die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen gleichwohl mit dem Zeitpunkt der Eintragung. Ist aber gemäß § 106 Nr. 3 ein früherer Geschäftsbeginn eingetragen, so gilt dieser gegen die Gesellschafter, und zwar ohne Zulassung des Gegenbeweises (R.G. 34 S. 53), wohl aber mit Zulassung des Gegenbeweises in Verbindung damit, daß der Dritte der Eintragung nicht vertraut, sondern gewußt habe, daß die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte noch nicht begonnen habe. Aber die Zulassung des Gegenbeweises, daß die Gesellschaft erst nach der Eintragung ihre Geschäfte begonnen habe, oder noch nicht begonnen habe, ist auch dem bösgläubigen Dritten gegenüber nicht zulässig (vergl. oben Anm. 3). Hier entscheidet die Eintragung absolut.

d) Nach dem zu b Gesagten ist gegenüber der Eintragung zulässig der Anm. 8.
Gegenbeweis, daß in Wahrheit kein Gesellschaftsvertrag gemäß § 105 geschlossen sei (vergl. Bolze 23 Nr. 574). Das würde z. B. der Fall sein, wenn ein giltiger Gesellschaftsvertrag nicht zu Stande gekommen ist, etwa weil eine Formvorschrift nicht beachtet wäre (Anm. 27 zu § 105) oder weil die Abreden über Gewinn oder Verlust den Erfordernissen eines Gesellschaftsvertrages nicht entsprechen, oder weil z. B. vereinbart ist, daß der eine Gesellschafter nur zum Schein als solcher figuriren, in Wahrheit aber Handlungsgehilfe sein solle (Cosack S. 529).

Der Rechtsverkehr ist aber auch in solchen Fällen nicht schutzlos. Vielmehr Anm. 9.
gilt die Gesellschaft auch in solchen Fällen als offene Handelsgesellschaft, und zwar auf Grund des von uns im Exkurse zu § 5 behandelten Grundsatzes von der Geltung als Kaufmann in Folge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr. Gerade mit Bezug auf gesellschaftliche Vereinigungen ist dieser Grundsatz besonders häufig zum Durchbruch gelangt. Wiederholt haben die obersten Gerichte ausgesprochen: Wird unter Zustimmung aller Gesellschafter Dritten das Bestehen einer thatsächlich nicht bestehenden offenen Handelsgesellschaft kundgegeben, so wird dem Dritten gegenüber es so angesehen, als sei eine o. H.G. vorhanden (R.O.H. 13 S. 375, 24 S. 320; R.G. 40 S. 146). Die letztere Entscheidung besonders hat gerade in der

Eintragung eine geeignete Kundgebung nach dieser Richtung gesehen (vergl. auch R.G. vom 26. Januar 1898 in J.W. S. 163; vergl. auch Cosack S. 529).

Anm. 10. Auch hier ist kein Unterschied zu machen, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht. (In dieser Hinsicht abweichend R.G. vom 26. Januar 1898 in J.W. S. 163.) Denn auch Derjenige, der gewußt hat, ein Gesellschaftsvertrag sei giltig nicht zu Stande gekommen, kann darauf vertrauen, daß die betreffenden Personen, obwohl sie eine o. H.G. nicht bilden, doch dem Verkehr gegenüber als solche gelten wollen. Die gegentheilige Rechtsauffassung würde den Rechtsverkehr auf das Empfindlichste schädigen und Diejenigen, die durch ihr Verhalten diese Gefährdung herbeiführen, in nicht gerechtfertigter Weise schützen. Erst wenn der Dritte wußte, daß sie trotz des äußeren Scheins in Wahrheit nicht als o. H.G. gelten wollten, würde die Sache anders liegen. Das könnte dem Dritten entgegengehalten werden.

Anm. 11. Wie nun aber, wenn die Ungiltigkeit des Gesellschaftsvertrages in der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters seinen Grund hat? Daß § 123 dann nicht Platz greift, ist selbstverständlich. Denn dieser setzt ja eben einen giltigen Gesellschaftsvertrag voraus (Cosack S. 530; vergl. oben Anm. 3 u. 6). Die Anwendung unseres Grundsatzes von der Geltung im Rechtsverkehr als Kaufmann vermöge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr setzt aber zu seiner Anwendung Geschäftsfähigkeit voraus. Denn die Geltung dieses Grundsatzes beruht auf der Auslegung des Parteiwillens. Die Partei gerirt sich als Kaufmann und muß sich daher gefallen lassen, daß von ihr angenommen wird, sie wolle als Kaufmann gelten. Beim Geschäftsunfähigen ist solche Willensauslegung unmöglich. Hinsichtlich des Geschäftsunfähigen versagt daher der Grundsatz. Auch der gutgläubige Dritte ist hier weder durch das Register geschützt, noch durch sonstige Grundsätze. Hinsichtlich des geschäftsfähigen Socius wird aber auch in diesem Falle der Grundsatz durchgeführt. Dieser muß sich als Mitglied einer wirklichen o. H.G. vom Rechtsverkehr behandeln lassen (vergl. unten Anm. 15).

Anm. 12. 2. (Abs. 2.) **Die Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen beginnt mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns.**

a) Inhalt dieses Rechtssatzes. Damit ist im Grunde genommen nichts Besonderes gesagt. Denn eine o. H.G. besteht überhaupt erst mit dem Augenblicke, wo das beabsichtigte Gewerbe begonnen wird. Vorher besteht zwar eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaft, eine nach innen bestehende und lediglich nach innen wirkende Vereinigung, aber keine offene Handelsgesellschaft (vergl. Anm. 9 zu § 105). Nach außen begründet eine solche Vereinigung keine Rechte und Pflichten gegen die nicht kontrahirenden Gesellschafter (R.O.H. 7 S. 430).

Anm. 13. b) Die Gesellschaft muß die Geschäfte begonnen haben.

Nur derjenige Geschäftsbeginn hat die Wirkung, welcher dem Willen aller Gesellschafter entspricht und dies nach außen ersehen läßt (R.O.H. 7 S. 431). Durch unbefugte, antezipirte oder gar dolose Handlungen eines Gesellschafters kann die Wirksamkeit einer nicht eingetragenen Handelsgesellschaft nach außen hin nicht begründet werden (R.O.H. 12 S. 409), doch kann die Willensübereinstimmung auch durch konkludente Handlungen erfolgen (R.O.H. 1 S. 258; 12 S. 406). Die Beweislast trifft den Gegner (Bolze 3 Nr. 1210). Zwar auf gemeinschaftliche Rechnung, aber von einem Gesellschafter unter seinem Namen gemachte Geschäfte begründen nicht den Beginn der offenen Handelsgesellschaft (Bolze 3 Nr. 789).

Anm. 14. c) **Ihre Geschäfte begonnen** muß die Gesellschaft haben. Dazu gehört nicht nothwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften, welche im Verhältniß zu ihrem Gewerbe als Grundgeschäfte zu betrachten sind; vielmehr genügen auch sogenannte vorbereitende Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Anschaffung von Maschinen, Geräthen und Vorräthen (Kammergericht in Busch Archiv 7 S. 187; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 181; O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 8 S. 167; auch bei uns Anm. 17 zu § 1; und endlich unsere Erl. zu § 343); ja es ist überhaupt

der Abschluß von Rechtsgeschäften nicht unbedingt erforderlich, vielmehr genügen auch sonstige Rechtshandlungen, welche als Geschäfte der Gesellschaft zu betrachten sind, wie z. B. Versendung von Preislisten, von Proben ꝛc. (Bolze 3 Nr. 795.) Ist, wie das R.G. in dieser Entscheidung ausführt, nach solchen Vorgängen von einem Gesellschafter ein Wechselaccept Namens der Gesellschaft gegeben, so ist dieselbe gültig verpflichtet; wie auch andererseits vom R.O.H. (12 S. 413) richtig hervorgehoben wurde, daß in einem einzigen mit Zustimmung aller Gesellschafter gegebenen Wechselaccept der Beginn der Geschäfte zu finden ist. Demgemäß ist auch die Frage, von welchem Zeitpunkte an die das Geschäft fortsetzenden Erben als offene Handelsgesellschaft zu betrachten sind, zu beantworten: mit dem Augenblicke, wo sie Gesellschaftsgeschäfte beginnen, d. h. auf Grund gemeinschaftlichen Willens Rechtshandlungen vornehmen, welche den Anfang eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes dokumentiren (vergl. Anm. 26 zu § 105).

d) Auch der Absatz 2 setzt einen giltigen Gesellschaftsvertrag voraus (insbesondere formgerecht und durch einen Geschäftsfähigen geschlossen). Wenn der Gesellschaftsvertrag nicht giltig geschlossen ist, so ist eine o.H.G. nicht vorhanden, weder nach innen, noch nach außen. Gleichwohl müssen die das Gewerbe gemeinsam betreibenden Personen (soweit nicht die Geschäftsunfähigkeit diesen Grundsätzen entgegensteht) die Rechtslage so gegen sich gelten lassen, als bestände eine o. H.G. Das beruht wiederum auf dem von uns im Exkurs zu § 5 behandelten Grundsatze von der Geltung als Kaufmann auf Grund kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr. Das kaufmännische Auftreten im Rechtsverkehr, welches wir oben Anm. 9 in der Eintragung gefunden haben, liegt ebenso sehr, wenn nicht in noch höherem Grade in dem Betreiben eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Die oben Anm. 9, 10 u. 11 aufgestellten Grundsätze gelten auch hier. Insbesondere ist auch hier die Geltung der o. H.G. anzunehmen gegenüber demjenigen Dritten, der weiß, daß ein giltiger Gesellschaftsvertrag nicht zu Stande gekommen ist, nur daß auch hier der Geschäftsunfähige die Folgen seines kaufmännischen Auftretens nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Anm. 15.

e) Ausdrücklich wird vom Gesetz hervorgehoben, daß unser Absatz nur gilt, soweit nicht § 2 ein Anderes ergiebt. Die Einschränkung war überflüssig, weil selbstverständlich. Soweit § 2 Platz greift, also ein Gewerbe in erheblichem Umfange betrieben wird, welches nicht unter § 1 fällt, so folgt eben aus § 2 klar und deutlich, daß eine o. H.G. nicht vorliegt, so lange die Firma der Gesellschaft nicht eingetragen ist. Dabei ist aber auch hier hervorzuheben, daß die Firma der Gesellschaft schon dann im Sinne des § 2 eingetragen ist, wenn die Gesellschaft ein bestehendes Geschäft erwirbt und die Firma des Veräußerers eingetragen ist (vergl. Anm. 9 zu § 2; Makower S. 224). Anm. 16.

Wenn aber auch eine Gesellschaft, welche ein unter § 2 fallendes Gewerbe betreibt, ihre Firma aber noch nicht hat eintragen lassen, keine o. H.G. ist, weder nach innen, noch nach außen, so gilt sie doch als solche vermöge des von uns im Exkurse zu § 5 behandelten Grundsatzes, wonach Derjenige, der sich als Kaufmann gerirt, als solcher gelten muß. Es gilt hier dasselbe, wie oben Anm. 15.

3. (Abs. 3.) **Eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte ihren Anfang nehmen soll,** ist Dritten gegenüber wirkungslos. Auch wenn sie eingetragen ist, ist sie wirkungslos, die Eintragung wäre überhaupt unzulässig. Anm. 17.

Zusatz 1. Auch andere Kundgebungen, als Eintragung und Geschäftsbeginn, können bewirken, daß eine Vereinigung für den Rechtsverkehr als o. H.G. gilt, die es an sich nicht ist. Sie können zwar nicht bewirken, daß eine Vereinigung offene Handelsgesellschaft wird, die es nicht ist, aber daß sie als solche gilt. Denn die Geltung als o. H.G. kann beruhen auf jedem kaufmännischen Auftreten im Rechtsverkehr (vergl. oben Anm. 9 u. 15). Insbesondere kommen hier Circulare und sonstige öffentliche Bekanntmachungen, aber auch sonstige Kundgebungen in Betracht. Tritt z. B. der stille Gesellschafter allgemein als Mitinhaber auf, so Anm. 18.

steht dies der Kundgebung einer o. H.G. gleich (R.G. 31 S. 39). Vergl. auch R.O.H. 15 S. 21: Bezeichnung eines Dritten als offener Gesellschafter; auch R.O.H. 13 S. 375, 24 S. 320; R.G. 6 S. 214.

In solchen Fällen gelten die oben Anm. 9, 10 u. 11 aufgestellten Grundsätze, insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob auch Derjenige, der den wahren Sachverhalt kennt, sich auf jenes Geriren berufen kann, und ob man dasselbe auch gegenüber dem Geschäftsunfähigen geltend machen kann ꝛc.

Geht die Kundgebung nicht von allen Betheiligten aus, so brauchen nur die Kundgebenden sie gegen sich gelten zu lassen (R.O.H. 13 S. 376, 24 S. 320).

Anm. 19. **Zusatz 2. Die Vereinigung selbst kann sich nicht immer auf ihre Geltung als o. H.G. berufen,** selbst wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ihr gegenüber jeder Dritte sich darauf berufen kann. Es ist bei jeder einzelnen Konstellation zu prüfen, ob diese Berufung der Vereinigung selbst zulässig ist. Sie wird gestattet sein bei Beurtheilung der Rechtsfolgen eines von ihr abgeschlossenen Vertrages. Sie ist nicht gestattet bei der Frage, ob die Vereinigung mit Recht ihre Firma führt und verpflichtet ist, dieselbe abzulegen. In diesem Falle kann die scheinbare o. H.G. ihre Geltung als solche *nicht für sich* geltend machen, ihre Bethätigung als o. H.G. soll ja gerade umgekehrt Dritten nicht zum Nachtheil gereichen. Darauf beruht R.G. 34 S. 53 (vergl. Anm. 1 zu § 37).

Anm. 20. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Auf die Bestimmungen über das Rechtsverhältniß der Gesellschafter gegenüber Dritten greift Art. 170 E.G. zum B.G.B. nicht Platz. Hier findet vielmehr das neue Recht sofort Anwendung, d. h. auf alle diejenigen Rechtsbeziehungen, die unter der Herrschaft des neuen Rechts in die Erscheinung treten (Cosack S. 769; Lehmann in G.Z. 48 S. 104, 105).

§ 124.

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph statuirt eine gewisse juristische Selbstständigkeit der offenen Handelsgesellschaft** (Abs. 1) und giebt eine Vorschrift über die Zwangsvollstreckung gegen dieselbe (Abs. 2). Die letztere Vorschrift wird unten im Zusammenhang der Betrachtungen des Prozesses gegen die o. H.G. überhaupt behandelt.

Anm. 1. 1. **Die juristische Selbstständigkeit der offenen Handelsgesellschaft** wird nicht in der Weise statuirt, daß die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft ausgesprochen wird, sondern in der Weise, daß die verschiedenen rechtlichen Beziehungen, in welchen sie selbstständig auftreten kann, bezeichnet werden. Zur juristischen Person wird die Handelsgesellschaft durch diese Bestimmung nicht, vielmehr sind die Gesellschafter in ihrer Vereinigung die Subjekte der hier erwähnten Rechte und Verpflichtungen (vergl. Anm. 8 zu § 105). Die Firma bezeichnet die Gesellschafter, insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt, sich dadurch zu Gesammteigenthümern eines Vermögens gemacht haben, welches keinem von ihnen antheilsweise gehört (Anm. 12 zum Exk. zu § 122), und welches lediglich den Zwecken der Gesellschaft gewidmet, ihrer Privatverfügung entzogen ist und der ausschließlichen Disposition der Gesellschaftsorgane, sowie dem ausschließlichen Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger untersteht.

Die einzelnen rechtlichen Beziehungen, in welchen die Selbstständigkeit der offenen Handelsgesellschaft hervortritt, sind nach unserem Paragraphen:

a) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen,** nicht etwa Rechte aller Art und Pflichten aller Art, sondern nur Privatrechte und privatrechtliche Verpflichtungen und nur solche, welche dem Wesen der Gesellschaft nicht zuwider sind. So kann sie z. B. nicht Delikte begehen (über Haftung für Delikte vergl. jedoch Anm. 2 zu § 126). Die testamenti factio passiva wird ihr nicht abgesprochen werden können; an dem Erforderniß der bestimmten Person fehlt es nicht. Sie kann auch auf Grund des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes klagen (vergl. Müller, Kommentar zu diesem Gesetze S. 42, 43); sie kann auch auf Grund des § 187 Str.G.B. klagen (Olshausen Anm. 6), Urheberrechte können ihr zustehen, zwar nicht als Urheberin, wohl aber als Erwerberin übertragener Urheberrechte. Die o. H.G. kann auch Bevollmächtigte sein, auch Generalvollmacht erhalten. Anm. 2

Die Vorschrift, daß die o. H.G. unter ihrer Firma berechtigt und verpflichtet werden kann, bedeutet jedoch nicht, daß die Firma ausdrücklich beim Kontrahiren genannt werden muß, wenn nur sonst erhellt, daß eine bestimmte, im Rechtsverkehr durch ihre Firma kenntliche Gesellschaft gemeint ist (R.G. 28 S. 120). Vergl. Anm. 15 zu § 126.

b) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Eigenthum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.** Vergl. z. B. R.G. 16 S. 1, Erwerb eines Nießbrauchrechts durch die offene Handelsgesellschaft (vergl. § 33 der Grundbuchordnung). Anm. 3.

c) **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden.** Diese Vorschrift wird durch § 17 Abs. 2 nicht überflüssig, obwohl die letztere sich auch auf offene Handelsgesellschaften bezieht (§ 6). Denn dort handelt es sich wesentlich um den Einzelkaufmann, der durch jene Vorschrift die Befugniß erhält, auch unter seinem bürgerlichen Namen zu klagen und verklagt zu werden; hier handelt es sich dagegen darum, ob die Gesellschaft überhaupt die Fähigkeit hat, zu klagen und verklagt zu werden (Denkschrift S. 90; vergl. bei uns Anm. 7 zu § 17). Anm. 4.

Auch durch diese Gesetzesvorschrift wird die offene Handelsgesellschaft nicht zur juristischen Person, vielmehr wird dem aus den Gesellschaftern gebildeten Personenverein formelle Parteifähigkeit verliehen (Wach, Handbuch des Civilprozesses I S. 523 ff.; anders Schäfer bei Gruchot 38 S. 805). Träger aller juristischen Konsequenzen, also Prozeßpartei, sind aber die Gesellschafter, doch zunächst nur die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, d. h. insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt haben und Gesammteigenthümer eines den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Vermögens sind. Das ist die herrschende Ansicht; so konstant das R.O.H. (besonders 9 S. 17; 21 S. 344); ebenso das R.G. (3 S. 57; 5 S. 55 und S. 71; 11 S. 117; 17 S. 366; 30 S. 35; 32 S. 398); ferner Behrend (§ 74); Dernburg (Preuß. Privatrecht II § 221). — Andererseits ist festzuhalten, daß die Gesellschafter eben nur als Träger des Gesellschaftsvermögens Partei sind, nicht als Einzelpersonen: die Klage kann nicht im Laufe des Prozesses in eine Klage gegen die Einzelgesellschafter umgeändert werden (Belege hierfür Anm. 9 zu § 129). Anm. 5.

Unter Zugrundelegung dieser Anschauung **gelten für den Prozeß der Gesellschaft folgende Grundsätze:**

a) **Die Gesellschaft ist zwar parteifähig, aber nicht prozeßfähig,** ein Unterschied, der dahin zu präcisiren ist, daß sie fähig ist, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten und damit auch Prozeßsubjekt zu werden, aber nicht fähig ist, selbstständig Verpflichtungen zu kontrahiren und daher nicht fähig, vor Gericht handelnd aufzutreten. Die Prozeßfähigkeit setzt die Parteifähigkeit voraus; aber eine parteifähige Person ist nicht nothwendig prozeßfähig (R.G. 12 S. 399; 32 S. 175). Da die Gesellschaft als solche parteifähig ist, so bedeutet ein Wechsel in den Mitgliedern der Gesellschaft (z. B. Ausscheiden eines von 3 Gesellschaftern) keinen Wechsel der Partei (R.O.H. 9 H. 17). Anm. 6.

Anm. 7. Wegen **Mangels der Prozeßfähigkeit muß sie durch gesetzliche Vertreter vor Gericht auftreten, als welche ihre vertretungsberechtigten Mitglieder zu betrachten sind** (§ 125; R.G. 5 S. 70; Denkschrift S. 100), im Falle einer Kollektiv-Vertretung durch die mehreren Vertreter gemeinschaftlich. Das Gericht hat von Amtswegen den Mangel dieser Legitimation zu berücksichtigen (§ 56 C.P.O.), was nicht dahin zu deuten ist, daß es stets und ausnahmslos inquisitorisch zu forschen habe, ob der angegebene gesetzliche Vertreter gehörig legitimirt ist, sondern nur dahin, daß es einem irgendwie hervorgetretenen Mangel der Legitimation nachzugehen, ihn zu prüfen, eventuell auf seine Beseitigung hinzuwirken und, wenn dies nicht gelingt, bei der Urtheilsfällung die gesetzlichen Konsequenzen von Amtswegen, d. h. ohne die Zulässigkeit eines Parteiverzichts daraus zu ziehen hat. Wer den § 56 C.P.O. dahin auslegt, daß der Richter das Recht und die Pflicht hat, sich stets von Amtswegen die Legitimation beweisen zu lassen, muß auf dem gleichen Standpunkt hinsichtlich der Prozeßfähigkeit stehen, deren Mangel nach § 56 C.P.O. ebenfalls „von Amtswegen zu berücksichtigen" ist; danach aber würde der Richter das Recht und die Pflicht haben, sich in jedem einzelnen Falle beweisen zu lassen, daß die Parteien nicht geisteskrank sind (vergl. O.L.G. Hamburg in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Band 19 S. 286; Wilmowski und Levy 7. Aufl. Anm. 1 zu § 54 C.P.O.; vergl. auch den das vollständige Material für diese Frage zusammenstellenden Aufsatz im Preußischen Just.Min.Bl. Nr. 16 pro 1896). Im Versäumnißverfahren hat sich daher der Richter regelmäßig mit den Angaben des Klägers über die Legitimation zu begnügen. Darüber, ob die o. H.G. wenigstens als solche zu bezeichnen ist, oder ob es genügt, von der „Firma" Abel u. Co. zu sprechen, siehe Anm. 9 zu § 17.

Anm. 8. An einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter, auch im Falle der Kollektiv-Vertretung (Behrend § 74 Anm. 6), erfolgen gültig die **Zustellungen und Ladungen** (§ 171 Abs. 3 C.P.O.; vergl. § 125 Abs. 2 Satz 3 H.G.B.).

Anm. 9. Von denjenigen Personen, welche zur Zeit der Eidesleistung die vertretungsberechtigten Gesellschafter sind, sind **die Eide zu leisten**, also auch von den erst nach Beginn des Rechtsstreits eingetretenen und von der Vertretungsbefugniß nicht ausgeschlossenen, aber nicht von den vor der Eidesleistung von der Vertretung ausgeschlossenen oder gar aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Gesellschaftern (R.G. 14 S. 20; Denkschrift S. 92, 100). Freilich sind die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter auch unfähig, als Zeugen vernommen zu werden (R.G. 17 S. 365; 32 S. 399; 35 S. 389; abweichend Makower S. 229). Aber daraus folgt nicht, daß von ihnen der Parteieid verlangt werden kann, wie Wach und Dernburg (Preuß. Privatrecht II § 221 Anm. 17) annehmen. Nimmt man hinzu, daß das Reichsgericht jeden Gesellschafter als Nebenintervenienten im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft zuläßt, ihn also als Dritten betrachtet (R.G. 5 S. 71; 34 S. 363), so drängt sich der Zweifel auf, ob hierin ein einheitliches Prinzip liegt: auf der einen Seite soll der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht zum Parteieide verstattet, auf der andern Seite aber auch nicht als Zeuge vernommen werden; und doch, obwohl das Letztere darauf hindeutet, daß er nicht als Dritter zu betrachten ist, soll er wieder als Nebenintervenient zugelassen werden. Gleichwohl sind alle diese Entscheidungen richtig. Der Parteieid ist von den vertretungsberechtigten der zur Gesellschaft vereinigten Gesellschafter zu leisten, das folgt schon aus § 125; der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter ist zwar ein Theil der Partei, aber das Gesetz will eben, daß hier nicht alle Theile der Partei handeln und vertretend auftreten. Ist aber der von der Vertretung Ausgeschlossene Partei, so kann er nicht als Zeuge vernommen werden. Zur Zeugenqualität gehört unbedingt Personenverschiedenheit von der Partei. Nicht so strikt ist das Erforderniß, wo es sich um die Frage handelt, wer als Dritter in Bezug auf Interventionen zu betrachten

sei. Der Normalfall ist freilich auch hier die totale Personenverschiedenheit. Aber es steht begrifflich nichts entgegen, hier auch in denjenigen Fällen von einem Dritten zu sprechen, wo dieselbe Person in verschiedenen Rechtsbeziehungen in Betracht kommt. So ist auch bei der gerichtlichen Ueberweisung von Forderungen im Normalfalle der Drittschuldner als fremde Person gedacht, dennoch wird sie dann für zulässig gehalten, wenn der Exekutionsgläubiger selbst der Drittschuldner ist (vergl. R.G. 20 S. 371). Analog liegt der Fall hier. Der einzelne Gesellschafter ist zwar im Gesellschaftsprozeß mit Partei (vergl. R.G. 34 S. 365), aber bei den unmittelbaren Folgen, welche der Ausfall des Gesellschaftsprozesses auf sein Privatvermögen haben kann, ist er wegen der Solidarhaft noch in anderer rechtlicher Beziehung bei dem Ausfall des Prozesses interessirt und deshalb als Dritter zu betrachten. Aehnlich wird man auch kein Bedenken tragen, ihn, wenn ein gegen die Gesellschaft erlassenes Urtheil unmittelbar in sein Vermögen vollstreckt wird, zur Exekutions-Interventionsklage aus § 771 C.P.O. für legitimirt zu erachten, obwohl auch hier der Intervenient ein „Dritter" sein muß. Er wird dieser Klage bedürfen, wenn sich seine Sachen in den Räumen der Gesellschaft befanden und er aus persönlichen Befreiungsgründen nicht haftet.[1])

Die socii gerentes haben auch den Offenbarungseid hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens zu leisten, event. die Haft zu gewärtigen.

Geben zwei vertretungsberechtigte Gesellschafter verschiedene Erklärungen ab, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn nothwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 C.P.O. vorläge (R.G. 34 S. 366). Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, wenn die Erklärungen nach einander erfolgen. In diesem Falle bewirkt ein vorangehendes Zugeständniß, daß die Behauptung nachträglich nicht mehr bestritten werden kann, und ein nachträgliches Zugeständniß, daß die vorher bestrittene Behauptung zugestanden ist. Anm. 10.

β) **Welchen Einfluß hat die Auflösung der Gesellschaft auf das schwebende Prozeßverfahren?** Wilmowski und Levy (C.P.O. 7. Auflage Anm. 3 zu § 219) lehren in dieser Hinsicht, daß die Gesellschaft durch die Auflösung ihre Parteifähigkeit nicht verliere, ohne Unterschied, ob sie geklagt habe oder verklagt werde, ob der Gegenstand des Prozesses ein genus oder eine species sei, ob die Auseinandersetzung erfolgt sei oder nicht; dem Prozeßgegner stehe in allen Fällen die Handelsgesellschaft in Liquidation als Partei nach wie vor gegenüber, und zwar als prozeßunfähige Partei. Soweit ist ihnen zuzustimmen (vergl. auch R.G. 34 S. 362; 35 S. 389). Aber sie lehren weiter: nur ein Wechsel in der Person der gesetzlichen Vertreter könne eine Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens zur Folge haben. Und das erscheint nicht zutreffend. Es kann nicht zugegeben werden, daß nur in letzterem Falle eine Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens eintritt und im Uebrigen die Auflösung auf den schwebenden Prozeß einflußlos bleibt. Einmal bewirkt der Eintritt der Liquidation von selbst, auch dann, wenn die bisherigen gesetzlichen Vertreter Liquidatoren werden, eine Unterbrechung des Verfahrens, bezw. das Recht, die Aussetzung des Verfahrens nach § 246 C.P.O. zu verlangen. Denn nach § 241 C.P.O. ist nicht die Personenidentität der Vertreter entscheidend, sondern, daß „die gesetzliche Vertretungsbefugniß aufhört". Dieser Fall aber liegt bei Auflösung der Gesellschaft vor. Die bisherige gesetzliche Vertretungsbefugniß hört auf, es beginnt eine neue von anderer Art, anderem Inhalte und anderem Umfange; insbesondere umfaßt die neue Vertretungsbefugniß lediglich die Liquidationsthätigkeit, Anm. 11.

[1]) Es scheint, als ob das R.G. (30 S. 388) einem solidarischen Mitschuldner zwar formell gestatten will, die Exekutions-Interventionsklage anzustellen, ihn aber damit nicht durchdringen lassen will, weil ihm Arglist zur Last falle. Allein seine eigene Mitverpflichtung kann in diesem Prozesse nicht geprüft werden. Er kann ja persönliche Befreiungsgründe haben und handelt nicht arglistig, wenn er einer Pfändung widerspricht, die in sein Vermögen erfolgt, ehe er von seinem ordentlichen Richter gehört und verurtheilt wurde.

ist von Gesetzeswegen eine kollektive Befugniß und erstreckt sich auch auf die früher von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossenen Gesellschafter. (Vergl. Behrend § 74 Note 8; R.O.H. 5 S. 390.) — Sodann aber gehen Wilmowski und Levy davon aus, daß während des Schwebens des Prozesses der Liquidationszustand nicht beseitigt werden könne, was gleichfalls nicht zutrifft. Die Liquidation ist allerdings die gesetzliche, aber nicht die absolute Folge der Auflösung, sondern die dispositiv angeordnete (§ 145 H.G.B.). Die Gesellschafter sind nicht gehindert, den Liquidationszustand zu beseitigen oder gar nicht eintreten zu lassen, auch die Rücksicht auf noch unbefriedigte Schulden hindert sie daran nicht (R.O.H. 25 S. 277) und endlich auch nicht ein schwebender Prozeß. Beseitigen oder vermeiden sie daher den Liquidationszustand, so ergiebt sich wiederum eine andere Folge der Auflösung, als wenn die Gesellschaft in Liquidation tritt.

Anm. 12. Hieraus ergeben sich folgende Unterscheidungen:

Die Gesellschaft hat geklagt. Tritt sie in Liquidation, so wird das Verfahren unterbrochen, kann aber sofort aufgenommen werden von den Liquidatoren und gegen dieselben. Daß auch die Gesammtheit der bisherigen Gesellschafter zur Prozeßführung legitimirt sei (Bolze 10 Nr. 536), kann nicht als zutreffend erachtet werden. Ebenso kann dies nicht für zutreffend gehalten werden für den Fall, daß das Gesellschaftsvermögen vertheilt oder einem Socius oder einem Dritten überlassen ist (so allerdings Bolze 9 Nr. 470; O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 228; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1894 S. 3 u. 4). Denn in Ansehung des eingeklagten Anspruchs liegt darin eine Veräußerung, die aber auf den Prozeß keinen Einfluß hat (§ 265 C.P.O.), also auch nicht die Wirkung, daß die Gesellschaft aufhört. Vielmehr besteht sie, weil sie den eingeklagten Anspruch mit Rechtswirkung gegen den Prozeßgegner nicht veräußern kann, also diesem gegenüber noch Vermögen, wenn auch nur ein Vermögensstück hat, fort und setzt den Prozeß fort (vergl. Schäfer bei Gruchot 38 S. 808). Eine klagende o. H.G. kann hiernach in Liquidation treten, aber nicht zu existiren aufhören, wenn der Gegner den Uebergang des Klageanspruchs auf einen Socius oder auf eine dritte Person nicht genehmigt. Keinesfalls kann der die Aktiva übernehmende Socius auf Grund dieser Uebernahme ohne Zustimmung des Prozeßgegners den Prozeß fortsetzen (R.G. 35 S. 389).

Anm. 13. Die Gesellschaft ist verklagt. Es muß unterschieden werden, ob die Gesellschaft in Liquidation tritt, oder ob die Liquidation beseitigt wird. Im ersteren Falle wird das Verfahren unterbrochen, bezw. auf Antrag ausgesetzt, kann jedoch von den Liquidatoren und gegen dieselben fortgesetzt werden (vergl. Bolze 13 Nr. 502). Im letzteren Falle aber, wenn die Liquidation beseitigt wird, sei es auch durch Ueberlassung des Gesellschaftsvermögens an einen Socius, wird der Klage regelmäßig der Boden entzogen. Die Klage kann wegen Wegfalls der beklagten Partei nicht fortgesetzt werden (Behrend § 74 Note 8), es kann nur eine neue Klage gegen die Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft angestellt werden. (Abweichend R.G. bei Bolze 9 Nr. 477, R.G. 34 S. 362, wonach der Prozeß gegen die Gesellschafter fortgesetzt werden könne, während Schäfer bei Gruchot 38 S. 810 den Prozeß gegen die Gesellschaft fortsetzen will.) Wenn dagegen eine bestimmte Sache im Streit befangen ist, so übt die Veräußerung derselben auf den Prozeß keinen Einfluß und es wird derselbe gegen die fortbestehende bezw. liquidirende o. H.G. fortgesetzt. (Vergl. die nähere Begründung im vorigen Absatze bei der Frage nach der Fortsetzung des Prozesses nach Beseitigung der Liquidation und Veräußerung des eingeklagten Rechts; zust. Schäfer bei Gruchot 38 S. 809.)

Anm. 14. γ) Zur Zwangsvollstreckung gegen die o. H.G. ist erforderlich, daß dieselbe verklagt und verurtheilt ist, Abs. 2 unseres Paragraphen erfordert ausdrücklich einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel. Es genügt nicht ein gegen die Gesellschafter, und sei es auch gegen alle Gesellschafter, gerichteter

Schuldtitel. Der dies gestattende § 736 C.P.O. findet nur auf die bürgerliche Gesellschaft Anwendung. Ueber die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter siehe § 129 Abs. 4. Ueber die Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber eines einer o. H.G. gehörenden Geschäfts Anm. 24 u. 26 zu § 17.

δ) **Die Wirkungen des gegen die Gesellschaft ergangenen Urtheils:** Anm. 15.

A. **Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit.** Es ist vollstreckbar gegen die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, d. h. in das Gesellschaftsvermögen, nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter, weil es gegen sie in dieser Beziehung nicht gerichtet war (§ 129 Abs. 4); das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft sich aufgelöst hat und in Liquidation befindet (Bolze 19 Nr. 618), und ferner auch dann, wenn die Gesellschaft sich ohne Liquidation aufgelöst oder die Liquidation beendet hat, ohne die in Frage stehende Schuld zu tilgen. Daß das Rubrum lautet: offene Handelsgesellschaft, A. & B., bestehend aus den Kaufleuten A. u. B., ändert hieran nichts (R.G. 13 S. 97). Um zu einer Exekution gegen die Gesellschafter zu gelangen, muß eben selbstständig gegen sie geklagt werden (R.O.H. 6 S. 419; O.G. Wien bei Nowak 2 S. 79 und bei Adler u. Clemens Nr. 769, 918, 1009, 1023, 1213, 1360). Zweifelsohne kann diese Klage mit der Klage gegen die Gesellschaft verbunden werden (vergl. Anm. 6 zu § 128). Lautet das Urtheil gegen den Einzelgesellschafter nicht, so kann er der Pfändung in sein Privatvermögen widersprechen, sei es auf Grund des § 766, oder auch nach § 771 C.P.O. (vergl. über das letztere oben Anm. 5 a. E.). Auch aus der Feststellung in der Tabelle im Konkurse der o. H.G. kann gegen die einzelnen Gesellschafter nicht vollstreckt werden. Zu weit geht Jäger (Konkurs der o. H.G. S. 78), wenn er dies annimmt. Er legt dem Umstande, daß jeder einzelne Gesellschafter im Gesellschaftskonkurse Gemeinschuldner ist und als solcher das Bestreitungsrecht hat, übergroße Bedeutung bei. Die Bedeutung dieses Umstandes liegt darin, daß die Feststellung Rechtskraft gegen ihn nicht macht, wenn er von seinem Bestreitungsrecht Gebrauch macht (so auch Jäger S. 75) und Rechtskraft gegen ihn macht, wenn er nicht bestreitet. Aber kein Anlaß liegt vor, hier die verschiedene Bedeutung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Gesellschaftsschuld für die Gesellschafter zu leugnen, die bei anderen Judikaten angenommen wird.

B. **Hinsichtlich der Rechtskraft** liegt die Sache so, daß die Gesellschaftsschuld fest- Anm. 16.
gestellt ist. Die nach dem eben Gesagten erforderliche besondere Klage stützt sich daher nach rechtskräftiger Verurtheilung der Gesellschaft auf die rechtskräftig — nicht bloß vorläufig vollstreckbar (R.G. 3 S. 338) — festgestellte Gesellschaftsschuld (eine Art actio judicati)[1]. Einwendungen, welche die Gesellschaft in ihrem Prozesse vorgebracht hat oder vorbringen konnte, sind dem einzelnen Gesellschafter nunmehr benommen, persönliche Befreiungsgründe kann er vorbringen, aber auch nur diese (§ 129; ebenso die frühere Rechtsprechung R.G. 3 S. 57; 5 S. 71; 13 S. 96; 34 S. 365). Was hier von dem Judikat gesagt ist, gilt auch von einem prozessualischem Vergleiche, den die Gesellschaft geschlossen hat (R.G. 13 S. 96), sowie von der Feststellung der Forderung im Konkurse der Gesellschaft (§§ 146 Abs. 2; 164 Abs. 2 K.O.; R.G. 36 S. 62), es sei denn, daß der betreffende Gesellschafter die Forderung bestritten hätte (vergl. Jäger, Konkurs der o. H.G. S. 75).

Wird die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen, so steht jedem Gesell- Anm. 17.
schafter die exceptio rei judicatae zu (R.G. 5 S. 70).

Die Vortheile und Nachtheile dieser Rechtskraftswirkungen erstrecken sich Anm. 18.
auf alle Gesellschafter, welche während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft

[1]) Eine eigentliche actio judicati giebt es allerdings nach unserem Prozeßrecht nicht. Aber es kommt nicht darauf an, ob das Prozeßrecht dieses Institut kennt. Es liegt eben ein durch die Eigenart der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse sich ergebender eigenartiger materieller Klagegrund in der durch Urtheil festgestellten Gesellschaftsschuld vor.

angehört haben, nicht, wie Behrend (§ 74 Anm. 10) zuweitgehend formulirt, gegenüber allen denen, die, falls die Forderung begründet ist, persönlich haften; aber auch nicht bloß, wie das Reichsgericht (3 S. 57) nicht weit genug oder mindestens nicht präcis genug formulirt, gegen die „aktuellen Gesellschafter". Gegen alle, welche der Gesellschaft während der Dauer des Prozesses angehört haben, entsteht durch den Prozeß gegen die Gesellschaft Rechtshängigkeit, und deshalb wirkt die Rechtskraft gegen alle diese und nur gegen sie. War daher ein Gesellschafter vor Beginn des Prozesses ausgetreten, so macht das Urtheil gegen ihn nicht Rechtskraft, — dies gegen Behrend —; scheidet dagegen ein Gesellschafter während der Dauer des Prozesses aus, ohne daß in Folge zulässiger Vereinbarung die Gesellschaft aufgelöst wird, so befreit sich der Ausscheidende von den Konsequenzen des einmal auch gegen ihn anhängig gewordenen Prozesses nicht; er wird im Prozesse selbst nach § 740 B.G.B. in Bezug auf seine gesellschaftlichen Interessen durch die verbleibenden Gesellschafter vertreten und das Urtheil macht auch Rechtskraft gegen ihn — dies gegen die Formulirung des Reichsgerichts Bd. 3 S. 57 —. Tritt endlich ein Gesellschafter während des Prozesses der Gesellschaft bei, so tritt er in alle bisherigen Verpflichtungen derselben ein (§ 130), es wird so angesehen, als sei der jetzt bestehende Personenverein mit dem früheren identisch, und deshalb macht das Urtheil auch Rechtskraft gegen den neu Beitretenden.

Anm. 19. **Zusatz. 1. Die Vorschrift des früheren Art. 111 Abs. 2 über den Gerichtsstand** ist überflüssig wegen § 17 C.P.O., der sich auch über den Begriff des Gesellschaftssitzes verbreitet. Für Zweigniederlassungen vergl. § 21 C.P.O. u. Anm. 13 zu § 13 in unserem Kommentar. Daß für die Gesellschaften auch die Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände gelten, ist selbstverständlich (R.O.H. 12 S. 216). Insbesondere wird hier § 29 C.P.O. in Betracht kommen. Bei dem Gerichtsstande der Gesellschaft können auch die Klagen der Gesellschafter gegen einander auf Auflösung oder Ausschließung angestellt werden (C.P.O. § 22; R.O.H. 14 S. 36) wie auch Klagen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter auf Zahlung schuldiger Beiträge (R.G. 4 S. 394).

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Hierüber Anm. 20 zu § 123.

§ 125.

Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesammtvertretung). Die zur Gesammtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

Der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung, die Anordnung einer Gesammtvertretung oder eine gemäß Abs. 3 Satz 1 getroffene Bestimmung sowie jede Aenderung in der Vertretungsmacht eines Gesellschafters

ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph stellt die gesetzliche Regel auf, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft allein zu vertreten berechtigt ist (Absatz 1), **stellt ferner drei Ausnahmen hiervon auf** (Absatz 1, 2 u. 3) **und schreibt endlich die Eintragung dieser Ausnahmen vor** (Absatz 4). Die Vertretungsbefugniß ist, wie hier nochmals bemerkt sein mag, das Recht, die Gesellschaft nach außen zu vertreten, die Geschäftsführungsbefugniß bezieht sich auf das Verhältniß nach innen (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 114).

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Die gesetzliche Regel ist, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft allein zu vertreten berechtigt ist.** Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Gegentheiliges festsetzt, so gilt diese Regel. Das schreibt Absatz 1 vor. Es gilt hier auch nicht die Präsumtion des § 714 B.G.B., wonach ein Gesellschafter die Vertretungsbefugniß so weit hat, als ihm nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung zusteht. Diese Präsumtion fällt hier weg. Vielmehr hat jeder Gesellschafter die Vertretungslegitimation Dritten gegenüber, der nicht hiervon durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist. Wenn der Gesellschaftsvertrag nach dieser Richtung keine Beschränkung enthält, so braucht über die Vertretungsbefugniß auch nichts in das Register eingetragen zu werden. Nur wenn eine der Ausnahmen Platz greift, so ordnet Absatz 4 die Eintragung an. Indessen kann eben der Gesellschaftsvertrag Ausnahmen machen, also Ausschließungen und Beschränkungen der alleinigen Vertretungsbefugniß jedes Gesellschafters festsetzen.

Anm. 2.

2. (Abs. 1.) **Die radikalste Ausnahme ist, daß ein Gesellschafter von der Vertretungsbefugniß gänzlich ausgeschlossen ist.** Der gänzliche Ausschluß muß deutlich sein. Nicht genügend ist es, wenn gesagt wird, daß der oder jener Gesellschafter zur Vertretung befugt sei (O.H.G. Stuttgart in Busch' Archiv 9 S. 453). — Ein gänzlicher Ausschluß kann sich nach unserer Ansicht nicht auf alle Mitglieder beziehen, die Gesellschaft muß wenigstens einen gesetzlichen Vertreter haben: ein gewählter Vertreter in Gestalt eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten ersetzt seine Stelle nicht. Wenn dieser die Vollmacht niederlegt, so würde die Gesellschaft gar keinen Vertreter haben (anders die herrschende Meinung: Puchelt Anm. 10 zu Art. 86; K.G. bei Johow 10 S. 27; O.L.G. Stuttgart in G.Z. 42 S. 527, Rießer in G.Z. 42 S. 322, Makower S. 239, welcher letztere den Ausschluß zwar für möglich hält, aber mit der willkürlichen Modifikation, daß alsdann eine Gesammtvertretung aller Gesellschafter vorliegt). — **Der von der Vertretung Ausgeschlossene kann aber zur Vornahme einzelner bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt werden.** Das folgt aus der Analogie der Absätze 2 und 3 (vergl. Litthauer Anm. b). Aber generelle Handlungsvollmacht kann ihm nicht ertheilt werden (anders Makower S. 240). Zwar ist eine Handlungsvollmacht, auch eine generelle, verschieden von der Vertretungsbefugniß, schon ihrem Inhalte nach und ferner hinsichtlich der Widerruflichkeit; aber nach außen präsentirt sich die Bethätigung einer generellen Handlungsvollmacht im Großen und Ganzen ebenso, wie die Bethätigung einer Vertretungsbefugniß, sodaß der Rechtsverkehr eine Vertretungsbefugniß als vorhanden anzunehmen befugt ist. Auch ist es schon eine Ausnahme von dem im § 126 aufgestellten Prinzip der inhaltlichen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß, daß § 125 Abs. 2 und 3 die Ermächtigung zu ganzen Arten von Geschäften nebenher gestattet, und es ist nicht angängig, diese, an sich schon mit dem Prinzip schwer vereinbare Ausnahme, noch weiter auszudehnen. Aus denselben Gründen ist es nicht gestattet, einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter zum Prokuristen zu bestellen (dagegen Düringer u. Hachenburg I S. 176; Makower S. 89).

Anm. 3.

3. (Abs. 2.) **Eine weitere Ausnahme ist die Gesammtvertretung** (oder Kollektivvertretung). Es kann bestimmt werden, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen.

a) Die Kollektivvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Wie die

Gesammtprokura eine Vollprokura ist, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vergl. Anm. 9 zu § 48), so liegt hier eine Vertretungsbefugniß, nur getragen von mehreren Gesellschaftern, vor.

Demgemäß bezieht sich denn auch die Kollektivvertretung auf Rechtsakte aller Art, im vollen Umfange des § 126, und kann auch nicht eingeschränkt werden auf einzelne Akte und Geschäftszweige oder Arten von Rechtshandlungen. Wenn sich dennoch Eintragungen finden, wonach mehrere Gesellschafter nur gemeinsam zur Zeichnung der Firma berechtigt sind, so sind solche Eintragungen deshalb giltig, weil ihr Inhalt dahin auszulegen ist, daß sie sich auf die Vertretungsbefugniß überhaupt beziehen (R.G. 24 S. 27; 34 S. 56; Johow 15 S. 98).

Anm. 4. b) Die Ausübung der Kollektivvertretung. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämmtlichen Kollektivvertreter mitwirken. Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen. Brauchen sie auch nicht gerade stets den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinschaft vorzunehmen, so muß sich doch immerhin der Akt als ein von allen Kollektivberechtigten geschlossener darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (vergl. Anm. 10 zu § 48). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurtheilen, ob bei nicht gleichzeitigem Handeln der Kollektivberechtigten dennoch ein verpflichtender Akt vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht immer unzulässig (R.O.H. 16 S. 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (R.O.H. 6 S. 392; 12 S. 34; 17 S. 402), wie z. B. wenn der eine Kollektivvertreter verhandelt, der andere zuhört und nicht widerspricht. Ueberall muß eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht Internum der Kollektivberechtigten bleiben (R.G. 40 S. 19 u. R.G. vom 31. Januar 1898 in J.W. S. 164). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht, um das Erforderniß der Mitwirkung zu erfüllen (Bolze 4 Nr. 807; Behrend § 128 Anm. 10); vergl. jedoch unten Anm. 7.

Anm. 5. c) Der Beweis dieser Mitwirkung ist von dem zu führen, der ein Recht darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Anbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Kollektivvertreters abgegeben ist, es muß dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (R.O.H. 17 S. 402; Bolze 8 Nr. 548).

Anm. 6. d) Ein Kollektivvertreter, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich. Es greift hier § 179 B.G.B. Platz; vergl. R.G. 6 S. 214; Bolze 18 Nr. 229). Näheres hierüber Anm. 49 flg. zum Exkurse zu § 58.

Es ist hierbei jedoch das in Folgendem zu e, f, g Gesagte zu beachten.

Anm. 7. e) Die Kollektivvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Das schreibt Absatz 2 ausdrücklich vor. Darin liegt die Ertheilung einer Handlungsvollmacht. Der auf diese Weise Bevollmächtigte kann handeln ohne Mitwirkung seiner Kollektivgenossen. Eine solche Ermächtigung hat die Natur und demgemäß auch den Umfang einer Handlungsvollmacht und ist konsequenter Weise auch wie diese widerruflich.

Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Giltigkeit der von einem Kollektivvertreter auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Auch eine Postvollmacht können daher Kollektivvertreter einem von ihnen übertragen (vergl. Anm. 13 zu § 48), und die Denkschrift S. 91 weist ausdrücklich darauf hin (vergl. auch R.G. 24 S. 28). Ein weiteres Beispiel wäre die Ermächtigung eines Gesellschafters zur Ausstellung von Quittungen (Denkschrift S. 91). — Die Ermächtigung bedarf natürlich keiner Form: bloßes Dulden kann genügen.

Anm. 8. f) Außerdem wird eine eigenmächtige Handlung eines Kollektivvertreters giltig durch nachträgliche Zustimmung der alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter oder der anderen Kollektivvertreter, aber selbstverständlich nur in dem Falle, wo nach sonstigen Grundsätzen die Zustimmung ausreicht. Nicht

immer ist dies der Fall. Handelt es sich z. B. um die Theilnahme der o. H.G. an der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, so muß die Stimmabgabe Seitens beider Kollektivvertreter gemeinsam geschehen; würde nur der eine erscheinen, der andere aber nachträglich die Stimmabgabe genehmigen, so reichte das, weil dem Wesen der Abstimmung zuwider, nicht aus. Das Gleiche gilt bei Formalitäten, wie Auflassung, nothwendigen schriftlichen Verträgen.

g) Und endlich kann der Kollektivvertreter auch gesetzliche Vertretungsbefugniß zu gewissen Rechtshandlungen haben. So z. B. § 56 H.G.B.: Zahlung im Laden; § 370 B.G.B.: Ueberbringer der Quittung. Weiter hebt Absatz 2 und 3 unseres Paragraphen hervor, daß zur Entgegennahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen jeder einzelne von mehreren Kollektivvertretern legitimirt ist. Diese gesetzliche Einzelbefugniß kann auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (vergl. §§ 28 Absatz 2, 40 B.G.B.). Beispiele: Annahme von Vertragsofferten, Kündigungen, Mängelanzeigen. Anm. 9.

Zugleich liegt hierin ein durchschlagendes Argument für die schon unter dem früheren Recht herrschend gewordene Ansicht, daß, wo es auf das Wissen einer Thatsache ankommt, die Kenntniß auch nur eines Kollektivvertreters genügt, um die Unredlichkeit der Gesellschaft zu begründen (Judikatur hierfür siehe Anm. 9 zu § 48). Haben daher zwei kollektivberechtigte Gesellschafter einen Rechtsakt für die Gesellschaft vorgenommen und fällt auch nur dem einen von ihnen betrügerisches Verhalten zur Last, so hat die Gesellschaft dies zu vertreten. (R.G. vom 12. XII. 98 in J.W. 1899 S. 46.) Vom Wissenmüssen gilt das Gleiche nicht.

h) Ueber die Form, wie die kollektivvertretungsbefugten Gesellschafter die Firma zu zeichnen haben, siehe den Exkurs zu § 108. Anm. 10.

4. (Abs. 3.) **Die letzte Ausnahme von der Alleinvertretungsbefugniß ist die Zulässigkeit der Bestimmung, daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen handeln dürfen.** Die Zulässigkeit dieser Vertretungsform war früher zweifelhaft (vergl. unsere 5. Auflage § 4 zu Art. 43). Anm. 11.

Die Bestimmung, daß das Zusammenwirken mit einem Handlungsbevollmächtigten geschehen soll, ist im Gesetz nicht zugelassen und deshalb ungiltig (Denkschrift S. 92; anders Makower S. 238; ein Fall einer Gesammtvertretung von Vorstandsmitglied und Handlungsbevollmächtigten Johow 17 S. 12).

a) Zulässig ist hiernach die Anordnung, „daß die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung ermächtigt sein sollen". Die Worte sind schlecht gewählt. Sie lassen der Vermuthung Raum, als bezögen sie sich lediglich auf den Fall, wo die Gesellschafter auch sonst nur kollektivvertretungsberechtigt sind. Allein die Denkschrift S. 91 ergiebt deutlich, was gemeint ist. Sie sagt: „Bestritten ist nach dem geltenden Rechte, ob die Vertretung der Gesellschaft auch in der Weise geordnet werden kann, daß die einzelnen Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen zur Vertretung ermächtigt werden." Es sollte hiernach für zulässig erklärt werden eine Ordnung der Gesellschaftsvertretung derart, daß die einzelnen Gesellschafter „nur zusammen mit einem Prokuristen zur Vertretung ermächtigt werden". Demgemäß sind alle diejenigen Gesellschaftsvertretungsformen zulässig, welche dieser Form entsprechen. Z. B. Gesellschafter A vertritt die Gesellschaft allein, Gesellschafter B nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, oder: Gesellschafter A und Gesellschafter B vertreten die Gesellschaft gemeinsam, Gesellschafter B außerdem auch in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, oder: Gesellschafter A vertritt die Gesellschaft nicht, Gesellschafter B zusammen mit einem Prokuristen, oder: Gesellschafter A und B vertreten jeder die Gesellschaft nur gemeinsam mit einem Prokuristen, oder endlich: die Gesellschafter A und B vertreten die Gesellschaft nur gemeinsam oder jeder nur mit einem Prokuristen. Anm. 12.

b) Auch diese uneigentliche Kollektivvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Sie bezieht sich auf alle Rechtsakte. Es gilt hier alles, was oben Anm. 3 gesagt ist. Anm. 13.

Mit Entschiedenheit entgegenzutreten ist der Auffassung der Denkschrift (S. 92), daß der Umfang der gemeinsamen Vertretungsmacht des Gesellschafters und des Prokuristen sich nach dem Umfang der Prokura richtet. Das Gegentheil muß angenommen werden, wie dies auch unter der Herrschaft des früheren Rechts das Kammergericht zutreffend gethan hat (Johow 15 S. 97), nämlich daß hierin eine Erweiterung der Vollmacht des Prokuristen liegt. Denn diese Erweiterung ist zulässig (§ 49 Abs. 2), während die Einschränkung der Vertretungsbefugniß des Gesellschafters nicht zulässig ist (§ 126). Die Denkschrift meint, daß ihre Ansicht „mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß des Gesellschafters nicht im Widerspruch steht, weil die Beschränkung nicht in der Vertretungsmacht des Gesellschafters, sondern in derjenigen des Prokuristen ihren Grund habe." Allein dieses Argument ist nicht haltbar, weil es nicht logisch ist. Denn wenn die Denkschrift anerkennt, daß die Vertretungsbefugniß des Gesellschafters dem Umfange nach unbeschränkbar ist, so leidet sie eben keinerlei Beschränkung, worin auch immer dieselbe ihren Grund haben möge (vergl. hierüber auch Anm. 5 zu § 50).

Anm. 14. c) Ueber die Ausübung der gemeinsamen Vertretungsbefugniß gilt das oben in Anm. 4 Gesagte.

Anm. 15. d) Ueber den Beweis der Mitwirkung der Kollektivvertreter gilt das oben in Anm. 5 Gesagte.

Anm. 16. e) Ueber die Folgen des unbefugten Alleinhandelns eines Kollektivvertreters gilt gleichfalls das oben Anm. 6 Gesagte.

Anm. 17. f) Die Zulässigkeit der Ermächtigung eines Kollektivvertreters durch die anderen gilt auch hier. Das schreibt Abs. 4 letzter Satz ausdrücklich vor. Vergl. daher auch hierfür oben Anm. 7.

Anm. 18. g) Ueber die nachträgliche Zustimmung oben Anm. 8.

Anm. 19. h) Ueber die gesetzliche Einzelvertretungsbefugniß des Kollektivvertreters oben Anm. 9.

Anm. 20. i) Ueber die Form der Firmenzeichnung durch die beiden Kollektivvertreter gilt das im Exkurse zu § 108 Gesagte analog.

Anm. 21. 5. (Abs. 4.) **Alle Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden.**

a) Was muß angemeldet werden? Alle Ausnahmen von der Einzelvertretung, also der völlige Ausschluß, ferner die Gesammtvertretung nach Abs. 2, und endlich die uneigentliche Kollektivvertretung nach Abs. 3 und alle Veränderungen, die in diesen Rechtsverhältnissen vor sich gehen.

Anm. 22. b) Von wem? Von allen Gesellschaftern, also auch von den von der Vertretung Ausgeschlossenen, nicht aber von dem Prokuristen, welcher mit einem Gesellschafter uneigentliche Kollektivvertretung nach Abs. 3 hat. Im Falle richterlicher Entziehung der Vertretungsbefugniß genügt Anmeldung durch die anderen Gesellschafter (§ 16).

Anm. 23. c) Die Wirkung der Eintragung und Nichteintragung richtet sich nach § 15. Auf diesen muß hier verwiesen werden, und ebenso auf dessen Erläuterungen. Es braucht also insbesondere ein Dritter eine Kollektivvertretung nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie nicht eingetragen war und er sie nicht gekannt hat; vielmehr kann er in solchen Fällen davon ausgehen, daß jeder Gesellschafter Einzelvertretung hat. Dagegen muß er sie gegen sich gelten lassen, wenn sie eingetragen war, außer wenn, was wohl niemals bewiesen werden kann, er die Eintragung nicht kennen mußte. Ueber alles dieses siehe die Erläuterung zu § 15.

Daß dies auch für die nicht registrirten Gesellschaften gilt, ist auch hier hervorzuheben (vergl. Anm. 4 zu § 15; vergl. auch R.O.H. 15 S. 22).

Anm. 24. d) **Andererseits wird die durch die Eintragung und öffentliche Bekanntmachung erzielte Wirkung gegen Dritte wieder beseitigt durch ein Verhalten der Gesellschafter, welches dem öffentlich bekundeten Ausschließungs- oder Einschränkungswillen widerspricht.** Ein solches Verhalten liegt noch nicht in der Uebertragung eines einzelnen Geschäfts,

auch nicht in der Zutheilung eines bestimmten Geschäftskreises, auch wenn er mit Rechtsgeschäften verknüpft ist, nicht bloß mit faktischen Verrichtungen. Denn nach § 125 Abs. 2 und 3 kann ja der kollektivberechtigte Gesellschafter zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt werden, ohne daß dadurch seine Kollektivvertretung in eine Einzelvertretung sich umwandelt. Aber darin, daß die Gesellschafter es geschehen lassen, daß der kollektivberechtigte oder ausgeschlossene Gesellschafter sich als unbeschränkt vertretungsberechtigten Gesellschafter gerirt, liegt ein Ausschluß der Wirkungen der Eintragung (vergl. R.G. 24 S. 28, auch 5 S. 17).

Zusatz. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 20 zu § 123. Anm. 25.

§ 126.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Ertheilung und des Widerrufs einer Prokura.

Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam; dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

In Betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph handelt von dem Umfange der Vertretungsmacht des Gesellschafters. Er giebt ihr zunächst den denkbar weitesten Umfang (Abs. 1), stellt sodann die Unbeschränkbarkeit dieses Umfanges fest (Abs. 2) und statuirt endlich eine ausnahmsweise Beschränkungsmöglichkeit (Abs. 3). Einleitung.

I. (Abs. 1.) **Der Umfang der Vertretungsbefugniß des Gesellschafters. Sie bezieht sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie der Ertheilung und des Widerrufs einer Prokura.** Anm. 1.

1. **Auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen.** Soweit wie der vertretungsberechtigte Gesellschafter die Gesellschaft vertreten will, ist er Dritten gegenüber dazu legitimirt, muß die Gesellschaft die von ihm vorgenommenen Geschäfte gegen sich gelten lassen. Es ist nicht nothwendig, daß sie zum Betriebe des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts gehören. Das geht Dritte nichts an. Auch zu Liberalitäten gilt er als legitimirt (R.G. 26 S. 18). Nach früherem Recht betonte das Reichsgericht (Band 32 S. 33) auch, daß es Handelsgeschäfte nicht sein müssen. Auch jetzt ist diese Betonung nicht überflüssig, da ja nach § 343 nur diejenigen von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte Handelsgeschäfte sind, die sich als Betriebsgeschäfte darstellen. Es kann doch aber sein, daß ein Gesellschafter Namens der offenen Handelsgesellschaft ein Geschäft vornimmt, das offensichtlich kein Betriebsgeschäft ist, z. B. die Bürgschaft für die Schuld seines eigenen Sohnes, der Jura studirt (vergl. Cosack S. 540).

Solche Schranken sind, anders als bei der Prokura, hier nicht gezogen. Darin liegt nicht allein ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied von der Prokura. Der Gesellschafter ist der geborene, der Prokurist der bestellte Vertreter der Gesellschaft, der erstere ist das Organ der Gesellschaft (vergl. R.G. 2 S. 32).

Darauf beruht auch die Haftung der Gesellschaft für außerkontraktlichen Schaden, insbesondere für Delikte des vertretungsbefugten Gesellschafters. Für diese haftet die Anm. 2.

Gesellschaft soweit, als sie von dem Gesellschafter begangen sind in Ausübung der Vertretungsthätigkeit. Es muß sich auch hier nicht gerade um Betriebsgeschäfte und nicht gerade um Handelsgeschäfte handeln. Vielmehr haftet die Gesellschaft immer dann, wenn der Schaden begangen ist bei Ausübung derjenigen Thätigkeit, welche der Gesellschafter vorgenommen hat, um für die Gesellschaft handelnd aufzutreten. Natürlich wird für das Vorliegen solcher Vertretungsthätigkeit eine erhebliche faktische Vermuthung sprechen, wenn es sich um eine Thätigkeit innerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft handelt. Diese Haftung der o. H.G. für die außerkontraktlichen Schadensstiftungen der Gesellschafter ist vom Reichsgericht schon nach früherem Recht in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen worden (R.G. 15 S. 121 — Eingriff in Firmen-, Urheber-, Markenschutz- und Patentrechte —; 17 S. 93; 20 S. 190 — wissentlich falsche Empfehlung —; 32 S. 35; Bolze 5 Nr. 741 — Haftung für die Folgen einer Fabrikexplosion —; Bolze 4 Nr. 799; 6 Nr. 633; 7 Nr. 631; 13 Nr. 495; 21 Nr. 553 — falsche Empfehlung —). Die Denkschrift S. 93 billigt diese Rechtsprechung und es kann als weiterer Grund für das neue Recht noch hinzukommen die Analogie des § 31 B.G.B. (Makower S. 234). Vergl. auch Cosack S. 541, der hier ein sicheres Gewohnheitsrecht annimmt.

Anm. 3. 2. **Insbesondere auf alle gerichtlichen Handlungen.**

a) Daß die Gesellschaft in Prozessen durch vertretungsbefugte Gesellschafter vertreten wird, darüber siehe Anm. 7 zu § 124.

b) Die prozessuale Vertretungsbefugniß ist, wie die Vertretungsbefugniß des Gesellschafters überhaupt, unbeschränkt und unbeschränkbar: Sie hat den weitesten Umfang, den eine Vollmacht zur Prozeßführung nur haben kann. Der vertretungsberechtigte Socius kann daher Prozeßvollmachten ohne Mitwirkung der anderen Socien ausstellen, Vergleiche und Schiedsverträge selbstständig eingehen, Zugeständnisse machen und auf den Rechtsstreit verzichten, Aufrechnungserklärungen abgeben und entgegennehmen. Giebt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ein Zugeständniß ab, während der andere sich bestreitend verhält, so gilt das erstere, weil das Zugeständniß das frühere Bestreiten absorbirt und das nachträgliche unmöglich macht. Werden beide Erklärungen gleichzeitig abgegeben, so ist eine rechtserhebliche Erklärung überhaupt nicht abgegeben (vergl. Bolze 9 Nr. 471; auch Anm. 10 zu § 124).

Anm. 4. c) Was in Bezug auf Eidesleistungen für die Gesellschaft Rechtens ist, ergiebt sich aus der prinzipiellen Erwägung, daß die Gesellschaft zwar formelle Parteifähigkeit, aber keine Prozeßfähigkeit besitzt und daher, wie überhaupt, auch im Prozesse durch gesetzliche Vertreter auftritt. Dieses sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Eide werden daher durch diese geleistet, und es greifen im Einzelnen die Bestimmungen der C.P.O. §§ 471, 472, 473 Abs. 1, 474, 476, 477 Platz (vergl. Anm. 9 zu § 124).

Anm. 5. d) Kollektivvertreter können auch hier nur gemeinsam handeln. Geben sie widersprechende Erklärungen ab, so wird es so angesehen, als sei eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben, und es treten Kontumazialfolgen ein (R.G. 5 S. 71). Zustellungen aber erfolgen giltig an einen Kollektivvertreter (§ 171 Abs. 3 C.P.O.; Anm. 8 zu § 124).

Anm. 6. e) Auch strafprozessualische Akte, welche die Gesellschaft betreffen, wie die Stellung und Rücknahme von Strafanträgen kann der vertretungsberechtigte Socius vornehmen (vergl. Anm. 1 zu § 49 wegen des Prokuristen).

Anm. 7. 3. **Insbesondere auch auf die Veräußerung und Belastung von Grundstücken.** Die Legitimation wird hierbei geführt durch ein Zeugniß des Handelsgerichts (vergl. hierüber Anm. 3 zu § 9).

Anm. 8. 4. **Insbesondere auch auf Ertheilung und Widerruf einer Prokura.** Es war überflüssig, daß das Gesetz dies besonders hervorhob, weil es sich lediglich um eine Konsequenz aus dem Prinzip handelt. Die Hervorhebung geschah lediglich, um im Gegensatz zu § 116 Abs. 3, der dieselbe Frage für das innere Verhältniß regelt, das nach außen Geltende nochmals besonders zu betonen. In diesem Gegensatze liegt denn auch die Bedeutung dieser Vor-

schrift: mag auch nach innen zur Ertheilung der Prokura ein Beschluß aller Gesellschafter regelmäßig erforderlich sein, nach außen (also auch gegenüber dem Prokuristen) ist die von jedem vertretungsbefugten Gesellschafter ertheilte Prokura giltig, auch wenn sie die Zustimmung aller Socien nicht gefunden hatte, auch wenn der ertheilende Gesellschafter keine Geschäftsführungsbefugniß oder nur Kollektivgeschäftsführungsbefugniß hatte. Die von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter angemeldete Prokura muß daher eingetragen werden, auch wenn die übrigen Socien ihre Zustimmung nicht gegeben haben. Umgekehrt bedarf die Ertheilung und der Widerruf durch Kollektivvertreter gemeinsamen Handelns. Der Einzelwiderruf des Kollektivvertreters ist nicht wirksam, denn § 116 Abs. 3 kann nicht analog angewendet werden, weil er eine Ausnahmevorschrift ist. Man kann auch nicht sagen, § 116 Abs. 3 sei keine Ausnahmevorschrift, ergäbe sich vielmehr aus allgemeiner Erwägung von selbst; denn jeder Machtgeber könnte seine Vollmacht widerrufen, und mit dem Widerruf durch einen Kollektivvertreter falle die auf der Bestellung durch beide beruhende Vollmacht. Allein die Kollektivvertreter ertheilen nicht ihre Vollmacht, sondern die Vollmacht der Gesellschaft, und können diesen für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsakt ebensowenig einseitig widerrufen, wie jeden sonstigen. (Zustimmend nach früherem Recht Behrend § 72 Anm. 26, Hahn §§ 2—4 zu Art. 118; Puchelt Anm. 2 zu Art. 118; anders O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 223; Lastig bei Endemann I S. 359.)

Die Frage, ob die Prokura auch einem von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Gesellschafter ertheilt werden kann, gehört nicht hierher und ist an anderer Stelle von uns behandelt (Anm. 2 zu § 125).

II. (Abs. 2.) **Die prinzipielle Wirkungslosigkeit von Beschränkungen.** Anm. 9.

Im Prinzip sind Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam. Streng durchgeführt ist dieses Prinzip nicht (vergl. unten Anm. 10). Aber soweit es reicht, ist die Beschränkung Dritten gegenüber unwirksam, auch dann, wenn der Dritte die Beschränkung kannte, auch dann, wenn sie eingetragen sein sollte; alles dies bis zur Grenze der Kollusion (darüber siehe unten Anm. 13). Als Dritte sind aber die Gesellschafter selbst nicht zu betrachten, selbst wenn sie mit der Gesellschaft kontrahiren (Behrend § 77 Anm. 8; Förtsch Anm. 3 zu Art. 116; R.O.H. 2 S. 41; anders R.O.H. 6 S. 140, R.G. 7 S. 120; Makower S. 242). Sie hören dadurch nicht auf, Gesellschafter zu sein, können der Gesellschaft gegenüber, die doch nichts anderes ist, als die vereinigten Socien selbst, begrifflich nicht als Dritte betrachtet werden, und es kommen daher für und gegen sie die Regeln von der Geschäftsführung in Betracht. Dies namentlich auch hinsichtlich der Frage, wie weit ein Gesellschafter berechtigt ist, mit sich selbst Namens der Gesellschaft zu kontrahiren (vergl. hierüber auch unten Anm. 12).

III. **Ausnahmen von der prinzipiellen Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß.** Anm. 10.

1. (Abs. 3.) **Das Gesetz statuirt hier ausdrücklich eine Ausnahme. Die Vertretungsbefugniß kann beschränkt werden auf eine von mehreren Niederlassungen einer Gesellschaft,** sofern diese eine verschiedene Firma hat. Siehe über dieses Erforderniß Anm. 3 zu § 50.

2. Eine scheinbare Ausnahme sehr wichtiger Natur ist enthalten im § 125 Abs. 2 u. 3, Anm. 11. nämlich in der dort gestatteten **Uebertragung ganzer Geschäftszweige** (bestimmter Arten von Geschäften) **an einen von mehreren kollektivberechtigten Gesellschaftern** und in der darin implicite gestatteten Uebertragung von Geschäftszweigen an einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter (Anm. 2 zu § 125). Die Ausnahme ist nur scheinbar, weil hierin die Uebertragung einer Vertretungsbefugniß nicht liegt, sondern die Uebertragung einer Handlungsvollmacht (vergl. Anm. 7 zu § 125). Aber äußerlich sieht doch eine solche Ermächtigung so aus, wie eine Vertretungsbefugniß. Die Beschränkung auf einen bestimmten Geschäftszweig wird nicht immer ersichtlich sein und die Widerruflichkeit ebenfalls nicht. Eine generelle Ermächtigung an einen kollektivberechtigten oder von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter aber macht ihn zum vertretungsberechtigten Gesellschafter (siehe hierüber Anm. 2 zu § 125).

3. **Eine fernere scheinbare Ausnahme liegt darin, daß nach § 181 B.G.B. die Vertretungs-** Anm. 12. **befugniß sich regelmäßig nicht auf Rechtsgeschäfte mit sich selbst bezieht.** Dieselben sind

zwar dem Vertreter begrifflich gestattet, aber nicht regelmäßig. Näheres hierüber Anm. 10 flg. im Exkurse zu § 58. Auch diese Ausnahme ist nur scheinbar, weil nicht der Umfang der Vertretungsmacht eingeschränkt ist, sondern nur eine gewisse Art des Kontrahirens.

Ueber die Folgen des Kontrahirens mit sich selbst durch Gesellschafter siehe Anm. 10 flg. im Exkurse zu § 58.

Hinzugefügt mag werden: Unzulässig ist die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter in einem Rechtsstreit, den dieser gegen die Gesellschaft führt (O.L.G. Celle in G.Z. 42 S. 520). Will ein vertretungsberechtigter Gesellschafter in eigenem Namen gegen die Gesellschaft klagen, so hat er die Klage nicht an sich als Vertreter der Gesellschaft zuzustellen, sondern muß, wenn kein anderer Vertreter vorhanden, Bestellung eines Vertreters gemäß § 57 C.P.O. bewirken (R.G. 7 S. 404).

Anm. 13. **4. Und endlich stellt eine scheinbare Ausnahme von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß der Fall der Kollusion dar.** Da der vertretungsbefugte Gesellschafter gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist, muß die Gesellschaft alle Rechtshandlungen gegen sich anerkennen, die er in ihrem Namen vornimmt, selbst wenn sie ihr zum Schaden gereichen, selbst wenn er sie in seinem Privatinteresse vorgenommen und die Gesellschaftsfirma mißbraucht hat. Der Mißbrauch enthält eben einen Gebrauch: er gebraucht die Firma, er handelt im Namen der Gesellschaft, er ist ihr gesetzlicher Vertreter, das ist der Verpflichtungsgrund für die Gesellschaft. Auch daß eine Vertretungsbeschränkung unter den Socien verabredet war und der Dritte dies gewußt hat, hat auf die Giltigkeit des Aktes auch diesem Dritten gegenüber keinen Einfluß. Der Dritte hat dann eben gewußt, daß die Socien etwas Ungiltiges gewollt haben (R.O.H. 5 S. 295). Allein wenn der Socius absichtlich zum Nachtheil der Gesellschaft handelt, und der Dritte hierbei wissentlich mitwirkt, dann hat der Dritte als particeps doli nach allgemeinen Grundsätzen kein Recht gegen die Gesellschaft erworben.[1]) Es liegt hier keine Ausnahme von der Vertretungsmacht vor, sondern das Dazwischentreten eines andern Grundes, der trotz vorhandener Vertretungsbefugniß den Rechtserwerb hindert (vergl. R.O.H. 7 S. 403; 9 S. 429; R.G. 9 S. 149; Bolze 13 Nr. 496; 21 Nr. 552). Nach dem neuen Rechte liegt der Grund der Nichthaftbarkeit der Gesellschaft für eine so kontrahirte Verbindlichkeit in der Unsittlichkeit solchen Gebahrens (§§ 138, 826, 853 B.G.B.; vergl. auch Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 3 S. 263). In der Entscheidung R.O.H. 9 S. 429 ist noch besonders betont, daß der Umstand allein, daß eine Handlung im Privatinteresse des Gesellschafters liegt und der Dritte dies weiß, noch keine Kollusion begründet. Denn damit braucht nicht nothwendig eine Schädigung der Gesellschaft verbunden zu sein. So kann z. B. der Gesellschafter für seine persönliche Schuld Namens der Gesellschaft giltiger Weise die Bürgschaft übernehmen oder einen Gesellschaftsgegenstand zum Pfand bestellen oder ein Darlehn aufnehmen, um seine Tochter auszustatten, und der Umstand allein, daß der Gegenkontrahent diese Zwecke kennt, begründet noch keine Kollusion (vergl. R.O.H. 9 S. 431; ebenso Bolze 13 Nr. 496). So wird auch die Wechselklage gegen die Gesellschaft dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Namens der Firma in eigenem Interesse acceptirende Gesellschafter ein seine Einlage übersteigendes Guthaben an die Gesellschaft nicht hatte, und der Wechselnehmer dies wußte, wohl aber dadurch, daß er dem Nehmer mittheilte, das Accept solle zur Deckung seiner Einlage in die Gesellschaft dienen; denn diese würde der Gesellschaft wieder entzogen, wenn dieselbe das Accept einlösen müßte (Bolze 6 Nr. 634; 17 Nr. 521).

Anm. 14. **Zusatz 1. Die Wirkung der Vertretung** ist im neuen H.G.B. nicht besonders behandelt. Hier greift die allgemeine Vorschrift des § 164 B.G.B. Platz. Danach wirkt die Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Vergl. Anm. 2—6 im

---

[1]) Haftet im Falle der Kollusion dem Dritten wenigstens der handelnde Gesellschafter für die kontrahirte Schuld? Man könnte dies bejahen, indem man darauf hinwiese, daß er doch nicht einwenden könne, die Gesellschaft sei geschädigt. Allein, er wendet nur ein, es bestehe keine Gesellschaftsschuld und daher bestehe auch keine Solidarhaft nach § 128.

Exkurse § 58. Hervorzuheben ist hier nur, daß es gleichgiltig ist, wann die Wirkungen des Geschäfts eintreten sollen. Die einmal erzeugte Verpflichtung bleibt bestehen, auch wenn zur Zeit, wo die Wirkung eintritt, die Gesellschaft nicht mehr besteht, wie z. B. wenn ein von dem vertretungsberechtigten Gesellschafter gegebenes Blankoaccept erst nach der Auflösung oder nach dem Ausscheiden des socius gerens ausgefüllt wird (R.O.H. 21 S. 325). — Hervorzuheben ist ferner, daß hier § 164 Abs. 3 B.G.B. eine Abweichung erfährt: Dort ist bestimmt, daß für Willenserklärungen, die dem Prinzipal gegenüber abzugeben sind, das Entsprechende gilt, wie für Willenserklärungen, die der Prinzipal abzugeben hat. Hier ist zu erwähnen, daß Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber auch dann als wirksam abgegeben zu betrachten sind, wenn sie an einen von mehreren kollektivberechtigten Gesellschaftern abgegeben sind (§ 125 Abs. 2 Satz 2).

Für Willensmängel ist die Person des vertretungsberechtigten Gesellschafters maßgebend (vergl. hierüber Anm. 26 Abs. 3 im Exkurse zu § 58).

Zusatz 2. Dem ausdrücklichen Kontrahiren für die Gesellschaft steht konkludentes Handeln gleich. Das ist jetzt ebenfalls nicht mehr, wie früher im Art. 114 betont. Hierfür ist wiederum § 164 B.G.B. maßgebend. Vergl. daher Anm. 7 im Exkurse zu § 58. Anm. 15.

Mit besonderer Berücksichtigung der o. H.G. ist hier zu bemerken. Ausdrückliches Kontrahiren im Namen der Gesellschaft liegt z. B. dann vor, wenn die Gesellschaftsfirma gezeichnet wurde, wobei die wörtliche Uebereinstimmung nicht gerade absolut nöthig ist (R.G. 28 S. 118). Auch wenn der Dritte nicht weiß, daß der Gegenkontrahent Mitglied einer o. H.G. ist, gilt dies; denn es ist anzunehmen, daß der Dritte ganz allgemein den Willen hat, mit Demjenigen abzuschließen, der in Wirklichkeit Inhaber des Geschäfts ist (R.G. 30 S. 77; vergl. § 119 Abs. 2 B.G.B.). Die Umstände aber müssen, um konkludent zu sein, ergeben, daß nach dem Willen beider Parteien für die Gesellschaft kontrahirt sein sollte (R.O.H. 16 S. 357). Die Beweislast, daß Umstände, aus denen dies zu schließen ist, vorliegen, trifft Den, der sich auf sie beruft. Insbesondere spricht keine gesetzliche Vermuthung dafür, daß ein Kaufmann, der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ist, als Vertreter der Gesellschaft handelt (R.O.H. 18 S. 226; Bolze 16 Nr. 494), noch begründet der Umstand, daß er in eigenem Namen aufgetreten ist, eine gesetzliche Vermuthung für das Gegentheil (R.O.H. 22 S. 62; R.G. 28 S. 118); vielmehr ist, wenn der Privatname des Gesellschafters so lautet wie die Gesellschaftsfirma, aus der Gesammtheit der Umstände zu beurtheilen, in welcher Eigenschaft er kontrahirt hat (R.G. 17 S. 75). Doch wird allerdings in dem Falle, wo der Gesellschafter mit seinem von der Firma der Gesellschaft abweichenden Namen kontrahirt hat, eine schwerwiegende faktische Vermuthung dafür anzunehmen sein, daß er für sich kontrahiren wollte, und es müssen, um eine Haftung der Gesellschaft gleichwohl anzunehmen, ganz besondere Umstände dargelegt werden (R.O.H. 13 S. 287). Umgekehrt wird, wenn der Socius in den Geschäftskreis der Gesellschaft fallende Geschäfte schlechtweg abschließt, das Kontrahiren für die Gesellschaft anzunehmen sein (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 461). Beispiele für und gegen siehe in Bolze 2 Nr. 836 b und 1103. Strenger liegt die Sache bei Formalverpflichtungen, z. B. bei Wechselunterschriften.[1]) Hier muß die Firma vollständig gezeichnet sein, weil eben hier die Verpflichtung nicht bloß vom Willen, sondern von der Erfüllung der Form abhängt (R.O.H. 12 S. 172; 20 S. 262). Hier muß geprüft werden, ob, rein abstrakt betrachtet, nicht nach dem konkreten Willen des Unterschreibenden, eine Unterschrift der Handelsgesellschaft vorliegt, und das R.O.H. hat, wohl mit Recht, angenommen, daß sie nicht vorliegt, wenn ein Gesellschafter seinen Namen gezeichnet hat mit dem Zusatze: in Firma Müller & Co. Das ist nicht Firmenzeichnung, sondern Namensunterschrift mit Kennzeichen (R.O.H. 14 S. 201). Man darf aber auch hierbei nicht allzu rigoros sein und auf buchstaben- oder wortgetreue Unterzeichnung der registrirten Firma Werth legen, letzteres darf man insbesondere dann nicht, wenn sich thatsächlich die Gesellschafter einer anderen, kürzeren Firmenzeichnung bedienen, z. B. Gebr. statt Gebrüder (vergl. hierüber Staub, Kommentar zur Wechselordnung § 11 u. 42 zu Art. 4, § 6 zu Art. 21).

Darüber, was bei Kollektivvertretungen gilt, vergl. zu § 125.

---

[1]) Nicht auch bei Grundbuchgeschäften (Johow 13 S. 171).

Anm. 16. In Fällen, wo unrichtig gezeichnet ist, ist aber wenigstens das zu Grunde liegende Geschäft giltig und für die Gesellschaft verbindlich, wenn der Wille, für die Gesellschaft zu handeln, bewiesen wird (R.O.H. 22 S. 62). (Anders, wie eben gezeigt, bei Formalverpflichtungen.)

Anm. 17. Auf ganz anderem Gebiete liegt das Erforderniß des Nachweises, daß der handelnd auftretende Gesellschafter zu dieser Zeit berechtigt war, die Gesellschaft zu vertreten. Es besteht keine Vermuthung dafür, daß die von einer zur Vertretung einmal berechtigt gewesenen Person vorgenommene Handlung während der Dauer ihrer Vertretungsbefugniß vorgenommen wurde (R.O.H. 19 S. 318). Das wird besonders praktisch bei undatirten Erklärungen; ein Fall dieser Art lag der citirten Entscheidung zu Grunde.

§ 127.

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft.

Der vorliegende Paragraph regelt die Entziehung der Vertretungsbefugniß.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift bezieht sich auf jede Art der Vertretungsbefugniß,** sie mag auf Gesetz oder Vertrag beruhen (Denkschrift S. 93), sie mag Einzelbefugniß oder Kollektivbefugniß sein, eigentlicher Art (§ 125 Absatz 2) oder uneigentlicher Art (§ 125 Absatz 3) sein.

Aber wohl zu unterscheiden ist das Recht der Entziehung der Vertretungsbefugniß von der Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß nach § 117. Es kann insbesondere die Vertretungsbefugniß entzogen werden ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß. Geschieht dies, so bleibt nicht nur die Befugniß, sondern auch die Pflicht zur Geschäftsführung bestehen, soweit die Geschäftsführung trotz des Vertretungsverbots überhaupt noch ausgeübt werden kann (vergl. Bolze 9 Nr. 465, auch Anm. 1 zu § 117).

Auch bezieht sich unser Paragraph nicht auf die Ermächtigung zu bestimmten Arten von Geschäften nach § 125 Absatz 2 und 3, und, was auch zulässig ist, an einen von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter. Denn das sind Vollmachten (vergl. Anm. 2 zu § 125), deren Widerruflichkeit sich nach den Regeln der Widerruflichkeit der Vollmacht richtet.

Anm. 2. 2. **Die Geltendmachung des Entziehungsrechts erfolgt durch eine Klage der „übrigen Gesellschafter".**

a) Durch eine Klage, angestellt gegen denjenigen Gesellschafter, welchem die Vertretung entzogen werden soll. Ein Beschluß der übrigen Gesellschafter genügt nicht, auch der Gesellschaftsvertrag kann einem Beschlusse diese Wirkung nicht beilegen (Denkschrift S. 93; vergl. unten Anm. 6). Das auf die Klage ergehende Urtheil hat konstitutive Bedeutung. Denn die Entziehung erfolgt „durch gerichtliche Entscheidung". Der Klage vorangehen oder sie begleiten kann ein Antrag auf einstweilige Verfügung, durch welche die Vertretungsbefugniß provisorisch entzogen werden kann, denn die einstweilige Verfügung kann auch die Vollstreckung antizipiren (R.G. 9 S. 334; 27 S. 430). — Das Urtheil sowohl, wie die einstweilige Verfügung sind in das Handelsregister einzutragen (§ 125 Abs. 4, § 16).

Anm. 3. b) Der übrigen Gesellschafter, d. h. also aller übrigen Gesellschafter (vergl. den gleichen Ausdruck im § 140). Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann der eine gegen den anderen die Klage anstellen (K.B. S. 55). Es kann aber ferner auch einer gegen alle übrigen auf Entziehung klagen, aber nicht einer allein gegen einen von mehreren Gesellschaftern, vielmehr müssen eben alle außer Demjenigen, gegen den sich der Antrag richtet, den Antrag stellen.

3. **Der Grund des Widerrufs** ist das Vorhandensein eines wichtigen Grundes, Anm. 4.
besonders grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung (vergl. Anm. 3 zum § 117).

4. **Die Wirkung der Entziehung** ist, daß das Vertretungsrecht des betreffenden Gesellschafters Anm. 5.
erlischt. Für den Fall, daß diesem Gesellschafter ein Kollektivvertretungsrecht nach § 125 Abs. 2 zustand, fällt damit auch das Recht der Vertretung für den anderen Kollektivvertreter; denn dieser sollte ja allein die Gesellschaft nicht vertreten. Hatte der Gesellschafter, dem die Vertretungsbefugniß entzogen ist, uneigentliche Kollektivvertretung, d. h. zusammen mit einem Prokuristen (§ 125 Abs. 3), so fällt damit auch die Vertretungsbefugniß des Prokuristen fort. Ueberall ist festzuhalten, daß dadurch, daß einem Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen wird, die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung erfährt (Cosack S. 542, Makower S. 243). Fällt durch die Entziehung die Vertretungsbefugniß des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters fort, so ist dies ein Ausnahmezustand (vergl. Anm. 2 zu § 125), der möglicher Weise zur Auflösung oder zur Ausschließung führt; aber es tritt nicht die Folge ein, daß nunmehr die von der Vertretung ausgeschlossenen übrigen Gesellschafter vertretungsberechtigt werden. Der Zustand ist ähnlich, wie wenn das einzige Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft abberufen wird. Normaler Weise soll jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben; aber dadurch, daß sie ihn in Folge abnormer Zustände zeitweilig nicht hat, hört sie nicht auf, eine Aktiengesellschaft zu sein.

Dritten gegenüber wirkt die Entziehung nur, wenn sie eingetragen ist oder dem Dritten bekannt ist (§ 15). Die Eintragung erfolgt gemäß § 16 Anm. 1.

Uebrigens mag an dieser Stelle hinzugefügt werden, daß eine Vertretungsbefugniß nach § 125 Abs. 3 auch dann fortfällt, wenn dem Prokuristen die Prokura entzogen wird, was nach § 52 jederzeit geschehen kann.

5. **Durch Vertrag kann diese Bestimmung geändert werden.** Es können wichtige Gründe Anm. 6.
präcisirt, sie können erweitert und eingeengt werden. Aber dort findet die Vertragsfreiheit ihre Grenzen, wo die Vereinbarung gegen die gute Sitte verstoßen würde (§ 138 B.G.B). Das würde z. B. der Fall sein, wenn man vereinbaren würde, auch bei Veruntreuungen oder sonstigen dolosen Handlungen dürfte man von der Entziehungsbefugniß keinen Gebrauch machen. Daraus folgt, daß ein genereller Verzicht auf das Entziehungsrecht insoweit ungiltig ist. Durch Vertrag kann jedenfalls auch nicht vereinbart werden, daß der bloße Beschluß der Gesellschafter zur Entziehung der Vertretungsbefugniß genügt. Das wäre ein Verzicht auf den Rechtsweg, der nicht zulässig wäre (Denkschrift S. 93).

Zusatz 1. Außerdem kann durch einstweilige Verfügung das Recht der Vertretung entzogen Anm. 7.
werden in denjenigen Fällen, wo eine solche provisorische Regelung sich als erforderlich erweist **zur Vorbereitung und Sicherung des Rechts auf Auflösung und Ausschließung,** also als Vorläufer oder Begleiter einer darauf gerichteten Klage. Diese Maßregel ist auch dann zulässig, wenn ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht der Entziehung der Vertretung vorliegt. Dies wurde auch unter der Herrschaft des früheren Rechts angenommen (vergl. Anm. 6 zu § 117) und dürfte auch jetzt Rechtens sein. Die in der C.P.O. aufgestellte allgemeine Regel, daß der Richter nach freiem Ermessen zur Vermeidung von nachtheiligen Veränderungen des bestehenden Zustandes Maßregeln anordnen kann (§ 938 C.P.O.), sollte durch die vorliegende Vorschrift nicht beseitigt werden. Ein solcher Antrag auf Entziehung der Vertretung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter gestellt werden, soweit das Hauptrecht (z. B. das Recht auf Auflösung) einem einzelnen Gesellschafter zusteht. Ein solcher Antrag kann auch dahin gehen, daß die Vertretung allen Gesellschaftern entzogen und einer dritten Person übertragen wird (§ 938 C.P.O. R.O.H. 16 S. 72; R.G. 22 S. 170). Eine einstweilige Verfügung aber, durch welche die Vertretungsmacht ihrem Umfange nach beschränkt wird, ist nicht zulässig, weil sie der Vorschrift des § 126 Abs. 2 widersprechen würde (Makower S. 243). Wohl zu unterscheiden sind solche Anträge von Anträgen auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß (hierüber siehe § 117). Doch werden beide meist verbunden werden. Ueber die Eintragung der einstweiligen Verfügung siehe Anm. 1 zu § 16.

Zusatz 2. Kann der Gesellschafter auch seinerseits die Vertretung niederlegen? Die §§ 712 Anm. 8.
Abs. 2 und 671 Abs. 2 und 3 B.G.B. regeln die gleiche Frage für die Geschäftsführung, aber

eben nur für diese. Bei der Vertretung muß in analoger Anwendung des § 168 B.G.B. auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zurückgegangen werden. Es muß unterschieden werden: War nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages die Vertretungsbefugniß lediglich ein Korrelat der Geschäftsführungsbefugniß, was wohl regelmäßig der Fall sein wird, so kann der Gesellschafter mit der Geschäftsführung auch die Vertretung niederlegen (und selbstverständlich unter den gleichen Voraussetzungen, siehe Anm. 7 § 117). War die Vertretungsbefugniß lediglich als ein Recht des betreffenden Socius stipulirt, so kann er sie jederzeit niederlegen. War sie zugleich seine besondere Pflicht, außer der Funktion als Korrelat der Geschäftsführungspflicht, hatten z. B. die anderen Socien ein Interesse daran, daß sein Name als vertretungsbefugter Gesellschafter figurirt, so kann er weder willkürlich niederlegen, noch mit der Geschäftsführung.

Anm. 9. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Die hier erörterten Grundsätze greifen nicht Platz auf solche Vertretungsverhältnisse, die vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind. Denn sie betreffen das interne Verhältniß der Socien. Das Recht der Entziehung ist ein Internum der Socien, erst die Wirkung der Entziehung betrifft das Verhältniß nach außen (vergl. daher Anm. 32 zu § 105).

§ 128.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesammtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph statuirt die Solidarhaft der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Es ist eine der wichtigsten Bestimmungen des Rechts der offenen Handelsgesellschaft, sie betrifft dasjenige Moment, welches sie von allen anderen Gesellschaften am meisten unterscheidet.

Anm. 1. 1. **Der Rechtsgrund und der Rechtscharakter der hier angeordneten Solidarhaft.** Der Rechtsgrund ist ein Rechtsakt, geschlossen im Betriebe des Handelsgewerbes unter gemeinschaftlichem Handelsnamen; für Verbindlichkeiten, die durch solche Rechtsakte entstehen, haften die Gesellschafter in erster Linie allerdings mit ihrem Gesellschaftsvermögen. In zweiter Linie aber haften sie persönlich mit ihrem ganzen Vermögen. Für Vertragsverbindlichkeiten würde sich diese Solidarhaft schon aus § 427 B.G.B. ergeben. Der vorliegende Paragraph enthält für Vertragsverbindlichkeiten eine zur Verdeutlichung dienende Bestätigung dieser Solidarhaft und für alle anderen Verbindlichkeiten eine Ausdehnung derselben, die an sich nach dem B.G.B. nicht gelten würde (§ 420).

Anm. 2. Der Rechtsgrund der Einzelhaftung ist nun kein anderer, als derjenige, aus welchem die Gesellschaft haftet. Es haftet nicht zunächst die Gesellschaft und auf Grund besonderer Gesetzesvorschrift, etwa nach Art einer Garantieverpflichtung oder Schadloshaltungsverbindlichkeit (vergl. z. B. Assolter im Archiv für Bürgerliches Recht 5 S. 8) die Gesellschafter, sondern es haften die Gesellschafter für die Namens ihrer Vereinigung vorgenommenen Rechtsakte mit ihrem privaten und mit dem Gesellschaftsvermögen (das Reichsgericht schwankt in dieser Hinsicht: unsere Ansicht ist vertreten im Urtheil vom 24. März 1893 in J.W. S. 254, Assolters Ansicht im R.G. 30 S. 35).

Anm. 3. Man könnte auch nicht so formuliren: der Rechtsgrund der Gesellschaftsschuld sei das Kontrahiren der Gesellschaft, der Rechtsgrund der Einzelhaftung aber die Mitgliedschaft des Gesellschafters. Denn die Mitgliedschaft der Gesellschafter ist das Band, welches sie mit einander verbindet; zum Gesellschaftsgläubiger aber stehen sie alle zusammen in einem anderen Rechtsverhältniß, mit dem Gesellschaftsgläubiger verbindet sie alle zusammen ein besonderes juris vinculum, das ihnen in Folge des sie umschließenden Gesellschaftsbandes gemeinsam ist. (Auch gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter ändert sich in dieser Hinsicht nichts; denn das einmal dem Gläubiger gegenüber begründete Rechtsverhältniß kann durch Akte der Solidarschuldner unter sich nicht gelöst werden.)

Die so angeordnete Solidarhaftung der einzelnen Gesellschafter tritt neben die Haftung der Gesellschaft accessorisch hinzu. Man würde nicht richtig formuliren, wollte man sagen, daß die einzelnen Gesellschafter solidarisch neben der Gesellschaft haften. Denn die Gesellschaft ist keine von ihnen getrennte juristische Persönlichkeit. Man muß vielmehr sagen: die Gesellschafter haften in erster Linie in der Weise, daß sie das Gesellschaftsvermögen herzugeben haben, es entsteht mit anderen Worten zunächst eine Gesellschaftsschuld. Und für diese Gesellschaftsschuld, wenn sie entstanden ist, und soweit sie reicht, haften die Gesellschafter in zweiter Linie noch accessorisch (aber nicht subsidiär) und unter sich als Gesammtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen. Anm. 4.

2. **Die persönliche Solidarhaftung des einzelnen Gesellschafters tritt neben die Gesellschafts-** Anm. 5.
schuld, wie dies in Anm. 4 auseinandergesetzt ist. Im vorliegenden Paragraphen ist nur die Solidarhaftung der Gesellschafter unter sich für die Gesellschaftsschulden angeordnet. Die Haftung der Gesellschaft oder vielmehr die Haftung der Gesellschafter derart, daß sie das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung hergeben müssen, ist im § 126 abgethan. Neben sie tritt die Solidarhaft der Gesellschafter accessorisch hinzu.

Daraus ergiebt sich für das Verhältniß der Solidarhaft zur Ge- Anm. 6.
sellschaftsschuld Folgendes: Die Gesellschafter haften zugleich mit ihrem privaten und ihrem Gesellschaftsvermögen. Daher hat der Gläubiger das Recht, die Gesellschaft und die Gesellschafter zusammen zu verklagen, auch z. B. aus dem von der Gesellschaft gezeichneten Wechsel (Bolze 9 Nr. 469; O.G. Wien bei Links Nr. 2494), wobei dem Gesellschafter diejenigen Einreden zustehen, welche die Gesellschaft vorbringen könnte (hierüber Näheres § 129). Der Gläubiger hat aber auch das Recht, mit Unterlassung einer Klage gegen die Gesellschaft lediglich die Gesellschafter oder einen von ihnen persönlich zu verklagen (R.O.H. 7 S. 385; 17 S. 288; R.G. 5 S. 53); und es steht diesen nicht der Einwand zu, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Beitreibung seiner Forderung gegen die Gesellschaft befriedigt worden wäre (Entscheidung des R.G. vom 4. Februar 1881 bei Puchelt Anm. 1). Nicht einmal eine vorherige Aufforderung zur Erfüllung braucht der Gläubiger an die Gesellschafter zu richten. Hat aber der Gläubiger erst die Gesellschaft verklagt und ist sie rechtskräftig verurtheilt, so ist die Gesellschaftsschuld gegen alle Gesellschafter rechtskräftig festgestellt, und die Klage gegen sie ist nunmehr die actio judicati, während sie umgekehrt auf Grund der Abweisung der Klage gegen die Gesellschaft die exceptio rei judicatae haben (vergl. Näheres über die Wirkungen des Gesellschaftsurtheils für und gegen die Gesellschafter Anm. 16 ffg. zu § 124). Auch dann ist die Haftung nicht subsidiär, wenn die Gesellschaft in **Liquidation** getreten ist (R.O.H. 5 S. 392). **Auch der Konkurs der Gesellschaft** macht die Solidarhaft der Gesellschafter nicht zu einer subsidiären, Art. 122 ist gestrichen, und nur für den Fall des gleichzeitigen Konkurses über die Gesellschaft und über die Gesellschafter macht der § 212 K.O. eine Ausnahme (vergl. auch noch unten Anm. 27).

3. **Als Gesammtschuldner persönlich** haften die einzelnen Gesellschafter für die Anm. 7.
Gesellschaftsschulden. Es sind also die §§ 421—425 B.G.B. für ihr Verhältniß zum Gläubiger maßgebend.

a) Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Theil fordern, bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämmtliche Schuldner verpflichtet (§ 421 B.G.B.). Der Gläubiger kann in Folge dessen nicht bloß unter Umgehung der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter verklagen (dies ist in Anm. 6 hervorgehoben), sondern er kann auch jeden beliebigen der Gesellschafter einzeln oder sie alle verklagen, ganz nach Belieben. Aus einem von der o. H.G. acceptirten Wechsel kann z. B. die Gesellschaft allein oder auch zusammen mit den Gesellschaftern, oder auch zusammen mit einem Gesellschafter, oder auch alle Gesellschafter ohne die Gesellschaft, oder auch ein Gesellschafter allein verklagt werden (vergl. Bolze 9 Nr. 469; O.G. Wien bei Links Nr. 2494), und zwar auch im Wechselprozesse, da ja der Rechtsgrund für alle diese Haftungen der gleiche ist (vergl. oben Anm. 6).

b) Die Erfüllung durch einen Gesammtschuldner wirkt auch für die Anm. 8.

übrigen Schuldner; das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung und Aufrechnung (§ 422 Abs. 1 B.G.B.). Demgemäß hebt eine solche Erfüllung auch die Gesellschaftsschuld auf. Der Gesellschafter kann daher nur eine eigene Forderung zur Aufrechnung stellen, nicht auch eine Gegenforderung des solidarisch mithaftenden Gesellschafters (§ 422 Abs. 2 B.G.B.). Eine Forderung der Gesellschaft kann er zwar nicht zur Aufrechnung stellen, aber er kann die Befriedigung solange verweigern, als der Gläubiger mit einer solchen Forderung aufrechnen kann (hierüber § 129 Abs. 3 und unsere Anm. 8 dazu).

Anm. 9. Die Erfüllung durch die Gesellschaft ist hier nicht in Frage. Der Paragraph handelt nur von der Erfüllung durch einen Gesellschafter. Die Erfüllung durch die Gesellschaft bewirkt selbstverständlich Tilgung der Gesellschaftsschuld und damit Beseitigung der Solidarhaft der Gesellschafter. Wegen der Aufrechnung durch die Gesellschaft siehe Anm. 7 im Exkurse zu § 129).

Anm. 10. c) Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Gesellschafter, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältniß aufheben wollten (§ 423 B.G.B.). Nothwendig ist das nicht, sie können auch vereinbaren, daß ein Gesellschafter von seiner Solidarhaft befreit werden soll. Wenn aber die Absicht erhellt, daß das ganze Schuldverhältniß aufgehoben sein sollte, so ist die Gesellschaftsschuld und damit die Solidarhaft der anderen Gesellschafter beseitigt. Eine solche Vereinbarung kann auch von dem nicht zur Vertretung befugten Gesellschafter getroffen werden.

Von einem Vergleich gilt das Gleiche, soweit darin die Schuld erlassen wird, ebenso von der Schuldübernahme nach § 414 B.G.B. (Planck II S. 213).

Ein von der Gesellschaft vereinbarter Erlaß ꝛc. ist hier nicht in Frage, dieser tilgt natürlich das ganze Schuldverhältniß und hebt dadurch die Solidarhaft von selbst auf.

Anm. 11. d) Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesellschafter wirkt auch für die übrigen Gesellschafter (§ 424 B.G.B.) und demgemäß auch für die Gesellschaft. Nachträgliche Annahmebereiterklärung gegenüber einem anderen Gesammtschuldner beseitigt die Wirkungen des Verzugs gegenüber diesem, nicht auch gegenüber den anderen Gesellschaftern (so Planck II S. 51, obwohl dies streitig ist).

Anm. 12. Annahmeverzug gegenüber der Gesellschaft wirkt selbstverständlich auch für die einzelnen Gesellschafter. Die nachträgliche Bereiterklärung gegenüber der Gesellschaft beseitigt die Wirkungen des Verzugs gegenüber allen Gesellschaftern; die nachträgliche Bereiterklärung gegenüber einem Gesellschafter beseitigt sie nur gegenüber diesem Gesellschafter, wie eben ausgeführt ist.

Anm. 13. e) Andere Thatsachen, als Erfüllung, Erlaß und Verzug des Gläubigers, wirken regelmäßig nur für und gegen denjenigen Gesellschafter, in dessen Person sie eintreten. Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge des Schuldners, von dem Verschulden, von der subjektiven Unmöglichkeit, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung und der Schuld, von dem rechtskräftigen Urtheil (§ 425 B.G.B.).

Anm. 14. Nicht gemeint sind hier wiederum dieselben Thatsachen, wenn sie sich bei der Gesellschaft ereignen. In diesem Falle berühren sie das Prinzipalschuldverhältniß und ergreifen demgemäß die accessorische Verbindlichkeit der Gesellschafter. Kündigt z. B. die Gesellschaft, so wird die Schuld der Gesellschaft und damit die Solidarhaftung der Einzelgesellschafter fällig. Kommt die Gesellschaft in Verzug, so verschlimmert sich dadurch der Stand der Gesellschaftsschuld und damit von selbst der der Solidarhaftung der Gesellschafter; tritt subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten der Gesellschaft ein, so haben die solidarisch haftenden Gesellschafter die Folgen zu tragen ꝛc. Auch die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der Gesellschaft wirkt gegenüber den Gesellschaftern (vergl. § 160).

Anm. 15. 4. **Erfüllungsort für die Solidarhaft** ist der Ort, wo auch die Gesellschaft zu leisten hat. Das folgt daraus, daß der Rechtsgrund der Solidarhaft der gleiche ist, wie der Rechtsgrund

der Gesellschaftsschuld (oben Anm. 1—4). — Zust. R.G. 32 S. 44; Bolze 18 Nr. 302, R.G. vom 26. November 1897 in J.W. 1898 S. 4; O.L.G. Dresden in G.Z. 42 S. 526.

5. **Gegenstand der Solidarhaftung sind „die Verbindlichkeiten der Gesellschaft".** Die Gesellschafter haften für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund. Dies ist in vielen Fällen eine Besonderheit. So würden z. B. ohne diese Vorschrift die Gesellschafter für die Folgen einer Geschäftsführung ohne Auftrag, für welche die Gesellschaft und damit die Gesellschafter einzustehen hätten, nicht solidarisch, sondern nur nach Köpfen haften, sofern es eine theilbare Leistung ist, ebenso für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 420 B.G.B.; vergl. § 733 B.G.B. verbis: Die gemeinschaftlichen Schulden, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind). Ferner haften sie für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Schuld (auch für Rechnungslegung, wenn die Gesellschaft zu derselben verpflichtet ist). Bei einer Verpflichtung zum facere stehen sie dafür ein, daß die Handlung durch die Gesellschaft geleistet wird (z. B. bei Räumung einer von der Gesellschaft gemietheten Wohnung; Hofgericht Darmstadt in Busch Archiv 8 S. 177). Hierbei sind außer den Forderungen aus Kontrakten auch die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, aus der Bereicherung, den Haftpflichtgesetzen und aus Delikten gemeint, soweit überhaupt die Gesellschaft für solche haftet (vergl. über die Haftung der Gesellschaft für Delikte Anm. 2 zu § 126). Auch für die Kosten eines für die Gesellschaft siegreich geführten Prozesses haften die Gesellschafter solidarisch. — Anm. 16.

Bei manchen dieser Solidarverpflichtungen wird die Frage der Exequirbarkeit auf Schwierigkeiten stoßen. So z. B., wenn es sich um Rechnungslegung handelt. Der verurtheilte Socius wird nicht immer in der Lage sein, die Rechnung zu legen, weil er vielleicht nicht selbst die Beläge hat und seine Socien sie ihm vorenthalten. In solchen Fällen wird man sagen müssen, daß die Handlung nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, und den § 888 C.P.O. daher nicht anwenden können. Darin allein aber, daß seine Socien der von ihm vorzunehmenden Handlung widersprechen, kann ein solches Hinderniß nicht gefunden werden; es genügt, daß er zu der Handlung nach außen legitimirt und thatsächlich in der Lage ist. Anm. 17.

6. **Die Vorschrift, daß entgegenstehende Vereinbarungen gegen Dritte keine Wirkung haben,** ist im Grunde genommen nicht nöthig, da sie sich für alle auf das Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten sich beziehenden Vorschriften von selbst versteht (vergl. Vorbemerk. zu § 123). Es folgt aus ihr, daß das Ausscheiden und die Ausschließung eines Gesellschafters und die hierbei getroffenen Abreden die Solidarhaft nicht ausschließen, vorbehaltlich der Verjährung aus § 160 (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 99 u. 232). Es folgt ferner aus ihr, daß auch eine Uebernahme der Gesellschaftsschulden durch einen von den Socien die Gläubiger nicht tangirt (R.O.H. 6 S. 3), ihre Rechte jedenfalls nicht mindert. Ueber den Fall, daß ein zweiseitiger Vertrag nach dem Ausscheiden eines Socius an die Gesellschaft erfüllt wird, siehe Anm. 1 zu § 26. Dagegen steht nichts entgegen, durch Verabredungen mit dem Gläubiger die Solidarhaft aufzuheben oder zu modificiren, insbesondere mit ihm zu vereinbaren, daß zuerst andere Socien in Anspruch genommen werden (R.O.H. 15 S. 17). Vergl. oben Anm. 13. Nach innen können die Socien ungehindert Vereinbarungen nach jeder Richtung treffen, der Dritte ist aber an dieselben auch dann nicht gebunden, wenn er sie gekannt hat. Anm. 18.

Zusatz 1. Ueber den Regreß der solidarisch haftenden Socien gegen einander, wenn einer von ihnen in Anspruch genommen wurde und gezahlt hat, sagt das Gesetz nichts. Die Grundsätze von Korrealschuldnern (§ 426 B.G.B.) sind hier um deshalb nicht pure anzuwenden, weil das Wesen der offenen Handelsgesellschaft entgegensteht (so auch Denkschrift S. 94). Eine solche Bezahlung ist als Auslage nach § 110 zu betrachten und unterliegt den Bestimmungen desselben. Das Rückforderungsrecht ist nur gegen die Gesellschaft, bis zur Auseinandersetzung aber nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geltend zu machen, und von da ab gegen die einzelnen Gesellschafter nur nach Maßgabe ihrer Betheiligung (R.G. 31 S. 141; vergl. unten Anm. 24). Ebenso Cosack S. 556; anders Makower S. 248, welcher den § 426 B.G.B. hier anwendet und Anm. 19.

auch die Solidarhaft Platz greifen läßt und auf diese Weise einen Regreß gegen die Mitgesellschafter bis zur Höhe ihres Verlustantheils gewährt.

Anm. 20. **Zusatz 2. Die Haftung des Pseudogesellschafters.** Gerirt sich Jemand als Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, ohne es zu sein, so haftet er nach Analogie des § 179 B.G.B. den gutgläubigen Gläubigern gegenüber für die Schulden der Gesellschaft, gleich als wenn er Theilhaber wäre (R.O.H. 13 S. 376; O.L.G. Hamburg in G.Z. 37 S. 540). Ueber die Haftung Dessen, der einen Andern fälschlich als seinen Socius ausgegeben hat, vergl. Anm. 18 zu § 123.

Anm. 21. **Zusatz 3. Der Gesellschafter gleichzeitig als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft.**

a) **Allgemeines.** Daß ein solches Verhältniß möglich ist, daran wird im Allgemeinen nicht gezweifelt; R.O.H. 13 S. 143; R.G. 3 S. 59; 29 S. 15; vergl. R.G. 16 S. 17; 36 S. 63; ferner O.L.G. Celle in G.Z. 42 S. 519 — Gesellschafter Vermiether, Gesellschaft Mietherin —, Behrend § 77; Hahn Zusatz zu Art. 122; dagegen jedoch Adler S. 115; nicht jedoch prinzipiell dagegen R.G. 29 S. 16, durch welches Erkenntniß nach Adlers Meinung (S. 126) die ganze Theorie fallen soll.[1]) Dabei ist indessen nur ins Auge gefaßt, daß der Socius eine mit dem Gesellschaftsverhältniß nicht im Zusammenhange stehende Forderung an die Gesellschaft erworben hat. Daß er auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses Ansprüche an die Gesellschaft haben kann, ist nie bezweifelt worden; z. B. Ansprüche mit Gewinn, § 120, auf Erstattung von Auslagen, § 110. Bei Ansprüchen der letzteren Art, d. h. bei solchen, die zwar aus dem Gesellschaftsvertrage folgen, aber nicht unmittelbar, sondern sich als nicht vorauszusehende Ansprüche aus der Bethätigung des Gesellschaftsverhältnisses ergeben, nimmt die herrschende Meinung (vergl. R.O.H. 12 S. 274; R.G. 31 S. 141; Cosack S. 556; dagegen Makower S. 247) an, daß ein Regreß gegen die Einzelgesellschafter auf Grund der Solidarhaft nicht statthaft ist. (Wie diese Frage bei Ansprüchen, die mit dem Gesellschaftsverhältnisse in keinem Zusammenhange stehen, sich beantwortet, darüber siehe unten Anm. 24.)

Anm. 22. b) Ist ein solches Rechtsverhältniß aber denkbar und thatsächlich außerordentlich praktisch, **so fragt es sich, nach welchen Gesichtspunkten dasselbe sich regelt.**

Die Antwort liegt in der eigenartigen Duplizität des Verhältnisses selbst: der Gesellschafter ist zwar Gläubiger der Gesellschaft, aber er hört andererseits nicht auf, Gesellschafter zu sein, ist daher an den Gesellschaftsvertrag gebunden. Daraus folgt:

Anm. 23. α) Eine Klage des Gesellschafters als Gläubigers gegen die Gesellschaft ist zulässig. Daß der klagende Gesellschafter die Eide nicht leisten kann, ist kein Bedenken; er ist dann insoweit durch die Natur der Sache von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen (O.L.G. Celle in Seuffert's Archiv 48 S. 73). Auch im Konkurse der Gesellschaft kann der Socius-Gläubiger seine Forderung anmelden (R.O.H. 5 S. 205). Geräth der Socius-Gläubiger selbst in Konkurs, so ist diese Forderung ein Aktivum seiner Konkursmasse (R.O.H. 5 S. 206) und dient zur gleichmäßigen Befriedigung aller seiner Gläubiger, es sind nicht etwa die Gesellschaftsgläubiger absonderungsberechtigt in Bezug auf dieses Konkurs-Perzipiendum. Während der Liquidation der Gesellschaft ist seine Klage nur beschränkt zulässig (R.G. 29 S. 16). Vergl. hierüber zu § 156.

Anm. 24. β) Die Solidarhaft der einzelnen Gesellschafter, von welcher im vorliegenden Paragraphen die Rede ist, gilt nicht im Verhältniß zu einem Gesellschafter, welcher gleichzeitig Gläubiger der Gesellschaft ist. Der Gesellschafter würde dolos handeln und gegen die Pflichten eines Gesellschafters, der er nicht aufhört zu sein, verstoßen, wenn er einen Gesellschafter zwingen würde, ihm seine volle Forderung zu bezahlen und so seine Einlage zu erhöhen (R.O.H. 13 S. 145; Bolze 7 Nr. 633;

---

[1]) Ein näheres Eingehen auf die Ausführungen der trefflichen Adlerschen Schrift (Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts) müssen wir uns hier, wie an anderen Stellen versagen.

Behrend § 77; Hahn § 5 im Zusatz zu Art. 122; anders Cosack S. 557). Er kann daher seine Forderung während der Dauer der Gesellschaft überhaupt nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geltend machen, sondern kann nur verlangen, daß sie aus dem Gesellschaftsfonds bezahlt oder, wenn dieser insuffizient ist, ihm gutgeschrieben werde. Ergiebt sich in Folge davon bei der nächsten Bilanzziehung ein Verlust, so ist dieser den Gesellschaftern (mit Einschluß des betreffenden Gläubigers) nach ihrem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Antheil auf ihrem Konto als Passivum zuzuschreiben bezw. ihrem Aktivum abzuschreiben (Hahn § 5 im Zusatz zu Art. 122). Anders entscheidet das Reichsgericht (R.G. 36 S. 63): der Gesellschafter soll sich nur denjenigen Antheil abrechnen lassen müssen, für den er selbst dem in Anspruch genommenen Gesellschafter haften müßte, falls dieser zur vollen Zahlung gezwungen würde, den Rest aber könne er einklagen. Diese Auffassung des Reichsgerichts wird von der Denkschrift (S. 94) und von Cosack (S. 557) gebilligt, von Förtsch bei Goldheim 7 S. 277 mit guten Gründen bekämpft.

γ) Die Regeln von der Vertretung greifen im Allgemeinen auf dieses Ver- Anm. 25.
hältniß nicht Platz, sondern die von der Geschäftsführung (anders Cosack S. 557). Allein die Prozeßführung ist doch ein Akt der Vertretung, weil man durch ihn auch zu dritten Personen in Rechtsbeziehungen tritt (Mandatar, Gericht, Gerichtsvollzieher, Nebenintervenient). Bei der Klage der Gesellschaft gegen die Einzelgesellschafter und des Einzelgesellschafters gegen die Gesellschaft wird daher die Gesellschaft durch die vertretungsberechtigten Socien vertreten, nicht durch die geschäftsführenden (so richtig Behrend § 66 Anm. 18 und Zusatz I). Wie aber, wenn der zu verklagende Gesellschafter allein vertretungsberechtigt ist? Oder wenn dieser die Gesellschaft verklagen will? Nach unserer Ansicht hilft hier § 57 C.P.O. Eine andere hiervon unabhängige Frage ist, ob nicht jeder Gesellschafter gegen den andern mit der actio pro socio auf Zahlung an die Gesellschaftskasse klagen kann. Das dürfte mit Behrend (Zusatz I) zu bejahen sein.

δ) Alles dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter die Forderung Anm. 26.
durch Cession erworben hat (während das R.G. (36 S. 63) für diesen Fall unbedenklich dem Gesellschaftsgläubiger die Klage auf Zahlung dessen geben will, was sich ergiebt, wenn der klagende Gesellschafter sich das abrechnet, wofür er selbst dem belangten Gesellschafter haften würde, wenn dieser den Cedenten befriedigt hätte), und umgekehrt erwirbt auch der Cessionar des Gesellschafters nicht stärkere Rechte, als dieser selbst hatte, außer wenn es sich um einen Rechtserwerb handelt, bei welchem Einreden aus der Person des Vormannes nicht statthaft sind (Behrend § 77 Anm. 7).

Zusatz 4. Einfluß des Konkurses der o. H.G. auf die Solidarhaft der Gesellschafter. Der Anm. 27.
Konkurs der o. H.G. an sich hat keinen Einfluß, die Solidarhaft wird dadurch nicht subsidiär, es sei denn, daß auch über das Vermögen des Gesellschafters Konkurs eröffnet wird (vergl. oben Anm. 6). Aber der Zwangsvergleich, den die o. H.G. schließt, hat auf die Solidarhaft insofern Einfluß, als sie den Umfang derselben auf die Akkordquote begrenzt (§ 211 K.O.). Das bezieht sich aber nur auf diejenigen Verpflichtungen, die unmittelbar auf der Solidarhaft beruhen, nicht auf diejenigen, denen besondere Rechtsgründe zu Grunde liegen, z. B. die persönliche Uebernahme einer Schuld durch einen Gesellschafter, oder die Girirung eines Gesellschaftswechsels durch einen Gesellschafter. Es bezieht sich das ferner nicht auf die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits ausgeschiedenen Gesellschafter (R.G. 29 S. 39; Hinsberg in G.Z. 46 S. 82; anders Jaeger, Konkurs der o. H.G. S. 164); Cosack S. 574), und demgemäß auch nicht auf den Fall, wo ein Socius das Geschäft übernahm und dieser in Konkurs gerieth (Lehmann in G.Z. 40 S. 464).

Zusatz 5. Uebergangsfrage. Der vorliegende Paragraph betrifft das Verhältniß zu Anm. 28.
Dritten. Entstand die Schuld nach dem 1. Januar 1900, so greift der vorliegende Paragraph und seine aus dem sonstigen neuen Recht heranzuziehenden Ergänzungen Platz (vergl. Anm. 20 zu § 123).

§ 129.

Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugniß hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph giebt zwei Vorschriften über den Prozeß des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft. Es sollen aber hier im Zusammenhange noch andere Fragen erörtert werden, **die in den Prozessen des Gesellschaftsgläubigers gegen den Gesellschafter auf Grund der Solidarhaft** in Betracht kommen.

Anm. 1. 1. **Der Rechtsgrund der Klage ist das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld.** Vergl. hierüber ausführlich Anm. 1—4 zu § 128.

Anm. 2. 2. **Die Klage gegen den einzelnen Gesellschafter kann verbunden werden mit der Klage gegen die Gesellschaft.** Sie kann einzeln gegen jeden einzelnen Gesellschafter angestellt werden (vergl. Näheres Anm. 6 zu § 128). Es kann aber nicht die Klage gegen die Gesellschaft im Laufe des Prozesses umgewandelt werden in die Klage gegen die einzelnen Gesellschafter (R.G. 36 S. 141). Es ist dies nicht angängig, obwohl der Rechtsgrund der Klage gegen die Gesellschaft und der Klage gegen die Gesellschafter der gleiche ist. Denn die Parteien sind verschieden. Die Gesellschaft hat formelle Parteifähigkeit (§ 124), sie gilt als selbstständige Prozeßpartei, die Umwandlung des Prozesses in einen Prozeß gegen die Gesellschafter käme der Einführung einer neuen Partei in den Prozeß gleich. Eine Ausdehnung der Klage gegen die Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter ist dann zulässig, wenn man die Ausdehnung der Klage auf eine weitere Partei überhaupt für zulässig hält, sonst Klageänderung (§ 264 C.P.O.). Für die Unzulässigkeit L.G. Bautzen im Sächsischen Archiv 1 S. 275; O.L.G. Colmar in der Deutschen Juristenzeitung 3 S. 332; Schäfer bei Gruchot 38 S. 804. Wir würden die Zulässigkeit annehmen.

Es ist ferner als Klageänderung anzusehen, wenn zunächst behauptet wird, daß der Gesellschafter kontrahirt hat, und dann: die o. H. G., der er angehört, habe kontrahirt. Das scheint auf den ersten Blick nicht vereinbar mit unserer Darstellung in Anm. 2 zu § 128, wonach, wenn die Gesellschaft kontrahirt hat, der Rechtsgrund der Haftung der Gesellschaft der gleiche ist, wie der Rechtsgrund der Haftung des einzelnen Gesellschafters. Allein es ist zu beachten, daß bei dieser Darstellung vorausgesetzt ist, daß die Gesellschaft kontrahirt oder überhaupt im Rechtsverkehr aufgetreten ist. Ist dies der Fall, so entsteht hieraus die Haftung der Gesellschaft einerseits und der einzelnen Gesellschafter andererseits. In unserem Fall aber wird die Klage darauf gestützt, daß ein Gesellschafter kontrahirt hat; davon ist völlig verschieden ein Thatbestand, Inhalts dessen eine Gesellschaft kontrahirt hat, welcher der Beklagte angehört. Aus diesem Grunde liegt Klageänderung vor.

Anm. 3. 3. **Der Gerichtsstand** der Klage aus der Solidarhaft ist außer dem allgemeinen Gerichtsstand des Gesellschafters auch noch der Gerichtsstand, an welchem die Gesellschaft zu erfüllen hat (vergl. Anm. 15 zu § 128).

Anm. 4. 4. **Die Einwendungen des auf Grund der Solidarhaft beklagten Gesellschafters.**

Hier ist das Prinzip aufgestellt, daß der Gesellschafter Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, erheben kann, wenn die Gesellschaft sie erheben kann. Daraus folgt:

a) Einwendungen, die in seiner Person entstanden sind, kann er unbeschränkt geltend machen, also z. B., daß ihm persönlich ein Ziel bewilligt sei; daß er persönlich aus der Solidarhaft entlassen sei (vergl. Anm. 10 zu § 128); daß ihm persönlich eine Gegenforderung gegen den Gläubiger zusteht (über das Letztere vergl. Anm. 10 im Exkurse zu § 129). Alles dies gilt auch dann, wenn die Schuld gegen die Gesellschaft bereits rechtskräftig festgestellt ist (vergl. Anm. 16 zu § 124). Siehe besonders über den Einwand der Verjährung Anm. 1 zu § 159.

b) Einwendungen, welche an sich der Gesellschaft zustehen, kann er (bis auf die zwei ausnahmsweisen Beschränkungen, welche Abs. 2 u. 3 erwähnt; vergl. hierüber unten Anm. 6 ffg.) in demselben Umfange, aber auch nur in demselben Umfange vorbringen, wie die Gesellschaft selbst. In demselben Umfange: Hat die Gesellschaft gezahlt, ist die Schuld gegen sie verjährt, so kann dies auch der Gesellschafter einwenden, wenn er belangt ist; ebenso wenn die Klage schon gegen die Gesellschaft rechtskräftig abgewiesen ist (vergl. das Letztere Anm. 16 u. 17 zu § 124). Rechtshängigkeit einwenden aber kann er nicht, wenn auch die Klage gegen die Gesellschaft noch schwebt; denn prozessualisch sind das zwei verschiedene Parteien, er und die Gesellschaft (vergl. oben Anm. 2; so auch Makower S. 252). Aber er kann die Einwendungen, die der Gesellschaft zustehen, auch nur in demselben Umfange geltend machen, wie sie die Gesellschaft erheben könnte: Hat z. B. die Gesellschaft die Forderung anerkannt, hat sich die Gesellschaft verglichen, so kann der belangte Gesellschafter die hierdurch absorbirten Einreden nicht mehr vorbringen; ebenso, wenn die Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt (vergl. über das letztere Anm. 16 zu § 124). Soweit auch noch nach rechtskräftigem Urtheil der Gesellschaft Einwendungen zustehen (§ 767 C.P.O.), kann sie auch der Gesellschafter geltend machen, wenn er belangt wird; daß die Gesellschaft sie ihrerseits nur in dem besonderen Verfahren des § 767 C.P.O. geltend machen könnte, verschlägt nichts; hier handelt es sich nur um den materiellen Umfang der Einreden. Anm. 5.

c) Zwei Beschränkungen giebt es für die Regel, daß der Gesellschafter die Einreden der Gesellschaft vorbringen kann: Das Anfechtungsrecht und das Kompensationsrecht der Gesellschaft kann der Gesellschafter zwar auch vorbringen, wenn und soweit die Gesellschaft sie vorbringen kann, aber er kann sie seinerseits nicht in Form einer vernichtenden Einrede, sondern nur in Form einer dilatorischen vorbringen: er kann die Befriedigung verweigern, solange der Gesellschaft jenes Einrederecht zusteht (Abs. 2 u. 3). Anm. 6.

α) Steht daher der Gesellschaft das Recht zu, ein Rechtsgeschäft wegen Betruges, Irrthums, Drohung (auch auf das Anfechtungsrecht wegen Fraudulosität bezieht sich das) anzufechten, so kann der beklagte Einzelgesellschafter das Geschäft nicht anfechten, wohl aber kann er darauf verweisen, daß die Gesellschaft das Anfechtungsrecht hat, und kann deshalb die Befriedigung verweigern (Abs. 2). Hat diese bereits angefochten, so steht dem Gesellschafter der Einwand nach Abs. 1 zu. Anm. 7.

β) Ebenso kann der belangte Einzelgesellschafter, so lange sich der Gläubiger gegen eine fällige Forderung durch Aufrechnung befriedigen kann, hierauf verweisen, und aus diesem Grunde die Befriedigung verweigern (Abs. 3). Er kann also nicht einfach die der Gesellschaft zustehende Gegenforderung zur Aufrechnung stellen, weil darin die Disposition über einen Gesellschaftsgegenstand läge, während doch die Gesellschaftsgegenstände im Gesammteigenthum aller Gesellschafter stehen (vergl. Anm. 10 im Exkurse zu § 129). Wohl aber kann er, wie wir annehmen, die Namens der Gesellschaft bereits wirksam erklärte Aufrechnung als Einrede vorschützen, wie die Einrede der Seitens der Gesellschaft geschehenen Zahlung. Wenn ferner der beklagte Einzelgesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft berechtigt ist, die Aufrechnungserklärung Namens der Gesellschaft abzugeben, so kann er dies thun und Anm. 8.

alsdann den Einwand der Kompensation erheben. Ohne diese besondere Voraussetzung aber, also lediglich kraft seiner Stellung als beklagter Einzelgesellschafter kann er die der Gesellschaft zustehende Forderung als Einrede nicht vorschützen, auch wenn er auf Grund seiner gesellschaftlichen Solidarhaft belangt ist. Vielmehr steht ihm in diesem Falle nur das hier statuirte Recht der Befriedigungsverweigerung zu. Mit Rücksicht auf diese Befriedigungsverweigerung ist nochmals hervorzuheben, daß dabei als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß die Gesellschaft gemäß Abs. 1 ein Kompensationsrecht hat; nur der Hinweis auf dieses ist der Rechtsgrund des dem Einzelgesellschafter zustehenden Verweigerungsrechts. Man wollte das Kompensationsrecht des Gesellschafters beschränken, nicht ihm ein höheres Kompensationsrecht geben als der Gesellschaft. Ist z. B. die Gesellschaft rechtskräftig verurtheilt, so wird es von der Auslegung der neuen Kompensationsbestimmungen in Verbindung mit § 767 C.P.O. abhängen, ob der Gesellschaft noch ein Kompensationsrecht zusteht (vergl. hierüber Planck Anm. 3 zu § 389). Gelangt man hiernach zu einer Versagung eines Kompensationsrechts der Gesellschaft, so kann der Gesellschafter nicht, gestützt auf den Wortlaut des Abs. 3, die Befriedigung verweigern, weil der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen könnte.

Anm. 9. Andererseits bezieht sich die Einschränkung des Absatzes 3 in Bezug auf das Vorbringen von Gegenforderungen nur auf rechtlich nicht zusammenhängende Gegenforderungen. Eine Gegenforderung aus demselben Verhältniß ist eine wahre Einrede und kann nach Maßgabe des Absatzes 1 vorgeschützt werden (Litthauer, Anm. c).

Anm. 10. 5. **Die Zwangsvollstreckung gegen den Einzelgesellschafter** ist nur zulässig, wenn er selbst verklagt und verurtheilt ist. Ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn muß vorliegen (Abs. 4). Das gegen die Gesellschaft erlassene Urtheil ist gegen ihn nicht vollstreckbar (vergl. hierüber Anm. 15 zu § 124).

Anm. 11. **Zusatz. Wie weit beziehen sich diese Grundsätze auf den zur Zeit der Klageerhebung ausgeschiedenen Gesellschafter?**

1. Ueber den Rechtsgrund der Klage gilt dasselbe wie in Anm. 1—4 zu § 128, woselbst sich auch in Anm. 3 eine Bemerkung über den ausgeschiedenen Gesellschafter befindet.

Anm. 12. 2. Ueber die Frage der Zulässigkeit der Verbindung, der Ausdehnung, der Umwandlung der Klage gegen die Gesellschaft und der Klage gegen die Einzelgesellschafter siehe oben Anm. 2. Ueber den Gerichtsstand siehe oben Anm. 3.

Anm. 13. 3. Die Einwendungen anlangend, so ist es selbstverständlich, daß er alle diejenigen Einreden vorbringen kann, die ihm persönlich zustehen (vergl. daher oben Anm. 4). Hier wird insbesondere die Einrede der Verjährung nach § 159 eine Rolle spielen (R.O.H. 20 S. 182; R.G. 13 S. 96) oder ein persönlicher Erlaß (R.O.H. 20 S. 182; R.G. 13 S. 97). Er kann ferner diejenigen Einreden vorbringen, welche die Gesellschaft vorbringen kann, und auch dieselben Beschränkungen der Absätze 2 und 3 gelten gegen ihn, da er durch sein Ausscheiden nicht mehr Rechte erlangen kann, als er als Gesellschafter hatte (vergl. daher hierüber oben Anm. 5—9). Dabei ist aber die Wirkung der Rechtskraft zu beachten. Ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urtheil macht Rechtskraft gegen ihn nur, wenn er zur Zeit des Prozesses der Gesellschaft angehört hat (vergl. hierüber Anm. 18 zu § 124), und das Gleiche gilt von einem für die Gesellschaft ergangenen Urtheil.

Anm. 14. 4. Daß die Zwangsvollstreckung gegen ihn nicht aus einem gegen die Gesellschaft ergangenen Schuldtitel stattfindet (oben Anm. 10), ist selbstverständlich.

Anm. 15. 5. Ueberall ist dabei zu berücksichtigen, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nur haftet für diejenigen Schulden, welche bestanden zur Zeit seiner Mitgliedschaft. Schulden, die nachher kontrahirt wurden, gehen ihn nichts an. Indessen ist die Grenzlinie, ob es sich um eine schon damals oder um eine erst später kontrahirte Verbindlichkeit handelt, nicht immer leicht zu ziehen. Siehe hierüber Anm. 10 zu § 143, woselbst derartige Fälle behandelt sind. (Ein Depot ist den Nachfolgern belassen worden; eine Geldschuld ist den Nachfolgern kreditirt ꝛc.)

6. Ueber die Wirkung des Zwangsvergleichs, welchen die o. H.G. schließt, auf die Schuld des ausgeschiedenen Gesellschafters siehe Anm. 27 zu § 128. Hat der verbleibende Gesellschafter die Passiva übernommen und einen Zwangsvergleich geschlossen, so haftet dem Gläubiger der Ausgeschiedene für den hierbei erlittenen Ausfall, wie sich dies aus Anm. 27 zu § 128 ergiebt. Aber wegen des auf diesen Ausfall Gezahlten hat er keinen Regreßanspruch an den verbleibenden Gesellschafter; durch die Zahlung der Akkordquote an den Gläubiger wird der die Passiva übernehmende vielmehr auch der Regreßpflicht ledig (R.G. 14 S. 172, 178). Anm. 16.

Exkurs zu § 129.

I. Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der Einzelgesellschafter. Anm. 1.

1. Wie bereits im Exkurse zu § 122 Anm. 12 ausgeführt ist, steht das Gesellschaftsvermögen im Gesammteigenthum der Gesellschafter. Kein Gesellschafter hat einen bestimmten Antheil am Gesellschaftsvermögen oder an den einzelnen Gegenständen, welche dazu gehören, und kann demgemäß über einen solchen nicht verfügen. Aus diesem in den §§ 718 und 719 B.G.B. für alle Gesellschaften ausgesprochenen und im H.G.B. für die offene Handelsgesellschaft daher nicht mehr ausgesprochenen, aber für sie geltenden Prinzip ergiebt sich von selbst, **daß auch die persönlichen Gläubiger eines offenen Handelsgesellschafters nicht die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände zum Gegenstande ihres Zugriffs machen können.** Der frühere Art. 119 sprach dies ausdrücklich aus. Im § 725 Absatz 2 B.G.B. ist diese Konsequenz für die bürgerliche Gesellschaft gezogen, auf die o. H.G. findet sie entsprechende Anwendung; ganz direkte Anwendung ist nicht möglich, weil der Gesellschafter hier noch andere Rechte, als den im § 725 Abs. 2 B.G.B. dem Zugriffe des Gläubigers freigegebenen Gewinnantheil während der Dauer der Gesellschaft geltend machen kann (vergl. unten Anm. 4).
2. **Die persönlichen Gläubiger des Gesellschafters** sind vom Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen. Das ist der Gegensatz zu den Gläubigern, welche die Gesellschaft selbst in Anspruch nehmen. Persönlicher Gläubiger des Gesellschafters ist nicht bloß Derjenige, der aus einer besonderen Rechtsverbindung mit dem Gesellschafter einen Anspruch herleitet, sondern auch der Gesellschaftsgläubiger, insoweit es sich um Inanspruchnahme des Gesellschafters auf Grund seiner Solidarhaft handelt. Auch insoweit darf das Gesellschaftsvermögen nicht in Anspruch genommen werden. Soll dies geschehen, so muß die Gesellschaft verklagt und verurtheilt werden (§ 124 Abs. 2). Auch wenn sämmtliche Gesellschafter verurtheilt sind, nicht aber die Gesellschaft, so kann das Urtheil in das Gesellschaftsvermögen nicht vollstreckt werden (vergl. Anm. 14 zu § 124). Anm. 2.
3. **Das Gesellschaftsvermögen** ist vom Zugriffe Seitens der persönlichen Gläubiger der Gesellschaft befreit. Zum Gesellschaftsvermögen gehören alle durch die Gesellschafter in die Gesellschaft eingebrachten oder durch die Gesellschaft erworbenen Vermögensrechte (§ 718 B.G.B.). — Ueber den Begriff Eigenthum der Gesellschaft und über den Begriff Einbringung siehe Anm. 9—12 im Exkurse zu § 122. — Ein vom Gesellschafter der Gesellschaft nur zur Bearbeitung übergebener Gegenstand gehört dazu nicht (R.O.H. 21 S. 129), ebensowenig ein dieser quoad usum überlassener Gegenstand. Sobald aber der Gegenstand aus dem Sondereigenthum eines Gesellschafters in das Vermögen der Gesellschaft übergeht, hört er auf, Gegenstand der Exekution für die persönlichen Gläubiger zu sein. Das gilt z. B. vom Geschäftsvermögen des Kaufmanns A., wenn er in die o. H.G. B und C eintritt, oder wenn er in das Geschäft des B eintritt, um mit diesem eine o. H.G. zu bilden, und hierbei die Uebernahme der früheren Schulden des A rechtsgiltig ausgeschlossen worden wäre (§ 28). Gegen fraudulose Einbringungsakte hilft das Anfechtungsgesetz (vergl. z. B. R.G. 24 S. 14). Anm. 3.

Anm. 4. Zugänglich aber ist dem Zugriffe der persönlichen Gläubiger alles dasjenige an Gesellschaftsrechten, was der Gesellschafter übertragen kann: Vornehmlich sind dies die Ansprüche auf Zinsen und Gewinn und auf Auseinandersetzungsguthaben (vergl. oben Anm. 1). Das Nähere hierüber siehe Anm. 21 ffg. im Exkurse zu § 122, insbesondere auch darüber, ob auch Rechte auf Büchereinsicht übertragbar sind. Das Letztere ist natürlich nicht der Fall und deshalb sind sie nicht pfändbar.

Anm. 5. 4. **Unter dem Zugriffe der Gläubiger,** der ausgeschlossen ist, ist sowohl der Zugriff durch Zwangsvollstreckung, als auch durch Arrest zu verstehen. Auch die Beschlagnahme nach § 94 ffg. St.P.O. gehört dazu.

Anm. 6. **II. Das Kompensationsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft.**

1. **Die Gesellschaft ist Klägerin.** Sie braucht sich nur eine Gesellschaftsschuld compensando entgegenhalten zu lassen, nicht eine Schuld des einzelnen Gesellschafters (§ 719 Abs. 2 B.G.B.). Sie braucht sich aber nur nicht die Kompensation gefallen zu lassen, selbstverständlich kann sie sich dieselbe gefallen lassen, bezw. ihr vertretungsberechtigtes Mitglied (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1555; vergl. Laband G.Z. 31 S. 14). Die Verantwortung für diese Zulassung hat der vertretungsberechtigte Socius gegen die Gesellschaft; aber nach außen ist er zu jeder dem Gesellschaftsfonds nachtheiligen Disposition legitimirt.

Anm. 7. 2. **Die Gesellschaft ist Beklagte.** Sie kann gegen die geltend gemachte Gesellschaftsschuld nur ihre Gesellschaftsforderung zur Kompensation benutzen, **nicht die Privatforderungen** ihrer Gesellschafter, weil es nicht ihre eigenen, sondern fremde sind (R.O.H. 6 S. 419; R.G. 11 S. 117; § 387 B.G.B.). Durch Cession oder Einbringung aber wird die Privatforderung des Gesellschafters Gesellschaftsforderung und dadurch zur Kompensation geeignet. Dem steht die bloße Einwilligung des berechtigten Gesellschafters in die Vorschützung der Kompensationseinrede nicht gleich. Denn dadurch wird sie noch keine Gesellschaftsforderung und nur mit einer solchen kann die beklagte Gesellschaft die Kompensation gegen ihren Gläubiger erzwingen (Bolze 9 Nr. 474; anders O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 72, auch das R.G. 31 S. 81, welche Entscheidung von Conrades in G.Z. 43 S. 52 mit Erfolg bekämpft wird). Die Cession kann der forderungsberechtigte und zugleich vertretungsberechtigte Gesellschafter noch im Prozesse erklären (Puchelt Anm. 4 zu Art. 121). Die Gesellschaft kann aber auch nur Forderungen derselben Gesellschaft zur Kompensation benutzen, worauf wohl zu achten ist, wenn dieselben Personen mehrere Gesellschaften bilden (R.O.H. 24 S. 156).

Anm. 8. 3. **Der Einzelgesellschafter ist Kläger.** Er braucht sich allerdings nur Forderungen, die gegen ihn persönlich bestehen, entgegenhalten zu lassen. Dazu gehören jedoch in Folge der neben der Gesammtverpflichtung der Gesellschaft bestehenden solidarischen Einzelverpflichtung der Gesellschafter auch die Forderungen gegen ihn auf Erfüllung der Gesellschaftsschulden (R.G. 31 S. 86; 41 S. 27). Auch wenn die Gesellschaft im Konkurse ist, wird hieran nichts geändert, schon nach früherem Rechte nicht (R.G. 41 S. 47), und noch weniger nach neuem Recht, da nunmehr der Gesellschaftskonkurs die Solidarhaft des einzelnen nicht in Konkurs gerathenen Gesellschafters zweifelsohne nicht alterirt (vergl. Anm. 6 zu § 128).

Anm. 9. 4. **Der Einzelgesellschafter ist Beklagter.** Hier muß unterschieden werden: ob er auf Grund seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden oder wegen einer mit seinem Gesellschaftsverhältniß in keinem Zusammenhange stehenden Schuld verklagt wird.

Im ersteren Falle darf er zunächst unbedenklich seine Privatforderung dem Kläger entgegenhalten. Denn die aus seiner persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden entspringende Schuld ist eben seine Privatschuld. Eine solche Kompensationserklärung befreit auch die Gesellschaft von ihrer Schuld (§ 422 B.G.B.; früher R.G. 11 S. 119). Dem kompensirenden Gesellschafter bleibt gegen die Gesellschaft der Regreß auf Grund des § 110. Er kann aber in diesem Falle auch eine Gesellschaftsschuld vorschützen, und zwar nach Maßgabe des § 129 Abs. 3 und des dort Ausgeführten (vergl. hierüber Anm. 8 zu § 129). Er kann aber selbstverständlich nicht eine Privatforderung eines anderen Gesellschafters zur Kompensation entgegensetzen (§ 422 Abs. 2 B.G.B.); auch nicht mit Zustimmung des

letzteren, denn der Gläubiger braucht sich die Kompensation mit einer fremden Forderung nicht gefallen zu lassen.

Im zweiten Falle, wenn er auf Grund seiner persönlich kontrahirten Schulden belangt wird, kann er nur seine persönliche Forderung entgegensetzen, nicht aber die Forderung der Gesellschaft, wider den Willen des Klägers selbst nicht im Einverständnisse mit den übrigen Gesellschaftern, weil sie dadurch noch immer nicht seine Forderung wird (R.G. 10 S. 49; 31 S. 84; § 387 B.G.B.; vergl. auch Denkschrift S. 90). Anders Laband a. a. O. S. 15, der aber den Schwerpunkt auf das Verhältniß der Gesellschafter untereinander verlegt, während er in Wahrheit im Verhältniß zum Dritten, zum Gläubiger, liegt, der sich nicht die Kompensation mit einer fremden Forderung gefallen zu lassen braucht. Das Recht des vertretungsberechtigten Gesellschafters, über die Forderung zu disponiren, nimmt ihr ihren Charakter als fremde Forderung nicht, kann ja auch der Generalbevollmächtigte in einem gegen ihn persönlich angestellten Prozesse die Forderung seines Machtgebers nicht zur Kompensation benutzen. Wohl aber kann der wegen einer Privatforderung verklagte Gesellschafter die Gesellschaftsforderung nach Auflösung der Gesellschaft und Abtretung der Gesellschaftsforderung an ihn vorschützen (Denkschrift S. 91), aber auch, wie hinzuzufügen ist, nach Abtretung der Forderung während des Bestehens der Gesellschaft, da einer solchen Abtretung nichts entgegensteht. Diese Abtretung kann auch vom vertretungsbefugten Gesellschafter an sich selbst erfolgen, sofern keine Bedenken aus § 181 B.G.B. entgegenstehen. Aber ohne Ueberweisungsakt ist der Gesellschafter nicht berechtigt, eine Gesellschaftsforderung zur Kompensation zu benutzen. Darin ist dem Reichsgericht (10 S. 49) gegen Behrend (§ 76 Anm. 7) und Laband zuzustimmen. Anm. 10.

Zusatz. Nicht berührt durch vorstehende Grundsätze sind:

1. **Die prozessualen Erfordernisse** der Kompensation und ihre **sonstigen Voraussetzungen nach bürgerlichem Rechte.** Anm. 11.
2. **Die vertragsmäßige Kompensation.** In Betreff ihrer herrscht Vertragsfreiheit. Es kann daher der vertretungsbefugte Gesellschafter vereinbaren, daß seine Privatschuld durch Kompensation mit einer Gesellschaftsforderung gedeckt werde. Solche Abreden muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen, bis auf den Fall der Kollusion (R.O.H. 9 S. 429). Ueber Kollusion vergl. Anm. 13 zu § 126.

§ 130.

Wer in eine bestehende Gesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 128, 129 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Folge des Eintritts in eine bestehende Gesellschaft. Anm. 1.

1. **Vorausgesetzt ist der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft.**
   a) Gemeint ist, obwohl der Wortlaut weiter geht, nach der ganzen Stellung dieser Vorschrift nur der Fall, wo Jemand einer offenen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter beitritt. Der Fall, daß Jemand einer o. H.G. als Kommanditist beitritt, ist im § 173 geregelt. Für den Fall, daß Jemand als Komplementar einer Kommanditgesellschaft beitritt, gilt zwar das Gleiche, wie nach unserem Paragraphen, jedoch nicht auf Grund des vorliegenden Paragraphen allein, sondern unter Hinzunahme des § 161 Abs. 2.
   b) In eine bestehende Handelsgesellschaft muß der Eintritt erfolgen. Wird eine o. H.G. erst dadurch gebildet, daß zwei Personen zu einer o. H.G. zusammentreten, so liegt der Fall nicht vor; bringt hierbei ein Gesellschafter sein Geschäft ein, so hat dies zwar ebenfalls eine Haftung des anderen Socius und der neu gebildeten Gesellschaft zur Folge, aber aus einem anderen Rechtsgrunde (nämlich auf Grund des § 28) und mit nicht ganz gleichen Wirkungen (vergl. Anm. 10 u. 11 zu § 28 u. unten Anm. 8). Anm. 2.

Tritt Jemand, der selbst ein Handelsgewerbe betreibt, in eine o. H.G. unter Einbringung seines Geschäfts als offener Gesellschafter ein, so liegt eine Kombination von § 130 und § 25 vor, und es richtet sich nach § 25, inwieweit die o. H.G. für die Geschäftsschulden des Eintretenden haftet, für die Geschäftsschulden der o. H.G. tritt dagegen Haftung gemäß § 130 ein (Rudorff zu § 130). Uebernimmt ferner Jemand das Geschäft einer o. H.G., so kann ebenfalls eine Haftung des Uebernehmers für die bisherigen Gesellschaftsschulden eintreten, aber wiederum aus anderem Rechtsgrunde — vergl. R.G. 31 S. 140 — (nämlich auf Grund des § 25 und unter den besonderen Voraussetzungen desselben, nämlich wenn entweder die Firma mit übernommen wird oder die Passivenübernahme angezeigt wird) und ebenfalls mit nicht ganz gleichen Wirkungen (vergl. unten Anm. 8 u. ferner Anm. 9 zu § 28).

Anm. 4. c) *Eintritt* in eine bestehende Gesellschaft. Der einfachste Fall ist der, daß der aus zwei Personen bestehenden o. H.G. eine dritte Person als offener Gesellschafter beitritt. Doch giebt es auch andere Fälle. Wenn der bisherige Kommanditist der Kommanditgesellschaft offener Gesellschafter wird, so liegt der Eintritt in eine bestehende Gesellschaft vor, es liegt nicht Auflösung der Kommanditgesellschaft und Neubildung einer o. H.G. vor, wie das R.G. 32 S. 47 annimmt, weil die Gesellschaften identisch sind und nur ihr Rechtscharakter sich ändert. Wenn es auch richtig ist, daß das H.G.B. den Begriff der Umwandlung von Gesellschaften nicht ausdrücklich statuirt hat, so ist er doch seinen Vorschriften immanent (vergl. hierüber zu § 162).

Ein Eintritt liegt ferner vor, wenn einer aus zwei Personen bestehenden Handelsgesellschaft an Stelle eines gleichzeitig ausscheidenden Gesellschafters ein neuer hinzutritt (R.O.H. 14 S. 151; Johow 11 S. 17; Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1895 S. 21; vergl. Bolze 9 Nr. 478; dagegen Makower S. 253). Damit die hier vorgesehene Folge des Eintritts in Wirksamkeit trete, ist *erforderlich*, daß entweder der Eintritt eingetragen oder die Gesellschaft nach dem Eintritte ihre Geschäfte fortgesetzt habe (so richtig formulirt von Hahn § 3; anders Behrend § 73 Anm. 21; Makower S. 253). Vorher ist die Beitrittserklärung ein interner Akt unter den Socien. Nicht erforderlich ist aber, daß gerade der Eintritt des neuen Gesellschafters nach außen kenntlich geworden wäre. Das ist nicht vorgeschrieben und aus dem Gesetze nicht zu folgern (R.O.H. 17 S. 354), wie es ja auch für die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft und den Beginn der Solidarhaft der ursprünglichen Socien nicht erforderlich ist, daß nach außen erkennbar ist, wer die einzelnen Socien sind, vielmehr der Geschäftsbetrieb unter einer gemeinschaftlichen Firma genügt.

Anm. 5. 2. **Nicht vorausgesetzt** ist, wie der Paragraph hervorhebt, die Beibehaltung der alten Firma. Es schadet z. B. nichts, wenn dieselbe den Zusatz „et Comp." erhält, wenn nur die Absicht, die alte Gesellschaft fortzusetzen, klar ist. Auch völlige Veränderungen der Firma sind für die vorliegende Frage unerheblich.

Anm. 6. 3. **Die Folge des Eintrittes** ist die Haftung des neuen Socius für alle bisherigen Schulden. Dies schreibt der Paragraph vor. — Als selbstverständlich ist hierbei angesehen und deshalb nicht besonders hervorgehoben, daß die *fortgesetzte Gesellschaft* selbst für alle bisherigen Schulden haftet. — Die Gesellschaft wird trotz des Hinzutretens eines neuen Gesellschafters als unverändert fortbestehend betrachtet, oder vielmehr es wird in *Ansehung des Hinzutretenden so angesehen, als seien die Gesellschaftsschulden zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden*. Es treten daher ganz dieselben Folgen ein, als wenn dies der Fall wäre; er haftet für die bisherigen Gesellschaftsschulden auch nach seinem späteren Austritt; die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage wird ungehindert fortgesetzt und macht, soweit es sich um Feststellung der Gesellschaftsschuld handelt, auch Rechtskraft gegen ihn (vergl. Anm. 18 zu § 124), und eine gegen ihn persönlich wegen einer Societätsschuld zu erhebende Klage hat zum Anspruchsgrunde den Thatbestand, der die Gesellschaftsschuld begründet hat. Dieser Thatbestand erzeugt kraft positiver Gesetzesvorschrift auch seine Verbindlichkeit. Es hat das auch in Bezug auf sonstige Rechtsverhältnisse (Klageänderung, Erfüllungsort u. s. w.) die Folge, daß er einem solchen offenen

Gesellschafter gleich steht, der dies war, als die Schuld kontrahirt wurde (vergl. Anm. 1—4 u. Anm. 15 zu § 128; wegen des Erfüllungsortes besonders R.G. 32 S. 46).

Zu beachten ist, daß nur die Gesellschaftsschulden auf den Eintretenden, **nicht die Schulden des Eintretenden auf die Gesellschaft übergehen,** auch wenn er sein ganzes Geschäftsvermögen einwirft; im Konkurse der Gesellschaft können seine Privatgläubiger sich nicht an das Gesellschaftsvermögen halten (R.O.H. 2 S. 143), es sei denn, daß auch hier wieder ordnungsmäßige Uebernahme der Passiva auf Seiten der Gesellschaft vorläge (vergl. oben Anm. 2). Das ist allerdings eine ungleiche Behandlung zweier gleichliegender Fälle. Es ist nicht ersichtlich, warum, wie § 28 vorschreibt, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einer anderen Person zu einer Gesellschaft vereinigt, die neue Societät und der neue Socius für die bisherigen Geschäftsschulden haften sollen, und das Gleiche nicht gelten soll, wenn Jemand sein Geschäft in eine bestehende Handelsgesellschaft einbringt. Doch ist eine analoge Anwendung des § 28 unzulässig. Anm. 7.

5. **Entgegenstehende Abreden gelten dem Dritten gegenüber nicht.** Das ist wiederum ein erheblicher Unterschied zwischen diesem Falle und denjenigen der §§ 25 u. 28. Uebernimmt Jemand ein Geschäft mit Firma oder tritt Jemand in das Geschäft eines anderen Kaufmanns ein, so haftet er zwar auch für die Schulden, er kann aber die Haftung ausschließen durch Eintragung oder Mittheilung einer abweichenden Vereinbarung. Das ist hier nicht angängig. Anm. 8.

   Im Uebrigen gilt über diesen Ausschluß der Wirkung entgegenstehender Abreden das zu § 128 Gesagte.

6. **Ueber Forderungen der Gesellschaft** ist nichts gesagt. Diese verbleiben der Gesellschaft. Ein Uebergang auf den Gesellschafter findet nicht statt. Inwieweit der neue Gesellschafter sich gegenüber Dritten auf jene Gesellschaftsforderungen berufen kann, ist gemäß § 129 Abs. 3 zu entscheiden. Anm. 9.

Vierter Titel.

Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131.

Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst:

1. durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist;
2. durch Beschluß der Gesellschafter;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft;
4. durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt;
5. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters;
6. durch Kündigung und durch gerichtliche Entscheidung.

I. **Begriff der Auflösung.** Die Gesellschaft wird „aufgelöst" bedeutet, daß die Gesellschaft aufhört, ein Handelsgewerbe zu betreiben, höchstens beendet sie den Betrieb des Handelsgewerbes, nimmt die letzten Akte desselben vor. Sie hört damit auf, eine o. H.G. zu sein, ihre produktive Seite hört auf. Nicht nothwendig ist damit verbunden das Aufhören jeder Rechtsgemeinschaft unter den Socien. Im Gegentheil; kraft einer gesetzlichen Dispositivvorschrift (§ 135) tritt, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Gesellschaft durch die Auflösung in das Stadium der Liquidation, d. h. sie wird aus einer o. H.G. eine Abwickelungsgesellschaft. Die Gesellschafter bleiben zunächst noch gesellschaftlich verbunden, nämlich solange, bis ihre Rechtsgemeinschaft durch Abwickelung oder sonst aufgehoben ist. Für den vom Gesetz als Regel gedachten Fall der Liquidation kann man von einer Auflösung der Gesellschaft streng genommen zunächst nicht sprechen. Für diesen Fall ist der Ausdruck nicht passend. Denn die Gemeinschaft ist ja eben noch nicht aufgelöst. Zum Zwecke der Abwickelung und solange diese Anm. 1.

dauert, besteht sie noch fort (vergl. R.G. 16 S. 2; 28 S. 132; Bolze 19 Nr. 618). Wirklich aufgelöst, untergegangen, ist die Gesellschaft im Augenblicke der eintretenden Auflösung dann, wenn hiermit zugleich jede Rechtsgemeinschaft beendigt ist. Das kann durch vorherige Vereinbarung geschehen (z. B. es ist im Gesellschaftsvertrage vereinbart, daß im Falle der Auflösung das Geschäft auf einen Socius übergeht), es kann dies auch im Augenblicke der Auflösung geschehen (es wird in diesem Momente die Geschäftsübernahme durch einen Socius vereinbart). Es kann aber auch im Stadium der Liquidation solche Vereinbarung getroffen und damit jede gesellschaftliche Rechtsgemeinschaft aufgehoben werden, und es kann endlich solche Aufhebung der gesellschaftlichen Rechtsgemeinschaft durch die Abwickelung selbst geschehen, deren Zweck ja die Lösung der gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen ist.

Anm. 2. In dem Falle, wo die Gesellschaft zwar aufgelöst, aber nicht sofort untergegangen ist, also im Liquidationsfalle kann die hiernach fortbestehende gesellschaftliche Rechtsgemeinschaft wieder in eine o. H.G. zurückverwandelt werden, indem die Gesellschafter beschließen, wieder ein Handelsgewerbe zu betreiben. Sie können das thun, wenn das Geschäft noch besteht (in welchem Falle sie gleichzeitig das Geschäft fortsetzen; über den Begriff des Bestehens des Geschäfts siehe Anm. 3 zu § 22); aber sie können dies auch dann thun, wenn das Geschäft nicht mehr besteht. Es liegt in solchem Falle keine Neugründung einer Gesellschaft vor, denn eine solche besteht noch, sondern die Umwandlung einer Abwickelungs- in eine o. H.G. Die Zulässigkeit solcher Umwandlung ist zwar nur für bestimmte Fälle der Konkursbeendigung der o. H.G. vom Gesetze ausgesprochen (§ 144), aber sie ist auch sonst durch keinen Rechtssatz ausgeschlossen (vergl. auch Denkschrift S. 103). Erfolgt sie, so besteht Identität der Gesellschaft, sie verändert nur ihre rechtliche Qualification (so auch R.G. 28 S. 130; vergl. auch Bolze 11 Nr. 264). Das Reichsgericht (28 S. 130) zieht daraus, daß es sich um dieselbe Gesellschaft handelt, die richtige Konsequenz, daß die neue o. H.G. für die gegen die Liquidationsgesellschaft bestehenden Forderungen haftet.

Anm. 3. II. **Die Folgen der Auflösung der Gesellschaft** d. h. desjenigen Zustandes, den das Gesetz Auflösung der Gesellschaft nennt, ist nach dem Gesagten das Aufhören der produktiven Seite der Gesellschaft (R.G. 16 S. 2; 28 S. 130), aber eine Gesellschaft bleibt, wenn nichts anderes vereinbart wird, zunächst bestehen. Allein die solchergestalt fortbestehende Gesellschaft hat nicht mehr den Zweck, das Handelsgewerbe zu betreiben, sondern den Betrieb aufzugeben und allenfalls noch die letzten Akte desselben vorzunehmen. Aus diesem Punkte ergeben sich die einzelnen Rechtsfolgen der Liquidation. (Näheres hierüber zu § 145.)

Doch ist das Liquidationsstadium nur die durch Dispositivgesetz angeordnete Folge der Auflösung. Sie ist nicht die nothwendige Folge (vergl. hierüber oben Anm. 1).

Anm. 4. III. **Die gesetzlichen Gründe der Auflösung** sind hier erschöpfend aufgezählt. Es können nicht die weiteren Auflösungsgründe, welche der § 726 B.G.B. kennt (Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks und Erreichung desselben) zur Ergänzung herangezogen werden (Denkschrift S. 97).

Nr. 1. Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist. Als Endtermin kann auch ein bestimmtes Ereigniß festgesetzt sein, z. B. Aufhebung eines Einfuhrverbots, Erlöschen eines Verlagsrechts oder eines Patents, sofern diese Ereignisse zeitlich bestimmt sind; sonst liegt eine nach § 132 kündbare Gesellschaft vor. Aber eine für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft gilt als Gesellschaft von unbestimmter Dauer (§ 134). Der Zeitpunkt, für welchen die Gesellschaft „eingegangen" ist, ist derjenige Zeitpunkt, den der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag oder eine spätere abändernde Vereinbarung festgesetzt hat. Das Wort „eingegangen" darf nicht gepreßt werden.

Darüber, ob die durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft wieder fortgesetzt werden kann, siehe § 144 und die Erläuterung dazu, auch oben Anm. 2.

Anm. 5. Nr. 2. **Beschluß der Gesellschafter.** Gemeint ist ein Beschluß dahin, daß die Gesellschaft sich sofort auflöse. Denn ein Beschluß, daß die Gesellschaft sich in einem späteren Zeitpunkt auflösen soll, bis dahin aber noch bestehen soll, wäre nichts anderes, als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nach der Richtung, daß die Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sich änderte. Das wäre aber nichts weiter, als die Schaffung eines künftigen Auflösungsgrundes nach Nr. 1. — Der Beschluß richtet sich

in seinen Erfordernissen nach § 119, an sich ist Einstimmigkeit zu fordern, aber auch ein Majoritätsbeschluß kann im Gesellschaftsvertrage zugelassen werden (vergl. die Erläuterung zu § 119, woselbst über die einzelnen Modalitäten, die Berechnung der Stimmen, die Form 2c. eines solchen Beschlusses das Nähere gesagt ist). Unter Umständen ist auch schon darin ein solcher Beschluß zu finden, daß alle Gesellschafter auf Auflösung klagen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35, S. 233), jedoch nicht immer, nämlich dann nicht, wenn mit der Auflösung verschiedene Ziele verfolgt werden, so z. B. wenn ein Gesellschafter ein Interesse daran hat, daß die Auflösung auf seinen Antrag ausgesprochen werde, damit der andere als der schuldige Theil erscheint, indem hiervon gewisse Konsequenzen abhängen.

Anm. 6. Der Beschluß auf Auflösung kann auch dann gefaßt werden, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Auch Vertheilungen des Gesellschaftsvermögens können die Gesellschafter in solchen Fällen vornehmen, alles vorbehaltlich der paulianischen Anfechtung.

Anm. 7. Die durch Beschluß aufgelöste Gesellschaft kann wieder fortgesetzt werden, sowohl nachträglich, nach eingetretener Auflösung (über die Wirkung solcher Fortsetzung siehe oben Anm. 2), als auch im Moment der Auflösung. In letzterem Falle tritt die Auflösung überhaupt nicht ein: die o.H.G. wird unmittelbar als solche fortgesetzt. Als solche unmittelbare Fortsetzung wird es auch angesehen, wenn auf Grund gegenseitiger Uebereinkunft ein Gesellschafter austritt, ein anderer gleichzeitig eintritt (R.O.H. 14 S. 151; Bolze 9 Nr. 478; Johow 11 S. 17; Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1895 S. 21).

Nr. 3. **Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft.** Anm. 8. Derselbe löst Kraft zwingenden Rechts die Gesellschaft auf, d. h. er zerstört ihren Charakter als gewerbetreibende Handelsgesellschaft und macht der bisherigen Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugniß ein Ende, ohne daß darin eine wirkliche Auflösung, ein Aufhören der Gesellschaft läge (R.G. 16 S. 2; 28 S. 130; vergl. oben Anm. 1), er absorbirt für seine Dauer auch die Liquidation (vergl. hierüber § 145).

Anm. 9. Die Gesellschafter können aber nach Beendigung des Konkurses beschließen, das Handelsgewerbe wieder aufzunehmen, und auf diese Weise ihre Rechtsgemeinschaft wieder in eine o. H.G. verwandeln. Dies ist für den Fall, daß der Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf Antrag des Gemeinschuldners endigt, im § 144 ausdrücklich bestimmt. Aber auch in sonstigen Fällen der Konkursbeendigung ist es gestattet (vergl. oben Anm. 1; R.O.H. 16 S. 287).

Anm. 10. **Ueber den Konkurs der offenen Handelsgesellschaft seien an dieser Stelle noch folgende Bemerkungen gestattet:** (vergl. hierüber die Schrift von Jaeger, der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, Freiburg 1897).

a) Der Konkurs setzt lediglich eine in Gemäßheit des § 123 nach außen in Wirksamkeit getretene o. H.G. voraus; ob ein Gesellschaftsverhältnis nach innen besteht, ist gleichgiltig. Denn der Konkurs bezweckt die Durchführung der Rechte der Gläubiger.

Der Konkurs ist auch nach Auflösung der Gesellschaft möglich (§ 209 Abs. 2 K.O.).

Anm. 11. b) **Gemeinschuldner sind die sämmtlichen Gesellschafter,** nicht bloß die vertretungsberechtigten (Jaeger S. 67 ffg.). Sie haben die Pflicht der Auskunftsertheilung und der Offenbarungseidesleistung, aber auch die Rechte der Gemeinschuldner aus §§ 135, 180, 86 K.O. — Jeder Gesellschafter hat für sich das Recht und behufs Wahrung seiner Rechte auch die Pflicht, sich im Prüfungstermin über die angemeldeten Forderungen zu erklären (Jaeger S. 73). Bestreitet er nicht, so wird die Feststellung auch gegen ihn rechtskräftig; bestreitet er aber, so hält dies die Rechtskraft gegen ihn auf; vollstreckbar aber ist die Tabellenfeststellung auch bei unterlassenen eigenen Bestreiten gegen ihn nicht (vergl. über diese Frage § 124 Anm. 15 u. 16). — Die Gesellschafter sind auch verantwortlich nach §§ 239—241 K.O. (vergl. bei uns § 38 Anm. 3) und auch die Rechtsminderungen (Verlust der Wählbarkeit 2c.) treffen alle Gesellschafter (Jaeger S. 86; Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung Anm. 64 u. 65 zu § 1).

Anm. 12. c) **Die Gesellschafter können nicht ihre gesellschaftlichen Ansprüche als Konkursforderungen geltend machen** (Ansprüche auf Zinsen, Gewinn 2c.). Denn das Gesellschaftsvermögen soll ja gerade zur Befriedigung der Gläubiger dienen. Die gesellschaftlichen Ansprüche auf Auszahlung von Theilen des Gesellschaftsvermögens cessiren daher in dem Augenblicke, wo das Gesellschaftsvermögen beschlagnahmt ist zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger (Cosack S. 567). Dies gilt auch von den Ansprüchen auf Entnahmen, wie sie im Gesellschaftsvertrage üblich sind, d. h. Vorausentnahmen in Anrechnung auf Zinsen und Gewinn, auch dann, wenn das Verlangen schon vor der Konkurseröffnung gestellt war (anders Makower S. 232), wohl aber können sie andere Forderungen geltend machen, insbesondere auch Forderungen auf Ersatz von Aufwendungen 2c. nach § 110 (Jaeger S. 97; hier anders Cosack S. 567). Der ausgeschiedene Gesellschafter aber kann sein Auseinandersetzungsguthaben liquidiren (Jäger S. 97). **Umgekehrt kann der Konkursverwalter von den Gesellschaftern ihre rückständigen Einlagen** fordern (Cosack S. 567), und auch die Passivsalden derselben, obwohl dieselben im Falle der Liquidation durch die Liquidatoren nicht einzuziehen sind (Zusatz 3 zu § 155); hier muß es, wie jedes Gesellschaftsaktivum zur Masse herangezogen werden (Cosack S. 567; anders Jäger S. 108).

Anm. 13. d) **Hinsichtlich der Aufrechnung** ist zu bemerken: Wird der Gesellschafter vom Konkursverwalter auf seine Einlageschuld belangt, so kann er Forderungen, die ihm an die Gesellschaft zustehen, hiergegen zur Aufrechnung bringen. Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über die Aufrechnung stehen nicht entgegen, insbesondere muß mit Jäger S. 110 betont werden, daß das Moment der Gleichartigkeit durch den gesellschaftlichen Charakter der Einlageverpflichtung nicht beseitigt wird. Die Gleichartigkeit im Sinne der Kompensationsvorschriften bedeutet nur die Gleichheit in der Beschaffenheit des Leistungsinhalts (§ 387 B.G.B.). Diese liegt hier vor. Da auch die Konkursordnung hier keine hindernde Vorschrift enthält, so ist die Kompensation für zulässig zu erachten, wie denn auch das R.G. 37 S. 85 aus dem gleichen Gesichtspunkte dem Kommanditisten das Recht eingeräumt hat, gegen die Klage des Konkursverwalters auf Einzahlung der rückständigen Einlage eine dem Kommanditisten zustehende Gegenforderung zur Aufrechnung zu stellen. (Früher hatte das Reichsgericht in analogen Fällen abweichend entschieden: nämlich R.G. 6 S. 69 und 19 S. 127; in jener Entscheidung in Band 37 wird die erstere Entscheidung (in Band 6) für nicht maßgebend erachtet, weil die besondere rechtliche Natur jenes Falles der Grund der abweichenden Entscheidung gewesen sei, die letztere Entscheidung (in Band 19) aber wird dort ignorirt.)

Anm. 14. e) Ueber den Einfluß des Zwangsvergleichs auf die Solidarhaft siehe § 128 Anm. 6 u. 27.

Anm. 15. Nr. 4. **Tod eines Gesellschafters.** Dieser löst die Gesellschaft auf, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes festsetzt. Ueber den letzteren Fall disponiren jetzt §§ 138 und 139. Vergl. dort Näheres. Ueber die Pflicht der Erben und der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge siehe § 137 Absatz 1.

Die rechtliche Unfähigkeit zur selbstständigen Vermögensverwaltung ist als Auflösungsgrund nicht mehr anerkannt, in geeigneten Fällen kann dies ein Auflösungsgrund nach § 133 (vergl. Anm. 16 zu § 133) oder ein Ausschließungsgrund nach § 140 oder § 142 sein (Denkschrift S. 97).

Anm. 16. Nr. 5. **Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters.** Es ist zu beachten, daß der Konkurs eines Gesellschafters nicht den Konkurs, sondern die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt. Es erfolgt neben dem Konkurse des Gesellschafters die Liquidation der Gesellschaft. Wer Liquidator in diesem Falle ist, darüber siehe § 146 Anm. 3. Ob es sich um einen geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter handelt oder nicht, ist gleichgiltig.

Geräth ein Gesellschafter in Konkurs, ehe die vereinbarte Gesellschaft ins Leben getreten ist, so kommt die Gesellschaft nicht zu Stande (R.G. 39 S. 169). — Ueber die Pflicht der übrigen Gesellschafter zu einstweiliger Fürsorge siehe § 137 Absatz 2. —

Ueber die Auseinandersetzung mit dem Konkursverwalter des in Konkurs gerathenen Gesellschafters disponiren die §§ 16 Absatz 1 und 51 K.O. Anm. 17.

Die zwingende Natur dieses Auflösungsgrundes bringt es mit sich, daß nicht schon im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem in Konkurs gerathenen Gesellschafter vereinbart werden kann. Wohl aber kann die Fortsetzung der Gesellschaft *ohne* den in Konkurs gerathenen Gesellschafter vereinbart werden (§ 138) und es kann ferner vereinbart werden, daß, wenn zwei Socien vorhanden sind, im Falle des Konkurses des einen das Geschäft auf den anderen übergeht (vergl. Anm. 6 zu § 138); es kann ferner durch Vereinbarung mit dem Konkursverwalter nach eingetretener Auflösung der Gesellschaft das Handelsgewerbe wieder aufgenommen, dadurch die Gesellschaft wieder in eine o. H.G. verwandelt werden (vergl. oben Anm. 2). Und es können endlich im Falle des Konkurses eines Gesellschafters die übrigen oder der übrig Bleibende die Uebernahme des Geschäfts für sich in Anspruch nehmen durch eine Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter (§§ 141 Absatz 2, 142 Absatz 2).

Nr. 6. Kündigung und gerichtliche Entscheidung. Hier sind zwei ganz heterogene Auflösungsgründe unter einer Nummer zusammengekoppelt. Anm. 18.

a) **Die Kündigung.** Ihre Voraussetzungen und ihre Formen sind im § 132 behandelt.

b) **Die gerichtliche Entscheidung.** Dies ist der Fall, wenn ein Gesellschafter aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen kann. Hierüber verhält sich § 133.

Zusatz. Uebergangsfrage. Der § 131 gehört zu denjenigen Vorschriften, welche das innere Verhältniß der Gesellschaft betreffen, er hat also keine rückwirkende Kraft auf die am 1. Jan. 1900 bestehenden Gesellschaften (vergl. Anm. 32 zu § 105). Allerdings hat die Auflösung der o.H.G. auch Wirkungen nach außen, aber diese Wirkungen sind sekundär. Zunächst ist es das innere Gesellschaftsverhältniß, welches durch die hier aufgezählten Thatsachen getroffen wird. Die Wirkungen nach außen treten übrigens nicht ohne Weiteres ein, sondern nur nach Maßgabe des § 15. Anm. 19.

§ 132.

Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahres erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

Der vorliegende Paragraph giebt eine Vorschrift über die Kündigungsfrist, doch sollen bei dieser Gelegenheit auch die sonstigen Fragen über die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses erörtert werden.

1. Ueber die Dauer der Gesellschaft entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag kann auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Ein auf die Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossener Gesellschaftsvertrag gilt dabei als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 134), eine Vorschrift, welche gebietenden Charakter hat (vergl. R.G. vom 10. November 1894 in J.W. 1895 S. 12), im Uebrigen ist für die Dauer eine gesetzliche Schranke der Zulässigkeit nicht gesetzt. Aber unter Umständen kann auch sonst die vereinbarte Dauer derart beschaffen sein, daß man darin eine gegen die guten Sitten verstoßende Bindung erblicken wird. In solchem Falle kann man nicht sagen, daß der § 134 analoge Anwendung findet. Vielmehr gilt dann dieser Theil des Vertrages als unsittlich und deshalb ungiltig und es muß aus der ganzen Sachlage entnommen werden, ob wegen dieses ungiltigen Theiles der ganze Vertrag hinfällig wird (§§ 138, 139 B.G.B.). Anm. 1.

Oft ist es Thatfrage, ob ein Vertrag auf bestimmte, oder auf unbestimmte Zeit geschlossen ist. So hat das R.O.H. (13 S. 418) angenommen, daß ein auf bestimmte Zeit geschlossener, demnächst auf Lebenszeit erweiterter Gesellschaftsvertrag mindestens auf die ursprünglich festgesetzte Zeit geschlossen gilt. Umgekehrt kann die Festsetzung eines bestimmten Ereignisses als Endtermin sowohl den Sinn haben, daß die Gesellschaft jedenfalls bis dahin dauern soll, als auch den Sinn, daß sie auf unbestimmte Zeit geschlossen sein, mit dem Eintritt jenes Ereignisses aber jedenfalls sich auflösen soll. Anm. 2.

Anm. 3. Der Vertrag kann eine unbestimmte Dauer auch in der Weise festsetzen, daß eine vom Gesetze abweichende Kündigungsfrist gelten soll (vergl. § 723 Abs. 1 Satz 3 B.G.B.). **Völliger Ausschluß der Kündigung** aber ist unzulässig (vergl. § 723 Abs. 3 B.G.B.), und ebenso andere Beschränkungen der gesetzlichen Kündigungsmöglichkeit, als sie in der Verlängerung der Kündigungsfrist liegen (Makower S. 260). So ist z. B. ungiltig die Beschränkung, daß die Zulässigkeit der Kündigung von einem Beschlusse der Gesellschafter abhängig sein soll (denn das wäre ja die Aufhebung des einseitigen Kündigungsrechts, R.G. 21 S. 94), aber ungiltig ist auch die in diesem Erkenntnisse nach früherem Rechte zugelassene Beschränkung, daß die Kündigung vor Erreichung eines gewissen Zweckes ausgeschlossen oder nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein soll. Ein Verzicht auf Kündigung für eine bestimmte Zeit ist giltig. Ob, wenn die Kündigung unzulässiger Weise ausgeschlossen ist, der ganze Vertrag oder nur diese Kündigungsabrede ungiltig ist, hängt von den Umständen ab (§ 139 B.G.B.).

Anm. 4. 2. **Ist die Dauer und die Kündigungsfrist durch Vertrag nicht bestimmt, so greift die gesetzliche Regel Platz:** der Vertrag gilt auf unbestimmte Zeit geschlossen und es greift die Kündigungsfrist des vorliegenden Paragraphen Platz: 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Die Vorschrift des § 723 B.G.B. (Kündigung der Gesellschaft jeder Zeit) gilt hier nicht.

Anm. 5. 3. **Für die Form der Kündigung** ist nichts vorgeschrieben. Die Kündigung ist daher in jeder Form giltig. Ueblich ist die Form des eingeschriebenen Briefes. Die Kündigung hat sich an die sämmtlichen Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft zu richten (Puchelt Anm. 5 zu Art. 124); doch darf dies nicht formalistisch aufgefaßt werden; es ist daher auch eine an die Gesellschaft gerichtete Kündigung wirksam, wenn sie rechtzeitig zur Kenntniß sämmtlicher Gesellschafter gelangt (R.G. 21 S. 93).

Anm. 6. Die Kündigung muß dem anderen Theil zugehen. Sie ist eine empfangsbedürftige Erklärung im Sinne der §§ 130 ffg. B.G.B. Näheres hierüber Anm. 9 zu § 66, wo die gleiche Frage bei der Kündigung des Handlungsgehilfen behandelt ist. Sie ist erst dann wirksam, wenn sie allen Gesellschaftern zugegangen ist.

Anm. 7. Für die Berechnung der Kündigungsfrist sind die Auslegungsregeln der §§ 187 ffg. B.G.B. maßgebend. Schließt z. B. das Geschäftsjahr am 31. März 1901, so muß spätestens am 30. September 1900 gekündigt werden (§§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2, 3. B.G.B.).

Anm. 8. Inhaltlich muß die Kündigung bestimmt und definitiv sein. Hierüber und insbesondere über die Frage, ob auch eine bedingte Kündigung wirksam ist, siehe § 66 Anm. 10.

Ob die Kündigung den anderen Gesellschaftern gelegen kommt oder sehr unbequem ist, ob sie der Gesellschaft zum Nutzen oder zum Schaden gereicht, ist gleichgiltig. Wenn sie rechtzeitig ist, ist sie wirksam. Die Kündigung kann also auch zur Unzeit geschehen, § 723 Absatz 2 B.G.B. greift hier nicht Platz.

Anm. 9. 4. **Die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung** ist die Auflösung der Gesellschaft. Es kann jedoch die Kündigung zurückgenommen werden. Nur muß dies geschehen, ehe ihre Wirkung, die Auflösung, eintritt, und jedenfalls ist die Genehmigung der anderen Socien dazu erforderlich. Denn die einmal geschehene Aufkündigung gewährt auch diesen ein Recht auf Eintritt derjenigen Wirkungen, welche das Gesetz an diesen Rechtsakt knüpft.

Die Kündigung enthält aber weder eine Anerkennung des rechtsgiltigen Zustandekommens der Gesellschaft, noch einen Verzicht auf Rücktrittsrechte, und es steht nichts entgegen, die auf die Kündigung gestützte Klage mit der Ungiltigkeits- oder Auflösungsklage zu verbinden (vergl. R.O.H. 10 S. 434). Auch schließt die Kündigung den Antrag auf Ausschließung nicht aus (R.O.H. 6 S. 112).

Anm. 10. 5. **Eine verspätete Kündigung** ist wirkungslos, es braucht ihr nicht widersprochen zu werden (R.O.H. 12 S. 102); doch kann sie unter Umständen als Kündigung für das nächste Ge-

schäftsjahr aufzufassen sein, das ist Auslegungssache. **Vorzeitige** Kündigung aber ist rechtzeitig.

6. **Für die Beweislast,** wenn streitig ist, ob eine bestimmte Dauer vereinbart ist oder eine unbestimmte Dauer gilt, ob gesetzliche oder eine sonstige Kündigungsfrist gilt, findet der auch sonst von uns aufgestellte Grundsatz Anwendung, daß, wer die von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Vereinbarung behauptet, diese zu beweisen hat (vergl. hierüber unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg., besonders Anm. 55). Zwar sind auch im vorliegenden Paragraphen die Worte „wenn nicht ein anderes vereinbart ist", gestrichen, aber ohne die Absicht einer inhaltlichen Veränderung (Denkschrift S. 97). Anm. 11.

Zusatz. Uebergangsfrage. Die Vorschrift berührt das innere Verhältniß und ist daher nicht rückwirkend auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaftsverträge. Daher bestimmt sich die Dauer des Gesellschaftsvertrages, die Kündigungsmöglichkeit, die Wirkung der Kündigung ꝛc. nach altem Recht (vergl. Anm. 32 zu § 105). Die Form der Kündigung aber richtet sich nach neuem Recht (vergl. Lehmann in G.Z. 48 S. 106). Anm. 12.

§ 133.

Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Der Paragraph behandelt diejenigen Thatsachen, welche auf Verlangen eines Theils die Auflösung herbeiführen (vergl § 131 Nr. 6 und Anm. 18 dazu). Die Materie wird in drei Absätzen behandelt: Absatz 1 enthält das Prinzip, daß beim Vorhandensein wichtiger Gründe die vorzeitige Auflösung einseitig verlangt werden kann, Absatz 2 zählt Beispiele wichtiger Gründe auf, Absatz 3 erklärt entgegenstehende Vereinbarungen für nichtig. Einleitung.

Zu bemerken ist an dieser Stelle, daß im vorliegenden Paragraphen nur von denjenigen Gründen gehandelt wird, welche einen Gesellschafter berechtigen, einen an sich giltigen Gesellschaftsvertrag aus besonderen, während des Bestehens des Verhältnisses eintretenden Gründen zur Aufhebung zu bringen. **Davon zu unterscheiden ist die Geltendmachung eines Anfechtungsgrundes aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge.** So z. B., wenn ein Gesellschafter geltend macht, er sei zum Eingehen des Gesellschaftsverhältnisses durch betrügerische Vorspiegelungen verleitet worden (vergl. Bolze 5 Nr. 738). Die Folge einer solchen Aufhebung ist verschieden von der Aufhebung aus wichtigen Gründen. Die letztere wirkt ex nunc, nur aus besonderem Grunde können Entschädigungsansprüche bestehen und weitere Wirkungen ausüben; die erstere aber, die Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums, Täuschung ꝛc., wirkt ex tunc (§ 142 B.G.B.): der wirksam anfechtende Gesellschafter verlangt seine Einlage zurück und in den geeigneten Fällen (z. B. im Falle der Täuschung) allen Schaden ersetzt, den er durch den Beitritt zur Societät erlitten hat. Was aber das Verhältniß des wirksam anfechtenden Socius zum Dritten betrifft, so wird diesem gegenüber die Sache nicht so angesehen, als sei er niemals Gesellschafter geworden. Hier bleibt es vielmehr dabei, daß eine nach außen wirksame o.H.G. bestand, so daß der wirksam anfechtende Socius für die Gesellschaftsschulden verbindlich bleibt. Seine Regreßansprüche, die hieraus entstehen, kann er gegen diejenigen Gesellschafter geltend machen, deren Verhalten den Grund zur Anfechtung abgegeben hat. Unter Umständen ist es die Gesellschaft selbst, gegen die

sich seine Ansprüche auf Rückzahlung und Entschädigung richten werden, wenn er nämlich im Namen der Gesellschaft zu dem anfechtbaren Beitritt bewogen wurde, so z. B. wenn Jemand Namens einer bestehenden o. H.G. durch Täuschung zum Beitritt bewogen wurde. In solchem Falle wird er auch hinsichtlich seiner Regreßansprüche aus erfolgreicher Anfechtung Gläubiger der Gesellschaft und konkurrirt mit den sonstigen Gläubigern, denen er andererseits wieder für die Schulden der Gesellschaft haftet. Selbstverständlich hat diese Konkurrenz ihre konkursrechtlichen Grenzen (vergl. R.G. 14 S. 172). — Die Solidarhaft des wirksam anfechtenden Gesellschafters gegenüber einem Gläubiger wird auch dadurch nicht immer aufgehoben, daß derselbe die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte. Das muß trotz des § 142 Abs. 2 B.G.B. angenommen werden. Denn dem Gläubiger gegenüber besteht eine o. H.G. unter Umständen auch dann, wenn sie nach innen nicht giltig ist (vergl. hierüber Anm. 9 zu § 123).

Anm. 1. 1. Vorweg ist zu bemerken, **daß die vorzeitige Auflösung zulässig ist, sowohl bei einer auf bestimmte Zeit, als bei einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft.**

Anm. 2. 2. (Abs. 1.) **Wichtige Gründe** geben dem einzelnen Gesellschafter das Recht, die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Das Erforderniß der Wichtigkeit der Gründe liegt begrifflich vor, wenn dem betreffenden Theil nicht zuzumuthen ist, die Gesellschaft ferner fortzusetzen, weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft, sei es aus persönlichen oder sachlichen Gründen, nicht mehr vorliegen (Bolze 17 Nr. 525).

Anm. 3. Ueber die Art der Feststellung dieses begrifflichen Erfordernisses im konkreten Fall führt das Reichsgericht (24 S. 137) zutreffend aus: „Für die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist dem Richter durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß aber seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher in dem Verschulden eines Gesellschafters oder in dessen Person liege.[1]) Es ist auch nicht erforderlich, daß ein einzelnes Moment für sich als durchschlagend hervortritt, verschiedene Momente können in ihrer Verbindung und vielleicht erst durch dieselbe als wichtiger Grund erscheinen,[2]) und es können in dieser Weise namentlich auch in der Person verschiedener Gesellschafter liegende Umstände zusammen in Betracht kommen: ja es ist nicht ausgeschlossen, daß dabei selbst ein in der Person des Antragenden liegender Grund berücksichtigt werde." Nur ist der letzteren Bemerkung hinzuzufügen, daß einem solchen Grunde, wenn seine Bedingungen ad hoc erzeugt sind, die exceptio doli entgegensteht.

Anm. 4. Daß ein Schade eingetreten ist, ist nicht gerade erforderlich für das Vorliegen eines wichtigen Grundes, und ist auch andererseits nicht dazu ausreichend (R.O.H. 20 S. 265; O.A.G. Dresden in G.Z. 8 S. 592).

Anm. 5. 3. (Abs. 1.) **Das Recht auf einseitige Auflösung wird geltend gemacht durch Erhebung der Klage.** Es kann nach der jetzigen Fassung nicht mehr als erforderlich hingestellt werden, daß das Verlangen geltend gemacht wird durch eine Erklärung gegenüber den anderen Gesellschaftern. Es kann sofort geklagt werden. Unter Umständen wird aber eine Klage ohne vorherige Aufforderung die Folge haben, daß dem Kläger die Kosten auferlegt werden (§ 93 C.P.O.). Freilich wird das dann nicht der Fall sein, wenn das Verhalten der anderen Socien der Klagegrund ist. In solchem Falle haben sie jedenfalls Anlaß zur Klage gegeben. Der klagende Socius hat dann nicht mehr nothwendig, die anderen Socien zu befragen, ob sie in die Auflösung willigen wollen.

Anm. 6. Die Geltendmachung durch Einwand genügt nicht, obwohl das Gesetz nicht gerade von der Klage, sondern nur von einer Entscheidung spricht. Aber das Urtheil soll doch die Auflösung aussprechen, also muß der Tenor diesen Ausspruch enthalten und das kann nur auf Grund einer Klage (oder Widerklage) geschehen (früher anders Behrend § 78 Anm. 12; R.O.H. 12 S. 101).

Wechsel in der Geltendmachung eines Auflösungsgrundes ist Klageänderung (Bolze 21 Nr. 767).

---

[1]) So auch R.G. vom 22. Februar 1898 in J.W. S. 203.
[2]) So auch R.G. vom 12. November 1898 im Sächsischen Archiv 9 S. 62.

Unverzügliche Klageerhebung ist nicht erforderlich. In der bloßen faktischen Fortsetzung der Gesellschaft ist eine Verzeihung des Fehltritts nicht nothwendig zu finden, jedoch unter Umständen (vergl. einen solchen Fall R.O.H. 6 S. 112) und in einer längeren Fortsetzung ist sie sicher zu finden. Anm. 7.

Darüber, ob auch einstweilige Verfügung auf Ausspruch der Auflösung und Einleitung der Liquidation zulässig ist, siehe unten Anm. 9.

4. **Der Inhalt der gerichtlichen Entscheidung** ist der Ausspruch der Auflösung. Das Urtheil ist konstitutiv, was auch früher von uns behauptet wurde, jedoch gegen die herrschende Meinung (5. Aufl. § 3 zu Art. 125). Anm. 8.

Durch den rechtskräftigen Richterspruch wird die Gesellschaft aufgelöst. Bis dahin kann der antragende Gesellschafter auf seinen Auflösungsanspruch noch verzichten und dadurch bewirken, daß die Gesellschaft noch fortbesteht. Bis dahin bleiben alle Gesellschafter im Genusse ihrer Befugnisse, insbesondere zur Vertretung der Gesellschaft und zum Bezuge von Gewinn und Zinsen. Mißlichkeiten und Ungerechtigkeiten in dieser Hinsicht können durch **einstweilige Verfügung** auf Entziehung der Geschäftsführung oder Vertretungsbefugniß beseitigt werden (vergl. hierüber §§ 117 und 127 und die Erläuterung dazu). Die einstweilige Verfügung kann sogar auch auf Ausspruch der Auflösung und Einleitung der Liquidation gehen. Es wurde dies schon früher auf Grund der schrankenlosen Freiheit, welche dem Richter bei einstweiligen Verfügungen zusteht und die sogar bis zur Antezipation der Zwangsvollstreckung gehen kann — § 138 C.P.O.; R.G. 9 S. 334; 27 S. 430 — angenommen (L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1891 S. 115) und muß auch jetzt angenommen werden: zumal der vorliegende Paragraph nur von gerichtlicher Entscheidung, nicht von gerichtlichem Urtheil spricht (Makower S. 260). Auch kann das Prozeßgericht nicht nur die Liquidation aussprechen, sondern es kann der Antrag der einstweiligen Verfügung auch auf Ernennung von Liquidatoren gehen und das Gericht kann dem entsprechen. Es ist nicht anzunehmen, daß zufolge der § 145 F.G. nur das Amtsgericht zur Ernennung der Liquidatoren zuständig sei. Dies ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil nach § 146 F.G. in diesem Verfahren der Gegner stets zu hören ist, es aber oft erforderlich ist, ohne Gehör des Gegners einzugreifen (Makower S. 286). Anm. 9.

Das Kammergericht nahm schon nach früherem Recht an, daß **auch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil** auf Auflösung wirksam und eintragungsfähig ist (Johow 14 S. 235), nach jetzigem Recht wird dies durch § 16 bestätigt. Liquidatoren sind in diesem Falle die im § 146 Abs. 1 Bestimmten; sollen es diese nicht sein, so muß der Antragsteller die erforderlichen Anträge gemäß § 146 Abs. 2 H.G.B. und §§ 145, 146 F.G. beim Amtsgericht oder gemäß Anm. 9 im Wege der einstweiligen Verfügung stellen. Das Urtheil des Prozeßgerichts kann auf Einsetzung von Liquidatoren nicht gehen. Anm. 10.

Das Urtheil hat nicht die weitere Folge, daß nunmehr ohne Weiteres Schadensersatz gefordert werden kann. Es finden vielmehr die allgemeinen Grundsätze über Schadloshaltung und Schuld (R.O.H. 17 S. 366), über die Folgen des Verzugs und der Klagezustellung Anwendung. Aus diesen allgemeinen Grundsätzen ergiebt sich, daß derjenige Theil, der dem anderen durch sein vertragswidriges Verhalten zu dem Verlangen auf sofortige Auflösung Anlaß gegeben hat, ihm zum Schadensersatz verpflichtet ist (vergl. unsere Erläuterung zu § 347). Weiter folgt aus diesen allgemeinen Grundsätzen, daß, wenn jeder Gesellschafter dem anderen durch sein Verhalten Veranlassung zur Auflösung gegeben hat, unter Umständen keinem Theil ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht (R.O.H. 24 S. 308; ein Gesellschafter hatte mit der Ehefrau des anderen Ehebruch getrieben und war dafür von ihm gemißhandelt worden; jetzt § 254 B.G.B.). Wenn aber das Reichsgericht bei Bolze 5 Nr. 744 sagt, daß es auf den Grad der beiderseitigen Verschuldung nicht ankommt, so kann dies nach jetzigem Rechte nicht mehr gelten. Vielmehr greift jetzt § 254 B.G.B. Platz, wonach bei allen Schuldverhältnissen, also auch bei Gesellschaften, konkurrirendes Verschulden die Wirkung hat, daß die Verpflichtung und der Umfang des Schadensersatzes vom Maße der Schuld abhängt. Anm. 11.

Anm. 12. 5. **Ueber das Vorhandensein der wichtigen Gründe entscheidet das freie richterliche Ermessen.** Dasselbe ist aber wohl zu unterscheiden von der Beweislast (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 63). Diese trifft Den, der die Auflösung verlangt. Auch ist der Richter, wenn das Ergebniß dahin geht, daß ein wichtiger Auflösungsgrund vorliegt, verpflichtet, die Auflösung auszusprechen. Das Wort „kann" in Abs. 1 darf in dieser Hinsicht nicht irreführen. Wird in dem Gesetze angeordnet, daß eine Behörde etwas thun kann, so ist damit gesagt, daß sie es thun muß, wenn die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorhanden sind (Planck I S. 25). In diesem Sinne sind insbesondere auch die Beispiele in Abs. 2 zwingend. Steht z. B. fest, daß ein Gesellschafter wesentliche Verpflichtungen vorsätzlich verletzt hat, so muß der Richter auf Auflösung erkennen. Aber die hier erwähnten Auflösungsgründe sind nicht erschöpfend, sondern nur Beispiele (vergl. unten Anm. 17).

Anm. 13. 6. (Abs. 2.) **Die einzelnen Gründe vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft.**

a) **Das Gesetz hebt zwei Gründe hervor:** Verletzung und Unmöglichkeit der Erfüllung von Verpflichtungen des Gesellschaftsvertrages.

α) **Die Verletzung einer dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden wesentlichen Verpflichtung aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.** Der Grund deckt sich mit dem Auflösungsgrund des früheren Art. 125 Nr. 3. Unter Gesellschaftsvertrag ist hier nicht bloß der Inhalt besonderer Vereinbarungen über das Gesellschaftsverhältniß gemeint, sondern alles das, was Kraft Gesetzes oder Vertrages über das Gesellschaftsverhältniß gilt. Es ist also die Verletzung der dem Gesellschafter obliegenden gesellschaftlichen Verpflichtungen gemeint. Die Nichterfüllung braucht zwar nicht beharrlich zu sein, aber gegen chikanöse Ausbeutung von Unachtsamkeiten schützt das allgemeine Erforderniß „wichtig" und das Requisit einer wesentlichen Verpflichtung. Man würde dem Gedanken des Gesetzes nicht gerecht werden, wenn man z. B. jede grobe Fahrlässigkeit in Bezug auf die Geschäftsführung (etwa die irrthümliche Adressirung eines Packets Seitens des die Expedition leitenden Socius) für genügend hielte. Dem Wortlaut nach wäre dies allerdings genügend. Aber es kommt darauf an, ob die aus der allgemeinen Verpflichtung der Geschäftsführung folgende konkrete Pflicht zur gehörigen Expedition des betreffenden Packets eine wesentliche Verpflichtung im Sinne des vorliegenden Paragraphen ist. Unrichtige Buchung wird unter diesem Gesichtspunkte oft harmlos und unwichtig erscheinen. Selbst wesentliche Pflichtverletzungen sind oft geringfügiger Natur. Wenn es z. B. im Gesellschaftsvertrage den Gesellschaftern verboten ist, ohne Genehmigung der anderen Socien einen Handlungsgehilfen zu entlassen, und der Socius würde dies dennoch vorsätzlich und wissentlich gethan haben, aber im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft, so würde damit der Thatbestand des vorliegenden Paragraphen nicht erfüllt sein, weil im konkreten Fall die Pflicht zur Einholung der Genehmigung keine wesentliche war.

Anm. 14. Die Praxis hat die vorliegende Nummer angewendet bei Nichteinlegung versprochener Einlagen (Bolze 8 Nr. 544), bei unterlassener Inventur und Bilanz, sowie eigenmächtiger Abschließung von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (R.O.H. 20 S. 244); Unfleiß und Entziehung der Thätigkeit überhaupt (G.Z. 7 S. 463); verbotene Separatgeschäfte (Bolze 15 Nr. 414).

Anm. 15. Unter diese Nr. fallen ferner die früher gesondert abgehandelten Auflösungsgründe: Unredlichkeit bei Geschäftsführung und Rechnungslegung (Art. 125 Nr. 2 des alten H.G.B.) und Mißbrauch der Firma oder des Geschäftsvermögens zu Privatzwecken. Als Unredlichkeit wurde es besonders früher ausgelegt, wenn der Gesellschafter wissentlich zu viel Auslagen liquidirt oder sich persönliche Belohnungen bei Gesellschaftsgeschäften stipulirt (vergl. R.O.H. 13 S. 179, wo dies als Entlassungsgrund eines Aktiengesellschaftsdirektors angenommen worden ist; vergl. auch Bolze 7 Nr. 630); Nichtablieferung vereinnahmter Gelder (O.A.G. Dresden in G.Z. 11 S. 565). — Der Mißbrauch der

Firma oder des Gesellschaftsvermögens zu Privatzwecken würde als Auflösungsgrund dann anzusehen sein, wenn die Gesellschaft dadurch verpflichtet würde, auch wenn dadurch eine Benachtheiligung nicht beabsichtigt und nicht bewirkt war (R.O.H. 20 S. 265); jetzt freilich, wo dieser Grund nicht hervorgehoben ist, wird man etwas vorsichtiger und etwas milder sein müssen; man wird sich immer fragen müssen, ob damit eine wesentliche Verpflichtung verletzt ist. Auch der Mißbrauch des Gesellschaftsvermögens muß erheblich sein. So wird z. B. der Gebrauch einiger Postwerthzeichen zu Privatzwecken kein Auflösungsgrund sein (vergl. Bolze 5 Nr. 745).

β) **Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen.** Anhaltende Krankheit, insbesondere auch Geisteskrankheit (die ja jetzt nicht mehr ein ipso jure wichtiger Auflösungsgrund ist; vergl. Art. 123 des alten H.G.B. mit § 131 des neuen H.G.B.) werden dann ein Auflösungsgrund sein, wenn der Socius dadurch verhindert wird, seine wesentlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Der Begriff „wesentlich" erfordert natürlich auch, daß die Zeit erheblich ist. Zu beachten ist, daß es sich hier handelt um eine Unfähigkeit, die auf Seiten des anderen Socius d. h. desjenigen, gegen den sich der Antrag richtet, eingetreten ist, denn es handelt sich darum, daß derselbe seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann. Die Unfähigkeit Dessen, der die Auflösung verlangt, ist hier nicht gemeint. Die Unmöglichkeit in der Ausübung von Rechten kann allerdings auch ein Auflösungsgrund sein, nämlich aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Wichtigkeit des Grundes. Anm. 16.

b) **Andere Auflösungsgründe.** Anm. 17.

α) Dazu gehört zunächst der vom alten H.G.B. erwähnte, jetzt nicht mehr hervorgehobene Grund der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks. Daß dies ein Auflösungsgrund sein kann, ist sowohl von der Denkschrift (S. 97), als auch von der Kommission (K.B. S. 56) anerkannt worden.

Weil darüber, wann Unerreichbarkeit des Gesellschaftszweckes vorliegt, Meinungsverschiedenheit herrschen kann (Denkschrift S. 97), deshalb ist sie nicht zum ipso jure wirkenden Auflösungsgrund erklärt worden. Aber schon darüber, was unter dem Gesellschaftszweck zu verstehen ist, besteht Streit: ob es die Betreibung des im Gesellschaftsvertrage angegebenen Handelsgewerbes überhaupt ist, ohne Rücksicht auf das pekuniäre Resultat, oder das durch das Handelsgewerbe erstrebte Ziel des Gewinnes. Letzteres ist gemeint, ersteres würde aus theoretischen Gründen zu unpraktischen Ergebnissen führen. Auch das Wort „unmöglich" darf nicht gepreßt werden, vielmehr wird eine nur durch außergewöhnliche oder unwahrscheinliche Umstände zu überwindende Schwierigkeit der Unmöglichkeit gleich zu stellen sein. Die Auflösung einer mit Salz handelnden Gesellschaft kann daher nicht bloß dann verlangt werden, wenn das Salzmonopol eingeführt wird, sondern schon dann, wenn der Handel durch Einführung hoher Zölle keinen Nutzen mehr verspricht. Andere Fälle sind: wenn durch neue Erfindungen der Artikel wesentlich verbessert oder wenn durch Konkurrenz-Unternehmungen der Betrieb wesentlich erschwert wird. Dabei kommt überall die Erwägung nicht mit in Betracht, daß sich durch die Erhöhung des Kapitals der Gesellschaftszweck doch noch erreichen ließe, da zur Erhöhung seiner Einlage kein Gesellschafter verpflichtet ist (Anm. 6 und 7 im Exkurse zu § 122). Andererseits rechtfertigt die Thatsache allein, daß bereits Verluste am Einlagekapital entstanden sind, die Anwendung dieser Vorschrift nicht, wenn nicht durch diese Verluste die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich geworden ist, was allerdings bei erheblichen Einbußen meist der Fall sein wird (O.A.G. Dresden in G.Z. 8 S. 592; O.L.G. Frankfurt in G.Z. 35 S. 233). **So ist mangelnde Rentabilität als Auflösungsgrund anerkannt** in R.O.H. 12 S. 100. In Gesellschaftsverträgen wird dieser Auflösungsgrund gewöhnlich dahin präzisirt, daß die Auflösung der Gesellschaft verlangt werden kann, wenn ein bestimmt angegebener Theil des ursprünglichen Gesellschaftsvermögens aufgezehrt ist oder wenn

der Reingewinn nicht jährlich einen bestimmten Betrag erreicht. Im Allgemeinen ist hierbei zu bemerken, daß ein neues Geschäft meist nicht gleich bedeutende Erfolge erzielt, daß man vielmehr im Anfang mit großen Spesen und geringen Einnahmen, mit Versuchen ꝛc., den sogenannten Kinderkrankheiten des Geschäfts, wird rechnen müssen.

Anm. 18. β) **Sodann ist zu erwähnen die Unmöglichkeit in der Ausübung von Rechten** (vergl. oben Anm. 16). Es wird z. B. ein Gesellschafter krank und kann deswegen nicht thätig sein. Er verliert dadurch die Möglichkeit, selbst einzugreifen und zu kontroliren. Das kann ihm im geeigneten Falle das Recht geben, die Auflösung zu verlangen. Er wird dies Recht z. B. dann nicht haben, wenn er sich auch sonst um die Gesellschaft wenig gekümmert hat.

Anm. 19. γ) **Andere Beispiele aus der Praxis sind:** Bestrafung wegen Verbrechen, die nicht gegen die Gesellschaft gerichtet sind; injuriöses Verhalten (vergl. R.O.H. 11 S. 265, es hatte ein Sozius den anderen „Bummler" und „Berliner Schwindler" genannt, unter den obwaltenden Umständen — es bestand Arbeitstheilung zwischen den Socien, — wurde dies nicht für wichtig genug gehalten —); Verleumdungen, welche in einer Ausschließungsklage enthalten waren (R.O.H. 20 S. 268); Mißhandlungen eines Gesellschafters durch den anderen (R.O.H. 24 S. 308), Störung des Geschäftspersonals durch Schreien und Toben, Versendung eines Zirkulars, an den anderen Socius solle nicht mehr gezahlt werden (R.G. vom 12. Nov. 1898 im Sächsischen Archiv 9 S. 62).

Anm. 20. 6. (Abs. 3.) **Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.** Durch Vereinbarung darf, wie dieser Absatz 3 hervorhebt, das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, weder ausgeschlossen, noch diesen Vorschriften zuwider beschränkt werden.

a) Demnach ist zunächst jede Vereinbarung nichtig, durch welche der Rechtsweg ausgeschlossen wird. Das würde mindestens als Beschränkung des Rechts auf Auflösung angesehen werden. Denn das Gesetz erblickt eben in der gerichtlichen Entscheidung die einzig wirksame Ausübung des Rechts auf vorzeitige Auflösung. Es kann also durch Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen werden, daß durch Beschluß der Gesellschafter, am allerwenigsten durch Majoritätsbeschluß, über das Vorhandensein wichtiger Gründe befunden wird.

Anm. 21. b) Nichtig ist auch jede Vereinbarung über die Wichtigkeit der Gründe, soweit dadurch das Recht auf vorzeitige Auflösung beschränkt wird. Die Zahl der wichtigen Gründe kann also durch Vertrag erweitert werden, es kann aber nicht durch Vertrag ein nach richterlichem Ermessen wichtiger Grund giltig zu einem unwirksamen erklärt werden. Man kann in Folge dessen die Pflichten der Gesellschafter beliebig normiren, aber man kann nicht vereinbaren, daß eine grobe Verletzung bestehender Pflichten kein Auflösungsgrund sein soll.

Anm. 22.

c) Welches ist die Folge, wenn solche Vereinbarung gleichwohl getroffen wird? Nach § 139 B.G.B. wird zu beurtheilen sein, ob hiernach der ganze Vertrag hinfällig wird oder bloß die entgegenstehende Vereinbarung. In den meisten Fällen, regelmäßig, wird bei Gesellschaftsverträgen das letztere anzunehmen sein. Derartige Vereinbarungen werden also ungiltig, der Vertrag selbst giltig sein. Immerhin werden solche Vereinbarungen doch nicht ganz ohne jede Bedeutung sein. Sie werden eine thatsächliche Bedeutung nach der Richtung haben, daß sie zeigen werden, was die Gesellschafter für wichtig und wesentlich gehalten haben. Sie werden also oft geeignet sein, dem richterlichen Ermessen, welches zwar frei ist, aber doch die Intentionen der Parteien berücksichtigen soll, die Richtschnur zu geben (vergl. Litthauer Anm. e).

Anm. 23.

Zusatz 1. Verschieden von diesen Rücktrittsgründen ist die Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages aus allgemeinen Rechtsgründen (vergl. hierüber oben die Einleitung).

In diese Kategorie gehört übrigens auch die Anfechtung aus dem Grunde, weil vor dem Beginn der Gesellschaftsgeschäfte eine Thatsache bekannt wird, welche, wenn die Gesellschaft schon ihre Geschäfte begonnen hätte, zur vorzeitigen Auf-

lösung berechtigen würde. Das wird wohl meist ein wesentlicher Irrthum im Sinne des Anm. 24.
§ 119 B.G.B. sein (vergl. R.G. bei Bolze 9 Nr. 472).

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die Vorschriften der vorliegenden Paragraphen sind, wie schon Absatz 3 ergiebt, zwar zwingenden Rechts. Das aber bewirkt nicht, daß sie auf frühere Gesellschaftsverträge Anwendung finden. Sie gehören vielmehr zu den Vorschriften, welche das innere Verhältniß betreffen würden, und sind daher nicht rückwirkend (vergl. Anm. 32 zu § 105).

§ 134.

Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.

Der vorliegende Paragraph giebt eine Auslegungsvorschrift, wonach in zwei Fällen eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer von Gesetzeswegen als vorhanden angenommen wird. Anm. 1.

1. Eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer wird angenommen, wenn eine Gesellschaft auf die Lebenszeit eines Gesellschafters geschlossen wird (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 132). Anm. 2.
2. Sie wird ferner angenommen, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird.

   Damit ist also gesagt, daß eine Gesellschaft, auch wenn ihre vereinbarte Dauer abgelaufen ist, damit nicht nothwendig beendigt ist, und zwar ist hier hervorgehoben, daß sie stillschweigend fortgesetzt werden kann. Zur stillschweigenden Fortsetzung gehört ein Verhalten aller Gesellschafter, aus welchem ersichtlich ist, daß die Gesellschaft trotz des Zeitablaufs fortgesetzt werden soll. Es müssen mit anderen Worten die Erfordernisse einer stillschweigenden Vereinbarung vorliegen. Warum aber gerade stillschweigende Vereinbarung hervorgehoben wird, ist nicht ersichtlich. Denn bei einer ausdrücklichen Vereinbarung muß das Gleiche gelten. Es ist, wenn im Augenblicke des Zeitablaufs ausdrücklich vereinbart wird, die Gesellschaft solle sich fortsetzen, die Gesellschaft ebenfalls auf unbestimmte Zeit geschlossen und nicht etwa auf die frühere Zeitdauer. Ein Majoritätsbeschluß reicht zu dieser ausdrücklichen Vereinbarung nicht aus, auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrage per maiora beschlossen wird, weil dies nicht über die Dauer der Gesellschaft hinaus wirken kann (Bolze 14 Nr. 489). Und ebenso muß dasselbe gelten, wenn, was zulässig ist (vergl. Anm. 2 u. 4 zu § 131), die nicht fortgesetzte, sondern durch Zeitablauf aufgelöste Gesellschaft nachträglich fortgesetzt wird: Die Gesellschaft ist auch in diesem Falle auf unbestimmte Dauer geschlossen.
3. Ueber die Frage, wie und wann eine auf unbestimmte Zeit geschlossene Gesellschaft endigt, siehe § 132 und die Erläuterungen dazu. Insbesondere ist zu bemerken, daß eine auf Lebenszeit abgeschlossene Gesellschaft nicht nur von demjenigen, auf dessen Lebenszeit sie geschlossen ist, sondern auch von jedem der anderen Gesellschafter kündbar ist (R.G. 20 S. 166). Anm. 3.

Zusatz. Uebergangsfrage. Die Vorschrift, daß eine für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist, ist als exklusiv zu betrachten und ergreift auch Gesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestehen. Von diesem Tage ab gelten sie als auf unbestimmte Zeit geschlossen, aber ihre weiteren Verhältnisse beurtheilen sich noch nach altem Recht. Wird eine Gesellschaft nach dem 1. Januar 1900 stillschweigend (oder ausdrücklich) fortgesetzt, so beurtheilen sich ihre Verhältnisse nunmehr nach neuem Recht (vergl. Anm. 32 zu § 105). Anm. 4.

§ 135.

Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen

des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt kündigen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Gläubiger des Einzelgesellschafters ein Mittel, die Gesellschaft vorzeitig zur Auflösung zu bringen,** auf diese Weise die Betheiligung des Gesellschafters zur Liquidität und Realisirung zu bringen und zu seiner Befriedigung heranzuziehen.

Anm. 1. 1. **Das Recht steht jedem Privatgläubiger des Gesellschafters zu.** Privatgläubiger ist aber auch der Gesellschaftsgläubiger, insoweit er den einzelnen Gesellschafter auf Grund dessen Solidarhaft in Anspruch nimmt.

Das Wesen des hier dem Privatgläubiger gegebenen Rechts besteht, wie in der Einleitung betont ist, in dem Rechte des Gläubigers, die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen. Nur als Voraussetzung dieser Befugniß sind die hier aufgestellten Vorbedingungen (fruchtlose Exekution auf Grund eines rechtskräftigen Titels) vorgeschrieben. Nur wenn der Gläubiger durch die Kündigung der Gesellschaft das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters zur Existenz bringen will, sind diese Vorbedingungen erforderlich. Sie sind nicht erforderlich, wenn der Gläubiger des Einzelgesellschafters die vermögensrechtlichen Ansprüche seines Schuldners an die Gesellschaft in derjenigen Gestalt pfändet, wie sie ohne Eingreifen des gläubigerischen Kündigungsrechts für den Gesellschafter selbst entstanden sind, oder in Zukunft entstehen sollten, wenn also die Pfändungsrechte ausgeübt werden auf diejenigen Rechte, welche der Gesellschafter auch durch Cession übertragen kann (vergl. hierüber § 717 B.G.B. und unsere Erläuterungen dazu im Exkurse zu § 122 Anm. 27).

Anm. 2. 2. **Die Voraussetzungen des gläubigerischen Kündigungsrechts** sind:

a) Fruchtlose Exekution in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters. Es braucht nicht dargethan zu werden, daß alle denkbaren Exekutionsmaßregeln ohne Erfolg gewesen sind. Ein Protokoll des Gerichtsvollziehers über vergebliche Mobiliarpfändung genügt. Offenbarungseid ist nicht erforderlich. Aber eine Glaubhaftmachung, daß die Vollstreckung voraussichtlich kein Ergebniß haben würde, genügt nicht.

Nicht nothwendig ist nach dem jetzigen Recht (anders früher Art. 126), daß die Pfändung von dem betreffenden Gläubiger versucht worden ist, sie kann auch von anderer Seite versucht sein. Andererseits aber ist (wieder im Gegensatz zum früheren Recht) erforderlich, daß die Exekution innerhalb der letzten sechs Monate (d. h. vor der Pfändung und Ueberweisung) versucht worden ist. Es genügt aber, wenn seit dem Ende der Exekution noch nicht 6 Monate verflossen sind; denn erst das Ende ergiebt die Erfolglosigkeit, so daß durch schwebende Interventionsprozesse sich diese Frist unter Umständen erheblich verlängern kann. Ueber die Berechnung der Frist siehe §§ 186, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 B.G.B.

Anm. 3. b) **Die Pfändung und Ueberweisung** des Auseinandersetzungsguthabens. Das Guthaben an die Gesellschaft muß überwiesen werden, nicht an die Gesellschafter. Demgemäß ist der Beschluß auch der Gesellschaft zuzustellen (wegen der Kündigung aber siehe unten Anm. 4). Maßgebend sind, da der Gesellschafter regelmäßig Geld zu beanspruchen hat (§ 149), die §§ 829 flg. C.P.O. Doch kann es auch sein, daß er Sachen in natura zu erhalten hat, wenn er z. B. solche quoad usum eingebracht hat. Alsdann kommen die §§ 846 flg. C.P.O. zur Anwendung. Ist dem Gläubiger nicht bekannt, was der Gesellschafter zu beanspruchen hat (Geld oder Sachen), so wird es am besten sein, wenn die Ueberweisung nach beiden Richtungen dem Gesetze entspricht.

Die Pfändung und Ueberweisung muß auf Grund eines rechtskräftigen Schuldtitels erfolgen. Ein bloß vorläufig vollstreckbarer Kostenfest-

setzungsbeschluß z. B. genügt nicht; ein Auszug aus der Konkurstabelle genügt; ein gerichtlicher Vergleich, eine gerichtliche oder notarielle Schuldurkunde genügen.

3. **Unter diesen Voraussetzungen hat der Exekutionsgläubiger das Recht zur Aufkündigung der Gesellschaft.** Die Kündigung muß den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft zugehen und auch an jene gerichtet sein (Anm. 5 zu § 132). Die Frist ist sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Wann das Geschäftsjahr abläuft, wird dem Gläubiger nicht immer bekannt sein. Die Zeitbestimmung des Gesetzes ist deshalb keine glückliche. Steht dem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage eine kürzere Kündigungsfrist zu, so kommt dies dem Exekutionsgläubiger zu Gute, eine längere aber schmälert seine Rechte nicht. Anm. 4.

4. **Die Folgen der Kündigung sind:** Anm. 5.

a) **In Ansehung der Gesellschaft:** die Auflösung derselben nach Maßgabe des § 131 (vergl. Anm. 1 daselbst). Die Auflösung tritt mit Ablauf der Kündigungsfrist ipso jure ein ohne Klage und Richterspruch. Sie tritt auch dann ein, wenn die Gesellschaft vertragsmäßig noch längere Zeit zu bestehen hatte. Das Rechtsmittel greift daher in die Rechte aller Gesellschafter ein und geht oft weiter als das Recht des Schuldners, ist also insofern kein abgeleitetes, sondern ein selbstständiges, vom Rechte des Schuldners unabhängiges Recht. Es ist daher, wie in der Berathung des alten H.G.B. nicht verkannt wurde, ein sehr rigoroses Mittel. Doch haben es, worauf in der Berathung dem gegenüber hingewiesen wurde, die Gesellschafter in der Hand, die Folgen abzuwenden. Zunächst dadurch, daß sie im Gesellschaftsvertrage (sc. vor der fraglichen Pfändung) vereinbaren, daß im Falle der Pfändung der Gesellschafter ausscheiden soll (vergl. Anm. 5 zu § 138). Sodann auch ohne solche Vertragsbestimmung durch einen nach der Pfändung gefaßten Beschluß und eine dementsprechende Erklärung an den Gläubiger (§ 141 Abs. 1). Endlich durch Befriedigung des Gläubigers. Unzweifelhaft wird die Auflösung verhindert, wenn die Gesellschafter den Gläubiger vor der ausgesprochenen Kündigung befriedigen. Zweifelhaft wird dieses schon, wenn die Befriedigung nach geschehener Kündigung, aber vor dem Eintritt der Auflösung erfolgt. Keyßner (Anm. 3 zu Art. 126) vertritt die Ansicht, daß die Auflösung auch dann inter socios eintritt, nur daß dieselben nach § 141 die Auflösung in eine Ausschließung verwandeln können. Hahn zu Art. 126 will dies nicht gelten lassen, wenn die Befriedigung sofort nach geschehener Aufkündigung erfolgt. Dieser Gesichtspunkt aber kann nicht begriffsmäßig durchschlagen. Die Auflösung tritt vielmehr in solchem Falle überhaupt nicht ein. Entscheidend ist, daß die trotz ihrer Exorbitanz eingeführte Vorschrift lediglich den dritten Gläubiger schützen soll und deshalb cessirt, sobald dessen Recht und Interesse wegfällt. Aus diesem Grunde kann derjenige Socius, gegen den die Maßregeln des Gläubigers sich richten, sicherlich auf der Auflösung nicht bestehen; die übrigen Socien aber können das Gläubigerrecht auf Auflösung in solchem Falle nicht geltend machen, weil sie andererseits Socien sind und die rücksichtslose Ausübung des erworbenen Gläubigerrechts mit ihren Gesellschafterpflichten in unlöslichem Widerspruch stände, wie dies auch sonst angenommen wird (vergl. Anm. 24 zu § 128). Wollen die übrigen Gesellschafter die erfolgte Gläubigerkündigung benutzen, um des betreffenden Gesellschafters ledig zu werden, so mögen sie die Rechte aus § 141 ausüben und sich des Erwerbes der Forderung enthalten. Dazu gehört freilich, was Hahn Note 4 uns entgegenhält, ein gemeinsamer Beschluß der übrigen Socien; aber es ist auch nicht einzusehen, wie ein einzelner Gesellschafter dazu käme, die Thatsache der Kündigung einseitig für sich auszubeuten. Befriedigt der Sociusschuldner den Exekutionsgläubiger, und sei es auch nach der Kündigung, so tritt die Auflösung gleichfalls nicht ein; damit am Stichtage die Auflösung eintrete, muß der Auflösungsgrund bis dahin fortwirken (anders Makower S. 265).

b) **In Ansehung des Gläubigers.** Er hat, wenn er nicht befriedigt wird, wenn ferner nicht durch Gesellschaftsvertrag für den Fall der Pfändung das Ausscheiden des Gesellschafters vereinbart ist (vergl. oben Anm. 5) und wenn endlich die Gesellschafter nicht Anm. 6.

die Ausschließung des Schuldners nach § 141 beschließen, ein absolutes Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation und ist nicht an Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gebunden, durch welche im Falle der Auflösung eine andere Art der Auseinandersetzung, etwa Naturaltheilung, angeordnet ist (vergl. Behrend § 81 Anm. 10; anders Makower S. 264), noch weniger aber an nachträgliche Vereinbarungen der Gesellschafter nach dieser Richtung. Auch hierin zeigt sich die Selbstständigkeit und Unmittelbarkeit seines Rechts (vergl. oben Anm. 5). Dieses Recht auf Einleitung und Durchführung der Liquidation kann er dadurch ausüben, daß er die Gesellschafter auf Eintragung der Auflösung und Liquidation verklagt. Er kann auch beim Registerrichter die Einleitung des Offizialverfahrens in Antrag bringen und sich beschweren, wenn dies zu Unrecht versagt wird (vergl. Anm. 5, 7, 9 zu § 14). Er kann aus wichtigen Gründen das Recht auf Ernennung und Abberufung von Liquidatoren geltend machen (Anm. 6 u. 7 zu § 146). Ist die Liquidation eingeleitet, so hat er kein Recht der Mitthätigkeit, wohl aber das Recht auf Auskunftsertheilung in angemessenen Zwischenräumen, auch auf Rechnungslegung (Puchelt Anm. 4 zu Art. 133). Endlich hat er das Recht bezw. die Klage auf Ausantwortung des Gesellschafterguthabens, soweit seine Forderung reicht, unter Umständen auch schon vor Beendigung der Liquidation (§ 155 Abs. 2).

Anm. 7. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift findet, da sie das Verhältniß zu Dritten betrifft, auch auf frühere Handelsgesellschaften Anwendung. Will also der Gläubiger eines Einzelgesellschafters eine Gesellschaft kündigen, so muß er, auch wenn die Gesellschaft schon vor dem 1. Januar 1900 bestand, die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen nachweisen, sowohl in denjenigen Punkten, wo dieselben geringer sind, als die früheren, als auch in denjenigen Punkten, wo sie schwerer sind, als die früheren Voraussetzungen (vergl. Lehmann in G.Z. 48 S. 104).

§ 136.

Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die Befugniß eines Gesellschafters zur Geschäftsführung zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen wird nicht entbehrlich durch die Vorschriften über die Liquidation und über die Befugnisse der Liquidatoren zur Geschäftsführung. Denn einerseits sind die geschäftsführenden Gesellschafter und die Liquidatoren nicht immer dieselben Personen und andererseits haben die Befugnisse beider bezüglich der Geschäftsführung einen verschiedenen Umfang (Denkschrift S. 98).

Anm. 2. 2. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Geschäftsführung. Die Befugniß des Gesellschafters zur Vertretung, d. h. seine Legitimation Dritten gegenüber gilt so lange, wie sie eingetragen ist oder die Entziehung dem Dritten bekannt geworden ist. Die Eintragung oder Kenntniß der Auflösung gilt der Kenntniß des Aufhörens der Vertretungsbefugniß gleich.

Anm. 3. 3. Von der Geschäftsführungsbefugniß, welche normaler Weise über die Zeit der Auflösung hinaus nicht dauert (vergl. Anm. 4 zu § 145), ist hier im Anschluß an den § 729 B.G.B. gesagt, daß sie zu Gunsten des Gesellschafters so lange fortbesteht, als bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt hat oder die Auflösung kennen mußte (d. h. aus Fahrlässigkeit nicht kannte; § 122 B.G.B.). So lange gilt es nicht als Anmaßung, wenn er die Geschäfte weiterführt. Vom Augenblicke an, wo er die Auflösung kennen mußte, fällt dieses Recht der Geschäftsführung fort, eine etwa trotzdem von ihm ausgeübte Geschäftsführung ist, wenn sie nicht auf einem sonstigen Rechte beruht, rechtswidrig und verpflichtet ihn zum Schadensersatz. Allerdings wird dies hier in der Regel

wenig Bedeutung haben. Denn da mit dem Eintritt der Auflösung seine Vertretungsbefugniß fortfällt (vergl. Anm. 1), so bezieht sich das nur auf solche Akte der Geschäftsführung, welche mit Vertretung nach außen nicht verknüpft sind, oder auf die ihm übertragenen Einzelvollmachten und Ermächtigungen zu bestimmten Arten von Geschäften (§§ 125 Abs. 2 u. 3). Die Vertretungsbefugniß aber hört, wie gesagt, mit der Auflösung auf. Freilich gilt das Aufhören der Vertretungsbefugniß Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 15 (vergl. Anm. 4 ffg. zu § 143).

Anm. 4. 4. Nur zu Gunsten des Gesellschafters besteht die Befugniß zur Geschäftsführung fort. Eine Geschäftsführungspflicht besteht nicht. Nur bei Auflösung durch Kündigung (sei es durch den Gesellschafter oder durch den Gläubiger) besteht die Befugniß zur Geschäftsführung, nicht in anderen Fällen der Auflösung.

§ 137.

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die von seinem Erblasser zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können. Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der von ihnen zu besorgenden Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters Anwendung.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph trifft Fürsorge dafür, daß die Geschäfte der Gesellschaft nicht Noth leiden, wenn durch den Tod oder durch den Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung eintritt.

Unter der Fortführung der Geschäfte ist hier nicht bloß die Geschäftsführung gemeint. Dieses Wort ist auch nicht gebraucht, vielmehr ist hier die Pflicht und das damit verknüpfte Recht gemeint, die Geschäfte in geeigneter Weise fortzuführen, also auch durch Vertretung der Gesellschaft, soweit das die Erledigung der Geschäfte mit sich bringt. Die Eintragung der Auflösung oder die Kenntniß des Dritten von der Auflösung ändern an der Vertretungsbefugniß, soweit sie hiernach besteht, nichts (anders Makower S. 268). Die hier statuirte Pflicht und Befugniß zur Geschäftsführung und Vertretung konkurrirt vielmehr mit der normalen Vertretungsbefugniß, sie ist ja gerade für Fälle berechnet, wo der Normalapparat der Geschäftsführung und Vertretung zwar an sich besteht, aber aus irgend einem Grunde nicht funktionirt.

Die Fälle des vorliegenden Paragraphen sind, daß die Gesellschaft durch den Tod oder durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst wird.

Anm. 1. 1. In ersterem Falle wird den Erben des verstorbenen Gesellschafters die Pflicht zur Anzeige des Todes und bei Gefahr im Verzuge auch zur Fortführung der von dem verstorbenen Gesellschafter zu besorgenden Geschäfte auferlegt. — Unter den Erben des Gesellschafters ist derjenige zu verstehen, der die Erbschaft antritt. So lange die Ueberlegungsfrist läuft, hat er diese Pflicht nicht. Denn es kann nicht angenommen werden, daß Jemandem, der den Verhältnissen der Gesellschaft völlig fern steht, eine Pflicht auferlegt werden soll, deren Verletzung ihn unter Umständen zu schweren Regressen verpflichtet. Aber das Recht zur Vornahme dieser Handlungen hat derjenige Erbe, für welchen die Ueberlegungsfrist noch läuft, schlägt er demnächst aus, so hat er gegenüber Demjenigen, der Erbe wird, die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 1959 B.G.B.). — Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 B.G.B.). — Unterlassen die Erben die Anzeige oder die Fortführung der Geschäfte in den dazu geeigneten

Fällen, so haften sie den anderen Gesellschaftern für den dadurch erwachsenden Schaden. Ebenso haften sie bei Fortführung der Geschäfte wie Socien (Motive zu § 727 B.G.B.), auch haben sie über diese Thätigkeit Rechenschaft abzulegen (§§ 713, 666 B.G.B.).

Anm. 2. Die Pflicht zur Fortführung der Geschäfte setzt voraus, daß Gefahr im Verzuge ist, und dauert so lange, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit den anderen Fürsorge treffen konnten. Ob sie wirklich Fürsorge getroffen haben, ist gleichgiltig. Die übrigen Gesellschafter haben in erster Reihe die Pflicht, Fürsorge zu treffen. Unterlassen sie dies oder scheitern die betreffenden Verhandlungen an dem Eigensinn oder der sonstigen unsachlichen Behandlung der Sache Seitens der Gesellschafter, so fällt die Verpflichtung der Erben fort. Die Fürsorge, welche zu treffen ist, besteht hauptsächlich in der Bestellung von Liquidatoren (vergl. § 146). — Die im § 137 den Erben auferlegten Pflichten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs. 2 B.G.B.), den Gesellschaftern haften daher mehrere Erben für die Erfüllung dieser Verpflichtung als Gesammtschuldner nach Maßgabe der §§ 2058 flg. B.G.B. Erfüllen sie die Pflicht, so haften sie den Gesellschaftern und diese, sowie die Gesellschaft ihnen wie Gesellschafter. Sind mehrere Erben, so sind die Handlungen von den sämmtlichen Erben vorzunehmen (§ 2038 Abs. 1 B.G.B.), soweit dieselben aber zur Erhaltung des Nachlasses nothwendig sind, was wohl häufig der Fall sein wird, so kann jeder Miterbe sie auch allein ohne Mitwirkung der anderen vornehmen (§ 2038 Abs. 2 B.G.B.).

Auch die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise, also auch bei Gefahr im Verzuge, verpflichtet, die von ihnen zu besorgenden Geschäfte einstweilen fortzuführen, bis die anderweite Fürsorge getroffen ist.

Anm. 3. 2. Wird die Gesellschaft durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst, so besteht nur die in Anm. 1 behandelte Pflicht der anderen Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der ihnen obliegenden Geschäfte. Dem in Konkurs gerathenen Gesellschafter und seinem Konkursverwalter ist eine gleiche Pflicht nicht auferlegt. Dagegen tritt letzterer bei eintretender Liquidation an die Stelle des Gesellschafters (§ 146 Abs. 3). Ueber die Geltendmachung der Ansprüche des Gesellschafters, welcher auf Grund dieser Verpflichtung Geschäfte führt, im Konkurse des falliten Gesellschafters, disponirt § 28 K.O. Zwar spricht dieser nur von einer Gesellschaft nach § 705 B.G.B. und citirt nur die §§ 728 u. 729 B.G.B. Allein es dürfte nicht bedenklich sein, die Bestimmungen hier analog anzuwenden, und man dürfte dem Gesetzgeber der Konkursordnung nicht zu nahe treten, wenn man meint, er habe wohl nur deshalb die o. H.G. und die entsprechenden Bestimmungen des H.G.B. nicht erwähnt, weil er nicht daran gedacht hat. Wir vermögen uns nicht zu entschließen, mit Makower S. 256 die entsprechende Anwendung wegen jenes Wortlautes des § 28 K.O. auszuschließen.

Anm. 4. 3. In beiden Fällen „gilt die Gesellschaft insoweit als fortbestehend". Der Satz ist nicht korrekt. Denn die Gesellschaft besteht in solchen Fällen überhaupt noch fort. Sie ist ja nur aufgelöst, d. h. im Zustande der Liquidation, nicht untergegangen (vergl. Anm. 1 zu § 131). Auch ist nicht gemeint, daß die Gesellschaft insoweit als o. H.G. fortbesteht. Dies anzuordnen, lag für den Gesetzgeber kein Anlaß vor. Der Satz ist also gänzlich überflüssig. Er ist übernommen aus § 727 B.G.B. und die dort gebrauchte Wendung ist wieder übernommen aus § 673 B.G.B. In dem letzteren Paragraphen ist gesagt, daß der Erbe des Beauftragten, wenn der Auftrag durch den Tod erlischt, bei Gefahr im Verzuge die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen hat; „insoweit gelte der Auftrag als fortbestehend". Dort reiht sich die Wendung zwanglos an und ist richtig, wenn auch vielleicht ebenfalls überflüssig. Hier aber ist sie überflüssig und unrichtig. Denn die Gesellschaft gilt nicht bloß insoweit, als solche Geschäftsfortsetzungspflicht besteht, sondern überhaupt als fortbestehend, und zwar als Abwickelungsgesellschaft, nicht als o. H.G., wie man aus dem Ausdrucke „fortbestehend" vielleicht entnehmen könnte.

Anm. 5. Zusatz. Setzt sich die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fort, ohne daß die Geschäftsführung auf sie übergeht, so haben sie die analoge Verpflichtung (K.V. zu § 728 B.G.B.).

§ 138.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt eine Vereinbarung, die es ermöglicht, daß gewisse in der Person eines Gesellschafters eintretende Auflösungsthatsachen die Auflösung nicht bewirken. Diese Vereinbarung ist wohl zu unterscheiden von einer Reihe ähnlicher Vereinbarungen, über diese siehe unten Anm. 4.

Anm. 1.

1. **Vorausgesetzt ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, daß trotz der Kündigung, des Todes oder des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll.**

   Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages: also müssen alle Gesellschafter zugestimmt haben, und zwar vor dem Eintritt jener Thatsache, also vor der Kündigung, vor dem Konkurse, vor dem Tode des betreffenden Gesellschafters, der ausscheiden soll. — Die Vereinbarung kann auch allgemein auf „Fortsetzung der Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters" lauten und braucht keinen bestimmten Fall des Ausscheidens zu erwähnen. Daß dies früher angenommen wurde (Bolze 2 Nr. 1109), würde allerdings für das gegenwärtige Recht nicht genügend beweisen, weil früher auch das Gesetz allgemein vom Ausscheiden sprach. Allein es erfordert diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nichts als genügende Deutlichkeit, und von diesem Gesichtspunkte aus ist jene allgemeine Fassung ausreichend, wenn nur ersichtlich ist, daß sie auf den § 138 abzielt.

Anm. 2.

2. **Vorausgesetzt ist ferner das Uebrigbleiben von zwei Gesellschaftern,** da ja eine Gemeinschaft durch eine Person begriffsmäßig nicht fortgesetzt werden kann (vergl. R.O.H. 11 S. 160; R.G. 7 S. 121; Johow 11 S. 29). Ueber den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, siehe unten Anm. 6.

Anm. 3.

3. **Die Wirkung der Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Socien beim Eintritt jener Thatsachen als fortgesetzt gilt,** ist, daß der betreffende Gesellschafter „ausscheidet", d. h. er hört auf, Socius zu sein und wird Gläubiger in Höhe seines Auseinandersetzungsguthabens. Dasselbe wird berechnet in Gemäßheit des § 738 B.G.B. (siehe über diesen Anm. 4 flg. im Exkurse zu § 141). Auf den Eintritt dieser Wirkung hat der Ausscheidende ein klagbares Recht, an dessen Geltendmachung er insofern interessirt ist, als dadurch die Liquidation vermieden und sein Anspruch auf Auszahlung seines Guthabens in Geld erzeugt wird (Bolze 2 Nr. 1109). Auf die übrigen Gesellschafter geht das Geschäft mit Aktiven und Passiven über, von den Passiven haben sie den Ausscheidenden zu befreien (§ 738 B.G.B.). Das Firmenrecht geht unter den Voraussetzungen des § 24 auf die fortgesetzte Gesellschaft über; in der Vereinbarung der Fortsetzung liegt nicht ohne Weiteres die nach § 24 Abs. 2 erforderliche Einwilligung zur Fortführung der Firma für den Fall, daß der Name des Ausscheidenden sich in derselben befindet.

Anm. 4.

Zusatz 1. Verschieden von der behandelten Fortsetzungsvereinbarung sind folgende Arten der Gesellschaftsfortsetzung:

a) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen Socien durch eine Vereinbarung im Augenblicke der Auflösung (vergl. Anm. 7 zu § 131).

b) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen Socien oder deren Erben durch eine Vereinbarung nach Eintritt der Auflösung (vergl. hierüber Anm. 2 zu § 131).

c) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (§ 131 Nr. 4 und § 139).

In diesen drei Fällen liegt eine Fortsetzung unter allen Socien beziehungsweise mit deren Erben vor.

d) Die Fortsetzung der Gesellschaft unter allen übrigen Gesellschaftern außer demjenigen, in dessen Person sich ein Auflösungsgrund ereignet, jedoch ohne vorherige Vertragsbestimmung, sondern auf Grund eines nach dem Eintritt des Auflösungsgrundes eintretenden Ereignisses (§ 141).

e) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit einer Person, welche in dem Augenblicke, wo ein Gesellschafter austritt, in die Gesellschaft eintritt. Darin liegt ebenfalls eine Fortsetzung der Gesellschaft, aber nicht bloß unter den übrigbleibenden Socien, sondern mit einem Ersatzmann des Austretenden (vergl. Anm. 4 zu § 130).

Anm. 5. **Zusatz 2. Die im vorliegenden Paragraphen zugelassene Vereinbarung kann auch getroffen werden für den Fall, daß der Gläubiger eines Gesellschafters auf Grund des § 135 die Gesellschaft kündigt.** Zwar ist die Fortsetzungsvereinbarung für diesen Fall nicht ausdrücklich zugelassen. Allein die analoge Anwendung wird keinem Bedenken unterliegen, zumal Angesichts des § 141, der es sogar zuläßt, daß nach geschehener Aufkündigung die übrigbleibenden Gesellschafter allein, ohne Zustimmung des Gesellschafters, dessen Antheil gepfändet ist, eine solche Fortsetzung unter sich vereinbaren können. Auch § 145 Abs. 2 steht nicht entgegen, wie in Anm. 11 zu § 145 auseinandergesetzt ist (vergl. auch Rudorff H.G.B. zu § 138). Es kann also der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß, wenn der Gläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft kündigt, dieser Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschaft von den Uebrigen fortgesetzt wird. Eine solche Vereinbarung hat die Wirkung, daß der Gläubiger die Auflösung nicht verlangen kann, sondern nur die Ausantwortung des Auseinandersetzungsguthabens des Gesellschafters. Weiter reicht ja aber auch sein Interesse nicht. — Ist eine solche Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen, so kann noch nach der Pfändung ein solcher Beschluß gefaßt werden (§ 141).

Anm. 6. **Zusatz 3. Auch wenn nur zwei Socien vorhanden sind, kann eine analoge Vereinbarung getroffen werden,** d. h. es kann vereinbart werden, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt, oder in Konkurs geräth, oder wenn (vergl. den Zusatz 2) sein Gläubiger die Gesellschaft aufkündigt, der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt und den Ausscheidenden abzufinden hat. Die Abfindung erfolgt nach Analogie des § 738 B.G.B. (vergl. hierüber Anm. 5 im Exkurse zu § 141). Der Uebernehmer ist in solchem Falle nach Eintritt des Tages, an welchem die Uebernahme erfolgen soll, berechtigt, das Geschäft in seinem Namen und für seine Rechnung zu betreiben; er ist dazu nicht erst dann berechtigt, wenn er den anderen Theil abgefunden hat (Bolze 16 Nr. 495). Ebenso ist er berechtigt, die entsprechende handelsgerichtliche Anmeldung zu bewirken und vom anderen Theil zu verlangen; dies umsomehr, als es sich hierbei auch um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des anderen Theils handelt (vergl. Anm. 1 zu § 106). Ueber den Uebergang des Firmenrechts gilt das in Anm. 2 u. 3 zu § 24 Gesagte (vergl. auch oben Anm. 3). Der Uebergang des gesammten Geschäftsvermögens in das Alleineigenthum des Uebernehmers erfolgt hier im Augenblicke des Eintritts der betreffenden Auflösungsthatsache von selbst. Es liegt hier eine Vereinbarung dahin vor, daß diejenigen Rechtsfolgen, welche für andere Fälle das Gesetz im § 142 anordnet, eintreten. Wie dort in Anm. 2 ausgeführt ist, vollzieht sich in jenen Fällen ein unmittelbarer Eigenthumsübergang ohne Uebergabe, Cession und Auflassung. Ein solcher unmittelbarer Eigenthumsübergang ist zwar eine eigenartige Rechtserscheinung, aber diese Eigenart birgt nichts in sich, was ihren Eintritt auch sonst kraft Vereinbarung hindern könnte. — Hat der Gesellschaftsvertrag eine solche Vereinbarung nicht vorgesehen, so kann im Falle des Konkurses oder der Pfändung des Geschäftsguthabens eines Gesellschafters (nicht auch im Falle der Kündigung oder des Todes) der andere Gesellschafter noch nach dem Eintritte dieser Ereignisse den Uebergang des Geschäfts auf sich verlangen (§ 142).

Anm. 7. **Zusatz 4. Können auch nach Auflösung der Gesellschaft die übrigen Socien die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich beschließen?** Nach § 141 Abs. 2 können sie dies im Falle des Konkurses über einen Gesellschafter (und im Falle der Pfändung des Antheils eines Gesellschafters § 141 Abs. 1, was jedoch nicht in diesen Zusammenhang gehört). Sie haben dies dem Konkursverwalter zu erklären. Aber dies ist eine Ausnahme, wie wir dies in unserer früheren Auflage (5. Aufl. § 5 zu Art. 117) ausführlich dargelegt haben, jetzt aber nicht mehr dargelegt zu werden braucht,

da die Vorschrift des § 141 Abs. 2 beweist, daß es sich um eine Ausnahme handelt. Sonst kann ohne Zustimmung desjenigen Gesellschafters, der die Auflösung veranlaßt hat, bezw. dessen Erben, eine solche Vereinbarung unter den Socien giltig nicht getroffen werden, schon deshalb nicht, weil auch jener Socius auf Durchführung der Liquidation ein gleich starkes Recht hat, wie die übrigen Socien. Beschließen trotzdem die Socien, daß sie fortan eine Gesellschaft unter sich bilden wollen, so ist dies eine neue Societät.

Wohl aber ist es zulässig, daß die übrigen Socien mit dem die Auflösung veranlassenden Gesellschafter noch im Stadium der Liquidation vereinbaren, daß er aus der Gesellschaft ausscheidet und die anderen das Handelsgewerbe fortsetzen. Darin liegt die Fortsetzung der Gesellschaft in gewissem Sinne, wenn auch nicht eine unmittelbare Fortsetzung der o. H.G., so doch eine Fortsetzung der Gesellschaft und ihre Umwandlung in eine o. H.G., jedenfalls aber eine Identität der Gesellschaft, so daß die nunmehrige o. H.G. für die Schulden der alten haftet (vergl. Anm. 2 zu § 131).

Anm. 8. **Zusatz 5. Die Uebergangszeit** wird hier keine Schwierigkeit machen, da sich die Vorschrift mit Art. 127 des alten H.G.B. im Wesentlichen deckt. Doch soll bemerkt werden, daß es sich um eine interne Vorschrift handelt, die auf bestehende Gesellschaftsverträge nicht ohne Weiteres Anwendung findet (vergl. Anm. 32 zu § 105).

§ 139.

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnantheils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Theil der Einlage des Erblassers auf seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären.

Die bezeichneten Rechte können von dem Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, geltend gemacht werden. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist.

Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Anwendung der Vorschriften der Abs. 1—4 nicht ausschließen; es kann jedoch für den Fall, daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig macht, sein Gewinnantheil anders als der des Erblassers bestimmt werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag bestimmt, die Gesellschaft solle im Falle des Todes eines Gesellschafters mit den Erben fortgesetzt werden.** Er

enthält gegen das frühere Recht eine wesentliche Aenderung, die bestimmt und geeignet ist, einen Mißstand des früheren Rechts zu beseitigen. Nach früherem Rechte stand nämlich der Erbe bei einer solchen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages vor folgendem Dilemma: er mußte entweder die ganze Erbschaft ausschlagen, oder aber er mußte in die Gesellschaft eintreten und dadurch die unbeschränkte persönliche Haftung für alle früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft übernehmen. Dieser Mißstand wird dadurch beseitigt, daß dem Erben das Recht eingeräumt wird, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält (Literatur für das frühere Recht R.G. 16 S. 40 ffg.; Viecens in G.Z. 35 S. 91 ffg.).

Verschieden von der im vorliegenden Paragraphen behandelten Fortsetzungsvereinbarung ist eine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben auf Grund einer nach Eintritt des Todes und der dadurch erfolgten Auflösung erfolgten Abrede (Bolze 11 Nr. 264; vergl. Anm. 2 zu § 131). Eine solche Fortsetzungsvereinbarung kann auch dahin getroffen werden, daß der Erbe ausscheidet und die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen (vergl. Zusatz 4 zu § 138).

Anm. 1. I. **Die Voraussetzung der Anwendbarkeit des vorliegenden Paragraphen ist eine auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtete Bestimmung des Gesellschaftsvertrages.** Dieses braucht nicht gerade der Gründungsvertrag zu sein, auch eine spätere Aenderung des Gesellschaftsvertrages ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (vergl. Anm. 5 zu § 109). Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages muß dahin gehen, daß die Gesellschaft nach dem Tode des Socius mit den Erben fortbestehen soll (R.G. 16 S. 56). Wenn der verstorbene Socius nur in seinem Testamente bestimmt hat, der Erbe solle auch nach seinem Tode Mitglied der Gesellschaft bleiben, so genügt dies zur Anwendung des vorliegenden Paragraphen nicht, da das Testament den anderen Socius nicht bindet. Hat freilich die testamentarische Bestimmung zugleich für den anderen Socius bindende Kraft, so wird man kein Bedenken zu tragen brauchen, die Bestimmung des vorliegenden Paragraphen mindestens entsprechend anzuwenden, so z. B. unter Umständen bei gemeinschaftlichen Testamenten (§ 2271 B.G.B.) oder wenn der überlebende Socius ein mit jener Auflage beschwertes Vermächtniß annimmt (§§ 1940, 2194 B.G.B.) — Makower S. 271 —.

Anm. 2. Gleichgiltig für die Anwendung des vorliegenden Paragraphen ist es, wie viel Gesellschafter vorhanden sind. Auch wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, und auch wenn der verstorbene Gesellschafter nur einen Erben hinterläßt, so daß nach dem Wegfall des einen Sozius nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt, findet die Vorschrift Anwendung. Das Wort „ausscheiden" bezieht sich hier, wie im § 24, auch auf diesen Fall (vergl. unten Anm. 20).

Anm. 3. **Dagegen setzt der vorliegende Paragraph voraus, daß der verstorbene Gesellschafter ein Gesellschaftsguthaben hat.** Ist dies nicht der Fall, so fehlt die Grundlage für das dem Erben hier gegebene Wahlrecht: er kann nicht sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten auf der Grundlage des Kapitalantheils seines Erblassers als Kommanditeinlage eingeräumt werde, wenn diese Grundlage nicht vorhanden ist, und es daher an der wesentlichen Voraussetzung solcher Kommanditistenbetheiligung, der bestimmten Vermögenseinlage, gemäß § 161 mangelt. In diesem Falle ist das Dilemma, welches der Gesetzgeber wenn möglich beseitigen wollte, unvermeidlich. Der Erbe muß entweder die Erbschaft ausschlagen oder aber er bleibt offener Gesellschafter und nur gegenseitiger Vereinbarung bleibt es vorbehalten, seine Stellung anders zu gestalten oder sein Ausscheiden zu vereinbaren. (Daß hier überall das gegenwärtige Gesellschaftsguthaben, nicht die ursprüngliche Einlage, der maßgebende Faktor ist, darüber siehe unten Anm. 15.)

Anm. 4. II. **Die Vorschrift bezieht sich auf die Erben des Gesellschafters.** Die Erbenqualität richtet sich nach bürgerlichem Recht. Es ist gleichgiltig, ob sie auf Testament oder Gesetz beruht. Der zum Erben Berufene muß Erbe geworden sein. Erst dann kann davon die Rede sein, daß ihm die Rechte des § 139 zustehen. Er hat selbstverständlich das Recht, die Erbschaft auszuschlagen (vergl. unten Anm. 6) und wenn er dies thut, so kommt die An-

wendung des vorliegenden Paragraphen überhaupt nicht in Frage. Uebrigens dürfte in der Geltendmachung eines der im § 139 vorgesehenen Rechte eine deutliche Erbschaftsantrittserklärung liegen. — Bei fideikommissarischer Substitution wird bis zum Substitutionsfall der Fiduciar Mitglied der Gesellschaft, beziehungsweise Derjenige, der die Rechte nach § 139 ausüben kann, von da ab der fideikommissarische Substitut (R.G. 16 S. 40). Denn auch nach dem B.G.B. kommt, so lange der Fall der Nacherbfolge nicht vorliegt, die Erbenstellung allein dem Vorerben zu (§ 2100 B.G.B.; Strohal, das Deutsche Erbrecht nach dem B.G.B. S. 36). Hat der Fiduciar die Rechte aus § 139 ausgeübt, oder nicht ausgeübt, so muß der Nacherbe die Rechtsstellung, wie sie sich hieraus ergeben hat, gegen sich anerkennen. Er kann zwar die Erbschaft ausschlagen (§ 2142 B.G.B.); aber wenn er sie annimmt, so muß er die von dem Vorerben getroffenen Verfügungen (bis auf einige Ausnahmen, zu denen § 139 nicht gehört) gegen sich gelten lassen (§ 2112 B.G.B.). Das Recht, sich seinerseits über die Rechte des § 139 zu entscheiden, unabhängig von der Entscheidung, die der Vorerbe bereits getroffen hat, kann ihm (im Gegensatz zu Makower S. 272) nicht gegeben werden.

Was den Pflichttheilsberechtigten betrifft, so ist derselbe überhaupt nicht Erbe, wenn er von der Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2303 B.G.B.), er hat dann nur ein Forderungsrecht auf Leistung des Geldwerths der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils (§§ 1967 Abs. 2; 2060 Nr. 1 B.G.B.; Strohal S. 71). Im Zweifel gilt dies auch dann, wenn dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil zugewendet ist; auch dann liegt im Zweifel keine Erbeinsetzung vor (§ 2304 B.G.B.). Es kann aber ein Pflichttheilsberechtigter auch in Höhe seines Pflichttheils als Erbe eingesetzt werden und er kann auch auf ein geringeres Quantum, als sein Pflichttheil beträgt, als Erbe eingesetzt werden, ohne daß er dadurch das Recht hätte, das ihm zugewendete Erbtheil auszuschlagen und sein ganzes Pflichttheil vom Erben in Geld zu verlangen (§§ 2304, 2305 B.G.B.). Er kann also dreierlei rechtliche Stellung haben: er kann einen bloßen obligatorischen Ergänzungsanspruch haben, er kann bloßer Erbe sein, er kann endlich Erbe sein und Pflichttheilsergänzungsanspruch zugleich haben. In denjenigen Fällen, in welchen er hiernach als Erbe hinsichtlich des Gesellschaftsgeschäftsantheils zu betrachten ist, steht auch dem Pflichttheilsberechtigten das Recht aus § 139 zu, sonst nicht. Anm. 5.

Besondere Qualitäten des Erben sind nicht erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag ihr Vorhandensein zur Bedingung nicht gemacht hat. Es ist aber zulässig, daß der Vertrag besondere Bedingungen nach dieser Richtung hin vorsieht. Es ist hiernach, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Gegentheiliges vereinbart, die Fortsetzungsvereinbarung giltig, wenn der Erbe minderjährig oder geisteskrank ist (R.G. 2 S. 32), nicht aber, wenn er im Konkurse ist. Denn der Konkurs löst die Gesellschaft auf, und eine vorherige Vereinbarung, daß trotz des Konkurses die Gesellschaft mit ihm fortgesetzt werden soll, ist unzulässig (vergl. Anm. 17 zu § 131). Es ist nur zulässig die vorherige Vereinbarung, daß die Gesellschaft ohne ihn fortgesetzt werden soll (§ 138 H.G.B.).

Wirksam ist aber die Abrede, daß die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters nur mit einem der Miterben fortgesetzt werden soll (O.L.G. Colmar in G.Z. 42 S. 529).

Die Vertragsabrede kann auch den Tod aller Gesellschafter ins Auge fassen (R.G. 16 S. 58); alsdann kommt § 139 mehrfach zur Anwendung.

III. Beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen hat der Erbe ein Wahlrecht. Anm. 6.

1. **Inhalt des Wahlrechts.** Jeder Erbe kann entweder einfach in die Rechte und Pflichten des Erblassers als offener Gesellschafter eintreten oder er kann statt dessen den anderen Gesellschaftern anbieten, als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben, und wenn sie darauf nicht eingehen, aus der Gesellschaft ausscheiden. — Dagegen kann er nicht ohne Weiteres, ohne den Kommanditistenantrag gemacht zu haben, sein Ausscheiden verlangen; vielmehr muß er ihnen zunächst den Kommanditistenbetheiligungsantrag machen, und erst wenn die anderen Gesellschafter darauf nicht eingehen, so kann er sein Ausscheiden verlangen.

Selbstverständlich aber hat der zum Erben Berufene das Recht, die Erbschaft auszuschlagen und dadurch jede Betheiligung als Gesellschafter von sich zu weisen. Aber er

hat eben — und das ist der Fortschritt unserer Vorschrift — die Möglichkeit, Erbe zu bleiben und doch die Gefahren zu vermeiden, welche in der Betheiligung als offener Gesellschafter liegen.

Anm. 7. 2. **Dieses Wahlrecht steht jedem der Erben einzeln zu** und ebenso haben die übrigen Gesellschafter das Recht, den Antrag des einen Erben, als Kommanditist zu verbleiben, abzulehnen, den gleichen Antrag des anderen Erben anzunehmen. So kann es kommen, daß von drei Erben eines Gesellschafters der eine offener Gesellschafter bleibt, der zweite Kommanditist wird, der dritte ausscheidet. Freilich ist Angesichts der §§ 2032, 2033 Abs. 2, 2040 B.G.B., wonach der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird, und der einzelne über seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht selbstständig verfügen darf, eine verschiedene Entschließung der einzelnen Erben nur möglich, wenn sie sich bereits auseinandergesetzt haben, oder wenn der Erblasser die Uebernahme des Gesellschaftsantheils durch einen Erben oder eines bestimmten Bruchtheils dieses Antheils durch einen Erben in seinem Testament angeordnet hat (§ 2048 B.G.B.).

Anm. 8. 3. **Die Ausübung des Wahlrechts.** Jeder Erbe hat also das Recht, den Gesellschaftern den Antrag zu machen, daß er mit seinem Gesellschaftsguthaben Kommanditist werde. Er hat diesen Antrag zu machen innerhalb der Frist von 3 Monaten seit dem Zeitpunkte, an welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntniß erlangt hat. Die Frist verlängert sich aber, wenn sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, innerhalb dieser 3 Monate noch nicht zu Ende ist. Auf den Lauf der Frist findet § 206 B.G.B. entsprechende Anwendung. Die Fristen sind die gleichen, wie im § 27 (Näheres über dieselben siehe Anm. 20 u. 21 zu § 27). Eine Form für diesen Antrag ist nicht vorgeschrieben. Er kann schriftlich oder mündlich, unter Anwesenden oder unter Abwesenden erfolgen. Er ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach §§ 130—132 B.G.B.; für sie gilt, was von der Kündigung gesagt ist (vergl. daher Anm. 5 flg. zu § 132 H.G.B.). Der Antrag ist an die Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft zu stellen (vergl. § 139 Abs. 2: „Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahin gehenden Antrag des Erben nicht an"). Er ist aber, wenn an die Gesellschaft gestellt, nicht ungiltig, wenn er den übrigen Gesellschaftern nur zugegangen ist (vergl. Anm. 5 u. 6 zu § 132).

Anm. 9. Die übrigen Gesellschafter haben die Pflicht, hierauf zu antworten. Diese Antwortspflicht richtet sich nach den allgemeinen Regeln über die Annahme von Anträgen (§§ 145 flg. B.G.B.). Unter Umständen wird also sofort geantwortet werden müssen, widrigenfalls der Antrag als abgelehnt zu betrachten ist (§§ 147 u. 148 B.G.B.). Immerhin wird Anträgen dieser Art, wenn mehrere Socien vorhanden sind, die sich zu erklären haben, eine Fristbestimmung stillschweigend innewohnen. Denn die anderen Socien können nur eine übereinstimmende Erklärung abgeben, müssen sich also erst verständigen oder vielmehr einen Beschluß nach § 119 fassen.

Anm. 10. Nehmen die übrigen Gesellschafter den Antrag nicht an, lehnen sie ab, oder antworten sie nicht rechtzeitig, so hat der Erbe nunmehr die Befugniß, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Es hat also die Ablehnung seines Antrages nicht ohne Weiteres die Folge, daß er als ausgeschieden betrachtet wird. Er kann jetzt immer noch sich dahin entscheiden, daß er offener Gesellschafter bleiben will. Er kann aber (sc. nach Ablehnung seines Kommanditistenbetheiligungsantrages) auch sein sofortiges Ausscheiden erklären. Diese Erklärung muß er allen Gesellschaftern gegenüber abgeben, erst dann ist sie wirksam (vergl. oben Anm. 8). Auch sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130—132 B.G.B.; auch für sie gilt daher das in Anm. 5 flg. zu § 132 von uns Gesagte. Auch diese Erklärung muß innerhalb der obenbehandelten regelmäßigen dreimonatlichen Frist abgegeben werden. Es läuft nicht etwa von der Stellung des Antrages auf Kommanditistenbetheiligung eine neue Frist; vielmehr muß innerhalb der seit der Kenntniß des Erbanfalls zu rechnenden Frist von regelmäßig drei Monaten auch die Ausscheidungserklärung abgegeben werden, wenn sie wirksam sein soll (Näheres über diese Frist oben Anm. 8).

Dagegen hat der Erbe, wie schon oben Anm. 6 bemerkt ist, nicht das Recht, von vornherein einfach zu erklären, daß er ausscheide und das Gesellschaftsguthaben des Erblassers ausgezahlt verlange; vielmehr muß er zunächst den Kommanditistenbetheiligungsantrag machen und abwarten, ob dieser acceptirt oder abgelehnt wird. Anm. 11.

4. **Die Wirkungen der Ausübung des Wahlrechts.** Anm. 12.

a) Nicht hierher gehört der Fall, wo der zum Erben Berufene die Erbschaft ausschlägt. Dieses Recht ist ihm selbstverständlich vorbehalten. Unsere Vorschrift handelt nur von dem Rechte Dessen, der Erbe geworden ist (vergl. oben Anm. 6).

b) **Will der Erbe die Wahl dahin ausüben, daß er als offener Gesellschafter in der Gesellschaft verbleibt,** so kann er das durch eine ausdrückliche Erklärung thun oder durch Verstreichenlassen der ihm im vorliegenden Paragraphen gestellten Fristen ohne Wahl der anderen Alternativen. Hat nämlich der Erbe innerhalb der gesetzlichen Frist den übrigen Gesellschaftern den Antrag nicht gemacht, als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben, so verbleibt er als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. (Die anderen Gesellschafter haben es nicht in der Hand, ihm gegen seinen Willen die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen.) Hat er den anderen Gesellschaftern jenen Kommanditistenantrag gemacht und haben sie ihn nicht acceptirt, der Erbe aber von seiner Befugniß auszuscheiden innerhalb der gesetzlichen Frist nicht Gebrauch gemacht, so verbleibt er wiederum als offener Gesellschafter in der Gesellschaft. (Die anderen Gesellschafter haben wiederum nicht das Recht, ihn gegen seinen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen.) Anm. 13.

Wird nun der Erbe offener Gesellschafter, sei es, daß er erklärt hat, es sein zu wollen, also auf die anderen Alternativen verzichtet hat, oder daß er die anderen Alternativen innerhalb der Frist nicht gewählt hat, dann wird er Gesellschafter mit allen denjenigen Konsequenzen, welche die Zugehörigkeit zu einer o. H.G. mit sich bringt, also insbesondere mit der solidarischen Haft aus § 128 H.G.B. für die früheren und die künftigen Schulden, ohne Rücksicht auf die Rechtswohlthat des Inventars (R.G. 16 S. 40). Die Gesellschaft wird nicht aufgelöst, sondern setzt sich mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fort (§ 131 Nr. 4). Die Mitgliedschaft des Erben-Gesellschafters muß demzufolge auch zur Eintragung angemeldet werden, ein Verzicht des Erben hierauf ist rechtsungiltig (Volze 3 Nr. 794). Mehrere Erben, welche offene Gesellschafter werden, bilden keinerlei Korporation oder Einheit, vielmehr treten sie als ebensoviele einzelne, nach Maßgabe ihrer Antheile und des Gesellschaftsvertrages voll berechtigte und voll verpflichtete Gesellschafter auf (R.G. 16 S. 56). Sie üben ihre Gesellschaftsrechte jeder für sich aus, und haben daher weder einen Repräsentanten zu stellen, noch dürfen sie es, selbst dann nicht, wenn solches im Gesellschaftsvertrage vereinbart wurde; denn eine solche Vereinbarung wäre ungiltig (R.G. 2 S. 30). Ob sie Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugniß haben, richtet sich nach der Stellung, die der Erblasser in dieser Hinsicht einnahm. Anm. 14.

c) **Wird der Erbe innerhalb der Frist Kommanditist,** indem er dies den Gesellschaftern angetragen und diese den Antrag angenommen haben, so treten folgende Rechtsverhältnisse ein. Seine Kommanditeinlage wird gebildet durch den „auf ihn entfallenden Antheil der Einlage des Erblassers", wie Absatz 1 unseres Paragraphen sagt, d. h. durch den auf ihn entfallenden Antheil des Gesellschaftsguthabens des Erblassers. Mit dieser Kommanditeinlage wird er Kommanditist. Cosack S. 572 (und ihm folgend Makower S. 272) nimmt allerdings das Wort Einlage wörtlich und meint, daß nicht der Kapitalantheil des Erblassers als Kommanditeinlage gilt, sondern die wirkliche Einlage des Gesellschafters. Allein der ganze Zusammenhang und die Tendenz der Vorschrift spricht gegen diese wörtliche Auslegung. Ihr Sinn ist doch der, dem Erben ein Mittel an die Hand zu geben, wie er zwar ebenso, wie der Erblasser, betheiligt bleiben, und dabei doch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haftbar sein kann. Dieser Zweck wird erreicht, wenn man annimmt, Anm. 15.

daß das bisherige Kapitalguthaben des Erblassers die Kommanditeinlage des Erben sein soll. Ob der Erblasser einmal vor Jahren, als die Gesellschaft begründet wurde, viel oder weniger eingelegt hat, das hat mit dem gegenwärtigen Sachstande nichts zu thun und kann rationeller Weise nicht mehr die Grundlage für seine und seines Erben Betheiligung bilden. Wollte man dem Erben die Pflicht auferlegen, die Bedingung zu stellen, mit der Einlage des Erblassers als Kommanditist betheiligt zu bleiben, so würde man ihm, wenn die einstmalige Einlage erheblich geringer war, als das gegenwärtige Geschäftsguthaben, die Stellung dieser Bedingung nahezu unmöglich machen. Und wenn die ursprüngliche Einlage erheblich höher war, als das jetzige Kapitalguthaben, so würde man umgekehrt den übrigen Gesellschaftern es nahezu unmöglich machen, auf diese Bedingung einzugehen. In beiden Fällen wäre das Wahlrecht des Erben illusorisch. Man wird also eine ungenaue Wortfassung annehmen und sich für die diesseitige Auslegung entscheiden müssen, die freilich wieder zur Folge hat, daß, wenn der Erblasser bei seinem Tode kein Gesellschaftsguthaben hatte, die Wohlthaten des § 139 dem Erben versagt sind (vergl. oben Anm. 3).

Anm. 16. Was den Gewinnantheil betrifft, welcher dem Erben zufällt, wenn er Kommanditist wird, so sagt unser Absatz 1, daß er in der Gesellschaft verbleibt „unter Belassung des bisherigen Gewinnantheils". Handelt es sich um einen von mehreren Erben, so kann selbstverständlich nicht jedem einzelnen Erben der ganze bisherige Gewinnantheil verbleiben, sondern jedem ein Gewinnantheil, wie er dem Verhältniß seines Antheils am Geschäftsguthaben des Erblassers entspricht.

Anm. 17. Desgleichen setzen sich alle übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages fort, nur mit den Modifikationen, die sich aus der Stellung des Kommanditisten im Gesetz zu der vom Erblasser eingenommenen Stellung eines offenen Gesellschafters ergeben. An der Geschäftsführung nimmt er z. B. fortan nicht Theil (§ 164 H.G.B.). — Für die bis dahin, wo seine Kommanditisteneigenschaft beginnt, entstandenen Gesellschaftsschulden haftet er solidarisch mit seinen Socien, aber nur wie ein Erbe, also mit den Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohlthat des Inventars nicht verloren hat (Abs. 4). Der § 173 ist dadurch hier von der Anwendung ausgeschlossen. Für diejenigen Schulden, welche seit dem Zeitpunkte entstehen, wo er Kommanditist geworden ist, haftet er ohne Rücksicht auf die Kräfte des Nachlasses, aber nur bis zur Grenze seiner Kommanditeinlage. § 171 H.G.B. greift hier Platz. Aber der Erbe muß dafür sorgen, daß seine Kommanditistenbetheiligung schleunigst zur Eintragung gelange; sonst ist er von dem Augenblicke an, wo ihm die Stellung als Kommanditist eingeräumt ist, ein nichteingetragener Kommanditist und haftet daher von diesem Augenblicke an bis zur Eintragung nach Maßgabe des § 176 H.G.B., d. h. mit seinem ganzen Vermögen, wie ein offener Gesellschafter, ohne Beschränkung auf die Kommanditeinlage. Kommt er auf Grund dieser seiner Haftung gegenüber den Gläubigern in die Lage, Gesellschaftsschulden zu bezahlen und dadurch Auslagen zu machen, die seine Kommanditistenbetheiligung übersteigen, so darf er nach §§ 110, 161 Abs. 2 H.G.B. gegen die Gesellschaft Regreß nehmen. — In dieser Umwandlung der Rechtsstellung eines Gesellschafters liegt keine Neubildung einer Gesellschaft, sondern nur die Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft bei Wahrung ihrer Identität vor, es wird also keine Uebertragung des Gesellschaftsvermögens erforderlich und es werden die früheren Gesellschaftsgläubiger von der Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht ausgeschlossen (vergl. hierüber Erl. zu § 162).

Anm. 18. Alles dies gilt nur, wenn der Erbe innerhalb der im Abs. 3 gedachten Frist Kommanditist wird. Wird er nach Ablauf dieser Frist Kommanditist, so ist dies eine Vereinbarung gewöhnlicher Art, welche nicht die besonderen Folgen des vorliegenden Paragraphen hat. In diesem Falle haftet der Erbe für die Zeit bis zu seinem Eintritt mit seinem ganzen Vermögen als offener Gesellschafter. Denn er setzt bis zur Umwandlung seiner Rechtsstellung in die eines Kommanditisten die Rechtsstellung seines Erblassers als offener Gesellschafter fort. Für die spätere Zeit haftet

er als Kommanditist (§ 171), unter Umständen, nämlich unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 2, allerdings mit seinem ganzen Vermögen.

d) **Scheidet der Erbe innerhalb der Frist aus**, indem die Gesellschafter seinen Antrag, in der Gesellschaft als Kommanditist zu verbleiben, nicht acceptirt haben, und in Folge dessen der Erbe von der Ausscheidungsbefugniß Gebrauch gemacht hat, so hat er die Auszahlung seines Antheils am Aktivsaldo seines Erblassers zu beanspruchen, in diesem Falle aber auf Grund derjenigen Berechnung, wie man ein Auseinandersetzungsguthaben berechnet (vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 141). Für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten haftet er zwar den Gläubigern solidarisch mit den übrigen Gesellschaftern voll und ganz, aber nur wie ein Erbe, also nach Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohlthat des Inventars nicht verloren hat. Von dem Augenblicke an, wo er ausgeschieden ist, haftet er für die nunmehrigen Schulden nicht mehr, da er eben ausgeschieden ist, und von den bisherigen müssen ihn die verbleibenden Socien befreien (§ 738 B.G.B.). Freilich setzt das Aufhören seiner Haftung gegenüber den Gläubigern voraus, daß sein Ausscheiden eingetragen wird. Sonst haftet er für die von seinem thatsächlichen Ausscheiden bis zur Eintragung kontrahirten Schulden gutgläubigen Dritten, wie ein offener Gesellschafter voll und ganz und ohne Beschränkung auf die Rechtswohlthat des Inventars. Das folgt aus § 15. Denn durch den Tod des Erblassers ist der Erbe offener Gesellschafter geworden. Das Provisorium aber und das damit verbundene Privilegium der Haftung mit der Rechtswohlthat des Inventars erreicht damit sein Ende, daß das Ausscheiden erfolgt ist. Von da ab treten die Rechtswirkungen des § 15 H.G.B. wieder in vollem Umfange ein. Er wird also auch hier die Eintragung seines Ausscheidens zu beschleunigen haben. Anm. 19.

Wenn außer dem Erblasser nur ein Gesellschafter vorhanden war, so kann es kommen, daß in Folge des sogenannten Ausscheidens des einzigen oder aller Erben die Gesellschaft aufhört, eine Gesellschaft zu sein. Dieser Fall ist hier mitgetroffen. In diesem Falle tritt diejenige Rechtserscheinung ein, welche das neue H.G.B. auch sonst analog dem Ausscheiden behandelt (vergl. § 142) und welche der Intention einer solchen Fortsetzungsvereinbarung, der Erhaltung des Geschäfts in der Hand des überlebenden Socius — denn auch in dessen Interesse ist solche Fortsetzungsvereinbarung getroffen, vergl. Denkschrift S. 99 — am nächsten kommt: das Geschäft geht auf den anderen Gesellschafter über und der abgehende Gesellschafter erhält sein Auseinandersetzungsguthaben. Ueber den unmittelbaren Eigenthumserwerb durch den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter ohne Uebergabe und ohne Auflassung siehe Anm. 2 zu § 142. Ueber die Haftung des Ausscheidenden in diesem Falle gilt das für den Fall der Auflösung Gesagte (siehe Anm. 21). Anm. 20.

Bleiben nach dem Ausscheiden der Erben noch mindestens zwei Gesellschafter übrig, so setzen diese die Gesellschaft fort.

5. **Wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst**, was durch verschiedene Umstände erfolgen kann (Konkurs der Gesellschaft, Tod des anderen Socius, Ablauf des Gesellschaftsvertrages ꝛc.)[1]), so kann der Erbe nicht mehr Kommanditist werden. Hierfür giebt es alsdann keinen Raum mehr. Die Gesellschaft tritt vielmehr in Liquidation oder es wird die Liquidation durch irgend welche Vereinbarung beseitigt. Im Falle der Liquidation haftet der Erbe für die weiteren Verbindlichkeiten, welche der Liquidator eingeht, voll und ganz, wie ein offener Gesellschafter, ohne Beschränkung auf das Nachlaßvermögen; denn er ist ja eben offener Gesellschafter geblieben, die Umwandlung seiner Stellung in die eines Kommanditisten aber ist nicht bewirkt. Für die bis zur Auflösung entstandenen Verbindlichkeiten haftet er zwar auch wie ein offener Gesellschafter, aber nur als Erbe, Anm. 21.

[1]) In dem Falle, daß durch die Ausscheidungserklärung des Erben gemäß Abs. 2 nur ein Gesellschafter übrig bleibt, liegt zwar auch eine Auflösung der Gesellschaft vor. Doch ist dieser Fall der Auflösung hier nicht gemeint (vergl. oben Anm. 20).

d. h. mit den Kräften des Nachlasses, wenn er die Rechtswohlthat des Inventars nicht verloren hat (Abs. 4). Wenn aber die Auflösung nicht eingetragen wird, so beginnt auch hier nach Maßgabe des § 15 H.G.B. von da ab, wo sie eingetreten ist, eine Vollhaftung (ohne Rechtswohlthat des Inventars) für die nunmehr entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Anm. 22. 6. (Abs. 5.) **Entgegenstehende Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages sind nichtig.** Das Gesetz will für den Erben sorgen, und es soll den lebenden Socien nicht gestattet sein, diese Fürsorge zu durchkreuzen. Auch die Gläubiger sind an der Innehaltung dieser Vorschrift interessirt. Doch gestattet das Gesetz, daß der Gewinnantheil des Erben, wenn derselbe Kommanditist wird, im Gesellschaftsvertrage anders bestimmt wird, als der des Erblassers es war. „Da der Kommanditist zur Geschäftsführung nicht verpflichtet ist, bei der Regelung der Gewinnvertheilung aber neben dem Betrage der Kapitaleinlage des einzelnen Gesellschafters auch dessen persönliche Thätigkeit in Betracht kommt, so erscheint es als eine Forderung der Billigkeit, daß der Gesellschaftsvertrag für den Erben, der als Kommanditist eintritt, einen geringeren Antheil festsetzt, als für den Erblasser." (Denkschrift S. 100.) Indessen sagt das Gesetz nicht, daß der Antheil nur geringer festgesetzt werden darf; er kann „anders", also auch höher festgesetzt werden. Doch wird das Letztere nicht vorkommen.

Anm. 23. Gleichzeitig ergiebt sich hieraus, daß andere Abweichungen nicht vereinbart werden dürfen. Es kann also z. B. nicht gültigerweise vereinbart werden, daß der Erbe stiller Socius werden solle oder daß die Kommanditeinlage des Erben geringer sein soll, als das Guthaben des Erblassers war. Wohl aber kann vereinbart werden, daß, wenn der Gesellschafter auf Grund des Abs. 2 ausscheidet, sein Gesellschaftsguthaben nur in Raten ausgezahlt zu werden braucht. Diese Vereinbarung ist zulässig, weil sie keine Abweichung von Abs. 1—4 enthält, denn diese Absätze disponiren hierüber nicht. Der Gesellschaftsvertrag kann aber wiederum nicht bestimmen, daß der Erbe das Wahlrecht nicht haben soll, oder daß er es binnen kürzerer Frist ausüben muß, oder daß er eine längere Frist haben soll (auch das Letztere ist nicht gestattet, weil der Schwebezustand unvermeidliche Mißstände im Gefolge hat, die schon im Interesse der Gläubiger auf eine möglichst kurze Frist zu beschränken sind), oder daß unter allen Umständen nur alle Erben gemeinschaftlich die Erklärung abgeben dürfen. Denn alle solche Vereinbarungen würden die Anwendung der Abs. 1—4 ausschließen, wenn auch nicht in aller und jeder Hinsicht, so doch in dem betreffenden Punkte, und die Anwendung dieser Absätze soll überhaupt nicht ausgeschlossen werden, bis auf den einen in Abs. 5 behandelten Punkt.

Anm. 24. Doch nur entgegenstehende Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages sind hier verboten. Inwieweit durch letztwillige Verfügungen dem Erben das Wahlrecht verschränkt werden kann (z. B. geboten werden kann, offener Gesellschafter zu bleiben oder stiller Gesellschafter zu bleiben oder auszuscheiden, wenn er nicht Kommanditist wird), das richtet sich nach den Regeln des Erbrechts. Unser Paragraph behandelt nur das Verhältniß des Erben zu den anderen Socien.

Anm. 25. 7. **Welcher rechtliche Zustand besteht in der Schwebezeit,** d. h. in der Zeit, bis sich entschieden hat, ob der Erbe offener Gesellschafter wird oder Kommanditist wird oder ausscheidet? Nach unserer Meinung besteht in dieser Schwebezeit eine offene Handelsgesellschaft mit dem Erben. Denn nach Inhalt des Gesellschaftsvertrages und nach § 131 Nr. 4 H.G.B. soll die offene Handelsgesellschaft in solchem Falle nicht aufgelöst, sondern fortgesetzt werden. Die Gesellschaft ist also nicht aufgelöst, und der Erbe ist schon von dem Erbfall an Erbe (§ 1922 B.G.B.), tritt also ohne Weiteres in das Rechtsverhältniß des Erblassers ein. Kann er auch die Erbschaft nachträglich ausschlagen, so ist er doch inzwischen Erbe geworden. Die Umwandlung seiner rechtlichen Stellung in die eines Kommanditisten oder sein Ausscheiden sind Thatsachen, die doch erst eintreten müssen und von ihrem Eintritt ab auf die rechtliche Stellung des Erben verändernd wirken, und wenn es in Absatz 1 heißt: der Erbe kann „sein Verbleiben" davon abhängig machen, daß er Kommanditist wird, so will das hiernach nichts weiter besagen, als daß der durch den

Tod des Erblassers Mitglied der o. H.G. gewordene Erbe sein weiteres Verbleiben abhängig machen kann von der gedachten Bedingung.

Das Handelsregister bleibt während dieser Schwebezeit unverändert. Anm. 26.
Eine derjenigen Veränderungen, deren Eintragung § 107 H.G.B. ausdrücklich vorschreibt, liegt nicht vor; denn darin, daß an die Stelle eines Gesellschafters sein Erbe tritt, liegt nicht der Eintritt eines neuen Gesellschafters im Sinne des § 107. Aber es ist auch nicht anzunehmen, daß eine solche Thatsache vorliegt, deren Eintragungsbedürftigkeit das Gesetz als selbstverständlich voraussetzt. Es ist im Gegentheil anzunehmen, daß der Schwebezustand seiner Kürze und Ungewißheit wegen vom Gesetz als nicht eintragungsbedürftig gedacht ist. Aber die Eintragung ist zulässig. Geschieht sie, so muß doch zur Vermeidung der Folgen des § 15 der Charakter des Provisoriums zum Ausdruck gebracht werden (vergl. Anm. 16 zu § 27).

Zusatz. Uebergangsfrage. Die vorliegende Vorschrift betrifft allerdings die rechtliche Anm. 27.
Stellung des Erben. Lehmann in G.Z. 48 S. 82 will deshalb den Art. 213 E.G. zum B.G.B. anwenden und die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen dann, aber auch nur dann zur Anwendung bringen, wenn der Socius nach dem 1. Januar 1900 stirbt. Wir gelangen zu dem gleichen Ergebniß, aber aus wesentlich verschiedenen Gründen. Lehmanns Argumentation können wir uns nicht anschließen. Es liegt kein reines erbrechtliches Verhältniß vor. Die Vorschrift betrifft nicht nur das Erbverhältniß des Erben, sondern gleichzeitig die gesellschaftliche Stellung des Erben zu seinen Mitgesellschaftern. Sie hat nicht bloß den Uebergang der Rechte des Gesellschafters auf den Erben desselben zum Gegenstande (dann wäre sie eine reine erbrechtliche Vorschrift; vergl. § 1922 B.G.B.), sondern sie giebt der durch die Erbschaft Gesellschafter gewordenen Person selbstständige gesellschaftliche Rechte, deren Ausübung in das Gesellschaftsverhältniß unter Umständen tief eingreift, es wesentlich umzugestalten geeignet ist. Diese Rechte sind keine „Konsequenz der Beerbung" (so Lehmann a. a. O. S. 82), jedenfalls keine erbrechtliche Konsequenz derselben; gerade dem Umstande, daß die reinen erbrechtlichen Konsequenzen hier als mißliche zu betrachten sind, verdankt die vorliegende gesellschaftsrechtliche Sondervorschrift ihre Entstehung (vergl. die Erwägungen in R.G. 16 S. 58). Es liegt also keine reine erbrechtliche, sondern eine aus erbrechtlichen und gesellschaftlichen Elementen zusammengesetzte Vorschrift vor. Der gedachte Art. 213 will auch nicht eingreifen in Rechtsverhältnisse anderer als erbrechtlicher Art, stellt auch gar nicht den Grundsatz auf, daß, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 stirbt, die neuen erbrechtlichen Bestimmungen Platz greifen. Vielmehr hält er dies als selbstverständlich und will es demgemäß auch nur gelten lassen, soweit es sich von selbst versteht. Es ergiebt sich aber hier nicht von selbst, weil eben nicht bloß ein erbrechtliches, sondern auch ein gesellschaftliches Verhältniß vorliegt. Hier greift der allgemeine Grundsatz Platz, wonach im Zweifel die Rückwirkung neuer Gesetze nicht gilt, und nur dann das Eingreifen der neuen Bestimmungen in bestehende Verträge anzunehmen ist, wenn man einer Vorschrift den Charakter der Exklusivität beilegen muß, wenn man also annimmt, der Gesetzgeber habe seiner Vorschrift eine so intensive Bedeutung beigelegt, daß er den entgegenstehenden Zustand des bisherigen Rechts länger nicht dulden wollte. Hiervon gehen wir allerdings aus, indem wir annehmen, daß der Gesetzgeber den Zustand der Hilflosigkeit, das Dilemma, welches durch sie für den Erben erzeugt wird, aus wirthschaftlichen Gründen derart beseitigen wollte, daß ein solcher Mißstand ferner nicht besteht.

Ihm erschien es eine schreiende Ungerechtigkeit und deshalb ein der Beseitigung dringend bedürftiger Zustand, daß Jemand eine große Erbschaft ausschlagen mußte, um nicht die Gefahr unbeschränkter Haftbarkeit für Schulden einer Gesellschaft zu übernehmen, deren vermögensrechtliche Vortheile für den Erben nicht gerade erheblich waren. Er mochte wohl an den unleidlichen Zustand denken, den dieses Dilemma zumal für Vormünder mit sich brachte, die sich zu entscheiden hatten, ob sie für ihr Mündel die Mitgliedschaft an der o. H.G. mit der damit verknüpften solidarischen Haftbarkeit fortsetzen oder die ganze, vielleicht werthvolle Erbschaft ausschlagen sollten. Solche Zustände erschienen ihm irrationell, ungerecht und in wirthschaftlicher Hinsicht unhaltbar. Darum wollte er sie beseitigen, und deshalb erklärte er, daß „der Gesellschaftsvertrag die Anwendung seiner Bestimmungen nicht ausschließen kann". Daß schon der

Wortlaut der betreffenden Gesetzesstelle hier, wie auch in ähnlichen Fällen, für die Rückwirkung spricht, soll nicht entscheiden. Aber der Gedanke des Gesetzgebers, wie wir ihn hier entwickelt haben, deckt sich mit seinem Wortlaut.

Nimmt man indessen den exklusiven Charakter der vorliegenden Vorschrift im Gegensatz zu diesen Deduktionen nicht an, so greift dieselbe in bestehende Verträge grundsätzlich nicht ein und nur auf solche Verträge findet sie Anwendung, welche nach dem 1. Januar 1900 geschlossen werden, wozu, wie in Anm. 32 zu § 105 dargelegt ist, auch die Fälle gehören, in denen auf Grund einer unter der Herrschaft des neuen Rechts getroffenen Vereinbarung vor dem Todesfalle eines Gesellschafters ein Socius ausscheidet oder eintritt (vergl. Näheres Anm. 32 zu § 105).

§ 140.

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 133 für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gericht anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen.

Für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter ist die Vermögenslage der Gesellschaft in dem Zeitpunkte maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters anstatt der Auflösung der ganzen Gesellschaft.** Er findet nur Anwendung bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft und wenn mindestens zwei Personen übrig bleiben (R.O.H. 11 S. 160; R.G. 7 S. 121). Ueber den Fall, daß nur zwei Personen vorhanden sind, disponirt jetzt § 142. — In einem zweiten Absatze wird eine Spezialbestimmung über die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens gegeben.

I. (Abs. 1.) **Die Modalitäten der Ausschließung.**

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzung der Ausschließung** ist ein begründeter Antrag aller übrigen Gesellschafter.

a) **Ein Antrag aller übrigen Gesellschafter. Von allen übrigen Gesellschaftern** muß der Antrag ausgehen, während die Auflösung von jedem Gesellschafter verlangt werden kann. **Der Antrag wird gestellt durch Erhebung einer Klage** (vergl. Abs. 2), deren Petitum gerade auf Ausschließung gerichtet sein muß. Vorherige Aufforderung der Gesellschafter ist nicht nöthig, auch nicht des Kostenpunktes wegen (vergl. Anm. 5 zu § 133). In dem Antrage auf Auflösung ist der Antrag auf Ausschließung nicht mit enthalten, und ebenso nicht umgekehrt, die beiden Anträge verhalten sich nicht wie majus und minus, sondern sind verschiedene Dinge (R.G. 24 S. 140). Dagegen kann prinzipaliter auf Ausschließung und event. auf Auflösung angetragen werden (Puchelt Anm. 3 zu Art. 128). Ferner kann die Ausschließungsklage als Widerklage gegenüber der Auflösungsklage erhoben werden. Durch Aufkündigung wird die Möglichkeit der Ausschließung nicht beseitigt (R.O.H. 6 S. 112). Der Antrag muß zwar nicht gerade auf der Stelle unmittelbar nach Eintritt des Ausschließungsgrundes gestellt werden, doch empfiehlt sich dies, da in der Fortsetzung des Verhältnisses trotz Kenntniß des Ausschließungsgrundes leicht ein Verzicht auf den Ausschluß gefunden werden kann (R.O.H. 6 S. 112). **Zuständig** ist das Gericht am Wohnsitze des auszuschließenden Gesellschafters, außerdem aber auch nach § 22 C.P.O. das Gericht am Sitze der Gesellschaft.

Anm. 2. b) **Ein begründeter Antrag.** Eine Direktive für das Gericht, wann dem Ausschließungsantrage stattgegeben werden soll, hat das Gesetz nicht erteilt, nicht einmal durch Beispiele; vielmehr ist nur auf die Auflösungsgründe des § 133 verwiesen und im Uebrigen Alles in das freie Ermessen des Gerichts gestellt.

α) Es ist nur auf die Auflösungsgründe des § 133 verwiesen. Nicht allegirt ist der § 131. Schon deshalb fallen die dort aufgezählten Auflösungsgründe nicht unter den vorliegenden Paragraphen. Abgesehen davon ist die Hineinziehung des § 131 schon begrifflich unmöglich, weil die dort aufgezählten Gründe die Gesellschaft ipso jure auflösen, so daß die Frage, ob bei ihrem Vorhandensein die Ausschließung gefordert werden darf, ja gar nicht mehr erwogen werden kann (vergl. v. Hahn § 2 zu Art. 128, Behrend § 80 Anm. 5; Puchelt Anm. 2 zu Art. 128).

β) Als Richtschnur für das freie richterliche Ermessen gilt das, was das Anm. 3.
Reichsgericht (24 S. 136 ff.) ausgeführt hat: Es ist zunächst zu prüfen, ob ein in der Person des Auszuschließenden liegender Grund zur Auflösung nach Art. 125 (jetzt § 133) vorliegt. Ist diese Frage bejaht (hierfür die Ausführungen in Anm. 12 zu § 133), so muß nicht etwa, sondern es „kann" die Ausschließung geeigneten Falls erfolgen (R.O.H. 18 S. 396). Event. ist, wie das R.G. a. a. O. weiter ausführt, zu erörtern, ob für die Anwendung des Art. 128, jetzt § 140, ein besonderer Grund vorliegt. In dieser Hinsicht schreibt das Gesetz nicht vor, daß ein Verschulden vorliegen muß, sondern nur, daß in der Person des Auszuschließenden ein Grund vorliegen müsse. (Behrend § 80 Anm. 5.) Aber bei der Schwere der Maßregel und dem fast pönalen Charakter derselben wird im Allgemeinen ein unverschuldeter Grund zur Ausschließung nicht wichtig genug sein. Auch Verfehlungen der anderen Socien werden zur Beleuchtung der Handlungsweise des Auszuschließenden und zur Würdigung der Schwere der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Betracht zu ziehen sein. Andererseits darf man den Antragstellern nicht etwa grundsätzlich den Beweis alleiniger Verschuldung des Auszuschließenden auferlegen. Auch muß nicht gerade eine Schädigung der Gesellschaft erfolgt, vielmehr kann dieselbe durch Dazwischentreten von Umständen abgewendet werden oder überhaupt kein Schade in Frage kommen und doch ein Ausschließungsgrund gegeben sein. (Vergl. hier überall R.G. a. a. O.) Und endlich kann es sehr wohl auch Fälle geben, wo sonstige Gründe, nicht gerade grobe Verfehlungen, einen ausreichenden Ausschließungsgrund geben, so z. B. schwere Krankheit eines Socius, Ausweisung desselben aus dem Lande, Berufung desselben zu einem Staatsamte, welches ihn dem Gesellschaftsgeschäft völlig entzieht u. s. w.

γ) **Der Gesellschaftsvertrag kann auch absolute Ausschließungsgründe fixiren** (R.G. 24 Anm. 4.
S. 140), oder sonst anordnen, was in Bezug auf die Wichtigkeit von Gründen inter partes als Rechtens gelten soll, bis an die Grenze, welche die Verbotsgesetze und die guten Sitten ziehen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber nicht die Anrufung richterlicher Entscheidung versagen und statt dessen einen bloßen Gesellschaftsbeschluß zur Ausschließung für genügend erklären (vergl. unten Anm. 6). Wohl aber kann der Gesellschaftsvertrag die Ausschließung ganz versagen (Denkschrift S. 100); der § 133 Abs. 3, wonach jede das gesetzliche Ausschließungsrecht aufhebende oder einschränkende Vereinbarung nichtig wäre, ist hier nicht anwendbar.

δ) **Beispiele von wichtigen Ausschließungsgründen aus der Praxis:** Als wichtiger Aus- Anm. 5.
schließungsgrund wurde angesehen die vertragswidrige Unterlassung der Aufstellung von Inventar und Bilanz durch den thatsächlich allein gerirenden Socius, sowie der Abschluß von Geschäften, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgingen (R.O.H. 20 S. 244). Dagegen wurde vom Reichsgericht (Bolze 9 Nr. 465 und 466) für nicht wichtig angesehen, daß der Socius vertragswidrig Geschäfte über 3000 M. abgeschlossen hatte; daß er 5000 M. aus der Gesellschaftskasse entnommen, obwohl er nur 3000 M. zu entnehmen hatte; daß er mehr Pferde auf Kosten der Gesellschaft gehalten, als er hätte halten dürfen; daß er endlich sich weigerte, einen Eid für die Gesellschaft zu leisten, das letztere sei reine Gewissenssache. In letzterer Hinsicht ist dem Reichsgericht zuzustimmen, die übrigen Gründe aber erscheinen als so grobe Pflichtverletzungen und Gefährdungen des Gesellschaftsbestandes, daß der Antrag auf Ausschließung doch wohl gerechtfertigt hätte er-

scheinen sollen. Für nicht genügend wurde ferner erachtet unordentliche Führung der Bücher, weil die übrigen Gesellschafter die Ueberwachungspflicht haben (R.O.H. 18 S. 393).

Anm. 6. 2. **Die Ausschließung erfolgt durch richterliches Urtheil.** Sie kann **nicht erfolgen durch Majoritätsbeschluß** der übrigen Socien, auch wenn der Gesellschaftsvertrag für die Regelung von Gesellschaftsangelegenheiten Majoritätsbeschlüsse für genügend erachtet. Auch ein Beschluß aller anderen Socien genügt nicht, selbst dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag dies mit Ausschluß des Rechtsweges gestatten sollte (R.O.H. 21 S. 84; R.G. 38 S. 121; vergl. Anm. 4 zu § 119). Das rechtskräftige Urtheil ist es, welches die Ausschließung bewirkt. Das Urtheil hat **demnach konstitutive,** nicht **deklarative Bedeutung,** wie das auch bezüglich des Urtheils auf Auflösung gilt (vergl. § 133; übereinstimmend Plathner bei Gruchot 37 S. 82). Nicht entgegen steht hier der Abs. 2 unseres Paragraphen, nach welchem für die Vermögensauseinandersetzung die Vermögenslage zur Zeit der Klageerhebung zu Grunde zu legen ist. Letzteres folgt daraus, daß aus der Verzögerung der richterlichen Entscheidung der Ausgeschlossene kein Recht herleiten darf. So faßt offensichtlich auch die Denkschrift (S. 101) die Sache auf. **Bis zum rechtskräftigen Urtheil ist der Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung befugt.** (R.G. 15 S. 82.) Ein entgegengesetzter Antrag ist bei der Berathung des alten H.G.B. abgelehnt worden (P. 238, 242).

Anm. 7. Doch kann durch **einstweilige Verfügung,** auf welche bei der Berathung des alten H.G.B. ausdrücklich hingewiesen wurde, der einstweilige Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung — welche von beiden Maßregeln beantragt und angeordnet ist, ist wohl zu unterscheiden — erfolgen. Solche einstweilige Verfügungen richten sich jetzt nach §§ 935 bis 940 C.P.O. (vergl. hierüber Anm. 6 zu § 115 und Anm. 7 zu § 127). Ob und auf welchem Wege sie zur Eintragung führen, darüber vergl. Anm. 1 zu § 16.

Anm. 8. 3. **Die Wirkung der Ausschließung ist,** daß die Gesellschaft in Gemäßheit des § 138 **fortbestehen bleibt** (R.G. 24 S. 138). Vermieden wird dadurch die Liquidation. Die Gesellschaftsrechte und Gesellschaftsverbindlichkeiten, das Gesellschaftsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven gehen auf die fortgesetzte Gesellschaft über, auch der Gesellschaftsvertrag bleibt mutatis mutandis bestehen, und endlich geht auch die Firma auf die fortgesetzte Gesellschaft ohne Weiteres über, soweit nicht nach § 24 noch außerdem die Zustimmung des ausscheidenden Socius hierzu erforderlich ist. Für die Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden ist § 738 B.G.B. maßgebend (vergl. unten Anm. 9). Nicht nothwendig hat die Ausschließung **die Verpflichtung zum Schadensersatze** zur Folge, vielmehr entscheidet hierüber das bürgerliche Recht (R.O.H. 17 S. 367). Doch wird eine Verpflichtung zum Schadensersatze meist vorliegen, weil ein wichtiger Grund zur Ausschließung nur bei schweren Verschuldungen angenommen wird. (Ueber die Verpflichtung zum Schadensersatz als Folge schuldhafter Vertragsverletzung siehe Erläuterung zu § 347.)

Anm. 9. II. (Abs. 2.) **Die Sondervorschrift über die Auseinandersetzung.**

Der Regel nach ist für die Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Gesellschafter der Zeitpunkt des Ausscheidens maßgebend (§ 738 B.G.B.). Das wäre hier die Rechtskraft des Ausschließungsurtheils; dies würde aber hier nicht der Rechtslage entsprechen (vergl. oben Anm. 6).

Im Uebrigen siehe über die Auseinandersetzung, die Berechnung hierbei u. s. w. den Exkurs zu § 141.

Anm. 10. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift berührt das innere Verhältniß der Socien und greift daher in bestehende Verträge nicht ein (vergl. Anm. 32 zu § 105 u. Anm. 9 zu § 109).

§ 141.

Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund

eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahrs aus der Gesellschaft aus.

Diese Vorschriften finden im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters mit der Maßgabe Anwendung, daß die Erklärung gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen hat und daß der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt den Gesellschaftern in zwei Fällen die Möglichkeit an die Hand, um die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich selbst zu ermöglichen, wenn ein die Auflösung veranlassender Grund in der Person eines anderen Gesellschafters eintritt.

Wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß trotz Kündigung durch einen Exekutionsgläubiger eines Gesellschafters oder trotz des Konkurses eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll, so ist dies giltig (vergl. § 138 und Anm. 5 dazu).

Aber wenn der Gesellschaftsvertrag das auch nicht bestimmt, so sollen es nach der vorliegenden (neu aufgenommenen) Bestimmung die Gesellschafter in der Hand haben, durch einen noch nachträglich, d. h. nach Eintritt der gedachten Auflösungsthatsachen, vorzunehmenden Rechtsakt die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich, anstatt der Auflösung, zu bewirken.

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Erster Fall: Der Exekutionsgläubiger eines Gesellschafters hat auf Grund des § 135 die Gesellschaft aufgekündigt.** In diesem Falle haben die übrigen Gesellschafter das Recht, einen Beschluß auf Fortsetzung zu fassen und dies dem Gläubiger zu erklären. Der Gesellschafter scheidet dadurch mit Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus.

   a) **Die übrigen Gesellschafter haben das Recht zu beschließen.** Der zu Exkludirende braucht also nicht gefragt zu werden. Der Beschluß der übrigen Gesellschafter folgt den Regeln des § 119, auch Majoritätsbeschluß ist nicht unzulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht (vergl. die Erl. zu § 119). Der Beschluß kann gefaßt werden bis zum Eintritt der Auflösung, also bis zum Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem die Kündigung Seitens des Gläubigers erfolgt ist, und wird wirksam in diesem Zeitpunkte, **wenn die übrigen Gesellschafter dies dem Gläubiger erklären.** Die übrigen Gesellschafter müssen es ihm also mittheilen, nicht die Gesellschaft. Daß die Erklärung gerade auf Grund des Beschlusses erfolgt, braucht nicht hinzugefügt zu werden. Das wird vermuthet. Aber der Gläubiger kann einwenden, daß ein regelrechter Beschluß nicht vorliegt, denn dieser ist die Voraussetzung der Erklärung.

   Ist die Erklärung bis zum Eintritt der Auflösung nicht abgegeben, so hat eine nachträgliche Vereinbarung unter den übrigen Socien die hier in Rede stehende Wirkung nicht (hierüber Anm. 7 zu § 138).

Anm. 2.

   b) **Die Wirkung** ist, daß der betreffende Gesellschafter mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheidet. (Unter Umständen kann es auch ein früherer Zeitpunkt sein; vergl. Anm. 4 zu § 135.) Der Exekutionsgläubiger kann sich nunmehr an das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters halten. (Ueber die Berechnung desselben und sonstige Auseinandersetzungsfragen siehe den Exkurs zu § 141.) Zum Zwecke der Realisirung desselben hat er einen Anspruch auf Auskunftsertheilung und Rechnungslegung an die übrigen Socien (vergl. Anm. 6 zu § 135). Der etwaige Ueberschuß über das, was der Gläubiger zu fordern hat, gehört dem ausscheidenden Gesellschafter. Deswegen und weil der Gesellschafter bei der Verwendung seines Guthabens zur Befriedigung seines Gläubigers erheblich interessirt ist, hat er neben dem Gläubiger das Recht auf Rechenschaft wie jeder ausscheidende Socius. Das Geschäft geht mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch mit dem Firmenrecht auf die übrigen Gesellschafter über.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Ein Gesellschafter ist in Konkurs gerathen.** In diesem Falle haben die übrigen Gesellschafter das gleiche Recht. Es ist dies eine Ausnahme und eine Abweichung von der juristischen Konsequenz, da durch den Konkurs die Gesellschaft aufgelöst ist und deshalb eine unmittelbare Fortetznng der Gesellschaft als o. H.G. eigentlich nicht mehr möglich ist (vergl. darüber Anm. 7 zu § 138).

Anm. 4. a) **Auch hier können sie beschließen, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen.** Ueber diesen Beschluß gilt auch hier das zu § 119 Gesagte, also auch hier ist Majoritätsbeschluß zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies gestattet. Erklären müssen sie dies dem Konkursverwalter gegenüber, wie dies ausdrücklich gesagt ist und sich überdies auch von selbst verstehen würde. Aber fraglich ist, wann sie dies Recht ausüben können. Sie können es erst ausüben nach eingetretener Auflösung, da der Konkurs des Gesellschafters ipso jure die Gesellschaft auflöst (§ 131 Nr. 5). Aber es ist anzunehmen, daß sie sofort nach Eintritt des Konkurses die Erklärung abgeben müssen und daß ihnen schuldhafte Verzögerung dieses Recht nimmt. Denn es ist schon an sich eine Abweichung von der juristischen Konsequenz, daß eine aufgelöste Gesellschaft von einzelnen Gesellschaftern fortgesetzt wird, und noch dazu derart, daß sie als überhaupt nicht aufgelöst gewesene o. H.G. betrachtet wird. Und das Letztere soll ja der Fall sein, denn der Gemeinschuldner soll ja im Augenblicke der Eröffnung des Konkurses als aus der Gesellschaft ausgeschieden gelten, die o. H.G. also als gar nicht aufgelöst gelten. Läßt nun aber der Gesetzgeber eine Begriffswidrigkeit zu, dann will er sie sicherlich nur in den engsten Grenzen zulassen, und man trifft nur dann seine Intentionen, wenn man das thatsächlich unvermeidliche, juristisch zu ignorirende Spatium von dem Eintritt des Konkurses ab bis zur Fortsetzungserklärung an den Konkursverwalter so eng bemißt, als nur irgend möglich. Daraus ergiebt sich, daß die Gesellschafter sich so schnell als möglich erklären müssen, jede ungebührliche Verzögerung nimmt ihnen das Recht. Bestätigt wird diese Auffassung durch § 145 Abs. 2; nach Eintritt der Auflösung, ist diese definitiv eingetreten, ist zu einer nunmehrigen Vereinbarung, nach welcher die Liquidation unterbleiben soll, die Zustimmung des Konkursverwalters erforderlich. Makower will die Vorschriften über Wahlobligation (§§ 262 ffg. B.G.B.) entsprechend anwenden und dem Konkursverwalter demgemäß das Recht geben und die Pflicht auferlegen, die anderen Gesellschafter zu einer Erklärung aufzufordern und auf diese Weise in Verzug zu setzen. Wir tragen Bedenken, den Gesellschaftern auch nur soweit entgegenzukommen.

Anm. 5. b) **Die Wirkung** ist auch hier, daß der Gesellschafter ausscheidet und das Geschäft mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht auf die übrigen Gesellschafter übergeht. Der Gesellschafter gilt als ausgeschieden mit der Konkurseröffnung. Ueber die Auseinandersetzung siehe den Exkurs zu § 141. Das Auseinandersetzungsguthaben ist ein Bestandtheil der Masse. Der Anspruch auf Rechnungslegung (siehe oben Anm. 2) steht dem Konkursverwalter zu. Hat der ausgeschiedene Gesellschafter einen Passivsaldo, so meldet die Gesellschaft ihn als Konkursforderung zur Masse an.

Exkurs zu § 141.

Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter.

Anm. 1. **Vorbemerkung.** Diese Materie ist in den §§ 738, 739 und 740 B.G.B. geregelt. Früher geschah dies in den Art. 130 und 131 H.G.B. Die Regelung ist im Wesentlichen dieselbe geblieben.

Sie erfolgt in diesen drei Paragraphen nach drei Gesichtspunkten: 1. im § 738 B.G.B. sind die Rechte behandelt, welche die übrigen Gesellschafter durch das Ausscheiden erlangen, sowie die Rechte des Ausscheidenden auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen und Befreiung von

Verbindlichkeiten, im § 739 B.G.B. ist die Verpflichtung des Ausscheidenden zum Ersatze eines Fehlbetrages, im § 740 B.G.B. sind die Rechte des Ausscheidenden bei schwebenden Geschäften behandelt.

Die Vorschriften beziehen sich auf alle Fälle, bei welchen ein Gesellschafter Anm. 2.
ausscheidet und die Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt wird (§§ 140, 141, 138). Auf diejenigen Fälle, in denen ein Gesellschafter ausscheidet und nur noch einer übrig bleibt, auf welchen das Geschäft übergeht, sind die Vorschriften analog anwendbar (vergl. unten Anm. 30).

I. Die Rechte der verbleibenden Gesellschafter und die Rechte des Ausscheidenden auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen.

1. Diese Materie ist, wie gesagt, im § 738 B.G.B. abgehandelt. Derselbe lautet:

„Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Der Werth des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln."

2. **Die Rechte der verbleibenden Gesellschafter in Folge Ausscheidens eines Gesellschafters.** Anm. 3.
Kurz und bündig drückt sich in dieser Hinsicht der § 738 B.G.B. dahin aus: der Antheil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Das Gesellschaftsvermögen, welches vorher im Gesammteigenthum aller Gesellschafter, einschließlich des Ausscheidenden, stand, ist nunmehr nur noch Gesammteigenthum der verbleibenden Gesellschafter. Eine Veräußerung von Vermögensgegenständen liegt darin schon deshalb nicht, weil nach dem Willen des Gesetzes die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt. Die Gesellschaft wird ja fortgesetzt, das Rechtssubjekt, welchem dies Gesellschaftsvermögen gehört, wechselt also nicht. Es ist daher in solchen Fällen nicht Auflassung des Gesellschaftsgrundstücks erforderlich (R.G. 25 S. 256). Ueberdies würde ja in manchen dieser Fälle die Auflassung schon deshalb nicht nöthig sein, weil keine freiwillige Veräußerung vorliegen würde, z. B. im § 140 (Ausschließung des Gesellschafters) oder § 141 (Ausscheiden eines Gesellschafters durch Erklärung der anderen). Die fortgesetzte Gesellschaft setzt das Geschäft mit Aktiven und Passiven fort und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht.

3. **Die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters auf Ausantwortung von Gesellschaftsvermögen** Anm. 4.
und Befreiung von Verbindlichkeiten.

a) Gegenstände, die er der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hat, kann er in natura zurückverlangen. Ist ein Gegenstand durch Zufall untergegangen oder schlechter geworden, so kann er hierfür nicht Ersatz verlangen. Alles das schreibt § 738 in Verbindung mit § 732 und § 733 Abs. 2 B.G.B. vor. Für diejenigen Beiträge, welche in Diensten bestehen, kann er ebenfalls keinen Ersatz beanspruchen (§§ 738, 733 Abs. 2 B.G.B.; vergl. Anm. 3 im Exkurse zu § 122).

b) Im Uebrigen kann er Abfindung in Geld beanspruchen. Er ist berechtigt, Anm. 5.
dies zu fordern und verpflichtet, sich dies gefallen zu lassen. Beides ergiebt mit voller Deutlichkeit der Wortlaut des § 738 B.G.B., der die Grenzen seines Befriedigungsanspruchs bestimmt fixirt.

α) Die Grundlage, welche der Berechnung dieser Abfindung zu Grunde zu legen ist, ist die Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens (im Falle der Ausschließung die Vermögenslage zur Zeit der Erhebung der Klage — § 140 Abs. 2). Die Feststellung dieser Vermögenslage erfolgt in derselben Weise, wie die

alljährliche Bilanz zum Zwecke der Gewinnvertheilung. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß die bestehende Gesellschaft von anderen Gesichtspunkten und Interessen bei der Aufstellung der Bilanz geleitet wird, als sie bei der Auseinandersetzung obwalten. Bei bestehender Gesellschaft werden die Vermögensgegenstände oft unter ihrem wahren Werth angegeben, damit der bilanzmäßige Gewinn sich kleiner darstellt und nicht zu viel Gewinn vertheilt werde, sondern möglichst viel dem Geschäft verbleibt und so das Geschäft lebensfähig erhalten werde (vergl. R.G. vom 5. Dez. 1890 im Sächsischen Archiv 1 S. 499). Gerade große und solide Geschäfte setzen einen Stolz darein, daß ihr ganzes Inventar mit einer Mark zu Buche steht, und Gesellschaftsverträge bestimmen oft von vornherein, daß alljährlich bestimmte Prozente abgeschrieben werden. Solche Motive fallen bei der Auseinandersetzung weg. Hier soll der Ausscheidende an den wahren Werthen partizipiren. Deshalb kommen solche willkürliche Werthansätze, die von der Sachlage abweichen, hier nicht zur Geltung (vergl. Bolze 3 Nr. 778). Es müßte denn sein, daß die Abrede hierauf gerichtet war (vergl. Anm. 13). Zu Grunde zu legen ist, wenn keine anderweite Abrede entgegensteht, überall der wahre Werth. Bestätigt wird diese Auffassung durch den Abs. 2 des § 738 B.G.B., wonach der Werth des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Im vorliegenden Fall, wo das Geschäft von den die Aktiven übernehmenden Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, ist es der Werth des lebenden Geschäfts, der maßgebend ist. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß es im § 738 B.G.B. heißt, der Ausscheidende habe dasjenige zu fordern, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst werden würde. Damit ist nicht gemeint der Werth, der sich bei einer allgemeinen Versilberung der einzelnen Vermögensgegenstände ergiebt, sondern der Erlös, der sich ergeben würde, bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vortheilhaften Verwerthung des Gesellschaftsvermögens, hier also bei einer Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des ganzen Geschäfts. Andererseits aber wäre es ein unberechtigtes Verlangen des ausscheidenden Gesellschafters, daß für das Recht der Geschäftsfortführung ein besonderer Aktivposten in die Auseinandersetzungsbilanz eingestellt werden soll.

Anm. 6. β) Die Feststellung der Abfindungssumme ist Sache aller Socien. Das H.G.B. sagt darüber nichts. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber müssen alle bisherigen Gesellschafter, einschließlich des Ausscheidenden, an den erforderlichen Arbeiten mitwirken, wenn nicht aus dem bisherigen Vertragsverhältnisse etwas anderes hervorgeht (R.G. 15 S. 80). Die Zuziehung eines Sachverständigen kann dem ausscheidenden Gesellschafter dabei regelmäßig nicht verwehrt werden (R.G. 25 S. 88). Läßt sich eine Verständigung über die gemeinschaftliche Erledigung dieser Arbeiten nicht erzielen, so muß die Aufnahme auf Kosten der Gesellschaft durch einen Sachverständigen erfolgen, dessen Ernennung eventuell nach Analogie des § 146 Abs. 2 durch das Gericht erfolgen muß (R.G. 15 S. 80) und zwar hier im ordentlichen Rechtswege (R.G. 13 S. 155). Erben haben einen gemeinschaftlichen Vertreter ihrer Rechte zu bestellen nach Analogie des § 146 Abs. 1. — Daß die Schätzung durch bestimmte Sachverständige erfolgen soll, kann giltig auch schon im Vertrage vereinbart sein (R.O.H. 16 S. 427; § 317 B.G.B.); auch Gesellschafter können dies sein (R.O.H. 16 S. 427; § 315 B.G.B.). Richterliche Nachprüfung ist in solchen Fällen aber vorbehalten.

Anm. 7. γ) Der rechtliche Charakter des Abfindungsguthabens. Es ist ein reines Forderungsrecht auf Auszahlung der festgestellten Summe, das den Gesellschafter z. B. auch zur Theilnahme am Konkurse der fortgesetzten Gesellschaft als gewöhnlicher Gläubiger berechtigt (R.O.H. 10 S. 57); es ist ein Passivum der fortgesetzten Gesellschaft, für welches sowohl diese, als auch die einzelnen Mitglieder nach § 128 solidarisch haften, und zwar mit der Verjährungsfrist aus § 159 (R.G. 7 S. 94). Der Grund einer solchen Klage aber ist das Gesellschaftsverhältniß, die Klage ist

eine actio pro socio. Gegenüber dem Reichsgericht (7 S. 95), welches diesen Charakter des Klagegrundes leugnet, fragt Behrend § 80 Anm. 21 mit Recht, was es denn sonst für eine Klage sein solle? Ihre Eigenthümlichkeiten erklären sich zur Genüge daraus, daß sie finita societate angestellt wird. — Der ausscheidende Gesellschafter kann seinen Auseinandersetzungsanspruch auch abtreten (und zwar im Wege der Cession; vergl. R.G. 18 S. 43), nicht aber auch die in seinem Gesellschaftsverhältnisse wurzelnden Rechte auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung und auf Rechenschaft über die schwebenden Geschäfte (vergl. Anm. 21 ffg. im Exkurse zu § 122).

δ) Die Möglichkeit der Anfechtung der Berechnung des Abfindungsguthabens. Anm. 8. Die Berechnung des Guthabens kann, auch wenn sie gemeinschaftlich erfolgte, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten werden, indem z. B. dargethan wird, daß die Passiva, welche dem Ausscheidenden angerechnet wurden, in Wahrheit nicht vorhanden, oder umgekehrt in größerer Zahl vorhanden waren. Das berechtigt zur Anfechtung wegen Irrthums, eine Anfechtung, die im Einzelfall dadurch ausgeschlossen sein mag, daß schließlich nicht die Summe der Einzelposten als Abfindungssumme festgestellt wurde, sondern eine Pauschalsumme; eine solche Vereinbarung kann nur noch wie ein Vergleich angefochten werden, nicht einfach dadurch, daß man einen einzelnen Posten der Berechnung anficht. Was die Werthansätze betrifft, so hat die Vorschrift des § 738 Abs. 2: der Werth ist erforderlichen Falls durch Schätzung zu ermitteln, den Zweck, eine definitive Grundlage für die Auseinandersetzung zu schaffen. Erfolgt daher die Werthansetzung in Gemäßheit des Vertrages oder gemeinschaftlich durch die Gesellschafter (vergl. oben Anm. 6), so kann eine Anfechtung nicht deshalb erfolgen, weil der Werth sich nachträglich als zu hoch oder zu niedrig herausgestellt habe. Es kann z. B. nicht nachgefordert werden, wenn Außenstände, die man für uneinziehbar hielt, ganz oder zum Theil eingehen oder umgekehrt Außenstände, die man für einziehbar hielt, sich nachträglich als uneinziehbar herausgestellt haben.

ε) Die Zeit der Auszahlung ist im Gesetze nicht bestimmt. Es entscheidet daher Anm. 9. § 271 Abs. 1 B.G.B. Danach muß zunächst aus den Umständen entnommen werden, ob sich aus diesen nicht eine Zeit für die Leistung ergiebt (§ 271 B.G.B.). Hierbei kommt in Betracht, daß die Gesellschaft, die doch fortbestehen soll, durch die Auskehrung in ihrer Existenz nicht gefährdet werden darf. Das Gericht wird also in der Lage sein, angemessene kurze Fristen zu bestimmen.

ζ) Eine Kaution für pünktliche Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens zu fordern, ist der ausscheidende Gesellschafter nicht berechtigt.

4. **Die Gesellschaftsschulden** gehen inter socios auf die verbleibenden Socien über. Der Aus- Anm. 10. scheidende kann verlangen, daß er von den Gesellschaftsschulden befreit werde, also nicht nur, daß er nicht in Anspruch genommen werde, sondern eine ausdrückliche Befreiung von den Schulden (§ 738 Abs. 1 B.G.B.). Soweit sie noch nicht fällig sind, können ihm die verbleibenden Socien statt der Befreiung Sicherheit bestellen, daß er nicht in Anspruch genommen werde. Diese Vorschriften können zu großen Belästigungen führen und es wird daher Sache vorsorglicher Vertragsschließung sein, den verbleibenden Gesellschaftern in diesem Punkte Erleichterungen zu verschaffen.

Die Verpflichtung zur Befreiung und eventuellen Sicherheitsleistung besteht auch Anm. 11. dann, wenn sich zu Lasten des ausscheidenden Gesellschafters ein Passivsaldo ergiebt. Er hat zwar diesen an die Gesellschaft zu zahlen, aber die Gesellschafter werden dadurch ihrer Verpflichtung, ihn von den Schulden zu befreien oder ihn sicher zu stellen, nicht ledig.

Haben die Gesellschafter ihrer Verpflichtung nicht genügt, und ist der Ausscheidende Anm. 12. dadurch auf Grund seiner Solidarhaft in die Lage gekommen, einen Gläubiger zu bezahlen, so kann er Regreß nehmen gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter (R.G. 11 S. 130), und dies ändert sich auch dadurch nicht, daß der ausscheidende Gesellschafter in Gemeinschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern ein constitutum debiti den Gläubigern gegenüber ein-

gegangen ist (R.G. 11 S. 130). Scheidet der Gesellschafter mit einem Passivsaldo aus, so können die Regreßansprüche einerseits und der Anspruch gegen den ausscheidenden Gesellschafter andererseits gegen einander aufgerechnet werden. Gerathen die verbleibenden Gesellschafter nach dem Ausscheiden des einen in Konkurs, so ist der Regreßanspruch des Letzteren dadurch schlecht gestellt, daß er im Konkurse neben dem Anspruch des Gläubigers nicht angemeldet werden kann und nach Abschluß eines Zwangsvergleichs insoweit beseitigt ist, als der Gläubiger in Gemäßheit des Zwangsvergleichs befriedigt ist; wegen des Ausfalls, den der ausscheidende Gesellschafter in Folge seiner Solidarhaft über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlt, besteht kein Regreßanspruch für ihn (R.G. 14 S. 178). Andererseits ermäßigt der Zwangsvergleich, welchen die verbleibenden Socien schließen, die Verpflichtungen des Ausgeschiedenen nicht (R.G. 29 S. 39; vergl. Anm. 27 zu § 128 und Anm. 16 zu § 129).

Anm. 13. **Zusatz 1. Die Gesellschafter können Abweichendes vereinbaren.** Die Bestimmungen des § 738 B.G.B. sind dispositiv. Sie können z. B. hinsichtlich der Grundlage der Berechnung (oben Anm. 5) vereinbaren, daß die Buchwerthe maßgebend sein sollen; es kann sich dies auch schon aus dem Gesellschaftsvertrage oder aus der Bethätigung der Gesellschaftsrechte ergeben; die Gesellschafter können Abfindungen in bestimmten Gegenständen oder umgekehrt Abfindungen für Gegenstände, die der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen sind, in Geld vereinbaren ꝛc.

Anm. 14. **Zusatz 2. Das Verhältniß des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber den Gläubigern ist hier nicht erörtert.** Hierüber §§ 128, 129 (vergl. Anm. 11 flg. zu § 129) und 159. Ueber die Haftung aus zweiseitigen Verträgen, die der Gläubiger erst nach seinem Ausscheiden zu Händen der Gesellschaft erfüllt, siehe Anm. 1 zu § 26.

Anm. 15. **Zusatz 3. Häufig werden dem ausscheidenden Gesellschafter auch Konkurrenzverbote auferlegt.** Hierüber siehe Anm. 26 flg. zu § 22, dazu aber noch Anm. 8 zu § 112.

II. Die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages.

Anm. 16. Diese Materie ist im § 739 B.G.B. behandelt. Derselbe lautet:

„Reicht der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen."

Anm. 17. 1. Diese Passivseite war vom alten H.G.B. nicht berücksichtigt. Die Vorschrift des B.G.B., welche diese Lücke ausfüllen soll, paßt für die o. H.G. insofern nicht ganz, als hier die Vertheilung des Verlustes auf die einzelnen Gesellschafter nicht erst am Schlusse der Gesellschaft, sondern in jedem Jahre stattfindet. Am Schlusse der Gesellschaft, also hier beim Ausscheiden werden bei der o. H.G. die Konten in derselben Weise regulirt, wie bei jeder Jahresbilanz (vergl. § 154 u. Erl. dazu). Der Verlust wird unter alle Gesellschafter vertheilt nach Maßgabe ihres vertragsmäßigen Antheils am Verluste.

Anm. 18. 2. Ergiebt sich hiernach für den ausscheidenden Gesellschafter ein Passivsaldo, so ist dies eine reine Geldschuld des Ausscheidenden an die Gesellschaft. Auf sein Recht auf Befreiung von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft hat das Vorhandensein eines Passivsaldos keinen Einfluß (vergl. oben Anm. 11).

Anm. 19. 3. Außer diesem Passivsaldo hat er alles zu zahlen, was er sonst der Gesellschaft schuldet, so z. B., wenn er unbefugt Geld der Gesellschaftskasse entnommen hat. Auch für diese haftet er als persönlicher Schuldner. Er ist nicht berechtigt, zu verlangen, daß diese von seinem Aktivsaldo abgezogen werden, muß sie vielmehr, wenn sein Gesellschaftsguthaben noch nicht fällig ist, unbekümmert um die Höhe desselben an die Gesellschaftskasse zahlen (R.O.H. 24 S. 48).

III. Die Rechte des Ausscheidenden in Bezug auf schwebende Geschäfte.

Anm. 20. Hierüber disponirt § 740 B.G.B. Derselbe lautet:

„Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste Theil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergiebt. Die übrigen

Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint.

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen."

1. **Rechtliche Betheiligung an den Abwickelungsgeschäften, Ausschluß von der Betheiligung an den sonstigen Geschäften.** Anm. 21.

a) Durch diese Bestimmung der Theilnahme an den Abwickelungsgeschäften soll keinerlei Societät begründet werden oder als fortgesetzt gelten. (Behrend § 80 Anm. 22.) Die Vorschrift hat nichts weiter zu bedeuten, als daß dem ausscheidenden Gesellschafter bei der definitiven Berechnung und Auszahlung seines Guthabens das Ergebniß der Abwickelungsgeschäfte antheilsweise gut gerechnet oder zu Lasten geschrieben wird. Aber er hat aufgehört Socius zu sein und hat daher auch bei den Geschäften, an denen er interessirt bleibt, nicht die Stellung eines Gesellschaftsmitgliedes: weder hat er die Rechte in Betreff der Geschäftsführung, noch das Kontrol-Recht des § 118 (Goldschmidt in G.Z. 29 S. 377), andererseits hat er auch keine Pflicht zur Mitthätigkeit, und ist auch nicht mehr dem Konkurrenzverbot aus § 112 unterworfen. Daß er für schwebende Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten habe, ist nicht anzunehmen.

b) Die Vorschrift betrifft nur das Verhältniß nach innen. Nach außen haftet er für die später entstehenden Verbindlichkeiten nicht, wenn nur die Voraussetzungen des § 15 vorliegen. Auch die nothwendigen Abwickelungsgeschäfte, welche in diesem Absatz vorgesehen sind, werden zwar mit für seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen gemacht. Er haftet daher aus ihnen dem Dritten nicht (Behrend § 80 Anm. 27; Hahn § 4 zu Art. 130). Daraus folgt umgekehrt, daß er sich dem Dritten gegenüber auf diese Rechtsgeschäfte nicht ohne Weiteres berufen kann, so z. B. wenn die fortgesetzte Gesellschaft vergleichsweise einen Schuldnachlaß erwirkt hätte. Vielmehr entscheiden hierüber die Bestimmungen für Korrealobligationen; vergl. über diese Anm. 7 flg. zu § 128. (Anders R.O.H. 15 S. 204; Behrend § 80 Anm. 27.) Behrend ist in dieser Hinsicht nicht konsequent. Puchelt (Anm. 7 zu Art. 130) nimmt in beiden Hinsichten (Haftung und Vortheil) das Gegentheil an. Das ist konsequent, jedoch nicht zutreffend. Ueber den Fall des Zwangsvergleichs der fortgesetzten o. H.G. siehe Anm. 16; vergl. über diese Anm. 16 zu § 129. Anm. 22.

c) Die Vorschrift betrifft diejenigen Geschäfte, welche die unmittelbare Folge dessen darstellen, was schon geschehen ist; es muß sich das, was nunmehr geschieht, als Abwickelung eines bereits schwebenden Geschäfts darstellen, so z. B. wenn Differenzen über ein Geschäft durch Vergleich beigelegt werden (R.O.H. 15 S. 204). Anm. 23.

d) Die Vorschrift bezieht sich aber nur auf die nothwendigen Abwickelungsgeschäfte. Sonstige spätere Geschäfte gehen ihn nichts an, und es ist nicht richtig, wenn Gareis-Fuchsberger (S. 263 Note 197) behaupten: er nehme noch an den Geschäften Theil, welche von einem geschäftsführenden Gesellschafter vor erlangter Kunde von dem Ausscheiden oder dem Ausschlusse für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen seien. Auf dieses Moment kommt es in keiner Weise an. Anm. 24.

2. **Erledigung der Abwickelungsgeschäfte durch die verbleibenden Gesellschafter.** Hinsichtlich der noch schwebenden Geschäfte werden die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters durch die verbleibenden gewahrt. Ihrer Geschäftsführung ist er unterworfen (R.G. 15 S. 81), jedoch nur ihrem vernünftigen Ermessen; böser Wille oder Willkür darf sie nicht leiten. Daß sie sorgfältig und nicht willkürlich zu verfahren haben, folgt schon aus der im Abs. 2 erwähnten Rechnungslegungspflicht, desgleichen folgt hieraus ihre diesbezügliche Beweispflicht. Eine Vergütung für ihre Abwickelungsthätigkeit können die verbleibenden Gesellschafter nicht liquidiren. Die Thätigkeit ist ein gesetzliches Residuum ihrer Gesellschaftereigenschaft. Daraus folgt zugleich, daß sie, wie Gesellschafter, für diligentia quam suis haften (Puchelt Anm. 8 zu Art. 130). Anm. 25.

Anm. 26. 3. **Anspruch auf jährliche Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte.**

a) **Rechenschaft über die beendigten Geschäfte.** Die Rechenschaft muß den Erfordernissen des § 259 B.G.B. entsprechen. Durch die Vorlegung der ordnungsmäßig geführten Bücher und Scripturen wird diesem Erfordernisse wohl meist genügt sein (R.O.H. 25 S. 344), womit aber nicht gesagt sein soll, daß der ausgeschiedene Gesellschafter ein unbedingtes Recht auf Vorlegung der Bücher hat. Dieses hat er vielmehr nicht, da er nicht mehr Gesellschafter ist, und wenn ihm die Gesellschafter nur sonst ordnungsmäßig und erschöpfend Rechnung legen, so können sie dies auch auf andere Weise thun (R.O.H. 25 S. 344). So auch R.G. 15 S. 80, welches Urtheil dem Gesellschafter das Recht auf Vorlegung der Inventare und Bilanzen, welche bis zu seinem Ausscheiden aufgenommen sind, versagt.

Anm. 27. b) **Auszahlung des Guthabens aus dem beendigten Geschäfte.** Die Höhe desselben wird er wohl meist der gelegten Rechnung entnehmen, und gerade dazu dient die Rechnungslegung. Allein, wenn er das Guthaben anderweit berechnen kann, so ist er berechtigt, auch ohne dies dasselbe einzuklagen (vergl. Bolze 4 Nr. 795, 13 Nr. 490, 17 Nr. 513). Auch kann er auf Rechnungslegung klagen und im Prozesse den Antrag umändern in einen Antrag auf Zahlung (vergl. R.G. v. 16. Oktober 97 in J.W. S. 603), auch kann er endlich auf Rechnungslegung und Zahlung dessen, was die Rechnung ergeben werde, klagen (§ 254 C.P.O.).

Anm. 28. c) **Auskunft über die noch schwebenden Geschäfte.** Hier kann er nicht Rechnungslegung, sondern nur Auskunft verlangen.

Anm. 29. **Zusatz 1. Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters werden häufig Konkurrenzverbote** vereinbart. Ueber diese siehe oben Anm. 15.

Anm. 30. **Zusatz 2. Analoge Grundsätze,** wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters, greifen Platz: **in dem Falle, wo ein Gesellschafter das Geschäft mit Activen und Passiven übernimmt** (vergl. § 142 Abs. 3). Hierüber Anm. 4 zu § 142.

§ 142.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph eröffnet bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft dem einen Gesellschafter die Möglichkeit, auf Grund eigener Entschließung, ohne Vereinbarung mit dem anderen Theil, das Geschäft für sich zu behalten, wenn in der Person des anderen Gesellschafters sich Thatsachen ereignen, welche zur Auflösung Anlaß geben.**

1. **Der erste Fall ist, daß Ausschließungsthatsachen vorliegen.** Näheres über den Inhalt und den Antrag der in solchem Falle zu erhebenden Klage, über die Begründung derselben, insbesondere die Ausschließungsgründe, hier Beseitigungsgründe, über die Frage, inwieweit der Gesellschaftsvertrag die gesetzlichen Erfordernisse, insbesondere die Ausschließungsgründe und die Zulässigkeit der Klage erweitern oder einschränken kann, über Beispiele von Ausschließungsgründen, über provisorische Regelung der mißlichen Schwebezustände durch einstweilige Verfügungen siehe Anm. 1 ffg. zu § 140, wo alles dies bei der Ausschließungsklage im Falle des Verbleibens mehrerer Gesellschafter erörtert ist. Es gelten hier überall die entsprechenden Grundsätze. (Wegen des Klageantrages vergl. jedoch unten Anm. 2.) Das Gleiche gilt von den Wirkungen der Ausschließung (insbesondere auch von der etwaigen Verpflichtung zum Schadensersatze) und von der Art der Auseinandersetzung. Auch hier gelten die zu § 140 und im Exkurse zu § 141 erörterten Grundsätze entsprechend; doch ist in dieser Hinsicht, also in Bezug auf die Wirkungen der Beseitigung eines Gesellschafters und der Art der Auseinandersetzung mit ihm noch folgendes zu bemerken: Anm. 1.

In solchem Falle ist der unschuldige Theil berechtigt, statt auf Auflösung, auf Geschäftsübernahme zu klagen. Der Antrag geht dahin: zu erkennen, daß Kläger berechtigt ist, das Geschäft zu übernehmen. Das bedeutet nicht etwa, wie Makower S. 279 annimmt, daß der Kläger nunmehr noch das Recht hat, zu erklären, ob er das Geschäft übernehmen will oder nicht. Vielmehr hat er dieses Recht durch die Erhebung der Klage ausgeübt, und durch den Urtheilsspruch ist ihm dieses Recht zugesprochen. Damit ist der von ihm gewollte Zustand eingetreten und auf die Konsequenzen aus demselben hat auch der beseitigte Gesellschafter ein Recht und ein Interesse; denn er erhält nunmehr das Recht, sein Auseinandersetzungsguthaben zu verlangen. Mit der Rechtskraft des Urtheils geht also das Geschäft mit allen seinen Bestandtheilen, mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht auf den Kläger über, wie im Falle der Ausschließungsklage der ausgeschlossene Gesellschafter mit der Rechtskraft des Urtheils aus der Gesellschaft ausscheidet und das gesammte Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft verbleibt. Die vorhandenen beweglichen Sachen werden in diesem Augenblicke Eigenthum des Klägers, die außenstehenden Forderungen, sie mögen verbrieft sein oder nicht, gehen auf ihn über, und auch die Grundstücke, sodaß es einer besonderen Auflassung derselben nicht mehr bedarf. Ebenso werden Hypotheken ohne Weiteres sein Alleineigenthum. Der Eintritt dieser bedeutsamen Rechtswirkung ist aus folgenden Gründen anzunehmen. Es sollte ausgesprochenermaßen ein Zustand geschaffen werden, analog demjenigen beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft (Denkschrift S. 101). Ausdrücklich ist dies gesagt im § 142 Abs. 3. Danach sollen für die Auseinandersetzung zwischen beiden Gesellschaftern die für das Ausscheiden eines Gesellschafters gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden. An der Spitze dieser Auseinandersetzungsvorschriften aber steht der Satz des § 738 B.G.B., wonach „der Antheil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst". Die entsprechende Anwendung dieses Satzes führt hier dazu, daß dasjenige Recht, welches der beseitigte Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen hatte, welchen rechtlichen Charakter dieses Recht auch immer haben möge, auf den anderen Gesellschafter übergeht, sodaß in der Person dieses anderen Gesellschafters sein eigenes Recht und das des beseitigten Gesellschafters zusammentreffen, und er somit nunmehr allein dasjenige Recht hat, welches sich aus der Vereinigung der Rechte der beiden Gesellschafter ergiebt, also das Alleineigenthum. Es tritt dasselbe ein, wie wenn ein Gesellschafter Erbe des anderen wird. Auch hier wächst der Antheil des einen dem andern zu. Freilich würde diese entsprechende Anwendung zu diesem Ergebnisse dann nicht führen, und man müßte statt dessen annehmen, daß nur das obligatorische Recht auf Eigenthumsübertragung die Folge dieses Zuwachsens wäre, wenn es rechtlich nicht anginge, das Eigenthum an beweglichen Sachen unter Lebenden anders als durch Uebergabe und an unbeweglichen anders als durch Auflassung zu erwerben. Das aber ist keineswegs der Fall. Die Uebergabe ist keineswegs die absolute Voraussetzung Anm. 2.

des Eigenthumserwerbes an beweglichen Sachen und die Auflassung keineswegs die absolute Voraussetzung des Eigenthumserwerbs an Grundstücken. Ein unter einer Resolutivbedingung verkaufter und übergebener beweglicher Gegenstand wird z. B. mit dem Eintritt der Resolutivbedingung ohne Rückübergabe Eigenthum des Verkäufers (§ 158 Abs. 2 B.G.B.). Die Auflassung aber ist nur die Form für die Einigung der Parteien. Wo eine Einigung der Parteien nicht der Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes ist, da kann die Auflassung nicht erforderlich sein. Der § 873 B.G.B. spricht von dem Erforderniß der Einigung auch nur als von dem Regelfall; daß sie dort nicht gilt, wo die Gesetze ein anderes bestimmen, hebt derselbe Paragraph ausdrücklich hervor, und daß die Gesetze nicht bloß ausdrücklich ein anderes zu bestimmen brauchen, ist selbstverständlich. So liegt in der Fusion eine Universalrechtsnachfolge (R.G. 28 S. 363; Johow 11 S. 129), sodaß auch hier keine Auflassung erforderlich ist, obwohl überdies hier eine Uebertragung durch Vertrag vorliegt.

Anm. 3. Der Kläger wird hiernach Eigenthümer des zum Geschäft gehörigen Grundstücks durch den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils und kann durch einfachen Antrag seine Umschreibung beantragen. Diese Auffassung dürfte auch den Anschauungen des Reichsgerichts, welches dasselbe in einem ähnlichen Falle niedergelegt hat, entsprechen (R.G. 25 S. 257); das Reichsgericht sagt ebenfalls, daß sich durch die Uebertragung der Gesellschaftsrechte des einen Socius auf den anderen bei der Auseinandersetzung (dort war eine vertragsmäßige Uebertragung gemeint, was aber für diese Frage keinen Unterschied macht) „die in der Person des einen der früheren Gesellschafter vereinigten Gesellschafterrechte in Eigenthum an den Sachen umsetzen". Anders allerdings Johow 11 S. 126, jedoch unter der Herrschaft des früheren Rechts und demgemäß ohne Berücksichtigung des § 738 B.G.B. (der Antheil wächst zu). Und man kann gegen unsere Auffassung auch nicht einwenden, daß sie sich nicht wohl vertrage mit der Auffassung, die wir an anderer Stelle vertreten haben, wonach, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich ein Grundstück zu Eigenthum haben und sie dasselbe in eine von ihnen zu gründende o. H.G. einbringen wollen, es hierzu der Auflassung bedarf (vergl. Anm. 10 im Exkurse zu § 122). Zwar ist es richtig, daß die Person des Eigenthümers auch dort nicht wechselt. Die Auflassung ist allerdings auch dort nur erforderlich, weil das Recht ein anders geartetes wird. Allein hier wächst nach gesetzlicher Vorschrift das Recht des einen dem Rechte des andern zu, dort fehlt es an einer Rechtserscheinung, die dem analog ist. Dort muß also die Veränderung des Rechts auf dem gewöhnlichen Wege erfolgen.

Anm. 4. Im Uebrigen macht die entsprechende Anwendung der für das Ausscheiden des Gesellschafters gegebenen Auseinandersetzungsvorschriften keine Schwierigkeiten. Dieselben sind von uns im Exkurse zu § 141 dargelegt. Auch hier ist der Werth des gemeinschaftlichen Vermögens zur Zeit der Erhebung der Klage zu Grunde zu legen, wobei der wahre Werth, nicht etwa der Buchwerth zu Grunde zu legen ist (Anm. 5 im gedachten Exkurse), der Anspruch auf die Abfindungssumme ist eine reine Geldschuld des Uebernehmens (Anm. 7 daselbst), es besteht unter Umständen die Anfechtungsmöglichkeit (Anm. 8 daselbst), es gilt das Gleiche hinsichtlich der Zeit der Auszahlung (Anm. 9 daselbst) über die Verpflichtung zur Befreiung des Ausscheidenden von den Gesellschaftsschulden (Anm. 10 daselbst), über das Verhältniß des Ausscheidenden zu den Gläubigern (Anm. 14 daselbst), über die Verpflichtung zur Erstattung eines Fehlbetrages (Anm. 16 daselbst), und über das Verhältniß bei schwebenden Geschäften (Anm. 20 daselbst).

Anm. 5. 2. **Zweiter Fall oder vielmehr zweiter und dritter Fall:** Ein Gläubiger eines Gesellschafters kündigt die Gesellschaft auf Grund des § 135 und ein Gesellschafter geräth in Konkurs. Auch in diesen beiden Fällen ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft zu übernehmen mit Aktiven und Passiven und unter den Voraussetzungen des § 24 auch das Firmenrecht. Die Uebernahme erfolgt hier durch eine einfache Erklärung analog § 141, nicht erst durch gerichtliche Entscheidung. Durch diese einseitige Erklärung (die eine empfangsbedürftige Erklärung nach §§ 132 flg. B.G.B.

ist), vollzieht sich der Eigenthumserwerb: Uebergabe der beweglichen Sachen, Cession der Forderungen, Indossirung der Wechsel, Auflassung der Grundstücke ist nicht mehr erforderlich. Es tritt vielmehr hier mit der bloßen Erklärung des verbleibenden Gesellschafters dieselbe unmittelbare Rechtsnachfolge ein, wie nach Absatz 1 mit der Rechtskraft des Urtheils (vergl. daher oben Anm. 2 u. 3).

Darüber, in welchen Zeitpunkten diese Erklärung abzugeben ist, gilt dasselbe, wie zu § 141 (vergl. daher Anm. 1 u. 4 zu § 141).

Für die Modalitäten der Auseinandersetzung gilt auch hier das im § 141 Gesagte (vergl. oben Anm. 4). Dabei ist diejenige Vermögenslage zu Grunde zu legen, welche auch im Falle des § 141 maßgebend ist. Insoweit soll § 141 offensichtlich analoge Anwendung finden (vergl. Makower S. 280).

Zusatz. Uebergangsfrage. Die Vorschriften betreffen das interne Verhältniß der Gesell- Anm. 6.
schaft und haben keinen Exklusivcharakter. Sie gelten daher für die am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaftsverträge nicht ohne Weiteres (vergl. Anm. 32 zu § 105 und Anm. 9 zu § 109).

§ 143.

Die Auflösung der Gesellschaft ist, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft eintritt, von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Das Gleiche gilt von dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

Ist anzunehmen, daß der Tod eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge gehabt hat, so kann, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, die Eintragung erfolgen, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Auflösung und des Ausscheidens zum Handelsregister an. Anm. 1.

1. Vorweg ist zu bemerken, daß die Vorschrift zunächst allerdings einen rechtspolizeilichen Charakter hat, daß aber auch die Parteien gegeneinander ein Civilrecht auf Bewirkung der Anmeldung haben. Dieses Civilrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen war, auch in diesem Falle besteht ein großes Interesse daran, daß die Auflösung eingetragen werde, um die sich aus § 15 ergebenden mißlichen Folgen der nicht erfolgten Eintragung der Auflösung zu beseitigen und um die Verjährung aus § 159 beginnen zu lassen (R.O.H. 22 S. 201; 23 S. 227; weitere Citate in Anm. 4 zu § 15). Da das Recht auf Eintragung im öffentlichen Rechte wurzelt und es sich nicht um synallagmatische Verpflichtungen handelt, so kann der andere Gesellschafter die verlangte Mitwirkung bei der Eintragung nicht verweigern mit dem Hinweis darauf, daß der sie verlangende Socius seine Zahlungsverpflichtung nicht erfüllt habe (R.O.H. 2 S. 172). Ueber die Eintragung auf Grund einer solchen Entscheidung siehe § 16.
2. **Was ist einzutragen?** Nach Abs. 1 die Auflösung, nach Abs. 2 das Ausscheiden eines Anm. 2.
Gesellschafters. Unter der Auflösung ist auch die Auflösung nach Ablauf der Zeit zu verstehen, auch wenn der Endpunkt der Gesellschaft bereits eingetragen war. Das ist selbstverständlich und ist deshalb nicht mehr, wie früher, hervorgehoben worden (Denkschrift S. 102). Das Ausscheiden umfaßt das freiwillige und unfreiwillige Ausscheiden, die Ausschließung ist nicht besonders hervorgehoben. Im Falle des Konkurses der Gesellschaft ist die Auflösung nicht anzumelden, die Eröffnung des Konkurses wird von Amtswegen eingetragen (§§ 6 und 32 H.G.B.; § 112 K.O.). Gemeint ist aber nur der Fall, wo der Konkurs der Gesellschaft die Auflösung zur Folge hat, nicht auch der Fall, wo der

Konkurs eines Gesellschafters die Auflösung oder das Ausscheiden zur Folge hat; hier greift vielmehr die Vorschrift der Anmeldung wieder Platz.

In allen jenen Fällen, in denen die Gesellschaft aufgelöst wird, das Geschäft aber auf einen der Socien übergeht (z. B. § 142; vergl. Anm. 6 zu § 138; auch Anm. 8 zu § 145) ist die Auflösung der Gesellschaft einzutragen und ferner, daß das Handelsgeschäft auf einen der Socien übergegangen ist, der es nunmehr unter der Firma N. N. fortsetzt. Die Fassung der Eintragung, daß der eine Gesellschafter ausscheidet, ist in diesem Falle nicht korrekt, aber auch nicht gerade wirkungslos, weil ersichtlich ist, was gemeint ist (R.O.H. 21 S. 193).

Die Uebertragung ist auch dann einzutragen, wenn die Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 3. 3. **Wer hat die Anmeldung zu bewirken?** Regelmäßig alle Gesellschafter, auch der Ausscheidende (Denkschrift S. 102), auch die Erben eines verstorbenen Gesellschafters. In letzterer Hinsicht schafft Abs. 3 eine Erleichterung: soweit der Mitwirkung eines Erben besondere Hindernisse entgegenstehen, kann die Eintragung ohne diese Mitwirkung erfolgen. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen und im Uebrigen die Thatsache der Auflösung Zweifeln nicht unterliegt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so muß von der Mitwirkung des besonders behinderten Erben abgesehen werden. Denn das Wort „kann" bedeutet, daß, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die Behörde so verfahren muß (Planck I S. 25). Ist von mehreren Erben der eine verhindert, so ist nur von dessen Mitwirkung abzusehen. Ueber den Fall, daß ein Gesellschafter zur Mitwirkung verurtheilt ist, siehe § 16. Wenn die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird, so tritt diese Erleichterung nicht ein.

Anm. 4. 4. **Ueber die Form der Anmeldung und sonstige Modalitäten derselben** siehe §§ 12—14.

Anm. 5. **Zusatz 1. Ueber die Wirkungen der Nichteintragung und der Eintragung der Auflösung und des Ausscheidens** läßt sich dieser Paragraph im Gegensatz zum früheren Art. 129 nicht aus. Das war jetzt überflüssig, weil der § 15 diese Materie jetzt allgemein regelt. Doch soll von uns diese Materie hier speziell mit Bezug auf die Auflösung der o. H.G. kurz erörtert werden:

a) **Die nicht erfolgte Eintragung und Publikation der Auflösung oder des Ausscheidens** hat auf das Rechtsverhältniß selbst keinen Einfluß. Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Die Auflösung wirkt aber nicht gegen Dritte, außer wenn diese sie gekannt haben.

Anm. 6. α) Die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Das gilt insbesondere für das innere Verhältniß unter den Socien. Und es gilt dies ferner für das Verhältniß der Socien gegenüber dem öffentlichen Recht, z. B. in Bezug auf die Pflicht zur Buchführung.

Anm. 7. β) Aber im Verhältniß zu Dritten, welche mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr treten, gilt das registrirte oder sonst kundgewordene Gesellschaftsverhältniß als fortbestehend. Es haften daher z. B. die Erben des verstorbenen Gesellschafters für die nach dem Tode ihres Erblassers kontrahirten Gesellschaftsschulden gegenüber demjenigen Gläubiger, der den Tod und also die dadurch erfolgte Auflösung der Gesellschaft nicht gekannt hat.

Auch auf nicht eingetragene Gesellschaften finden die Vorschriften Anwendung. Auch nicht registrirte Handelsgesellschaften müssen sich nachträglich anmelden und alsdann löschen lassen (siehe oben Anm. 1), widrigenfalls die Handelsgesellschaft als fortbestehend gilt und die früheren Inhaber derselben trotz ihres Ausscheidens für die unter der Gesellschaftsfirma nachträglich kontrahirten Schulden fortgesetzt haften — und zwar bei Vertragsschulden ex contractu — (vergl. Anm. 11 zu § 15; Bolze 17 Nr. 516; Kammergericht bei Perl und Wreschner 1891 S. 94).

Anm. 8. γ) Das ändert sich erst, wenn der Dritte die Auflösung kannte. Es genügt nicht, daß er sie hat kennen müssen. Das Kennen aber braucht sich nur auf diejenigen Thatsachen zu beziehen, welche den Auflösungsgrund bilden; z. B. den Tod des Gesellschafters, es sei denn, daß der Dritte

Veranlassung hatte, anzunehmen, es werde trotz des Eintritts des Auflösungsgrundes die Gesellschaft fortgesetzt (R.O.H. 19 S. 17; 21 S. 374).

Wann Kenntniß anzunehmen ist, ist Thatfrage. Man kann Anm. 9.
nicht sagen, wie dies von Behrend § 78 Anm. 21 geschieht, daß die von einem Gesellschafter allein ausgehende Kenntniß in der Regel hierzu nicht ausreichend sei.

Die Kenntniß des Gläubigers von der eingetretenen Auf- Anm. 10.
lösung oder dem erfolgten Ausscheiden befreit die ausscheidenden Gesellschafter von der Haftung für fernere Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Bei Schulden, die zweifelsohne erst nach dieser Kenntniß zur Entstehung gelangen, bietet die Anwendung dieses Satzes keine Schwierigkeiten. Für zweifelhafte Fälle dienen folgende Beispiele: Ein Gläubiger, der einer offenen Handelsgesellschaft einen laufenden Kredit gewährt hat, sei es auch auf Grund eines allgemeinen Kreditversprechens, kann die ausgeschiedenen Gesellschafter für die nach ihrem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden von der Gesellschaft eingegangenen, jenem allgemeinen Kreditverhältnisse unterworfenen Verbindlichkeiten nicht haftbar machen (R.G. 4 S. 82). Beläßt der Deponent von Werthpapieren nach dem ihm bekannt gewordenen Ausscheiden eines Gesellschafters den übrigen das Depot, so kann er sich wegen einer späteren Veruntreuung an den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht halten. Es liegt in solchem Verhalten das Einverständniß damit, daß die neue Gesellschaft fortan allein als Verwahrerin der Papiere zu betrachten sei (R.O.H. 19 S. 18). Aber es ist das nicht auszudehnen auf den Fall, wo eine einfache Geldschuld den verbleibenden Gesellschaftern weiter kreditirt ist (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 26 u. Anm. 15 zu § 129).

Die erlangte Kenntniß von der eingetretenen Auflösung Anm. 11.
steht aber in Bezug auf die Frage der Verjährung der bereits bestehenden Verpflichtung nach § 159 der Eintragung nicht gleich.

b) **Die erfolgte Eintragung und Publikation der Auflösung** wirkt gegen jeden Dritten, Anm. 12.
sofern er nicht nachweist, daß er die Thatsache weder gekannt hat, noch habe kennen müssen (vergl. Anm. 6 zu § 15), ein Präjudiz, welches auf den Konkursfall nicht Platz greift. Die Konkurseröffnung hat ihre selbstständige, in anderen Gesetzen geregelte Wirkung (§ 32 und die Erl. dazu).

Daß in der Verjährungsfrage die Eintragung allein entscheidend ist, darüber vergl. § 159.

c) Die Wirkungen der nicht erfolgten Eintragung und Publikation der Anm. 13.
Auflösung sind durch den § 5 nicht verändert oder verstärkt. Denn nach diesem Paragraphen kann ja der Einwand gemacht werden, daß der Eingetragene überhaupt kein Handelsgewerbe betreibt. Eine aufgelöste Handelsgesellschaft betreibt aber kein Handelsgewerbe. Die aufgelöste Handelsgesellschaft gilt also nicht etwa wegen des § 5 trotz Auflösung schlechtweg als o. H.G., sondern sie gilt es nur unter den Voraussetzungen des § 15 (vergl. hierüber noch den Exkurs zu § 5).

d) Daß die Anwendung des § 15 nicht bloß die Bedeutung hat für solche Anm. 14.
Fälle, wo die Kenntniß der Auflösung oder des Ausscheidens für das Verhalten des Dritten und die durch dieses Verhalten beeinflußten Rechte und Verbindlichkeiten von irgend welcher Bedeutung sein kann, darüber siehe Anm. 3 zu § 15.

Zusatz 2. Verschieden von der Eintragung der Auflösung ist die Eintragung des Er- Anm. 15.
löschens der Firma. Darüber siehe zu § 157.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Die Vorschriften finden natürlich auch Anwendung auf offene Anm. 16.
Handelsgesellschaften, welche am 1. Januar 1900 bestehen. Denn sie betreffen das Verhältniß zu Dritten (vergl. Anm. 6 zu § 107).

§ 144.

Ist die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

Die Fortsetzung ist von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der vorliegende Paragraph eröffnet die Möglichkeit einer Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung derselben.

Anm. 1. 1. Diese Fortsetzung ist von uns bereits in Anm. 2 zu § 131 behandelt. Sie kann nicht nur in den im vorliegenden Paragraphen bezeichneten Fällen, sondern auch in anderen Fällen stattfinden, in welchen die offene Handelsgesellschaft durch irgend ein Ereigniß aufgelöst ist. Von uns ist dies in Anm. 2 zu § 131 hervorgehoben worden.

Anm. 2. 2. Der Konkurs hebt an sich die Gesellschaft auf und die Gesellschaft bleibt an sich aufgelöst, auch wenn der Konkurs nachträglich durch Einstellung oder Zwangsvergleich aufgehoben wird. Aber der vorliegende Paragraph eröffnet eben die Möglichkeit, die aufgelöste Gesellschaft fortzusetzen.

Anm. 3. 3. Die Fortsetzung bewirkt, daß die Gesellschaft wieder in eine o. H.G. umgewandelt wird. Die „Fortsetzung" liegt darin, daß es dieselbe Gesellschaft ist, welche aus einer Abwickelungsgesellschaft nunmehr wieder in eine o. H.G. zurückverwandelt wird. Es bleibt also die Identität der Gesellschaft trotz Aenderung ihres rechtlichen Charakters.

Deshalb haftet sie auch für die Schulden der früheren Gesellschaft, insbesondere auch für die im Zwangsvergleich vereinbarte Vergleichssumme (RG. 28 S. 133). Die früheren Vertretungs- und Geschäftsführungsverhältnisse sind durch die eingetretene Auflösung beseitigt; sie müssen nunmehr von Neuem geregelt werden oder aber es greifen die gesetzlichen Vorschriften hierüber Platz.

Anm. 4. 4. Der Beschluß folgt den Regeln des § 119, es ist also auch Majoritätsbeschluß zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Andererseits genügt auch thatsächliche Fortsetzung mit Zustimmung aller Gesellschafter (RG. 28 S. 134).

Anm. 5. 5. Die Anmeldung ist von sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken (Näheres über die Anmeldung §§ 12—14). Giltigkeitserforderniß ist dies nicht. Die Gesellschaft ist vielmehr von dem Fortsetzungsbeschlusse an wiederum eine o. H.G., außer wenn es sich um eine o. H.G. auf Grund des § 2 oder des § 3 Absatz 2 handelt und die Firma bereits gelöscht ist.

Anm. 6. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift deckt sich mit dem, was nach früherem Recht angenommen wurde (vergl. unsere 5. Auflage § 1 zu Art. 123), weshalb für die Uebergangszeit nichts zu bemerken ist.

Fünfter Titel.

Liquidation der Gesellschaft.

§ 145.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß die regelmäßige Folge der Auflösung die Liquidation ist, und ordnet an, wann sie unterbleibt und unterbleiben darf.

Vorauszuschicken ist der Erläuterung eine **Vorbemerkung** darüber, daß sich die Liquidation nicht auf den Einzelkaufmann bezieht, und ferner eine Betrachtung des Wesens der Liquidation.

Anm. 1.

1. **Daß sich die Bestimmungen über die Liquidation nicht auf den Einzelkaufmann beziehen,** brauchte eigentlich nicht besonders hervorgehoben zu werden (RG. 1 S. 265). Denn das Wesentliche der Liquidation liegt in der Abwickelung der gemeinsamen Rechtsbeziehungen, und dieses Charakteristikum fällt beim Einzelkaufmann fort. Die Geschäftswelt spricht dennoch von einem Liquidiren des Geschäfts auch bei Einzelfirmen. Eine Eintragung dieses Zustandes, z. B. dann, wenn der Einzelkaufmann die Liquidation seines Geschäfts einem Gläubigerausschuß überläßt, ist nicht zulässig (H.A.G. Nürnberg in Busch, Archiv 24 S. 285). Die Rechtsstellung eines solchen Liquidators ist die eines Mandatars, und zwar eines Mandatars des Gemeinschuldners, wenn dieser allein ihn bestellt hat, eines Mandatars des Gemeinschuldners und der Gläubiger, wenn er von beiden Theilen bestellt ist. Letzteres liegt in dem im Handelsverkehr sehr häufigen Fall vor, daß die Liquidation erfolgt auf Grund eines Arrangements mit den Gläubigern zum Zwecke der Abwendung des Konkurses. In solchem Falle ist der Liquidator sowohl dem Gemeinschuldner, als auch den Gläubigern, und zwar jedem einzeln, verantwortlich für die ordnungsmäßige Verwaltung und Verwerthung der Masse und für gleichmäßige Vertheilung der Masse an die Gläubiger.

Anm. 2.

2. **Inhalt und juristisches Wesen der Liquidation.** Ihr Inhalt besteht darin, daß eine Abwickelung gewählt wird, bei welcher für gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt, die Forderungen derselben eingezogen und das Vermögen der Gesellschaft versilbert wird (§ 149). Alles dies geschieht aber nicht in Form eines gerichtlichen Verfahrens. Das Gericht hat dabei in keiner Weise mitzuwirken, und sei es auch nur durch Ausübung einer Aufsicht (Hahn § 2). Die in der Geschäftswelt oft gebrauchte Bezeichnung „gerichtliche Liquidation" ist daher nicht am Platze. Auch kann eine wirklich gerichtliche Liquidation von keinem Gesellschafter gefordert werden, auch nicht im Streitfalle.

Anm 3.

Aus diesem Inhalte der Liquidation ergiebt sich ihr juristisches Wesen. Es ist eine communio, aber nicht bloß eine vertragslose communio, auch keine Gemeinschaft, zu deren Charakterisirung man, wie dies in den Entscheidungen des R.O.H. geschieht, die Fiktion des Fortbestandes der offenen Handelsgesellschaft heranzuziehen brauchte; vielmehr ist es eine Gesellschaft sui generis, eine Liquidations- oder Abwickelungsgesellschaft (vergl. Anm. 1 u. 3 zu § 131). Die gemeinsame Abwickelung des Gesellschaftsgeschäfts ist selbst ein Gesellschaftsunternehmen, wie Behrend (§ 81 Anm. 16) treffend sagt. Diese Liquidationsgesellschaft unterscheidet sich von der offenen Handelsgesellschaft nur dadurch, daß sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt oder wenigstens nur noch die letzten Akte desselben vornimmt (vergl. Anm. 24 zu § 1), und daraus folgt einmal, daß diejenigen Rechtssätze der offenen Handelsgesellschaft, welche den Bestand des Handelsgewerbes voraussetzen, für sie nicht gelten, und andererseits die anderen Rechtssätze wohl für sie gelten, wie dies durch § 156 noch besonders angeordnet ist.

Anm 4.

Zu den fortfallenden Rechtssätzen gehören vor Allem die Bestimmungen über die Geschäftsführung und die gesetzliche Vertretung (R.O.H. 5 S. 390 u. 7 S. 71). Deshalb trifft das Gesetz in erster Linie Fürsorge dafür, wer die Gesellschaft in diesem Stadium gesetzlich zu vertreten und ihre Geschäfte zu führen hat. Es bestimmt, daß dies durch Liquidatoren geschehe (§ 146). Dahin gehört ferner das Konkurrenzverbot

(R.O.H. 21 S. 144; vergl. Anm. 6 zu § 112). Im Uebrigen bleibt aber sowohl die Personeneinheit bestehen, weshalb z. B. der Nießbrauch einer o. H.G. durch den Konkurs nicht untergeht (R.G. 16 S. 1), als auch die Selbstständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Das an diesem bestehende Gesammteigenthum löst sich nicht etwa in eine Anzahl von Miteigenthumsantheilen der einzelnen Gesellschafter auf, weshalb z. B. die Auseinandersetzung mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters in dem Falle, daß durch den Tod des Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst ist, und die dahin geht, daß die Erben durch Geld abgefunden werden und die Vermögensmasse dem lebenden Socius überlassen wird, als Uebertragung von Gesellschaftsrechten zu betrachten und so zu versteuern ist (R.G. 25 S. 257) und auch sonst so zu behandeln ist, so daß z. B. auch in diesem Falle keine Auflassung bei Grundstücken erforderlich ist (vergl. unten Anm. 8). Die Aufrechnungsvorschriften, welche für die o. H.G. gelten, gelten auch für das Stadium der Auflösung bis zur endgiltigen Auseinandersetzung (vergl. Laband in G.Z. 31 S. 14 flg.). Die Auflösung hat auch nicht etwa eine vorzeitige Fälligkeit der Gesellschaftsschulden zur Folge (vergl. Anm. 5 zu § 155); auch bestehende Dienstverträge werden durch die Auflösung der Gesellschaft nicht ohne Weiteres aufgelöst (vergl. R.G. 24 S. 72); die Auflösung richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Und endlich hört durch die Auflösung die solidarische Haft nicht auf, wie dies übrigens auch noch aus § 156 u. 159 hervorgeht (vergl. überhaupt über alle diese Punkte § 156 und die Erläuterungen dazu).

Anm. 5. 3. **Die Liquidation ist die regelmäßige Form der Auflösung.**

a) Eine Ausnahme macht der Konkursfall. Dieser absorbirt bei der o. H.G. jedes andere Liquidationsverfahren während seiner Dauer. Nach Beendigung desselben kann Liquidation eintreten (R.O.H. 16 S. 289; R.G. 40 S. 31; Appel-Gericht Köln in Busch' Archiv 29 S. 294). Ist dann noch ungetheiltes Vermögen vorhanden, so kann jeder Gesellschafter die Liquidation fordern (Bolze 1 Nr. 1177), sonst ist für die Liquidation kein Raum (R.G. 40 S. 32).

Anm. 6. b) Außer dem Konkursfall aber ist die Liquidation die durch Dispositivgesetz angeordnete Folge der Auflösung. Sie tritt ein, ohne daß die Parteien sie ausdrücklich gewollt haben (R.G. 25 S. 257; Cosack S. 560), auch wenn sie dieselbe nicht gewollt haben, sofern sie nur nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben. Im Augenblicke der Auflösung ist die Liquidation eingetreten und darauf, daß auch wirklich liquidirt werde, hat jeder Socius einen rechtlichen Anspruch (R.O.H. 22 S. 204), es sei denn, daß sie gegenstandslos wäre, wenn z. B. Aktivvermögen nicht vorhanden ist (R.G. 40 S. 31). In diesem Falle kann derjenige Gesellschafter, der mehr zwecks Deckung der Verluste beigetragen hat, als er nach dem Vertrage sollte, sofort Ausgleichung fordern; das Vorhandensein von noch unbefriedigten Gläubigern und die Möglichkeit, daß der auf Ausgleichung in Anspruch genommene Gesellschafter nachträglich auf Bezahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden kann, hindert die Geltendmachung der präsenten Ausgleichungsforderung nicht (R.G. 40 S. 32).

Anm. 7. c) Sie ist aber nur die dispositiv angeordnete gesetzliche Folge. Sie ist nicht absolut vorgeschrieben, nicht die nothwendige Folge der Gesellschaftsauflösung. Insbesondere haben auch die Gläubiger der Gesellschaft keinen Anspruch auf Eintritt der Liquidation (Oberappelationsgericht Dresden in Busch' Archiv 9 S. 441; Denkschrift S. 103).

Vielmehr haben es die Gesellschafter in der Hand, eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren (und zwar auch schon vor Befriedigung der Gläubiger, R.O.H. 25 S. 277).

Ueber diese anderweite Vereinbarung einer Auseinandersetzung gilt Folgendes:

Anm. 8. a) Die Vereinbarung kann einen mannigfachen Inhalt haben: Es kann Naturaltheilung beschlossen werden; es kann auch beschlossen werden, daß einer von mehreren Gesellschaftern ausscheidet und die anderen die Gesellschaft fortsetzen; oder es kann beschlossen werden, daß das Gesellschaftsvermögen in eine andere Gesellschaft,

z. B. in eine Aktiengesellschaft oder in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung inferirt werde und jeder Gesellschafter eine bestimmte Anzahl Gesellschaftsantheile der neuen Gesellschaft erhalte; es kann auch das Geschäft **einem Gesellschafter mit Aktiven und Passiven überlassen und der andere oder die anderen abgefunden** werden (R.O.H. 24 S. 144; R.G. 31 S. 47; Johow 11 S. 127). In letzterem Falle tritt kraft Vereinbarung derjenige Zustand ein, welchen das Gesetz im Falle des § 142 Abs. 1 an die richterliche Entscheidung und im § 142 Abs. 2 an die Erklärung des einen Gesellschafters knüpft, d. h. es wächst der Antheil des abgehenden Gesellschafters dem das Geschäft übernehmenden Socius zu, wodurch ein unmittelbarer Eigenthumsübergang an den Uebernehmer bewirkt wird (vergl. hierüber Anm. 2 zu § 142; vergl. insbesondere hierzu auch R.G. 25 S. 257; dagegen freilich wieder Johow 11 S. 126). Es ist in Folge dessen keine Auflassung der Grundstücke[1]), keine Uebergabe der Mobilien, keine Cession der Forderungen erforderlich, um den Eigenthumsübergang zu bewirken. Für die Auseinandersetzung ist § 142 Abs. 3 entsprechend anwendbar; sie erfolgt also ebenfalls unter entsprechender Anwendung der für das Ausscheiden eines Socius gegebenen Auseinandersetzungsvorschriften der §§ 738—740 B.G.B. (vergl. auch R.G. 31 S. 47). Von uns sind diese Vorschriften im Exkurse zu § 141 auseinandergesetzt. — Häufig werden bei dieser Ueberlassung des Geschäfts an einen Socius dem abgehenden Socius **Konkurrenzverbote** auferlegt. Ueber diese siehe Näheres Anm. 26 zu § 22. — Diese Auseinandersetzung kann auch (wegen Betruges, Irrthums, Zwanges 2c.) angefochten werden und es kann dann trotz der Uebertragung und Auflassung die Wiedereintragung der o. H.G. und der gemeinsame Fortbetrieb des Geschäfts erzwungen werden. Selbst dadurch, daß der übernehmende Socius das Geschäft in eine neue Societät inferirt hat, wird hieran nichts geändert (vergl. R.G. 9 S. 143).

β) Die anderweite Vereinbarung kann schon im Gesellschaftsvertrage getroffen sein (O.G. Wien in G.Z. 46 S. 509) oder im Augenblicke der Auflösung getroffen werden oder endlich nach eingetretener Liquidation erfolgen (vergl. oben Anm. 8 und ferner Anm. 2 zu § 131). Anm. 9.

γ) Wer muß der Vereinbarung zustimmen? Regelmäßig nur die Gesellschafter, d. h. alle Gesellschafter. Ein Majoritätsbeschluß genügt hierzu nicht immer, ein im Gesellschaftsvertrage zugelassener Majoritätsbeschluß würde in diesem Falle nicht immer zulässig sein, nämlich dann nicht, wenn dies auf Ausschließung oder Beseitigung des einen Gesellschafters ohne rechtliches Gehör hinauslaufen würde (vergl. Anm. 6 zu § 140). Anm. 10.

Außerdem aber müssen zustimmen im Falle des § 135 der Gläubiger des gepfändeten Gesellschafters, und wenn die Gesellschaft aufgelöst wird durch den Konkurs eines Gesellschafters, der Konkursverwalter desselben. Diese Zustimmung ist natürlich dann nicht erforderlich, wenn die Fälle des § 141 und des § 142 Abs. 2 vorliegen. Sie ist aber ferner dann nicht erforderlich, wenn die andere Art der Auseinandersetzung auf einer vor dem Eintritt der Auflösung erfolgten Vereinbarung der Gesellschafter beruht (vergl. Anm. 1, 5 u. 6 zu § 138). Zwar lautet der Wortlaut unseres Absatzes 2 allgemeiner und läßt der Deutung Raum, als ob das Unterbleiben der Liquidation stets, auch im Falle einer vor der Auflösung getroffenen Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung, von der Zustimmung des gemäß § 135 kündigenden Exekutionsgläubigers und des Konkursverwalters eines Gesellschafters, abhängig wäre (so Makower S. 284). Allein hinsichtlich des Konkursverwalters widerspricht dies dem § 138 (vergl. auch Anm. 6 dazu), und auch Anm. 11.

[1]) Anders liegt der Fall, wenn die Auseinandersetzung in der Weise erfolgt, daß jeder Socius einen Miteigenthumsantheil am Gesellschaftsvermögen erhält. Hier ist Auflassung erforderlich. Insoweit ist dem Kammergericht (bei Johow 13 S. 231) beizutreten.

hinsichtlich der Zustimmung des Exekutionsgläubigers wäre das ein Bruch mit anerkannten Rechtsprinzipien, da hierin ein Eingriff in zulässige Vereinbarungen läge, der so lange nicht als gewollt anzunehmen ist, als nicht deutlich erhellt, daß er wirklich beabsichtigt ist. Die Denkschrift (S. 103) läßt nun aber im Gegentheil erkennen, daß dieser Bruch nicht gewollt ist; denn sie stellt jenes Erforderniß der Zustimmung lediglich als „Ausübung des dem Schuldner oder Gemeinschuldner zustehenden Rechts" hin und giebt damit zu erkennen, daß die Zustimmung nur dann erforderlich ist, wenn auch der Socius noch zu widersprechen berechtigt ist; denn es handelt sich ja nur um die Ausübung seines Widerspruchsrechts (vergl. Anm. 5 zu § 138).

Anm. 12. In dem Falle des Absatzes 2 ist außer der Zustimmung des Gläubigers auch die Zustimmung des betreffenden Gesellschafters erforderlich, denn Abs. 1 macht in dieser Hinsicht keine Ausnahme. Der Gesellschafter selbst ist an dieser Frage erheblich interessirt, da ja der Ueberschuß über das Guthaben seines Gläubigers ihm gebührt (vergl. § 146 Abs. 2). Im Falle des Konkurses aber ist die Zustimmung des betreffenden Gesellschafters nicht erforderlich; denn wenn auch Absatz 1 in dieser Hinsicht keine Ausnahme macht, so folgt dies doch aus den Grundsätzen der Konkursordnung, da hiernach die gesammte Verwaltung seines Vermögens auf den Konkursverwalter übergeht (§ 6 der K.O.; vergl. auch § 146 Abs. 3 H.G.B.).

§ 146.

Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämmtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Betheiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Betheiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

Die Berufung der Liquidatoren erfolgt entweder durch Vertrag oder durch Gesetz (Abs. 1), unter Umständen auch durch den Richter (Abs. 2).

Anm. 1. **1. Durch Vertrag oder Gesetz.**

a) In erster Linie entscheidet der Gesellschaftsvertrag oder ein Beschluß der Gesellschafter. Der Beschluß kann auch vor der Auflösung gefaßt sein, da das Gesetz in dieser Hinsicht keine Einschränkung macht, der Beschluß folgt den Grundsätzen des § 119, unter Umständen genügt daher auch Majoritätsbeschluß. Auf diese Weise können die Gesellschafter bestimmen, daß einer von den Gesellschaftern statt aller, oder auch ein Dritter die Liquidation besorge, auch z. B. ein Gläubiger oder ein Ausschuß derselben mit der Abmachung, sich aus den Einkünften bezahlt zu machen (R.O.H. 9 S. 215). In der Uebertragung der Geschäftsführung liegt aber nicht die Uebertragung der Liquidation; die Geschäftsführungsrechte erlöschen vielmehr mit der Auflösung (vergl. Anm. 4 zu § 145). Die Worte „Beschluß der Gesellschafter" sind dabei nicht strikt zu interpretiren, als seien nur die Gesellschafter und nicht auch ihre gesetzlichen Vertreter und Rechtsnachfolger gemeint. Die letzteren sind dabei nicht auf eine

Kollektivstimme beschränkt (v. Hahn § 14 zu Art. 133); vergl. auch § 2038 B.G.B., wonach jeder Erbe eine zur Erhaltung des Nachlasses nothwendige Maßregel selbstständig treffen kann. An Stelle eines in Konkurs gerathenen Gesellschafters übt dessen Konkursverwalter das Stimmrecht aus (Abs. 3). Dagegen hat der Gläubiger eines Gesellschafters trotz § 135 und trotz § 146 Abs. 3 kein Stimmrecht.

Eine Pflicht zur Uebernahme des Amtes besteht für den durch Vertrag Erwählten nur, wenn auch er sich vertraglich verpflichtet hat. Ein Gesellschafter braucht also das alleinige Amt als Liquidator nicht zu übernehmen, wenn er sich nicht besonders dafür verpflichtet hat (anders bei der Berufung durch Gesetz; unten Anm. 5). Anm. 2.

b) In zweiter Linie beruft das Gesetz die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter. Zu den letzteren gehören der Konkursverwalter des im Konkurse befindlichen (Abs. 3), der gesetzliche Vertreter des wahnsinnigen, unmündigen Gesellschafters (Hahn § 13 zu Art. 133), nicht der nach § 135 eingewiesene Exekutionsgläubiger. Dieser letztere hat kein Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation, der betreffende Gesellschafter behält das Recht (Denkschrift S. 103). Anm. 3.

Die für die Mehrheit von Erben vorgesehene Präsentationspflicht eines gemeinschaftlichen Vertreters bezieht sich auch auf den Fall, daß der Gesellschafter nach Auflösung gestorben ist, ist aber nicht analog anwendbar auf den Fall, daß ein unfähiger Gesellschafter mehrere gesetzliche Vertreter hat. Die Folge der unterlassenen oder verzögerten Präsentation ist nach Behrends Meinung, daß die Rechtsnachfolger zur Besorgung der Liquidationsgeschäfte überhaupt nicht zugelassen zu werden brauchen (Behrend § 81 Anm. 20), Keyßner in G.Z. 10 S. 335 u. Makower S. 285 erblicken hierin einen Fall richterlicher Ernennung nach Abs. 2. Nach unserer Ansicht gilt das Letztere; die Präsentationspflicht kann ebenso erzwungen werden, wie die Thätigkeit als Liquidator durch den Gesellschafter (vergl. Anm. 5). So auch Rudorff H.G.B. zu § 146. — Der von den Erben präsentirte Vertreter ist für seine Person Liquidator, seine Person ist als solcher einzutragen, nicht etwa die Erben; für seine Handlungen haftet er und nur er der Gesellschaft (Makower S. 285). Anm. 4.

Ob diese gesetzliche Berufung von dem Berufenen abgelehnt werden kann, ist zweifelhaft. Behrend (§ 81 Anm. 23) bejaht es, indessen doch wohl mit Unrecht. Das Gesetz giebt jedem Gesellschafter nicht nur das Recht auf die Liquidation überhaupt, sondern auf Liquidation in der hier bestimmten Art, d. h. in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede durch die bisherigen Gesellschafter. Wem von den Gesellschaftern diese Pflicht zu lästig erscheint, mag sie im Gesellschaftsvertrage ablehnen. Wie kämen jetzt die anderen Gesellschafter dazu, die Liquidationsgeschäfte allein zu besorgen? Zur Unterstützung dieser Ansicht kann vielleicht das Urtheil des Reichsgerichts (15 S. 80) herangezogen werden, in welchem für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ausgesprochen ist, daß das Auseinandersetzungsgeschäft Pflicht aller Socien ist. (Zust. Makower S. 285.) Aus wichtigen Gründen kann allerdings der gesetzlich Berufene ablehnen. Das folgt aus § 712 B.G.B. (vergl. Anm. 7 zu § 127; auch Rudorff zu § 146). Anm. 5.

2. Die Berufung durch den Richter oder, wie das Gesetz sagt, die Ernennung durch den Richter. Anm. 6.

a) Voraussetzung der richterlichen Ernennung. Sie greift im Gegensatz zur Berufung durch Vertrag oder Gesetz Platz, wenn ein Gesellschafter einen wichtigen Grund geltend macht, aus welchem die solchergestalt erfolgte Berufung nicht angemessen erscheint. Im Grunde genommen ist ein Antrag auf Ernennung von Liquidatoren identisch mit einem Antrage auf Abberufung. Denn im Augenblicke der Auflösung sind, wenn eine andere Art der Auseinandersetzung nicht vereinbart ist, die Gesellschafter von Gesetzes wegen die Liquidatoren der Gesellschaft (Abs. 1). Wer diesen Zustand ändern will, will diese gesetzlichen Liquidatoren abberufen. Gemeint ist vom Gesetz, daß das Liquidirungsgeschäft selbst noch nicht begonnen hat. Für diese Fälle spricht es von einer Ernennung,

für den anderen Fall, wenn das Liquidirungsgeschäft bereits begonnen hat, spricht es im § 147 von einer Abberufung der Liquidatoren von diesem Geschäfte.

Anm. 7. Die Ernennung erfolgt auf Antrag eines „Betheiligten". Also ist jeder Gesellschafter zu dem Antrage legitimirt, auch derjenige, dessen Gläubiger die Gesellschaft auf Grund des § 135 gekündigt hat, neben ihm allerdings auch der betreffende Gläubiger selbst (Abs. 2), nicht aber auch ein in Konkurs gegangener Socius, an seine Stelle tritt vielmehr der Konkursverwalter (Abs. 3), selbstverständlich nicht ein Gesellschaftsgläubiger als solcher. Von mehreren Erben eines Gesellschafters ist jeder einzelne legitimirt (Hahn § 14 zu Art. 133; vergl. auch § 2038 B.G.B., wonach eine zur Erhaltung des Nachlasses nothwendige Maßregel von jedem Erben selbstständig getroffen werden kann); an die Stelle eines geschäftsunfähigen Gesellschafters tritt sein gesetzlicher Vertreter.

Anm. 8. b) Der Weg, auf welchem die Ernennung erfolgt, ist, auch wenn Streit besteht, das einfache Beschlußverfahren (Denkschrift S. 103). Zuständig ist hierzu das Amtsgericht, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 145 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit). Vor der Beschlußfassung sind die anderen Betheiligten im Sinne der Anm. 7 zu hören; denn sie sind alle betheiligt bei diesem Antrage, also Gegner im Sinne des § 146 des ebengedachten Gesetzes. Gegen die Verfügung, durch welche über den Antrag entschieden wird, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 146 a. a. O.). Dieselbe steht im Falle der Zurückweisung dem Antragsteller, sonst Jedem zu, dessen Recht beeinträchtigt ist (Näheres insbesondere auch wegen weiterer Beschwerde Anm. 5 u. 9 ff. zu § 14). In dem Antrage empfiehlt es sich, dem Gericht über die Personen Vorschläge zu machen; der Antragsteller kann sich auch selbst vorschlagen. Der Weg einstweiliger Verfügung zum Zwecke der richterlichen Ernennung von Liquidatoren ist daneben gegeben (Makower S. 286; vergl. Anm. 9 zu § 133).

Anm. 9. c) Der Inhalt der Ernennung ist die Bestellung zum Liquidator. Das Gericht ist hinsichtlich der Personen an den Vorschag der Partei nicht gebunden. Ist freilich der Antrag nur in dem Sinne gestellt, daß nur eine bestimmte Person ernannt werden soll, dann ist der Antrag abzuweisen, wenn das Gericht diese Person für ungeeignet hält. Werden mehrere Personen ernannt, so können sie in Gemäßheit des § 150 sammt und sonders oder sammt oder sonders ernannt werden (vergl. § 150: „sofern nicht bestimmt ist"). Selbstverständlich können ihnen weitere Befugnisse nicht ertheilt werden, als § 149 vorsieht. Der Richter kann auch dem ernannten Liquidator nicht bestimmte Instruktionen ertheilen, auch nicht mit der Wirkung nach innen (Hahn § 19 zu Art. 133). Der Richter kann nur einen Liquidator ernennen, dessen Befugnisse aus dem Gesetze hervorgehen, in den Gang der Geschäfte im Einzelnen kann er nicht eingreifen (vergl. R.G. 12 S. 32).

Anm. 10. d) **Was wichtige Gründe sind**, sagt das Gesetz nicht, giebt auch nicht durch Beispiele einen Anhaltspunkt. Man pflegt in dieser Hinsicht auf § 133 zu verweisen und geht dabei insofern nicht fehl, als Verschuldungen, welche zur Auflösung führen, wohl meist auch zum Amt eines Liquidators unfähig machen. Immer ist jedoch im Auge zu behalten, daß es sich hier nicht um das Gedeihen einer bestehenden Gesellschaft, sondern um die Abwickelung der Geschäfte einer aufgelösten Gesellschaft handelt. Als wichtige Gründe sind daher solche Thatsachen zu betrachten, welche eine gedeihliche Abwickelung der Liquidationsgeschäfte durch die geborenen Liquidatoren nicht erwarten lassen. Es kann von diesem Gesichtspunkte aus Jemand, der als offener Gesellschafter am Platze war, z. B. vermöge seiner technischen Kenntnisse, zur Liquidationsthätigkeit ungeeignet erscheinen. Als wichtige Gründe gelten: die Rechtsnachfolger eines Gesellschafters können nicht bewogen werden, einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, die früheren Gesellschafter leben in argem Hader. (Vergl. Bolze 12 Nr. 504; 21 Nr. 554, andererseits R.G. vom 13. April 1897 in J.W. S. 290.) Ein anderes Beispiel: die Zahl der Gesellschafter ist so groß, daß sie für die Abwickelung störend ist.

Begründetes Mißtrauen zur Redlichkeit genügt (R.G. vom 13. April 1897 in J.W. S. 291).

e) Eine Pflicht zur Annahme der richterlichen Ernennung besteht (abgesehen von einer besonderen Rechtspflicht hierzu) nicht (Puchelt Anm. 6 zu Art. 132). Anm. 11.

Zusatz 1. Zu betonen ist, daß das Amt des Liquidators nicht erst mit der Eintragung beginnt, auch nicht das des richterlich ernannten. Einzutragen ist vielmehr Derjenige, der bereits Liquidator geworden ist, seine Befugnisse sind von der Eintragung nicht abhängig. Anm. 12.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Soweit es sich im vorliegenden Paragraphen um die internen Rechte der Gesellschafter handelt, ist für bestehende Gesellschaftsverhältnisse zunächst noch das alte Recht maßgebend (vergl. Anm. 32 zu § 105), für die dem Gläubiger und dem Konkursverwalter hier eingeräumten Rechte findet aber, wenn die betreffende Rechtsbeziehung nach dem 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist (d. h. wenn auf Grund der Gläubigerkündigung oder des Gesellschafterkonkurses nach dem 1. Januar 1900 die Auflösung eingetreten ist) das neue Recht Anwendung. Das Verfahren richtet sich auf alle Fälle nach dem neuen Recht. Anm. 13.

§ 147.

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten; sie kann auf Antrag eines Betheiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen.

Der vorliegende Paragraph bezeichnet die Mittel und Wege zur Abberufung von Liquidatoren.

1. **Begriff der Abberufung.** Sie bedeutet die Abberufung von Personen, welche das Liquidationsgeschäft bereits begonnen haben (vergl. Anm. 6 zu § 146) und schließt in sich die Einschränkung ihrer Macht durch Ernennung von Mitliquidatoren (R.O.H. 20 S. 11; 21 S. 142). Anm. 1.

2. **Welche Liquidatoren können abberufen werden?** Die gebornen, die erkornen und die richterlich ernannten. Bei den gebornen besteht kein Zweifel. Bei den erwählten aber ist die Abberufung durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter dann nicht möglich, wenn es eine dritte Person ist und dieser gegenüber auf das Recht des Widerrufs verzichtet ist. Denn auf das Widerrufsrecht von Vollmachten kann nach dem B.G.B. giltig verzichtet werden (§ 168 B.G.B.). Das wird z. B. wichtig in dem in Anm. 1 zu § 146 erörterten Falle, wo eine Gesellschaft ihrem Gläubigerausschuß die Liquidation übertragen hat, damit derselbe ihre Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt. In Ermangelung eines solchen Verzichts aber ist auch dem dritten Liquidator gegenüber die Ernennung durch einstimmigen Beschluß der Betheiligten widerruflich und das Recht auf richterliche Abberufung besteht auch im Falle des Verzichts auf den Widerruf. Der vertraglich bestellte Liquidator hat keinen Beschwerdeweg gegen seine Abberufung. Das hat früher das Kammergericht (bei Johow u. Künzel 3 S. 26) ausgesprochen und das muß auch jetzt noch gelten. Meint er, der Widerruf sei ihm gegenüber zu Unrecht erfolgt, so mag er den ordentlichen Rechtsweg beschreiten und bei Gefahr im Verzuge einstweilige Verfügungen oder Arreste zu seiner Sicherung erwirken. Für die Verhandlungen mit dem Registerrichter gilt er nicht als Betheiligter im Sinne des § 146 H.G.B. oder als Gegner im Sinne des § 146 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Ist ein Gesellschafter durch Wahl zum Liquidator bestellt, z. B. zum alleinigen Liquidator, so ist diese Wahl durch einstimmigen Beschluß der Betheiligten widerruflich. — Auch die richterlich ernannten Liquidatoren müssen sich die Abberufung durch einstimmigen Beschluß der Betheiligten gefallen lassen; denn die Ernennung durch den Richter erfolgt nicht ex officio und ex jure publico, sondern in Schlichtung eines Parteistreits. Die erzielte Parteieinigung kann hier aber jede Aenderung treffen (R.O.H. 21 S. 142). Anm. 2.

3. **Die Mittel und Wege der Abberufung** sind entweder der einstimmige Beschluß aller Gesellschafter oder die Angehung richterlicher Hilfe. Anm. 3.

a) Beim einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter muß auch der Liquidator selbst mitwirken, wenn er Gesellschafter ist (R.O.H. 20 S. 11), ebenso die übrigen Betheiligten im Sinne des § 146 Abs. 2 (vergl. Anm. 7 zu § 146). Mehrere Erben müssen sämmtlich zustimmen (Behrend § 81 Anm. 26). Die Zustimmung des Liquidators ist nicht nöthig, wenn es ein Fremder ist (siehe hierüber Anm. 2).

Anm. 4. b) Die Angehung richterlicher Hilfe erfolgt im einfachen Beschlußverfahren und im Wege einstweiliger Verfügung (vergl. Näheres hierüber Anm. 8 zu § 146). Hier kommt noch in Frage, ob der fremde Liquidator das Beschwerderecht gegen die Abberufung hat (hierüber oben Anm. 2).

Anm. 5. Der Ausspruch des Richters kann nur auf Abberufung überhaupt (im Sinne der Anm. 1) lauten; erscheint ihm diese nicht am Platze, so muß er den Antrag abweisen. Er darf nicht etwa in eine einzelne geschäftliche Maßregel derart eingreifen, daß er ihre Vornahme, etwa die Führung eines Prozesses, anordnet, als sei dies ein minus gegenüber der begehrten Abberufung; und wenn ein derartiger Antrag gestellt würde, so muß er ihn abweisen (vergl. R.G. 12 S. 33). Wohl aber kann richterliche Hilfe angerufen werden, um eine Handlung, welcher zulässiger Weise widersprochen ist, zu verhindern. Das ist aber dann der ordentliche Prozeßrichter, der zu entscheiden hat.

Anm. 6. Voraussetzung des auf Abberufung lautenden Beschlusses ist das Vorhandensein wichtiger Gründe. Dazu gehören solche Thatsachen, wie die in Anm. 10 zu § 146 erörterten. Wenn das R.O.H. (9 S. 20) es für keinen genügenden Grund angesehen hat, daß der Gesellschafter am Sitze der Gesellschaft nicht wohnt, oder die Gesellschaft wegen einer bedeutenden Summe verklagt, so mag das in jenem konkreten Falle wohl richtig gewesen sein. Als allgemeiner Gesichtspunkt dürfte dies nicht durchschlagen; es kann vielmehr wohl Fälle geben, wo diese Gründe allein zur Abberufung ausreichen.

Anm. 7. Fernere Voraussetzung ist der Antrag eines Gesellschafters oder eines Betheiligten im Sinne des § 146 Abs. 2 u. 3 (vergl. daher Anm. 7 zu § 146). Daß der Liquidator seine eigene Abberufung verlangt, ist nicht ausgeschlossen, wenn er sich z. B unfähig fühlt zur Besorgung der Geschäfte und die anderen Socien ihm das Amt trotzdem nicht abnehmen wollen, oder wenn er als alleiniger Liquidator die Gesellschaft verklagen will.

Anm. 8. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Siehe Anm. 13 zu § 146.

§ 148.

Die Liquidatoren sind von sämmtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von jeder Aenderung in den Personen der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht. Im Falle des Todes eines Gesellschafters kann, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung den Thatsachen entspricht, die Eintragung erfolgen, auch ohne daß die Erben bei der Anmeldung mitwirken, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren sowie die Eintragung der gerichtlichen Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Der vorliegende Paragraph enthält Vorschriften über Anmeldung der Liquidatoren und jeder Veränderung in den Personen der Liquidatoren und in deren Vertretungsmacht.

Anm. 1. **1. Objekt der Anmeldung** sind zunächst die Liquidatoren. Wollen die Gesellschafter den Weg

der Liquidation zum Zwecke der Auseinandersetzung ausschließen, so kann der Registerrichter hiergegen nicht eingreifen; wählen sie aber keinen andern Weg, so tritt die Liquidation als gesetzliche Folge von selbst ein und sie haben die Liquidatoren anzumelden (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1721), auch wenn die Gesellschaft selbst nicht eingetragen war (Puchelt Anm. 1 zu Art. 135), sei es die im Vertrage ernannten oder sich selbst gemäß § 146 Absatz 1. Entsteht darüber, wer im Vertrage berufen ist, oder darüber, ob eine die gesetzliche Berufung abändernde vertragliche Berufung vorliegt, ein Streit, nimmt z. B. ein Gesellschafter ein Vertragsrecht darauf in Anspruch, alleiniger Liquidator zu sein, so kann das Registergericht die Eintragung aussetzen, bis dieser Streit erledigt ist; es kann auch eine Frist zur Austragung dieses Rechtsstreits bestimmen (§ 127 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit). Es kann aber auch den Streit selbst entscheiden und die Eintragung vornehmen auf Grund eigener Beurtheilung der Sachlage. Dem Urtheil des Prozeßgerichts ist damit nicht vorgegriffen. Beurtheilt der Prozeßrichter die Sache anders, so muß die Eintragung entsprechend geändert werden. Ist die Eintragung ausgesetzt, so kann für die Zwischenzeit richterliche Ernennung gemäß § 146 oder auch im Wege einstweiliger Verfügung (vergl. Anm. 8 zu § 146) beantragt werden. —

Angemeldet muß ferner werden jede Veränderung in der Person der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht, also die Abberufung durch Vertrag oder die Umänderung einer Kollektivvertretung in eine Einzelvertretung oder umgekehrt. Nicht anzumelden sind die gerichtlich ernannten Liquidatoren und die gerichtliche Abberufung von Liquidatoren; diese Personen und Ereignisse sind vielmehr von Amtswegen einzutragen (Absatz 2). Indessen sind damit nur die vom Registerrichter ausgesprochenen Ernennungen und Abberufungen gemäß §§ 146 und 147 gemeint. Beruht dagegen die Ernennung und Abberufung auf einstweiliger Verfügung des Prozeßrichters (vergl. Anm. 8 zu § 146), so ist diese gemäß § 16 zur Eintragung zu bringen, eine Eintragung von Amtswegen findet hier nicht statt (vergl. Anm. 1 zu § 16). Anm. 2.

2. **Subjekte der Anmeldung** d. h. anmeldungspflichtig sind die sämmtlichen Gesellschafter. An ihre Stelle treten ihre gesetzlichen Vertreter, also der Vormund eines Minderjährigen, aber auch der Konkursverwalter eines in Konkurs gerathenen Gesellschafters, da dieser auch in materieller Hinsicht sowohl nach den Intentionen der Konkursordnung (§ 6 daselbst), als auch im Sinne des H.G.B. für Fragen dieser Art an die Stelle des Gesellschafters tritt (vergl. § 146 Abs. 3). Dagegen liegt die Anmeldungspflicht dem Gläubiger eines Gesellschafters, der den Antheil nach § 135 gepfändet hat, nicht ob. Für Erben eines Gesellschafters ist eine Erleichterung geschaffen (vergl. hierüber Anm. 3 zu § 143). Auch die Veränderungen sind von den Gesellschaftern anzumelden. Anm. 3.

Nicht anmeldungspflichtig und andererseits auch nicht anmeldungsberechtigt ist der Liquidator als solcher, d. h. wenn er nicht Gesellschafter ist, es muß ihm auch ein Antrags- und Beschwerderecht nach dieser Richtung versagt werden. Er gilt nicht als Betheiligter in diesem Sinne (vergl. Anm. 5 zu § 147). Anm. 4.

3. **Die Liquidatoren haben die Firma, d. h. die Liquidationsfirma (§ 153) zu zeichnen und ihre Unterschrift zu zeichnen.** Daß die Zeichnung der Firma vorgeschrieben ist, weicht vom früheren Recht ab (Johow 1 S. 15). Anm. 5.

Zusatz 1. Ueber die Form der Anmeldung und weitere Modalitäten derselben (Zwang, Vertretung, Zweigniederlassung ꝛc.) siehe §§ 12—14. Anm. 6.

Zusatz 2. Die Bedeutung und Wirkung der Nichteintragung und der Eintragung richtet sich nach § 15. Wer also Liquidator ist, gilt jedem gutgläubigen Dritten gegenüber als solcher, ebenso wessen Abberufung nicht eingetragen ist. Der § 15 ist hier überall anwendbar, auch auf die richterlich ernannten Liquidatoren. Insbesondere aber ist zu betonen, daß das Amt eines Liquidators von der Eintragung nicht abhängig ist, auch nicht das des richterlich ernannten, die Existenz seiner Befugnisse ist von der Eintragung nicht abhängig (R.O.H. 16 S. 73; 22 S. 204).

Im Uebrigen siehe die Erläuterung zu § 15.

Zusatz 3. Für andere als die im Absatz 1 aufgezählten Thatsachen sind nicht die sämmt- Anm. 7.

lichen Gesellschafter als anmeldungspflichtig erklärt. Hier ist anzunehmen, daß die Liquidatoren anmeldungspflichtig sind (vergl. z. B. § 157 Abs. 1). Es bezieht sich das z. B. auf die Anmeldung der Verlegung des Sitzes der Gesellschaft.

§ 149.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph normirt die Aufgabe und die Rechtsstellung der Liquidatoren.** Die Vorschrift bezieht sich selbstverständlich auf Liquidatoren jeder Art, es mögen dies gewählte oder ernannte Liquidatoren sein oder die Gesellschafter selbst als solche fungiren.

Anm. 1. 1. **Aufgabe und Rechtsstellung im Allgemeinen.** Die Aufgabe der Liquidatoren ist, das Vermögen der Gesellschaft in der Weise zu verwalten, wie es den Zwecken einer Liquidation, d. h. der Flüssigmachung des Vermögens und Erfüllung der Verbindlichkeiten aus den flüssig gemachten Mitteln, entspricht. Ihre Rechtsstellung ist die von nothwendigen und ausschließlichen gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft mit den durch jene Aufgabe umschriebenen Befugnissen, sie sind das Organ der liquidirenden Gesellschaft, wie der Vorstand das Organ der Aktiengesellschaft ist; die Gesellschafter als solche sind zur Vertretung der liquidirenden Gesellschaft nicht berechtigt. (Hahn § 4 zu Art. 133; R.O.H. 10 S. 357, 12 S. 216; Bolze 13 Nr. 501.)

Anm. 2. Soweit die Vorschriften dieses Paragraphen dazu bestimmt sind, die Aufgabe der Liquidatoren zu präcisiren, sind sie für das Verhältniß nach Innen maßgebend; soweit die Rechtsstellung normirt wird, ist das Verhältniß nach Außen getroffen. In der ersteren Beziehung sind es Vorschriften über die Geschäftsführung, in der letzteren Vorschriften über die Vertretung (vergl. über diesen Unterschied Anm. 1 zu § 114). Mit anderen Worten: die Liquidatoren sind die Geschäftsführer und die Vertreter der Liquidations-Gesellschaft, in beiden Beziehungen mit dem gleichen Maß von Befugnissen (vergl. Denkschrift S. 104).

Anm. 3. Soweit nun aber die Vorschriften das Verhältniß nach Innen berühren, sind sie, ebenso wie die Geschäftsführungsvorschriften durante societate, der Abänderung durch Uebereinkunft fähig, während der Umfang der Vertretungsbefugniß der Liquidatoren zwar der Erweiterung, nicht aber der Einschränkung fähig ist (vergl. § 151).

Anm. 4. 2. **Im Einzelnen ist über die Aufgabe und die Rechtsstellung der Liquidatoren Folgendes bestimmt:**

a) **Sie haben die laufenden Geschäfte zu beendigen,** z. B. die Fortführung schwebender Prozesse (R.O.H. 21 S. 127). Die Vorschrift ist nicht dahin aufzufassen, als müßten die Liquidatoren die laufenden Geschäfte in ihrem Laufe unterbrechen und zu schnellem oder gar vorzeitigem Ende führen, am allerwenigsten haben Dritte ein vorzeitiges Lösungsrecht (R.G. 5 S. 8).

Anm. 5. b) **Die Liquidatoren haben die Forderungen der aufgelösten Gesellschaft einzuziehen.** Dem einzelnen Gesellschafter steht dieses Recht nicht zu, er kann auch nicht auf Zahlung ad depositum oder zur Gesellschaftskasse klagen (Bolze 13 Nr. 501).

Anm. 6. Zu den Forderungen der Gesellschaft gehören auch diejenigen, welche der Gesellschaft an die Mitglieder zustehen (Bolze 1 Nr. 1179), z. B. aus Schädigungen der Gesellschaft (unbefugten Entnahmen u. s. w.), welche der Liquidator entdeckt (O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 512). Insbesondere können sie den Gesellschafter nöthigen, die Umschreibung inferirter Grundstücke auf den Namen der Liquidationsgesellschaft zu veranlassen (R.O.H. 12 S. 39) und ebenso die Vermögensobjekte,

Geschäftsbücher und sonstige Skripturen der Gesellschaft herauszugeben (R.O.H. 21 S. 142). Auch die Leistung von rückständigen, d. h. zugesagten und noch nicht geleisteten Einlagen können sie von den Gesellschaftern verlangen, da dieselben ja nicht bloß produktiven Zwecken, sondern auch zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zu dienen bestimmt sind. (R.O.H. 22 S. 136; 25 S. 165; R.G. 4 S. 67.) Die Liquidatoren brauchen sich hierbei nicht auf Streitverhandlungen mit den einzelnen Gesellschaftern über Zweckmäßigkeit der Beitragseinziehung einzulassen (R.O.H. 22 S. 136). Gegen die Klage auf Leistung der Einlage kann der Kompensationseinwand wegen nicht erhobener vertraglicher Bezüge zum Zwecke des Privatgebrauchs nicht gemacht werden, weil diese Bezüge das Bestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben (R.O.H. 25 S. 168).

Auch die von einem Dritten zugesagte Einlage können sie einfordern, es sei denn, daß aus dem Vertrage oder aus den Umständen der beiderseitige Wille folgt, die Einlage solle an die Bedingung des Fortbestehens des Geschäfts geknüpft sein, was aber aus dem Wesen der Einlage an sich nicht folgt (vergl. R.G. 4 S. 66). Anm. 7.

Nicht berechtigt sind sie aber, in Ermangelung ausreichenden Kassenbestandes zur Deckung fälliger Schulden Zuschüsse über die Einlageverpflichtungen hinaus von den Gesellschaftern zu verlangen. Das würde dem § 707 B.G.B. (vergl. Anm. 6 im Exkurse zu § 122) widersprechen, welcher auch während der Liquidation Anwendung findet (R.O.H. 25 S. 160). Es würde das aber auch ihrer Aufgabe widersprechen, die nur darin besteht, das vorhandene Gesellschaftsvermögen zu versilbern und aus diesem Erlöse die Verbindlichkeiten zu erfüllen. (Behrend § 82 Anm. 21; anders Adler S. 123.) Anm. 8.

Am allerwenigsten aber sind sie berechtigt, die sich ergebenden Passiv-Saldi der einzelnen Gesellschafter gegen diese einzuklagen. Das ist nicht mehr Aufgabe der Liquidation, die ja nur Verwerthung des vorhandenen Vermögens und Erfüllung der Verbindlichkeiten nach Außen zum Gegenstande hat, dies berührt vielmehr das Verhältniß der Socien unter einander (Anm. 13 u. 14 zu § 155; vergl. R.O.H. 5 S. 390). Anm. 9.

Zur Cession von Forderungen scheinen sie nach der Vorschrift dieses Paragraphen nicht berechtigt zu sein, da sie ja die Forderungen einzuziehen haben. Indessen wird man annehmen müssen, daß, wenn die Einziehung nicht gelingt oder für absehbare Zeit ohne Aussicht ist, sie auch eine anderweite Verwerthung vornehmen können, insbesondere durch Versteigerung (Keyßner in G.Z. 10 S. 381). Anm. 10.

c) **Die Liquidatoren haben das übrige Vermögen in Geld umzusetzen: wie sie wollen,** freihändig oder durch Versteigerung, letzteres auch bei Grundstücken, die frühere Schranke nach dieser Richtung (Art. 137 Abs. 2) ist gefallen. Ueber den Verkauf in Pausch und Bogen siehe unten Anm. 30. Anm. 11.

d) **Die Liquidatoren haben die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen.** Waren deren Forderungen bisher bestritten, so können sie nach ihrem Ermessen das Bestreiten aufgeben und Erfüllung leisten. Es überschreitet aber ihre Befugnisse, wenn sie verjährten Forderungen durch Anerkenntniß den Rechtsgrund verstärken oder dieselben bezahlen (R.O.H. 9 S. 85). Anm. 12.

Zu den Gläubigern der Gesellschaft in diesem Sinne gehören auch die Gesellschafter, soweit sie Forderungen aus anderem Rechtsgrunde haben, und auch insoweit, als ihre Forderungen zwar in dem Gesellschaftsvertrage ihren Rechtsgrund haben, aber doch reine Forderungen geworden sind, also z. B. noch nicht erhobene, aber der Einlage noch nicht zugewachsene Gewinnansprüche oder Ansprüche auf Erstattung von Aufwendungen. Doch hat die Klage der Sociusgläubiger auf Zahlung den Nachweis zur Voraussetzung, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verpflichtungen der Gesellschaft vorhanden ist (R.G. 29 S. 16). Anm. 13.

Die Geschäftsguthaben der Gesellschafter haben sie zwar ebenfalls zu befriedigen, soweit der Liquidationsüberschuß reicht, und zwar, insoweit als die Gelder entbehrlich Anm. 14.

sind, auch schon während der Liquidation. Doch beruht dies nicht auf diesem Paragraphen, sondern auf § 155. Insoweit sind vielmehr die Gesellschafter nicht Gläubiger der Gesellschaft im Sinne des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 15. e) **Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.**

α) Die Vorschrift gilt, wie der ganze Paragraph, auch nach Außen (vergl. Anm. 2). Auch Dritten gegenüber ist daher ein von den Liquidatoren geschlossenes Geschäft nur dann gültig, wenn der Ausnahmefall, daß es in Beendigung eines schwebenden Geschäfts vorgenommen ist, vorliegt (R.O.H. 17 S. 215; 21 S. 308). Das ist doppelt mißlich, weil nicht bloß der Gegenkontrahent, der immerhin noch ohne Schwierigkeit in der Lage sein wird, über das Vorliegen dieser Voraussetzung sich zu vergewissern, die Vorschrift gegen sich gelten lassen muß, sondern auch jeder Dritte, da die Vorschrift auch für den weiteren Verkehr gilt, z. B. mit Ordrepapieren (R.O.H. 13 S. 226). Es wird indessen mit Recht angenommen, daß schon der Nachweis genügt, daß der Kontrahent bei Anwendung gehöriger Sorgfalt zu der Annahme berechtigt war, daß es sich um ein Abwickelungsgeschäft handle (R.O.H. 21 S. 308).

Anm. 16. β) Doch ist eben nur ein Zusammenhang des neuen mit dem alten Geschäft vorausgesetzt, nicht etwa der Nachweis, daß das neue Geschäft nothwendig war, um das alte zu beendigen. Als Abwickelungsgeschäft ist die Hingabe eines Prolongationswechsels angesehen worden (R.G. 4 S. 65).

Anm. 17. γ) Der Beweis dieses Zusammenhanges liegt dem Dritten ob, der Rechte aus dem Geschäfte herleitet (R.O.H. 13 S. 226), doch kann der betreffende Einwand abgewartet und in der Replik jene Voraussetzung dargethan werden (R.O.H. 21 S. 308); hieraus folgt für den Urkundenprozeß, daß nicht urkundlicher Nachweis jener Voraussetzung in der Klage erforderlich ist.

Anm. 18. δ) Ist das Rechtsgeschäft hiernach ungültig, so kann doch die Bereicherungsklage statthaft sein (Hahn § 5 zu Art. 137).

Anm. 19. f) **Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.** Sie sind hiernach ihre gesetzlichen Vertreter (Organ, Repräsentant) (siehe oben Anm. 1), alles innerhalb der durch diesen Paragraphen gezogenen Grenzen, aber ohne irgend welche weitere Beschränkung, so daß sie irgend welcher Spezialvollmacht nicht bedürfen.

Anm. 20. Ihre Eigenschaft als gesetzliche Vertreter tritt besonders im Prozesse hervor. Sie allein können für die Gesellschaft klagen und verklagt werden (Bolze 13 Nr. 501). Sie leisten für die Gesellschaft die Eide (R.O.H. 21 S. 344 u. 391; Reichsgericht in Busch Archiv 42 S. 24; Hahn § 8; anders Wach Handbuch S. 531; Francken, Die Liquidation der o. H.G. S. 152). Hierfür sind die §§ 473 u. 476 C.P.O. maßgebend. Auch im Offenbarungseidesverfahren ist der Liquidator zur Manifestation zu laden, event. richtet sich der Haftantrag gegen ihn. Die Liquidatoren sind aber, wenigstens in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren, nicht die Partei, wie das R.O.H. (10 S. 356) unzutreffend sagt; Partei sind vielmehr die Gesellschafter selbst, weshalb diese nicht als Zeugen vernommen werden dürfen (R.G. 17 S. 365).

Anm. 21. Ueber die Wirkungen des von ihnen geführten Gesellschaftsprozesses vergl. unten Anm. 33.

Anm. 22. Ihre Stellung als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft tritt ferner hervor, wo Gesellschaftsrechte verletzt werden. Hier liegt es im Bereiche ihrer Aufgaben und Befugnisse, die Gesellschaftsrechte zu schützen, weshalb sie zur negatorischen Klage berechtigt und verpflichtet sind (R.G. 15 S. 104).

Anm. 23. Auch mit sich selbst kann der Liquidator kontrahiren (R.G. 7 S. 119), d. h. es ist begrifflich zulässig; ob er im Allgemeinen und Einzelfalle nicht für verpflichtet erachtet werden muß, sich dieses Kontrahirens mit sich selbst zu enthalten, ist eine andere Frage, vergl. hierüber und über die Folgen pflichtwidrigen

Kontrahirens mit sich selbst Anm. 10 ffg. zum Exkurse zu § 58. Auch klagen kann der Liquidator gegen die Gesellschaft. Aber er kann sich nicht selbst die Klage zustellen (§ 185 C.P.O; R.G. 7 S. 405). Eventuell hilft ihm § 57 C.P.O.

Eine Schwierigkeit erwächst dann, wenn gegen den Liquidator-Gesellschafter selbst vorgegangen werden muß. Alsdann können die anderen gegen ihn den Prozeß führen (R.O.H. 9 S. 31). Sie vertreten dann die Gesellschaft. Anm. 24.

g) **Die Liquidatoren können Vergleiche und Kompromisse schließen.** Das ist nicht mehr, wie früher im Art. 137, besonders hervorgehoben, weil es selbstverständlich ist. Anm. 25.

h) Hinzuzufügen ist als Besonderheit, daß jeder Liquidator, auch wenn er nur Kollektivvertreter ist, zu dem Antrage auf Konkurseröffnung legitimirt ist (§ 210 K.O.), außerdem auch jeder persönlich haftende Gesellschafter (§ 210 K.O.). Ein Zwangsvergleich aber kann nur von allen persönlich haftenden Gesellschaftern geschlossen werden (§ 211 K.O.). Anm. 26.

Zusatz 1. Die negative Abgrenzung der Befugnisse der Liquidatoren hat das Gesetz nicht vorgenommen. Sie ergiebt sich durch Schlüsse aus den für ihre positiven Befugnisse gezogenen Schranken. Eine erschöpfende Abgrenzung nach der negativen Richtung ist freilich nicht möglich. Anm. 27.

Beispielsweise seien hier erwähnt: Anm. 28.

a) **Liquidatoren dürfen Prokuristen nicht bestellen,** weil dazu ein Handelsbetrieb vorausgesetzt wird (R.O.H. 13 S. 223); wohl aber können sie einzelne handelsrechtliche Aufträge und überhaupt Handelsvollmachten ertheilen und Gehilfen zuziehen, soweit dies im Rahmen der Liquidation liegt.

b) **Sie dürfen nicht den Sitz der Gesellschaft verlegen,** das hat mit der Liquidation nichts zu thun. Art. 144 Abs. 2, in welchem bestimmt war, daß der Gerichtsstand der Gesellschaft während der Liquidation unverändert bleibt, und aus welchem hervorging, daß im Stadium der Liquidation der Sitz der Gesellschaft überhaupt nicht verlegt werden kann (Johow 15 S. 37), ist zwar gefallen. Allein wenn hiernach auch die Gesellschafter den Sitz der Gesellschaft verlegen können, so ist dies doch nicht Aufgabe der Liquidatoren. Anm. 29.

c) **Sie dürfen nicht das zu liquidirende Geschäft in Pausch und Bogen verkaufen.** Das widerspricht ebenfalls ihrer Aufgabe, welche nach der Tendenz des vorliegenden Paragraphen in einer stückweisen Versilberung besteht (Puchelt Anm. 7 zu Art. 137; Gareis-Fuchsberger S. 271 Note 235). Doch ist dies cum grano salis zu verstehen. Verwehrt ist ihnen die Uebertragung des Geschäfts mit Aktivis und Passivis, nicht verwehrt aber ist ihnen unbedingt der Verkauf der vorhandenen Vermögensstücke, auch in Pausch und Bogen, wenn nur im Uebrigen gegen die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen nicht verstoßen wird. Sind daher Verbindlichkeiten nicht vorhanden und die Forderungen uneinziehbar, so kann auch das ganze Geschäft von ihnen verkauft werden. (Zust. Förtsch Anm. 7 zu Art. 137.) Mit Zustimmung aller Socien steht dem Verkauf des ganzen Geschäfts in Pausch und Bogen überhaupt nichts entgegen (§ 152). Sollten alsdann noch gemeinschaftliche Rechtsbeziehungen bestehen bleiben, so ist diese Gemeinschaft immer noch eine Liquidationsgesellschaft. Denn daß zum Wesen dieser eine Firma gehöre, ist im H.G.B. nicht vorgesehen. Zu ihrem Wesen gehört vielmehr nur das Bestehen gemeinsamen Vermögens (vergl. § 159; auch O.L.G. Dresden in G.Z. 42 S. 532, 533). Die Bezeichnung der Gesellschaft nach Veräußerung der Firma ist leicht zu bewirken (z. B. die Liquidationsgesellschaft, früher in Firma Müller & Schulze). Anm. 30.

d) **Sie dürfen ferner nicht das Firmenrecht verkaufen** (vergl. Anm. 5 zu § 22), doch kann mit Zustimmung der Socien das Geschäft mit dem Firmenrecht verkauft werden (vergl. oben Anm. 30). Anm. 31.

Zusatz 2. Der vorliegende Paragraph beschränkt sich darauf, die Aufgabe und Rechtsstellung der Liquidatoren zu präcisiren, **behandelt aber nicht die Einzelfragen, die sich eng an ihre Thätigkeit knüpfen.** Anm. 31a.

Hervorgehoben seien hier folgende Punkte:

a) **Das Maß der Sorgfalt,** welches die Liquidatoren anzuwenden haben, richtet sich danach, ob sie Gesellschafter oder Fremde sind. Im ersteren Falle haben sie diligentia quam suis nach § 708 B.G.B. zu prästiren, sonst diejenige Sorgfalt, die dem Mandatar bezw. Dienstverpflichteten im Allgemeinen obliegt (Behrend § 82 Anm. 35; vergl. unten Anm. 28, abweichend Hahn § 11 zu Art. 137). Die Anwendung der Sorgfalt haben sie zu beweisen.

Anm. 32. b) **Durch ihre Vertretung entsteht die Solidarhaft der Gesellschafter** (vergl. zu § 156; Behrend § 82 Anm. 13; anders, aber unzutreffend R.O.H. 21 S. 47).

Anm. 33. c) **Die Wirkung des von den Liquidatoren geführten Prozesses** ist dieselbe, wie die eines von der lebenden Gesellschaft geführten Prozesses; das Urtheil macht Rechtskraft auch für und gegen die Gesellschafter (Bolze 1 Nr. 1965; vergl. Näheres Anm. 16 zu § 124). Es kann auch hier aus dem gegen die Liquidationsgesellschaft ergangenen Urtheile nicht unmittelbar gegen den einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden (R.O.H. 6 S. 416; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1664).

Anm. 34. d) **Nach Beendigung ihres Amtes haben die Liquidatoren Rechnung zu legen.** Hierüber und über sonstige Rechnungslegungs- und Auskunftsfragen siehe die Erl. zu § 154.

Anm. 35. e) **Ueberschreiten die Liquidatoren ihre Vollmacht,** so haften sie dem Dritten persönlich gemäß § 179 B.G.B. (vergl. hierüber Anm. 39 ffg. zum Exkurse zu § 58). Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand als Liquidator gerirt, der es nicht ist.

Anm. 36. f) **Belohnung** können die Liquidatoren nicht fordern, wenn sie Gesellschafter sind (vergl. Anm. 6 zu § 110 und ferner O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 544), sonst entscheidet § 354, Handelsgebrauch oder Civilrecht. Ihr Verhältniß ist, wenn sie keine Gesellschafter sind, ein Auftrags- oder Dienstvertragsverhältniß, je nachdem sie unentgeltlich oder gegen Entgelt fungiren.

Anm. 37. g) **Für ihre Thätigkeit verantwortlich** sind sie bloß den Betheiligten im Sinne des § 146, nicht den Gläubigern der Gesellschaft, deren Mandatare sie nicht sind. Selbstverständlich haften sie als Liquidatoren auch nicht den Gegenkontrahenten aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft abzuschließenden Rechtsgeschäften, soweit nicht etwa Ueberschreitungen der Vollmacht (siehe oben Anm. 35) vorliegen, oder soweit sie nicht etwa durch den Abschluß dieses Rechtsgeschäfts dem Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung begangen haben (vergl. R.G. 30 S. 50).

Anm. 38. h) **Können die Liquidatoren ihr Amt vor Beendigung der Liquidation niederlegen?** Das richtet sich nach der Quelle ihres Amts. Sind sie Gesellschafter, so greift derselbe Grundsatz Platz, wie für den Gesellschafter durante societate: sie können also niederlegen (vergl. Anm. 7 zu § 117 und Anm. 8 zu § 127). Sind sie Fremde, so richtet sich die Frage nach den Regeln des Auftrages oder Dienstvertrages. Liegt Auftrag im eigentlichen Sinne (d. h. unentgeltlicher Auftrag) vor, so kann der Liquidator zwar jeder Zeit niederlegen; wenn er dies aber ohne wichtigen Grund zur Unzeit thut, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet (§ 671 B.G.B.). Wenn ein Dienstverhältniß vorliegt, so geht man wohl nicht fehl, wenn man den § 627 B.G.B. Platz greifen läßt. Denn die Liquidation einer Gesellschaft ist doch wohl eine Dienstleistung höherer Art. Der Liquidator kann daher auch hier jeder Zeit kündigen, nur nicht ohne wichtigen Grund zur Unzeit, widrigenfalls er den Schaden ersetzen muß. Zur Unzeit bedeutet: so, daß nicht rechtzeitig ein Ersatz beschafft werden kann.

Anm. 39. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Soweit es sich um innere Verhältnisse handelt, greift auf die vor dem 1. Januar 1900 begründeten Rechtsverhältnisse das alte Recht Platz; dagegen ist das neue Recht maßgebend für alle diejenigen Rechtsbeziehungen, welche nach dem 1. Jan. 1900 nach außen entstehen (vergl. Anm. 32 zu § 105 und Anm. 20 zu § 123).

§ 150.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt

ist, daß sie einzeln handeln können; eine solche Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 wird nicht ausgeschlossen, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet an, daß regelmäßig und präsumtiv eine Mehrheit von Liquidatoren nur kollektive Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugniß besitzt,** also gerade umgekehrt wie bei der lebenden o. H.G. Bei der letzteren ist die Alleinvertretung und Geschäftsführungsbefugniß die Regel (§§ 125, 114). Unrichtig ist es, den ganzen Paragraphen nur auf die Vertretungsmacht zu beziehen (so Makower S. 296). Aus der Vorschrift der Eintragung folgt dies nicht. Die Eintragungsvorschrift bezieht sich natürlich nur auf die äußere Seite der Sache. Aber aus dem § 149 ist ersichtlich, daß das Gesetz bei der Liquidation von der Kongruenz des Vertretungs- und des Geschäftsführungsumfanges ausgeht (vergl. Anm. 1—3 zu § 149) und wie § 149, so ist auch § 150 auf beide Seiten der Sachen zu beziehen.

Anm. 1. 1. **Die Vorschrift der Kollektivvertretung bezieht sich auf alle Fälle einer Mehrheit von Liquidatoren,** insbesondere auch
   a) auf den Fall, daß die früheren Gesellschafter es sind. Ihre etwaige Einzelbefugniß zur Vertretung der Gesellschaft und zur Geschäftsführung überdauert dieselbe nicht; sie sind nach Auflösung der Gesellschaft nur gemeinsame Verwalter des Gesellschaftsvermögens,
   b) auf den Fall der richterlichen Ernennung.

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift hat zur Folge,** daß die Liquidatoren nur gemeinsam handeln können. Auch Gefahr im Verzuge macht keine Ausnahme.

Da die Vorschrift auch nach Innen gilt, so muß jede Handlung unterbleiben, welcher einer der Liquidatoren widerspricht. Auch der Richter kann den widersprechenden Liquidator nicht verurtheilen, die von dem anderen verlangte, angeblich nothwendige oder zweckmäßige Handlung vorzunehmen (R.G. 12 S. 33). Unsachgemäßer Widerspruch kann nur zur Abberufung führen.

Eine Ausnahme macht aber die Nothwendigkeit des Vorgehens gegen den Liquidator selbst. Hier liegt es in der Natur der Sache, daß seine Zustimmung nicht erforderlich ist, z. B. wenn es sich um einen Prozeß gegen ihn handelt (R.O.H. 9 S. 31).

Anm. 3. 3. **Der Ausschluß der Kollektiv-, die Anordnung der Einzelvertretungsbefugniß** muß im Vertrage oder in der richterlichen Ernennung ausdrücklich erfolgen und eingetragen werden. Im Falle der richterlichen Ernennung durch den Registerrichter erfolgt die Eintragung von Amtswegen (§ 146 Abs. 2); für die richterliche Ernennung durch den Prozeßrichter gilt dies nicht (Anm. 2 zu § 148).

Dritten gegenüber gilt der nicht eingetragene Ausschluß der Kollektivvertretung nur unter den Voraussetzungen des § 15.

Anm. 4. Der Ausschluß der Kollektivvertretung kann auch in der Weise erfolgen, daß je zwei von drei Liquidatoren gemeinsam handeln müssen, oder auch in der Weise, daß von den drei Liquidatoren A. B. C. nur Liquidator A. allein, die beiden andern nur gemeinsam handeln können. Im Abs. 1 sind diese Variationen zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber es folgt daraus nicht ihre Unzulässigkeit. Die Anordnung, daß ein Liquidator nur zusammen mit einem Prokuristen handeln darf, ist hier unzulässig, weil die liquidirende Gesellschaft keinen Prokuristen hat; die Anordnung, daß ein Liquidator nur zusammen mit einem Handlungsbevollmächtigten handeln darf, ist ebenso unzulässig, wie bei der lebenden Gesellschaft (vergl. Anm. 11 zu § 125).

Die Anordnung beruht auf Vertrag, Beschluß der Gesellschafter oder richterlicher Ernennung.

Anm. 5. 4. Im Abs. 2 ist angeordnet,

a) daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können,

b) daß eine der Gesellschaft gegenüber abzugebende Willenserklärung einem Kollektivliquidator gegenüber wirksam abgegeben werden kann.

Das Nähere zur Erläuterung dieser beiden Vorschriften siehe in Anm. 2, 7 u. 9 zu § 125.

Anm. 6. 5. **Ueber die Art, wie Kollektivvertreter zusammenwirken,** siehe Anm. 4—10 zu § 125. Dort sind weiter Fragen erörtert, über die Ausübung der Kollektivvertretung, den Beweis der Zusammenwirkung, die Folgen des Alleinwirkens eines Kollektivberechtigten, über die Genehmigung unbefugten Alleinwirkens, über die Frage, wessen Wissen entscheidet, wenn es auf das Wissen einer Thatsache ankommt, über die Form der Zeichnung von kollektivvertretungsberechtigten Personen.

Anm. 7. Besonders ist zu erwähnen, daß, wenn sich mehrere kollektivberechtigte Liquidatoren über eine Maßregel nicht einigen, keiner gegen den andern das Gericht anrufen kann, um die mangelnde Einwilligung zu ergänzen; Abhilfe ist vielmehr nur durch einen Antrag auf Abberufung möglich (O.L.G. Frankfurt in G.Z. 37 S. 544: R.G. 12 S. 34). Wohl aber ist jeder Liquidator verpflichtet, dem anderen Liquidator die Ausübung der Pflichten zu ermöglichen, z. B. ihm die nöthige Auskunft zu gewähren; hierauf kann auch geklagt werden.

§ 151.

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt die Unbeschränkbarkeit der gesetzlichen Vertretungsmacht des Liquidators.** Der Inhalt des Paragraphen entspricht dem des § 126 Abs. 2, weshalb zu seiner Erläuterung auf die Bemerkungen zu jenem Paragraphen zu verweisen ist. Hervorzuheben ist:

Anm. 1. 1. Die Vorschrift gilt nur gegenüber dem Dritten (eine Einschränkung nach innen ist zulässig, § 152), dem Dritten gegenüber aber auch dann, wenn dieser Kenntniß von der Beschränkung hatte. Dies begründet noch keine Kollusion (R.G. 9 S. 149). Ueber Kollusion siehe Näheres Anm. 13 zu § 126.

Anm. 2. 2. Als Dritter kann aber nicht betrachtet werden der Liquidator selbst, wenn mit ihm kontrahirt wird. Er kann zwar sogar, wenn das im Interesse der Gesellschaft liegt, mit sich kontrahiren, aber nicht unter Außerachtlassung der Beschränkungen, die ihm gültig auferlegt sind (vergl. auch § 181 B.G.B.). Das Reichsgericht (7 S. 120) betrachtet auch den Liquidator als Dritten im Sinne des § 151. Das kann jedoch nicht gebilligt werden und ist in jener Entscheidung ohne Noth ausgesprochen worden, da dort von einem Liquidator mit beschränkter Vertretungsmacht keine Rede ist, sondern nur die Frage der Kontrahirungsmöglichkeit mit sich selbst zur Entscheidung stand.

Anm. 3. 3. Der Aufhebung der Vertretungsbefugniß ist hier keine Erwähnung gethan. Sie ist nicht möglich oder vielmehr, sie bedeutet eben das Ende des Liquidatoramts. Eine Liquidation ohne Vertretungsbefugniß, wie sie Laband in G.Z. 10 S. 219 für möglich hält, ist nicht denkbar (vergl. Behrend § 82 Anm. 5).

Anm. 4. **Zusatz. Nicht erwähnt ist im Gesetz die Frage nach der Erweiterung der Vertretungsmacht des Liquidators.** Die Vertretungsmacht kann erweitert werden durch Uebereinkunft der Gesellschafter auch bei richterlich ernannten Liquidatoren (Anm. 1 zu § 152). Richterliche Ernennung kann aber Erweiterung der Vertretungsmacht nicht schaffen.

Eine Eintragung der Erweiterung findet nicht statt. Aber auch ohne Eintragung ist sie Dritten gegenüber wirksam.

§ 152.

Gegenüber den nach § 146 Abs. 2, 3 Betheiligten haben die Liquidatoren, auch wenn sie vom Gerichte bestellt sind, den Anordnungen Folge zu leisten, welche die Betheiligten in Betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen.

Der Paragraph unterwirft den Liquidator den einstimmigen Anordnungen der Gesellschafter. Die Vorschrift ist in den Berathungen des alten H.G.B. damit gerechtfertigt worden, daß die Bestellung eines Liquidators durch den Richter nur aus Mangel an Einstimmigkeit erfolgt. Wo daher diese Einstimmigkeit herrscht, da besteht kein Grund, dem übereinstimmenden Willen der Betheiligten einen entscheidenden Einfluß zu verweigern, zumal es sich um ihr Vermögen handelt. Der juristische Grund der Vorschrift ist, daß das Verhältniß der Liquidatoren zu den Gesellschaftern nach innen auf einem Mandat bezw. einem Dienstverhältnisse beruht, soweit sie nicht selbst Gesellschafter sind (Anm. 38 zu § 149). (Vergl. auch R.O.H. 23 S. 330.) Einleitung.

1. **Die Bedeutung der Vorschrift.** Sie betrifft, insoweit es sich um Beschränkungen der Aktionsfreiheit handelt, nur das Verhältniß nach innen. Aber es kann hierin auch eine Erweiterung der Aktionsfreiheit liegen. Alsdann wirkt sie auch nach außen (vergl. Anm. 4 zu § 151), was Makower S. 297 mit Unrecht bestreitet. Die Tendenz der Gesetze geht jedenfalls dahin, daß sich Geschäftsführung und Vertretung regelmäßig decken (§ 714 B.G.B.), und besonders gilt das für die Rechtsstellung des Liquidators (Anm. 1—3 zu § 149). Es ist nicht zuzugeben, wenn Makower und Rudorff die Erweiterungen der Vertretungsbefugniß der Liquidatoren als gewöhnliche Vollmacht ansehen. Anm. 1.
2. **Zu den Liquidatoren,** welche solchergestalt durch Einstimmigkeit der Gesellschafter gebunden sind, gehören alle, sie seien die Gesellschafter selbst oder erwählte oder ernannte (vergl. die Einleitung). Anm. 2.
3. **Die Betheiligten** müssen, um die Anweisung zur bindenden zu machen, sämmtlich zustimmen. Wer diese Betheiligten sind, darüber siehe Anm. 7 zu § 146: Danach gehört auch der nach § 135 eingewiesene Gläubiger eines Gesellschafters dazu, und an die Stelle eines falliten Gesellschafters tritt sein Konkursverwalter. Die Erben eines Gesellschafters müssen sämmtlich zustimmen (Behrend § 82 Anm. 18); auch der Liquidator selbst, wenn er Gesellschafter ist, sodaß dieser die von den andern gewollten Maßregeln durch seinen Widerspruch verhindern kann, es sei denn, daß es sich um eine gegen ihn selbst zu treffende Maßregel handelt. Hier genügt der Beschluß der übrigen (vergl. Anm. 1 zu § 141). Der fremde Liquidator dagegen hat kein Veto, sondern die Pflicht, den Beschluß auszuführen. Anm. 3.
4. **Der Inhalt der Anordnung** kann sein der Befehl, eine Handlung zu unterlassen oder eine Handlung vorzunehmen, eine Handlung in bestimmter Weise vorzunehmen, eine Handlung vorzunehmen, die den Rahmen des § 149 überschreitet. Sie können z. B. anordnen, daß die Liquidatoren eine Theilung in natura vornehmen (Denkschrift S. 104). Anm. 4.
5. **Nichtbeobachtung der Anordnung** ist Pflichtverletzung und hat Schadenersatz, geeigneten Falls Abberufung nach § 147 zur Folge. Es kann aber der Liquidator auch auf Vornahme der einstimmig angeordneten Maßregel verklagt werden. Die Entscheidung des R.G. 12 S. 33 darf trotz ihres weitergehenden Wortlauts soweit nicht ausgedehnt werden, daß dies Klagerecht versagt wäre. Sie ist nur richtig in dem beschränkteren Sinne, daß ein Gesellschafter-Liquidator nicht zur Aufgabe seines, sei es auch unsachgemäßen Widerspruchs richterlich gezwungen, nicht verurtheilt werden kann, bei einer Handlung mitzuwirken oder in die Vornahme derselben zu willigen, wenn er derselben widersprochen hat. In diesem Sinne ist es richtig, daß der Richter nicht im Einzelnen in die Führung der Geschäfte eingreifen darf. In unserm Falle aber liegt eine einstimmig beschlossene Maßregel vor. Auf Ausführung dieser kann der Liquidator verklagt werden. Ist er Gesellschafter, so brauchte er ja seine Zustimmung nicht zu geben, hat er sie aber ertheilt, so ist er an den gemeinsamen Beschluß gebunden. Ist er nicht Gesellschafter, so hat er nach Anm. 5.

den Regeln des Auftrages oder Dienstvertrages die Weisungen des Mandanten zu befolgen und auszuführen, soweit nicht etwa aus dem fraglichen Dienstvertrage das Gegentheil hervorgeht.

§ 153.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen, als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen.

Der Paragraph schreibt vor, wie die Liquidatoren die Gesellschaftsfirma zu zeichnen haben.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift ist nur instruktioneller Natur. Einmal insofern sie keine Bedingung für die Giltigkeit der vorgenommenen Handlung abgiebt; auch bei anderweiter Zeichnung der Firma ist das Geschäft giltig; es kommt, wie im § 125, nur darauf an, ob ausdrücklich oder konkludenter Weise die Gesellschaft verpflichtet werden sollte (R.O.H. 9 S. 215; Johow 10 S. 20). (Vergl. auch die Erläuterung in Anm. 2 zu § 51.) Sodann aber auch insofern, als die Liquidationsfirma keine veränderte Firma, sondern nur die bisherige Firma ist. Der von den Liquidatoren geführte Zusatz (in liqu. oder sonst) wird nicht Bestandtheil der Firma (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 235). Darum liegt hier auch keine Firmenänderung im Sinne des früheren Markenschutzgesetzes vor (R.G. 15 S. 105). Eine neue gleichlautende Firma darf nicht eingetragen werden, bis die Liquidationsfirma erloschen oder gelöscht ist (Kammergericht bei Johow 10 S. 17; R.G. 29 S. 68; O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 529; § 30 H.G.B.).

Anm. 2. 2. Die Beobachtung der Vorschrift aber ist nicht ohne civilrechtlichen Einfluß. Denn sie zeigt dem Dritten an, daß die Gesellschaft in Liquidation getreten ist. Der Dritte darf daher die Gesellschaft nicht mehr für bestehend halten und muß prüfen, ob sich das Geschäft im Rahmen der Vertretungsmacht von Liquidatoren hält (vergl. §§ 15, 148, 149).

Anm. 3. 3. Ueber die Art, wie Kollektivliquidatoren die Firma zeichnen, siehe den Exkurs zu § 108.

§ 154.

Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.

Der Paragraph legt den Liquidatoren die Verpflichtung auf, zwei Bilanzen aufzustellen. Die Vorschrift ist neu.

Anm. 1. 1. **Eine Bilanz bei Beginn der Liquidation.** Sie ist gewissermaßen die Eröffnungsbilanz für die Liquidationsgesellschaft. Die bisher geführten Bücher sind für diesen Zeitpunkt abzuschließen und es ist unter Zugrundelegung einer Inventur die Bilanz nach der allgemeinen Vorschrift des § 40 aufzustellen. Die Minderbewerthungen, welche durch den wahren Werth nicht gerechtfertigt werden, und durch welche während der Dauer der Gesellschaft bewirkt werden sollte, daß nicht aller Gewinn vertheilt werde, kommen jetzt in Wegfall (vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 141). Der wahre Wert kommt in Ansatz. Dabei ist jetzt regelmäßig nicht mehr davon auszugehen, daß das Geschäft besteht, denn es soll ja eben aufgelöst werden. Es kommt also der „Schmelzwerth" in Betracht. Nur wenn ein Verkauf des ganzen Geschäfts in sicherer Aussicht steht, kann dies berücksichtigt werden.

Anm 2. Fällt die Auflösung, wie dies wohl regelmäßig der Fall sein wird, in das Geschäftsjahr selbst, so sind die Gesellschafter der Pflicht überhoben, für den restirenden Bruchtheil des letzten Geschäftsjahres eine Geschäftsbilanz aufzustellen. Für diesen restirenden Bruchtheil wird also das Geschäftsergebniß nicht berechnet und der Gewinn oder Verlust nicht vertheilt. Es giebt für diesen Zeitraum keinen Jahresgewinn und

keinen Jahresverlust. Die Auflösung bildet eine Cäsur, die es unmöglich macht, einen Jahresgewinn oder einen Jahresverlust festzustellen (R.G. vom 22. April 1898 in J.W. S. 360). Höchstens könnte die Aufstellung einer solchen Bilanz wegen etwaiger Gewinnantheilsansprüche Dritter in Frage kommen (commis interessé, stiller Gesellschafter).

2. **Eine Schlußbilanz.** Wenn die Liquidation beendet ist, das Vermögen in Geld umgesetzt und die Gläubiger befriedigt sind, soweit dies nach den Ergebnissen der Liquidation möglich war, haben die Liquidatoren eine Schlußbilanz aufzustellen. Dieselbe wird in gewisser Hinsicht nach denselben Grundsätzen gefertigt, wie durante societate. Insbesondere werden auch hier den Aktivsalden 4% des Kapitalsantheils vom Liquidationsgewinne zugeschrieben (§ 121), und zwar für die Zeit von der letzten Geschäftsbilanz ab. Denn von diesem Zeitpunkte ab sind den Gesellschaftern keine Zinsen mehr ausbezahlt worden (§ 155 Abs. 2 Satz 3); sie haben aber nach dem Gedanken, der dieser Vorschrift zu Grunde liegt, für jeden Zeittheil, während dessen das Kapital im Geschäft steckt, den Vorzug des Zinsengenusses zu beanspruchen; durch den Eintritt der Liquidation inmitten eines Geschäftsjahres wird nur die Berechnungsmöglichkeit der Zinsen zeitweilig gehemmt, weil die Grundlage fehlt, die Feststellung eines Jahresgewinnes; diese Möglichkeit tritt jetzt wieder ein. Anm. 3.

Die Gewinnantheile sind die gleichen, wie bei bestehender Gesellschaft; wer also nach dem Gesellschaftsvertrage mit $^1/_3$ am Gewinn partizipirt, der partizipirt auch bei der Schlußvertheilung mit $^1/_3$. Ist nichts vereinbart, so wird der Gewinn nach Köpfen vertheilt (§ 121 Abs. 3). Das Gleiche gilt über die Verlustantheile. Bezüglich der Verlustantheile folgt dies aus § 735 B.G.B. Anm. 4.

Gewinn wird dabei meist aus der vortheilhaften Verwerthung von Gegenständen über dem Inventarwerth, Verlust durch Mindererlös nach dieser Richtung oder durch Ausfälle bei den Außenständen entstehen.

Auf Grund dieser Bilanz werden die Konten der Gesellschafter richtig gestellt und auf die Weise festgestellt, welcher Aktiv- und welcher Passivsaldo für die einzelnen Gesellschafter verbleibt.

3. Auf Aufstellung dieser Bilanz kann auch geklagt werden und zwar von jedem Gesellschafter. Anm. 5. Es muß aber nicht nothwendig die Klage auf Aufstellung der Schlußbilanz der Klage auf Auszahlung des Guthabens voraufgehen (vergl. Anm. 27 im Exkurse zu § 141). **Außerdem sind die Liquidatoren strafbar,** wenn sie die Ziehung dieser Bilanzen unterlassen und nachträglich Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung der Gesellschaft erfolgt (§§ 240 Nr. 4, 244 K.O.). Zwar sind hier die Schuldner für strafbar erklärt; aber an ihre Stelle tritt sinngemäß derjenige gesetzliche Vertreter, dem allein die Pflicht der Bilanzziehung obliegt, wie bei Vorständen der Aktiengesellschaft (vergl. Anm. 3 zu § 38). Für die weitere Buchführung während der Liquidation (Anm. 6) sind die Socien strafrechtlich verantwortlich (vergl. Anm. 3 zu § 38).

4. **Die ordentlichen Jahresbilanzen brauchen die Gesellschafter nicht immer aufzustellen.** Das war die Absicht des Gesetzgebers (Denkschrift S. 106) und diese Absicht ist deutlich zum Ausdruck gebracht. Gareis (Anm. 1) verlangt trotzdem von den Liquidatoren einer o. H.G. stets jährliche Bilanzen, aber mit Unrecht. Aus § 156 folgt das nicht. Dort sind nur die Vorschriften des zweiten und dritten Titels dieses Abschnitts auf die Liquidationsgesellschaft für anwendbar erklärt. In diesen beiden Titeln ist aber die Vorschrift jährlicher Bilanzziehung nicht enthalten. Sie ist vorgeschrieben im § 39 Abs. 2, aber nur für Kaufleute. Aber die Liquidationsgesellschaft ist kein Kaufmann, wenigstens nicht nothwendig, sondern nur, solange sie noch mit handelsgewerblichen Rechtsakten zu thun hat (Anm. 24 zu § 1). Solange dies der Fall ist, ist die o. H.G. als Kaufmann zu betrachten und solange haben die Gesellschafter die Verpflichtung zur Buchführung, wie jeder andere Kaufmann. Als Fortführung des Geschäfts in seinen letzten Akten ist es aber z. B. nicht anzusehen, wenn nur noch die Einziehung von Außenständen oder die Veräußerung des Gesellschaftsgrundstücks aussteht, während das Geschäft im Uebrigen aufgehört hat (O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 37 S. 542). Anm. 6.

5. **Haben die Liquidatoren weitere Rechnung zu legen?** Die Bilanz allein erschöpft die Anm. 7.

Rechnungslegung nicht. Sie ist nur eine Rechenschaftsübersicht über die Ergebnisse der Liquidation. Die Liquidatoren haben aber ordnungsmäßig Rechnung zu legen, da sie eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung haben (§ 259 B.G.B.; für das frühere Recht Bolze 3 Nr. 793; 4 Nr. 805), beim Nachweis besonderer Umstände auch im Laufe der Amtsführung (R.O.H. 12 S. 41). Diese Rechnungslegung erfolgt aber in der Regel und abgesehen von besonderen Umständen durch bloße Vorlegung der Bücher und Skripturen (R.O.H. 25 S. 344). Besondere Nachweise müssen erbracht werden, wenn die Geschäftsführung besonders verwickelt, die Bücher lückenhaft sind, oder der Liquidator sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht hat (O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 37 S. 542). Auskunft über die Sachlage kann, wenn auch nicht gerade jeder Zeit, so doch in angemessenen Zwischenräumen verlangt werden (vergl. Bolze 4 Nr. 805).

Die gedachten Rechenschaften sind auch hier nur der Gesammtheit der Gesellschafter zu geben (vergl. Anm. 7 zu § 118) oder einem von ihnen Bevollmächtigten. Daneben hat jeder Gesellschafter das Einzelkontrolrecht aus § 118 (vergl. Anm. 9 zu § 156).

§ 155.

Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnisse der Kapitalantheile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, unter die Gesellschafter zu vertheilen.

Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig vertheilt. Zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußvertheilung zukommenden Beträge ist das Erforderliche zurückzubehalten. Die Vorschriften des § 122 Abs. 1 finden während der Liquidation keine Anwendung.

Entsteht über die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens Streit unter den Gesellschaftern, so haben die Liquidatoren die Vertheilung bis zur Entscheidung des Streites auszusetzen.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph giebt in Abs. 1 **die Vorschrift der Schlußvertheilung**, in Abs. 2 eine Vorschrift über **vorläufige Vertheilung entbehrlichen Geldes**, in Abs. 3 die Vorschrift, daß die Liquidatoren bei **Streitigkeiten unter den Gesellschaftern** dieselbe auszusetzen haben.

Die Disposition dieses Paragraphen ist nicht praktisch und nicht logisch. Es empfiehlt sich, wie das alte H.G.B. dies in den Art. 141 und 142 gethan hat, zunächst die Vorschrift über die vorläufige Vertheilung von Geldern während der Liquidation und dann erst die Schlußvertheilung zu erörtern, also erst Abs. 2 und dann Abs. 1.

I. (Abs. 2.) **Die vorläufige Vertheilung während der Liquidation.**

Anm. 1. **1. Das während der Liquidation entbehrliche Geld wird vorläufig vertheilt.**

a) Das entbehrliche Geld wird vertheilt. Die Grundlage der Vertheilung ist eine Berechnung, welche aufzustellen ist unter Zugrundelegung der Eröffnungsbilanz der Liquidation (Anm. 1 zu § 154) und unter Hinzuziehung derjenigen Faktoren, welche sich durch die bisherigen Ergebnisse der Liquidation ergeben. Ob diese Berechnung in Form einer selbstständigen und förmlichen Bilanz gemacht wird oder in einfacherer Weise, ist Sache der Liquidatoren. Auf Aufstellung einer förmlichen Bilanz hat der einzelne Gesellschafter keinen Anspruch; die sämmtlichen Gesellschafter können sie verlangen (§ 152; Denkschrift S. 106). Doch machen sich die Liquidatoren, wenn sie offensichtlich entbehrliche Gelder nicht zur Vertheilung bringen, jedem Gesellschafter gegenüber schadensersatzpflichtig. Denn auf die Auszahlung der vorläufig entbehrlichen Gelder hat jeder Socius einen klagbaren Anspruch (R.O.H. 3 S. 338). Für den Prozeß stellt sich die Sache freilich in Folge dessen so, daß jeder Gesellschafter sein Guthaben schon während der Dauer der Liquidation nur dann verlangen kann, wenn er beweist, daß die eingeklagte Summe disponibel bleiben werde,

wie auch die Liquidation ausfallen möge, und daß sie schon jetzt für das Liquidationsgeschäft entbehrlich sei (Bolze 13 Nr. 504).

Dieser Anspruch des Gesellschafters auf Vertheilung der vorläufig entbehrlichen Gelder bildet auch einen Gegenstand des Zugriffs für die Sondergläubiger des Gesellschafters (Lastig bei Endemann I S. 418). Anm. 2.

Ein Recht auf Entnahme von Zinsen hat der Gesellschafter während der Liquidation nicht (Abs. 2 Satz 3). Aber bei der Schlußvertheilung kommt der Zinsanspruch wieder zum Vorschein (unten Anm. 1).

Ob der Socius seine sonstigen Forderungen während der Liquidation gegen die Gesellschaft einklagen kann, darüber siehe Anm. 13 zu § 149; ob er sie gegen die Gesellschafter einklagen kann, darüber siehe Anm. 5 zu § 156.

b) **Vorläufig.** Daher muß etwa zu viel Empfangenes zurückgezahlt werden zur Vermeidung der Klage durch den Liquidator (Hahn § 2 zu Art. 141) oder durch die anderen Gesellschafter. Auch der nach § 135 eingewiesene Exekutionsgläubiger muß sich die condictio gefallen lassen (§ 812 B.G.B.), der Konkursverwalter eines Gesellschafters muß sie als Masseanspruch anerkennen (§ 59 Anm. 3 K.O.). Anm. 3.

2. **Die voraussichtlich am Schlusse erforderlichen Gelder sind zurückzubehalten.** Anm. 4.

a) **Sie sind zurückzubehalten.** Sonst machen sich die Liquidatoren den Gesellschaftern gegenüber schadensersatzpflichtig, z. B. wenn sie zu viel ausbezahlt haben, und die Wiedererlangung alsdann nicht möglich ist. Aber sie machen sich eben nur den Gesellschaftern bezw. den nach § 146 Betheiligten gegenüber verantwortlich, deren Mandatare sie sind, nicht den Gläubigern gegenüber, deren Mandatare sie nicht sind (zustimmend O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv Bd. 7 S. 55; vergl. Anm. 37 zu § 149).

b) **Die Zwecke, für welche die Gelder zurückzubehalten sind,** sind: Anm. 5.

α) Die Deckung der noch nicht fälligen oder streitigen Schulden der Gesellschaft. Von selbst werden die Gesellschaftsschulden durch die Auflösung nicht fällig (R.G. 5 S. 8; 9 S. 14), noch weniger begründet, abgesehen von besonderen, die Realisirung gefährdenden Umständen, die Auflösung und bevorstehende Vertheilung einen Arrestgrund, wozu Puchelt Anm. 2 zu Art. 141 neigt.

β) Die Sicherung der Ansprüche, welche den Gesellschaftern bei der Schlußvertheilung zustehen. Damit sind alle Ansprüche gemeint, die der Gesellschafter bei der schließlichen Vertheilung geltend machen darf, also die Kapitalguthaben und sonstigen Ansprüche des Gesellschafters. Anm. 6.

II. (Absatz 1.) **Die Schlußvertheilung.** Anm. 7.

1. **Die Grundsätze, nach welchen die Schlußvertheilung erfolgt,** ergeben sich **aus der Schlußbilanz,** wie dies der vorliegende Paragraph auch ausdrücklich hervorhebt. Dieselben sind bereits zu § 154 von uns erörtert, auf welchen hier verwiesen wird. Dort findet sich insbesondere auch eine Erörterung darüber, in welcher Weise die Gesellschafter am Gewinn partizipiren, ob sie Zinsen verlangen dürfen, und für welche Zeit.

2. **Auf die Auszahlung des Ausschüttungsguthabens hat jeder Socius einen klagbaren Anspruch** (vergl. oben Anm. 2). Befriedigt der Liquidator denselben nicht, so kann er verklagt werden. Widerspricht aber ein anderer Gesellschafter, so ist er berechtigt und verpflichtet, die Auszahlung auszusetzen (Absatz 3). In diesem Falle müssen die anderen Gesellschafter verklagt werden. Der Liquidator, der ohne Grund die Vertheilung nicht bewirkt, haftet jedem Gesellschafter für den diesem erwachsenen Schaden (vergl. unsere Erläuterung zu § 347). — Der Klage auf Auszahlung braucht die Klage auf Aufstellung der Schlußbilanz nicht vorauszugehen (vergl. Anm. 5 zu § 154). Anm. 8.

III. (Abs. 3.) **Aussetzung der Vertheilung bei Streitigkeiten.** Bei Streitigkeiten über die Vertheilung unter den Gesellschaftern hat der Liquidator die Vertheilung auszusetzen. Anm. 9.

1. Bei Streitigkeiten unter den Gesellschaftern. Widerspricht ein Gesellschafter der Vertheilung überhaupt oder der Auszahlung an einen Gesellschafter, so muß die

Austragung des Streits abgewartet werden. Es kann z. B. gestritten werden über die Entbehrlichkeit des Geldes oder über das Verhältniß der Betheiligungen ꝛc. Auch eine Streitigkeit mit dem Pfändungsgläubiger nach § 135 verpflichtet den Liquidator zur Aussetzung der Vertheilung (Rudorff zu § 155 H.G.B.).

Anm. 10. 2. Der Liquidator hat die Vertheilung auszusetzen. Das bezieht sich sowohl auf die vorläufige, als auf die Schlußvertheilung, je nachdem die eine oder die andere streitig wird. Thut er dies nicht, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Aber es kann auch durch einstweilige Verfügung die Auszahlung inhibirt werden.

Anm. 11. **Zusatz 1. Der Anspruch eines Socius auf Herausgabe von Sachen, die er der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassen hat,** muß selbstverständlich befriedigt werden, sobald die Liquidationsgesellschaft den Gegenstand entbehren kann, spätestens also bei Beendigung der Liquidation. Hat er z. B. das Inventar der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen, so muß er es während der Liquidation der Gesellschaft noch so lange belassen, als es für die Zwecke der Liquidation gebraucht wird. Die Gefahr der Verschlechterung oder des Abganges trägt der Socius (§ 732 B.G.B.).

Anm. 12. **Hat dagegen der Gesellschafter der Gesellschaft Gegenstände zum Eigenthum, als Einlage, überlassen,** so erübrigt sich hierüber eine besondere Bestimmung. Denn der Werth dieser Einlage wird ihm von vornherein gutgeschrieben und kommt fortan nur noch als Geldposten zur Geltung. Das Auseinandersetzungsguthaben insbesondere ist in Geld auszuzahlen (§ 149) und zwar nach Verhältniß der Kapitalantheile (§ 155 Abs. 1, oben Anm. 7). Wenn der frühere Art. 143 H.G.B. bestimmte, daß der Werth der Einlage zur Zeit der Einbringung zurückzugewähren ist, so ist diese Bestimmung als für die o. H.G. unzutreffend gestrichen (Denkschrift S. 106). Aus gleichem Grunde ist auch die ebenso lautende Vorschrift des § 733 B.G.B. auf die o. H.G. nicht anwendbar.

Anm. 13. **Zusatz 2. Mit diesen Vertheilungen und Herausgaben ist die Thätigkeit der Liquidatoren beendet.** Jede Rechtsbeziehung unter den Socien ist damit allerdings nicht immer gelöst. Wohl ist dies der Fall, wenn zum Schlusse nur Aktivsalden, nicht aber, wenn auch Passivsalden vorhanden sind. Denn in diesem Falle bleiben bestehen die Verbindlichkeiten der Passivsaldeninhaber an die Aktivsaldeninhaber auf Bezahlung des ihrem Passivsaldo entsprechenden Betrages. Der Anspruch der Gesellschaft auf die Passivsalden wird unter die Besitzer der Aktivkapitalkonten vertheilt, aber natürlich nicht nach Köpfen, sondern nach dem Verhältniß der Höhe der Aktivsalden. Allein die Einziehung dieser Beträge fällt nicht mehr in den Bereich der Aufgabe der Liquidatoren, sie haben dazu keine Pflicht und auch kein Recht, ihre Aufgabe ist mit der Aufstellung der Bilanz oder des Vertheilungsplans erschöpft (R.O.H. 5 S. 391; Bolze 22 Nr. 507; Denkschrift S. 107; Cosack S. 566). — Der Konkursverwalter hat dagegen auch die Passivsalden einzuziehen; siehe Anm. 12 zu § 131. — Zuschüsse kann der Liquidator von den Gesellschaftern nicht verlangen, sondern höchstens die Bezahlung rückständiger Einlagen (R.O.H. 22 S. 202; 25 S. 160; Anm. 6 zu § 149).

Anm. 14. **Zusatz 3. Die Geltendmachung der Ansprüche der schließlichen Aktivsaldeninhaber gegen die schließlichen Passivsaldeninhaber ist also Sache der einzelnen Socien.** Sie können ihn klageweise geltend machen. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem Verhältnisse zu decken, nach welchem sie den Gesellschaftsverlust zu tragen haben (§ 735 B.G.B.). Das entscheidet eine frühere Zweifelsfrage (vergl. unsere 5. Auflage § 4 zu Art. 142).

Die so geforderte Ausgleichung kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil noch nicht alle Gläubiger befriedigt sind und deshalb die Möglichkeit besteht, daß der in Anspruch genommene Gesellschafter seinerseits von einem Gläubiger nachträglich in Anspruch genommen werden könnte und dadurch sich die Ausgleichungsberechnung ändern würde (R.G. 40 S. 32). Eine solche nachträgliche Zahlung erzeugt eben eine neue Ausgleichungsforderung.

Anm. 15. **Zusatz 4. Die Gesellschafter haben es natürlich in der Hand, sich auch schon früher schließlich auseinanderzusetzen,** auch wenn das Vermögen noch nicht ganz versilbert ist. Insbesondere wird dies nothwendig sein bei uneinziehbaren und unveräußerlichen Außenständen (Keyßner in G.Z. 10 S. 381). Aber auch sonst können die Socien der Liquidation ein gewalt-

sames Ende bereiten: durch Verkauf des Geschäfts oder Ueberlassung desselben an einen von ihnen oder durch natürliche Theilung des Restes. Dazu bedarf es jedoch immer der Zustimmung aller Socien. Ohne seine Zustimmung braucht sich kein Gesellschafter anders als in Geld seinen Antheil ausantworten zu lassen.

§ 156.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter untereinander sowie der Gesellschaft zu Dritten die Vorschriften des zweiten und dritten Titels zur Anwendung, soweit sich nicht aus dem gegenwärtigen Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Einleitung.

Der Paragraph ordnet die Geltung der für die bestehende Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen für die Liquidationsgesellschaft insoweit an, als ausdrückliche Vorschriften oder der Zweck der Liquidation nicht entgegenstehen.

Die Vorschrift ist um deshalb gegeben, damit nicht die absolute Fassung des § 131 zu dem Mißverständnisse Anlaß gebe, daß von dem Momente der Auflösung der Gesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften sammt und sonders keine Anwendung finden. In der That trägt sie insofern zur Klarheit bei. Aber es wäre dieser Zweck vollkommener erreicht worden, wenn diejenigen Vorschriften, welche hiernach auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung finden, kurz aufgezählt worden wären, anstatt, wie dies im wesentlichen geschehen ist, allgemein auf jene Bestimmungen zu verweisen. Solche Verweisung erinnert an die in neueren Gesetzeswerken im Uebermaß beliebte Anordnung „entsprechender Anwendung anderer Vorschriften mit gewissen Maßgaben". Sie ist sonst nicht die Art des Handelsgesetzbuches, und zur Klarlegung der Vorschrift erscheint eine Aufzählung der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften unter Angabe ihrer Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit unerläßlich.

Bei Prüfung dieser Anwendbarkeitsfrage ist maßgebend, ob der Geltung der Societätsvorschriften in einer ausdrücklichen Liquidationsvorschrift oder im Zwecke der Liquidation ein Hinderniß entgegensteht.

Anm. 1.

A) **Allgemeines.** Hiernach sind alle Vorschriften auf die Liquidationsgesellschaft anwendbar, soweit ihnen nicht eine ausdrückliche Liquidationsvorschrift oder der Zweck der Liquidation entgegensteht, und zwar nicht blos alle Vorschriften, welche ausdrücklich für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind, sondern alle sonstigen Vorschriften des H.G.B., welche für die offene Handelsgesellschaft gelten. Mit anderen Worten: Die Liquidationsgesellschaft nimmt im Rechtsverkehr die gleiche Stellung ein und unterliegt denselben Rechtsregeln, wie die offene Handelsgesellschaft, soweit nicht besondere für sie geltende Vorschriften oder der Zweck der Liquidation abweichende Konsequenzen ergeben.

Anm. 2.

So besteht die Gemeinsamkeit der Rechte der Socien fort, — es verbleibt das Eigenthum zur gesammten Hand, siehe unten Anm. 14 —, und die Liquidatoren können diese Rechte geltend machen, ohne darthun zu müssen, daß die Geltendmachung mit dem Liquidationszwecke in Beziehung stehe (R.G. 15 S. 104), dies gilt auch von solchen Rechten, die an die Person geknüpft sind, wie z. B. vom Nießbrauch (R.G. 16 S. 2), und umgekehrt von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese können sowohl gegen die einzelnen Gesellschafter, als insbesondere auch gegen die Liquidationsgesellschaft verfolgt werden und unterliegen in Folge der Liquidation keiner vorzeitigen Fälligkeit (R.G. 5 S. 8; 9 S. 14).

Anm. 3.

Aber wo ausdrückliche Vorschriften oder der Zweck der Liquidation entgegenstehen, da ändern sich die Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft. So ist die **Liquidationsgesellschaft nicht nothwendig als Kaufmann** zu betrachten, sondern nur so lange, als sie das Handelsgewerbe in seinem letzten Stadium betreibt; die in diesem Stadium abge-

schlossenen Geschäfte sind auf ihrer Seite Handelsgeschäfte; sie hat so lange noch Bücher zu führen (vergl. Anm. 24 zu § 1 und Anm. 6 zu § 154). Dem Firmenrecht unterliegt sie über dieses Stadium hinaus; doch beruht das auf besonderer Vorschrift (§ 153). Auch die Gesellschafter sind im Stadium der Liquidation nicht nothwendig Kaufleute, sondern nur in dem eben bezeichneten Stadium.

Prokura kann die Liquidationsgesellschaft nicht ertheilen, weil dem der Zweck der Liquidation entgegensteht (R.O.H. 13 S. 224; vergl. § 298 Abs. 4; anders Cosack S. 563).

Anm. 4. B) **Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Frage der Anwendbarkeit der in den Titeln über die bestehende offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften.** In dieser Hinsicht gilt Folgendes:

I. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander** (die Vorschriften des 2. Titels):

1. **§ 109 (Gesellschaftsvertrag, Dispositionsrecht).** Der Paragraph gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Das bedeutet, daß diejenigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welche ersichtlich auch für die liquidirende Gesellschaft gelten sollen, diese Geltung bewahren. Ob aber diejenigen während der Dauer der Gesellschaft getroffenen Abreden, deren Fortgeltung für die liquidirende Gesellschaft nicht ausdrücklich vereinbart ist, diese fortgesetzte Geltung behalten, das richtet sich danach, ob ausdrückliche Liquidationsvorschriften oder der Zweck der Liquidation entgegenstehen, und ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Anm. 5. 2. **§ 110 (Aufwendungen, Ersatz derselben).** Der Paragraph ist anwendbar. Auslagen, die der Gesellschafter gemacht hat, insbesondere, wenn er Gesellschaftsschulden auf Grund der Solidarhaft bezahlen mußte, kann er nach Ansicht des R.O.H. sofort und unabhängig vom Stande des Liquidationsgeschäfts geltend machen (R.O.H. 23 S. 195). Anders R.G. 29 S. 16: hier wird zutreffend der Nachweis verlangt, daß aktives und parates Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Gesellschaftspflichten vorhanden ist (vergl. auch Bolze 13 Nr. 504). Keinesfalls kann der Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter pro rata während der Liquidation klagen, wie dies das R.O.H. 12 S. 273 unzutreffend annimmt. Die Argumentation des R.O.H. läuft im besten Falle darauf hinaus, daß der Wegfall der Vorschrift, also die Möglichkeit des Antheilsregresses, sich mit dem Wesen der Liquidation wohl verträgt. Allein das ist nicht der entscheidende Gesichtspunkt für die Prüfung. Vielmehr ist, wie in der Einleitung hervorgehoben wurde, die Vorschrift anwendbar, wenn der Geltung für die Liquidationsgesellschaft kein Hinderniß entgegensteht. Und der Anwendbarkeit steht kein Hinderniß entgegen. Das Reichsgericht steht auf dem hier entwickelten Standpunkte (Bolze 7 Nr. 633). Ebenso O.L.G. Dresden in der Deutschen Juristenzeitung 1897, S. 388.

Belohnung für Besorgung des Liquidationsgeschäfts kann der Gesellschafter nicht fordern (Anm. 36 zu § 149).

Anm. 6. 3. **§ 111 (Verzinsung von Herausnahmen)** ist anwendbar.

Anm. 7. 4. **§§ 112 und 113 (Konkurrenzverbot)** sind nicht anwendbar. Aus dem Zwecke der Liquidation, die auf das Aufhören des Handelsgewerbes abzielt, folgt die Freiheit von dem Konkurrenzverbot (R.O.H. 21 S. 145).

Anm. 8. 5. **§§ 114—117 (Recht und Pflicht der Gesellschafter zur Geschäftsführung)** sind nicht anwendbar. Die Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft sind die Liquidatoren (vergl. § 149).

Anm. 9. 6. **§ 118 (Kontrolrecht der einzelnen Gesellschafter)** ist anwendbar. Hahn § 2 zu Art. 144 spricht dies mit lakonischer Kürze und ohne Begründung aus. Allein ihm ist beizutreten. Das R.O.H. 7 S. 71 will zwar dem einzelnen Gesellschafter das im Art. 105, jetzt § 118, vorgesehene Kontrolrecht nicht geben, weil ein „Geschäftslokal" nicht bestehe, wo die Bücher vorgezeigt werden könnten und überhaupt der ganze Unterschied zwischen nichtgeschäftsführenden und geschäftsführenden Gesellschaftern, unter deren unmittelbarer Aufsicht sich die Bücher und Papiere befinden, fortgefallen sei. Indessen die Gründe sind nicht zwingend. Besteht kein Geschäftslokal, so modificirt sich die Bestimmung dahin, daß die Bücher dort vorgelegt werden müssen, wo sie redlicher Weise sich befinden; die Hauptsache ist, daß jeder Gesellschafter das Kontrolrecht hat, und der Zweck der Liquidation steht

keineswegs dem Bedürfnisse nach einem solchen Kontrolrechte entgegen. Allen Gesellschaftern gemeinsam will auch das R.O.H. 5 S. 394 das Kontrolrecht gewähren. Das ist selbstverständlich und folgt schon aus § 152. Es ist aber nicht zu erkennen, daß das Recht der Büchereinsicht dem einzelnen Gesellschafter genommen werden sollte, wird es ihm doch sogar nach Beendigung der Liquidation ausdrücklich gewährt, und sogar noch mit den Worten „sie behalten das Recht" (§ 157 Abs. 3). So auch Makower S. 303. — Daneben besteht die Rechenschaftspflicht des Liquidators gegenüber der Gesammtheit der Gesellschafter (vergl. Anm. 7 zu § 154).

7. **§ 119 (Beschlüsse der Gesellschafter)** ist aus den gleichen Gründen nicht anwendbar, wie die §§ 114—117. Denn die Beschlußfassung gehört zur Geschäftsführung. Wollen die Gesellschafter auf die Geschäftsführung des Liquidators einwirken, so gehört dazu Einstimmigkeit (§ 152). Anm. 10.

8. **§ 120 (Jahresabschluß, Berechnung des Jahresgewinnes und Jahresverlustes)** ist nicht ohne Weiteres anwendbar. An die Stelle dieser Vorschrift treten vielmehr zunächst die §§ 154 und 155. Doch wirkt diese Vorschrift insofern auch für die Liquidation fort, als die hier aufgeführten Grundsätze auf die Liquidationsbilanzen entsprechend anzuwenden sind (vergl. zu § 154 u. 155). Anm. 11.

9. **§ 121 (Zinsen- und Gewinnberechnung).** Die Vorschriften sind anwendbar mit der Maßgabe, daß sie bei der nach § 154 aufzustellenden Schlußbilanz entsprechend zur Geltung kommen. Was insbesondere die sogenannten Gesellschafterzinsen anbetrifft, so sind den Kapitalgesellschaftern dieselben auch bei der Schlußrechnung zu Gute zu bringen und zwar (nach unserer Ansicht, die aber Zweifeln ausgesetzt sein kann) nicht bloß für die Zeit vom Eintritt der Auflösung bis zur Vertheilung, sondern schon vom Tage der letzten Geschäftsbilanz ab (vergl. Anm. 3 zu § 154). Was die Höhe der Gewinnbetheiligung betrifft, so vertheilt sich auch der Liquidationsgewinn nach Köpfen. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrage der Gewinn anders zu vertheilen ist, so ist dies auch für den Liquidationsgewinn maßgebend. Anm. 12.

10. **§ 122 (Gelderhebung).** Die Anwendbarkeit des Absatzes 1 ist ausdrücklich ausgeschlossen in § 155 Abs. 2. Auch die im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Befugniß zur Entnahme zum Privatgebrauch cessirt mit der Auflösung (R.O.H. 25 S. 167). An die Stelle dieser Vorschrift tritt die vorläufige Vertheilung entbehrlicher Gelder nach § 155. Anm. 13.

Der § 122 Abs. 2 (Unzulässigkeit der Verminderung des Kapitalvermögens) ist anwendbar.

11. **Auch die Bestimmungen des B.G.B. über die Gesellschaft,** welche bei der o. H.G. subsidiär zur Anwendung kommen, sind hier subsidiär anwendbar, soweit der Zweck der Liquidation oder die Vorschriften dieses Titels nicht entgegenstehen. Es kommen hier in Betracht die von uns im Exkurse zu § 122 behandelten Bestimmungen, und zwar: Anm. 14.

   a) **Beiträge der Gesellschafter.** Die Pflicht einzulegen kommt insofern in Betracht, als der Liquidator berechtigt und verpflichtet ist, rückständige Einlagen von den Gesellschaftern einzuziehen (Anm. 6 zu § 149). Es gelten hier überall die analogen Grundsätze (vergl. daher Anm. 1 ffg. im Exkurse zu § 122). Insbesondere ist an dieser Stelle zu erwähnen, daß auch im Stadium der Liquidation das Eigenthum zur gesammten Hand an den zum Vermögen der Gesellschaft gehörigen Gegenständen fortbesteht (siehe oben Anm. 2; vergl. Anm. 12 im Exkurse zu § 122; wegen der Liquidation besonders R.G. 25 S. 256).

   b) **Das Maß der dem Gesellschafter obliegenden Sorgfalt.** Diese Frage wird hier weniger in Betracht kommen, da ja der Gesellschafter hier weniger zur Geschäftsführung kommen wird. Sie wird besonders praktisch, wenn der Gesellschafter Liquidator ist (vergl. Anm. 31a zu § 149; Anm. 13 ffg. im Exkurse zu § 122). Anm. 15.

   c) **Die Frage der Uebertragbarkeit der Gesellschafterrechte.** Auch hier gelten die in Anm. 21 ffg. im Exkurse zu § 122 dargestellten Grundsätze. Anm. 16.

II. **Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu dritten Personen.** (Die Vorschriften des 3. Titels): Anm. 17.

1. **§ 123 (Beginn der Wirksamkeit der o. H.G.)** ist naturgemäß nicht anwendbar.

2. **§ 124 (Rechtliche Selbstständigkeit der o. H.G. und Zwangsvollstreckung in das Gesell-** Anm. 18.

schaftsvermögen). Absatz 1 gilt auch für die Liquidationsgesellschaft. Die Liquidatoren können unter der Firma der Liquidationsgesellschaft für die Gesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Denn aus § 148 Abs. 3 und § 153 geht hervor, daß das Firmenrecht auch für die Liquidationsgesellschaft, auch wenn sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt, fortgelten soll, und § 149 ergiebt, daß auch die Liquidationsgesellschaft die gleiche juristische Selbstständigkeit genießen soll, wie die o. H.G. (vergl. auch R.G. 28 S. 134).

Absatz 2 ist anwendbar.

Anm. 19. 3. **§§ 125, 126, 127 (Vertretungsbefugniß der Gesellschafter und deren Entziehung)** sind nicht anwendbar. Das ist eine der Hauptfolgen der eingetretenen Auflösung, daß die gesetzliche Vertretungsbefugniß der Gesellschafter aufhört (R.O.H. 5 S. 390; 9 S. 86; 21 S. 390). Der einzelne Gesellschafter kann auch nicht auf Zahlung an die Liquidationsmasse klagen (Bolze 13 Nr. 501). Es tritt jetzt die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren ein, und zwar sofort, da, wenn nichts Anderes vereinbart ist, die o. H.G. sich von Gesetzeswegen in eine Liquidationsgesellschaft verwandelt, bei welcher Mangels anders gearteter Berufung die bisherigen Gesellschafter die vom Gesetz berufenen Liquidatoren sind (vergl. Anm. 3 zu § 146). Es dauert auch nicht etwa, wie Hahn (§ 3 zu Art. 144) richtig hervorhebt, die gesetzliche Vertretungsbefugniß der Gesellschafter bis zur Eintragung der Liquidatoren fort, nur daß selbstverständlich die Auflösung der Gesellschaft und damit das Aufhören der Vertretungsbefugniß der Gesellschafter nur nach Maßgabe des § 15 dem Dritten entgegengehalten werden kann.

Anm. 20. 4. **§ 128 (Solidarhaft der Gesellschafter)** ist anwendbar in doppelter Hinsicht: die bisherige Solidarhaft dauert selbstverständlich fort (R.O.H. 5 S. 393; 13 S. 145; O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 377); und ferner entsteht von Neuem die Solidarhaft für die von den Liquidatoren neu eingegangenen Verbindlichkeiten (Behrend § 82 Anm. 13). Das R.O.H. (21 S. 47) hat dies letztere zwar verneint, jedoch mit Unrecht. (Mit uns Cosack S. 561; Rudorff zu § 156; Makower S. 304).

Anm. 21. 5. **§ 129 (Einwendungen gegen die Klage aus der Solidarhaft)** ist ebenfalls anwendbar.

Anm. 22. 6. **§ 130 (Haftung neu eintretender Gesellschafter).** Hier fehlt die Voraussetzung der Anwendbarkeit.

Anm. 23. 7. **Auch die Bestimmungen des B.G.B., welche über das Verhältniß der Gesellschafter nach außen gelten,** sind hier anwendbar. Dieselben sind von uns im Exkurse zu § 129 behandelt. Sie betreffen:

a) **den Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der einzelnen Gesellschafter,**

b) **die Kompensationsvorschriften.**

Beide Arten von Vorschriften sind auf die Liquidationsgesellschaften anwendbar. Vergl. daher Näheres im Exkurse zu § 129.

Anm. 24. **Zusatz 1. Ob auch die Vorschriften des 6. Titels über die Verjährung analog anwendbar sind,** sagt das Gesetz nicht. Sie sind es. Zufolge dieser Analogie beginnt die Solidarhaft aus einer von der Liquidationsgesellschaft kontrahirten Verbindlichkeit von dem Augenblicke ihrer Fälligkeit an zu verjähren (Hahn § 1 zu Art. 146; vergl. Anm. 5 u. 8 zu § 159).

Anm. 25. **Zusatz 2. Auch die Vorschriften über das Verfahren sind auf die Liquidationsgesellschaft anwendbar.** Der Gerichtsstand der Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung dauert fort (Denkschrift S. 107). Dabei ist zu bemerken, daß der Liquidator durch seine Person den Gerichtsstand der liquidirenden Gesellschaft nicht bestimmt, sein persönlicher Gerichtsstand ist für diese Frage unerheblich (Makower S. 305; dagegen R.O.H. 12 S. 217).

§ 157.

Nach der Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft werden einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Der Gesellschafter oder der Dritte wird in Ermangelung einer Verständigung durch das Gericht bestimmt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Die Gesellschafter und deren Erben behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.

Der vorliegende Paragraph giebt zwei Vorschriften über die Firma und über die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft nach Beendigung der Liquidation.

1. (Abs. 1.) **Anmeldung des Erlöschens der Firma nach Beendigung der Liquidation.** Die Vorschrift betrifft lediglich den ganz bestimmten Fall, daß die Liquidation durch eine Versilberung des Geschäfts entweder im Einzelnen oder zwar im Ganzen, jedoch ohne gleichzeitige Veräußerung der Firma durchgeführt ist. In diesem Falle ist mit der Beendigung der Liquidation die Firma erloschen. Daß dieses rechtliche Ereigniß anzumelden ist, bestimmt schon § 31 Abs. 2. Der vorliegende Paragraph will nur diese Pflicht den Liquidatoren übertragen. Kann die Anmeldung nicht erzwungen werden, so erfolgt die Löschung von Amtswegen (§ 31 Abs. 2). Für den Fall, daß die Firma erlischt durch Verkauf des Geschäfts ohne Firma, sollen nach der Denkschrift S. 108 die Gesellschafter diese Pflicht haben. Das ist nicht zutreffend. Die Denkschrift geht davon aus, daß in diesem Falle die Liquidation nicht eingetreten sei und für eine Funktion der Liquidatoren daher kein Raum sei. Allein der Verkauf des Geschäfts kann ja ein Akt der Liquidation sein, wenn er nämlich nicht im Augenblicke der eingetretenen Auflösung erfolgt. In diesem Falle haben die Liquidatoren die Firma abzumelden und zwar erst nach Beendigung der Liquidation d. h. nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden. Anm. 1.

Es kann aber ferner der Verkauf des Geschäfts mit Firma erfolgen. Ueber die Zulässigkeit dieses Verkaufs siehe Anm. 30 zu § 149. In diesem Falle erfolgt die Umschreibung der Firma auf den Erwerber. Hierbei haben die Gesellschafter mitzuwirken und zwar alle Gesellschafter. Anm. 2.

2. (Abs. 2.) **Aufbewahrung der Bücher und Papiere nach Beendigung der Liquidation.** Anm. 3.

a) **Nach Beendigung der Liquidation.** Auch diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß die Liquidation durchgeführt ist, ohne daß die Bücher und Papiere dabei aus dem Besitze der aufgelösten Gesellschaft gekommen sind. Andere Vorschriften greifen Platz, wenn die Liquidation nicht durchgeführt ist oder wenn sie zwar durchgeführt ist, aber ohne daß die Bücher und Papiere sich bei Beendigung der Liquidation noch im Eigenthum der Gesellschaft befinden, so z. B., wenn ein Gesellschafter das Geschäft mit den Handlungsbüchern übernimmt oder wenn das Geschäft in irgend einem Stadium an einen Dritten mit den Büchern veräußert wird (vergl. R.G. vom 29. 3. 1899 in J.W.S. 307). Die allgemeine Aufbewahrungspflicht des § 44 greift auch hier Platz (vergl. Anm. 18 zu § 22). Nur die besonderen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen greifen in diesem Falle nicht Platz.

b) **Nur zwei bestimmte Vorschriften über die Aufbewahrung giebt der Paragraph:** nämlich über die Person des Aufbewahrers und über das Benutzungsrecht. Im Uebrigen gilt über die Aufbewahrungspflicht überhaupt und über die Aufbewahrungszeit auch hier § 44, wie auch unter den „Büchern und Papieren" des vorliegenden Paragraphen die Bücher und Schriften, welche im § 44 erwähnt sind, zu verstehen sind. Anm. 4.

Die beiden Vorschriften des vorliegenden Absatzes sind: Anm. 5

a) Die Person des Verwahrers wird entweder durch Verständigung bestimmt oder durch richterliche Anordnung. Die Verständigung erfolgt unter den Gesellschaftern bezw. deren Erben. Die Zustimmung anderer Personen ist nicht erforderlich. Es haben nicht etwa alle Betheiligten nach § 146 zuzustimmen, insbesondere nicht der Exekutionsgläubiger eines Gesellschafters, wohl

aber der Konkursverwalter eines Gesellschafters, nicht aber der Cessionar eines solchen, weil hier ein Residuum von gesellschaftlichen Verwaltungsrechten vorliegt, welche durch Cession nicht übertragbar sind.

Anm. 6. Der Liquidator als solcher braucht nicht zuzustimmen. Erfolgt eine Verständigung, so haben die Liquidatoren die Bücher an diejenige Person abzugeben, über welche man sich verständigt hat, nicht weil sie die Pflicht zur Aufbewahrung nach § 44 hätten — denn diese liegt nur den Gesellschaftern ob —, sondern weil sie den Anordnungen der Gesellschafter Folge zu leisten haben (§ 152). Erfolgt eine Verständigung nicht, so wird die Person des Aufbewahrers durch das Gericht bestimmt. Der Gerichtsbeschluß kann beantragt werden durch jeden Gesellschafter oder Erben, aber auch durch die Liquidatoren, durch letztere im Interesse ihrer Befreiung von der Last der Aufbewahrung. Die einmal erfolgte Verständigung aber ist bindend und kann nicht willkürlich zurückgezogen werden. Wohl aber kann die Zustimmung nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden: wegen Betrugs oder Irrthums über die Qualifikation des Aufbewahrers, auch § 147 kann analog herangezogen werden. In solchen Fällen kann wiederum das Eingreifen des Richters angerufen werden. —

Anm. 7. Die Verfügung wird erlassen durch das Amtsgericht; vor dem Erlaß ist der etwaige Gegner zu hören; gegen sie ist sofortige Beschwerde zulässig (§§ 145, 146 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit). Ueber die Beschwerde und weitere Beschwerde siehe Anm. 2 ffg. zu § 14. — Die Verfügung verliert ihre Kraft durch eine nachträgliche Verständigung (Delius in G.Z. 46 S. 63).

Anm. 8. β) Das Recht der Benutzung steht den Gesellschaftern und den Erben zu. Die Zuziehung von Sachverständigen ist möglich (Goldschmidt in G.Z. 29 S. 377; R.O.H. 7 S. 75). Auch Vertretung ist zulässig, wenn sonst unbillige Härten bestehen würden (Bolze 22 Nr. 508). Auch früheren Gesellschaftern, nicht bloß den zur Zeit der Auflösung vorhandenen Gesellschaftern, ist die Einsicht und Benutzung gestattet, nur natürlich bloß hinsichtlich der zu ihrer Zeit geführten Bücher (Delius in G.Z. 46 S. 63). Eine Beschränkung in der Benutzung besteht nicht. Insbesondere ist auch derjenige Gesellschafter von der Einsicht und Benutzung nicht ausgeschlossen, der selbst, und sei es durch seine Unredlichkeit, die Auflösung der Gesellschaft verschuldet hat. Auch der Zweck der Einsicht und Benutzung ist gleichgiltig; irgend welches rechtliche Interesse braucht nicht dargethan zu werden; es können auch rein persönliche Interessen, etwa die Ausnutzung der Handelsbeziehungen der aufgelösten Gesellschaft, mit der Benutzung verfolgt werden. Die Ausbeutung von Fabrikgeheimnissen der früheren Gesellschaft steht dem früheren Gesellschafter frei.

Anm. 9. Das Recht der Einsicht steht nicht zu den Gläubigern der Gesellschafter oder der Gesellschaft, auch nicht dem Exekutionsgläubiger des § 135, wohl aber dem Konkursverwalter eines Gesellschafters, nicht aber einem Cessionar der Gesellschaftsrechte eines Gesellschafters. Inwieweit diese Personen ein Recht auf Einsicht haben, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln (§ 810 B.G.B.; §§ 45—47 H.G.B.).

Anm. 10. c) Ueber die Kosten der Aufbewahrung ist nichts gesagt. Dieselben trägt die Gesellschaft. Ein entsprechender Betrag ist daher bei der Vertheilung zu reserviren. Die Belohnung des dritten Aufbewahrers richtet sich nach ortsüblichen oder sonst angemessenen Sätzen. Kein Dritter und auch kein Gesellschafter braucht die Aufbewahrung zu übernehmen, und erst recht nicht ohne Vorausbezahlung oder Sicherstellung der Kosten. Hat er sie ohne Reservirung und ohne Sicherstellung der Kosten übernommen, so haften ihm die Gesellschafter solidarisch für die Kosten. Denn es liegt ein Akt der Liquidation vor, durch welchen die Liquidatoren die Gesellschafter verpflichten (Anm. 20 zu § 156).

Anm. 11. d) Zwang des Registerrichters gegenüber dem Aufbewahrer. Darüber bestimmt weder das H.G.B., noch das Reichsgesetz betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit

etwas. Dies betreffende Bestimmungen bleiben den Landesgesetzen überlassen. Für Preußen siehe den Entwurf eines Ausführungsgesetzes zum F.G. Art. 15—18.

Zusatz. Uebergangsfrage: Abs. 1 und 2 sind öffentlichen Rechtens und daher auf bestehende Gesellschaften ohne Weiteres anwendbar. Das Recht der Einsicht und Benutzung (Abs. 3) dagegen richtet sich bei bestehenden Gesellschaften nach bisherigem Recht. Anm. 12.

§ 158.

Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung, so finden, solange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnisse zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

1. Haben die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart, so kann es doch sein, daß dieselbe nicht sofort bei eintretender Auflösung vollzogen oder daß sie nicht vollständig vollzogen wird. Es giebt ja Fälle, wo sie sich sofort vollständig vollzieht, so z. B., wenn vorher vereinbart war, daß im Augenblicke der Auflösung das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen Gesellschafter übergeht (vergl. Anm. 8 zu § 145). Aber nicht immer ist dies der Fall. In solchen Fällen würde, da die Liquidation gemäß § 145 nicht eintritt, ein vacuum eintreten, welches für diejenigen Personen, welche mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen stehen oder treten, mißlich wäre. Zur Beseitigung dieses vacuum dient die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen. Dieselbe hat zur Folge, daß die Gesellschaft als fortbestehend gilt (§ 156), daß sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann; daß Vollstreckungshandlungen nur gegen die Gesellschaft als solche zulässig sind; daß die Gesellschafter die Liquidatoren sind gemäß § 146 und § 149 ꝛc. Auch die Eröffnung eines Konkurses ist zulässig. (§§ 209 Abs. 2, 207 Abs. 2 K.O.) Eine Eintragung von Liquidatoren findet jedoch nicht statt (Denkschrift S. 108). Anm. 1.
2. Unrichtig ist, daß die Vorschrift auch dann Anwendung finden soll, wenn eine bestimmte Entschließung darüber noch nicht erfolgt ist, ob die Liquidation oder eine andere Art der Auseinandersetzung erfolgen soll. (So Denkschrift S. 108.) In diesem Falle greift eben § 145 Platz, es tritt die Liquidation ein (Makower S. 307). Anm. 2.
3. Nach innen finden die Vorschriften über die Liquidation keine Anwendung. Vielmehr richten sich die Verhältnisse nach innen nach der getroffenen Vereinbarung. Ist z. B. Naturaltheilung vereinbart, so hat jeder Gesellschafter das Recht, auf Naturaltheilung anzutragen. Anm. 3.

Zusatz. Für den Fall, daß die Liquidation durchgeführt, oder eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart und bewirkt ist, sich aber gleichwohl später noch ein gemeinschaftliches Vermögensstück vorfindet, muß das Gleiche gelten, wie das im vorliegenden Paragraphen vorgeschriebene. Die Liquidation ist in solchem Falle nur scheinbar beendet. In Wahrheit besteht noch gemeinschaftliches Vermögen, und die Gesellschaft ist noch nicht untergegangen. Liquidatoren sind, wenn andere Liquidatoren nicht vorhanden sind, in solchem Falle die Gesellschafter. Eine solche Gesellschaft kann immer noch klagen und verklagt werden. Daß sie keine Firma mehr hat, ist kein Hinderungsgrund (vergl. Anm. 30 zu § 149; auch Hahn Vorbemerkung § 2 zu Art. 146). Anm. 4.

Dagegen findet die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen keine analoge Anwendung auf den Fall, wo keinerlei Gesellschaftsvermögen mehr besteht und ein Dritter nur aus formalen Gründen eine Erklärung der offenen Handelsgesellschaft als solche nothwendig gebraucht, so z. B. wenn eine o. H.G. einen Prozeß geführt hat und in diesem Prozeß eine Summe deponirt ist, zum Zwecke der Rückerlangung der Summe aber die Einwilligung der Gesellschaft gehört. In diesem Falle treten die früheren Gesellschafter an die Stelle der Gesellschaft und mit dieser Einwilligung müssen die Betheiligten sich begnügen. Anm. 5.

Sechster Titel.

Verjährung.

§ 159.

Die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.

Wird der Anspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit.

Einleitung. Der Paragraph enthält eine bei Einzelkaufleuten nicht bestehende **besondere Verjährung für die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Die Materie wird in der Weise geregelt, daß in Abs. 1 der Gegenstand und die Frist der Verjährung, in Abs. 2 und 3 der Beginn derselben normirt wird.

Anm. 1. **1.** (Abs. 1.) **Gegenstand und Frist der Verjährung.**

a) **Gegenstand der Verjährung** sind die Ansprüche gegen die Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

α) Ausgeschlossen von der Verjährung sind also die Ansprüche gegen die Gesellschaft selbst. Soweit es sich also um eine Klage handelt, durch welche das Gesellschaftsvermögen herangezogen werden soll, greift die vorliegende Verjährung nicht Platz, sei es, daß die Gesellschaft sich in Liquidation befindet, oder daß der liquidationsähnliche Zustand des § 158 vorliegt oder der liquidationsähnliche Zustand, dessen wir im Zusatze zu § 158 Erwähnung thun (Vorhandensein ungetheilten Gesellschaftsvermögens). Im früheren Art. 147 war dies besonders zum Ausdruck gebracht, derselbe ist als selbstverständlich gestrichen (Denkschr. S. 109). Für solche Ansprüche laufen die gewöhnlichen Verjährungsfristen, also in Ermangelung einer kürzeren die 30jährige.

β) Ausgeschlossen sind ferner die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (vergl. R.G. 8 S. 74).

γ) Getroffen sind eben nur die Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft.

Damit sind alle Ansprüche gemeint, welche auf Grund des § 128 die Solidarhaft der Gesellschafter erzeugen. Auf den Rechtsgrund kommt es nicht an. (Vergl. Anm. 16 zu § 128.) Auch daß der Gesellschafter selbst für die Gesellschaft gehandelt hat, hindert nicht die Verjährung gegen ihn (R.G. 10 S. 47).

Es fällt u. A. hierunter auch der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters gegen die fortgesetzte Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben (R.G. 7 S. 93), da er ja der fortgesetzten Gesellschaft nach dem Ausscheiden als Dritter gegenübersteht, und aus gleichem Grunde der Anspruch auf Erstattung von Gesellschaftsschulden, welche der ausgeschiedene Gesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft gezahlt hat (Willenbücher Anm. 1 zu Art. 146; vergl. R.G. 11 S. 129).

Es fällt ferner darunter die actio judicati aus einer gegen die Gesellschaft rechtskräftig festgestellten Schuld (R.G. 13 S. 97). Auch hier kann die Verjährung

als persönlicher Befreiungsgrund geltend gemacht werden. (Anders wenn der Gesellschafter selbst rechtskräftig verurtheilt ist, unten Anm. 3.)

Es fallen endlich auch darunter die von den Liquidatoren kontrahirten Gesellschaftsschulden (vergl. Anm. 20 zu § 156), und es macht auch hierbei keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst Liquidator war und gehandelt hat oder nicht.

Nicht fallen aber darunter die Regreßansprüche der Gesellschafter gegen einander auf Grund des § 110 (R.O.H. 8 S. 247; R.G. 7 S. 94), — vergl. über dieselben Anm. 7 zu § 160 — oder auf Grund der Auseinandersetzung (Zahlung der Passivsaldos; R.G. 7 S. 94), oder wegen Eviktionsleistung bei überwiesenen Gesellschaftsgegenständen; aus der Haftbarkeit der Gesellschafter oder der Liquidatoren für mangelnde diligentia; aus unbefugten Entnahmen.

Richtiger Ansicht nach fallen ebenfalls nicht darunter die Forderungen, welche ein Gesellschafter aus selbstständigem Rechtsgrunde gegen die Gesellschaft erlangt hat. Denn auch hier besteht keine Solidarhaft der Mitglieder (vergl. Anm. 24 zu § 128) und auch hier handelt es sich um das „interne Antheilsverhältniß der Gesellschaft", von welchem das Reichsgericht 7 S. 94 spricht. (Uebereinstimmend Behrend § 84 Anm. 9; anders R.O.H. 8 S. 247; von Hahn § 1 Note 1 zu Art. 146; Gareis-Fuchsberger S. 276 Note 256.) Anm. 2.

δ) Es fallen schließlich, da nur Ansprüche gegen die Gesellschafter aus ihrer Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft getroffen sind, nicht solche Ansprüche darunter, die gegen Gesellschafter zufolge eines besonderen Rechtsgrundes bestehen, welcher zu dem die Gesellschaft verpflichtenden hinzutritt. So, wenn ein Gesellschafter die Passiva der Gesellschaft übernommen und dies den Gläubigern angezeigt hat (R.G. 10 S. 47), z. B. im Handelsregister (Bolze 16 Nr. 314), oder wenn bei einem ausscheidenden Gesellschafter nicht bloß die fortgesetzte Gesellschaft, sondern auch die Socien für sich das Auseinandersetzungsguthaben übernommen haben (R.G. bei Puchelt Anm. 4; vergl. R.G. 11 S. 125); oder wenn es sich um einen Anspruch aus einem Delikt des Gesellschafters handelt; oder aus einem persönlichen Giro, oder wenn der Gesellschafter persönlich verklagt und rechtskräftig verurtheilt ist. (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 943.) Hat sich der Gesellschafter verbürgt für die Gesellschaftsschuld, so kann er die Verjährung ebenfalls nicht vorschützen. (Vergl. Bolze 11 Nr. 453.) Denn er wird in solchem Falle nicht in Anspruch genommen auf Grund seiner gesellschaftlichen Solidarhaft, sondern aus seiner besonders übernommenen Haftung für die Schuld der Gesellschaft. Diese letztere Haftung hat ihre selbstständige Verjährung (unrichtig Puchelt Anm. 6 zu Art. 146). Hat er Hypothek bestellt für die Gesellschaftsschuld, so gilt dasselbe, und um so mehr dann, wenn bei der Hypothekbestellung ein persönliches Schuldbekenntniß verlautbart wurde. Hat er die Gesellschaftsschuld beim Erwerbe des Gesellschaftsgrundstücks in partem pretii übernommen, so ist auch dies ein selbstständiger Verpflichtungsgrund, der ihm den Einwand der Verjährung raubt. (Ueberall anders Puchelt Anm. 7 zu Art. 146). Anm. 3.

b) **Die Frist der Verjährung** ist 5 Jahre. In der Kaufmannswelt ist merkwürdiger Weise der Irrthum verbreitet, der ausscheidende Gesellschafter werde nach Ablauf eines Jahres nach seinem Ausscheiden von seinen Verbindlichkeiten frei. Anm. 4.

Ausgeschlossen sind hierdurch alle längeren Verjährungsfristen.

Vorbehalten ist ausdrücklich die Geltendmachung jeder kürzeren Verjährungsfrist, z. B. bei Deliktsansprüchen; Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetz; Gehaltsansprüchen der Gehilfen; Forderungen aus §§ 414, 439 H.G.B.

Die Vergünstigung greift auch dann Platz, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eine Verjährung, sei es eine längere oder kürzere, bereits lief und nach der Auflösung, aber vor Ablauf von

5 Jahren, ablief. Beide Verjährungen laufen nebeneinander und die Vollendung einer von beiden giebt dem Gesellschafter das Recht, die Leistung zu verweigern (Makower S. 308).

Anm. 5. 2. (Abs. 2 u. 3.) **Der Beginn der Verjährung** ist der Tag der Eintragung. Es ist hier nicht die Publikation entscheidend. Damit die Verjährung beginne, muß also die Auflösung oder das Ausscheiden eingetragen sein. Mit dem Ende des Tages, an welchem dies geschieht, beginnt die Verjährung.

a) Die Auflösung, das Ausscheiden muß eingetragen sein. Auch die Eintragung des Konkurses fällt jetzt darunter. Auch auf den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs bezieht sich also die vorliegende Verjährung. Denn auch dieser wird von Reichswegen eingetragen (§ 32; Denkschr. S. 109). Das war früher anders (vergl. unsere 5. Aufl. § 5 zu Art. 146). — Die Verjährung ruht auch nicht im Fall des Konkurses der Gesellschaft, wie das früher von R.G. 35 S. 24 angenommen wurde. Dazu liegt jetzt keine Veranlassung mehr vor, da der Konkurs das gerichtliche Vorgehen gegen die Einzelgesellschafter nicht hindert (vergl. Anm. 6 u. 27 zu § 128). Außer, wenn auch der Gesellschafter im Konkurse ist (§ 212 K.O.; § 202 Abs. 1 B.G.B.).

Ist die Auflösung eingetragen, so läuft die Verjährung auch während des Liquidations- oder Auseinandersetzungsverfahrens. (Puchelt Anm. 11 zu Art. 146). Doch wird durch jede Abschlagszahlung des Liquidators die Verjährung unterbrochen (Anm. 5 zu § 160). Entsteht die Forderung erst nach der Eintragung der Auflösung, z. B. durch ein Rechtsgeschäft der Liquidatoren, so beginnt die Verjährung erst nach der Eintragung zu laufen (Abs. 3; vergl. unten Anm. 8).

Anm. 6. b) Die Eintragung entscheidet. Diese ist unerläßlich; ehe sie erfolgt, beginnt die Verjährung nicht zu laufen (R.O.H. 5 S. 82; 8 S. 248). Ist sie aber erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob die Publikation hinzugetreten ist, noch darauf, ob der Gläubiger Kenntniß hatte von der erfolgten Eintragung (R.G. 10 S. 45). Insofern ist die Vorschrift eine Ausnahme von der Regel des § 15 (R.O.H. 19 S. 21). Daraus folgt, daß auch umgekehrt gegen denjenigen Gläubiger, der von der Auflösung Kenntniß hatte, die Verjährung nicht läuft, so lange die Eintragung nicht erfolgt ist (Hahn § 7 zu Art. 146). Die Eintragung am Registergericht des Gesellschaftssitzes entscheidet, auch soweit die bei Zweigniederlassungen begründeten Ansprüche in Betracht kommen.

Um die Verjährung beginnen zu lassen, kann die Eintragung der Auflösung auch in Fällen erfolgen, wo die Errichtung der Gesellschaft selbst nicht registrirt war (R.O.H. 23 S. 227; vergl. Anm. 4 zu § 15 und Anm. 7 zu § 143).

Anm. 7. c) Der Tag der Eintragung ist maßgebend. Ob er aus der Eintragung hervorgeht oder sonst bewiesen werden kann, ist gleichgiltig (R.O.H. 20 S. 348). Geht er aus der Eintragung nicht hervor, so hat der, welcher die Verjährung vorschützt, den sonstigen Beweis zu führen (R.O.H. 14 S. 256; R.G. 4 S. 237). Kann das Datum der Eintragung nicht festgestellt werden, so ist darum die Verjährung noch nicht hinfällig, wenn nur sonst bewiesen werden kann, daß seit der Eintragung mindestens 5 Jahre verflossen sind (R.O.H. 20 S. 348).

Der Tag der Eintragung selbst wird nicht mitgezählt. Denn erst mit dem Ende des Tages beginnt die Frist.

Anm. 8. d) (Abs. 3.) **Bei später fälligen Forderungen beginnt die Frist mit dem Eintritte der Fälligkeit,** bei kündbaren Forderungen mit Ablauf des Zeitpunktes, zu welchem zuerst gekündigt werden konnte, auch wenn thatsächlich nicht gekündigt worden ist, d. h. mit dem Ablauf des Zeitpunktes, in welchem gemäß der Kündigung die Forderung fällig war (§ 199 B.G.B.). Das Analoge gilt bei Forderungen, die erst später existent werden (R.G. 10 S. 46), z. B. wenn ein bisheriger Gesellschafter einem Dritten, welcher die Auflösung nicht kannte, noch zu kennen brauchte, die Gesellschaft obligirt; oder wenn ein Liquidator innerhalb seiner Befugnisse eine Schuld für die Gesell-

schaft kontrahirt (Hahn § 8 zu Art. 146; vergl. Anm. 20 zu § 156 in unserem Kommentar).

Zusatz 1. Das Ende der Verjährungsfrist ergiebt sich von selbst. (Maßgebend ist § 188 Abs. 2 B.G.B.) Daß der letzte Tag ein Feiertag oder ein Sonntag ist, ändert nichts an der Frist. § 193 B.G.B. findet auf Verjährungen keine Anwendung. Anm. 9.

Zusatz 2. Die weiteren Vorschriften über die Verjährung richten sich nach dem B.G.B. Anm. 10.

a) Die Wirkung ist, daß der Gesellschafter berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Die Verjährung ist also Sache des Einwands und darf nicht von Amtswegen berücksichtigt werden. Auch kann der verjährte Anspruch giltiger Weise durch Zahlung getilgt und durch Sicherstellung gesichert werden (§ 222 B.G.B.). Auch gilt der Satz remanet propter pignus naturalis obligatio (§ 223 B.G.B.).

b) Ueber vertragsmäßige Verkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfrist gilt § 225 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 11.

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig."

Indessen ist dabei darauf aufmerksam zu machen, daß ausnahmsweise auch eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist zulässig ist, so bei Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung, Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und auf Beseitigung eines Mangels des Werkes (§§ 477 Abs. 1 Satz 2, 638 Abs. 2 B.G.B.).

c) Die Verjährung kann unterbrochen werden. Hierüber §§ 208 ffg. B.G.B. Vergleiche Näheres zu § 160. Anm. 12.

d) Außer der Unterbrechung giebt es noch eine Hemmung der Verjährung (§§ 202 ffg. B.G.B.). Die Hemmung unterscheidet sich von der Unterbrechung dadurch, daß bei der ersteren die Frist weiter läuft nach Wegfall des Hindernisses, bei der Unterbrechung beginnt die Verjährung von Neuem mit der Beendigung der Unterbrechung. Anm. 13.

Die Hemmungsgründe sind sehr verschieden: Stundung oder sonstiges Recht zur vorübergehenden Verweigerung der Leistung; eheliches Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner; Verhältniß von Eltern und Kindern oder Vormund und Mündel; Erbanfall; Alles nach näherer Maßgabe der §§ 202 ffg. Anm. 14.

Ist die Verjährung gegen die aufgelöste Gesellschaft gehemmt, so wird sie regelmäßig wohl auch gegen den Gesellschafter gehemmt sein. Indessen nothwendig ist das nicht der Fall, sondern nur dann, wenn der Hinderungsgrund so beschaffen ist, daß er auch die Verfolgung des Gesellschafters hindert. Hervorzuheben ist hierbei, daß die Verjährung gegen den einzelnen Gesellschafter nicht gehemmt ist, wenn ihm die Einrede aus § 129 Abs. 2 oder 3 zusteht, wie sich dies aus § 202 Abs. 2 B.G.B., nämlich der dort erfolgten Bezugnahme auf § 770 B.G.B., welchem § 129 Abs. 2 und 3 H.G.B. nachgebildet ist, ergiebt. Anm. 15.

e) Auch wenn die Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt ist, die Gesellschaftsschuld selbst also erst in 30 Jahren verjährt (§ 218 B.G.B.), kann der Gesellschafter die Einrede der Verjährung als persönlichen Befreiungsgrund geltend machen (vergl. R.G. 13 S. 97). Anm. 16.

Zusatz 3. Konkurrenz verschiedener Verjährungen kann eintreten im Falle des § 25. (Es übernimmt z. B. Jemand Aktiva und Passiva einer aufgelösten Handelsgesellschaft; vergl. Anm. 4 zu § 26.) Anm. 17.

Zusatz 4. Uebergangsfrage. Hierüber gilt analog Art. 169 E.G. zum B.G.B. (vergl. Anm. 8 zu § 160). Anm. 18.

§ 160.

Die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft wirkt auch gegenüber den Gesellschaftern, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt die Vorschrift, daß die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der aufgelösten Gesellschaft auch gegenüber den Gesellschaftern wirkt, welche der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung angehört haben.** Es soll aber von uns bei dieser Gelegenheit die ganze Materie der Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter dargestellt werden. Dabei handelt es sich natürlich nur um die Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter aus der Solidarhaft, also um dieselben Ansprüche, von denen § 159 handelt (vergl. daher Anm. 1—3 zu § 159).

Anm. 1. 1. **Die Unterbrechung der Verjährung bedeutet,** daß die bisherige Verjährungszeit nicht mitgerechnet wird, es beginnt nach Wegfall der Unterbrechung eine neue Verjährung (§ 217 B.G.B.).

Anm. 2. 2. **Die Verjährung wird unterbrochen:**

a) **durch Erhebung der Klage** und durch die dem gleichgestellten Akte, Klagesurrogate (Zustellung des Zahlungsbefehls, Anmeldung zum Konkurse, Aufrechnung im Prozesse, Streitverkündung, Vornahme einer Vollstreckungshandlung) — § 209 B.G.B. —. Dabei dauert die Unterbrechung durch Klageerhebung fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist; auch endigt sie, wenn der Prozeß stillsteht, mit der letzten Prozeßhandlung, wird aber durch Aufnahme des Prozesses von Neuem unterbrochen (§ 211 B.G.B.). Sie wird rückgängig gemacht durch Zurücknahme der Klage oder durch rechtskräftige Abweisung der Klage ohne eine die Sache selbst berührende Entscheidung, jedoch mit der Maßgabe, daß die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen gilt, wenn die neue Klage binnen sechs Monaten angestellt wird (§ 212 B.G.B.). Die Unterbrechung durch Anmeldung im Konkurse dauert fort, bis der Konkurs beendet ist (§ 214 B.G.B.), die Unterbrechung durch Aufrechnung im Prozesse und durch Streitverkündung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist (§ 215 B.G.B.).

Anm. 3. b) **Durch Anerkenntniß** (im Wege der Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise) — § 208 B.G.B. — Ein Anerkenntniß in anderer Weise ist z. B. ein Fristgesuch.

Anm. 4. 3. **Die verjährungsunterbrechenden Akte müssen** nun bei Ansprüchen gegen die Gesellschafter aus der Solidarhaft **solche sein, welche die Gesellschafter als gegen sie wirkend anzuerkennen haben.** Hieraus ergiebt sich:

a) **Die Verjährung des Anspruchs gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter wird nur unterbrochen** durch eine Klage oder Klagesurrogat (oben Anm. 2) gegen ihn selbst oder durch ein Anerkenntniß, welches er selbst abgegeben hat (oben Anm. 3). Die Klage oder das Klagesurrogat gegen die fortgesetzte Gesellschaft berührt ihn nicht, ebenso berührt ihn nicht eine Klage oder ein Klagesurrogat gegen die nach seinem Ausscheiden aufgelöste Gesellschaft (R.G. 6 S. 36); ein Anerkenntniß Seitens dieser Gesellschaft ebensowenig. Und endlich berührt ihn nicht eine Klage oder Klagesurrogat gegen einen anderen Gesellschafter oder ein Anerkenntniß, welches dieser abgiebt (§ 425 B.G.B.) Eine besondere Vorschrift hierüber war im Art. 148 des alten H.G.B. enthalten und ist als selbstverständlich gestrichen (Denkschrift S. 110).

Anm. 5. b) **Die Verjährung des Anspruchs gegen einen zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft angehörenden Gesellschafter** wird unterbrochen durch Klage oder Klagesurrogat (oben Anm. 5) gegen ihn selbst oder durch ein Anerkenntniß, welches er selbst abgegeben hat (oben Anm. 3). Das ist selbstverständlich und wird vom Gesetze auch nicht hervorgehoben. Aber sie wird ferner unterbrochen — und das ordnet der vorliegende Paragraph an — durch eine Klage oder ein Klagesurrogat gegen die aufgelöste Gesellschaft oder durch ein Anerkenntniß, welches diese abgiebt. Wird daher die aufgelöste Gesellschaft verklagt, oder wird die Forderung im Konkurse derselben angemeldet, oder wird ihr der Streit wegen des Anspruchs verkündet, oder wird die Forderung gegen die Gesellschaft compensando geltend gemacht, oder wird wegen der Forderung gegen sie vollstreckt, oder macht der Liquidator Abschlagszahlungen oder Zinszahlungen oder gewährt er Sicherstellungen oder bittet er um Frist, so wird durch jeden dieser Akte

die Verjährung gegen alle Gesellschafter unterbrochen, welche z. B. der Auflösung der Gesellschaft angehört haben. Der Hauptfall ist hier der, daß der Liquidator Abschlagszahlungen macht. Es ist dies wohl zu beachten und bei der Beurtheilung der Frage, ob ein Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter verjährt ist, wohl zu prüfen, ob nicht während der Liquidation durch den Liquidator Abschlagszahlungen gemacht sind.

Als selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß die Verjährung gegen die Gesellschafter noch nicht abgelaufen ist, eine abgelaufene Verjährung kann nicht mehr unterbrochen werden (R.O.H. 9 S. 86).

Dagegen wird die Verjährung gegen einen solchen Gesellschafter nicht unterbrochen durch Akte gegen einen anderen Gesellschafter oder durch ein Anerkenntniß, welches dieser abgiebt (§ 425 B.G.B.). Im früheren Art. 148 war dies besonders hervorgehoben, jetzt ist es durch das B.G.B. überflüssig geworden und deshalb gestrichen (Denkschrift S. 110). Anm. 6.

Zusatz 1. Auch dieser Paragraph bezieht sich, wie § 159, nur auf die Ansprüche Dritter gegen die Gesellschafter (siehe oben die Einl.), **nicht auf die Regreßansprüche der Gesellschafter unter einander** (vergl. Anm. 1 zu § 159). Diese dauern fort und **kommen auch in Fällen zur Geltung, wo von mehreren Gesellschaftern der eine bereits durch Verjährung befreit,** der andere aber noch nicht befreit ist. Der Regreß kann, soweit er überhaupt statthaft ist, auch gegen den durch Verjährung befreiten Gesellschafter geltend gemacht werden. So übt trotz der Verjährung gegen den einen Gesellschafter die gegen die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter fortbestehende Verbindlichkeit ihre Wirkung auf den ersteren aus. Anm. 7.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Nach Art. 169 E.G. zum B.G.B. finden für die am 1. Januar 1900 bestehenden, noch nicht verjährten Ansprüche die Vorschriften des B.G.B. über die Verjährung Anwendung; der Beginn und die Unterbrechung der Verjährung richtet sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des B.G.B. nach den bisherigen Gesetzen. Ist die Verjährungsfrist nach dem B.G.B. kürzer, als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des B.G.B. an gerechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist früher als die im B.G.B. bestimmte kürzere Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der längeren Frist vollendet. Alle diese Vorschriften sind unseres Erachtens auf die vorliegende Verjährungsfrist analog zur Anwendung zu bringen (vergl. Anm. 8 in unserer Allgemeinen Einleitung). So auch Lehmann in G.Z. 48 S. 60. Anm. 8.

Zweiter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft.

§ 161.

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Theile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

Ein-leitung. **Der vorliegende Paragraph giebt die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft (Abs. 1) und ordnet die subsidiäre Geltung der Bestimmungen der o. H.G. an (Abs. 2).**

I. (Abs. 1.) Die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft.

Anm. 1. Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und bei welcher mindestens ein Gesellschafter nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage und mindestens einer ohne diese Beschränkung den Gläubigern haftet.

1. **Eine Gesellschaft.** Damit ist, wie bei der o. H.G., zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß zu ihrem Wesen das Vorhandensein einer Gesellschaft gehört.

Abgelehnt ist hiernach die früher vertretene Ansicht, daß nach innen ein Gesellschaftsverhältniß nicht vorzuliegen braucht (vergl. hierüber Anm. 2 zu § 105), erforderlich ist vielmehr das Vorhandensein einer Gesellschaft auch nach innen. Was zu diesem Erforderniß gehört, ist von uns in Anm. 3 und 7 zu § 105 dargelegt.

Anm. 2. Abgelehnt ist hiermit ferner der Gedanke, daß die Kommanditgesellschaft eine juristische Person sei. Vielmehr ergiebt sich aus diesem und den folgenden Paragraphen, daß das Gesetz sich die Kommanditgesellschaft als eine modificirte offene Handelsgesellschaft gedacht hat, als eine Abart derselben und nur unterschieden von ihr durch die beschränkte Haftung der Kommanditisten. Diese beschränkte Haftung der Kommanditisten macht die Vereinigung nicht zur juristischen Person. Sie würde dies thun, wenn sie aufzufassen wäre als sogenannte unpersönliche Haftung, bei welcher der Kommanditist in keiner Weise persönlicher Träger der Verpflichtung wäre. In diesem Falle würde es, um die Annahme der juristischen Person auszuschließen, nicht, wie Laband in G.Z. 30 S. 501 meint, genügen, daß ein anderer Gesellschafter voll und ganz für die Schulden der Gesellschaft einsteht. Das Auskunftsmittel der juristischen Person als Trägerin der gemeinsamen Verpflichtung muß nicht bloß dann herangezogen werden, wenn keines der Mitglieder der Vereinigung für die Schulden persönlich haftet, sondern schon dann, wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften, während doch die ganze Vereinigung haften soll. Aber die Kommanditisten sind, wenn auch in begrenzter Weise, persönliche Träger der Verpflichtung. Das ergiebt sich aus der Fassung des vorliegenden Paragraphen und aus den §§ 171 u. 173.

Nun findet allerdings, solange als die Einlage des Kommanditisten dem Gesellschaftsvermögen einverleibt ist, eine direkte Klage des Gläubigers gegen ihn nicht statt, während doch bei der civilrechtlichen Gesellschaft, selbst einer solchen mit beschränkter realer Haftbasis (vergl. z. B. R.G. 12 S. 229), die Klage sich immer gegen die Gesellschafter richtet.

Allein diese Beschränkung beruht darauf, daß bei der Kommanditgesellschaft kraft positiver Vorschrift die Klage des Gläubigers, welcher nur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erstrebt, gegen die Gesellschafter unter ihrer gemeinsamen Firma gerichtet werden muß. Das ist kein materieller Unterschied, sondern nur ein formeller. Denn die Klage gegen die Gesellschaftsfirma ist die Klage gegen die Gesellschafter selbst, insoweit sie ein Vereinsvermögen aus ihrem Privatvermögen ausgesondert haben. Dieselbe Erscheinung tritt ja in entsprechender Weise bei der offenen Handelsgesellschaft hervor.

Die Kommanditgesellschaft ist hiernach keine juristische Person, wie dies auch die herrschende Ansicht schon früher annahm (Schwalb in G.Z. 34 S. 357; Laband in G.Z. 30 S. 503; Behrend § 86 Anm. 11; Goldschmidt System § 42; Kammergericht bei Johow 6 S. 64; R.G. 32 S. 399; vergl. auch R.O.H. 25 S. 280).

Es muß aber auch hier sofort bemerkt werden, daß eine Vereinigung von Personen, welche keine Kommanditgesellschaft ist, doch für den Rechtsverkehr als solche gelten kann (vergl. unten Anm. 10).

Anm. 3. 2. **Auf den Betrieb eines Handelsgewerbes** muß der Zweck der Gesellschaft gerichtet sein. Ueber die Begriffe „Betrieb" und „Handelsgewerbe" siehe Anm. 9 und 13 zu § 105.

Hervorzuheben ist hier insbesondere, daß ein Handelsgewerbe nach § 1, aber auch ein solches im Sinne des § 2 vorliegen kann, nicht aber ein Kleingewerbe im Sinne des § 4.

Ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes liegt hiernach keine Kommanditgesellschaft vor (vergl. Anm. 14 zu § 105). Aber es kann ohne den Betrieb eines Handelsgewerbes eine Gesellschaft als Kommanditgesellschaft gelten und zwar zufolge des Eingreifens des § 5, und auch des § 15, indem auf Grund dieser Gesetzesbestimmungen die Eintragung die Kraft hat, daß bis zu einem gewissen Grade die als Kommanditgesellschaft eingetragene Gesellschaft als Kommanditgesellschaft gilt (Näheres Anm. 14—16 zu § 105).

3. **Unter gemeinschaftlicher Firma** muß das Handelsgewerbe betrieben werden. Dies ist ebenso wesentliches Erforderniß, wie bei der o. H.G. (vergl. Näheres Anm. 17 zu § 105). Ob die Firma den Vorschriften des H.G.B. (§ 79 Abs. 2) entspricht, ist dabei nicht erheblich (Anm. 17 zu § 105). Auch hier ist darauf aufmerksam zu machen (vergl. Anm. 17 zu § 105), daß der Registerrichter Gesellschaften, welche sich in der Weise etabliren, daß ein Theil der Gesellschaft unbeschränkt, der andere beschränkt haften soll, unter Umständen zwingen kann, eine Firma zu wählen und sich eintragen zu lassen, und sich so zu Kommanditgesellschaften zu machen, wenn das Gewerbe nämlich einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2; vergl. Anm. 17 und 18 zu § 105). Der § 176 steht dem nicht entgegen. Derselbe ist nur eine Art civilprozessualischer Bestrafung der verletzten Anmeldungspflicht: Der Kommanditist wird aber durch diese Haftung „gleich einem persönlichen Gesellschafter" nicht persönlich haftender Gesellschafter, die Gesellschaft keine o. H.G. Anm. 4.

Aus dem Erfordernisse der gemeinschaftlichen Firma folgt, daß nicht alle Rechtsgebilde, welche an sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes fähig sind, auch fähig sind, Mitglieder einer Kommanditgesellschaft zu sein. Hierüber unten Anm. 5 und Anm. 6.

4. **Zwei oder mehrere Personen, von denen mindestens eine unbeschränkt, mindestens eine beschränkt den Gläubigern haftet.** Anm. 5.

a) **Mindestens eine Person muß unbeschränkt haften.** Das ist der persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementar. Er haftet solidarisch, nicht bloß subsidiär neben der Gesellschaft (R.O.H. 24 S. 166). Er ist als Kaufmann zu betrachten und muß daher die Eigenschaft eines solchen haben. Aber er muß nicht bloß Kaufmann sein können, sondern er muß ein Handelsgewerbe unter fremdem Handelsnamen betreiben können. Die Fähigkeit, Komplementar einer Kommanditgesellschaft zu sein, geht parallel mit der Fähigkeit, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zu sein. Vergl. daher Anm. 19 und 23 zu § 105 über die Einzelfragen (ob eine Ehefrau, eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft u. s. w. Komplementar einer Kommanditgesellschaft sein kann).

b) **Mindestens eine Person muß beschränkt haften mit einer Vermögenseinlage.** Das ist der Kommanditist. Dieser ist nicht Kaufmann (Anm. 8 zu § 1); um Kommanditist zu sein, braucht man daher nicht die oben Anm. 5 erörterte Fähigkeit zu besitzen, ein Handelsgewerbe zu betreiben oder gar die Fähigkeit, unter fremdem Handelsnamen ein Handelsgewerbe zu betreiben. Eine Aktiengesellschaft, eine o. H.G., eine Kommanditgesellschaft können daher Kommanditistin einer einfachen Kommanditgesellschaft sein, wegen der A.G. zust. Lehmann, Aktienrecht I S. 255 Anm. 7. Ueber die Ehefrau als Kommanditistin siehe Allgemeine Einl. Anm. 75. Hinsichtlich des Minderjährigen kommt nicht die Genehmigungsvorschrift des § 1822 Nr. 3 B.G.B. in Betracht, sondern die allgemeinen Kontrolvorschriften (§ 1837 B.G.B.), weil eben für ihn nicht der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, sondern lediglich eine Vermögensanlage vorliegt (Düringer u. Hachenburg I S. 14). Anm. 6.

Daß der Kommanditist mit einer Vermögenseinlage betheiligt ist, bedeutet: daß er öffentlich erklärt hat, er wolle bis zu einem bestimmten Betrage die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren tragen helfen. Er handelt dieser Erklärung gemäß, so lange er einen, dem Werthe nach, diesem Betrage entsprechenden Vermögensgegenstand dem Gesellschaftsvermögen einverleibt hat. Ist dies nicht der Anm. 7.

Fall, sei es, daß er die versprochene Einlage nicht gemacht hat oder sie sich wieder hat zurückgeben lassen, so kommt er jener Erklärung dadurch nach, daß er bis zu jenem fixirten Betrage für die Schulden der Gesellschaft einsteht und zwar mit seinem ganzen Vermögen. Er haftet also auch persönlich, aber nur bis zu einem bestimmten Betrage.

Anm. 8. Demgemäß entsteht die Kommanditisteneigenschaft nicht erst durch Einwerfung der Einlage, sondern durch die öffentliche Erklärung, daß sich der Gesellschafter mit einer solchen betheiligen wolle.

Anm. 9. Es beantwortet sich durch das Gesagte aber gleichzeitig die sehr umstrittene Frage, was als gültige Vermögenseinlage zu betrachten sei, ob nur baares Geld oder auch andere Gegenstände, ob nur Eigenthumsübertragungen oder auch Gebrauchsüberlassungen, und endlich ob auch die Arbeitskraft. Nach außen ist erforderlich und ausreichend, daß die Einlage auf einen bestimmten Betrag fixirt sei. Mit diesem will sich der Kommanditist betheiligen, d. h. ihn entweder baar einwerfen, oder einen Gegenstand einlegen, der ihm im Werthe gleichkommt, oder wenn er dies nicht gethan oder sich das Eingelegte hat wiedergeben lassen, für die Schulden der Gesellschaft bis zu diesem Betrage direkt einstehen. Nach innen nun sind Abreden anderer Art statthaft. Aber den Gläubigern haftet der Kommanditist immer dafür, daß in der That ein der fixirten Summe entsprechender Betrag in baarem Gelde oder sonstigen Werthen der Gesellschaft wirklich zugeflossen ist (Denkschr. S. 111). Zu den sonstigen Werthen gehören auch Sachen (R.G. 2 S. 306), nicht auch die Arbeitskraft (vergl. Anm. 3 im Exkurse zu § 122, auch Makower S. 323; anders Behrend § 87 Anm. 10; Hahn § 1); Eröffnung eines Waarenkredits ist ebenfalls keine Vermögenseinlage (R.G. 31 S. 74). Und endlich ist die Frage, ob die Höhe der Einlage des Kommanditisten eine von vornherein bestimmte sein muß, hiermit bejahend zu beantworten (vergl. auch § 162). Uebereinstimmend Renaud S. 121; Wendt bei Endemann 1 S. 441, während Dernburg (Preußisches Privatrecht II § 215) auch die Angaben der Faktoren, nach welchen sich die Einlage allmählich bilden soll, für genügend hält.

Anm. 10. 5. **Ist zur Existenz der Kommanditgesellschaft die Eintragung erforderlich?** Antwort: Wenn ein Handelsgewerbe nach § 1 vorliegt, nein, wohl aber, wenn ein Handelsgewerbe nach § 2 die Grundlage bildet. Liegt also ein Handelsgewerbe nach § 1, ein eigentliches Handelsgewerbe vor, so liegt eine Kommanditgesellschaft vor, auch ohne daß die Eintragung erfolgt ist. Die Eintragung ist nicht entscheidend (§ 161 Abs. 2; § 123). Es liegt also z. B. eine Kommanditgesellschaft auch dann vor, wenn ein eingetragener Kaufmann sich einen Kommanditisten beigesellt, dieser aber nicht eingetragen wird. Derselbe gilt dann nicht etwa als stiller Gesellschafter, sondern ist Kommanditist und haftet im Gegentheil sogar wie ein offener Gesellschafter (§ 176). — Tritt im Uebrigen eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe nach § 1 betreibt, sondern ein sonstiges Gewerbe, im Rechtsverkehr als Kommanditgesellschaft auf, so muß sie sich von Dritten als Kommanditgesellschaft behandeln lassen, sie gilt gemäß unseren Ausführungen im Exkurse zu § 5 Dritten gegenüber als solche (vergl. Exkurs zu § 169 Anm. 6).

Durch die bloße Eintragung wird umgekehrt eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt, nicht Kommanditgesellschaft. Allein die erfolgte Eintragung hat doch in dieser Hinsicht die erhebliche Wirkung, daß eine Gesellschaft unter Umständen als Kommanditgesellschaft für den Rechtsverkehr gilt, obwohl sie es nicht ist. Hierüber siehe oben Anm. 2 a. E.; ferner Anm. 14—16 zu § 105; besonders aber § 123 und die Erläuterungen dazu.

Anm. 11. II. (Abs. 2.) **Die Anordnung der subsidiären Geltung der Vorschriften über die o. H.G.**

1. Es wird in der Erläuterung der folgenden Paragraphen die Konsequenz dieser Bestimmungen in mannigfacher Richtung gezogen werden. Eine summarische Aufzählung der subsidiär anzuwendenden Vorschriften erscheint nicht am Platze (vergl. jedoch zu § 163 u. § 170).

Anm. 12. 2. Subsidiär finden übrigens auch die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung. Denn auch diese sind Vorschriften, die für die o. H.G. gelten.

3. Bei dieser Anwendung ist zu beachten, daß, soweit Ausnahmen nicht vorgeschrieben oder sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergeben, die für die Gesellschafter der o. H.G. gegebenen Vorschriften nicht nur auf die Komplementare, sondern auch auf die Kommanditisten anzuwenden sind (R.G. 32 S. 399; Makower S. 324). So haben z. B. auch die Kommanditisten Antheil am Gesellschaftsvermögen im Sinne eines Eigenthums zur gesammten Hand (R.G. vom 24. September 1883 bei Gruchot 28 S. 249; Bolze 3 Nr. 781; vergl. bei uns Anm. 10 zu § 163). Anm. 13.

Zusatz 1. Eine Form ist für den Kommanditgesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben. Es gilt daher für die Regel Formfreiheit. Hierüber, sowie über die Ausnahmen siehe Anm. 27 zu § 105. Anm. 14.

Zusatz 2. Ueber das Rechtsverhältniß mehrerer persönlich haftender Gesellschafter unter sich fehlt im neuen H.G.B. eine Bestimmung. Die frühere Bestimmung des Art. 150 Abs. 2, daß in Ansehung ihrer eine o. H.G. vorlag, war unrichtig und ist mit Recht gestrichen worden. Sie stehen eben unter sich nicht nothwendig in einem rechtlichen Verbande, sondern stehen jeder in Rechtsbeziehung zur Gesellschaft. Es können natürlich durch besondere Abmachungen besondere Rechtsbeziehungen unter ihnen bestehen. Das Gleiche gilt von mehreren Kommanditisten unter sich. Auch können die Kommanditisten (und auch die Komplementare unter sich) einen besonderen Verband bilden und nach dem Gesellschaftsvertrage nur geschlossen der Gesellschaft gegenüber ihre Rechte ausüben dürfen. Anm. 15.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Was für die bisherigen Kommanditgesellschaften Rechtens ist, darüber siehe Anm. 32 zu § 105 u. Anm. 20 zu § 123. Anm. 16.

§ 162.

Die Anmeldung der Gesellschaft hat außer den im § 106 Abs. 2 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Einlage eines jeden von ihnen zu enthalten.

Bei der Bekanntmachung der Eintragung ist nur die Zahl der Kommanditisten anzugeben; der Name, der Stand und der Wohnort der Kommanditisten sowie der Betrag ihrer Einlagen werden nicht bekannt gemacht.

Diese Vorschriften finden im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldungspflicht bei der Gründung der Gesellschaft und bei späteren Veränderungen derselben in dem Personalbestande an.

I. Anmeldung und Publikation bei der Errichtung der Kommanditgesellschaft. Anm. 1.

1. **Das Erforderniß der Anmeldung überhaupt.** Eine Frist ist nicht vorgesehen. Sie muß ohne Verzug erfolgen. Für die Kommanditisten besteht außer dem direkten Zwang (vergl. unten Anm. 4) ein indirekter und sehr scharfer Zwang zur Anmeldung in der Vorschrift des § 176. Selbstverständlich kann die Kommanditgesellschaft auch nach ihrer Errichtung eingetragen werden, ja sogar nach ihrer Auflösung (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 15).

Die Form der Anmeldung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 12—13, **der Zwang** nach § 14. Der Zwang richtet sich auch gegen die Kommanditisten (anders früher nach Art. 154). Anm. 2.

Auf die Bewirkung der Anmeldung kann jeder Socius klagen (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 106).

2. **Der Inhalt der Anmeldung.** Zunächst sind die im § 106 Abs. 2 enthaltenen Gegenstände anzumelden (siehe über diese Gegenstände Anm. 2 ffg. zu § 106). Im Grunde genommen liegt darin bereits die Vorschrift, daß auch die Kommanditisten anzumelden sind; denn auch sie gehören zu den Gesellschaftern. Der § 162 hebt aber noch besonders Anm. 3.

hervor, daß auch die Kommanditisten anzumelden sind. Außerdem ist aber anzumelden der Betrag der Einlage. Dieselbe muß eine bestimmte Summe sein (Denkschr. S. 111; Hahn § 4 zu Art. 151).

Anm. 4. 3. **Anmeldungspflichtig** sind sämmtliche Gesellschafter (§ 161 Abs. 2 und § 106 Abs. 2), also auch die Kommanditisten. Auch gegen sie richtet sich der Zwang des § 14.

Anm. 5. 4. **Die Bekanntmachung erstreckt sich**, was die Kommanditisten betrifft, nur auf **die Zahl** derselben. Weder ihr Name, noch auch der Betrag der Einlage ist bekannt zu machen. Die Vorschrift ist zwar nur im Interesse der Betheiligten gegeben, aber sie ist kategorisch und es kann daher die Publikation auch auf Antrag diese Punkte nicht enthalten.

II. Anmeldung und Publikation beim Eintritt und Austritt eines Kommanditisten.

Anm. 6. 1. **Der Eintritt eines Kommanditisten.** Wenn ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft beitritt, so muß dieser Beitritt gemäß Abs. 1 angemeldet und gemäß Abs. 2 publizirt werden. So will es Abs. 3. Das Gleiche gilt, wenn ein Kommanditist einer o. H.G. beitritt. Darin wurde früher (vergl. R.G. 32 S. 47) eine Neubildung gesehen: die Auflösung der o. H.G. und der gleichzeitige Uebergang des Geschäfts mit Aktiven und Passiven auf die neugegründete Kommanditgesellschaft. Die Denkschrift (S. 112) erklärt, daß nach dem neuen H.G.B. trotz solchen Beitritts die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt. Nun ist allerdings diese Aeußerung der Denkschrift nicht zwingend, indessen muß doch anerkannt werden, daß das Gesetz ihr nicht entgegensteht. In dem Falle, daß der Beitritt eines Kommanditisten darin besteht, daß aus einem offenen Gesellschafter ein Kommanditist wird, wird diese Auffassung direkt bestätigt durch § 139, nach welchem der Erbe „sein Verbleiben in der Gesellschaft" davon abhängig machen kann, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Gesellschaft identisch bleibt und nur ihren rechtlichen Charakter verändert. Aber auch dann, wenn ein neuer Gesellschafter als Kommanditist beitritt, ist der Wille des Gesetzes, die Identität der Gesellschaft gewahrt zu wissen, nicht zu verkennen. Denn es braucht, wo es von dem Beitritt eines Kommanditisten zu einer Handelsgesellschaft spricht, nämlich in den §§ 162 Abs. 3 und 173 den gleichen Ausdruck, wie im § 130, nämlich die Worte: „Wer in eine bestehende Gesellschaft (Handelsgesellschaft) eintritt". Daß aber im § 130 die Identität der Gesellschaft trotz des Beitritts eines neuen Gesellschafters vom Gesetze gewollt ist, ist bei der Auslegung des korrespondirenden Art. 113 des alten H.G.B. nicht bestritten gewesen.

Anm. 7. 2. **Das Ausscheiden eines Kommanditisten.** Beim Ausscheiden wird wiederum die Anmeldung nach Abs. 1 und die Publikation nach Abs. 2 bewirkt. So will es Abs. 3. Wenn der einzige Kommanditist ausscheidet, so liegt darin, wenn er gänzlich ausscheidet und mehrere Komplementare übrig bleiben, die Umwandlung der Kommanditgesellschaft in eine o. H.G., aber ohne Neugründung vor und ebenso liegt, wenn er offener Gesellschafter wird, nur Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft, nicht Neugründung vor (vergl. oben Anm. 6).

Anm. 8. 3. **Ein kombinirtes Beispiel** bietet der Fall, daß ein Komplementar Kommanditist wird. Hier ist anzumelden und einzutragen, daß der Komplementar A. von jetzt ab nur noch Kommanditist mit einer Einlage von z. B. 20000 Mk. ist; zu publiziren ist, daß der Komplementar A. ausgeschieden ist, und daß ein Kommanditist eingetreten ist. Die Wirkung der Nichteintragung ist nicht Ungiltigkeit wie bei § 174, sondern Wirksamkeit gemäß § 176.

Anm. 9. **Zusatz 1. Die civilrechtliche Bedeutung der Eintragung.**

1. **Die Eintragung der Kommanditgesellschaft** ist, wenn die Bedingungen des § 1 vorliegen, nicht erforderlich zur Existenz der Kommanditgesellschaft, wohl aber, wenn § 2 Platz greift. Ist sie aber eingetragen, dann hat die Eintragung diejenigen Folgen, welche § 5 und § 15 vorschreiben. (Die Gesellschaft gilt für den Rechtsverkehr überhaupt ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben, auch für die als Inhaber eingetragenen Personen, nach § 5 als Kommanditgesellschaft und es kann diese Rechtsvermuthung nur entkräftet werden

durch den Nachweis, daß die Gesellschaft überhaupt kein Gewerbe betreibt; aber auch in diesem Falle gilt sie jedem Dritten gegenüber, dem das Gegentheil nicht bekannt ist, als Kommanditgesellschaft und die eingetragenen Personen als Inhaber derselben). Vergl. hierüber den Exkurs zu § 169.

2. **Die Eintragung der Vermögenseinlage insbesondere** hat die Bedeutung, daß der Umfang der Haftung dadurch für jeden Dritten festgestellt wird (R.G. 17 S. 40). Jeder Dritte kann sich auf diese Eintragung berufen und umgekehrt kann sich der Kommanditist jedem Dritten gegenüber auf sie berufen. Mit der äußeren Haftung braucht sich das innere Betheiligungsverhältniß nicht zu decken. Doch ist dies im Zweifel als Willensmeinung anzusehen. Anm. 10.

3. **Die Bedeutung der Nichteintragung einer bestehenden Kommanditgesellschaft.** Hierüber § 176 (Haftung des Kommanditisten gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter). Die Nichteintragung hat aber nicht die Bedeutung, daß die Kommanditgesellschaft nicht besteht, daß sie bis zur Eintragung eine o. H.G. sei oder gar, daß bis zur Nichteintragung eine stille Gesellschaft besteht. Anm. 11.

4. **Die Nichteintragung der Vermögenseinlage des Kommanditisten** bewirkt, wenn der Kommanditist überhaupt nicht eingetragen ist, volle Haftung nach § 176; wenn seine Betheiligung als Kommanditist eingetragen war, ist sie unschädlich; denn wie zu § 176 ausgeführt ist, tritt die begrenzte Haftung schon dann ein, wenn der Gläubiger nur wußte, daß der Gesellschafter Kommanditist ist; es ist nicht erforderlich, daß er die Höhe der Einlage gekannt habe (vergl. Anm. 3 zu § 176, unzutreffend Rudorff zu § 162). Anm. 12.

Zusatz 2. Die Anmeldung hat auch bei der Zweigniederlassung zu erfolgen (§ 13). Anm. 13.

Zusatz 3. Auch die Firmenzeichnung muß von dem Komplementar erfolgen. Das folgt aus § 161 Abs. 2 und § 108 (vergl. Anm. 1 u. 2 zu § 108 und über die Form der Firmenzeichnung den Exkurs zu § 108). Anm. 14.

Zusatz 4. Uebergangsfrage. Die Anmeldungspflichten richten sich nach dem neuen Recht, denn sie sind öffentlich-rechtliche Vorschriften (vergl. Anm. 6 zu § 107). Anm. 15.

§ 163.

Für das Verhältniß der Gesellschafter unter einander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 164 bis 169.

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit den Verhältnissen der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft nach innen. Er giebt aber eine wenig umfassende Vorschrift. Er spricht nur aus, daß für das Verhältniß der Gesellschafter nach innen in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die besonderen Vorschriften der §§ 164—169 gelten. Allein das sieht so aus, als enthielten diese Paragraphen alle für das innere Verhältniß der Gesellschafter in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen. Das ist jedoch nicht der Fall. Diese Paragraphen regeln nur wenige Punkte. Im Uebrigen gelten gemäß § 161 Abs. 2 die für das innere Verhältniß der offenen Handelsgesellschafter geltenden gesetzlichen Bestimmungen auch hier. Anm. 1.

Hiernach ist zunächst § 109 hier analog anwendbar und zufolge dieses § 109 gilt für das innere Verhältniß der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft **zunächst der Gesellschaftsvertrag, in Ermangelung vertraglicher Bestimmungen aber die §§ 110—122,** und auch die subsidiären Bestimmungen des B.G.B. über die Gesellschaft, soweit alle diese Vorschriften nicht durch die §§ 164—169 geändert sind. Anm. 2.

1. **In erster Linie ist der Gesellschaftsvertrag maßgebend,** d. h. alles, was bei der Gründung oder später für das Rechtsverhältniß der Gesellschafter vereinbart ist, auch wenn es von dem abweicht, was nach außen gelten soll. Anm. 3.

So können nach innen Gewinn- und Verlustbetheiligung beliebig festgestellt werden; es kann auch bestimmt werden, daß der Kommanditist nach innen unbeschränkt haftet; es

kann eine Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage vereinbart, oder es kann vereinbart werden, daß der neueintretende Kommanditist keinen Antheil an den vor seinem Eintritt entstandenen Societätsschulden haben solle; es können Entnahmen fixirt oder ausgeschlossen sein; die Geschäftsleitung kann ganz dem Kommanditisten übertragen werden (vergl. R.G. 31 S. 72) ꝛc.

Anm. 4. II. **In zweiter Linie kommen die für die o. H.G. gegebenen Bestimmungen, jedoch mit den Abweichungen der folgenden §§ 164—169 zur Anwendung.**

Ueber die Anwendbarkeit der für die o. H.G. gegebenen Vorschriften gilt hiernach Folgendes:

Anm. 5. 1. **§ 110 (Aufwendungen des Gesellschafters, Ersatz dafür)** ist im vollen Umfange anwendbar. Nur wird er, weil er sich vornehmlich auf die geschäftsführenden Gesellschafter bezieht, auf die Kommanditisten weniger häufig Anwendung finden.

Anm. 6. 2. **§ 111 (Verzinsung unbefugter Entnahmen)** ist anwendbar. Was insbesondere die in unserem Zusatz 1 zu § 111 hervorgehobenen sonstigen Folgen der unbefugten Disposition betrifft, so hat das R.G. speziell für die Kommanditgesellschaft entschieden, daß auch der Komplementar am Gesellschaftsvermögen Diebstahl und Unterschlagung verüben kann, weil es für den einzelnen Gesellschafter ein fremdes ist (R.G. in Strafsachen 18 S. 123).

Anm. 7. 3. **§§ 112 und 113 (Konkurrenzverbot).** Hierüber siehe die Erläuterungen zu § 165.

4. **§§ 114—117 (Geschäftsführung)** ist erörtert bei § 164.

5. **§ 118 (Kontrolrecht)** ist ersetzt durch § 166.

Anm. 8. 6. **§ 119 (Erfordernisse der Gesellschaftsbeschlüsse)** ist anwendbar. Nur richtet es sich selbstverständlich nach den besonderen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft, wann es überhaupt auf Gesellschaftsbeschlüsse ankommt. Wo es aber darauf ankommt, da greift § 119 auch hier Platz. „Gesellschafter" sind dann Komplementare und Kommanditisten (Makower S. 325).

Anm. 9. 7. **§§ 120—122 (Gesellschaftliche Vermögensrechte der Gesellschafter).** Hierüber siehe die §§ 167—169.

Anm. 10. 8. **Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche für das innere Verhältniß der offenen Gesellschafter maßgebend sind,** sind auch hier subsidiär anwendbar, soweit nicht etwa die §§ 164—169 entgegenstehen. Diese subsidiären Bestimmungen sind von uns im Exkurse zu § 122 erörtert. Es kommen folgende Fragen in Betracht:

a) **Die Beiträge der Gesellschafter** (Höhe der Beitragspflicht, rechtliche Charakterisirung der letzteren und des Antheils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, Eigenthum zur gesammten Hand). Ueber alle diese Fragen gilt das von uns in Anm. 1—12 im Exkurse zu § 122 Gesagte. Darüber insbesondere, daß auch die Kommanditisten Antheil am Gesellschaftsvermögen im Sinne eines Eigenthums zur gesammten Hand haben, siehe Anm. 13 zu § 161, woselbst überhaupt darauf aufmerksam gemacht ist, daß die für Gesellschafter einer o. H.G. geltenden Vorschriften auch für die Kommanditgesellschaft gelten, soweit nicht die Natur des Rechtsverhältnisses ein anderes ergiebt oder ein anderes gesetzlich vorgeschrieben ist.

Anm. 11. b) **Das Maß der dem Gesellschafter obliegenden Sorgfalt und die Verletzung derselben.** Auch hierüber gilt das im Exkurse zu § 122 von uns Gesagte (Anm. 13—20).

Anm. 12. c) **Die Frage der Uebertragbarkeit der gesellschaftlichen Rechte.** Auch hierüber gilt das von uns im Exkurse zu § 122 von uns Gesagte (vergl. daher Anm. 21—31 daselbst).

Anm. 13. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Hierüber gilt das in Anm. 32 zu § 105 und Anm. 9 zu § 109 Gesagte.

§ 164.

Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Be-

trieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Geschäftsführung bei der Kommanditgesellschaft, aber natürlich nur in fragmentarischer Weise. Zur Ergänzung dienen die Vorschriften über die o. H.G. (§ 161 Abs. 2). Einleitung.

I. **Das Recht der Geschäftsführung stellt sich bei der Kommanditgesellschaft wie folgt:**

1. (Vergl. § 114.) **Die gesetzliche Regel ist, daß die Komplementare und zwar alle Komplementare zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet sind.** Die Kommanditisten sind durch § 164 von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Anm. 1.

   Zulässig ist auch hier, daß der Gesellschaftsvertrag einem Komplementar oder mehreren Komplementaren die Geschäftsführung überträgt. Alsdann sind die übrigen Komplementare davon ausgeschlossen.

   Das zur näheren Erläuterung dieser Punkte Dienende siehe zu § 114.

2. (Vergl. § 115.) **Die im § 115 gegebenen Vorschriften über den Inhalt der Geschäftsführungsbefugniß,** wie sich das Einzelrecht zur Geschäftsführung und wie sich das Kollektivrecht zur Geschäftsführung bethätigt, greifen auf die geschäftsführenden Komplementare analog Platz. Das hier in Betracht kommende Widerspruchsrecht steht nur den Komplementaren, nicht auch den Kommanditisten zu. Anm. 2.

   Näheres hierüber zu § 115.

3. (Vergl. zu § 116.) **Die Vorschrift des § 116, daß sich das selbstständige Recht zur Geschäftsführung nur auf die gewöhnlichen Betriebsgeschäfte bezieht,** findet auch hier Anwendung. Zu außergewöhnlichen Geschäften ist nach § 116 ein Beschluß sämmtlicher Gesellschafter erforderlich. Daraus würde sich für die Kommanditgesellschaft ergeben, daß auch die Kommanditisten bei diesen Beschlüssen mitwirken müssen. Aber der vorliegende Paragraph giebt ihnen ein geringeres Recht: sie brauchen nicht gerade zur Beschlußfassung herangezogen zu werden, sie haben nur das Recht, den Geschäften zu widersprechen, und zwar jeder Kommanditist. Cosack S. 578 und Makower S. 329 meinen allerdings, daß der Kommanditist auch nach § 164 nicht bloß ein Widerspruchsrecht, sondern gemäß § 116 ein Mitwirkungsrecht habe. Dann aber wäre § 164 Halbsatz 2 inhaltslos. Zu solcher Annahme liegt kein Anlaß vor. Anm. 3.

   Die Ausgestaltung des Widerspruchsrechts ist die gleiche, wie sonst, wo es ein Widerspruchsrecht giebt (vergl. daher Anm. 3—5 zu § 115).

   Eine Sonderstellung nimmt das Recht des geschäftsführenden Gesellschafters zur Bestellung und zum Widerruf der Prokura ein. In dieser Hinsicht soll nach dem vorliegenden Paragraphen der § 116 Abs. 3 unberührt bleiben. Zur Bestellung der Prokura gehört daher die Zustimmung aller geschäftsführenden Komplementare, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Zum Widerruf der Prokura genügt die Erklärung jedes Komplementars, welcher bei der Ertheilung mitzuwirken hat. Die Kommanditisten haben hierbei nichts zu thun und nicht zu widersprechen. Anm. 4.

   Ueber Einzelfragen siehe hier überall § 116 und die Erläuterungen dazu.

4. (Vergl. § 117.) **Die Vorschrift über das Recht der Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß** ist hier analog zu übertragen. Der Antrag muß auch hier von allen übrigen Gesellschaftern, auch den Kommanditisten, ausgehen. Auch das im Zusatze 1 zu § 117 von uns erörterte Recht jedes einzelnen Gesellschafters zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß ist hier gegeben und steht hier auch jedem Kommanditisten zu. Anm. 5.

II. **Der Kommanditist hat hiernach kein Recht und keine Pflicht zur Geschäftsführung.** Nur das Widerspruchsrecht gegen ungewöhnliche Geschäfte ist ihm gegeben (vergl. oben Anm. 3). Doch kann er zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten bestellt werden (vergl. § 170 Anm. 4). Hierauf greifen dann aber andere Grundsätze Platz. Anm. 6.

III. Aber weiter ist zu beachten, **daß die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen überhaupt dispositiv sind** (R.G. 31 S. 73), wie dies § 163 deutlich ergiebt. Es ist also zulässig, daß der Gesellschaftsvertrag die Komplementare sämmtlich von der Geschäfts- Anm. 7.

führung ausschließt. Und es ist ferner zulässig, daß den Kommanditisten durch Vertrag Geschäftsführungsbefugniß verliehen und Geschäftsführungspflicht auferlegt wird. Der Kommanditist hat dann im Zweifel nicht die Stellung eines Prokuristen oder Bevollmächtigten (wie R.G. 31 S. 39 nach früherem Recht annahm), sondern die eines geschäftsführenden Gesellschafters. In diesem Falle ist insbesondere auch § 114 Abs. 2 anwendbar, jedoch mit Vorsicht. Wenn nämlich die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag einem Kommanditisten übertragen wird, so wird man darin den im § 114 Abs. 2 vorgesehenen Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung nicht ohne Weiteres erblicken können. Denn diese Gesetzesvorschrift bezieht sich zunächst auf den Fall, daß die Geschäftsführung übertragen wird einem schon an sich zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter. Spricht in solchem Falle der Gesellschaftsvertrag noch eine besondere Uebertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter aus, so erblickt darin das Gesetz einen Ausschluß der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung.

Voll und ganz anwendbar erscheinen in solchem Falle die §§ 115—117: Der Kommanditist gehört in solchen Fällen überall zu den geschäftsführenden Gesellschaftern.

Anm. 8. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 11 zu § 114.

§ 165.

Die §§ 112, 113 finden auf die Kommanditisten keine Anwendung.

Anm. 1. **Der Paragraph befreit den Kommanditisten von dem Konkurrenzverbot des § 112.** Die Befreiung hat darin ihren Grund, daß der Kommanditist an der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht Theil nimmt, sondern im Wesentlichen nur pekuniär betheiligt ist. Einmal fällt dadurch die Möglichkeit weg, die Handelsbeziehungen der Gesellschaft so genau kennen zu lernen, daß eine die Gesellschaft gefährdende Ausbeutung im Privatinteresse zu befürchten wäre; andererseits ist dem Kommanditisten nicht zuzumuthen, wegen seiner regelmäßig nur geringen Betheiligung sich eine Beschränkung in der eigenen kaufmännischen Entfaltung aufzuerlegen.

Anm. 2. **Zusatz 1. Durch Vertrag kann das Konkurrenzverbot allerdings auch auf den Kommanditisten ausgedehnt werden.** Allein man darf nicht noch weiter gehen und annehmen, daß schon in der Zulassung des Kommanditisten zur Geschäftsführung das Konkurrenzverbot für ihn ex lege folge. Es mag sein, daß der gesetzgeberische Grund zur Befreiung alsdann fortfällt, darum aber fällt die gesetzliche Befreiung selbst nicht fort. Cessante ratione legis non cessat lex ipsa (Hahn zu Art. 159; anders Puchelt Anm. 1 zu Art. 159; Wendt bei Endemann I S. 451). Vielmehr muß auch in diesem Falle der Kontrakt ergeben, daß das Konkurrenzverbot von den Gesellschaftern gewollt sei, und es ist richtig, wenn Behrend (§ 88 Anm. 12) sagt, daß dies meist der Absicht der Parteien entsprechen wird. Aber als gesetzliche Vorschrift ist es eben nicht anzuerkennen. Das Konkurrenzverbot ist eine Abweichung von der geltenden Rechtsregel, wie Wendt selbst anerkennt, und gilt daher nur da, wo es durch Gesetz oder Vertrag besonders aufgestellt ist. Zutreffend bemerkt Förtsch (Anm. 1 zu Art. 159), daß in Konsequenz dieser Ansicht auch die positiven Bestimmungen des § 113 nur dann Anwendung finden, wenn auch dies vereinbart ist; sonst bestehen nur Schadensansprüche (Just. Rudorff zu § 165; Makower S. 329).

Anm. 3. **Zusatz 2. Für die Komplementare gelten die §§ 112 und 113** (vergl. § 163). Für die Anwendung ist hervorzuheben, daß die in diesen Paragraphen vorgesehene Mitwirkung der Gesellschafter (Zustimmung zur Vornahme des Konkurrenzgeschäfts, Theilnahme der Beschlußfassung bei Ausübung des Wahlrechts, Kenntniß des Konkurrenzgeschäfts) allen Gesellschaftern, also auch den Kommanditisten, obliegt. Desgleichen steht das im § 113 Abs. 2 vorgesehene Recht auf Auflösung jedem Kommanditisten zu.

§ 166.

Der Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem Kommanditisten nicht zu.

Auf Antrag eines Kommanditisten kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

Einleitung.

Der Paragraph normirt das Kontrolrecht des Kommanditisten, und zwar in der Weise, daß er ihm das Recht der jährlichen Bilanzabschrift und einer Büchereinsicht zum Zwecke der Prüfung giebt (Abs. 1), die weitergehenden Rechte des offenen Gesellschafters ausschließt (Abs. 2), und aus wichtigen Gründen ein richterliches Eingreifen zum Zwecke der jederzeitigen Ausübung seiner Rechte anordnet. (Abs. 3.)

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Er kann jährlich Abschrift der Bilanz und Einsicht der Bücher und Papiere verlangen.** Dieses Recht aber ist kein bloßes Minimum. Vielmehr sollte, wie Abs. 2 deutlich ergiebt, das Recht des Kommanditisten auf Auskunftsertheilung durch den vorliegenden Paragraphen fixirt und begrenzt werden. Es kann daher nur unter Vorbehalt als richtig erachtet werden, wenn Renaud (Kommanditgesellschaften S. 331) und ihm folgend Puchelt (Anm. 2 zu Art. 160) dem Kommanditisten das Recht giebt, geeigneten Falls selbst Rechnungslegung zu fordern. (Vergl. auch Willenbücher Anm. 3 zu Art. 160.) Sind die Bücher unvollständig oder geben sie wegen der Natur des Geschäftes keine genügende Auskunft, so ist ihm lediglich das in Abs. 3 vorgesehene Recht zu weiteren Aufklärungen gegeben, die allerdings gegebenen Falls den Umfang einer vollständigen Rechnungslegung annehmen können. Auch das aus § 810 B.G.B. sich ergebende Recht auf Vorlegung der Bücher, weil sie Urkunden sind, die ein gemeinschaftliches Rechtsverhältniß beurkunden und in seinem Interesse errichtet sind, fällt hier weg; denn die Anwendung dieses Paragraphen würde dazu führen, dem Kommanditisten ein jederzeitiges Recht auf Vorlegung der Bücher zu gewähren (anders Makower S. 330). Die prozessualische Vorlegungspflicht nach § 45 H.G.B. ist natürlich nicht berührt.

Anm. 2.

Die ihm hier gegebenen Rechte kann jeder Kommanditist für sich ausüben, außer wenn die Kommanditisten vertragsmäßig zu einer Einheit organisirt sind (vergl. Anm. 15 zu § 161). Die Ausübung derselben ist nicht abhängig davon, daß er selbst seine Verpflichtungen erfüllt hat: es kann ihm nicht die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt werden.

Anm. 3.

Aus dem Rechte auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz ergiebt sich auch das Recht auf Führung korrekter Bücher und korrekter Bilanzen, ferner auf Berichtigung der Bücher und Bilanz, oder, wie Puchelt sagt, auf Anfechtung der Bilanz. Diese sogenannte Anfechtung kann nicht mit der Unzweckmäßigkeit eines Geschäfts begründet werden, sondern nur damit, daß die Bilanz mit den Büchern, bezw. mit der wahren Sach- und Rechtslage nicht übereinstimme.

Anm. 4.

2. (Abs. 2.) **Die weiteren Rechte des offenen Gesellschafters sind dem Kommanditisten versagt.** Seine Rechte sind daher geringer, als die des von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Gesellschafters. Dieser Unterschied ist darin begründet, daß den Kommanditisten keine persönliche Haftung trifft.

Anm. 5.

3. (Abs. 3.) **Aus wichtigen Gründen kann der Richter jederzeitige Ertheilung einer Bilanz, Vorlegung der Bücher und Papiere oder sonstige Aufklärung anordnen.**

a) Die Vorschrift ist dahin auszulegen, daß hiermit dem Kommanditisten ein Recht gegeben ist, beim Vorliegen wichtiger Gründe jederzeit zu verlangen, daß der Komplementar eine Bilanz zieht, sie dem Kommanditisten mittheilt, ihm die Bücher und Papiere vorlegt, oder jede sonstige Aufklärung ertheilt, und daß der Richter den Komplementar dazu zwingen kann, eine Macht, die der Richter aber nicht willkürlich ausüben darf, sondern beim Vorliegen wichtiger Gründe ausüben muß (vergl. über den Sprachgebrauch des Wortes „kann" Planck I S. 25). Selbstverständlich kann das (nach Anm. 6 zuständige) Gericht auch die Vorlegung der jährlichen Bilanz auf Antrag des Kommanditisten anordnen. Der wichtige Grund ist in diesem Fall die bloße Weigerung.

Anm. 6. b) Der zuständige Richter ist das Amtsgericht, welches im Beschlußverfahren entscheidet, wenn thunlich nach Anhörung des Gegners. Gegen die Entscheidung steht sofortige Beschwerde zu (§§ 145 u. 146 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit). (Näheres über die Beschwerde Anm. 9 ffg. zu § 14).

Anm. 7. c) Wichtige Gründe liegen vor: wenn begründeter Anlaß zum Mißtrauen in die Geschäftsführung des socius gerens gegeben ist (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 335); oder wenn die Bücher unvollständig sind oder wegen der Natur des Geschäfts keine genügende Auskunft geben (vergl. oben Anm. 1); wenn der Kommanditist, um für seine Abstimmungen in Gesellschaftssachen, von denen er ja nicht absolut ausgeschlossen ist, informirt zu sein, die Verhältnisse der Gesellschaft kennen lernen will, der Komplementar aber diese Information verweigert; und endlich, wenn die Lage des Geschäfts derart bedenklich ist, daß er zur Geltendmachung seiner Rechte auf Auflösung oder sonst sich Information verschaffen muß.

Anm. 8. d) Der Inhalt der Anordnung ist immer nur Mittheilung der Bilanz, Vorlegung der Bücher und Papiere und Ertheilung sonstiger Aufklärungen durch die Komplementare. Mehr zu verlangen ist der Gesellschafter nicht berechtigt, und Weiteres kann daher der Richter nicht anordnen, auch nicht ausnahmsweise, wie Anschütz und Völderndorff annehmen. Die schrankenlose Freiheit, die der Richter bei einstweiligen Verfügungen hat, bezieht sich gleichfalls nur auf die Art der Durchführung der vom materiellen Recht gewährten Befugnisse, und kann zwar gegebenen Falls bis zur anticipirten Zwangsvollstreckung gehen (R.G. 9 S. 334; 27 S. 432), aber nicht weiter, sie kann nicht die Befugnisse des materiellen Rechts erweitern. Hier muß dasselbe gelten. Doch liegt die Gestattung, einen Sachverständigen zuzuziehen, innerhalb des gesetzlichen Rahmens (Bolze 16 Nr. 481).

Anm. 9. Aus diesem Grunde kann auch der Richter nur Anordnungen für den einzelnen Fall treffen, nicht aber einem Kommanditisten ein für alle Male das Recht der jederzeitigen Einsicht gewähren.

Anm. 10. **Zusatz 1. Durch den Gesellschaftsvertrag können diese Rechte erweitert und beschränkt werden** (§ 163).

1. **Erweitert.** Das muß aber ausdrücklich geschehen. In der Uebertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten liegt nicht ohne Weiteres die Verleihung aller Kontrolrechte gemäß § 118. Denn diese haben ja ihren eigentlichen Grund in der persönlichen Haftung. Nur werden durch solche Uebertragung die Kontrolrechte von selbst insoweit ausgedehnt, als es die Art der Geschäftsführung mit sich bringt, aber auch nur in diesen Schranken. Der Kommanditist, welchem technische Leistungen zugewiesen sind, ist von der kaufmännischen Kontrole ausgeschlossen. Zum Schutze der auf Vertrag beruhenden erweiterten Rechte dient aber nicht der Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen. Richterliche Hilfe kann hier nur im ordentlichen Prozeßwege (Klage und einstweilige Verfügung) erwirkt werden.

Anm. 11. 2. **Beschränkt.** Auch dies ist zulässig. Aber es ist zu erwägen, daß Verzichte auf Kontrolrechte in einem erhöhten Vertrauen auf den Gegenkontrahenten ihren Grund haben. Mit dem Eintritt von Thatsachen, durch welche dieses Vertrauen erschüttert ist, fällt daher auch

der Verzicht weg. Es ist hier trotz Abs. 2 unseres Paragraphen der § 118 Abs. 2 analog anwendbar, zumal er ein allgemeines Prinzip zur Geltung bringt (vergl. § 716 Abs. 2 B.G.B.). In solchem Falle tritt auch der Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen wieder in sein Recht (richterlicher Schutz im einfachen Beschlußverfahren.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Hierüber Anm. 32 zu § 165. Anm. 12.

§ 167.

Die Vorschriften des § 120 über die Berechnung des Gewinns oder Verlustes gelten auch für den Kommanditisten.

Jedoch wird der einem Kommanditisten zukommende Gewinn seinem Kapitalantheile nur so lange zugeschrieben, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht.

An dem Verluste nimmt der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalantheils und seiner noch rückständigen Einlage Theil.

Vorbemerkung. Die §§ 167—169 regeln die Betheiligung der Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag sie nicht regelt. Sie haben dieselbe Bestimmung wie die §§ 120—122 für die o. H.G. Einleitung.

Das System ist das gleiche, wie bei der o. H.G. Siehe daher die Vorbemerkung zu § 120.

Im Einzelnen sind jedoch einige Abweichungen vorgeschrieben. Zunächst gilt der § 120 nur mit Abweichungen.

Wie sich die im § 120 enthaltene Materie für die Kommanditgesellschaft regelt, soll hier im Zusammenhang und im Anschluß an die Erläuterung des § 120 dargestellt werden.

1. Die Berechnung des Geschäftsergebnisses für die Gesellschaft erfolgt auf Grund der Bilanz, und zwar für jedes Jahr besonders. Hierüber Anm. 2 zu § 120. Anm. 1.
2. Die Betheiligung der Gesellschafter am Geschäftsergebnisse der Gesellschaft erfolgt durch Zuschreibung des Gewinnes und Belastung mit dem Verluste (hierüber Näheres Anm. 3 zu § 120). Daß auch für den Kommanditisten in dieser Weise Gewinn und Verlust zu berechnen sind, hebt der vorliegende Paragraph ausdrücklich hervor. Allein in seinem Absatz 2 bestimmt dieser Paragraph, daß der Antheil des Kommanditisten am Gewinn nur solange seinem Aktivsaldo zugeschrieben wird, als bis derselbe den Betrag der bedungenen Einlage erreicht. Solange also der Kommanditist einen Passivsaldo hat (ist das überhaupt möglich? vergl. hierüber Anm. 4 zu § 169), wird ihm sein Antheil am Gewinn gutgeschrieben und vermindert seinen Passivsaldo. So lange ferner sein Aktivsaldo den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht, erfolgt ebenfalls die Zuschreibung des Gewinnantheils. Sobald aber dieser Betrag erreicht ist, hört die Zuschreibung auf. Indessen das bedeutet nicht, daß der Kommanditist fortan nicht mehr am Gewinn theilnehme. Er nimmt vielmehr am Gewinn noch weiter theil, es unterbleibt nur die Zuschreibung zum Kapitalguthaben. Die weiteren Gewinnantheile werden ihm zwar auch gutgeschrieben, aber sie bilden ein einfaches Kreditum, eine Buchforderung des Kommanditisten (Denkschr. S. 113). Sie gelten als „bezogen" im Sinne des § 169 Abs. 2. Ueber sie kann er beliebig verfügen und die Gesellschaft ist berechtigt, sie ihm ohne Weiteres auszuzahlen. Sie bilden nur nicht einen Bestandtheil seines Aktivsaldos und sind daher der Zinsberechnung nicht zu Grunde zu legen, dienen nicht zur Ausgleichung späterer Verluste (Anm. 8 zu § 169), sie bilden endlich nicht die Grundlage für die Theilnahme am Auseinandersetzungsguthaben; im Konkurse der Gesellschaft ist dieses Kreditum eine Konkursforderung (vergl. Anm. 2 zu § 172).

Es ist ferner bestimmt, daß der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalantheils und seiner noch rückständigen Einlage am Ver- Anm. 2.

luste theilnimmt. Darüber hinaus nimmt er am Verluste nicht theil. Gleichwohl ist sein Konto auch darüber hinaus noch mit etwaigen Verlustantheilen zu belasten. Aber aus anderen Gründen (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 169) und mit anderem Effekte, jedenfalls nicht mit dem Effekte, daß diese weiteren Belastungen einen wirklichen Passivsaldo darstellen, dessen Betrag nach der Auseinandersetzung der Kommanditist einzuschießen hätte.

Für und gegen den Komplementar bestehen diese beiden Sonderbestimmungen nicht: Ihm ist der Gewinn gutzuschreiben, auch wenn derselbe den Betrag seiner bedungenen Einlage übersteigt und mit dem Verluste ist er zu belasten auch über den Betrag seines Kapitalantheils und seiner etwa noch rückständigen Einlage hinaus, alles nach Maßgabe seiner vertraglichen oder seiner nach § 168 zu bemessenden Gewinn- oder Verlustbetheiligung, aber, wie gesagt, ohne die gedachte Grenzbestimmung.

Anm. 4. 3. Für jeden Gesellschafter erfolgt die Gewinn- und Verlustrechnung. Auch der Inhaber eines Passivsaldos nimmt an dem Gewinn theil. Für den Komplementar gilt dies ohne Weiteres, aber auch für den Kommanditisten gilt dies (vergl. hierüber oben Anm. 2 u. 3 und ferner Anm. 4 zu § 169).

Anm. 5. 4. Ueber die Frage, wie Entnahmen im Laufe des Jahres bei der Jahresrechnung zur Geltung kommen, siehe Anm. 5 zu § 120.

Anm. 6. 5. Ueber die Frage, wie Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Jahres gemacht hat, bei der Jahresrechnung zur Geltung kommen, siehe Anm. 6 zu § 120.

Anm. 7. 6. Ueber das juristische Wesen der Kapitalkonten, des Aktiv- und des Passivsaldos siehe Anm. 7 zu § 120.

Ueber den Passivsaldo des Kommanditisten vergl. noch oben Anm. 2.

Anm. 8. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Hierüber Anm. 32 zu § 105.

§ 168.

Die Antheile der Gesellschafter am Gewinne bestimmen sich, soweit der Gewinn den Betrag von vier vom Hundert der Kapitalantheile nicht übersteigt, nach den Vorschriften des § 121 Abs. 1, 2.

In Ansehung des Gewinns, welcher diesen Betrag übersteigt, sowie in Ansehung des Verlustes gilt, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, ein den Umständen nach angemessenes Verhältniß der Antheile als bedungen.

Der vorliegende Paragraph giebt den Maßstab für die Vertheilung von Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter.

Anm. 1. 1. **Die Vertheilung des Gewinnes.**

a) Vorweg gebühren jedem Gesellschafter, also auch den Kommanditisten, vom Gewinn 4% seines Aktivsaldos. Siehe hierüber, insbesondere über die Berechnung dieser sogenannten Gesellschafterzinsen Anm. 1 und 2 zu § 121.

Anm. 2. b) Der übrig bleibende Jahresgewinn wird nicht, wie bei der o. H.G., nach Köpfen vertheilt, vielmehr gilt ein angemessenes Verhältniß als bedungen, wenn kein anderes vereinbart ist. Die Vorschrift bezieht sich gleichmäßig auf Komplementare und Kommanditisten. — Gilt sie auch dann, wenn der Vertrag blos den Antheil am Verluste festsetzt und nicht den Antheil am Gewinn? Man wird wohl berechtigt sein, die Bestimmung des § 722 Abs. 2 B.G.B. auch hier zur Anwendung zu bringen. Derselbe bestimmt, daß, wenn nur der Antheil am Gewinn oder am Verlust vereinbart ist, die Bestimmung im Zweifel für den Gewinn und Verlust gilt. Es ist dies eine Auslegungsregel, die mit der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht in Widerspruch steht. Denn wenn etwas anderes vereinbart ist, so gilt natürlich auch die Auslegungsvorschrift nicht. Aber jene Auslegungsregel als

solche darf man hier subsidiär anwenden, zumal sie dem entspricht, was unter der Herrschaft des früheren Rechts als Rechtens gegolten hat (vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 162; Behrend § 88 Anm. 14; Bolze 17 Nr. 517) und nicht ersichtlich ist, daß dieser Rechtszustand beseitigt werden sollte. —

Anhaltspunkte für die Frage der Angemessenheit werden sein: die persönliche Haft der Komplementare, die persönliche Thätigkeit derselben, die Höhe der Vermögenseinlage u. s. w. (vergl. Bolze 17 Nr. 517). Nöthigenfalls sind Sachverständige zuzuziehen, was Art. 162 des alten H.G.B. ausdrücklich vorschrieb. — Zu bemerken ist jedoch, daß dies alles nur ein Berechnungsmodus ist, über die Auszahlung des Gewinnantheils disponirt § 169. Anm. 3.

2. **Die Vertheilung des Verlustes.** Auch diese richtet sich nach den Umständen. Dies ist aber wiederum nur ein Berechnungsmodus. Der Effekt ist für den Kommanditisten schlimmstenfalls der, daß seine Einlage aufgezehrt wird und daß die Möglichkeit der Theilnahme am Gewinn späterer Jahre hinausgeschoben wird (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 169), eine Pflicht zur Zahlung des Passivsaldos besteht aber weder während der Dauer der Gesellschaft, noch nach der Auflösung derselben. Beim Komplementar besteht die letztere Pflicht, wenn in Folge seiner Verlustbetheiligung ein Passivsaldo für ihn entsteht. Anm. 4.

Auch diese Bestimmung ist positiv, der Gesellschaftsvertrag kann anders disponiren. Setzt er den Maßstab nur für die Gewinnbetheiligung fest, so gilt auch hier im Zweifel derselbe Maßstab für die Verlustbetheiligung (vergl. oben Anm. 2).

§ 169.

Der § 122 findet auf den Kommanditisten keine Anwendung. Dieser hat nur Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns; er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalantheil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Der Kommanditist ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.

Der vorliegende Paragraph behandelt das Recht der einzelnen Gesellschafter zu Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. In dieser Beziehung sind die Komplementare und die Kommanditisten verschieden gestellt. Einleitung.

1. **Die Komplementare.** Für diese bestimmt der vorliegende Paragraph nichts. Für sie gilt gemäß § 161 Abs. 2 der § 122. Sie dürfen also 4% Zinsen ihres Aktivsaldos schlechtweg entnehmen, auch wenn kein Gewinn erzielt ist, auch wenn ihre Einlage durch Verluste früherer Jahre gemindert ist (Denkschrift S. 113). Sie dürfen ferner den diese 4% übersteigenden etwaigen Antheil am Jahresgewinn entnehmen, letzteren jedoch nur, soweit dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Im Uebrigen darf der Komplementar sein Kapitalkonto nicht vermindern. Anm. 1.

Ueber alles dieses siehe die Erläuterung zu § 122.

2. **Die Kommanditisten.** Für diese gilt § 122 nicht, sondern die folgenden Regeln. Anm. 2.

a) Der Anspruch des Kommanditisten auf Auszahlung erstreckt sich schlechtweg auf den ihm zukommenden Gewinn. Derselbe berechnet sich nach § 168, umfaßt daher einen Vorwegbetrag bis zu 4% seines Aktivsaldos und den ganzen diesen übersteigenden Antheil am Gewinn. Ist aber kein Gewinn gemacht, so kann er nichts ausbezahlt verlangen, während der Komplementar 4% auch dann ausbezahlt verlangen kann, wenn ein Gewinnantheil für ihn sich nicht ergeben hat. — Der Kommanditist kann nur Geld verlangen; das ist zwar nicht, wie im § 122, besonders hervorgehoben; doch sollte in dieser Hinsicht offensichtlich nichts anderes bestimmt

werden, als im § 122, wie schon das Wort „auszahlen" ergiebt. Ist kein Geld vorhanden, so muß es durch Aufnahme von Darlehen, Veräußerung von Gegenständen u. s. w. beschafft werden. — Die Auszahlung wird bewirkt durch die Komplementare, der Kommanditist kann die Gesellschaft darauf verklagen. Der Anspruch ist zu richten gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Komplementare (Bolze 19 Nr. 614). Ist er ausnahmsweise geschäftsführender Gesellschafter und als solcher mit der Kasse betraut (vergl. Anm. 7 zu § 164), so kann er die Entnahme selbst bewirken.

Anm. 3. b) Sein Anspruch auf Auszahlung ist nicht dadurch bedingt, daß die Entnahme der Gesellschaft nicht schädlich ist. Beim Kommanditisten macht das Gesetz diese Beschränkung nicht, der § 122 aber ist ausdrücklich von der Anwendung ausgeschlossen (Cosack S. 583).

Anm. 4. c) Aber eine andere Einschränkung ist gemacht: Der Kommanditist erhält keinen Gewinn ausgezahlt, so lange sein Kapitalantheil[1]) unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert werden würde.

Die Vorschrift denkt in erster Linie an den Fall, wo die Einlage zum Theil noch vorhanden, aber durch Verlust (oder auf andere Weise, siehe Note 1) vermindert ist. Der Gewinn wird in diesem Falle zur Deckung des Verlustes verwendet und zu diesem Zwecke dem Kommanditisten gutgeschrieben. Der hierzu nicht erforderliche Theil des Gewinnes wird ihm natürlich ausgezahlt.

Dasselbe gilt zweifelsohne, wenn die Einlage nicht bloß vermindert, sondern absorbirt ist.

Aber man muß ferner annehmen, daß das Konto des Kommanditisten auch belastet werden muß, wenn nach Absorbirung seiner Einlage sich Gesellschaftsverluste ergeben, und daß er nicht eher den Gewinn ausbezahlt erhält, als bis der so entstandene Passivsaldo ausgeglichen und außerdem seine Einlage bis zur ursprünglichen Höhe herangewachsen ist.

Zwar nehmen gewichtige Autoritäten (Behrend § 88 Anm. 17; Anschütz und Völderndorff Anm. 18; Renaud, Kommanditgesellschaften S. 323; Cosack S. 581, 582 gegen seine 3. Aufl. S. 598) an, daß der Kommanditist, der seine Einlage gemacht hat, einen Passivsaldo gar nicht haben könne, weil er ja nur mit seiner Einlage hafte und nach Aufzehrung derselben von der Theilnahme am Gesellschaftsverluste befreit sei. Hieraus ziehen sie die Folgerung, daß nach Aufzehrung der Gesellschaftseinlage der Kommanditist an den Verlusten der folgenden Jahre nicht mehr theilnehme, und an den weiteren Jahresgewinnen participire, sobald er einen seiner ursprünglichen Einlage entsprechenden Aktivsaldo wieder habe.

v. Hahn (Note 3 zu Art. 161) und Puchelt (Anm. 5 zu Art. 161), Makower (S. 331) lehren das Gegentheil. Die letztere Ansicht trifft zu.

Allerdings nimmt der Kommanditist an den Verlusten der Gesellschaft nur bis zum Betrage seiner Einlage Theil.

Bis zum Betrage der Einlage, aber am ganzen Gesellschaftsverlust.

Wenn seine Einlage auch aufgezehrt ist, so hört er dadurch nicht auf, gerade so, wie er fortfährt, am Gewinn zu participiren, auch an den Verlusten der Gesellschaft Theil zu nehmen. Diese Theilnahme ist nicht gegenstandslos. Sie ist es bloß für den Augenblick, weil kein aktuelles Deckungsobjekt vorhanden ist, aber das Deckungsobjekt liegt potentiell in der weiteren Theilnahme des Gesellschafters am Gewinn. Sein Konto wird jetzt belastet. Diese Buchung hat den Sinn, daß in den folgenden Jahren der Gewinnantheil des Kommanditisten zunächst zur Ausgleichung dieses Minus zu benutzen ist.

---

[1]) Daß die Herabminderungen gerade durch Verlust erfolgt sein müssen, ist trotz des Wortlautes des Gesetzes nicht anzunehmen. Auch bei sonstiger Herabminderung, z. B. durch unbefugte Entnahme ist das Gleiche anzunehmen, mindestens per analogiam (Makower S. 333).

Diese Auffassung entspricht der Stellung der Kommanditisten. Er unterscheidet sich vom offenen Gesellschafter lediglich dadurch, daß er nichts weiter einzusetzen hat, als seine Einlage; aber nirgends ist die Absicht erkennbar, ihn vor dem offenen Gesellschafter und folgeweise auch vor dem Komplementar, der sein Mitgesellschafter ist, insofern zu bevorzugen, als er an den Verlusten derjenigen Jahre, während welcher seine Einlage aufgezehrt ist, nicht theilnehmen soll.

Es bezieht sich, wie schließlich bemerkt werden muß, diese Einschränkung auch auf die Gesellschafterzinsen. Früher war dies mit Recht verneint worden (R.G. vom 6. Juli 1897 in J.W. S. 469). Jetzt aber bilden diese Zinsen einen integrirenden Bestandtheil des dem Kommanditisten zukommenden Gewinnes und der ganze ihm zukommende Gewinn kann zurückbehalten werden zur Deckung von Verlusten (Makower S. 333). Anm. 5.

d) Andererseits braucht der Kommanditist bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht mehr zurückzuzahlen. Anm. 6.

Damit wird aber kein Gegensatz zu den dem offenen Handelsgesellschafter zustehenden Rechten konstruirt, sondern im Gegentheil zur Verdeutlichung hervorgehoben, daß in dieser Beziehung der Kommanditist dem offenen Handelsgesellschafter gleichsteht. Zu beachten ist aber hinsichtlich des Kommanditisten, daß die Vorschrift, wie der ganze Paragraph, nur für das innere Verhältniß zur Gesellschaft gilt. Im Verhältniß zu den Gläubigern gilt § 172. Die beiden Vorschriften verhalten sich zu einander wie folgt: Was der Kommanditist im Einverständniß mit seinen Mitgesellschaftern an Zinsen und Gewinn bezogen hat, sei es auch nach Verminderung seiner Einlage, bleibt definitiv sein eigen und kann von der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden.

Die Gläubiger aber können den Kommanditisten haftbar machen, wenn er unter Beeinträchtigung seiner Einlage Zinsen und Gewinn bezogen hat, es sei denn, daß Vertheilung und Bezug bona fide geschahen (§ 172 Abs. 5).

Durch die Vorschrift des vorliegenden Absatzes aber wird eine condictio indebiti der Gesellschaft gegen den empfangenden Gesellschafter nicht ausgeschlossen: beruhte die Auszahlung auf anfechtbarer Willenserklärung, auf Irrthum, z. B. auf einem Rechenfehler in der Bilanz, so kann die Gesellschaft gegen ihn das Ausgezahlte kondiciren. Anm. 7.

Insbesondere ist dann die condictio indebiti gegeben, wenn dem Kommanditisten irrthümlich Gewinn ausbezahlt wurde, welcher zur Deckung des Verlustes zu verwenden war. Wendt (bei Endemann I S. 439) meint allerdings, die Kondiktion sei dann ausgeschlossen, weil ihm ja der Gewinn in Wirklichkeit geschuldet gewesen sei und ihm nur kein Recht auf Erhebung zugestanden hätte. Allein der Gewinn war ihm nicht geschuldet, es war nur buchmäßig ausgerechnet, wieviel er an Gewinnantheil zu fordern gehabt hätte, wenn seine Einlage nicht vermindert gewesen wäre. Da aber die Einlage vermindert war, so hatte er eben den der ausgerechneten Ziffer entsprechenden Betrag nicht zu fordern (vergl. Anm. 4).

Die Vorschrift ist anzuwenden auf diejenigen Gewinnbezüge, welche dem Kapitalantheile des Kommanditisten nicht zugeschrieben sind, weil derselbe den Betrag der bedungenen Einlage überstiegen hat (§ 167 Abs. 2). Dieser ist ein wirkliches Kreditum und kann auch zur Deckung späterer Verluste ebensowenig verwendet werden, wie ein bezogener Gewinn (Anm. 2 zu § 167; Denkschrift S. 114; Makower S. 335). Anm. 8.

e) Daß der Kommanditist seinen Kapitalantheil nicht einseitig vermindern kann, versteht sich von selbst und es sollte ihm dies nicht etwa dadurch gestattet werden, daß der § 169 den § 122, dessen Abs. 2 dieses Verbot enthält, von der Anwendung auf den Kommanditisten ausschließt. Es liegt das im Wesen der Gesellschaft überhaupt. Mit Zustimmung der Socien kann eine Verminderung der Einlage (Zurückzahlung oder Erlaß) erfolgen (Denkschrift S. 115); doch hat dies den Gläubigern gegenüber keine Wirkung (§ 172 Abs. 3; so auch Makower S. 334). Anm. 9.

Exkurs zu § 169.

1) Der Beginn der Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen und 2) die juristische Selbstständigkeit der Kommanditgesellschaft.

Anm. 1. Während das alte H.G.B. in dem Art. 163 Abs. 1 und 2 über den Beginn der rechtlichen Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen eine besondere Vorschrift gab, und ebenso im Art. 164 die juristische Selbstständigkeit der Kommanditgesellschaft nach außen durch eine besondere Vorschrift statuirte, enthält sich das neue H.G.B. dieser Vorschriften, weil sie durch die allgemeine Bezugnahme des § 161 Abs. 2 entbehrlich werden.

Indessen erscheint es für die Zwecke unseres Kommentars geboten, zu zeigen, wie sich die betreffenden für die o. H.G. gegebenen Vorschriften in ihrer analogen Anwendung auf die Kommanditgesellschaft gestalten.

I. Der Beginn der rechtlichen Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen.

Anm. 2. Analog anwendbar ist hier der § 123. Zufolge dieser analogen Anwendbarkeit tritt die Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft im Verhältnisse zu Dritten mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird, wenn sie aber ihre Geschäfte schon früher beginnt, mit diesem früheren Zeitpunkte (in welcher letzteren Hinsicht jedoch die Gesellschaften nach § 2 eine Sonderstellung einnehmen). Eine entgegenstehende Vereinbarung hat Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Anm. 3. 1. **Mit der Eintragung oder dem früheren Geschäftsbeginn der Gesellschaft beginnt die Rechtswirksamkeit der Kommanditgesellschaft nach außen.** Näheres hierüber siehe in der Erläuterung zu § 123 Anm. 12. Insbesondere ist auf die Frage, ob eine Gesellschaft, die sich nach außen als Kommanditgesellschaft bethätigt, ohne daß nach innen ein Kommanditgesellschaftsvertrag oder ein giltiger Kommanditgesellschaftsvertrag vorliegt, für den Rechtsverkehr als solche gilt, hier in der gleichen Weise zu beantworten (Anm. 6, 8, 9—11, 15 und 16 zu § 123). Hier kommt noch weiter in Frage, ob nicht vielleicht eine nicht eingetragene Kommanditgesellschaft, die ihre Geschäfte begonnen hat, deshalb als o. H.G. gilt, weil der Kommanditist in solchem Falle persönlich haftet (§ 176). Doch ist dies zu verneinen. Er haftet nur wie ein offener Gesellschafter, aber er ist dies nicht. Er ist gleichwohl Kommanditist und nur seine Haftung ist, gleichsam um ihn civilrechtlich zu bestrafen, eine umfassendere als sonst.

Anm. 4. 2. **Die Abrede, daß die Wirksamkeit nach außen erst in einem späteren Zeitpunkte beginnen soll, ist Dritten gegenüber wirkungslos.** Hierüber Anm. 17 zu § 123.

Anm. 5. 3. **Die hypothetischen Handelsgesellschaften nach § 2** nehmen auch hier eine Sonderstellung ein. Vorkommen können sie auch hier. Wenn sich mehrere Personen in der Weise vereinigen, daß ein Theil persönlich, ein Theil beschränkt den Gläubigern unmittelbar haften will, und in dieser Vereinigung ein Gewerbe betreiben, welches einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so sind sie verpflichtet, ihre Firma eintragen zu lassen und werden dadurch Kommanditgesellschaften. Ein früherer Geschäftsbeginn macht sie dazu nicht. Aber ein früherer Geschäftsbeginn hat zur Folge, daß sie für den Rechtsverkehr als Kommanditgesellschaften gelten gemäß unseren Ausführungen im Exkurse zu § 5. Der nicht eingetragene Kommanditist haftet dann aber nicht voll, § 176 greift nicht Platz, wie § 176 Abs. 1 Satz 2 angiebt (vergl. Anm. 5 zu § 176).

Anm. 6. Sind sie aber eingetragen, so gelten sie nach außen als Kommanditgesellschaften, auch wenn nach innen kein Gesellschaftsverhältniß bestände (vergl. Anm. 8 und 9 zu § 123) und es kann sich ferner auf die Eintragung Jeder berufen, sowohl jeder Dritte, als auch die Eingetragenen selbst. Mit dieser Berufung wird dem Einwande begegnet, daß die eingetragenen Personen kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe betreiben. Aber der Einwand ist zulässig, daß die eingetragenen Personen ein Gewerbe überhaupt nicht betreiben. Mit diesem Einwande ist die Rechtsvermuthung des § 5 beseitigt.

Wohl aber bleibt in solchen Fällen immer noch übrig die Prä- Anm. 7.
sumtion des § 15: Der gutgläubige Dritte kann den nach § 5 zulässigen Gegenbeweis, daß kein Gewerbe vorliegt, damit abschlagen, daß ihm davon nichts bekannt gewesen sei und nichts bekannt gewesen sein konnte. Aber dem Bösgläubigen steht § 15 nicht zur Seite (vergl. Anm. 9 zu § 123).

4. **Die öffentliche Kundgebung, daß eine Kommanditgesellschaft bestehe, kann übrigens auch in anderer Weise, nicht bloß durch Eintragung erfolgen** und ist ebenso bindend (siehe hierüber Anm. 18 zu § 123). Für die Kommanditgesellschaft stimmt dem ausdrücklich zu Behrend § 89 Anm. 4; dagegen Laband in G.Z. 30 S. 527. Anm. 8.

5. Ueber Uebergangsfragen siehe Anm. 20 zu § 123. Anm. 9.

II. **Die juristische Selbstständigkeit der Kommanditgesellschaft.**

Auch hierüber giebt der Titel über die Kommanditgesellschaft keine besondere Vorschrift. Anm. 10.
Vermöge der allgemeinen Bezugnahme des § 161 Abs. 2 ist § 124 auf die Kommanditgesellschaft analog anwendbar. Danach kann auch die Kommanditgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden, und zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich.

1. **Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.** Anm. 11.
Hierüber Näheres Anm. 2 und 3 zu § 124.

2. **Sie kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden.** Hierüber Näheres Anm. 4 ffg. zu § 124. Anm. 12.
Sie ist in Folge dessen parteifähig; sie muß vor Gericht durch gesetzliche Vertreter auftreten. (Wer dies ist, darüber Anm. 1 zu § 170); diese gesetzlichen Vertreter, regelmäßig die Komplementare, haben insbesondere auch die Eide zu leisten (R.O.H. 15 S. 6). Als Zeuge darf kein Gesellschafter vernommen werden, auch nicht die Kommanditisten (R.G. 32 S. 398). Ueber alles dieses Näheres Anm. 6 ffg. zu § 124.

Ueber die Folgen der Auflösung der Gesellschaft auf das schwebende Prozeßverfahren Anm. 13.
gilt das in Anm. 11 ffg. zu § 124 Gesagte. Desgleichen über die Wirkungen des gegen die Gesellschaft erlassenen Urtheils das in Anm. 15 ffg. zu § 124 Gesagte. Insbesondere ist in R.O.H. 2 S. 168 und Bolze 2 Nr. 1099 ausgesprochen, daß das gegen den Gesellschafter gerichtete Urtheil gegen die Kommanditgesellschaft nicht vollstreckbar ist; übrigens folgt dies jetzt aus § 124 Abs. 2 und § 161 Abs. 2.

§ 170.

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Vertretung der Gesellschaft nach außen an, aber in negativer Weise, indem er die Kommanditisten von der Vertretung ausschließt. Daraus folgt, daß die Komplementare die gesetzlichen Vertreter der Kommanditgesellschaft sind. Doch ist mit diesem einfachen Satze die Sache nicht abgethan. Einleitung.

1. **Der Komplementar als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft.** Hierüber gelten die §§ 125 bis 127 analog. Anm. 1.

a) § 125. Gesetzliche Regel ist, daß jeder Komplementar allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. In diesem Falle braucht hierüber nichts eingetragen zu werden. Es kann aber auch ein Komplementar von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossen sein, nach unserer Ansicht aber nicht alle; der ausgeschlossene aber kann beschränkte Vollmacht erhalten, nicht aber kann der von der Vertretung ausgeschlossene Komplementar zum Prokuristen bestellt werden. Auch zu Kollektivvertretern können mehrere Komplementare bestellt werden und endlich kann bestimmt werden, daß ein Komplementar zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist. Die Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden.

Ueber alles dieses siehe die Erläuterung zu § 125.

Anm. 2. b) § 126. Der Umfang der Vertretungsmacht des Komplementars, die prinzipielle Unbeschränkbarkeit derselben und die möglichen Ausnahmen von der Unbeschränkbarkeit, alle diese Fragen bestimmen sich ebenso wie beim offenen Gesellschafter. Siehe daher hierüber die Erläuterung zu § 126, ebenso auch die dort gegebenen Erläuterungen über die Kollusion, über die Wirkung der Vertretungshandlungen, über konkludentes Handeln. Ueber Kontrahiren mit sich selbst und über Pseudovertretung gelten die Anm. 10 ffg. und Anm. 39 ffg. im Exkurse zu § 58.

Anm. 3. c) § 127. Die Entziehung der Vertretungsbefugniß bestimmt sich ebenso wie im § 127. Da nur alle übrigen Gesellschafter die Entziehung verlangen können, so muß der Antrag auch von den Kommanditisten ausgehen. Außerdem aber kann auch hier durch einstweilige Verfügung auf Antrag eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, die Entziehung erfolgen (vergl. hierüber Anm. 7 zu 127). Auch die Frage, ob der Komplementar die Vertretung niederlegen kann, richtet sich nach Anm. 8 zu § 127.

Anm. 4. 2. **Der Kommanditist kann, wie gesagt, zum gesetzlichen Vertreter nicht bestellt werden.** Das bestimmt unser § 170. Allein er kann zum Prokuristen (R.G. 31 S. 39; vergl. Anm. 3 zu § 48 u. Anm. 6 zu § 164) und zum sonstigen Handlungsbevollmächtigten bestellt werden. Alsdann verpflichtet er durch seine Rechtshandlungen, die er erkennbar Namens der Gesellschaft vornimmt, die Gesellschaft. Daß er dabei zur Vermeidung eigener Vollhaftung ausdrücklich erklären müsse, daß er als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter handle, wie dies Art. 167 Abs. 3 des alten H.G.B. vorschrieb, ist jetzt nicht mehr vorgeschrieben.

Anm. 5. Da er der Gesellschaft zum Prokuristen bestellt werden kann, und die Bestimmung getroffen werden kann, daß der Komplementar zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertritt (vergl. oben Anm. 1), so **kann auf diesem Wege auch der Kommanditist gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft werden.** Es ist nicht anzunehmen, daß der vorliegende Paragraph dies hat ausschließen wollen.

§ 171.

Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern.** Von der Haftung des Komplementars handelt er nicht. Die Vollständigkeit erheischt die Erörterung auch dieser Haftung.

Anm. 1. 1. **Die Haftung des Komplementars gegenüber den Gläubigern richtet sich nach § 128 und § 129.** Siehe daher die Erläuterungen zu diesen Paragraphen. Zu bemerken ist hier:

a) § 128. Die zu diesem Paragraphen gegebene Erläuterung ist auch hier maßgebend, insbesondere über den Rechtsgrund der Haftung, über das Verhältniß der Solidarhaft zur Gesellschaftsschuld, insbesondere die dabei in Betracht kommenden prozessualen Fragen, über die aus der Solidarität sich ergebenden Einzelfragen (wie Erlaß, Verzug 2c. des einzelnen Schuldners wirken), über den Gegenstand der Solidarhaft (welche Gesellschaftsschulden damit gemeint sind), über den Regreß der Socien unter sich; über die Haftung des Pseudogesellschafters; über den Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft; über den Einfluß des Konkurses der Gesellschaft auf die Solidarhaft des Komplementars.

Anm. 2. b) § 129. Hierüber vergl. die Erläuterung zu § 129, insbesondere über die Ausdehnung der gegen die Gesellschaft gerichteten Klagen auf die Gesellschafter; über die Verbindung dieser Klagen; über die Umwandlung der einen Klage in die andere; über die Ein-

wendungen, welche dem Komplementar zustehen (aus seiner Person? aus den Rechten der Gesellschaft? Beschränkungen des Rechts, Einreden der Gesellschaft vorzubringen bei Anfechtung und Aufrechnung); über die Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter; über die Frage, in wie weit sich alles dies auf ausgeschiedene Gesellschafter bezieht.

c) Auch die im Exkurs zu § 129 behandelten Materien (Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der Einzelgesellschafter und das Kompensationsrecht) regeln sich hier nach gleichen Grundsätzen (siehe den Exkurs zu § 172). Vergl. wegen der Kompensation besonders R.G. 41 S. 27: klagt der Komplementar eine Privatforderung ein, so kann ihm der Schuldner entgegenhalten seine Forderung an die Gesellschaft, und zwar auch, wenn die Gesellschaft im Konkurse ist, das frühere aus Art. 122 hergeleitete Bedenken ist fortgefallen.

2. **Die Haftung des Kommanditisten.** Anm. 3.

a) **Er haftet den Gläubigern unmittelbar.** Diese früher bestrittene Frage ist hier im Sinne der herrschend gewesenen Meinung entschieden. Das Reichsgericht hatte in Uebereinstimmung mit der Litteratur schon früher eine direkte Haftung den Gläubigern gegenüber angenommen (RG. 17 S. 37; 32 S. 399; vergl. unsere 5. Auflage § 2 zu Art. 165).

b) **Er hört aber auf zu haften, sobald die Einlage geleistet ist.** Vergl. unten Anm. 11. Anm. 4. Als eingezahlt gilt den Gläubigern gegenüber die Einlage nur, wenn ein der Einlageziffer entsprechender Werth dem Gesellschaftsfonds zugeführt ist. Insoweit eine solche Zuführung nicht stattgefunden hat, ist die Einlage im Verhältniß zu den Gläubigern als nicht eingezahlt zu betrachten. Für diese sind daher auch die von den Gesellschaftern festgesetzten Illationspreise nicht unbedingt maßgebend (Behrend § 89; Denkschrift S. 111: anders Cosack S. 579). Die Beweislast für die gehörige Einzahlung hat der Kommanditist (vergl. unten Anm. 11): also hat derselbe, wenn nicht baar eingezahlt ist, im Streitfall den Werth der Einlage zu beweisen. Als eingezahlt gilt aber auch das, was der Kommanditist zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern geleistet hat. Hierüber und über die Frage, inwieweit er Kompensation vorschützen kann, um damit seine Einlagepflicht wett zu machen, siehe unten Anm. 13 u. 14.

c) **Die Grenze der Haftung ist der Betrag der versprochenen Einlage.** Näheres hierüber Anm. 5. Anm. 1 zu § 172.

d) **Die Haftung des Kommanditisten ist eine solidarische.** Sie tritt, wie die Haftung des Anm. 6. Komplementars, accessorisch neben die Gesellschaftsschuld, und ist eine Solidarschuld neben der Schuld des Komplementars und der Schuld der anderen Kommanditisten.

Für diese accessorische und solidarische Verbindlichkeit gelten dieselben Regeln, wie für die Solidarschuld des Komplementars (vergl. daher unsere Erläuterungen zu § 128 und zu § 129, auf welche auch oben Anm. 1 u. 2 verwiesen ist). Es kann z. B. aus einem von der Kommanditgesellschaft acceptirten Wechsel verklagt werden: einmal die Gesellschaft, sodann der Komplementar und endlich jeder Kommanditist, soweit dessen Einlage nicht dem Gesellschaftsfonds einverleibt ist und zwar nach Wahl des Gläubigers alle zusammen oder nur einer dieser Verpflichteten allein oder einzelne von ihnen. Es können alle diese Verpflichteten verklagt werden am Sitze der Gesellschaft, da sowohl der Komplementar, als auch der Kommanditist aus dem gleichen Rechtsgrunde, wie die Gesellschaft haftet, der Sitz der Gesellschaft also für ihn Erfüllungsort ist (R.O.H. 24 S. 166; R.G. vom 14. Februar 1898 in J.W. S. 225; O.L.G. Dresden in Deutsch. Jur.Zeit. Bd. 4 S. 24: vergl. Anm. 3 zu § 129).

Die Solidarhaft des Kommanditisten versagt auch nicht im Konkurse (vergl. Anm. 27 zu § 128, auf welche oben in Anm. 1 verwiesen ist). Konsequenter Weise müßte nun hier, wie bei der o. H.G. (vergl. Anm. 27 zu § 128) jeder Gläubiger auch im Falle des Konkurses der Kommanditgesellschaft berechtigt sein, die Haftung gegen den Kommanditisten geltend zu machen, wie er dies auch gegenüber dem Komplementar zu thun berechtigt ist (siehe oben Anm. 1). Allein im Anschluß an die frühere, von uns nicht gebilligte Rechtsprechung (vergl. unsere 5. Auflage § 5 zu Art. 169) bestimmt Absatz 2 unseres Paragraphen aus Zweckmäßigkeitsgründen, Anm. 7.

weil durch das selbstständige Vorgehen jedes einzelnen Gläubigers die Einlage der Konkursmasse entzogen werden könnte (Denkschrift S. 114), daß **im Konkurse nur der Konkursverwalter die Ansprüche aus der Solidarhaft geltend machen kann.** In Folge dessen kann nach der Konkurseröffnung der Kommanditist nicht mehr einen Gläubiger mit der Wirkung befriedigen, daß er dies dem Konkursverwalter entgegenhalten könnte (R.G. 37 S. 86 bezw. 137, es ist eine und dieselbe Entscheidung). Nach Aufhebung des Konkurses ist wieder jeder Gläubiger zur Geltendmachung berechtigt. Doch steht ein vom Konkursverwalter abgeschlossener Vergleich jedem Gläubiger entgegen (vergl. R.G. 39 S. 64). — Die juristische Konstruktion dieses Konkursverwalterrechts muß von dem Wortlaute des § 171 absehen. Denn dieser wird der Sach- und Rechtslage nicht gerecht. Das Recht, welches der Konkursverwalter nach unserem Absatz 2 ausübt, kann nicht „das den Gesellschaftsgläubigern nach Absatz 1 zustehende Recht" sein. Denn das nach Absatz 1 den Gläubigern zustehende Recht ist das Recht jedes einzelnen Gläubigers, seine Forderung gegen den Kommanditisten geltend zu machen bis zu einem Betrage, welcher seiner versprochenen Einlage gleichkommt. Der Konkursverwalter kann aber seiner ganzen rechtlichen Stellung nach nicht die einem einzelnen Gläubiger zustehende Forderung geltend machen. Er wird nicht Gläubiger in Ansehung dieser Forderung, sondern im Gegentheil als Vertreter des Gemeinschuldners Schuldner derselben und hat für die Befriedigung derselben bemüht zu sein. Der Abs. 2 unseres Paragraphen ordnet trotz seines dahingehenden Wortlauts nicht die Geltendmachung „des den Gläubigern nach Abs. 1 zustehenden Rechtes" für den Konkursfall an, sondern hebt für diesen Fall das nach Abs. 1 dem Einzelgläubiger zustehende Recht auf und giebt dem Konkursverwalter ein selbstständiges Recht, ähnlich dem selbstständigen Anfechtungsrechte desselben.

Anm. 8. e) **Das Ziel der vom Gläubiger gegen den Kommanditisten gerichteten Klage** ist Zahlung einer Geldsumme an den Gläubiger.

α) Zahlung einer Geldsumme. Verabredungen der Gesellschafter, welche sich auf die Modalitäten der Einbringung beziehen, mögen sie Gegenstand, Art oder Frist der Illation betreffen, greifen den Gläubigern gegenüber nicht durch. Dies ist im § 172 ausgesprochen. Nur soweit ein der versprochenen Einlage äquivalenter Werth dem Gesellschaftsfonds bereits einverleibt ist, muß der Gläubiger sich dies entgegenhalten lassen (siehe oben Anm. 4).

Anm. 9. β) An den Gläubiger, nicht etwa an die Gesellschaftskasse. Die Gesellschaft braucht sich solche Rückzahlung unter Umständen gar nicht gefallen zu lassen, wenn z. B. mit der Kommanditgesellschaft eine andere Art oder eine spätere Einzahlung der Einlage vereinbart ist.

Anm. 10. f) **Als Einreden** stehen dem Kommanditisten nicht bloß persönliche Befreiungsgründe, sondern alle Einreden zu, welche der Gesellschaft zustehen (Näheres hierüber Anm. 11 ffg. zu § 129, auf welche auch oben Anm. 2 verwiesen ist. Auch die im Exkurse zu § 129 von uns behandelte Kompensationseinrede regelt sich hier wie bei der o. H.G. (vergl. oben Anm. 2c).

Anm. 11. g) **Die prozessualische Gestaltung der Klage** ist nach Behrends treffender Darstellung (§ 89 Nr. VI) folgende:

Der Gläubiger begründet seine Klage durch den Hinweis auf die Einlagepflicht des Kommanditisten.

Dieser kann einwenden, und hat, wenn er dies thut, zu beweisen, daß er die Einlage zum Gesellschaftsfonds eingebracht habe (R.O.H. 25 S. 279; Denkschrift S. 114). Ist die Einlage nicht baar gezahlt, so ist der Werth der Einlage von ihm zu beweisen (vergl. oben Anm. 4). Er kann die Einlegung noch im Laufe des Prozesses bewirken und alsdann wirksam vorschützen, ja sogar noch nach der Verurtheilung gemäß § 767 C.P.O.

Anm. 12. Kläger kann dann repliziren, die dem Gesellschaftsfonds zugeführte Einlage sei nachträglich den Vorschriften des § 172 zuwider verkürzt worden. Selbstverständlich

aber kann diese Replik auch in der Klage vorweg genommen werden, zumal wenn der Kläger die Erfüllung der Einlagepflicht an sich zugeben will.

Der klägerischen Behauptung gegenüber, die Einlage sei dem Gesetze zuwider verkürzt, kann Beklagter die seinerseits zu beweisende Berufung auf die zweifache bona fides nach Maßgabe des § 172 Abs. 5 vorschützen.

Endlich steht der Einrede, daß die Einlage zum Gesellschaftsfonds geleistet sei, Anm. 13.
die Behauptung gleich, daß in Höhe derselben bereits Gesellschaftsgläubiger befriedigt seien (R.G. 7 S. 48; Denkschrift S. 114). Es genügt aber nicht der Einwand, daß der Kommanditist bereits anderweitig verklagt oder verurtheilt sei. Andererseits aber kann er den Einwand noch vorschützen, wenn die Befriedigung des andern Gläubigers erst nach der Klageerhebung, ja gemäß § 767 C.P.O. selbst dann, wenn sie erst nach dem Urtheil erfolgt ist. Der Erhebung des Einwandes steht nicht entgegen, daß der Kommanditist für die Schuld auch die Bürgschaft übernommen hatte (R.G. 7 S. 48), weil es nicht darauf ankommt, ob die Befriedigung in der ausgesprochenen Absicht, der Verpflichtung aus § 171 zu genügen, erfolgt ist, sondern nur objektiv darauf, daß eine Schuld der Gesellschaft gezahlt wurde.

Auch eine durch Kompensation mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft Anm. 14.
bewirkte Aufhebung der Einlagepflicht kann der Kommanditist dem Anspruche der Gläubiger entgegensetzen (zust. R.G. 37 S. 86 bezw. 137; L.G. I Berlin in G.Z. 42 S. 535). Solche Aufrechnung kann auch geschehen, wenn die Schuld der Gesellschaft zur Zeit des Eintritts des Kommanditisten schon bestand. Bestimmt freilich der Gesellschaftsvertrag, daß trotz der Schuld die Einlage baar gezahlt werden soll, so würde eine spätere Aufrechnung den Gläubigern nicht entgegengesetzt werden können. Daß die Schuld der Gesellschaft schon vor der Eintragung bestand, hindert an sich die Aufrechnung nicht. Denn die Eintragung muß auch dann erfolgen, wenn bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Aufrechnung vereinbart war. (So zutreffend Förtsch Anm. 3a zu Art. 165 gegen R.G. 17 S. 40 und unsere 1. Auflage.)

Welche weiteren Einwendungen, außer der Behauptung der erfolgten Einlage, dem Kommanditisten zustehen, darüber siehe oben Anm. 10.

Zusatz: Auch gegen den zur Zeit der Klage ausgeschiedenen Gesellschafter besteht die Anm. 15.
Solidarhaft wegen der zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstandenen Verbindlichkeiten. Denn auch dieser kann möglicher Weise seine Einlage noch nicht geleistet oder in einer Weise geleistet oder in einer Weise zurückgezahlt erhalten haben, welche nach § 172 den Gläubigern gegenüber nicht wirksam ist.

Näheres über die Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter siehe Anm. 11 ffg. zu § 129. Die prozessuale Gestaltung der Klage ist die gleiche, wie die oben Anm. 11 ffg. geschilderte.

§ 172.

Im Verhältnisse zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

Auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Handelsregister ersichtlichen Einlage können sich die Gläubiger nur berufen, wenn die Erhöhung in handelsüblicher Weise kundgemacht oder ihnen in anderer Weise von der Gesellschaft mitgetheilt worden ist.

Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam.

Soweit die Einlage eines Kommanditisten zurückbezahlt wird, gilt sie den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Das Gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnantheile entnimmt, während sein Kapitalantheil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit

durch die Entnahme der Kapitalantheil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

Was ein Kommanditist auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben als Gewinn bezieht, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Die näheren Modalitäten der im § 171 ausgesprochenen Haftung des Kommanditisten, insbesondere der Schutz der Gläubiger gegen ungehörige Verkürzung der Einlage.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 und 2.) **Die Grenze der Haftung** ist regelmäßig der eingetragene Betrag der Einlage. Solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist, ist ja die Haftung des Kommanditisten unbegrenzt (§ 176). Von der Eintragung ab aber ist regelmäßig der eingetragene Betrag maßgebend. Ob die Eintragung dem Gläubiger bekannt geworden ist, ist überall gleichgiltig; der § 15 ist hier nicht anwendbar. Es entscheidet die Eintragung am Sitze der Gesellschaft (vergl. § 176 Abs. 1, § 174). Nur die Eintragung entscheidet, nicht die Publikation. — Wenn der versprochene Betrag höher ist als der eingetragene, so können sich die Gläubiger hierauf nur berufen, wenn dieses höhere Einlageversprechen in handelsüblicher Weise allgemein oder dem einzelnen Gläubiger in anderer Weise *von der Gesellschaft* bekannt gemacht worden ist. Daß ein einzelner Gesellschafter oder gar ein Dritter die Mittheilung gemacht hat, genügt nicht. Nicht die Kenntniß als solche entscheidet. Es muß eine offizielle, von der Gesellschaft ausgehende Bekanntmachung sein, nur eine solche wirkt wie die Eintragung und erhöht die Grenze der Solidarhaft (Näheres über die handelsübliche Bekanntmachung siehe Anm. 31 zu § 25).

Zwar ist alles dies nur im Abs. 2 gesagt, bei der Frage, wie die nachträgliche Erhöhung der Einlage von den Gläubigern geltend gemacht werden kann. Doch ist dies auf die vorliegende Frage, inwieweit ein von vornherein abgegebenes höheres Einlageversprechen den Gläubigern zu gute kommt, analog anwendbar.

Der solchergestalt kundgegebene Betrag der Einlage ist absolut maßgebend. Der Kommanditist wird nicht gehört mit dem Einwande, daß in Wahrheit eine geringere Einlage versprochen worden ist (R.G. 17 S. 40).

Anm. 2. *Weiter aber, als mit dem Betrage der solchergestalt kundgegebenen Einlage haftet der Kommanditist den Gläubigern nicht*, also insbesondere nicht in Höhe der Verzugszinsen und der Konventionalstrafe für die verzögerte Einzahlung, des sogenannten Zubehörs (Renaud, Kommanditgesellschaften S. 404 Note 2; anders Puchelt-Förtsch Anm. 2 zu Art. 165, allerdings nur nach altem Recht). *Er haftet ferner nicht mit seinem ganzen Aktivsaldo*, wenn dieser Betrag die versprochene Einlage übersteigt. Insoweit unterliegt der Aktivsaldo auch den Gläubigern gegenüber seiner freien Verfügung (vergl. Anm. 2 zu § 167). Freilich solange er den Ueberschuß nicht entnommen hat, muß er sich gefallen lassen, daß derselbe als Theil des Gesellschaftsvermögens den Zugriffen der Gesellschaftsgläubiger unterliegt. Aber das ist keine Haftung. Von einer solchen kann man nur sprechen, soweit ein in das Privatvermögen des Haftenden realisirbarer, gegen ihn direkt gerichteter Anspruch besteht. Ferner müssen es sich die Gläubiger der Gesellschaft gefallen lassen, daß im Konkurse der Kommanditist die seiner Einlage angewachsenen Gewinne liquidirt. Durch besondere Abreden können natürlich die zugewachsenen Gewinne zur Einlage geschlagen werden, wie auch jede andere Erhöhung der Einlage gestattet ist; den Gläubigern gegenüber wirkt solche Erhöhung nach Maßgabe des Absatzes 2.

Soll der Betrag der Einlage mit Wirkung gegenüber den Gläubigern herabgesetzt werden, so kommt § 174 zur Anwendung.

Anm. 3. 2. (Abs. 3.) **Unwirksamkeit eines Erlasses oder einer Stundung der Einlage.** Der eingetragene oder sonst nach Abs. 2 kundgemachte Betrag ist für die Haftung gegenüber den Gläubigern derart maßgebend, daß, wenn die Gesellschaft dem Kommanditisten die Zahlung der Einlage stundet oder ihm gar erläßt, dies seine Haftung gegenüber den Gläubigern nicht

mindert. Die Gesellschaft hat zwar in solchen Fällen kein Klagerecht, wohl aber die Gläubiger (über den Fall des Konkurses siehe Anm. 7 zu § 171). Will die Gesellschaft der Haftung des Kommanditisten ein Ziel setzen, so mag sie mit ihm das Ausscheiden vereinbaren und öffentlich beurkunden. Aber solange er Kommanditist ist, oder im Rechtsverkehr als Kommanditist gilt, ist ein Erlaß der Einlage zwar nicht unstatthaft, aber den Gläubigern gegenüber unwirksam.

3. (Abs. 4.) **Unwirksamkeit einer Rückzahlung der Einlage.** Zwar ist es der Gesellschaft unbenommen, dem Kommanditisten die Einlage ganz oder zum Theil zurückzuzahlen. Sie hat, wenn sie dies thut, keinen Anspruch auf Wiedereinzahlung. Denn sie ist an die getroffene Vereinbarung gebunden. Wohl aber hat der Gläubiger, den diese Vereinbarung nicht bindet, ein Recht auf Wiedereinzahlung; ihm gegenüber haftet der Kommanditist im Falle der Rückzahlung bis zu der in Absatz 1 und 2 gezogenen Grenze. Soll eine den Gläubiger bindende Herabsetzung der Einlage erfolgen, so muß sie gemäß § 174 erfolgen. Erfolgt sie nicht in dieser Weise, so ist sie nicht gerade rechtswidrig, aber einflußlos für den Umfang der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (R.G. 37 S. 87). Das allein will dieser Paragraph vorschreiben. Anm. 4.

Unter Rückzahlung versteht man nicht bloß Baarzahlung, sondern alle Zuwendungen von Bestandtheilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten, welche den Erfolg haben, seine im Gesellschaftsfonds steckende Einlage unter den versprochenen Betrag zu mindern. Dahin gehört auch die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Deckung seiner Privatschulden. Ebenso eine eigenmächtige Verfügung des Kommanditisten über das Gesellschaftsvermögen in seinem Privatinteresse, wie dies namentlich dann vorkommen kann, wenn demselben ausnahmsweise die Geschäftsführung übertragen ist. Nicht dahin gehören Zuwendungen an den Kommanditisten, die auf einer Verpflichtung der Gesellschaft beruhen (vergl. Behrend § 89). Anm. 5.

Der unzulässigen Rückzahlung steht ferner in der Wirkung oder vielmehr in der Wirkungslosigkeit gegenüber dem Gläubiger gleich der Bezug von Gewinn trotz Verminderung der Einlage unter den geleisteten Betrag. Ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Kommanditist den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet ist, seine verminderte Einlage durch Nichterhebung von Gewinn ergänzen zu lassen (vergl. § 169), bestimmt der vorliegende Absatz 4, daß, wenn er Gewinn erhebt, ehe seine verminderte Einlage wieder die ursprüngliche Höhe erreicht hat, er den Gläubigern insoweit haftet. Es kann ja sein, daß die Vorschrift des § 169 durch Vereinbarung mit der Gesellschaft außer Kraft gesetzt ist, indem z. B. bestimmt ist, daß er ohne Rücksicht auf die Verminderung seiner Einlage an dem jährlichen Gewinn theilnehmen soll. Eine solche Vereinbarung ist, da ja § 169 dispositiven Charakter hat, im Verhältniß zur Gesellschaft giltig. Aber den Gläubigern gegenüber ist sie nicht wirksam. Das wird besonders wichtig bei der Zusage bestimmter Dividenden (Förtsch Anm. 11 zu Art. 165). Anm. 6.

Die Wirkungslosigkeit der Auszahlung von Zinsen ist hier nicht, wie im alten Art. 165 betont. Es war das überflüssig. Denn schon der Gesellschaft gegenüber besteht für den Kommanditisten kein Recht auf den Bezug von Gesellschafterzinsen, die nicht einen Bestandtheil des erzielten Gewinnes bilden (vergl. Anm. 2 zu § 169). Den Gläubigern gegenüber wäre das sicher unwirksam, solange dadurch die Einlage unter die im Absatz 1 und 2 fixirten Grenzen sich mindert. Anm. 7.

4. (Abs. 5.) Bona fides als ausnahmsweiser Nichthaftungsgrund. Von der Haftung in Höhe der zu Unrecht erhobenen Gewinne — nicht auch der zu Unrecht erhobenen Einlage! — ist hier eine Ausnahme gemacht unter der doppelten Voraussetzung, daß die Bilanz in gutem Glauben aufgestellt und die Bezüge in gutem Glauben empfangen sind. Anm. 8.

Der gute Glaube besteht darin, daß man der Ansicht war, die Bilanz widerspreche nicht den Vorschriften dieses Paragraphen. Er wird aber ausgeschlossen durch grob fahrlässiges Nichtkennen der Unrichtigkeit (vergl. über den Sprachgebrauch der Worte „guter Glaube" § 932 B.G.B. und Planck I S. 38). Fehlt es an einer dieser Voraus- Anm. 9.

setzungen, ist also entweder die Bilanz nicht in gutem Glauben errichtet (z. B. insofern, als der Komplementar Außenstände, deren Zweifelhaftigkeit er kannte, voll angesetzt hat) oder war der Kommanditist bei der Erhebung des Gewinnes nicht in gutem Glauben, so haftet er in Höhe des gesetzwidrig empfangenen Betrages den Gläubigern der Gesellschaft (R.G. vom 29. April 1893 bei Gruchot 37 S. 1163).

Exkurs zu § 172.

Anm. 1. I. **Ausschluß der Haftung des Gesellschaftsvermögens für die persönlichen Schulden der Einzelgesellschafter.** Der frühere Art. 119 sprach ausdrücklich aus, daß die persönlichen Gläubiger einer o. H.G. die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen zum Gegenstand ihres Angriffs nicht machen könnten und im Art. 169 des alten H.G.B. war diese Bestimmung für die Kommanditgesellschaft für anwendbar erklärt. Jetzt ist bei der o. H.G. jene Bestimmung gestrichen und ebenso findet sich bei der Kommanditgesellschaft diese Bestimmung nicht. Sie ist aber dort nicht gestrichen, weil sie nicht gelten soll, sondern weil sie überflüssig ist, indem sie schon aus der Struktur der Gesellschaft nach dem B.G.B. folgt.

Vergl. hierüber Anm. 1—5 im Exkurse zu § 129, wo die Begriffe persönliche Gläubiger, Gesellschaftsgläubiger und Zugriff erläutert sind.

Sie gilt zufolge § 161 Abs. 2 auch für die Kommanditgesellschaft (vergl. Anm. 13 zu § 161 u. Anm. 2c zu § 171).

Anm. 2. II. **Das Kompensationsrecht bei der Kommanditgesellschaft.** Hierüber siehe Anm. 6—11 im Exkurse zu § 129. Die dort aufgestellten Grundsätze gelten auch hier (vergl. auch Anm. 2c zu § 171, insbesondere auch die dort citirte Entscheidung des R.G. betreffend das Kompensationsrecht gegenüber dem Komplementar). Die dort aufgestellten Grundsätze gelten aber auch für den Kommanditisten.

Jenes Kompensationsrecht bedeutet etwas ganz anderes, als die in Anm. 14 zu § 171 erörterte Kompensationsfrage. An dieser letzteren Stelle ist die Frage behandelt, inwieweit der von dem Gesellschaftsgläubiger belangte Kommanditist den ihm zustehenden Einwand, er habe seine Einlage bereits gemacht, durch Kompensation einer ihm an die Gesellschaft zustehenden Forderung begründen kann. Hier dagegen handelt es sich um die davon verschiedene Frage, inwieweit der Einzelgesellschafter, der seine Einlage noch nicht gemacht hat, sie auch nicht durch Kompensation mit einer Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, machen kann, dem Gläubiger gegenüber mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung kompensiren kann. Ferner handelt es sich hier um weitere Kompensationsfragen, die mit der ersterwähnten nichts zu thun haben (inwieweit die Gesellschaft eine dem Gesellschafter zustehende Forderung zur Kompensation benutzen kann u. s. w.).

Anm. 3. III. Erwähnt soll an dieser Stelle werden, daß die Vorschrift des früheren Art. 168, **der Name eines Kommanditisten dürfe in der Firma in der Kommanditgesellschaft nicht enthalten sein, widrigenfalls der Kommanditist voll haftet,** im neuen H.G.B. gestrichen worden ist. Es ist daher fortan zulässig, daß ein bisheriger offener Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, Kommanditist wird, ohne daß er voll haftet. Eine Neugründung mit dem Namen des Kommanditisten in der Firma ist allerdings nach § 119 Abs. 2 nicht zulässig. Sie würde nicht eingetragen werden, jedenfalls nur zu Unrecht. Wenn dies aber geschieht, besteht keine Vollhaftung des Kommanditisten. Wenn aber eine solche Firma, ohne eingetragen zu sein, unzulässiger Weise geführt wird, so besteht zwar Vollhaftung des Kommanditisten, aber aus anderem Grunde, nämlich wegen § 176.

Anm. 4. Soweit vor dem 1. Januar 1900 eine nach Art. 168 des alten H.G.B. unzulässige Firma bestanden hat, haftet der Kommanditist für die bis zum 1. Januar 1900 eingegangenen Verbindlichkeiten voll, von da ab nicht mehr (es sei denn, daß § 176 Platz greift). Es unterliegt aber diese Haftung der fünfjährigen Verjährung nach §§ 159, 161 Abs. 2 (vergl. Anm. 29 im Exkurse zu § 177).

§ 173.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§ 171, 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Haftung des in eine Handelsgesellschaft eingetretenen Kommanditisten für die bisherigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

1. **Vorausgesetzt ist der Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist.** In eine bestehende Handelsgesellschaft muß der Eintritt erfolgen. Wird eine Handelsgesellschaft erst dadurch gebildet, daß der Kommanditist beitritt, tritt also jemand dem Geschäft eines Einzelkaufmanns als Kommanditist bei, so tritt zwar ebenfalls eine Haftung ein, aber nicht auf Grund dieses Paragraphen, sondern auf Grund des § 28. Ob die bestehende Handelsgesellschaft aber eine o. H.G. oder eine Kommanditgesellschaft ist, ist gleichgültig (Denkschrift S. 112). In beiden Fällen liegt ein Eintritt im Sinne des vorliegenden Paragraphen vor. (Uebrigens liegt nach dem neuen H.G.B. in beiden Fällen keine Neubildung, sondern Gesellschaftsfortsetzung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft vor, vergl. hierüber Anm. 6 zu § 162). Anm. 1.

   Damit die hier vorgesehene Folge des Eintritts in Wirksamkeit trete, ist erforderlich, daß entweder der Eintritt eingetragen oder die Gesellschaft nach dem Eintritt ihre Geschäfte fortgesetzt habe (vergl. über den Umfang der Haftung bei nicht erfolgter Eintragung unten Anm. 3). Vorher ist die Beitrittserklärung ein interner Akt unter den Socien (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 130).

2. **Nicht vorausgesetzt ist die Beibehaltung der alten Firma.** Es schadet daher nichts, wenn dieselbe den Zusatz et Comp. erhält oder überhaupt verändert wird. Anm. 2.

3. **Die Wirkung des Eintritts** ist Haftung des Eintretenden als Kommanditist nach Maßgabe der §§ 171 und 172 für die bisherigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Er haftet also selbstverständlich nur in Höhe seiner Einlage und es wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß die Eintragung erst einige Zeit nach seinem Eintritt erfolgt. In diesem Falle haftet er nach § 176 Abs. 2 zwar in vollem Umfange, dies aber nur für die zwischen seinem Eintritt und der Eintragung entstehenden Verbindlichkeiten, für die früheren Schulden nur beschränkt als Kommanditist (Makower S. 344). Anm. 3.

   Seine Verbindlichkeit unterliegt denselben Gesichtspunkten, wie wenn sie während seiner Mitgliedschaft entstanden wäre. Es gilt für sie derselbe Erfüllungsort, wie für die Gesellschaftsschuld; er haftet auch nach seinem Austritte u. s. w. (vergl. über alles dieses Anm. 6 zu § 130).

4. **Daß die neue bezw. die fortgesetzte Kommanditgesellschaft selbst für die früheren Verbindlichkeiten haftet,** ist als selbstverständlich vom Gesetze nicht besonders hervorgehoben. Anm. 4.

Zusatz. Der Paragraph bezieht sich nicht auf den Eintritt eines Komplementars in eine Kommanditgesellschaft. Allein auch ein solcher Eintritt hat die Haftung des Eintretenden zur Folge. Es liegt in solchem Falle der Fall des § 130 analog vor (§ 161 Abs. 2). Anm. 5.

§ 174.

Eine Herabsetzung der Einlage eines Kommanditisten ist, solange sie nicht in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam; Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, brauchen die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen.

Der vorliegende Paragraph spricht den Rechtssatz aus, daß eine Herabsetzung der Einlage den Gläubigern gegenüber vor der Eintragung unwirksam ist.

Anm. 1. 1. **Eine Herabsetzung der Einlage.** Darunter versteht man die Vereinbarung, daß der Kommanditist fortan mit einer geringeren Einlage haften soll, als bisher. Diese Vereinbarung kann getroffen werden, wenn die Einlage noch nicht oder nicht ganz eingezahlt ist oder wenn sie bereits eingezahlt ist. In dem letzteren Falle wird das Plus über den nunmehr geltenden Betrag ein einfaches Kreditum des Kommanditisten an die Gesellschaft.

Der Gesellschaft gegenüber wirkt eine solche Vereinbarung vom Augenblicke an, wo sie getroffen ist, aber

Anm. 2. 2. **den Gläubigern gegenüber ist sie vor der Eintragung unwirksam.** Wer vor der Eintragung Gläubiger der Gesellschaft geworden ist, braucht die Herabsetzung gegen sich nicht gelten zu lassen. Diese Folgerung spricht unser Paragraph ausdrücklich aus.

Es ist jedoch nur gesagt, daß die Herabsetzung vor der Eintragung unwirksam ist. Es ist nicht gesagt, daß sie mit der Eintragung absolut wirksam ist. Vielmehr richtet sich die Wirksamkeit im Uebrigen nach § 15. Dieser kommt insoweit zur Anwendung, als er mit § 174 vereinbar ist. Wenn daher die Herabsetzung zwar eingetragen, der Gläubiger aber die Eintragung weder erfahren hat, noch erfahren konnte, so braucht er sie trotz der Eintragung nicht gegen sich gelten zu lassen (Denkschrift S. 116).

Für den Verkehr mit der Zweigniederlassung ist in dieser letzteren Hinsicht gemäß § 15 die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung entscheidend. Tritt ein Gläubiger mit einer Zweigniederlassung in Verbindung, so gilt ihm gegenüber die Eintragung der Herabsetzung am Sitze der Gesellschaft allein nicht. Denn diese ist ja, wie gesagt, nach dem vorliegenden Paragraphen nicht für absolut wirksam erklärt. Es ist nur gesagt, daß die Herabsetzung bis zu dieser Eintragung unwirksam ist. Soll sie wirksam sein, so müssen auch die sonstigen Erfordernisse des § 15 vorliegen: sie muß also, um jenen Personen gegenüber, welche mit der Zweigniederlassung kontrahiren, wirksam zu sein, im Zweigregister eingetragen oder dem Gläubiger bekannt sein (Denkschrift S. 116).

Anm. 3. **Zusatz 1. Ueber die Wirksamkeit der Erhöhung der Einlage gegenüber dem Gläubiger** ist im vorliegenden Paragraphen nichts gesagt, während die Formalien der Anmeldung im folgenden Paragraphen für Erhöhung und Herabsetzung gemeinsam geordnet sind. Die Wirksamkeit der Erhöhung gegenüber den Gläubigern ist von uns bereits in den §§ 171 und 172 behandelt.

Anm. 4. **Zusatz 2. Im Falle der Auflösung der Kommanditgesellschaft und des völligen Ausscheidens eines Kommanditisten** kommt nicht der vorliegende Paragraph mit seiner verschärften Bedeutung der Eintragung zur Anwendung, sondern der § 15, einmal weil § 174 eine Ausnahme bedeutet, die analoger Anwendung nicht fähig ist, sodann aber weil das gesetzgeberische Bedürfniß nach dieser verschärften Bedeutung der Eintragung zwar bei der Veränderung der Höhe der Einlage, nicht aber bei der völligen Auflösung und dem völligen Ausscheiden in demselben Grade vorhanden ist, und endlich weil sich sonst hinsichtlich des Komplementars und des Kommanditisten allzu verschiedene Konsequenzen ergeben würden (vergl. Anm. 15 zu § 177).

§ 175.

Die Erhöhung sowie die Herabsetzung einer Einlage ist durch die sämmtlichen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2. Auf die Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

Der vorliegende Paragraph giebt drei Vorschriften über die Anmeldung und Bekanntgabe der Erhöhung und Herabsetzung der Kommanditisteneinlage.

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung** ist von den sämmtlichen Gesellschaftern zu bewirken, also auch von den Kommanditisten.

Anm. 2. 2. **Die Bekanntmachung erfolgt gemäß § 162 Abs. 2,** d. h. es wird nur bekannt gemacht, daß die Herabsetzung oder Erhöhung der Einlage eines Kommanditisten (oder wie vieler

Kommanditisten) stattgefunden hat, nicht der Betrag der Herabsetzung oder Erhöhung und nicht der Name des betreffenden Kommanditisten.

3. **Ein Zwang zur Anmeldung** findet nicht statt, soweit es sich um die Eintragung in das Handelsregister am Sitze der Gesellschaft handelt. Denn es muß den Gesellschaftern unbenommen bleiben, derartige Vereinbarungen als interne zu betrachten, so lange wie sie es wollen. Dagegen kann die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung erzwungen werden, nachdem die Eintragung am Sitze der Gesellschaft erfolgt ist. Anm. 3.

§ 176.

Hat die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, daß seine Betheiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus dem § 2 ein Anderes ergiebt.

Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Haftung des Kommanditisten für die vor der Eintragung gemachten Geschäfte.

1. **Zum Schutze hiergegen ist anzurathen,** daß der Kommanditist in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufnimmt, die Geschäfte der Gesellschaft dürfen nicht vor der Eintragung begonnen werden (v. Hahn § 8 zu Art. 163; Förtsch Anm. 7 zu Art. 163). Die Möglichkeit einer solchen Vertragsklausel steht der Annahme Thöl's (S. 354), der Kommanditist sei dem Komplementar preisgegeben, entgegen und hat seine Befürchtung, der vorliegende Paragraph sei der „Todesstoß für die Kommanditgesellschaft", als unbegründet erwiesen. Mit Unrecht wird diese Vertragsklausel von anderer Seite als bedeutungslos erachtet. Behrend (§ 89 Anm. 3) erachtet sie für überflüssig, weil „die Gesellschaft vor der Eintragung durch thatsächlichen Geschäftsbeginn nur mit Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter ins Leben treten könne". Das ist allerdings richtig und wird durch den vorliegenden Paragraphen ausdrücklich bestätigt; aber in dem Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages, in welchem nicht vorgesehen ist, daß die Geschäfte erst in einem späteren Zeitpunkte beginnen sollen, liegt doch regelmäßig die Zustimmung zum sofortigen Betriebe oder mindestens zur sofortigen Vorbereitung desselben, und der Geschäftsbeginn liegt ja schon in solchen im Namen der Gesellschaft geschlossenen Vorbereitungsakten (Anm. 14 zu § 123). Will daher der Kommanditist vor der Eintragung nicht haften, so verhilft ihm eine Vertragsklausel dazu, nach welcher vor der Eintragung keinerlei Betriebs- oder auch nur Vorbereitungsakte wenigstens im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden dürfen. Anm. 1.

2. **Die Eintragung entscheidet,** die Anmeldung genügt nicht (R.O.H. 23 S. 280). War daher die Kommanditgesellschaft angemeldet, aber nicht eingetragen, oder nicht als solche eingetragen, so liegt eben das Erforderniß des Gesetzes nicht vor, und es tritt, vorausgesetzt, daß das Requisit des Geschäftsbeginnes der Gesellschaft vorliegt, die Vollhaftung des Kommanditisten ein. Anm. 2.

   Die Eintragung aber genügt, die Publikation ist nicht erforderlich. Von der Eintragung an haftet der Kommanditist nur beschränkt. Der Dritte kann nicht einwenden, daß er die Eintragung nicht gekannt hat, auch nicht, daß er sie nicht hat kennen können. Der § 15 greift hier nicht Platz. Anm. 3.

3. **Die Vollhaftung tritt nicht ein, wenn der Dritte die Betheiligung als Kommanditist kannte,** Anm. 4

gleichgiltig ist, woher, und nicht nothwendig, daß ihm auch die Höhe der Einlage bekannt war (R.G. 12 S. 135). Aber erforderlich ist wirkliche Kenntniß, es genügt nicht eine verschuldete Unkenntniß (Förtsch Anm. 6 zu Art. 163).

Anm. 5. 4. **Auf Kommanditgesellschaften, die sich nach § 2 bilden,** findet der Absatz 1 keine Anwendung. Es handelt sich dabei um Gesellschaften, welche ein nicht unter § 1 fallendes, aber kaufmännisch eingerichtetes Gewerbe in der Weise betreiben, daß einer der Gesellschafter nur beschränkt haften soll. Solche Kommanditgesellschaften können naturgemäß vor ihrer Eintragung ihre Geschäfte nicht beginnen, wenigstens nicht als Kommanditgesellschaften, da sie erst mit der Eintragung Kommanditgesellschaften werden. Beginnt eine solche Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so kommen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung. Die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 B.G.B.) enthalten nun aber über die Frage nach dem Umfange der Haftbarkeit der Gesellschafter in solchem Falle nichts. In wie weit es möglich ist, eine bürgerliche Gesellschaft in der Weise zu konstruiren, daß zwar alle solidarisch haften, aber einer von ihnen beschränkt, kann hier nicht eingehend untersucht werden. Wir bejahen diese Möglichkeit. Aber natürlich muß der Wille der Gesellschafter, daß einer von ihnen nur beschränkt haften soll, dem Gläubiger gegenüber zum Ausdruck gebracht und als Grundlage der mit dem Gläubiger geschlossenen Rechtsbeziehungen gemacht sein. Von ähnlichen Anschauungen geht das R.G. (39 S. 31) bei Beurtheilung einer Genossenschaft aus, welche im Rechtsleben auftrat, ehe sie eingetragen war. (Vergl. auch R.G. 12 S. 229). Jedenfalls kommt der vorliegende Paragraph (Vollhaftung wegen Nichteintragung) nicht zur Anwendung.

Anm. 6. 5. Auch hier ist, wie im § 123, hinzuzufügen, daß die Bestimmung des vorliegenden Paragraphen insofern nicht erschöpfend ist, **als die öffentliche Kundgebung, daß die Gesellschaft besteht, auch in anderer Weise erfolgen kann** (vergl. Anm. 18 zu § 123). Hiergegen Laband in G.Z. 30 S. 527; gegen ihn Behrend § 89 Anm. 4.

Anm. 7. 6. **Beim Eintritt des Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft** (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 173) gilt das Gleiche, wie dies Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt. Auch in diesem Falle muß der Kommanditist für die Eintragung der Kommanditisteneigenschaft Sorge tragen zur Vermeidung der Vollhaftung, aber natürlich nur für die Verbindlichkeiten bis zur Eintragung, und ferner nur für die Verbindlichkeiten von seinem Eintritt ab. Für die Verbindlichkeiten nach der Eintragung haftet er nur begrenzt, und ebenso haftet er für die Verbindlichkeiten bis zu seinem Eintritte nur begrenzt. (Ueber letzteres vergl. Anm. 3 zu § 173). Was man unter Eintritt versteht, darüber siehe Anm. 1 zu § 173.

Anm. 8. Die Bemerkungen zu 1—5 sind auch hier maßgebend (der Rath zum Schutze gegen die Folgen dieser Vorschrift gilt auch hier; die Eintragung entscheidet auch hier; die Vollhaftung tritt auch hier nicht ein, wenn der Dritte die Betheiligung als Kommanditist kannte; auf hypothetische Kommanditgesellschaften nach § 2 findet auch Absatz 2 keine Anwendung; die öffentliche Kundgebung kann auch hier in sonstiger Weise erfolgen).

Selbstverständlich kommt der vorliegende Paragraph (und zwar Abs. 1) auch zur Anwendung, wenn eine Kommanditgesellschaft dadurch entsteht, daß Jemand dem Geschäft eines Einzelkaufmanns als Kommanditist beitritt.

§ 177.

Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Der Tod des Kommanditisten hat die Auflösung der Kommanditgesellschaft nicht zur Folge.

1. An seine Stelle treten vielmehr seine Erben, jedoch nur die, welche als allgemeine Rechtsnachfolger des Kommanditisten zu betrachten sind, nicht auch die Legatare (Makower S. 345; anders Renaud, Kommanditgesellschaften S. 203). Die Erben treten mit allen

Rechten und Pflichten, insbesondere hinsichtlich der Geschäftsführung, in die Gesellschaft ein. Die Rechtslage ist dieselbe, wie in dem Falle, wo in der o. H.G. die Fortsetzung mit den Erben vereinbart wird und die o. H.G. fortgesetzt wird. Der Erbe des Kommanditisten muß demgemäß auch eingetragen werden (vergl. Makower S. 345; Bolze 3 Nr. 794; abweichend Renaud, Kommanditgesellschaften S. 202).

Der § 139 greift jedoch in keiner Weise Platz: der Erbe kann deshalb, außer durch Vereinbarung, nicht früher ausscheiden, als der Erblasser dies gekonnt hätte; eine Schwebezeit besteht nicht während der Frist des § 139 Abs. 3, sondern nur bis feststeht, wer Erbe wird (Makower S. 345). — Anlangend die Haftung des Kommanditisten, so haften die Erben des Kommanditisten für die vor dem Anfall der Erbschaft begründeten Nachlaßverbindlichkeiten nur als Erben, also mit der Beschränkung auf die Nachlaßgegenstände, wenn sie die Rechtswohlthat des Inventars noch nicht verloren haben; für die späteren Verbindlichkeiten ohne diese Beschränkung, stets aber lediglich mit der Kommanditisteneinlage; der § 176 Absatz 2 ist unanwendbar, weil der Betrag der Einlage des Erblassers eingetragen ist (Makower S. 345).

2. Nicht das Gleiche gilt von der Auflösung derjenigen Gesellschaft, welche als Kommanditistin betheiligt ist. Die Auflösung einer Gesellschaft bedeutet nicht das Gleiche, wie der Tod eines Kommanditisten, der eine physische Person ist. Denn Auflösung ist bei der Handelsgesellschaft nicht Untergang. Betheiligt bleibt vielmehr die Gesellschaft auch nach ihrer sogenannten Auflösung, solange bis die Kommanditgesellschaft sich mit ihr auseinandergesetzt oder sie ihren Kommanditantheil in zulässiger Weise veräußert (vergl. Behrend § 94 Anm. 3; Johow 14 S. 53; Förtsch Anm. 4 zu Art. 170).

3. In entsprechender Anwendung des § 138 ist zulässig die Vereinbarung, daß, wenn ein Kommanditist stirbt, seine Erben ausscheiden und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (vergl. Anm. 8 u. 9 im Exkurse zu § 177).

Exkurs zu § 177.

1) Die Auflösung der Kommanditgesellschaft und das Ausscheiden von Gesellschaftern. 2) Die Liquidation der Gesellschaft. 3) Die Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschaft.

Einleitung.

Ueber diese drei Materien enthält der Abschnitt über die Kommanditgesellschaften keine besonderen Vorschriften, außer der einzigen Vorschrift des § 177. Im Uebrigen sind gemäß § 161 Abs. 2 **die Vorschriften über die o. H.G. analog anzuwenden.**

In kurzer Darstellung soll gezeigt werden, wie die analoge Anwendung sich gestaltet.

I. Die Auflösung der Kommanditgesellschaft und das Ausscheiden eines Gesellschafters.

Anm. 1.

1. **§ 131 (Auflösungsgründe).** Der Begriff der Auflösung (Aufhören des Betriebes des Handelsgewerbes, Fortbestehen einer Gesellschaft zum Zwecke der Abwickelung) ist der gleiche, wie bei der o. H.G. (vergl. daher Anm. 1 u. 2 zu § 131). Die Folgen der Auflösung sind ebenfalls die gleichen (vergl. daher Anm. 3 zu § 131). Die gesetzlichen Gründe der Auflösung sind ebenfalls die gleichen (vergl. daher Anm. 4 flg. zu § 131). Doch ist im Einzelnen zu bemerken: der Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, gilt auch hier; der Beschluß der Gesellschafter bringt auch hier die Gesellschaft zur Auflösung, die Kommanditisten müssen dabei mitstimmen; der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft bringt auch die Kommanditgesellschaft zur Auflösung und es gelten ferner unsere weiteren Anmerkungen über den Konkurs der o. H.G. auch hier analog. (Als Gemeinschuldner sind aber nicht die Kommanditisten zu betrachten, weil ihre Betheiligung eine mehr kapitalistische ist und nicht den Einsatz der vollen Persönlichkeit zum Gegenstande

hat [vergl. Anm. 8 zu § 1]; dagegen gilt das sonst für den Konkurs der o. H.G. a. a. O. Gesagte auch für die Kommanditisten: auch sie können ihre gesellschaftlichen Ansprüche als Konkursforderung nicht geltend machen — vergl. Cosack S. 585 —; die Lehre von der Aufrechnung im Konkurse gilt auch hier und zwar auch für die Kommanditisten); der Tod eines Gesellschafters hat nur dann die Auflösung zur Folge, wenn es ein Komplementar ist, der Tod des Kommanditisten ist nach § 177 kein Auflösungsgrund, aber durch Vertrag kann auch dies bestimmt werden; der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, ist Auflösungsgrund auch hier, doch kann nicht bloß der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§§ 138, 161 Abs. 2), sondern die übrigen Gesellschafter sind zufolge der Vorschrift des § 141 Abs. 2 auch nachträglich in der Lage, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen (Denkschrift S. 118). Die Kündigung Seitens eines Gesellschafters, auch eines Kommanditisten, ist Auflösungsgrund. Die gerichtliche Entscheidung ist ebenfalls Auflösungsgrund, dieselbe kann auch von einem Kommanditisten beantragt werden. Ueber diese beiden letzten Auflösungsgründe weiter unten.

Anm. 2. 2. **§ 132 (die Kündigung Seitens eines Gesellschafters).** Dieselbe kann auch von einem Kommanditisten ausgehen. Einen Fall dieser Art siehe R.G. 21 S. 93. Im Uebrigen vergl. die Erläuterung zu § 132, besonders über die Dauer der Gesellschaft (der Gesellschaftsvertrag entscheidet, eventuell die gesetzliche Regel; über die Form der Kündigung; über die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung; über die verspätete Kündigung; und endlich über die Beweislast). Die Kündigung auch Seitens des Kommanditisten hat die Auflösung, nicht etwa das Ausscheiden des Kommanditisten zur Folge. Soll die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden, so kann dies zwar vereinbart werden, aber nur mit Zustimmung des betreffenden Kommanditisten (vergl. unten Anm. 8).

Anm. 3. 3. **§ 133 (erzwungene Auflösung; Antrag auf gerichtliche Entscheidung).** Die betreffende Klage kann auch jeder Kommanditist anstellen. Ueber die Einzelfragen (Wichtigkeit der Gründe, Form der Antragstellung, Inhalt der gerichtlichen Entscheidung) siehe die Erläuterungen zu § 133. Ferner vergl. über die von diesen Auflösungsgründen verschiedene Anfechtung des Gesellschaftsvertrages aus allgemeinen Rechtsgründen die Einleitung zu § 133, woselbst auch die wichtige Frage erörtert ist, ob der aus solchen Rechtsgründen (z. B. wegen Betruges) zurücktretende Gesellschafter seine Einlage als Konkursforderung von der Gesellschaft zurückverlangen kann. Endlich siehe über die Uebergangsfrage Anm. 24 zu § 133.

Anm. 4. 4. **§ 134 (Auslegungsvorschrift; lebenslängliche Gesellschaft)** ist analog anwendbar. Auch wenn auf die lebenslängliche Dauer eines Kommanditisten ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wird, so gilt er als auf unbestimmte Dauer geschlossen.

Anm. 5. 5. **§ 135 (Recht des Gläubigers eines Gesellschafters auf Sprengung der Gesellschaft).** Dieses Recht hat der Gläubiger jedes Gesellschafters, auch des Kommanditisten.

Das Nähere über dieses Recht siehe zu § 135, insbesondere über die Begriffe fruchtlose Exekution, über die Form der Pfändung und Ueberweisung, über die Folgen der Kündigung; und endlich über die Uebergangsfrage.

Anm. 6. 6. **§ 136 (fortdauernde Geschäftsführung)** gilt auch hier.

Anm. 7. 7. **§ 137 (Pflichten der Erben des Gesellschafters)** gilt auch hier und bezieht sich auch auf die Erben des Kommanditisten.

Anm. 8. 8. **§ 138 (Ausscheiden eines Gesellschafters).** Auch dieser Paragraph ist analog anwendbar. Hier bei der Kommanditgesellschaft wird es sich meist empfehlen, bezüglich des Kommanditisten im Gesellschaftsvertrage die Bestimmung zu treffen, damit nicht durch solche Ereignisse, wenn sie sich in der Person des Kommanditisten ereignen, die Gesellschaft gesprengt werde. Der betreffenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages müssen auch die Kommanditisten zustimmen.

Anm. 9. Vorausgesetzt ist auch hier das Uebrigbleiben von zwei Gesellschaftern. Davon muß einer wenigstens ein unbeschränkt haftender sein; der Fortfall des einzigen Komplementars oder aller Komplementare hat die Auflösung zur unvermeidlichen Folge (Kammergericht bei Johow 11 S. 29; Förtsch Anm. 5 zu Art. 170). Aber der Fortfall des einzigen

Kommanditisten hat diese Folge nicht immer. Denn hier muß für das neue Handelsrecht das Analoge gelten, wie beim Eintritt eines Kommanditisten. Wie dieser nach dem neuen H.G.B. weder in dem Falle, wo ein bisheriger offener Gesellschafter Kommanditist wird, noch in dem Falle, wo eine neue Person Kommanditist einer bisherigen o. H.G. wird, die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, sondern die Fortsetzung der Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität (Anm. 6 zu § 162), so muß das Gleiche gelten, beim Ausscheiden eines Gesellschafters, vorausgesetzt, daß mindestens eine o. H.G. bleibt (so schon nach früherem Rechte Behrend § 90 Anm. 4; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1309). Ist auch dies nicht der Fall, bleibt vielmehr nur ein Komplementar übrig, dann ist die Gesellschaft naturgemäß aufgelöst. Aber die Vereinbarung, daß der einzige Kommanditist ausscheidet und der einzige Komplementar das Geschäft übernimmt, ist auch hier zulässig (vergl. Anm. 6 zu § 138).

Ueber andere Arten von Fortsetzungsvereinbarungen siehe Anm. 4 zu § 138.

9. **§ 139 (Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben auf Grund des Gesellschaftsvertrages).** Anm. 10. Auch im Kommanditgesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll. Das hat hier aber nur Bedeutung für den Komplementar. Denn die Erben des Kommanditisten bleiben schon von Gesetzeswegen Gesellschafter (§ 177). Der Komplementar kann die im § 139 bezeichneten Rechte allerdings ausüben, jedoch nur unter Modifikationen, die sich aus der verschiedenen Rechtslage ergeben. Ist er nämlich der Erbe des einzigen Komplementars, so kann er naturgemäß sein Verbleiben in der Gesellschaft nicht davon abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt werde. Auch kann er natürlich in solchem Falle nicht sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären; denn mit dem Ausscheiden des einzigen Komplementars löst sich die Gesellschaft auf (vergl. oben Anm. 9). Indessen kann daraus nicht gefolgert werden, daß er nunmehr das Wahlrecht nach § 139 überhaupt nicht habe. Er hat es vielmehr in derjenigen Weise, die sich der betreffenden Rechtslage anpaßt, d. h. er hat das Recht, entweder in der Gesellschaft als Komplementar zu verbleiben oder aber die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Letzteres Recht muß er innerhalb der im § 139 gedachten Frist von 3 Monaten ausüben, widrigenfalls er desselben verlustig geht. Er hat aber nicht nothwendig, wenn er in der Gesellschaft als Komplementar nicht verbleiben will, die Erbschaft auszuschlagen. Aus diesem Dilemma sollte er durch das neue H.G.B. jedenfalls befreit werden. Ueber weitere Fragen siehe die Erl. zu § 139.

10. **§ 140 (Ausschließung eines Gesellschafters).** Anm. 11. Auch gegen den Kommanditisten kann auf Ausschließung geklagt werden. Zur Anstellung der Ausschließungsklage ist der Antrag aller übrigen Gesellschafter, also auch der Kommanditisten, erforderlich. Hat die Gesellschaft z. B. zwei Komplementare, so können die Kommanditisten im Verein mit dem einen Komplementar die Ausschließung des anderen Komplementars beantragen; hat sie zwei Kommanditisten und einen Komplementar, so können der Komplementar und ein Kommanditist die Ausschließung des anderen Kommanditisten beantragen. Die Ausschließung des Komplementars ist aber begrifflich nicht möglich, wenn nur ein Komplementar vorhanden ist, weil ohne Komplementar die Kommanditgesellschaft nicht bestehen kann. Hier ist nur Auflösungsbegehren möglich. Ob § 142 in solchem Falle Platz greift, darüber siehe unten Anm. 14. Wenn nur ein Kommanditist und ein Komplementar vorhanden ist, entsteht die gleiche Schwierigkeit. Vergl. unten Anm. 14. Wenn aber zwei Komplementare übrig bleiben, so kann der einzige Kommanditist ausgeschlossen werden, es wird dadurch die Gesellschaft eine o. H.G. (vergl. oben Anm. 9).

11. **§ 141 (Fortsetzung der Gesellschaft bei Kündigung durch einen Gläubiger eines Gesellschafters oder bei Konkurs eines Gesellschafters).** Anm. 12. Der vorliegende Paragraph kommt auch dann zur Anwendung, wenn die betreffende Thatsache einen Kommanditisten betraf, falls nur zwei Komplementare übrig bleiben (vergl. oben Anm. 9). Er kommt auch dann zur Anwendung, wenn die betreffenden Thatsachen einen Komplementar betreffen, falls es nur nicht der einzige Komplementar ist (vergl. oben Anm. 9).

12. **Exkurs zu § 141 (die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter).** Hierüber Anm. 13

gelten die gleichen Grundsätze, wie sie von uns im Exkurse zu § 141 erörtert sind, insbesondere über die Rechte der verbleibenden Gesellschafter in Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters, die Feststellung der Abfindungssumme; den rechtlichen Charakter des Abfindungsguthabens; die Zeit der Auszahlung; die Gesellschaftsschulden; auch über die häufig vorkommenden Konkurrenzverbote; über die Pflicht des ausscheidenden Gesellschafters zum Ersatze eines Fehlbetrages (nur daß natürlich hier überall die Sonderstellung des Kommanditisten, der nur bis zur Höhe der Einlage am Verluste Theil nimmt, zu berücksichtigen ist und zu Modifikationen führt); über die Rechte des Ausscheidenden in Bezug auf die schwebenden Geschäfte; über den Anspruch auf jährliche Rechenschaft und jährliche Auszahlung.

Anm. 14. 13. **§ 142 (Recht auf Uebernahme im Falle von Vorhandensein von Ausschließungsgründen unter zwei Gesellschaftern).** Der Absatz 1 greift dann Platz, wenn ein Komplementar und ein Kommanditist vorhanden sind, im anderen Falle, wenn mehrere Komplementare oder mehrere Kommanditisten übrig bleiben, ist ja § 140 gegeben. Wenn aber ein Komplementar und ein Kommanditist vorhanden ist, so kann der Komplementar gegen den Kommanditisten und auch der Kommanditist gegen den Komplementar auf Uebernahme nach § 142 klagen.

Das Gleiche gilt überall hinsichtlich des Abs. 2 des § 142.

Anm. 15. 14. **§ 143 (Anmeldung und Eintragung der Auflösung und des Ausscheidens).** Hier gilt das Analoge. Vergl. daher die Erläuterung zu § 143, insbesondere auch darüber, daß die Parteien gegen einander auch ein Civilrecht auf Bewirkung der Anmeldung haben; über das, was einzutragen ist (hinsichtlich der Publikation ist hier zu bemerken, daß nach dem Zusammenhang der Gesetzesvorschriften, obwohl hierüber eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, nur die Thatsache des Ausscheidens und die Zahl der ausscheidenden Kommanditisten zu publiziren ist, nicht auch der Name des ausscheidenden Kommanditisten und die Höhe seiner Einlage; vergl. § 161 und § 175); darüber, wer die Anmeldung zu bewirken hat (auch die Kommanditisten haben dabei mitzuwirken); endlich aber auch über die Wirkung der Eintragung und Nichteintragung der Auflösung und des Ausscheidens (in Bezug auf den Kommanditisten kommt hier nicht etwa § 174 zur Anwendung; vergl. hierüber Anm. 4 zu § 174.

Anm. 16. 15. **§ 144 (Fortsetzung der Gesellschaft nach Konkursbeendigung)** kommt zur Anwendung. Vergl. hierüber die Erläuterungen zu § 144.

II. Liquidation der Kommanditgesellschaft.

Anm. 17. 1. **§ 145 (die Liquidation als regelmäßige Folge der Auflösung)** findet auch hier Anwendung. Vergl. daher die Erläuterungen zu § 145, namentlich über den Inhalt und das juristische Wesen der Liquidation; über die Ausnahme des Konkursfalles; über die Vereinbarung anderer Arten der Auseinandersetzung, insbesondere auch über die Ueberlassung des Geschäfts mit Aktiven und Passiven an einen der Socien (die Rechtsnatur, die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer solchen Vereinbarung).

Anm. 18. 2. **§ 146 (die Personen der Liquidatoren, die Ernennung anderer anstatt der geborenen Liquidatoren)** findet auch hier Anwendung. Zu den geborenen Liquidatoren gehören, da das Gesetz die Kommanditisten nicht ausnimmt, auch die Kommanditisten. Daß sie an der Geschäftsführung und Vertretung nicht Theil nehmen, bezieht sich bloß auf die lebende Gesellschaft (Cosack S. 585; vergl. Hahn § 2 zu Art. 133). Desgleichen gehören die Kommanditisten zu den Betheiligten im Sinne des § 146 Abs. 2.

Anm. 19. 3. **§ 147 (Abberufung der Liquidatoren).** Auch hier gehört der Kommanditist zu den Betheiligten, die dem einstimmigen Beschlusse zustimmen müssen, und von denen jeder den Antrag auf Abberufung stellen kann.

Anm. 20. 4. **§ 148 (Registerpflicht der Liquidatoren).** Bei der Anmeldung hat der Kommanditist mitzuwirken. Im Uebrigen gilt die Erläuterung zu § 148, auch über die Bedeutung der Eintragung und Nichteintragung.

Anm. 21. 5. **§ 149 (Aufgabe der Liquidatoren)** ist ohne Weiteres anwendbar. Es gelten daher auch

die Erläuterungen zu § 149, und auch unsere Zusätze, betreffend die negative Abgrenzung der Befugnisse der Liquidatoren gelten hier (vergl. Anm. 27 ffg. zu § 149), auch über die Frage, wem sie verantwortlich sind und ob sie ihr Amt niederlegen können.

6. **§ 150 (Vertretungsbefugniß beim Vorhandensein mehrerer Liquidatoren)** ist anwendbar. Anm. 22.
7. **§ 151 (Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß der Liquidatoren)** ist anwendbar.
8. **§ 152 (gemeinsame Anordnung der Gesellschafter)** ist anwendbar.
9. **§ 153 (Zeichnung der Unterschrift der Liquidatoren)** ist anwendbar.
10. **§ 154 (Aufstellung zweier Bilanzen, bei Beginn und bei Schluß der Liquidation)** ist anwendbar. Anm. 23. Siehe daher die Erläuterungen zu § 154, auch über die sonstige Rechenschaftspflicht. Hinsichtlich der Rechte der Kommanditisten auf Rechenschaftspflicht ist jedoch das zu § 166 Gesagte zu berücksichtigen.
11. **§ 155 (vorläufige und endgiltige Vermögensvertheilung)** ist anwendbar. Siehe daher die Anm. 24. Erläuterung zu § 155, auch über die Geltendmachung der schließlichen Aktivsalden gegen die Inhaber der schließlichen Passivsalden.
12. **§ 156 (analoge Anwendbarkeit der für die lebende Gesellschaft geltenden Bestimmungen).** Anm. 25. Hier gilt ebenfalls das Analoge, natürlich mit dem Unterschied, daß hier nicht die für die lebende o. H.G., sondern die für die lebende Kommanditgesellschaft geltenden Bestimmungen Platz greifen. So ist z. B. das Kontrolrecht des § 118 für den Komplementar auch in der Liquidation gegeben, für den Kommanditisten ist nur das beschränkte Kontrolrecht des § 166 gegeben. Ferner: Der § 128 über die Solidarhaft der Gesellschafter ist zwar anwendbar, aber hinsichtlich des Kommanditisten nur mit der seiner beschränkten Haftung entsprechenden Modifikation.
13. **§ 157 (Firma, Bücher und Papiere nach Beendigung der Liquidation)** ist analog anwend- Anm. 26. bar. Zu den Gesellschaftern gehört auch hier der Kommanditist. Die Bücher können also auch beim Kommanditisten verwahrt werden, und jeder Kommanditist hat Einsicht in die Bücher. Näheres zu § 157, insbesondere auch über den Zwang gegenüber dem Aufbewahrer und über die Kosten der Aufbewahrung.
14. **§ 158 (Liquidationsähnliches Stadium für den Fall, daß eine andere Art der Auseinander-** Anm. 27. **setzung vereinbart, aber nicht sofort vollzogen wird)** ist anwendbar, ebenso aber auch unsere Bemerkung für den Fall, daß die Liquidation ausgeführt wird, sich aber nachträglich ein Vermögensstück vorfindet.

III. Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter.

Die §§ 159 und 160 sind auch auf die Kommanditgesellschaften anwendbar. Zunächst Anm. 28. natürlich auf die Komplementare. Sodann aber auch auf den Kommanditisten. Und daraus folgt, daß dieser auch nach der Auflösung oder nach seinem Ausscheiden während der Verjährungszeit für die Schulden der Gesellschaft in Höhe seiner Einlage persönlich haftet (R.O.H. 19 S. 350). Die Eintragung der Herabsetzung der Einlage aber ist kein Moment, welches eine Verjährung beginnen läßt. Es ist z. B. Jemand Kommanditist mit einer noch nicht gemachten Einlage von 10000 Mk. geworden. Die Gesellschaft wird dem A. am 1. Februar 1900 die Summe von 20000 Mk. schuldig. Am 1. April 1900 wird die Einlage des Kommanditisten auf 5000 Mk. herabgesetzt. Am 1. April 1902 wird das Ausscheiden des Kommanditisten eingetragen. In diesem Falle haftet der Kommanditist dem A. bis zum 1. April 1907 in Höhe von 10000 Mk. Es hat nicht etwa am 1. April 1900 eine Verjährung in Höhe von 5000 Mk. begonnen. Die einmal eingetretene Haftung beginnt vielmehr erst zu verjähren mit der Eintragung des Ausscheidens, sie beginnt nicht zu verjähren mit der Eintragung der Herabsetzung der Einlage.

Die Verjährung setzt aber allen Haftungen ein Ziel, welche in der Kommanditisteneigenschaft Anm. 29. **ihren Grund haben,** auch der Vollhaftung im Falle des § 176, dies umsomehr, als ja auch die Vollhaftung des offenen Gesellschafters mit Ablauf von 5 Jahren beendet ist und der Kommanditist in diesem Falle nur „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter" haftet. Früher kam hier noch in Frage die Haftung aus Art. 168 (Haftung, weil der Name des Kommanditisten in der Firma steht). Solche Haftung kann jetzt nicht mehr eintreten. Soweit sie auf Grund

des alten H.G.B. noch besteht, verjährt auch sie gemäß §§ 159 und 160 (vergl. hier überall Förtsch Anm. 7 zu Art. 172).

Anm. 30. **Zu verweisen ist auch auf unsere Zusätze zu § 160,** wo ausgeführt ist, daß sich die Verjährung nicht beziehe auf die Regreßansprüche der Gesellschafter unter einander, so daß dieselben auch zur Geltung kommen, wo von mehreren Gesellschaftern der eine bereits durch Verjährung befreit ist; und wo ferner die Uebergangsfrage, d. h. die Frage nach der Dauer einer vor dem 1. Januar 1900 begonnenen, aber noch nicht vollendeten Verjährung und nach dem Beginn und der Unterbrechung der Verjährung erörtert wird.

Dritter Abschnitt.

Aktiengesellschaft.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

§ 178.

Die sämmtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften.

I. Vorbemerkungen zum Aktienrecht.

Anm. 1. **A. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen Aktienrechts auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften.**

1. **Allgemeiner Grundsatz.** Die Denkschrift (S. 304) geht ohne Weiteres davon aus, daß die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften nach dem neuen Recht beurtheilt werden. Ihr ist grundsätzlich Recht zu geben. Die Gründung einer Aktiengesellschaft erfolgt zwar nach Maßgabe der bei ihrer Gründung bestehenden Vorschriften. Aber für die ganze Dauer ihres Funktionirens können nicht die bei ihrer Gründung bestehenden aktienrechtlichen Vorschriften maßgebend bleiben. Denn die Errichtung einer ins Erwerbsleben tretenden juristischen Person, wie es die Aktiengesellschaft ist, ist auf die Dauer berechnet. Sie will des Schutzes genießen, den die jeweiligen Gesetze ihr bieten, und muß sich daher auch den Beschränkungen unterwerfen, die die jeweiligen Gesetze ihr auferlegen.

Diese Auffassung entspricht den Intentionen der bei der Aktiengesellschaft interessirten Personen und sie entspricht auch der Auffassung der Gesetze. Diese wollen keineswegs bloß die Rechtsverhältnisse derjenigen Aktiengesellschaften, die erst entstehen werden, regeln, sondern die Rechtsverhältnisse aller Aktiengesellschaften, auch der bestehenden, die einen erheblichen Bestandtheil des Aktienwesens bilden, dessen Neuordnung dem Gesetzgeber am Herzen lag (vergl. R.G. 36 S. 37).

Von dieser Auffassung ging man bei der Aktiennovelle von 1884 allgemein aus (vergl. Laue, über die Einwirkungen des Gesetzes vom 18. Juli 1884 auf die Statuten der bereits vor jenem Gesetze bestehenden Aktiengesellschaften; Ring, S. 721 ffg.; Lehmann I S. 108 ffg., auch unsere 5. Auflage bei den einzelnen Artikeln) und die gleiche Auffassung ist für das neue Aktienrecht bereits als communis opinio zu betrachten. Die Denkschrift S. 304, Makower S. 347, Cosack S. 769 und Lehmann in G.Z. 48 S. 114 vertreten diese Auffassung und wir schließen uns derselben an. Die letzteren finden mit Recht ein wichtiges Argument für diese Auffassung nach neuem Recht in dem Art. 163 E.G. zum B.G.B. Denn derselbe enthält den Grundgedanken, daß für das gesellschaftliche Leben der

juristischen Personen vom 1. Januar 1900 ab das neue Recht maßgebend sein soll. Von ihrem Grundgedanken gehen auch die in Art. 22—28 E.G. zum H.G.B. enthaltenen Uebergangsvorschriften aus. (So auch Riesenfeld, Der Einfluß des neuen Aktienrechts auf die Statuten der bestehenden Gesellschaften S. 6 ffg.)

2. **Im Einzelnen gilt folgendes:** Anm. 2.

a) **Die bestehenden Gesellschaften selbst werden als bestehend anerkannt,** auch wenn sie unter Bedingungen errichtet sein sollten, welche nach dem neuen Gesetze zur Errichtung einer Aktiengesellschaft nicht ausreichen. Selbst dann wird der dem früheren Rechte entsprechende Gründungsakt als ausreichend anerkannt, wenn die Aktiengesellschaft vor dem 1. Januar 1900 nur angemeldet ist (Art. 23 E.G. zum H.G.B.).

Aber auch sonst werden alle früheren Rechtsakte der bestehenden Gesellschaften anerkannt, durch welche vollendete Maßregeln getroffen sind. Aktien unter 1000 Mk. bleiben giltig; eine unter der Herrschaft des früheren Rechts durchgeführte Kapitalsherabsetzung oder Kapitalserhöhung bleibt giltig, wenn sie auch den Vorschriften des neuen Rechts nicht entspricht. Nur dürfen es nicht Rechtsakte sein, deren Zweck und Inhalt darin besteht, das künftige Funktioniren der Gesellschaft zu normiren, ihr künftiges gesellschaftliches Leben zu regeln. Denn die neue Funktionsthätigkeit, das gesellschaftliche Leben der Aktiengesellschaften, regelt sich vom 1. Januar 1900 ab nach dem neuen Recht (vergl. das Folgende). Anm. 3.

b) **Das neue gesellschaftliche Leben der früheren Gesellschaften steht unter dem neuen Recht.** Anm. 4.
Fortan funktioniren sie nach den Regeln des neuen Aktiengesetzes. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß vom 1. Januar 1900 ab einfach die neuen aktienrechtlichen Vorschriften an die Stelle ihrer bisherigen Statuten treten. Denn auch die neuen aktienrechtlichen Vorschriften sind ja zum Theil dispositiv, und insoweit gelten die abweichenden Statuten weiter.

Aus jenem Grundsatze folgt vielmehr, daß auch für die früheren Gesellschaften fortan zwingendes Recht ist, was das neue Recht zwingend vorschreibt, und daß umgekehrt auch den früheren Gesellschaften das gestattet ist, was das neue Gesetz im Gegensatz zum früheren Recht gestattet. Anm. 5.

Der von den neuen Vorschriften abweichende Inhalt der Statuten der bestehenden Gesellschaften ist hiernach ungiltig, soweit er gegen zwingende Vorschriften des neuen Gesetzes verstößt, auch wenn er nach altem Recht giltig wäre. Er ist aber giltig, soweit er nicht gegen zwingende Vorschriften des neuen Gesetzes verstößt. Es gilt mit einem Worte das Gleiche, wie wenn das Statut nach dem 1. Januar 1900 geschaffen wäre (Ausführliches bei Riesenfeld, Einfluß u. s. w.). Anm. 6.

Neue Maßregeln, welche die früheren Gesellschaften treffen, neue Beschlüsse, welche sie fassen, neue Rechtsakte, welche sie thätigen, sind giltig, wenn sie gegen zwingende Vorschriften des neuen Rechts nicht verstoßen, und ungiltig, soweit sie dagegen verstoßen. Anm. 7.

3. **Nicht betroffen werden von dem Grundsatze zu 1 die Verhältnisse Dritter zur Aktiengesellschaft.** Nur das gesellschaftliche Leben der Aktiengesellschaft steht unter dem Zeichen des neuen Rechts. Ob für die Verhältnisse Dritter zur Gesellschaft das alte oder das neue Recht Anwendung findet, richtet sich nach besonderen Regeln. Insbesondere wird das wichtig bei den Verträgen derjenigen Personen, welche zu Organen der Gesellschaft bestellt sind; bei Ansprüchen der Gesellschafter, welche zwar ihren Ursprung in der Mitgliedschaft haben, aber reine Gläubigerrechte geworden sind. Hier greift gemäß Art. 170 E.G. zum B G.B. das alte Recht Platz, soweit nicht Art. 171 eine Ausnahme macht oder die neue Vorschrift exklusiven Charakter hat (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 10), wie z. B. letzteres der Fall ist bei solchen Verträgen mit Dritten, welche nur erfüllt werden könnten durch Maßregeln, die den neuen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes widersprechen (vergl. R.G. 22 S. 1). Anm. 8.

4. **Die Anwendung dieser Grundsätze im Einzelnen soll bei den einzelnen Paragraphen erfolgen.**

Anm. 9. B. **Welche Bestimmungen des B.G.B. sind für die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft subsidiär anwendbar?**

Soweit die Vorschriften des H.G.B. über das Aktienrecht nicht ausreichen, greifen die Vorschriften des B.G.B. Platz (Art. 2 E.G. zum H.G.B.). Aber es fragt sich, welche Vorschriften? Bei der o. H.G. sagt das Gesetz, daß subsidiär die Bestimmungen des B.G.B. über die Gesellschaft Anwendung finden. Hier ist eine ähnliche Bestimmung nicht gegeben. Für die Beantwortung der Frage ist entscheidend, daß die Aktiengesellschaft, obwohl sie vom H.G.B. zu den Handels-„Gesellschaften" gezählt wird, doch keine Gesellschaft im Sinne des B.G.B., sondern eine juristische Person und zwar ein rechtsfähiger Verein ist (vergl. unten Anm. 15). Es geht denn auch aus den Bestimmungen des B.G.B. hervor, daß auch diejenigen rechtsfähigen Vereine wirthschaftlichen Charakters, welche ihre Rechtsfähigkeit anders als durch staatliche Verleihung erlangen, gleichwohl rechtsfähige Vereine im Sinne des B.G.B. sind (vergl. § 22 B.G.B.; Art. 10 E.G. zum B.G.B.) und insbesondere wird die Aktiengesellschaft im H.G.B. als „Verein" bezeichnet (§ 6 Abs. 2 H.G.B.), woraus nach unserer Ansicht unzweifelhaft hervorgeht, daß sie als rechtsfähiger Verein im Sinne des B.G.B. betrachtet wird. Infolgedessen kommen die Bestimmungen des B.G.B. über die rechtsfähigen Vereine subsidiär zur Anwendung, d. h. soweit die aktienrechtlichen Bestimmungen im Stiche lassen und aktienrechtliche Gesichtspunkte nicht entgegenstehen. Der Anschauung Pinners (S. 3), wonach in rein gesellschaftlichen Fragen die subsidiäre Anwendung des B.G.B. ausgeschlossen sein soll, vermögen wir uns nicht anzuschließen; die Begründung dieser Ansicht, daß die aktienrechtlichen Vorschriften des H.G.B. als vollständige Regelung eines in sich geschlossenen Instituts zu betrachten seien, ist willkürlich. Denn der Art. 2 E.G. zum H.G.B., der auf die subsidiäre Anwendung des B.G.B. hinweist, bezieht sich auf das ganze H.G.B. (Mit uns übereinstimmend Makower S. 347.)

Anm. 10. C. **Ausländische Aktiengesellschaften.**

Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der ausländischen Aktiengesellschaft richtet sich nach den Rechten ihres Wohnsitzes (Art. 7 E.G. zum B.G.B.). Einer besonderen Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch eine inländische Behörde bedürfen sie nicht (Art. 10 E.G. zum B.G.B., vergl. bei uns Anm. 1 zu § 33 H.G.B.). Die Gründung, Verfassung, die Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, zwischen Letzteren richten sich nach dem Gesetze des Sitzes (Cosack S. 771). Ueber inländische Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften siehe zu § 201.

II. Die Erläuterung des § 178.

Anm. 11. 1. **Der § 178 enthält keine Definition der Aktiengesellschaft.** Absichtlich vermeidet es der Gesetzgeber, eine Definition zu geben (Denkschrift S. 119). Es ist auch zuzugeben, daß eine Definition vom gesetzgeberischen Standpunkte aus nicht gerade nöthig ist und überdies ist sie im Grunde genommen sehr einfach. Eine Aktiengesellschaft ist ein Verein, welcher unter Erfüllung der wesentlichen Erfordernisse eines Aktiengesellschaftsvertrages errichtet und in das Handelsregister eingetragen ist. Das erstere, daß es ein Verein ist, d. h. eine durch die Vereinigung von Personen gebildete juristische Person, war schon früher nicht zweifelhaft (vergl. z. B. R.G. 23 S. 202) und kann jetzt noch weniger zweifelhaft sein (vergl. § 6 Abs. 2 H.G.B. und insbesondere § 210). Welches aber die wesentlichen Erfordernisse eines Aktiengesellschaftsvertrages sind, sagt § 182. Es sind diejenigen, deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat. (Hierüber später.)

Anm. 12. 2. **Anstatt der Definition giebt der vorliegende Paragraph einige Grundprinzipien,** welche den Vorschriften über die Errichtung der Aktiengesellschaft zu Grunde liegen und für das rechtliche Wesen der Aktiengesellschaft charakteristisch sind. Der weitere Ausbau dieser Grundprinzipien ist Sache der Einzelvorschriften.

Jene Grundprinzipien sind:

Anm. 13. a) **Die sämmtlichen Mitglieder der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligt.**

a) Sämmtliche Mitglieder betheiligen sich mit Einlagen. Die Mitgliedschaft kann also nur erworben werden durch Einlegung eines Vermögenswerthes. Freiaktien (actions gratuites) nach Art der Freikuxe, mit anderen Worten „Mitgliedschaften ohne Leistungspflicht" widerstreben dem Wesen der Aktiengesellschaft (Lehmann, Aktienrecht I S. 136). Daß sie sich nur mit Einlagen betheiligen, ist nicht gesagt. Das alte H.G.B. hatte dies gesagt. Das jetzige hat es vermieden, weil es jetzt auch sonstige Leistungsversprechen giebt und die Mitgliedschaft unter Umständen nur dadurch erworben wird, daß außer der einmaligen Einlage weitere periodische Leistungsverpflichtungen übernommen werden (§ 212). Es ist deshalb für das neue H.G.B. nicht richtig, wenn Lehmann, Aktienrecht I S. 137 sagt: „Jeder Aktionär ist als solcher nur den Betrag seiner Einlage schuldig, demnach nach Leistung seiner Einlage nichts weiter schuldig, das sei das wichtigste Grundrecht des Aktionärs, ja mehr als dies, das wichtigste Charakteristikum der Aktiengesellschaft, deshalb unverzichtbar ohne Aufgabe der Aktiengesellschaftsform."

β) „Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital" sind es, mit denen jedes einzelne Mitglied betheiligt ist. Dieser Ausspruch ist für sich nicht verständlich. Ja er ist sogar irreführend. Man könnte versucht sein, das hierin zum Ausdruck gebrachte Prinzip darin zu erblicken, daß das von den Gesellschaftern eingelegte Kapital in einzelne Beträge zerlegt wird und in dieser Weise das Betheiligungsverhältniß der Mitglieder an den Ergebnissen der Gesellschaft zum Ausdruck kommt. Anm. 14.

Allein die solcher Gestalt im Gesetz erfolgte Formulirung des Prinzips erweist sich als unpräzis, wenn man die sonstigen Bestimmungen des Gesetzes in Betracht zieht. Nicht immer wird nämlich gerade die Summe dessen, was eingelegt ist, in einzelne Beträge zerlegt, um das Betheiligungsverhältniß zu fixiren. Denn da man unter Einlage füglich nichts Anderes verstehen kann, als denjenigen Vermögenswerth, den der Gesellschafter vertragsmäßig an die Gesellschaft zu leisten hat, damit derselbe ein Theil des Gesellschaftsvermögens werde, als solcher den Zwecken der Gesellschaft diene und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, auf dessen Rückgabe er keinen Anspruch hat und dessen Aequivalent in seinem Mitgliedsrecht liegt, so wird bei der Ueberpari-Emission (§§ 184, 278 Abs. 3) mehr eingelegt, als diejenige Grundziffer beträgt, welche in einzelne Beträge zerlegt wird, um das Betheiligungsverhältniß der einzelnen Gesellschafter zu fixiren.

So entspricht die in Theilbeträge zerlegte Grundziffer nicht nothwendig der Summe der in Wahrheit eingelegten Vermögenswerthe. Nicht das Einlagekapital wird in Aktien zerlegt, nicht darin also besteht das specifische Wesen der Aktiengesellschaft, ihr Unterschied von anderen juristischen Personen, sondern darin, daß das Betheiligungsverhältniß der Gesellschafter zum Ausdruck gebracht wird in Theilbeträgen irgend einer Grundziffer.

So äußerlich das Kriterium auch erscheinen mag, so hohe Bedeutung hat es für den Verkehr. In Verbindung mit dem anderen Momente, daß die Einlage die Verpflichtung des Aktionärs regelmäßig erschöpft, liegt die Bedeutung der Aktie als eines Werthpapiers darin, daß ihr Werth nicht ausgedrückt wird in einer Quote des Gesellschaftsvermögens, sondern in einer bestimmten Ziffer.

Andererseits birgt dieses Moment große Gefahren in sich, weil eine solche fixe Ziffer den Schein erweckt, als stelle die Aktie einen unwandelbaren Vermögenswerth dar, der dieser Ziffer gleichkommt, und als sei ein jener Grundziffer entsprechender Baarbetrag von Anfang an vorhanden gewesen und stets vorhanden.

Den Gefahren, die dieser Schein in sich birgt, sucht der Gesetzgeber durch seine Einzelbestimmungen vorzubeugen.

Insbesondere hatte schon das Aktiengesetz von 1884 in dieser Hinsicht die Unterpari-Emission verboten und damit die Wahl der Grundziffer der Willkür entrückt, womit allerdings einem unhaltbaren Zustand ein Ziel gesetzt wurde. Denn nach früherem Recht konnte, wenn nur 100000 Mark eingelegt wurden, das Grund-

kapital auf 200000 Mark angegeben werden. Die Aktien wurden eben 50 % unter Pari ausgegeben. Jetzt muß die Grundziffer mindestens ebenso groß sein, wie das eingelegte Kapital; das soll eine Gewähr dafür sein, daß wenigstens bei Entstehung der Gesellschaft ein der gewählten Grundziffer entsprechender Werthbetrag zum Gesellschaftsvermögen gehört.

Bis zu einem gewissen Grade bleibt jene Grundbetheiligungsziffer gleichwohl auch jetzt noch eine fiktive Ziffer. War sie es im eminenten Sinne bei der früheren Unterpari-Emission, so ist sie es, wenn auch nicht in so flagranter Weise, in anderer Hinsicht noch heute. Sie ist es zunächst bei jeder Ueberpari-Emission. Denn wenn mehr eingelegt ist, als die Grundziffer der Betheiligung angiebt, so ist in solchem Falle das, was der Gesetzgeber Einlagekapital nennt, nicht die Summe der Einlagen, sondern eine von den Schöpfern der Gesellschaft willkürlich gewählte Ziffer, welche bei Fixirung des Betheiligungsverhältnisses in Betracht kommen soll.

Jene Grundziffer oder, wie das Gesetz sagt, das Grundkapital ist ferner eine fiktive Ziffer immer dort, wo Sacheinlagen gemacht werden. Schätzungen sind und bleiben ewig Meinungssachen, keine objektiv feststehenden unverrückbaren Begriffe. Mindestens aber ist bei jeder Abweichung vom wahren Werthe, nach unten oder nach oben, das sogenannte Grundkapital eine fiktive Ziffer; denn es ist dann mehr oder weniger eingelegt, als die Ziffer des Grundkapitals anzeigt. Ja auch bei Summeneinlagen ist sie eine fiktive Ziffer dann, wenn dieselben nicht voll geleistet sind; denn Niemand weiß, ob alle Zeichner ihrer Zahlungspflicht auch voll genügen werden.

Und endlich wird jedes Grundkapital eine fiktive Ziffer in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft ihre Geschäfte beginnt. Gesetzt, die Gesellschaft erhielte bei ihrer Entstehung einen dem Grundkapital genau entsprechenden Baarbetrag, so ist doch dieser Betrag in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft ihr Geschäftsleben beginnt, einem unaufhörlichen Wechsel ausgesetzt, und jene ein für alle mal festgesetzte Grundziffer, genannt Grundkapital, wird zur Fiktion. Sie ist nicht etwa gleichbedeutend mit dem jeweilig vorhandenen Gesellschaftsvermögen, sie bedeutet auch nicht etwa trotz des volltönenden Ausdrucks „Grundkapital" einen unverrückbaren Grundstock an Gesellschaftsvermögen. Sie ist vielmehr nur eine Ziffer, ein Rechnungsfaktor. Sie zeigt an, wie viel an Werthen (wenigstens nach der Schätzung der bei der Illation Betheiligten) als Aequivalent für die Ausgabe der Aktien mindestens geleistet worden ist oder wenigstens geleistet werden sollte. Sie wird ferner als Grundziffer einer Berechnung benutzt, um auszurechnen, wie hoch die Betheiligung des einzelnen Mitgliedes an den Ergebnissen der Gesellschaft ist, und sie zeigt endlich an, welcher Betrag am Gesellschaftsvermögen mindestens vorhanden sein muß, ehe an eine Vertheilung von Gewinnen an die Mitglieder herangetreten werden kann, oder mit anderen Worten: welchen Betrag reinen Aktivvermögens die Gesellschaft ihren Gläubigern unter allen Umständen zu reserviren verspricht (vergl. hierüber auch Lehmann, Aktienrecht I S. 158 ffg.).

Anm. 15. b) **Die Mitglieder haften nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.** Daß nicht alle haften, macht sie zur juristischen Person (darüber, daß die Aktiengesellschaft juristische Person ist, siehe insbesondere § 210); daß keines haftet, unterscheidet sie von der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher neben der Gesellschaft der Komplementar persönlich für die Vereinsschulden haftet.

Eine scheinbare Ausnahme von diesem Prinzip bildet § 217. Dort ist eine direkte Haftung des Aktionärs gegenüber den Gläubigern statuirt für den Fall, daß derselbe den Vorschriften des Gesetzbuchs zuwider Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat. Allein hier ist nicht die Aktionäreigenschaft, sondern **die rechtswidrige Ausübung der Aktionäreigenschaft der Rechtsgrund für die Haftung.**

§ 179.

Die Aktien sind untheilbar.

Sie können auf den Inhaber oder auf Namen lauten.

Aktien, die vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden, dürfen nicht auf den Inhaber lauten. Das Gleiche gilt von Antheilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden (Interimsscheine).

Werden auf Namen lautende Aktien vor der vollen Leistung der Einzahlungen ausgegeben, so ist der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Urkunden anzugeben.

Der Paragraph giebt einige Einzelbestimmungen über die Aktie.

1. (Abs. 1.) **Die Aktien sind untheilbar.** Das bedeutet: Es kann das Aktienrecht nicht derart zerlegt werden, daß mehrere Mitgliedschaften daraus entstehen. Weder kann die Gesellschaft, noch kann der Aktionär diese Zerlegung vornehmen. Nicht die Gesellschaft: dieselbe kann also nicht beschließen, daß die bisherigen Aktien à 2000 Mark in je zwei Aktien à 1000 Mark zerlegt werden; vielmehr muß in diesem Falle eine Kapitalserhöhung beschlossen und hierbei die früheren Aktien in Zahlung genommen werden (anders Pinner S. 7, Makower S. 357, Lehmann I S. 187 und Ring S. 154, welche jene Zerlegung auf Grund der §§ 182 Abs. 2 Nr. 3, 274 ff. im Wege der einfachen Statutenänderung zulassen). Nicht der Aktionär: Auch dieser kann nicht eine Aktie von 2000 Mark so zerlegen, daß der Gesellschaft gegenüber er und sein Rechtsnachfolger ein Antheilsrecht von je 1000 Mark hat. Dagegen ist es zulässig, daß eine Aktie mehreren Mitberechtigten zusteht (§ 225), sei es zum ideellen Miteigenthum, sei es zum Eigenthum zur gesammten Hand, und bis zu einem gewissen Grade ist auch die Zerlegung der in dem Aktienrecht liegenden Einzelrechte gestattet. Es können nämlich zwar nicht die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte von der Aktie losgelöst werden, wohl aber die Rechte auf vermögensrechtliche Bezüge, doch so, daß das Recht, auf die Gestaltung derselben durch Theilnahme an den Gesellschaftsbeschlüssen mitzuwirken, bei der Aktie verbleibt. Hierauf beruht die Zulässigkeit der Kreirung von selbstständig übertragbaren Dividenden- und Genußscheinen. Näheres hierüber siehe Exkurs zu § 179, besonders Anm. 3 daselbst. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Die Aktien können auf den Inhaber oder auf den Namen lauten.** Dieselbe Gesellschaft kann auch beide Arten von Aktien ausgeben (vergl. § 183 Abs. 2). Die Namensaktie ist ein sogenanntes Ordrepapier und als solches durch Indossament, auch durch Blankoindossament übertragbar. Es kann aber das Statut bestimmen, daß die Veräußerung nur mit Genehmigung der Gesellschaft gestattet ist und zwar ganz allgemein (§ 222 Abs. 2), also nicht bloß im Falle des § 180 und des § 212. Der Name muß der einer bestimmten physischen oder juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft sein; auch mehrere Berechtigte können genannt sein (vergl. § 225); beim Einzelkaufmann kann die Aktie auch auf seine Firma lauten (§ 17). Die Ausstellung auf den Inhaber macht die Aktie zum Inhaberpapier im weiteren Sinne, doch nicht zur Schuldverschreibung auf den Inhaber, im Sinne des § 793 B.G.B. Denn was die Aktie verbrieft, geht weit über „das Versprechen einer Leistung" hinaus. Es greifen daher die §§ 793 flg. B.G.B. nicht schlechtweg auf sie Platz. Vielmehr kann nur eine entsprechende Anwendung insoweit stattfinden, als die Sondernatur der Aktie als der Verbriefung eines Mitgliedschaftsrechts und die Sondervorschriften des Aktienrechts nicht entgegenstehen (Näheres im Exkurse zu § 224). Anm. 2.

3. (Abs. 3 und 4.) **Aktien, die vor der Vollzahlung ausgegeben werden, müssen auf den Namen lauten, Interimsscheine müssen stets auf den Namen lauten.** Anm. 3.

   a) **Aktien, die vor der Volleinzahlung ausgegeben werden,** müssen auf den Namen lauten.

   Die Vorschrift enthält eine Aenderung des früheren Rechts. Früher durften Aktien

vor der vollen Leistung des Nennbetrages oder des etwaigen höheren Ausgabepreises überhaupt nicht ausgegeben werden (Art. 215c Abs. 3); in Zukunft ist dieses Verbot auf Inhaberaktien beschränkt, während die Ausgabe von Namensaktien vor der Vollzahlung gestattet, und hierbei nur der Betrag der geleisteten Einzahlungen in den Aktienurkunden anzugeben ist. Daß Aktien vor der Vollzahlung nicht auf den Inhaber lauten dürfen, dafür liegt der Grund darin, daß das Gesetz grundsätzlich den zeitigen Aktionär in erster Linie für die Vollzahlung der Aktie haften läßt. Erst subsidiär sind die Zeichner und eingetragenen Zwischenmänner zur Zahlung verbunden (§§ 218 flg.). Um diese Haftung der späteren Erwerber einer Aktie nicht illusorisch zu machen, bedurfte es des Verbots der Ausstellung von Inhaberaktien vor der Vollzahlung. — Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Baareinlage, eine entsprechende Anwendung auf den Fall der Sacheinlage ist (gegen Makower S. 360) nicht angängig.

Anm. 4. Werden der Vorschrift zuwider Inhaberaktien vor der Vollzahlung ausgegeben, so sind dieselben nicht nichtig. Das bedeutet das Wort „dürfen nicht". Hätte die Nichtigkeit die Folge sein sollen, so hätte es heißen müssen „können nicht". Vergl. Planck I S. 25.

Dazu tritt aber die Schadensersatzpflicht und Strafbarkeit der Verwaltungsorgane nach § 241 Nr. 4, § 249 Abs. 3 und § 314 Nr. 2.

Anm. 5. b) **Interimsscheine.** Sie dürfen niemals auf den Inhaber lauten.

Unter den Interimsscheinen im Sinne dieses Paragraphen sind nur solche zu verstehen, in welchen die Gesellschaft das Mitgliedsrecht provisorisch bestätigt vor Ausgabe der Aktienbriefe (R.G. 31 S. 31; Denkschrift S. 120). Entspricht der Schein diesen Erfordernissen, so kommt es auf die Bezeichnung desselben nicht an. Hiernach fallen bloße Quittungen über gezahlte Einlagebeträge nicht darunter, auch wenn sie Interimsscheine genannt werden sollten; sie brauchen demgemäß auch nicht als Interimsscheine versteuert zu werden; wohl aber sogenannte „Quittungsbogen", wie sie im Verkehr üblich sind, in denen nicht nur über die Zahlung quittirt, sondern gleichzeitig der Bezug der Aktie zugesichert oder sonst das Antheilsrecht zum Ausdruck gelangt ist (R.G. 22 S. 118; 30 S. 18). Es fallen darunter ferner nicht Scheine, in denen zwar der Aktienbezug zugesichert wird, aber nicht von der Gesellschaft, sondern von den Gründern. Die Ausgabe wirklicher Interimsscheine setzt die Existenz der Gesellschaft voraus (§ 209 Abs. 2). Und endlich sei der Deutlichkeit wegen hervorgehoben, daß von diesen Antheilsscheinen, wie das Gesetz die Interimsscheine nennt, wohl zu unterscheiden sind die oben in Anm. 1 erwähnten und dort für ungültig erklärten. Die letzteren haben zum Inhalt die Gewährung eines Antheilsrechts an einer ausgegebenen Aktie, die hier in Rede stehenden haben die Zusicherung einer vollen Aktie, eines Antheils an der Gesellschaft zum Gegenstande.

Anm. 5a. Interimsscheine dürfen nicht ausgegeben werden, wenn die Aktien noch nicht voll gezahlt sind. Aber es kann vor der Vollzahlung auch eine Namensaktie ausgegeben werden und umgekehrt kann der Interimsschein auch nach der Vollzahlung ausgegeben werden. Es hat jedoch in diesem Falle der Aktionär ein Recht auf Ausgabe einer Aktie (vergl. unten Anm. 12).

Wird der Interimsschein vor der Vollzahlung ausgegeben, so braucht er den Betrag der geleisteten Einzahlungen nicht zu enthalten. Abs. 4 ist auf ihn nicht anwendbar. Meist wird er aber diese Angabe enthalten.

Anm. 6. Der Interimsschein kann auch über mehrere Antheilsrechte lauten (R.G. 22 S. 118; dagegen Pinner S. 8). Die von Pinner vermißte Begründung unserer Ansicht liegt darin, daß der Interimsschein das Mitgliedsrecht nur provisorisch bestätigt.

Auf den Inhaber ausgestellte Interimsscheine sind nichtig (§ 209 Abs. 2).

Ueber die Form des Interimsscheins siehe im Uebrigen unsere Einleitung und Anm. 1 zu § 181.

Die materielle Bedeutung des Interimsscheins anlangend, so ist Anm. 7.
zu bemerken, **daß der Interimsschein das volle Mitgliedsrecht gewährt** (R.G. 5 S. 193; 36 S. 40): volles Stimmrecht, volles Dividendenrecht, volles Recht auf die Liquidationsraten (R.G. 33 S. 17). Darauf, wieviel eingezahlt ist, kommt es nicht an, nur hinsichtlich der Liquidationsraten kommt es hierauf an (vergl. § 300). Auch ist der Interimsschein ein Werthpapier, wie die Aktie (R.G. 31 S. 31; 36 S. 38). Dennoch sind Aktien und Interimsscheine nicht fungible Dinge. Wer seiner Einlagepflicht voll genügt hat, kann Aktien verlangen (vergl. unten Anm. 12) und wer zur Lieferung von Aktien verurtheilt ist, genügt dem Urtheil nicht, wenn er sich zur Lieferung von Interimsscheinen erbietet (Bolze 1 Nr. 1188).

Zusatz 1. Unter Aktien versteht das Gesetz bald das Mitgliedsrecht des Aktionärs, bald die dasselbe verbriefende Urkunde, ersteres z. B. im Abs. 1, letzteres im Abs. 2, 3 und 4 des vorliegenden Paragraphen. Anm. 8.

Zusatz 2. Daß die Aktie als Trägerin des verbrieften Rechts die Bedeutung einer selbstständigen Sache hat (R.G. 22 S. 129), kann nach dem neuen bürgerlichen Recht nicht ohne Weiteres gesagt werden. Denn Sachen sind fortan nur noch körperliche Gegenstände (§ 90 B.G.B.), und nur Inhaberpapiere, also auch Inhaberaktien, gehören zu den Sachen. Das letztere ist zwar nicht allgemein ausgesprochen, gilt aber wohl allgemein, da die einzelnen Stellen hiervon anscheinend wie von etwas Selbstverständlichen ausgehen (vergl. §§ 935 Abs. 2; 1006 Abs. 1; 1362 B.G.B.). Auch Orderpapiere mit Blankoindossament werden offenbar den körperlichen Sachen zugerechnet (Endemann I S. 228; vergl. § 1362 B.G.B.). Dagegen kann dies von Orderpapieren ohne Blankoindossament nicht angenommen werden. Dernburg (Sachenrecht § 4 Nr. 4) hält freilich jedes indossable Namenspapier für eine vertretbare bewegliche Sache. — Anm. 9.

Jedenfalls aber ist die Aktie ein Werthpapier (vergl. Anm. 37 zu § 1) und in vielen Beziehungen werden alle Werthpapiere wie bewegliche Sachen behandelt (vergl. z. B. § 783 B.G.B.; ferner §§ 372 ffg. B.G.B. wegen der Hinterlegung). Weiteres über die Inhaberaktien siehe im Exkurse zu § 224; über die Namensaktien in den Erläuterungen zu §§ 222 und 223. Anm. 10.

Zusatz 3. Die Ausgabe von Aktienurkunden ist obligatorisch. Es ist dies zwar nicht expressis verbis im Gesetze gesagt. Dennoch folgt es deutlich aus den Vorschriften des Gesetzes, so insbesondere aus dem vorliegenden Paragraphen Abs. 3; vergl. ferner § 180 und § 278; R.O.H. 19 S. 232; Ring S. 156; Behrend § 117; Petersen und Pechmann S. 14; Pinner S. 5. Es geht ferner aus dem Gesetze hervor, daß über jede Aktie eine Urkunde ausgestellt werden muß, nicht eine Urkunde über mehrere Aktien, was Keyßner in G.Z. 32 S. 256, Lehmann I S. 197, Makower S. 359 und Ring Anm. 6 zu Art. 207 für zulässig halten (zustimmend Pinner S. 7). Anm. 11.

Aber das bedeutet nicht, daß etwa der Staat die Ausgabe der Urkunden erzwingen könnte, etwa zur Vermeidung von Kriminal- oder Stempelstrafen (R.G. in Strafsachen 8 S. 34). Auch hängt von der Ausgabe der Aktien nicht die Existenz der Aktiengesellschaft (R.G. in Strafsachen 31 S. 403), noch die Existenz des Aktienrechts ab (R.G. 31 S. 17; 41 S. 13, 14). Vielmehr bedeutet das nur, daß jeder Aktionär die Ausgabe der auf ihn entfallenden Aktien verlangen kann. Dieses Recht ist durch Majoritätsbeschluß unentziehbar und der Aktionär braucht nur gegen Aushändigung einer Aktie Vollzahlung zu leisten (Lehmann I S. 197; Behrend S. 788). Wenn aber alle Aktionäre einverstanden sind, so bleibt es bei der Nichtausgabe von Aktien (Makower S. 355; Gareis, Handelsrecht S. 277, anders Lehmann I S. 198). Die Aktiengesellschaft kann auch so funktioniren; die Legitimation der Aktionäre zur Ausübung der Aktionärrechte wird, wenn Aktien nicht ausgegeben sind, auf andere Weise geführt (R.G. 34 S. 115; R.G. in Strafsachen 31 S. 403; vergl. auch Johow 14 S. 27). Die Aktiengesellschaft kann sich auch wieder auflösen, ehe sie Aktienurkunden ausgegeben hat (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1285; vergl. auch den Fall im R.G. 34 S. 110). Das Aktienrecht kann endlich, auch wenn noch keine Aktienurkunde oder ein Interimsschein ausgegeben ist, veräußert werden. Dies leugnet Cosack S. 634, während das R.G. (34 S. 115) es zuläßt (vergl. auch Pinner S. 4). Cosack's Meinung findet in dem Gesetz keine Begründung, er selbst giebt keine solche. Anm. 12.

Zusatz 4. Ueber die äußere Form der Aktien und Interimsscheine siehe Anm. 1—3 zu § 181. Anm. 13.

Zusatz 5. Die Stempelpflichtigkeit der Aktien und Interimsscheine richtet sich nach dem Anm. 14.

Reichsgesetze vom 27. April 1894. Der Stempel beträgt 1 %. Auch der Interimsschein ist stempelpflichtig, wenn es ein wirklicher Interimsschein in dem oben Anm. 5 dargestellten Sinne ist (R.G. 22 S. 116; 30 S. 18; 31 S. 31), und zwar mit 1 % der geschehenen Einzahlung. Die für die Interimsscheine nachweislich gezahlten Steuerbeträge werden auf die Steuer für die Aktien angerechnet (ausdrücklich im Tarif hervorgehoben). Der Urkundenstempel ist nur zu entrichten mit der wirklichen Ausgabe, d. h. mit der wirklichen Zutheilung der fertigen Aktienurkunden, mit dem Abschlusse eines Rechtsgeschäftes, welches eine Verfügung über das Papier selbst enthält (R.G. in Strafsachen 31 S. 405).

Anm. 15. Von der bevorstehenden Ausgabe haben die Mitglieder des Vorstandes die Stempelbehörde zu unterrichten (§ 4 des Reichsstempelgesetzes). Sonst sind sie strafbar, und zwar sämmtliche Vorstandsmitglieder (§ 35 des Reichsstempelgesetzes; R.G. in Strafsachen 11 S. 433) und auch Dritte, welche die Ausgabe ins Werk setzen (R.G. in Strafsachen 31 S. 406). Die Ausgabe steht bevor, wenn die Generalversammlung die Beschlüsse gefaßt hat, nicht aber schon, wenn die betreffenden Anträge angekündigt sind (R.G. in Strafsachen 21 S. 90; 25 S. 145). Auch bei der Simultangründung gilt diese Anzeigepflicht, Emittenten sind in solchem Falle in erster Linie die Gründer (R.G. in Strafsachen 25 S. 145; 31 S. 406). Der Stempel ist zu entrichten bei Ausgabe der Urkunden; der Stempel ist ein Urkundenstempel; ohne Urkundenausgabe keine Stempelpflicht (R.G. in Strafsachen 8 S. 34; 17 S. 433; vergl. oben Anm. 12). Ausgabe ungestempelter Aktien, sowie jedes sonstige Rechtsgeschäft über ungestempelt ausgegebene Aktien macht ebenfalls strafbar. Die Strafe beträgt das 25fache des Stempels, mindestens aber 20 Mk. für jede Aktie (§ 3 des Gesetzes). Diesen Stempel hat die Gesellschaft zu entrichten (R.G. 22 S. 127; 26 S. 34; Bolze 11 Nr. 476).

Anm. 16. Außer dieser Urkundensteuer ist noch ein Geschäftsstempel zu entrichten. Das Börsensteuergesetz vom 27. April 1894 versteuert nämlich auch die Anschaffungsgeschäfte über Aktien und stellt, nachdem das Plenum des Reichsgerichts die Uebernahme der Aktien bei Gründung als Anschaffungsgeschäft nicht angesehen hat (R.G. 31 S. 17), diese Uebernahme der Aktien und die Zutheilung von Aktien bei Errichtung einer Aktiengesellschaft auf Grund vorhergehender Zeichnung und die Ausreichung von Werthpapieren an den ersten Erwerber den Anschaffungsgeschäften gleich (Tarif Nr. 4). Dabei ist natürlich nicht eine dreifache Steuer zu entrichten: für die Uebernahme, die Zutheilung und die Ausreichung, sondern nur für die Uebernahme bei der Simultangründung im Fall, daß die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt, bezw. für die Zeichnung und Zutheilung bei der Successivgründung für den Fall, daß die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangt. Die Erwähnung der Ausreichung an den ersten Erwerber bezieht sich mehr auf den Fall der Kapitalserhöhung (vergl. auch R.G. 39 S. 130). — Der Stempel beträgt $^2/_{10}$ vom Tausend. — Verpflichtet zur Tragung des Stempels sind die Gründer bezw. Zeichner (vergl. R.G. 22 S. 127; 26 S. 34; Bolze 11 Nr. 476).

Anm. 17. Endlich aber führt das preußische Stempelgesetz vom 31. Juli 1895 eine dritte Steuer ein: Der Gründungsvertrag muß mit $^1/_{50}$ % und, wenn dabei Mobilien eingebracht werden, mit $^1/_3$ %, wenn Grundstücke inferirt werden, sogar mit 1 % des Werths versteuert werden (Tarif Nr. 25). Die Giltigkeit dieser preußischen Stempelvorschrift erscheint uns aber sehr bedenklich und wir können den diese Bedenken zur Geltung bringenden Ausführungen von Heinitz in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 3 S. 263 nur beitreten. Die Uebernahme der Aktien, die Zeichnung und Zutheilung bei der Gründung werden einem Anschaffungsgeschäft gleich erachtet. Wenn man außerdem noch den Gründungsvertrag versteuern müßte, so läge darin eine Doppelversteuerung, die nach § 18 des Reichsstempelgesetzes unstatthaft ist. Der Fall liegt hier noch viel einfacher und klarer, wie in dem Urtheil des Reichsgerichts Bd. 33 S. 40, wo mit zutreffenden Gründen ausgeführt wurde, daß der Fusionsvertrag nicht mehr versteuert zu werden braucht, nachdem für die auf Grund des Fusionsvertrages erfolgte Ausreichung der Aktien der Anschaffungsstempel gezahlt sei. Auch das Urtheil des R.G. 38 S. 31 bestätigt, daß ein auf Inferirung gerichteter Aktiengesellschaftsvertrag nicht landesrechtlich versteuert werden kann. Das Reichsgericht hat in diesem letzterwähnten Falle die Landessteuer nur deshalb zugelassen, weil dieselbe auf den Eigenthumsübergang, nicht auf den Gesellschaftsvertrag gelegt war. Hier aber sind nach dem in Rede stehenden Tarif Nr. 25 ausdrücklich die betreffenden „Gesellschaftsverträge" mit der Steuer belegt. Insoweit steht auch

das Kammergericht in seinem zur Zeit noch ungedruckten Beschlusse vom 27. März 1899 auf dem Standpunkte der Stempelfreiheit. Den hiergegen gerichteten Ausführungen Flecks (bei Holdheim 7 S. 288) kann nicht beigetreten werden. Fleck zerreißt den Illationsvertrag in mehrere Bestandtheile. Er meint: der Inferent nehme allerdings das Anschaffungsgeschäft vor, betheilige sich aber außerdem noch bei einer Gesellschaft; keineswegs handele es sich allein um Anschaffung der Aktien durch Betheiligung bei einer Aktiengesellschaft. Das ist entschieden nicht richtig. Der Inferent betheiligt sich vielmehr bei der Aktiengesellschaft lediglich durch Uebernahme von Aktien. Daß diese Anschaffung unter bestimmten Bedingungen geschieht, daß für die Betheiligung bestimmte Regeln vereinbart werden, berechtigt nicht, das Anschaffungs- oder Illations- oder Betheiligungsgeschäft, das begrifflich ein einheitliches ist, in mehrere Geschäfte zu zerreißen. So werden ja auch bei jedem Kaufvertrage noch bestimmte Bedingungen vereinbart, oft sehr ausführliche, und doch ist alles nur ein Kaufvertrag und der Stempel nur einmal zu erheben, nicht einmal vom Kaufvertrag und zweitens von der Vereinbarung aller übrigen Bedingungen.

Nach dem preußischen Stempelgesetz ist aber auch die Auflassung, welche auf Grund dieses Illationsgeschäfts erfolgt, nicht stempelpflichtig, weil nach Tarif Nr. 8, wenn der zu Grunde liegende Vertrag verstempelt ist, die Auflassung stempelfrei ist, und Tarif Nr. 8 Abs. 3 macht hiervon nur eine Ausnahme: wenn in Folge der Kollision mit dem Reichsstempel der Kauf- oder Tauschstempel gespart ist, hier aber handelt es sich um den Stempel für einen Gesellschaftsvertrag. (Uebereinstimmend auch hier Heinitz in der Deutschen Juristenzeitung 3 S. 264, während das Kammergericht in dem noch ungedruckten Beschlusse vom 27. März 1899 den Auflassungsstempel erheben will, indem es auf Grund der Entstehungsgeschichte des Tarif Nr. 8 der dort aufgestellten Ausnahme eine erweiternde Auslegung giebt.)

Der im preußischen Stempelgesetze auf das Statut gelegte allgemeine Vertragsstempel ist ebenfalls unzulässig und verstößt ebenfalls gegen das Reichsstempelgesetz. Auch das Statut ist nichts weiter, als ein Theil des Aktiengesellschaftsvertrages, also ein Theil desjenigen Vertrages, durch welchen das Recht auf die Aktien erworben wird, desjenigen Vertrages, der nach der früheren Rechtsprechung als Anschaffungsgeschäft galt und jetzt dem Anschaffungsgeschäfte gleich geachtet und wie ein solches versteuert wird. (In dieser Hinsicht anders Heinitz a. a. O.) Anm. 18.

Zusatz 6. Anwendung auf die älteren Gesellschaften. Anm. 19.

a) Die Vorschrift, daß die Aktie untheilbar ist, aus welcher folgt, daß Antheilscheine nicht ausgegeben werden können, ist zwar keine Aenderung gegen das Recht des alten H.G.B., wohl aber eine Aenderung gegen das Recht vor der Aktiennovelle von 1884. Auf diese Gesellschaften ist aber ebenfalls das Verbot anwendbar. Aber Antheilscheine aus dieser früheren Zeit sind nach wie vor giltig (Ring S. 160; vergl. Anm. 3 zu § 178).

b) Die Vorschrift, das Namensaktien auch vor der Vollzahlung ausgegeben werden können, ist eine Erleichterung, von welcher auch die bestehenden Gesellschaften Gebrauch machen können (vergl. Anm. 4 zu § 178). Anm. 20.

c) Daß aber vor der Vollzahlung keine Inhaberpapiere ausgegeben werden können, daran sind auch die früheren Gesellschaften, d. h. die vor der Aktiennovelle von 1884 errichteten, gebunden. Haben sie aber schon vor der Aktiennovelle Inhaberpapiere vor der Vollzahlung ausgegeben, so sind dieselben giltig (Ring S. 160; vergl. Anm. 3 zu § 178). Anm. 21.

Exkurs zu § 179.

Ueber Genußscheine.[1])

1. **Begriff.** Als Genußscheine werden zwei Arten von Urkunden von ganz verschiedenem juristischen Charakter bezeichnet. Gemeinsam ist beiden Arten, daß sie am Gewinn und möglicherweise auch am Liquidationserlöse theilnehmen, im Uebrigen aber ist ihr Wesen Anm. 1.

[1]) Siehe hierüber Klemperer, Die rechtliche Natur der Genußscheine, Halle 1894.

grundverschieden. Sie sind entweder reine Gläubigerrechte oder Pertinentien des Aktienrechts.

a) Reine Gläubigerrechte sind die Genußscheine, welche an die Stelle amortisirter Aktien treten (R.G. 30 S. 17), ferner die den Interessenten gewährten besonderen Vorzugsrechte, wenn dieselben nicht an die Aktien geknüpft waren (Anm. 1 zu § 186), ferner Genußscheine, welche ausgegeben werden, um flüssige Gelder zu erlangen ohne Erhöhung des Grundkapitals, und in denen Gewinnantheile und Liquidationserlöse verbrieft werden (Fall des R.G. 30 S. 17). Mit der Grundkapitalsziffer der Gesellschaft haben aber diese Genußscheine nichts zu thun. Was sie verbriefen, ist entweder von vornherein ein reines Gläubigerrecht gewesen, oder es ist an die Stelle eines untergehenden Aktienrechts getreten.

Anm. 2. b) Eine andere Art von Genußschein ist Zubehör des Aktienrechts. Prioritätsaktien werden oft in der Weise geschaffen, daß den neuen Aktien besondere Antheile am Gewinn und am Liquidationserlös gewährt werden, und diese besonderen Antheile werden durch Genußschein besonders verbrieft. In neuerer Zeit werden auch bei bestehenden Aktien für einen Theil der Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge besondere Urkunden ertheilt, welche ebenfalls Genußscheine genannt werden. Es wird z. B. bestimmt: Von dem Reingewinn werden fortan zunächst 5 % als ordentliche Dividende an die Inhaber der Dividendenscheine gezahlt, sodann 10 % an die Inhaber von Genußscheinen, welche jetzt ausgegeben werden, bis zu 50 Mk. auf jeden Genußschein, und der Rest wird wiederum als Dividende vertheilt; von dem Liquidationserlöse wird zunächst der Nominalbetrag der Aktien, sodann bis 1000 Mk. an die Genußscheininhaber gezahlt, der Rest wiederum an die Aktionäre.

In den Genußscheinen der letzteren Art liegt nichts als eine willkürliche Vertheilung der vermögensrechtlichen Bezüge auf mehrere Urkunden vor.

Anm. 3. Der Schaffung solcher Genußscheine steht rechtlich nichts entgegen, insbesondere nicht der § 179. Der Grundsatz der Untheilbarkeit der Aktie ist nicht verletzt. Das Aktienrecht wird hierdurch ebensowenig getheilt, wie durch die Schaffung von Dividendenscheinen. Wie es dem offenen Gesellschafter trotz der Unübertragbarkeit seines Gesellschaftsantheils freisteht, den Anspruch auf die vermögensrechtlichen Bezüge, wie sie sich nach ihrer Fälligkeit darstellen werden, jederzeit abzutreten (vergl. Anm. 22 im Exkurse zu § 122), so steht es dem Aktionär frei, seine Rechte auf Dividende und Liquidationserlös, wie sich dieselben nach ihrer Fälligkeit gestalten werden, jederzeit abzutreten. Um diese Abtretung leichter zu bewirken, können Urkunden geschaffen werden, durch welche solche später fälligen Rechte verbrieft werden, und nichts anderes liegt in der Schaffung solcher Genußscheine vor. Die Untheilbarkeit des Aktienrechts im Sinne des § 179 ist dadurch nicht gestört; denn das durch den Genußschein verbriefte Recht hat keine selbstständige Existenz, es geht unter mit dem Untergange des Aktienrechts; auf die Gestaltung der Bezüge durch Ausübung seiner gesellschaftlichen Herrschaftsrechte hat lediglich der Inhaber der Aktie Einfluß und eine Theilung dieser Rechte erfolgt nicht und kann nicht erfolgen (vergl. Klemperer S. 92; O.L.G. Dresden bei Holdheim 6 S. 279).

Anm. 4. 2. **Die Genußscheininhaber haben kein Stimmrecht.** Das gilt von beiden Arten. Nur die Aktionäre haben Stimmrecht. Nur durch Majoritätsbeschlüsse der Aktionäre darf die Gesellschaft regiert werden, wie das Reichsgericht es auch (R.G. 3 S. 129) für unzulässig erklärt hat, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft, da er deren Willen zum Ausdruck bringen soll, dem Willen einer fremden Person unterworfen werde. Das Stimmrecht kann dem Genußscheininhaber zulässigerweise nicht gewährt werden (unrichtig daher Bazar, Aktiengesellschaft). (Vergl. R.G. 30 S. 17.) In gerade umgekehrter Richtung bewegen sich die Ausführungen Klemperer's (Die rechtliche Natur der Genußscheine; Halle 1898). Er will die an die Stelle amortisirter Aktien tretenden Genußscheine präsumtiv als Aktien gelten lassen, besonders im Falle der Amortisation (vergl. oben Anm. 1) und diese Präsumtion selbst dann durchgreifen lassen, wenn ihnen ein Stimmrecht versagt ist — diese Versagung

soll eben ungiltig sein. Nun ist zwar zuzugeben, daß es auch solche Genußscheine geben kann und giebt, welche wirkliche Aktienrechte darstellen. Es liegt dann eine wirkliche Aktie vor, die nur den irreführenden Namen Genußschein führt. Allein für jene Präsumtion giebt es keinen gesetzlichen Anhalt. Wem vollends das Statut das Stimmrecht versagt, der ist eben kein Aktionär. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Versagung ungiltig sein soll, da doch die Konstruktion des Genußscheins ohne Stimmrecht sehr wohl denkbar ist, nämlich als reines Gläubigerrecht.

Aber unter sich können die Genußscheininhaber zu einem Mehrheitsverbande vereinigt werden, innerhalb dessen Majorität entscheidet (vergl. auch Behrend § 133 Anm. 6), jedoch nicht über die Schicksale der Gesellschaft, sondern nur über ihre eigenen Rechte, über die sie auf diese Weise mit der Gesellschaft paktiren können.

Umgekehrt hat die Generalversammlung keine Macht über diejenigen Genußscheine, welche reine Gläubigerrechte darstellen (oben Anm. 1). — So O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 344; Bolze 3 Nr. 807. —

3. Sie dürfen an Order lauten (§ 363), aber auch auf den Inhaber, und zwar ohne staatliche Genehmigung (§ 795 B.G.B.), da es sich nicht um Schuldverschreibungen auf bestimmte Geldsummen handelt. Anm. 5.

4. **Stempelfrage.** Genußscheine sind nach Anmerkung zum Tarif 1 und 2 (Gesetz vom 27. April 1894) mit 50 Pf. für jede Urkunde zu stempeln, wenn sie an die Stelle von amortisirten Aktien treten, sonst mit 3 bezw. 5 Mk. für jede Urkunde, je nachdem es sich um inländische oder ausländische Urkunden handelt. Wenn in dem Falle zu 1b die bestehenden Aktien dahin abgestempelt werden, daß das Bezugsrecht auf die neuen Genußscheine ausgeübt ist, so ist dafür kein Stempel zu verwenden, weil das Aktienrecht sich ja dadurch nicht ändert. Es wird nur ein Theil des Dividendenrechts und ein Theil des Rechts auf den Liquidationserlös abgezweigt und durch Sonderurkunde verbrieft. Aber diese andere Urkunde bleibt ja Zubehör und Theil des Hauptaktienrechts, welches seinen rechtlichen Charakter nicht ändert. (R.G. v. 3. XI. 98 in J.W. S. 674). Anm. 6.

§ 180.

Die Aktien müssen auf einen Betrag von mindestens eintausend Mark gestellt werden.

Für ein gemeinnütziges Unternehmen kann im Falle eines besonderen örtlichen Bedürfnisses der Bundesrath die Ausgabe von Aktien, die auf Namen lauten, zu einem geringeren, jedoch mindestens zweihundert Mark erreichenden Betrage zulassen. Die gleiche Genehmigung kann ertheilt werden, wenn für ein Unternehmen das Reich, ein Bundesstaat oder ein Kommunalverband oder eine sonstige öffentliche Körperschaft auf die Aktien einen bestimmten Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet hat.

Auf Namen lautende Aktien, deren Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, dürfen auf einen Betrag von weniger als eintausend, jedoch nicht von weniger als zweihundert Mark gestellt werden.

Im Falle des Abs. 2 soll die ertheilte Genehmigung, im Falle des Abs. 3 sollen die Beschränkungen, denen nach § 222 Abs. 4 die Aktionäre in Ansehung der Uebertragung ihrer Rechte unterliegen, in den Aktien ersichtlich gemacht werden.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den gesetzlichen Mindestbetrag der Aktien und zwar in der Weise, daß er denselben regelmäßig auf 1000 Mk. festsetzt (Absatz 1); von dieser Regel Einleitung.

Anm. 1. sind zwei Ausnahmen gestattet (Abs. 2—4), und endlich die getroffenen Bestimmungen auch auf Interimsscheine ausgedehnt (Abs. 5).

1. (Abs. 1.) **Der regelmäßige Mindestbetrag der Aktie ist 1000 Mark.** Auf diesen Betrag müssen die Aktien mindestens „gestellt" werden, d. h. bei Schaffung von neuen Mitgliedschaften (Gründung und Kapitalserhöhung) dürfen nur Aktien mit diesem Mindestbetrage kreirt werden. (Inwieweit die Vorschrift auf Aktiengesellschaften aus früherer Zeit mit Aktien unter 1000 Mk. Platz greift, was hier als Schaffung neuer Aktienrechte im Sinne des vorliegenden Paragraphen gelten soll, darüber siehe unten Anm. 16 ffg.)

Anm. 2. 1. Die Aktien einer Gesellschaft können auch auf verschiedene Beträge lauten. Doch kommt dies der Verkehrsfähigkeit der Aktien nicht zu Statten und kommt wohl nur bei Neuemissionen vor, namentlich Seitens älterer Gesellschaften.

Zuwiderhandlungen gegen die Vorschrift des Mindestbetrages haben Nichtigkeit und Schadensersatz (§ 209) und auch Strafen zur Folge (§ 314 Nr. 4).

Anm. 3. 2. (Abs. 2—4.) **In zwei bestimmt vorgesehenen Fällen kann der Mindestbetrag der Aktie bis herab auf 200 Mk. lauten.**

a) (Abs. 2.) **Der erste Fall ist das Vorliegen der Genehmigung des Bundesraths zur Ausgabe solcher Aktien.**[1]) Die Genehmigung kann nur ertheilt werden für ein gemeinnütziges oder seinem Ertrage nach garantirtes Unternehmen.

α) Die Stellung der Interessenten gegenüber dieser Genehmigung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um die Frage der Ertheilung oder um die ertheilte Genehmigung handelt. Auf die Ertheilung der Genehmigung haben die Interessenten kein Recht; der Bundesrath bestimmt nach seinem Ermessen, nicht nur ob die Voraussetzungen der Genehmigung vorliegen, sondern auch ob er nach Feststellung dieser Voraussetzungen die Genehmigung ertheilen will. Denn wie das Gesetz ausdrücklich sagt, „kann" sie der Bundesrath ertheilen, muß es aber nicht. (Das Gesuch ist an den Reichskanzler zu richten, Kayser Anm. 7 zu Art. 207a.) Die ertheilte Genehmigung aber gewährt den Interessenten, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, ein Recht auf Eintragung. Der Registerrichter hat kein Nachprüfungsrecht. Dies nimmt die herrschende Ansicht mit Recht an, und auch Ring (Anm. 4 zu Art. 207a) giebt dies zu für den Fall, daß es sich um ein gemeinnütziges Unternehmen handelt. Wenn aber Ring mit Bezug auf den anderen Fall, wo es sich um Gesellschaften mit garantirtem Ertrage handelt, das Gegentheil annimmt, so ist das inkonsequent. In beiden Fällen muß das Gleiche gelten, und es kann keinen Unterschied machen, daß im ersteren Falle das Kriterium der Gemeinnützigkeit ein minder präzises ist, als in dem andern das des garantirten Ertrages. Die Frage nach dem richterlichen Nachprüfungsrecht ist vielmehr nur prinzipiell zu beantworten, dasselbe kann, wenn es in dem einen Fall besteht, in dem andern Fall dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß das zu prüfende Kriterium dehnbar ist. Gerade umgekehrt wäre in letzterem Falle für ein richterliches Nachprüfungsrecht der geeignete Boden vorhanden. Ueberdies ist der Unterschied zwischen festen und schwankenden Kriterien doch ein sehr vager. Unter Umständen kann das sogenannte feste Kriterium zu Zweifeln Anlaß geben, das schwankende aber zweifellos sein. So giebt es sicherlich Fälle, in denen die Frage der Gemeinnützigkeit mit Sicherheit zu beantworten ist, die Frage der unbedingten und unbeschränkten Garantie aber den erheblichsten Meinungsdifferenzen ausgesetzt ist. Mit der hier vertheidigten Auffassung stimmt auch § 195 Abs. 2 Nr. 6 überein, der nur die Vorlegung der Genehmigungsurkunde, nicht der Unterlagen der erwirkten Genehmigung anordnet. (Zust. Behrend § 117 Anm. 8; Makower S. 407; Lehmann I S. 302 Anm. 4; Neukamp S. 14.)

Anm. 4. *β*) Die Voraussetzungen der Genehmigung sind in dem einen Falle ein gemeinnütziges Unternehmen und Ortsbedürfniß, in dem anderen Falle Ertragsgarantie.

---

[1]) Auch im Wege der Kapitalserhöhung können solche Aktien kreirt werden (§ 284 Nr. 4).

aa) Gemeinnütziges Unternehmen und örtliches Bedürfniß.

Als gemeinnütziges Unternehmen ist ein solches zu betrachten, dessen Betrieb nicht ausschließlich privaten Zwecken dient; daß es nur allgemeinen Zwecken dienen soll, geht zu weit. In den Motiven z. Aktien-Ges. von 1884 I S. 102 wurden genannt Sekundärbahnen, Kanäle, Straßen und sonstige Verkehrsverbindungen, Gas-, Wasser-, Badeanstalten; in den Berathungen wurden ferner genannt: Kasinos, zoologische Gärten, ja es wurde auch betont, daß unter Umständen die Anlegung einer Fabrik, z. B. einer Zuckerfabrik, ein gemeinnütziges Unternehmen sein kann.

Unter dem örtlichen Bedürfniß ist ein lokal begrenztes, jedoch Anm. 5.
nicht etwa nur ein auf den einzelnen Ort oder Gemeindebezirk begrenztes gemeint (Motive z. Aktien-Ges. v. 1884 I S. 102). Es kann auch einen Kreis, eine Provinz, bei Kleinstaaten sogar ein ganzes Land umfassen; es darf nur kein allgemeines, örtlich unbegrenztes Bedürfniß sein.

Eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens Anm. 6.
ohne Erhöhung des Nennwerthes der Aktien auf 1000 Mark ist nicht zulässig. Da die Genehmigung nur für ein bestimmtes Unternehmen ertheilt, d. h. der Aktiengesellschaft nur ertheilt ist, insofern ihr Unternehmen einen gemeinnützigen Charakter hat, so muß sie entweder diesen gemeinnützigen Charakter ihres Unternehmens wahren, oder aber den Aktienbetrag auf 1000 Mark erhöhen. Jede andere Beschlußfassung widerspricht dem Gesetze und ist nicht eintragsfähig. Es bedarf in dieser Hinsicht keines Vorbehalts in der Genehmigungsurkunde, wie Ring (Anm. 5 zu Art. 207 a) will (zust. Behrend § 117 Anm. 8; Makower S. 362; Rudorff zu § 180). Die gleichwohl erfolgte Eintragung ist nichtig und kann von Amtswegen gelöscht werden (§ 142 F.G.), während Rudorff a. a. O. die Eintragung für giltig und den Registerrichter für befugt erachtet, die Anmeldung des höheren Nennbetrages durch Ordnungsstrafe zu erzwingen, weil der geringere nichtig sei.

ββ) Garantirter Ertrag. Anm. 7.

Der Garant muß eine öffentliche Korporation sein. Inwieweit dieses Erforderniß vorliegt, richtet sich nach dem Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten; maßgebend wird hierfür sein, daß die Korporation in einer organischen Verbindung zum Staatsganzen steht (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 5). Die Banken, auch die privilegirten und landesherrlichen, gehören nicht dazu (Völderndorff S. 58), wohl aber die Reichsbank (R.G. 15 S. 236).

Die Beschaffenheit der Garantie anlangend, so muß ein bestimmter Anm. 8.
Ertrag bedingungslos und ohne Zeitbeschränkung gewährleistet sein. Der garantirte Ertrag muß also bestimmt sein. Eine Höhe des Ertrages ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, hier waltet das freie Ermessen des Bundesraths, der sich eventuell auch mit einem halben Prozent begnügen kann. — Die Garantieerklärung muß unbedingt und ohne Zeitbeschränkung sein. Das bezieht sich aber nur auf den Ertrag, und es scheint uns Völderndorff (S. 58) zu weit zu gehen, wenn er verlangt, die Garantie müsse derart beschaffen sein, daß die Aktie dauernd in ihrem Werthe gesichert erscheint. Nicht als Bedingung und nicht als Zeitbeschränkung gilt es z. B., wenn die Korporation sich ausbedingt: Uebernahme des ganzen Unternehmens gegen volle Rückzahlung der Aktien und Fixirung der Garantiedauer bis zu diesem Zeitpunkte. Es ist keine Bedingung, sondern das Ausbedingen einer Gegenleistung; und keine Zeitbeschränkung, weil die Garantie ja solange währen soll, wie die Gesellschaft (zust. Makower S. 362).

Die Form der Gewährleistung ist vom Gesetze nicht bestimmt. Der Anm. 9.
Bundesrath entscheidet, in welcher Form sie ihm als genügend erscheint.

b) (Abs. 3.) **Die zweite Ausnahme ist die der vinkulirten Namensaktien**, d. h. Namens- Anm. 10.
aktien, deren Uebertragung an die Einwilligung der Gesellschaft gebunden ist. Für

diesen Fall ist der sonst vorgeschriebene Höchstbetrag nicht nothwendig, weil Aktien von so schwerfälliger Uebertragbarkeit für die Verwerthung zur Agiotage nicht geeignet sind, so daß der Grund jenes hohen Mindestbetrages fortfällt. Eine Genehmigung des Bundesraths ist hier selbstverständlich nicht nothwendig.

Die Bestimmung muß im Statut enthalten sein. Das ergiebt sich von selbst.

Anm. 11. Denn es giebt nur drei Wege, auf welchen solche Aktien geschaffen werden können, und alle drei sind nur im Wege der Statutenfeststellung zu betreten: Solche Aktien werden entweder bei der Gründung geschaffen oder bei einer Kapitalserhöhung ausgegeben (vergl. § 284 Nr. 4) oder es erfolgt die Herabsetzung von Normalaktien auf den Betrag von 200 Mark unter Beschränkung der Uebertragbarkeit. Die letzten beiden Fälle aber sind Aenderungen des Gesellschaftsvertrages (§§ 274, 278, 288). Soll die Herabsetzung nur bestimmte Aktien betreffen, so müssen diese besonders zustimmen.

Anm. 12. Eine weitere Vorschrift über die vinkulirten Namensaktien giebt das Gesetz im Abs. 4 und eine fernere im § 222 Abs. 4. (Siehe die Erläuterung zu diesem Paragraphen und über die dort erörterten Fragen, ob und inwieweit Veräußerungen und Verpfändungen oder Pfändungen ohne die erforderliche Genehmigung giltig sind.)

Anm. 13. c) **Für beide Fälle** (Absatz 2 Gemeinnützige und garantirte Gesellschaften, und Absatz 3 Gesellschaften mit vinkulirten Namensaktien) bestimmt Absatz 4, daß die Genehmigung bezw. die Uebertragungsbeschränkung aus der Urkunde hervorgehen soll. Die Verletzung des Verbots hat deren Nichtigkeit nicht zur Folge, wie aus dem Worte „sollen" hervorgeht. Wohl aber ist Strafbarkeit vorgesehen (§ 314 Nr. 5). Eine civilrechtliche Verantwortlichkeit ist zwar nicht vorgesehen, aber da eine unerlaubte Handlung vorliegt, so ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein durch die Verletzung des Gebots entstehender Schaden von dem Schuldigen zu ersetzen.

Anm. 14. **3.** (Abs. 5.) **Für Interimsscheine gilt das Gleiche,** was jedoch nicht dahin zu verstehen ist, daß auch der Interimsschein über mindestens 1000 Mark eingezahlten Betrages lauten muß, sondern über ein Mitgliedsrecht von mindestens 1000 Mark Nennwerth (K.B. zur Aktiennovelle von 1884 S. 5). Die Summe des eingezahlten Betrages braucht der Interimsschein überhaupt nicht zu enthalten. (Anm. 5 zu § 179). Die Ausgabe von Interimsscheinen über Aktien von weniger als 1000 Mark ist zulässig unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3.

Anm. 15. **Zusatz 1.** Daß jede Aktie auf mindestens 1000 Mark lauten muß, bedeutet auch, daß sie in deutscher Reichswährung lauten muß (Lehmann I S. 162).

Anm. 16. **Zusatz 2. Uebergangsfrage. Inwieweit die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen für ältere Gesellschaften maßgebend sind,** siehe Art. 24. E.G. zum H.G.B. Derselbe lautet:

„Sind die Aktien einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 (Reichs-Gesetzbl. S. 123) in Geltung gewesenen Vorschriften auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt, so bleiben im Falle einer Zusammenlegung oder sonstigen Umwandlung dieser Aktien die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs außer Anwendung. Der Nennbetrag der Aktien darf jedoch nicht herabgesetzt werden.

Wird das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Ausgabe neuer Aktien erhöht, so finden die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs auf die neuen Aktien Anwendung, auch wenn die Ausgabe mittelst Umwandlung von Aktien der im Abs. 1 bezeichneten Art geschieht.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine."

Anm. 17. Das in diesen Vorschriften liegende Prinzip ist: Auch ältere Gesellschaften haben den neuen Betrag von 1000 Mark immer dann einzuhalten, **wenn es sich um eine wirkliche Erhöhung des Aktienkapitals handelt;** jedoch nicht bei sogenannten Umwandlungen; aber auch bei Umwandlungen, bei denen sie den neuen Nennbetrag hiernach nicht einzuhalten haben, **haben sie jedenfalls ihren bisherigen Betrag zu bewahren.**

Daraus folgen die nachstehenden einzelnen Grundsätze: Anm. 18.

1. **Aktien, welche aus früherer Zeit herrühren und unter 1000 Mark lauten,** bleiben giltig. Das ergiebt sich sowohl aus dem vorliegenden Art. 24, als auch aus dem Grundsatze, den wir im § 178 Anm. 3 aufgestellt haben und der durch den vorliegenden Artikel seine Bestätigung findet.
2. **Es können Aktien mit geringerem Nennbetrage auch umgewandelt werden.** Anm. 19. D. h. es kann mit ihnen eine Zusammenlegungstransaktion vorgenommen werden, sie können ferner von Inhaberaktien in Namensaktien oder umgekehrt umgewandelt werden, sie können aus Stammaktien in Prioritätsaktien (ohne Erhöhung des Aktienkapitals) umgewandelt werden ꝛc. (Denkschrift S. 305). Es braucht bei allen diesen Transaktionen der Nennbetrag nicht erhöht zu werden, sondern kann sich unter 1000 Mark halten, weil hier überall keine Kapitalserhöhung vorliegt. Aber es darf bei allen Transaktionen der bisherige Nennbetrag der Aktien nicht herabgesetzt werden.
3. **Noch weniger braucht bei Ausgabe von Ersatzstücken** (anstatt eines verlorenen Anm. 20. und für kraftlos erklärten oder an Stelle eines beschädigten Stückes) der Nennwerth heraufgesetzt zu werden, und ebenso wenig bei Abstempelung der Aktien mit der neuen Firma, weil hier überall keine Kapitalserhöhung vorliegt.
4. **Liegt dagegen eine Kapitalserhöhung vor,** dann muß der Nennbetrag von Anm. 21. 1000 Mark auch von den alten Gesellschaften innegehalten werden. In diesem Falle aber ist es gleichgiltig, ob ganz neue Aktien ausgegeben werden oder ob die alten Aktien gegen solche eines höheren Nennwerthes umgetauscht werden (Denkschrift S. 306). Der Deutlichkeit wegen fügen wir hinzu, daß das Gleiche auch dann gilt, wenn die alten Aktienurkunden nicht umgetauscht, sondern auf den höheren Nennbetrag abgestempelt werden. Auch dies ist eine „Ausgabe mittelst Umwandlung". Es kommt hier überall nicht auf die Urkunden, sondern auf die Mitgliedschaft an.

§ 181.

Zur Unterzeichnung von Aktien und Interimsscheinen genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift. Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden.

Der Paragraph behandelt die Form der Unterzeichnung der Aktien und Interimsscheine. Einleitung. Die Vorschrift ist dem für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebenen § 793 Abs. 2 B.G.B. nachgebildet. Ohne diese Vorschrift hätte § 126 B.G.B. Anwendung finden und daher jede Aktienurkunde eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell oder gerichtlich beglaubigter Handzeichen unterzeichnet werden müssen.

1. **Es genügt hiernach auch die faksimilirte Unterschrift. Soll eine besondere** Anm. 1. **Form erforderlich sein,** d. h. mehr als eigenhändige oder faksimilirte Unterschrift des Ausstellers, so muß dies aus der Urkunde hervorgehen, also z. B. wenn notarielle Beglaubigung erforderlich sein soll. Ist hiernach eine besondere Form giltig vorgeschrieben, dieselbe aber nicht beobachtet, so ist die Aktienurkunde nichtig (§ 125 B.G.B.).
2. **Wer die Unterschrift leisten muß,** ist nicht gesagt. Hier gilt die allgemeine Regel, Anm. 2. daß der Vorstand der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist. Dieser muß daher unterschreiben (Lehmann I S. 200). Aber es ist auch Vertretung durch Bevollmächtigte zulässig und die Aktienurkunde ist giltig, wenn ein gehörig Bevollmächtigter unterschrieben hat. Prokura und generelle Handlungsvollmacht allein werden dazu aber nicht ausreichen, weil die Ausstellung von Aktienurkunden zum Betriebe des Handelsgewerbes nicht gehört. Es muß eine besonders hierauf gerichtete Vollmacht vorliegen. Die Mitunterschrift anderer Organe ist zulässig. Es kann aber auch bestimmt werden, daß die Unterschrift anderer

Organe erforderlich sei (Lehmann I S. 189). Darin liegt nicht die Vorschrift einer besonderen Form im Sinne des vorliegenden Paragraphen (anders Cosack S. 632.)

Anm. 3. 3. Ueber den sonstigen Inhalt der Aktienurkunden ist im Allgemeinen nichts bestimmt. Es ist daher jeder Inhalt genügend, aus welchem ersichtlich ist, daß der Eigenthümer bezw. Inhaber der Urkunde Mitglied der betreffenden Gesellschaft ist, ferner der Nennbetrag der Aktie und endlich, ob sie auf den Namen oder auf den Inhaber lautet. Im ersteren Falle muß sie den Namen des Berechtigten enthalten, im letzteren muß aus ihr hervorgehen, daß nicht eine bestimmte Person berechtigt sein soll. Enthält sie den Namen eines Berechtigten nicht, so gilt sie auch ohne ausdrückliche Hervorhebung der Inhaberqualität als Inhaberaktie, da für die Namensaktie die wesentliche Voraussetzung fehlt, nämlich die Nennung des Berechtigten, die wörtliche Aufnahme der Inhaberklausel aber nicht erforderlich ist (vergl. Lehmann I S. 204). Die Form bestimmt mit Wirkung nach außen der Vorstand, der Aufsichtsrath hat das Bestimmungs- und Ueberwachungsrecht nach innen innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Grenzen. — Das Datum ist nicht wesentlich. — Als Berechtigter bei der Namensaktie braucht nicht, wie Pinner S. 7 meint, nur eine Person angegeben zu werden, da die Aktie auch im Miteigenthum Mehrerer stehen kann (§ 225).

Im Besonderen sind Vorschriften gegeben über den Inhalt der Urkunde; so § 179 Abs. 3, § 180 Abs. 4, § 212.

Enthält das Statut weitere Vorschriften über den Inhalt der Aktienurkunde, so sind dies im Zweifel nur Ordnungsvorschriften, nicht Giltigkeitserfordernisse (Lehmann I S. 201; Behrend S. 790 Anm. 11).

Anm. 4. Zusatz. Um Mißbräuche bei der Ausgabe von Aktienurkunden zu verhüten, ist die Strafvorschrift des § 360 Nr. 4 und 5 St.G.B. gegeben, wonach Aktienformulare ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde nicht angefertigt oder ausgefolgt werden dürfen.

§ 182.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. In der Verhandlung ist der Betrag und, wenn verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, die Gattung der von Jedem übernommenen Aktien anzugeben.

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. Die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Bekanntmachungen, die durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, sind in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken. Andere Blätter außer diesem bestimmt der Gesellschaftsvertrag.

Vorbemerkung. Die folgenden Paragraphen behandeln die Gründung der Aktiengesellschaft. Dieselbe kann in zweierlei Weise erfolgen: als Simultan- und als Successivgründung. Erstere liegt dann vor, wenn sämmtliche Aktien von den Gründern übernommen

werden; letztere dann, wenn dies nicht der Fall ist, vielmehr für die von den Gründern nicht übernommenen Aktien andere Zeichner geworben und der Gesellschaftsvertrag erst dann errichtet wird. Die erstere kann man, wenn man durchaus verdeutschen will, mit Rudorff Einheitsgründung, die letztere mit Makower Stufengründung nennen.

In beiden Fällen geht der Errichtung des Gesellschaftsvertrages die Feststellung des Statuts voran.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Feststellung des Gesellschaftsstatuts, doch nur in Abs. 1 und 2, während Abs. 3 einen hiermit organisch nicht zusammenhängenden Gegenstand betrifft. Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Der erste Absatz enthält die prinzipielle Vorschrift, daß vor Allem der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in gehöriger Form festgestellt werden muß.** Zur gehörigen Form gehört das Vorhandensein von 5 Personen, Aktienübernahme durch dieselben, und gerichtliche oder notarielle Verhandlung.

   a) Die prinzipielle Vorschrift und ihre rechtliche Bedeutung. Als wohldurchdachte Neuerung, bestimmt, Uebelständen der früheren Gesetzgebung abzuhelfen, brachte das Akt.-Ges. von 1884 die Vorschrift, daß bei der Gründung der Aktiengesellschaft vor allem das Statut festgestellt werden muß (Motive I S. 140). Die Vorschrift ist legislativ zu billigen, weil sie in der That dem Uebelstande begegnet, daß Zeichnungen erfolgen, ehe das Statut feststeht, wodurch die Verpflichtung des Zeichners, ja die Existenz der Gesellschaft in Frage gestellt werden kann (vergl. R.O.H. 11 S. 375; Bolze 1 Nr. 1187).

   Die materielle Bedeutung der Vorschrift anlangend, so ist dieselbe nicht so hoch anzuschlagen, wie jener Gesetzgeber dies that. Derselbe wollte „mit Schärfe die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren scheiden." Anm. 2.

   Dieser Ausspruch darf nicht kritiklos hingenommen werden. Zur Errichtung des auf die Bildung der Aktiengesellschaft abzielenden Gesellschaftsvertrages[1]) gehört begrifflich einmal die Einigung über die Höhe der Betheiligung der einzelnen Mitglieder, welche die Gesellschaft errichten, und zweitens die Festsetzung der Normen, welche für das Gesellschaftsleben maßgebend sein sollen. Sobald über alle diese Punkte Einigkeit erzielt ist, ist die Gesellschaft errichtet, nicht eher und nicht später. Dabei ist es begrifflich völlig indifferent, in welcher Reihenfolge die Einigung über die einzelnen Punkte erfolgt, ob erst die Höhe der Betheiligung oder erst einzelne dieser Normen und dann die Höhe der Betheiligung und zuletzt der Rest der Normen, oder ob endlich alles uno acto vereinbart wird. Und auch der Gesetzgeber kann daran kein Interesse haben, daß jene Vereinbarungen in verschiedenen Rechtsakten niedergelegt werden, weshalb es auch zulässig ist, Statutfeststellung und Aktienübernahme uno actu vorzunehmen (§ 188 Abs. 2). Und sicherlich ist es, wenn diese letztere Form gewählt wird, gleichgültig, welche Erklärung vorangestellt wird, ob die Statutfeststellung oder die Aktienübernahme.

   Nur das will der Gesetzgeber anordnen, daß, wenn die Statutfeststellung und die Uebernahme sämmtlicher Aktien nicht in einem Akte erfolgen, jener erstere Akt vorangehen soll. Aber wenn dies auch geschieht, wenn die Statutfeststellung in gesondertem Akte gethätigt wird und vorangeht, so ist doch immer festzuhalten, daß in rechtlichem Sinne nicht ein zu gesonderter rechtlicher Existenz bestimmter, mit selbstständigen Rechtswirkungen ausgestatteter Rechtsakt vorliegt, sondern nur der erste Theil eines geplanten Gesellschaftsvertrages. Wie immer aber, so ist auch hier die Verständigung über einen Theil des Vertrages ohne Rechtswirkung; erst mit dem Hinzukommen der Verständigung über den letzten wesentlichen Theil ist der Vertrag perfekt. Jener erste

---

[1]) Gierke (Deutsches Privatrecht S. 486) leugnet, daß der schöpferische Gesammtakt, der eine Körperschaft ins Leben ruft, ein Vertrag sei; er dürfe nicht unter den Begriff irgend eines Rechtsgeschäfts gebracht werden. Allein das Gesetz selbst nennt ihn hier Gesellschaftsvertrag.

Theil ist, für sich betrachtet, nur die Schablone, nach welcher das geplante Rechtsgebilde hergestellt werden soll, oder, wie Ring sagt, das „Rohmaterial" für den abzuschließenden Gesellschaftsvertrag. Es ist daher auch nicht korrekt, wenn das Gesetz von der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages spricht. Nicht der Gesellschaftsvertrag wird festgestellt, sondern ein Theil desselben, und nicht etwa der wesentlichere; denn die Uebernahme sämmtlicher Aktien ist ebenso wesentlich zur Perfektion. Nur ist die Statutfeststellung derjenige Theil, der sich von dem andern Theil, der Aktienübernahme, dadurch auszeichnet, daß sein Inhalt ein bleibender und als maßgebende Satzung für alle Mitglieder von größerem Interesse ist, während die Höhe der Betheiligung, wie sie sich bei der Gründung stellte, so wesentlich die Einigung darüber auch juristisch sein mag, weil ohne sie die Gesellschaft nicht zur Existenz gelangt, doch nur ein Interesse geringeren Grades beansprucht. Denn sie hat einmal einen persönlichen, die Allgemeinheit nicht tangirenden und hinter der Thatsache der dadurch bewirkten Gesellschaftserrichtung zurücktretenden Werth und ferner nur ephemere Bedeutung, weil sie raschem Wechsel ausgesetzt ist. Mit diesen Ausführungen stimmt im Ergebniß überein Ring (Anm. 1 zu Art. 209, auch Makower S. 368), während Petersen und Pechmann (S. 28) in der Statutfeststellung einen selbstständigen, bindenden Rechtsakt erblicken. Das ist nicht zutreffend. Daß die Feststeller des Statuts einander verpflichtet sein können, auch Aktien zu übernehmen und die Gesellschaft formell zu errichten, ist freilich nicht zu leugnen. Aber wenn eine solche Verpflichtung besteht, so hat sie eine andere Quelle, nämlich einen nebenher bestehenden Vertrag unter den Gründern (vergl. Anm. 24). Auch Behrend (§ 100) erblickt in der Feststellung einen Vertragsschluß. Allein der Wortlaut des § 182, dem nach seiner Ansicht (vergl. a. a. O. Anm. 1) die diesseitige Meinung nicht gerecht wird, enthält nichts für die Ansicht Behrends und die Begründung zu dem früheren Art. 209 ist zu unklar gedacht, als daß sie zu entscheidender Verwerthung geeignet wäre. Behrend giebt selbst zu, daß sie Wahres und Falsches neben einander enthält, und eher spricht sie für die diesseitige Auffassung, als für die Behrendsche, wenn sie sagt: „der Entwurf sucht mit Schärfe die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages von der Errichtung des letzteren zu scheiden." Es wird also die Errichtung des Vertrages von der Feststellung seines Inhaltes unterschieden, und damit zum Ausdruck gebracht, daß durch den betreffenden Akt nur in deutlicher, feierlicher Form konstatirt werden soll, welchen Inhalt der intendirte Vertrag haben soll. Zur Konstruirung eines besonderen Vertrages gelangt auch Behrend nur dadurch, daß er von der „Feststellung des Gesellschaftsvertrages" spricht, statt, wie Motive und Gesetz „von der Feststellung des *Inhalts* des Gesellschaftsvertrages". Würde das Gesetz so sprechen, wie Behrend, so würde das schon eher an einen besonderen Vertragsschluß anklingen, aber immer noch nicht zwingend auf einen solchen hindeuten, sondern immer noch eine ungewöhnliche Ausdrucksweise für die Schließung eines Vertrages darstellen. Zwingend *gegen* die Behrendsche Auffassung aber spricht die Erwägung, daß der Vertrag, den er im Sinne hat, nur ein Gesellschaftsvertrag sein kann, ein solcher aber wesentlich voraussetzt, daß die Antheilsquoten feststehen.

Anm. 3. b) *Die vorgeschriebene Form* ist: Vorhandensein von mindestens 5 Personen, Aktienübernahme durch dieselben, gerichtliche oder notarielle Verhandlung.

α) *Mindestens 5 Personen.*

Diese Personen heißen Gründer. Sie sind aber nicht nothwendig die sämmtlichen Gründer, da nach § 187 auch diejenigen, welche sich bei der Errichtung der Gesellschaft dadurch betheiligen, daß sie Sacheinlagen machen, zu den Gründern gehören.

Anm. 4. *Ueber die Qualität dieser Personen* sagt das Gesetz nichts. Es gilt demzufolge in dieser Hinsicht nichts Besonderes. Wer fähig ist, sich durch Uebernahme von Aktien an einer Aktiengesellschaft zu betheiligen, kann Gründer sein. Daher können als Gründer physische oder juristische Personen, auch Handelsgesell-

schaften auftreten: offene Handelsgesellschaften;[1]) Aktiengesellschaften; Kommanditgesellschaften; Kommanditgesellschaften auf Aktien; Gesellschaften mit beschränkter Haftung; eingetragene Genossenschaften. Der Umstand, daß für die Gründer eine strafrechtliche Verantwortlichkeit vorgesehen ist, ändert hieran nichts. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit übernehmen dann (und zwar unzweideutig, dies gegen Förtsch Anm. 5 zu Art. 109) diejenigen Personen, welche als gesetzliche Vertreter der juristischen Person oder Handelsgesellschaft auftreten, wie sich dieses Verhältniß auch hinsichtlich der Bücherpflicht stellt. (Behrend § 99 Anm. 5; Ring Anm. 2 zu Art. 209; Lehmann I S. 318 Anm. 2; Makower S. 368; Cosack S. 604; Kammergericht in G.Z. 40 S. 471; auch in Friedbergs Formelbuch S. 22 sind die Diskontogesellschaft in Berlin und die Deutsche Bank als Gründer bezeichnet; im Gesellschaftsregister des Amtsgerichts I Berlin figuriren als Gründer der A.G. Königswusterhausen-Mittenwalde-Töpchiner Kleinbahngesellschaft u. A. das konsolidirte Braunkohlenbergwerk Centrum, der Kreis Teltow und die Stadtgemeinde Mittenwalde.) Auch davon, daß die Gründer persönlich oder daß mindestens 5 Personen an der Verhandlung theilnehmen müssen, ist nichts angeordnet. Sie können daher auch durch Bevollmächtigte vertreten werden (Makower S. 368; Esser Anm. 2; Pinner S. 15; anders Cosack S. 604, weil die Thätigkeit „zu verantwortlich" sei, doch reicht dieses Argument nicht aus). Auch durch Mitgründer kann die Stellvertretung erfolgen (O.L.G. Dresden bei Holdheim 7 S. 312). — Ein Einzelkaufmann kann aber nicht unter seiner Firma als Gründer auftreten (vergl. Anm. 3 zu § 17, anders Pinner S. 15). — Nach alledem können auch Minderjährige durch ihre gesetzlichen Vertreter als Gründer auftreten (Cosack S. 604; vergl. die Registerakten der „Vereinigten Kammerichschen Werke" in Berlin).

β) Aktienübernahme durch die 5 Statutfeststeller. Jeder muß mindestens Anm. 5.
eine Aktie übernehmen, gleichgiltig ob für eigene oder für fremde Rechnung — der sog. Strohmann ist wahrer Gründer — (R.G. 28 S. 77; 41 S. 13; R.G. in Strafsachen 30 S. 312). Dabei muß der Betrag der übernommenen Aktien angegeben werden, d. h. sowohl der Nennbetrag, als der Ausgabekurs (nach Analogie der Zeichnungserklärung, § 189 Nr. 1 u. 3). Außerdem muß die Gattung der übernommenen Aktien angegeben werden, d. h. ob Prioritäts- oder Stammaktien (vergl. § 185), nicht nothwendig auch die Aktienart, d. h. ob Inhaber- oder Namensaktien (§ 183). Natürlich können die Statutfeststeller auch sofort alle Aktien übernehmen (§ 188). Die Uebernahme muß unbedingt und unbeschränkt erfolgen: jede nicht in die Uebernahmeerklärung aufgenommene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Das ergiebt sich analog aus den für die Aktienzeichnung bei der Successivgründung geltenden Regeln (Cosack S. 605). Eine formgerechte Zeichnung mittels Zeichnungsscheins ist nicht erforderlich.

Ueber die Folgen der civilrechtlichen Mängel der Aktienübernahmeerklärung durch die Gründer (Irrthum, Betrug u. s. w.) siehe Anm. 20 zu § 186.

γ) Gerichtliche oder notarielle Verhandlung. Es kann zweifelhaft sein, Anm. 6.
was damit gemeint ist. Das B.G.B. unterscheidet gerichtliche oder notarielle Beurkundung einerseits und gerichtliche oder notarielle Errichtung andererseits. Der ersteren ist im allgemeinen Theil des B.G.B. Erwähnung gethan und es ist dort angeordnet, daß es bei der Beurkundung von Verträgen genügt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages beurkundet wird (§ 128 B.G.B.). Es bedarf also nicht der gleichzeitigen Anwesenheit der Vertragsparteien. Bei der

[1]) Ist eine offene Handelsgesellschaft Gründerin, so können zwar neben ihr als besondere Gründerpersonen die Gesellschafter selbst figuriren, aber bei der Berechnung der Fünfzahl gilt die offene Handelsgesellschaft als eine Person (O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 548). Neben ihr können nicht mehr alle Gesellschafter als selbstständige Gründer figuriren. Wohl aber kann neben der o. H.G. A. u. B. noch der Gesellschafter A. als selbstständiger Gründer auftreten.

gerichtlichen oder notariellen Errichtung dagegen bedarf es dieser Anwesenheit (§ 925 Abs. 1 Auflassung, § 1434 Ehevertrag, § 2276 Erbvertrag ꝛc.). Die gerichtliche oder notarielle Verhandlung ist ein neuer terminus technicus, zu dessen Klärung die übrigen in Betracht kommenden Reichsgesetze nicht zu verwerthen sind, das B.G.B. nicht, weil es denselben nicht erwähnt, das Gesetz betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit aber nicht, weil es denselben nicht nur nicht erwähnt, sondern die termini technici sogar verwirrt, indem es bei den Vorschriften über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§§ 167 ffg.), worunter es offensichtlich sowohl die Beurkundung, als auch die Errichtung im Sinne des B.G.B. versteht, an einigen Stellen von einer Verhandlung spricht, so im § 175 und § 176.

Der Begriff muß daher aus unserem Gesetzbuch selbst erklärt werden. Das H.G.B. meint nun sicherlich eine einheitliche Verhandlung. Es soll nicht die Urkundsperson mit jeder einzelnen in Betracht kommenden Person verhandeln, sondern die Theilnehmer sollen mit einander über die Sache verhandeln, sich aussprechen und das Ergebniß der Verhandlung beurkunden lassen. „In der Verhandlung" soll dann auch der Betrag der Aktien angegeben werden, also ist eine einheitliche Verhandlung gemeint (§ 182) und wenn in dieser Verhandlung nicht alle Aktien übernommen sind, so soll der Rest „in einer besonderen Verhandlung" übernommen werden (§ 188). Es ist also das Gleiche gemeint, was das B.G.B. unter Errichtung versteht. Vergl. auch Makower S. 369. Pinners abweichende Ansicht (S. 15) berücksichtigt das neue Recht nicht.

Man kann auch nicht etwa die Vorschrift des § 197 hierauf anwenden und demzufolge die Formvorschrift des § 259 auf diese Verhandlung übertragen. Denn die vorliegende Verhandlung ist keine Generalversammlung, in welcher abgestimmt wird, sondern eine Verhandlung, in welcher mutuo consensu Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, ein Unterschied, dessen sich der Gesetzgeber bei Neuredigirung der Formvorschriften wohl bewußt war (Denkschrift S. 146).

Anm. 7. Dagegen wird es genügen, wenn die Betheiligten ein von ihnen fertig gestelltes Statut überreichen und sich zu dem Inhalt desselben als dem maßgebenden Inhalt des Gesellschaftsvertrages bekennen. So auch nach bisherigem Recht Werner, die preußischen Notariatsgesetze S. 18; R.G. vom 6. April 1897 in J.W. S. 269. Im jetzigen Recht spricht dafür § 195 Nr. 1, wonach der Gesellschaftsvertrag „und die im § 182 Abs. 1 bezeichnete Verhandlung" einzureichen sind. Danach ist also der Gesellschaftsvertrag etwas von dieser Verhandlung Verschiedenes. Das kann nur bedeuten, daß der Gesellschaftsvertrag eine selbstständige Urkunde ist, zu deren Inhalt sich die Gründer in der hier vorgeschriebenen Verhandlung bekannt haben. Im Uebrigen finden die Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit §§ 167 ffg. und die etwaigen Landesgesetze über die Errichtung von Rechtsgeschäften in gerichtlicher oder notarieller Form Anwendung.

Anm. 8. 2. (Abs. 2.) **Der zweite Absatz enthält den wesentlichen d. h. absolut nothwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages.** Beim Mangel eines dieser Erfordernisse ist der Gesellschaftsvertrag nichtig und muß von der Eintragung zurückgewiesen werden. Ueber die Folgen der Eintragung eines mangelhaften Gesellschaftsvertrages siehe § 209.

Zu beachten ist, daß nach dem oben Ausgeführten alle diese Punkte den Gesellschaftsvertrag nicht erschöpfen, insofern man darunter das versteht, was das Recht sonst unter dem Gesellschaftsvertrage versteht, d. h. den Vertrag, durch welchen die Gesellschaft zustande kommt. Hier in diesem Absatz sind nämlich unter „Gesellschaftsvertrag" alle übrigen Theile desselben außer der Festsetzung der Höhe der Betheiligung verstanden, die Satzungen, die für alle Mitglieder gemeinsam gelten sollen (vergl. oben Anm. 2).

Im Einzelnen ist über die aufgezählten essentialia des Gesellschaftsvertrages das Folgende zu bemerken.

Anm. 9. Ziffer 1. **Firma und Sitz der Gesellschaft.**

a) Firma und Name der Gesellschaft sind bei der Aktiengesellschaft identisch (R.G. 1

S. 26; 3 S. 68). Ueber die Firma vergl. § 20 u. Anm. 9 zu § 22[1]). Hinzuzufügen ist nur noch, daß es nicht unzulässig ist, der Gesellschaft bei ihrer Entstehung die Firma des Geschäftsvorgängers mit dem Zusatze „Aktiengesellschaft" zu geben. Es ist das praktisch ebenso wichtig, wie in Wahrheit häufig vorkommend. Die Bedenken Rings (Anm. 7 zu Art. 209) und Völderndorffs (S. 294) hiergegen können nicht getheilt werden. Es ist nicht abzusehen, warum nicht durch den Illationsvertrag mit dem Geschäfte das Firmenrecht inferirt und durch das Statut bestimmt werden kann, es solle die so erworbene Firma von der Aktiengesellschaft fortgeführt werden (gleicher Ansicht Petersen und Pechmann S. 337, Lehmann, Aktienrecht I S. 153; Pinner S. 16). — Die Vorschrift des § 18 Abs. 2, daß die Firma täuschende Zusätze nicht haben dürfe, ist analog anwendbar (vergl. daher Anm. 10 zu § 18). — Daß die Aktiengesellschaft nur eine Firma haben darf, darüber siehe Anm. 9 zu § 22.

b) Der Sitz der Gesellschaft ist eigentlich der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird. Er ist aber nicht ungiltig, wenn die Statuten einen anderen Ort als Sitz bestimmen. Dies war schon früher die herrschende Ansicht (Johow 13 S. 42; Ring Anm. 9 zu Art. 209; R.O.H. 17 S. 315; 21 S. 37) und wird jetzt durch § 24 B.G.B. bestätigt (vergl. auch Pinner Anm. 17; Makower S. 370; anders Lehmann bei Kohler u. Ring 9 S. 356). Der so frei gewählte Ort gilt als Sitz und Hauptniederlassung der A.G., und zwar für alle ihre Rechtsverhältnisse, so z. B. auch im Sinne des preußischen Einkommensteuergesetzes (so O.V.G. in Staatssteuersachen 3 S. 57; Pinner S. 18). Anm. 10.

Der Sitz ist ein einheitlicher. Die Aktiengesellschaft kann nicht einen mehrfachen Sitz haben (§§ 195, 200, 277 Abs. 3; Ring Anm. 1 zu Art. 209; Pinner S. 18; vergl. auch Johow 13 S. 45). Insbesondere begründet eine Zweigniederlassung kein zweites Domizil (R.O.H. 17 S. 315), wenn auch vielleicht einen besonderen Gerichtsstand (vergl. Anm. 13 zu § 13).

Der Sitz muß selbstverständlich in Deutschland sein.

Der Sitz kann auch verlegt werden, nämlich in den Formen der Statutenänderung. Die Sitzverlegung erfolgt in der Weise, daß der Beschluß im Register des bisherigen und alsdann im Register des neuen Sitzes eingetragen wird. Erst mit der letzten Eintragung ist der Beschluß rechtswirksam, der Sitz also verlegt (vergl. L.G. Mannheim bei Holdheim II S. 288). Unzutreffend ist die Praxis des Amtsgerichts I Berlin, welches die umgekehrte Reihenfolge fordert (vergl. Registerakten der Gesellschaft für Kraftfuttererzeugung).

Ueber Verlegung des Sitzes nach dem Auslande siehe zu § 292.

Ziffer 2. **Gegenstand des Unternehmens.** Hier wird behauptet, daß der Gegenstand des Unternehmens bestimmt umgrenzt sein müsse (Ring; Völderndorff; Behrend; Pinner; Holdheim — letzterer in seiner Wochenschrift 2 S. 291), und es werden daher allgemeine Wendungen, wie z. B. „Betrieb von Handel und Industrie", „ähnliche verwandte Geschäfte" u. s. w. für unzulässig erklärt. Dagegen wird eine freiere Ansicht von Primker (bei Endemann I S. 527) vertreten (vergl. auch Lehmann in Iherings Jahrbüchern 33 S. 411, 412; Esser Anm. 8, Makower S. 370) und diese beherrscht auch die Praxis. (Beispiele: Nationalbank für Deutschland: Betrieb von Handelsgeschäften aller Art; Schlesischer Bankverein: Betrieb von Bank-, Handels- und industriellen Geschäften aller Art; Allgemeine Häuserbau-Aktiengesellschaft zu Berlin: sowie der Betrieb von Bank- und Handelsgeschäften aller Art.) Die freiere Ansicht ist zutreffend. Das Gesetz schreibt nicht vor, daß der Gegenstand des Unternehmens bestimmt angegeben werden müsse, obwohl ein einziges, von dem Gesetze so oft angewandtes Wort (das Wort: bestimmt) dazu genügt hätte. Es ist aber auch aus dem Geiste des Gesetzes nicht zu folgern, daß dies Erforderniß Anm. 11.

[1]) Die im Art. 22 E.G. zum H.G.B. vorgesehene Hinzufügung des Wortes „Aktiengesellschaft" bei bestehenden Firmen bestimmter Art (vergl. Anm. 4 zu § 20) kann durch den Vorstand allein vorgenommen werden, und er erscheint auch ohne Weiteres dazu verpflichtet, weil es sich, wie Pinner S. 17 mit Recht ausführt, um eine gesetzliche, von der Verfügung der Parteien unabhängige Maßnahme handelt.

habe aufgestellt werden sollen. Warum sollte der Gesetzgeber der Privatautonomie der zu einer Aktiengesellschaft vereinigten Personen verwehren wollen, zu bestimmen, daß die Gesellschaft Geschäfte in dem allerweitesten Umfange machen könne? Ist dies doch auch dem Einzelkaufmann und der offenen Handelsgesellschaft nicht verwehrt. Die Vorschrift soll keinen anderen Zweck haben, als offen zu legen, in welchem Umfange die Organe der Gesellschaft befugt sind, ihren Geschäftsbetrieb auszudehnen, ob dies nach einer speziellen Richtung der Fall ist, und in diesem Falle nach welcher, oder ob dies in mehr oder weniger allgemeiner Richtung der Fall ist. Wen eine Bewegungsfreiheit letzterer Art stört, braucht der Gesellschaft nicht beizutreten. Auch § 275 Abs. 2, auf welchen Petersen und Pechmann (S. 35), sowie Willenbücher (Anm. 6 zu Art. 175) verweisen, wird durchaus nicht gegenstandslos nach dieser Auffassung. Er hat seine Bedeutung immer dann, wenn der Gegenstand des Unternehmens geändert wird, sei es, daß ein spezieller Gegenstand im Statut enthalten war und eine Veränderung oder Erweiterung erfolgen soll, oder daß ein allgemeiner Gegenstand angegeben war und eine Einschränkung erfolgen soll. — Welche rechtliche Bedeutung die Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens hat, daß sie hinsichtlich der Vertretungsmacht des Vorstandes lediglich eine interne Geschäftsführungsanweisung ist, darüber siehe § 235. Die Firma ist nicht an die Beibehaltung des Gegenstandes des Unternehmens gebunden. — Ueber Aenderung des Gegenstandes siehe § 275.

Anm. 12. Ziffer 3. **Die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien.** Die Feststellung einer Grundziffer, welche der Antheilsberechnung zu Grunde gelegt wird, ist der Aktiengesellschaft ebenso wesentlich, wie die Einlegung von Vermögenswerthen bei Entstehung der Gesellschaft. Daher ist nach der vorliegenden Ziffer 3 absolut nothwendig die Angabe der Grundziffer und der Theilbeträge, in welche sie zerlegt wird. Es bleibt den Errichtern der Gesellschaft unbenommen, eine niedrigere Grundziffer als die Summe der Einlagen der Betheiligung zu Grunde zu legen. Wollen sie dies, so müssen sie auch dies im Gesellschaftsvertrage genau bestimmen (vergl. § 184 Abs. 2). Ueber Festsetzung des Grundkapitals mit der Maßgabe, daß zunächst nur eine Serie zur Ausgabe gelangen soll, vergl. Anm. 14. Eine Minimalhöhe des Grundkapitals ist direkt nicht vorgeschrieben (anders z. B. § 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). Da jedoch eine jede Aktie über mindestens 1000 Mk., in Ausnahmefällen über 200 Mk. lauten muß, da ferner mindestens 5 Personen die Gründung zu bewirken haben, von denen jede mindestens eine Aktie übernehmen muß, so ist hierdurch die Minimalhöhe des Grundkapitals auf regelmäßig 5000, ausnahmsweise 1000 Mk. festgesetzt.

Anm. 13. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Aktien einer Gesellschaft alle über einen gleichen Betrag lauten. Bei Erhöhung können daher Aktien von anderem Nennwerthe, als die bisherigen, ausgegeben werden.

Anm. 14. Dagegen ist es in Konsequenz der vorliegenden Vorschrift nicht gestattet, ein Grundkapital festzusetzen mit der Maßgabe, daß zunächst nur ein Theil desselben (erste Serie) zur Ausgabe gelangen soll. Jedes nicht ganz gezeichnete, nicht ganz emittirte Kapital ist kein solches in gesetzlicher Bedeutung. Solche Scheinkapitalien waren vor dem Aktiengesetz von 1884 in der Praxis gebräuchlich; gegen sie wendet sich die vorliegende Vorschrift und der Registerrichter hat ihre Eintragung zurückzuweisen (Ring Anm. 11 zu Art. 209).

Anm. 15. Ziffer 4. **Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes.** Da einerseits der Vorstand als gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft wesentlich ist, das Gesetz aber andererseits keine Vorschriften für die Bildung des Vorstandes enthält, so war die Bestimmung nothwendig, daß der Gesellschaftsvertrag hierüber zu disponiren habe. Das Statut muß hiernach feststellen, wer den Vorstand zu bestellen hat (Aufsichtsrath, Generalversammlung, die Gründer, wohl auch Behörden, so namentlich bei Dividendengarantieen), und aus wieviel Personen der Vorstand besteht. (Ring Anm. 14 zu Art. 209.) Die Bestimmung der Anzahl der Vorstandsmitglieder kann dem Aufsichtsrath übertragen werden (Johow 10 S. 35). Mehr aber braucht das Statut hierüber nicht zu enthalten: insbesondere nicht,

ob der Vorstand aus besoldeten Personen oder ob er aus Aktionären bestehen solle. Die Frage nach der Besoldung liegt auf anderem Gebiete, und aus Aktionären braucht der Vorstand eben nicht zu bestehen, wenn das Statut dies nicht besonders vorschreibt. Auch braucht der Gesellschaftsvertrag nicht zu bestimmen, ob die Vorstandsmitglieder kollektiv zeichnen müssen; das versteht sich mangels abweichender Bestimmung von selbst (§ 232; Kammergericht bei Johow Bd. 10 S. 34). Nicht vorgeschrieben ist eine statutarische Bestimmung über die Bestellung des Aufsichtsraths. Eine solche ist überflüssig, da die §§ 190 und 243 in klarer und ausreichender Weise gesetzliche Anordnung darüber treffen, wie der Aufsichtsrath zu bestellen sei.

Ziffer 5. Die Form der Berufung der Generalversammlung. Dieselbe braucht nicht nothwendig in der Inserirung in öffentlichen Blättern zu bestehen. Es können in den Statuten auch Einberufungen auf andere Weise festgesetzt werden: etwa durch Zustellungsurkunden, Einschreibebriefe, oder öffentlichen Anschlag. In der Praxis sind immer öffentliche Blätter bestimmt. Auch ist es zulässig, festzusetzen, daß außer der Publikation in öffentlichen Blättern Einladungen durch besondere Briefe erfolgen sollen, z. B. bei vinkulirten Namensaktien, auch so, daß gleichwohl die Annoncirung in öffentlichen Blättern zur Giltigkeit ausreichend und erforderlich ist. (Vergl. Statuten der Aktiengesellschaft Logenhaus in Berlin.) Bestimmungen über den Vorsitz in der Generalversammlung, sowie überhaupt eine Geschäftsordnung für die Leitung der Generalversammlung braucht das Statut nicht zu enthalten, wiewohl es angezeigt erscheinen möchte, solches von Gesetzes wegen zu bestimmen. Vergl. Zusatz 4 zu § 256. Anm. 16.

Ziffer 6. Die Form der Bekanntmachungen. Dazu gehört nicht die Frage der Unterzeichnung und von wem die Bekanntmachungen ausgehen sollen. Das Statut kann nach seiner Wahl bestimmen, ob unter der Bezeichnung „Der Vorstand" auch noch der Name der Vorstandsmitglieder stehen müsse u. s. w. Aber es muß eben Bestimmungen hierüber nicht enthalten, da hierüber §§ 232, 233 Vorsorge treffen. Unter der Form ist vielmehr hier gemeint die Art der Bekanntmachung (öffentliche Blätter, eingeschriebene Briefe u. s. w.). Daß die Aktiengesellschaften sich als Publikationsmittel der öffentlichen Blätter bedienen müssen, ist nicht vorgeschrieben, aber allgemein üblich. Anm. 17.

3. (Abs. 3.) **Der dritte Absatz giebt Vorschriften über die Bekanntmachungen der Gesellschaft, welche durch öffentliche Blätter erfolgen sollen.** (Wohl zu unterscheiden von den Publikationen des Handelsgerichts nach § 10.) Mit dem wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrags hat dieser Absatz nichts zu thun und hängt daher nicht organisch mit dem sonstigen Inhalt dieses Paragraphen zusammen. Anm. 18.

a) Die Vorschriften dieses Absatzes beziehen sich auf alle diejenigen Bekanntmachungen, welche durch öffentliche Blätter erfolgen sollen, d. h. welche die Gesellschaft aus irgend einem Rechtsgrunde in öffentlichen Blättern zu erlassen verpflichtet ist, sei es auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift oder ihrer statutarischen Vorschriften oder sonstiger von der Gesellschaft übernommener Verpflichtungen, z. B. auf Grund von Obligationsbedingungen. (Ring Anm. 17 z. Art. 209.)

b) Der Inhalt der Vorschrift ist nun erstens, daß im Reichsanzeiger stets publicirt werden muß (der Gesellschaftsvertrag braucht dies nicht besonders zu bestimmen), zweitens, daß weitere obligatorische Publikationsorgane bestimmt werden können, aber nur im Gesellschaftsvertrage selbst. Anm. 19.

Diese letztere Vorschrift hat zwei Seiten:

α) der Gesellschaftsvertrag kann in bindender Weise weitere Publikationsorgane bestimmen, selbstverständlich nach seiner Wahl auch keines oder auch eines. (Ring Anm. 17 zu Art. 209.) Geht ein solches ein, so kann eben der Gesellschaftsvertrag insoweit nicht erfüllt werden; die Publikation in den übrigen Blättern, eventuell im Reichsanzeiger allein, genügt alsdann (Kammergericht bei Johow und Küntzel 4 S. 44 u. 45). — Bestimmt der Gesellschaftsvertrag weitere Publikationsorgane überhaupt nicht, so bewendet es beim Reichsanzeiger allein.

Anm. 20. β) Nur der Gesellschaftsvertrag kann in bindender Weise diese Bestimmung treffen, weder Vorstand, noch Aufsichtsrath, noch Generalversammlung; selbst dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung der obligatorischen Publikationsorgane einem dieser Organe überlassen hätte. Solche Delegation wäre eben ungültig, weil sie den Gesetzen zuwiderläuft. (Ring Anm. 17 zu Art. 209.)

Anm. 21. Nicht bezweifelt kann werden, daß der Gesellschaftsvertrag auch fakultative Publikationsorgane anordnen könne, d. h. bestimmen kann, daß die Publikation in gewissen Organen erfolgen solle, doch so, daß die Publikation im Reichsanzeiger zur Gültigkeit genüge. (Vergl. z. B. die Statuten der Deutschen Glasglühlicht-Aktiengesellschaft in Berlin.) Die Wahl solcher fakultativer, die Gültigkeit der Publikation nicht bedingender Organe kann auch dem Aufsichtsrath überlassen werden. (Vergl. z. B. die Statuten der Kaiser-Bazar-Aktiengesellschaft zu Berlin § 31.) Zust. Behrend § 98 Anm. 13, Ring Anm. 17 zu Art. 209, Pinner S. 20.

Anm. 22. **Zusatz 1. Die Folge der Nichtbeobachtung einer der in Absatz 1 und 2 gegebenen Vorschriften ist für das Gründungsstadium** die, daß die Gesellschaft von der Eintragung zurückgewiesen werden muß. Es kann dann der Mangel verbessert werden. Die Verbesserung muß in geeigneter Form erfolgen. Es braucht aber nicht gerade in der neuen Verhandlung Alles wiederholt zu werden. So wird z. B., wenn in der Statutfeststellungsverhandlung eine unzulässige Firma gewählt wurde, es genügen, wenn die Statutfeststeller in einer erneuten Verhandlung unter Bezugnahme auf die frühere Verhandlung eine zulässige Firma feststellen.

Anm. 23. Ueber die Frage, wie sich das Verhältniß gestaltet, wenn die Vorschriften der Absätze 1 und 2 nicht beachtet sind, **die Eintragung aber gleichwohl erfolgt ist,** siehe zu § 309. Aus den dort gegebenen Erläuterungen geht hervor, daß aus der Nichtbeobachtung der im § 182 Abs. 1 vorgeschriebenen Form die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht folgt, sondern nur aus dem Fehlen oder der materiellen Nichtigkeit der im § 182 Abs. 2 vorgeschriebenen Erfordernisse. Wie steht es nun aber mit der Rechtsgiltigkeit des in der Aktienübernahme liegenden Rechtsaktes, wenn die Aktienübernahme formell ungiltig erfolgt, die Gesellschaft aber gleichwohl eingetragen und nach dem ebengesagten nicht nichtig ist? Auf eine solche Aktienübernahme ist der § 189 Abs. 4 analog anzuwenden. Derselbe spricht nach der zutreffenden Ansicht des R.G. (26 S. 73) ein Prinzip aus, welches wir dahin formuliren dürfen, daß die Formmängel der im Stadium der Gründung abgegebenen Erklärungen als geheilt zu betrachten sind, wenn nur nachherige, d. h. nach der Errichtung abgegebene Erklärungen der Betheiligten vorliegen, welche die Absicht, Aktienrechte geltend zu machen oder Aktionärverpflichtungen zu erfüllen, unzweideutig dokumentiren. Eine solche Erklärung ist immer zu finden in der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages durch die Betheiligten selbst oder auch nur mit ihrem festgestellten Willen (zustimmend Lehmann in Jahrlings Jahrbüchern 33 S. 417, 418; Rudorff S. 154). — Wie steht es endlich, wenn der Aktienübernahmeerklärung civilrechtliche Mängel anhaften (**Irrthum, Betrug** u. s. w.)? Hierüber siehe Anm. 20 zu § 186.

Anm. 24. **Zusatz 2. Das Rechtsverhältniß der Gründer unter einander richtet sich nach den von ihnen selbst getroffenen besonderen Vereinbarungen.** Dabei ist von besonderer Wichtigkeit die Frage nach der Giltigkeit sogenannter **Vorgründungsverträge.** Im geschäftlichen Verkehr werden dieselben sehr häufig geschlossen. Es ist z. B. Jemand bestrebt, sein Etablissement zu „gründen". Er setzt sich mit einem Bankier in Verbindung und beide treffen nunmehr eine Vereinbarung, nach welcher sich der Kaufmann verpflichtet, sein Etablissement in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln und hierbei sein Etablissement zu inferiren. Weitere Abmachungen gehen dann dahin, daß sich der Bankier verpflichtet, ihm einen Theil der Aktien abzunehmen, für einen weiteren Theil wird dem Bankier wohl auch das Optionsrecht eingeräumt ꝛc. ꝛc. Ist ein derartiger Vertrag giltig? An sich ist die Zulässigkeit einer bindenden Vereinbarung zur Abschließung eines Aktiengesellschaftsvertrages nicht zu verneinen (R.O.H. 18 S. 360). Allein ein solcher Vertrag muß bereits die Einigung und die wesentlichen Bestandtheile eines Aktiengesellschaftsvertrages enthalten und ferner ersehen lassen, was außerdem gelten soll, also entweder ein Statut über die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Einzelnen oder aber, daß beabsichtigt

war, eventuell die Vorschriften des Gesetzes gelten zu lassen (vergl. R.O.H. 9 S. 39). Es fehlt sonst an jedem Mittel, um die übernommenen Verpflichtungen zu erzwingen. Wie sollen z. B., wenn sich in solcher Vereinbarung nicht 5 Personen vereinigt haben, die Personen der 5 Gründer zusammenkommen, wenn man sich nachträglich nicht auch darüber einigt? Niemandem kann ein Mitgründer, für dessen Thaten man doch in so schwerer Weise mit verantwortlich ist, octroirt werden. Wie soll der Sitz der Gesellschaft, die Firma, die Höhe des Grundkapitals hinterher normirt werden, wenn hierüber nicht von vornherein Einigung erzielt ist (vergl. R.G. 30 S. 95; 41 S. 282)? In formeller Beziehung muß dann weiter noch hinzutreten, die Beobachtung der besonderen Formvorschriften, also z. B., wenn ein Grundstück inferirt werden soll, die gerichtliche oder notarielle Form des § 313 B.G.B., oder wenn eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihr gesammtes Vermögen inferirt, die Formvorschrift des § 311 B.G.B.

Ist eine solche Vereinbarung giltig geschlossen, so ist sie oft ein Kaufvertrag, oft auch eine Gelegenheitsgesellschaft. Näheres über letztere Gesellschaften im Exkurse zu § 342. Sobald die Gesellschaft „errichtet" ist, liegt jedenfalls eine Gesellschaft vor (vergl. Anm. 3 zu § 188 und Anm. 2 zu § 200).

Zusatz 3. Die älteren Gesellschaften anlangend, so sind die Vorschriften der Absätze 1 und 2 naturgemäß nicht anwendbar, da sie die Gründung betreffen (vergl. Art. 23 E.G. z..m H.G.B.). Was aber den Absatz 3 anlangt, so findet derselbe auch auf andere Gesellschaften Anwendung. Denn er ist keine bloße Gründungsvorschrift, sondern hat auch für das spätere Leben der Gesellschaft Bedeutung. Allein in dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß schon das Aktiengesetz von 1884 die gleiche Vorschrift hatte. Anm. 25.

§ 183.

Ist im Gesellschaftsvertrage nichts darüber bestimmt, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf Namen lauten sollen, so sind sie auf Namen zu stellen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß auf Verlangen des Aktionärs die Umwandlung seiner auf Namen lautenden Aktie in eine Inhaberaktie oder umgekehrt stattzufinden hat.

Der vorliegende Paragraph giebt zwei Vorschriften darüber, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf den Namen lauten sollen. Je nachdem das Eine oder das Andere der Fall ist, liegt eine verschiedene Art von Aktien vor. Die Bezeichnung „Aktienart" war früher auch vom Gesetz gebraucht (Art. 209 Abs. 2 Nr. 4; 209a Nr. 3; 209e Abs. 1). Aber das Aufgeben der Bezeichnung hat keine materielle Bedeutung. Ueber verschiedene „Aktiengattungen" siehe § 185.

1. **Das Statut braucht darüber nichts zu enthalten.** Enthält das Statut darüber nichts, so sind die Aktien auf den Namen zu stellen. Sollen die Aktien auf den Inhaber gestellt werden, so muß das Statut dies bestimmen. Alsdann sind sie eben auf den Inhaber zu stellen. Das Statut kann auch bestimmen, daß die Aktien zum Theil auf den Inhaber, zum Theil auf den Namen lauten (vergl. Absatz 2). Anm. 1.
2. **Der einzelne Aktionär hat nicht ohne Weiteres das Recht, zu bestimmen,** ob ihm eine Inhaber- oder eine Namensaktie zu geben sei, und ebensowenig hat er das Recht, die Umwandlung seiner Inhaber- in eine Namensaktie und umgekehrt zu verlangen. Noch weniger hat er das Recht, die Umwandlung selbst vorzunehmen (Pinner S. 21 Anm. 6). Aber das Statut kann ihm das Recht geben, die Umwandlung durch die Gesellschaftsorgane zu verlangen. Die Erfüllung dieses Verlangens ist dann eine einfache Verwaltungshandlung (Denkschrift S. 122). Diese Umwandlung kann nur in der Weise erfolgen, daß die Aktie ihrer Art nach umgewandelt wird, sodaß also aus einer Inhaberaktie eine Namensaktie oder aus einer Namensaktie eine Inhaberaktie wird. Die Vorschrift wendet sich gegen die Auslegung, welche der frühere Art. 209a Ziffer 3 erhalten hatte (vergl. unsere 5. Auflage § 4 zu Art. 209a), nämlich dahin, daß die wirkliche Umwandlung eine Statutenänderung sei. Das sollte abgeändert werden. Die Anm. 2.

wirkliche Umwandlung soll, wenn die Umwandlung statutarisch gestattet ist, eine reine Verwaltungshandlung sein. Dagegen ist auf diesem einfachen Wege nicht etwa eine Umwandlung nach Art und Nennwerth möglich. Der Vorstand kann z. B. nicht im Statut ermächtigt werden, durch einfache Verwaltungshandlung 5 Namensaktien à 200 Mk. gegen eine Inhaberaktie à 1000 Mk. umzutauschen. Das wäre eine Abänderung einer wesentlichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nach § 182 Nr. 3 (die Höhe der einzelnen Aktien). Eine solche Abänderung kann nicht durch eine gewöhnliche Verwaltungshandlung geschehen.

Anm. 3. 3. **Auch der Vorstand hat nicht das Recht, nach seinem Ermessen zu bestimmen,** ob Inhaber- oder Namensaktien auszugeben oder die Umwandlung der einen Art in die andere stattzufinden habe. Aber man wird annehmen müssen, daß das vor der Ausgabe der betreffenden Aktien festgestellte Statut ihm diese Freiheit einräumen kann (Denkschrift S. 122).

Anm. 4. 4. **Durch einfache Statutenänderung aber kann nicht die ursprüngliche Art in eine andere Art von Aktien umgewandelt werden,** mit bindender Kraft für alle Aktionäre. Vielmehr würde dazu die Zustimmung der davon betroffenen Aktionäre gehören (Lehmann I S. 206; Pinner S. 20). Aber mit ihrer Zustimmung kann durch eine Statutenänderung ein Theil der Aktien oder auch alle Aktien umgewandelt werden.

Anm. 5. **Zusatz 1. Werden den gesetzlichen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen zuwider Inhaberaktien statt Namensaktien oder Namensaktien statt Inhaberaktien ausgegeben,** so ist weder Strafe, noch Schadensersatzpflicht, noch Nichtigkeit bestimmt. Es ist anzunehmen, daß die Aktien giltig sind und Strafe nicht eintritt, Vorstand und Aufsichtsrath aber nach §§ 241 und 242 für etwaigen Schaden haften.

Anm. 6. **Zusatz 2. Stempelfrage.** Die Umwandlung der Namensaktie in eine Inhaberaktie und umgekehrt ist als stempelfreier Akt zu betrachten. Es ist der Urkundenstempel nicht zu verwenden, weil keine Aenderung des Rechtsverhältnisses vorliegt, auch dann nicht, wenn eine neue Urkunde ausgegeben wird (R.G. 40 S. 126; ferner R.G. vom 7. 1. 98 in J.W. S. 169; auch citirt in R.G. 40 S. 131 Anm. 1). Auch der Anschaffungsstempel ist nicht zu entrichten, weil kein neues Aktienrecht erworben wird.

Zusatz 3. Die Vorschrift findet auch auf **bestehende Gesellschaften** Anwendung (vergl. Anm. 4 zu § 178).

§ 184.

Für einen geringeren als den Nennbetrag dürfen Aktien nicht ausgegeben werden.

Die Ausgabe für einen höheren Betrag ist statthaft, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist.

Der vorliegende Paragraph verbietet die Unterpari-Emission und gestattet die Ueberpari-Emission. Ueber das Wesen dieser beiden Arten von Emissionen siehe Anm. 14 zu § 178.

Anm. 1. 1. **Das Verbot der Unterpari-Emission.** In Folge dieses Verbots wird eine Gesellschaft, deren Aktien unter pari stehen, kaum in der Lage sein, ihr Aktienkapital zu erhöhen. Denn Niemand wird für das Mitgliedsrecht, dessen Börsenpreis 60 % beträgt, der Gesellschaft 100 % geben. Die Gesellschaft kann in solchem Falle ihr Kapitalbedürfniß nur durch Aufnahme von Obligationen oder durch freiwillige Zuzahlung Seitens der Aktionäre befriedigen, wenn sie es nicht vorzieht, durch Zusammenlegung den Aktien einen dem Nennwerth gleichkommenden Kurs zu verschaffen. Auf den Fall, daß ein schon bestehendes Antheilsrecht Seitens der Gesellschaft veräußert wird (z. B. bei kaduzirten Aktien) bezieht sich das Verbot nicht, sondern nur auf die Kreirung von Antheilsrechten.

Eine Verschleierung der Unterpariemission (durch Gewährung von Diskonten, Zinsvergütungen, Provisionen ꝛc.) ist unzulässig.

Anm. 2. Die Verletzung der Vorschrift bedeutet nicht die Ungiltigkeit der Emission oder der Gründung. Denn es ist nicht gesagt „können nicht", sondern

„dürfen nicht", was nach dem neuern Sprachgebrauch nicht Ungiltigkeit bedeutet (Planck I S. 25). Die Verletzung der Vorschrift hat aber zur Folge, daß eine solche Gründung oder Kapitalserhöhung von der Eintragung zurückgewiesen werden muß. Ist sie versehentlich eingetragen, dann gilt sie als eine Pariemission. Denn nach § 211 haftet der Aktionär für den Nennbetrag, wenn kein höherer Emissionskurs festgesetzt ist.

2. **Ueberpariemission.** Dieselbe ist gesetzlich zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit ausspricht. Anm. 3.

a) Die Zulässigkeit kann auch bei Illationsgründungen ausgesprochen werden. Beispiel: Für eine eingelegte Fabrik wird ein Preis von 600000 Mk. bestimmt, welcher durch Hergabe von Aktien zum Nennwerth von 500000 Mk. zum Kurse von 120 % gezahlt werden soll. § 195 Abs. 3 steht dem nicht entgegen, weil sich dies nur auf Baareinlagen bezieht (Simon S. 280; Pinner S. 22). Anm. 4.

b) Das Statut, welches die Zulässigkeit ausspricht, braucht nicht das ursprüngliche zu sein. Auch im Wege der Statutenänderung kann die Zulässigkeit ausgesprochen werden. Auch kann die Statutenänderung zusammen mit der Kapitalserhöhung beschlossen werden (vergl. zu § 277). — Das Statut braucht ferner nur allgemein die Statthaftigkeit der Ueberpariemission auszusprechen, nicht den Emissionskurs (Denkschrift S. 122). Aber es fragt sich, wie der Emissionskurs bestimmt wird. Bei der Kapitalserhöhung liegt die Sache so, daß die Generalversammlung den Mindestkurs zu bestimmen hat, den wirklichen Ausgabekurs, der ja noch höher sein kann, bestimmen, wenn die Generalversammlung nach dieser Richtung keine Anweisung gegeben hat, die Verwaltungsorgane. Bei der Simultangründung muß die Statutfeststellungsverhandlung den Kurs enthalten, zu welchem die Statutfeststeller die Aktien übernehmen (Anm. 5 zu § 182) und die weitere Verhandlung nach § 188 den Kurs, zu welchem die übrigen Aktien übernommen werden. Bei der Successivgründung muß die Statutfeststellungsverhandlung den Kurs enthalten, zu welchem die Statutfeststeller die Aktien übernehmen (Anm. 5 zu § 182), und der Zeichnungsschein den Kurs, zu welchem die Zeichnenden die Aktien übernehmen (§ 189 Nr. 3). Anm. 5.

c) Der Ausgabekurs braucht kein einheitlicher zu sein. (Allgemeine Ansicht; vergl. Pinner S. 22; dagegen Ring S. 196.) Anm. 6.

Weitere Vorschriften, welche auf die Ueberpariemission Bezug haben, siehe § 195 Abs. 3 (bei der Anmeldung zum Handelsregister ist der Ausgabekurs anzugeben), § 189 Abs. 3 Nr. 3 (im Zeichnungsschein muß der Ausgabekurs vermerkt sein), § 195 Abs. 3 (vor der Eintragung ist der Mehrbetrag über den Nennwerth zu zahlen), § 199 Abs. 2 (der Ausgabebetrag wird vom Registerrichter veröffentlicht); § 262 Nr. 2 (der Mehrbetrag über den Nennwerth fließt dem Reservefonds zu).

§ 185.

Im Gesellschaftsvertrage können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Vertheilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens, festgesetzt werden.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Schaffung von Vorzugsaktien. Der Aktienverkehr hatte aus sich heraus das Institut der Prioritätsaktien geschaffen. Es herrschten aber früher, weil die Materie jeder gesetzlichen Regelung entbehrte, über das Wesen derselben, insbesondere über den Inhalt der Vorrechte, die erheblichsten Streitfragen (vergl. R.O.H. 22 S. 361; R.G. 9 S. 30). Diesen suchte schon das Aktiengesetz von 1884 vorzubeugen, zwar nicht dadurch, daß es die Rechte der Prioritätsaktien gesetzlich normirte, wohl aber dadurch, daß es für den Fall der Ausgabe von Aktien verschiedener Rechte eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage über den Inhalt der Vorrechte verlangte.

Diese Art der Regelung ist von dem neuen H.G.B. übernommen worden. Dabei bedient sich das Gesetz eines inkorrekten Ausdrucks, wenn es sagt, daß für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte festgesetzt werden können. Gemeint ist, daß verschiedene Aktiengattungen durch Verleihung verschiedener Rechte gebildet werden können.

Anm. 1. 1. **Im Gesellschaftsvertrage** können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte festgesetzt werden. Das muß, damit die Statutenbestimmung giltig sei, in ganz spezieller Weise geschehen: die Verschiedenheit der Rechte muß klar ersichtlich sein. Selbstverständlich ist hiernach, daß bloße Verwaltungshandlung zur Kreirung von verschiedenen Aktiengattungen nicht ausreicht. Kein Zweifel besteht, daß jene Statutenbestimmung sowohl im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage, als auch im abgeänderten Gesellschaftsvertrag geschehen kann (zust. Makower S. 379), letzteres z. B. bei der Erhöhung des Aktienkapitals: man stattet die neu auszugebenden Aktien mit Vorzugsrechten aus, um wirksamer zu werben.

Anm. 2. In neuerer Zeit sind aber vielfach Vorzugsaktien noch auf eine dritte Art geschaffen worden, nämlich ohne Erhöhung des Aktienkapitals, und zwar in der Weise, daß beschlossen wurde, die Inhaber der bisherigen Aktien sollten das Recht haben, durch Zuzahlung eines bestimmten Betrages ihre Stammaktien in Vorzugsaktien umzuwandeln. Unbedenklich ist dies zulässig mit Zustimmung aller Aktionäre.

Ob aber ein Majoritätsbeschluß dieses Inhalts zulässig ist, ist schon vor dem neuen H.G.B. Gegenstand heftigen Streites gewesen.

Für die Zulassung hatten sich ausgesprochen das Kammergericht bei Johow 16 S. 19 und bei Holdheim 6 S. 129; das O.L.G. Hamburg in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht 1892 S. 17; das sächsische Justizministerium in G.Z. 35 S. 240; Ring Anm. 10 zu Art. 209a; Behrend § 136 Anm. 3; gegen die Zulassung Petersen und Pechmann S. 114 und S. 383; Förtsch Anm. 6 zu Art. 175a; Alexander, Sonderrechte der Aktionäre S. 88; Lehmann in Kohler und Rings Archiv 9 S. 365 und im Aktienrecht I S. 219. Nach neuem Recht sprechen sich dafür aus Pinner S. 24, auch Makower S. 379, Rudorff S. 130.

Wir selbst haben uns dagegen ausgesprochen und müssen auch nach neuem Recht daran festhalten. Wir machen geltend:

Der Aktionär muß sich allerdings Majoritätsbeschlüsse gefallen lassen, durch welche seine Rechte geschmälert werden. Der Grundsatz der Gleichberechtigung ist daher freilich nicht verletzt. Aber das wird auch von uns nicht behauptet — wie hiermit gegen Ring bemerkt sein mag — und das ist auch nicht unser Bedenken gegen die hier bekämpfte Zulässigkeit der fraglichen Operation. Unser — von Ring nicht widerlegtes — Bedenken besteht darin, daß der Aktionär sich solche Majoritätsbeschlüsse nicht gefallen zu lassen braucht, durch welche ihm eine Verpflichtung auferlegt wird, insbesondere eine Verpflichtung zur Einlegung von Geld. Seine Verpflichtung zur Einlegung von Kapital erschöpft sich in dem für den Erwerb des Mitgliedsrechts eingezahlten Betrage (§ 211). Hier aber wird ihm eine neue solche Verpflichtung auferlegt. Zwar sagt der Beschluß, es stehe ihm frei zuzuzahlen. Aber das ist keine Freiheit, wenn denjenigen, der von ihr keinen Gebrauch macht, ein schwerer Nachtheil trifft. In Wahrheit wird ihm die Verpflichtung auferlegt nachzuzahlen, wenn auch nicht unter dem Präjudiz der gerichtlichen Erzwingung, so doch unter dem vielleicht noch schwereren Präjudiz, daß er sonst in seinen Rechten geschmälert wird. Die Freiheit, die dabei gewährt wird, ist dieselbe Freiheit, wie bei der Drohung: La bourse ou la vie. Schon das Stellen der Alternative ist unzulässiger Zwang.

Die Fälle, in denen im Uebrigen Vorzugsaktien geschaffen werden, stehen mit diesem Grundsatze nicht in Widerspruch. Wenn bei der Gründung Stamm- und Vorzugsaktien gegen verschiedene Einzahlungen ausgegeben werden, so wird dem Aktionär von vornherein die betreffende Leistung als Theil der Einlage auferlegt und das entspricht dem § 211.

Wenn später bei Erhöhung des Aktienkapitals Vorzugsaktien ausgegeben werden, so muß er sich allerdings auch gefallen lassen, daß seine Aktie Trägerin geringerer Rechte wird. Aber das müssen sich gleich ihm alle übrigen Aktionäre gefallen lassen und zwar glatt und unbedingt, nicht als Folge des Ausbleibens einer Leistung.

Nach alledem erachten wir die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung zwar für zulässig, aber nicht im Wege des Majoritätsbeschlusses.

Wir meinen aber auch, daß sich im neuen H.G.B. hieran nichts geändert hat. Wir haben ja soeben dem früheren Art. 219 den jetzigen § 211 substituirt, der zu den gleichen Ergebnissen führt.

Nun ist es allerdings richtig, daß die Denkschrift zum neuen H.G.B. von anderen Anschauungen ausgeht. Auf S. 305 spricht sie von dieser Transaktion, als wäre sie selbstverständlich zulässig, und auf S. 122 erklärt sie: „Die Frage, ob bei einer bestehenden Gesellschaft auch außer den Fällen der Erhöhung des Grundkapitals Prioritätsrechte begründet werden können, ist durch die auf den Reservefonds bezügliche Vorschrift des § 262 Nr. 3 entschieden." Sie meint natürlich: im bejahenden Sinne. Wir können das aber nicht zugeben. Dort ist nur bestimmt, daß der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, in den Reservefonds fließen soll. Darin ist freilich implicite die Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien gegen Zuzahlung für zulässig erklärt. Allein diese Zulässigkeit war niemals fraglich. Streitig war immer nur die Frage, ob solche Umwandlung auch durch *Majoritätsbeschluß* erfolgen kann, ob ein Aktionär gegen seinen Willen gezwungen werden kann, die von ihm geforderte Zuzahlung zu leisten zur Vermeidung der Verschlechterung seiner Rechtslage, die unter Umständen außerordentlich erheblich sein, den Werth seines Aktienrechts auf den Nullpunkt herabdrücken kann. Für *diese Frage* giebt die Vorschrift des § 262 Nr. 3 nicht den geringsten Anhaltspunkt. (So auch Lehmann, Aktienrecht I S. 219.)

Den wirthschaftlichen Zweck, der durch Schaffung von Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals bezweckt wird, erreichen die Aktiengesellschaften auf andere Weise. Es wird so zu Werke gegangen, daß die Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien beschlossen und gleichzeitig den bisherigen Aktionären gestattet wird, ihre Aktien zu einem gewissen geringeren Kurse behufs Amortisation derselben in die Gesellschaft einzubringen, d. h. in Zahlung auf Vorzugsaktien zu geben und den Rest baar einzuzahlen. Eine solche Transaktion ist zulässig. Denn hierbei werden ja die Sondervorschriften über Kapitalerhöhung einerseits und Amortisation andererseits gewahrt. Ja die Kapitalserhöhung ist in solchem Falle sogar eine qualificirte im Sinne des § 279 (vergl. zu § 279). Anm. 3.

2. **Welcher Art die Vorzugsrechte sein können,** sagt das Gesetz nicht. Es hebt nur hervor: daß sie sich auf Zinsen und Dividenden und den Antheil am Gesellschaftsvermögen beziehen können. Bloße Verschiedenheit im Nennbetrage der Aktien ist zwar zu lösen, begründet aber keine Verschiedenheit der Aktiengattung. Ferner begründet der Unterschied zwischen Inhaber- und Namensaktie keine verschiedene Aktiengattung, sondern eine verschiedene Aktienart (vergl. die Einl. zu § 183). Anm. 4.

a) *Unzulässig* ist eine Bevorzugung hinsichtlich derjenigen Rechte, welche das Gesetz aus Gründen öffentlichen Rechts grundsätzlich allen Aktionären gleichmäßig gewährt. Das gilt in Bezug auf die Ausübung der Minderheitsrechte.

b) Zulässig sind Stimmrechtsbevorzugungen (vergl. zu § 252). Anm. 5.

Zulässig ist eine Bevorzugung in den Sonderansprüchen auf vermögensrechtliche Leistungen der Gesellschaft: in Bezug auf Zinsen, Dividenden, sowie Antheil am Ausschüttungsvermögen. *Der Dividendenvorzug* besteht häufig darin, daß zunächst den Vorzugsaktien ein bestimmter Prozentsatz zugesichert ist, der Rest aber den Stammaktien oder beiden Gattungen gleichmäßig zufließen soll. Sehr häufig ist auch das *Nachbezugsrecht* von Dividenden für Jahre, in denen die Gesellschaft keinen Reingewinn hatte, zugesichert. Der Charakter von Dividenden geht dadurch nicht verloren,

da doch immerhin das Vorhandensein eines Reingewinnes die Voraussetzung des Rechts ist. Immerhin ist das Nachbezugsrecht kein echter Dividendenanspruch (Ring, Anm. 7 zu Art. 209a; R.G. 15 S. 101). Ob ein solches Nachbezugsrecht anzunehmen ist, entscheidet lediglich die Auslegung (Bekker in G.Z. 16 S. 77). Dem Nachbezugsrecht geht der laufende Dividendenschein vor (R.G. 9 S. 30). Unter den Nachbezugsrechten verschiedener Jahre wohnt dem älteren ein Vorzugsrecht vor dem jüngeren inne (R.O.H. 22 S. 372; dagegen Keyßner in Holtzendorff, Rechtslexikon sub verbo Prioritätsaktie). Es ist nicht unzulässig, über die Vorzugsdividende einen besonderen Genußschein auszugeben, der besonders begebbar und mit besonderem Talon und besonderen Dividendenscheinen versehen ist. Aber natürlich ist dieser Genußschein ein Annexum der Aktie, wie ein gewöhnlicher Dividendenschein, und verliert seine rechtliche Existenz mit dem Aufhören des Aktienrechts (vergl. den Exkurs zu § 179). Auch eine Ablösung von Vorzugsrechten zum Zwecke der Herstellung der Rechtsgleichheit und Abschaffung der Verschiedenheit der Gattungen in späteren Zeiten kann vorgesehen sein, wie dies z. B. schon vorgesehen ist in der Weise, daß ausbedungen wurde, die Prioritätsaktionäre müßten sich gefallen lassen, daß sie gegen Zahlung einer bestimmten Summe ihrer Vorrechte verlustig gehen („Glückauf"! Aktiengesellschaft für Braunkohlenverwerthung).

Anm. 6. Weiter können die Vorzugsaktien darin bevorzugt sein, daß ihnen bei Auflösung der Gesellschaft ein Vorrecht in Höhe des Nennbetrages ihrer Aktien zusteht. Auch dafür spricht keine Vermuthung (Renaud S. 770; Ring Anm. 8 zu Art. 209a). Sind endlich Aktien mit der Pflicht zu wiederkehrenden Naturalleistungen nach § 212 und ohne solche vorhanden, so liegen ebenfalls verschiedene Aktiengattungen vor (Makower S. 377).

Eine Aktiengattung kann auch durch eine Aktie gebildet werden: auch ein Aktionär kann bevorzugt werden und bildet dann eine besondere Aktiengattung (Makower S. 378).

Anm. 7. **Zusatz 1. Zu unterscheiden von den Prioritätsaktien sind die Prioritätsobligationen.** Die Obligationsgläubiger sind reine Darlehnsgläubiger. Die Obligationsscheine der Aktiengesellschaften sind kaufmännische Verpflichtungsscheine (vergl. Anm. zu § 363). Prioritätsobligationen kommen häufig mit hypothekarischen Verpfändungen oder Grundschuldverschreibungen vor, wobei die Sicherheit auf den Namen einer bestimmten Person als Pfandhalterin lautet, die mehreren Gläubiger sich Majoritätsbeschlüssen unterwerfen und sich gewissermaßen korporativ organisiren. Immerhin muß solche Unterwerfung im Einzelfalle gewollt sein, wenn sie gelten soll. Weder Handelsgebrauch, noch Präsumption sprechen für sie (R.G. 22 S. 61). — Sind die Obligationäre nicht organisirt, so ist für die Frage der Realisirung des Rechts der übereinstimmende Wille aller und in Ermangelung einer solchen Uebereinstimmung das Ermessen des Pfandhalters maßgebend, aber nicht das willkürliche, sondern das der richterlichen Nachprüfung unterliegende sachgemäße Ermessen (R.G. 31 S. 96). — Das B.G.B. erleichtert die Bestellung von Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder auf Namen durch die Vorschriften der §§ 1187—1189. In Vorbereitung ist ein Gesetz, welches die gesetzliche Organisation der Inhaber von Schuldverschreibungen bezweckt.

Anm. 8. **Zusatz 2. Die Stempelfrage** anlangend, so hat das R.G. (Bd. 21 S. 25; vergl. auch R.G. 36 S. 92) Vorzugsaktien, gebildet durch Umwandlung gegen Zuzahlung, als neue Aktien und daher als stempelpflichtig betrachtet. Die Entscheidung wurde von Bendixen (bei Holdheim 3 S. 187) mit

---

[1]) Schaefer (bei Holdheim 4 S. 69) vertheidigte das Erk. des R.G. Er giebt zwar zu, daß das Aktienrecht identisch bleibt, er hält aber aus anderem Grunde die Vorzugsaktie für stempelpflichtig. Er verweist nämlich auf § 6 Abs. 2 des Stempelgesetzes vom 27. April 1894, nach welchem Werthpapiere, welche lediglich zum Zwecke des Umtausches ausgestellt sind, steuerfrei sind, außer wenn das Rechtsverhältniß sich dabei verändert. Allein diese Gesetzesstelle beschäftigt sich mit dem ganz anderen Falle, daß eine neue Urkunde ausgestellt wird. Diese müßte eigentlich, da es sich um einen Urkundenstempel handelt, stets verstempelt werden, auch wenn das Rechtsverhältniß identisch bleibt (vergl. § 1 Abs. 3 zu Art. 207a), es ist eine besondere Ver-

Recht bekämpft, weil trotz „wesentlicher" d. h. erheblicher Aenderungen des Rechtsinhalts doch die Identität des Aktienrechts bestehen bleibt.[1]) Von anderer Seite wurde diese Entscheidung vertheidigt, aber der Widerspruch beruhigte sich nicht und schließlich hat doch die Rechtsprechung eine Entwickelung angenommen, welche einem völligen Aufgeben jener Entscheidung sehr nahe kommt (hierüber siehe Note 1). Desgleichen ist nach der Entscheidung des R.G. in Band 21 S. 25 der Bezug der Vorzugsaktien ein Anschaffungsgeschäft und daher gleichfalls stempelpflichtig. In letzterer Hinsicht war in Verfolg der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts (R.G. 31 S. 17) das Gegentheil anzunehmen. Das neue Stempelgesetz (vom 27. 4. 1897) spricht jetzt die Stempelpflichtigkeit desjenigen Geschäftes aus, welches sich als Ausreichung eines Werthpapiers an den ersten Erwerber darstellt. Jener Streit kommt hier wieder zum Vorschein. Wer ist der erste Erwerber der Vorzugsaktie? Wenn es ein neues Recht ist, so ist es Derjenige, zu dessen Händen die Umwandlung erfolgt. Wir verneinen dies, und nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts (vergl. die Fußnote 1) kommt diese Ansicht auch in der Judikatur zum Durchbruch.

§ 186.

Jeder zu Gunsten einzelner Aktionäre bedungene besondere Vortheil muß im Gesellschaftsvertrag unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden.

Werden auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten sind, oder werden vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Von diesen Festsetzungen gesondert ist der Gesammtaufwand, welcher zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder Andere als Entschädigung oder Be-

---

günstigung des Gesetzes, daß reine Umtauschurkunden stempelfrei sind und es ist nur eine Rückkehr zur Rechtskonsequenz, wenn die Vergünstigung fortfallen soll, wo bei Ausgabe der neuen Urkunde auch das Rechtsverhältniß sich (irgendwie) modifizirt. Völlig verschieden hiervon ist die hier vorliegende Frage, ob dieselbe Urkunde von neuem verstempelt werden muß, obwohl das Rechtsverhältniß der Art nach dasselbe bleibt und sich nur im Umfange ändert. Schaefer (bei Holdheim 5 S. 335) replicirt auf diesen Einwand, das sei doch eben die Frage, ob die Urkunde eine neue ist trotz Verwendung des alten Materials. Das ist nicht richtig. Die Urkunde ist körperlich dieselbe und ist deshalb grundsätzlich nicht von neuem zu versteuern, die Frage ist, ob dies nicht gleichwohl geschehen muß, weil trotz Identität der Urkunde das Rechtsverhältniß sich ändert. Zur Beantwortung dieser Frage können die Vorschriften über den hiervon völlig verschiedenen Fall nicht herangezogen werden, wo eine neue körperliche Urkunde vorliegt, die regelmäßig als neue Urkunde zu verstempeln ist und nur ausnahmsweise, trotz des Vorhandenseins mehrerer körperlicher Urkunden, wegen der Identität des Rechtsverhältnisses, die Vergünstigung eintritt, daß die zweite Urkunde steuerfrei bleibt. Das Reichsgericht (R.G. 36 S. 91; vergl. auch 37 S. 123) billigte Anfangs die Auffassung Schaefer's, indem es den Grundsatz aufstellte: Jede wesentliche Aenderung des Inhalts der Aktie macht die Aktienurkunde zu einer neuen und daher stempelpflichtigen Urkunde, als wesentlicher Inhalt der Aktienurkunde ist aber Alles anzusehen, wodurch das Rechtsverhältniß des Aktionärs näher bestimmt wird. Dagegen wieder Bendixen bei Holdheim 5 S. 230; dagegen auch O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 7 S. 540 unter ausführlicher Widerlegung der Deduktionen Schaefers und des Reichsgerichts. Das letztere ist denn auch in der That von jenem allgemeinen Grundsatze, daß jede Veränderung des Rechtsverhältnisses den Urkundenstempel bedinge, abgegangen und hat von diesem Gesichtspunkte für den Fall, daß Vorzugsaktien in Stammaktien umgewandelt werden, die Stempelpflicht verneint, indem es dahingestellt sein ließ, ob nach Fallenlassen jenes Grundsatzes die Stempelpflicht noch aufrecht erhalten werden kann bei Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien (R.G. 40 S. 12; vergl. auch Bolze 20 Nr. 678).

lohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird, im Gesellschaftsvertrage festzusetzen.

Jedes Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrage gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Einleitung. **Der Paragraph ordnet an, daß etwaige bei der Gründung getroffene Abreden über Sondervortheile (Abs. 1), Sacheinlagen und Uebernahmen (Abs. 2) und Gründerlohn (Abs. 3) in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind, widrigenfalls sie der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind (Abs. 4).** (Qualifizirte Gründungsarten).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Besondere Vortheile.** Es bleibt den Gründern unbenommen, die Aktiengesellschaft mit der Maßgabe zu errichten, daß einzelnen Aktionären besondere Vortheile eingeräumt werden, so z. B. wenn bei Einbringung eines Patentes dem bisherigen Patentinhaber ein fortdauernder Anspruch auf einen Theil des Reingewinns zugesichert wird. Zum Wesen dieser besonderen Vortheile gehört, daß sie den Aktionären nicht als solchen, also verknüpft mit ihrer Aktie, gewährt werden; sie sind wohl zu unterscheiden von den im § 185 vorgesehenen Vorzugsrechten, welche letzteren einzelnen Aktionären als solchen zugebilligt werden und dadurch verschiedene Aktiengattungen bilden (so zutreffend Makower S. 380 gegen unsere 1.—5. Aufl. § 1 zu Art. 209 b).

Anm. 2 Die Sondervortheile, an welche das Gesetz hier denkt, sind vermögensrechtliche Leistungen (Dividenden, Ansprüche bei der Auflösung, freies Entree in das Etablissement der Gesellschaft, freie Naturallieferungen u. s. w.). — Die Sonderansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen werden häufig in Genußscheinen verbrieft, und es ist zulässig, dieselben auf Ordre zu stellen (vergl. den Exkurs zu § 179).

Die früher üblichen Gründerrechte (Bezugsrechte auf Aktien späterer Emissionen) sind seit dem Akt.-Ges. von 1884 nicht mehr stipulirbar (Art. 215a Abs. 4 des alten H.G.B.; § 283 Abs. 2 des neuen H.G.B.). — Selbstverständlich handelt es sich hier um Vortheile, welche die Gesellschaft gewährt (vergl. Abs. 3).

Anm. 3. Aus dem hier Entwickelten ergiebt sich von selbst die Lösung einer von den Kommentatoren ventilirten Streitfrage: ob es auch dann der Festsetzung im Gesellschaftsvertrage bedarf, wenn die besonderen Vortheile zu Gunsten sämmtlicher ursprünglichen Gesellschafter ausbedungen werden. — Die Frage ist mit Ring (Anm. 2 zu Art. 209 b) zu bejahen, weil es sich dann immer noch um einen besonderen Vortheil handelt, indem sie außer ihren Mitgliedsansprüchen eben noch besondere Vortheile genießen sollen (vergl. Makower S. 380, 381, 382).

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Sacheinlagen und Uebernahmen sind in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.** (Qualifizirte Gründung.)

a) **Sacheinlagen.** Für den Begriff der Einlage ist es nicht erheblich, ob sie in Sachen oder in baarem Gelde geschieht; man kann, um Mitglied zu werden, das eine wie das andere hergeben. Eine von den Errichtern der Gesellschaft getroffene Abrede, inhalts deren einer von ihnen als Aequivalent seiner Mitgliedschaft, also für die von ihm übernommenen Aktien einen anderen Gegenstand als baares Geld hergeben soll, ist daher ein Theil des geschlossenen Gesellschaftsvertrages. Das haben die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts bei der Frage, ob der Illationsvertrag als Kaufvertrag zu verstempeln sei, im Gegensatze zu einer Plenarentscheidung des Obertribunals (Bd. 76 S. 20) ausgesprochen. Der Illationsvertrag ist hiernach kein Kaufvertrag, sondern ein Theil des Gesellschaftsvertrages, ein „Akt des Mitgliedwerdens", wie Lehmann sagt (R.G. 2 S. 303; R.G. vom 4. Juni 1896 in J.W. G. 423; vergl. R.G. 21 S. 246; ferner Lehmann I S. 374), Ring (Anm. 6 zu Art. 209 b; Behrend § 107 Anm. 14). Näheres unten Anm. 19.

Geeigneter Gegenstand der Einlage ist „jeder Werthgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann" (Motive zum Akt.-Ges. von 1884 I S. 151), und dazu gehört Alles, was dem Rechtssubjekt als Gegenstand des Erwerbes gegenübersteht, wozu weder Körperlichkeit, noch Eigenthumsfähigkeit, sondern lediglich Verkehrsfähigkeit gehört (Simon S. 166). Danach sind geeignete Inferirungsgegenstände: Sachen, Rechte (Urheber-, Patentrechte, Aktienrechte an anderen Gesellschaften, dingliche Rechte), auch immaterielle Güter, wenn sie verkehrsfähig sind, z. B. das Firmenrecht, Fabrikationsgeheimnisse, das Handlungsetablissement in seiner Gesammtheit, die Kundschaft, Konzessionen (vergl. Simon Bilanzen S. 166 ff.), auch außenstehende Forderungen (so daß es z. B. zulässig ist, daß ein Gründer sein Geschäft mit Aktiven und Passiven, ein anderer seine Forderungen an den erstgedachten Inferenten einbringt; Pinner S. 27; L.G. Frankfurt a. M. bei Holdheim 2 S. 100), nicht aber Dienstleistungen, hier schon, weil bei ihnen ein Erwerbs- oder Herstellungspreis nicht vorhanden ist (§§ 261, 191 — vergl. Behrend § 107 Anm. 13; Makower S. 383; Simon S. 173; vergl. auch bei uns Anm. 3 im Exkurse zu § 122; auch Anm. 5 zu § 40; anders Cosack S. 673; Rudorff zu § 186). Keine geeignete Einlage ist ein vom Aktionär selbst acceptirter Wechsel; denn es muß hier überall davon ausgegangen werden, daß das Gesetz unter Einlage einen solchen Vermögenswerth verstanden wissen will, durch den auch die 25%ige Minimalbaareinzahlung surrogirt werden kann. Dazu gehört begrifflich, daß die Einlage schon vor ihrer Uebertragung in der Hand des sie leistenden Aktionärs ein Aktivum, einen Vermögenswerth darstellt (vergl. Pemsel in G.Z. 36 S. 44, Behrend § 117 Anm. 12; Pinner S. 27; abweichend Cosack S. 637). Anm. 5.

Nicht nöthig ist, daß der Inferent Eigenthümer des einzulegenden Gegenstandes ist. Man kann sich auch giltig verpflichten, einen zur Zeit noch fremden Gegenstand zu inferiren. Wie in solchen Fällen die Erfüllung des Illationsversprechens zu sichern ist, ist eine andere Frage. Auch können Mehrere, denen ein Gegenstand gemeinsam gehört, diesen Gegenstand gemeinschaftlich inferiren und hierbei auch giltig vereinbaren, daß die als Gegenwerth zu gewährenden Aktien zum bestimmten Theil an einen, zum anderen Theil an einen anderen von ihnen zu gewähren ist. In solchem Falle sind die gemeinsam Berechtigten sämmtlich, und zwar jeder einzelne Inferent, nur daß sie sich hinsichtlich des Gegenwerths bereits auseinandergesetzt und die Gesellschaft angewiesen haben, in Gemäßheit dieser Theilung die Aktien zuzutheilen. Es steht allen diesen Vereinbarungen kein rechtliches Bedenken im Wege. Anm. 6.

Der Sacheinleger braucht nicht noch außerdem zu zeichnen, worauf Kayser (Anm. 9 zu Art. 209 b) mit Recht aufmerksam macht. Mit Unrecht verlangt besondere Zeichnung Ring (Anm. 5 zu Art. 209 b) unter Bezugnahme auf Art. 209 e, jetzt § 189, während doch gerade diese Gesetzesstelle ihn widerlegt. Denn daraus geht hervor, daß nur die übrigen Aktien, welche nicht durch die Gründer übernommen sind, zu zeichnen sind. Zu den Gründern aber gehört auch der Sacheinleger. Selbstverständlich muß er in einer zusammen mit den übrigen Gründern aufzunehmenden Verhandlung sich zur Leistung der Einlage verpflichten, dem Statut unterwerfen und zugleich Aktien übernehmen. Anm. 7.

b) **Uebernahmen.** Von der Illation wohl zu scheiden ist die Uebernahme. Diese ist ein von den Errichtern der Gesellschaft mit einem Dritten geschlossener Vertrag, inhalts dessen derselbe der künftigen Gesellschaft einen Gegenstand überläßt. Zwar kann der Dritte auch eine von denjenigen Personen sein, welche Aktien übernehmen. Aber das Wesen des Uebernahmevertrages ist, daß die Gegenleistung nicht in der Mitgliedschaft, nicht in gewährten Aktien besteht. (Wird zwar eine Geldeinlage vereinbart, aber gleichzeitig verabredet, daß die Gegenleistung für die Uebernahme und die Einlageschuld kompensirt werde, so liegt in Wahrheit eine Sacheinlage, keine Uebernahme vor). Reine Uebernahmeverträge sind je nach der Art der gewährten Gegenleistung reine Kauf- oder Anm. 8.

Tauschverträge. Die Gründer schließen sie in der Absicht, damit die Gesellschaft bei ihrer Entstehung aus ihnen berechtigt und verpflichtet werde, und kraft positiver Bestimmung des Gesetzes — gleichviel, wie man diese Rechtserscheinung auch immer subsumiren möge oder ob sie eine Rechtserscheinung eigener Art sei, die der Subsumption spottet — entsteht die Gesellschaft ausgestattet und belastet mit den so konstituirten Rechten und Pflichten (vergl. R.G. 18 S. 65; 24 S. 22). Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung hieraus die interessante Folgerung gezogen, daß eine von den Gründern bei dem Uebernahmevertrage verübte Fraudulosität die Anfechtung gegen die Gesellschaft begründet. Weitere Rechtsfolgen unten Anm. 19 u. 20. Eine unzulässige Umgehung der für Uebernahmegründung gegebenen erschwerenden Vorschriften würde es bedeuten, wenn die Gründer alle Aktien in baar übernehmen, zugleich aber Vorstand und Aufsichtsrath zu einem Uebernahmevertrage schon im Gründungsstadium ermächtigen würden. Es müssen dann die Uebernahmevorschriften erfüllt werden, widrigenfalls die Eintragung zu versagen ist (Kammergericht bei Johow Bd. 10 S. 29). Abgesehen davon wäre der im Gründungsstadium vom Vorstande geschlossene, in den Gesellschaftsvertrag aber nicht aufgenommene Uebernahmevertrag ungiltig (vergl. Anm. 2 zu § 200). Ein *nach* Eintragung der Gesellschaft abgeschlossener Uebernahmevertrag ist ein gewöhnlicher Kauf u. s. w. Die werdende Gesellschaft kann einen Gegenstand auch so erwerben, daß sie als Gegenleistung ihre Aktien und zum Theil andere Werthe giebt. Dann liegt ein *gemischtes Geschäft* (Uebernahme und Illation zugleich) vor (vergl. unten Anm. 23).

Anm. 9. 3. (Abs. 3.) **Der Gesammtgründungsaufwand ist im Gesellschaftsvertrage gesondert festzusetzen.** *Den Gründern eine Belohnung zu gewähren, erfordert oft die Gerechtigkeit*; die Gewährung von Gründerlöhnen für unzulässig zu erklären, würde entweder der Bildung von Aktiengesellschaften hinderlich oder der Aufsuchung unerlaubter oder unmoralischer Wege förderlich sein. Die Idee, die Reklame, die Vorarbeiten, die Beschaffung der etwa erforderlichen Konzessionen, die Besorgung der Lokalitäten und Arbeitskräfte, die Vorbereitung und Abschließung von Verträgen, die Redaktion des Statuts, die Besorgung der Zeichenstellen u. s. w. (vergl. Primker bei Endemann I S. 456), all das sind Dinge, die des Lohnes werth sind. Da nun der Gründerlohn naturgemäß nur aus dem Stammvermögen der Gesellschaft entnommen werden kann, so soll wenigstens das Statut ersehen lassen, wieviel daraus zu diesem Zwecke entnommen ist. Es ist das ein für die Solidität der Gründung wichtiger Faktor.

Anm. 10. *Der Gründerlohn kann in Geld oder geldwerthen Leistungen bestehen*, auch in der Stipulirung von fortlaufenden Gewinnbezügen, die auch durch Genußscheine verbrieft werden können (Exkurs zu § 179), nicht in Bezugsrechten auf die Aktien künftiger Emissionen (§ 283 Abs. 2). *Er kann nicht bestehen in unentgeltlicher Gewährung von Aktien*, obwohl die Motive gerade diese Art von Gründerlohn erwähnen; denn Aktien können nach positiver Gesetzesvorschrift nur entweder gegen Baarzahlung oder gegen Sacheinlagen abgegeben werden (vergl. Ring Anm. 10 zu Art. 209b; Behrend § 107 Anm. 21, abweichend Petersen und Pechmann S. 461, Willenbücher S. 185). — Makower S. 387 will nur denjenigen Aufwand, dessen Betrag bereits feststeht, unter dem Gründungsaufwand verstehen. Zu einer so engen Auslegung liegt keine Veranlassung vor. Die gesonderte Angabe des gesammten Gründungsaufwandes soll zeigen, was überhaupt als Gründerlohn zu gewähren ist.

Anm. 11. *Zu bemerken ist, daß nur der gesammte Aufwand in das Statut gehört*, die Spezifikation ist nur bei der Anmeldung zu überreichen (§ 195 Nr. 2).

Anm. 12. Und endlich ist hervorzuheben, daß das Gesetz nur *den zu Lasten der Gesellschaft* gehenden Gründungsaufwand erwähnt. Was sonst die Gründer oder ein Dritter abmachen, z. B. Vereinbarungen zwischen dem Inferenten und dem finanziirenden Bankhaus über Abnahme von Aktien, Gewährung von Darlehen, oder die Konsortialverträge zwischen den Gründern haben hiermit nichts zu thun (vergl. jedoch Anm. 5 zu § 191).

4. (Abs. 4.) Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welche nicht im Gesellschafts- Anm. 13.
vertrage festgesetzt sind, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

a) Sie müssen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein. Der im Abs. 1 erwähnte Vortheil muß genau bezeichnet sein, insbesondere muß auch, obwohl dies nicht ausdrücklich erwähnt ist, der Aktionär bezeichnet sein, dem der Vortheil gewährt ist.

Die Festsetzung in Abs. 2 anlangend, so müssen die hier vorgesehenen Hauptpunkte (Person des Aktionärs oder des Gegenkontrahenten, Gegenstand der Einlage oder Uebernahme; Betrag der gewährten Aktien oder die sonstige Gegenleistung) im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein. Es müssen aber nicht etwa die Verträge, auf welchen diese Festsetzungen beruhen, detaillirt in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. So kann die Gesellschaft bei Sacheinlagen Rechte aus Zusicherungen über die Beschaffenheit des einzulegenden Gegenstandes auch auf Grund mündlicher Versicherung erwerben; nur muß klar sein, daß die Zusicherung in der Absicht gegeben ist, damit die Gesellschaft daraus Rechte erwerbe. Die zu solchen Erklärungen vornehmlich bestimmte Stelle ist die Gründererklärung nach § 191 (R.G. 18 S. 68). Zusicherungen, die an dieser Stelle nicht verzeichnet sind, sind daraufhin besonders zu prüfen, ob sie mit der Absicht abgegeben sind, damit die Gesellschaft daraus Rechte erwerbe.

Einlage- und Uebernahmeverträge müssen, wenn auch nicht um gültig zu sein, so doch in Folge der rechtspolizeilichen Vorschrift des § 195 Nr. 2 schriftlich fixirt sein.

b) Sie sind, wenn im Gesellschaftsvertrage nicht festgesetzt, der Gesell- Anm. 14.
schaft gegenüber unwirksam. Es sollte durch diese Fassung angedeutet werden, daß die Frage, ob etwa die Gründer persönlich aus solchen Verträgen verpflichtet seien, offen bleibe und sich nach sonstigem Civilrecht richte (vergl. R.G. 36 S. 111). Haben nun die Gründer mit dem ausgesprochenen Willen gehandelt, daß die von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur der geplanten Gesellschaft zugute kommen und zur Last fallen sollen, so ist für die Gründer Recht und Pflicht nicht begründet. Es kann aber sein, daß die Rechtsgeschäfte in konkreten Fällen dahin gedeutet werden können, daß die Gründer persönlich sich verpflichtet haben, die Leistung der Gesellschaft, also die Leistung eines Dritten, zu beschaffen.

Der Gesellschaft gegenüber aber sind solche Verträge unwirksam, was hier gleich- Anm. 15.
bedeutend mit „nichtig" ist. Weder die Gesellschaft noch der Gegenkontrahent ist an solche Verträge gebunden. Die Vorschrift darf auch nicht umgangen werden, insbesondere nicht dadurch, daß Baarzahlung versprochen wird und alsdann Sachen an Zahlungsstatt angenommen werden (Wiener in G.Z. 25 S. 60; Petersen u. Pechmann S. 42).

Auch aus anderen Gründen kann die Festsetzung des Gründungs- Anm. 16.
aufwandes unwirksam sein. Ist in Folge der Kollusion einzelner Gründer der Gründungsaufwand niedriger, der Illationspreis aber höher angegeben, als dies der wahren Absicht der kolludirenden Gründer entspricht, so entspricht dies nicht dem Gesetze. Das R.G. (in Strafsachen 18 S. 105) hat dies unter dem Gesichtspunkte der Strafbarkeit ausgesprochen; die civilrechtliche Folge ist Schadensersatz, der zunächst in der Erstattung der Differenz zwischen dem von den kolludirenden Gründern heimlich gewollten und dem der Gesellschaft in Anrechnung gebrachten Illationspreise besteht (R.G. 26 S. 41).

Aus dem Präjudiz der Unwirksamkeit folgt übrigens nicht, daß Anm. 17.
das Registerrecht den klar liegenden (etwa aus dem Revisionsberichte sich ergebenden) Verstoß gegen das Gebot nicht zu rügen hätte, so z. B. wenn in Wirklichkeit eine Anlage erworben worden wäre, ohne daß dies aus dem Statut ersichtlich wäre (Ring Anm. 11 zu Art. 209b; Johow 10 S. 26). Daraus folgt auch, daß auch in der Nichtangabe einer wirklich getroffenen, in das Statut aber nicht aufgenommenen Abmachung ein strafbarer Verstoß gegen § 313 liegen kann (R.G. vom 22. Februar 1893).

Anm. 18. **Zusätze 1. Petersen und Pechmann nehmen außer dem Illationsvertrage noch einen Erfüllungsvertrag an** und behaupten, daß beide von den Gründern abgeschlossen und dem Handelsgerichte überreicht werden müssen (S. 42). Daß zunächst das Letztere nicht richtig ist, ergiebt die Fassung des § 195 Nr. 2. Das Gesetz hat hierbei überhaupt nicht die Erfüllung der Verträge im Auge, geht vielmehr davon aus, daß die festgesetzten Hauptpunkte in Betreff der Sacheinlagen und Uebernahmen entweder auf vorher abgefaßten Verträgen beruhen oder nachher in Verträgen näher ausgeführt werden. Das Letztere ist unter Ausführung der Festsetzung gemeint.

Es ist aber verfehlt, zu fordern, daß außer dem Illationsvertrage auch noch die Erfüllung vor der Entstehung der Gesellschaft erfolgen müsse und noch dazu durch einen förmlichen Erfüllungsvertrag. Die Gründer können freilich, weil sie ja Rechte für die entstehende Gesellschaft erwerben können, im Prinzip auch die Erfüllung für dieselbe entgegennehmen. Aber nicht immer wird dies nothwendig sein, z. B. wenn ausstehende Forderungen inferirt werden; in anderen Fällen erfolgt die Erfüllung naturgemäß ohne Urkunde, wie die Uebergabe, wenn der Illationsvertrag ein Miethsvertrag ist oder ein Kauf beweglicher Sachen. (Zust. Ring Anm. 6 zu Art. 209b; Pinner S. 27; Förtsch Anm. 3 zu Art. 175b; anders Behrend § 107 Anm. 17 u. 33.)

Anm. 19. **Zusatz 2. Der rechtliche Charakter, die Form und die Rechtswirkungen des Illationsvertrages und des Uebernahmevertrages.** Der Illationsvertrag ist ein Gesellschaftsvertrag (oben Anm. 4). Mit der Eintragung der Gesellschaft wird der Inferent Mitglied der Gesellschaft, Aktionär, und ist nunmehr verpflichtet, wenn er das nicht schon vorher gethan hat oder es aus rechtlichen Gründen nicht thun konnte (vergl. oben Anm. 18), den Illationsvertrag zu erfüllen. Zur Erfüllung vor der Eintragung ist er im Zweifel nicht verpflichtet. Die Erfüllung erfolgt bei Mobilien durch Uebergabe (§§ 929 ff. B.G.B.), bei Grundstücken durch Auflassung (§ 873 B.G.B.; Johow 11 S. 134), bei ausstehenden Forderungen durch Cession; bei Wechseln durch wechselrechtliche Uebertragung oder auch durch Cession. — Die Illation ist eine Veräußerung, wenn auch eine Veräußerung eigener Art, und es greifen daher hinsichtlich der Gewährleistung, hinsichtlich der Folgen gutgläubigen oder böswilligen Erwerbes, hinsichtlich der Form, auch hinsichtlich des Stempels, die allgemeinen Vorschriften über Veräußerungen Platz (vergl. Anm. 11 im Exkurse zu § 122). Anlangend insbesondere die Gewährleistung, so haftet der Inferent civilrechtlich nach den allgemeinen Vorschriften, z. B. bei ausstehenden Forderungen und sonstigen Rechten nur für die Verität und nicht für die Bonität, wenn er die letztere Haftung nicht besonders übernommen hat (§§ 437, 438, 443 B.G.B.); er kann auch die Haftung für Verität im Illationsvertrage ablehnen (§§ 437, 443 B.G.B.); wobei jedoch überall zu berücksichtigen ist, daß neben der vertraglichen Haftung die besondere aktienrechtliche Haftung aus § 202 H.G.B. wegen unrichtiger oder unvollständiger Angaben oder böslicher Schädigung besteht. Ist z. B. ein Patent unter Ausschluß der Haftung für Verität und Bonität eingebracht, so haftet der Inferent nicht, wenn er nach menschlicher Berechnung das Patent für unanfechtbar und gut halten durfte und in der Gründererklärung richtige und vollständige Angaben gemacht hat. — Die Hergabe der Aktien wird der Inferent regelmäßig vor der Erfüllung nicht verlangen können. Aber, wie gesagt, Mitglied wird er schon vorher durch die Eintragung der Gesellschaft (vergl. R.G. 31 S. 17). — Der Uebernahmevertrag ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein gegenseitiger Vertrag anderer Art (Kauf ꝛc.). Auch hierbei ist im Zweifel vor der Eintragung der Gesellschaft der Veräußerer zur Erfüllung nicht verpflichtet. — Hinsichtlich der Form ist beim Illations- und beim Uebernahmevertrag zu bemerken, daß, wenn Jemand ein Grundstück oder sein ganzes Vermögen auf eine dieser beiden Arten der zu gründenden Gesellschaft übertragen will, die Formvorschriften der §§ 311 und 313 B.G.B. Platz greifen. Die Uebertragung des ganzen Vermögens kann z. B. vorkommen, wenn eine Gesellschaft anderer Art auf diese Weise ihr Vermögen an eine zu gründende Gesellschaft veräußert, z. B. eine in Liquidation befindliche Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht aber auch dann, wenn eine o. H.G. ihr gesammtes Vermögen in dieser Weise überträgt (über letzteres Anm. 12 zu § 22). Außerdem muß wegen der Vorschrift des § 195 Nr. 2 jeder Illations- und jeder Uebernahmevertrag schriftlich abgefaßt werden.

Der Illations- und der Uebernahmevertrag können auch aus den allgemeinen Anfechtungs- Anm. 20.
gründen angefochten werden. Zunächst kann die Gesellschaft anfechten. Geeignetenfalls kann sie auf Rückgewähr bezw. Rücknahme, nicht bloß auf Schadensersatz klagen. Die letztere Einschränkung will das Reichsgericht (Band 26 S. 40) insoweit machen, als dadurch die Gesellschaft die wesentliche Grundlage ihrer Entstehung nach rückwärts zerstören würde." Indessen das ist kein Hinderungsgrund. Die Folge ist möglicherweise, daß die Gesellschaft ihre Auflösung beschließen muß (vergl. Cosack S. 613). Ja, sogar ein Gläubiger des Inferenten oder des Gegenkontrahenten des Uebernahmevertrages kann diese Verträge anfechten, wenn Fraudulosität vorliegt (R.G. 24 S. 22). Desgleichen kann der Gegenkontrahent des Uebernahmevertrages den Vertrag anfechten und eventl. auf Rückgewähr klagen. Aber der Inferent hat das Anfechtungsrecht nicht. Dieser hat durch seine Inferirungsthätigkeit eine Gesellschaft ins Leben gerufen, die aus öffentlich rechtlichen Gründen bestehen bleiben muß, er hat seine Gründererklärung nicht bloß den Mitgründern gegenüber, sondern der Registerbehörde und dem Verkehr gegenüber abgegeben und kann sie nicht durch eine Anfechtungserklärung aus der Welt schaffen, wie man eine Erklärung seinem Gegenkontrahenten gegenüber ansicht, der die Willensmängel erzeugt hat. Nur auf letzteren Fall ist § 123 B.G.B. anwendbar (R.G. 2 S. 132; 9 S. 37; 19 S. 126; R.G. vom 25. März 1899 in J.W. S. 306; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899 S. 252). Ist er getäuscht worden, so mag er sich an die Personen halten, die die Täuschung verübt haben. Mit Unrecht will Makower S. 367 diese nach früherem Rechte aufgestellten, aber auf allgemeinen Rechtsanschauungen beruhenden Grundsätze nach dem B.G.B. nicht gelten lassen. Die Vorschriften des B.G.B. über die Folgen der Willensmängel können vielmehr keineswegs als erschöpfend betrachtet werden und stehen jenen auf der Sondernatur des Gründungsaktes beruhenden Grundsätzen nicht entgegen, wie auch im Wechselverkehr nicht die einfachen Grundsätze des B.G.B. anzuwenden sind (vergl. Staub, W.O. §§ 9 u. 25 zu Art. 82).

Zusatz 3. Sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die im vorliegenden Anm. 21.
Paragraphen enthaltenen Festsetzungen der Abänderung fähig? Auch ein etwa abgeändertes Statut muß diese Festsetzungen enthalten (L.G. Mannheim bei Holdheim 2 S. 288; Pinner S. 29). Das Statut enthält insoweit historische Thatsachen. Diese aber sind begrifflich keiner Abänderung fähig. Nur die rechtlichen Folgen jener Thatsachen können später geändert werden. Das mag dem Statut hinzugefügt werden.

Zusatz 4. Hinsichtlich der im vorliegenden Paragraphen vorgesehenen qualificirten Gründungs- Anm. 22.
arten sind noch folgende weiteren Sicherungsvorschriften gegeben: § 191 (Gründerbericht bei Einlage und Uebernahme, nicht auch bei besonderen Vortheilen und Gründerlohn); § 192 Abs. 2 (Prüfung durch Revisoren); § 195 Abs. 2 Nr. 2 (Einreichung der schriftlich fixirten Verträge über diese Festsetzungen bei der Anmeldung); § 196 Abs. 4 (Beschränkung der hierbei interessirten Aktionäre im Stimmrecht in der konstituirenden Generalversammlung bei der Successivgründung); § 196 Abs. 5 (Vorschrift der Einstimmigkeit bei Aenderungen in diesen Bestimmungen in der konstituirenden Generalversammlung); § 187 (die Inferenten gehören zu den Gründern); § 207 (Uebernahme von Anlagen innerhalb zweier Jahre, Nachgründung ist an besondere Voraussetzungen geknüpft); § 313 Nr. 1 (wissentlich falsche Angaben über diese Festsetzungen sind strafbar).

Zusatz 5. Stempelfrage. Illationsverträge sind keine Kaufverträge, sondern Gesellschafts- Anm. 23.
verträge und sind als solche zu verstempeln. Ueber ihre Versteuerung siehe Anm. 17 zu § 179. Uebernahmeverträge sind als Kaufverträge zu verstempeln (Bolze 11 Nr. 582). Dabei ist der Stempel nur vom Nettobetrage zu entrichten, wenn das Handelsgeschäft zum Nettobetrage, d. h. zu dem Ueberschuß der Aktiva über die Passiva Gegenstand des Geschäfts ist (R.G. vom 5. 7. 98 in J.W. S. 514). Wird aber der Preis theils durch Aktien, theils in anderer Weise, z. B. durch Uebernahme von Hypotheken belegt, so ist in letzterer Hinsicht der Kaufstempel zu entrichten, es liegt ein gemischtes Geschäft vor (Bolze 11 Nr. 582; R.G. vom 4. 6. 96 in J.W. S. 423). Unterschied dieses Falles von der Illation eines Geschäfts gegen Aktiva und Passiva unter Berechnung eines Gesammtpreises: Bolze ebenda.

Zusatz 6. Uebergangsfrage. Es handelt sich um Gründungsvorschriften. Auf diese findet Anm. 24.
das bisherige Gesetz Anwendung (Art. 23 E.G. zum H.G.B.).

§ 187.

Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

Der vorliegende Paragraph stellt den Begriff der Gründer fest.

Anm. 1. 1. Die Veranlassung zu dieser Begriffsfeststellung hatte der Gesetzgeber, weil er auf die Schultern der Gründer eine Reihe von Verantwortlichkeiten, civilrechtlicher und strafrechtlicher Natur, wälzte.

Anm. 2. 2. Als Gründer gelten dem Gesetzgeber diejenigen Personen, welche gewissermaßen die Hauptakteure der Gründung und daher berufen sind, die Verantwortung für die mit der Gründung für das Publikum verbundenen Konsequenzen zu tragen.

Anm. 3. 3. Zu diesen Hauptakteuren rechnete der Entwurf z. A.G. v. 1884 nur diejenigen Personen, welche das Statut feststellten. Mit Recht aber hat jene Reichstagskommission, einer Anregung Wiener's (Aktiengesetzentwurf S. 18) folgend, auch die Sacheinleger dazu gerechnet, d. h. diejenigen Aktionäre, welche sich bei Errichtung der Gesellschaft durch Einwerfung anderer Vermögensobjekte als baaren Geldes betheiligen. Insbesondere sollen damit die Inhaber des Etablissements getroffen werden, dessen Fortbetrieb die Basis der Aktiengesellschaft werden soll. Daß die Sacheinleger außerdem an der Statutfeststellung theilnehmen müssen, um als Gründer zu gelten, ist (hierin abweichend vom Wiener'schen Vorschlage) nicht vorgeschrieben (Ring Anm. 1 zu Art. 209 c).

Anm. 4. 4. Ein Aktionär dagegen, der sich weder durch Statutfeststellung, noch durch Sacheinlegung bei Errichtung der Gesellschaft betheiligt, gehört nicht zu den Gründern im technischen Sinne.

Anm. 5. 5. Darüber, ob nur physische Personen Gründer sein können, vergl. Anm. 4 zu § 182; über das Verhältniß der Gründer unter sich Anm. 24 zu § 182; darüber, daß es nicht darauf ankommt, ob die Uebernahme und Inferirung für eigene oder fremde Rechnung geschieht (Strohmänner) siehe Anm. 5 zu § 182 u. Anm. 23 zu § 189. Der Dritte, für dessen Rechnung gehandelt wird, ist nicht Gründer (R.G. 41 S. 15).

Anm. 6. 6. Ueber Gründerkonsortien vergl. den Exkurs zu § 342.

§ 188.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so gilt mit der Uebernahme der Aktien die Gesellschaft als errichtet.

Soweit die Uebernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags erfolgt, kann sie in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung unter Angabe der Beträge, welche die einzelnen Gründer noch übernehmen, bewirkt werden.

Der Paragraph bestimmt, wann bei der Simultangründung die Gesellschaft als errichtet gelten soll.

Anm. 1. 1. Begriff der Simultangründung. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten der Gründung: die Simultan- und die Successivgründung, deutsch: die Einheits- und die Stufengründung. Erstere liegt vor, wenn sämmtliche Aktien von den Gründern, d. h. von den Statutfeststellern und etwaigen Sacheinlegern übernommen werden (vergl. § 187). Successivgründung liegt vor, wenn die Statutfeststeller und die etwaigen Sacheinleger nicht sämmtliche Aktien übernehmen; alsdann wird der Rest der Aktien durch Zeichnung anderer Personen aufgebracht und die Gesellschaft in einer richterlichen Generalversammlung errichtet. (Ob die Uebernahme für eigene oder für fremde Rechnung erfolgt, wenn sie nur im eigenen Namen geschieht, darauf kommt es nicht an; vergl. hierüber Anm. 23 zu § 189).

Zum Begriffe der Simultangründung gehört nicht etwa, wie dieser Anm. 2.
zwar nicht vom Gesetze, aber übereinstimmend von der Wissenschaft gebrauchte Name vielleicht vermuthen ließe, daß alle zu derselben erforderlichen Erklärungen in einem Akte stattfinden müssen. In gewissem Umfange kann vielmehr auch die Simultangründung durch successive Akte erfolgen. Denn es brauchen in der Statutfeststellungsverhandlung nicht sofort alle Aktien übernommen zu werden; vielmehr kann, wenn dies nicht der Fall ist, der Rest der Aktien in einer nachträglichen Verhandlung übernommen werden, und es liegt auch dann noch Simultangründung vor (vergl. Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen). Es ist aber dabei zu bemerken, daß an der letzten Verhandlung sämmtliche Gründer theilnehmen müssen, daß auch in ihr das Statut zu Grunde zu legen ist und die neuen Uebernehmer sich diesem zu unterwerfen haben (Motive z. Akt.-Ges. von 1884 I S. 153—154), und endlich, daß diese letztere Verhandlung in der That eine Uebernahme des ganzen Aktienrestes enthalten muß, widrigenfalls der Versuch der Simultangründung als gescheitert zu betrachten ist. Es ist in solchem Falle die letztere Verhandlung nichtig, und die von den Gründern in der ersten Verhandlung nicht übernommenen Aktien müssen im Wege der Zeichnung aufgebracht werden. Ebenso Ring (Anm. 2 zu Art. 209 d), desgleichen Makower S. 391. (Berichtigende Nachträge sind allerdings noch zulässig; R.G. 26 S. 73.) Dagegen erblickt Behrend (§ 100 Anm. 9) darin eine unmotivirte Beschränkung der Vertragsfreiheit, für die sich im Gesetze kein Anhalt finde. Indessen liegt der gesetzliche Anhalt sowohl in dem Wortlaut des Abs. 2, der nur von einer Verhandlung spricht, in welcher angegeben werden muß, welche Beträge die einzelnen Gründer „noch" übernehmen, als auch in dem scharfen Unterschiede, welchen das Gesetz zwischen Simultan- und Successivgründung macht, und welcher sich verwischen würde, wenn man bei der Simultangründung eine unbegrenzte Zahl von successiven Uebernahmeverhandlungen zuließe. Pinner S. 35 folgt der Behrend'schen Ansicht, er hat aber die unsrige nicht widerlegt. Auch Rudorff folgt der Behrend'schen Ansicht.

2. Begriff der Gesellschaftserrichtung. Die Gesellschaft wird errichtet durch den ge- Anm. 3.
meinschaftlichen Willen der bei der Errichtung mitwirkenden Personen.

Jeder Gründer offerirt seinen Vertragsgenossen die Betheiligung an der Gesellschaft unter den aufgestellten Bedingungen; mit der gegenseitigen Acceptation dieser Offerten ist die Gesellschaft errichtet. „Die Gesellschaft ist errichtet", und doch „besteht, wie § 200 sagt, die Aktiengesellschaft als solche nicht". Was bedeuten diese beiden Aussprüche? „Die Gesellschaft ist errichtet" kann nicht bedeuten, was die Worte ihrem natürlichen Wortsinn nach bedeuten. Denn eine errichtete Gesellschaft besteht auch. Und doch soll die Aktiengesellschaft als solche nicht bestehen. „Die Gesellschaft ist errichtet" bedeutet, daß unter den Gesellschaftern alle diejenigen Vereinbarungen getroffen sind, welche bei der Gründung einer Aktiengesellschaft zu treffen sind. Zu vereinbaren giebt es nun nichts mehr, es sind nur noch die Vereinbarungen auszuführen durch Eintragung der Gesellschaft (Cosack S. 605). Das Rechtsgebilde, welches von der Errichtung ab besteht, ist eine bürgerliche Societät (Gelegenheitsgesellschaft), deren Mitglieder einander verpflichtet sind, die zur Eintragung erforderlichen Akte vorzunehmen, wozu auch die Leistung der nach § 195 Abs. 3 erforderlichen Einzahlung an den Vorstand gehört. Für die Rechtsverhältnisse dieser Gesellschaft gelten aber nicht etwa die korporativen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Selbstverständlich nicht nach außen, aber auch nicht nach innen, inter socios. Denn der von den Gründern festgestellte Gesellschaftsvertrag und die damit geschaffene Organisation soll erst von der Eintragung ab gelten. Zwar folgt aus § 197, daß eine gewisse korporative Organisation besteht, da ja hiernach auf die Beschlußfassung gewisser Generalversammlungen die Vorschriften über die bestehende A.-G. analoge Anwendung finden. Doch ist dies mit dem Charakter der Societät nicht unvereinbar. Es frägt sich, ob man bei dieser Sachlage nicht vielleicht sagen kann, es liege ein nicht rechtsfähiger Verein vor (s. z. B. Makower S. 389). Die Frage ist nicht leicht zu beantworten, weil das B.G.B. den Begriff desselben nicht definirt. Immerhin wird man doch annehmen müssen, daß ein nicht rechtsfähiger Verein nur dann vorliegt, wenn die Absicht besteht, als eine korporativ organisirte, aber

nicht Korporation gewordene Vereinigung dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten. Diese Absicht fehlt hier. Zwar ist die Personenvereinigung in gewissem Grade korporativ organisirt, aber sie will in dieser Weise nicht dauernd im Rechtsverkehr auftreten, sondern sie will nur eine Uebergangserscheinung sein, ihr einziger Zweck ist, diejenigen persönlichen und realen Substrate zu schaffen, die erforderlich sind, um eine wirkliche Korporation zu werden. Eine Gesellschaft mit solchem beschränkten Zwecke ist kein nicht rechtsfähiger Verein, sondern eine einfache Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine Gelegenheitsgesellschaft (so auch Pinner S. 36; vergl. über diese den Exkurs zu § 342). Die Frage ist übrigens materiell nicht erheblich, weil auch für den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft gelten (§ 54 B.G.B.), die angeordnete Haftung der Vertreter solcher Vereinigungen für Handeln im Namen der Gesellschaft aber hier besonders festgesetzt ist (§ 200 H.G.B.). Für die Parteifähigkeit im Prozesse kann sie aber von Erheblichkeit sein (§ 50 C.P.O.). — Inwieweit die errichtete Gesellschaft im Rechtsverkehr auftreten kann, darüber s. § 200. — *Die errichtete Gesellschaft kann sich auch wieder auflösen* (vergl. R.G. 21 S. 250). Der Auflösungsbeschluß folgt nicht etwa aktiengesellschaftlichen Regeln, denn der § 197 hat lediglich die für das Gründungsstadium entscheidenden Generalversammlungen im Auge; die zum Schutze der Gläubiger aufgestellten Vorschriften greifen nach dem Gesagten hierauf noch weniger Platz.

Damit die Gesellschaft errichtet sei, ist natürlich erforderlich, *daß kein wesentlicher Gründungsfehler* vorliegt. Eine mit wesentlichen Mängeln behaftete Errichtung ist nichtig und es kann durch Feststellungsklage, einstweilige Verfügung und Anträge beim Registergericht die Ungiltigkeit der Errichtung festgestellt und die Eintragung verhindert werden.

Anm. 4. **Zusatz 1. Stempelfrage.** Ueber die Stempelpflichtigkeit der Aktienübernahme bei der Simultangründung siehe Anm. 14 flg. zu § 179.

Anm. 5. **Zusatz 2. Bei dieser Gelegenheit soll auch der Gang der Simultangründung** kurz skizzirt werden:

1. Zunächst wird der Gesellschaftsvertrag festgestellt (§ 182).
2. Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Uebernahme der Aktien durch die Gründer (§§ 182 u. 188).
3. Gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Wahl des Vorstandes und Aufsichtsraths (§ 190).
4. Im Falle des § 186 Abs. 2 ist eine Gründererklärung abzugeben (§ 191).
5. Vorstand und Aufsichtsrath und event. Revisoren haben die Gründung zu prüfen und hierüber einen Prüfungsbericht abzugeben (§ 192).
6. Alsdann erfolgt die Anmeldung zum Handelsregister (§ 195).
7. Alsdann die Eintragung und Veröffentlichung (§ 198).

§ 189.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so hat der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der übrigen Aktien vorherzugehen.

Die Zeichnung erfolgt durch schriftliche Erklärung, aus der die Betheiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Aktien ausgegeben werden, nach dem Betrag oder der Gattung der Aktien hervorgehen muß.

Die Erklärung (Zeichnungsschein) soll doppelt ausgestellt werden; sie hat zu enthalten:

1. den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags, die im § 182 Abs. 2 und im § 186 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;

2. den Namen, Stand und Wohnort der Gründer;
3. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktie stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen ist.

Zeichnungsscheine, welche diesen Inhalt nicht vollständig haben oder außer dem unter Nr. 4 bezeichneten Vorbehalte Beschränkungen in der Verpflichtung des Zeichners enthalten, sind nichtig. Erfolgt ungeachtet eines hiernach nichtigen oder wegen verspäteter Errichtung der Gesellschaft unverbindlichen Zeichnungsscheins die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so ist der Zeichner, wenn er auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung in der Generalversammlung, die zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen wird, stimmt oder später als Aktionär Rechte ausübt oder Verpflichtungen erfüllt, der Gesellschaft wie aus einem gültigen Zeichnungsscheine verpflichtet.

Jede nicht in dem Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Einleitung.

Der Paragraph trifft Bestimmungen über:

1. **die Form und den Inhalt des Zeichnungsscheins** (Abs. 1, 2 und 3);
2. **die Folgen von Mängeln und die Möglichkeit ihrer Heilung** (Abs. 4);
3. **die Rechtsbedeutung von Beschränkungen, die der Zeichnungsschein nicht enthält** (Abs. 5).

Zeichnungsscheine kommen nur bei der Successivgründung vor. Denn in dem Falle, daß sämmtliche Aktien von den Gründern übernommen werden, gilt mit der Uebernahme die Gesellschaft als errichtet (§ 188). Ist aber auch nur eine einzige Aktie von den Gründern nicht übernommen, muß also auch nur eine einzige Aktie gezeichnet werden, so liegt Successivgründung vor. Ueber den Gang derselben siehe unten Anm. 26.

Anm. 1.

1. (Abs. 1, 2, 3 und 4.) **Die Form und der Inhalt des Zeichnungsscheins.**

a) **Die Form der Zeichnung.** Eine schriftliche Erklärung, ein Zeichnungsschein, muß vorliegen, und zwar in zwei Exemplaren.

α) **Die schriftliche Erklärung oder der Zeichnungsschein.** Die schriftliche Form ist derart wesentlich, daß ihr Mangel die Erklärung nichtig macht (§ 125 B.G.B.) und unheilbar ist. Liegt also eine die Bestandtheile des Abs. 2 aufweisende schriftliche Erklärung nicht vor, so wird der Betheiligungslustige trotz Eintragung und Genehmigung nicht Aktionär (vergl. unten Anm. 11). Das ergiebt Abs. 4 (vergl. R.G. 19 S. 194). Mündliche Betheiligungszusagen sind daher der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Streitig ist aber, ob die schriftliche Erklärung in einer besonderen Urkunde erfolgen muß — Petersen und Pechmann (S. 50); Förtsch (Anm. 3 zu Art. 175c) — oder ob Einzeichnung in eine Zeichnerliste genügt — Ring (Anm. 2 zu Art. 209e); Behrend (§ 104 Anm. 5; Makower S. 393). Dem Worte Zeichnungsschein ist das erstere zu entnehmen (zust. Pinner S. 40).

Anm. 2.

Ueber die sonstigen Erfordernisse des Zeichnungsscheins entscheidet das bürgerliche Recht, für die Form insbesondere ist § 126 B.G.B. maßgebend, da das H.G.B. über die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung nichts enthält (Behrend § 104 Anm. 4). Danach muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Stellvertretung ist zulässig, wie im ganzen Rechtssystem, wo nicht persönliche Mitwirkung beim Rechtsgeschäft ausdrücklich erfordert ist, wie z. B. in den §§ 1317 (Eheschließung) u. 1750 (Adoptionsvertrag) B.G.B. (vergl. Anm. 2 zu § 51). Die Vollmachtsertheilung bedarf dabei keiner Form (§ 167 Abs. 2 B.G.B.). Auch nachträgliche Genehmigung ist zulässig,

auch diese ist formlos (§§ 182, 184 B.G.B.; vergl. R.G. 4 S. 307). Der Registerrichter wird aber eine Vollmachts- bezw. Genehmigungsurkunde verlangen können.

β) Die Vorschrift zweier Exemplare ist nur instruktionell („soll").

Anm. 3. b) **Der obligatorische Inhalt des Zeichnungsscheins** ist theils im zweiten Absatze dieses Paragraphen, theils im dritten enthalten; im vierten ist die negative Vorschrift enthalten, daß der Zeichnungsschein keine Beschränkungen oder Vorbehalte außer der zeitlichen Gebundenheit enthalten darf.

α) Nach dem zweiten Absatze muß der Zeichnungsschein die näheren Daten der betreffenden, von dem Zeichnenden intendirten Aktienbetheiligung enthalten: Zahl, Betrag, Gattung (Aktien welcher Berechtigung). Von selbst versteht es sich, daß der Zeichnungsschein auch die Identität der Gesellschaft, um welche es sich handelt, zweifellos erkennen lassen muß.

Anm. 4. β) Nach dem dritten Absatze muß der Zeichnungsschein eine Reihe von Bestimmungen, welche für alle Zeichner gemeinsam gelten, enthalten: und zwar:

Nr. 1. Das Datum des Statutes (worin implicite die zwingende Vorschrift liegt, daß das Statut erst rite festgestellt sein muß, ehe die Zeichnung erfolgt, und nur eine auf ein bereits festgestelltes Statut Bezug nehmende Zeichnung gültig ist) und den in § 182 Abs. 2 und § 186 enthaltenen absolut und relativ nothwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages, sowie endlich den Gesammtbetrag von Aktien einer jeden Gattung.

Anm. 5. Nr. 2. Die genaue Bezeichnung der Gründer, was die Würdigung der Solidität des Unternehmens und der Unternehmer erleichtern soll (Mot. z. Akt.-Ges. v. 1884 II 102).

Anm. 6. Nr. 3. Den Emissionskurs und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen, damit der Zeichner sich klar sei über die Verpflichtungen, die er übernimmt. Die festgesetzten Einzahlungen sind nur die ersten Einzahlungen, die mindestens 25% betragen müssen (Esser Anm. 3; Makower S. 394). — Daß auch die etwaige Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen nach § 212 aufgenommen werden muß, dürfte wohl ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung anzunehmen sein (Makower S. 394, Esser Anm. 4; Rudorff zu § 212 Abs. 1).

Anm. 7. Nr. 4. Den Endtermin der Gebundenheit, damit die Unsicherheit des früheren Rechts, wie lange die Gebundenheit des Zeichners dauert, beseitigt werde. Der Endtermin muß natürlich ein gemeinsamer für alle Zeichner sein. Er darf auch nicht, wie Völderndorff S. 344 meint, in das Ungemessene gerückt, also z. B. auf das jüngste Gericht verlegt sein. Sonst fehlt ihm das Erforderniß der Ernstlichkeit und die Erklärung ist aus diesem Grunde ungültig. (Just. Ring Anm. 8 zu Art. 209e). Verstreicht der Endtermin, ohne daß die Errichtung erfolgt, so wird der Zeichnungsschein kraftlos (Ring Anm. 8 zu Art. 209e). Der Registerrichter darf die Anmeldung nicht mehr annehmen (Förtsch Anm. 6 zu 175c). Die dennoch erfolgte Eintragung ist aber nicht nichtig, weil in dieser Hinsicht eine Heilbarkeit vorgesehen ist (vergl. unten Anm. 16).

Anm. 8. Zu beachten ist, daß die Errichtung als Endtermin der Bindung genannt ist, also nicht der Zeitpunkt der Gesellschaftsentstehung, der ja erst mit der Eintragung eintritt. Das Gesetz geht offensichtlich davon aus, daß die Eintragung normaler Weise der Errichtung unmittelbar folgt, indem es der Mitwirkung der Betheiligten hierzu nicht mehr bedarf, und daß Verzögerungen in dieser Hinsicht daher einerseits nicht zu erwarten sind, andererseits aber den Gründern nicht zur Last fallen.

Anm. 9. Muß die Zeitbeschränkung für alle Zeichner die gleiche sein? Mit Makower S. 394 ist anzunehmen, daß ein zwingender Grund dafür nicht spricht (anders Esser Anm. 3).

c) Der vierte Absatz enthält die negative Vorschrift, daß der Zeichnungsschein keine Beschränkungen oder Vorbehalte außer der zeitigen Gebundenheit erhalten darf. Bedingungen gelten als Beschränkungen. Anm. 10.

3. (Abs. 4.) **Die Folgen von Mängeln und die Möglichkeit ihrer Heilung.** Anm. 11.

a) Regel ist, daß ein Zeichnungsschein, der den aufgestellten Erfordernissen nicht entspricht, ungültig ist. Allein die Erfordernisse sind doch nicht durchweg derart wesentlich, daß ihr Mangel nicht mehr heilbar wäre. **Vielmehr gilt die Unheilbarkeit nur von den Erfordernissen des Abs. 2.** Lag daher eine schriftliche Erklärung nicht vor, sondern nur eine mündliche Beitrittszusage, oder läßt der Zeichnungsschein die Betheiligung nach Anzahl, Betrag, Art oder Gattung der Aktien nicht erkennen (ein Tintenklex z. B. hat die Zahl der gezeichneten Aktien absolut unleserlich gemacht), so ist der Zeichnungsschein unheilbar ungültig (vergl. R.G. 14 S. 93; 19 S. 194). Die Folge der Ungültigkeit ist, daß es so angesehen wird, als sei nihil actum. Es kann auch nicht etwa ein Theil vom anderen Schadensersatz oder Ausstellung eines richtigen Zeichnungsscheins fordern. Auch Eintragung und Genehmigung machen in diesem Falle den Zeichner nicht zum Aktionär.

b) **Dagegen sind Mängel in den übrigen Erfordernissen heilbar,** und zwar unter einer doppelten Voraussetzung: Anm. 12.

α) daß der Gesellschaftsvertrag unter Benutzung des Zeichnungsscheins eingetragen ist, was freilich nur aus Irrthum geschehen kann; denn eigentlich ist ein solcher Eintragungsantrag abzuweisen (§ 195).

β) daß der Zeichner in der Errichtungsversammlung oder später Aktionärrechte geltend gemacht oder Aktionärverpflichtungen erfüllt hat. Die erste Voraussetzung ist klar, aber auch die zweite sollte eigentlich Zweifeln nicht ausgesetzt sein: der Zeichner muß eben Rechte oder Pflichten „als Aktionär" bethätigt haben, d. h. es muß sich um Rechte oder Pflichten handeln, welche der Aktionär als solcher nach dem Gesetze oder dem Statute hat (Stimmrecht, Dividendenrecht, Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung; Recht, Abschrift der Bilanz und des Geschäftsberichts zu verlangen nach § 263; vergl. auch § 257). Dagegen ist nicht jede Bethätigung des Interesses an den Schicksalen der Gesellschaft, z. B. die Besichtigung der Gesellschaftsfabrik, eine Anfrage an den Vorstand über den Stand der Gesellschaftsverhältnisse, dahin zu rechnen, denn darin liegt keine Ausübung von Rechten, da dem Aktionär als solchem Rechte dieser Art nicht zustehen. Anm. 13.

Die Ausübung von Rechten und Pflichten muß erfolgt sein in der richterlichen Generalversammlung oder später, also nicht vorher, etwa in der Verhandlung betreffend die Wahl des Aufsichtsraths, aber nicht nothwendig nach der Eintragung der Gesellschaft, sondern so, wie es im Gesetze steht, nach der Errichtungsversammlung. (Dies gegen Völderndorff S. 350; Zust. Ring Anm. 11 zu Art. 209e; Behrend § 104 Anm. 10.) Anm. 14.

Die Folge der Konvalescenz ist, daß der Aktionär verpflichtet (und natürlich auch berechtigt) wird „wie aus einem gültigen Zeichnungsschein". Es wird nicht etwa der Zeichnungsschein so gültig, wie er beschaffen ist, insbesondere in Bezug auf Vorbehalte und Verpflichtungsbeschränkungen, sondern es wird so angesehen, als sei er von vornherein gültig abgegeben, d. h. das Ungültige gilt nunmehr pro non scripto (Ring Anm. 10 zu Art. 209e; Behrend § 104 Anm. 17). Anm. 15.

c) die Heilung zu b ist auch zulässig bei einem wegen verspäteter Errichtung unverbindlich gewordenen Zeichnungsschein (anders früher Art. 209e). Anm. 16.

4. (Abs. 5.) **Beschränkungen der Verpflichtung.** Beschränkungen, die der Zeichnungsschein nicht enthält, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Das sagt der vorliegende Absatz. Von den Beschränkungen, die der Zeichnungsschein enthält, spricht schon Abs. 4; sie bewirken eine heilbare Ungültigkeit des Zeichnungsscheins, sind aber selbst dann ungültig, wenn der Zeichnungsschein in der Folge gültig wird. Anm. 17.

Anm. 18. **Hinsichtlich anderer Angaben** in dem Zeichnungsschein ist wie folgt zu unterscheiden:

a) Sie dürfen selbstverständlich keine Beschränkungen der übernommenen Zeichnungsverpflichtung enthalten, sonst machen sie den Zeichnungsschein ungültig (Abs. 4).

Anm. 19. b) Dagegen steht nichts im Wege, daß den Gründern gegenüber Beschränkungen und Bedingungen stipulirt werden, z. B. daß dem Zeichner die Aktien zu einem bestimmten Kurse wieder abgenommen werden, oder daß auch Erweiterungen der Verpflichtung in der Weise übernommen werden, z. B. die Verbindlichkeit, an den Kosten der etwa vereitelten Gründung zu partizipiren.

Anm. 20. c) Abreden endlich, welche neben der Verpflichtung zur Zahlung des Aktienbetrags der Gesellschaft gegenüber getroffen werden, sind ungültig. Wenn sie so aufzufassen sind, daß die Aktionäreigenschaft mit der Maßgabe übernommen werden soll, daß auch diese Abreden gültig seien, so machen sie auch den Zeichnungsschein ungültig (Näheres vergl. zu § 211).

Anm. 21. **Zusatz 1. Die juristische Konstruktion der Aktienzeichnung und die sonstigen civilrechtlichen Momente derselben.**

a) **Begriff der Aktienzeichnung.** Eine juristische Person wird errichtet durch den gemeinschaftlichen Errichtungswillen aller Theilnehmer, durch die gegenseitige Acceptation der gegenseitigen Offerten zur Betheiligung an der zu bildenden Gesellschaft. Bei der Simultangründung vollzieht sich dieser Rechtsvorgang einfach in der Weise, daß die sämmtlichen Gründer sich gegenseitig zur Aktienübernahme, d. h. zur Betheiligung, zur Mitgliedschaft an der geplanten Gesellschaft verpflichten. Bei der Successivgründung tritt eine Modifikation und Komplikation durch die Eigenthümlichkeit ein, daß nach gesetzlicher Vorschrift der letzte entscheidende Akt der Errichtung in einem Majoritätsbeschlusse der Interessenten liegt (§ 196). Ein Majoritätsbeschluß aber kann nur dann den allseitigen Konsens ersetzen, wenn alle Betheiligten sich vorher demselben unterworfen haben. Die Unterwerfung aller Betheiligten unter den in der Errichtungsversammlung zu fassenden Majoritätsbeschluß liegt einmal in der Zeichnung. Durch die Zeichnung erklärt der Zeichner, er sei bereit Mitglied der Aktiengesellschaft zu werden, für den Fall, daß die Errichtungsversammlung ihre Entstehung mit der gesetzlichen Mehrheit beschließt, sei es ohne seine Mitwirkung, sei es sogar gegen seinen Widerspruch in dieser Versammlung. Diese Verpflichtungserklärung oder Offerte wird von den Gründern acceptirt durch die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages (§ 195. Vergl. Motive zum Akt.Ges. v. 1884 I S. 161).[1] Das ist der Akt, durch welchen die Gründer in öffentlicher und feierlicher Form der Gesammtheit der Zeichner gegenüber erklären, welche Zeichnerofferten sie acceptiren, mit welchen Zeichnern zusammen sie die Gesellschaft bilden wollen, für den Fall, daß die Errichtungsversammlung die Entstehung der Gesellschaft beschließt. Bis zu diesem Zeitpunkte haben die Gründer das Recht, jede Zeichnerofferte nach reiner Willkür, nicht bloß, wenn mangelnde oder zweifelhafte Kreditwürdigkeit

---

[1]) Behrend (§ 105 Anm. 11) nimmt die Möglichkeit jeder civilrechtlich gültigen Acceptation an, auch durch konkludente Handlungen. Indessen die offizielle Acceptation als Gründer mit der Wirkung, daß die Annahmeerklärung für die werdende Gesellschaft unwiderruflich ist, kann nur in jenem offiziellen Akte gefunden werden. Anderweite Acceptationserklärungen binden nur die Personen der Gründer in ihren privaten Rechtssphären. Vorher besteht vielleicht ein obligatorischer Anspruch des Zeichners gegen die Gründer, die Zeichnung zu acceptiren, aber keine Anwartschaft auf die Mitgliedschaft (vergl. Lehmann, Aktienrecht I S. 357, 358). — Da erst die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages die definitive Annahme enthält, die Anmeldung aber den Nachweis gewisser Einzahlungen voraussetzt, so frägt es sich, wie dieselben erzwungen werden können. Die Antwort ist, daß ein rechtlicher Zwang den Organen der werdenden Gesellschaft allerdings nicht zur Seite steht, weshalb es der Umsicht und dem Geschicke der Gründer überlassen bleibt, das Gründungsgeschäft so zu leiten, daß die nachzuweisenden Einzahlungen bei Anmeldung des Gesellschaftsvertrages geleistet sind. Am besten geschieht dies dadurch, daß von vornherein erklärt wird, es würden nur solche Zeichnungen berücksichtigt, denen die Zahlung beigefügt wird (vergl. Ring Anm. 1 zu Art. 209e). Pinner (S. 39) nimmt an, daß die Gründer die Zeichnung durch ihre Erklärung acceptiren und alsdann ein Recht auf die Einzahlung haben. (Bei der Simultangründung ist die gleiche Frage erörtert in Anm. 3 zu § 188).

des Zeichners vorliegt, abzulehnen. Sonstige Acceptationserklärungen an einzelne Zeichner oder auch an alle gelten nicht, können die Gründer höchstens in ihren privaten Rechtssphären, nicht in ihrer offiziellen Eigenschaft als Bildner einer werdenden Aktien-Gesellschaft binden (vergl. Note 1; vergl. auch Anm. 19 zu § 195). Durch den Beschluß der Errichtungsversammlung kommt dann die Bedingung zu Stande, unter welcher die in der Zeichnung liegende Erklärung abgegeben ist. Das ist aber keine Potestativbedingung, keine conditio si voluero, wie sie von Gareis-Fuchsberger (S. 322 Note 21 und S. 413 Anm. 1) bezeichnet wird. Denn jetzt entscheidet die Majorität, auch gegen den Willen des Einzelnen.

Auf diese Weise beantwortet sich die Frage, ob schon die Aufforderung zur Zeichnung Seitens der Gründer, oder erst die Zeichnung eine Offerte ist, und eventuell eine Offerte welchen Inhalts und wann sie als acceptirt gilt. Daß die Aufforderung zur Zeichnung eine bindende Offerte sei, von der die Gründer nach Acceptation durch den Zeichner bloß wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Zeichners zurücktreten könnten, wie Petersen und Pechmann S. 48 ff. meinen, ist schon von Simon (in G.Z. 36 S. 358) zutreffend durch den Hinweis darauf widerlegt, daß die Gründer doch nicht gezwungen werden können, alle Zeichner als Gesellschafter zu acceptiren, da sie doch nicht hindern können, daß sich mehr Zeichner melden, als Aktien ausgegeben werden sollen. Die Geister, die sie riefen, werden sie dann nicht los. Vielmehr ist erst die Zeichnung die Offerte und acceptirt wird sie durch die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages. Vorher können die Gründer die Zeichnung nach Belieben zurückweisen, auch nachdem sie (hier anders Pinner S. 40) die Zeichnung schon angenommen haben. Anm. 22.

b) **Ist die Aktienzeichnung ein Handelsgeschäft?** Sie kann, wie jedes vermögensrechtliche Geschäft, accessorisches Handelsgeschäft nach § 343 sein (R.G. 4 S. 311). Sie kann aber auch ein reines Grundhandelsgeschäft sein, zwar nicht nach § 1 Nr. 1, da die Aktienzeichnung kein Anschaffungsgeschäft (vergl. unten Anm. 26), wohl aber nach § 1 Nr. 4 als Bankiergeschäft. Als absolutes Handelsgeschäft kann sie, da es solche nicht mehr giebt, nicht mehr in Frage kommen. Anm. 23.

c) **Civilrechtliche Erfordernisse bei der Aktienzeichnung und Willensmängel.** Außer der Form, über welche oben Anm. 1 u. 2 gehandelt ist, ist noch erforderlich, daß die allgemeinen civilrechtlichen Voraussetzungen einer giltigen Willenserklärung vorliegen. Dabei ist nur erforderlich, daß der Zeichner in eigenem Namen gezeichnet hat; ob er dies auch für eigene Rechnung gethan oder für fremde Rechnung, ist gleichgiltig. Die **Strohmänner** sind wahre Zeichner (R.G. 28 S. 77; 41 S. 13; R.G. in Straff. 30 S. 312). Weiter ist erforderlich, daß der Aktienzeichner überhaupt eine Aktienzeichnung gewollt hat. Würde er sich hierüber in einem wesentlichen Irrthum befunden haben, so würde er mit Erfolg die Zeichnung anfechten können (R.O.H. 5 S. 415; R.G. 9 S. 37—40; Wiener in G.Z. 24 S. 459; 472—474). Hat aber der Zeichner wirklich zeichnen wollen, so kann er die Zeichnung wegen Irrthums oder Betruges oder wegen einer Scheinerklärung nicht anfechten. Denn hier, wie bei der Aktienübernahme durch die Gründer (vergl. Anm. 20 zu § 186) ist davon auszugehen, daß die Zeichnung nicht bloß eine Erklärung gegenüber den Gründern als Privatpersonen ist, sondern daß sie dazu bestimmt ist, ein Theil der Grundlagen einer in das Verkehrsleben tretenden Gesellschaft zu werden. Die Erklärung wird somit nicht bloß den Gründern gegenüber, sondern auch dem Verkehr gegenüber abgegeben und kann daher nicht so einfach angefochten werden, wie eine einem bestimmten privaten Gegenkontrahenten abgegebene Erklärung, wie ja auch die aus der Wechselzeichnung entspringende Verpflichtung so leichter Anfechtung nicht ausgesetzt ist (vergl. Staub, W.O. § 9 und 25 zu Art. 82). Aus diesem Gesichtspunkte haben die obersten Gerichte der Gesellschaft gegenüber zurückgewiesen den Einwand des Zeichners, er sei durch falsche Vorspiegelungen der Gründer oder ihrer Agenten zur Zeichnung verleitet worden (Bolze 7 Nr. 644), desgleichen den Einwand, er habe laut Abrede mit den Gründern nur zum Anm. 24.

Schein gezeichnet (Bolze 12 Nr. 509), und endlich den Einwand, er habe sich über den Umfang der übernommenen Verpflichtung geirrt (R.G. 19 S. 124). Mit Unrecht will Pinner S. 43 die nicht ernstlich abgegebenen Willenserklärungen anders behandeln. Vielmehr muß hier dem Verkehr gegenüber ein geheimer Vorbehalt im Sinne des § 116 B.G.B. als vorliegend angenommen werden. Auch die durch Drohung herbeigeführte Willenserklärung ist (gegen Pinner S. 43; Cosack S. 608 und Lehmann I S. 355) nicht anders zu behandeln; auch bei ihr liegt der Wille zu zeichnen, Mitglied der Gesellschaft zu werden vor; die solchergestalt abgegebene Willenserklärung kann aber nicht, wie sonst, angefochten werden, weil sie eine allgemeine Bedeutung hat. In allen hier gedachten Fällen mag sich der Zeichner wegen der mißlichen Folge seiner durch Täuschung oder Drohung herbeigeführten Zeichnung an Denjenigen halten, der ihn zur Zeichnung veranlaßt hat (R.O.H. 22 S. 200; §§ 823 flg. B.B.G.). Makower S. 367 lehnt es ab, hier überall andere Grundsätze gelten zu lassen, als die allgemeinen Grundsätze des B.G.B.; gegen ihn siehe unsere Bemerkung in Anm. 20 zu § 186.

Anm. 25. **Zusatz 2.** In welcher Weise die Zeichner geworben werden, ist im Gesetze nicht gesagt. Insbesondere ist hierzu **ein Prospekt nicht obligatorisch, aber gestattet.** Die Verantwortlichkeit für seinen Inhalt richtet sich nach bürgerlichem Recht. (Vergl. Behrend § 104.) Ueber Haftung aus Prospekten, auf Grund deren Werthpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, siehe jetzt §§ 43—47 des Börsengesetzes. (Vergl. Anm. 11 ff. zu § 203).

Anm. 26. **Zusatz 3. Ist die Aktienzeichnung zu verstempeln?**

Als Anschaffungsgeschäft kann die Zeichnung in Konsequenz der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts (R.G. 31 S. 17) nicht mehr gelten (R.G. vom 16. Dezember 1897 in J.W. 1898 S. 80). Allein nach dem Reichsstempelgesetz in seiner neuesten Fassung vom 27. April 1894 ist die Ausreichung der Papiere an den ersten Erwerber stempelpflichtig, als wäre es ein Anschaffungsgeschäft. Damit ist übrigens das Geschäft als solches, nicht gerade die körperliche Aushändigung an den Zeichner für stempelpflichtig erklärt (R.G. 39 S. 130).

Anm. 27. **Zusatz 4. Bei dieser Gelegenheit soll der Gang der Successivgründung kurz skizzirt werden:**

1. Zunächst wird der Gesellschaftsvertrag festgestellt, gleichzeitig oder nachträglich erfolgt die Aktienübernahme durch die Gründer (§ 182).
2. Alsdann erfolgt die Zeichnung der Aktien (§ 189).
3. Alsdann erfolgt die Berufung einer Generalversammlung zur Wahl von Aufsichtsrath und eventuell Vorstand (§ 190).
4. Es ist eine Gründererklärung zu erstatten im Falle des § 186 Abs. 2 (§ 191).
5. Alsdann erfolgt die Prüfung der Gründung durch den Vorstand, Aufsichtsrath und event. auch durch die Revisoren und Erstattung des Prüfungsberichts (§ 192).
6. Alsdann Anmeldung zum Handelsregister (§ 195).
7. Alsdann konstituirende Generalversammlung (§ 196).
8. Alsdann erfolgt die Eintragung und Veröffentlichung (§ 198).

§ 190.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so haben sie gleichzeitig mit der Errichtung der Gesellschaft oder in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung den ersten Aufsichtsrath der Gesellschaft zu bestellen.

Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so haben sie nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths zu berufen.

Diese Vorschriften finden auch auf die Bestellung des ersten Vorstandes

Anwendung, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage die Bestellung in anderer Weise als durch Wahl der Generalversammlung zu geschehen hat.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, in welcher Weise der Aufsichtsrath und der Vorstand im Stadium der Gründung zu bestellen sind. Er füllt eine Lücke des bisherigen Rechts aus.

1. **Die Bestellung des Aufsichtsraths.** Sie erfolgt im Falle der Simultangründung entweder zugleich mit der Errichtung oder in einer (nachträglichen) besonderen Verhandlung. Es kann also im Falle der Simultangründung nicht bloß die Statutfeststellung und die Uebernahme sämmtlicher Aktien, sondern auch die Bestellung des ersten Aufsichtsraths und, wenn das Statut nicht entgegensteht, auch die Bestellung des ersten Vorstandes in einer und derselben Verhandlung erfolgen (zustimmend Pinner S. 44). Erfolgt die Uebernahme sämmtlicher Aktien nicht in der Feststellungsverhandlung, so kann die Uebernahme der restirenden Aktien und die Wahl der Verwaltungsorgane in der zweiten Verhandlung erfolgen. (Ueber die Form dieser gerichtlichen oder notariellen Verhandlung siehe Anm. 6 zu § 182.) Es kann aber auch diese letztere Wahl nachfolgen. Auch in diesem Falle muß die Form der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung gewahrt werden, wie dies in Anm. 6 zu § 182 entwickelt ist, obgleich hier eigentlich kein Rechtsgeschäft abgeschlossen, sondern ein Vorgang, eine Abstimmung, ein Beschluß, der auch durch Majorität zu Stande kommen kann (§ 197; Makower S. 396; anders Rudorff), beurkundet wird. Das Gesetz gebraucht nun einmal hier denselben Ausdruck, also muß die gleiche Form gewahrt werden. Im Falle der Successivgründung erfolgt die Wahl des Aufsichtsraths in einer besonderen Generalversammlung, welche nach der (vollen) Zeichnung des Grundkapitals zu berufen ist. Es fragt sich, welche Zeichner zu dieser Generalversammlung einzuladen sind. Alle? Auch dann, wenn das Grundkapital überzeichnet worden ist? Hier muß dasselbe angenommen werden, was wir schon für das frühere Recht angenommen hatten (5. Aufl. § 1 zu Art. 209 f): Es sind diejenigen Zeichner zu berufen, deren Mitgliedschaft die Gründer in Aussicht genommen haben (vergl. auch Anm. 19 zu § 195). — Der Name „Aufsichtsrath" muß als obligatorisch betrachtet werden (anders Behrend § 127 Anm. 3). Anm. 1.
2. **Die Wahl des Vorstandes.** Hierüber gilt das Gleiche, wenn im Statut nichts Besonderes darüber bestimmt ist, wer den Vorstand zu wählen hat. Wenn aber nach dem Statut andere Organe, als die Generalversammlung ihn zu bestellen haben (vergl. Anm. 15 zu § 182 Nr. 4), so greift diese Vorschrift auch für das Stadium der Gründung Platz, z. B. wenn, was häufig der Fall ist, der Aufsichtsrath den Vorstand zu bestellen hat, so hat dieser ihn auch im Stadium der Gründung zu bestellen. Anm. 2.
3. **Daß jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß,** geht aus § 182 Nr. 4 hervor. Dieser vertritt, nachdem er rite bestellt ist, nunmehr allein die errichtete Gesellschaft (Makower S. 397). Anm. 3.
4. **Daß aber jede Aktiengesellschaft auch einen Aufsichtsrath haben muß,** geht aus dem vorliegenden Paragraphen hervor. Auf seine Zusammensetzung findet § 243 Anwendung; auf seine Funktionen § 246. Die Folge der Nichtbestellung des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, ein Fall, der z. B. eintreten kann, wenn Niemand sich zur Annahme der Wahl bereit findet, ist, daß die Gesellschaft nicht eingetragen werden kann (zustimmend Ring Anm. 1 zu Art. 209 f). Anm. 4.

Zusatz. Aeltere Gesellschaften. Einen Vorstand mußte die Aktiengesellschaft stets haben. Desgleichen mußte seit dem Aktiengesetz von 1884 jede Aktiengesellschaft auch einen Aufsichtsrath haben. Aber es existirten bei Erlaß des Aktiengesetzes von 1884 Gesellschaften aus früherer Zeit, welche keinen Aufsichtsrath hatten, und es war unter der Herrschaft der Novelle von 1884 zweifelhaft geworden, ob diese früheren Gesellschaften nachträglich einen Aufsichtsrath wählen müssen (vergl. hierüber unsere 5. Auflage § 3 zu Art. 209 f). Anm. 5.

Die Denkschrift (S. 123) meint, nach dem neuen H.G.B. könne es keinem Zweifel unterliegen, daß alle Aktiengesellschaften ohne Ausnahme einen Aufsichtsrath haben müssen. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Vielmehr entstehen neue erhebliche Zweifel dadurch, daß

die Vorschrift unseres Paragraphen nicht bloß ihre Stelle unter den Gründungsvorschriften beibehalten hat, was bei der Sorgfalt, die auf die Systematik der aktienrechtlichen Vorschriften gelegt ist, doppelt ins Gewicht fällt, sondern auch als reine Gründungsvorschrift gefaßt ist. Die neuen Gründungsvorschriften brauchen aber die nach bisherigem Recht rite begründeten Gesellschaften nicht noch nachträglich zu erfüllen (vergl. Art. 23 des Einführungsgesetzes zum H.G.B.). Die alte Vorschrift des Art. 209k war in dieser Hinsicht glücklicher gefaßt: „Die Aktiengesellschaft muß außer dem Vorstande einen Aufsichtsrath haben". Das konnte und mußte nach unserer Ansicht dahin verstanden werden, daß jede Aktiengesellschaft ausnahmslos einen Aufsichtsrath haben muß. Zweifel erregte damals nur die Stellung, welche die Vorschrift mitten unter den Gründungsvorschriften fand, und der § 2 des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884, der sie gleichfalls als Gründungsvorschrift zu behandeln schien. Nunmehr ist dieser § 2 zwar gefallen, aber den Charakter als Gründungsvorschrift hat sie in weit höherem Grade als bisher erhalten, so daß die Zweifel sich mehren, nicht mindern (vergl. auch die Zweifel bei Esser Anm. 1 und bei Marcus in Perl und Wreschners Blättern für Rechtspflege 1897 S. 69). Ausschlaggebend aber wird sein, daß nach der Denkschrift die Absicht des Gesetzes dahin ging, daß sämmtliche Aktiengesellschaften einen Aufsichtsrath haben müssen, daß das Gesetz im wesentlichen Punkte die Existenz eines Aufsichtsraths voraussetzt (§§ 272, 266, 238, 260 Abs. 2 ꝛc.) und daß überhaupt nach den für die Anwendung des Aktiengesetzes geltenden Grundsätzen anzunehmen ist, daß die bestehenden Aktiengesellschaften bei Veränderung der Gesetzgebung ihr gesellschaftliches Leben nach der neuen Gesetzgebung einzurichten haben (vergl. Anm. 4 zu § 178). — Zustimmend Pinner S. 45; Rudorff S. 138. —

§ 191.

Die Gründer haben im Falle des § 186 Abs. 2 in einer schriftlichen Erklärung die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt.

Sie haben hierbei die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, ferner die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Ueberganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben.

Einleitung. **Der Paragraph schreibt einen besonderen Gründerbericht bei qualifizirten Gründungen vor.** Die qualifizirten Gründungen, d. h. die mit Sacheinlagen und Uebernahmen verknüpften, bergen die besondere Gefahr in sich, daß die Gesellschaft mit Vermögensrechten zur Entstehung gelangt, deren Werth geringer ist, als der ihr angerechnete. Dadurch wird die Gesellschaft von vornherein unrentabel, der Zweck ihrer Bildung vereitelt und die künftigen Erwerber von Aktien getäuscht. Deshalb wird hier möglichste Offenlegung der Verhältnisse angeordnet. Das soll geschehen in der Gründererklärung. — Indessen ist nur im Falle des § 186 Abs. 2 (Sacheinlagen und Uebernahmen) die Gründererklärung erforderlich, nicht auch im Falle der Abs. 1 u. 3 des § 186 (besondere Vortheile und Gründerlohn).

Anm. 1. 1. **Der Inhalt des Gründerberichts** ist die Begründung für die von den Gründern der Gesellschaft angerechneten Preise für Sacheinlagen und Uebernahmen. Es sind dabei die wesentlichen Umstände darzulegen, von welchen die Angemessenheit der gewährten Beträge abhängt, und zwar nicht bloß diejenigen, welche für die subjektive Auffassung der Gründer thatsächlich maßgebend gewesen sind, sondern auch diejenigen, welche für die Prüfung dieser Angemessenheit objektiv wesentlich sind, selbstverständlich aber nur, soweit sie die Umstände als hierzu wesentlich ansehen und bei sachgemäßer Prüfung ansehen müssen (Denkschrift S. 123) Ferner sind gewisse im Hinblick auf die Gründung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anzugeben, und zwar diejenigen, welche dem Erwerbe der Gesellschaft vorausgegangen sind

und auf denselben hingezielt haben. Darunter fällt z. B. ein Kauf, welcher über den eingelegten oder übernommenen Gegenstand von einem Gesellschafter oder einem Dritten in der Absicht geschlossen worden ist, den Gegenstand an die Gesellschaft zu veräußern. Ein solches Geschäft kann im Interesse der Gesellschaft liegen, kann aber auch zu ungerechtfertigtem Gründergewinn gemißbraucht werden (Petersen und Pechmann S. 56). Dazu gehören ferner die Konsortialverträge zwischen den Gründern, ebenso ein Vertrag zwischen einem Bankhaus und dem Inferenten, in welchem dieses sich verpflichtet, dem Inferenten die Aktien zu einem bestimmten Preise abzunehmen, oder etwaige Optionsrechte des Bankhauses, Vorschüsse, die dem Inferenten gewährt werden, stipulirt werden u. s. w. Alle diese Rechtsgeschäfte „zielen auf den Erwerb durch die Gesellschaft hin", sollen denselben fördern und ermöglichen. Sie sind deshalb (nach unserer, in der Praxis allerdings stark angezweifelten Ansicht) im Gründungsbericht anzugeben, damit die Interessenten ermessen können, ob der Erwerb durch die Gesellschaft als reeller betrachtet werden kann. — Endlich sind die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Ueberganges eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben.

Bei der Berechnung der Preisangemessenheit ist, auch wenn der Inferent ganz oder zum Theil Aktien erhält, der Werth der Aktien der zu bildenden Gesellschaft zum vollen Nennwerthe zu rechnen. Denn das ist ja gerade der Sinn der Vorschrift, daß eine Gewähr dafür geschaffen werde, daß der der Gesellschaft angerechnete Werth ein wahrer, d. h. dem entsprechenden Geldbetrage gleichkommender, und die Aktie daher mindestens ihren Nennbetrag werth sei. (Richtig Petersen u. Pechmann S. 56; Pinner S. 46; ebenso jetzt Ring [Anm. 2] unter Verlassung seines in der 1. Auflage [S. 90] vertretenen Standpunktes, welchem letzteren wiederum Behrend [§ 107 Anm. 29] beigetreten ist.) Anm. 2.

2. **Die Vorschrift ist absolut.** Die Gründer können sich der Erklärung nicht durch die Bemerkung entziehen, daß sie nicht in der Lage seien, die Angemessenheit der Preise zu schätzen. Wenn sie nicht sachverständig genug sind, um sich eine eigene Ueberzeugung zu bilden, so dürfen sie die Gründerrolle nicht übernehmen. Zu ihrer Deckung mögen sie immerhin ihre Erklärung durch Taxen belegen. Auch ist die Hauptsache dabei nicht ihre eigene Schätzung, sondern die Angabe der Umstände, welche objektiv wesentlich sind zur Nachprüfung der Angemessenheit (vergl. Anm. 1). Erwerbs- und Herstellungspreise anzugeben, sind sie absolut verpflichtet: bei Sacheinlagen sind sie dazu ohne Weiteres in der Lage, denn der sacheinlegende Gründer muß doch seine Selbstkosten kennen. Bei Uebernahmen aber liegt es in ihrer Hand, das Offenlegen der betreffenden Angaben als Vertragsbedingung zu stellen. Gleichgiltig ist, ob Konkurrenten durch solche Angaben Vortheil ziehen können. Anm. 3.

Liegt kein Zwischenerwerb vor, so muß dies negative Ergebniß erklärt werden, und dieses muß dem Registerrichter, dem nur eine formelle Kontrole zusteht, genügen (Ring Anm. 1 zu Art. 209g; Förtsch Anm. 2 zu Art. 175d). Anm. 4.

Simultan- und Successivgründung erfordern diese Erklärung gleichmäßig.

Vertretung ist nicht zulässig, außer der nothwendigen (juristische Personen u. s. w.). — Ring Anm. 1 zu Art. 209g; Behrend § 107 Anm. 28; Makower S. 397.

3. **Der Zeitpunkt der Erklärung** ist vom Gesetze nicht angegeben. Aus den sonstigen Vorschriften des Gesetzes ist nichts Anderes zu entnehmen, als daß die Erklärung abgegeben sein muß, ehe der Prüfungsbericht abgegeben ist; denn diesem dient sie zur Grundlage (§ 192), nicht schon, wie Völderndorff und Hergenhahn (S. 60) ohne gesetzliche Stütze annehmen, vor der Zeichnung. (Willenbücher Anm. 3 zu Art. 175d; Pinner S. 46). Anm. 5.

4. **Die Form des Berichts** ist die schriftliche, wie daraus hervorgeht, daß die Urkunde der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages beigefügt sein muß (§ 195 Nr. 2). Anm. 6.

5. **Die rechtliche Bedeutung des Gründerberichts** ist, daß die Gründer dafür civilrechtlich und strafrechtlich verantwortlich sind (§§ 202 u. 313 Nr. 1; R.G. 26 S. 41; R.G. in Strafsachen 18 S. 105). Außerdem ist der Gründerbericht der geeignete Ort für Zusicherungen Anm. 7.

über die Beschaffenheit der Sacheinlagen bezw. Uebernahmen gegenüber der Gesellschaft. Zusagen, die hierin nicht enthalten sind, werden daher eher als den Gründern persönlich, der Gesellschaft gegenüber als abgegeben zu gelten haben (R.G. 18 S. 68).

§ 192.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen.

Gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern oder hat sich ein Mitglied einen besonderen Vortheil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen oder liegt ein Fall des § 186 Abs. 2 vor, so hat außerdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Die Revisoren werden durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ, in Ermangelung eines solchen durch das Gericht bestellt, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, wer den Vorgang der Gründung zu prüfen hat.** Die Prüfung ist erforderlich bei der Simultan- und bei der Successivgründung.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **In erster Linie haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths die Gründung stets zu prüfen.** Nicht die Organe als solche, sondern die Mitglieder als solche, also haben alle den Bericht zu erstatten, ein Mehrheitsbeschluß genügt nicht. Jedes Mitglied giebt sein Votum ab. Weigert ein Mitglied sich dessen, so kann die Gründung nicht zu Stande kommen oder es muß ein anderes Mitglied gewählt werden.

Anm. 2. 2. (Abs. 2 u. 3.) **Außerdem haben unter Umständen besondere Revisoren die Prüfung vorzunehmen,** nämlich dann, wenn ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsraths zu den Gründern gehört; ferner dann, wenn ein Mitglied dieser Organe einen Gründerlohn sich ausbedungen hat, und endlich in allen Fällen qualifizirter Gründung. Ist die Gründung also keine reine Geldgründung, so ist die Revision durch besondere Revisoren absolut erforderlich. Wenn eine o. H.G. Gründerin ist und ein Mitglied derselben gehört zum Vorstande oder Aufsichtsrath, so muß Revision erfolgen (anders Pinner S. 48), auch dann, wenn eine Aktiengesellschaft zu den Gründern gehört und ein Vorstandsmitglied derselben zum Vorstand oder zum Aufsichtsrathe der zu gründenden Gesellschaft gehört; denn hier tritt die persönliche Seite in den Vordergrund, hier soll eine Kontrole der Thätigkeit einer betheiligten Person durch einen Unbetheiligten stattfinden (auch hier anders Pinner S. 48).

Anm. 3. Diese Revisoren sind zu bestellen von den für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organen, in Preußen nach der Verfügung vom 26. Juli 1879 im Justizministerialblatt S. 211, durch die Handelskammern bezw. in Königsberg, Memel, Danzig, Elbing, Berlin, Stettin, Magdeburg durch die Vorstände der kaufmännischen Korporationen, für die Stadt Altona durch das Kommerzkollegium. In Ermangelung eines solchen Organs erfolgt die Bestellung durch das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz haben soll (das Gesetz sagt „hat"), und zwar nach § 145 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit, durch das Amtsgericht, gegen dessen Verfügung nach § 146 daselbst die sofortige Beschwerde zulässig ist (wegen weiterer Beschwerde siehe Anm. 9 ffg. zu § 14).

Anm. 4. Die Zahl der Revisoren ist mindestens zwei, da das Gesetz im Plural spricht (Ring Anm. 1 zu Art. 209 h; Behrend § 103 Anm. 2). Diese können die Prüfungen unter sich nicht theilen; es ist nöthig, daß jeder den ganzen Hergang prüft (Makower S. 400; anders O.L.G. Dresden bei Holdheim 7 S. 313).

Zusatz. Weiteres über die Revisoren.

1. Eine gesetzliche Pflicht, die Funktion eines Revisors zu übernehmen, besteht reichsgesetzlich nicht. Findet sich Niemand, der die Funktion übernimmt, so kann nicht etwa von der Revision Umgang genommen werden, vielmehr fehlt dann ein gesetzliches Erforderniß der Gründung und die Gesellschaft kann nicht eingetragen werden. Anm. 5.
2. Die Revisoren üben ein ihnen im öffentlichen Interesse übertragenes officium aus (Behrend § 103 Anm. 2); ihre Thätigkeit ist Amtsführung, doch nicht als Beamte der Gesellschaft, sondern von Staatswegen, wenn sie auch nicht Staatsbeamte sind. Ihre Stellung ist vergleichbar der des Konkursverwalters (Sattler a. a. O. S. 17). Anm. 6.

   Bestimmte Eigenschaften für den Revisor sind nicht vorgesehen. Anm. 7.
   Das weibliche Geschlecht ist daher kein Hinderniß; Geschäftsfähigkeit aber ist selbstverständliche Voraussetzung; desgleichen folgt aus der Natur der Sache, daß der Revisor nicht selbst Gründer sein darf, denn er soll eben uninteressirt sein (vergl. Ring Anm. 2 zu Art. 209 b; Pinner S. 48).
3. Eine Verantwortlichkeit der Revisoren ist im Aktiengesetze nicht vorgesehen, außer soweit § 202 Abs. 4 Platz greift (Behrend § 103 Anm. 2); im Uebrigen entscheidet das bürgerliche Recht. Sie haften also nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 B.G.B. für Vorsatz und jedes Versehen. Ihre Haftung ist aber nicht, wie Pinner S. 49 meint, eine subsidiäre, die diesbezügliche Ausnahme macht § 839 B.G.B. nur für wirkliche Beamte, aber z. B. nicht für den Vormund (§ 1833 B.G.B.). Vergl. wegen des Konkursverwalters Jaeger, Konkursordnung, Anm. 21 zu § 8. Zur Geltendmachung der Rechte aus der Haftung ist allein die Gesellschaft berechtigt (Sattler S. 46). Anm. 8.
4. Ueber die Belohnung der Revisoren siehe Anm. 2 zu § 194. Anm. 9.
5. Die Revisoren stehen unter der Aufsicht der bestellenden Behörde. Diese dürfte das Widerrufsrecht haben (Munk bei Gruchot 1896 S. 741). Auch darf sie Instruktionen aufstellen und die Ernennung davon abhängig machen, daß der Revisor sich diesen unterwirft. Auf die Gestaltung des Berichts aber hat die Behörde keinen Einfluß. Näheres hierüber nach dem alten H.G.B. siehe bei Sattler, Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften, Berlin 1893. Anm. 10.

§ 193.

Die Prüfung hat sich insbesondere auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Der Inhalt der im § 191 bestimmten Erklärung ist auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten.

Ueber die Prüfung ist unter Darlegung der im Abs. 1 bezeichneten Umstände schriftlich Bericht zu erstatten.

Sind die Revisoren durch das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ bestellt, so haben sie diesem ein Exemplar des Berichts einzureichen. Die Einsicht des eingereichten Berichts ist Jedem gestattet.

Der vorliegende Paragraph giebt drei Vorschriften über den Prüfungsbericht, welchen nach § 192 die Gründer und in den daselbst bezeichneten Fällen außerdem auch die Revisoren zu erstatten haben. Einleitung.

1. (Absatz 1.) Inhalt des Berichts, 2. (Absatz 2) Form des Berichts, 3. (Absatz 3) die Niederlegung desselben. Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Der Inhalt des Berichts.**

a) Als Gegenstand der Prüfung ist schon im § 192 der Hergang der Gründung bezeichnet. Der vorliegende Paragraph hebt nur einige Punkte besonders hervor. Eine Auslegung dahin, daß nur die im vorliegenden Paragraphen enthaltenen Punkte Gegenstand der Prüfung seien, war nach richtiger Ansicht schon früher nicht gestattet und dies wird jetzt durch das Wort „insbesondere" bestätigt. Zum Hergang der Gründung gehört vielmehr vor allem die Feststellung des Statuts nach seinen materiellen und formellen Erfordernissen, dann die ordnungsmäßige Bestellung der Gesellschaftsorgane, das Vorhandensein einer erforderlichen Staatsgenehmigung ꝛc.

Anm. 2. b) Einzelne Punkte der Prüfung sind besonders hervorgehoben:

α) Die Zeichnung des Grundkapitals und die Einzahlung auf dasselbe. Hier haben sie nur die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Gründern gemachten Angaben zu prüfen. Dabei ist streitig geworden, ob die Prüfung sich nur auf die formelle Zeichnung oder auch auf die Zahlungsfähigkeit der Zeichner zu erstrecken habe (für letzteres Sattler S. 55). Sicherlich besteht diese letztere Pflicht insoweit, als die Gründer hierüber Angaben gemacht haben. Im Uebrigen aber ist die Zahlungsfähigkeit der Zeichner zwar nicht zu prüfen (anscheinend weitergehend Pinner S. 50; auch Makower S. 401), d. h. es sind nicht besondere Nachforschungen darüber anzustellen; wohl aber dürfen die prüfenden Personen ihnen bekannt gewordene Umstände nicht unberücksichtigt lassen, aus welchen sich ergiebt, daß es sich um bloße Scheinzeichnungen handelt, was insbesondere bei fingirten Namen oder bei solchen Personen der Fall sein wird, welche notorisch zahlungsunfähig sind. Denn in solchem Falle fehlt die Ernstlichkeit der Zeichnungserklärung (zustimmend Ring Anm. 7 zu Art. 209 h). Doch kann auch bei einem Zahlungsunfähigen der ernste Zeichnungswille vorhanden sein, wenn der Zeichner einen Hintermann hat, der ihm die Aktien abzunehmen und die Gelder zur Zahlung herzugeben sich verpflichtet hat.

Anm. 3. β) Die Festsetzungen des § 186. Das sind: Besondere Vortheile für einzelne Aktionäre, der Gründungsaufwand, besonders die Gründerbelohnung, und endlich Sacheinlagen und Uebernahmen. In den ersteren beiden Punkten ist nur die Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Gründern gemachten Angaben, in dem letztern ist auch ferner zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der gewährten Beträge Bedenken obwalten. Das letztere ist eine Neuerung des neuen H.G.B.

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Die Form des Prüfungsberichts.** Schriftlich muß der Bericht erstattet werden. Ein Votum über die Qualität der Gründung in ihrer Gesammtheit braucht er nicht zu enthalten. Doch ist dies zulässig. (Ueber den Fall, daß dieses Urtheil ungünstig lautet, siehe unten Anm. 6.) Unterzeichnet muß derselbe von allen eingetragenen Personen werden, also der Bericht der Verwaltungsorgane von allen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths, zulässiger Weise auch in einer gemeinschaftlichen Urkunde. Der Bericht der Revisoren ist ein selbstständiger, neben diesem zu erstattender. Die Benutzung derselben Urkunde ist aber nicht ausgeschlossen. — Wer von den prüfenden Personen abweichender Meinung ist, muß ein Separatvotum abgeben. Sonst macht er sich für den Inhalt des gemeinschaftlichen Votums verantwortlich.

Anm. 5. 3. (Abs. 3.) **Die Niederlegung des Berichts.** Hierüber ist in dem vorliegenden Paragraphen nur für einen bestimmten Fall etwas bestimmt. Nämlich für den Bericht der bestellten Revisoren, wenn dieselben von dem für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organe bestellt sind. In diesem Falle haben sie ein Exemplar ihres Berichts bei dieser Stelle niederzulegen. Außerdem haben sie ein Exemplar ihres Berichts einer bei der Gründung betheiligten Person zu übergeben, am besten dem gewählten Vorstande. Die Einreichung ihres Berichts und des Berichts der Verwaltungsorgane bei Gericht erfolgt durch die sämmtlichen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder bei der Anmeldung der Gesellschaft (§ 195 Nr. 5).

Anm. 6. Zusatz. **Lautet der Revisorenbericht ungünstig,** etwa dahin, daß die festgesetzten Werthe nicht angemessen seien, so ist darum die Eintragung der Gesellschaft nicht zu versagen. Es ist

Sache der Gründer, wie sie dieser Kritik gegenüber die Werthsansätze rechtfertigen wollen und Sache der Aktionäre, einer solchen Gesellschaft sich gleichwohl anzuschließen oder fern zu halten. Unbenommen bleibt es den Gründern, Gegengutachten beizubringen und ihrer Erklärung beizufügen.

§ 194.

Ergeben sich zwischen den im § 192 Abs. 2, 3 bezeichneten Revisoren und den Gründern Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise, so entscheidet endgültig diejenige Stelle, von welcher die Revisoren ernannt sind. Solange sich die Gründer weigern, der Entscheidung nachzukommen, unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts.

Die Revisoren haben Anspruch auf Ersatz angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Thätigkeit. Die Auslagen und die Vergütung werden durch die im Abs. 1 bezeichnete Stelle festgesetzt.

Der vorliegende Paragraph giebt zwei ergänzende Vorschriften über die Revisoren.

1. (Abs. 1.) **Meinungsverschiedenheiten zwischen den amtlich bestellten Revisoren und den Gründern** über den Umfang der Erklärungen und Nachweise. Ueber diese entscheidet die Stelle, welche die Revisoren bestellt hat, also das Organ des Handelsstandes oder das Gericht. Die Entscheidung ist endgiltig, d. h. es kann keine Beschwerde erhoben werden. § 146 F.G., welcher gegen handelsgerichtliche Entscheidungen die sofortige Beschwerde giebt, greift hier nicht Platz, weil kein Fall des § 145 vorliegt. Lautet die Entscheidung im Sinne der die Erklärung verlangenden Revisoren, so haben die Gründer die Erklärung zu geben, und solange sie sich gleichwohl weigern, „unterbleibt die Erstattung des Prüfungsberichts" und infolgedessen die Eintragung. Damit ist natürlich nur gesagt, daß die Revisoren berechtigt sind, die betreffenden Erklärungen und Nachweise zu verlangen und andernfalls die Erstattung des Prüfungsberichts zu unterlassen trotz des übernommenen Auftrages. Sie sind aber auch *nach* jener Entscheidung berechtigt, sich die erforderten Erklärungen und Nachweise anderweit zu beschaffen, oder auch ohne weitere Aufklärungen den Prüfungsbericht zu erstatten, wenn sie sich nachträglich überzeugen, daß sie derselben entrathen können. Sie können aber nicht, ohne die Entscheidung der Behörde anzurufen, wegen Verweigerung der Aufklärungen den Bericht ablehnen (anders Makower S. 402). — Lautet die Entscheidung der angerufenen Stelle dahin, daß die Gründer die verlangten Aufklärungen oder Nachweise nicht zu geben brauchen, dann müssen die Revisoren den Prüfungsbericht erstatten. Selbstverständlich kann ihnen keine Ansicht und auch nicht die Meinung aufgedrängt werden, daß die verlangten Aufklärungen zur Bildung eines Urtheils nicht erforderlich sind. Allein sie müssen jedenfalls den Prüfungsbericht erstatten. Sind sie trotz der Entscheidung der angerufenen Stelle der Meinung, daß sich ohne die Aufklärung ein Urtheil über den betreffenden Punkt nicht bilden lasse, so mögen sie dies sagen. Dann bleibt es der betreffenden Stelle überlassen, andere oder weitere Revisoren zu bestellen. Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Die Entschädigung der Revisoren** ist dahin geregelt, daß dieselben Anspruch auf Ersatz angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung haben. Beides wird durch die Stelle festgesetzt, welche sie ernannt hat. Setzt das Gericht fest, so greift § 146 F.G. Platz. Beschwerde ist hier zulässig (Makower S. 403; Rudorff zu § 194). Diese Festsetzung ist Anspruchsbedingung. Freiwillige Abmachungen nach dieser Richtung sind ungiltig. Eine vorherige Klage der Revisoren wäre daher unbegründet, auch wenn sie sich auf eine Abmachung stützte. Eine freiwillige Zahlung würde eine Bereicherungsklage nach §§ 812, 813 B.G.B. begründen, allerdings nicht dann, wenn der Zahlende gewußt hat, daß die Festsetzung nicht erfolgt sei und er doch gezahlt hat (§ 814 B.G.B.). Zu weit ging es, Anm. 2.

wenn wir früher annahmen, daß auch in letzterem Falle die Rückforderungsklage stattfände (Supplement S. 90). — Zahlungspflichtig ist die Gesellschaft, wenn diese zu Stande kommt. Die Vergütung gehört zu dem Gründungsaufwand (anders Makower S. 403). Haben die Gründer den Gründungsaufwand übernommen, so haben sie der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung, diese von der Entschädigungsverbindlichkeit zu befreien. Haben die Gründer mit den Revisoren vereinbart, daß sie und nicht die Gesellschaft die Vergütung zahlen soll, so ist diese Vereinbarung nicht nichtig, denn nur wegen der Höhe ist die Festsetzung durch die Behörde Anspruchsbedingung. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zu verneinen, dazu liegt kein Grund vor. Kommt die Aktiengesellschaft nicht zu Stande, so haben diejenigen Personen die Kosten zu tragen, welche die Revisoren beauftragt haben; ist dies von den Vertretern der „errichteten" Gesellschaft geschehen, so haften in solchem Falle die sämmtlichen Gründer (vergl. Anm. 4 zu § 200).

§ 195.

Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, von sämmtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. der Gesellschaftsvertrag und die im § 182 Abs. 1 und im § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen;
2. im Falle des § 186 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, die im § 191 vorgesehene Erklärung und eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwandes, in der die Vergütungen nach Art und Höhe und die Empfänger einzeln aufzuführen sind;
3. wenn nicht alle Aktien von den Gründern übernommen sind, zum Nachweise der Zeichnung des Grundkapitals die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Gründern unterschriebenes Verzeichniß aller Aktionäre, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
4. die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und des Aufsichtsraths;
5. die gemäß § 193 Abs. 2 erstatteten Berichte nebst ihren urkundlichen Grundlagen sowie im Falle des § 193 Abs. 3 die Bescheinigung, daß der Prüfungsbericht der Revisoren bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ eingereicht ist;
6. wenn der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

In der Anmeldung ist die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, und der hierauf baar eingezahlte Betrag sind anzugeben; dieser muß mindestens ein Viertheil des Nennbetrags und im Falle der Ausgabe von Aktien für einen höheren als den

Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfassen. Als Baarzahlung gilt nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

Die Mitglieder des Vorstandes haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages an und enthält die Modalitäten der Anmeldung. Einleitung:

1. (Abs. 1.) **Gegenstand der Anmeldung, Ort der Anmeldung, die anmeldungspflichtigen Personen.** Anm. 1.

a) **Gegenstand der Anmeldung ist die Gesellschaft,** nicht mehr, wie früher nach Art. 210, der Gesellschaftsvertrag. Demgemäß ist es auch die Gesellschaft, die eingetragen wird, nicht der Gesellschaftsvertrag (§ 198).

(Uebrigens ist außerdem noch anzumelden der Ort der Handelsniederlassung, wenn er sich mit dem Sitze der Gesellschaft nicht deckt; vergl. Anm. 9 zu § 33).

b) **Der Ort der Anmeldung** ist das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, richtiger ihren Sitz haben soll (vergl. Anm. 9 zu § 182). Anm. 2.

c) **Die anmeldungspflichtigen Personen** sind sämmtliche Gründer, sämmtliche Mitglieder des Vorstandes und sämmtliche Mitglieder des Aufsichtsraths, nicht etwa die Gesellschaftsorgane als solche. Stirbt ein Gründer vor der Anmeldung, so muß die Gründung noch einmal erfolgen; stirbt ein Gründer nach der Anmeldung, so kann unter Umständen die errichtete Gesellschaft fortbestehen (§ 736 B.G.B.) und kann dann, aber auch nur dann eingetragen werden. — Vertretung ist hierbei nur insofern zulässig, als die Gründer sich vertreten lassen können (vergl. Anm. 4 zu § 182). Die übrigen Personen aber können sich nicht vertreten lassen. Makower S. 409 leugnet ohne Grund jede Vertretungsmöglichkeit bei dieser Anmeldung. Anm. 3.

Die Anmeldungspflicht bedeutet aber nicht etwa, daß das Gericht die Eintragung erzwingen kann. Der Staat hat vielmehr kein Interesse daran, daß in der Bildung begriffene Gesellschaften zur Existenz gelangen. Deshalb schließt § 319 den Anmeldungszwang ausdrücklich aus. Bei offenen Handelsgesellschaften liegt die Sache anders, da sie schon vor der Eintragung bestehen, wenn sie ihre Geschäfte vorher beginnen. Hier aber hat die Eintragung rechtsbegründende Kraft (§ 200). Die Vorschrift, daß der Gesellschaftsvertrag eingetragen werden müsse, bedeutet nur die Umkehrung des § 200. Die Eintragung muß erfolgen, wenn die Aktiengesellschaft zur rechtlichen Existenz gelangen soll. — Betreibt die nach § 200 errichtete, aber noch nicht eingetragene Gesellschaft ein Handelsgewerbe, so kann nach §§ 1, 2, 29 allerdings die Eintragung als o. H.G. oder Kommanditgesellschaft erzwungen werden (nicht als juristische Person nach § 33, denn das ist sie keineswegs — dies gegen Makower S. 404). Anm. 4.

Ueber die andere Frage, ob und gegen wen eine civilrechtliche Pflicht zur Anmeldung besteht, siehe unten Anm. 18 u. 19.

d) **Ueber die Form der Anmeldung** und der Bevollmächtigung, soweit sie zulässig, verhält sich § 12. Anm. 5.

2. (Abs. 2.) **Die Beilagen der Anmeldung.** Zur Erläuterung ist hier zu bemerken: Anm. 6.

Zu Ziffer 1. Daß diese Verhandlungen einzureichen sind, war früher als selbstverständlich gar nicht erwähnt.

Zu Ziffer 2. Die Einbringungs- und Uebernahmeverträge müssen also schriftlich geschlossen werden, da sie ja einzureichen sind. Der Gründungsaufwand ist zwar zu berechnen, aber nicht zu belegen, und auch die Berechnung braucht sich nicht ins kleinste Detail zu erstrecken, so z. B. braucht bei Porti nicht jeder abgesandte Brief verzeichnet zu Anm. 7.

werden (Motive zum Aktiengesetz von 1884 I S. 168). Auch erwachsen ja noch nachträglich (durch die Eintragung) Kosten, die im Voraus nicht genau zu berechnen sind.

Anm. 8. Zu Ziffer 3. Dies ist nur im Falle der Successivgründung beizulegen. Das Aktionärverzeichniß ist nach dem neuen H.G.B. nur zu unterschreiben, nicht auch zu beglaubigen.

Anm. 9. Zu Ziffer 4. Nur die Urkunden über die Bestellung sind nothwendig, die Annahme der Wahl braucht nicht besonders beurkundet zu werden, da sie in der Mitwirkung bei der Anmeldung liegt.

Anm. 10. Zu Ziffer 5. Die urkundlichen Grundlagen der Berichte sind etwaige Gutachten oder sonstige Bescheinigungen, welche die Betheiligten zur Begründung ihres Berichts beigefügt haben.

Anm. 11. Zu Ziffer 6. Die Genehmigungsurkunde, wenn der Gegenstand des Unternehmens staatlicher Genehmigung bedarf.[1])

In Uebereinstimmung mit den Motiven zum Aktiengesetz von 1884 (II S. 117) und gegen Ring (Anm. 10 zu Art. 210) ist anzunehmen, daß der Registerrichter keine Entscheidung darüber hat, ob das Unternehmen konzessionspflichtig war. Er kann vielmehr nur eine Bescheinigung darüber fordern, daß die Konzession von der Verwaltungsbehörde ertheilt, oder nach Ansicht derselben eine Konzession nicht erforderlich ist (zustimmend Neukamp S. 15; Makower S. 406; Lehmann I S. 302 Anm. 4; Esser Anm. 4; Rudorff S. 147; Förtsch Anm. 11 zu Art. 176). — Die Vorschrift bezieht sich nicht auf Fälle, in denen es sich nur um die Genehmigung einzelner Anlagen aus Gründen sicherheits- bezw. gesundheitspolizeilicher Natur handelt, sondern nur auf Fälle, wo das ganze Unternehmen der staatlichen Genehmigung bedarf. Es war z. B. die Beibringung der Konzessionsurkunde nicht nöthig, als eine Aktiengesellschaft sich bildete „zur Fertigstellung von Waaren, zum Bleichen, Färben, Bedrucken und Appretiren derselben", obwohl die Ausführung dieses Zweckes Anlagen erheischte, welche der staatlichen Genehmigung bedurften. Dagegen muß die Genehmigungsurkunde beigebracht werden bei Unternehmungen, die den Betrieb von Eisenbahnen, die Emission von Banknoten, die Ausgabe von Inhaberpapieren, die Auswanderungsvermittelung, das Versicherungsgeschäft zum Gegenstande haben (L.G. Berlin II bei Holdheim 6 S. 219). Die Frage der Konzessionspflichtigkeit tritt auch hervor bei Beschränkungen der Gewerbeordnung in Bezug auf Gastwirthschaften, Schauspielunternehmungen und Heilanstalten. Hier führt Ring (Anm. 12 zu Art. 210) gegen das preußische Oberverwaltungsgericht (Entscheidungen 9 S. 287) überzeugend aus, daß solche Konzessionen auch Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ertheilt werden können (vergl. auch Behrend § 103 Anm. 9).

Anm. 12. **3.** (Abs. 3.) **Der Inhalt der Anmeldung selbst.** Sie muß enthalten:

a) Die Angabe, zu welchem Kurse die Aktien ausgegeben werden.

b) Soweit Baareinlagen gemacht werden sollen (aber auch nur, soweit Baareinlagen gemacht werden sollen; bei Illationen fällt diese Vorschrift weg; vergl. Anm. 15), ist noch eine andere Erklärung in der Anmeldung erforderlich, nämlich die Erklärung, daß der eingeforderte Betrag, mindestens aber der vierte Theil des Nennbetrages und das Agio baar eingezahlt und im Besitz des Vorstandes ist.

Anm. 13. α) Baar eingezahlt. Zahlung durch Wechsel genügt nicht (R.G. in Strafsachen 26 S. 66; (unter welchen Umständen dies eine Sacheinlage ist, darüber siehe Anm. 5 zu § 186); Gutschrift bei einem Bankier genügt nicht, es muß wirklich eingezahlt werden (R.G. in Strafsachen 24 S. 9), noch weniger darf eine Scheinzahlung vorliegen (R.G. in Strafsachen 24 S. 286), es muß wirkliche und ernstliche Eigenthumsübertragung beabsichtigt sein (R.G. in Strafsachen 30 S. 318). Zahlung in Reichskassenscheinen oder Scheinen von Notenbanken soll dabei genügend sein, womit aber

---

[1]) Erst wenn die Genehmigungsurkunde beigebracht ist, wird das Registergericht mit der Sache befaßt. Eine Entscheidung im Voraus, daß nach Beibringung der Genehmigungsurkunde der Eintragung Bedenken nicht entgegenstehen, kann nicht verlangt werden (Johow 11 S. 23).

nicht gesagt sein soll, daß hierdurch eine sonst nicht bestehende Pflicht zur Annahme von solchen Scheinen begründet werde (K.B. z. Akt.Ges. v. 1884 S. 10). Auf jeden Aktienbetrag muß der Betrag eingezahlt sein; ein Herüberziehen der von Einem gezahlten Beträge auf die Einlagepflicht des Andern ist nicht zulässig, selbst wenn die Gesammtsumme der Einzahlungen die eingeforderten Beträge repräsentiren sollte (R.G. in Strafsachen 26 S. 66); andererseits ist nicht nothwendig, daß der Zeichner selbst den Betrag einzahlt, es kann auch ein Anderer für ihn gezahlt haben (Ring Anm. 13 zu Art. 210; Behrend § 102 Anm. 5; R.G. in Strafsachen 30 S. 318).

β) Im Besitze des Vorstandes müssen die Baareinlagen sein. Dieses Erforderniß tritt zu dem eben behandelten hinzu. Es genügt nicht, daß das Geld baar eingezahlt worden ist, es muß auch zur Zeit der Anmeldung der Gesellschaft im Besitze des Vorstandes sein. Der Besitz braucht allerdings kein unmittelbarer zu sein, auch mittelbarer Besitz genügt (§§ 854, 868 B.G.B.), aber mindestens mittelbarer Besitz muß vorhanden sein. Hiernach ist es zwar genügend, wenn das Geld einem Bankier zur Verwahrung übergeben, bei ihm hinterlegt worden ist (vergl. K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 10; auch Bolze 9 Nr. 481). Aber es muß ein reguläres Depositum sein. Dagegen genügt es nicht, daß das Geld zur freien Verfügung des Vorstandes steht, sodaß also bei einer Hingabe des Geldes zum irregulären Depositum das Erforderniß des Besitzes nicht mehr vorliegt (Makower S. 410; Rudorff S. 147). Noch weniger ist das Erforderniß vorhanden, wenn das Geld umgesetzt ist, und mag es auch noch so sicher (z. B. in Hypotheken oder Werthpapieren) angelegt sein. Und noch viel weniger ist das Erforderniß vorhanden, wenn für das Geld sonstige Ausgaben gemacht sind, mögen auch dafür gleichwerthige Objekte angeschafft und günstige Erwerbungen für die Gesellschaft gemacht sein (R.G. in Strafsachen 24 S. 286; vergl. R.G. 36 S. 112). Das Gesetz will eben in diesem Stadium von solchen Experimenten nichts wissen, sondern verlangt einfach den intakten Besitz des Geldes. Anm. 14.

γ) All das bezieht sich nicht auf Sacheinlagen. Eine Bestimmung dahin, daß auch die Sacheinlagen vor der Gesellschaftserrichtung dem Vorstande übergeben sein müßten, trifft das Gesetz nicht (Ring Anm. 15 zu Art. 210; Makower S. 405 u. 408). Gleichwohl behauptet Behrend (§ 117 Anm. 12 zu Art. 210), daß Sacheinlagen noch vor der Anmeldung zum Handelsregister voll geleistet werden müssen, es sei dies eine Voraussetzung für die Entstehung der Gesellschaft. Ebenso Cosack § 117. Diese Ansicht entbehrt der gesetzlichen Stütze.[1]) Soweit daher Sacheinlagen stattfinden, braucht eine Erklärung über die Uebergabe nicht zu erfolgen und es ist nicht ausgeschlossen, daß eine A.G. in der Weise gegründet wird, daß nur Sacheinlagen stattfinden. Der vorliegende Paragraph schreibt nicht etwa vor, daß mindestens der vierte Theil jeder Aktie oder des Aktienkapitals baar eingezahlt oder sofort geleistet werden muß. Anm. 15.

4. (Abs. 4.) **Die Zeichnung der Namensunterschrift durch die Mitglieder des Vorstandes.** Außerdem haben sie aber, wie hinzugefügt werden muß, die Firma anzumelden. Das folgt aus § 29. Es ist nicht anzunehmen, daß hier davon abgesehen werden sollte. Anm. 16.

5. (Abs. 5.) **Aufbewahrung der Anlagen der Anmeldung bei Gericht.** Die Urschriften werden eingereicht, müssen aber nicht nothwendig aufbewahrt werden. Mindestens aber müssen beglaubigte Abschriften daselbst aufbewahrt werden, sei es, daß sie von den Interessenten überreicht oder vom Gericht auf Kosten derselben gefertigt werden. Anm. 17.

Zusatz 1. Die civilrechtliche Pflicht zur Anmeldung. Hier muß unterschieden werden: Anm. 18.

---

[1]) Unzutreffend sagt Lehmann, Aktienrecht I S. 360, daß hier eine analoge Bestimmung deshalb unterblieben sei, weil hier das Eigenthum sofort auf die Gesellschaft übergehe. Also ohne Auflassung und ohne Uebergabe? Das ist nicht richtig. Nur das der „errichteten" Gesellschaft zu Eigenthum übertragene Vermögensstück wird durch die Eintragung ohne Weiteres Eigenthum der Gesellschaft (vergl. Anm. 2 zu § 200).

1. Bei Simultangründung können die Gründer gegen einander und gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths auf Anmeldung klagen: die Gründer gegen einander, weil sie sich durch die Uebernahmeverhandlung gegenseitig definitiv gebunden haben (vergl. Anm. 3 zu § 188), gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, weil diese durch die Annahme ihrer Ernennung sich verpflichtet haben, bei der Anmeldung mitzuwirken. Allen Anmeldungspflichtigen aber ist der Einwand gestattet, daß der Hergang der Gründung Unregelmäßigkeiten aufweist, welche civilrechtliche oder gar strafrechtliche Gefahren für sie involviren.

Anm. 19. 2. Bei der Successivgründung können die Zeichner gegen den Vorstand und Aufsichtsrath nicht klagen, weil diese ihre Unterschrift sogar noch bis zum Schlusse der Errichtungsversammlung zurückziehen können (§ 196 Abs. 3). Aber auch gegen die Gründer können sie nicht klagen, weil erst in der Anmeldung die definitive Acceptation der Zeichnungserklärungen liegt (Anm. 21 zu § 189). Petersen und Pechmanns Hinweis darauf, daß ja schon vorher eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths stattfindet, steht dem nicht entgegen. Denn nichts zwingt zu der Annahme, daß in der Einladung zu einer solchen Generalversammlung eine definitive Acceptation der eingeladenen Zeichner als künftige Gesellschafter liegt: vielmehr können dieselben ebensowohl als die in Aussicht genommenen Zeichner betrachtet werden. (Auch die Thatsache der eingezahlten Einlage, auf welche Förtsch Anm. 2 zu Art. 210 hinweist, steht unserem Standpunkte nicht entgegen, denn auch diese kann als vorläufige, bedingte betrachtet werden.) Verbleibt es bei dieser Liste bei der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages, so sind die bei jener Einladung in Aussicht genommenen Zeichner nunmehr definitiv acceptirt; erfährt jene Liste eine Aenderung, so bleibt nichts übrig, als eine neue Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsraths einzuberufen.

Anm. 20. **Zusatz 2. Die Stellung des Registerrichters zur Anmeldung.** Siehe hierüber Zusatz 2 zu § 198.

§ 196.

Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen, so beruft das im § 195 bezeichnete Gericht eine Generalversammlung der in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft.

Die Versammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Der Vorstand und der Aufsichtsrath haben sich über die Ergebnisse der ihnen in Ansehung der Gründung obliegenden Prüfung auf Grund der im § 193 Abs. 2 bezeichneten Berichte und ihrer urkundlichen Grundlagen zu erklären. Jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths kann bis zur Beschlußfassung die Unterzeichnung der Anmeldung zurückziehen.

Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil aller in dem Verzeichniß aufgeführten Aktionäre umfassen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. Auch wenn diese Mehrheit erreicht wird, gilt die Errichtung als abgelehnt, sofern hinsichtlich eines Theiles der Aktionäre die Voraussetzungen des § 186 vorliegen und sich die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen gegen die Errichtung erklärt.

Die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre ist erforderlich, wenn die im §. 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, im § 183, im § 184 Abs. 2 sowie die im § 185 bezeichneten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags abgeändert oder die im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft erweitert werden

sollen. Dasselbe gilt, wenn die Dauer der Gesellschaft über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeit verlängert oder die im Gesellschaftsvertrage für Beschlüsse der Generalversammlung vorgesehenen erschwerenden Erfordernisse beseitigt werden sollen.

Die Beschlußfassung ist zu vertagen, wenn es von den Aktionären mit einfacher Stimmenmehrheit verlangt wird.

Einleitung.

Der Paragraph bestimmt die Nothwendigkeit und die Modalitäten der bei der Successivgründung erforderlichen Errichtungsversammlung oder konstituirenden Generalversammlung. Die Materie wird in 6 Absätzen wie folgt abgehandelt:

1. Die Berufung der Generalversammlung (Abs. 1).
2. Die Leitung der Versammlung (Abs. 2).
3. Pflichten und Rechte der Gesellschaftsorgane in der Generalversammlung (Abs. 3).
4. Modalitäten der Abstimmung (Abs. 4 u. 5).
5. Vertagungsmöglichkeit (Abs. 6).

1. (Abs. 1.) **Die Berufung der Generalversammlung.**

Anm. 1.

a) Dem Akte der Einberufung geht, wie immer den Akten des Gerichts, eine Prüfung seiner Voraussetzungen voran. Der Registerrichter hat die Pflicht, die Anmeldung und ihre Unterlagen auf ihre gesetzlichen Erfordernisse zu prüfen und kann und darf die Errichtungsversammlung erst einberufen, wenn jene Erfordernisse in Ordnung sind. Eine vielleicht nutzlose Generalversammlung ohne Vorhandensein der Voraussetzungen einzuberufen, dazu hat er keine Veranlassung. Auch ist die Errichtungsversammlung nicht für seine Prüfungsthätigkeit, sondern zur Verhandlung und Beschlußfassung der Interessenten bestimmt. (Uebereinstimmend Petersen und Pechmann S. 367; im Wesentlichen zustimmend auch Makower S. 412; anders Ring Anm. 3 zu Art. 210a; Pinner S. 58; Förtsch Anm. 3 zu Art. 210a; O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 240.)

Anm. 2.

b) Auf die Einberufung finden die Formen und Fristen der ordentlichen Generalversammlung Anwendung, wie das § 197 vorschreibt. Daraus folgt einmal die Nothwendigkeit der zweiwöchigen Frist (abweichend besonders Ring Anm. 2 zu Art. 210a) und ferner das Erforderniß der Publikation in Gemäßheit des Gesellschaftsstatuts als Minimum und Maximum. (Abweichend Völderndorff, der besondere Zustellung an jeden Aktionär verlangt; übereinstimmend Ring Anm. 2 zu Art. 210a).

Anm. 3.

Die Zeit der Berufung. Hierüber ist im Gesetze nichts gesagt. Früher hieß es im Art. 210a, die Berufung müsse „ohne Verzug" erfolgen. Eine sachliche Aenderung liegt in dieser Weglassung nicht.

Anm. 4.

2. (Abs. 2.) **Die Leitung der Versammlung.** Sie erfolgt durch den Richter. Seiner Stellung und Aufgabe gemäß hat er nicht die Wahrheit der ihm erklärten Thatsachen zu erforschen und etwa durch Beweiserhebung festzustellen, sondern nur auf die Abgabe der gesetzlichen Erklärungen hinzuwirken. Es soll, wie der K.B. z. Akt.Ges. v. 1884 S. 10 hervorhebt, den Zeichnern das schriftliche Material zum Bewußtsein gebracht werden. Wenn der K.B. a. a. O. weiter sagt, daß auch etwaige Anstände noch beseitigt werden sollen, so ist dies insofern richtig, als Anstände, die sich noch beseitigen lassen, jetzt noch erörtert und beseitigt werden können. Aber es ist daraus nicht der weitere Schluß gerechtfertigt, als sei die Versammlung der einzige Ort zur Hebung von Anständen und der Registerrichter nicht befugt, Anstände vorher nach Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zu rügen und auf Beseitigung derselben vor Anberaumung der Generalversammlung hinzuwirken (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 5.

Für die Beurkundung gilt gemäß § 179 der § 259 mit der Modifikation, daß gerichtliche Beurkundung erforderlich ist.

Zuständig ist das nach § 195 bezeichnete Gericht, also das Gericht, welches an dem statutarischen Gesellschaftssitze fungirt und zwar nach § 125 F.G. das betreffende Amtsgericht.

Die Verhandlung ist nicht öffentlich (Ring Anm. 4 zu Art. 210a). Ein bei der Gründung irgendwie betheiligter Richter ist ausgeschlossen (§ 6 F.G.).

Anm. 6. 3. (Abs. 3.) **Pflichten und Rechte der Gesellschaftsorgane in der Generalversammlung.**

a) Die Pflichten dieser Organe bestehen in der Erklärung über die Ergebnisse ihrer Prüfung. Auf diese Erklärung kann die Versammlung nur einstimmig verzichten (Rudorff S. 150). Sie ist abzugeben von den beiden Organen als solchen, also nicht nothwendig von allen Mitgliedern, wohl aber mindestens von je einem Mitgliede eines jeden Organs. Wer abweichender Meinung ist, muß dieselbe ebenfalls kundgeben, sonst haftet er für die im gemeinsamen Namen abgegebenen Erklärungen. Ein Bericht der Revisoren ist nicht geboten, aber statthaft (Ring Anm. 5 zu Art. 210a; Kayser Anm. 11 zu Art. 210a).

Anm. 7. b) Die Rechte dieser Organe bestehen in der weitgehenden Befugniß, die Unterschrift der Anmeldung bis zur Beschlußfassung auf Grund freier Entschließung, ohne Angabe von Gründen und auch ohne Vorhandensein von triftigen Gründen, zurückzuziehen. Geschieht dies, so ist die Generalversammlung gegenstandslos und aufzulösen. Die Ansetzung einer neuen Generalversammlung auf Grund einer neuen Anmeldung ist nicht ausgeschlossen, wenn nur die im Zeichnungsscheine vorgesehene Frist nicht abgelaufen ist. Sonst muß von Neuem gezeichnet werden. (Ring Anm. 5 zu Art. 210a.) Ein Recht der Gründer, die Unterzeichnung der Anmeldung zurückzuziehen, ist nicht anerkannt.

Anm. 8. 4. (Abs. 4 u. 5.) **Die Modalitäten der Abstimmung.**

a) **Stimmberechtigt sind** alle Zeichner, auch die Gründer, auch die Sacheinleger, auch diejenigen Zeichner, mit welchen ein Uebernahmevertrag geschlossen ist, nur daß, wenn die Voraussetzungen des § 186 bei einem Zeichner vorliegen, der Abstimmungsmodus in gewisser Hinsicht ein erschwerter ist (darüber unten Anm. 10). Was die Rechtsnachfolger betrifft, so können Singularnachfolger hier nicht in Betracht kommen (§ 200 Abs. 2). Universalrechtsnachfolger sind nach Maßgabe des § 225 theilnahmeberechtigt (Denkschrift S. 127). Dies auch dann, wenn es sich um Erben eines Gründers handelt. Denn mit der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages haben die Gründer ihre offiziellen Funktionen erfüllt, sie kommen nunmehr nur noch als Aktionäranwärter in Betracht. (Darüber, ob, wenn ein Gründer nach der Anmeldung stirbt, die Gesellschaft überhaupt noch eingetragen werden kann, siehe Anm. 4 zu § 195). Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder sind als solche am Mitstimmen nicht verhindert (Ring Anm. 10 zu Art. 210a). Eine statutarisch angeordnete Aktiendeposition als Vorbedingung des Stimmrechts cessirt hier. (Vergl. Anm. 2 zu § 197).

Anm. 9. b) Es besteht absolute Freiheit der Abstimmung. Weder die Zeichner, noch die Gründer sind behindert, nach ihrer Willkür für oder gegen die Errichtung der Gesellschaft zu stimmen. Aber andererseits sind sie durch die Zeichnung bezw. durch die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages insofern gebunden, als sie verpflichtet sind, an der Gesellschaft Theil zu nehmen, wenn die Errichtung per majora auch gegen ihre Stimmen beschlossen wird.

Anm. 10. c) Die erforderlichen Majoritäten sind:

α) absolute Mehrheit der anwesenden Stimmen, nach Aktienbeträgen (Ring Anm. 7 zu Art. 210a).

β) $^1/_4$ aller Aktionäre, auch der nicht erschienenen, nach Kopfzahl. Erben eines inzwischen verstorbenen Zeichners gelten dabei als eine Person, eine o. H.G. gilt als eine Person.

γ) $^1/_4$ des Grundkapitals, selbstverständlich des nominellen; vom eingezahlten ist nicht die Rede, sondern vom gesammten Grundkapital.

Für den Fall, daß bei einem Theile der Aktionäre die Voraussetzungen des § 186 vorliegen, ist trotz dieser Mehrheit die Errichtung abgelehnt, wenn die Mehrheit der von anderen Aktionären abgegebenen Stimmen sich gegen die Errichtung erklärt. Für qualificirte Beschlüsse (Aenderungen in Bezug auf gewisse Statutenbestimmungen, Sacheinlagen oder Uebernahmen u. s. w.) erweitert sich das Erforderniß zu *a* zur Zustimmung aller erschienenen Aktionäre. Außerdem müssen die sonstigen Erfordernisse für Statutenänderungen vorhanden sein, wenn solche beliebt werden (§ 197; Makower S. 414).

5. (Abs. 6.) **Die Vertagung** beschließt die Versammlung, der Richter spricht sie aus. Einfache Stimmenmehrheit entscheidet, die nach § 186 Betheiligten stimmen mit. Die neue Generalversammlung muß so zeitig anberaumt werden, daß die im Zeichnungsscheine vorgesehene Frist nicht verstreicht. Anm. 11.

Zusatz. Die Rechtsfolge des in dieser Versammlung gefaßten Errichtungsbeschlusses ist die Errichtung der Gesellschaft. Die Gesellschaft ist errichtet, aber sie besteht noch nicht als Aktiengesellschaft, wie § 200 sagt. Ueber die rechtliche Bedeutung der errichteten Gesellschaft siehe Anm. 3 zu § 188 u. Anm. 2 zu § 200. Anm. 12.

§ 197.

Soweit nicht in den §§ 190, 196 ein Anderes bestimmt ist, finden auf die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind.

Der Paragraph bestimmt, daß auf die Berufung und Beschlußfassung der der Eintragung vorangehenden Generalversammlungen die für die eingetragenen Gesellschaften maßgebenden Vorschriften Anwendung finden sollen (soweit nicht §§ 190 u. 196 Sonderbestimmungen treffen). Einleitung.

1. **Die Bedeutung der Bestimmung.** Einer solchen bedurfte es, weil ohne sie die analoge Anwendung jener Vorschriften zweifelhaft gewesen wäre. Denn sie beziehen sich ihrem Inhalte nach nur auf die Rechtsverhältnisse einer bestehenden Aktiengesellschaft (vergl. Anm. 3 zu § 188). Anm. 1.

Daher kommt es auch, daß die Anwendung der Vorschriften nur eine entsprechende sein kann und nur soweit stattfindet, als die immerhin doch vorhandene Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse eine Abweichung nicht nothwendig bedingt. So wird z. B. die etwa angeordnete Deposition von Aktien hier cessiren müssen, da es Aktien in diesem Stadium noch nicht giebt. Anm. 2.

2. **Der Inhalt der Vorschrift.** Anm. 3.

a) **Auf die Berufung** findet insbesondere die zweiwöchige Frist (vergl. Anm. 2 zu § 196) und das Erforderniß der Publikation Anwendung. Als Tagesordnung genügt die Angabe: „Errichtung der Gesellschaft"; sollen aber Statutenänderungen beschlossen werden, so muß § 274 Abs. 2 beobachtet werden (Pinner S. 59). Dabei ist jedoch zu bemerken, daß, wenn sämmtliche Aktionäre anwesend sind, Ladung, Publikation und Fristen überflüssig sind (vergl. R.G. in Strafsachen 29 S. 384), und gewöhnlich wird in solcher Universalversammlung der Verzicht auf Ladung ausgesprochen. Zu laden sind, wenn etwa besondere Ladung statutarisch vorgesehen ist, die im Aktionärverzeichniß aufgeführten Aktionäre. Auf etwaige Cessionen ist dabei nicht Rücksicht zu nehmen (§ 200 Abs. 2).

Eine etwaige Hinterlegung von Aktien ist hier nicht durchführbar und fällt daher fort (vergl. oben Anm. 1).

b) **Die Beschlußfassung** anlangend, so finden sowohl die gesetzlichen, als die statutarischen Vorschriften Anwendung, welche für die bestehende Gesellschaft maßgebend sind (Johow 4 S. 30; Makower S. 416). Zu den gesetzlichen Vorschriften gehören in erster Linie die §§ 251—259 (§ 251: einfache Stimmenmehrheit; § 252: jede Aktie gewährt Anm. 4.

das Stimmrecht; Abstimmung durch Bevollmächtigte ist gestattet u. s. w.; § 253: wer beruft die Versammlung? § 254: Recht der Minderheit, die Berufung und Ankündigung zu verlangen, auch dieser findet entsprechend, soweit angängig, Anwendung; § 255: zweiwöchige Frist zur Berufung, vergl. Anm. 3; § 256: Ankündigung des Zweckes der Versammlung, Recht des Aktionärs auf Ertheilung von Abschriften der Anträge; § 257: Recht der Aktionäre auf besondere Mittheilung; § 258: Aktionärverzeichniß; § 259: gerichtliche oder notarielle Beurkundung). Ferner greifen die besonderen Vorschriften über Statutenänderungen, wenn solche beschlossen werden, hier Platz (Cosack S. 609).

Anm. 5. Ueberall natürlich mit den Modifikationen der §§ 190 u. 196 (so modificirt sich z. B. § 252 Abs. 3 durch § 196 insofern, als auch Zeichner, mit denen Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, im Falle des § 196 mitstimmen dürfen).

Anm. 6. **Auch die Regeln von der Anfechtung** hat man hierauf anwenden wollen. So insbesondere Ring (Anm. 12 zu Art. 210a) und ihm sich anschließend Behrend (§ 106 Anm. 6, Makower S. 416 und Pinner S. 60). Rings Ansicht kann nicht gebilligt werden. Nur auf die Berufung und Beschlußfassung, also auf die Fassung der Beschlüsse, finden die Vorschriften über die bestehende Gesellschaft Anwendung. Eine weitere analoge Anwendung über diesen Wortlaut hinaus ist nicht gestattet, da jene Vorschriften die bestehende Aktiengesellschaft zur Voraussetzung haben. Auch entspricht es nicht dem Geiste des Gesetzes und seinem vermuthlichen Willen, daß wegen jeder geringfügigen Verletzung einer gesetzlichen oder statutarischen Vorschrift der Errichtungsbeschluß angefochten werden und so die Frage der Errichtung in langwieriger Schwebe bleiben soll. Vielmehr ist der Registerrichter gehalten, das Vorhandensein der gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen zu prüfen. Sind sie nicht vorhanden, so hat er die Eintragung abzulehnen; trägt er aber ein, so kommt es darauf an, ob die angeblich nicht befolgten Vorschriften derart sind, daß sie die Nichtigkeit herbeiführen oder nicht, ob sie heilbar sind oder nicht (zust. Lehmann in Iherings Jahrbüchern 33 S. 414, 415; Esser Anm. 2).

§ 198.

Bei der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrags und die Mitglieder des Vorstandes anzugeben.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

Der vorliegende Paragraph bestimmt den Inhalt der Eintragung.

Anm. 1. 1. Das Wesentliche ist, daß nun nicht mehr der Gesellschaftsvertrag, sondern die Gesellschaft eingetragen wird.

Anm. 2. 2. Unter den besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß sind die etwaigen Abweichungen von dem Grundsatze der Gesammtvertretung nach § 232 zu verstehen (Denkschrift S. 127).

Anm. 3. 3. Die Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß sie die Aktiengesellschaft zur Existenz bringt (§ 200). Die Publikation ist dazu nicht erforderlich. Eintragung am Sitze der Gesellschaft genügt.

Anm. 4. 4. Diese Kraft hat nur diejenige Eintragung, welche der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen entspricht. Doch ist das nur cum grano salis zu verstehen. Es kann unmöglich bei jeder Abweichung von der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen angenommen werden, daß die Aktiengesellschaft als nicht zur Existenz gelangt zu betrachten sei. Vielmehr wird man annehmen müssen, daß eine solche Ein-

tragung genügt, welche die Identität der Gesellschaft erkennen läßt. Die Firma und die Höhe des Grundkapitals werden genügen, und auch in diesen Punkten werden unerhebliche Abweichungen nicht zur Ungiltigkeit der Eintragung führen. Die Weglassung der Mitglieder des Vorstandes, die Weglassung der Modalitäten der Vertretungsbefugniß, der besonderen Bestimmungen über die Zeitdauer können nicht als absoluter Mangel betrachtet werden. Die fehlende Eintragung in diesen Punkten hat andere Folgen. Ist die Eintragung der Beschränkung hinsichtlich der Zeitdauer unterblieben, so gilt die Beschränkung nicht, ebenso, wenn die besonderen Bestimmungen über die Vertretungsbefugniß fehlen; denn das Gesetz verlangt eben zur Giltigkeit dieser Punkte die Eintragung derselben. Fehlt aber die Eintragung der Mitglieder des Vorstandes, so hat dies nur die Bedeutung, welche sich aus § 15 ergiebt.

Der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrages kann als wesentlicher Eintragungspunkt überhaupt nicht erachtet werden.

Es kann sich also nur fragen, welches die Folgen sind, wenn die Eintragung an jenen beiden wesentlichen Mängeln (Fehler der Firma und des Grundkapitals oder wesentliche Abweichungen nach dieser Richtung) leidet. Ist der Gesellschaftsvertrag in diesen Punkten inkorrekt, so hat der Registerrichter die Eintragung von Amtswegen zu vervollständigen oder zu berichtigen. Er darf die Eintragung nicht etwa, wie Pinner S. 61 will, von Amtswegen nach § 142 F.G. einfach löschen. Das darf er ja nicht einmal dann, wenn schon der Gesellschaftsvertrag jene Bestimmungen nicht enthält (§ 144 F.G. und § 309 H.G.B.). Auf jene Berichtigung des Registers hat die Gesellschaft und jeder Aktionär das Recht, durch Beschwerde hinzuwirken (§ 20 F.G.). Bis zur Erwirkung dieser Berichtigung besteht die Gesellschaft nicht zu Recht. (Was das bedeutet siehe zu § 309). Leidet schon der Gesellschaftsvertrag an jenen Mängeln, so liegt Nichtigkeit der Gesellschaft vor und es greifen die §§ 309 H.G.B. und 344 F.G. Platz (vergl. zu § 309). Wie übrigens „die Gesellschaft" eingetragen werden könnte, ohne daß die Firma eingetragen wird, ist nicht recht ersichtlich, und deshalb ist eine Eintragung, welche an diesem wesentlichen Mangel leidet, wohl kaum möglich, dieser Fall daher wohl kaum praktisch.

Anm. 5. **Zusatz 1.** Die Namen der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths werden angemeldet (§ 195 Nr. 4) und veröffentlicht (§ 199 Nr. 4), aber nicht eingetragen.

Anm. 6. **Zusatz 2. Die Eintragung setzt voraus, daß die Anmeldung dem Gesetze entspricht. Ob dies der Fall, das zu prüfen, ist Aufgabe des Registerrichters.** Seine Prüfung erstreckt sich auf den ganzen Gründungshergang.

Es erübrigt sich, die einzelnen Akte hier aufzuzählen. Was den Inhalt seines Prüfungsrechtes betrifft, so ist dasselbe insofern ein formales, als er nicht die Wahrheit der ihm urkundlich bezeugten Thatsachen, sondern nur die Giltigkeit der Erklärungen zu prüfen hat (Johow 8 S. 15). Er hat nicht zu prüfen, ob der vielleicht schon begonnene Betrieb des Unternehmens oder die Vorbereitung zu demselben dem statutarisch angegebenen Gegenstande desselben entsprechen, ob die Gründerbelohnungen vertheilt sind, ob die eingeforderten Beträge wirklich gezahlt sind. Anlangend insbesondere den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, so erstreckt sich sein Prüfungsrecht zunächst auf den absolut nothwendigen und den relativ nothwendigen Inhalt desselben. Dieser muß klar und unzweideutig festgesetzt sein. Was den sonstigen Inhalt der Statuten betrifft, so darf derselbe gegen zwingende Gesetze nicht verstoßen, was aber nicht schon dann der Fall ist, wenn die Geltung derselben nicht ausdrücklich vorbehalten ist. So darf der Registerrichter z. B. die Eintragung eines Statuts nicht deshalb ablehnen, weil es die Bestimmung enthält, daß die Generalversammlungsbeschlüsse für alle, auch für die abwesenden Aktionäre, bindend seien. Er darf darin nicht den Versuch erblicken, das Anfechtungsrecht der Aktionäre zu beschränken; denn der Vorbehalt der Geltung zwingender Gesetzesvorschriften ist selbstverständlich (Kammergericht bei Johow und Küntzel 5 S. 31). Auch redaktionelle Aenderungen kann er in Bezug auf den fakultativen Inhalt der Statuten nicht verlangen, nur gesetzwidrigen Bestimmungen in dem erörterten Sinne hat er entgegenzutreten (Johow und Küntzel 3 S. 13; 5 S. 31; 8 S. 12). Der Berliner Registerrichter verlangt allerdings, ehe er einträgt, oft Statutenbestimmungen, die vom gesetzlichen Standpunkte aus nicht wesentlich, aber doch zur Klarstellung der Gesellschaftsverhält-

nisse nützlich sind. Die Interessenten kommen regelmäßig derartigen Aufforderungen nach, weil sie keine Veranlassung haben, sich gegen dieselben zu wehren, überdies der Beschwerdeweg die Eintragung mehr verzögert, als die Erfüllung des richterlichen Verlangens.

§ 199.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung aufzunehmen:

1. die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§ 183, 185, 186 bezeichneten Festsetzungen;
2. der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden;
3. der Name, Stand und Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Aktien übernommen haben;
4. der Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths.

Zugleich ist bekannt zu machen, daß von den mit der Anmeldung der Gesellschaft eingereichten Schriftstücken, insbesondere von dem Prüfungsberichte des Vorstandes, des Aufsichtsraths und der Revisoren, bei dem Gericht Einsicht genommen werden kann. Im Falle des § 193 Abs. 3 ist ferner bekannt zu machen, daß von dem Prüfungsberichte der Revisoren auch bei dem zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ Einsicht genommen werden kann.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, was das Gericht nach der Eintragung zu publiciren hat.

Anm. 1. 1. **Die Bedeutung der Vorschrift** ist nicht die einer bloßen Ordnungsvorschrift. Vielmehr findet auch hier § 15 Anwendung, aber nur insoweit es sich um einzutragende Thatsachen handelt. Die Eintragung hat hier eine doppelte Bedeutung, einmal erzeugt sie das Rechtsverhältniß (die Existenz der Gesellschaft ꝛc.), andererseits aber hat sie in Verbindung mit der Publikation die Bedeutung, daß der Dritte sie sich entgegenhalten lassen muß (vergl. Anm. 12 im Exkurse zu § 8 und Anm. 5 zu § 15). Die Publikation derjenigen Punkte dagegen, die § 199 Nr. 1—4 und Absatz 2 erwähnt, ist lediglich Ordnungsvorschrift. Hier kann § 15 Anwendung nicht finden, weil er sich lediglich auf einzutragende Thatsachen bezieht.

Anm. 2. 2. **Die zu publicirenden Punkte** sind in dem vorliegenden Paragraphen so klar aufgezählt, daß eine Erläuterung nicht erforderlich erscheint. Zu Nr. 1 ist nur zu bemerken, daß selbstverständlich eine nur summarische Angabe genügt, während Pinner S. 62 eine wörtliche Angabe verlangt. In Nr. 2 ist der Betrag gemeint, zu welchem die Gesellschaft die Aktien dem ersten Zeichner überläßt, nicht der Betrag, zu welchem die Zeichner die Aktien an die Börse bringen. Nach Nr. 3 ist zu veröffentlichen, ob die Gründer sämmtliche Aktien übernommen haben, ob also Simultangründung vorliegt, nicht aber, wie viel jeder übernimmt; nach Nr. 4 ist zwar der erste Aufsichtsrath zu veröffentlichen, jede Aenderung wird aber nur gemäß § 244 in den Gesellschaftsblättern bekannt gemacht und die Publikation dem Handelsgerichte eingereicht. — Die eingetragenen Daten selbst sind ihrem ganzen Umfange nach zu publiziren (§ 10).

Nicht vorgeschrieben ist die Publikation des Datums der Eintragung, auch werden weder der Prüfungsbericht, noch die Namen der Revisoren veröffentlicht.

Anm. 3. 3. **Die Art der Publikation** ist die im § 10 vorgesehene. Nicht etwa kommen die Vorschriften des Statuts über die Bekanntmachungen der Gesellschaft zur Anwendung.

Anm. 4. 4. **Die Einsicht** in die Beilagen der Anmeldung ist zufolge Absatz 4 Jedermann zu gestatten. Das ist neu und beseitigt eine frühere Streitfrage.

§ 200.

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesammtschuldner.

Die Antheilsrechte können vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen, Aktien oder Interimsscheine können vorher nicht ausgegeben werden.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt drei Vorschriften, die nur ganz lose mit einander zusammenhängen.

Sie haben nur das gemeinsam, daß sie gewisse Ereignisse, die vor der Eintragung der Aktiengesellschaft sich begeben haben, für unwirksam bezw. nicht für voll wirksam erklären. Diese drei Ereignisse sind: 1. Die Errichtung der Gesellschaft vor der Eintragung derselben, 2. die Uebertragung des Antheilsrechts vor der Eintragung der Gesellschaft, 3. die Ausgabe von Aktien und Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft.

Anm. 1.

1. **Die errichtete Gesellschaft vor der Eintragung** hat nicht die Bedeutung, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht. Vielmehr besteht vor der Eintragung in das Handelsregister des Gesellschaftssitzes die Aktiengesellschaft als solche nicht.

Anm. 2.

a) **Die rechtliche Bedeutung der Gesellschaft vor der Eintragung.** In Anm. 3 zu § 188 haben wir auseinandergesetzt, daß die Gesellschaft, die „errichtet, aber nicht Aktiengesellschaft" ist, eine civilrechtliche Societät ist. Als solche kann sie auch im Rechtsleben auftreten, und hierdurch Verpflichtungen erzeugen, wie auch sonst Societäten, aber mit der weiteren Wirkung, daß die Ergebnisse dieser Aktion auf die Aktiengesellschaft im Augenblicke ihrer Eintragung übergehen, wenn sich diese Aktion in bestimmten Grenzen hält. Diese Grenzen sind folgende: Die Gesellschaft entsteht durch die gegenseitige Bindung mehrerer Personen, Mitglieder einer Aktiengesellschaft zu werden. Als Aequivalent der angestrebten Mitgliedschaft verpflichten sie sich zu Vermögenseinlagen, welche das Stammvermögen der Aktiengesellschaft bilden sollen, die ja ohne Vermögen nicht entstehen kann. Die Einlagen sind entweder Baar- oder Sacheinlagen. Die durch Rechtsakte der gedachten Art erlangten Rechte (Forderungen, Sachenrechte u. s. w.) gehen durch die Umwandlung der Sozietät in eine Aktiengesellschaft in Folge der Eintragung auf diese über. Ein an die errichtete Gesellschaft aufgelassenes Grundstück wird z. B. ohne Weiteres Eigenthum der Aktiengesellschaft und es kann die Umschreibung verlangt werden. Hiernach würde die Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangen, lediglich ausgestattet mit denjenigen Rechten und Pflichten, welche von den Gründern und Zeichnern durch ihre gegenseitigen Zusagen für die Gesellschaft begründet werden, wenn nicht das Gesetz darüber hinaus noch gestattet hätte, daß die werdende Gesellschaft auch mit dritten Personen Verträge schließe. Zunächst Uebernahmeverträge, d. h. Verträge, durch welche sie vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von Dritten übernimmt. Diese Uebernahmeverträge müssen nach gesetzlicher Vorschrift in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sein, also spätestens bei Errichtung der Gesellschaft feststehen (§ 186) und nur noch zu ihrer Ausführung können weitere Verträge mit rechtlicher Wirkung gegen die Gesellschaft nach ihrer Errichtung und vor der Eintragung geschlossen werden (§ 195 Nr. 2). Da ferner die Gesellschaft schon im Gründungsstadium einen Vorstand und einen Aufsichtsrath haben muß, desgleichen unter Umständen auch Revisoren, zu ihrer Gründung auch sonstige Rechtsgeschäfte erforderlich sind (Aufträge an den Notar, Saalmiethe u. s. w.), so können auch solche Verträge, soweit sie durch die Gründung bedingt werden, gültig für die künftige Gesellschaft geschlossen werden.

Hier aber ist die Grenze. Die Grundlagen, auf denen eine Aktiengesellschaft zur Entstehung gelangen kann, sind hiermit vom Gesetze erschöpfend normirt. Es ist den

Gründern nicht überlassen, eine Aktiengesellschaft mit Verpflichtungen beliebiger Art und von beliebiger Tragweite zur Entstehung zu bringen. Alle Vorsorge, mit welcher das Gesetz die Errichtung der Gesellschaft umgiebt, würde durch solche Freiheit ihren Zweck verfehlen. Im Uebrigen kann daher eine solche Gesellschaft im Rechtsverkehr mit Dritten nicht thätig sein (R.G. 21 S. 250; 24 S. 23; 32 S. 98; Förtsch Anm. 4 zu Art. 178; Ring Anm. 1 zu Art. 211), wenigstens nicht mit der Wirkung, daß die Folgen der von der Gesellschaft gethätigten Rechtsakte auf die Gesellschaft nach ihrer Eintragung übergehen (R.G. 32 S. 97).

Weiteres über die errichtete, aber noch nicht eingetragene Gesellschaft siehe Anm. 3 zu § 188.

Anm. 3. b) In den zu a bezeichneten Grenzen kann von der errichteten Gesellschaft mit der Wirkung gehandelt werden, daß die Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung die hierdurch entstandenen Rechte und Pflichten erwirbt. **Niemals aber darf vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt werden,** gleichgiltig, ob sich das betreffende Rechtsgeschäft im Rahmen der zu a gezogenen Grenzen hält oder nicht. Im Namen der Aktiengesellschaft, gleich als ob dieselbe schon bestände, darf vor ihrer Entstehung überhaupt nicht gehandelt werden. **Sonst haften die Handelnden persönlich und solidarisch,** und zwar auch nach Eintragung der Gesellschaft.

Anm. 4. α) Die Vorschrift bezieht sich nur auf das Handeln im Namen der Aktiengesellschaft d. h. auf ein Handeln derart, daß darin das Vorgeben liegt, es sei die Aktiengesellschaft entstanden (Behrend § 109 Anm. 4). Ist nicht Namens der Aktiengesellschaft, als bestände sie schon, gehandelt, sondern Namens der „errichteten" Gesellschaft, so gehen, wenn die Rechtsakte sich in den zu a bezeichneten Grenzen halten, die Verpflichtungen auf die Aktiengesellschaft mit ihrer Eintragung über; sonst und wenn es zur Eintragung nicht kommt, haften die Gründer für die Folgen der Namens der „errichteten" Gesellschaft gethätigten Rechtsakte solidarisch gemäß § 427 B.G.B. Ist Namens der Aktiengesellschaft als solcher vor ihrer Entstehung gehandelt, so greift die vorliegende Vorschrift Platz. Es liegt in ihr eine Anwendung des im § 179 B.G.B. zum Ausdruck gebrachten Prinzips, und es ist daher Voraussetzung, daß der Gegenkontrahent die Nichtexistenz der Gesellschaft nicht kennt (vergl. R.G. 39 S. 27; übereinstimmend Petersen u. Pechmann S. 81; Behrend § 109 Anm. 6; wohl auch Makower S. 421; anders Ring Anm. 3 zu Art. 211; Cosack S. 616; Lehmann Aktienrecht I S. 442; Förtsch Anm. 4 zu Art. 178; Rudorff S. 134). Demgemäß tritt die persönliche Haftung auch nicht ein, wenn unter dem ausdrücklichen Vorbehalt gehandelt wurde, daß die Gesellschaft das Rechtsgeschäft nach ihrer Eintragung genehmigen würde (R.G. 32 S. 97, 99).

Anm. 5. β) Als handelnde Personen sind diejenigen zu betrachten, die sich als Vertreter der Aktiengesellschaft geriren (Behrend § 109 Anm. 8), dagegen nicht ohne Weiteres diejenigen, mit deren Willen und Zustimmung gehandelt ist.

Anm. 6. γ) Das durch diese Haftung entstehende Rechtsverhältniß ist im Einzelnen nicht näher geregelt. Es bleibt nichts übrig, als die einzelnen Rechtsfolgen aus der Natur des Verhältnisses abzuleiten. Zunächst haften die handelnden Personen, und nur sie, nicht auch die Gesellschaft, auch nachdem diese eingetragen ist, während die Folgen der gehörig und befugt für die errichtete Gesellschaft gethätigten Rechtsakte auf die Aktiengesellschaft mit ihrer Eintragung übergehen (vergl. Anm. 2 u. Anm. 4). Es kann indessen nicht gemeint sein, daß der Vertrag ohne Weiteres zwischen den unbefugt handelnden Vertretern der noch nicht bestehenden Gesellschaft und dem Gegenkontrahenten gilt. Denn diesem würde dadurch unter Umständen ein Vertrag aufgedrängt werden, den er nicht schließen wollte. Er wollte ja mit der Aktiengesellschaft kontrahiren. Vielmehr wird man nach Analogie des § 179 B.G.B. dem Gegenkontrahenten das Recht geben müssen, nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen, wenn nicht die Gesellschaft in den Vertrag binnen mäßiger Frist eintritt. Die im § 178 B.G.B.

vorgesehene Frist von zwei Wochen wird hier nicht strikt gelten können, aber einen Anhaltspunkt bieten. Den in mäßiger Frist erfolgenden Eintritt der Aktiengesellschaft wird sich aber der Gegenkontrahent gefallen lassen müssen. Er erfolgt durch Genehmigung des Geschäfts nach § 184 B.G.B. Denn das Geschäft ist zwar fälschlich im Namen der Gesellschaft, jedenfalls aber im Interesse der Gesellschaft geschlossen, und man wird den in Frage stehenden Verhältnissen nur dann gerecht, wenn man annimmt, daß die Aktiengesellschaft dem Gegenkontrahenten gegenüber berechtigt ist, durch Genehmigung des in ihrem Interesse geschlossenen Geschäfts Rechte und Verpflichtungen zu übernehmen. Erfolgt aber diese Genehmigung, so fällt die Haftung der Pseudovertreter fort. Die Genehmigung erfolgt formlos (§ 182 B.G.B.).

δ) Die Gesammtschuldnerschaft richtet sich nach den §§ 421 flg. B.G.B. Anm. 7.

c) **Die Rechtswirkung der Eintragung.** Sie bewirkt die Entstehung der Gesellschaft und Anm. 8. zwar ausgestattet und belastet mit denjenigen Rechten und Pflichten, welche die Gründer als offizielle Organe der werdenden Aktiengesellschaft im Bereiche ihrer Zuständigkeit (vergl. Anm. 2) für die Gesellschaft begründet haben. Wir erblicken darin mit Ring und Behrend nicht eine Succession; auch nicht einen Rechtserwerb durch contractus in favorem tertii, sondern den Abschluß eines eigenartigen Werdeprozesses, durch welchen die Aktiengesellschaft mit denjenigen Rechten und Pflichten geboren wird, die während der Entstehung zulässiger Weise für sie konstituirt sind (R.G. 24 S. 23; Ring Anm. 1 zu Art. 211; Behrend § 114; Gierke, Deutsches Privatrecht S. 487 Anm. 23).

Die Eintragung hat nur dann diese Wirkung, wenn sie den wesentlichen Vorschriften des § 198 entspricht (siehe die Erläuterung zu diesem). — Welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Gesellschaft eingetragen ist, aber der Gesellschaftsvertrag an wesentlichen Mängeln leidet, darüber siehe §§ 309 und 310.

2. **Die Uebertragung der Antheilsrechte vor der Eintragung** ist das zweite rechtliche Ereigniß, Anm. 9. welches im vorliegenden Paragraphen für unwirksam erklärt ist. Es ist aber ausdrücklich hervorgehoben, daß die Uebertragung nur gegenüber der Gesellschaft unwirksam ist. Allein die Unwirksamkeit gegenüber der Gesellschaft bedeutet die Unwirksamkeit überhaupt, die Aktie einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft ist, wie die Denkschrift S. 128 sagt, „kein zur Veräußerung geeigneter Gegenstand". Mit Unrecht will Makower S. 421 die Veräußerung inter partes wirken lassen. Denn das Aktienrecht besteht ja nur in den Rechten an die Gesellschaft. Da die Uebertragung aber gegenüber der Gesellschaft keine Wirkung hat, so sind die Rechte an die Gesellschaft eben nicht übergegangen, die Uebertragung ist also wirkungslos. Die Rechtslage ist eine andere, wie im § 223 Abs. 3. Dort bei der Namensaktie ist die Uebertragung wirksam, die Umschreibung dient nur zur Herstellung der Legitimation gegenüber der Gesellschaft, wie etwa die Präsentation der Inhaberaktie, die Umschreibung setzt den Uebergang und seinen Nachweis sogar voraus. Hier aber ist die Uebertragung gegenüber der Gesellschaft unwirksam und damit ist sie auch inter partes unwirksam und nur ein pactum de cedendo ist zwischen den Parteien wirksam. Die Wirksamkeit dieses Paktum hebt die Denkschrift S. 128 hervor.

Die gleichwohl geschehene Uebertragung wird auch dadurch nicht wirksam, daß die Anm. 10. Gesellschaft nachträglich eingetragen wird. Lediglich der Zeichner, nicht sein Rechtsnachfolger wird Mitglied der Gesellschaft und kann die Auslieferung der Aktie von der Gesellschaft verlangen.

Auf Universalrechtsnachfolger bezieht sich das Verbot natürlich Anm. 11. nicht, ebenso ist sonstiger Uebergang von Rechtswegen gestattet (Gierke in G.Z. 45 S. 488). Dagegen ist, wie die freiwillige Abtretung, so auch die Pfändung unstatthaft (§§ 851, 857 C.P.O.). Wohl aber kann gepfändet werden der Anspruch des Zeichners auf Aushändigung der Inhaberaktie.

3. **Die Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft** ist Anm. 12. ebenfalls nichtig. Diese Vorschrift ist im § 209 Abs. 2 wiederholt, woselbst sie von uns erläutert werden wird.

§ 201.

Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, ist durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes zu bewirken.

Der Anmeldung ist der Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; die Vorschriften des § 195 Abs. 2, 3 finden keine Anwendung.

Die Eintragung hat die im § 198 bezeichneten Angaben zu enthalten.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung auch die sonstigen im § 182 Abs. 2, 3 und in den §§. 183, 185 bezeichneten Festsetzungen aufzunehmen. Erfolgt die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, so sind alle im § 199 bezeichneten Angaben zu veröffentlichen; in diesem Falle ist der Anmeldung ein Exemplar der für den Sitz der Gesellschaft ergangenen gerichtlichen Bekanntmachung beizufügen.

Befindet sich der Sitz der Gesellschaft im Auslande, so ist das Bestehen der Aktiengesellschaft als solcher und, sofern der Gegenstand des Unternehmens oder die Zulassung zum Gewerbebetrieb im Inlande der staatlichen Genehmigung bedarf, auch diese mit der Anmeldung nachzuweisen. Die Angaben, deren öffentliche Bekanntmachung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, sind in die Anmeldung aufzunehmen.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Eintragung der Zweigniederlassung.

I. Die Zweigniederlassung einer inländischen Aktiengesellschaft.

1. **Vorbemerkungen.**

Anm. 1. a) **Ueber den Begriff der Zweigniederlassung** siehe Anm. 3 zu § 13. Bei der Aktiengesellschaft modifizirt sich der Begriff der Zweigniederlassung dadurch, daß die Aktiengesellschaft frei bestimmen kann, wo sie ihren Sitz haben soll. Sie kann daher auch frei bestimmen, welchen von mehreren Betrieben sie als Haupt- und welchen sie als Zweigniederlassung anmelden will. Der Registerrichter hat hier nicht nachzuprüfen (Johow 13 S. 42; Pinner S. 68).

Anm. 2. b) **Die Errichtung der Zweigniederlassung ist ein reiner Verwaltungsakt.** Wenn daher die Statuten nichts Anderes bestimmen, so erfordert sie keine Statutenänderung (R.O.H. 22 S. 282; Ring Anm. 6 zu Art. 212). Oft wird es aber angezeigt sein, die Generalversammlung zu befragen (§ 253 Abs. 2).

Anm. 3. c) **Die Zweigniederlassung wird nicht erst existent durch die Eintragung.** Anders als bei der Hauptniederlassung. Diese d. h. die Aktiengesellschaft wird erst durch die Eintragung existent. Die Zweigniederlassung dagegen besteht von dem Augenblicke an, wo die Aktiengesellschaft an dem betreffenden Orte ein Geschäft betreibt. Betreibt sie das Geschäft an einem anderen Orte in demselben Gerichtsbezirk, so wird dies zwar ebenfalls eingetragen, aber nur beim Hauptregister gemäß § 29. Betreibt aber die Aktiengesellschaft an einem anderen Orte als an ihrem statutarischen Sitze und zwar in einem anderen Gerichtsbezirk ein Geschäft, so wird die Eintragung nothwendig nach der allgemeinen Vorschrift des § 13 und wird erzwungen nach Maßgabe des § 14.

d) **Was späterhin in das Zweigregister einzutragen ist,** bestimmt sich nach § 13. Danach sind, soweit nicht im Einzelfalle etwas Gegentheiliges vorgeschrieben ist, alle Anmeldungen, Unterschriftszeichnungen und Einreichungen auch beim Zweigregister zu machen. Ausnahmen siehe z. B. in §§ 207, 265, 286. Anm. 4.

e) **Die Bedeutung der Eintragungen und Publikationen.** Bei solchen Rechtsakten, deren Wirksamkeit nicht bloß dem gutgläubigen Dritten gegenüber, sondern überhaupt von der Eintragung abhängt, ist für die Vorfrage, ob der Rechtsakt giltig ist, die Eintragung im Hauptregister entscheidend. Insoweit ist der Denkschrift S. 29 zuzustimmen. Ist aber ein solcher Akt eingetragen und handelt es sich um die Frage, inwieweit der Dritte sich denselben entgegenhalten lassen muß, so ist für den Geschäftsverkehr mit der eingetragenen Zweigniederlassung die Eintragung und Publikation bei der Zweigniederlassung, nicht die Publikation bei der Hauptniederlassung entscheidend. Das ergiebt sich aus § 15 Abs. 3 in Verbindung mit der Bedeutung der Publikation, wie wir sie zu § 199 auseinandergesetzt haben. Anm. 5.

f) **Die Firma der Zweigniederlassung.** Auch hierüber sagt der vorliegende Paragraph nichts. Es greift also wieder die allgemeine Vorschrift, also § 30, Platz (vergl. Anm. 6 ffg. dazu). Auch hier ist anzunehmen, daß eine absolut verschiedene Firma die Zweigniederlassung und das Hauptgeschäft nicht haben dürfen. Entsteht also durch den erforderlichen Zusatz eine wirkliche Verschiedenheit der Firma, so bleibt nichts übrig, als das Statut zu ändern, dies schon deshalb, weil die Aktiengesellschaft zwei Firmen nicht haben darf (vergl. Anm. 9 zu § 182). Doch begründen Zusätze, wie Filiale oder Filiale Frankfurt a. Main keine wirkliche Verschiedenheit der Firma und sind ohne statutarische Firmenänderung zulässig. Weiter geht nach früherem Recht das Kammergericht (bei Johow 14 S. 13) und auch nach jetzigem Recht Pinner S. 68, welche auch sonstige unterscheidende Zusätze gestatten, letzterer mit Rücksicht auf § 30 Abs. 3, den wir aber anders auslegen (vergl. Anm. 7 zu § 30). Anm. 6.

g) **Vertretung der Zweigniederlassung.** Darüber siehe Anm. 10 zu § 13. Hinzuzufügen ist, daß ein besonderer Vorstand für die Zweigniederlassung nicht zulässig ist (Johow 12 S. 34; vergl. zu § 235). Anm. 7.

h) **Uebergangsfrage.** Auch bei der Anmeldung der Zweigniederlassung älterer Gesellschaften ist § 201 zu beachten (vergl. O.L.G. Dresden in den sächsischen Annalen 1887 S. 411; Förtsch Anm. 1 zu Art. 212). Anm. 8.

2. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach § 12, der Zwang zur Anmeldung nach § 14. Anm. 9.

3. **Die anmeldungspflichtigen Personen** sind sämmtliche Mitglieder des Vorstandes. Anm. 10.

4. **Ueber den Inhalt der Anmeldung** ist nichts gesagt. Es ist nur gesagt, was beizufügen ist. Es ist anzumelden, daß die Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung betreibt und unter welcher Firma (d. h. mit welchem Zusatze).

5. **Die Beilagen der Anmeldung** sind im Abs. 2 deutlich vorgeschrieben. Hierzu bedarf es keiner Erläuterung. Allein vor Allem ist beizufügen der Nachweis, daß die Gesellschaft an ihrem Hauptsitze eingetragen ist. Das folgt daraus, daß die Aktiengesellschaft vorher nicht besteht, und aus § 13 Abs. 3. Der Nachweis ist zu führen durch eine gemäß § 9 zu erbittende beglaubigte Abschrift der Eintragung nach § 199. Anm. 11.

6. **Der Inhalt der Eintragung** ist im Abs. 3 klar und erschöpfend vorgeschrieben. (Ueber die rechtliche Bedeutung derselben siehe oben Anm. 5.) Auch der Ort der Zweigniederlassung ist einzutragen (§ 29). Außerdem ist nach § 131 F.G. die Eintragung der Zweigniederlassung von Amtswegen dem Registergericht der Hauptniederlassung mitzutheilen und hier zu vermerken. Das Gleiche gilt, wenn die Zweigniederlassung aufgehoben wird (vergl. Anm. 5 zu § 13). Anm. 12.

7. **Der Inhalt der Publikation** ist im Abs. 4 erschöpfend vorgeschrieben. (Ueber die rechtliche Bedeutung derselben siehe oben Anm. 5.) Nach Ablauf von zwei Jahren ist der Umfang der Publikation eingeschränkt, wie Abs. 4 vorschreibt. Anm. 13.

II. Die Zweigniederlassung der ausländischen Aktiengesellschaft.

Anm. 14. 1. **Begriff der ausländischen Aktiengesellschaft.** Sie ist eine solche, welche im Auslande ihren Sitz hat. Das muß aber ebensowenig, wie bei der inländischen Gesellschaft nothwendig der Ort sein, der den Mittelpunkt der geschäftlichen Thätigkeit der Aktiengesellschaft bildet (anders Lehmann I S. 262). — Der Begriff der inländischen Zweigniederlassung der ausländischen Aktiengesellschaft richtet sich nach dem Begriff der Zweigniederlassung überhaupt (vergl. Anm. 3 zu § 13). Es ist besonders hervorzuheben, daß auch sie kein selbstständiges Rechtssubjekt ist (R.G. 38 S. 406), woraus das Reichsgericht mit Recht folgert, daß die ausländischen Aktiengesellschaften, welche im Inlande eine eingetragene Zweigniederlassung haben, im Prozesse den Vorschriften über die Kautionspflicht der Ausländer unterliegen.

Anm. 15. 2. **Der Inhalt der Anmeldung.** Hierüber ist im letzten Abs. 5 die Vorschrift gegeben, daß die Angaben, deren Veröffentlichung nach Abs. 4 zu erfolgen hat, in die Anmeldung aufzunehmen sind. Die Vorschrift ist gegeben, weil dem Registergericht nicht wohl zugemuthet werden kann, sich die zu publizirenden Thatsachen selbstständig aus den mit der Anmeldung eingereichten, nach den Bestimmungen eines fremden Rechts errichteten Urkunden zusammenzustellen.

Anm. 16. Diese Angaben können aber nur in entsprechender Weise und insoweit gefordert werden, als sie nach Maßgabe des ausländischen Rechts überhaupt gemacht werden können. Das ergiebt sich aus der Natur der Sache und aus § 13 Abs. 3. Die Hauptsache und unerläßliches Erforderniß ist nur der Nachweis, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht (darüber unten Anm. 26).

Die zu machenden Angaben sind:

Anm. 17. a) Alles, was einzutragen ist, also:

α) Die Firma der Gesellschaft. Dieselbe richtet sich nach dem ausländischen Recht insoweit, als nicht ein inländisches Prohibitivgesetz entgegensteht. Ein solches liegt darin, daß das deutsche Recht nicht gestattet, daß die Firma einer Aktiengesellschaft aus Personennamen zusammengesetzt ist und dabei nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft die Inhaberin ist. Vielmehr gebietet das inländische Recht absolut, daß, wenn die Firma einer Aktiengesellschaft aus Personennamen zusammengesetzt ist, die Firma erkennen lassen muß, daß es sich um eine Aktiengesellschaft handelt (vergl. §§ 20, 22 H.G.B.; Art. 22 Abs. 2 E.G. zum H.G.B.). Daß im Uebrigen das ausländische Recht maßgebend ist, darüber siehe Anm. 7 zu § 13 und Anm. 11 zu § 30.

Anm. 18. β) Der Sitz der Gesellschaft. Derselbe muß sich im Auslande befinden (vergl. oben Anm. 14).

Anm. 19. γ) Der Gegenstand des Unternehmens. Derselbe muß nach deutschem Recht erlaubt sein. Eine Aktiengesellschaft zum Zwecke des Sklavenhandels würde hier nicht eingetragen werden können (vergl. übrigens unten Anm. 25).

Anm. 20. δ) Die Höhe des Grundkapitals. Zulässig in der ausländischen Währung.

ε) Der Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrages.

ζ) Die Mitglieder des Vorstandes.

η) Etwaige besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Aktiengesellschaft und über die Vertretungsbefugniß der gesetzlichen Vertreter.

Anm. 21. b) Die sonstigen Bestimmungen des § 182 Abs. 2 und 3.

α) Die Höhe der einzelnen Aktien (§ 182 Abs. 2 Nr. 3).

β) Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes (§ 182 Abs. 2 Nr. 4).

γ) Die Form, in welcher die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht (§ 182 Abs. 2 Nr. 5).

δ) Die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen (§ 182 Abs. 2 Nr. 6).

ε) Die Bestimmung, daß die Bekanntmachungen der Gesellschaft im Reichsanzeiger erfolgen sollen und in welchen sonstigen Blättern sie erfolgen sollen. Erforderlich ist also die Bestimmung, daß die Bekanntmachung mindestens im Reichsanzeiger erfolgen soll (§ 182 Abs. 3).

c) Die sonstigen Bestimmungen des § 183. Etwaige Bestimmungen über die Umwandlung der Inhaberaktien in Namensaktien und umgekehrt. Anm. 22.

d) Die sonstigen Bestimmungen des § 185: Bestimmungen über etwaige Vorzugsaktien. Anm. 23.

e) In dem Falle, daß die Zweigniederlassung innerhalb der ersten zwei Jahre nach Eintragung derselben an ihrem Stammsitze eingetragen wird, sind alle im § 199 bezeichneten Angaben in der Anmeldung zu machen. An die Stelle des Zeitpunktes der Eintragung tritt, wenn die Entstehung der Gesellschaft nach dem ausländischen Recht sich an einen anderen Rechtsakt knüpft, dieser andere Rechtsakt. Die Verpflichtung zu diesen Angaben wird sich nach dem ausländischen Recht oft modificiren, das Institut der Gründer wird nicht immer bestehen, es müssen dann diejenigen Personen angegeben werden, die die ersten Aktien übernommen haben; die Revisoren, der Aufsichtsrath werden nicht überall vorkommen; alsdann entfallen diese Angaben (Ring Anm. 12 zu Art. 212; Kammergericht bei Johow 13 S. 46, besonders wegen der fehlenden Gründer; vergl. auch oben Anm. 16). Anm. 24.

2. **Die Beilagen der Anmeldung.** In dieser Beziehung ist Abs. 2 analog anwendbar. Wenn wir aber bei der Zweigniederlassung einer inländischen Aktiengesellschaft oben Anm. 11 hervorgehoben haben, daß selbstverständlich auch der Nachweis erbracht werden muß, daß die Gesellschaft am Stammsitze eingetragen ist, so ist das entsprechende Erforderniß hier modifizirt. Es ist nämlich beizubringen der Nachweis, daß die Aktiengesellschaft als solche besteht (nach dem ausländischen Recht besteht sie oft auch ohne Eintragung), und ferner der Nachweis, daß die etwa erforderliche Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens oder der Zulassung zum Gewerbebetrieb erfolgt ist. Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken: Anm. 25.

a) Die Beilagen des Abs. 2. Siehe oben Anm. 11. Anm. 26.

b) Der Nachweis, daß die Gesellschaft als Aktiengesellschaft besteht.

α) Daß sie besteht, muß nachgewiesen werden, nicht daß sie ordnungsmäßig gegründet ist, weshalb weder unter Zugrundelegung der deutschen, noch der auswärtigen Gesetze der Gründungshergang zu prüfen ist, gleichviel, welche Gesetzgebung höhere Erfordernisse aufstellt (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 II S. 192). Auch ist nicht absolut nothwendig, daß die Hauptniederlassung eingetragen sei, wenn die rechtliche Möglichkeit hierzu nach dem ausländischen Rechte nicht besteht. So wird z. B. in Frankreich und in England kein Handelsregister geführt. (O.L.G. Dresden in G.Z. 34 S. 565.)

β) Daß sie als solche besteht, d. h. daß sie die begrifflichen Merkmale aufweist, an welche das deutsche Recht das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft knüpft. Ist dies der Fall, dann ist es unerheblich, ob sie auch nach ihrem Heimathsrechte als Akt.-Ges. gilt. Hierbei ist § 178 zu Grunde zu legen. Dort sind die Prinzipien aufgestellt, gegen welche die Konstruktion der Akt.-Ges. nicht verstoßen darf: sämmtliche Gesellschafter müssen mit Einlagen betheiligt sein; dieselben müssen auf das Grundkapital gemacht sein, welches seinerseits in Aktien zerlegt sein muß. Eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft darf den Gesellschaftern nicht obliegen; daß aber weitere Verpflichtungen außer der Einlage dem Gesellschafter nicht obliegen dürfen, ist nicht mehr Wesenserforderniß (vergl. Anm. 13 zu § 178). Nicht zu den Begriffsmerkmalen gehört die freie Uebertragbarkeit der Antheile (vergl. § 179), nicht die Ausstellung der Aktienurkunde (vergl. Anm. 12 zu § 179), auch nicht, daß sie juristische Person ist. Sie ist dies zwar nach deutschem Recht, aber ob sie in ihrem Heimathsstaate als solche betrachtet wird, ist gleichgiltig. Demnach sind nicht Aktiengesellschaften diejenigen ausländischen Gesellschaften, bei welchen die Direktoren die uneingeschränkte Haftung übernehmen, wohl aber die Anm. 27.

companies limited by shares (vergl. R.G. 35 S. 39: die englischen Aktiengesellschaften müssen den Zusatz limited haben); Aktiengesellschaften sind auch die französischen sociétés anonymes à capital variable, bei welchen nach Maßgabe des Statuts das Grundkapital durch successive Einlagen oder durch Aufnahme neuer Mitglieder vermehrt oder andererseits durch gänzliche oder theilweise Rückzahlung der geleisteten Einzahlungen vermindert werden kann (Ring S. 442). Näheres hierüber Lehmann bei Holdheim 6 S. 3 und im Aktienrecht I S. 120 u. S. 140.

c) Wegen der Zulassung zum Gewerbebetrieb und der Genehmigung des Gegenstandes des Unternehmens siehe Anm. 3 zu § 6. Wegen der Genehmigung des Erwerbes von Grundeigenthum siehe Anm. 7 zu § 210.

Anm. 28. 3. **Die Form der Anmeldung** richtet sich nach § 12, selbstverständlich muß sie in deutscher Sprache abgefaßt sein. Die Beilagen müssen, soweit das Gericht dies für erforderlich hält, ihm in beglaubigter Uebersetzung geliefert werden.

Anm. 29. 4. **Der Zwang zur Anmeldung** richtet sich in erster Linie gegen die gesetzlichen Vertreter der ausländischen Aktiengesellschaft. Freilich wird ein solcher Zwang oft nicht ausführbar sein, weil die gesetzlichen Vertreter sich im Auslande befinden werden und deshalb der inländischen Ordnungsstrafgewalt nicht unterstehen. In solchem Falle wird eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften des H.G.B. dazu führen, den Zwang gegen diejenigen Personen auszuüben, welche die Geschäfte der ausländischen Aktiengesellschaft als Bevollmächtigte im Inlande betreiben.

Anm. 30. 5. **Für den Inhalt der Eintragung** ist Abs. 3 maßgebend (vergl. oben Anm. 12, 17—20), für den Umfang der Publikation Abs. 4 (vergl. Anm. 13).

Anm. 31. 6. **Auch späterhin sind in das Zweigregister der ausländischen Aktiengesellschaft diejenigen Eintragungen zu machen,** durch welche sich der Inhalt der ursprünglichen Eintragung regelt. Das ergiebt sich aus der Analogie des § 13. Ferner ist in das Zweigregister aufzunehmen, was nach dem ausländischen und nach dem deutschen Rechte weiterhin der Eintragung in das Hauptregister bedarf und in das Hauptregister eingetragen ist. Daß es nach dem ausländischen Rechte der Eintragung bedarf, würde allein nicht genügen, wenn es nach deutschem Recht der Eintragung nicht bedarf. Unsere Register können nicht gefüllt werden mit Eintragungen, die nach unserem Recht nicht eintragungsbedürftig sind. Wenn aber die Thatsache umgekehrt nach deutschem Rechte eintragungsbedürftig ist, nicht aber nach dem ausländischen Recht, so entscheidet über die rechtliche Giltigkeit das ausländische Recht (vergl unten Anm. 34) und deshalb bedarf die Thatsache auch hier nicht der Eintragung, wenigstens nicht zur Giltigkeit. Aber sie kann in solchem Falle eingetragen werden.

Anm. 32. 7. **Was die Bedeutung der Eintragung und Publikation anlangt,** so entscheidet überall die Eintragung und Publikation durch das inländische Zweigregister. Es kommt also § 15 zur vollen Anwendung. Diejenigen Ereignisse, welche nur in das ausländische Handelsregister eingetragen und im Auslande publizirt sind, braucht der deutsche Verkehr nicht gegen sich gelten zu lassen. Die ausländische Aktiengesellschaft erwirbt einen Anspruch auf Berücksichtigung dieser Ereignisse nur durch die Eintragung und Publikation im Inlande. Die gegentheilige Ansicht würde die Inländer in eine sehr bedenkliche Rechtslage bringen. Darin liegt zugleich ein sehr erheblicher Anlaß für die ausländische Zweigniederlassung, für ihre Eintragung im Inlande Sorge zu tragen und sich dieser Anforderung des deutschen Gesetzes nicht zu entziehen.

Anm. 33. 8. **Wie weit im Uebrigen die ausländischen Aktiengesellschaften dem deutschen Rechte,** insbesondere dem deutschen Aktienrecht unterworfen sind, ist im Allgemeinen schwer zu sagen und im Einzelfall zu unterscheiden.

Einzelnes sei hier hervorgehoben.

a) Aktienrechtliche Verpflichtungen haben sie hier nicht zu erfüllen.

Sie haben z. B. nicht ihre Bilanzen hier zu publiziren, wenn sie nach ausländischem Recht zur Publikation derselben nicht verpflichtet sind. Nur wenn sie nach ihrem eigenen Recht hierzu verpflichtet sind und zwar zur Publikation durch öffentliche Blätter, muß die Publikation auch im deutschen Reichsanzeiger erfolgen (vergl.

oben Anm. 21). Es steht aber nichts im Wege, daß durch andere Gesetze, auch durch Polizeigesetze, den ausländischen Aktiengesellschaften die Verpflichtung zu solchen Rechtshandlungen auferlegt wird, damit die deutschen Reichsbürger im Verkehr mit den hier im Rechtsverkehr auftretenden ausländischen Aktiengesellschaften genügend geschützt sind.

b) Ueber die Rechtsfähigkeit und über die Handlungsfähigkeit entscheidet das ausländische Recht (vergl. Anm. 3 zu § 6), ferner beherrscht das Personalstatut die Aktiengesellschaft in Bezug auf die Gesammtheit der aus ihrer Verbandsnatur entspringenden Rechtsverhältnisse (die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft); ferner in Bezug auf den Organismus der Aktiengesellschaft (es bestimmt die Zahl und Gestaltung der einzelnen Organe, der Befugnisse und Pflichten, den Umfang ihrer Vertretung und Haftung gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft) und endlich die Auflösung und die Auflösungsgründe (vergl. über alle diese Fragen Näheres bei Lehmann, Aktienrecht I S. 121 flg.). Anm. 34.

§ 202.

Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, als Gesammtschuldner verhaftet; sie haben, unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstehenden Schadens, insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen oder Uebernahmen der im § 186 bezeichneten Art böslicherweise geschädigt, so sind ihr alle Gründer für den Ersatz des entstehenden Schadens als Gesammtschuldner verpflichtet.

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe oder die bösliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche die Betheiligung des Aktionärs in Kenntniß seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben, als Gesammtschuldner zum Ersatze verpflichtet.

Mit den Gründern sind der Gesellschaft zum Schadensersatz als Gesammtschuldner verpflichtet:

1. wenn eine Vergütung nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, der Empfänger, welcher zur Zeit des Empfanges wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, und jeder Dritte, welcher zur Verheimlichung wissentlich mitgewirkt hat;
2. im Falle einer böslichen Schädigung durch Einlagen oder Uebernahmen jeder Dritte, welcher zu dieser Schädigung wissentlich mitgewirkt hat.

Einleitung. **Der Paragraph statuirt die Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen gegenüber der Gesellschaft.**[1]) Die hier aufgestellten Thatbestände sind civilrechtliche Delikte sui generis; die Vorschriften des B.G.B. über unerlaubte Handlungen und Schadensersatz finden auf dieselbe nur subsidiär Anwendung.

Das Gesetz erklärt für haftbar: 1. die Gründer für eine Reihe von Unregelmäßigkeiten unter verschiedenen Voraussetzungen im Einzelnen (Abs. 1, 2 und 3); 2. ihre Verbündeten, d. h. Personen, welche verheimlichten Gründungsaufwand empfangen oder bei der Verheimlichung mitgewirkt haben, und Personen, welche bei der böslichen Schädigung durch Sacheinlagen oder Uebernahmen mitgewirkt haben (Abs. 4).

Anm. 1. **1. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer.** Ueber diese treffen die Abs. 1, 2 u. 3 erschöpfende Fürsorge, jedoch in einer Anordnung, welche kein System enthält und daher hier nicht befolgt werden kann. Die Abs. 1, 2 und 3 werden daher hier in zusammenfassender Weise erläutert.

Dabei ist zu untersuchen: a) Wem haften die Gründer? b) Wofür haften sie?

Anm. 2. a) **Wem haften die Gründer?** „Der Gesellschaft". Das ist die an die Spitze der Vorschrift gestellte präcise Antwort, welche das Gesetz auf diese Frage giebt. Es läßt dadurch unzweideutig erkennen, daß beim Vorliegen der hier behandelten Voraussetzungen lediglich die Gesellschaft es sein soll, welche befugt ist, die Rechte aus der Gründerverantwortlichkeit geltend zu machen. (Daß unter der Gesellschaft die eingetragene Gesellschaft gemeint ist, kann nicht zweifelhaft sein.) Ausgeschlossen ist hierdurch ein Anspruch eines Einzelaktionärs oder eines Dritten, der sich lediglich auf denselben Thatbestand stützen würde und nach den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. von den unerlaubten Handlungen an sich begründet wäre. Das Gesetz nimmt dabei keine Rücksicht darauf, ob das Interesse der geschädigten Einzelaktionäre wirklich befriedigt wird durch Ersatz des der Gesellschaft erwachsenen Schadens. Auch den Gesellschaftsgläubigern stehen aus der Gründung selbst gegen die Gründer und ihre Verbündeten Ansprüche nicht zu — Ring Anm. 1 zu Art. 213 a; Behrend § 110 Anm. 3; Makower S. 425; vergl. R.O.H. 20 S. 280; R.G. 39 S. 247).

Anm. 3. Indessen ist damit nicht gesagt, daß den Einzelaktionären jedes Klagerecht hiermit genommen sein soll. Es können die Gründer neben der Thätigkeit, welche sie behufs Errichtung der Gesellschaft entwickelt haben, durch Erklärungen und Zusicherungen oder sonstiges Verhalten gegenüber einzelnen Personen noch in besondere vertragliche und außerkontraktliche Beziehungen getreten sein, welche ein besonderes Klagerecht des geschädigten Einzelaktionärs, insbesondere auf Rücknahme der Aktien, begründen können. Die Voraussetzungen solcher Rechte ruhen im Civilrecht und sollten hier nicht geordnet und insbesondere sollten solche Rechte nicht beseitigt sein (vergl. R.G. 18 S. 64; 39 S. 247). Auf Schadensersatz können diese Ansprüche jedenfalls nur dann gerichtet werden, wenn der Schaden nicht auf dieselben Erklärungen (wobei Identität der Erklärungen, nicht Erklärungen gleichen Inhalts gemeint sind) zurückgeführt wird, hinsichtlich deren eine Haftung der Gesellschaft gegenüber besteht. (Vergl. Behrend § 110 Anm. 3, Pinner S. 72.)

Anm. 4. Auch der Gesellschaft gegenüber ist das Maß der Haftung mit der Vorschrift des vorliegenden Paragraphen erschöpft. Die Gründer haften bei Sacheinlagen und Uebernahmen für unrichtige Angaben in den Gründungsschriften und für bösliche Schädigung, in den übrigen Punkten für unrichtige Angaben in den Gründungsschriften. Mag es auch begrifflich denkbar sein, daß die Gründer auch darüber hinaus für jede andere offizielle Angabe, z. B. für eine solche, die sie den um Auskunft bittenden Prüfungsorganen gegenüber gemacht haben, haften (vergl. R.G. 5 S. 19), so ist die Tendenz des Gesetzes doch unverkennbar die, die Ersatz-

[1]) Literatur: Richard Schmidt, die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gründer, München 1888.

ansprüche der Gesellschaft erschöpfend zu regeln, aus einer zersplitterten und unsicheren Rechtsmaterie eine einheitliche sichere zu schaffen (zust. Makower S. 425).

b) **Wofür haften die Gründer?** Anm. 5.

α) für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben rücksichtlich der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals und der Festsetzungen des § 186.

β) für böswliche Schädigung durch Sacheinlagen und Uebernahmen.

γ) für Ausfälle durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs.

Zu α) **Haftung für die Richtigkeit der Gründungsangaben.** Voraussetzung der Haftung ist hier, daß eine Angabe der Gründer im Sinne dieses Paragraphen vorliegt. Anm. 6. Unter den Angaben der Gründer, welche sie behufs Eintragung in das Gesellschaftsregister machen, können füglich keine anderen verstanden werden, als diejenigen, welche sie in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen oder in der Anmeldung bezw. deren Beilagen, insbesondere im Gründerberichte machen, nicht, wie Kayser Anm. 6 zu Art. 213a will, jede offizielle Angabe; nicht, wie Makower S. 426 will, jede Angabe gegenüber der Gesellschaft oder ihren Organen; auch nicht, wie Schmidt a. a. O. S. 12 formulirt, jede offizielle Angabe, welche gemacht wird, um die Erfüllung einer Voraussetzung für die Registrirung herbeizuführen, sei es auch den prüfenden Organen gegenüber oder der konstituirenden Generalversammlung. (Uebereinstimmend Petersen und Pechmann S. 90; daß insbesondere die Angaben in der Gründererklärung des § 191 dazu gehören, darüber vergl. R.G. 26 S. 42.) Für die so gemachten Angaben aber sind sie verantwortlich ohne Rücksicht darauf, ob dieselben die unbedingt nothwendigen Daten über Zeichnungen, Einzahlungen des Grundkapitals und die Festsetzungen des § 186 betrafen, oder ob sie weitergehende Erklärungen über diese Punkte abgaben. So haben sie allerdings nicht nöthig, über die Zahlungsfähigkeit der Zeichner im Gründerbericht eine Erklärung abzugeben. Geben sie eine solche Erklärung nicht ab, so haften sie nur nach Maßgabe des Abs. 3. Geben sie aber eine die Zahlungsfähigkeit versichernde Erklärung ab, so ist dies eine Angabe, welche sie rücksichtlich der Zeichnung des Grundkapitals gemacht haben, und sie haften daher für die Richtigkeit derselben gemäß Abs. 1 u. 2. Ebenso verhält es sich mit Angaben über die Konzessionspflichtigkeit, die Rentabilität des Unternehmens, die Beschaffenheit von Sacheinlagen. Die Motive (II z. Akt.Ges. v. 1884 S. 120) äußern sich zwar in entgegengesetztem Sinne, aber Wortlaut und Geist des Gesetzes sprechen entschieden für die hier vertretene Auffassung. (Theilweise anders auch Ring Anm. 6 zu Art. 213a; ganz anders Behrend § 110 Anm. 8, der die vorliegende Haftung der Gründer nur für diejenigen Angaben gelten läßt, die gesetzlich im Gründungsvertrage enthalten sein müssen; anders auch Rudorff zu § 202, Pinner S. 73; zust. jedoch Makower S. 426).

Was hier über Angaben betreffend Zeichnung des Grundkapitals gesagt ist, muß ebenso gelten hinsichtlich der Aktienübernahmen bei der Simultangründung (Behrend § 110 Anm. 6). Anm. 7.

Zweite Voraussetzung ist, daß die Angabe unrichtig oder unvollständig ist. Anm. 8. Nur objektive Unrichtigkeit ist vorausgesetzt. Die mala fides wird also vermuthet, weil es Pflicht der Gründer ist, sich über die gemeinschaftlich gemachten Angaben gehörig zu informiren. Indessen ist dem Gründer in Abs. 2 ein Exkulpationsbeweis freigelassen.

Wenn das Gesetz die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfordert, so ist darunter eine solche Sorgfalt zu verstehen, wie sie ein ordentlicher Mann, welcher geschäftliche Unternehmungen der betreffenden Art für eigene Rechnung leitet, aufzuwenden pflegt. Anm. 9. Handelt es sich um kaufmännische Unternehmungen, so muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kauf-

manns prästirt werden. Der Ausdruck Geschäftsmann ist gewählt, weil die Unternehmungen auch anderer Art sein können. (So mit Recht Neukamp S. 151.)

Anm. 10. Die Folge der Verantwortlichkeit ist, daß die Gründer solidarisch haften für allen der Gesellschaft in Folge der unrichtigen oder unvollständigen Angabe entstandenen Schaden. Um den Schadensbeweis zu erleichtern, ist hervorgehoben, daß sie vorbehaltlich weiterer Schadensersatzpflicht jedenfalls einen am Grundkapital fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen[1] (d. h. wenn weniger eingezahlt ist, als sie als eingezahlt angegeben haben) zu leisten und einen verheimlichten Gründungsaufwand zu ersetzen haben.

Anm. 11. Verheimlichter Gründungsaufwand liegt z. B. vor, wenn der Gründer einen Gründerlohn scheinbar aus Privatmitteln, in Wahrheit aber aus Gesellschaftsmitteln, durch zu hohe Anrechnung der inferirten Werthe, zahlt. Vergl. den Fall in R.G. 26 S. 37, wo auf S. 42 ausgeführt ist, daß die Rückübertragung der als Vergütung erhaltenen Aktien nicht genügt.

Anm. 12. Zum Schadensersatz gehört auch der entgangene Gewinn (§ 252 B.G.B.). Auch die sonstigen Vorschriften des B.G.B. über den Schadensersatz (§§ 249 bis 253) greifen hier Platz, unter Umständen auch § 254 B.G.B., da die beschädigte Gesellschaft im Gründungsstadium schon vertreten sein kann, nämlich soweit es sich um Ausführung der Illations- und Uebernahmeverträge handelt.

Anm. 13. Zu β) **Bösliche Schädigung durch Sacheinlagen oder Uebernahmen.** Die Angaben in den Gründungsschriften können in diesen Punkten richtig sein, aber durch Bethätigung der Rechtsakte selbst kann eine Schädigung der Gesellschaft bewirkt sein, in der Anrechnung über den wahren Werth. In solchen Fällen kann der Gesetzgeber unmöglich eine Haftung schon bei dem objektiven Thatbestand der Schädigung eintreten lassen, weil Schätzungen den Charakter des Festen und Objektiven überhaupt nicht an sich tragen. Aber wenn eine bösliche Schädigung vorliegt, sollen die Gründer haften. Das Erforderniß der böslichen Handlungsweise ist ein von der Judikatur festgestelltes. Es umfaßt außer dem dolus auch die luxuria, d. h. den frevelhaften Muthwillen, welcher zwar die Schädigung nicht beabsichtigt, aber sich doch der mit dem Handeln verbundenen Gefahr bewußt ist (R.O.H. 10 S. 218; R.G. 1 S. 22 und 38; 7 S. 125; Motive zum Akt.-Ges. von 1884 I S. 189; K.B. zum Akt.-Ges. v. 1884 S. 12). Eine Werthbemessung von Einlagen und Uebernahmen, welche zweifellos übermäßig ist, ist regelmäßig eine bösliche Handlungsweise (Motive a. a. O.). Die bösliche Handlungsweise braucht nur bei einem Gründer vorhanden zu sein[2]: alsdann haften alle solidarisch, außer demjenigen, der sich nach Abs. 2 exkulpirt. Es haftet also, wie Cosack (S. 675) richtig bemerkt, keiner, wenn alle Gründer nur grobfahrlässig gehandelt haben; wenn aber auch nur einer „bösлich" gehandelt hat, so haften alle auch für geringe Fahrlässigkeit.

Anm. 14. Als Folge der Verantwortlichkeit ist nur im Allgemeinen der Ersatz des entstandenen Schadens genannt. Zunächst ist es die Differenz zwischen dem der Gesellschaft angerechneten und dem wahren Werthe. Diese ist in Baar zu zahlen. Das Angebot der Rückgabe einer entsprechenden Anzahl Aktien reicht nicht aus. Es ist dabei vollständig unerheblich, daß nach den Vorschriften über die Bilanz nur der Anschaffungswerth in derselben zu

---

[1]) Das Verhältniß des säumigen Zeichners zu dem für ihn eintretenden Gründer ist dem Civilrecht zu entnehmen. Nach dem B.G.B. giebt es nun aber keinen allgemeinen Rechtssatz, daß der, der eine fremde Schuld zahlt, in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintritt. Der Regreß des zahlenden Dritten gegen den Schuldner richtet sich vielmehr nach dem Verhältnisse zwischen Beiden. Hier liegt aber meist kein besonderes Verhältniß vor. Es bleibt daher nichts weiter übrig, als die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung anzuwenden (Pinner S. 74).

[2]) Etwaige Regresse unter den Gründern regeln sich nach bürgerlichem Rechte (§ 426 B.G.B.). Vergl. unten Anm. 23.

figuriren braucht, der Schaden besteht in dem der Gesellschaft entzogenen Vermögenswerthe (Zust. Ring Anm. 8 zu Art. 213 a). Die A.G. ist andererseits auch nicht berechtigt, Rückgabe der Aktien zu verlangen; die Aktien können ja inzwischen, auf Grund anderer Ursachen, einen höheren Werth haben, als den der inferirten Gegenstände. Ueber den Umfang des Schadens vergl. im Uebrigen Anm. 12.

Bösliche Schädigungen durch zu hohe Gründerbelastungen sind hier nicht getroffen. Hier können die Gründer Alles bewilligen, wenn sie es nur in den Verträgen offenbaren (Cosack S. 675). Anm. 15.

Zu γ) **Haftung für Zahlungsfähigkeit der Aktionäre.** Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist hier, daß der Gesellschaft durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs ein Ausfall entsteht, und daß der Gründer bei Annahme der Betheiligung des Aktionärs die Zahlungsunfähigkeit kannte. Die Denkschrift (S. 129) bemerkt, die Annahme erfolge im Falle der Simultangründung durch Vollziehung der im § 182 Abs. 1 und § 188 gedachten Verhandlungen, im Falle der Successivgründung durch die Zutheilung der Aktie. Letzteres kann aber nicht für zutreffend erachtet werden (vergl. Anm. 21 zu § 189). Mögen auch durch die Zutheilung die Gründer persönlich gebunden sein, den Zeichner zu acceptiren, Mitgliedsanwärter wird derselbe erst durch die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages, und die offizielle Stellung der Gründer gebietet es, eine Gesellschaft nicht anzumelden, deren Zeichner von ihnen als insolvent erkannt sind. Anm. 16.

Die Zahlungsunfähigkeit ist ein aus dem Konkursrecht bekannter Begriff. Sie besteht in dem Unvermögen, die fälligen Verbindlichkeiten in der Allgemeinheit zu erfüllen, und ist wohl zu unterscheiden von der Insufficienz. (§ 102 K.O.; R.G. in Strafsachen 3 S. 195). Anm. 17.

Der Ausfall steht fest, wenn die Zahlungsunfähigkeit feststeht. Wenn die ursprünglichen Gründer oder Zeichner die Aktien weiter begeben, so haften die Gründer nur dann, wenn nach Erledigung des Kaduzirungs- und Regreßverfahrens gegenüber dem ursprünglichen Aktienerwerber, als dem letzten Gliede in der Kette der Regreßpflichtigen, ein Anspruch besteht und nur insoweit dies der Fall ist (Schmidt S. 24; anders Rudorff S. 159, der von diesen Beschränkungen absieht). Vorgängige Einklagung des ersten Zeichners oder gar Zwangsvollstreckung ist aber nicht nothwendig, ebensowenig in dem Falle, daß der ursprüngliche Aktienerwerber die Aktie nicht begeben hat, die Kaduzirung der Aktie oder ihr öffentlicher Verkauf (Schmidt a. a. O.; Makower S. 428; Behrend § 110 Anm. 26). Der Gründer muß bei Annahme der Betheiligung des Aktionärs Kenntniß haben von der Zahlungsunfähigkeit. Spätere Kenntniß ist einflußlos. Kennen müssen steht der Kenntniß nicht gleich (Behrend § 110 Anm. 25). Anm. 18.

Folge der Haftung ist hier im Gegensatz zu den übrigen Haftungen des Gründers, daß nicht alle Gründer, sondern nur diejenigen, welche in dolo waren, solidarisch haften. Anm. 19.

Der Fall der Leistungsunfähigkeit bei einer Sacheinlage ist entsprechend zu behandeln (Makower S. 428).

2. (Abs. 4.) **Die Gründergenossen,** d. h. die Empfänger verheimlichten Gründungsaufwandes, oder Diejenigen, welche bei dieser Verheimlichung mitgewirkt haben, oder endlich Diejenigen, welche bei einer böslichen Schädigung wissentlich mitgewirkt haben. Anm. 20.

Diese sind außer den Gründern, d. h. neben denselben, mit ihnen solidarisch und unter einander solidarisch, verantwortlich.

a) Der Empfänger verheimlichten Gründungsaufwandes muß, um verantwortlich zu sein, gewußt haben, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, oder die Umstände müssen so liegen, daß er dies annehmen mußte. Das letztere Requisit ist auch im Strafgesetzbuch bei der Hehlerei (§ 259) erwähnt und hat schon dort zu einer großen Anm. 21.

Kontroverse geführt: ob damit bloß eine Beweisfrage geregelt und nur darauf aufmerksam gemacht sein soll, daß schon aus den Umständen auf das Wissen geschlossen werden könne (R.G. in Strafsachen 7 S. 86), oder ob damit eine Art der Fahrlässigkeit, nämlich diejenige Fahrlässigkeit gemeint ist, vermöge deren der Dritte sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welchen sich ihm die Ueberzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hätte aufdrängen müssen, absichtlich entzogen hat (R.G. in Strafsachen 2 S. 143). Ring (Anm. 12 zu Art. 213a) giebt der ersteren Ansicht den Vorzug. Nach der neueren Gesetzessprache kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß die letztere Ansicht zutrifft (§ 122 Abs. 2 B.G.B.; Makower S. 428).

Anm. 22. b) Der Begriff der Mitwirkung setzt mehr als bloßes Wissen voraus, ist aber nicht mehr als eine Handlung, welche dazu bestimmt und geeignet ist, der Durchführung der Verheimlichung zu dienen. Mitwirkende können z. B. Bedienstete sein, die sich zu solcher Manipulation gebrauchen lassen.

Zusätze:

Anm. 23. 1. **Ueber die Geltendmachung der Rechte aus der Gründerverantwortlichkeit, durch wen und** unter welchen Voraussetzungen sie erfolgt, vergl. §§ 268, 269, 270.

Die Solidarhaft folgt allgemeinen Regeln (§§ 421 flg. B.G.B.).

Der Regreß der Gründer unter sich richtet sich nach den zu Grunde liegenden Verhältnissen, event. geht der Schaden zu gleichen Theilen (§ 426 B.G.B.; §§ 722, 735 B.G.B.; vergl. Anm. 24 zu § 182), was unter Umständen ungerecht ist. Denn nach Abs. 2 unseres Paragraphen kann die Haftung eines Gründers schon darauf beruhen, daß er seine bona fides nicht nachweisen kann. Er haftet dann solidarisch mit dem Gründer, dem die mala fides nachgewiesen ist, und er kann doch unschuldig sein (Pinner S. 72).

Anm. 24. 2. **Durch Verträge** kann die Verantwortlichkeit der Gründer zwar verschärft, nicht aber gemildert werden. Das gesetzliche Mindestmaß der Verantwortlichkeit ist publici juris.

Anm. 25. 3. **Neben dieser Gründerverantwortlichkeit besteht natürlich auch die Haftung der einlegenden Gründer aus den Verträgen,** z. B. ex dictis et promissis. Auf eine solche Haftung greift auch nicht die Verjährung des § 206 Platz (vergl. Anm. 4 daselbst). Andererseits kann die nach den civilrechtlichen Vorschriften sich ergebende Haftung aus Illationsverträgen auch vertraglich ausgeschlossen werden (vergl. Anm. 19 zu § 186), wodurch selbstverständlich die Haftung nach dem Aktienrecht nicht beseitigt werden kann (vergl. Anm. 24).

Anm. 26. 4. **Uebergangsfrage.** Die Vorschrift findet auf ältere Gesellschaften Anwendung, jedoch nicht auf diejenigen Thatbestände, welche vor dem 1. Januar 1900 sich ereignet haben (Art. 170 E.G. z. B.G.B.; Art. 23 E.G. z. H.G.B.; Anm. 4 u. 8 zu § 178).

§ 203.

Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder in den ersten zwei Jahren nach der Eintragung eine öffentliche Ankündigung der Aktien erläßt, um sie in den Verkehr einzuführen, ist der Gesellschaft im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben, welche die Gründer in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, sowie im Falle einer böslichen Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Uebernahmen für den Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens mit den im § 202 bezeichneten Personen als Gesammtschuldner verhaftet, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Der Paragraph bürdet auch noch den Emissionshäusern eine Verantwortlichkeit für den richtigen Gründungshergang auf. Das Gesetz geht dabei von der Erwägung aus, daß die Firma des Emissionshauses nicht zum geringsten Theil bestimmend ist für die Betheiligung des Publikums an dem Unternehmen. Es verpflichtet daher den Inhaber des Emissionshauses, das in ihn gesetzte Vertrauen zu rechtfertigen durch gehörige Prüfung der Gründerangaben. Einleitung.

1. **Wer ist für verantwortlich erklärt?** Diejenigen, welche vor der Eintragung der Gesellschaft oder in den ersten zwei Jahren nachher öffentliche Ankündigungen erlassen, um Aktien in den Verkehr einzuführen. Anm. 1.

   a) Die Ankündigung setzt nicht nothwendig ein ausdrückliches Bekenntniß der Autorschaft, also die Unterzeichnung, voraus, wie Ring Anm. 3 zu Art. 213b meint. Andererseits geht Völderndorff zu weit, wenn er jede gedruckte Notiz, hinter welcher das Emissionshaus steckt, für genügend hält. Vielmehr wird der Begriff des „Erlassens einer Ankündigung" darin zu finden sein, daß eine bestimmte, aus der Unterzeichnung oder dem Inhalte der Ankündigung ersichtliche Person sich direkt an das Publikum wendet. So wird ein im redaktionellen Theil einer Zeitung befindlicher anonymer Artikel über das Unternehmen regelmäßig nicht für genügend zu erachten sein, selbst wenn das Emissionshaus ihn in die Zeitung lancirt hat; wohl aber ein im Inseratentheil befindlicher, wenn auch nicht unterzeichneter, eine Unterscheidung, die von Ring mit Unrecht als willkürlich bezeichnet wird. Denn im ersteren Falle spricht zum Publikum die Redaktion, im letzteren der Inserent. Wer dieser ist, kann aber aus dem Inhalt des Inserats mit solcher Deutlichkeit hervorgehen, daß es formalistisch wäre, an dem Erforderniß der Unterzeichnung festzuhalten. Andererseits geht es zu weit, wenn Behrend (§ 111 bei Anm. 16) nicht einmal erfordert, daß die Urheberschaft irgendwie aus der Ankündigung zu ersehen ist. Denn eine Bekanntmachung „erläßt" nur der, der erkennbar als Publikant auftritt. Weiter geht § 43 des Börsengesetzes (unten Anm. 12): „oder von denen der Erlaß des Prospektes ausgeht". (Im Wesentlichen zust. Makower S. 329.)

   b) Die öffentliche Ankündigung ist diejenige, welche geeignet ist, einem unbegrenzten Personenkreise bekannt zu werden (R.G. 39 S. 248). Eine auf begrenzte Interessentenkreise, etwa die Kunden des Emittenten, beschränkte Mittheilung ist damit nicht getroffen (Ring Anm. 3 zu Art. 213b); doch kann schon im Versenden von Circularen eine öffentliche Bekanntmachung liegen (Behrend § 111 Anm. 5). Anm. 2.

   c) Die Absicht, Aktien in den Verkehr einzuführen, besteht auch schon bei der Aufforderung zu Primitivzeichnungen (Motive z. z. Akt-Ges. v. 1884 II S. 127; Makower S. 430), ebenso in der Aufforderung zur Zeichnung bei einer innerhalb des tempus clausum von 2 Jahren stattfindenden Kapitalserhöhung. Doch muß es sich um Aktien, nicht um Obligationen, handeln, und um eine Thätigkeit, welche darauf abzielt, den Aktien ganz oder zum Theil den öffentlichen Markt zu erschließen. Verkauf durch Notare oder durch Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Verwerthung für eine Masse fallen nicht darunter, ebenso nicht Zuführung zur Börse, wenn die Aktien daselbst schon gehandelt wurden und einen Kurs hatten (Esser Anm. 5). Doch bemerkt Behrend (§ 111 Anm. 10) gegen Ring (Anm. 5 zu Art. 213b) zutreffend, daß das Erforderniß der Einführung nur auf die angekündigten Aktien zu beziehen ist. Eine Einführung ist auch möglich, wenn sich Aktien derselben Gesellschaft bereits im Verkehr befinden. Anm. 3.

   d) Welchen rechtlichen Charakter sonst die Emission hat, ist gleichgiltig. Der Emittent kann in eigenem oder in fremdem Namen, als Kommissionär oder Vermittler handeln. Die Aufforderung kann eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten oder ausnahmsweise selbst eine Offerte sein. Das ist aber für die Haftung gleichgiltig (Pinner S. 76). Anm. 4.

2. **Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit sind** Anm. 5.

   a) daß objektiv unrichtige oder unvollständige Angaben der Gründer vorliegen, in dem

Umfange, wie sie im vorigen Paragraphen erläutert sind, oder eine bösliche Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Uebernahmen. Es ist nicht nothwendig, daß in der Ankündigung des Emissionshauses Unwahrheiten enthalten sind (hierüber unten Anm. 11 ffg.). Es ist auch nicht nothwendig, daß in derselben sog. Gründerangaben enthalten sind.

Anm. 6. b) daß auf Seiten des Emittenten dolus oder die Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes vorliegt (über den letzteren Begriff vergl. Anm. 9 zum vorigen Paragraphen). Daß die Prüfungsorgane keinen Anstand erhoben haben, entschuldigt das Emissionshaus nicht. Der Emittent muß selbst prüfen und hierbei nicht nur sein eigenes, sondern auch das Interesse derer im Auge haben, an welche die Ankündigung gerichtet ist (Makower S. 430).

Das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen muß dem Emittenten nachgewiesen werden, ihn trifft kein Exkulpationsbeweis.

Anm. 7. 3. **Die Folge der Verantwortlichkeit** ist Ersatz des Schadens. Dieser regelt sich nach allgemeinen Vorschriften, wobei § 252 B.G.B. anwendbar ist (also entgangener Gewinn), desgleichen die übrigen Paragraphen über den Schadensersatz (§§ 249—253), unter Umständen auch § 254 (vom konkurrirenden Verschulden; vergl. Anm. 12 zu § 202). Daß unter allen Umständen die im vorigen Paragraphen (vergl. Anm. 10 zu § 202) bezeichneten Ersatzleistungen zu machen sind, ist hier nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber doch wohl dem Sinne nach anzunehmen, da doch eine Solidarhaft mit den nach § 202 haftbaren Personen statuirt werden sollte (Makower S. 430). — Die Haftung ist eine solidarische mit den nach § 202 haftbaren Personen.

Anm. 8. 4. **Wem haften die Emittenten?** Auch diese der Gesellschaft, also nicht den Aktionären. Das bezieht sich aber nur auf den durch diesen Paragraphen festgestellten Thatbestand, d. h. auf die Haftung für unrichtige oder unvollständige Gründerangaben oder für bösliche Schädigung der Gesellschaft durch Sacheinlagen oder Uebernahmen.

Inwieweit sie für eigene falsche Angaben in der Ankündigung den einzelnen Erwerbern haften, darüber entscheiden andere Grundsätze (vergl. unten Anm. 11 ffg.). Eine Haftung des Emissionshauses für unrichtige Angaben der Gründer gegenüber den einzelnen Aktionären ist durch den vorliegenden Paragraphen im Allgemeinen ausgeschlossen, aber eben nur im Allgemeinen, nicht in dem Falle, daß es sich um Ankündigung zum Zwecke der Zulassung von Werthpapieren an der Börse handelt. Ueber das Verhältniß des § 203 H.G.B. zu den §§ 43—47 des Börsengesetzes siehe unten Anm. 11 ffg.

Anm. 9. **Zusatz 1.** Der Paragraph hat nur die Emittenten im Auge. **Die Zeichenstelle ist ein bloßes** Werkzeug des Emittenten für Entgegennahme von Zeichnungen (R.O.H. 17 S. 49; 18 S. 183), außer wenn besondere Umstände vorliegen, aus welchen die Selbstständigkeit der Zeichenstelle folgt (R.O.H. 20 S. 255).

Anm. 10. **Zusatz 2. Ueber den Regreß der hiernach haftenden Personen unter sich** entscheidet das Rechtsverhältniß unter ihnen selbst, ev. § 426 B.G.B.

Anm. 11. **Zusatz 3.** Der Paragraph bezieht sich nur auf Unrichtigkeiten in den Angaben der Gründer und auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft. **Die Haftung für eigene unrichtige Angaben gegenüber Dritten aus dem Prospekt** bestimmt sich nach sonstigen Grundsätzen (R.G. 39 S. 247; vergl. z. B. den Exkurs zu § 349, auch oben Anm. 8). Für einen bestimmten Fall, nämlich für den Fall, daß der Prospekt zum Zwecke der Einführung von Werthpapieren an der Börse erlassen ist und diese Zulassung auf Grund des Prospekts erfolgt ist, bestimmt sich jetzt die Haftung nach §§ 43—47 des Börsengesetzes.

Dieselben kollidiren zum Theil mit dem vorliegenden Paragraphen. Vergl. hierüber Baer bei Holdheim 6 S. 101. Im Anschluß an dessen Ausführungen ist Folgendes zu erwähnen.

Anm. 12. 1. Das Börsengesetz enthält in den §§ 43—47 folgende Bestimmungen:

§ 43. Sind in einem Prospekt, auf Grund dessen Werthpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, Angaben, welche für die Beurtheilung des Werthes erheblich

sind, unrichtig, so haften diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, wenn sie die Unrichtigkeit gekannt haben oder ohne grobes Verschulden hätten kennen müssen, als Gesammtschuldner jedem Besitzer eines solchen Werthpapiers für den Schaden, welcher demselben aus der von den gemachten Angaben abweichenden Sachlage erwächst. Das Gleiche gilt, wenn der Prospekt in Folge der Fortlassung wesentlicher Thatsachen unvollständig ist und diese Unvollständigkeit auf böslichem Verschweigen oder auf der böslichen Unterlassung einer ausreichenden Prüfung seitens derjenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder derjenigen, von denen der Erlaß des Prospekts ausgeht, beruht.

Die Ersatzpflicht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Prospekt die Angaben als von einem Dritten herrührend bezeichnet.

§ 44. Die Ersatzpflicht erstreckt sich nur auf diejenigen Stücke, welche auf Grund des Prospekts zugelassen und von dem Besitzer auf Grund eines im Inlande abgeschlossenen Geschäfts erworben sind.

Der Ersatzpflichtige kann der Ersatzpflicht dadurch genügen, daß er das Werthpapier gegen Erstattung des von dem Besitzer nachgewiesenen Erwerbspreises oder desjenigen Kurswerthes übernimmt, den die Werthpapiere zur Zeit der Einführung hatten.

Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer des Papiers die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerbe kannte. Gleiches gilt, wenn der Besitzer des Papiers bei dem Erwerbe die Unrichtigkeit der Angaben des Prospekts bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten beobachtet, kennen mußte, es sei denn, daß die Ersatzpflicht durch böswilliges Verhalten begründet ist.

§ 45. Der Ersatzanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Zulassung der Werthpapiere.

§ 46. Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 43 bis 45 begründete Haftung ermäßigt oder erlassen wird, ist unwirksam.

Weitergehende Ansprüche, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von Verträgen erhoben werden können, bleiben unberührt.

§ 47. Für die Entscheidung der Ansprüche aus den §§ 43 bis 46 ist ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich das Landgericht des Ortes zuständig, an dessen Börse die Einführung des Werthpapiers erfolgte. Besteht an diesem Landgerichte eine Kammer für Handelssachen, so gehört der Rechtsstreit vor diese. Die Revision sowie die Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts geht an das Reichsgericht.

2. Der Inhalt dieser Bestimmungen geht kurz dahin, daß, wenn auf Grund eines Prospektes Werthpapiere zum Börsenhandel zugelassen sind, diejenigen, welche den Prospekt erlassen haben, oder von welchen der Prospekt ausgeht, jedem Besitzer eines solchen Werthpapiers für Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten haftbar sind. Der Ersatzanspruch verjährt in 5 Jahren seit der Zulassung der Werthpapiere. Anm. 13.

3. Ein Vergleich dieser Vorschriften mit der Vorschrift unseres § 203 ergiebt, daß in dem hier in Rede stehenden Falle, Ankündigung zum Zwecke der Zulassung zur Börse, eine Kollision mit § 203 nicht ausgeschlossen ist, d. h. es kann ein und derselbe Thatbestand sowohl unseren § 203, als auch den § 43 des Börsengesetzes verletzen und daher eine doppelte Haftung des Emittenten begründen. Das ist der Fall, wenn der innerhalb der ersten 2 Jahre nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister behufs Zulassung der Aktien zum Börsenhandel erlassene Prospekt unrichtige oder unvollständige Angaben der Gründer hinsichtlich der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals oder der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen reproduzirt, und zwar solche Angaben, welche für die Beurtheilung des Werths der zugelassenen Aktien erheblich sind, sofern dem Emittenten dolus oder grobes Verschulden bezw. böswillige Handlungsweise zur Last fällt. Anm. 14.

Anm. 15. Dieser Fall fällt unter die Thatbestände der beiden Gesetzes-Paragraphen und verursacht daher eine doppelte Haftung. Es kann der vom Aktienbesitzer verklagte und auf dessen Klage verurtheilte Emittent nicht res judicata einwenden, wenn er alsdann von der Gesellschaft verklagt wird, und ebenso nicht umgekehrt. Nur kann in letzterem Falle möglicherweise der von dem Aktionär belangte Emittent einwenden, daß er der Gesellschaft bereits ihren Schaden ersetzt und dadurch auch den Werth der Aktien entsprechend verbessert habe. Wenn und soweit dies zutrifft, ist der Einwand zuzulassen.

Anm. 16. 4. Die Verantwortlichkeit des Emittenten für seine zum Zwecke der Börseneinführung erlassenen Prospekte ist durch den § 203 H.G.B. einerseits und die §§ 43—47 des Börsengesetzes andererseits erschöpft. Aus weiteren Fundamenten kann wegen Unrichtigkeiten in dem Prospekte der gedachten Art gegen den Emittenten nicht vorgegangen werden. Dies nimmt Pinner S. 77 mit Recht an. Nur weitergehende Ansprüche aus Verträgen sind zuzulassen (vergl. § 46 Abs. 2 Börsengesetz).

Anm. 17. **Zusatz 4. Wegen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Emittenten** siehe § 313 Nr. 2.

Anm. 18. **Zusatz 5. Uebergangsfrage.** Siehe Anm. 26 zu § 202.

§ 204.

Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, die bei der ihnen durch die §§ 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns außer Acht lassen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den ihr daraus entstehenden Schaden, soweit der Ersatz des Schadens von den nach den §§ 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist.

Der Paragraph normirt die Verantwortlichkeit der die Gründung prüfenden Gesellschaftsorgane. Dabei sind folgende Fragen zu erörtern:

Anm. 1. 1. **Wer haftet?** Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths. Dieselben können schon nach § 202 verantwortlich sein als Gründergewinnempfänger oder Mitwirkende; hier aber ist lediglich von ihrer Verantwortlichkeit als Prüfungsorgane die Rede.

Anm. 2. 2. **Wem haften sie?** Der Gesellschaft, und nur dieser, nicht den Einzelaktionären und nicht den Gläubigern. Lediglich die fehlerhaft entstandene Gesellschaft kann den erlittenen Schaden geltend machen. Vergl. Anm. 2 zu § 202 u. Anm. 8 zu § 203.

Anm. 3. 3. **Voraussetzung der Haftung** ist, daß sie bei der Prüfung nach §§ 192 und 193 die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben.

a) Worauf sich die Prüfung nach §§ 192 und 193 erstreckt, ist zu § 193 auseinandergesetzt, insbesondere, inwieweit auch die Angemessenheit der Preise ihrer Prüfung unterliegt.

Anm. 4. b) Die Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes. (Hierüber siehe Anm. 9 zu § 202.) Diese Verletzung muß ihnen nicht nachgewiesen werden. Die das Gegentheil anordnende Beweisvorschrift des Art. 213c ist zwar gestrichen. Aus der rechtlichen Stellung, welche der Vorstand und der Aufsichtsrath der im Gründungsstadium befindlichen Gesellschaft haben, folgt aber, daß sie die Beweislast haben und daß ihnen daher nur nachgewiesen zu werden braucht, daß durch ihre Prüfungsthätigkeit ein Schaden entstanden ist. Denn sie werden von den Gründern zur provisorischen Geschäftsleitung bestellt, darin liegt ein Dienstvertrag zur Besorgung von Geschäften (675 B.G.B.). In Folge dessen sind sie rechenschaftspflichtig (§§ 675, 666 B.G.B.) und daraus folgt ihre Pflicht, sich über die pflichtmäßige Ausübung der Prüfungsthätigkeit auszuweisen. — Bei der Prüfung der Gründung müssen sie jene Sorgfalt verletzt haben. Für sonstige Versehen haften sie ebenfalls, aber nicht nach unserem Paragraphen, sondern nach §§ 241, 249. In Folge dessen enthält der vorliegende Paragraph für die Versehen bei der Prüfung eine Milderung, da sie hiernach nur subsidiär haften (Makower S. 433). — Auch greift der vorliegende

Paragraph mit seiner nur subsidiären Haftung nur Platz bei fahrlässiger Verletzung der Prüfungspflicht, bei vorsätzlicher Verletzung derselben greifen allgemeine Grundsätze Platz.

4. **Die Folge der Haftung** ist, daß diejenigen, welche ihre Prüfungspflicht verletzt haben, Anm. 5.
unter sich solidarisch, aber nur subsidiär für den Schaden haften.

a) Diejenigen, welche die Prüfungspflicht verletzt haben, und nur diese. Ob diese Einschränkung praktisch bedeutsam ist, kann allerdings fraglich sein, da ja alle Mitglieder der Gesellschaftsorgane die Prüfungspflicht haben, und bei festgestellter Unrichtigkeit regelmäßig alle ihre Prüfungspflicht verletzt haben. Immerhin kann die Einschränkung im Einzelfalle von Bedeutung werden, z. B. wenn der Eine durch den Andern getäuscht ist.

b) Solidarisch, d. h. sie haften unter sich solidarisch gemäß §§ 421 ff. B.G.B. für den Anm. 6.
Schaden, den sie angerichtet haben. Haben zwei den gleichen Schaden angerichtet, so kommt es auf den größeren oder geringeren Grad von Nachlässigkeit und auf die Verschiedenheit der Thatumstände nicht an; haben aber zwei einen verschiedenen Schaden angerichtet, so hat Jeder die von ihm erzeugten Konsequenzen selbst zu tragen (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 13; Ring Anm. 2 zu Art. 213c).

c) Subsidiär: d. h. wenn und soweit von den Hauptverpflichteten ein Ersatz nicht zu Anm. 7.
erlangen ist. Eine vorherige Klage oder gar Zwangsvollstreckung gegen die Hauptverpflichteten ist nicht nöthig; richterliches Ermessen entscheidet über diese Voraussetzung (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 II S. 124). Zu beweisen hat hier die Gesellschaft (Ring Anm. 4 zu Art. 213c; ohne Grund abweichend Behrend § 112 Anm. 6). Inwieweit Verzicht, Vergleich und Verjährung gegen die Hauptverpflichteten den subsidiären Anspruch beeinflußt, richtet sich nach bürgerlichem Recht (vergl. Ring Anm. 5 zu Art. 213c). Beim Vergleich ist jedenfalls der Nachweis erforderlich, daß nach den Umständen nicht mehr zu erlangen war; Verjährung ist ohne Einfluß, wenn nachgewiesen werden kann, daß die Klage keinen praktischen Erfolg gehabt hätte; der Verzicht auf den Hauptanspruch beseitigt auch den subsidiären Anspruch. (Ring Anm. 5 zu Art. 213c; Behrend § 112 Anm. 5.)

Die Feststellungsklage ist auch ohne diese Voraussetzung zulässig, sofern nur das Anm. 8.
rechtliche Interesse nach § 256 C.P.O. vorliegt, wie z. B. die drohende Verjährung (vergl. R.G. 8 S. 74), ja sogar schon die Befürchtung des Verlustes von Beweismitteln (vergl. R.G. 10 S. 369).

d) Ueber den Inhalt der Schadensersatzpflicht siehe Anm. 7 zu § 203. Aber Anm. 9.
die absolute Pflicht zu den Einzahlungen, die nach Anm. 7 zu § 203 u. Anm. 10 zu § 202 von den nach diesen Paragraphen haftenden Personen unter allen Umständen zu machen sind, greift hier nicht Platz (Makower S. 430).

Zusatz 1. Ueber den Regreß der solidarisch Verpflichteten untereinander entscheidet das Anm. 10.
bürgerliche Recht (§ 426 B.G.B.).

Zusatz 2. Für **die Revisoren** ist keine Verantwortlichkeit gesetzlich normirt. Sie haften Anm. 11.
nach bürgerlichem Recht. Eine Haftung der Gesellschaft gegenüber ist nicht ausgeschlossen (vergl. R.G. 5 S. 19). Vergl. Anm. 8 zu § 192.

§ 205.

Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen,

Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

Einleitung. **Der Paragraph beschränkt die Möglichkeit von Vergleichen und Verzichten gegenüber den wegen der Gründungsfehler verantwortlichen Personen.** Die Vorschrift will dem vor dem Akt.-Ges. von 1884 geübten Mißbrauch steuern, daß die Gründer sich alsbald, womöglich noch in der konstituirenden Generalversammlung für ihre ganze Geschäftsthätigkeit Decharge ertheilen lassen. Deshalb soll erst nach Ablauf eines tempus clausum, nachdem die Beherrschung der Gesellschaft durch die Gründer präsumtiv aufgehört hat, ein Vergleich möglich sein, und auch alsdann nur mit Zustimmung der Generalversammlung. Dieses tempus clausum hat nach dem Akt.-Ges. von 1884 3 Jahre betragen, jetzt beträgt es 5 Jahre.

Anm. 1. 1. **Absolut erforderlich ist die Zustimmung der Generalversammlung.** Ohne diese ist der Vergleich oder Verzicht stets unzulässig, also auch dann, wenn ein allgemeines Arrangement des zahlungsunfähigen Schuldners den Vergleich nothwendig macht und nach Ablauf der fünfjährigen Frist.

Anm. 2. 2. **Zur Zustimmung der Generalversammlung gehört** einfache Stimmenmehrheit und nicht erfolgter Widerspruch Seitens einer Minderheit, deren Aktien zusammen den 5. Theil des Grundkapitals darstellen. Diesem Widerspruchsrecht der Minderheit entspricht das Minderheitsrecht des § 268, die Geltendmachung der Regreßansprüche zu verlangen. Ueber das Stimmrecht in dieser Generalversammlung disponirt § 252. Diejenigen Personen, mit welchen der Vergleich geschlossen werden soll, sind hiernach nicht stimmberechtigt; wohl aber sind es die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths, wenn es sich nicht um einen Vergleich mit ihnen handelt. Der Umstand, daß sie subsidiär haften, schließt sie von der Abstimmung nicht aus (Ring Anm. 1 zu Art. 213 d; Pinner S. 81). Die abweichende Ansicht Petersen u. Pechmanns S. 98 und Behrends § 113 Anm. 18 beruht auf der unrichtigen Annahme, die Beschränkungen des § 252 seien im Zweifel so weit wie möglich zu interpretiren. Im Gegentheil: das Stimmrecht, das oberste Recht des Aktionärs, darf nicht über Gebühr eingeschränkt werden.

Anm. 3. 3. **Vergleiche oder Verzichte, welche ohne diese Voraussetzungen abgeschlossen werden, sind unzulässig, d. h. nichtig** (K.B. z. Akt.-Ges. von 1884 S. 13; § 134 B.G.B.). Kein Theil, auch nicht der entlastete Gründer, ist daran gebunden; letzterer kann es daher trotz des Vergleichs auf einen Prozeß ankommen lassen. Der Vertrag wird auch nicht durch Ablauf der 5 Jahre giltig. Er kann nur bestätigt d. h. neu vorgenommen werden (§ 141 B.G.B.).

Anm. 4. Allein es gilt dies nur von Vergleichen und Verzichten, d. h. von Rechtsgeschäften, welche die nach dem Civilrecht erforderlichen Requisite dieser Rechtsgeschäfte enthalten (§§ 779 u. 397 B.G.B.). Gleichgiltig ist es hiernach zwar, ob es sich um einen gerichtlichen oder einen außergerichtlichen, schriftlichen oder mündlichen Akt handelt. Aber es muß eine wirkliche Verzichterklärung, ein wirklicher Vergleichsvertrag vorliegen. Dechargeertheilung gehört hierher (vergl. § 397 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 5. Eine Ausdehnung auf ähnliche Fälle ist dagegen nicht statthaft. Eine auf Dechargeertheilung gerichtete Klage des Gründers, welche innerhalb der ersten 5 Jahre erhoben ist, oder welche die Behauptung der Zustimmung der Generalversammlung nicht enthält, ist hiernach allerdings auch bei Versäumniß der Gesellschaft abzuweisen (zust. Pinner S. 80). Aber wenn dies nicht geschehen ist, wenn nach kontradiktorischer oder Kontumacialverhandlung ein Urtheil gegen die Gesellschaft ergangen und rechtskräftig geworden ist, so muß es hierbei sein Bewenden behalten. Eine Verzichtserklärung liegt überall nicht vor. In die Vorschriften über die Rechtskraft der Urtheile sollte durch den vorliegenden Artikel nicht eingegriffen werden. (Uebereinstimmend Behrend § 113 Anm. 21; Pinner S. 80; Rudorff S. 162; anderer Meinung Kayser Anm. 1; Ring Anm. 1 u. 2 zu Art. 213 d.)

Anm. 6. Wenn umgekehrt die Gesellschaft einen Regreßanspruch geltend macht und den Termin versäumt, so ist nach den Regeln der Prozeßordnung ein klageabweisendes Versäumnißurtheil zu erlassen, das eventuell in Rechtskraft übergeht. (Uebereinstimmend Behrend

§ 113 Anm. 21; Pinner S. 80.) Mit Unrecht berufen sich Petersen u. Pechmann S. 98 und Willenbücher S. 202 zum Beweise für das Gegentheil darauf, daß das klageabweisende Versäumnißurtheil auf der Annahme eines Verzichts beruht. Denn immerhin liegt doch kein wirklicher Verzicht vor, und überdies vermag der Prozeßrichter nicht zu prüfen, ob nicht deshalb ein Termin versäumt ist, weil sich die Gesellschaft von der Unbegründetheit ihres Anspruchs überzeugt hat. (A. M. auch Ring Anm. 2 zu Art. 213 d.)

Auf ähnlichen Erwägungen beruht es, daß der von der verantwortlichen Person geschlossene gerichtliche Zwangsvergleich die Gesellschaft bindet, auch wenn sie nicht zugestimmt hat. (Ueber ihre Zustimmungserklärung vergl. Anm. 2.) Es liegt eben keine Verzichtserklärung, sondern die gesetzliche Konsequenz eines Zwangsvergleichs vor, der vorliegende Paragraph beschäftigt sich aber nur mit der Giltigkeit freiwilliger Verzichte. Anm. 7.

Andererseits ist der Paragraph nicht auszudehnen auf andere Fälle der Verantwortlichkeit der Gründer, als auf die in §§ 202—204 vorgesehenen. Ansprüche gegen die Gründer aus anderen Rechtsgründen, z. B. aus einer Dividendengarantie, sind den Vergleichen ohne Beschränkung zugänglich (Bolze 11 Nr. 475). Man muß hiernach auseinanderhalten, ob die Ansprüche auf §§ 202—204 oder auf anderen Rechtsgründen, etwa auf dicta et promissa beruhen. Hatte z. B. ein Gründer eine Dividendengarantie oder eine Gewährleistung für inferirte Außenstände übernommen und es ist dies in der Gründererklärung angegeben, so ist die Angabe richtig — denn die Garantie ist wirklich übernommen —, der etwaige Anspruch stützt sich auf einen anderen Rechtsgrund. Das Gleiche gilt, wenn der Inferent für den inferirten Gegenstand nur seine Selbstkosten berechnen sollte und ihn zu ordentlichen Tagespreisen eingebracht hat. Eine böswliche Schädigung liegt in solchem Falle nicht nothwendig vor, wohl aber jedenfalls eine Haftung, aber aus anderem Rechtsgrunde. Oft konkurriren beide Rechtsgründe (der Inferent versichert z. B., zu Selbstkostenpreisen eingebracht zu haben, und inferirt zu abnorm hohen Preisen). In solchem Falle läßt ein etwa geschlossener Vergleich den Anspruch der Gesellschaft aus böslicher Schädigung, soweit er durch den Vergleich nicht befriedigt ist, als Residuum bestehen. Anm. 8.

4. Die Frist, innerhalb deren regelmäßig auch mit Zustimmung der Generalversammlung der Vergleich ungiltig ist, beträgt 5 Jahre nach Eintragung der Gesellschaft. Regelmäßig wird alsdann der Regreßanspruch der Gesellschaft verjährt sein (vergl. § 206) und die Vergleichs- und Verzichtsfrage wird daher regelmäßig nicht praktisch sein. Doch kann ja die Verjährung unterbrochen sein. Anm. 9.

Die Fristbeschränkung findet ausnahmsweise nicht statt — aber auch nur die Fristbeschränkung ist eximirt, die Zustimmung der Generalversammlung und der Nichtwiderspruch der Minderheit sind auch dann erforderlich — wenn der Verpflichtete zahlungsunfähig geworden ist und sich zur Abwendung oder zur Beseitigung des Konkurses mit seinen Gläubigern vergleicht. Gemeint ist einmal ein Zwangsvergleich im Konkurse, denn dieser dient eben zur Beseitigung des Konkurses. Sodann ist der außergerichtliche Vergleich zur Abwendung des Konkurses gemeint, d. h. ein Vergleich, geschlossen von einem Schuldner, in dessen Person die Voraussetzung der Konkurseröffnung eingetreten ist, gleichgiltig, ob ein Konkursantrag gestellt oder beabsichtigt ist, und gleichgiltig, ob der Schuldner sich mit allen seinen Gläubigern vergleicht und mit allen gleichmäßig, wenn dies nur mit der Gesammtheit der Gläubiger geschieht (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 13; Behrend § 113 Anm. 20). Solche außergerichtliche Akkorde zur Abwendung des Konkurses spielen im kaufmännischen Leben eine große Rolle, und es hält nicht schwer, festzustellen, wann die Voraussetzungen desselben vorhanden sind.

Zusatz 1. Die Beschränkungen des vorliegenden Paragraphen greifen nur Platz bei Ansprüchen aus §§ 202—204, **nicht bei Ansprüchen an die Gründer aus anderen Rechtsgründen** (z. B. aus einer von ihnen übernommenen Dividendengarantie, siehe hierüber oben Anm. 8). Anm. 10.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Der vorliegende Paragraph findet auf alle diejenigen, aber auch nur auf diejenigen Regreßansprüche Anwendung, welche seit dem 1. Januar 1900 entstanden sind (Anm. 4 u. 8 zu § 178). Anm. 11.

§ 206.

Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.

Anm. 1. 1. **Geregelt ist hier nur der Beginn der Verjährung.** Die Verjährung beginnt mit der Eintragung. Ob der Anspruch schon entstanden ist, ob er fällig ist oder nicht, ist gleichgiltig für den Beginn dieser Verjährung. § 198 B.G.B. findet hier keine Anwendung (Pinner S. 81).

Anm. 2. 2. Auf die vorliegende Verjährung finden im Uebrigen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung Anwendung (vergl. daher bei uns Anm. 10 ffg. zu § 159).

Anm. 3. 3. Auch bei Betrug und Untreue greift die Verjährung Platz (Ring Anm. 1 zu Art. 213e; Behrend § 113 Anm. 24).

Anm. 4. 4. Aber andererseits greift die Verjährung nur Platz auf die in den §§ 202—204 vorgesehenen Ansprüche, nicht etwa auf andere Ansprüche an die Gründer, z. B. aus einer von ihnen übernommenen Dividendengarantie (vergl. Volze 11 Nr. 475). Siehe hierüber Anm. 8 zu § 205.

Anm. 5. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Auch dieser Paragraph findet nur auf die nach dem 31. Dezember 1899 entstandenen Regreßansprüche statt. Auf die früher entstandenen Ansprüche ist Art. 169 E.G. zum B.G.B. wegen der Verjährung anwendbar (vergl. Anm. 8 zu § 160).

§ 207.

Verträge der Gesellschaft, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder unbewegliche Gegenstände für eine den zehnten Theil des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung, falls sie vor dem Ablaufe von zwei Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen werden.

Vor der Beschlußfassung hat der Aufsichtsrath den Vertrag zu prüfen und über die Ergebnisse seiner Prüfung schriftlich Bericht zu erstatten.

Der Beschluß, durch welchen dem Vertrage die Zustimmung ertheilt wird, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Wird der Vertrag im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen, so müssen außerdem die Antheile der zustimmenden Mehrheit mindestens ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen.

Nach erfolgter Zustimmung der Generalversammlung hat der Vorstand den Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift mit dem Berichte des Aufsichtsraths nebst dessen urkundlichen Grundlagen zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Bildet der Erwerb von Grundstücken den Gegenstand des Unternehmens, so finden auf einen solchen Erwerb die Vorschriften der Abs. 1 bis 4 keine Anwendung. Das Gleiche gilt für den Erwerb von Grundstücken im Wege der Zwangsversteigerung.

Der Paragraph trifft erschwerende Sonderbestimmungen für sogenannte Nachgründung durch Uebernahmen. Der Gesetzgeber will verhüten, daß die für Sacheinlagen und Uebernahmen bei der Gründung getroffenen Sondervorschriften dadurch umgangen werden, daß zunächst eine reine Geldgesellschaft gegründet und nach der Eintragung der Erwerb der Anlage durch den zur uneingeschränkten Vertretung legitimirten Vorstand mittels einfachen Vertrages stattfindet. Geschieht dies kurz nach der Gründung, so unterliegt dies dem Verdacht, daß der Erwerb schon vorher mit den Gründern geplant und für später hinausgeschoben ist. Deshalb sind für die kurz nach der Gründung zu schließenden Uebernahmeverträge erschwerende Bedingungen vorgeschrieben, für deren Anwendung es aber gleichgültig ist, ob jener Verdacht begründet ist oder nicht. Die Regelung der Nachgründung ist auch lediglich äußerstes Schutzmittel gegen Umgehung. Aus der Einfügung dieses Nothbehelfes folgt nicht, daß der Registerrichter verhindert ist, durch Weigerung der Eintragung die Befolgung der normalen Gründungsvorschriften des § 186 zu erzwingen, falls er nach der Sachlage den berechtigten Verdacht der Umgehung derselben schöpft, wenn er z. B. sieht, daß die Geldgesellschaft zwar äußerlich als reine Gesellschaft gegründet wird, in Wahrheit aber der ganze Gründungsplan darauf abzielt, das Unternehmen auf der Basis bestimmter in Aussicht genommener Uebernahmeobjekte zu betreiben. (Johow 10 S. 32; Oberstes L.G. München bei Holdheim 5 S. 202.) Die entgegengesetzte Meinung Pinners S. 82, 83 kann nicht gebilligt werden. Es kann nicht zugegeben werden, daß das Gesetz durch die Vorschriften der §§ 206 u. 207 „jene Umgehung gestattet", es will nur mit ihnen in gewissen Grenzen repressiv wirken, wenn seine Präventivmaßregeln mißachtet und erfolglos geblieben sind. Einleitung.

Die Materie wird wie folgt geregelt:

1. Begriff der Nachgründungsverträge und allgemeine Voraussetzung ihrer Gültigkeit (Abs. 1).

2. Erfordernisse des zur Gültigkeit des Vertrages erforderlichen Generalversammlungsbeschlusses (Abs. 2 u. 3).

3. Gebot der Einreichung von Aufsichtsrathsbericht und Generalversammlungsbeschluß zum Handelsregister (Abs. 4).

4. Ausnahmen (Abs. 5).

1. (Abs. 1.) **Begriff der Nachgründungsverträge und allgemeine Voraussetzung ihrer Giltigkeit.** Anm. 1.

a) Begriff der Nachgründungsverträge. Es sind Verträge, durch welche die Gesellschaft in den ersten zwei Jahren seit ihrer Eintragung Anlagen oder unbewegliche Gegenstände für eine mehr als $^1/_{10}$ des (nominellen, nicht des eingezahlten) Grundkapitals betragende Vergütung erwerben soll. Für dieses Verhältniß ist entscheidend die Zeit des Erwerbes, nicht der Tag der Generalversammlung, wenn inzwischen das Kapital erhöht sein sollte (anders Rudorff S. 163). Für die Frist entscheidend ist die Eintragung der Gesellschaft einerseits, der Abschluß des Erwerbsvertrages andererseits. Umgehung der Vorschrift durch mehrere Successiverwerbungen macht die Geschäfte ungiltig (Behrend § 134 Anm. 6). Obwohl die Vorschrift einer Umgehung des § 186 vorbeugen will, so ist der Kreis der Gegenstände, um die es sich hier handelt, doch enger gefaßt, als dort. Während dort die Rede ist von Anlagen oder sonstigen Vermögensstücken, spricht der vorliegende Paragraph nur von Anlagen oder unbeweglichen Gegenständen.

Was unter unbeweglichen Gegenständen zu verstehen ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach dem B.G.B. sind es nur Grundstücke und das Erbbaurecht (§ 1017 B.G.B.; Goldmann und Lilienthal S. 47; dagegen nicht Schiffe (§§ 435, 1259 B.G.B.). Anm. 2.

Unter Anlagen ist an sich schon nach Rings (Anm. 2 zu Art. 213 f) zutreffender Begriffsbestimmung jeder dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmte Gegenstand zu verstehen, welcher sich als im Zusammenhang mit den charakteristischen Zwecken der Gesellschaft befindlich darstellt (zust. Rudorff S. 163; Behrend § 134 Anm. 4). Um diese Begriffsbestimmung festzulegen, spricht das Gesetz tautologisch von „Anlagen, die dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind". Es scheiden hiernach aus Werthpapiere, sowie Waaren; ferner Patente und sonstige Rechte. Will- Anm. 3.

kürlich ist es, wenn Kayser (Anm. 5 zu Art. 213 f), Petersen und Pechmann (S. 102) und Förtsch (Anm. 3 zu Art. 180 e) unter Anlagen nur solche Vermögensstücke verstehen, welche mit dem Grund und Boden verbunden sind. Warum sollten Maschinen, die mit dem Grund und Boden nicht verbunden sind, nicht als Anlagen gelten?

Anm. 4. Bei Bergwerken kann die Anwendung des § 207 dadurch vermieden werden, daß eine Gewerkschaft neueren Rechts gegründet wird, deren mobile Kuxe die A.G. erwirbt. Indessen ist § 208 auf diesen Fall anwendbar (Herz bei Holdheim 1892 S. 111).

Anm. 5. b) Allgemeine Voraussetzung der Giltigkeit von Nachgründungsverträgen. Diese Voraussetzung ist die Zustimmung der Generalversammlung. Was zur Giltigkeit dieser gehört, ist in den folgenden Absätzen gesagt. Hier ist nur zu erwähnen, daß ohne diese Zustimmung der Nachgründungsvertrag nicht giltig, also nichtig, für beide Theile unverbindlich ist. Es liegt darin eine gesetzliche Ausnahme von der an sich unbeschränkten Vertretungsbefugniß des Gesellschaftsvorstandes. Die Sache liegt anders, als wenn der Vorstand statutarisch beschränkt ist. Eine Beschränkung der letzteren Art gilt nur nach innen (vergl. Behrend § 134 Anm. 7). Der Grundbuchrichter kann daher auch die Auflassung nicht beurkunden, wenn ihm die Voraussetzungen des vorl. Paragraphen nicht nachgewiesen werden. Die gleichwohl erfolgende Auflassung und Eintragung ist nichtig (Pinner S. 85; Rudorff S. 164, anders Behrend § 134 Anm. 7). Bei Weiterveräußerung tritt allerdings der Schutz des guten Glaubens nach § 892 B.G.B. ein. — Auch die Erfüllung eines solchen Vertrages ist unzulässig und kann kondizirt werden gemäß § 812 B.G.B.; der § 817 B.G.B. steht nicht entgegen, weil nicht die Gesellschaft geleistet hat, sondern der Vorstand außerhalb seiner Vertretungsbefugniß (vergl. R.G. vom 21. April 1899 in J.W. S. 342 nach altem Rechte). — Der nichtige Vertrag wird auch durch den Ablauf der 2 Jahre nicht giltig, sondern müßte neu abgeschlossen werden (§ 141 B.G.B.).

Anm. 6. 2. (Abs. 2 und 3.) **Erfordernisse des zur Giltigkeit des Vertrages erforderlichen Generalversammlungsbeschlusses.** In dieser Beziehung ist ein Bericht des Aufsichtsraths und eine qualificirte Mehrheit vorgeschrieben. Doch ist nicht Alles gleichmäßig erheblich. Vielmehr muß wie folgt unterschieden werden:

a) Absolutes Giltigkeitserforderniß des Nachgründungsvertrages ist ein giltiger Zustimmungsbeschluß. Derselbe ist nach Abs. 3 im vorliegenden Falle vorhanden, wenn die dort angegebene qualificirte Mehrheit zustimmt. (Für die Berechnung derselben vergl. die Erl. zu § 275). Ist sie nicht vorhanden, so liegt ein giltiger Beschluß der Generalversammlung nicht vor. Es ist nihil actum. Der trotzdem abgeschlossene Erwerbsvertrag ist ungiltig (vergl. Anm. 5). Für den Beschluß gelten natürlich auch die sonstigen Vorschriften über Generalversammlungsbeschlüsse, aber auch die sonstigen Vorschriften über die Wirkungen von Gesetzes- und Statutenverletzungen bei Fassung von Beschlüssen. Es gilt also insbesondere die allgemeine Abstimmungsvorschrift des § 252, daß diejenigen, von denen der Gegenstand erworben werden soll, nicht mitstimmen dürfen; es beantwortet sich aber auch aus allgemeinen Grundsätzen die Frage, ob solche Gesetzesverletzung durch Nichtanfechtung geheilt wird.

Anm. 7. b) Hat die vorgesehene Mehrheit einen Beschluß gefaßt, so ist zur Giltigkeit des Beschlusses weiter vorausgesetzt, daß der Aufsichtsrath vorher schriftlich Bericht erstattet hat. Der Bericht wird insbesondere auch die Angemessenheit der Vergütung erörtern müssen (Makower S 438). Fehlt dieser Bericht, so liegt Verletzung des Gesetzes nach § 271 vor und der Beschluß unterliegt der Anfechtung, konvalescirt aber, wenn von der Anfechtung kein Gebrauch gemacht wird. Der so konvalescirende Beschluß macht den Nachgründungsvertrag giltig. Es ist also der Aufsichtsrathsbericht kein absolutes Erforderniß. (Zust. Ring Anm. 5 zu Art. 213 f; Makower S. 438; Behrend § 134 Anm. 7; Förtsch Anm. 4 zu Art. 180 e.) Ueber die Prüfung des Aufsichtsraths siehe noch unten Anm. 12.

Anm. 8. c) In keiner Weise aber gehört zur Giltigkeit des Nachgründungsver-

trages die Einreichung des Beschlusses und des Berichts zum Handelsregister. Diese ist nicht zur Giltigkeit, sondern nur als Ordnungsvorschrift geboten. (Zust. Ring Anm. 7 zu Art. 213 f; Makower S. 439; Förtsch Anm. 6 zu Art. 180 e.)

3. (Abs. 4.) **Gebot der Einreichung von Aufsichtsrathsbericht und Generalversammlungsbeschluß zum Handelsregister.** Darüber ist vorstehend gesprochen. Eine Eintragung des Beschlusses ist nicht angeordnet, noch weniger eine Publikation. Der Registerrichter hat auch die Rechtsgiltigkeit nicht zu prüfen (vergl. zu § 319). Anm. 9.

4. (Abs. 5.) **Ausnahmen** finden statt beim Erwerb von Grundstücken (also nicht von Anlagen), wenn entweder der Gegenstand des Unternehmens auf den Erwerb von Grundstücken gerichtet ist, oder der Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung geschieht. Anm. 10.

   a) Wenn der Gegenstand des Unternehmens auf den Erwerb von Grundstücken gerichtet ist. Es bezieht sich das lediglich auf solche Gesellschaften, zu deren Gegenstand der Erwerb von Grundstücken im Allgemeinen gehört. Nicht hierher gehören diejenigen Gesellschaften, welche Grundstücke erwerben sollen und müssen, um auf denselben das Unternehmen zu betreiben, für welches sie errichtet sind, und deshalb mißbräuchlicher Weise den Erwerb dieser Grundstücke neben dem Betriebe, welchem dieselben dienen sollen, als Gegenstand ihres Unternehmens bezeichnen (z. B. Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb und Betrieb der dem Kommerzienrath A. W. gehörigen Etablissements). Solche Gesellschaften sind es vielmehr gerade, in deren Interesse die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen gegeben sind. (Ring Anm. 9 zu Art. 213 f; Behrend § 134 Anm. 14; Kammergericht bei Johow Bd. 10 S. 33; Oberstes L.G. München bei Holdheim 5 S. 201.) Auch dann, wenn im Statut der Erwerb eines bestimmten Etablissements „und anderer Grundstücke" als Gegenstand bezeichnet ist, nach der ganzen Sachlage aber keine wirkliche Terraingesellschaft intendirt war, liegt die Ausnahme nicht vor (Oberstes L.G. München bei Holdheim 5 S. 201). Andererseits muß der Erwerb von Grundstücken als Gegenstand des Unternehmens besonders hervorgehoben sein, die Bezeichnung „Handelsgeschäfte aller Art" würde nicht genügen, um die Ausnahme zu begründen (Makower S. 437).

   b) Wenn der Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung geschieht. Das Wort Zwangsversteigerung ist statt des Wortes Zwangsvollstreckung im früheren Art. 213 f gesetzt. Es ist nicht eine beliebige Zwangsversteigerung gemeint, sondern eine solche, bei welcher die Gesellschaft auch sonst interessirt ist, zwar nicht gerade nothwendig eine solche, welche erfolgt als Folge der Beitreibung einer der Gesellschaft zustehenden Forderung; es genügt vielmehr, daß es eine solche ist, bei welcher die Gesellschaft als Gläubigerin betheiligt ist (zust. Makower S. 437; dagegen Rudorff S. 164). Die Versteigerung durch den Konkursverwalter genügt. Auch die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung genügt (anders Ring S. 339 Anm. 10; Pinner S. 86). Anm. 11.

Zusatz 1. Die Prüfungspflicht des Aufsichtsraths und die Folge ihrer Verletzung richtet sich hier nach den allgemeinen Vorschriften des § 249, nicht nach der besonderen Gründungsvorschrift des § 204 (K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 14). Die Haftung ist hier keine subsidiäre (Pinner S. 84). Anm. 12.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Auch auf bestehende Gesellschaften findet die Vorschrift Anwendung (Anm. 4 zu § 178). Anm. 13.

§ 208.

Erwirbt die Gesellschaft vor dem Ablaufe der im § 207 Abs. 1 bezeichneten Frist Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung, so kommen in Betreff der Rechte der Gesellschaft auf Entschädigung und in Betreff der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung.

Einleitung. **Analoge Ausdehnung der Gründungsverantwortlichkeit auf Erwerbsgeschäfte, die vor der Gründung geplant werden.** Bei richtigem Verfahren müssen solche Abreden in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Ist dies unterblieben, so sollen wenigstens die Schutzvorschriften des vorliegenden Paragraphen Platz greifen.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift bezieht sich auf alle Arten von Erwerbsgeschäften, nicht bloß auf den Erwerb von Anlagen und Grundstücken (anders der frühere Art. 213f).

Es kommen hiernach in den ersten 2 Jahren nach der Eintragung zur Anwendung:

a) §§ 207 und 208, wenn der Erwerb von Anlagen und Grundstücken für mehr als $^1/_{10}$ des Grundkapitals in Folge vorheriger Verabredung erfolgt,

b) nur § 207, wenn Anlagen und Immobilien für jenen Preis, aber ohne vorherige Vereinbarung erworben werden,

c) nur § 208, wenn andere Gegenstände zu irgend einem Preise, aber auf Grund vorheriger Vereinbarung erworben werden, oder wenn der Erwerb von Grundstücken in einem der Fälle des § 207 Abs. 5, aber nach vorheriger Vereinbarung erfolgt.

Anm. 2. 2. Die Vorschrift bezieht sich auch auf alle Arten von Gesellschaften; Terraingesellschaften, also die Fälle des § 207 Abs. 5, sind nicht ausgenommen (anders früher Art. 213f).

Anm. 3. 3. Erforderlich ist nur, daß die Vereinbarungen vor der Eintragung der Gesellschaft erfolgt waren (nicht wie früher vor der Errichtung). Von „Gründern" muß sie erfolgt sein, nicht von „den Gründern". Das will sagen: Ob die Vereinbarung mit allen Gründern getroffen ist, ist gleichgiltig. Es handelt sich nur um den thatsächlichen Zusammenhang mit der Gründungsgeschichte der Gesellschaft (Behrend § 134 Anm. 11). Deshalb ist auch eine besondere Umgehungsabsicht nicht erforderlich, um den Paragraphen zur Anwendung zu bringen.

Anm. 4. 4. Die Verantwortlichkeit ist nur angeordnet gegenüber der Gesellschaft und nur für die Gründer und Gründergenossen des § 202, nicht auch für die Emissionshäuser, noch für die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths. Diese Personen haften nach sonstigen Vorschriften.

Der Hinweis auf § 202 bedeutet im Großen und Ganzen, da die übrigen Voraussetzungen des § 202 hier nicht zutreffen, nur den Fall der böslichen Schädigung (Ring S. 337 Anm. 5; Makower S. 440; Pinner S. 87).

Der Umfang der Schadensersatzpflicht regelt sich so wie im § 202.

Anm. 5. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Siehe hierüber Anm. 13 zu § 207.

§ 209.

Aktien oder Interimsscheine, die auf einen geringeren als den nach § 180 zulässigen Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber haften den Besitzern für den durch die Ausgabe verursachten Schaden als Gesammtschuldner.

Das Gleiche gilt im Falle der Ausgabe von Interimsscheinen, die auf den Inhaber lauten, sowie im Falle der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph spricht die Folgen der Zuwiderhandlungen gegen einige aktienrechtliche Verbote aus:** nämlich 1. gegen das Verbot der Ausgabe von Aktien unter einem gesetzlichen Mindestbetrage (Abs. 1), 2. gegen das Verbot der Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber (Abs. 2), 3. gegen das Verbot der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Aktien unter dem gesetzlichen Mindestbetrage.**

a) Das Verbot ist im § 180 enthalten und dort erläutert. Dort ist es allerdings in die Form eines Gebots gekleidet: Die Aktien müssen auf mindestens 1000, in gewissen Ausnahmefällen auf mindestens 200 Mk. lauten.

b) Die Folge der Verletzung dieses Verbots ist: Anm. 2.

α) Nichtigkeit der trotzdem ausgegebenen Aktien. Welche Wirksamkeit diese Nichtigkeit auf die über eine solche Aktie getroffenen Geschäfte hat, kann allgemein nicht gesagt werden. Das richtet sich nach der Natur des abgeschlossenen Geschäfts und dem konkreten Parteiwillen. Beim Kauf und anderen Veräußerungsverträgen treten die Vorschriften über Mängelhaftung ein (§§ 437, 445 B.G.B.). Der zeitige Besitzer hat danach zweierlei Rechte: an den Vormann aus dem Rechtsgeschäfte und an den Ausgeber aus der unzulässigen Ausgabe. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß er beide Rechte nebeneinander ausübt. Vom Vormann verlangt er Zurücknahme der Aktie, vom Ausgeber Schadensersatz (vergl. Pinner S. 89). Der ursprüngliche Zeichner aber hat den Anspruch an die Gesellschaft auf Ausgabe einer richtigen Aktie.

Wenn nicht bloß die Aktienurkunde fehlerhaft, sondern das Aktienkapital selbst unrichtig zerlegt ist, so liegt ein Fall der Nichtigkeit im Sinne des § 309 vor. Dies hat weitere Folgen, über welche wir zu § 309 handeln werden.

β) Schadensersatzpflicht der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern. Anm. 3.

αα) Die Ausgeber sind diejenigen, welchen die Ausgabe von Aktien obliegt. Diese allein sind die Ausgeber, andere Personen können vielleicht bei der Ausgabe mitwirken, aber sie geben dieselben nicht aus. Ausgabe von Aktien ist die Ausreichung der Aktienurkunden an den ersten Aktionär durch das hierzu legitimirte Gesellschaftsorgan zu dem Zweck, um dem ersten Aktionär die ihm zustehende urkundliche Legitimation als Aktionär zu verschaffen. Eine Ausgabe von Aktien liegt nicht in der Pfandstellung, mag das Aktienrecht, welches die Aktienurkunden verbriefen soll, bereits für eine dritte Person entstanden sein oder nicht. Im letzteren Falle ist der Verpfändungsakt gegenstandslos, da das Aktienrecht, welches verpfändet werden soll, noch gar nicht existirt, die Urkunde also inhalts- und deshalb werthlos ist. Im ersteren Falle erfolgt die Ausreichung nicht an den ersten Aktionär und soll ihn gar nicht als Aktionär legitimiren. Als Ausgeber sind nicht zu betrachten etwaige Beamte der Gesellschaft (zust. Ring Anm. 3 zu Art. 215c); anders Petersen und Pechmann S. 139; Makower S. 442). Ob diese als Gehilfen in strafrechtlichem Sinne gelten, kommt hier nicht in Betracht. Noch weniger sind als Ausgeber diejenigen Aktionäre anzusehen, welche einem derartigen Beschlusse in der Generalversammlung zustimmen (anders Völderndorff S. 504). — Ob auch die Gesellschaft haftet, richtet sich nach sonstigen Grundsätzen (vergl. die Erl. zu § 232).

ββ) Den Besitzern sind sie verantwortlich, also den zeitigen Besitzern (v. Hahn Bd. I S. 607; Behrend § 109 Anm. 14), nicht, wie Völderndorff S. 503; Pinner S. 89; Rudorff S. 165, auch den früheren Besitzern. So lange die Aktien in der Hand eines späteren Erwerbers sind, kann der frühere Erwerber keinen Schadensersatz geltend machen. Er mag seinem Nachmann den Schaden ersetzen und auf diese Weise in den Besitz der Aktie zurückgelangen. Außerdem aber kann der Ausgeber von Mehreren, die nach einander den Besitz erworben haben, selbstständig auf Grund allgemeiner Grundsätze auf Schadensersatz belangt werden (vergl. Makower S. 442). — Der ursprüngliche Zeichner hat im Allgemeinen kein Recht auf Schadensersatz, da er ja den Anspruch auf Lieferung einer giltigen Aktie hat. Doch kann für ihn ein Schaden durch verzögerte Ausgabe der giltigen Aktie eingetreten sein oder durch den Regreß, den sein Nachmann gegen ihn genommen hat (Ring Anm. 3 zu Art. 215c). Anm. 4.

Unter Besitzer ist hier nicht der Besitzer im technischen Sinne des § 854 B.G.B., sondern mehr der Inhaber nach § 793 B.G.B. gemeint, Anm. 5.

d. h. derjenige, der zur Zeit aus der Urkunde zur Geltendmachung der Rechte legitimirt ist (Gareis Anm. 5 zu § 209).

Anm. 6. γγ) Der Ersatz des Schadens besteht in der Erstattung alles dessen, was der Besitzer durch Ausgabe der ungiltigen Aktie eingebüßt hat, sei es auch an entgangenem Gewinn. Das folgt aus § 252 B.G.B. Hat er die Aktie unter dem gesetzlichen Mindestbetrag erworben, so besteht sein Schaden in dem von ihm ausgelegten Betrage, es sei denn, daß er nachweisen kann, er habe eine Kurssteigerung unbenutzt vorübergehen lassen müssen. (Vergl. R.O.H. 22 S. 218; v. Hahn Bd. I S. 607).

Anm. 7. Auf diese Schadensersatzpflicht greifen die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über den Schadensersatz (§§ 249—254) und über außerkontraktliche Schadensersatzansprüche Platz. Hierbei sind insbesondere hervorzuheben § 254 B.G.B. (auch ein etwaiges konkurrirendes Versehen des Besitzers ist in Betracht zu ziehen) und § 852 B.G.B. (dreijährige Verjährung seit Kenntniß des Schadens und des Schadensstifters; spätestens aber 30jährige Verjährung seit der Ausgabe der Aktie).

Anm. 8. 2. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Interimsscheinen auf den Inhaber.**

a) Das Verbot ist enthalten in § 179 Abs. 3.

b) Die Folgen der Verletzung dieses Verbots sind:

α) Nichtigkeit des Interimsscheins. Daraus folgt aber nicht, daß der Urzeichner, der einen Interimsschein auf den Inhaber erhält, keine Rechte und keine Pflichten gegenüber der Gesellschaft habe. Seine Pflichten sind durch die Zeichnung entstanden, sein Recht auf Ausstellung eines giltigen Interimsscheins ist ihm durch die Ausgabe eines ungiltigen nicht genommen (vergl. Gareis-Fuchsberger S. 392 Note 134 gegen Völderndorff S. 502). Die Uebertragung eines Interimsscheins auf den Inhaber ist selbstverständlich ein juristisch bedeutungsloser Akt, der Uebertragungsvermerk ist nichtig.

Anm. 9. β) Schadensersatz der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern.

Ueber diese Begriffe siehe oben Anm. 4 ffg. Insbesondere ist auch hier aufmerksam zu machen auf die Anwendbarkeit des § 254 B.G.B. Der Erwerb eines Interimsscheins wird meist ein konkurrirendes Versehen des Beschädigten darstellen. Denn wer sich auf Aktiengeschäfte einläßt, muß wissen, daß Interimsscheine auf den Inhaber nicht lauten dürfen.

Anm. 10. 3. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung des Verbots der Ausgabe von Aktien oder Interimsscheinen vor der Eintragung der Gesellschaft.**

a) Das Verbot ist enthalten in § 200 Abs. 2.

b) Die Folgen des Verbotes sind:

α) Nichtigkeit der ausgegebenen Aktien oder Interimsscheine. Ueber die Wirkung dieser Nichtigkeit auf die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche über solche Aktien geschlossen werden, siehe oben Anm. 2.

Jedenfalls aber ist die Aktie selbst nichtig; aber nicht bloß die Aktienurkunde, sondern auch das Aktienrecht. Denn vor der Eintragung der Gesellschaft giebt es keine Aktiengesellschaft, also auch kein Aktienrecht. Durch die Eintragung der Gesellschaft wird das Aktienrecht existent, die Aktienurkunde selbst aber wird dadurch nicht giltig. Die verfrüht ausgegebene Aktienurkunde muß nach der Eintragung der Gesellschaft nochmals ausgegeben werden, wobei aber nicht formalistisch verfahren zu werden braucht. Jede Anerkennung der Urkunde, sofern dieselbe noch in der Hand des ersten Zeichners sich befindet, als eine von der Gesellschaft ausgegebene Urkunde wird genügen (Behrend § 109 Anm. 13a; Makower S. 441; ähnlich R.G. vom 18. Februar 1896 in J.W. S. 189). Weiter aber kann man nicht gehen. Man kann nicht dem Reichsgericht folgen, welches durch die Eintragung der Gesellschaft die ungiltige Aktie nachträglich konvalesciren läßt mit der Wirkung, daß

auch inzwischen eingegangene Rechtsgeschäfte dadurch giltig werden (R.G. 10 S. 72; mit uns übereinstimmend Ring Anm. 5 zu Art. 215c; Makower S. 441; Behrend § 109 Anm. 13a). Die Vorschriften des B.G.B. über die Nichtigkeit treten jetzt unterstützend hinzu (§§ 134, 141 B.G.B.).

β) Schadensersatzpflicht der Ausgeber gegenüber den Aktienbesitzern. Anm. 11.

Ueber diese Begriffe siehe oben Anm. 4 ffg. Auch hier ist unter Anderem auf § 254 B.G.B. zu verweisen, wonach konkurrirendes Versehen des geschädigten Aktienbesitzers in Betracht zu ziehen ist. Hat derselbe z. B. gewußt, daß die Aktien vor der Eintragung der Gesellschaft ausgegeben worden sind, so wird der Schadensanspruch in der Regel fortfallen. Auch daß er jenen Umstand kennen mußte, wird regelmäßig von Erheblichkeit sein. Der Beweis des konkurrirenden Versehens liegt dem Ersatzpflichtigen ob.

Zweiter Titel.

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 210.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.

Der vorliegende Paragraph statuirt die juristische Selbstständigkeit der Aktiengesellschaft (Absatz 1) und bestimmt, daß jede Aktiengesellschaft Handelsgesellschaft ist (Absatz 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Die juristische Selbstständigkeit der Aktiengesellschaft** besteht, wie schon anderwärts gesagt ist (Anm. 15 zu § 178), darin, daß sie juristische Person ist. Die Charakterisirung der Akt.-Ges. als juristische Person entsprach schon früher der herrschenden Ansicht (Goldschmidt System § 42; Laband in G.Z. 30 S. 469—532; 31 S. 1—62; Behrend § 62 Nr. I, § 96 III; Cosack S. 599; Hahn § 1 zu Art. 213; Ring S. 148; R.O.H. 22 S. 241; R.G. 6 S. 71; 7 S. 69; 23 S. 202). Die juristische Persönlichkeit folgte schon früher aus dem Art. 213, der ebenso wie unser § 210 bestimmte, daß die Akt.-Ges. „als solche" selbstständig ihre Rechte und Pflichten habe; ferner aus Art. 207, der ebenso wie jetzt § 178 bestimmte, daß kein Gesellschafter persönlich haftet, und sie wird jetzt bestätigt durch § 6 Abs. 2, der im unverkennbaren Hinblick auf die Akt.-Ges. von „Vereinen" spricht, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt. Vereine aber sind juristische Personen (§ 21 B.G.B. und Ueberschrift dazu). Endlich ist das Hauptbedenken der Gegner (vergl. z. B. Canstein, Lehrbuch des Handelsrechts I S. 449), nämlich der Art. 216, wonach jeder Aktionär einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft hat, im neuen H.G.B. gestrichen (vergl. Lehmann I S. 236; Pinner S. 89). Aus der juristischen Persönlichkeit der Akt.-Ges. ergeben sich die hier aufgezählten rechtlichen Fähigkeiten de Aktiengesellschaften von selbst. Anm. 1.

a) **Die Aktiengesellschaft hat als solche selbstständig ihre Rechte und Pflichten.**

Als einzelne rechtliche Fähigkeiten sind hervorzuheben:

α) Die Aktiengesellschaft als solche ist selbstständige Trägerin von Recht und Pflicht. Damit ist unverkennbar angedeutet, daß die Aktiengesellschaft ein von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt sein soll. Sie als solche ist selbstständig berechtigt und verpflichtet (vergl. Anm. 1). Anm. 2.

Anm. 3. β) „Ihre" Rechte und Pflichten hat sie. Das bedeutet: sie ist fähig zu allen denjenigen Rechten und Pflichten, welche sich mit ihrer Eigenschaft als juristischer Person vertragen, welche, wie Lehmann, Aktienrecht I S. 254 zutreffend sagt, kraft ihrer Beschaffenheit nicht auf physische Personen zugeschnitten sind.

Anm. 4. Zunächst trifft dies auf Privatrechte und privatrechtliche Verpflichtungen zu. Ob es gerade vermögensrechtliche Verpflichtungen im eigentlichen Sinne sind, entscheidet hierbei nicht. So kann sie zwar familienrechtliche Befugnisse nicht haben, wohl aber ist sie fähig des Namens- und Zeichenrechts, des Urheberrechts und des Erfinderrechts. Sie kann auch Erbin und Legatarin sein (Ring Anm. 1 zu Art. 213, Lehmann, Aktienrecht I S. 256; vergl. § 2101 B.G.B.). Sie kann auch Vollmachtträgerin sein, da hierzu die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters nicht gehört (§ 165 B.G.B.; O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 242); es steht daher nichts entgegen, daß eine Aktiengesellschaft die Vertretung eines Aktionärs in einer Generalversammlung übernimmt. Desgleichen können gegen sie Verpflichtungen der entsprechenden Art begründet werden; sie kann auch aus der Verletzung des Zeichenrechts, des Namensrechts, der Erfinderrechte, aus der Verletzung der Urheberrechte, wegen unlauteren Wettbewerbes verklagt und verurtheilt werden.

Anm. 5. Auf den Rechtsgrund der fraglichen Rechte und Verpflichtungen kommt es nicht an. Was die Verpflichtungen angeht, so haftet die Aktiengesellschaft für die Handlungen ihrer Vertreter, auch dann, wenn es Delikte sind (Erl. zu § 232), sodaß sie also auch aus Delikten haften kann, allerdings nur privatrechtlich; sie kann nicht bestraft werden (R.O.H. 13 S. 291, R.G. in Straff. 16 S. 123). Ebenso entstehen ihr Rechte zu aus Delikten, welche gegen sie begangen werden. Das Letztere kann sehr wohl der Fall sein, so z. B. wenn ihre Urheberrechte verletzt werden. Nur freilich können nicht solche Delikte gegen sie begangen werden, welche sich ihrem Wesen nach gegen eine physische empfindende Person wenden. Daher können strafrechtlich verfolgbare Beleidigungen im Allgemeinen nicht gegen die Aktiengesellschaft begangen werden (R.G. in Strafsachen 1 S. 178; 9 S. 2); wohl aber kann das Delikt der kreditgefährdenden Verleumdung gegen die Aktiengesellschaft begangen werden (Olshausen, Komm. z. Strafgesetzbuch § 187 Anm. 6; Lehmann, Aktienrecht I S. 256), und zwar nicht bloß mit der Wirkung, daß die Aktiengesellschaft auf Zahlung einer Buße antragen oder auf Entschädigung klagen kann, sondern auch mit dem Erfolge der Bestrafung (vergl. Str.P.O. § 414 Abs. 3). Desgleichen kann die Aktiengesellschaft aus §§ 1, 6, 7 u. 8 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs strafrechtlich vorgehen.

Anm. 6. Ob und inwieweit die Aktiengesellschaft öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten hat, unterliegt besonderen Vorschriften. Auch das H.G.B. legt ihr solche auf, z. B. die Führung der Bücher, die Ziehung der Bilanzen, die Eintragung der bei ihr vorkommenden Rechtsveränderungen. Andere öffentlichrechtliche Pflichten enthalten z. B. die Steuergesetze, die sozialpolitischen Versicherungsgesetze, das Haftpflichtgesetz. Ob aus der Verletzung solcher Verpflichtungen die Gesellschaft oder ihre gesetzlichen Vertreter oder Beide haften, kann nur an der Hand jeder einzelnen Vorschrift beantwortet werden. Für Strafen haftet im Allgemeinen die Gesellschaft nicht, weil sie keine Delikte begehen kann (R.G. in Strafsachen 5 S. 182; 16 S. 121), aber für die sonstigen vermögensrechtlichen Leistungen (Steuern, Versicherungsbeiträge u. s. w.) haftet die Gesellschaft.

Anm. 7. **b) Sie kann Eigenthum an Grundstücken und andere dingliche Rechte erwerben.** Hierdurch ist die Rechtsfähigkeit jeder deutschen Aktiengesellschaft ohne jede Einschränkung für Grunderwerb ausgeschlossen. Damit ist aber nur gesagt, daß von Reichs wegen aus der juristischen Natur der A.G. Hindernisse für den Rechtserwerb nicht bestehen. Landesrechtliche Beschränkungen für den Eigenthumserwerb juristischer Personen sind hierdurch für deutsche Aktiengesellschaften nicht beseitigt, es gilt also auch die preußischrechtliche

Beschränkung hinsichtlich des Erwerbes von Grundeigenthum für die Aktiengesellschaften anderer Bundesstaaten (vergl. Anm. 3 zu § 6. Die dort gemachten Bemerkungen müssen jedoch dahin berichtigt werden, daß es nunmehr das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. ist, in welchem dies Erforderniß der Genehmigung zum Grunderwerb bei außerpreußischen Aktiengesellschaften aufgestellt ist). Die Berliner Zweigniederlassung der in Dresden domizilirenden Dresdner Bank z. B. kann nicht ungehindert in Berlin Grundstücke erwerben. (Kammergericht bei Johow 16 S. 72; Gareis-Fuchsberger S. 22 Note 5, Ring S. 289; Förtsch Anm. 4 zu Art. 213.)

c) **Sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.** Da die Gesellschaft juristische Person ist, so gestalten sich die Rechtsverhältnisse im Prozesse der Aktiengesellschaft sehr einfach und ohne die mannigfachen Zweifel und Bedenken, die bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. 6 ffg. zu § 124) auftauchen. Anm. 8.

α) Die Aktiengesellschaft ist parteifähig, aber nicht prozeßfähig. (Ueber diesen Unterschied siehe Anm. 6 zu § 124.) Sie wird vertreten durch den Vorstand als gesetzlichen Vertreter; an eines von den Vorstandsmitgliedern erfolgen giltig Zustellungen und Ladungen; die Eide sind zu leisten von den Mitgliedern des Vorstandes als gesetzlichen Vertretern; als Zeugen können diese daher nicht vernommen werden (R.G. 2 S. 400), wohl aber kann jeder Aktionär als Zeuge vernommen werden, weil er eben nicht Partei ist, ja es kann sogar der Aktionär als Richter im Gesellschaftsprozesse fungiren (R.G. 7 S. 312).

β) Die Auflösung der Gesellschaft hat auf das schwebende Verfahren folgenden Einfluß. Der Prozeß setzt sich mit den Liquidatoren fort, nachdem er allerdings zunächst unterbrochen ist. Die Unterbrechung wird von Wilmowski und Levy (Kommentar zur C.P.O. Anm. 3 zu § 219) für den Fall geleugnet, daß der Vorstand Liquidator wird. Allein auch in diesem Falle hört die gesetzliche Vertretungsbefugniß des Vorstandes auf, die Mitglieder desselben erhalten eine neue Vertretungsbefugniß anderer Art. Nicht der Wechsel der vertretenden Person, sondern der Wechsel der Vertretungsbefugniß ist nach § 241 C.P.O. entscheidend (vergl. Anm. 11 zu § 124). Wie aber, wenn die Liquidatoren ihr Amt niederlegen? Alsdann kann der Prozeßrichter einen Prozeßpfleger bestellen (§ 57 C.P.O.). Verschieden von der Auflösung ist der Untergang der Gesellschaft, wie er durch Amortisation sämmtlicher Aktien und durch Fusion eintritt. Im Falle der Amortisation sämmtlicher Aktien kann der Prozeß nicht fortgesetzt werden. Es liegt herrenloses Gut vor. Im Falle der Fusion kann der Prozeß von der aufnehmenden Gesellschaft und gegen sie fortgesetzt werden, da Universalrechtsnachfolge vorliegt. Anm. 9.

γ) Die Wirkung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urtheils ist einfach die, daß dasselbe lediglich gegen die Gesellschaft rechtskräftig und vollstreckbar ist. Die Aktionäre werden davon nicht berührt, weil die Aktiengesellschaft ein selbstständiges Rechtssubjekt ist. Anm. 10.

δ) **Gerichtsstand.** Die im Art. 213 Abs. 2 des alten H.G.B. enthalten gewesene Bestimmung, daß die Aktiengesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand an dem Gerichte hat, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, ist gestrichen, weil § 17 C.P.O. die gleiche Bestimmung trifft. Neben dem gesetzlichen Gerichtsstand, aber eben nur neben dem gesetzlichen, nicht statt desselben, ist auch ein statutarischer Gerichtsstand zulässig (§ 17 Abs. 3 C.P.O.). Dies wird in Anknüpfung an eine frühere Streitfrage von uns hier bemerkt. Anm. 11.

2. (Abs. 2.) **Jede Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft.**

a) Daß der Betrieb im Einzelfall kein Handelsgewerbe darstellt, ändert daran nichts. Schon daraus folgt, daß um so weniger der Umstand erheblich sein kann, daß der Geschäftsbetrieb den Umfang des Kleingewerbes nicht überschreitet. Doch wird dies im § 6 Abs. 2 noch außerdem ausdrücklich ausgesprochen. Sie ist also Handelsgesellschaft, auch wenn sie ein anderes Gewerbe betreibt, welches kein Anm. 12.

Handelsgewerbe ist, also ein Gewerbe, welches nicht unter § 1 fällt und welches auch nicht kaufmännische Einrichtungen erfordert, so daß es auch nicht unter § 2 fällt. Sie ist sogar auch dann Handelsgesellschaft, wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreibt, so z. B. wenn eine Loge oder eine Studentenverbindung für ihre idealen Zwecke ein Grundstück erwirbt und auf dieser Basis eine Aktiengesellschaft gründet.

Anm. 13. b) Die Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft werden daher stets so angesehen, als seien sie die Geschäfte eines Vollkaufmanns. Aber dadurch werden die einzelnen Rechtsgeschäfte nicht schlechtweg zu Handelsgeschäften. Denn wenn die Aktiengesellschaft auch stets als Vollkaufmann gilt, so sollte dadurch ihre Lebensthätigkeit nicht unter allen Umständen zum Handelsgewerbe gestempelt werden. Vielmehr gilt sie auch dann als Handelsgesellschaft, „wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betriebe eines Handelsgewerbes besteht". Damit ist deutlich zu erkennen gegeben, daß trotz der Qualität der Aktiengesellschaft als Kaufmann ihr Betrieb nicht schlechtweg zum Handelsgewerbe erhoben wird.

Anm. 14. Betreibt sie ein Gewerbe, welches kein Handelsgewerbe ist, so ist darauf allerdings keine Rücksicht zu nehmen. Ihr Gewerbe gilt als Handelsgewerbe. Denn hier greift § 5 Platz.

Anm 15. Betreibt sie überhaupt kein Gewerbe, so kann dies freilich gemäß § 5 geltend gemacht werden. Dann aber ist es immer noch möglich, daß sie sich als gewerbetreibend gerirt hat, und sie muß sich in diesem Falle gemäß unseren Ausführungen im Exkurse zu § 5 als Kaufmann behandeln lassen. Das wird immer dann der Fall sein, wenn eine Aktiengesellschaft, deren Firma man es nicht ansehen kann, daß sie lediglich die Form für einen idealen Verein ist, im Rechtsleben handelnd auftritt. Denn die Form der Aktiengesellschaft ist normaler Weise die Form für gewerbliche Unternehmungen. Liegt aber ausnahmsweise der Fall so, daß die ein Gewerbe nicht betreibende Aktiengesellschaft sich auch nicht als gewerbetreibende Aktiengesellschaft gerirt, dann sind ihre Geschäfte keine Handelsgeschäfte.

Anm. 16. Wenn nun die Aktiengesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt oder ihr Gewerbe nach Vorstehendem als Handelsgewerbe gilt, so sind ihre zum Handelsbetrieb gehörigen Geschäfte als Handelsgeschäfte (§ 343), und zwar als zu einem Vollhandelsgewerbe gehörig zu betrachten (§ 6 Abs. 2) und die Geschäfte einer solchen Aktiengesellschaft gelten präsumtiv als zum Gewerbebetrieb gehörig (§ 344), welche Vermuthung allerdings beseitigt werden kann, unter Umständen auch durch die Eigenart des Geschäftes sich von selbst beseitigt (vergl. zu § 344).

Insoweit sind z. B. ihre Vollmachten Handelsvollmachten, ihre Bürgschaften Handelsbürgschaften und demgemäß formfrei, für ihre Geschäftsbesorgung kann sie Provision fordern, ihre Kontokurrente sind nach dem H.G.B. zu beurtheilen.

Anm. 17. Nach früherem Recht wurde hier betont, daß die Verträge über Grundstücke nicht Handelsgeschäfte sind, auch wenn eine Aktiengesellschaft sie abschließt. Das beruhte auf der Vorschrift des Art. 275, wonach alle Grundstücksgeschäfte absolute Nichthandelsgeschäfte waren. Diese Kategorie der absoluten Nichthandelsgeschäfte ist jetzt fortgefallen. Auch Grundstücksgeschäfte können Handelsgeschäfte sein. Die Grundstücksgeschäfte einer Aktiengesellschaft können daher Handelsgeschäfte sein und sind es präsumtiv (§§ 343, 344). Nur ist sofort darauf aufmerksam zu machen, daß Verträge, durch welche sich Jemand verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen, nur in notarieller oder gerichtlicher Form giltig sind (§ 313 B.G.B), und zwar auch dann, wenn sie Handelsgeschäfte sind, weil das H.G.B. in dieser Beziehung keine Ausnahme macht.

Anm. 18. c) In anderer als handelsrechtlicher Hinsicht wird nicht etwa jede Aktiengesellschaft in Folge dieser Vorschrift schlechtweg als handelsgewerbetreibende Gesellschaft angesehen. Betreibt sie kein Handelsgewerbe, so finden auf sie die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Sonntagsruhe im Handelsgewerbe keine Anwendung. Be-

treibt sie kein Gewerbe, so ist sie nicht gewerbesteuerpflichtig (Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen Bd. 2 S. 235).

Zusatz. Nur auf deutsche Aktiengesellschaften bezieht sich dieser Paragraph. Ueber die Anm. 19. Rechtsfähigkeit ausländischer Aktiengesellschaften siehe Anm. 34 zu § 201. Ob sie Handelsgesellschaft ist, richtet sich darnach, ob sie nach dem Rechte des Heimathsstaats als Handelsgesellschaft zu betrachten ist (vergl. § 201 Anm. 34).

§ 211.

Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt.

Der vorliegende Paragraph begrenzt die Verpflichtung des Aktionärs zu Kapitaleinlagen.

1. **Inhalt der Vorschrift.** Zu größeren Kapitaleinlagen, als zum Ausgabekurs der Anm. 1. Aktien kann der Aktionär nicht herangezogen werden. Nach dem früheren Art. 219 konnte er sogar zu höheren Leistungen überhaupt nicht herangezogen werden. Diese Schranke mußte wegfallen, um die Schwierigkeiten zu beseitigen, welche sich daraus ergaben, daß die Rübenzucker-Aktiengesellschaften (und auch sonstige Verkehrsgesellschaften) nach einer Gestaltung rangen, nach welcher es möglich ist, ihren Mitgliedern periodische Naturalleistungen aufzuerlegen. Diesen Bedürfnissen ist im § 212 Rechnung getragen. Es konnte in Konsequenz dessen im § 211 nun nicht mehr gesagt werden, daß die Verpflichtung des Aktionärs überhaupt sich in dem Ausgabekurs der Aktie erschöpft, sondern es mußte dieser Grundsatz dahin geändert werden, daß seine Verpflichtung zu Kapitaleinlagen sich in dieser Weise erschöpft (vergl. aber zu 3).

   Zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört nun nicht mehr die Begrenzung der Aktionärverpflichtung durch den Ausgabekurs (vergl. Anm. 13 zu § 178).

2. **Die Begrenzung der Kapitalverpflichtung des Aktionärs auf den Ausgabekurs ist absolute** Anm. 2. **Vorschrift.** Es wäre unzulässig, wenn das Statut bestimmte, die Aktionäre haben die Verpflichtung, jährlich bestimmte Baarsummen in die Gesellschaftskasse zu zahlen, oder wenn ihnen sonstige Zahlungsverpflichtungen unter irgendwelchen Bedingungen auferlegt werden würden.

   a) Der Aktionär kann daher nicht gezwungen werden, Nachzahlungen behufs Umwandlung der Aktien in Reichswährung zu leisten. Das ist nach früherem Recht vom R.O.H. 23 S. 298 ausgesprochen worden, muß aber auch jetzt gelten, weil eben die Grenze der Aktionärverpflichtung zu Kapitaleinlagen sich im Ausgabekurs erschöpft.

   b) Die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung durch Majoritäts- Anm. 3. beschluß ist u. E. in Folge dieses Paragraphen unzulässig (vergl. Anm. 2 zu § 185).

   c) Ob und inwieweit Zusammenlegungsbeschlüsse zulässig sind, darüber siehe zu § 290. Anm. 4.

   d) Statutenbestimmungen, Inhalts deren die Aktionäre der Gesellschaft gegenüber eine Anm. 5. Garantie in der Weise übernehmen, daß sie eine bestimmte Summe nachzuzahlen haben, wenn zur Deckung etwaiger Verluste das Aktienkapital nicht ausreichen sollte, sind ungiltig; nur durch Nebenverträge können solche Bestimmungen festgesetzt werden (Bolze 21 Nr. 565, 566).

   e) Kann die Verpflichtung zur Uebernahme eines Gesellschaftsamtes den Aktionären auf- Anm. 6. erlegt werden? Siehe hierüber Anm. 3 zu § 212.

3. **In ihrer Verbindung haben die §§ 211 und 212 die weitergehende Bedeutung, daß sie** Anm. 7. **die Einlageverpflichtung des Aktionärs überhaupt erschöpfen.** Diese Bedeutung der beiden Vorschriften zusammengenommen darf nicht übersehen werden, sie ist das Korrektiv gegen Ausschreitungen durch mißbräuchliche Benutzung der im § 211 geschehenen Einschränkung und der im § 212 offengelassenen Freiheit der Bewegung.

Anm. 8. Daß aber diesen beiden Vorschriften zusammengenommen diese Bedeutung zukommt, obwohl das Gesetz es nicht ausspricht, daran kann nicht gezweifelt werden. Der § 211 schränkt sich lediglich zu dem Zwecke ein, um Raum zu lassen für die Freiheit des § 212. Klar und unverkennbar aber ist die Absicht, von dem Grundsatze, daß die Verpflichtungen des Aktionärs sich in dem Ausgabekurs erschöpfen, nicht weiter abzugehen, als die im § 212 befriedigten Rücksichten dies geboten. „Immerhin wird man in dieser Hinsicht nicht weiter gehen dürfen, als das Bedürfniß verlangt", sagt die Denkschrift S. 131. Andere Arten von Verpflichtungen können also den Aktionären nicht auferlegt werden (vergl. Anm. 3 u. 5 zu § 212).

Anm. 9. Demgemäß muß nach dem neuen H.G.B. der Satz aufgestellt werden: Die Verpflichtungen des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft erschöpfen sich in dem Ausgabekurs der Aktien mit der einzigen Ausnahme, welche im § 212 enthalten ist. Nur sekundäre Leistungen in Form von Zinsen und Vertragsstrafen können dem Aktionär noch auferlegt werden (vergl. § 218). Makowers Zweifel (S. 451) an diesem Ergebnisse sind nicht berechtigt.

Anm. 10. **Zusatz 1. Ueber den Anspruch der Gesellschaft auf die Zahlung des übernommenen Aktienbetrages und die möglichen Einwendungen des Beklagten gegenüber dieser Klage** siehe Anm. 23 zu § 189.

Anm. 11. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Der vorliegende Paragraph findet auch auf frühere Gesellschaften Anwendung (vergl. Anm. 4 zu § 178). Er gewährt denselben eine Erleichterung, da nicht mehr die Verpflichtungen des Aktionärs überhaupt, sondern nur seine Kapitalverpflichtungen durch den Ausgabekurs begrenzt werden. Deshalb können auch ältere Gesellschaften den Aktionären Verpflichtungen auferlegen, welche mit dem früheren Art. 219 im Widerspruch stehen, wenn sie sich nur im Rahmen der §§ 211 und 212 des neuen H.G.B. halten und die Zustimmung der belasteten Aktionäre vorliegt (§ 276).

Auf diesem Wege wird den bestehenden Rübenzucker-Aktiengesellschaften der Weg geebnet zur Erfüllung dringender Gesellschaftsbedürfnisse. Damit ist aber nur gesagt, daß die früheren Gesellschaften durch neue Rechtsakte in giltiger Weise die Verpflichtung zu periodischen Leistungen auferlegen können. Ob die bisherigen Verpflichtungen, welche nach dieser Richtung bestehen, giltig sind oder nicht, diese Frage wird durch den vorliegenden Paragraphen nicht berührt. Das muß nach demjenigen Rechte beurtheilt werden, unter welchem jene Verpflichtungen begründet wurden. Denn das neue Gesetz sanktionirt nicht den alten Rechtszustand, sondern giebt eine neue Rechtsregel für das zukünftige Gesellschaftsleben. (Vergl. Pinner S. 96.)

§ 212.

Neben den Kapitaleinlagen kann im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Uebertragung der Antheilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen müssen aus den Aktien oder Interimsscheinen zu ersehen sein.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Uebertragung der Antheilsrechte nur aus wichtigen Gründen verweigern darf.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph gestattet die Auferlegung anderer als Kapitaleinlagen, nämlich die Verpflichtung zu wiederkehrenden Naturalleistungen.**

I. **Vorbemerkung.** Die Vorschrift ist veranlaßt durch das Bedürfniß der Rübenzucker-Aktiengesellschaften. Die in den Statuten derselben auferlegten Verpflichtungen zum Bau und zur Lieferung von Rüben wurden als gesellschaftliche Verpflichtungen vom

Reichsgericht überhaupt nicht anerkannt, sondern höchstens als Nebenverträge aufrecht erhalten (R.G. 17 S. 5 und S. 3; 37 S. 140), aber auch als selbstständige Nebenverträge wurden sie nicht anerkannt in allen den Fällen, wo die Preisbestimmung für die zu liefernden Rüben an die Finanzlage der Gesellschaft geknüpft ist (R.G. 21 S. 148; 26 S. 85). — Der Zulässigkeit solcher Nebenverträge steht auch nach neuem Rechte ein prinzipielles Bedenken nicht entgegen.

Es ist nunmehr aber den Aktiengesellschaften freigestellt, gewisse Leistungen neben den Kapitaleinlagen den Aktionären als solchen als gesellschaftliche Leistung aufzuerlegen, und von diesem Rechte werden nicht bloß die Rübenzucker-Aktiengesellschaften Gebrauch machen, sondern auf dieser Basis können auch sonstige Verkehrsbedürfnisse mannigfacher Art befriedigt werden. So können sich z. B. Konventionen in der Weise bilden, daß eine Centrale als Aktiengesellschaft begründet wird, an welche die einzelnen Mitglieder der Konvention als Aktionäre ihre Produktion abzuliefern haben gegen einen bestimmten oder nach gewissen Grundsätzen zu bestimmenden Preis.

Ergänzend zu § 212 treten § 216 über die zu gewährende Vergütung und § 276 über die Auferlegung derartiger Verpflichtungen während des Bestehens der Gesellschaft hinzu.

II. **Der Inhalt des Paragraphen geht im Wesentlichen dahin, daß die Statuten den Aktionären als solchen periodische Naturalleistungen auferlegen können.** Anm. 2.

1. Die Voraussetzungen der giltigen Auferlegung von periodischen Naturalleistungen an die Aktionäre sind:

a) **Wiederkehrende Leistungen,** die nicht in Geld bestehen, können den Aktionären giltigerweise durch Statut auferlegt werden. Also nicht Geldsteuern. Sonst aber besteht keine Beschränkung in der Art der Leistung. Alles, was der Gegenstand einer Leistung sein kann, fällt darunter. Insbesondere also die Produktion und Lieferung von Waaren. Auch Dienstleistungen fallen darunter, z. B. die Verpflichtung der Aktionäre zur Vornahme von Revisionen (Cosack S. 641). Auch die Verpflichtung zur Bebauung und Uebereignung von Grundstücken kann in dieser Weise stipulirt werden.

So läßt die Vorschrift, welche dazu bestimmt war, den Rübenzucker-Aktiengesellschaften zu helfen, in Folge des weiten Umfanges des Begriffs „Leistungen" die allerverschiedensten Anwendungen zu, und es ist abzuwarten, in welcher Weise der Verkehr sie anwenden wird. Es kann unter Umständen die allergrößten Gefahren im Gefolge haben, einer solchen Gesellschaft beizutreten.

Eigenthümlich ist, daß die Leistungen wiederkehren müssen. Anm. 3.
Man sollte meinen, daß, wenn es gestattet ist, den Aktionären wiederkehrende Leistungen aufzuerlegen, es auch gestattet sein müßte, ihnen eine einmalige oder mehrere bestimmte, nicht wiederkehrende Leistungen aufzuerlegen und in der That wird man nicht berechtigt sein, das Gesetz wörtlich auszulegen, sondern man wird es so auslegen müssen, wie die Vernunft es gebietet, nämlich dahin, daß die Auferlegung einmaliger Leistungen erst recht gestattet ist. (So auch Cosack S. 641; Gareis, Handelsrecht S. 363; Makower S. 451: dagegen Pinner S. 94, 95.) Andererseits wird eine Statutenbestimmung, welche den Aktionären immerwährende oder fortdauernde Leistungen auferlegt, ungiltig sein. So z. B. die Uebernahme eines Gesellschaftsamtes (etwa als Vorstand, Aufsichtsrath, Buchhalter, Inspektor). Denn darin liegt eine weitergehende Verpflichtung, als man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter wiederkehrenden Leistungen versteht. Das letztere sind Leistungen, die periodisch wiederkehren. (Bemerkt sei hierbei, daß die Auferlegung der Verpflichtung zur Uebernahme eines Gesellschaftsamtes nach früherem Recht erst recht unzulässig war, obwohl das Reichsgericht dies schon nach früherem Recht für zulässig hielt: R.G. 21 S. 148; mit dem Reichsgericht Lehmann Aktienrecht I S. 220, mit uns Behrend S. 784 Anm. 7).

Nichts ist vorgeschrieben über die Frage nach dem Aequivalent, Anm. 4.
welches der Aktionär von der Gesellschaft für die Leistung zu erwarten hat. Nach dieser Richtung ist der freieste Spielraum gelassen. Es kann ein be-

stimmter Preis vereinbart werden, der aber das gesetzliche Maximum des wahren Werths nicht überschreiten darf (§ 216; vergl. diesen Paragraphen). Es kann aber auch (vergl. Denkschrift S. 133) der Generalversammlung durch das Statut die Befugniß übertragen werden, den Rübenpreis alljährlich durch Mehrheitsbeschluß festzustellen. Es kann der Gesellschaftsvertrag auch bestimmen, daß der Rübenpreis für jedes Jahr durch den Vorstand, den Aufsichtsrath oder die Generalversammlung innerhalb eines bestimmten Mindest- oder Höchstbetrages festgesetzt wird oder daß der Preis durch Beschluß der Generalversammlung herabgesetzt werden kann, wenn ein zur Auszahlung desselben ausreichender Reingewinn nicht vorhanden ist.

Anm. 5. Ja es kann sogar im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden, daß die Leistung ohne jedes Entgelt der Gesellschaft zu leisten ist (vergl. R.G. 21 S. 155; 26 S. 88). Denn nach dieser Richtung ist keine Schranke gesetzt und braucht eine Schranke nicht gezogen zu werden. Wer einem solchen Gesellschaftsvertrage nicht beitreten will, braucht es ja nicht, und wer einer Gesellschaft, die solche Bestimmungen nicht hat, beigetreten ist, dem kann ja eine positive Verpflichtung über den Ausgabekurs der Aktien hinaus ohne seine Zustimmung nicht auferlegt werden (§ 276).

Andere als wiederkehrende Naturalleistungen im Sinne des § 212 aber können dem Aktionär als solchem, d. h. als gesellschaftliche Leistungen außer seiner Kapitaleinlage nicht auferlegt werden (vergl. Anm. 7—9 zu § 211), wohl aber als Nebenverträge, selbst wenn in diesen die Verpflichtung an das Bestehen der Mitgliedschaft geknüpft ist (vergl. R.G. 26 S. 89; Rudorff zu § 212; vergl. oben Anm. 3).

Anm. 6. b) Nur neben der Kapitaleinlageverpflichtung können den Gesellschaftern wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt werden. Ein Gesellschaftsvertrag, in welchem allen oder einzelnen Aktionären lediglich Naturalleistungen auferlegt werden, würde ungiltig sein. Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die Verpflichtung allen Aktionären auferlegt wird (anders als bei der Kapitaleinlageverpflichtung). Es kann sehr wohl bestimmt werden, daß die Aktien bestimmter Gattung die Verpflichtung zur Naturalleistung haben. Auch einzelnen bestimmten Aktionären kann die Verpflichtung auferlegt werden und auch sie können hierfür besondere Vortheile bei der Gewinnvertheilung genießen (§ 186).

Anm. 7. c) Die betreffende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages muß im ursprünglichen Vertrage enthalten sein, später kann sie nur mit Zustimmung der Belasteten getroffen werden (§ 276). Diese Zustimmung muß, wie im Anschluß hieran zu bemerken ist, auch für jede sonstige die Verpflichtung betreffende Statutenänderung vorhanden sein, auch sofern dadurch die Verpflichtung zu der Leistung erhöht wird oder wenigstens sich erhöhen kann, z. B. wenn der Preis nicht mehr der Marktpreis sein, sondern durch die Generalversammlung bestimmt werden soll. Es ergiebt sich das aus der analogen Anwendung des § 276, aus dem Grundgedanken dieser Vorschrift und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Pinner S. 96 meint allerdings, daß, da es sich um eine gesellschaftliche Leistung handelt, kein Grund vorliegt, dieses Verhältniß anders zu behandeln, als die anderen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu den Aktionären. Allein es handelt sich allerdings um eine gesellschaftliche Leistung, aber doch um eine solche, die im Grunde genommen dem Wesen der hier in Rede stehenden Gesellschaft widerspricht und die deshalb nur in ganz bestimmten Grenzen zugelassen wird. Nur mit Zustimmung der belasteten Aktionäre darf sie auferlegt werden, und deshalb darf sie auch nur mit Zustimmung der belasteten Aktionäre erhöht werden. Es wäre prinzipwidrig und ungerecht und würde zu den sonderbarsten und härtesten Konsequenzen führen, wollte man die Auferlegung der Verpflichtung an die Zustimmung jedes einzelnen belasteten Aktionärs knüpfen, die Erhöhung seiner Verpflichtung aber auch ohne und gegen seinen Willen zulassen. — Wie die Zustimmung erfolgt, ist nicht gesagt. Zu ihrer Giltigkeit ist allerdings eine Form nicht erforderlich und sie kann vor oder nach der Generalversammlung erfolgen (§ 182 B.G.B.).

Allein der Registerrichter wird den Nachweis der erfolgten Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form verlangen können. Jedenfalls muß die Zustimmung darin gefunden werden, daß der betreffende Aktionär bei der Generalversammlung zustimmend gestimmt hat (vergl. R.G. vom 22. 9. 1893 in J.W. S. 489). Die Meinung Pinners (S. 249), daß der belastete Aktionär bei der Abstimmung in der Generalversammlung zustimmen müsse und nur in dieser Weise seine Zustimmung äußern könne, ist nicht begründet. Seine Annahme, daß das Gesetz ein anderes Organ, durch welches der Aktionär seine Rechte ausüben könne, nicht kenne, ist verfehlt. Warum will Pinner den Vorstand als solches Organ nicht anerkennen?

d) Ferner muß gleichzeitig bestimmt werden, daß die Uebertragung der Antheilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist. Es kann aber (Abs. 3) im Gesellschaftsvertrage in dieser Hinsicht bestimmt werden, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf. Es ist dabei wiederum vornehmlich an die Rübenzuckeraktiengesellschaften und an die Möglichkeit gedacht, daß der zur Rübenlieferung verpflichtete Gutsbesitzer sein Gut zu veräußern in die Lage kommt. Das soll ihm von der Aktiengesellschaft nicht aus Willkür unmöglich gemacht werden durch Verweigerung der Zustimmung in die Uebertragung seiner Antheilrechte. Die wichtigen Gründe können benannt sein oder auch nicht. Wenn sie nicht benannt sind, so wird als wichtiger Grund häufig in Betracht kommen die Unfähigkeit des Erwerbers, den mit dem Aktienrecht verbundenen Verpflichtungen zu genügen. Anm. 8.

e) Aus der Vorschrift zu d folgt zugleich, daß die Aktie auf den Namen lauten muß (siehe unten Anm. 17), daß sie aber andererseits auf 200 Mark gestellt werden kann. Letzteres folgt aus der Vorschrift des § 180 Abs. 3 (vergl. Pinner S. 95). Anm. 9.

2. **Die Wirkungen einer solchen Statutenbestimmung**, durch welche den Aktionären wiederkehrende Naturalleistungen auferlegt werden. Anm. 10.

a) Der Aktionär ist verpflichtet, die durch den Beitritt zum Statut übernommenen periodischen Leistungen dem Gesellschaftsvertrage gemäß zu leisten und hat dafür den Anspruch auf den Gegenwerth nach Maßgabe der statutarischen Bestimmungen (vergl. oben Anm. 4 u. 5).

Er kann hier so wenig, wie bei der Verpflichtung, zur Kapitaleinlage, seine Verpflichtung damit ablehnen, daß seine Beitrittserklärung oder seine Zustimmungserklärung gemäß § 276 auf Irrthum beruht oder auf Betrug. Vielmehr ist hier wie dort davon auszugehen, daß seine Erklärung eine allgemeine und öffentliche Bedeutung hat, daß sie dem Verkehr und der öffentlichen Registerbehörde gegenüber abgegeben worden ist und deshalb nicht so einfach angefochten werden kann, wie eine privatrechtliche, einem Gegenkontrahenten gegenüber abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärung (vergl. Näheres Anm. 24 zu § 189). — Bei Erfüllung seiner Verpflichtungen hat er Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst und seiner Gehilfen zu vertreten (§§ 276, 278 B.G.B.), nicht etwa gemäß § 708 B.G.B. diligentia quam suis, da sich diese Spezialvorschrift nur auf die Mitglieder einer Societät, nicht auf die Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins bezieht. Ist der Aktionär Kaufmann, so ist bei der Beurtheilung seines Verhaltens die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu Grunde zu legen (§ 347 H.G.B.).

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht, so kann er persönlich verklagt werden. Er haftet nach Maßgabe der Vorschriften des B.G.B. für die Folgen seines Verzuges, insbesondere hat er den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 286 B.G.B.). Im Statut können für den Fall, daß er die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt, auch Vertragsstrafen festgesetzt werden (Abs. 2), auf welche dann die §§ 339—345 B.G.B. Anwendung finden (vergl. zu § 348 H.G.B.). Der Aktionär kann auch gemäß § 343 B.G.B. die richterliche Herabsetzung einer zu Anm. 11

hohen Konventionalstrafe verlangen, wenn sein Beitritt zur Gesellschaft oder seine Zustimmung zu der nachträglichen Auferlegung der Leistungspflicht sich nicht etwa als ein Akt darstellt, den ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen hat (§§ 348, 351 H.G.B.). Nachträgliche Erlangung der Vollkaufmannsqualität begründet diese Ausnahme nicht.

Bei der Anwendung des richterlichen Ermäßigungsrechts ist aber Gewicht zu legen auf die Bestimmung des § 343 B.G.B., wonach jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen ist. Die Gesellschaft wird in den meisten Fällen ein sehr erhebliches Interesse daran haben, daß die Gesellschafter ihre Leistungspflichten prompt erfüllen.

Anm. 12. Eine Kaduzirung der Aktie wegen Nichterfüllung der Verpflichtung kann nicht erfolgen. Denn die §§ 218 flg. beziehen sich nur auf die rückständigen Kapitaleinlagen. Doch wird es gestattet sein, dies statutarisch festzusetzen (Cosack S. 641; Gareis, Handelsrecht 6. Aufl. S. 363 Anm. 1; Makower S. 449). Umgekehrt kann auch der Aktionär sich von den Verpflichtungen nicht befreien durch Abandonnirung der Aktie (vergl. R.G. 17 S. 4; Pinner S. 96). Wohl aber kann dies im Gesellschaftsvertrage gestattet sein (vergl. § 227).

Anm. 13. b) Will der Aktionär seinen Antheil veräußern, so muß er sich um die Zustimmung der Gesellschaft bemühen. Welches Organ diese Zustimmung ertheilt, ist im Gesetze nicht gesagt. Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, welches Organ die Zustimmung zu ertheilen hat. Mangels statutarischer Bestimmungen hat der Vorstand das Zustimmungsrecht. — Die Zustimmung kann vorher oder nachher, als Einwilligung oder Genehmigung, ertheilt werden (vergl. §§ 182 flg. B.G.B.). Das Statut kann aber bestimmen, daß sie nur vorher oder nur nachher erfolgen kann. — Sie bedarf keiner Form (§ 182 B.G.B.), Das Statut kann aber eine bestimmte Form vorschreiben. — Für den Fall, daß die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen versagt werden kann, kann der Aktionär auf Ertheilung der verweigerten Zustimmung event. klagen. Welches wichtige Gründe sind, darüber siehe oben Anm. 8. — Eine ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Veräußerung ist nichtig. Näheres hierüber, insbesondere über die Giltigkeit der Verpfändung solcher Aktien und der Veräußerung der einzelnen vermögensrechtlichen Bezüge siehe zu § 222.

Die Uebertragung selbst erfolgt gemäß § 222.

Anm. 14. c) Veräußert der Aktionär seinen Antheil, so wird er von den bis dahin rückständigen Leistungen nicht frei, wohl aber von den weiteren Leistungen, welche letztere nunmehr dem Erwerber zur Last fallen. Wenn ihm daher die Zustimmung zur Veräußerung mit Recht versagt ist, so giebt es regelmäßig kein Mittel für ihn, die einmal übernommenen Verpflichtungen zu periodischen Leistungen loszuwerden. (Ueber Abandonnirung der Aktien siehe oben Anm. 12.)

Anm. 15. d) Veräußert der Aktionär seinen Antheil nicht, wohl aber das Objekt, aus welchem die Leistungen im Wesentlichen fließen, z. B. das Gut, aus welchem die Rüben zu gewinnen sind, die Fabrik, in welcher die von ihm an die Gesellschaft zu liefernden Waaren hergestellt werden, so besteht seine Verpflichtung an die Gesellschaft weiter und die Gesellschaft kann die ihr nach sonstigen Grundsätzen zustehenden Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen. Es liegt verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung vor (§ 280 B.G.B.). Ein Recht, den Erwerber in Anspruch zu nehmen, aber hat die Gesellschaft nicht. Deshalb wird es gerathen sein, in den Gesellschaftsverträgen zu bestimmen, daß die leistungspflichtigen Aktionäre die Verpflichtung haben, bei Veräußerung des Objekts, aus welchem die Leistungen fließen, des Rübengutes, der Fabrik, dem Erwerber die Verpflichtung aufzuerlegen, die Aktie mit zu erwerben, und eine solche Veräußerung nicht eher perfekt zu machen, als bis die Gesellschaft auch hierzu ihre Zustimmung ertheilt hat. Es können auch für den Fall der Verletzung solcher Verpflichtung Vertragsstrafen auferlegt werden. — Bei Zwangsverkäufen versagt freilich diese Vorsichtsmaßregel.

3. **Ueber die Gestalt der Aktienurkunde** bestimmt Abs. 1, daß die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen aus den Aktien und den Interimsscheinen ersichtlich sein müssen. Die Urkunden sind sonst nichtig. Ob Verträge, die darüber geschlossen werden, nichtig sind darüber entscheidet die Lage des Einzelfalles. Es kann sein, daß sie im Einzelfall als pacta de cedendo gelten können. Das Antheilsrecht selbst wird jedenfalls durch die Ungiltigkeit der Aktienurkunde nicht beeinflußt und ebenso bleibt der Aktionär lediglich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, nicht nach Maßgabe der Urkunde. Eine Veräußerung des Aktienrechts kann aber, wenn die Aktienurkunde nichtig ist, überhaupt nicht erfolgen. Denn wenn die Gesellschaft die Aktienurkunde ausgegeben hat, so kann (vergl. zu § 222) eine Uebertragung des Antheilsrechts nur durch Uebertragung der Urkunde erfolgen; wenn diese aber nichtig ist, so ist die Uebertragung überhaupt nicht möglich. Anders Makower S. 450, der die Aktienurkunde trotz des Ausdrucks „müssen" für giltig und nur den dritten Erwerber zu den in § 212 vorgesehenen Leistungen nicht für verpflichtet hält. Allein gerade diese Komplikation sollte vermieden werden: nur mit der Verpflichtung aus § 212 oder überhaupt nicht soll die Veräußerung erfolgen können. Das ist der Zweck der Vorschrift. Anm. 16.

Aus der Natur der hier in Rede stehenden Vorschrift folgt, daß die Aktien nur auf den Namen lauten können. Eine Inhaberaktie, deren Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist, ist vom Standpunkte der aktienrechtlichen Vorschriften ein Unding. Daß aber die Beschränkung der Uebertragbarkeit aus der Urkunde ersichtlich sein müsse, ist hier nicht gefordert (anders im § 180 Abs. 4). Hier folgt sie schon aus dem Gesetze, und es genügt, hervorzuheben, daß aus der Urkunde gemäß Abs. 1 ersichtlich sein muß, daß Leistungpflichten gemäß § 212 an der Aktie haften. Anm. 17.

Andererseits folgt aus den Vorschriften des vorliegenden Paragraphen, nämlich aus der Nothwendigkeit der Zustimmung der Gesellschaft zur Uebertragung der Aktie, daß sie auf 200 Mark gestellt werden kann (vergl. oben Anm. 9).

Zusatz: Von der Befugniß des § 212 können auch bestehende Aktiengesellschaften Gebrauch machen, diese aber natürlich nur mit Zustimmung aller Belasteten (§ 276). Vergl. Anm. 11 zu § 211. Anm. 18.

§ 213.

Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Vertheilung ausgeschlossen ist.

Der vorliegende Paragraph normirt die vermögensrechtlichen Ansprüche der Aktionäre bei bestehenden Gesellschaften.

1. **Negativ wird bestimmt, der Aktionär könne seine Einlage nicht zurückfordern.** Was der Aktionär hingiebt als Aequivalent für seine Mitgliedschaft, das ist Haftungsobjekt für die Gläubiger und unwiderrufliches Eigenthum der Gesellschaft. Eine Einlage kann einseitig nicht zurückgefordert werden. Einlage ist hier im Sinne des § 211 gemeint (Makower S. 452). Anm. 1.

Aber auch freiwillige Rückzahlungen der Einlage sind unstatthaft. Anm. 2.
Das sollte ebenfalls im vorliegenden Paragraphen gesagt werden. Weder kann der Vorstand solche Rückzahlungen bewirken, noch auch die Generalversammlung beschließen, es sei denn, daß ein allgemeiner Beschluß auf Rückzahlung des Grundkapitals in Gemäßheit des § 288 vorläge. Rückzahlungen, die entgegen diesen Vorschriften bewirkt werden, machen die Verwaltungsorgane regreßpflichtig und auch die Aktionäre (§§ 217, 241, 249). Infolge dessen ist auch ein Beschluß ungiltig, Inhalts dessen die Aktionäre beschließen, daß die gemachten Einlagen als der Gesellschaft geschenkt betrachtet und die Einlagepflicht wieder aufleben soll; denn schenken kann man nur, was man sein Eigen nennt, dazu aber müßte die Einlage zunächst als zurückgezahlt betrachtet werden (R.G. 27 S. 11).

Anm. 3. Die Rückforderung der Einlage kann auch darauf nicht gestützt werden, daß man durch Irrthum oder Betrug Aktionär geworden sei (vergl. Anm. 24 zu § 189).

Anm. 4. Dagegen kann Derjenige, der in Wahrheit nicht Aktionär geworden ist, sondern in der irrthümlichen Meinung, er sei es geworden, eine Einlage gemacht hat, dieselbe zurückfordern mit der condictio indebiti (R.O.H. 22 S. 194; §§ 813, 814 B.G.B.).

Anm. 5. 2. **Positiv wird bestimmt, daß die Aktionäre, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn haben, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Vertheilung ausgeschlossen ist.**

a) Es ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß den Aktionären noch Ansprüche anderer Art nach dem Gesellschaftsvertrage zustehen. Gemeint ist nur, daß, was die Erträge der Gesellschaft angeht, den Aktionären nur der Anspruch auf den Reingewinn zusteht. Sonstige statutarische Ansprüche können sein: das Recht des freien Zutritts in den der Gesellschaft gehörigen Garten oder in das Theater oder das Recht der jederzeitigen Besichtigung der Fabrik.

Solche Rechte können durch Statutenänderung wieder entzogen werden (anders Lehmann in Kohler und Ring's Archiv Band 9 S. 389).

Anm. 6. b) **Der Anspruch auf den Reingewinn oder das Dividendenrecht.**[1])

α) Der „Anspruch auf den Reingewinn" ist zunächst ein bedingtes Recht, ein Recht auf Auszahlung der Dividende, wenn die gesetzlichen oder statutarischen Bedingungen dieser Auszahlung eingetreten sein werden.

Anm. 7. Die erste Bedingung ist negativ: Der Reingewinn darf durch Gesetz oder Statut von der Vertheilung nicht ausgeschlossen sein. Soweit dies der Fall ist, besteht kein Anspruch auf den Reingewinn. Demgemäß kann das Statut auch bestimmen, daß der Reingewinn überhaupt von der Vertheilung ausgeschlossen ist. Auch ein nach den bisherigen Statuten zur Vertheilung bestimmter Betrag kann durch Aenderung des Statuts für die Zukunft von der Vertheilung ausgeschlossen und auf diese Weise das Dividendenrecht auch ganz beseitigt werden. Man kann dies auch dahin ausdrücken, daß das Dividendenrecht bis zum Eintritt seiner Auszahlungsbedingungen kein Sonderrecht ist (R.G. 22 S. 114; Behrend § 133 zu IV; Ring Anm. 5 zu Art. 217; anders Lehmann in Kohler und Ring's Archiv 9 S. 380, welcher eine Totalnegation des Dividendenrechts für unzulässig hält).

Anm. 8. Die zweite Bedingung des Anspruchs auf den Reingewinn ist ein Generalversammlungsbeschluß. Hierüber zu § 260.

Anm. 9. Dabei handelt es sich überall um den Reingewinn eines bestimmten Geschäftsjahres, um das, was sich, wie § 215 sagt, nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt. Verluste, die nach Ablauf des in Frage stehenden Geschäftsjahres entstehen, sind jedenfalls weder ein gesetzlicher, noch ein statutarischer Grund, um die Dividende des vorigen Jahres zu schmälern. Doch ist dabei wohl zu unterscheiden zwischen einem Verluste, der erst nachträglich entsteht, und einem solchen, der vorher entstanden war und erst nachträglich erkannt wurde. So muß z. B. bei dem nachträglichen Verluste eines Bankierguthabens unterschieden werden, ob die Verhältnisse des Bankiers beim Jahresschluß gute oder schlechte waren. Im ersten Fall trifft der Verlust das neue, im zweiten das alte Geschäftsjahr (vergl. hierüber Staub bei Holdheim 1 S. 72; zustimmend Ring S. 399, woselbst auch Literaturnachweise; Behrend § 133 Anm. 19; ferner Alexander, die Sonderrechte der Aktionäre S. 125; im Prinzip zustimmend auch Aronius in G.Z. 40 S. 123 flg., doch mit der Modifikation, daß im Falle eines

[1]) Im Sinne des B.G.B. (§§ 99, 100, 101) gehört die Dividende zu den Früchten bezw. Nutzungen des Aktienrechts. Festzuhalten dagegen ist, daß Dividenden keine Zinsen sind (Dernburg II S. 44).

erst im Laufe des Feststellungsjahres eintretenden und daher die Bilanz des Vorjahres nicht treffenden Verlustes ein etwaiger Bilanzgewinn des Vorjahres zurückzubehalten sei, bis das Vermögen wieder die Schulden — oder gar alle gesetzlichen Reserveposten — deckt. Die hierfür geltend gemachten Gründe sind widerlegt unten Anm. 10 Note 1).

β) Mit dem Eintritt der zu α gedachten Bedingungen, d. h. beim Nicht- Anm. 10.
vorhandensein einer die Vertheilung des Reingewinns ausschließenden gesetzlichen oder statutarischen Vorschrift und beim Vorhandensein eines die Vertheilung anordnenden giltigen Generalversammlungsbeschlusses ist das Dividendenrecht ein unbedingtes Forderungsrecht geworden. Es ist aus dem Herrschaftsbereiche der Gesellschaft und der Aktionäre vollständig ausgeschieden, nur seine Quelle ist die Mitgliedschaft (R.O.H. 18 S. 153; 19 S. 141; R.G. 22 S. 113; 37 S. 62; Behrend § 118 Anm. 16 und 17, sowie § 133 zu IV; Ring Anm. 7 zu Art. 217; Lehmann in Kohler und Ring's Archiv Band 9 S. 388; Cosack S. 642; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 586). Als Sonderrecht ist der Anspruch nunmehr nicht zu bezeichnen, weil er kein Gesellschaftsrecht, sondern ein Gläubigerrecht ist. Als solcher ist er selbstverständlich unentziehbar, den Beschlüssen oder sonstigen Eingriffen der Gesellschaftsorgane unzugänglich (R.G. 22 S. 113; 37 S. 62). Insbesondere kann er nicht nachträglich eingezogen werden wegen Verluste späterer Jahre (R.O.H. 18 S. 154) oder gar wegen der bloßen Möglichkeit künftiger Verluste (R.G. 40 S. 36) und kann sogar im nachträglich eröffneten Konkurse der Gesellschaft liquidirt werden (R.O.H. 18 S. 153; Ring Anm. 7 zu Art. 217; Förtsch Anm. 6 zu Art. 217; Cosack S. 655).[1]) Umsoweniger wird der Anspruch dadurch be-

---

[1]) Anderer Meinung sind (außer Lippmann in G.Z. 39 S. 178 u. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 542).

a) Aronius in G.Z. 40 S. 123 ff. Derselbe will den Anspruch auf den bilanzmäßigen Reingewinn durch den Hinweis auf Art. 216 Abs. 1 einengen, nach welchem der Aktionär nur einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft habe, Vermögen aber sei nur nach Abzug der Schulden vorhanden. Indessen enthält der Art. 216 Abs. 1 einen unbestimmten, allgemeinen Ausspruch, der in Bezug auf den Dividendenanspruch durch Abs. 2 erst seine Bedeutung und seinen Inhalt erhält. Nicht dürfte man umgekehrt den in Abs. 2 deutlich fixirten Inhalt des Dividendenanspruchs durch den allgemeinen Ausspruch des Abs. 1 erklären und einengen. Ueberdies fällt diese ganze Beweisführung jetzt weg, da Art. 216 im neuen H.G.B. gestrichen ist.

b) Neukamp (S. 76 u. 241). Derselbe macht außer dem von Aronius geltend gemachten Grunde weiter geltend, daß schon deshalb eine Dividende im Konkurse nicht vertheilbar sei, weil die Aktionäre gesellschaftliche Leistungen nicht beanspruchen können, ehe die fremden Schulden gedeckt seien. Indessen auch der ausgeschiedene und durch Auskehrung abgefundene offene Handelsgesellschafter kann trotz des gesellschaftlichen Ursprungs seines Guthabens dasselbe im Konkurse der o. H.G. liquidiren (R.O.H. 10 S. 61). Der vorliegende Anspruch hat nun allerdings nicht bloß seinen Ursprung in der Mitgliedschaft, sondern ist der Anspruch eines Mitgliedes. Allein es besteht auch dieses Dogma nicht, daß gesellschaftliche Ansprüche von zeitigen Gesellschaftern mit den Ansprüchen fremder Gläubiger im Konkurse nicht konkurriren dürfen. Die Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft zeigen das Gegentheil. Vergl. § 341 Abs. 1, besonders § 337 Abs. 3. Die Fälle sind analog. Wie der Aktionär, so steht auch der stille Gesellschafter in einem Rechtsverhältnisse zum Gemeinschuldner, wie bei der A.G., ist es bei der stillen Gesellschaft das der Gemeinschaft gehörige Vermögen, welches den Gläubigern haftet, aber wie der Aktionär, tritt der stille Gesellschafter dem Gläubiger als Dritter gegenüber, und deshalb kann er, wie die fremden Gläubiger, seine gesellschaftlichen Ansprüche zum Konkurse anmelden.

Bei dem Dividendenanspruche kommt zu alledem die Erwägung hinzu, daß der Dividendenschein ein Inhaberpapier ist, dem durch den Feststellungsbeschluß der Werth aufgeprägt wird, der ihm durch nachträgliche Veränderungen in den Schicksalen der Gesellschaft nicht wieder entzogen werden kann.

Wenn sich Neukamp ferner auf § 300 beruft, so ist das eine petitio principii. Es ist doch eben hier in Frage, ob zu den Schulden der Gesellschaft, die getilgt werden müssen, ehe die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens an die Aktionäre erfolgen kann, die festgestellten Dividendenansprüche gehören oder nicht.

einträchtigt, daß die zur Dividendenzahlung bestimmten Gelder nach Ablauf des Geschäftsjahres, auf welches sich die Dividende bezieht, unterschlagen werden. (Vergl. oben Anm. 9).

Anm. 11. γ) Nicht Bedingung der Auszahlung ist, daß der Reingewinn in flüssigen Mitteln vorhanden ist oder beim Ablauf des Geschäftsjahres war. War der Gewinn bilanzmäßig vorhanden, so muß er vertheilt werden, auch wenn die flüssigen Mittel dazu nicht ausreichen. Der Reingewinn kann sich durch vortheilhafte Tauschgeschäfte gebildet haben, oder es können z. B. Waarenvorräthe oder sichere Hypotheken, aber kein baares Geld vorhanden sein. In solchen Fällen kann die Gesellschaft Darlehen aufnehmen, um die Dividende auszuzahlen, und es muß dies geschehen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag anderweite Vorschriften enthält oder anderweite Beschlüsse zuläßt (R.G. 11 S. 162).

Anm. 12. **Zusatz 1. Träger des Dividendenrechts.** Zur Erhebung der Dividende hat der Verkehr zwei Arten von Urkunden ausgebildet: den Talon und den Dividendenschein.

Der Talon, vom Gesetz Erneuerungsschein genannt (§ 230), ist dasjenige Legitimationspapier, auf Grund dessen die Dividendenscheine ausgehändigt werden. Er ist kein Inhaberpapier, sondern ein bloßes, eigenartig beschränktes Legitimationspapier (R.G. 3 S. 154; 4 S. 141; 31 S. 147; Behrend § 133; Dernburg II S. 345). In dem Taloninhaber wird der Besitzer der Aktie oder wenigstens der von diesem mit Erhebung der Dividendenscheine Ermächtigte vermuthet. Diese Vermuthung wird entkräftet durch den Widerspruch des Aktienbesitzers. In Kollisionsfällen hat daher der Letztere den Vorzug. Das ist schon früher vom R.O.H. (10 S. 319; 17 S. 31) angenommen worden und ist jetzt durch § 230 gesetzlich ausgesprochen. Die Rechtsprechung nahm früher an, daß der Talon Zubehör der Aktie ist (R.G. 3 S. 155; 4 S. 141). Mit den Vorschriften des B.G.B. (§§ 97, 90) verträgt sich diese Annahme nicht mehr, da hiernach nur körperliche Sachen Zubehörstücke sein können. Doch wird man berechtigt sein, die Pertinenzqualität im weiteren Sinne anzunehmen, und deshalb in Bezug auf Veräußerungen und Belastungen den Talon so zu behandeln, wie eigenthümliche Zubehörstücke, d. h. man wird annehmen müssen, daß die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung der Aktie sich im Zweifel auf den Talon erstreckt (§ 314 B.G.B.). Diese Quasipertinenzqualität kann durch selbstständige Verpfändungen, z. B. Verpfändung der Aktie ohne den Talon aufgehoben werden (R.G. 23 S. 270). Auch kann dem Talon Inhaberqualität beigelegt werden (Motive zum B.G.B. II S. 712), und zwar durch einen Vermerk in der Urkunde (§ 793 B.G.B.; Dernburg II S. 345).

Anm. 13. **Der Dividendenschein** wird bei Namensaktien nach allgemeiner Uebung auf den Inhaber gestellt. Nothwendig ist die Ausstellung eines Dividendenscheins nicht. Es kann die Geltendmachung des Dividendenrechts auch an die Vorlegung der Aktie geknüpft sein, und das ist der Fall, wenn kein Dividendenschein ausgegeben wird. Ist der Dividendenschein ausgegeben und auf den Inhaber gestellt, so ist er ein wahres Inhaberpapier, Schuldverschreibung auf den Inhaber nach § 793 B.G.B. Der staatlichen Genehmigung bedarf die Kreirung nicht, weil der Dividendenschein nicht auf eine bestimmte Summe lautet (§ 795 B.G.B.). Der Dividendenschein gilt im Falle der Verpfändung der Aktie nicht ohne Weiteres als mit verpfändet, sondern nur, wenn er mit übergeben wird (§ 1296 B.G.B.), bei Veräußerungen der Aktie gebührt dem Veräußerer ein entsprechender Theil der Dividende (§ 101 Nr. 1 B.G.B.), der nach Börsengebräuchen durch Vergütung von Stückzinsen ausgeglichen wird (Anm. 9 zu § 223). Der Dividendenschein ist selbstständig, auch ohne die Aktie, veräußerlich und der jedesmalige Präsentant des Dividendenscheines gilt der Gesellschaft gegenüber als der Berechtigte (R.G. 4 S. 142; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 586; Behrend § 133). Der Dividendenschein ist Träger des Dividendenrechts, als des bedingten Anspruchs auf Gewinn (oben Anm. 6) und Träger des Dividendenrechts als des unbedingt gewordenen Anspruchs auf Gewinn (oben Anm. 7), nicht aber Träger des Aktionärrechts auf Mitwirkung bei der Feststellung der Dividendenanspruchsbedingungen. Daraus folgt, daß nicht der Dividendenscheininhaber, sondern der Aktionär bei Feststellung der Dividende mitzuwirken hat, auch wenn der letztere den Dividendenschein bereits veräußert hat (R.G. 15 S. 99); der Aktionär, nicht der Dividendenscheininhaber, hat das Recht, die Bilanz anzufechten oder sonst Mitgliederrechte wahrzunehmen (R.G. 14 S. 170; Bolze 2 Nr. 1118). Daraus folgt ferner, daß die

Rechte des Dividendenscheininhabers nach Vorhandensein eines giltigen Generalversammlungsbeschlusses auf Gewinnvertheilung durch spätere Beschlüsse nicht mehr geschmälert werden können (R.G. 22 S. 114; vergl. oben Anm. 10).

Einwendungen sind zulässig gemäß § 796 B.G.B. (solche, welche die Giltigkeit der Ausstellung des Dividendenscheins betreffen; solche, welche sich aus der Urkunde ergeben; solche, welche dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen). Vergl. hierüber zu § 364. — Das Aufgebotsverfahren ist ausgeschlossen (§ 799 B.G.B.). Anm. 14.

Zusatz 2. Verjährung des Dividendenrechts. Dieselbe gestaltet sich verschieden, je nachdem ein Dividendenschein ausgegeben ist oder nicht. Ist kein Dividendenschein ausgegeben, so verjährt der Anspruch in 30 Jahren. Die kurze Verjährungsfrist des § 197 B.G.B. ist darauf nicht anwendbar, weil es sich weder um Zinsen (vergl. Dernburg II S. 44), noch um andere, regelmäßig wiederkehrende Leistungen handelt (R.G. 9 S. 35; 24 S. 205). Die Einführung kürzerer Verjährungsfristen kann im Statut geschehen (R.G. 9 S. 31). — Ist aber ein Dividendenschein ausgegeben, so muß derselbe innerhalb vier Jahren, gerechnet vom Schlusse des Fälligkeitsjahres, vorgelegt werden, widrigenfalls der Anspruch erlischt. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch innerhalb 2 Jahren seit dem Ablauf der Vorlegungsfrist. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gleich. In der Urkunde kann die Vorlegungsfrist anders bestimmt werden (alles dies bestimmt § 801 B.G.B.). Die letztere Bestimmung in der Urkunde ist natürlich nur giltig, wenn sie ordnungsmäßig beschlossen ist, d. h. durch Statutenbestimmung.

§ 214.

Die Antheile am Gewinne bestimmen sich nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so erhalten die Aktionäre aus dem vertheilbaren Gewinne vorweg einen Betrag von vier vom Hundert der geleisteten Einzahlungen; reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmt sich der Betrag nach einem entsprechend niedrigeren Satze. Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahrs zu leisten waren, werden nach dem Verhältnisse der Zeit berücksichtigt, welche seit dem für die Leistung bestimmten Zeitpunkte verstrichen ist.

Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Art der Gewinnvertheilung vorgesehen werden.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß regelmäßig die Aktienbeträge der Gewinnvertheilung zu Grunde zu legen sind (Absatz 1), daß ausnahmsweise aber auch der Betrag der Einzahlungen zu berücksichtigen ist (Absatz 2), daß aber alle diese Bestimmungen durch Statuten geändert werden können. Der Paragraph verdankt seine Entstehung einer Anregung Simons (in seinen und Makowers Beiträgen zur Beurtheilung des Entwurfs eines H.G.B. S. 65).

1. (Abs. 1.) Regelmäßig kommen die Aktienbeträge in Betracht, also der Nennwerth der Aktien, nicht der Betrag der geleisteten Einzahlungen. Anm. 1.
2. (Abs. 2.) Eine Ausnahme macht der Fall, daß die Einzahlungen nicht auf alle Aktien gleichmäßig geleistet sind. In diesem Falle erhalten die Aktionäre zunächst eine Vorzugsdividende bis zu 4% der geleisteten Einzahlungen, wobei auch die Zeit der Einzahlungen zu berücksichtigen ist. Anm. 2.

   Was nach Abzug dieser Vorzugsdividende übrig bleibt, wird nach Absatz 1, also nach Maßgabe der Nominalbeträge, vertheilt.

   Die Ausnahme greift aber nur Platz, wenn die Einzahlungen nicht auf alle Aktien gleichmäßig geleistet sind, wenn also auch nur ein einziger Aktionär vorhanden ist, der weniger eingezahlt hat, als die übrigen. Haben aber alle gleichmäßig eingezahlt, so erfolgt die Gewinnvertheilung nach dem Verhältniß der Aktienbeträge.

Als Einzahlung im Sinne des vorliegenden Paragraphen ist zu verstehen, was auf den Nennbetrag geleistet ist, also einerseits nicht, was auf das Agio geleistet ist, andererseits aber nicht bloß das baar Geleistete, sondern auch das durch Sacheinlagen Inferirte (Makower S. 456).

Wird die Einzahlung im Laufe des Vertheilungsjahres bewirkt (dies ist die Voraussetzung des § 214 Abs. 2 Satz 2), so wird die Einzahlung nicht vom Zeitpunkt ihrer Leistung, sondern ihrer Fälligkeit ab berücksichtigt. Die scheinbare Bevorzugung des nicht pünktlich einzahlenden Aktionärs wird ausgeglichen durch die Zinspflicht des § 218.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) Der Gesellschaftsvertrag kann alle diese Bestimmungen ändern. Er kann bestimmen, daß überhaupt nur diejenigen Aktionäre, welche die Volleinzahlung gemacht haben, an der Dividende participiren, oder er kann umgekehrt bestimmen, daß der Betrag der Einzahlungen in keiner Weise zu berücksichtigen und daher eine Vorzugsdividende nicht zu zahlen ist ꝛc.

§ 215.

Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre weder bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergiebt.

Für den Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebs erfordert, können den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden; der Gesellschaftsvertrag muß den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem die Entrichtung von Zinsen spätestens aufhört.

Einleitung. **Der Paragraph bestimmt, daß den Aktionären nicht feste Zinsen zu gewähren sind, sondern nur der jährliche Reingewinn unter sie vertheilt werden darf** (Abs. 1), mit einer in Abs. 2 normirten Ausnahme. Der Grund der Bestimmung ist die Absicht, das Gesellschaftsvermögen zum Schutze der Gläubiger und der Aktionäre selbst möglichst intakt zu halten und nicht mehr zu vertheilen, als vom wirthschaftlichen Standpunkte entbehrlich erscheint. Auch so noch ist die Bestimmung zu lax. Ein Geschäft kann nicht gedeihen, sich nicht entfalten, wenn ihm alljährlich die Gewinne entzogen werden. Die Gewinne müssen zum Theil wenigstens als Betriebsmittel erhalten werden. Kein Einzelkaufmann entzieht seinem Geschäfte die jährlichen Gewinne; in den Verträgen über Errichtung offener Handelsgesellschaften wird stets bestimmt, wie viel vom Gewinne die Gesellschafter jährlich entnehmen dürfen und daß sie den Rest dem Geschäfte belassen müssen. In Folge dessen treffen auch die Statuten der Aktiengesellschaften theils durch Bilanzansatzvorschriften, theils durch Vorschriften über die Vertheilung des Bilanzgewinnes, theils durch Autorisation der Generalversammlung Vorsorge, daß nicht der ganze Geschäftsgewinn alljährlich vertheilt, sondern daß gewisse Theile dem Geschäfte erhalten, reservirt bleiben (vergl. zu § 260).

Soweit aber das Statut solche Vorsorge nicht trifft, muß Alles vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als reiner Gewinn ergiebt. Aber darüber hinaus darf nichts vertheilt werden, außer in den Formen einer Kapitalherabsetzung nach § 288.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Regelmäßig dürfen nicht Zinsen, sondern nur der jährliche Reingewinn vertheilt werden.**

a) **Nicht Zinsen.** Das will sagen: Für die gemachten Einlagen dürfen nicht bestimmte periodische Leistungen zugesichert und gewährt werden. In manchen Statuten ist von Zinsen die Rede, wenn den Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende zugesichert wird. Handelt es sich dabei um Bezüge aus dem Reingewinn, so kommt es auf die Bezeichnung Zinsen nicht an.

Das Verbot bezieht sich auch auf Zinsversprechen an einen einzelnen Aktionär (R.O.H. 17 S. 388).

b) **Nur der aus der jährlichen Bilanz sich ergebende Reingewinn ist vertheilbar.** Anm. 2.

Die Vorschrift besagt das Gleiche wie § 213: Dort ist im Gegensatze zu dem Anspruch auf Rückforderung der Einlagen, welcher vom Gesetze abgelehnt wird, gesagt, daß der Aktionär nur den Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat; hier wird im Gegensatze zu dem Anspruch auf Zinsen, welcher abgelehnt wird, ebenfalls gesagt, daß der Aktionär nur den Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat. Es ist hier der Gedanke nur in etwas anderer Weise zum Ausdruck gebracht, nämlich unter der Hervorhebung, daß der aus der jährlichen Bilanz sich ergebende Reingewinn maßgebend ist. Es sei deshalb im Anschluß hieran hier bemerkt, daß eine Abschlagsdividende im Laufe des Geschäftsjahres unzulässig ist (Behrend § 133).

Im Uebrigen kann in Folge der Identität der Vorschrift mit § 213 auf die Erläuterungen zu dem letzteren verwiesen werden.

c) **Scheinbare Ausnahmen von dieser Regel** (eine wirkliche Ausnahme behandelt Abs. 2) **sind die Fälle der Dividendengarantie und das Vorhandensein eines Dividendenergänzungsfonds.** Anm. 3.

a) Die Dividendengarantie.[1]) Es ist zulässig, daß ein Dritter, etwa der Staat, der Gesellschaft gegenüber eine Dividendengarantie übernimmt (vergl. § 180 Abs. 2). Was dieses Wort wirtschaftlich bedeutet, liegt auf der Hand. Die juristische Bedeutung liegt nicht in einer Verbürgung. Dazu fehlt es an der Hauptschuld. Denn die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, Dividenden zu gewähren, wenn sie keinen Reingewinn erzielt hat. Hier aber wird gerade für diesen Fall ein Zahlungsversprechen geleistet. Vielmehr liegt darin die auf einer Schenkung, einem Darlehn, einem Gesellschaftsvertrage oder irgend einem andern Rechtsgrunde beruhende Verpflichtung, das Gesellschaftsvermögen durch einen bestimmten Betrag zu einem bestimmten Zwecke zu vermehren. (Behrend § 133 Anm. 28; Ring Anm. 2 zu Art. 217.) In das Gebiet der Vertragsauslegung gehört die Frage, ob die Rentenzusage auch eine Rentabilitätszusage ist, sodaß der Garant auch zur Deckung eines Bilanzverlustes verpflichtet ist (im Zweifel wohl nicht), ob, wenn während der Garantiezeit das Aktienkapital erhöht oder reduzirt ist, die Dividende auf das veränderte Kapital gezahlt werden muß (regelmäßig zu verneinen). Allgemeine Regeln hierüber, wie sie Hachenburg aufstellt, beruhen auf Willkür (vergl. Cohn, Ring). Zweifelhaft ist insbesondere, ob die Gesellschaft oder die Aktionäre die Berechtigten sind. Regelmäßig wird das erstere anzunehmen sein (R.O.H. 22 S. 226). Für den Fall, daß die Garantie in der Aktie oder dem Dividendenschein Ausdruck gefunden hat, will Behrend § 133 Anm. 29 schlechtweg dem Aktionär das Recht geben; allein in solcher Allgemeinheit ist die Annahme nicht gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn die Urkunde einen Vermerk enthält, aus welchem deutlich hervorgeht, daß der Aktionär dem Garanten gegenüber der Berechtigte sein soll. Der Vermerk auf der Urkunde kann sehr wohl auch andere Bedeutung haben. Ist die Gesellschaft die Berechtigte, so sind die Organe derselben den Aktionären gegenüber verpflichtet, das so Erhaltene nur zu dem bestimmten Zwecke zu verwenden. Entgegenstehende Maßnahmen sind unberechtigt, und verpflichten den Vorstand zum Schadensersatz; entgegenstehende Generalversammlungsbeschlüsse aber sind nur anfechtbar, wenn eine gesetzliche oder statutarische Bestimmung dabei verletzt ist. Sonst ist die Generalversammlung Herrin des Gesellschaftsvermögens und kann es auch zu anderen Zwecken verwenden, als es ursprünglich bestimmt war. Ein unentziehbares Sonderrecht des einzelnen Aktionärs auf Auszahlung bestimmter Summen liegt aber im Zweifel nicht vor. Eine Ausnahme von dem Prinzipe der in diesem Absatze niedergelegten Gesetzesvorschrift liegt bei der Dividendengarantie um des-

[1]) Literatur: Hachenburg bei Holdheim 1892 S. 102; Georg Cohn bei Holdheim 1893 S. 191; Ring Anm. 2 zu Art. 217.

halb nicht vor, weil diese Vorschrift nur verbietet, daß die Gesellschaft aus ihren Erträgnissen feste periodische Zahlungen leistet. Hier spielt sie, wenn sie auch juristisch anspruchsberechtigt ist, wirthschaftlich doch nur den Zahlungsvermittler zwischen dem Garanten und den Aktionären. Sie ist wirthschaftlich nur die Zahlstelle.

Anm. 4. β) Das Vorhandensein eines Dividendenergänzungskontos oder -ergänzungsfonds. Die Zulässigkeit desselben ist nicht zweifelhaft. Auch dies ist nur eine scheinbare Ausnahme. Verbieten will das Gesetz nur, daß mehr vertheilt wird, als verdient ist. Es bleibt aber der Selbstbestimmung der Gesellschaft überlassen, den Reingewinn eines Jahres aufzusparen für spätere Jahre. Solche Aufsparung liegt stets in dem sogenannten Gewinnvortrage. Aus Besorgniß, daß das nächste Jahr nicht genug ertragreich sein werde, oder auch aus dem rein formellen Grunde, weil der zur Vertheilung gebrachte Prozentsatz eine runde Ziffer ergab und einen kleinen Gewinnst übrig ließ, der, wenn er mitvertheilt worden wäre, einen unhandlichen Bruchtheil ergeben hätte, wird der Rest des Gewinnes zurückbehalten und einem besonderen Reservekonto oder dem Gewinnkonto für das nächste Jahr einverleibt. Derartige Konten können auf statutarischer Anordnung beruhen und sind alsdann zulässig (vergl. zu § 262). Wenn sie sonst gebildet werden, so ist dies anfechtbar. Ueber den Gewinnvortrag siehe noch den Zusatz zu § 262.

Anm. 5. II. (Abs. 2.) **Ausnahmsweise ist das Ausbedingen von Zinsen gestattet (Bauzinsen).** (Zur Literatur hierüber vergl. Keyßner in Busch Archiv 32 S. 99 ff.; Renaud, Rechtliche Gutachten herausgegeben von Hergenhahn Bd. 1 S. 309 ff.; R.O.H. 22 S. 11 (Plenum) und 19). Die Bestimmung wird praktisch damit gerechtfertigt, daß die Betheiligung an manchen Aktienunternehmen eine nur geringe sein würde, wenn dem Aktionär zugemuthet würde, während der langen Vorbereitungszeit jede Vergütung für die Einlage zu entbehren (Motive z. Akt.Ges. von 1884 I S. 242). Sie ist aber bedenklich, weil sie dem Prinzipe widerspricht, daß die Aktiengesellschaft nur das vertheilen soll, was sie an Gewinn erzielt hat. Die von den Motiven zum Aktiengesetze von 1884 in Anlehnung an Keyßner a. a. O. versuchte theoretische Rechtfertigung, daß eine Wertherzeugung durch die Errichtung des betriebsfähigen Ganzen aus seinen einzelnen Theilen vorliegt, erscheint schon deshalb gewagt, weil der so erzielte Werthsüberschuß doch nicht immer dem Betrage der gezahlten Zinsen gleichkommt.

Diese Ausnahme hat ihre besondere Rechtsnatur und gilt nur unter besonderen Voraussetzungen.

Anm. 6. 1. **Die Rechtsnatur des Bauzinsenversprechens.** Es sind nicht wirkliche Zinsen. Denn es fehlt am Hauptanspruch, am geschuldeten Kapital, der Aktienbetrag ist Einlage, die nicht zurückerstattet werden kann (vergl. Dernburg II S. 44). Aber sie werden rechtlich wie Zinsen behandelt. Der Anspruch auf Bauzinsen ist ein reines Gläubigerrecht. Einmal ausbedungen, unterliegt der Anspruch nicht mehr der Bestimmung der Generalversammlung, auch eine Statutenänderung kann den Anspruch weder aufheben noch schmälern. Er ist ein Forderungsrecht, wie der Dividendenanspruch nach der Feststellung durch die Generalversammlung (vergl. R.O.H. 22 S. 21; Ring Anm. 10 zu Art. 217; Behrend § 118 Anm. 16; vergl. Anm. 10 zu § 213; anders Lehmann in Kohler und Ring's Archiv Bd. 9 S. 388: Mitgliedsrecht, aber unentziehbares Sonderrecht). Aber auch erhöht oder zeitlich verlängert kann der Zinsanspruch durch spätere Majoritätsbeschlüsse nicht werden. Das würde die Ausnahme des Abs. 2 ausdehnen und im Widerspruche mit der Regel des Abs. 1 stehen (vergl. Keyßner in Busch Archiv Bd. 8 S. 411; Ring Anm. 10 zu Art. 217).

Bilanzmäßig gehören die gezahlten Bauzinsen zu den Herstellungskosten und erscheinen daher unter den Aktiva, wenn der wahre Werth des Hergestellten dies zuläßt (Simon, Bilanzen S. 378 ff.; Behrend § 133 Anm. 26; Pinner S. 104; Cosack S. 653).

Anm. 7. 2. **Die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen des Bauzinsversprechens** sind:

a) Das Versprechen muß im Gesellschaftsvertrage abgegeben sein und zwar nur im ursprünglichen (Oberstes L.G. München in G.Z. 40 S. 475; Pinner S. 103;

anders Behrend § 133 Anm. 26). Für die erstere Ansicht spricht schon der Umstand, daß unter dem „Unternehmen", während dessen Vorbereitung die Zinsen gezahlt werden sollen, das Gesellschaftsunternehmen im Sinne des § 182 Nr. 2, die Basis der Gründung zu verstehen ist (vergl. auch Cosack S. 653: „für die ersten Jahre nach Gründung des Vereins"). Uebrigens sind ja die Bauzinsen im Grunde genommen nichts anderes als Kapitalszrückzahlungen (vergl. Dernburg II S. 44), und solche können auf dem Wege einfacher Statutenänderung nicht beschlossen werden (vergl. § 288).

b) Die Zinsen müssen in bestimmter Höhe fixirt sein. Sonst ist die ganze Vorschrift unwirksam (Förtsch Anm. 5 zu Art. 217). Anm. 8.

c) Sie müssen für eine bestimmte Kalenderzeit festgesetzt sein, welche die Vorbereitung des Unternehmens erfordert. Anm. 9.

α) Ist der Zeitraum nicht kalendermäßig bestimmt, so ist das Zinsversprechen ungiltig. Das geht jetzt aus § 215 Abs. 2 Satz 2 klar hervor, ist aber auch schon nach früherem Rechte angenommen worden (R.O.H. 22 S. 13 ffg.). Es genügt daher nicht, wenn im Gesellschaftsvertrage nur die Bauzeit als Frist genannt ist. Auch aus der staatlichen Konzessionsurkunde kann die Ergänzung der Frist nicht entnommen werden (R.O.H. 22 S. 22). Ist die Frist abgelaufen, so hört die Zinszahlung auf, auch wenn die Vorbereitung des Unternehmens noch nicht beendet ist (R.O.H. 22 S. 13 ffg.).

β) Diejenige Zeit, welche die Vorbereitung des Unternehmens erfordert, ist das Maximum. Ist die Frist zwar noch nicht abgelaufen, die Vorbereitung aber schon beendet, so hört die Zinszahlung auf. Ungültig ist daher die beliebte Statutenbestimmung, daß die Zinszahlung in einem gewissen markirten Zeitabschnitt nach der Beendigung der Vorbereitung aufhört, z. B. am Schlusse des betreffenden Jahres u. s. w. (vergl. Keyßner a. a. O.; Ring Anm. 10 zu Art. 217). Anm. 10.

Zusatz. Die Vorschriften des Paragraphen sind auf ältere Gesellschaften anwendbar. Sie entsprechen ja auch dem älteren Recht. Aber wenn die vor der Einführung des H.G.B. errichteten Gesellschaften in ihren Statuten feste Aktienzinsen zugesichert haben, so ist die Bestimmung aufgehoben. Daß damit sogenannte wohlerworbene Rechte verletzt werden, verschlägt gegenüber dieser öffentlich-rechtlichen Vorschrift nicht (vergl. R.G. 22 S. 1, Anm. 4 ffg. zu § 178). Anm. 11.

§ 216.

Für wiederkehrende Leistungen, zu denen die Aktionäre nach dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen verpflichtet sind, darf eine den Werth der Leistungen nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergiebt.

Die Vorschrift gestattet, ohne Rücksicht auf die Höhe des Reingewinnes, die Bezahlung von Aequivalenten für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre bis zur Grenze des Werthes derselben. Einleitung.

1. **Aequivalente für wiederkehrende Leistungen dürfen bezahlt werden.** Die Vorschrift erschien deshalb nothwendig, weil es sonst hätte zweifelhaft sein können, ob nicht § 213 der Zahlung entgegengestanden hätte. Denn nach diesem Paragraphen können die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern, und die wiederkehrenden Leistungen, die ihnen nach § 212 auferlegt werden können, sind eine Art Einlage. Anm. 1.

2. **Bis zur Grenze des Werthes der Leistungen.** Anm. 2

a) Der Werth der Leistung zur Zeit, wo sie erfolgt, ist gemeint, der Preis, den die Gesellschaft auch sonst für die Leistung gezahlt hätte, wenn ein Fremder sie gemacht hätte, ist der Maximalpreis, den sie dem Aktionär zahlen darf. Nachheriges Sinken des Werthes hindert die Auszahlung des Werthes, den die Leistung zur Zeit hatte, wo sie erfolgte, nicht. Späteres Steigen berechtigt nicht zu entsprechender Mehrzahlung.

b) Dieser Werth ist der Maximalpreis, den die Gesellschaft zahlen darf. Geringere Zahlungen sind natürlich gestattet. Verabredungen nach dieser Richtung sind statthaft. Zahlungen über diesen Maximalbetrag dagegen begründen die Haftung des Anm. 3.

Aktionärs gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 217 und die Haftung der Gesellschaftsorgane nach § 241 Nr. 1 und § 249. Ob auch der Gesellschaft gehaftet wird, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. Anm. 16 flg. zu § 217). In diesen Rechtsstreitigkeiten wird die Frage des Werthes ausgetragen. Dabei wird natürlich dem freien Ermessen der Verwaltungsorgane ein gewisser Spielraum gelassen werden müssen und nur bei exorbitanten Werthsüberschreitungen werden die gesetzlichen Folgen einzutreten haben.

§ 217.

Die Aktionäre haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit sie den Vorschriften dieses Gesetzbuchs entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben. Was ein Aktionär im guten Glauben als Gewinnantheil oder als Zinsen bezogen hat, ist er in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet.

Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern gegen die Aktionäre zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.

Die nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche verjähren in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung an.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph begründet eine Haftung des Aktionärs gegenüber den Gläubigern wegen Empfangnahme von gesetzwidrigen Zahlungen.** Nach unserer Ansicht liegt darin eine Neuerung. Nach einer weit verbreiteten Ansicht war eine solche direkte Haftung auch früher schon Rechtens (vergl. unsere 5. Auflage § 6 zu Art. 218).

Nach unserer Ansicht giebt aber dieser Paragraph implicite auch Regeln über den Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen.

Es ist daher auseinanderzuhalten: 1. der Anspruch der Gläubiger auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären, 2. der Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären.

I. Der Anspruch der Gläubiger auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen von den Aktionären.

Anm. 1. 1. **Wer haftet?** Die Aktionäre, sagt Absatz 1. Dem Aktionär steht aber in dieser Hinsicht gleich der Dividendenscheininhaber, auch wenn er nicht Aktionär ist (vergl. R.O.H. 18 S. 157; Behrend § 133 Anm. 31). Denn der Dividendenschein giebt ihm nur den Anspruch auf gesetzliche Zahlungen. Die Folgen ungesetzlicher Zahlungsempfangnahme muß er als Korrelat jenes Rechts auf sich nehmen. Die hier statuirte Haftung ist ja überhaupt nicht eine Folge der Aktionäreigenschaft, sondern eine rechtliche Folge der mißbräuchlichen Ausübung der Aktionärrechte (vergl. Anm. 15 zu § 178). Diese Rechtsfolge trifft den, der sich der mißbräuchlichen Ausübung der Aktionärrechte schuldig macht, also den Dividendenscheininhaber, wenn er das ihm solchergestalt zustehende Aktionärrecht auf Dividendenbezug mißbräuchlich ausübt.

Ob die Genußscheininhaber ebenso haften, darüber entscheidet die rechtliche Natur der Genußscheine. Vergl. den Exkurs zu § 179. Ergiebt derselbe, daß sie Aktionärrechte verbriefen, so haften sie ebenso, sonst nicht.

Auf Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder und auf Beamte der Gesellschaft hinsichtlich deren Tantiemen bezieht sich der Paragraph nicht. Hier können Haftungen aus anderen Gründen eintreten.

Anm. 2. 2. **Wem wird gehaftet?** Den Gläubigern der Gesellschaft. Wenigstens spricht unser Paragraph zunächst nur davon (ob auch der Gesellschaft gehaftet wird, darüber unten Anm. 16). Von den Gläubigern kann jeder einzelne den Anspruch geltend machen, jeder in Höhe seiner Forderung. Durch Zahlung an die Gesellschaft, sofern auch diese im gegebenen Falle ein Rückforderungsrecht hat, ist der Aktionär befreit. Desgleichen ist er durch Zahlung an

einen gegenüber allen übrigen Gläubigern befreit. Er kann auch den zweiten Gläubiger, der ihn in Anspruch nimmt, befriedigen, und kann die Zahlung dem ersten, der sich an ihn wandte, entgegenhalten. Bestreitet er den Rückzahlungsanspruch und wird er von zwei Gläubigern auf denselben Betrag verklagt, so kann er zwar nicht Rechtshängigkeit einwenden, wohl aber Aussetzung des zweiten Prozesses beantragen. Es gilt hier im Allgemeinen dasselbe wie bei der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern (vergl. daher Anm. 8 ffg. zu § 171). Das Recht ist demgemäß auch kein subsidiäres; vielmehr kann es von den Gläubigern geltend gemacht werden, ohne daß sie vorher gegen die Gesellschaft vorgingen. Es ist nicht, wie im § 241 Abs. 4 der Nachweis nöthig, daß der Gläubiger von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen kann (Pinner S. 106). — Gegenüber der Klage stehen dem belangten Aktionär alle Einwendungen zu, welche die Gesellschaft vorbringen kann, weil der klagende Gläubiger ja nur dann einen Anspruch an den Aktionär hat, wenn er Gläubiger der Gesellschaft ist.

Im Konkurse der Gesellschaft macht der Konkursverwalter das Recht geltend (Abs. 2). Anm. 3.
Wie dieses Recht des Konkursverwalters zu konstruiren, darüber siehe Anm. 7 zu § 171
Hat der Gläubiger vorher geklagt und schwebt der Prozeß noch, so kann der Konkursverwalter in denselben eintreten.

3. Voraussetzungen der Haftung.

a) Objektive Voraussetzung ist, daß die Zahlung entgegen den Vor- Anm. 4.
schriften des Gesetzes empfangen worden ist. Dahin gehören unrechtmäßige Bauzinsen, unrechtmäßige Dividenden, unrechtmäßige Liquidationserlöse, übermäßige Vergütungen für wiederkehrende Leistungen gemäß § 216.

Hinsichtlich der Dividenden ist zu bemerken, daß eine Dividende, welche bei Aus- Anm. 5.
zahlung unrechtmäßig war, noch hinterher rechtmäßig werden kann, durch Nichtanfechtung des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses, wenigstens soweit nicht öffentlich-rechtliche und unverzichtbare Vorschriften verletzt sind. In diesem Falle fällt die objektive Voraussetzung des Rückzahlungsanspruchs und damit dieser selbst fort, auch wenn der Empfänger mala fide die Zahlung in Empfang nahm. Das gilt zufolge der Ausführungen unten Anm. 19 für den Anspruch der Gesellschaft. Für die Gläubiger aber kann nichts Anderes gelten, weil die Haftung den Gläubigern gegenüber dann nicht begründet ist, wenn über das Vereinsvermögen in giltiger Weise disponirt ist, wenn die Vertheilung auf Beschlüssen und Dispositionen beruht, welche innerhalb des Machtbereiches der Aktionäre liegen. Die Nichtanfechtung eines nur gegen Dispositivvorschriften verstoßenden Beschlusses aber ist eine hiernach berechtigte Disposition (anders Pinner S. 105).

Wenn dagegen der Dividendenvertheilungsbeschluß, auf Grund dessen die Aus- Anm. 6.
zahlung erfolgt ist, mit Erfolg angefochten wird, dann wird der Fall der im vorliegenden Paragraphen angeordneten Haftung praktisch (Cosack S. 567). Dann ist die Haftung an sich begründet und der Aktionär ist nur im Falle seines guten Glaubens vor Rückzahlungen geschützt.

Bei sonstigen Zahlungen kann sich die gleiche Gestaltung ergeben. Es verletzt Anm. 7.
z. B. ein Generalversammlungsbeschluß auf Vertheilung von Liquidationserlösen die betreffenden statutarischen Bestimmungen, der Beschluß aber wird nicht angefochten. Er wird dadurch giltig und die Aktionäre, welche den Liquidationserlös auf Grund jenes Beschlusses empfangen haben, bleiben im Besitze desselben, weil der Empfang nachträglich giltig geworden ist. Anders aber, wenn öffentlich-rechtliche und unverzichtbare Vorschriften verletzt sein sollten, wenn z. B. beschlossen ist, zu vertheilen, ehe alle Gläubiger befriedigt sind. In diesem Falle bleibt der Beschluß, besonders den Gläubigern gegenüber, unrechtmäßig und ebenso die daraufhin geleistete Zahlung.

Sind Vorschriften des Gesetzes nicht verletzt, sind insbesondere auch die Gläubiger- Anm. 8.
schutzvorschriften des § 301 beachtet, so kann ein nachträglich sich meldender Gläubiger weder verlangen, daß die Gesellschaft gegen die Aktionäre, welche den Liquidationserlös empfangen haben, vorgeht, damit sie ihn zurückzahlen, denn die Gesellschaft hat einen

solchen Anspruch nicht (vergl. unten Anm. 20), noch kann er auf Grund des § 217 selbst gegen ihn vorgehen. Denn in solchen Fällen haben die Aktionäre die Zahlungen nicht „den Vorschriften des Gesetzbuchs entgegen", sondern in Gemäßheit der Vorschriften des Gesetzbuches empfangen. Ein Anspruch auf rechtlose Bereicherung ist dem Gläubiger ebenfalls versagt, weil dies ja wieder auf eine Haftung nach § 217 hinauslaufen würde, die Frage aber, inwieweit Aktionäre die von ihnen zum Nachtheil der Gläubiger empfangenen Zahlungen an dieselben zurückzuzahlen haben, nunmehr im § 217 erschöpfend geregelt ist.

Anm. 9. Gleichgiltig ist hier überall für die Existenz des Gläubigeranspruchs, ob die Gesellschaft selbst im Einzelfalle einen Anspruch auf Rückzahlung deshalb nicht hat, weil die Gesellschaftsorgane bei der Auszahlung sich nicht im Irrthum befanden (Denkschrift S. 135). Denn immerhin liegt in diesem Falle eine unberechtigte Disposition über Gesellschaftsvermögen vor.

Anm. 10. b) In zwei Fällen muß noch eine subjektive Voraussetzung hinzutreten: der böse Glaube des Empfängers. Nämlich bei Empfangnahme von Dividenden und Zinsen, nicht auch bei Empfangnahme von Liquidationserlösen und übermäßigen Vergütungen für wiederkehrende Leistungen. Unter Zinsen sind Bauzinsen zu verstehen. Sonstige Zinsen sind nach § 215 überhaupt unzulässig; werden sie trotzdem gezahlt und in Empfang genommen, so schützt der gute Glaube nicht vor der Pflicht zur Rückzahlung.

Anm. 11. α) Der böse Glaube ist vorhanden, wenn dem Empfänger bekannt war oder aus grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war, daß die Zahlung unrechtmäßig ist (vergl. § 932 Abs. 2 B.G.B.). Entscheidend ist der Zeitpunkt des „Beziehens". Die Einrede steht natürlich auch dem Dividendenscheininhaber zu, wenn dieser belangt wird (R.O.H. 18 S. 159).

Anm. 12. β) Der böse Glaube braucht dem Aktionär nicht bewiesen zu werden. (So auch Makower S. 462; anders Cosack S. 657). Mag auch sonst der gute Glaube präsumirt werden (z. B. im § 932 B.G.B.), so deutet die Stellung der beiden ersten Absätze hier doch auf die gegentheilige Beweislast hin. Denn im ersten Satz ist die Regel ausgesprochen, daß der Aktionär für Verbindlichkeiten haftet, wenn er gesetzwidrige Zahlungen empfangen hat. Der Satz 2 enthält eine Ausnahme von dieser gesetzlichen Regel für die bestimmten Fälle. Die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift hat aber der zu beweisen, der sich auf diese stützt (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg.). Uebrigens entspricht es allgemeinen Grundsätzen, daß, wer die Haftung wegen Gesetzwidrigkeit aus besonderem Grunde ablehnen will, die Beweislast hat.

Anm. 13. γ) Der gute Glaube ist z. B. bei Bauzinsen vorhanden, wenn der Betrieb vor dem Ende der im Statut vorgesehenen Baufrist eröffnet wurde, ohne daß der Aktionär dies wußte.

Anm. 14. Als Gewinnantheil hat der Dividendenscheininhaber die Dividende auch dann empfangen, wenn für das betreffende Jahr gar keine Dividende vertheilt werden sollte. Er hat dann ebenfalls eine Zahlung erhalten entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs, aber als Gewinnantheil, und wenn er im guten Glauben dabei war, so ist er geschützt.

Anm. 15. 4. **Verjährung des Anspruchs.** Der Anspruch der Gläubiger verjährt in fünf Jahren vom Empfange der Zahlung ab. Im Uebrigen finden die Vorschriften des B.G.B. über die Verjährung hier Anwendung. Vergl. daher bei uns Anm. 10 ffg. zu § 159. Ist der Anspruch des Gläubigers an die Gesellschaft verjährt, so kann der Aktionär auch dies vorschützen, weil ihm alle Einwendungen zustehen, welche die Gesellschaft vorbringen kann (vergl. oben Anm. 2).

Anm. 16. **II. Der Anspruch der Gesellschaft auf Rückforderung rechtswidriger Zahlungen an die Aktionäre.**

1. **Wer haftet?** Hier in Rede steht nur eine Haftung der Aktionäre, denen die Dividendenscheininhaber gleichstehen und die Genußscheininhaber, sofern der Genußschein den Genuß

von Aktienrechten verbrieft (vergl. hierüber Anm. 1). Inwieweit Vorstands-, Aufsichtsrathsmitglieder und Beamte der Gesellschaft haften, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Paragraphen und wird von uns hier nicht erörtert.

2. **Wem wird gehaftet?** Hier handelt es sich um einen Anspruch der Gesellschaft. Derselbe ist in dem vorliegenden Paragraphen nicht ausdrücklich statuirt, aber auch nicht beseitigt. Ja nach unserer Ansicht sind sogar für den Anspruch der Gesellschaft hier zwei Regeln gegeben: der Ausschluß der Rückzahlung für den Fall des guten Glaubens des empfangenden Aktionärs (Abs. 1) und die Verjährung von fünf Jahren (Abs. 3). Anm. 17.

3. **Voraussetzung der Haftung.** Anm. 18.

a) Objektive Voraussetzung ist die rechtswidrige Zahlung. Dahin gehören auch hier unrechtmäßige Bauzinsen, unrechtmäßige Dividenden, unrechtmäßige Liquidationserlöse, übermäßige Vergütungen für wiederkehrende Leistungen gemäß § 216.

Bei Zahlungen, die auf Generalversammlungsbeschlüssen beruhen, ist auch hier, wie oben Anm. 5 zu bemerken, daß ein ungiltiger Generalversammlungsbeschluß durch Nichtanfechtung giltig wird, soweit verzichtbare Vorschriften in Frage kommen. Tritt solche Giltigkeit nachträglich ein, so wird der Beschluß rückwärts giltig und die auf Grund des Beschlusses erfolgte Zahlung wird rückwärts des Charakters der Rechtswidrigkeit beraubt, so daß diese objektive Voraussetzung wegfällt und die Rückforderung daher ausgeschlossen ist, selbst wenn der Empfänger mala fide war. Anders hatte das R.O.H. 18 S. 157 entschieden, jedoch nach dem Aktienrecht vor der Novelle von 1884, als die Anfechtung der Beschlüsse noch nicht geregelt war, besonders in dem Sinne, daß auch der Vorstand für die Gesellschaft anfechten kann. Unseren Anschauungen ist Neukamp S. 88 beigetreten; desgleichen Adler (in Ihering's Jahrbüchern 33 S. 173). Das Reichsgericht dagegen hat, wenn auch nur gelegentlich, so doch deutlich den gegentheiligen Standpunkt vertreten (Bd. 32 S. 96). Es meint, daß die neuen Vorschriften über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen an der älteren Judikatur nichts zu ändern vermögen, weil die Bestimmung der Anfechtungsfrist „nur auf die Rechte der Anfechtungsberechtigten, nicht auf die Rechte der Gesellschaft einen beschränkenden Einfluß habe". Der Grund ist nicht zutreffend, weil zu den Anfechtungsberechtigten eben auch die Gesellschaft (durch ihren Vorstand) gehört. Es muß daher daran festgehalten werden, daß den durch Nichtanfechtung giltig gewordenen Generalversammlungsbeschluß jeder Aktionär für sich geltend machen kann, wie er ihn auch gegen sich gelten lassen muß, wenn er ihm nachtheilig ist. Er kann daher die solcher Gestalt festgestellte Dividende verlangen, auch wenn er persönlich der Ansicht ist, sie sei zu hoch, wie er sie umgekehrt nicht verlangen kann, wenn er auch der Ansicht wäre, sie sei zu Unrecht nicht zur Vertheilung gelangt oder zu niedrig. Anm. 19.

Wenn dagegen der Beschluß mit Erfolg angefochten ist, so ist die objektive Voraussetzung der rechtswidrigen Zahlung vorhanden, und es kommt nunmehr noch darauf an, ob die subjektiven Voraussetzungen vorhanden sind.

Ist ein Liquidationserlös in diesem Sinne unrechtmäßig ausgezahlt, wenn die Gläubigerschutzvorschriften beobachtet sind, sich aber nachträglich ein Gläubiger meldet? Wir müssen dies verneinen (vergl. oben Anm. 1). Wenn auch § 300 den Grundsatz ausspricht, daß das nach Berichtigung der Schulden vorhandene Vermögen vertheilt werden soll, so ist dies doch nur ein Axiom, dessen Inhalt im § 301 ausgeführt ist. Vertheilt wird eben alles, was übrig bleibt nach Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten Gläubiger. Ein unbekannt gebliebener Gläubiger bleibt unberücksichtigt. Und die Aktionäre haben einen obligatorischen Anspruch darauf, daß ihnen das, was übrig bleibt nach Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten Gläubiger, ausgezahlt wird und demgemäß nichts verbleibt. Daß der gute Glaube des Aktionärs bei Auszahlung des Liquidationserlöses nicht gefordert wird, um einen Rückzahlungsanspruch zu begründen, hat eine andere Bedeutung. Das führt dazu, es bei objektiv ungehörig durchgeführter Liquidation für unerheblich zu erklären, ob der Aktionär in gutem Glauben darüber war, daß der Liquidationsbeschluß oder der Vertheilungsplan in Ordnung war oder ob die Anm. 20.

Gläubigerschutzvorschriften beobachtet sind. Aber wenn alles dies objektiv in Ordnung ist, so hat er einen definitiven Anspruch auf die Liquidationsraten, nach dessen Erledigung ihm der Betrag nicht wieder entrissen werden kann, nicht vom Gläubiger (vergl. oben Anm. 8) und nicht von der Gesellschaft. Auch im Falle der Einleitung einer neuen Liquidation gemäß § 302 Abs. 4 ändert sich daran nichts. Die Thatsache, daß die Liquidation durchgeführt und beendet ist, wird dadurch nicht beseitigt (vergl. zu § 302).

Anm. 21. b) Die subjektiven Voraussetzungen sind die vom bürgerlichen Recht für Rückforderungsansprüche vorgesehenen. Es greifen hier §§ 812 ffg. B.G.B. Platz. Danach müssen die Gesellschaftsorgane im Irrthum gewesen sein über ihre Verpflichtung zur Dividendenzahlung. Haben sie, — was der Aktionär beweisen muß — gewußt, daß ein Dividendenanspruch nicht bestand, so ist die Gesellschaft zur Rückforderung nicht berechtigt (es sei denn, daß in solcher Zahlung Seitens des Vorstandes ein absichtliches Handeln zum Nachtheil der Gesellchaft und in dem Wissen des Empfängers eine Kollusion zu erblicken). Aber wenn ein Anspruch der Gesellschaft nicht besteht, so kann freilich noch ein Gläubigeranspruch bestehen (vergl. oben Anm. 9).

Anm. 22. Das Gesetz verlangt aber bei Zinsen und Dividenden (nicht auch bei sonstigen rechtswidrigen Zahlungen) noch eine weitere subjektive Voraussetzung und zwar auf Seiten des Aktionärs, nämlich den bösen Glauben. Denn indem Abs. 1 sagt, daß der Aktionär „in keinem Falle" das als Zins oder Dividende Empfangene zurückzuzahlen braucht, ist damit auch ein etwaiger Anspruch der Gesellschaft ausgeschlossen (so auch Makower S. 463; anders Pinner S. 106). Das dürfte der Wortlaut des Abs. 1 deutlich ergeben und geht auch aus der Denkschrift S. 135 hervor, nach welcher die gutgläubigen Aktionäre in demselben Umfange geschützt werden sollten, wie früher. Früher aber war im Art. 218 der gutgläubige Aktionär in erster Linie gegen den Rückforderungsanspruch der Gesellschaft geschützt. Näheres über den bösen Glauben (Begriff; Beweislast; Beispiele) siehe oben Anm. 10—14.

Anm. 23. 4. **Verjährung des Gesellschaftsanspruchs.** Auch dieser verjährt in fünf Jahren. Denn es muß unserer Ansicht nach angenommen werden, daß sich Abs. 3 auch auf den Gesellschaftsanspruch bezieht. Unmittelbar ergiebt sich das als richtig, wenn man zugiebt, daß auch Abs. 1 sich in gewisser Hinsicht auf den Gesellschaftsanspruch bezieht (vergl. Anm. 22). Es leuchtet aber auch ohne dies ein, daß der Gesetzgeber allen Verjährungsansprüchen von Zinsen und Dividenden ein kurzes Ziel setzen wollte, um den Aktionär in absehbarer Zeit gegen solche Rückforderungen zu sichern.

Der Wortlaut des Abs. 3 steht auch nicht gerade entgegen. Die „nach diesen Vorschriften begründeten Ansprüche" unterliegen der fünfjährigen Verjährung. Das kann sehr wohl bedeuten: diejenigen Ansprüche, welche nach diesen Vorschriften begründet erscheinen, also auch der Gesellschaftsanspruch, soweit nicht der Einwand des guten Glaubens entgegensteht.

Zusatz: Uebergangsfrage. Zahlungen, die unter der Herrschaft des früheren Rechts empfangen wurden, sind nach älterem Rechte der Rückforderung unterworfen. Für die Verjährung gilt Art. 169 E.G. zum B.G.B. (vergl. Anm. 8 zu § 160).

§ 218.

Ein Aktionär, der den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall, daß die Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt, Vertragsstrafen festgesetzt werden.

Ist im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt, so hat die Auf-

forderung zur Einzahlung in der Weise zu geschehen, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgen.

Vorbemerkung zu den §§ 218—221. In diesen Paragraphen ist die Haftung für den Aktienbetrag gesetzlich geregelt und zwar in der Weise, daß für die Vollzahlung des Aktienbetrages in erster Linie der zeitige Aktionär, in zweiter Linie die Zwischenaktionäre bis herab zum Zeichner haften. Rückstände können dabei regelmäßig nur so lange vorkommen, als Interimsscheine oder Namensaktien mit dem Vermerke der nicht voll geleisteten Einzahlung vorhanden sind. Denn die Inhaberaktie soll nicht vor der Vollzahlung ausgegeben werden, und wenn es dennoch per nefas geschieht, so folgt die Nachzahlungspflicht nicht den hier aufgestellten Regeln. Diese beziehen sich vielmehr nur auf den gesetzlichen Fall, daß vor der Volleinzahlung Urkunden ausgegeben sind, denen man es ansieht, daß es sich um noch nicht vollbezahlte Aktienrechte handelt. Es geht dies z. B. aus der Vorschrift über den Fristbeginn des § 220 Abs. 2 hervor. Damit die Gesellschaft die ihr hiernach verhafteten Personen kenne, müssen die Interimsscheine auf Namen lauten, und es gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär, wer in das Aktienbuch eingetragen ist. Darauf zielt auch anscheinend die Haftung des Vorstandes nach § 241 Nr. 4 und des Aufsichtsraths nach § 249 Abs. 3 für diejenigen Schäden, welche der Gesellschaft aus der Ausgabe von Inhaberaktien vor der Vollzahlung entstehen. Anm. 1.

Der Erwerb einer Aktie, auf welcher noch eine Zahlungspflicht ruht, äußert hiernach nicht nur gegenüber dem Kontrahenten, sondern auch der Gesellschaft gegenüber verpflichtende Wirkungen. Der Erwerber wird selbstständig verpflichtet, die statutarische Einzahlung zu leisten. Auch kommt es darauf, ob zwischen den Kontrahenten wirklicher Eigenthumserwerb beabsichtigt war, der Gesellschaft gegenüber hierbei nicht an (R.G. 3 S. 163). Desgleichen kommt es für diese der Gesellschaft gegenüber bestehende Nachzahlungspflicht darauf nicht an, ob der Erwerber das Aktienrecht gutgläubig erworben hat d. h. in der Meinung oder vielleicht gar gegen die Zusicherung seines Rechtsvorgängers, sie sei vollbezahlt; der Erwerber eines Interimsscheins oder einer Namensaktie mit dem Vermerke der nicht voll geleisteten Einzahlung kann sich der Gesellschaft gegenüber darauf nicht berufen. Anm. 2.

Die §§ 218—220 beschäftigen sich, wie zu beachten ist, nur mit Geldzeichnungen, der § 221 auch mit Sacheinlagen. Anm. 3.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Umfang der Haftung des zeitigen Aktionärs. Anm. 4.
Dabei werden in umgekehrter Reihenfolge, als es logisch hätte geschehen sollen, zunächst die Folgen der nicht rechtzeitigen Einzahlungen (Abs. 1 und 2) und sodann die Voraussetzungen der Fälligkeit (Abs. 3) behandelt.

Als selbstverständlich ist hier nicht besonders erwähnt, daß der zeitige Aktionär für den Hauptbetrag auch in der Weise haftet, daß er deshalb verklagt und exekutirt werden kann (vergl. hierüber die Einleitung zu § 219).

Als selbstverständlich ist ferner nicht erwähnt, wer denn eigentlich als zeitiger Aktionär haftet. Das ergiebt sich aus § 223: Der in das Aktienbuch eingetragene Aktionär. Denn dieser gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär. (Vergl. auch § 220 Abs. 2.

1. (Abs. 1 u. 2.) **Die Folge der nicht rechtzeitigen Einzahlung ist Zahlung von Zinsen und Konventionalstrafe.** Anm. 5.

   a) **Zinsen.** Dieselben treten von Rechtswegen ein, d. h. ohne besondere Abrede und Mahnung (R.G. 9 S. 44) und überhaupt ohne besonderen Verzug, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung. Um dies klar zu stellen, ist wohl der Ausdruck „Verzugszinsen" jetzt vermieden worden. Der zeitige Aktionär haftet für Zinsen, auch wenn die Ausschreibung vor seinem Erwerbe stattgefunden hat, aber auch nur der zeitige Aktionär; die subsidiäre Haftung des Rechtsvorgängers bezieht sich nach § 220 nur auf den eingeforderten Betrag, nicht auf die Nebenforderungen (Ring S. 418). Die Höhe der Zinsen ist 5 %, da § 352 Abs. 2 Platz greift (Ring S. 418).

   b) **Konventionalstrafen.** Dieselben treten ein, wenn der Gesellschaftsvertrag sie vorsieht, und zwar der ursprüngliche oder derjenige, der vor der Ausgabe der betreffenden Aktien Anm. 6.

abgeändert wurde (R.O.H. 19 S. 297). Eine solche Vertragsstrafe folgt den Regeln der §§ 339 ffg. B.G.B. Sie setzt also Verzug voraus (§ 339 B.G.B.), eine Verzögerung in Folge von Umständen, welche der Aktionär zu vertreten hat (§ 285 B.G.B.), mithin, da besondere Vorschriften weder für Aktionäre im besonderen, noch für Mitglieder eines Vereins überhaupt gegeben sind, die im § 708 B.G.B. angeordnete Haftung für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten sich aber nur auf die Mitglieder einer Gesellschaft, nicht eines rechtsfähigen Vereins bezieht, in Folge von Umständen, die zurückzuführen sind auf Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst oder seiner Gehilfen (§§ 276, 278 B.G.B.). Ist der Aktionär Kaufmann, so ist die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu Grunde zu legen (§ 347 H.G.B.). Die Gesellschaft kann die Strafe neben der Einzahlung verlangen und, wenn sie nach Lage der Sache Schadensersatz zu fordern hat, auch noch den weitergehenden, d. h. denjenigen Schaden, der über den Betrag der verwirkten Strafe hinausgeht (§ 341 B.G.B.). Der Anspruch auf die Vertragsstrafe (nicht auch der auf Schadensersatz) geht aber unter durch vorbehaltlose Annahme der verzögerten Einzahlung (§ 341 Abs. 2 B.G.B.). Endlich gilt für diese Vertragsstrafe das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 B.G.B. Dasselbe fällt nur dann fort, wenn der Aktionär zur Zeit der Zeichnung Vollkaufmann war (§§ 348 und 351 H.G.B.). Wie nun aber, wenn der erste Zeichner Kaufmann ist, der spätere Erwerber und zeitige Aktionär nicht Kaufmann ist? Pinner S. 108 will in diesem Falle das Ermäßigungsrecht versagen. Die Frage ist grundsätzlicher Natur. Es frägt sich, ob überhaupt derjenige, der eine mit einer Konventionalstrafe verknüpfte Schuld übernommen hat, das gerichtliche Ermäßigungsrecht für sich geltend machen kann, wenn es der Hauptschuldner nicht hat. Bei der kumulativen Schuldübernahme möchten wir die Frage im bejahenden Sinne entscheiden. Und hier liegt ja eine solche vor. Bei der Anwendung dieses richterlichen Ermäßigungsrechts ist aber der Ton zu legen auf die Bestimmung des § 343 B.G.B., wonach jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen ist (vergl. Näheres zu § 348 H.G.B.).

Anm. 7. c) **Die Zinsen und die Konventionalstrafe neben einander** können zwar statutarisch vorgesehen sein. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so sind neben der Konventionalstrafe Zinsen nicht zu fordern. Das hat das R.G. (9 S. 44) für das preußische Landrecht und für das frühere Handelsrecht ausgesprochen, es muß aber auch nach neuem Recht gelten. Denn auch in dem vorliegenden Paragraphen Abs. 1 sind die Zinsen als Schadensersatzforderung, als Mindestbetrag des dem Gläubiger erwachsenen Schadens, gedacht. Es kann nun aber zwar neben der Konventionalstrafe ein weiterer Schaden liquidirt werden. Aber dann muß die Höhe desselben konkret nachgewiesen werden (§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 B.G.B.). Der Mindestbetrag des Schadens ist in diesem Falle die Vertragsstrafe, neben dieser können nicht außerdem Zögerungszinsen, die auch nur den Mindestbetrag des Schadens darstellen, liquidirt werden. — Der Anspruch auf Prozeßzinsen aber wird durch die Vertragsstrafe nicht absorbirt. Auch dies hat das Reichsgericht (9 S. 44) früher angenommen, und auch jetzt muß es gelten, da die Prozeßzinsen auch nach dem neuen Recht nicht als eine Art Schadensersatz gedacht sind (§ 291 B.G.B.).

Anm. 8. d) **Weiterer Schaden** kann sowohl neben den Zinsen, als neben der Konventionalstrafe gefordert werden. Ersteres folgt aus Abs. 1 Satz 2 des vorliegenden Paragraphen, letzteres aus § 341 Abs. 2 B.G.B.

Anm. 9. 2. (Abs. 3.) **Voraussetzungen der Fälligkeit der Einzahlungen ist Einforderung derselben.**

a) Dieselbe erfolgt durch die Gesellschaftsorgane und wird nicht, wie Behrend § 120 Anm. 7 annimmt, ersetzt durch die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über bestimmte Zahlungstermine. Denn der Gesellschaftsvertrag wird durch das Gericht publizirt, hier aber handelt es sich um eine Publikation der Gesellschaft (Ring S. 419). Daß aber die hier vorgesehenen schweren Folgen ohne irgend welche Aufforderung eintreten sollen, ist nicht anzunehmen. Das Gesetz geht schon weit genug, indem es eine

besondere Aufforderung für nicht nöthig hält. Auch die im Zeichenschein enthaltene Bestimmung der Zahlungstermine reicht nicht aus.

b) Sie erfolgt von allen Aktionären derselben Gattung gleichmäßig (Ring S. 417; Behrend § 120 Anm. 8). Anm. 10.

c) Die Form ist die der gewöhnlichen Gesellschaftspublikation. Daß die Unterschrift des Vorstandes dabei fehlt, hat das Reichsgericht für unerheblich erklärt (Volze 5 Nr. 755), wie es auch im Uebrigen in diesem Urtheil für entscheidend erachtet hat, daß die Bekanntmachung deutlich genug ist, damit der Aktionär ersehen könne, sie beziehe sich auf ihn und seine Aktien. In jenem Falle waren in der Bekanntmachung die Aktien mit Nummern bezeichnet, der betreffende Aktionär aber hatte eine Interimsquittung ohne Nummern erhalten. Gleichwohl hatte dies das R.G. für genügend erachtet, weil der Aktionär thatsächlich der Publikation entnommen hatte, daß die Aufforderung auch ihm gelte. Anm. 11.

d) Die Fristen, wann die Einforderungen erfolgen, sind entweder im Gesellschaftsvertrage enthalten, oder die Generalversammlung bestimmt sie, oder sie überträgt die Bestimmung dem Aufsichtsrath. Sonst sind sie dem Gesellschaftsvorstande nach seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, und es ist der Einwand nicht zulässig, daß die Einforderung für die Gesellschaftsbedürfnisse nicht erforderlich sei (Ring S. 417; vergl. auch Behrend § 120 Anm. 7). Anm. 12.

Zusatz 1. **Die Zahlungen, welche die Gesellschaft in Folge der Nebenverpflichtungen der Aktionäre erhält, sind Reingewinn** und daher als Dividende vertheilungsfähig (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 17), wenn es sich auch allerdings empfiehlt, sie um deshalb, weil sie keine Betriebsgewinne sind, einem Reservekonto zuzuführen. Jedenfalls aber besteht keine gesetzliche Pflicht, sie dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen. Denn in diesen muß nur das Agio fließen, d. h. derjenige Betrag, den die Gesellschaft dadurch erzielt, daß der geforderte Ausgabepreis der Aktie mehr als die Normalziffer betrug (Ring S. 419; Förtsch Anm. 7 zu Art. 284a). Anm. 13.

Zusatz 2. **Von der Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und Vertragsstrafen kann der Aktionär durch Vertrag befreit werden.** Auch steht ihm hiergegen das Recht der Aufrechnung zu. Die strenge Vorschrift des § 221 richtet sich hiergegen nicht, im beabsichtigten Gegensatz zu der weitergehenden Vorschrift des früheren Art. 184c (Denkschrift S. 135). Anm. 14.

Zusatz 3. **Im Konkurse des Aktionärs** ist § 17 K.O. nicht anwendbar (dagegen R.G. 2 S. 264). Die Aktiengesellschaft hat bereits erfüllt, sie hat dem Zeichner das volle Mitgliedsrecht gewährt, da dieses durch die Eintragung der Gesellschaft entsteht. Hier liegt vielmehr ganz einfach ein Fall der Nichtzahlung vor und es treten die Folgen des § 219 ein, aber es hat der Konkursverwalter auch das Recht, den Aktienbetrag voll zu zahlen (so überall zutreffend Jäger, K.O. Anm. 4 u. 5 zu § 17). Im Konkurse der A.G. muß der Aktionär die Vollzahlung leisten (R.O.H. 20 S. 275), kann aber allerdings auch die Aushändigung der Aktienurkunden, soweit sie in der Masse vorhanden sind, auf Grund des § 43 K.O., die Ausfertigung von Urkunden, soweit diese noch nicht erfolgt ist, und die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung, soweit die Aktien veräußert sind, gemäß § 46 K.O. verlangen (Jäger, Anm. 6 zu 17 K.O.) Anm. 15.

§ 219.

Erfolgt die Einzahlung nicht rechtzeitig, so kann den säumigen Aktionären für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablaufe der Frist ihres Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen verlustig erklärt werden.

Die Aufforderung muß dreimal in den im § 182 Abs. 3 bezeichneten Blättern (Gesellschaftsblättern) bekannnt gemacht werden; die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte Bekanntmachung mindestens einen Monat vor dem Ablaufe der für die Einzahlung gesetzten Nachfrist er-

folgen. Sind die Antheilsrechte nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar, so genügt an Stelle der öffentlichen Bekanntmachungen der einmalige Erlaß besonderer Aufforderungen an die säumigen Aktionäre; in diesen Aufforderungen muß eine Nachfrist gewährt werden, die mindestens einen Monat vom Empfange der Aufforderung an beträgt.

Zahlt ein Aktionär den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist er seines Antheilsrechts und der geleisteten Einzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig zu erklären. Die Erklärung erfolgt mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

An Stelle der bisherigen Urkunde ist eine neue auszugeben, die außer den früher geleisteten Theilzahlungen den eingeforderten Betrag zu umfassen hat Wegen des Ausfalls, den die Gesellschaft an diesem Betrag oder an den später eingeforderten Beträgen erleidet, bleibt ihr der ausgeschlossene Aktionär verhaftet.

Einleitung. **Die Kaduzirung als Folge der Säumigkeit des Aktionärs.** Die Gesellschaft ist zwar berechtigt, den mit seinen Einzahlungen säumigen Aktionär durch Klage und Zwangsvollstreckung zur Zahlung anzuhalten, aber sie bedarf eines noch stärkeren Mittels dazu, schon um bei fruchtloser Zwangsvollstreckung die Möglichkeit anderweiter Verwerthung des Aktienrechts zu haben. Dieses stärkere Mittel ist die Kaduzirung. Sie bezieht sich, wie überhaupt die Vorschriften in den §§ 218—220 nur auf den Fall, daß Baarzahlungen ausstehen, nicht auf Sacheinlagen (vergl. die Vorbemerkung zu § 218; auch Behrend § 120 Anm. 13). Eine Kaduzirung von Aktien, die einem Inferenten gegeben sind, ist daher unzulässig.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung des Kaduzirungsverfahrens** ist, daß mindestens ein Aktionär säumig ist, d. h. daß er trotz der nach § 218 erlassenen Aufforderung nicht zahlt.

Anm. 2. 2. **Wer hat über die Einleitung des Kaduzirungsverfahrens zu entscheiden?** Es bleibt dem Gesellschaftsvertrage überlassen, hierüber Bestimmung zu treffen, insbesondere den Vorstand oder den Aufsichtsrath damit zu betrauen. Oder es kann auch der Generalversammlung überlassen bleiben, hierüber Anordnung zu treffen. Ist im Gesellschaftsvertrage nichts bestimmt, und enthält sich auch die Generalversammlung einer Anordnung, so hat der Vorstand nach seinem pflichtgemäßen Ermessen darüber zu beschließen, ob und wann das Kaduzirungsverfahren eingeleitet werden soll. Denn es muß nicht, sondern es kann nur eingeleitet werden. Ein Klagerecht der Aktionäre oder gar der Gläubiger auf Einleitung giebt es nicht. Doch ist es Sache des Aufsichtsraths, auf Grund seiner allgemeinen Ueberwachungspflicht im Bedürfnißfalle darauf zu dringen. Ist es aber einmal eingeleitet, so muß es auch durchgeführt und die Verfallserklärung ausgesprochen werden, und zwar gegen alle Säumigen, nicht bloß gegen einzelne, und genau in Gemäßheit des vorliegenden Paragraphen (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 17). Irgendwelche Nachfrist oder Nachsicht oder gar Befreiung von der Verfallserklärung oder von der Haftung für den Ausfall aus besonderen Entschuldigungsgründen oder auch nur Stundung der Beiträge ist unstatthaft. Auch statutarische Bestimmungen solchen Inhalts sind ungiltig. Die Vorschriften des Gesetzes sind zwingenden Rechts (vergl. unten Anm. 10).

Anm. 3. 3. **Das Kaduzirungsverfahren zerfällt in zwei Theile:**

a) **Die Androhung der Verfallserklärung.** Sie muß dreimal in den im § 182 Abs. 3 bezeichneten Gesellschaftsblättern publicirt werden, die erste mindestens 3 Monate, die letzte mindestens einen Monat vor Ablauf der Nachfrist. Eine Frist zwischen den einzelnen Bekanntmachungen ist nicht vorgesehen. Doch muß irgend welcher Zeitraum dazwischen liegen, weil es sonst nicht verschiedene Bekanntmachungen wären. Ein Zwischenraum von einem Tage genügt. Bei Gesellschaften mit vinkulirten Namensaktien genügt eine

einmalige Bekanntmachung durch besondere Zuschrift. Eine besondere Form für dieselbe ist nicht vorgeschrieben. Einschreibebriefe oder Gerichtsvollzieherzustellungen werden hierbei am geeignetsten sein. Die Androhung richtet sich, wie oben zu 2 hervorgehoben ist, gegen alle Säumigen. Sie muß enthalten die Androhung, daß der Gesellschafter mit seinem Antheile ausgeschlossen werde, oder gleichwerthige Worte; aber die allgemeine Androhung „zur Vermeidung der gesetzlichen Nachtheile" genügt nicht. Doch brauchen die Aktionäre nicht nach Namen genannt zu werden, die Angabe der Aktiennummern genügt (vergl. Anm. 11 zu § 218; ferner Ring S. 422; Behrend § 120 Anm. 16). Absolut erforderlich ist auch diese nicht, wenn die Aktien nur sonst so deutlich bezeichnet sind, daß die Inhaber die Androhung auf sich beziehen müssen. Es genügt z. B. „Alle diejenigen Zeichner, welche mit der 4. Rate im Rückstande sind".

b) **Die Verfallserklärung** selbst. Sie liegt in der Bekanntmachung, daß der Aktionär seiner Rechte aus der Aktie und der geleisteten Baarzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig erklärt wird (O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 43 S. 343), wobei gleichfalls die Angabe der Aktiennummern genügt. Daß die Aktiennummern gerade absolut erforderlich seien, kann auch hier nicht gesagt werden. Jedenfalls aber muß hier eine solche Bezeichnung gefordert werden, welche nicht bloß, wie bei der Androhung, dem Aktionär, sondern dem Verkehr gegenüber genügt, um diesen vor dem Handel mit kaduzirten Aktien zu schützen; denn das ist ebenfalls der Zweck dieser Publikation (Ring S. 424). Bis zu dieser Publikation hat es der säumige Aktionär immer noch in der Hand, durch Zahlung des rückständigen Betrages nebst den Kosten des Kaduzirungsverfahrens die Verfallserklärung abzuwenden (Ring S. 424). Nachträglich aber steht ihm ein solches Recht nicht mehr zu (vergl. Anm. 9 zu § 220). Anm. 4.

4. **Sind Form und Fristen nicht gewahrt,** so ist das Kaduzirungsverfahren von selbst ungiltig, und sowohl der Aktionär selbst, als die Gesellschaft können diese Ungiltigkeit geltend machen (R.G. 9 S. 42). Das Verfahren muß von Neuem beginnen, wenn auch nur ein Theil desselben fehlerhaft war (Ring S. 422). Anm. 5.

Ist auf Grund des ungehörigen Kaduzirungsverfahrens das Aktienrecht veräußert, so ist nach Ansicht des Reichsgerichts (R.G. 27 S. 54) der gutgläubige Erwerber geschützt. Dieser Ansicht folgten ursprünglich auch wir, desgleichen Ring S. 423. Allein Behrend § 120 Anm. 19 bezweifelt die Richtigkeit dieser Ansicht und gewährt im Gegentheil dem zu Unrecht ausgeschlossenen Aktionär das Aktienrecht. Ihm tritt mit zutreffender Begründung Bodewig (bei Holdheim 4 S. 115) bei. Er sagt: das ungehörige Kaduzirungsverfahren ist eben wirkungslos, daher ist die auf Grund solchen Verfahrens ausgefertigte Urkunde inhaltslos und nichtig, die erste Urkunde dagegen giltig geblieben. Die Veräußerung einer nichtigen Aktienurkunde aber schafft auch in der Hand des gutgläubigen Erwerbers keine Rechte. Letzteres gilt auch nach dem neuen Rechte. In den in Betracht kommenden Vorschriften (§§ 932 ffg. B.G.B., § 222 H.G.B.) ist vorausgesetzt, daß eine giltige Urkunde in den Verkehr gelangt ist. Eine Ausnahme macht nur § 794 B.G.B., aber nur für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, was nicht einmal die Inhaberaktie ist. Es ist aber gerade der § 794 B.G.B. auf Inhaberaktien nicht anwendbar (Anm. 12 im Exkurse zu § 224). Zust. Pinner S. 111, während Cosack S. 639 Anm. 61 u. Rudorff S. 174 beide Aktien für giltig halten.

5. **Ein besonderes Rechtsmittel gegen das Kaduzirungsverfahren, gegen die Androhung und Verfallserklärung** ist im Gesetze nicht gegeben. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber folgt, daß der Aktionär eine Klage auf Anerkennung seiner fortdauernden Mitgliedschaft bezw. auf Rückgängigmachung des Beschlusses und seiner Folgen hat (Behrend § 120 Anm. 19). Auch schon während des Schwebens des Kaduzirungsverfahrens wird man ihm Klage und einstweilige Verfügung zu seinem Schutze gewähren müssen, letztere zur Abwendung der Schwierigkeiten, welche ihm durch die Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber drohen (R.G. 27 S. 50; vergl. oben Anm. 5). Anm. 6.

6. **In Verfolg des Kaduzirungsverfahrens ist über das Aktienrecht eine neue Urkunde „auszugeben"**, also nicht bloß auszustellen und im Portefeuille zu behalten. Daraus folgt, daß Anm. 7.

die Gesellschaft die Pflicht hat, gegen die Vormänner Regreß zu nehmen, und diesen die Urkunde auszuhändigen. Eine Zuwiderhandlung wäre eine Herabsetzung des Grundkapitals auf unzulässigem Wege (Ring S. 424; Behrend § 120 bei Anm. 20). Die neue Urkunde soll ersichtlich machen, daß es sich um ein kaduzirtes Recht handelt (Behrend § 120 Anm. 20).

Anm. 8. 7. **Folge der Kaduzirung** ist, daß der ausgeschlossene Gesellschafter sowohl seines Aktienrechts, als auch (vergl. Pinner S. 110) der Rechte aus den noch nicht fälligen Dividendenscheinen (letztere werden auch dann inhaltslos, wenn sie sich in dritter Hand befinden), als endlich auch seiner bereits geleisteten Einzahlungen verlustig geht, andererseits aber für den Ausfall verhaftet bleibt, den die Gesellschaft an dem Aktienbetrage erleidet. Er hat hiernach fortan keine Rechte, wohl aber Pflichten, und kann auch nicht nachträglich Ueberlassung der Aktie gegen Zahlung des rückständigen Betrages verlangen, noch ist die Gesellschaft in der Lage sie ihm zu geben (vergl. Anm. 9 zu § 220). Als Ausfall ist aber nur dasjenige anzusehen, was die Gesellschaft definitiv einbüßt, d. h. nach ausgeübtem Regreß gegen die Vormänner in Gemäßheit des § 220 und nach ausgeübtem Verkaufsrecht. Im Falle einer Veräußerung der kaduzirten Aktie wird der redliche Erwerber nicht Aktionär; denn die Aktie ist ungiltig geworden (vergl. oben Anm. 5).

Anm. 9. 8. **Im Falle des Konkurses des Gesellschafters** kann die Gesellschaft den Anspruch wegen des Ausfalles nur als Konkursforderung geltend machen. Voraussetzung ist die Kaduzirung und Ausübung des Regreß- und Verkaufsrechts. Die Grundsätze der Kaduzirung bleiben bestehen. Der Konkursverwalter kann dieselbe nur durch Einzahlung der ausgeschriebenen Beiträge abwenden; die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, ja sogar nicht einmal in der Lage, eine konkursmäßige Befriedigung als Vollzahlung gelten zu lassen. (So überall Behrend § 120 a. E.; Jäger Anm. 5 zu § 17 K.O.; auch bei uns Anm. 15 zu § 218.)

Anm. 10. **Zusatz. Von vorstehenden Rechtsfolgen kann der Aktionär nicht befreit werden.** Zwar ist das im § 221 nicht ausdrücklich gesagt. Doch ist dies nur eine Omission. Die Tendenz der Vorschrift geht jedenfalls dahin, entgegenstehende Vereinbarungen auszuschließen (vergl. Pappenheim in G.Z. 46 S. 383; Pinner S. 110; auch Denkschrift S. 133).

§ 220.

Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür der Gesellschaft der letzte und jeder frühere in dem Aktienbuche verzeichnete Rechtsvorgänger verhaftet, ein früherer Rechtsvorgänger, soweit die Zahlung von dessen Rechtsnachfolger nicht zu erlangen ist. Dies wird vermuthet, wenn von dem letzteren die Zahlung nicht bis zum Ablaufe von einem Monate geleistet wird, nachdem an ihn die Zahlungsaufforderung und an den Rechtsvorgänger die Benachrichtigung von dieser erfolgt ist. Der Rechtsvorgänger erhält gegen Zahlung des rückständigen Betrags die neu auszugebende Urkunde.

Die Haftpflicht des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von zwei Jahren auf die Aktien eingeforderten Beträge beschränkt. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Uebertragung des Antheilsrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft angemeldet wird.

Ist die Zahlung des rückständigen Betrags von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, so kann die Gesellschaft das Antheilsrecht zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung verkaufen.

Einleitung. **Der vorstehende Paragraph regelt den Rückgriff gegen die Vormänner** (Abs. 1, 2) **und den Verkauf des Antheilsrechts als ultima ratio** (Abs. 3). Nachdem der vorangehende Paragraph die Rechte der Gesellschaft gegen den zeitigen Aktionär, falls er säumig ist, geordnet hat, stellt der

vorliegende Paragraph eine Haftungspflicht der Vormänner des zeitigen Aktionärs bis herab zum ursprünglichen Zeichner auf. Es ist schon in der Vorbemerkung zu § 218 gezeigt, wie der Erwerb einer Aktienurkunde, auf welche Beträge noch ausstehen, wesentlich anders wirkt als der Erwerb einer voll bezahlten Aktie, indem ersterer unmittelbare Pflichten gegenüber der Gesellschaft begründet. Während aber so die Veräußerung einer nicht voll bezahlten Aktienurkunde den Erwerber belastet, wirkt sie für den Veräußerer in gewissem Grade entlastend. Indem nämlich der vorliegende Paragraph eine Haftung der Zwischenaktionäre statuirt, stellt er den Grundsatz auf, daß die Veräußerung eines nicht vollgezahlten Interimsscheins oder einer nicht voll bezahlten Aktie die Pflichten des ursprünglichen Zeichners gegenüber der Gesellschaft wenn auch nicht aufhebt, so doch modificirt, indem derselbe zwar nicht überhaupt aufhört, für den gezeichneten Betrag zu haften, seine Verpflichtung sich aber in eine Art Bürgschaft verwandelt; er haftet bürgschaftsähnlich dafür, daß der zeitige Aktionär, eventuell dessen Vormänner die eingeforderten Beträge zahlen. Die gleiche Modifikation tritt bei jedem anderen Zwischenaktionär ein. Die Veräußerung der nicht vollbezahlten Aktienurkunde verwandelt hiernach die prinzipale Verpflichtung jedes zeitigen Aktionärs in eine subsidiäre. — Auch dieser Paragraph bezieht sich nur auf rückständige Baareinlagen. Wegen rückständiger Sacheinlagen siehe Anm. 1 zu § 221.

1. (Abs. 1 u. 2). Die Haftungspflicht der Vormänner des zeitigen Aktionärs. Anm. 1.

a) Die Haftung jedes einzelnen Vormannes ist eine subsidiäre, d. h. es haftet, nachdem der zeitige Aktionär nach § 219 ausgeschlossen ist, dessen Vormann; der Vormann dieses haftet nur, wenn der erste Vormann nicht bezahlen kann, und so fort bis zum ursprünglichen Zeichner. Ueberall sind hier nur diejenigen Vormänner gemeint, die in das Aktienbuch eingetragen wurden; denn nur diese gelten der Gesellschaft gegenüber als Aktionäre (§ 223 Abs. 3). Ueberdies hebt unser Paragraph dies ausdrücklich hervor.

Der Beweis der Zahlungsunfähigkeit kann von der Gesellschaft auf jede beliebige Weise geführt werden. Klage und Zwangsvollstreckung sind dazu nicht nöthig; der Beweis gilt sogar dann schon als geführt, wenn die Gesellschaft den betreffenden Zwischenaktionär zur Zahlung aufgefordert, den Vormann hiervon benachrichtigt und Zahlung gleichwohl innerhalb eines Monats nicht erhalten hat. (Bestimmte Formen für diese Aufforderung und Benachrichtigung sind nicht vorgeschrieben.) Führt sie den Beweis der Zahlungsunfähigkeit anderweit, so braucht sie die Aufforderung und Benachrichtigung nicht zu erlassen, sondern kann sofort den Vormann in Anspruch nehmen. Führt sie aber jenen Beweis nicht anderweit, so muß sie sich den Gegenbeweis gefallen lassen, daß der Nachmann zahlungsfähig ist. Der Sprungregreß ist hiernach nicht gerade ausgeschlossen, jedoch abhängig von dem Nachweise, daß die Nachmänner zahlungsunfähig sind. Anm. 2.

b) Die Geltendmachung des Regreßrechts erfordert, daß der in Anspruch genommene Vormann die neu auszugebende Urkunde erhält. Er braucht dafür nur den rückständigen Betrag zu entrichten, und unter Umständen erhält er auf diese Weise gegen einen Theil des Nominalbetrages die volle Aktie und kann auf solche Weise Gewinn machen (Cosack S. 640). Anm. 3.

c) Die Haftung erstreckt sich nur auf den eingeforderten Aktienbetrag, nicht auf Kosten oder sonstige Nebenforderungen (K.B. z. Akt.-Ges. S. 17). Anm. 4

d) Die Haftung ist befristet. Der Rechtsvorgänger muß einmal frei werden von seiner subsidiären Haftpflicht. Er haftet daher nur für diejenigen Beträge, welche eingefordert sind (d. h. von dem zeitigen Aktionär), innerhalb 2 Jahren seit Anmeldung der Uebertragung seines Antheilrechts zum Aktienbuche der Gesellschaft. (Es hat daher der Veräußerer ein großes Interesse daran, daß der Veräußerungsakt der Gesellschaft angemeldet wird.) Soweit die Haftung besteht, dauert sie die ganze Verjährungszeit hindurch, die sich nach bürgerlichem Recht richtet (Behrend § 120 Anm. 15). Anm. 5

e) Die Haftungspflicht ist absolut vorgeschrieben. Eine Befreiung ist nicht möglich, weder durch die Organe der Gesellschaft, noch durch statutarische Vorschrift Anm. 6

(§ 221). Aber auch eine Verschärfung der Haftung durch das Statut, etwa der Art, daß die Zwischenaktionäre solidarisch haften, ist nicht zulässig. Die Vorschrift ist auch nach dieser Richtung zwingend. Das Gesetz will aus öffentlich-rechtlichen Gründen für die Belastung der Zwischenaktionäre ein bestimmtes Maß fixiren. Die Motive heben in dieser Beziehung hervor, daß bei einer drückenderen als der gesetzlichen Verantwortung die Zeichner Strohmänner vorschieben und die zahlungsfähigen Zeichner sich nicht in das Aktienbuch eintragen lassen würden (Ring S. 428).

Anm. 7. f) Die Folge des Erwerbes durch den Aktionär ist, daß die Gesellschaft Vormann des Erwerbers wird. Die Nachmänner sind hierdurch befreit, was wichtig ist, wenn jetzt eine neue Aktienrate ausgeschrieben wird und der Erwerber in Verzug geräth. (Ring S. 429; Behrend § 120 Anm. 24; Förtsch Anm. 2 zu Art. 219..)

Anm. 8. g) Ist der Vormann berechtigt, die Aktien zu verlangen gegen Zahlung des Rückstandes? Wir müssen diese von Petersen und Pechmann S. 164 und von Behrend § 120 Anm. 28 verneinte Frage bejahen. Das Gesetz erklärt den Vormann für verhaftet, allerdings nur subsidiär. Aber seine subsidiäre Haftung wird eine principale in dem Augenblicke, wo die Voraussetzungen der subsidiären Haftung vorhanden sind. Sind daher seine Nachmänner zahlungsunfähig, so ist er derjenige, der nunmehr der Gesellschaft haftet. Und wenn er auch die Gesellschaft nicht zwingen kann, ihr Recht gegen ihn geltend zu machen, so ist er doch, wie jeder Schuldner, berechtigt, seine Schuld zu bezahlen. Und „gegen Zahlung des rückständigen Betrages erhält er dann die neu auszugebende Urkunde" (Ring S. 427; Pinner S. 112; Förtsch Anm. 2 zu Art. 184 b).

Anm. 9. h) Der ausgeschlossene Gesellschafter dagegen ist nicht berechtigt, noch nachträglich Zahlung anzubieten und das Aktienrecht zu verlangen. Mit dem Ausschlusse hat sich seine prinzipale Verpflichtung in eine Ausfallshaftung verwandelt. Er haftet nicht mehr prinzipaliter für die eingeforderten Beträge, sondern für den Fall, daß seine Vormänner ihrer Haftungspflicht nicht genügen und der Verkauf der Aktie erfolgt. Einmal sind seine Vormänner, wie zu g ausgeführt, berechtigt, zu zahlen und die Aktie zu erwerben, andrerseits entsteht die Ausfallsforderung erst, wenn die Aktie verkauft ist, alsdann aber kann letztere ihm gar nicht mehr gewährt werden. Auch ein Recht der Gesellschaft, vom ausgeschlossenen Gesellschafter Zahlung gegen Gewährung des Antheilsrechts anzunehmen, müssen wir mit Ring S. 427 und gegen Petersen u. Pechmann S. 164 verneinen. Der Ausschluß ist definitiv. Die Gesellschaft kann über das betreffende Antheilsrecht nicht beliebig, sondern nur zu Gunsten der Vormänner verfügen und nur event., wenn der Regreß gegen diese vergeblich ist, zum Marktpreise oder zum Meistgebot an Jedermann verkaufen (vergl. Anm. 7 zu § 219).

Anm. 10. 2. (Abs. 3.) **Der Verkauf der Aktie als ultima ratio.**

a) Ultima ratio ist der Verkauf. Er darf erst erfolgen, wenn der rückständige Betrag weder vom ausgeschlossenen Gesellschafter, noch von seinen eingetragenen Vormännern nach den Vorschriften dieses Paragraphen einziehbar ist. Ist der ursprüngliche Zeichner noch eingetragen, so ist hiernach der Verkauf sofort nach der Kaduzirungserklärung zulässig.

Anm. 11. b) Der Verkauf kann erfolgen. Der Vorstand hat pflichtgemäß zu ermessen, ob derselbe geschehen oder im Interesse der Gesellschaft besser unterbleiben soll. Der Vorstand haftet der Gesellschaft für Erfüllung seiner Pflicht. Der Verkauf kann auch an den ausgeschlossenen Gesellschafter erfolgen und unter Umständen wird es zum pflichtgemäßen Verhalten der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft gehören, daß der Verkauf an diesen erfolgt, wenn dieser z. B. einen guten Preis bietet. Der ausgeschlossene Gesellschafter aber hat keinen Anspruch auf den Verkauf, etwa damit eine günstige Börsenkonjunktur benutzt und seine Ausfallshaftung dadurch gemindert werde. Am allerwenigsten hat er einen Anspruch auf den Verkauf an ihn selbst. Die Gesellschaft hat ihm gegenüber lediglich das Recht zum Verkauf. Von einer Verpflichtung

kann nur insofern die Rede sein, als sie die Voraussetzungen der Ausfallshaftung erfüllen muß, wenn sie diese geltend machen will. Aber auch insofern hat sie ihre Verpflichtung dann erfüllt, wenn sie die Aktie zum Börsenkurse oder in öffentlicher Versteigerung verkauft oder dies vergeblich versucht. Der Ausfall steht dann fest und die Aktie verbleibt, wenn der Verkauf nicht gelungen ist, der Gesellschaft zu späterer Verwerthung nach ihrem Ermessen.

c) Der Verkauf in öffentlicher Versteigerung ist nur dann nothwendig, wenn ein Börsenpreis nicht vorhanden ist. Zum Börsenpreise aber kann der Verkauf auch nicht öffentlich erfolgen. Die Versteigerung muß so erfolgen, wie es Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte gebieten. Die Bedingungen dürfen keine anderen als die üblichen sein. Baarzahlung kann gefordert werden. Angemessene Publikation ist vorausgesetzt. Es muß nicht jede Aktie besonders ausgeboten werden. Wenn vielmehr ein angemessenes Gebot nur beim Zuschlag sämmtlicher in Frage stehender Aktien zu erzielen ist, so kann der Verkauf in dieser Weise erfolgen. Anm 12.

d) Die Folgen des Verkaufs sind: Anm. 13.

α) für den Aktionär, gegen welchen das Kaduzirungsverfahren sich richtete, daß der Ausfall gegen ihn feststeht, und hinsichtlich der Ausfallsforderung gegen ihn jetzt actio nata ist. Dabei ist zu bemerken, daß die Kaduzirung die Haftung des säumigen Aktionärs für Zinsen bis zum Ausschluß und für etwaige Konventionalstrafen nicht beseitigt (Behrend § 120 Anm. 24).

β) für die Zwischenaktionäre, daß sie frei geworden sind. Denn die Gesellschaft verkauft kraft eigenen Rechts und ist dadurch unmittelbarer Vormann des Käufers geworden. Es beginnt jetzt eine neue Kette von Regreßpflichtigen. (Oben Anm. 7.) Das Gleiche muß gelten, wenn ein Vormann das heimgefallene Aktienrecht im Wege des Regresses einlöst (Behrend § 120 Anm. 24). Anm. 14.

γ) Der Erwerber ist Aktionär geworden, und zwar mit den Rechten und Pflichten des ursprünglichen Zeichners, wie sie diesem zustehen würden, wenn er seine rückständigen Verpflichtungen zur Zahlung der Raten erfüllt hätte. Die eingeforderte Rate, wegen welcher der Verkauf erfolgt, gilt dabei dem Erwerber gegenüber als gezahlt. Das folgt aus § 219. Denn danach hat die neu auszugebende Urkunde nicht nur die bezahlten Raten, sondern auch die eingeforderte zu umfassen. Es soll also diese letztere so behandelt werden, wie die bezahlten Raten. — Wenn der Erwerber der kaduzirten Aktie bei Einforderung einer neuen Rate in Verzug geräth, so kann die Aktie in seinen Händen von neuem kaduzirt werden. Anm. 15.

Ueber die Wirkungen des Erwerbes bei ungiltigem Kaduzirungsverfahren siehe Anm. 5 u. 6 zu § 219.

Zusatz. Das Verhältniß der Zwischenaktionäre unter einander richtet sich nach bürgerlichem Recht. Regelmäßig kann sich der in Anspruch genommene Rechtsvorgänger an seinen Nachmann halten (R.O.H. 22 S. 214), auch wohl an den säumigen Aktionär, ohne positive Vorschrift aber nicht an die Zwischenmänner (Behrend § 120 Anm. 21). Anm. 16.

§ 221.

Die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger können von den in den §§ 211, 220 bezeichneten Leistungen nicht befreit werden. Sie können gegen diese Leistungen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen.

Der vorliegende Paragraph verbietet die Befreiung von den Einlageverpflichtungen und von den Regreßverpflichtungen für dieselben, und verbietet ferner die Aufrechnung gegen dieselben.

1. **Zu den solchergestalt gegen Erlaß und Aufrechnung gesicherten Einlageverpflichtungen rechnet das Gesetz die in §§ 211 und 220 bezeichneten Leistungen.** Anm. 2

a) Die im § 211 bezeichneten Leistungen sind die dem zeitigen Aktionär obliegenden Leistungen zu Kapitaleinlagen, sie mögen in Geld- oder in Sacheinlagen be-

stehen. Bei den Geldeinlagen ist es die Haftung des zeitigen Aktionärs, während die der früheren zu den Leistungen des § 220 gehört. Bei Sacheinlagen ist es die Haftung des Inferenten selbst (die Illationspflicht kann nicht einseitig übertragen werden, etwa durch den Verkauf der Aktie).

Anm. 2. b) Die im § 220 vorgesehenen Verpflichtungen sind die Regreßverpflichtungen der Vormänner des zeitigen Aktionärs.

Anm. 3. c) Dagegen gehören dazu nicht Zinsen und Vertragsstrafen, sowie Ansprüche auf Schadensersatz. Der § 218 ist mit Absicht im § 221 nicht mit citirt (vergl. Anm. 14 zu § 218).

Anm. 4. 2. **Für unzulässig erklärt ist zunächst eine Befreiung.** Die Verpflichtung, welche der Aktionär bei der Gründung oder Kapitalserhöhung übernommen hat, hat er strikt zu erfüllen, und so, wie er sie übernommen hat. Sie ist ein Theil der vermögensrechtlichen Grundlage der Gesellschaft. Alle Kautelen, mit welchen das Gesetz den Akt der Gründung und den Akt der Kapitalserhöhung umgiebt, würden vereitelt, in ihrer Bedeutung erheblich abgeschwächt werden, wenn es dem Vorstande rechtlich möglich wäre, den Aktionären ihre Einlageverpflichtungen zu erlassen oder auch nur an Stelle der stipulirten Einlageleistungen nachträglich andere Leistungen an Erfüllungsstatt anzunehmen. Würde er statt Geld Sachen nehmen, so wäre das die Umwandlung einer Geld- in eine Sacheinlagegründung; würde er statt Sachen Geld nehmen, so wäre das die Umwandlung einer Sacheinlagegründung in eine Geldgründung. Aber die von dem Vorstande an Erfüllungsstatt angenommene Einlage hätte den Gründern und Revisoren vielleicht nicht genügt, wäre von diesen vielleicht nicht akzeptirt worden.

Ungültig ist hiernach jeder Erlaß, aber auch jede Vereinbarung einer Annahme an Erfüllungsstatt. Hier liegt überall eine Befreiung des Aktionärs von denjenigen Verbindlichkeiten vor, welche er übernommen hat. Unzulässig ist auch jede Kompensationsabrede, die auch nach Fälligkeit der beiderseitigen Leistungen (unter dieser Voraussetzung läßt das R.G. 18 S. 2 sie zu) dem Gesetze und seinen Tendenzen widerspricht. Denn auch die Kompensationsabrede ist nichts als eine Sacheinlage (vergl. R.G. 42 S. 4), und diese kann eben wirksam nur in den Formen der Gründung oder Kapitalserhöhung vereinbart werden, die nachträgliche Abrede fällt unter das Verbot unseres Paragraphen.

Abreden, welche gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig („können nicht"), sie überschreiten die Vertretungsbefugniß des Vorstandes. Das theilweise Geleistete kann zurückgefordert werden (§ 817 B.G.B.)

Versagt ist ferner dem Aktionär das Recht, eine ihm zustehende Gegenforderung ohne den Willen der Gesellschaftsorgane gegen seine Einlageverpflichtung zur Aufrechnung zu stellen. Das schreibt Satz 2 unseres Paragraphen ausdrücklich vor.

Anm. 5. Zusatz. Der frühere Art. 184c bestimmte ferner, daß die Aktionäre an dem Gegenstande der Einlage nur wegen konnexer Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht ausüben dürfen. Diese Vorschrift ist gestrichen, weil dieser Rechtssatz jetzt schon nach bürgerlichem Rechte gilt (§ 273 B.G.B.).

§ 222.

Auf Namen lautende Aktien sind mit genauer Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen.

Sie können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, ohne Zustimmung der Gesellschaft auf Andere übertragen werden.

Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen. In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und in Be-

treff seiner Verpflichtung zur Herausgabe finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, des Artikels 36 Satz 1 bis 4 und des Artikels 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Zur Uebertragung von Aktien, die gemäß § 180 Abs. 3 auf einen Betrag von weniger als eintausend Mark gestellt sind, ist die Zustimmung des Aufsichtsraths und der Generalversammlung erforderlich. Die Uebertragung dieser Aktien kann nur mittelst einer die Person des Erwerbers bezeichnenden, gerichtlich oder notariell beglaubigten Erklärung erfolgen.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph trifft Bestimmungen über die Uebertragung der Namensaktien. Während bei Inhaberaktien die Person des Aktionärs für die Gesellschaft kein Interesse hat, der bloße Besitz der Gesellschaft gegenüber legitimirt, ist bei Aktien, die auf Namen lauten, der Name des Aktionärs von erheblichem rechtlichen Interesse. Bei Namensaktien gilt nur der ursprüngliche Zeichner der Aktie oder derjenige, der sich unter dem Nachweis des Erwerbes der Aktie in das Aktienbuch hat eintragen lassen, der Gesellschaft gegenüber als Aktionär. Zur Ausführung dieses Grundgedankens dienen die §§ 222 und 223.

Die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen behandeln zunächst das Aktienbuch (Abs. 1) und sodann die Voraussetzungen und die Form der Uebertragung (Abs. 2, 3 und 4). Dazwischen wird im Abs. 3 die hiervon verschiedene Materie abgehandelt über die Legitimation des Erwerbers und über die Wirkungen gutgläubigen Erwerbes.

Anm. 1.

I. (Abs. 1.) **Das Aktienbuch.** Zunächst wird die allgemeine Anordnung gegeben, daß jede Aktiengesellschaft, welche Namensaktien ausgiebt,[1]) ein Aktienbuch zu führen hat, in welches die Aktionäre mit genauer Bezeichnung einzutragen sind. Auf den Namen des Buches kommt es natürlich dabei nicht an: Auch ein Aktienempfangsbescheinigungsbuch kann die Erfordernisse des Aktienbuchs aufweisen und gilt dann als solches (R.G. 41 S. 19). Das Aktienbuch gehört nicht zu den Handelsbüchern im Sinne der §§ 38 flg., da es nicht dazu bestimmt ist, die Handelsgeschäfte der Gesellschaft zu verzeichnen und die Lage ihres Vermögens ersichtlich zu machen, sondern zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" des § 43 Abs. 1 (Ring Anm. 1 zu Art. 182, a. M. Förtsch Anm. 2 zu Art. 182; Pinner S. 115).

Aus der Natur der Sache folgt, daß in das Aktienbuch auch die Umwandlung einer Namensaktie in eine Inhaberaktie (§ 183) und eine erfolgte Kaduzirung (§ 219) einzutragen ist (Lehmann I S. 213), sowie auch Zusammenlegungen und sonstige Herabsetzungen.

Anm. 2.

II. (Abs. 2, 3 und 4.) **Die Voraussetzungen und die Folgen der Uebertragung.** Diese wird zunächst im Allgemeinen abgehandelt (Abs. 2 und 3), sodann insbesondere in Bezug auf vinkulirte Aktien unter 1000 Mk. (Abs. 4).

A. **Die Voraussetzungen und die Form der Uebertragung der Namensaktien im Allgemeinen:**

1. Hierüber handelt das Gesetz nur in negativer Form:

Die Uebertragung erfordert regelmäßig nicht die Zustimmung der Gesellschaft. Aber ausnahmsweise fordert das Gesetz diese Zustimmung, so bei vinkulirten Namensaktien unter 1000 Mk. (hierüber Abs. 3; unten Anm. 8) und bei Aktien mit wiederkehrenden Naturalleistungen (§ 212). Außerdem kann aber, wie Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen ergiebt, der Gesellschaftsvertrag stets die Uebertragung abhängig machen von der Zustimmung der Gesellschaft (natürlich nur bei Namensaktien; bei Inhaberaktien wäre diese Statutenbestimmung begriffswidrig und ungiltig). Nur dieser Fall, daß die Zustimmung der Gesellschaft nicht auf gesetzlicher, sondern auf statutarischer Vorschrift beruht, ist hier abgehandelt (die übrigen Fälle sind anderweit abgehandelt; in Anm. 8 des vorliegenden Paragraphen und auch in Anm. 8 u. 16 zu § 212).

Anm. 3.

In unserem Falle erfolgt die Zustimmung formlos, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag eine besondere Form vorschreibt (§ 182 B.G.B.). Sie kann vor der Uebertragung

[1]) Ueber das Aktienbuch bei Inhaberaktien siehe Anm. 1 Exkurs zu § 224.

oder nach der Uebertragung, als Einwilligung oder Genehmigung, erfolgen (§§ 182 ffg. B.G.B.), wenn nicht das Statut nur die eine Art der Zustimmung vorschreibt. — Sie kann willkürlich verweigert werden, wenn nicht das Statut ein Anderes bestimmt, z. B. Verweigerung nur aus wichtigen Gründen (vergl. § 212 Abs. 3; Makower S. 356). — Die Zustimmung erfolgt durch den Vorstand, wenn nicht das Statut ein anderes Organ oder außerdem noch ein anderes Organ hierzu bestimmt. — Eine ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Uebertragung ist nichtig (vergl. § 399 u. 413 B.G.B.; auch unten Anm. 8). Demgemäß kann eine solche Aktie auch nicht verpfändet werden (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.; nach bisherigem Recht anders R.G. 37 S. 142) und demgemäß auch nicht arrestirt und gepfändet werden (§§ 851, 857 C.P.O.). Allein nur das Aktienrecht als solches, die Mitgliedschaft, unterliegt in solchen Fällen diesen Beschränkungen, die Ansprüche auf die einzelnen vermögensrechtlichen Bezüge, die Dividendenrechte und Liquidationserlöse, können übertragen, verpfändet und gepfändet werden, und ferner ist ein obligatorischer Vertrag auf Uebertragung einer solchen Aktie an sich giltig; kann die Zustimmung nicht beschafft werden, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor.

Anm. 4. Auch sonstige Beschränkungen der Uebertragbarkeit, wie z. B. die Beschränkung auf Familienmitglieder oder auf Mitglieder eines bestimmten Vereins (z. B. A.G. Logenhaus zu Berlin) oder gar das absolute Veräußerungsverbot, können bei Namensaktien giltig getroffen werden (Behrend § 119 Anm. 6), aber nur durch Festsetzungen im Gesellschaftsvertrage (Bolze 3 Nr. 801). Aber eines Vermerks auf der Aktie bedarf es nicht (Ring Anm. 5 zu Art. 182; Behrend § 119 Anm. 8).

Anm. 5. 2. **Die Form der Uebertragung** kann sein die Cession oder das Indossament. Die Cession braucht nicht beglaubigt zu sein und braucht nicht auf der Aktienurkunde zu stehen. Aber zum Eigenthumsübergange gehört außer dem Cessionsvertrage auch noch die Uebergabe der Aktie, wenn eine Aktienurkunde errichtet und dem Berechtigten ausgehändigt ist. Denn in diesem Falle ist die Aktie ein Werthpapier, an ihren Besitz ist die Uebertragung des Rechts geknüpft (vergl. Anm. 37 zu § 1). Das ist nach früherem Recht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen besonders beim Wechsel angenommen worden (vergl. Dernburg Preußisches Privatrecht 2 § 272; R.O.H. 11 S. 250; R.G. 3 S. 329; 26 S. 99; Behrend § 119; Staub W.O. Zusatz zum 1. Abschnitt, 2. u. 3. Aufl. S. 17). Das muß aber auch jetzt angenommen werden. Zwar tritt nach §§ 398, 413 B.G.B. mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger an die Stelle des alten. Das ist aber nur Normalvorschrift, die dort weicht, wo rechtliche Besonderheiten eine abweichende Beurtheilung erheischen. Insbesondere ist dabei nur an solche Fälle gedacht, wo die die Schuld verbriefende Urkunde eine Beweisurkunde ist (vergl. § 402), während das B.G.B. die Uebertragung und Verpfändung von Forderungen aus indossablen Papieren offensichtlich an die Uebergabe des Papieres knüpfen will (vergl. §§ 1280, 1292 B.G.B.). So auch Dernburg II S. 307; vergl. auch Denkschrift S. 138: „denn auch die letzteren Urkunden sind Werthpapiere, deren Besitz zur ungehinderten Geltendmachung des Aktienrechts nothwendig ist".

Im Falle des Indossaments regelt sich die Form nach Art. 11—13 der Wechselordnung. Die Namensaktie wird dadurch zum Ordrepapier. Sie ist dies auch wenn sie nicht ausdrücklich auf Ordre lautet. Das Gesetz stellt sie auf Ordre, wie den Wechsel. Das Indossament kann auf Namen oder in blanco lauten. Durch das Blankoindossament nähert sich die Namensaktie der Inhaberaktie, kommt ihr aber nicht gleich, zumal ja der Gesellschaft gegenüber immer nur der in das Aktienbuch Eingetragene als Aktionär gilt. Das Indossament muß auf der Aktie stehen (Art. 11 W.O.). Einer Beglaubigung bedarf es nicht. Das Nähere über die analoge Anwendung der Art. 11—13 der Wechselordnung kann hier nicht erörtert werden und es kann dies um so eher unterbleiben, als in der Praxis des Aktienrechts Schwierigkeiten und Zweifel in dieser formellen Hinsicht bisher nicht hervorgetreten sind (vergl. übrigens unsere Erl. zu § 365.

Die Uebertragung des Besitzes muß natürlich auch hier hinzukommen (Behrend § 119 Anm. 16, 17 und 21; gleicher Ansicht ist Dernburg II S. 331, denn er hält den

Indossatar nur für legitimirt, wenn er Besitzer der Urkunde ist; vergl. beim Wechsel (R.O.H. 11 S. 250; R.G. 3 S. 329; Staub W.O. 2. Aufl. S. 17).

3. Zum Uebergang der Rechte aus der Aktie ist weiter erforderlich der Wille, das Eigenthum der Aktie zu übertragen und zu erwerben, der sog. Begebungsvertrag (vergl. unsere Erl. zu § 365). Das ist bisher nicht bezweifelt worden und kann auch fernerhin nicht bezweifelt werden (vergl. § 929 B.G.B.). Indessen kann doch die Indossirung oder Cession der Aktie auch ohne Eigenthumsübertragungswillen erfolgen lediglich zu dem Zwecke, damit der Indossatar oder Cessionar die Rechte aus der Aktie in eigenem Namen, aber für Rechnung des wahren Eigenthümers ausübt. Hierüber unten Anm. 13 ffg. Anm. 6.

4. Endlich aber ist im Verhältnisse zur Gesellschaft noch Eintragung in das Aktienbuch erforderlich. Hierüber § 223. Anm. 7.

B. **Die besonderen Regeln für die Uebertragung der vinkulirten Namensaktien unter 1000 Mk.** nach § 182 Abs. 3. Anm. 8.

a) Diese besonderen Regeln sind: Erforderniß der Zustimmung des Aufsichtsraths und der Generalversammlung zur Uebertragung der Aktien und das Erforderniß, daß die Uebertragungserklärung gerichtlich oder notariell beglaubigt sei und die Person des Erwerbers bezeichnen muß. Ist eines dieser Erfordernisse nicht vorhanden, so ist die Uebertragung nicht giltig, weder der Gesellschaft gegenüber, noch überhaupt (R.G. 41 S. 5). Dies ist für die hier in Rede stehende Uebertragung und mit besonderer Rücksicht auf das Erforderniß der Zustimmung der Gesellschaft vom R.G. (41 S. 5) ausgesprochen und dabei bemerkt worden, daß auch der Gesellschaftsvertrag eine geringere Wirkung der fehlenden Zustimmung nicht statuiren kann. Daraus folgt aber auch, daß eine Verpfändung ohne jenes Erforderniß ungiltig ist (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.; anders nach früherem Recht R.G. 37 S. 141) und demgemäß auch die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 851, 857 C.P.O.) nicht zulässig ist und auch ein gesetzliches Pfandrecht nicht entstehen kann (§ 1257 B.G.B.). Die einzelnen vermögensrechtlichen Ansprüche, welche dem Aktionär zustehen, können aber übertragen, verpfändet und gepfändet werden (vergl. für das letztere auch § 851 Abs. 2 C.P.O.). Auch erzeugt ein Vertrag über die Veräußerung einer solchen Aktie obligatorische Wirkung; das Aktienrecht ist allerdings nicht übertragen, aber das pactum de cedendo ist giltig geschlossen und erzeugt obligatorische Wirkungen, insbesondere also auf Beschaffung der Genehmigung. Kann diese nicht beschafft werden, so liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor.

b) Im Uebrigen gelten die im Vorstehenden Anm. 5—7 aufgestellten Grundsätze über die Uebertragbarkeit der Namensaktien auch hier. Hervorzuheben ist, daß die Uebertragung auch hier durch Indossament oder Cession erfolgen kann, das Indossament muß natürlich hier ein Vollindossament sein. Anm. 9.

III. (Abs. 3). **Auch die Frage der Legitimation und die Verpflichtung zur Herausgabe der Aktie Seitens des Erwerbers** richtet sich nach der Wechselordnung, erstere nach Art. 36, letztere nach Art. 74. Anm. 10.

1. Die Anwendbarkeit des Art. 36 W.O. hat zur Folge, daß die dort vorgesehene Legitimationskette hier vorhanden sein muß. Für das Nähere muß auch hier auf die Erläuterung zu Art. 36 W.O. verwiesen werden (vergl. auch unsere Erl. zu § 365 H.G.B.).

2. Die Anwendbarkeit des Art. 74 W.O. bewirkt, daß der gutgläubige Erwerber einer Aktie gegen Vindikationen geschützt ist. Wer also von einem Aktieninhaber die Aktie erworben hat, der zur Veräußerung nicht legitimirt war, weil er nicht Eigenthümer war oder nicht berechtigt war, den Eigenthümer zu vertreten, ist gleichwohl gegen Vindikationen geschützt, wenn er sich über die Nichtberechtigung seines Autors ohne grobe Fahrlässigkeit geirrt hat. Der gute Glaube heilt hierbei nicht bloß das mangelnde Eigenthum des Rechtsvorgängers, wie nach §§ 932 ffg. B.G.B., sondern heilt auch ganz allgemein, nicht bloß wie nach § 366 H.G.B. beim Erwerbe vom Kaufmann, die mangelnde Verfügungsbefugniß des Veräußerers, und heilt endlich auch die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers. Alles dies ergiebt sich ausdem umfassenden Wortlaut des Art. 74 W.O. (vergl. unsere Erläuterung Anm. 11.

zu § 365 H.G.B.). Der Mangel der nach den Statuten erforderlichen Zustimmung der Gesellschaft hindert aber den gutgläubigen Erwerb, da es auf grober Fahrlässigkeit beruht, daß dieses Erforderniß übersehen wurde. Das ist auch dann der Fall, wenn die Aktienurkunde einen solchen Vermerk nicht enthielt (vergl. oben Anm. 4). Im Verkehr mit Namensaktien ist solche Vorsicht geboten.

Das hierin liegende Princip ist bei Anwendung des Art. 74 W.O. weiter ausgedehnt worden auf die Rechtsstellung des Erwerbers zum Schuldner: Auch dieser muß den, der solchergestalt den Wechsel erworben hat, als Gläubiger anerkennen. Das Entsprechende ist auch hier anzunehmen. Auch die Gesellschaft muß solchen Erwerber als Aktionär anerkennen.

Anm. 12. **Zusatz 1.** Auch hier bezieht sich der Schutz des Art. 74 nur auf den Erwerb mittels Indossaments, nicht auch auf civilrechtlichen Erwerb — Cession, Erbgang u. s. w. — Vergl. R.G. 33 S. 147; Staub W.O. § 1 zu Art. 74. — Hier entscheiden vielmehr die für die Cession u. s. w. maßgebenden Grundsätze. **Außer der hier abgehandelten Singularsuccession giebt es selbstverständlich auch einen Erwerb der Aktien durch Universalsuccession,** dahin gehört zunächst der Erbgang. Selbstverständlich ist, daß die Aktien, seien sie nun frei veräußerlich oder nicht, in jedem Falle vererbbar sind (Cosack S. 635, Gareis Anm. 4, Pinner S. 117). Das Gleiche gilt von anderen Arten der Universalsuccession.

Anm. 13. **Zusatz 2. Die bloße Legitimationsübertragung bei der Aktie.** Oft wird die Form der Cession oder des Indossaments der Namensaktie dazu benutzt, um den Cessionar oder Indossatar nicht zum Eigenthümer der Aktie, zum Mitgliede der Gesellschaft, zu machen, sondern um ihn bloß nach außen als solchen zu legitimiren, ihm das Recht und die Möglichkeit der Ausübung der Rechte zu geben, während das Eigenthum der Aktie, die Mitgliedschaft, beim Cedenten oder Indossanten verbleiben soll. Es ist das dieselbe Verkehrserscheinung, wie die Cession von Forderungen zum Inkasso, die Uebertragung des Wechsels durch ein verstecktes Inkassomandatindossament (Staub, W.O. §§ 5 ff. zu Art. 17). Diese Rechtserscheinung ist wohl zu unterscheiden von fiduciarischen Uebertragungen. Bei diesen letzteren wird in Wahrheit das Eigenthum übertragen, doch nur mit beschränktem Zwecke oder auf beschränkte Zeit, und mit der Verpflichtung der Rückübertragung des Eigenthums nach Erledigung des Zwecks oder nach Ablauf der Zeit. In jenen Fällen aber, die wir hier im Auge haben, geht der Wille der Parteien von vornherein dahin, das Recht nicht zu übertragen, sondern dem Successor nur die äußere Legitimation des Rechtsinhabers zu verschaffen. Wir möchten dies Legitimationsübertragung (cessio in legitimationem) nennen.

Anm. 14. Es frägt sich, ob eine solche Legitimationsübertragung giltig ist. Stammler (Das Recht der Schuldverhältnisse S. 196) hält sie bei Forderungen für ungiltig, und den Schuldner für berechtigt, diese Ungiltigkeit einzuwenden, weil § 409 B.G.B. dem Schuldner nur das Recht gäbe, solchen Successor als Gläubiger zu betrachten, nicht auch die Pflicht dazu.

Anm. 15. Wir können uns dem nicht anschließen. Die Jurisprudenz würde ihre Aufgabe nicht erfüllen, wenn sie diese Verkehrserscheinung für unzulässig erklären müßte. Der Rechtsverkehr hat sie stets für giltig erachtet und ungemein häufig von ihr Gebrauch gemacht. Es ist nun richtig, daß darin eine wirkliche Uebertragung nicht liegt. Denn zur wirklichen Uebertragung gehört der Wille, das Eigenthum zu übertragen. Aber es liegt auch kein eigentlicher Scheinakt vor. Es sind oft sehr berechtigte Interessen, die der Verkehr mit solcher Legitimationsübertragung verfolgt. Die Parteien wollen, daß der Successor nach außen als Rechtsinhaber gilt und die Rechte an Stelle des wahren Rechtsinhabers ausübt. Warum sollte ein Rechtsakt, der diesen Parteiwillen verwirklicht, ungiltig sein? Es ist eine Rechtserscheinung, die in unseren Gesetzen nicht erwähnt ist, auch nicht im neuen B.G.B., aber darum ist sie noch nicht ungiltig. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dieselbe nach bisherigem Rechte stets anerkannt, so das versteckte Prokuraindossament im R.G. 36 S. 55; die Inkassocession in R.G. 25 S. 207; R.G. bei Gruchot 34 S. 464; bei Gruchot 36 S. 990; bei Gruchot 37 S. 119; vergl. R.G. 37 S. 106; 39 S. 167; die Uebertragung der Namensaktie zum Zwecke der Ausübung der aktienrechtlichen Befugnisse, aber ohne Eigenthumsübertragungswillen in R.G. 40 S. 80, die Uebertragung der Inhaberaktie zu gleichem Zwecke in R.G. 30 S. 51; Bolze 12 Nr. 510.

Eine solche Legitimationsübertragung ist auch nach dem Rechte des B.G.B., welches nicht mehr und nicht weniger ihrer Anerkennung entgegensteht, wie das bisherige Recht, zulässig (so auch Dernburg II S. 304). Anm. 16.

Voraussetzung der Legitimationsübertragung ist, wo zur Uebertragung der Namensaktie Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist, auch hier Zustimmung der Gesellschaft. Denn wenn der Rechtsakt nach außen wie ein wirklicher Uebertragungsakt wirken soll, muß er auch nach außen dessen Voraussetzungen entsprechen. Anm. 17.

Die Wirkung solcher Legitimationsübertragung nach außen ist, daß der Successor legitimirt ist, die Aktienrechte auszuüben. Die Gesellschaft kann daher nicht einwenden, daß der Eigenthumsübertragungswille nicht vorliegt. Wohl aber kann sie hier, wie immer bei derartigen Verhältnissen, einwenden, daß auch der wahre Aktionär das betreffende Recht nicht geltend machen könne. Es sind dem Inhaber gegenüber dieselben Einwendungen zulässig, wie gegenüber dem Tradenten (vergl. hierüber den Exkurs zu § 224). — Jedem Dritten gegenüber ist der solchergestalt Legitimirte auch zur Veräußerung legitimirt. Anm. 18.

Die Rechtsverhältnisse nach innen, zwischen den beiden Kontrahenten der Legitimationsübertragung, die Verpflichtung zur Rückübertragung ꝛc., richten sich nach dem zu Grunde liegenden Verhältnisse. Solche Uebertragung kann die verschiedensten Ursachen und Zwecke haben (Mandat, Pfandrecht ꝛc.). Liegt Mandat vor, so kann der Tradent im Konkurse des Successors die Aktie vindiziren. Anm. 19.

Zusatz 3. Stempelfrage. Indossamente sind nach dem preußischen Stempelgesetze den Cessionen gleich zu achten (Tarif Position 2). Nach § 5 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894 sind aber Abtretungen solcher Werthpapiere, die dem Reichsstempel unterliegen, nicht stempelpflichtig. Demnach tritt Stempelpflicht nur bei den vor dem 1. Oktober 1888 (dem Geltungsbeginn des Gesetzes vom 1. Juli 1881) ausgegebenen Aktien ein. (Heinitz S. 167, Anm. 4). Anm. 20.

§ 223.

Geht eine auf Namen lautende Aktie auf einen Anderen über, so ist dies, unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu vermerken.

Die Echtheit der auf der Aktie befindlichen Indossamente oder der Abtretungserklärungen zu prüfen, ist die Gesellschaft nicht verpflichtet.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft gilt nur derjenige als Aktionär, welcher als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist.

Der Paragraph beschäftigt sich mit der Eintragung des Aktienerwerbers in das Aktienbuch, ein Akt, durch welchen der Erwerber der Gesellschaft gegenüber die Stellung des Aktionärs erlangt. Diese Umschreibung braucht nicht zu erfolgen, die Aktie kann auch ohne sie weiter übertragen werden. Die kategorische Bestimmung im Abs. 1 ist nur gegeben unter dem Präjudiz des Abs. 3. Einleitung.

1. (Abs. 1). **Voraussetzung der Umschreibung** ist, daß der Aktienerwerber die Urkunde, welche er seinen Erwerb stützt, und die Aktie vorlegt. Durch ein Blankoindossament ist jeder Inhaber zu dem Antrage auf Umschreibung legitimirt. Bei Vollindossamenten muß eine zusammenhängende Kette vorliegen (vergl. Anm. 10 zu § 222). Dabei ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, zu prüfen, ob der Cession oder dem Indossament auch wirklich die Absicht, Eigenthum zu übertragen, zu Grunde liegt. Aber sie ist regelmäßig dazu auch nicht berechtigt, letzteres deshalb nicht, weil sie den Uebertragungsakt regelmäßig auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn er sich als bloße Legitimationsübertragung darstellt. (Ueber diese siehe Anm. 13 zu § 222), d. h. als die Uebertragung zu dem Zwecke, damit der Successor die Rechte des Aktionärs in eigenem Namen, aber für Rechnung des andern ausübt (zust. R.G. 40 S. 80). Anm. 1.

Anm. 2. 2. (Abs. 2). **Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Echtheit der Uebertragungserklärung zu prüfen.** Aber sie ist dazu berechtigt und kann einen Erwerber zurückweisen, der ein unechtes Indossament vorlegt. Zweifelt sie an der Echtheit, so kann sie den Vorzeiger nur auf eigene Gefahr zurückweisen. Wohl aber hat sie den Zusammenhang der Indossamente zu prüfen.

Anm. 3. 3. Abs. 3). **Die Wirkung der Umschreibung.** Nur der in das Aktienbuch Eingetragene gilt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär d. h. der Eingetragene ohne Weiteres und nur der Eingetragene. Ist die Eintragung auf Grund des gehörigen Nachweises des Eigenthumsüberganges gemäß Abs. 1 erfolgt, so ist der Gesellschaft gegenüber der Eingetragene Aktionär, gleichgiltig ist, ob derselbe (vor oder nach seiner Eintragung) seine Aktie weiter veräußert hat. Der Erwerber mag in solchem Falle für seine Umschreibung sorgen und eventl. im Prozeßwege die Umschreibung gegen den Eingetragenen erkämpfen. Der Gesellschaft gegenüber gilt für die Dauer der Eintragung nur der Eingetragene als Aktionär. — Ist die Eintragung auf Antrag des Eingetragenen und mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgt, so ist, wenn der Legitimationsnachweis gemäß Abs. 1 sich nachträglich als nicht gehörig herausstellt, für die Dauer der Eintragung jedenfalls der Eingetragene der Aktionär. Es bleibt der Gesellschaft, dem Eingetragenen und auch dem Dritten, dem nach der wahren Sachlage die Aktionäreigenschaft zukommt, überlassen, die Uebertragung rückgängig zu machen. Insofern ist es richtig, wenn das R.G. in ausführlicher Begründung sagt, die mit Zustimmung beider Theile erfolgte Eintragung in das Aktienbuch habe rechtsbegründende Bedeutung (R.G. 41 S. 10). Weiter aber wollte wohl auch das R.G. nicht gehen, und nicht etwa das Recht der Rückgängigmachung der Eintragung den Betheiligten verschränken. — Ob, wenn die Eintragung rückgängig gemacht wird, dies für die Zeit, während welcher die Eintragung bestanden hat, rückwärts wirkt, hängt von der civilrechtlichen Natur und dem civilrechtlichen Grunde des Anfechtungsgrundes ab. In dieser Hinsicht ist das R.G. a. a. O. anscheinend anderer Ansicht, indem es annimmt, daß für die Dauer der Eintragung der Eingetragene als Aktionär gelte und deshalb alle Rechte und Pflichten des Aktionärs zu genießen und zu erfüllen habe. Indessen steht dies mit den sonstigen Anschauungen des Reichsgerichts nicht im Einklang (vergl. unten Anm. 8).

Anm. 4. Endlich aber ist die Eintragung auch Prima-facie-Beweis dafür, daß die Eintragung rite und insbesondere auf Antrag des Eingetragenen erfolgt ist (R.G. 3 S. 164). Wenn aber das Letztere durch Gegenbeweis widerlegt ist, dann freilich ist die Eintragung wirkungslos. Unerheblich ist hier überall für das Verhältniß zur Gesellschaft, daß der Eingetragene die Aktie nur zum Schein, d. h. um für Rechnung eines andern die Aktionärrechte auszuüben, die Aktie erworben hat; denn das ist eine durchaus gültige Uebertragungsart (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 5. Demgemäß ist der in das Aktienbuch Eingetragene auch derjenige, der allein die Rechte aus der Aktie in der Generalversammlung ausüben kann, und es ist unzutreffend, wenn das O.L.G. Dresden (in G.Z. 35 S. 237) sagt: für das Stimmrecht in der Generalversammlung genüge der bloße Besitz der Aktie, dieser müsse, wenn die Aktionäreigenschaft sonst von den Betheiligten unbeanstandet geblieben sei, dem Registerrichter genügen. Auch Behrend (§ 119 bei Anm. 30) macht den Versuch, der Gesellschaft das Recht zu geben, auch Nichteingetragene als Aktionäre anzuerkennen. Doch scheitert dieser Versuch an dem Wörtchen „nur" (Ring Anm. 4 zu Art. 183; Förtsch Anm. 5 zu Art. 183; vergl. jetzt auch Denkschrift S. 136).

Anm. 6. Der in das Aktienbuch Eingetragene aber kann die Aktienrechte jedenfalls ausüben, es sei denn, daß er in Wahrheit nur Mandatar eines solchen Aktionärs ist, der gesetzlich oder statutarisch gehindert ist, seine Aktionärrechte geltend zu machen. Solcher Aktionär kann zurückgewiesen werden (vergl. Exkurs zu § 224 und Anm. 18 zu § 222).

Anm. 7. Die Umschreibung hat auf das Rechtsverhältniß der Betheiligten unter sich keinen Einfluß. Sie ist nicht etwa Beurkundung der Eigenthumsübertragung (R.G. in Juristischer Wochenschrift pro 1887 S. 495). Inter partes und auch

gegenüber Dritten geht vielmehr durch die Uebertragung selbst nicht bloß das Eigenthum an der Aktienurkunde, sondern das volle Antheilsrecht, das Eigenthum an dem Antheilsrecht, wenn man so sagen darf, auf den Erwerber über; die Umschreibung ist nur die Voraussetzung der Geltendmachung der erworbenen Rechte gegenüber der Gesellschaft.

Zusatz 1. Kann die durch Uebertragung erlangte Aktionäreigenschaft angefochten werden? Anm. 8. Es kann sein, daß Jemand eine Aktie durch Täuschung erwirbt und sich auf Grund dieses Rechtserwerbes in das Aktienbuch eintragen läßt. Er wird dann von der Gesellschaft auf Leistung verklagt. Es frägt sich, ob er der Gesellschaft gegenüber den Einwand der Täuschung machen kann. Diese Frage muß bejaht werden. Der Erwerb einer Aktie ist ein Akt, der nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar ist. Die Sache liegt hier anders, wie bei der ursprünglichen Zeichnung, durch welche der Zeichner dem Verkehr gegenüber erklärt, einen Theil der rechtlichen Basis der werdenden Gesellschaft herzugeben und so ein Verkehrsinstitut schaffen hilft. Eine solche Erklärung hat eine über die Person des Gegenkontrahenten hinausreichende rechtliche Bedeutung und kann nicht einfach durch Erklärung gegenüber dem Gegenkontrahenten angefochten werden. Eine so weitgreifende Erklärung liegt hier nicht vor. Dies hat auch das Reichsgericht bei der Entstehung der Mitgliedschaft durch Uebertragung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung angenommen (R.G. vom 7. Juli 1897 in J.W. S. 476). Das Kammergericht (bei Perl und Wreschner 1898 S. 31) hat sich dem angeschlossen. — Auf den Fall wesentlichen Irrthums muß dies ausgedehnt werden. Hat sich also z. B. Jemand in das Aktienbuch eintragen lassen, in der irrigen Meinung, er habe von seinem Vorgänger die Aktienrechte wirklich erworben, während dies nicht der Fall ist, und läßt er sich daraufhin in das Aktienbuch eintragen, so ist diese Eintragung anfechtbar. Anders natürlich, wenn er, wissend, er habe das Aktienrecht nicht wirklich erworben, sich dennoch hat eintragen lassen, um der Gesellschaft gegenüber als Aktionär zu gelten. Alsdann ist die Eintragung, die an sich ein rechtsbegründender Akt ist, nicht anfechtbar (vergl. oben Anm. 3).

Zusatz 2. Die civilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Uebertragungskontrahenten sind in Anm. 9. den vorliegenden Paragraphen nicht berührt, mögen aber hier kurz an der Hand der Praxis beleuchtet werden, insbesondere für den Fall des Kaufs.

Eine gekaufte Aktie muß börsenmäßig lieferbar sein. Sonst ist der Vertrag nicht erfüllt und ein aliud geleistet (R.G. 4 S. 196). Die Lieferbarkeit kann ausgeschlossen sein durch Amortisation, sei dieselbe vollendet (R.O.H. 11 S. 45 ff.) oder in der Schwebe (R.G. 5 S. 204); durch körperliche Beschädigung (R.G. 4 S. 195).

Der Verkauf von Papieren mit Dividendenscheinen vollzieht sich in der Weise, daß der Erwerber die noch nicht fälligen Koupons mit erhält, dafür aber außer dem Kaufpreise Stückzinsen von bestimmter Höhe bis zum Lieferungstage zahlen muß (R.O.H. 10 S. 307). Den bereits fälligen, d. h. auf das bereits abgelaufene Geschäftsjahr sich beziehenden Dividendenschein behält der Verkäufer. Ueber Aktien ohne Dividendenscheine vergl. R.O.H. 6 S. 146. Siehe auch Anm. 13 zu § 213.

Es können auch die Aktien ohne Talons und Dividendenscheine veräußert werden. Ist dies geschehen, so darf der Besitzer der Aktie auch nicht die Aushändigung neuer Talons und Dividendenscheine als ihm gebührend in Anspruch nehmen (R.G. 23 S. 268). (Ausländische Kouponstener R.G. 22 S. 19).

Zusatz 3. Die Einwendungen der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktienerwerber. Bei Anm. 10. Namenspapieren, die durch Indossament übertragen werden, greift § 364 H.G.B., bei Inhaberaktien, die durch bloße Besitzübertragung übertragen werden, § 796 B.G.B. analog Platz (vergl. Anm. 15 im Exkurse zu § 224). Bei Erwerb durch Cession oder Universalsuccession findet diese Beschränkung in den Einwendungen nicht Anwendung (vergl. §§ 404, 413 B.G.B.). — Darüber, ob der gutgläubige Erwerb der Aktienurkunde, welche die Aktiengesellschaft überhaupt nicht ausgegeben, sondern ein Unberechtigter in den Verkehr gebracht hat, den Erwerber zum Aktionär mache, siehe Anm. 12 im Exkurse zu § 224.

Zusatz 4. Das Aktienrecht kann übrigens nicht blos übertragen, sondern auch verpfändet und zum Gegenstande anderer Rechtsgeschäfte gemacht werden. Anm. 11. Zur Begründung dinglicher Rechte

gehört stets die Uebergabe der Urkunde (vergl. Anm. 5 zu § 222). Zur Verpfändung einer Namensaktie genügt Einigung und Uebergabe der indossirten Aktie (§ 1292 B.G.B.); zur Verpfändung einer Inhaberaktie genügt Einigung und Uebergabe (§§ 1293, 1205 B.G.B.).

Näheres über die Verpfändung der Inhaberpapiere siehe § 366 und § 368. Das dort Gesagte gilt auch von Namens- und Inhaberaktien.

§ 224.

Die Vorschriften der §§ 222, 223 finden auch auf die Eintragung der Interimsscheine und deren Uebergang auf Andere Anwendung.

Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen bedarf keiner Erläuterung. Nur das eine ist zu bemerken, daß die Interimsscheine auch dann wie Namensaktien zu behandeln sind, wenn etwa der Betrag voll bezahlt sein sollte (Denkschrift S. 136). Vergl. hierzu auch Pinner S. 5.

Exkurs zu § 224.

Die Uebertragung der Inhaberaktien.

Anm. 1. **Vorbemerkung. Allgemeines über die Inhaberaktien.** Die Inhaberaktie fällt unter den allgemeinen Begriff der Inhaberpapiere, dieser allgemeine Begriff ist gesetzlich nicht geregelt. Dagegen gehört sie nicht zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche in den §§ 793 ffg. B.G.B. behandelt sind. Indessen soweit diese Paragraphen Fragen regeln, welche die Natur der Inhaberpapiere überhaupt betreffen, werden sie auch für alle Inhaberpapiere Anerkennung finden müssen (Denkschrift S. 137). — Vergl. im Einzelnen unten Anm. 12 ffg. — Ob die Inhaberaktie als Sache im Sinne des B.G.B. zu betrachten ist, darüber siehe Anm. 9 zu § 179. — Die Eintragung der Inhaberaktie in ein Aktienbuch ist gesetzlich nicht erfordert. Sie ist gleichwohl allgemein gebräuchlich und wohl auch nicht zu entbehren. Denn wenn auch nicht die Namen der Aktionäre einzutragen sind, so doch die Zahl und Gattung und die Veränderungen in Zahl und Gattung. Eine Uebersicht hierüber kann nur durch geordnete Eintragung in ein Aktienbuch gewonnen werden. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man die Führung desselben zu den Pflichten eines sorgfältigen Kaufmanns rechnet. Zu den Handelsbüchern im Sinne des § 38 gehört es ja allerdings nicht, wohl aber zu den „sonst erforderlichen Aufzeichnungen" nach § 43 Abs. 1.

Die Uebertragung der Inhaberaktie anlangend, so ist hierüber zu bemerken:

Anm. 2. 1. daß dieselbe äußerlich durch die bloße Uebertragung der Aktienurkunde erfolgt, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Anm. 3. 2. Zur Uebertragung des Aktienrechts gehört ferner, daß auch der Eigenthumsübertragungswille und der Eigenthumserwerbswille vorliegt. Sonst kann Eigenthum nicht übergehen (§ 929 B.G.B.).

3. Indessen spielt gerade hier die bloße Legitimationsübertragung eine große Rolle, von welcher wir bezüglich der Namensaktie in Anm. 13 ffg. zu § 222 ausführlich gehandelt haben. Zum Theil haben die Inhaberpapiere daher ihren Namen, daß der Verpflichtete sich regelmäßig mit der bloßen Innehabung zu begnügen und nicht nach dem Eigenthum zu forschen hat, daß er regelmäßig erfüllen muß gegenüber dem, der das Papier präsentirt.

Hier gilt daher in ganz besonderem Maße der Grundsatz, daß es durchaus zulässig ist, eine Aktie auf einen Andern zu dem Zwecke zu übertragen, damit dieser im eigenen Namen, aber für Rechnung des Uebertragenden, die Rechte aus der Aktie ausübe, und demgemäß ohne daß das Eigenthum an der Aktie auf den Andern übertragen wird. Die Aktiengesellschaft darf den Inhaber, der auf Grund solchen Rechtsakts die Aktie der Gesellschaft

präsentirt (sogenannten „Strohmann"), nicht zurückweisen. Er hat zwar nicht das durch die Aktie verbriefte Recht, aber in zulässiger Weise die Legitimation erworben, das Recht auszuüben. Dies ist auch in der Rechtsprechung stets angenommen worden (R.O.H. 14 S. 359; R.G. 30 S. 51; Bolze 12 Nr. 510; O.L.G. Hamburg in G.L. 40 S. 467; Dreyer bei Gruchot 40 S. 467; vergl. besonders Goldschmidt, System, 4. Auflage S. 165 über den Unterschied zwischen dem Recht aus dem Inhaberpapier und der Legitimation).

Indessen erreichen die Wirkungen der Legitimationsübertragung in dem Wesen dieses Rechtsgeschäfts ihre Grenze. Das Wesen dieses Rechtsgeschäfts besteht aber darin, daß der Legitimationserwerber nach außen legitimirt wird, **die Rechte des Berechtigten auszuüben**. Mithin können die Rechte des Legitimationserwerbers nicht weiter gehen, als die des Legitimationstradenten. Denn es sind ja nur dessen Rechte, die er ausüben darf und ausüben soll. Anm. 4.

Besonders praktisch wird diese Grenze bei der Frage nach dem Umfang des Stimmrechts des Legitimationserwerbers. Wer nicht Eigenthümer der Aktie ist, sondern das Stimmrecht nur in eigenem Namen ausübt, aber Kraft des Aktienrechts eines Andern, kann kein höheres Stimmrecht haben, als der wahre Aktionär. Wenn also der wahre Aktionär, der Eigenthümer der Inhaberaktie, nicht mitstimmen durfte, etwa weil es sich um ein mit ihm zu schließendes Rechtsgeschäft handelt, oder weil er schon mit anderen Aktien den statutarischen Höchstbetrag des Stimmrechts erreicht hat, so kann er das betreffende Stimmverbot nicht dadurch umgehen, daß er einem andern die Aktien zur Ausübung des Stimmrechts überträgt. Stimmt der letztere dennoch, obwohl es der wahre Eigenthümer nicht durfte, so verletzt er das Gesetz, und der auf diesen Stimmen beruhende Beschluß ist event. anfechtbar. Ganz gleichgiltig ist dabei, ob der Legitimationserwerber von der Absicht des Aktieneigenthümers, ein Stimmverbot zu umgehen, wußte. Denn der entscheidende Grund ist nicht die Unredlichkeit, sondern die Rechtsnatur der Legitimationsübertragung. Es ist eben nichts anderes übertragen, als die Legitimation zum Stimmen, also die Legitimation, das Stimmrecht des ersteren Aktionärs auszuüben, selbstverständlich, soweit dasselbe besteht. Die Sache liegt genau so, wie bei den anderen Verkehrserscheinungen, die dem gleichen Grundgedanken entspringen und die gleiche rechtliche Beurtheilung erfahren. — Legitimationscession, verstecktes Inkassomandatindossament — (vergl. hierüber Anm. 18 zu § 222). Anm. 5.

Das Aktienrecht hat übrigens noch eine andere Beschränkung für die Legitimationsübertragung festgesetzt. Es hält dieselbe dann für gänzlich unerlaubt und deshalb für ungiltig, wenn sie zur Ausübung gewisser Aktionärrechte gegen Entgelt geschieht. Daß sie in diesem Falle unerlaubt ist, geht aus § 318 H.G.B. hervor, daß sie deshalb ungiltig ist, aus § 134 B.G.B. (das Nähere hierüber zu § 318 H.G.B.). Anm. 6.

4. Auch durch Universalsuccession und durch Cession kann eine Uebertragung der Rechte aus dem Inhaberpapier erfolgen. Bei der Cession muß die Uebergabe des Papiers hinzukommen, um den Eigenthumserwerb zu bewirken. Anm. 7.
5. **Die Wirkung des Erwerbes des Inhaberpapieres unter den Kontrahenten** siehe Anm. 9 zu § 223. Anm. 8.
6. **Ueber die Einwendungen der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktienerwerber** siehe Anm. 10 zu § 223, auch unten Anm. 15. Anm. 9.
7. **Das Aktienrecht kann auch verpfändet werden.** Die Inhaberaktie wird durch Einigung und bloße Uebergabe verpfändet (vergl. Anm. 11 zu § 223). Anm. 10.
8. **Die Wirkungen gutgläubigen Erwerbes** der Inhaberaktie oder eines Pfandrechts daran richten sich nach sachenrechtlichen Grundsätzen (vergl. §§ 935, 1207 B.G.B.; bei uns Erl. zu § 366 H.G.B.). Anm. 11.

Zusatz. Daß im Uebrigen, auch abgesehen von der Uebertragung, die Grundsätze über Schuldverschreibungen auf den Inhaber, soweit als dies angängig erscheint, entsprechende Anwendung finden, ist schon oben in der Vorbemerkung gesagt (vergl. auch Dernburg II S. 334). Sehr wichtig ist hierbei die Frage, **ob zu Unrecht in den Verkehr gelangte Aktienurkunden** (also z. B. gestohlene oder vom Vorstande ohne Kapitalserhöhung ausgegebene) **den redlichen Erwerber** Anm. 12.

zum Aktionär machen. Würde man den § 794 B.G.B. auf die Inhaberaktien anwenden, so würde dies die Folge sein. Allein diese Anwendbarkeit muß verneint werden. Den Sondervorschriften des Aktienrechts und der Sicherheit des Aktienverkehrs widerspricht es, wenn das Grundkapital der Aktiengesellschaft sich durch Diebstahl vergrößern würde. (Bei Namensaktien ist die gleiche Frage behandelt in Anm. 10 zu § 222.)

Anm. 13. Wir können unsere Ansicht auch dadurch nicht ändern, daß der Kommissionsbericht (S. 71) den § 794 BGB. für zweifellos anwendbar erachtet. Das ist eben eine irrige Auffassung. (Vergl. § 287 H.G.B. und die Erläuterungen dazu.) Dieser Kommissionsbericht erklärt übrigens auch einige andere Bestimmungen über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (anscheinend auch auf Namensaktien und Interimsscheine) zweifellos anwendbar, nämlich die §§ 793 Absatz 1, 796, 797, 801, 802 B.G.B. Wie steht es damit?

Anm. 14. a) § 793 Absatz 1 B.G.B.: Der Inhaber kann die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.

Diese Bestimmung ist auf Inhaberaktien entsprechend anwendbar, auf Namensaktien und Interimsscheine natürlich nicht. Bei Inhaberaktien aber bezieht sie sich ohne weiteres auf die auf die Aktien zu machenden vermögensrechtlichen Leistungen, nicht auch ohne weiteres auf die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte. Hier kommt neben dem Schutze des Inhabers und der Gesellschaft, noch das Recht jedes einzelnen Aktionärs darauf in Betracht, daß der Mehrheitswille nicht gefälscht wird, und darauf beruhen Sonderbestimmungen des Aktienrechts. So z. B. die Bestimmung des § 318.

Anm. 15. b) § 796 B.G.B.: Dem Aussteller stehen zu die Einwendungen, welche die Giltigkeit der Ausstellung betreffen, oder sich aus der Urkunde ergeben oder der Gesellschaft unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Auch dies bezieht sich auf Inhaberaktien (für Namensaktien gilt Analoges, vergl. Anm. 10 zu § 223), aber ohne weiteres nur auf vermögensrechtliche Ansprüche aus der Aktie und dem Dividendenschein. Die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte folgen zum Theil anderen Regeln. Vergl. zu a.

Anm. 16. c) § 797 B.G.B.: Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet. Das bezieht sich nur auf den Dividendenschein, auf die Aktien und Interimsscheine nicht, weil es sich hier nicht bloß um vermögensrechtliche Leistungen handelt, sondern auch um gesellschaftliche Herrschaftsrechte. Selbst wenn es sich um die letzte Liquidationsrate handelt, so kann nicht von Gesetzeswegen dieselbe abhängig gemacht werden von der Ablieferung der Aktie. Denn auch nach dieser Auszahlung kann es sein, daß gesellschaftliche Herrschaftsrechte noch auszuüben sind, z. B. nochmalige Generalversammlung behufs Haftbarmachung des Vorstandes aus Liquidationsvergehen. Die „zweifellose Anwendbarkeit" reduzirt sich daher hier auf ein Minimum und ist mit großer Vorsicht aufzunehmen.

Anm. 17. d) § 801 B.G.B. Derselbe lautet:

Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreißig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird. Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.

Bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.

Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden.

Dieser Paragraph bezieht sich lediglich auf Inhaberaktien und Dividendenscheine auf den Inhaber. Bei Namensaktien und Namensdividendenscheinen gilt die gewöhn-

liche Verjährung. Bei Inhaberaktien aber bezieht sie sich nur auf die Ansprüche auf vermögensrechtliche Bezüge. Auf sonstige Ansprüche aus der Aktie, insbesondere die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, kann der Paragraph naturgemäß nicht Anwendung finden.

e) Von § 802 B.G.B., der nur eine Zusatzvorschrift zu § 801 giebt, gilt das Gleiche. Anm. 18.

§ 225.

Steht eine Aktie mehreren Mitberechtigten zu, so können sie die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben.

Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften sie als Gesammtschuldner.

Hat die Gesellschaft eine Willenserklärung dem Aktionär gegenüber abzugeben, so genügt, falls ein gemeinschaftlicher Vertreter der Mitberechtigten nicht vorhanden ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Mitberechtigten. Auf mehrere Erben eines Aktionärs findet diese Vorschrift nur in Ansehung von Willenserklärungen Anwendung, die nach dem Ablauf eines Monats seit dem Anfalle der Erbschaft abgegeben werden.

Der vorliegende Paragraph regelt den Fall, daß eine Aktie im gemeinschaftlichen Eigenthum Mehrerer steht. Anm. 1.

I. **Voraussetzungen des Falls.** Der Fall kann sich ereignen durch Erbschaft oder sonstige Universalsuccession, aber auch durch gemeinschaftlichen Erwerb unter Lebenden. Angesichts des vorliegenden Paragraphen ist es für zulässig zu erachten, daß eine Aktie von mehreren Personen durch einen Veräußerungsvertrag zum gemeinschaftlichen Eigenthum erworben wird. Anders Makower S. 357, der den Paragraphen nur auf den Fall willkürlicher Theilung bezieht. Doch besteht zu dieser Einschränkung kein Anlaß.

Natürlich muß der Fall so liegen, daß **der Gesellschaft gegenüber** mehrere Berechtigte vorhanden sind. Das ist bei Namensaktien der Fall, wenn mehrere Personen in das Aktienbuch als Eigenthümer derselben Aktie eingetragen sind, bei Universalsuccession ist dies der Fall, wenn mehrere Personen die Rechtsnachfolger sind. Bei der Inhaberaktie, bei welcher jeder Inhaber als Aktionär legitimirt ist, liegt der Fall dann vor, wenn mehrere Personen der Gesellschaft gegenüber als Inhaber derselben Aktie auftreten, ein Fall, der sich wohl kaum ereignen wird. Es wird der Einfachheit wegen wohl immer einem der Berechtigten oder einem Dritten der Besitz der Aktie zum Zwecke der Ausübung der Rechte übertragen werden. Anm. 2.

Ueberall ist hier vorausgesetzt, daß in der That **mehrere selbstständige Personen** die Berechtigten sind. Der Fall, um den es sich im vorliegenden Paragraph handelt, liegt auch dann vor, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Aktien erwirbt oder ein nicht rechtsfähiger Verein (vergl. § 54 B.G.B.) nicht aber, wenn eine o. H.G. oder eine Kommanditgesellschaft die Aktien erwirbt. In diesen letzteren Fällen greifen andere Grundsätze Platz. Die betreffenden Gesellschaften besitzen formelle Parteifähigkeit, und es wird so angesehen, als sei ein Berechtigter vorhanden. Uebrigens führen die bei dem Erwerbe durch die o. H.G. und die Kommanditgesellschaft platzgreifenden Grundsätze im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse, wie der § 225. (Auch bei der o. H.G. muß ein gemeinsamer Vertreter die Rechte ausüben, auch hier haften die mehreren Gesellschafter als Solidarschuldner, — bei der Kommanditgesellschaft allerdings zum Theil nur beschränkt —, auch hier können die Erklärungen einem Vertreter gegenüber abgegeben werden.) Von selbst versteht es sich, daß der Fall, daß ein rechtsfähiger Verein die Aktie besitzt, unter den vorliegenden Paragraphen nicht fällt. Dieser Fall ist vielmehr ebenso zu behandeln, wie wenn eine physische Person die Aktie besitzt. Anm. 3.

Anm. 4. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen gelten endlich nur für die Dauer der gemeinsamen Berechtigung. Die gemeinsame Berechtigung kann aufhören durch Ueberlassung der Aktie an einen der Berechtigten oder an einen Dritten, selbstverständlich nicht durch Theilung, da ja die Aktie untheilbar ist (§ 179). Die Ueberlassung an einen Dritten oder an einen der Berechtigten kann nur erfolgen unter denjenigen Voraussetzungen, an welche die Veräußerung der Aktie überhaupt geknüpft ist, so z. B. nur mit Zustimmung der Gesellschaft, im Falle des § 212 und des § 222 Abs. 4. Die Ueberlassung kann auch durch bloße Legitimationsübertragung erfolgen (über diese siehe Anm. 13 zu § 222) und hat auch dann zur Folge, daß die gemeinsame Berechtigung gegenüber der Gesellschaft aufhört und die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen nicht mehr Platz greifen. Denn auch hier geht es die Gesellschaft nichts an, ob wirkliches Eigenthum übertragen wird. Aber andererseits erfordert auch die bloße Legitimationsübertragung dieselben Voraussetzungen wie eine wirkliche Veräußerung, also insbesondere die Zustimmung der Gesellschaft, wenn die wirkliche Eigenthumsübertragung sie erfordert.

Anm. 5. II. **Die für den Fall gemeinsamer Berechtigung gegebenen Vorschriften** sind:

1. (Abs. 1.) Die Ausübung der Rechte kann nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter erfolgen. Sind also mehrere Personen Eigenthümer einer Namensaktie durch Erbschaft geworden, so müssen sie einen von ihnen oder einen Fremden zum Vertreter bestellen und können nur durch einen solchen ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft ausüben, nur durch einen solchen also z. B. ein Stimmrecht oder ein sonstiges gesellschaftliches Herrschaftsrecht ausüben. An sich bezieht sich das auch auf die Gewinnerhebung. Allein bei der Gewinnerhebung kommt in Betracht, daß die Möglichkeit der Begebung des Dividendenscheins hier modifizirend und erleichternd eingreift. Die mehreren Berechtigten haben es in der Hand, den Dividendenschein, wenn er auf den Inhaber gestellt ist, einem Dritten zu begeben, und sei es auch nur im Wege der Legitimationsübertragung (vergl. Anm. 13 zu § 222) und durch solche Mittelsperson den Gewinn zu beziehen.

Anm. 6. Die Bestellung zum Vertreter erfolgt formlos. Sie muß, um wirksam zu sein, der Gesellschaft angezeigt werden.

Anm. 7. Durch die Vorschrift des Abs. 1 ist es ausgeschlossen, daß die mehreren Berechtigten als Gesammtgläubiger nach § 428 B.G.B. zu betrachten sind: Es kann eben nicht ein jeder von ihnen das Recht geltend machen, sondern nur alle gemeinsam durch einen gemeinschaftlichen Vertreter.

Anm. 8. Auch die Gesellschaft ist übrigens daran gebunden, sie darf Leistungen auf die Aktien (Dividenden, Liquidationsraten, die Aktienurkunden) nur an jenen gemeinschaftlichen Vertreter aushändigen.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) Für die auf die Aktie zu bewirkenden Leistungen haften die mehreren Berechtigten als Gesammtschuldner, Erben jedoch nur mit den erbrechtlichen Beschränkungen (K.B. S. 71). Zu den Leistungen gehören auch die wiederkehrenden Naturalleistungen gemäß § 212. In dieser Solidarhaft liegt ein erheblicher Anlaß für die mehreren Berechtigten, sich auseinanderzusetzen und die Gemeinsamkeit aufzuheben, und andererseits liegt darin für die Gesellschaft ein erheblicher Anlaß, die Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft zu versagen, wenn sie zu solcher Versagung berechtigt ist.

Anm. 10. Mit der rechtsgiltigen Aufhebung der Gemeinschaft fällt auch die Solidarhaft fort. Die Aufhebung der Gemeinschaft hat die Folgen einer Veräußerung. Es muß natürlich eine Aufhebung der Gemeinschaft, eine Veräußerung, vorliegen, welche der Gesellschaft gegenüber wirkt (vergl. hierüber oben Anm. 4).

Anm. 11. 3. (Abs. 3.) Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber den gemeinsam Berechtigten sind, wenn ein Vertreter „vorhanden", d. h. bestellt und der Gesellschaft benannt ist, diesem gegenüber abzugeben. Zu diesem Zwecke wird er ja bestellt. Wenn er aber nicht bestellt ist, so kann die Willenserklärung jedem der gemeinsam Berechtigten

gegenüber abgegeben werden, und zwar mit der Wirkung, daß die Erklärung als allen gemeinsam Berechtigten gegenüber abgegeben gilt. Das bezieht sich z. B. auf die Aufforderung zu Einzahlungen, auf Einladungen zu Generalversammlungen, auf Interpellationen bei rückständigen Naturalleistungen. Im Falle der Erbschaft gilt dies erst einen Monat nach dem Anfall der Erbschaft. In der Zwischenzeit muß die Erklärung Allen gegenüber abgegeben werden, wenn sie Allen gegenüber wirken soll.

4. **Keine Bestimmung ist darüber getroffen, was ins Aktienbuch einzutragen ist.** Nach unserer Ansicht alle Berechtigten und außerdem der bestellte Vertreter (vergl. Pinner S. 120). Anm. 12.

Zusatz 1. Die Verhältnisse unter den Berechtigten sind hier nicht geregelt. Da es sich um Rechte an einer untheilbaren Sache handelt, so gelten die Vorschriften der §§ 741 flg., besonders § 753 B.G.B., soweit nicht aus der rechtlichen Natur der betreffenden Gemeinschaft sich andere Rechtsregeln ergeben.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die Vorschrift bezieht sich auch auf Gesellschaften, die vor dem 1. Januar 1900 eingetragen waren (vergl. Anm. 4 flg. zu § 178), jedoch natürlich nur auf diejenigen Mitberechtigungen, welche nach dem 1. Januar 1900 entstehen. Bisher konnte eine Aktie überhaupt nicht mehreren Mitberechtigten zustehen, wenigstens nicht so, daß der Gesellschaft gegenüber mehrere Personen mitberechtigt waren. Anm. 13.

§ 226.

Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen.

Eigene Interimsscheine kann sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Das Gleiche gilt von eigenen Aktien, auf welche der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

Durch die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen wird der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft eingeschränkt. Einleitung.

Der Grund dieser Bestimmung ist, daß es juristisch nicht wohl angängig ist, daß die Aktiengesellschaft ihr eigener Aktionär ist, und daß es vom praktischen Standpunkte aus ungesund ist, wenn die Aktiengesellschaft mit ihren eigenen Aktien Handel treibt.

Verboten ist hiernach der Erwerb und die Pfandnahme vollbezahlter Aktien (Abs. 1) **und der Erwerb und die Pfandnahme eigener Interimsscheine und nicht voll bezahlter Aktien** (Abs. 2), beides aber mit verschiedener Rechtswirkung. Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Eigene vollbezahlte Aktien.** Die Aktiengesellschaft soll eigene vollbezahlte Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weder erwerben, noch zum Pfand nehmen, außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird.

   a) Sie soll nicht. Ungiltigkeit des Geschäfts ist also an die Verletzung nicht geknüpft. Die Ungiltigkeit war vor der Aktiennovelle von 1884 Rechtens (R.O.H. 17 S. 381); doch wurde sie als zu große Belästigung des Verkehrs erachtet, da der Dritte nicht prüfen kann, ob die Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Aktien erwirbt. Das Geschäft ist also giltig (Bolze 8 Nr. 551, 12 Nr. 507; Ring Anm. 1 zu Art. 215 d). Für etwaigen Schaden sind aber die Gesellschaftsorgane verantwortlich (§§ 241, 249), und zwar ohne daß ein besonderes Versehen vorzuliegen braucht, die Verletzung des Verbots einerseits und der Schaden andrerseits begründen die Schadensersatzpflicht, da die Verletzung des Verbots allein den Vorsatz in sich schließt (vergl. Dernburg II S. 135; auch bei uns Anm. 14 im Exkurse zu § 122). Es kann jedoch sein, daß im konkreten Falle solche Maßregel im Interesse der Gesellschaft sogar erforderlich ist (vergl. Bolze 8

Nr. 551). Der Dritte, welcher an der Verletzung des Verbots theilnimmt, kann ebenfalls haften, aber nicht, weil er das Verbot verletzt hat, — denn an ihn ist das Verbot nicht gerichtet, — sondern nur wenn er dabei eine Handlung begangen hat, die auch ihm verboten ist, eine Handlung, die sich auch für ihn als rechtwidrige im Sinne des § 823 bezw. § 826 B.G.B. darstellt. Das wäre z. B. der Fall, wenn eine absichtliche Benachtheiligung der Gesellschaft gemäß § 312 und auf Seiten des Dritten die Kriterien der Theilnahme vorliegen. Dann würden §§ 830 u. 840 B.G.B. Anwendung finden.

Anm. 2. b) Im regelmäßigen Geschäftsbetrieb. Doch ist es gleichgiltig, ob der Erwerb oder die Pfandnahme erfolgt im Betriebe derjenigen Geschäfte, welche die Gesellschaft auch sonst betreibt, oder außerhalb des Rahmens dieser regelmäßigen geschäftlichen Thätigkeit (Behrend § 137 Anm. 9).

α) Entscheidend ist, ob der nächste und eigentliche Zweck der war, durch den Erwerb der Aktie eine gewinnbringende geschäftliche Transaktion zu machen. Das ist überall da nicht der Fall, wo die Gesellschaft sich in einer Zwangslage befindet und die Aktien nur erwirbt, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Dahin gehört Erwerb in der Zwangsvollstreckung oder durch Vergleich. Schenkung und Erbfall gehören ebenfalls nicht darunter, weil das nicht geschäftliche Transaktionen, sondern Glücksfälle sind. — Daß bei diesen gestatteten Erwerbsarten die Aktien nur einen durchlaufenden Posten bilden, ein Behalten derselben im Gesellschaftsportefeuille aber absolut verboten sei, wie Völderndorff S. 511 meint, ist nicht richtig. Ist der Erwerb erlaubt, so ist es auch das Behalten. Die schleunige Veräußerung giltig erworbener eigener Aktien ist der Gesellschaft nirgends zur Pflicht gemacht (vergl. Ring Anm. 4 zu Art. 215d). Deshalb ist es auch entgegen einer Bemerkung der Motive (z. Akt.-Ges. von 1884 II S. 223) nicht unerlaubt, in legal erworbenen Aktien den Reservefonds anzulegen, wenn dies auch nicht zu der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gehören mag. (Ring Anm. 4 zu Art. 215d.) Die legal erworbenen Aktien sind auch als Aktiva in die Bilanz einzustellen, da sie einen jederzeit zu realisirenden Vermögenswerth darstellen. Cosack, der dies (S. 636) verbietet, giebt als Grund an, daß sie werthlos seien, solange die Gesellschaft sie besitze. Das ist aber angesichts der Veräußerungsmöglichkeit nicht zutreffend.

Anm. 3. β) Erwerben, das heißt zum Eigenthum erstehen. Ob auch das Report- und das Deportgeschäft in eigenen Aktien hiermit verboten ist, ist zweifelhaft. Das Reportgeschäft ist ein Kaufvertrag, verbunden mit der Abrede des Wiederverkaufs für einen späteren Zeitpunkt, der Käufer wird Reporteur genannt (R.G. 19 S. 150; vergl. R.G. in Strafsachen 12 S. 287). Man wird das Reportgeschäft in eigenen Aktien für unzulässig halten müssen (vergl. Ring Anm. 3 zu Art. 215d; Behrend § 137 Anm. 12; Petersen und Pechmann S. 170). Die Gesellschaft soll eigene Aktien nicht erwerben, nicht, wenn auch nur vorübergehend, Eigenthümerin derselben werden, weil die unjuristische Erscheinung, daß eine Aktiengesellschaft ihre eigene Aktionärin ist, vermieden und der Handel der Gesellschaft mit ihren eigenen Aktien nicht geduldet werden soll[1]) (vergl. die Einleitung). Aus demselben Grunde aber muß auch das Deportgeschäft in eigenen Aktien für unzulässig gehalten werden. Es ist das Geschäft, durch welches die Gesellschaft (als Deporteur) ihre Aktien zum Tageskurse verkauft, gleichzeitig aber vom Käufer dieselben Stücke zu demselben Kurse zu einem bestimmten weiteren Termin zurückkauft. Mag auch, worauf Petersen u. Pechmann S. 170 und R.O.H. 17 S. 386 Werth legen, der Rückkauf nur erfolgen zum Zwecke der Wiederherstellung des früheren Zustandes, so

[1]) Behrend (§ 137 Anm. 12) weist aber mit Recht darauf hin, daß der Ausdruck Reportgeschäft, Reportirung auch gebraucht wird, wo es sich lediglich um die Verlängerung eines schwebenden Engagements handelt. Hat die A.G. ihre Aktien per ultimo verkauft, aber noch nicht geliefert, sodaß sie noch Eigenthümerin ist, und reportirt sie dieses Geschäft auf den nächsten Ultimo, so liegt ein Fall des vorl. Paragraphen nicht vor, weil sie ja hierbei keine eigenen Aktien zu Eigenthum erwirbt.

erfolgt doch immerhin ein Eigenthumserwerb, auf welchen die gesetzgeberischen Gründe des Verbots in gleicher Weise zutreffen, wie bei jedem andern Erwerb eigener Aktien. (Vergl. Ring Anm. 3 zu Art. 215d; Behrend § 137 Anm. 12.)

Hat die Gesellschaft eigene Aktien erworben, so ruht das Stimmrecht (sie kann es daher auch nicht durch Legitimationsübertrag ausüben lassen), das Dividendenrecht kann sie ausüben (durch Kompensation oder durch Veräußerung des Dividendenscheins). Ein Ausscheiden der Aktie aus dem Grundkapital findet jedenfalls nicht statt. Anm. 4.

γ) Zum Pfande nehmen. Darunter ist nur ein eigentlicher Pfandvertrag zu verstehen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß durch den Abschluß von Geschäften, durch welche gesetzliche Pfandrechte begründet werden, dieselben mißlichen Folgen entstehen können. Indessen kann das Wort „zum Pfande nehmen" nicht anders verstanden werden, als im Sinne eines Vertrages. Zum Pfande nehmen kann man nur, was zum Pfande gegeben ist, und Geben und Nehmen ist eben ein Vertrag. Das gesetzliche Pfandrecht entsteht von selbst an den Gegenständen, die man nicht zum Pfande, sondern aus anderen Gründen erhalten hat. Es ist nicht die Entstehung eines Pfandrechts für rechtlich unmöglich erklärt, sondern nur das vertragsmäßige Nehmen des Pfandes instruktionell verboten. Wäre ersteres der Fall, so würde auch die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts nach § 1257 B.G.B. nicht möglich sein. Nur darf das gesetzliche Pfandrecht nicht in einer Weise erworben werden, die auf eine Umgehung des Verbotes hinausläuft. So z. B. würde es unzulässig sein, wenn die Gesellschaft für insolvente Auftraggeber kommissionsweise ohne Sicherheit eigene Aktien ankaufte, um an denselben ein gesetzliches Pfandrecht zu erlangen. Das würde die Haftpflicht nach §§ 244, 249 begründen (Ring Anm. 7 zu Art. 215d). Für das kaufmännische Retentionsrecht gilt hier das Gleiche, wie für das gesetzliche Pfandrecht (R.G. 36 S. 38). Anm. 5.

Das Annehmen von Beamtenkautionen ist wohl ein Pfandnehmen, aber nicht ein Pfandnehmen im regelmäßigen Geschäftsbetriebe (Ring Anm. 7 zu Art. 215d; Behrend § 137 Anm. 15; anders Förtsch Anm. 3 zu Art. 184d). Pfandnahme im geschäftlichen Betriebe bedeutet Kreditgewährung gegen Verpfändung eigener Aktien (Behrend § 137). Anm. 6.

δ) Außer wenn eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird. In Ausführung einer solchen darf die Gesellschaft eigene vollbezahlte Aktien (nicht auch eigene Interimsscheine oder nicht vollbezahlte Aktien) erwerben und zum Pfande nehmen. Das bezieht sich auch auf den Fall, daß der Kommissionsauftrag zum Einkauf im Wege des Selbsteintritts ausgeführt wird (Cosack S. 635 und Pinner S. 122). Zwar erfolgt in solchem Falle der Erwerb der Aktie nicht in Ausführung der Einkaufskommission, vielmehr wird diese ausgeführt durch den Selbsteintritt, d. h. durch die Erklärung der A.G. die Aktien selbst liefern zu wollen. Aber um liefern zu können, muß die A.G. ihre eigenen Aktien erwerben, und die Erfüllung dieser Pflicht muß der Gesellschaft gestattet sein, da ihr die Uebernahme derselben nicht verboten ist. Petersen u. Pechmann S. 172 erachten es für eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes, wenn die Gesellschaft über die in Ausführung der Kommission erworbenen Aktien nachträglich für eigene Rechnung verfügen und dem Kommittenten andere Stücke liefern würde. Dem kann nicht beigetreten werden. Ist dies Verfahren dem Kommittenten gegenüber an sich in concreto statthaft, was der Fall ist, wenn nach der Lage der Sache der Kommittent keinen Anspruch auf bestimmte Nummern hatte (RG. 5 S. 2 ff.), so liegt auch keine Umgehung des Gesetzes darin. Die Ersatzstücke kann ja die Gesellschaft ebenfalls legal erworben haben, z. B. durch Schenkung, im Wege der Zwangsvollstreckung. Anm. 7.

ε) Die Veräußerung eigener Aktien ist gestattet. Dieselbe kann vorkommen, wenn die Gesellschaft zulässiger Weise Aktien erworben hat, ebenso wenn dieselbe als Verkaufskommissionärin auftritt. Nur ist der mit einer Verkaufskommission Anm. 8.

ihrer eigenen Aktien betrauten Gesellschaft verwehrt, die Aktien als Selbstkäuferin zu behalten. Hiernach modifizirt sich auch der § 400 H.G.B. (vergl. R.G. 2 S. 40). Näheres zu § 400.

Anm. 9. b) **Eigene Interimsscheine und eigene nicht vollbezahlte Aktien** darf die Gesellschaft im Geschäftsbetriebe überhaupt nicht erwerben oder in Pfand nehmen, auch nicht als Einkaufskommissionärin. Die Uebertretung des Verbots erzeugt Nichtigkeit („kann nicht"; Planck I S. 25; vergl. nach früherem Recht R.G. 36 S. 37). Dieselbe ergreift sowohl das Geschäft, wie seine dingliche Wirkung und kann von beiden Kontrahenten geltend gemacht werden (Behrend § 137). Auch ist es gleichgiltig, ob sich der Erwerb als selbstständiges Geschäft oder als Bestandtheil eines anderen Geschäfts darstellt; es richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (§ 139 B.G.B.), welchen Einfluß jene Nichtigkeit auf das ganze Geschäft hat (Behrend § 137 Anm. 18). Auch hier kann ein gesetzliches Pfandrecht entstehen, trotz § 1257 B.G.B., weil auch die vorliegende Vorschrift sich lediglich gegen die vertragsmäßige Pfandnahme wenden will und durch die Androhung der Nichtigkeit nur einem bestimmten geschäftlichen Gebahren wirksam entgegentreten, im Uebrigen aber begriffliche Bedenken gegen die Entstehung des Pfandrechts nicht aufstellen will. Außerhalb des geschäftlichen Betriebes darf die Gesellschaft auch eigene Interimsscheine und eigene nicht vollbezahlte Aktien erwerben (vergl. oben Anm. 2). Auch ist ein Zurückbehaltungsrecht an eigenen Interimsscheinen möglich (R.G. 36 S. 38). Hinsichtlich der Interimsscheine ist hier überall zu bemerken, daß das Verbot sich auf dieselben auch dann bezieht, wenn sie schon vollbezahlt sind und nur die definitive Aktienurkunde noch nicht ausgegeben ist. Das Gesetz gründet darauf keinen Unterschied.

Anm. 10. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift ist auf alte Gesellschaften anwendbar (R.G. 36 S. 32; Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 227.

Die Einziehung (Amortisation) von Aktien kann nur erfolgen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angeordnet oder gestattet ist. Die Bestimmung muß in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Aenderung des Gesellschaftsvertrags getroffen sein, es sei denn, daß die Einziehung nicht mittelst Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, sondern mittelst Ankaufs der Aktien geschehen soll.

Jede Art der Einziehung darf, sofern sie nicht nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften stattfindet, nur aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Amortisation von Aktien.**

Dabei sind zwei Rücksichten maßgebend. Da die Amortisation die Ziffer des Grundkapitals vermindert, so muß besondere Rücksicht darauf genommen werden, daß die Interessen der Gründer keinen Nachtheil erleiden; denn je geringer die Ziffer des Grundkapitals, desto eher kommen die Aktionäre zum Dividendenbezug, desto eher gelangt alsdann Gesellschaftskapital zur Vertheilung, desto geringer wird alsdann die Sicherheit für die Gläubiger. Die andere Rücksicht ist auf die Aktionäre zu nehmen, denen regelmäßig ohne ihren Willen ihr Aktienrecht nicht genommen werden soll.

Anm. 1. 1. **Begriff.** Unter Amortisation oder Einziehung von Aktien versteht man solche Rechtsakte der Gesellschaft, durch welche einzelne Aktienrechte nichtig werden oder untergehen. Sie ist eine Art Herabsetzung des Grundkapitals, wenn man diesen Begriff in weiterem Sinne auffaßt. Denn das Grundkapital wird durch die Amortisation herabgesetzt, verringert (siehe unten Anm. 6). Sie ist wesentlich verschieden von der Kaduzirung, die sich gegen den Aktionär, nicht gegen das Aktienrecht richtet; der Aktionär geht bei der Kaduzirung seines

Antheilrechts verlustig, dieses selbst besteht fort. Sie ist ferner wesentlich verschieden von der Amortisation oder Kraftloserklärungder Aktienurkunde, die weder das Antheilsrecht, noch den Berechtigten verändert, sondern sich nur gegen die verlorene Urkunde richtet.

2. **Wodurch erfolgt die Amortisation?** Der vorliegende Paragraph erwähnt die Amortisation einerseits mittels Ausloosung, Kündigung und in ähnlicher Weise, andererseits die Amortisation mittels Ankaufs. Man kann hiernach unterscheiden die Zwangsamortisation und die freiwillige Amortisation. Die Zwangsamortisation kann auf verschiedene Weise vor sich gehen. Es können die Aktien ausgelooſt werden oder es kann bestimmt sein, daß in bestimmten Perioden bestimmte Stücke gekündigt werden können oder es kann den Gesellschaftsorganen überlassen werden, jährlich eine bestimmte Anzahl von Aktien zu kündigen ꝛc. Die freiwillige Amortisation erfolgt durch ein Rechtsgeschäft zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aktionär. Das Gesetz erwähnt den Ankauf. Allein das ist keineswegs die einzige Art der freiwilligen Amortisation. Auch im Wege des Austausches oder der Hingabe an Erfüllungsstatt, der Schenkung, des Vergleichs (z. H. Hingabe von Aktien gegen den Verzicht auf Regresse aus schlechter Gründung oder Verwaltung), auch durch letztwillige Verfügungen können Aktien der Gesellschaft überlassen und von ihr erworben werden mit der Absicht und der Wirkung des Untergangs des Aktienrechts. Keineswegs wollte das Gesetz den Ankauf als die einzige zulässige Art der freiwilligen Amortisation hinstellen. Jedenfalls ist die Amortisation im Wege des Erwerbes durch die Gesellschaft von dem im § 226 erwähnten Erwerbe eigener Aktien dadurch unterschieden, daß dort im § 226 das Antheilsrecht bestehen bleiben, hier aber durch Konfusion untergehen soll. Anm. 2.

Die Zwangsamortisation vollzieht sich ohne den Willen des Aktionärs. Der Akt der Ausloosung selbst bezw. die Kündigung an den Aktionär haben die Nichtigkeit der Aktie eo ipso zur Folge. Bei der freiwilligen Amortisation vollzieht sich der Erwerb in dem Augenblicke, wo die Gesellschaft Eigenthümerin der Aktie wird, beim Ankauf und ähnlichen Rechtsakten also durch die Lieferung der Aktie an die Gesellschaft. Anm. 3.

Eine besondere Vernichtung der Aktienurkunde ist nicht nothwendig und vom Gesetze auch nicht erwähnt. Das Aktienrecht wird durch die nach Vorstehendem vollzogene Amortisation rechtlich vernichtet, die Urkunde ist durch diesen Akt ungiltig geworden (R.G. vom 24. 3. 1899, Holdheim 8 S. 142). Das führt uns zu den Wirkungen der Amortisation. Anm. 4.

3. **Die Wirkungen der Amortisation.** Durch die vollzogene Amortisation ist die Aktie rechtlich vernichtet. Der gutgläubige Erwerber amortisirter Aktien hat auf den Schutz des § 932 B.G.B. und § 366 H.G.B. keinen Anspruch, da dieselben giltige Urkunden voraussetzen (Behrend § 143 Anm. 15; vergl. ebenso Anm. 5 zu § 219). Die amortisirten Aktien können auch nicht wieder ausgegeben werden. Freilich können die betreffenden Urkunden bei einer Kapitalserhöhung als Träger der neuen Aktienrechte verwendet werden (zust. Behrend § 143 Anm. 15; Ring Anm. 10 zu Art. 215 d). Doch wird dabei nur das Papier, nicht auch die sonstigen Modalitäten der Kapitalserhöhung (Generalversammlung u. s. w.) und auch nicht der Aktienstempel gespart. (O.L.G. Hamburg bei Holdheim 3 S. 80; R.G. bei Bolze 18 Nr. 631). — Mit der Aktie sind auch die noch nicht fälligen Dividendenscheine ungiltig geworden (vergl. Denkschrift S. 132). Auch hier kann der redliche Erwerber keine Rechte geltend machen. Sind Aktien oder Dividendenscheine, die auf solche Weise als rechtlich vernichtet zu betrachten sind, unzulässiger Weise in den Verkehr gebracht worden, so haftet die Gesellschaft lediglich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen dem gutgläubigen Erwerber für den erwachsenen Schaden, also z. B. dann nicht, wenn jener Verkäufer, der ihr die Aktien durch const. poss. übergeben hatte, sie unzulässiger Weise wieder in Verkehr gebracht hat. Denn die Voraussetzungen des § 823 B.G.B. liegen in solchem Falle nicht vor; weder haben ihre gesetzlichen Vertreter einen direkten Eingriff in das Recht des Dritten begangen (§ 823 Abs. 1), noch haben sie ein zum Schutz des betreffenden Aktienerwerbers erlassenes Gesetz verletzt (§ 823 Abs. 2); denn es besteht kein Anm. 5.

gesetzliches Gebot zur körperlichen Vernichtung der Aktien. Bloße Fahrlässigkeit aber berechtigt nicht ohne Weiteres jeden Dritten zum Anspruch auf Ersatz des demselben erwachsenen Schadens (vergl. R.G. 30 S. 50).

Anm. 6. Der Betrag der amortisirten Aktien ist vom Grundkapital abzuschreiben. In der nächsten Bilanz figurirt dann nur der verminderte Betrag des Aktienkapitals und diese Veränderung des Kapitals ist zur Eintragung anzumelden. Denn der § 291 ist hier analog anwendbar, (vergl. unten Anm. 15) wie überhaupt, im Gegensatz zu Cosack S. 673, zur Erläuterung des vorliegenden Paragraphen zu betonen ist, daß alle Arten der im vorliegenden Paragraphen erwähnten Amortisationen den gleichen rechtlichen Grundcharakter tragen und dieselben Wirkungen haben: überall Vernichtung des Aktienrechts durch einen Rechtsakt der Gesellschaft, überall Untergang des Rechts. Cosack will dem gegenüber diesen Rechtscharakter der Amortisation nur dann beilegen, wenn sie nach den Vorschriften der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgt. Allein die Beobachtung dieser Vorschriften hat nur die eine Sonderwirkung, daß die Amortisation alsdann auch aus anderen Mitteln erfolgen kann, als aus dem verfügbaren Reingewinn; die übrigen Rechtswirkungen dagegen sind die gleichen (vergl. Abs. 2).

Anm. 7. In einem ähnlichen Irrthum befindet sich Makower S. 486 und 488. Dieser erblickt in der Amortisation überhaupt keine Herabsetzung des Grundkapitals. Ihm ist die Einziehung der Antheilsrechte eine Maßregel, welche für die Gestaltung der Bilanz ohne jeden Einfluß ist. Er will die eingezogenen Antheile fortgesetzt als Theile des Grundkapitals figuriren lassen. Antheilsrechte würden, sagt er, überhaupt nicht gebucht, vielmehr nur die Summe der Grundkapitalsantheile. Das Letztere ist richtig. Die einzelnen Antheilsrechte werden nicht gebucht, sondern nur die Summe derselben. Aber in der Einziehung der Aktien liegt doch eine Vernichtung der eingezogenen Antheilsrechte, also, wie Makower selbst sagt, eine „Verminderung der Zahl der Antheilsrechte". Dadurch wird doch die Summe der Grundkapitalantheile geringer, und da nach Makowers eigener Formulirung „die Summe der Grundkapitalantheile" zu buchen und natürlich immer richtig zu buchen ist, so folgt daraus mit zwingender Nothwendigkeit, daß die Einziehung der Aktien in der Bilanz zum Ausdruck zu bringen ist. Und zwar nicht blos, wie Makower meint, wenn sie „mit einer Herabsetzung des Grundkapitals verbunden wird". Das Letztere ist überhaupt keine richtige Formulirung. Jede Einziehung der Aktien ist vielmehr eine Art der Herabsetzung des Grundkapitals. Es brauchen nur nach Abs. 2 unseres Paragraphen die besonderen Schutzvorschriften derselben nicht befolgt zu werden, wenn die Einziehung aus dem verfügbaren Reingewinn erfolgt, weil in diesem Falle die Gläubiger nicht gefährdet sind und jenes Schutzes daher nicht bedürfen.

Anm. 3. 4. **Die Voraussetzungen der Amortisation.** Diese bilden den eigentlichen Inhalt der Vorschriften des vorliegenden Paragraphen.

a) **Voraussetzung jeder Amortisation ist Anordnung oder Gestattung derselben im Gesellschaftsvertrage.** Die Anordnung oder Gestattung muß eine bestimmte sein. Es muß ersichtlich sein, welche Art der Amortisation (vergl. oben Anm. 2) gemeint ist und mindestens in welcher Höhe dieselbe erfolgen soll oder kann, auch in welcher Zeit sie durchgeführt sein muß. Nach allen diesen Richtungen müssen Ziele und Grenzen im Statute normirt sein (Amortisationsplan). Denn es war wohl nicht die Absicht der vorliegenden Gesetzesvorschrift, eine uneingeschränkte Freiheit der Verwaltungsorgane nach dieser Richtung und damit ein variables Grundkapital zu etabliren.

Anm. 9. Die Durchführung der Amortisation innerhalb der im Statut gezogenen Grenzen ist ein reiner Verwaltungsakt, den der Vorstand vorzunehmen und der Aufsichtsrath zu überwachen hat. Freilich kann die Generalversammlung Direktiven nach jeder Richtung geben und meist wird sie dies auch thun. So z. B. kann sie die Art der Auslosung, die Art der Kündigung, die Art des Ankaufs, den zu zahlenden Preis nach Höhe und nach Art (z. B. Hergabe von Gesellschaftsgrundstücken ꝛc.) bestimmen. (Dabei ist zu bemerken, daß der Preis auch über pari sein kann, was in

einem bekannten Strafprozesse mit Unrecht angezweifelt wurde, so z. B. wenn der innere Werth der Gesellschaft sich über pari stellt.)

b) Im Falle der Zwangsamortisation (vergl. oben Anm. 3) muß die betreffende Statutenbestimmung vor der Zeichnung der betreffenden Aktien getroffen sein. Gleichgiltig ist dabei, ob die Amortisation aus dem verfügbaren Jahresgewinn oder aus sonstigen Mitteln erfolgt. Eine jede Art von Zwangsamortisation ist ein Eingriff in das Recht des Aktionärs, der nur dann der Gerechtigkeit entspricht, wenn sich der Aktionär vorher demselben unterworfen hat. Mit dem Willen derjenigen Aktionäre, welche von der Amortisation betroffen werden, kann die Statutenänderung giltig auch nach Ausgabe der Aktien getroffen werden, da es sich ja hierbei nur um den Schutz der betroffenen Aktionäre handelt (Cosack S 666 2b., Pinner S. 124). Anm. 10.

Im Falle der freiwilligen Amortisation (vergl. oben Anm. 2) besteht das Erforderniß, daß die Statutenänderung vor der Ausgabe erfolgen muß, nicht. Ganz natürlich. Denn hier beruht es ja auf dem freien Willen des Aktionärs, ob er sich auf die Veräußerung an die Gesellschaft einlassen will oder nicht. Hier ist in Gemäßheit des zu a gesagten überhaupt nur eine Statutenänderung erforderlich und natürlich der Abschluß des Erwerbsgeschäfts, durch welches die Gesellschaft die Aktien erwirbt. Anm. 11.

c) **In dem Falle, daß die Amortisation nicht aus einem verfügbaren Jahresgewinn erfolgt, ist die Beobachtung der Grundkapitalsherabsetzungsvorschriften außerdem erforderlich.** Regelmäßig hat sich also der Gesetzgeber die Amortisation so gedacht, daß sie aus dem jährlichen Reingewinn erfolgt; geschieht dies ausnahmsweise nicht, so müssen die erschwerenden Vorschriften der Kapitalsherabsetzung außerdem beobachtet werden. Die Verfügbarkeit des Reingewinnes bedeutet nicht, daß er in baarem Gelde vorhanden sein muß, wie dies Simon S. 220 annimmt. Er braucht nicht anders verfügbar zu sein, wie auch sonst zur Vertheilung an die Aktionäre (vergl. Anm. 11 zu § 213). Darum ist er andrerseits auch erst dann für die Amortisation verfügbar, wenn der gesetzliche Reservefonds aus dem Reingewinn dotirt ist (Pinner S. 124). Die Gesellschaft kann nichts dem Entgegenstehendes beschließen oder vornehmen, und ferner ist unter dem jährlichen Gewinn nicht bloß der im letzten Jahre erzielte Reingewinn zu verstehen, sondern der aus der Bilanz sich ergebende Reingewinn, auch wenn derselbe erzielt ist durch Streichung von freiwilligen Reservefonds, also von Gewinnrücklagen früherer Jahre; vergl. § 213 (Plotke bei Holdheim 5 S. 148; anders hinsichtlich statutarischer Reservefonds Behrend § 143). Der Amortisation aus dem Gewinne wird übrigens die Amortisation ohne Entgelt (durch Schenkung oder Vermächtniß u. s. w.) gleichgestellt werden müssen. Anm. 12.

Der Betrag, der auf solche Weise, d. h. aus dem Reingewinn amortisirten Aktien muß übrigens nicht als gesetzlich nothwendiger Reservefonds gebucht werden. Eine solche Gesetzesvorschrift besteht nicht und aus der Natur der Sache entspringt diese Nothwendigkeit nicht. Zwar nimmt dies Simon S. 220 an, weil sonst die Absichten des Gesetzgebers angeblich vereitelt würden, und auch die Denkschrift S. 138 geht von einem ähnlichen Gedanken aus. Allein es kann dies nicht als zutreffend erachtet werden. Solange vielmehr die Amortisation von Aktien aus dem Reingewinne erfolgt, sind die Interessen der Gläubiger nicht gefährdet. Solange entfällt auch jeder gesetzliche oder natürliche Grund zur Bildung eines Reservefonds, und wenn Simon darauf hinweist, daß auf diese Weise nach und nach das ganze Aktienkapital aus dem Reingewinn amortisirt werden und so aufgezehrt werden kann, ohne daß die Gesellschaft einen andern als rechnungmäßigen Reingewinn erzielt hat, so ist die Möglichkeit dieses Ergebnisses zwar zuzugeben, aber zu dem Erfordernisse eines Reservefonds führt sie keineswegs. Denn auch in diesem extremen Falle hätten die Gläubiger keinen Schaden genommen, da ja die Mittel zur Amortisation immer nur dem bilanzmäßigen Reingewinn entnommen worden wären, ein solcher aber nur nach Abzug der Schulden vorhanden ist. Sind aber die Gläubigerinteressen nicht ge- Anm. 13.

fährdet, so entfällt jeder Grund zu der Annahme eines vom Gesetze nicht vorgeschriebenen gesetzlichen Reservefonds. Vielmehr muß es den Aktionären unbenommen bleiben, auf dem Wege allmählicher Amortisationen aus dem Bilanzgewinne das ganze Gesellschaftsvermögen allmählich zur Vertheilung zu bringen. Das öffentliche Interesse ist hierbei nicht interessirt, und wie deshalb in diesem Falle nicht die Schutzvorschriften der Kapitalsherabsetzung zur Anwendung gelangen, so ist es auch willkürlich, das Erforderniß eines gesetzlichen Reservefonds im Betrage der amortisirten Aktien aufzustellen.

Anm. 14. **Erfolgt die Amortisation aber nicht aus dem jährlichen Reingewinn,** so müssen die erschwerenden Vorschriften der Kapitalsherabsetzung beobachtet werden (und zwar außerdem, also neben der Erfüllung der Erfordernisse zu a und b). Denn in diesem Falle sind die Gläubiger gefährdet. Es liegt ja darin eine Vertheilung des normaler Weise nicht vertheilbaren Gesellschaftsvermögens an Aktionäre und diese soll grundsätzlich nicht erfolgen, ohne Beobachtung von Vorschriften zum Schutze der Gläubiger. Es muß in solchem Falle also ein Amortisationsgeneralversammlungsbeschluß mit einer Mehrheit von mindestens $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals gefaßt werden, bei mehreren Gattungen von Aktien muß eine gesonderte Abstimmung jeder Gattung erfolgen (§ 288). Durch den Beschluß muß festgesetzt werden, in welcher Weise die Maßregel durchzuführen ist (§ 288). Eine gewisse Bestimmtheit muß ja nun allerdings jeder Amortisationsbeschluß haben (vergl. oben Anm. 2). Hier aber wird noch weiter zu erfordern sein, daß die Maßregeln genau anzugeben sind, welche behufs Durchführung zu treffen sind: hier muß der Generalversammlungsbeschluß insbesondere auch den Preis, zu welchem der Ankauf zu erfolgen hat, jedenfalls aber den Höchstkurs, der zu zahlen ist, angeben; es muß ferner angegeben werden, ob an die Stelle der ausgelooften Aktien Genußscheine zu geben sind und welcher Art und mit welcher Berechtigung (vergl. unten Anm. 16) ꝛc. Ferner sind die Gläubiger gemäß § 289 zur Meldung aufzufordern und eventuell ist ihnen Befriedigung oder Sicherheit zu gewähren. Alsdann erst und nach fernerem Ablauf des Sperrjahres dürfen Zahlungen an die Aktionäre erfolgen. Der Gegenwerth für die angekauften Aktien darf also erst nach diesem Zeitpunkt gezahlt werden (Ring Anm. 12 zu Art. 215 d; Cosack S. 673). Das Sperrjahr läuft von der dritten der für die Gläubiger bestimmten Publikationen an, nicht erst von der Auslosung oder von dem Erwerb der Aktien an. (§ 289 Abs. 4). Das Nähere über diese Vorschriften siehe zu §§ 288 und 289.

Anm. 15. **Zusatz 1. Jede Art der Amortisation ist nach ihrer Durchführung zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.** Die Vorschrift des § 291 ist analog anwendbar (vergl. oben Anm. 6). Unrichtig ist es, wenn Cosack S. 673 und Makower diejenige Amortisation, welche ohne Beobachtung der Vorschriften über die Herabsetzung erfolgt, als Amortisation ohne Kapitalsherabsetzung bezeichnet. Das Grundkapital wird durch jede Amortisation von Aktien herabgesetzt (vergl. oben Anm. 1 u. 6). Zu empfehlen ist auch, daß ein Generalversammlungsbeschluß selbst oder durch den Aufsichtsrath diejenige Bestimmung des Statuts, welche die Grundkapitalsziffer enthält, der durchgeführten Amortisation entsprechend ändert und auch dies angemeldet wird, damit das Statut korrekt lautet.

Anm. 16. **Zusatz 2. An die Stelle amortisirter Aktien werden den Aktionären oft Genußscheine gegeben.** Ueber diese siehe den Exkurs zu § 179.

Anm. 17. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen ebenfalls Anwendung, sie mögen erleichternd oder erschwerend sein. (Anm. 4 ffg. zu § 178.) Auch frühere Vertragsrechte müssen insoweit weichen, als die erschwerenden Vorschriften des vorliegenden Paragraphen entgegenstehen, da diese öffentlich-rechtlicher und exklusiver Natur sind (R.G. 22 S. 1, Anm. 4 ffg. zu § 178). Infolge dessen braucht ein etwa bestehender Vertrag auf Rückkauf von Aktien von der Gesellschaft nicht erfüllt zu werden, wenn ein Gesellschaftsbeschluß nach dieser Richtung nicht zu Stande kommt (vergl. zu § 283, wo die gleiche Frage bei Bezugsrechten auf neue Aktien abgehandelt ist).

§ 228.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet, so kann die Urkunde, wenn nicht das Gegentheil darin bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die Vorschriften des § 799 Abs. 2 und des § 800 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

Sind Gewinnantheilscheine auf den Inhaber ausgegeben, so erlischt mit der Kraftloserklärung der Aktie oder des Interimsscheins auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnantheilscheinen.

§ 799 Absatz 2 B.G.B. lautet:

> Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu ertheilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen.

§ 800 B.G.B. lautet:

> Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugniß, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

Der vorliegende Paragraph nebst seinen Annexen regelt den Verlust der Aktie und des Interimsscheins. Anm. 1.

1. **Wenn eine Aktie oder ein Interimsschein abhanden gekommen oder vernichtet ist, so kann die Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgen.** Das Aufgebot erfolgt nach den Vorschriften der C.P.O. (§§ 946 ffg., insbesondere §§ 1003 ffg. C.P.O.). Zu dem Antrage berechtigt ist gemäß § 1004 C.P.O. derjenige, der zuletzt der Gesellschaft gegenüber als Aktionär galt, also bei Inhaberaktien der letzte, der durch eine Eigenthumsübertragung oder durch eine Legitimationsübertragung (vergl. Anm. 13 zu § 222) berechtigt war, die Aktionärrechte der Gesellschaft gegenüber auszuüben; bei Namensaktien derjenige, der zuletzt in das Aktienbuch eingetragen war (§ 223 Abs. 3). Die Gesellschaft muß dem Antragsteller mit Auskünften und Zeugnissen behilflich sein, wie dies § 799 Abs. 2 B.G.B. vorschreibt. Der Aufgebotsantrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen (§ 947 C.P.O.). Beizubringen ist entweder eine Abschrift der Aktie oder der wesentliche Inhalt derselben und alles, was zur Erkennbarkeit derselben erforderlich ist, z. B. die Nummer des Aktienbuchs, ferner ist glaubhaft zu machen der Verlust der Urkunde und die Berechtigung zum Antrage und endlich muß sich der Antragsteller zur Versicherung der Wahrheit seiner Angaben an Eidesstatt erbieten (§ 1007 C.P.O.). Zuständig ist das Gericht am Sitze der Gesellschaft (§ 1005 C.P.O.).
2. Die Wirkungen des Aufgebots. Die verlorene Urkunde ist für kraftlos erklärt und nur der Antragsteller ist berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (§ 1018 C.P.O.). Die verlorene Aktie ist nichtig, in wessen Händen sie sich auch befinden mag, und mag es auch ein gutgläubiger Erwerber sein. Rechtsgeschäfte, welche über diese Urkunde nunmehr geschlossen werden, übertragen das Aktienrecht nicht. Nur derjenige, der das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist als Aktionär zu betrachten. Er kann die Aktienrechte auf Grund des Ausschlußurtheils geltend machen. Er kann aber auch, was § 800 B.G.B. ergiebt, die Ausstellung einer neuen Aktienurkunde auf seine Kosten verlangen. Alsdann kann er auch sein Aktienrecht übertragen, vorher nicht, weil die Uebertragung ohne gleichzeitige Uebertragung der Aktienurkunde nicht zulässig ist, das Ausschluß- Anm. 2.

urtheil aber nicht etwa in aller und jeder Richtung die Aktienurkunde vertritt (vergl. Anm. 5 zu § 222).

Anm. 3. Mit der Aktie sind aber gleichzeitig auch die noch nicht fälligen Dividendenscheine für kraftlos erklärt, wenn dieselben auf den Inhaber lauten (und selbstverständlich auch die Talons). Der dritte redliche Erwerber der Dividendenscheine hat den Anspruch auf die Dividendenscheine verloren. Der Erwirker des Ausschlußurtheils erhält mit der neuen Aktie auch die neuen Dividendenscheine. An ihn mag sich der wahre Berechtigte wegen der Dividendenscheine halten. Die bereits fälligen Scheine, soweit sie nicht mit aufgeboten und kraftlos erklärt sind, dagegen bleiben in Kraft und ebenso solche Dividendenscheine, die auf den Namen lauten. Denn in diesen beiden Hinsichten trifft der vorliegende Paragraph keine entgegenstehenden Sonderbestimmungen, es ist mithin die Regel des § 803 B.G.B., der dies für Zinsscheine vorschreibt, analog anwendbar.

Anm. 4. **Zusatz 1. Uebergangsfrage.** Art. 25 E.G. zum H.G.B. bestimmt, daß die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen auch in dem Falle Anwendung finden, daß eine Aktie vor dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. abhanden gekommen, oder vernichtet worden ist. Als selbstverständlich ist dabei gar nicht erwähnt, daß dies überhaupt Anwendung findet auf ältere Gesellschaften. Dagegen hebt die Denkschrift S. 306 zum Ueberfluß hervor, daß sich die Vorschrift auch auf Aktien einer Gesellschaft bezieht, die vor dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. bereits aufgelöst ist.

Anm. 5. **Zusatz 2. Eine Stempelung der neuen Urkunde,** welche der Aktionär an Stelle der für kraftlos erklärten, erhält, ist nicht erforderlich (§ 6 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894), desgleichen ist der Umtausch ein stempelfreies Geschäft.

Anm. 6. **Zusatz 3. Auf Dividendenscheine bezieht sich der Paragraph nicht.** Dividendenscheine auf den Inhaber können nicht aufgeboten werden (§ 799 B.G.B.), aber auch nicht solche auf den Namen (Makower S. 490). Für den Fall des Verlustes giebt § 804 B.G.B. einen andern Weg. Dieser Paragraph lautet:

> Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, daß die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt. Der Anspruch verjährt in vier Jahren.
>
> In dem Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine kann der im Abs. 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden.

Uebergangsfragen regeln die Art. 174 und 175 E.G. zum B.G.B.

§ 229.

Ist eine Aktie oder ein Interimsschein in Folge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Berechtigte, sofern der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale der Urkunde noch mit Sicherheit erkennbar sind, von der Gesellschaft die Ertheilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen.

Anspruch des Aktionärs auf Umtausch einer beschädigten Urkunde.

1. Der Berechtigte muß seine Legitimation führen.
2. Ist der wesentliche Inhalt nicht erkennbar, so bleibt nur der Weg des Aufgebots übrig.
3. Der Umtausch ist stempelfrei und auch die umgetauschte Urkunde (§ 6 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894).

§ 230.

Neue Gewinnantheile dürfen an den Inhaber des Erneuerungsscheins nicht ausgegeben werden, wenn der Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins der Ausgabe widersprochen hat. Die Scheine sind in diesem Falle dem Besitzer der Aktie oder des Interimsscheins auszuhäodigen, wenn er die Haupturkunde vorlegt.

Konkurrenz zwischen dem Inhaber der Aktie und dem Inhaber des Talons wegen der Abhebung der Dividendenscheine. Diese Vorschrift hat von uns bereits Erwähnung gefunden in Anm. 12 zu § 213.

Dritter Titel.

Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231.

Die Aktiengesellschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen.

Die Bestellung zum Mitgliede des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung.

Der vorliegende Paragraph normirt die rechtliche Stellung des Vorstandes (Abs. 1), **die Zusammensetzung desselben** (Abs. 2) **und endlich die Widerruflichkeit seiner Bestellung** (Abs. 3).

1. (Abs. 1). **Der allgemeine Charakter des Vorstandes ist im vorliegenden Paragraphen dahin bestimmt, daß er die gerichtlich und außergerichtlich vertritt.** Anm. 1.

Die rechtliche Stellung ist damit nicht erschöpfend angegeben. Nur die eine Reite derselben, seine Stellung als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, ist damit hervorgehoben. Er ist aber auch ihr oberstes geschäftsführendes Organ. Er ist, wie Ring Anm. 1 zu Art. 227 zutreffend sagt, das ordentliche ständige Organ der Gesellschaft für Vertretung und Geschäftsführung.

a) Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

α) Er hat dadurch die Stellung eines gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft. Anm. 2. Zwar ist das hier nicht, wie im § 26 Abs. 2 B.G.B. für den Vorstand des rechtsfähigen Vereins, ausdrücklich hervorgehoben. Allein diese letztere Gesetzesvorschrift muß hier subsidiär angewendet werden (vergl. Anm. 9 zu § 178). Daraus folgt, daß alle diejenigen Vorschriften, welche die Gesetze für den gesetzlichen Vertreter eines Vereins geben, auch auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft angewendet werden müssen; soweit nicht Spezialvorschriften hier entgegenstehen.

Er ist gesetzlicher Vertreter, das bedeutet: er ist das vom Gesetze verlangte ordentliche ständige Organ für die Vertretung der Gesellschaft. Anm. 3. Er ist nicht etwa ihr ausschließliches Vertretungsorgan und nicht etwa ihr absolut nothwendiges Vertretungsorgan. Nicht ihr ausschließliches Vertretungsorgan. Denn ausnahmsweise hat auch der Aufsichtsrath Vertretungsbefugniß (vergl. Einl. zu § 246) und ganz ausnahmsweise auch die Generalversammlung (vergl. zu § 250) und endlich kann die Aktiengesellschaft auch durch andere Bevollmächtigte vertreten werden. Er ist aber auch nicht ein absolut nathwendiges Vertretungsorgan. Das Gesetz verlangt ihn zwar als Norm und Regel (§ 182 Nr. 4; § 190 Abs. 3; § 195 Abs. 1 und 4). Aber der Vorstand kann während des Bestehens der Gesellschaft fehlen,

sei es, daß er abberufen wird, ohne daß sofort Ersatz gefunden oder geschaffen wird oder daß er plötzlich stirbt. Weder hört dadurch die Gesellschaft zu existiren auf, noch ist es richtig, wenn Planck (Anm. 2 zu § 26 B.G.B.) sagt, daß, solange der Verein einen Vorstand nicht hat, Rechtsgeschäfte weder von ihm, noch ihm gegenüber vorgenommen werden können. Die Gesellschaft kann vielmehr ungestört weiter funktioniren, die Beamten und Bevollmächtigten der Gesellschaft besorgen ihre Geschäfte, und nur diejenigen Rechtshandlungen können nicht vorgenommen werden, welche zur ausschließlichen Machtbefugniß des Vorstandes von Gesetzeswegen gehören.

Anm. 4. β) Der Umfang der Vertretungsbefugniß erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten. Er ist unbeschränkt und unbeschränkbar, oder vielmehr: er unterliegt lediglich denjenigen Beschränkungen, welche das Gesetz macht.

Was insbesondere die gerichtlichen Angelegenheiten betrifft, so ist der Vorstand gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft im Sinne des § 51 C.P.O. Demgemäß haben die Vorstandsmitglieder auch die Parteieide für die Gesellschaft zu leisten, und zwar diejenigen Vorstandsmitglieder, die es zur Zeit der Eidesleistung sind. (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 494 und 750; R.G. 2 S. 400). Folgeweise können die Vorstandsmitglieder auch nicht als Zeugen vernommen werden (R.G. 2 S. 400; vergl. Bd. 14 S. 20; Rehbein S. 45). Die Meinung Ring's (Anm. 8 zu Art. 227), dasjenige Vorstandsmitglied, welches den Prozeß nicht führe, könne als Zeuge vernommen werden, kann nicht gebilligt werden. Denn auch ein solches Mitglied bleibt ein gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft und kann zum Parteieide herangezogen werden (§§ 473, 474 C.P.O.; Zustellungen und Ladungen können an jedes Vorstandsmitglied giltig erfolgen, auch wenn es allein zur Vertretung nicht befugt wäre (§ 171 Abs. 3 C.P.O.; § 232 Abs. 1 Satz 3 H.G.B.). Will der Vorstand selbst die Gesellschaft verklagen, z. B. auf Gewährung von Gehalt, so kann er sich nicht selbst zustellen (§ 185 C.P.O.). Vielmehr muß event. der Gesellschaft ein Vorstandsmitglied vom Amtsgericht gemäß § 29 B.G.B. (vergl. unten Anm. 18) oder ein Prozeßpfleger bestellt werden nach § 57 C.P.O. (R.G. 7 S. 404). Vergl. Anm. 40 zu § 232.

Anm. 5. Auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht vertritt der Vorstand die Gesellschaft, so gegenüber den Stempelbehörden, den Polizeibehörden u. s. w. Wegen der Haftung hierfür siehe Anm. 6 zu § 210 und Anm. 36 zu § 232.

Anm. 6. γ) Ueber die Wirkung der Stellvertretung durch den Vorstand siehe Anm. 27 zu § 232.

Anm. 7. b) **Der Vorstand ist außerdem das ordentliche geschäftsführende Organ der Gesellschaft.** Er ist ihre ständige geschäftsführende Behörde, welcher zunächst eine Reihe von Geschäftsführungspflichten schon von Gesetzeswegen unentziehbar zugewiesen sind (Berufung zur Generalversammlung, § 253; Sorge für die Buchführung, § 239; Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, und die Erstattung des Geschäftsberichts, § 260 Abs. 2; die Anzeige von Verlusten am Grundkapital, § 240 Abs. 1; Beantragung des Konkurses, § 240 Abs. 2), und welcher außerdem die ganze Geschäfsführung obliegt, soweit sie nicht durch Gesetz oder Statut anderen Organen zugewiesen ist (vergl. R.O.H. 13 S. 180). Aber hinsichtlich der Geschäftsführung kann im Uebrigen anderen Organen soviel Macht über den Vorstand selbst zugewiesen sein, daß dieser dadurch im Großen und Ganzen zum Exekutivbeamten des Aufsichtsraths herabgedrückt wird (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 247; Näheres hierüber Anm. 10 zu § 246). Bis auf die erwähnten unentziehbaren Geschäftsführungsakte kann derjenige Aufsichtsrath, dessen Anweisungen der Vorstand zu folgen hat, diesem die Geschäftsführung auch ganz entziehen, nicht bloß, wie Ring S. 527 will, bruchstückweise (sog. Suspension).

Anm. 8. Ist der Vorstand mehrgliederig, so sind für seine Beschlußfassungen die Bestimmungen des B.G.B. §§ 28, 32, 34 hier nicht subsidiär anwendbar, weil der Zu-

sammenhang der aktienrechtlichen Vorschriften ein Anderes ergiebt, nämlich im Zweifel Kollektivgeschäftsführung (vergl. Anm. 26 zu § 232). Es können auch durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß oder durch den Aufsichtsrath den einzelnen Mitgliedern des Vorstandes einzelne Zweige der Geschäftsführung überwiesen werden z. B. dem technischen Leiter die Fabrikation, dem kaufmännischen der Verkauf und die Buchführung. In solchem Falle haftet jedes Mitglied nur in Betreff der ihm überwiesenen Thätigkeit (R.G. 12 S. 76). Tritt dagegen eine Theilung dieser Art durch Vereinbarung unter den Vorstandsmitgliedern selbst ein, so ist dies in Ansehung der Haftung der Gesellschaft gegenüber ohne Wirkung (R.G. 12 S. 76). Die öffentlich rechtlichen Pflichten der Vorstandsmitglieder (z. B. für gehörige Buchführung) werden auch durch statutarische oder sonstige Geschäftseintheilungen nicht berührt (vergl. Anm. 3 zu § 38).

2. (Abs. 2.) **Die Zusammensetzung des Vorstandes.** Hierüber sagt das Gesetz nichts weiter, Anm. 9
als daß er aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Das Uebrige muß das Statut enthalten (§ 182 Nr. 4). Besteht er aus mehreren Personen, so sind diese im Zweifel nur kollektiv berechtigt (§ 232, vergl. dort Näheres). Für die Geschäftsführung muß dasselbe gelten (Näheres Anm. 2 zu § 235.)

Ueber die Qualifikation der Vorstandsmitglieder ist nichts gesagt. Früher war ge- Anm. 10.
sagt, daß sie Aktionäre sein könnten oder Nichtaktionäre, besoldet oder unbesoldet. Das ist jetzt weggelassen, weil alles dies sich von selbst versteht. Es bestehen von Gesetzeswegen keine anderen Qualifikationserfordernisse als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden. Es müssen daher die Vorstandsmitglieder physische Personen und geschäftsfähig sein. Es schadet aber nichts, wenn die Person in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 165 B.G.B.), sodaß ein gesetzliches Hinderniß nicht besteht, auch einen Minderjährigen über 7 Jahren zum Vorstand zu bestellen. Auch sonst brauchen die Vorstandsmitglieder besondere Eigenschaften nicht zu haben. Auch Frauen können es sein. Ferner brauchen sie nicht Inländer zu sein oder im Inlande zu wohnen. Oft z. B. zur Beaufsichtigung einer ausländischen Zweigniederlassung, wird gerade der Wohnsitz im Auslande erwünscht sein. Auch daß sie mit Aufsichtsrathsmitgliedern oder untereinander verwandt sind oder durch Sozietät verbunden sind, ist kein gesetzliches Hinderniß. Aufsichtsrathsmitglieder selbst dürfen nicht Vorstandsmitglieder sein (§ 248). Die in Reichs- und Landesgesetzen den Beamten auferlegten Beschränkungen, in den Vorstand von Aktiengesellschaften einzutreten, machen sie nicht unfähig und beeinträchtigen ihre Wählbarkeit nicht (Behrend S. 838 Anm. 10); die Verletzung der Vorschriften hat nur disziplinarrechtliche Folgen; der Registerrichter hat hier kein Recht zur Beanstandung. *Wohl aber kann nach allen diesen Richtungen das Statut Beschränkungen auferlegen* (Ring Anm. 3 zu Art. 191; Behrend § 127 Anm. 22). Esser (Anm. 2 zu Art. 19). der dies verneinte, stand mit seiner Ansicht mit Recht vereinzelt da; denn das Schweigen des Gesetzes über besondere Erfordernisse der Mitgliedsqualifikation hat nur den Zweck, von Gesetzeswegen keine Beschränkungen aufzuerlegen und der Privatautonomie der Gesellschaften zu überlassen, in dieser Beziehung zu bestimmen, was ihnen am besten frommt. Die Statuten können daher bestimmen, daß Personen, welche die bürgerlichen Ehrenrechte verloren haben oder in Konkurs verfallen sind, nicht bestellbar, oder daß nur Aktionäre bestellbar sind, oder daß die Vorstandsmitglieder an einem bestimmten Orte wohnen, oder daß sie Kaution hinterlegen müssen (ob dies als Voraussetzung oder als Folge des Vorstandsamts angeordnet ist, ist Frage des Einzelfalls).

Ist die Wahl auf eine geschäftsunfähige Person gefallen, so ist sie un- Anm. 11.
gültig und bleibt es, auch wenn der Beschluß nicht angefochten wird. *Ist sie aber auf eine nach den Statuten nicht bestellbare Person gefallen*, so ist die Wahl ungültig und der betreffende Beschluß anfechtbar. Durch nicht erfolgte Anfechtung aber wird sie gültig.

Tritt nachträglich ein gesetzlicher Unfähigkeitsgrund ein, so hört das Anm. 12.
Mitglied ipso jure auf, Mitglied des Vorstandes zu sein; tritt nachträglich ein statuta-

rischer Unfähigkeitsgrund ein, verfällt also z. B. ein Vorstandsmitglied in Konkurs, während die Statuten Gemeinschuldner von der Bestellung zum Vorstande ausschließen, so hört die Mitgliedschaft dadurch nicht eo ipso auf. Vielmehr muß die Bestellung widerrufen werden (Zustimmend Ring Anm. 3 zu Art. 191; anders Behrend § 127 Anm. 22; Holdheim in seiner Wochenschrift 1 S. 187).

Anm. 13. **Die Bezeichnung Vorstand ist wesentlich.** (Oberstes Landesgericht München vom 18. Juni 1895 bei Holdheim 1895 S. 356; Ring S. 524 Anm. 2; Behrend S. 836 Anm. 2; Pinner S. 130; dagegen jedoch die herrschende Ansicht, citirt bei Ring). Nach außen muß klar sein, wer gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist. Der Titel Direktor wird auch sonstigen Beamten verliehen.

Anm. 14. 3. (Abs. 3.) **Ihre Bestellung ist jeder Zeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßigen Vergütungen.**

a) **Die jederzeitige Widerruflichkeit** ist vom Gesetze ausgesprochen, damit hierüber kein Zweifel entstehe durch die verschiedenen juristischen Gestaltungen des der Bestallung zu Grunde liegenden Verhältnisses. Das Gesetz will sagen, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugniß jedenfalls jederzeit entzogen werden kann. Ob auch der Dienstvertrag jederzeit aufgehoben werden kann, darüber vergl. den Zusatz 3. Auf die Widerruflichkeit kann auch nicht verzichtet werden (R.O.H. 23 S. 327; R.G. 3 S. 186; 27 S. 37; Ring Anm. 10 zu Art. 227; Behrend § 124 Anm. 19). Die Ernennung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Dritten zu bestellenden und abzuberufenden Vorstandes ist unzulässig, ein dahin gehender Generalversammlungsbeschluß ungiltig (R.G. 3 S. 129).[1])

Anm. 15. Die Ausübung des Widerrufs beruht auf reiner Willkür. Der Vorstand kann nicht etwa auf das Fortbestehen der Vorstandschaft trotz erfolgten Widerrufs klagen (R.O.H. 14 S. 85).[2]) Es ließe sich höchstens denken, daß der abberufene Vorstand in Gemäßheit des § 271 den Beschluß der Generalversammlung, welcher den Widerruf ausspricht, als rechtsungiltig (nicht etwa als sachlich ungerechtfertigt) zu Stande gekommen ansicht (vergl. z. B. den Fall in R.G. 34 S. 110), und es kann in solchem Falle auch nicht etwa der neue Vorstand die Klage zurücknehmen. Auch sind für sachlich ungerechtfertigte Widerrufe Konventionalstrafen oder vielmehr Quasivertragsstrafen denkbar (vergl. § 343 Abs. 2 B.G.B.). Von wem der Widerruf ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Die Generalversammlung ist jedenfalls dazu berechtigt (in welchem Falle, wie oben bemerkt, der abberufene Vorstand das Anfechtungsrecht nach § 271 hat), neben ihr der Aufsichtsrath, wenn ihm das Widerrufsrecht übertragen ist. Eine solche Uebertragung aber liegt implicite in der Uebertragung des Rechts, den Vorstand zu bestellen (Ring Anm. 10 zu Art. 227; Behrend § 124 Anm. 20). Ueber das Recht zur Bestellung des Vorstandes siehe unten Anm. 18.

Anm. 16. b) **Vorbehalten sind die Ansprüche auf die vertragsmäßigen Vergütungen.** Der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitgliede hat mit der sofortigen Kündigung des Dienstvertrages begrifflich nichts zu thun. Es kann das Vorstandsmitglied als solches, d. h. von seiner Funktion als Vorstand gemäß § 231 abberufen werden, ohne daß hiermit das zuständige Organ eine sofortige Kündigung vom Dienstvertrage aussprechen will. In diesem Falle kann möglicherweise dem abberufenen Vorstandsmitgliede ein auf diese Abberufung gestütztes Recht zur sofortigen Kündigung gegeben sein (vergl. Anm. 30).

---

[1]) Aus dieser Entscheidung ergeben sich bedenkliche Konsequenzen in Bezug auf die Giltigkeit der von der preußischen Regierung geschlossenen Verträge, durch welche Privatbahnen unter Staatsverwaltung genommen sind (Behrend § 124 Anm. 7).

[2]) Von dem Widerruf der Bestellung ist noch zu scheiden die Behinderung an der Ausübung der mit derselben verbundenen Thätigkeit. Hier steht Klage zu, solange die Vorstandschaft besteht; nach Behrend (§ 124 Anm. 22) gegen das betreffende hindernde Organ, nach Ring (Anm. 10 zu Art. 227), gegen die Gesellschaft, nach unserer Ansicht gegen den einen oder anderen, je nachdem die Störung Namens der Gesellschaft erfolgt oder nicht.

Es kann allerdings auch die Abberufung als Vorstand zugleich mit der sofortigen Kündigung des Dienstvertrags ausgesprochen werden und es kann beides uno actu geschehen und unzweideutig in einer und derselben Erklärung liegen. In allen diesen Fällen bleibt der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung durch die Abberufung als Vorstandsmitglied unberührt, womit aber nicht gesagt ist, daß einem abberufenen Vorstandsmitglied seine vertragsmäßige Vergütung stets weiter bezahlt werden muß. Vielmehr kann die gleichzeitig oder implicite ausgesprochene sofortige Kündigung des Dienstvertrages gerechtfertigt sein und alsdann cessirt der Anspruch auf die vertragsmäßigen Vergütungen. Es soll in diesem Absatz nur gesagt sein, daß durch den Akt des Widerrufs der Vorstandschaft an sich nicht schon der Anspruch des Vorstandsmitgliedes auf die vertragsmäßige Vergütung wegfällt. Ueber diese Ansprüche selbst, wann sie weiter bestehen und wann sie wegfallen, darüber unten Anm. 28 ffg.

Zusatz 1. Von wem wird der Vorstand bestellt? Hierüber muß sich das Statut verhalten (§ 182 Nr. 4). Die Bestellung ist meist dem Aufsichtsrath übertragen, seltener der Generalversammlung. Diese Organe sind für den Akt der Bestellung gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (vergl. oben Anm. 3). Der Vorstand kann auch zur Kooptation statutarisch ermächtigt sein (Behrend § 124 Anm. 13). Auch Bestellung durch einen Dritten ist nicht absolut unzulässig (vergl. jedoch oben Anm. 14). Die im § 29 B.G.B. vorgesehene Zwangsbestellung eines Vorstandes durch das Amtsgericht auf Antrag eines Betheiligten in dringenden Fällen muß auch hier gelten. Die Vorschriften des B.G.B. über Vereine gelten ja überhaupt subsidiär auch hier (Anm. 9 zu § 178) und gerade diese Vorschrift ist als ultimum refugium unentbehrlich, besonders für Dritte, welche der Gesellschaft gegenüber Erklärungen abzugeben oder sie zu verklagen haben. Ein dringender Fall liegt vor, wenn diejenigen Organe, welche den Vorstand zu bestellen haben, keine Anstalten treffen, um den Vorstand zu bestellen, so daß der Dritte dadurch Gefahr läuft, seines Rechts verlustig zu gehen. — Vergl. auch noch Anm. 15 zu § 182. — Anm. 17.

Zusatz 2. Kann auch ein Vorstandsmitglied sein Amt niederlegen? Das richtet sich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse (§ 168 B.G.B.). Die Hauptfälle sind, daß die Vorstandschaft auf Auftrag oder auf Dienstvertrag beruht (§§ 662 und 675 B.G.B.). Im ersteren Falle kann das Vorstandsmitglied jederzeit die Vorstandschaft niederlegen (§ 671 B.G.B.). Es muß nur, wenn es dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit thut, die Gesellschaft entschädigen. Im Fall des Dienstvertrages d. h. wenn der Vorstand besoldet wird, kann er regelmäßig nur aus wichtigen Gründen (welches diese Gründe sind, darüber siehe unten Anm. 30) die Vorstandschaft niederlegen oder wie das B.G.B. sagt: „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen" (§ 626 B.G.B.), ohne wichtigen Grund nur unter zwei kumulirten Voraussetzungen (§ 627 B.G.B.), nämlich wenn er Anm. 18.

a) nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen steht und

b) Dienste höherer Art leistet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen.

Ohne Weiteres liegen diese Voraussetzungen beim Vorstande nicht vor. Von Fall zu Fall muß unterschieden werden, ob jene Voraussetzungen vorliegen. Meist werden sie nicht vorliegen, meist wird vielmehr ein dauerndes Verhältniß mit festen Bezügen vorliegen (vergl. über diese Begriffe zu § 243). — Außerdem aber steht dem Vorstandsmitgliede nach § 326 B.G.B. das dort vorgesehene Rücktrittsrecht zu, wenn die Gesellschaft mit ihren Leistungen ihm gegenüber im Verzuge ist. Indessen wird dieses Rücktrittsrecht in der Praxis wohl kaum zur Anwendung gelangen, weil die Verweigerung der Vergütung schon an sich ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung für das Vorstandsmitglied ist, sodaß es für dasselbe der umständlichen Vorbereitungen des Rücktritts (durch Fristsetzung) nicht bedarf (vergl. Anm. 24 zu § 70).

Erklärt ein Vorstandsmitglied die Niederlegung seines Amtes, ohne nach Vorstehendem hierzu berechtigt zu sein, so ist diese Erklärung wirkungslos. Es bleibt Vorstandsmitglied, bis etwa seine Stellung von dem zuständigen Gesellschaftsorgan widerrufen, oder sein Rücktritt acceptirt wird, oder sein Dienstvertrag durch Zeitablauf endet.

Will es die Niederlegung seines Amtes erklären, so thut es dies durch eine Erklärung an den Aufsichtsrath, auch wenn seine Bestellung durch die Generalversammlung erfolgt ist (Behrend § 124 Anm. 26) und zwar zu Händen des Vorsitzenden des Aufsichtsraths (Anm. 14 zu 246).

Anm. 19. **Zusatz 3. Die Dienstverhältnisse der Vorstandsmitglieder.** Dieselben sind im H.G.B. nicht geregelt. Wie bereits bemerkt (vergl. oben Anm. 16), kann die Bestellung zum Vorstandsmitgliede auf einem Auftrag beruhen oder auf einem Dienstvertrag (auch auf Gesellschaftsvertrag, z. B., wenn ein stiller Gesellschafter der Aktiengesellschaft sich das Recht ausbedungen hat, Vorstandsmitglied zu sein; doch bleibt diese Erscheinung als unpraktisch hier außer Betracht).

Die Bestellung zum Vorstandsmitgliede braucht der Aktionär als solcher nicht anzunehmen, auch durch Gesellschaftsvertrag kann diese Pflicht nicht auferlegt werden (vergl. Anm. 3 zu § 212).

Anm. 20. **Beruht nun die Bestellung zum Vorstandsmitgliede auf einem Dienstvertrage, so gelten die folgenden Rechtsregeln:**

1. Die Natur dieses Dienstverhältnisses ist nicht die des Dienstvertrages zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal. Die Vorstandsmitglieder sind nicht Handlungsgehilfen. Sie sind gegenüber den Handlungsgehilfen der Aktiengesellschaft selbst die Prinzipale. Die Vorschriften über die Handlungsgehilfen finden auch nicht analoge Anwendung (R.O.H. 19 S. 58 und 61; R.G. 7 S. 77; Bolze 18 Nr. 407; vergl. auch Anm. 5 zu § 59).

Anm. 21. 2. **Vielmehr kommen die Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag zur Anwendung** und zwar über denjenigen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 B.G.B.).

a) **Die Vergütung.** Auslagen kann das Vorstandsmitglied jedenfalls erstattet verlangen (§§ 668, 669, 675 B.G.B.; Cosack S. 618), jedoch nur in angemessenem Umfange. Seine Besoldung kann verschiedenen Inhalt haben: Gehalt; freie Wohnung und Beköstigung (R.G. 22 S. 35); freie Wohnung nebst Garten (Bolze 11 Nr. 345, den Garten hat er selbst zu bestellen); auch Pensionsansprüche sind nicht unzulässig (vergl. Bolze 14 Nr. 256, Fall des Pensionsanspruchs als remuneratorische Schenkung); Provision von den Geschäften, welche die Gesellschaft abschließt; auch Tantieme, welche letztere besonders üblich ist. (Ueber die Tantieme § 237 und die Erläuterungen dazu.) Ist über die Vergütung nichts vereinbart, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 B.G.B.). Auf alle Fälle hat es die Generalversammlung in der Hand, auch nachträglich eine angemessene Entschädigung zu bewilligen (R.O.H. 22 S. 281).

Anm. 22. b) **Für Krankheits- oder sonstige Behinderungsfälle** greift nicht § 63 Platz, da derselbe nur für Handlungsgehilfen gilt, vielmehr § 616 B.G.B. und im Uebrigen die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Erfüllung, und zwar wie folgt:

α) § 323 B.G.B.: Entsteht die Behinderung durch einen Umstand, den keiner von beiden Theilen zu vertreten hat, so verliert das Vorstandsmitglied den Anspruch auf die Gegenleistung. Nur gewährt ihm § 616 B.G.B. die Vergünstigung, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, während welcher es durch einen in seiner Person liegenden, von ihm nicht verschuldeten Umstand behindert ist, seinen Anspruch auf die Vergütung nicht verliert. Entsteht die Unmöglichkeit die Dienstleistung durch einen Umstand, den der andere Theil (z. B. ein anderes Vorstandsmitglied) zu vertreten hat, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung; das Gleiche gilt, wenn die Gesellschaft seine Dienste nicht annehmen will und während dieses Annahmeverzuges die Unmöglichkeit zur Dienstleistung entsteht (§ 324 B.G.B.). Die Entscheidung des R.O.H. (19 S. 63) hatte zwar angenommen, daß im Falle der Krankheit des Vorstandsmitgliedes die Vergütung fortzuzahlen ist, weil hier volle Leistung durch das bloße Fortfunktioniren des erkrankten Vorstandes auch ohne thätige Geschäftsführung anzunehmen ist. Allein diese Entscheidung war lediglich die Reaktion gegen die Bestimmungen des preuß. Landrechts, welche hier völlig im Stich ließen und

sich nur auf niedere Arbeiter bezogen, bei denen der Tageslohn den Maßstab für die Vergütung bildete. Bei der Neuregelung des Dienstvertrages durch die Vorschriften des B.G.B., die sich nunmehr auch auf Dienstverträge mit Dienstleistungen höherer Art beziehen, ist jene Entscheidung als antiquirt zu bezeichnen. —

β) Entsteht die Unmöglichkeit der Dienstleistung aus einem Grunde, den das Vorstandsmitglied zu vertreten hat, so kann die Gesellschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 325 B.G.B.). Anm. 23.

γ) Alles das gilt vorbehaltlich des Rechts der Gesellschaft wegen der Unmöglichkeit der Dienstleistung aus wichtigem Grunde sofort zu kündigen (§ 626 B.G.B.) und, wenn ein vertragswidriges Verhalten des Vorstandsmitgliedes der Grund der Unmöglichkeit ist, auch noch Schadensersatz zu verlangen. Hierüber weiter unten Anm. 27. Anm. 24.

δ) Urlaub kann sich das Vorstandsmitglied in den üblichen Grenzen selbst ertheilen. Doch muß es für seine Vertretung Sorge tragen, regelmäßig auch dem Vorsitzenden des Aufsichtsraths Anzeige machen. Anm. 25.

c) Für die Kündigung gilt § 622 B.G.B. (vergl. Cosack S. 618). Das Dienstverhältniß der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniß vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Privatbeamten, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist, aber natürlich auch, wenn sie nach längeren Zeitabschnitten bemessen ist. Bezieht das Vorstandsmitglied feste Bezüge und Tantieme (oder Provision), so gilt das Gleiche. Bezieht es aber nur Tantieme, so richtet sich die Kündigung nach § 621 B.G.B.: Kündigung für jeden Tag, für jede Woche, für jeden Monat, für jedes Kalenderjahr, je nachdem die Tantieme nach Tagen oder nach Wochen oder nach Monaten oder nach Vierteljahren (bezw. längeren Zeitabschnitten) bemessen ist Meist wird es sich dabei um Anstellung gegen Jahrestantieme handeln, so daß meist die gleiche Kündigungsfrist, wie im Falle der festen Bezüge vorliegen wird. Bezieht das Vorstandsmitglied nur Provision, so bestimmt sich die Kündigung nach § 623 B.G.B. (zweiwöchige Kündigungsfrist). — Der Fall des § 627 B.G.B. wird selten vorkommen, daß nämlich ein Vorstandsmitglied nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen steht und Dienste höherer Art zu leisten hat, die nur auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Diese Erfordernisse werden selten zusammentreffen. Treffen sie zusammen, so besteht jederzeitiges Kündigungsrecht für beide Theile (vergl. über diese Erfordernisse Anm. 9 zu § 243). Natürlich kann der Vertrag eine andere Kündigungsfrist oder auch eine bestimmte Dauer festsetzen (§ 620 B.G.B.) oder beides kombinirt. Denn die betreffenden Vorschriften sind nur dispositiv (auch § 622 B.G.B., trotz seines anscheinenden absoluten Inhalts; vergl. Planck Anm. 1 zu § 622). Auch kann der Vertrag kürzere Kündigungsfristen festsetzen, gesetzliche Minimalkündigungsfristen giebt es hier nicht. Auch kann die Kündigung für beide Theile ungleich sein. Aber ein auf Lebenszeit oder auf länger als fünf Jahre eingegangener Vertrag ist nur für die Gesellschaft bindend, während das Vorstandsmitglied nach dem Ablauf von fünf Jahren mit sechsmonatlicher Frist kündigen kann (§ 624 B.G.B.). Diese Vorschrift ist zwingendes Recht. — Ist nach dem Ablauf der Dienstzeit das Verhältniß fortgesetzt, ohne daß Seitens der Gesellschaft unverzüglich widersprochen ist, so gilt das Verhältniß als auf unbestimmte Zeit fortgesetzt (§ 625 B.G.B.). — Näheres über die Kündigung und über die Dauer des Verhältnisses siehe zu § 66. Anm. 26.

d) Für die sofortige Kündigung gelten ebenfalls die Bestimmungen des B.G.B. über den Dienstvertrag. Im wesentlichen kommen hier in Betracht die §§ 626 u. 628 Abs. 2 B.G.B. Dieselben lauten: Anm. 27.

§ 626. Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

§ 628 Absatz 2. Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

Wie man sieht, decken sich diese beiden Vorschriften mit der für die Handlungsgehilfen gegebenen Vorschrift des § 70. Es kommen denn auch die im § 70 gegebenen Erläuterungen im Wesentlichen auch hier zur entsprechenden Anwendung. Alles, was dort gesagt ist über die Erklärung der sofortigen Kündigung, über die Gründe derselben, und über die Folgen derselben, gilt in entsprechender Anwendung auch hier. Insofern besteht hier jedoch ein Unterschied, als, wenn das Vorstandsmitglied im gegebenen Falle eine Stellung hat, die unter § 627 fällt (nichtdauerndes Dienstverhältniß mit festen Bezügen, Dienste höherer Art auf Grund besonderen Vertrauens) es ein Recht hat, vor der Zeit ohne wirklichen Grund das Verhältniß zu lösen (vergl. oben Anm. 18). Doch ist der Fall höchst selten und bedarf keiner näheren Berücksichtigung.

Anm. 28. Welches wichtige Gründe für die sofortige Kündigung sind, sagt das Gesetz hier nicht, giebt hier auch keine Anhaltspunkte. Hier ist alles dem richterlichen Ermessen überlassen. Die Natur des Verhältnisses ist der einzige Anhaltspunkt:

Daß gerade strengere Grundsätze als bei den Handlungsgehilfen obwalten müssen, wie das R.O.H. 13 S. 182 sagt, kann nicht unbedingt acceptirt werden, in gewisser Hinsicht auch mildere; so wird z. B. das Fortbleiben vom Geschäft nicht so streng zu nehmen sein, wie beim Handlungsgehilfen. Unter Umständen greifen allerdings auch strengere Grundsätze Platz, insbesondere in Bezug auf Vertrauensfragen (Bolze 18 No. 407). In der Praxis wurde ausgesprochen, daß Indiskretion einen Grund zur Entlassung abgeben kann (R.O.H. 21 S. 376), ebenso Widersetzlichkeit gegen den Aufsichtsrath, wenn z. B. der Vorstand sich weigert, dem Verlangen des Aufsichtsraths, einen Inspektor zu entlassen, nachzukommen (Bolze 5 Nr. 761). Das wird aber nur dann richtig sein, wenn der Vorstand nach den Statuten oder seinem Dienstvertrage verpflichtet ist, den Weisungen des Aufsichtsraths Folge zu leisten. Als Entlassungsgründe sind ferner erachtet worden: ungerechtfertigte Eigenmacht, Verheimlichung und falsche Buchführung in Bezug auf einen einer Firma gewährten Erlaß (Bolze 2 Nr. 1125); Annahme einer Gratifikation aus Anlaß einer Bestellung Seitens der Gesellschaft, unbefugte Bereicherung auf Kosten der letzteren, Bestechlichkeit (R.O.H. 13 S. 182); Vertrauensmißbrauch (R.O.H. 21 S. 376); dauernde Krankheit (R.O.H. 19 S. 61); unerlaubte Konkurrenz. Der Eintritt der Liquidation ist nicht ohne Weiteres sofortiger Kündigungsgrund. Der Vorstand hat nunmehr die Funktionen des Liquidators, sein Dienstverhältniß geht zunächst weiter (R.G. 24 S. 70; vergl. unten Anm. 31).

Anm. 29. Als Grund zur sofortigen Kündigung für die Vorstandsmitglieder ist es zu erachten, wenn die Generalversammlung oder der Aufsichtsrath von ihnen ungesetzliche Handlungen verlangt. Grund zur sofortigen Kündigung ist es ferner, wenn Generalversammlung oder Aufsichtsrath mehr von ihnen verlangen, als wozu sie nach dem Dienstvertrag verpflichtet sind, (z. B. einem für eine Berliner Gesellschaft engagirten Direktor wird zugemuthet, dauernd nach Köln überzusiedeln; das wird meist den Vertragsintentionen widersprechen), oder wenn ihnen der Aufsichtsrath die ihnen nach der Beschaffenheit des Verhältnisses gebührende Behandlung nicht zukommen läßt, wenn z. B. der Vorsitzende des Aufsichtsraths sich Grobheiten anmaßt.

Anm. 30. e) Endlich aber ist darauf hinzuweisen, daß auch hier die allgemeinen civilrechtlichen Aufhebungs- und Anfechtungsgründe für den Dienstvertrag gelten (Irrthum, Zwang, Betrug, Rücktritt wegen Verzugs ꝛc.), ganz so, wie beim Handlungsgehilfenvertrag. Vergl. daher hier Anm. 19 u. 20 zu § 70.

Anm. 31. f) Für den Konkurs ist § 22 und § 23 K.O. maßgebend (vergl. hierüber Anm. 23 zu § 70). Hierzu ist zu bemerken, daß Jäger (Anm. 6 zu § 23 K.O.) auf dem von uns nicht getheilten Standpunkte steht. Auch haben die Vorstandsmitglieder den Konkurs-

vorzug des § 61. (Cosack S. 618.) — Tod des Vorstandsmitgliedes löst das Verhältniß (§§ 675, 673 B.G.B.), die Auflösung der Aktiengesellschaft nicht (vergl. § 295 B.G.B.; vergl. oben Anm. 28 a. E.), doch kann dies für das Vorstandsmitglied ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung sein, nicht auch für die Gesellschaft, diese hat vielmehr, wenn sie aus diesem Anlaß den Vorstand abberuft und das Verhältniß löst, denselben zu entschädigen (vergl. Anm. 8 zu § 92).

g) Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses kann das Vorstandsmitglied ein schriftliches Zeugniß verlangen (§ 630 B.G.B.). Hierüber § 73 und die Erläuterung dazu. Als zwingende Vorschrift wird man dies aber hier nicht erachten können. Auszustellen hat das Zeugniß der Aufsichtsrath oder die andern Mitglieder des Vorstandes. Anm. 32.

h) Nach der Beendigung des Dienstverhältnisses hat das Vorstandsmitglied Rechnung zu legen über das in Verwahrung genommene Gesellschaftsvermögen (R.O.H. 24 S. 365; §§ 259, 666, 675 B.G.B.). Seine Kaution kann es erst nach erfolgter Entlastung durch die ordentliche Generalversammlung verlangen. Verzögert oder verweigert diese die Entlastung; dann allerdings liegt die Sache anders (vergl. zu § 260). Anm. 33.

Zusatz 1. Bei nicht genügender Zahl von Vorstandsmitgliedern hört die Gesellschaft keineswegs zu funktioniren auf (vergl. oben Anm. 3). Eine ausdrückliche Vorschrift, daß die Aufsichtsrathsmitglieder für schleunigen Ersatz zu sorgen haben, ist nicht gegeben. Aber es folgt dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Zuwiderhandlung ist nur nicht mit Strafe bedroht und es hat auch der Registerrichter kein Recht, durch Ordnungsstrafen auf Ersatz zu dringen, er kann auch nicht die Löschung des einzigen Vorstandsmitgliedes ablehnen oder solange verweigern, bis Ersatz geschaffen ist. Anm. 34.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die Frage, ob für diejenigen Vorstandsmitglieder, welche vor dem 1. Januar 1900 im Dienste sind, der § 231 gilt, ist ohne praktische Bedeutung, weil er sich ja mit Art. 227 des früheren H.G.B. deckt. Wichtig aber wird die Frage, wie es mit den Dienstverhältnissen jener Vorstandsmitglieder steht. Hier greifen die Art. 170, 171 E.G. zum B.G.B. ein. Das Dienstverhältniß wird von dem Augenblicke nach dem neuen Recht beurtheilt, in welchem sich das Verhältniß in Folge der Unterlassung einer nach dem alten Recht (vertragsmäßig oder gesetzlich) zulässigen, wenn auch nur einem Theil zustehenden Kündigung nach dem 1. Januar 1900 fortsetzt (vergl. Anm. 26 zu § 84). Für diejenigen Vorstandsmitglieder, die im Gebiete des preuß. Landrechts ohne besondere Kündigungsfrist engagirt waren, die also täglich gekündigt werden können, beurtheilt sich das Verhältniß vom 2. Januar 1900 ab nach dem neuen Recht. Unter der zulässigen Kündigung ist aber nur die befristete Kündigung, nicht auch die „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" zu verstehen, sodaß sich das Dienstverhältniß nicht schon deshalb nach dem neuen Recht richtet, weil ein Theil aus wichtigem Grunde vom Vertrag zurücktreten durfte, und von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat (vergl. Anm. 26 zu § 84). Anm. 35.

Die Vorschrift des § 624 B.G.B. (Anstellung auf Lebenszeit; siehe oben Anm. 26) ist exklusiver Natur und sofort auf alle Dienstverträge anwendbar (Pinner S. 136).

Ueber die Anwendung der neuen Tantiemevorschriften auf bestehende Dienstverträge siehe zu § 237.

§ 232.

Zu Willenserklärungen, insbesondere zur Zeichnung des Vorstandes für die Gesellschaft, bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Der Vorstand kann jedoch einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Ist eine Willenserklärung der Gesellschaft gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes.

Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Auch kann durch den Gesellschaftsvertrag der Aufsichtsrath ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugniß zu ertheilen, die Gesellschaft allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2, 3 finden in diesen Fällen entsprechende Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Vertretung der Gesellschaft bei einem mehrgliedrigen Vorstande.** Gesetzliche Regel ist hier, umgekehrt als bei der Vertretungsbefugniß der Mitglieder einer o. H.G., Kollektivvertretungsbefugniß aller Mitglieder des Vorstandes, Ausnahme ist die Einzelvertretung und eine andere Ausnahme (oder wenn man will eine Abart der Kollektivvertretung) ist die Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes zusammen mit einem Prokuristen.

Anm. 1. I. **Die gesetzliche Regel ist, daß die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes nur gemeinsam berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten** (Kollektiv- oder Gesammtvertretung).

1. Diese Regel greift Platz, wenn weder das Statut direkt die Vertretung in anderer Weise regelt (Abs. 1), noch der Aufsichtsrath kraft der ihm durch das Statut ertheilten Ermächtigung eine andere Vertretung angeordnet hat (Abs. 2). Vergl. unten Anm. 15.

Anm. 2. 2. Ueber diese Kollektivvertretung gelten folgende Regeln.

a) Die Kollektivvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Wie die Gesammtprokura eine volle Prokura ist, nur getragen von einer Mehrheit von Personen (vergl. Anm. 9 zu § 48), so liegt hier eine Vertretungsbefugniß, nur getragen von mehreren Vorstandsmitgliedern vor.

Anm. 3. Demgemäß bezieht sich denn auch die Kollektivvertretung auf Rechtsakte aller Art in dem vollen Umfange des § 231 und § 235 Abs. 2, und kann nicht eingeschränkt werden auf einzelne Akte oder Geschäftszweige oder Arten von Rechtshandlungen. Wenn sich dennoch Eintragungen im Handelsregister finden, wonach mehrere Vorstandsmitglieder zur Zeichnung der Firma gemeinschaftlich berechtigt sind, so sind solche Eintragungen zwar nicht korrekt, aber doch nicht ungiltig, da ihr Inhalt dahin auszulegen ist, daß sie sich auf die Vertretungsbefugniß überhaupt beziehen (R.G. 24 S. 27; Johow 15 S. 98).

Anm. 4. b) Die Ausübung der Kollektivvertretung. Soll der Rechtsakt bindend sein, so müssen die sämmtlichen Kollektivvertreter mitwirken. Fälle dringender Gefahr sind nicht ausgenommen. Brauchen sie auch nicht gerade stets den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vorzunehmen, so muß sich der Akt doch immerhin als ein von allen Kollektivberechtigten gethätigter darstellen, die rechtserhebliche Erklärung muß von allen abgegeben sein (vergl. Anm. 10 zu § 48). Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurtheilen, ob im einzelnen Falle bei nicht gleichzeitigem Handeln der Kollektivberechtigten dennoch ein verpflichtender oder sonst rechtserheblicher Akt (z. B. eine rechtserhebliche Kündigung) vorliegt. An sich ist vorherige oder nachträgliche Mitwirkung nicht immer unzulässig (R.O.H. 16 S. 33; Bolze 8 Nr. 548). Auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen ist nicht ausgeschlossen (R.O.H. 6 S. 392; 12 S. 34; 17 S. 402), wie z. B., wenn der eine Kollektivvertreter verhandelt, der andere zuhört und nicht widerspricht. Solennes Mitwirken kann durch die Natur der einzelnen Rechtsakte geboten sein (Wechselunterschriften, Abstimmung bei Generalversammlungen). Aber wo es auch nicht durch die Natur des betreffenden Aktes geboten ist, muß doch, damit überhaupt dem Begriff der Kollektivvertretungshandlung entsprochen wird, eine wirkliche Mitwirkung bei dem betreffenden Akte vorliegen, die Zustimmung darf nicht ein Internum der Kollektivberechtigten bleiben (R.G. 40 S. 19 und R.G. vom 31. Januar 1898 in J.W. S. 164, 165). Ein allgemeiner Auftrag genügt nicht, um das Erforder-

niß der Mitwirkung zu erfüllen (Volze 4 Nr. 807; Behrend § 128 Anm. 10). Vergl. jedoch unten Anm. 8. Keineswegs genügt es schließlich, „daß ein Vorstandsmitglied unter solchen Umständen redend auftritt, daß der Dritte annehmen konnte, aus seinem Munde spreche der Vorstand." (So O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 246). War vielmehr in solchem Falle das Vorstandsmitglied nicht beauftragt, so hat es seine Vollmacht überschritten und verpflichtete nicht die Gesellschaft, sondern sich selbst nach § 179 B.G.B. (vergl. unten Anm. 38).

c) Der Beweis der Mitwirkung ist von dem zu führen, der sich darauf stützt. Er wird nicht genügend angetreten durch Erbietung des Beweises, daß die Erklärung mit Wissen und Willen des anderen Kollektivvertreters abgegeben wurde; es muß vielmehr dargelegt werden, worin die Mitwirkung bestanden hat (R.O.H. 17 S. 402; Volze 8 Nr. 548). Anm. 5.

d) Ein Kollektivvertreter, der ohne Mitwirkung des anderen handelt, ist falsus procurator und haftet persönlich. Es greift hier § 179 B.G.B. Platz; vergl. R.G. 6 S. 214; Volze 18 Nr. 229). Näheres hierüber Anm. 49 ffg. im Exkurse zu § 58. Es ist hierbei jedoch das in Folgendem zu e, f und g Gesagte wohl zu beachten. Anm. 6.

e) Die Kollektivvertreter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Das schreibt Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich vor. Darin liegt die Ertheilung einer Handlungsvollmacht (Cosack S. 621, der aber zu Unrecht annimmt, daß auf diese Weise einem der Vorstandsmitglieder Prokura ertheilt werden kann; das wäre keine Ermächtigung zu bestimmten Geschäften oder zu bestimmten Arten von Geschäften). Der auf diese Weise Bevollmächtigte kann handeln ohne Mitwirkung seiner Kollektivgenossen. Eine solche Ermächtigung hat die Natur und demgemäß auch den Umfang einer Handlungsvollmacht und ist konsequenterweise auch wie diese widerruflich (also durch den Vorstand als solchen). Anm. 7

Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Giltigkeit der von einem Kollektivvertreter auf Grund allgemeiner Ermächtigung abgeschlossenen Börsengeschäfte. Auch eine Postvollmacht können daher die kollektivberechtigten Vorstandsmitglieder einem von ihnen übertragen (vergl. Anm. 13 zu § 48). Ein weiteres Beispiel wäre die Ermächtigung eines Vorstandsmitgliedes zur Ausstellung von Quittungen (Denkschrift S. 91). Anm. 8.

Die Ermächtigung bedarf natürlich keiner Form: bloßes Dulden kann genügen. Ja nach der Denkschrift S. 139 kommt insbesondere der Fall in Betracht, daß die selbstständige Vornahme bestimmter Geschäfte durch ein einzelnes Vorstandsmitglied von den übrigen Mitgliedern fortgesetzt geduldet wird. Anm. 9.

Dabei ist aber überall darauf aufmerksam zu machen, daß, weil eben eine solche Ermächtigung eine gewöhnliche Vollmacht ist und der Ermächtigte nicht als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft auftritt, auch die Vorschrift des § 174 B.G.B. Platz greift, wonach, wenn ein Bevollmächtigter ein einseitiges Rechtsgeschäft einem andern gegenüber vornimmt, dasselbe unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Nur dann ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den andern von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hat (vergl. hierüber Anm. 12 zu § 54). Anm. 10.

f) Außerdem wird eine eigenmächtige Handlung eines Kollektivvertreters durch nachträgliche Zustimmung der vertretungsberechtigten Gesellschafter oder der anderen Kollektivvertreter wirksam, aber selbstverständlich nur in dem Falle, wo nach der Natur des betreffenden Rechtsaktes solche Genehmigung ausreicht. Nicht immer ist dies der Fall. Handelt es sich z. B. um die Theilnahme der Aktiengesellschaft an der Generalversammlung einer anderen Aktiengesellschaft, so muß die Stimmabgabe Seitens der Kollektivvertreter gemeinsam geschehen. Würde nur der eine erscheinen, der andere nachträglich die Stimmabgabe genehmigen, so Anm. 11.

reichte das, weil dem Wesen der Abstimmung zuwider, nicht aus. Das Gleiche gilt bei Formalakten, wie Auflassungen, nothwendig schriftlichen Verträgen.

Anm. 12. g) Und endlich kann der Kollektivvertreter auch gesetzliche Vertretungsbefugniß zu gewissen Handlungen haben. So hebt Abs. 1 Satz 3 unseres Paragraphen hervor, daß zur Entgegennahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen jeder einzelne von mehreren Kollektivvertretern legitimirt ist. Diese gesetzliche Einzelbefugniß kann auch nicht durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (§§ 28 Abs. 2, 40 B.G.B.). Beispiele: Entgegennahme von Vertragsofferten, Kündigungen, Mängelanzeigen, Erklärungen des Notars bei Wechselprotesten (R.G. 24 S. 82).

Anm. 13. Zugleich liegt hierin ein durchschlagendes Argument für die schon unter dem früheren Recht herrschend gewesene Ansicht, daß, **wo es auf das Wissen einer Thatsache ankommt,** die Kenntniß auch nur eines Kollektivvertreters genügt, um die Unredlichkeit der Gesellschaft zu begründen (Judikatur hierfür siehe Anm. 9 zu § 48). Haben daher zwei kollektivberechtigte Vorstandsmitglieder einen Rechtsakt für die Gesellschaft vorgenommen, und fällt auch nur einem von ihnen betrügliches Verhalten zur Last, so hat die Gesellschaft dies zu vertreten. (R.G. vom 12. Dezember 1898 in J.W. von 1899 S. 46). Vom Wissenmüssen gilt das Gleiche nicht.

Anm. 14. h) Ueber die Form, wie die kollektivvertretungsberechtigten Gesellschafter die Firma zu zeichnen haben, siehe zu § 233.

Anm. 15. II. **Von der Regel der Kollektivvertretung aller Vorstandsmitglieder giebt es zwei Ausnahmen:** einmal die Einzelvertretungsbefugniß der Vorstandsmitglieder, und zweitens die Vertretungsbefugniß kollektiv mit einem Prokuristen.

1. **Jede dieser beiden Ausnahmen kann vom Statut direkt angeordnet sein oder vom Aufsichtsrath kraft statutarischer Delegation** (Abs. 1 und 2). Diese statutarische Delegationsfreiheit ist zwar dahin ausgedrückt, daß der Aufsichtsrath „einzelnen Vorstandsmitgliedern die alleinige Vertretungsbefugniß verleihen" kann. Aber daraus folgt doch ohne Weiteres, daß er auch allen einzelnen Vorstandsmitgliedern diese Befugniß verleihen kann (so auch Cosack S. 620), auch dem einzigen Vorstandsmitgliede (vergl. unten Anm. 17).

Anm. 16. 2. **Die erste Ausnahme ist die Einzelvertretungsbefugniß der Vorstandsmitglieder.** Dieselbe kann für jedes einzelne Vorstandsmitglied oder auch für einzelne angeordnet werden. Das solchergestalt zur Einzelvertretung befugte Vorstandsmitglied vertritt die Gesellschaft in Gemäßheit der §§ 231 und 235 Abs. 2.

Anm. 17. 3. **Die zweite Ausnahme ist die Befugniß zur Vertretung durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen.** Man kann dies auch als eine Abart der Kollektivvertretung bezeichnen. — Die Zulässigkeit dieser Abart war früher zweifelhaft (vergl. unsere 5. Auflage § 4 zu Art. 43; vom Reichsgericht war sie aber bejaht (R.G. 40 S. 17). — Wie die Denkschrift S. 139 hervorhebt, sollte hier die analoge Bestimmung getroffen werden, wie im § 125. Auch hier sollte die statutarische Anordnung zugelassen werden, „daß die einzelnen Vorstandsmitglieder nicht nur mit anderen Vorstandsmitgliedern, sondern auch mit einem Prokuristen zusammen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen." Diese Worte der Denkschrift sind sprachlich nicht ganz genau. Es sollte, wie der Hinweis auf § 125 deutlich ergiebt, gesagt werden, daß für zulässig erklärt werden soll nicht nur eine statutarische Bestimmung, wonach einzelne Vorstandsmitglieder mit anderen Vorstandsmitgliedern, sondern auch eine solche statutarische Anordnung, wonach einzelne Vorstandsmitglieder zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft zu vertreten befugt sein sollen. Weiter geht aus dem Hinweis der Denkschrift auf § 125, aber auch aus dem Wortlaut unseres Abs. 2 hervor, daß diese eigenartige Beschränkung nicht bloß dann zulässig ist, wenn irgend ein Vorstandsmitglied allein die Gesellschaft vertritt (vergl. Anm. 12 zu § 125). Danach sind zulässig folgende Kombinationen: Direktor A. und Direktor B. vertreten die Gesellschaft gemeinsam, Direktor B. außerdem auch noch zusammen mit einem Prokuristen; oder Direktor A. vertritt die Gesellschaft allein, Direktor B. nur zusammen mit einem Prokuristen; oder Direktor A. und Direktor B. können die Gesellschaft gemeinsam oder jeder zusammen mit

einem Prokuristen vertreten, oder endlich: Wenn die Gesellschaft nur ein Vorstandsmitglied hat, kann dasselbe die Gesellschaft nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Daß auch diese letztere Kombination zulässig ist, ergiebt sich daraus, daß hier Uebereinstimmendes angeordnet werden sollte, wie im § 125. Dort ist aber eine Vertretungsform derart, daß der Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen vertreten dürfe, ausdrücklich für zulässig erklärt und der Gesetzgeber hat daran keinen Anstoß genommen, daß in solchem Falle die Gesellschaft eigentlich keinen gesetzlichen Vertreter hat, indem ja jeder einzelne gesetzliche Vertreter nur zusammen mit einem gewillkürten Vertreter, dem Prokuristen, zu vertreten befugt ist. Auch deutet der § 232 Abs. 2 Satz 2 auf die Richtigkeit unserer Argumentation hin, denn danach kann bestimmt werden, daß der Aufsichtsrath einzelnen Vorstandsmitgliedern (also auch allen, vergl. oben Anm. 15), also auch dem einzigen Vorstandsmitgliede die Stellung einräumt, wonach es nur zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertritt. Nach der Denkschrift S. 140 ist es erwünscht, daß der Aufsichtsrath die Entscheidung hat, darüber, „ob einem Vorstandsmitgliede eine größere oder geringere Selbstständigkeit bei der Vertretung der Gesellschaft einzuräumen". (Anders Rudorff Anm. 2; Cosack S. 541; Pinner S. 140). Die Bestimmung, daß das Zusammenwirken mit einem Handlungsbevollmächtigten geschehen müsse, ist ungiltig, ebenso die Bestimmung, daß das Zusammenwirken mit einem Aufsichtsrathsmitgliede geschehen müsse (vergl. Anm. 11 zu § 235).

a) Auch diese Abart der Kollektivvertretung ist keine beschränkte Vertretung. Es gilt hier alles, was oben Anm. 2 gesagt ist. Der Umfang der Vertretungsbefugniß ist nicht der der Prokura, sondern der der Vollmacht des Vorstandes (vergl. hierüber Anm. 13 zu § 125, besonders Johow 15 S. 98). Anm. 18.

b) Ueber die Ausübung der gemeinsamen Vertretungsbefugniß gilt das oben Anm. 4 Gesagte. Anm. 19.

c) Ueber den Beweis der Mitwirkung der Kollektivvertreter gilt das oben Anm. 5 Gesagte. Anm. 20.

d) Ueber die Folgen des unbefugten Alleinhandelns eines Kollektivvertreters gilt das oben Anm. 7 Gesagte. Anm. 21.

e) Die Zulässigkeit der Ermächtigung eines Kollektivvertreters durch die anderen gilt auch hier. Das schreibt Abs. 2 letzter Satz ausdrücklich vor. Vergl. daher oben Anm. 7 flg. Anm. 22.

f) Ueber die nachträgliche Zustimmung oben Anm. 11. Anm. 23.

g) Ueber gesetzliche Einzelvertretungsbefugniß des Kollektivvertreters oben Anm. 12. Anm. 24.

h) Ueber die Form der Firmenzeichnung durch die beiden Kollektivvertreter gilt § 233. Anm. 25.

Zusatz 1. Für die Geschäftsführungsbefugniß (nach innen) gilt ebenfalls die Kollektivbefugniß als Regel. Die Vorschrift des § 28 B.G.B., wonach die Beschlußfassung des Vorstandes eines Vereins im Zweifel nach Stimmenmehrheit erfolgt, findet bei der Aktiengesellschaft auch in Betreff der Geschäftsführung keine Anwendung (Denkschrift S. 140). Das folgt aus dem Zusammenhange der aktienrechtlichen Vorschriften (vergl. Anm. 8 zu § 231). Anm. 26.

Ebenso aber gilt hier die Regel, daß, wenn das Statut Einzelvertretungen vorschreibt, über die Geschäftsführung aber nichts besonderes bestimmt, dies auch für die Geschäftsführung gilt. Die gleichen Wirkungen hat auch eine Anordnung des Aufsichtsraths über die Vertretung.

Wie aber, wenn das Statut Kollektivvertretung zusammen mit einem Prokuristen anordnet? Auch hier muß hinsichtlich der Geschäftsführung das Gleiche gelten.

Zusatz 2. Ueber den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes überhaupt siehe Anm. 4 zu § 231. Anm. 27.

Zusatz 3. Die Rechtswirkungen der von dem Vorstande vorgenommenen Rechtshandlungen.

1. Eine besondere Vorschrift hierüber ist nicht gegeben. Früher regelte Art. 230

die Materie. Derselbe ist jetzt als überflüssig fortgefallen, da § 164 B.G.B. für alle Fälle der Vertretungsmacht, also auch für die Fälle der gesetzlichen Vertretung, die gemeinsame Vorschrift giebt.

Anm. 28. 2. Dieser § 164 B.G.B. ist von uns bereits im Exkurse zu § 58 (Anm. 1—9 daselbst) erläutert. Um unnöthige Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die dortigen Erläuterungen verwiesen. Hier wird zusätzlich Folgendes bemerkt:

a) Der erste, aus § 164 B.G.B. sich ergebende Grundsatz ist, daß die vom Vorstande innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen für und gegen die Aktiengesellschaft wirken.

Vom Vorstande, d. h. von sovielen Vorstandsmitgliedern, als zur Vertretung befugt sind, eventl. von diesen gemeinsam mit einem Prokuristen, für den Fall, daß die Vertretungsbefugniß in dieser Weise geregelt ist, muß die Willenserklärung abgegeben sein.

Anm. 29. Im Namen der Gesellschaft muß die Erklärung abgegeben sein. Dabei ist jedoch auch hier hervorzuheben, daß im praktischen Rechtsverkehr auch die Vorstände der Aktiengesellschaften bei ihren geschäftlichen Verhandlungen sich mit der Gesellschaft oft identificiren und sich als von ihrer eigenen Person redend einführen, obwohl sie ihre Erkärungen im Namen der Gesellschaft abgeben wollen. Redewendungen, wie „ich verspreche Ihnen", „ich garantire Ihnen", „ich zahle die Pacht", „ich rathe Ihnen" schließen ein Handeln im Namen der Gesellschaft nicht aus (R.O.H. 17 S. 98; 18 S. 296).

Anm. 30. Innerhalb der Vertretungsmacht muß die Erklärung abgegeben werden. Die Hervorhebung hat hier geringere Bedeutung, weil der Vorstand eine nahezu unbegrenzte Vertretungsmacht hat. Ganz gegenstandslos ist die Hervorhebung auch hier nicht. Denn völlig schrankenlos ist auch die Vollmacht des Vorstandes nicht (vergl. Anm. 4 zu § 231).

Anm. 31. Die Wirkungen treffen die Gesellschaft. Sie wird berechtigt und verpflichtet und kann dabei einerseits die Mängel der Willenserklärungen aus der Person der handelnden Vorstandsmitglieder für sich geltend machen, muß aber andererseits Betrug, Zwang, Irrthum, verübt von ihren gesetzlichen Vertretern, mit einem Worte jede Verschuldung bei Eingehung oder Ausführung von Rechtsgeschäften, welche ihre gesetzlichen Vertreter trifft, als ihre eigene gegen sich gelten lassen und diejenigen Konsequenzen über sich ergehen lassen, welche die Gesetze an die Verschuldung knüpfen (vergl. §§ 166, 278 B.G.B.; auch R.G. 8 S. 236; ferner bei uns Anm. 26—34 im Exkurse zu § 58). Hier bezieht sich die Haftung der Gesellschaft auf außerkontraktlichen Schaden, den die Vorstandsmitglieder anrichten (vergl. unten Anm. 35).

Anm. 32. Die Wirkungen treffen nur die Gesellschaft, also weder die Vorstandsmitglieder selbst, noch die Aktionäre. Daß die Wirkungen den Vorstand selbst nicht treffen, war früher in Art. 241 ausdrücklich gesagt. Jetzt ist diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen. Soweit Delikte vorliegen, haftet aber der Vorstand auch selbst (vergl. unten Anm. 37).

Anm. 33. b) Der zweite, aus § 164 B.G.B. sich ergebende Grundsatz ist, daß dem ausdrücklichen Kontrahiren für die Gesellschaft das konkludente Kontrahiren gleichsteht. Näheres hierüber Anm. 7 im Exkurse zu § 58.

Anm. 34. c) Der dritte, aus § 164 B.G.B. sich ergebende Grundsatz ist, daß alles das entsprechend auch für Willenserklärungen gilt, die der Gesellschaft gegenüber abzugeben sind. Indessen ist in dieser Hinsicht darauf aufmerksam zu machen, daß zur Entgegennahme von Willenserklärungen auch einer von mehreren Vertretern, die sonst nur gemeinsam zu vertreten befugt sind, genügt (§ 232 Abs. 1 Satz 3; vergl. oben Anm. 12).

Anm. 35. **Zusatz 3. Haftung der Aktiengesellschaft für Delikte ihres Vorstandes.** Schon früher ist angenommen worden, daß alle juristischen Personen, also auch die Aktiengesellschaft, für außer-

kontraktlichen Schaden, welchen ihre gesetzlichen Vertreter stiften, haftet, Bolze 10 Nr. 541; R.G. 22 S. 259). Jetzt folgt dies unmittelbar aus § 31 B.G.B., der hier anwendbar ist (vergl. Anm. 9 zu § 178).

Natürlich haftet die Gesellschaft auch für Besitzstörungen, die der Vorstand in Aus- Anm. 36.
übung seiner Funktionen begeht (R.G. 15 S. 182).

Aber strafrechtlich verantwortlich ist die Gesellschaft nicht (vergl. Anm. 5 zu § 210). Auch zu Geldstrafen kann sie nicht verurtheilt werden (R.O.H. 8 S. 204; 13 S. 290; 21 S. 360; R.G. in Strafsachen 5 S. 182; Ring S. 297). Vielmehr sind für die strafrechtlichen Folgen die Vorstandsmitglieder selbst nach Maßgabe der Strafgesetze verantwortlich. Insbesondere haften sie für die Stempelkontraventionen im Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte, auch wenn sie mit dem betreffenden Geschäfte selbst nicht befaßt waren (R.G. v. 12. 1. 86 in J.W. S. 108). Ebenso hat von den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft ein jeder ohne Rücksicht auf die etwa unter einander getroffene Geschäftsvertheilung der Behörde gegenüber die Verpflichtung für die gesetzlich vorgeschriebene rechtzeitige Anmeldung des Gewerbebetriebes zu sorgen und macht sich durch Verabsäumung dieser Pflicht strafbar (Kammergericht bei Johow und Küntzel 7 S. 213). Die gleiche Verantwortlichkeit trifft die Mitglieder des Vorstandes für die Uebertretung polizeilicher Vorschriften im Gewerbebetrieb der Aktiengesellschaft (R.G. in Strafsachen 29 S. 28).

Uebrigens haftet der Vorstand selbst aus seinen Delikten auch civilrechtlich, auch wenn er Anm. 37.
sie für die Gesellschaft begangen hat, und zwar solidarisch neben der Gesellschaft (R.G. 30 S. 44; vergl. Anm. 33 im Exkurse zu § 58).

Aber Voraussetzung der civilrechtlichen Haftung für außerkontraktlichen Schaden sowohl für die Gesellschaft, als für den Vorstand ist, daß der Thatbestand einer außerkontraktlichen Haftung nach den Vorschriften der §§ 823 flg. B.G.B. vorliegt. Insbesondere ist grundsätzlich, d. h. wenn der Normalfall des § 823 B.G.B. vorliegt, eine schuldhafte Rechtsverletzung erforderlich, also entweder nach Abs. 1 dieses Paragraphen ein direkter schuldhafter Eingriff in das Recht des geschädigten Dritten oder aber nach Abs. 2 dieses Paragraphen eine schuldhafte Verletzung eines zum Schutz des Geschädigten erlassenen Verbots. Andererseits genügt keineswegs das bloße Vorliegen einer fahrlässigen Handlungsweise, um jedem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig zu erscheinen (vergl. nach früherem Recht R.G. 30 S. 56). Soll vielmehr der Vorstand aus § 823 dem Dritten haften, so muß ein Schutzverhältniß zwischen dem Dritten und dem Vorstand bestehen und dieses verletzt sein (vergl. Näheres Anm. zu § 241).

Zusatz 4. Wer sich fälschlich als vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied ausgiebt, und Anm. 38.
Namens der Gesellschaft kontrahirt, obwohl er keine oder keine alleinige Vertretungsmacht hat, ist Pseudovertreter und haftet dem Dritten nach § 179 B.G.B. Ueber diese Haftung siehe ausführlich Anm. 39 flg. im Exkurse zu § 58.

Zusatz 5. Rechtsgeschäfte des Vorstandes mit sich selbst, d. h. Namens der Gesellschaft Anm. 39.
einerseits mit seiner Person andererseits. Dieselben sind gemäß § 181 B.G.B. begrifflich nicht ausgeschlossen, aber regelmäßig nicht gestattet. Näheres hierüber Anm. 10—15 im Exkurse zu § 58. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 181 B.G.B. ist es auch gestattet, daß zwei kollektivberechtigte Vorstandsmitglieder mit einem von ihnen Namens der Gesellschaft kontrahiren. (Anders Pinner S. 140).

Schwierig kann die Sache werden, wenn der Vorstand die Gesellschaft verklagen will. Anm. 40.
Eine Zustellung an sich selbst ist nicht statthaft (§ 185 C.P.O.; R.G. 7 S. 405). Dagegen ist es zulässig, daß die Zustellung zu Händen sonstiger Beamten, zu deren Händen die Ersatzzustellung erfolgen kann, erfolgt. Beim Mangel derselben wird unter den Voraussetzungen des § 57 schlimmstenfalls ein Prozeßpfleger bestellt werden müssen, oder auch in den geeigneten Fällen die Bestellung eines anderen Vorstandsmitgliedes nach § 29 B.G.B. (vergl. Anm. 18 zu § 231). Gelingt die Zustellung, so hat die Gesellschaft für ihre Vertretung in solchem Prozesse selbst Sorge zu tragen.

§ 233.

Der Vorstand hat in der Weise zu zeichnen, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Namensunterschrift hinzufügen.

Der vorliegende Paragraph schreibt vor, in welcher Weise der Vorstand die Firma zu zeichnen hat.

Anm. 1. 1. **Die hier gegebene gesetzliche Vorschrift bezieht sich nur auf das Verhältniß nach außen.** Sie ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, sie geht parallel mit der für die Prokura gegebene Vorschrift des § 51 (vergl. die Erläuterungen zu diesem Paragraphen). Keineswegs besagt die Vorschrift, daß der Vorstand nur in dieser Form seine schriftlichen Erklärungen abgeben könnte, vielmehr gilt jede schriftliche Erklärung als giltig, welche den Willen, für die Gesellschaft zu zeichnen, deutlich ergiebt (vergl. Anm. 33 zu § 232) bei Formalakten (Wechseln ꝛc.) gelten allerdings strengere Erfordernisse, doch liegt der Grund im Wesen dieser Formalakte (vergl. hierüber Anm. 15 zu § 126).

Die hier gegebene Vorschrift gilt analog auch für das Verhältniß nach innen, also z. B. für Einladungen oder Zahlungsaufforderungen an die Aktionäre. Aber auch in dieser Hinsicht hat sie lediglich instruktionelle Bedeutung: Wenn nur deutlich ersichtlich ist, daß die Erklärung von der Gesellschaft ausgeht, so gilt sie (vergl. Anm. 11 zu § 218).

Anm. 2. 2. **Auch das Statut kann die Form vorschreiben, wie der Vorstand zu zeichnen hat.** Und das geschieht sehr häufig, sei es in Abweichung von § 233, oder so, daß die vorliegende Vorschrift näher ausgeführt und präzisirt wird, z. B. dahin, daß lediglich die Firma und die Namensunterschrift des Vorstandes zu zeichnen ist ꝛc. Auch solche statutarischen Vorschriften haben **nach außen** lediglich instruktionelle Bedeutung. Der Gesellschaftsvertrag kann nicht mit bindender Wirkung nach außen bestimmen, in welcher Form die Vorstandsmitglieder zu zeichnen haben. Würde z. B. der Gesellschaftsvertrag anordnen, daß der Vorstand nur in schriftlicher Form die Gesellschaft verpflichten könne, so verstieße dies gegen den nicht ausdrücklich ausgesprochenen, aber dem Gesetze innewohnenden Grundsatz der Formfreiheit der Verträge und es wäre dies außerdem eine dem Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Vertretungsbefugniß (R.O.H. 16 S. 34; R.G. in Blums Annalen 2 S. 9). Unwirksam ist es ferner, wenn der Gesellschaftsvertrag auch nur anordnet, daß die schriftlichen Willenserklärungen des Vorstandes eine bestimmte Form haben müssen, um nach außen rechtsverbindlich zu sein (R.O.H. 18 S. 341). Ja selbst eine Bestimmung, daß Willenserklärungen, welche nach dem Gesetze nur in schriftlicher Form giltig sind, in bestimmter Form gezeichnet werden müssen, würde gegen § 235 Abs. 2 verstoßen.

Anm. 3. **Aber auch nach innen, d. h. im Verkehr des Vorstandes mit den Aktionären wird man solchen statutarischen Vorschriften der Regel nach nur instruktionelle Bedeutung beilegen können.** Freilich kann das Statut der Beobachtung solcher Vorschriften auch eine höhere Bedeutung beilegen. Aber daß dies der Fall ist, muß besonders erhellen. Für die Regel wird man annehmen müssen, daß auch hier die Willenserklärungen giltig sind, wenn sie sich deutlich erkennbar als Willenserklärungen des Vorstandes im Namen der Gesellschaft präsentiren. Insbesondere werden geringe Abweichungen von der vorgeschriebenen Form, wenn sie jene Erkennbarkeit nicht beeinträchtigen, als unerheblich zu betrachten sein (R.G. 34 S. 113).

Anm. 4. 3. **Die hier gegebene Ordnungsvorschrift wird, da sie eben nur Ordnungsvorschrift ist, in der Praxis sehr lax aufgefaßt.** So ist es zur Erfüllung derselben für genügend gehalten worden, wenn die Firma vorgedruckt, ja auch schon, daß die Firma oben auf dem Briefbogen gedruckt ist (R.O.H. 14 S. 317). Auch faksimilirte Unterschriften, wenn sie auf einer Verfügung des Vorstandes beruhen, sind zulässig, soweit die Verkehrssitte dies gestattet (R.G. 14 S. 94).

Zusatz 1. Besondere Vorscheiften darüber, wie im Falle der Kollektivvertretung die Zeichnung zu bewirken ist, sind nicht gegeben. Vergl. hierüber den Exkurs zu § 108. Anm. 5.

Zusatz 2. Wie der Aufsichtsrath seine schriftlichen Erklärungen zeichnet, ist nicht gesagt. Die Statuten treffen hierüber oft Bestimmungen, die aber ebenfalls nach außen stets, nach innen regelmäßig nur Ordnungsvorschriften, nicht Giltigkeitserfordernisse sind. Anm. 6.

§ 234.

Jede Aenderung des Vorstandes oder der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 von dem Aufsichtsrathe getroffene Anordnung ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Aenderung oder Anordnung beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Aenderung im Personalbestande und in der Vertretungsbefugniß des Vorstandes an.

1. **Was ist anzumelden?** Jede Aenderung im Personalbestande oder in der Vertretungsbefugniß. Die Anmeldung des ersten Vorstandes liegt in der Anmeldung des Gesellschaftsvertrages. Wechselt später der Personalbestand des Vorstandes, scheidet ein Vorstandsmitglied aus, sei es durch Niederlegung oder durch Abberufung, oder durch Zeitablauf, oder Tod, oder tritt ein neues Vorstandsmitglied hinzu, in allen diesen Fällen muß die Anmeldung erfolgen. Nicht dagegen ist Anmeldung zu bewirken, wenn ein Vorstandsmitglied wieder bestellt wird, ehe es noch gelöscht worden ist. Wechselt ferner die Art der Vertretungsbefugniß, so ist auch dies anzumelden. Hervorgehoben ist ferner, daß auch eine auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 getroffene Anordnung des Aufsichtsraths anzumelden ist, d. h. eine Anordnung dahin, daß die Vorstandsmitglieder einzeln oder gemeinsam mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten dürfen. Nicht erwähnt ist hier ausdrücklich, daß auch eine durch Gesellschaftsvertrag direkt getroffene Anordnung dieser Art einzutragen ist. Allein das folgt für den ersten Vorstand aus § 198 Abs. 2, für jede durch den Gesellschaftsvertrag direkt getroffene Abänderung nach dieser Richtung aber ist es im Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen implicite vorgeschrieben. — Nicht einzutragen ist, wie gegen Pinner S. 142 hervorzuheben ist, wenn gemäß § 232 Abs. 1 Satz 2 der Vorstand einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder Geschäftsarten ermächtigt hat. Das ist ja eine Handlungsvollmacht (Anm. 7 zu § 232), und Handlungsvollmachten werden nicht eingetragen. Anm. 1.

2. **Wer meldet an?** Der Vorstand. Es ist also hier nicht, wie an anderen Stellen (z. B. §§ 195 und 201) gesagt: sämmtliche Mitglieder des Vorstandes. Mithin brauchen nur so viele Mitglieder mitzuwirken, als zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich sind. Nach früherem Recht wurde meist angenommen, daß eine Mitwirkung sämmtlicher Vorstandsmitglieder bei der Anmeldung erforderlich sei (Ring Anm. 1 zu Art. 228; Behrend § 124 Anm. 28; O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 246; Kammergericht bei Holdheim 6 S. 103). Wir haben das schon früher nicht für zutreffend gehalten. — Das ausscheidende Mitglied hat jedenfalls nicht mitzuwirken, weil es zu dieser Zeit die Vertretungsbefugniß nicht mehr besitzt. — Ist in Folge der eingetretenen Veränderung der Vorstand nicht mehr so zusammengesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft legitimirt ist, so muß erst die Ergänzung des Vorstandes erfolgen, ehe die Anmeldung bewirkt werden kann. (Anders L.G. I Berlin bei Perl und Wreschner 1896 S. 54, wonach das einzige Vorstandsmitglied, wenn es sein Amt niederlegt, seine Löschung anmelden kann). Nach unserer Ansicht hat Anm. 2.

also, wenn das einzige Vorstandsmitglied abberufen wird, der alsdann bestellte Vorstand das Aufhören der Vorstandschaft des abberufenen und die Bestellung des neuen Vorstandes anzumelden (zust. Pinner S. 142).

Anm. 3. 3. **Für die Form der Anmeldung** ist § 12 maßgebend. Hinzugefügt ist hier im Abs. 2, daß die Urkunde, durch welche die Aenderung bewirkt wird, also der betreffende Generalversammlungs- oder Aufsichtsrathsbeschluß, Kooptationsbeschluß des Vorstandes (Anm. 17 zu § 231), in öffentlich beglaubigter Abschrift beigefügt werden muß. Daß die Urkunde selbst, d. h. im Original öffentlich beglaubigt sein muß, ist hier nicht gesagt, auch nicht im § 12, ist aber aus diesem letzteren Paragraphen zu entnehmen. Damit ist aber freilich nur das Minimum gefordert. Die Beifügung des Originals der Bestellung in öffentlich beglaubigter Form ist sicherlich genügend.

Ueber die Zeichnung der Unterschrift, welche im Abs. 3 angeordnet ist, vergl. Anm. 2 u. 3 zu § 12. Ihre persönliche Unterschrift, nicht die Niederschrift der Firma haben sie zur Aufbewahrung zu zeichnen.

Anm. 4. 4. **Bei welchem Gericht ist die Anmeldung zu bewirken?** Bei dem Gerichte am Sitze der Gesellschaft und bei dem Gerichte der Zweigniederlassung (§ 13). Zu letzterer aber ist die zu 3 erwähnte Beilage nicht mit einzureichen.

Ueber die Frage, ob für die Zweigniederlassung ein besonderer Vorstand eingetragen werden kann, siehe Anm. 11 zu § 235.

Anm. 5. 5. **Ueber den Zwang zur Anmeldung** siehe § 14. Der Zwang richtet sich gegen die Vorstandsmitglieder, nicht auch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths.

Anm. 6. **Zusatz. Ueber die Wirkungen der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung gegenüber Dritten** ist im neuen H.G.B. nichts gesagt. Die allgemeine Vorschrift des § 15 machte eine Sondervorschrift überflüssig.

Es kann demgemäß auch auf die Erläuterungen zu § 15 hingewiesen werden. Hervorgehoben wird jedoch:

a) Die Eintragung ist nicht Bedingung der Rechtsgültigkeit der Bestellung des neuen Vorstandes. **Auch der nicht eingetragene, aber rite bestellte Vorstand ist Vorstand der Gesellschaft und als solcher legitimirt, selbst nach außen;** nur die Wirkung der Offenkundigkeit nach § 15 datirt von der Publikation (R.G. 9 S. 91). — Das Entsprechende gilt hinsichtlich des Aufhörens der Vertretungsbefugniß des abberufenen oder niederlegenden Vorstandes: derselbe ist nicht mehr legitimirt, aber der Mangel der Legitimation wird erst offenkundig mit der Publikation, bis dahin besteht der Schein der Legitimation, auf den sich der Dritte berufen kann (vergl. unten Anm. 8).

Anm. 7. b) Die Vorschriften über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Eintragung beziehen sich auf das Verhältniß zu dritten Personen, welche mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, **nicht auf das Verhältniß des Vorstandes zur Gesellschaft und ihren Mitgliedern selbst.** Die Rechtshandlungen des Vorstandes gegenüber den Aktionären hängen nicht davon ab, daß die Aktionäre die Bestellung des Vorstandes kannten oder nicht kannten oder kennen konnten oder nicht kennen konnten (Ring Anm. 1 zu Art. 228; Neukamp S. 129). Den Aktionären gegenüber entscheidet lediglich die Bestellung, nicht die Eintragung des Vorstandes (vergl. Johow u. Künzel 3 S. 18). Doch sind Aktionäre, wenn sie mit der Gesellschaft selbstständige Rechtsgeschäfte abschließen, Dritte (Anm. 14 zu § 235).

Anm. 8. c) Ist der Vorstand eingetragen, so kann dem Dritten, der sich mit ihm einläßt, auch nicht entgegengehalten werden, daß seine Bestellung nicht rechtsgültig oder erloschen ist (R.O.H. 20 S. 208).

Anm. 9. d) Für den Geschäftsverkehr mit der Zweigniederlassung gilt die Eintragung oder Nichteintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung (§ 15 Abs. 3).

§ 235.

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes unwirksam. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsraths oder eines anderen Organs der Gesellschaft erfordert wird.

Einleitung.

Der Paragraph handelt von den Beschränkungen in den Befugnissen des Vorstandes. Die Frage nach der Möglichkeit und Gültigkeit von Beschränkungen ist von Grund aus verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um das Verhältniß des Vorstandes nach innen, die Geschäftsführung, oder nach außen, die Vertretung, handelt. Von der ersteren Seite wird die Materie in Abs. 1, von der zweiten in Abs. 2 betrachtet.

Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Beschränkungen in dem Verhältnisse des Vorstandes nach innen, in der Geschäftsführungsbefugniß.**

a) In seinem inneren Verhältnisse zur Gesellschaft ist der Vorstand eines der geschäftsführenden Organe derselben. Das oberste geschäftsführende Organ ist die Generalversammlung, ein zweites der Aufsichtsrath, das dritte der Vorstand. Dieser ist die ständige geschäftsführende Behörde (vgl. Anm. 7 zu § 231).

Anm. 2.

b) In welcher Weise die Geschäftsführung ausgeübt wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Insbesondere fehlt hier für denjenigen Fall eine Vorschrift, daß mehrere Mitglieder Kollektivvertretung haben. Als Grundsatz muß hier gelten, daß die Geschäftsführungsbefugniß mit der Vertretungsbefugniß Hand in Hand geht; wer das Recht hat, die Gesellschaft allein zu vertreten, hat auch alleinige Geschäftsführungsbefugniß; kollektiv vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder sind auch zur Geschäftsführung nur kollektiv befugt (vergl. Anm. 26 zu § 232).

Anm. 3.

c) Außerdem aber bestimmt das Gesetz, daß die Vorstandsmitglieder gewisse Beschränkungen zu beobachten haben. Sie haben, wie dieser Paragraph hervorhebt, diejenigen Beschränkungen innezuhalten, welche der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniß, „die Gesellschaft zu vertreten", richtiger die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, festgesetzt hat. Diese Gesetzesworte reichen weiter, als sich auf den ersten Blick erkennen läßt. Denn unter den Beschränkungen, welche der Gesellschaftsvertrag festsetzt, sind nicht bloß die unmittelbar von ihm hervorgehobenen zu verstehen. Vielmehr kann diese Festsetzung auch darin bestehen, daß er den Vorstand in Bezug auf bestimmte Geschäfte oder gar auch generell den Weisungen des Aufsichtsraths unterordnet (Anm. 7 zu § 231). Und dasselbe vermag auch die Generalversammlung (Ring Anm. 2 zu Art. 231). Zu den Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages gehören ferner auch diejenigen, die sich aus der Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ergeben. Die Statutenbestimmung über den Gegenstand des Unternehmens ist die vornehmste Beschränkung dieser Art, sie ist nicht etwa eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes (unten Anm. 9). Darnach beantwortet sich die Frage, ob der Vorstand Grundstücke kaufen oder verkaufen, Darlehne aufnehmen, Interzessionen und Schenkungen vornehmen, im Prozesse Vergleiche schließen, Schiedsverträge eingehen kann. Zu

allen solchen Handlungen ist der Vorstand auch nach innen für befugt zu erachten, soweit nicht eine statutarische Beschränkung oder der statutarisch festgesetzte Gegenstand des Unternehmens das ausschließt. Ueber Ausgaben ohne Aequivalent (Schenkungen, Erlasse, Verzichte, Befriedigung von juristisch nicht bestehenden, aber billigen Ansprüchen, Gaben zu milden, gemeinnützigen, patriotischen, durch die Anschauungen von Ehre und Anstand gebotenen Zwecken), vergl. zu § 312.

Anm. 4. Ferner ist zu erwähnen, daß der Vorstand nicht bloß diejenigen Beschränkungen einhalten muß, die der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung ausdrücklich oder implicite aufstellen, sondern auch diejenigen Beschränkungen, die in seinem Dienstvertrage ihm auferlegt sind. Diese sind im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt.

Anm. 5. Endlich aber ist zu erwähnen, daß auch das Gesetz selbst dem Vorstand Beschränkungen seiner Geschäftsführungsbefugniß auferlegt. Eine solche ist enthalten in der Vorschrift des § 253 Abs. 2, wonach er die Generalversammlung immer zu berufen hat, wenn das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. Schließt er also ein Rechtsgeschäft selbstständig ab, während das Gesellschaftsinteresse es erfordert hätte, vorher die Generalversammlung zu befragen, so überschreitet er seine Geschäftsführungsbefugniß und wird für den etwaigen Schaden verantwortlich, wenn — diese Einschränkung macht das R.G. zutreffend — er das Rechtsgeschäft vornimmt in dem Bewußtsein, daß die Generalversammlung es ablehnen würde (R.G. 35 S. 87).

Anm. 6. Wie nun, wenn die Generalversammlung oder der Aufsichtsrath Ungesetzliches oder Statutenwidriges vom Vorstande verlangen? Der Gesellschaft gegenüber ist er durch die Weisung gedeckt, nicht aber den Gläubigern gegenüber (§ 241 Abs. 4). Wegen der letzteren Verantwortlichkeit ist ihm auch das Anfechtungsrecht gegeben (§ 271). Da er sich aber der Gefahr der Haftung gegen die Gläubiger aussetzt, so kann er nicht für verpflichtet gehalten werden, derartige Beschlüsse auszuführen, kann vielmehr, wenn auf der Ausführung solcher Beschlüsse bestanden wird, aus diesem Grunde sofort kündigen und eventuell seine Rechte aus dem Dienstvertrage verfolgen.

Anm. 7. Verlangt der Aufsichtsrath vom Vorstand eine Handlung, die die Gesellschaft offensichtlich zu schädigen geeignet ist, so darf der Vorstand, sie mag an sich dem Gesetze oder den Statuten entsprechen oder nicht, nicht gehorsamen, er hat vielmehr in solchem Falle gemäß § 253 Abs. 2 eine Generalversammlung einzuberufen und diese zu befragen. Der Generalversammlung dagegen kann er auch in solchem Falle gehorchen, ohne der Gesellschaft schadensersatzpflichtig zu werden. Dagegen wird die Regreßpflicht gegenüber den Gläubigern in den bestimmten Fällen (§ 241 Abs. 4) durch einen Beschluß der Generalversammlung nicht beseitigt.

Anm. 8. d) Hält das Vorstandsmitglied die ihm hiernach auferlegten Beschränkungen nicht ein, so liegt hierin eine Pflichtverletzung, für deren Folgen es haftet. Begeht es sie vorsätzlich, so haftet es für die Folgen derselben, auch wenn es diese Folgen nicht voraussehen konnte (vergl. Dernburg II S. 135; auch bei uns Anm. 14 im Exkurse zu § 123).

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Beschränkungen im Verhältnisse nach außen, der Vertretung,** haben Dritten gegenüber keine Wirkung. Das Vertretungsverhältniß des Vorstandes kommt, wenn es auch, wie beim Prokuristen, auf Wahl und Bestellung beruht, dennoch seiner Natur nach dem Vertretungsverhältniß des offenen Gesellschafters gleich. Wie dieser, ist er gesetzlicher Vertreter. Das wirkt auch auf den Umfang der Vertretungsbefugniß zurück.

a) Der Vorstand ist nach außen zu allen Rechtshandlungen berechtigt, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen macht; Ausnahmen sind z. B. in den §§ 303 flg. enthalten (Veräußerung des gesammten Gesellschaftsvermögens). Es macht keinen Unterschied, ob die Handlung zum Betriebe des betreffenden Handelsgewerbes oder eines gewerblichen Unternehmens überhaupt gehört oder nicht. Die Gesellschaft tritt durch ihren Vorstand im

Rechtsverkehr auf. Soweit das Aktionsgebiet der Gesellschaft reicht, reicht auch das des Vorstandes. Die Grenzen jenes Gebiets sind auch die Grenzen der Vertretungsbefugniß des Vorstandes (Gierke, Genossenschaftstheorie S. 607 ff.; Holdheim in seiner Wochenschrift 3 S. 203). Das Aktionsgebiet der Gesellschaft wiederum ergreift das gesammte Gebiet des privaten Vermögensrechtes und wird nicht etwa durch den statutarischen Gegenstand des Unternehmens begrenzt. Der letztere ist vielmehr lediglich eine Schranke der Geschäftsführungsbefugniß im Sinne des Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen (vergl. oben Anm. 1; ferner Anm. 4 zu § 210; anders, aber entschieden unzutreffend Pinner S. 145). Es kann also der Vorstand einer Bankgesellschaft ein Grundstück zur baulichen Verwerthung, der Vorstand einer Baugesellschaft ein Fabrikgeschäft kaufen; derartige Geschäfte verbinden die Gesellschaft. Spezialvollmacht ist nirgends erforderlich.

Landesgesetzliche Vorschriften, welche zur Gültigkeit gewisser Rechtshandlungen der Aktiengesellschaften die Genehmigung des Staats verlangen, sind jedoch, soweit sie überhaupt nach dem B.G.B. noch bestehen, auch nicht unverbindlich. Das ist insbesondere wichtig hinsichtlich der Bestimmung des preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 § 7, wonach die Veräußerung von Grundstücken der Eisenbahngesellschaften von der Staatsgenehmigung abhängig gemacht ist (vergl. Art. 112 E.G. zum B.G.B.). Die entgegengesetzte, von Ring Anm. 6 zu Art. 231 und auch von uns in der 1. Auflage vertretene Ansicht mußte gegenüber Neukamps Ausführungen (S. 119) aufgegeben werden. Mit Recht erklärt dieser Schriftsteller, daß durch die vorliegende Vorschrift in das Staatsrecht nicht eingegriffen werden sollte, und daß ferner jene landesrechtlichen Vorschriften keine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes innerhalb der Aktionsfähigkeit der Gesellschaft, sondern Beschränkungen der Willens- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft darstellen und dadurch mittelbar allerdings auch die Vertretungsbefugniß begrenzen. Anm. 10.

b) Irgendwelche Beschränkungen der Vertretungsbefugniß, sie mögen von der Generalversammlung beschlossen oder schon im Statut vorgesehen oder gar — unzulässiger Weise — eingetragen sein, sind dem Dritten gegenüber wirkungslos. Einzelne Arten nach außen wirkungsloser Beschränkungen hebt der zweite Satz des Abs. 2 hervor. Weitere Beispiele sind: die Vorschrift, daß alle die Gesellschaft verpflichtenden Urkunden von einer nicht zum Vorstande gehörigen Person, also z. B. von einem Mitgliede des Verwaltungsraths, gezeichnet sein müssen (R.O.H. 6 S. 133); daß der Vorstand Vollmachten nur schriftlich ertheilen (R.O.H. 12 S. 34); oder nur zusammen mit einem Aufsichtsrathsmitgliede zeichnen; oder Bevollmächtigte und Beamte nicht oder nur in gewissem Umfange bestellen dürfe (R.G. 22 S. 70); oder die Vorschrift, daß er nur eine Zweigniederlassung zu vertreten habe; für eine **Zweigniederlassung kann daher ein besonderer Vorstand** mit dieser eingeschränkten Wirkung nach außen **nicht bestellt und nicht eingetragen werden**; eine solche Bestellung würde die volle Uebertretungsbefugniß für alle Geschäfte der A.G. involviren und nur nach Abs. 1 Bedeutung nach innen haben (Johow 12 S. 34; Pinner S. 146). Die von Petersen und Pechmann (S. 438) ventilirte Frage, ob einem Vorstande auch aufgegeben werden kann, nur eine von mehreren Firmen zu zeichnen, ist deshalb gegenstandslos, weil die Aktiengesellschaft nur eine Firma haben kann (vergl. Anm. 9 zu § 22). Anm. 11.

Statutarische Beschränkungen der Vertretungsbefugniß sind aus diesen Gründen in das Register nicht einzutragen. Soweit sie die Geschäftsführung betreffen, interessiren sie das Publikum nicht; soweit die Vertretungsbefugniß damit beschränkt sein soll oder wenigstens ein solcher Anschein erweckt werden könnte, sind sie unwirksam und schon deshalb von der Eintragung auszuschließen (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3 S. 13). Sehr häufig wird dagegen gefehlt durch Eintragung der Amtsdauer des Vorstandes, besonders bei stellvertretenden Vorstandsmitgliedern, hinsichtlich deren doch das Gleiche gilt (§ 242). Eine solche Eintragung Anm. 12.

der Amtsdauer ist ohne rechtliche Bedeutung, auch nach Ablauf dieser eingetragenen Zeit ist der Vorstand Dritten gegenüber gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (Goldheim in seiner Wochenschrift 3 S. 201 ff.).

Anm. 13. c) Beschränkungen haben keine Wirkung. Die Gesellschaft ist also an die den Rahmen der Beschränkungen überschreitenden Rechtshandlungen gebunden und erwirbt folgeweise auch die Rechte aus solchen. Vergl. jedoch Anm. 16. Der Gesellschaft aber ist der Vorstand verantwortlich nach § 241.

Anm. 14. d) Dritten gegenüber. Wer als Dritter zu betrachten, ist zweifelhaft geworden: ob es Beamte, Aktionäre, der Vorstand selbst ist, wenn diese Personen mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten. Aktionäre sind als Dritte nicht zu betrachten, weil die Bestimmung von dem Rechtsverkehr der Gesellschaft nach außen, nicht von der Rechtsbeziehung zu den Gesellschaftern handelt. Das kann z. B. wichtig werden, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Aktionär bemängeln kann, daß die durch den Vorstand erfolgte Einforderung der Einlage nicht auf gültigem Beschlusse des in dieser Hinsicht nach den Statuten kompetenten Aufsichtsraths beruht. Hier hat also der Aktionär, da er kein Dritter ist, das Bemängelungsrecht. (R.G. 24 S. 59). Geht der Aktionär mit der Gesellschaft ein selbstständiges Rechtsgeschäft ein, so ist er als Dritter zu betrachten (R.G. 4 S. 72; 22 S. 76; Bolze 10 Nr. 297). Beamte, die mit dem Vorstande kontrahiren, sind Dritte (R.O.H. 6 S. 132; R.G. 22 S. 72), Vorstandsmitglieder selbst aber nicht, z. B. wenn sie sich Erhöhung des Gehalts stipuliren lassen oder ein Darlehen der Gesellschaft gewähren u. s. w. Denn sie sind eben ein Theil des Vertretungsorgans (R.O.H. 19 S. 335; Bolze 5 Nr. 761; Ring Anm. 3 zu Art. 231; Behrend § 125 Anm. 3; Neukamp S. 118).

Anm. 15. Auch der Grundbuchrichter kann den Nachweis der etwaigen statutarisch erforderlichen Genehmigung des Aufsichtsraths zu Grundstücksverkäufen nicht verlangen, weil Dritten gegenüber der Grundstücksverkauf auch ohne diese Genehmigung gilt, und die Gesellschaft gar nicht anders kann, als die Auflassung bewirken, zu welcher sich ihr Vorstand verpflichtet hat.

Anm. 16. e) Auch wenn der Dritte die Beschränkung gekannt hat, ist sie ihm gegenüber wirkungslos. Er konnte eben davon ausgehen, daß die Beschränkung ihm gegenüber nicht gilt. Eine scheinbare Ausnahme macht **der Fall der Kollusion.** Im Falle der Kollusion ist die Gesellschaft an das sie benachtheiligende Geschäft nicht gebunden. Dieselbe liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Dritte weiß, daß die erforderliche Genehmigung nicht eingeholt war, sondern nur in einem dolosen Zusammenwirken mit dem Vorstande bei absichtlicher Schädigung der Gesellschaft (R.O.H. 6 S. 135; 9 S. 432; 15 S. 22; 19 S. 335; R.G. 9 S. 148; 22 S. 75; Bolze 10 Nr. 297; K.B. S. 72; vergl. Näheres Anm. 13 zu § 126).

Anm. 17. f) Zulässig ist es natürlich, daß der Vorstand unter dem Vorbehalte der Genehmigung anderer Gesellschaftsorgane kontrahirt. Solche Vorbehalte sind giltig, solche Rechtsgeschäfte sind bedingt durch die Ertheilung der Genehmigung.

§ 236.

Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch dasjenige Organ der Gesellschaft ertheilt, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt.

Verletzt ein Vorstandsmitglied die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem

Mitgliede verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Vorstandsmitgliedes an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Der vorliegende Paragraph normirt das Konkurrenzverbot für Vorstandsmitglieder und die Folgen seiner Uebertretung. Derselbe weicht in Form und Inhalt von der Vorschrift des früheren Art. 232, 196a ab.

Der Abs. 1 giebt den Inhalt des Konkurrenzverbotes, Abs. 2 die Folgen desselben, Abs. 3 sichert die Verjährung des Anspruchs. Anm. 1.

I. (Abs. 1.) **Der Inhalt des Konkurrenzverbotes.**

1. **Die Mitglieder des Vorstandes** sind dem Verbot unterworfen, gleichviel, ob sie einzeln berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten, oder ob sie nur Kollektivvollmacht haben.

   Das Verbot beginnt mit dem Augenblicke, wo sie zum Vorstande bestellt sind (also nicht erst von der Eintragung an) und dauert bis zu dem Augenblicke, wo ihr Amt als Vorstand aufhört. Wann diese letztere Thatsache eingetragen wird, ist gleichgiltig. Endigt die Vorstandschaft, aber nicht das Dienstverhältniß, so cessirt das Konkurrenzverbot ebenfalls. Denn es bezieht sich eben nur auf Mitglieder des Vorstandes (vergl. R.O.H. 16 S. 170). Von diesem Augenblicke wird in den geeigneten Fällen das Handlungsgehilfenverbot des § 61 Platz greifen. Wann die Vorstandschaft ihr Ende errreicht, ergiebt sich aus den Erläuterungen zu § 231, woselbst auseinandergesetzt ist, wann der Vorstand vorzeitig sein Amt niederlegen kann (Anm. 19 daselbst) und daß die Bestellung zum Vorstande jederzeit widerrufen werden kann (Anm. 15). Mit der Auflösung der Gesellschaft hört das Verbot von selbst auf (R.O.H. 21 S. 140; vergl § 298 Abs. 2).

2. **Verboten ist:** Der Betrieb eines Handelsgewerbes, das Geschäftemachen in den Handelszweigen der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung und endlich die Theilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Anm. 2.

   a) **Der Betrieb eines Handelsgewerbes.** Hier, wie im § 60 (vergl. Anm. 3 daselbst) ist darauf zu verweisen, daß aus der Anm. 8 zu § 1 sich ergiebt, was unter dem Betriebe eines Handelsgewerbes zu verstehen ist, ob die Betheiligung als stiller Gesellschafter, als Direktor einer Aktiengesellschaft, als Aktionär, als Geschäftsführer oder Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Kommanditist, als offener Gesellschafter, der Betrieb eines Handelsgewerbes ist oder nicht. Der Ehemann, der das Geschäft seiner Frau leitet, betreibt kein Handelsgewerbe, aber seine Thätigkeit kann unter Nr. b fallen. Andererseits verletzt das Verbot derjenige, der zuläßt, daß auf seinen Namen ein Geschäft betrieben wird, wie dies ebenfalls aus Anm. 9 zu § 1 und Anm. 11 zu § 15 hervorgeht (Bolze 11 Nr. 337).

   In welchem Zweige sich das Handelsgewerbe bewegt, ob die Gesellschaft auch ein solches betreibt oder nicht, ist gleichgiltig, anders bei dem Verbote einzelner Geschäfte (siehe zu b).

   b) **Geschäfte machen in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung.** Einzelne oder gelegentliche Geschäfte zu machen, ist dem Vorstande nicht verwehrt, sie dürfen nur nicht in den Handelszweig der Gesellschaft fallen. Es darf also z. B. der Vorstand einer Gesellschaft, die mit Modewaaren handelt, ein Spekulationsgeschäft in Anm. 3.

Börsenpapieren machen, nicht aber das Vorstandsmitglied eines Bankinstituts (K.B. S. 73). — Den Begriff Handelszweig anlangend, so ist zu bemerken: Bei der von vielen Aktiengesellschaften beliebten weiten Ausdehnung des Gegenstandes des Unternehmens, ist das Konkurrenzverbot auch ein sehr ausgedehntes und in demselben Maße lästiges. Es entscheidet dabei der statutarische Gegenstand des Unternehmens, der thatsächliche Geschäftsbetrieb dann, wenn er sich über den statutarischen hinausdehnt, während eine thatsächliche Beschränkung des Geschäftsbetriebes unter den statutarischen Umfang den Umfang des Konkurrenzverbotes nicht verringert. Daß bei Immobilien-Aktiengesellschaften auch ein Grundstücksgeschäft in den Handelszweig der Gesellschaft fällt, ist jetzt, da Art. 275 weggefallen ist, selbstverständlich.

Anm. 4. Wann im Uebrigen der Begriff des Geschäftemachens erschöpft ist, darüber siehe Anm. 5—7 zu § 60. Hier ist noch hervorzuheben, daß die Funktion als Aufsichtsrathsmitglied einer anderen Gesellschaft nicht darunter fällt. Denn im Wesentlichen ist der Aufsichtsrath Kontrolorgan; und auch, wo er einen größeren Einfluß auf die Geschäftsführung hat, besteht derselbe doch immerhin nur in Anweisungen an den Vorstand. An sich ist daher einem Vorstandsmitgliede die Annahme einer Aufsichtsrathsstelle bei einer anderen Aktiengesellschaft nicht verwehrt (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 232). Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft aber darf er nicht sein (vergl. Anm. 6 zu § 60; auch Behrend § 125 Anm. 8).

Anm. 5. c) **Die Theilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter.** Damit ist klargestellt und, gleichviel, ob dies nicht schon aus dem Verbot des Betriebes eines Handelsgewerbes (oben zu a) folgt, gesetzlich festgestellt, daß das Vorstandsmitglied nicht Mitglied einer o. H.G., Komplementar einer Kommanditgesellschaft, einer einfachen oder auf Aktien, sein darf.

Anm. 6. 3. **Ohne Einwilligung der Gesellschaft** sind diese Thätigkeiten verboten. Mit ihrer Einwilligung sind sie gestattet. Die einmal ertheilte Einwilligung kann nicht zurückgenommen werden. Es ergiebt sich wenigstens kein gesetzlicher Anhalt dafür, daß dies geschehen kann. Die Einwilligung muß ertheilt werden vor der Vornahme der betreffenden Handlung (§ 183 B.G.B.), auch generell im Voraus, auch schon in dem Anstellungsvertrage; die ohne Einwilligung vorgenommene Handlung kann aber auch nachträglich genehmigt werden (§ 184 B.G.B.). Beide Arten von Zustimmungen sind formfrei (§ 182 Abs. 2 B.G.B.) und können auch stillschweigend ertheilt werden. Gewahrt z. B. der Aufsichtsrath, daß das Vorstandsmitglied ein Gewerbe betreibt, und widerspricht er eine Zeit lang nicht, so liegt darin die Einwilligung in den künftigen Gewerbebetrieb. Ist dies beim Engagement bekannt, so liegt in dem Engagement eine Einwilligung, obwohl diese Art der Einwilligung hier nicht besonders hervorgehoben ist. Theilt das Vorstandsmitglied dem Aufsichtsrath mit, daß er ein einzelnes Geschäft in dem Handelszweig der Gesellschaft betreiben wolle und widerspricht der Aufsichtsrath nicht, so liegt darin der Regel nach eine Einwilligung. Denn es wäre dolos, wenn man das Vorstandsmitglied zu Aufwendungen veranlassen würde, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, welches man nicht gut heißt. Dagegen liegt in dem Schweigen nach Kenntniß eines Konkurrenzgeschäfts keine stillschweigende Genehmigung. Denn hier besteht ja das dreimonatliche Verjährungsrecht.

Anm. 7. Die Einwilligung wird ertheilt durch dasjenige Organ, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt, also entweder durch die Generalversammlung oder durch den Aufsichtsrath, auch durch die übrigen Vorstandsmitglieder, wenn diesen das Recht der Kooptation zusteht (vergl. Anm. 18 zu § 231). Hinsichtlich der stillschweigenden Einwilligung ist bei der Generalversammlung zu bemerken, daß dieselbe nur in der Fassung eines Beschlusses liegen kann, der als Einwilligung gedeutet werden muß. Bloße Kenntniß durch die Generalversammlung genügt nicht.

Anm. 8. II. (Abs. 2.) **Die Folgen der Uebertretung des Verbots** sind hier ebenso normirt, wie im § 61. Sie sind Eintrittsrecht und Schadensersatz (vergl. hierüber Anm. 1–4 zu § 61), außerdem aber, obgleich das auch hier nicht hervorgehoben ist, Anspruch auf Unterlassung (Anm. 5 zu § 61), auf Rechnungslegung (Anm. 6 zu § 61), nicht Ungiltigkeit der verbotenen Geschäfte

(Anm. 7 zu § 61), wohl aber in den geeigneten Fällen Recht auf Entlassung (vergl. Anm. 8 § 61, wobei jedoch § 72 Nr. 1 direkte Anwendung nicht findet).

III. (Abs. 3.) **Die doppelte Verjährung,** welche im Abs. 3 angeordnet ist, richtet sich im Uebrigen nach den Vorschriften des B.G.B. hinsichtlich der Unterbrechung, des vertragsmäßigen Ausschlusses, der Fristverlängerung 2c. Es verjähren immer nur diejenigen einzelnen Ansprüche, welche vor mehr als drei Monaten entstanden sind. Anm. 9.

Damit die Verjährung beginnt, müssen aber Kenntniß erlangt haben die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrath. Wenn bloß der Aufsichtsrath Kenntniß erlangt hat, so genügt das nicht. Der Aufsichtsrath hat Kenntniß erlangt, wenn ihm in offizieller Eigenschaft die Mittheilung zugegangen ist. Daß alle einzelnen Mitglieder die Sache irgendwie erfahren haben, genügt nicht (Behrend § 126 Anm. 11; Pinner S. 149 gegen Ring Anm. 3 zu Art. 232). Daß die Sache in einer Generalversammlung zur Sprache gekommen ist, genügt allein ebenfalls nicht, auch dann nicht, wenn die Generalversammlung die Einwilligung zu ertheilen hatte. Denn die Kenntniß der Generalversammlung entscheidet hier nicht. Doch kann in der Fassung eines Beschlusses auf Grund eines solchen Vortrages die Einwilligung liegen (vergl. oben Anm. 7). Anm. 10.

Zusatz 1. Vertragsmäßig kann das Verbot erweitert und eingeengt werden. Anm. 11.

Vertragsmäßig kann auch eine Konventionalstrafe an die Verletzung des Verbotes geknüpft werden. Wählt die Gesellschaft diese, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen, dagegen besteht daneben noch der Anspruch auf weiteren Schadensersatz (§ 340 B.G.B.). Vertragsmäßig kann aber die Vertragsstrafe auch neben der Erfüllung versprochen werden. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe unterliegt der Verjährung nach Abs. 3 (§ 224 B.G.B.). Näheres über die Vertragsstrafe zu § 348 H.G.B.

Zusatz 2. Ueber die häufig wiederkehrenden Konkurrenzverbote nach Auflösung des Verhältnisses sind hier Vorschriften nicht gegeben. Anm. 12.

a) Die Vorschriften der §§ 74 und 75 sind hier nicht anwendbar (die Beschränkung auf drei Jahre gilt hier z. B. nicht). Auch analoge Anwendung halten wir, im Gegensatz zu Pinner S. 147, für ausgeschlossen. Die §§ 74 und 75 enthalten durch ihre starke Berücksichtigung der Billigkeit eine Ausnahmevorschrift, aufgestellt zum Schutze einer besonderen Klasse von Hilfspersonen, die als besonders wirthschaftlich schwach erachtet und eines so weitgreifenden, exceptionellen Schutzes für dringend bedürftig erachtet wurden. Wo die neuen Gesetzbücher das Bedürfniß zu einem analogen Schutze anerkennen, da haben sie denselben analog ausgedehnt (vergl. E.G. zum H.G.B. Art. 9 II, durch welchen die Gewerbeordnung eine neue Vorschrift zum Schutze gewisser Gewerbegehilfen erhält). Einer analogen Anwendung auf sonstige Personen des Handels sind diese Ausnahmebestimmungen nicht fähig. Vorstandsmitglieder mögen wohl dem Gesetzgeber als der Regel nach wirthschaftlich so gut gestellt erschienen sein, daß sie eines so weitgehenden Schutzes nicht bedürfen. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze Platz. Schutzlos sind auch sie nicht. Ihr Fortkommen darf jedenfalls nicht derart beschränkt werden, daß die von der Gewerbeordnung statuirte Gewerbefreiheit verletzt wird (R.G. vom 17. April 1897 in J.W. S. 292). Ist diese Schranke überschritten, so ist das Konkurrenzverbot ungiltig. Dagegen wird das im § 75 statuirte richterliche Ermäßigungsrechts des Verbots inhaltlich hier nicht zugelassen sein. Ein solches Ermäßigungsrecht enthält stets eine Ausnahme. Vielmehr wird in Gemäßheit der früheren reichsgerichtlichen Rechtsprechung davon auszugehen sein, daß, wenn das Verbot als zu weitgehend zu betrachten ist, es ungiltig ist.

b) Die Höhe der Konventionalstrafe unterliegt aber der richterlichen Ermäßigung nach § 343 B.G.B. Vergl. zu § 348 H.G.B. Anm. 13.

c) Hinsichtlich der Auslegung der Konkurrenzverbote, insbesondere der Begriffe Betreiben, Betheiligung und Verletzung 2c., gilt das in Anm. 9 ffg. zu § 74 Gesagte analog. Anm. 14.

d) Weiteres über diese Konkurrenzverbote siehe Anm. 26 ffg. zu § 22.

Anm. 15. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf diejenigen Personen, welche am 1. Januar 1900 Vorstandsmitglieder sind, nur Anwendung in der Beschränkung auf den Handelszweig der Aktiengesellschaft. Das bestimmt Art. 27 E.G. zum H.G.B. ausdrücklich.

Dabei ist ferner zu betonen, daß auf solche Vorstandsmitglieder, welche es noch seit der Zeit vor der Aktiennovelle von 1884 sind, auch der frühere Art. 232 keine Anwendung findet. Dies bestimmte § 6 der Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 ausdrücklich und dieser ist durch das neue H.G.B. nicht aufgehoben, vielmehr gilt er als Reichsgesetz noch weiter fort (Art. 32 E.G. zum B.G.B., Denkschrift S. 306).

Anm. 16. Ueberall ist hier zu bemerken, daß, wenn die betreffenden Personen nach dem Inkrafttreten des neuen H.G.B. wieder zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden, sie dem neuen Konkurrenzverbot unterfallen. Wenn aber ihre Funktion auf einem älteren, durch unterlassene Kündigung fortgesetzten Vertrage beruht, so gilt dies nicht als Neubestellung. Diese Art der Regelung der Uebergangsfrage war auch nach dem früheren § 6 der Aktiennovelle von 1884 Rechtens und ist auch jetzt nicht geändert. Die Vorschrift des Art. 171 E.G. zum B.G.B., aus welcher das Gegentheil folgen würde, ist hier nicht anwendbar, weil Art. 27 E.G. zum H.G.B. eine Sondervorschrift giebt. (So auch Pinner S. 149.)

Für die Fristberechnung bei der Verjährung gilt in der Uebergangszeit die Bestimmung des Art. 169 E.G. zum B.G.B. (vergl. Anm. 8 zu § 160).

§ 237.

Wird den Mitgliedern des Vorstandes ein Antheil am Jahresgewinne gewährt, so ist der Antheil von dem nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinne zu berechnen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt eine Vorschrift über die Berechnung der Tantieme bei Vorstandsmitgliedern.** Die Vorschrift ist neu und erst durch die Reichstagskommission für das neue H.G.B. in das Gesetz aufgenommen worden.

Der Kommissionsbericht (S. 73) sagt hierzu Folgendes:

„Der Antrag war damit begründet worden, ohne erheblichen Widerspruch zu finden, daß in den Fällen, in denen den Vorstandsmitgliedern auf Grund vertragsmäßiger Zusicherung oder durch Beschluß der Generalversammlung oder des durch Statut ermächtigten Aufsichtsraths ein Antheil am Jahresgewinn gewährt werde, dieser Antheil aus dem thatsächlichen Gewinn zu berechnen sei.

Abschreibungen vorzunehmen, gehöre zu der ordnungsgemäßen, vorsichtigen Verwaltung; ehe die Abschreibungen gemacht sind, könne von einem Reingewinn nicht die Rede sein. Dabei kommen nicht nur Abschreibungen in Betracht, sondern auch Rücklagen, die gemacht werden bei sehr hohem Jahresgewinn, um darauf in künftigen mageren Jahren zu greifen.

Soweit hierdurch Vorstandsmitglieder in einem Jahre geschädigt werden, finden sie den Ausgleich durch die spätere Einstellung solcher Rücklagefonds in die Aktiva, allerdings nur, sofern sie in diesem späteren Jahre noch im Amt sind."

Unserer Gepflogenheit zuwider geben wir diesen Kommissionsbericht wörtlich wieder, weil wir gezwungen sind, bei der Erläuterung des Paragraphen mehrfach darauf zurückzukommen.

Anm. 1. 1. **Nur auf Vorstandsmitglieder** bezieht sich die Vorschrift. Anderen Beamten kann also eine Tantieme ohne die Beschränkungen des vorliegenden Paragraphen bewilligt werden.

2. **Nur auf die Tantieme** bezieht sich die Vorschrift. Auf eine feste Vergütung bezieht sie sich nicht. Diese ist gesetzlichen Schranken nicht unterworfen. Es kann auch eine feste Vergütung mit der Maßgabe vereinbart werden, daß sie auf die Tantieme in Anrechnung kommt; auch neben dem Gewinnantheile kann sie vereinbart werden. Auch eine Provision vom Umsatz kann gewährt werden, welche ebenfalls den Schranken des vorliegenden Paragraphen nicht unterliegt. Ein Antheil am Bruttogewinn aber kann nicht bewilligt

werden. Das wäre ja eine frappante Verletzung des Verbots des vorliegenden Paragraphen. Denn wenn schon der Reingewinn, um tantiemefähig zu sein, gekürzt werden muß um sämmtliche Abschreibungen und Rücklagen, um wie viel weniger ist es gestattet, aus einem Gewinn, der sich noch nicht einmal als Reingewinn darstellt, Antheile an die Vorstandsmitglieder abzugeben?

3. **Die Vorschrift ist zwingender Natur.** Schon ihre kategorische Fassung ergiebt dies und in der Plenarberathung wurde die zwingende Natur als selbstverständlich hingestellt (Mugdan, Materialien zum H.G.B. S. 757). Sie kann daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden, noch weniger durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß oder durch einfache Verwaltungsmaßregel des Vorstandes und des Aufsichtsraths. Derartige Abänderungen sind ungiltig mit allen Folgen einer auf zwingenden Rechten beruhenden Ungiltigkeit. Unter Umständen bewirkt dies die Ungiltigkeit des abgeschlossenen Dienstvertrages (§ 139 B.G.B.). Die gleichwohl erfolgte Zahlung solcher Tantieme macht den Empfänger erstattungs- und den Zahlenden regreßpflichtig. Doch bezieht sich das natürlich nur auf Abänderungen, welche eine den Vorstandsmitgliedern günstigere Berechnung zum Gegenstande haben; Abänderungen nach der entgegengesetzten Richtung sind zulässig. Anm. 3.

4. **Der Inhalt der Vorschrift.** Der Tantiemeberechnung ist zu Grunde zu legen der Reingewinn nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen. Anm. 4.

a) Aus früherer Zeit her besteht die Kontroverse, ob der Verlustvortrag aus früheren Jahren den Reingewinn schmälert, von welchem den Vorstandsmitgliedern die Tantieme zukommt. Nach richtiger Ansicht war dies schon früher zu bejahen (vergl. Ring Anm. 7 zu Art. 227). Nach dem vorliegenden Paragraphen ist die Bejahung ganz unbedenklich, da, mag man im Uebrigen die Vorschrift auslegen, wie immer, darüber jedenfalls nicht gezweifelt werden kann, daß höchstens der Bilanzgewinn der Ausgangspunkt der Berechnung sein darf, daß aber nicht aus der Bilanz Passivposten, die sich in derselben befinden, gestrichen werden können, um die Grundlage der Gewinnberechnung für die Vorstandsmitglieder zu erhöhen gegen die Grundlage der Gewinnberechnung für die Aktionäre. — Die gleiche Kontroverse besteht wegen des Gewinnvortrages aus dem früheren Jahre. Auch hier behauptet man, daß derselbe abgezogen werden müsse. Wir bestreiten dies und zwar aus dem analogen Grunde. Wie die Vorstandsmitglieder nur von dem Bilanzgewinn ihre Tantieme zu erhalten haben, so muß man sie ihnen doch andererseits von dem vollen Bilanzgewinn gewähren. In Abzug kommen ohnedies nach dem neuen Gesetz schon sämmtliche Abschreibungen und Rücklagen. Der Einwand, daß von dem Gewinnvortrage schon einmal ein prozentualer Theil als Tantieme vertheilt ist (vergl. Pemsel in Holdheim 7 S. 242; Simon S. 11), ist schon früher von uns für nicht stichhaltig erklärt worden, weil der Gewinnvortrag ein Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens geblieben ist und von Neuem verwaltet werden muß. Jetzt aber fällt dieser Grund ganz weg, da nach richtiger Ansicht von dem Gewinnvortrage in dem Jahre, in welchem er vorgetragen wird, keine Tantieme zu berechnen ist (vergl. unten Anm. 7).

b) Der vorliegende Paragraph hat aber noch eine weitere Kontroverse gezeitigt. Es wird darüber gestritten, was unter dem „nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn" zu verstehen ist. Wir sind nun allerdings der Ansicht, die Gesetzesworte seien so klar, daß ein Zweifel nicht berechtigt ist. Was unter Abschreibungen zu verstehen ist, ist noch niemals bezweifelt worden. Aber auch das Wort „Rücklagen" ist nicht mißzuverstehen. Es bedeutet einfach dasselbe, wie das Wort „Reservefonds" im § 261 Nr. 5 (vergl. Simon S. 146; Pinner S. 151; vergl. auch § 271) und nur die Verdeutschungssucht hat es zu Wege gebracht, daß für denselben Begriff in einem und demselben Gesetzbuch ein doppelter Ausdruck gebraucht wurde: in den aus dem alten H.G.B. herübergenommenen §§ 261 Nr. 5 und 262 das Wort „Reservefonds", in den neugeschaffenen Bestimmungen der §§ 237 und 271 Abs. 3 Satz 2 das Wort „Rücklagen". In der in der obigen Einleitung wieder- Anm. 5.

gegebenen Begründung des Antragstellers werden dann auch die beiden Ausdrücke „Reservefonds" und „Rücklagen" verschmolzen zu dem einen sonderbaren Worte „Rücklagefonds". Reservefonds oder Rücklage ist nun Alles das, was von den vorhandenen Werthen nicht vertheilt wird, sondern in dem Gesellschaftsvermögen verbleibt, „zurückgelegt", „reservirt" wird.

Anm. 6. Bestimmt nun der Gesetzgeber, daß die Tantieme nur zu berechnen ist von dem nach „Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn", so ist damit klar zum Ausdruck gebracht, daß, mag auch der Reingewinn unter irgendwelchen anderen Gesichtspunkten anders berechnet werden und einen anderen Betrag ergeben, die vorliegende Tantiemeberechnung jedenfalls nur zu erfolgen hat nach demjenigen Betrage, welcher sich als Reingewinn ergiebt nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen. Es müssen daher nicht nur der zu Abschreibungen jeder Art verwendete Theil des Gewinnes, sondern auch die Reservestellungen jeder Art welches auch immer ihr Rechtsgrund, ihr Name und ihre Bestimmung sei, tantiemefrei bleiben (vergl. Esser S. 94—96, 110; Katz-Dyhrenfurth, Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetz S. 6, 58, 89 und 90). Jede andere Auslegung ist unstatthaft. So ist insbesondere vergeblich das Bemühen Pemsel's (bei Holdheim 7 S. 237 ffg.) zu unterscheiden zwischen Reserven *aus* dem Reingewinn und Reserven, welche *bei Ermittelung* des Reingewinns gebildet werden. Nur die letzteren will Pemsel von dem der Tantiemeberechnung zu Grunde zu legenden Betrage abziehen, die ersteren nicht. Das Gesetz macht ja aber diesen Unterschied *nicht*, sondern sagt im Gegentheil, daß „sämmtliche" Rücklagen abzuziehen sind. Dieses Wort allein genügt, um Pemsel zu widerlegen. Angesichts einer Gesetzesvorschrift, welche bestimmt, daß „**sämmtliche** Rücklagen" abzuziehen sind, ist eine Auslegung unstatthaft, welche darauf hinausläuft, daß **nicht** sämmtliche Rücklagen abzuziehen sind. Ueberdies haben, wie die Begründung des Antragstellers (oben Einleitung) ergiebt, demselben auch solche Rücklagen als abzugspflichtig vorgeschwebt, welche *aus* dem Reingewinn gemacht werden, anscheinend sogar hauptsächlich diese. Denn er spricht von „Rücklagen, die gemacht werden bei sehr hohem Jahresgewinn, um darauf in künftigen mageren Jahren zurückzugreifen." Das sind doch recht eigentlich Rücklagen *aus* dem Jahresgewinn. Nach der Pemsel'schen Ansicht läge ja gar keine Neuerung vor.

Anm. 7. Es kommen hiernach in Abzug sämmtliche Abschreibungen, sie mögen nothwendig oder freiwillig sein, und sämmtliche Rücklagen, sie mögen nothwendig oder freiwillig sein, also alles, was nicht vertheilt wird, sei es *weil es kein Reingewinn* ist, sei es, *obwohl es Reingewinn* ist. In Abzug kommt hiernach insbesondere auch der gesetzliche Reservefonds, auch der Gewinnvortrag des Bilanzjahres. Auch dieser ist Gewinn, der nicht vertheilt, sondern zurückgelegt, reservirt wird, ein wirklicher Reservefonds (vergl. auch Zusatz zu § 262). Riesenfeld (Der Einfluß des Aktienrechts auf die Statuten der bestehenden Gesellschaften S. 101), will dies letztere leugnen, weil er keinen „solchen Kapitalfonds darstelle, auf den in mageren Jahren zurückgegriffen werden soll", während doch der Antragsteller nur solche Rücklagen für abzugsfähig erklärt habe, auf welche in mageren Jahren zurückgegriffen werden solle. Allein einmal kann diesen Worten des Antragstellers eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Die Begründung des Antragstellers zeichnet sich durch besondere Klarheit überhaupt nicht aus und sie ist überdies schon in der Kommission auf Widerspruch gestoßen, wenn auch nicht auf erheblichen. Ob sie für die übrigen Kommissionsmitglieder und vor allem für das Plenum maßgebend war, kann nicht gesagt werden und entscheidend sind im letzten Ende die Gesetzesworte, welche den denkbar klarsten Ausdruck „sämmtliche" Rücklagen gebrauchen, dem nicht die Spur einer solchen Beschränkung anhaftet, wie sie der Antragsteller gemacht hat. Es ist übrigens auch klar, daß der Antragsteller nicht bloß solche Reservefonds gemeint hat, auf die in „mageren" Jahren zurückgegriffen werden soll, — der Ton liegt ohne Zweifel nicht auf dem Worte mager — sondern überhaupt

solche, auf welche später zurückgegriffen werden soll, auch in fetten oder in normalen Jahren, sofern nur die geeignete Gelegenheit für die Verwendung des Fonds eintritt und die Verwendung beliebt wird. Der Gewinnvortrag ist aber ein Kapitalfonds, auf welchen in einem späteren Jahre zurückgegriffen wird. Denn dieser Kapitalfonds dient dazu, den Gewinn des nächsten Jahres zu vermehren.

Auch Rücklagen zu einem Dividendenergänzungsfonds sind von dem der Tantiemeberechnung zu Grunde zu legenden Betrage abzuziehen; auch diese sind Rücklagen vom Gewinn.

Anm. 8. Nicht abzuziehen ist dagegen dasjenige, was vom Reingewinn nicht zurückgelegt, sondern vertheilt wird. Dabei ist aber, was bei den Erörterungen über die vorliegende Vorschrift häufig übersehen wird, zu erwägen, daß es nicht immer bloß die Aktionärdividenden sind, welche vom Reingewinn vertheilt werden. Häufig sind nach Lage der Statuten auch andere Beträge vom Reingewinn zu vertheilen. Bei Versicherungsgesellschaften nehmen oft auch die Versicherten an dem Reingewinn Theil. Oft werden an die Beamten Gratifikationen oder Tantiemen gezahlt, sei es nach dem Ermessen der Gesellschaftsorgane oder auf Grund von Verträgen. Auch im letzteren Falle sind es Beträge, die vom Reingewinn vertheilt werden; nur unter der Bedingung, daß ein Reingewinn erzielt wird, sind sie zu zahlen. Alle diese Beträge sind vom Reingewinn zu zahlen, sie gehen also nicht bei Ermittelung des Reingewinns ab; sie sind aber andererseits bei der Tantiemeberechnung nicht abzuziehen, denn sie sind keine „Rücklage" vom Reingewinn.

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob die Zuwendungen zu Pensions- oder Unterstützungszwecken von der der Tantiemeberechnung zu Grunde zu legenden Summe abzuziehen sind oder nicht. Die Frage läßt sich nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten. Es kommt vielmehr auf die Natur dieser Zuwendungen an. Erfolgt die Zuwendung derart, daß nicht bloß die Zuwendung freier Wille der Gesellschaft ist, sondern auch die Verwendung zu dem Wohlfahrtszwecke freier Wille der Gesellschaft bleibt, so daß die Gesellschaft also berechtigt bleibt, auch anderweit, zu sonstigen Zwecken, über die Summe zu verfügen, so liegt eine wirkliche Rücklage vor und sie ist nach unserem § 237 von dem der Tantiemeberechnung zu zu Grunde legenden Betrage abzuziehen. Erfolgt die Zuwendung zwar aus dem Reingewinn, aber zu einer selbstständigen Kasse, so scheidet sie aus dem Vermögen der Gesellschaft aus; sie ist vertheilter Gewinn, keine Rücklage, und deshalb ist der Betrag von dem der Tantiemeberechnung zu Grunde zu legenden Betrage nicht abzuziehen. Das Gleiche aber gilt, wenn die Zuwendung aus dem Reingewinn zu Unterstützungszwecken zwar nicht zu einer selbstständigen Kasse erfolgt, doch so, daß ein Anspruch dritter Personen in Höhe des zugewendeten Betrages entsteht. In solchem Falle liegt eine wirkliche Schuld vor, kein Reservefonds im Sinne des vorliegenden Paragraphen, über diesen Betrag darf die Gesellschaft nicht mehr frei verfügen.[1])

---

[1]) Es mag hier übrigens zur Verdeutlichung bemerkt werden, daß für die Dividendenberechnung keineswegs ein dem § 237 gleicher Grundsatz gilt, daß nämlich sämmtliche Abschreibungen und Rücklagen abzuziehen seien, ehe die Dividende vertheilt wird. Hier ist vielmehr die Pemselsche Formel (vergl. oben Anm. 6) zutreffend, daß wohl zu unterscheiden ist zwischen solchen Abschreibungen und Rücklagen, welche bei der der Ermittelung des Reingewinnes gemacht werden und solchen Abschreibungen und Rücklagen, welche vom Reingewinn gemacht werden. Nur die ersteren gehen bei der Dividendenberechnung ab. Daß die letzteren von der Dividende abgezogen werden, braucht sich der Aktionär nicht gefallen zu lassen, da er einen Anspruch auf den ganzen jährlichen Reingewinn hat. Aber die Anfechtung ist ihm erschwert und durch die Nichtanfechtung werden solche Abzüge gültig. Auch können die Statuten hier abändernde Bestimmungen treffen (vergl. hierüber §§ 213, 214, 261, 271).

Da nun bei der Tantiemeberechnung die sämmtlichen Abschreibungen und insbesondere Reserven abzuziehen sind, bei der Dividendenberechnung dagegen nur die nothwendigen, dagegen andererseits Dividende nicht eher vertheilt werden kann, als bis die Tantieme für den Vorstand abgeht, sofern nichts Entgegenstehendes vereinbart ist, so werden hierdurch häufig verschiedene, ziemlich komplizirte Berechnungen der Tantieme und der Dividende nothwendig werden.

Anm. 9. 5. **Anderen Beschränkungen ist die Tantiemeberechnung nicht ausgesetzt.** Insbesondere ist also seiner Höhe nach der Prozentsatz unbeschränkt, und ferner ist nicht vorgeschrieben, daß erst ein bestimmter Theil des Reingewinnes den Aktionären zu Gute kommen muß, ehe die Tantiemeberechnung für die Vorstandsmitglieder beginnt. (Anders bei der Tantieme für die Aufsichtsrathsmitglieder nach § 245.)

Zusatz 1. Allgemeine Grundsätze über den Tantiemeanspruch des Vorstandes.

Anm. 10. 1. **Der Tantiemeanspruch kann beruhen auf dem Gesellschaftsvertrage oder auf dem Dienstvertrage oder auf einem Beschlusse der Generalversammlung.** In allen Fällen unterliegt er den hier in Rede stehenden Beschränkungen. Daß er auch auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruhen kann, ist vom R.O.H. 22 S. 281 besonders hervorgehoben. Das Schweigen des Statuts kann nicht dahin gedeutet werden, daß die Vorstandsmitglieder keine Tantieme erhalten dürfen. Wenn aber die Statuten eine solche Bestimmung oder einen bestimmten Tantiemesatz enthalten, so ist ein darüber hinausgehender Generalversammlungsbeschluß eine Verletzung der Statuten und unterliegt den Bestimmungen solcher Statutenverletzungen (Anfechtbarkeit, aber Giltigkeit mangels Anfechtung).

Anm. 11. 2. **Theilung des Tantiemeanspruchs beim Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder.** Wenn die Quelle des Tantiemeanspruchs (Statut, Dienstvertrag, Generalversammlungsbeschluß) darüber nichts angiebt, daß dem einzelnen Vorstandsmitgliede ein direkter Anspruch an die Gesellschaft auf einen bestimmten Theil des Jahresgewinnes zusteht, wenn vielmehr der betreffende Antheil am Jahresgewinn allen Vorstandsmitgliedern gemeinsam zusteht, so fällt doch dieser gemeinsame Anspruch im Zweifel auseinander in gleichmäßige Antheile an diesem Anspruche (§ 420 B.G.B.), welche demgemäß von jedem einzelnen Vorstandsmitgliede direkt gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können.

Anm. 12. 3. **Berechnung des Tantiemeanspruchs für den Fall, daß der Anspruch im Laufe des Geschäftsjahres aufhört.** Insoweit das Vorstandsmitglied, dessen Amt im Laufe des Geschäftsjahres aufhört, überhaupt pro rata temporis seine Vergütung zu beanspruchen hat (vergl. darüber Anm. 27 zu § 231), hat es auch auf den Jahresgewinn pro rata temporis Anspruch. Das ist nicht etwa ein Anspruch auf einen Antheil an einem für den betreffenden Jahrestheil zu berechnenden Gewinn, sondern auf einen Antheil am ganzen Jahresgewinn pro rata temporis. Ob in dem betreffenden Jahresabschnitt mehr oder weniger oder gar nichts verdient ist, ist gleichgiltig. Denn der Anspruch geht eben von vornherein auf einen Theil des Jahresgewinnes, und überdies kann das bessere oder schlechtere Resultat des zweiten Jahresabschnitts sehr wohl seine Ursache in der Geschäftsthätigkeit des ersten Jahresabschnitts haben. (Zust. Förtsch Anm. 5 zu Art. 192).

Anm. 13. 4. **Die Tantieme wird fällig mit rechtsgiltiger Fassung des Dividendenvertheilungsbeschlusses.** Ja selbst dann, wenn dieser Beschluß nicht gefaßt sein sollte, weil zwar ein Reingewinn vorhanden, aber die Mittel zur Vertheilung nicht ausreichen, so würde doch der Tantiemeanspruch fällig werden, und zwar mit rechtsgiltiger Fassung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses (R.G. 11 S. 163).

Anm. 14. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen bezieht sich auch auf die bestehenden Aktiengesellschaften. Sie hat zwingenden Charakter (vergl. oben Anm. 3) und beseitigt daher die entgegenstehenden Vorschriften älterer Statuten ohne Weiteres. (Anm. 4 ffg. zu § 178). Zum ersten Male kommt die Vorschrift zur Anwendung bei derjenigen Bilanz, welche sich, wenn auch nur theilweise, auf das Jahr 1900 bezieht. Auf eine frühere Bilanz kommt noch das frühere Recht in Anwendung, wenn sie auch erst im Jahre 1900 zur Vorlage und Genehmigung gelangt. Erstreckt sich aber die Bilanz, wenn auch nur theilweise, auf das Jahr 1900, so müssen schon die Grundsätze des neuen Rechts zur Anwendung gebracht werden. Es kann nicht etwa eine doppelte Berechnung aufgestellt werden. Die Gewinnberechnung ist eine einheitliche, und bei der zwingenden Natur der neuen Vorschrift muß, da nur eine Berechnungsart zur Anwendung gebracht werden darf, die ältere der neueren weichen.

In ältere Dienstverträge greift aber der vorliegende Paragraph nicht ein. Vielmehr greift hier die Vorschrift der Art 170 und 171 E.G.G. Platz, wonach auf die bestehenden Dienstverhältnisse das frühere Recht zur Anwendung kommt bis zu dem Zeitpunkte, wo in Folge der Unterlassung einer nach dem früheren Recht zulässigen Kündigung das Vertragsverhältniß sich unter dem neuen Recht fortsetzt. Bei Vorstandsmitgliedern, welche, wie so häufig, ohne bestimmte Vertragsdauer oder ohne besondere Kündigungsfrist angestellt waren, kommt von Anfang des Jahres 1900 an das neue Recht zur Anwendung. Bei Vorstandsmitgliedern, welche auf längere Zeit über den 1. Januar 1890 hinaus fest angestellt waren, kommt zunächst noch das alte Recht zur Anwendung. Zwar cessiren die Uebergangsvorschriften der Art. 170 und 171 E.G. zum B.G.B. dann, wenn die neue Vorschrift exklusiven Charakter hat, wenn sie derart reformatorische und prohibitive Tendenzen hat, daß die Absicht der Rückwirkung erkennbar ist (vergl. Allgemeine Einleitung Anm. 10; auch Motive zu Art. 171 S. 257). Allein die vorliegende Vorschrift ist zwar zwingender Natur, woraus sich ergiebt, daß neue Verträge im Widerspruch mit ihr nicht abgeschlossen werden dürfen, woraus sich ferner ergiebt, daß für die Aktiengesellschaften selbst, d. h. für die Verhältnisse der Aktionäre zu einander und zur Gesellschaft, die neue Vorschrift ohne Weiteres Platz greift (Anm. 4 flg. zu § 178). Es ist aber nicht ersichtlich, daß sie exklusiv d. h. derart prohibitiv und reformatorisch ist, daß sie auch in wohlerworbene Rechte Dritter eingreifen will (Anm. 8 zu § 178; auch Keyßner in G.Z. 48 S. 510). Anm. 15.

§ 238.

Sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, darf der Vorstand einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths bestellen. Diese Beschränkung hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

Der Paragraph handelt von der Möglichkeit der Prokuristenbestellung für die Aktiengesellschaft. Einleitung.

In der folgenden Erläuterung soll jedoch, damit alle hinsichtlich dieser Materie wichtigen Punkte zur Erörterung gelangen, **die Prokura bei Aktiengesellschaften vollständig behandelt werden.**

1. **Der Begriff der Prokura, die Art ihrer Entstehung und der Spezialfall der Kollektivprokura.** Anm. 1.

a) Der Begriff der Prokura ist hier selbstverständlich unverändert (Anm. 2 zu § 48). Der Unterschied des Prokuristen vom Vorstande liegt darin, daß der letztere gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft und deshalb zu allen Rechtshandlungen befugt ist, ersterer nur zu einem begrenzten Kreise von Geschäften, wenn auch diese Grenzen sehr weit gezogen sind.

Der Prokurist vertritt, wie festzuhalten ist, nicht den Vorstand, sondern die Gesellschaft.

b) Die Ertheilung der Prokura. Sie erfolgt auf dieselbe Weise, wie im § 48 vorgesehen. Es ist aber im vorliegenden Paragraphen eine Specialvorschrift gegeben, deren Sinn und Tragweite hier zu erörtern ist. Diese Specialvorschrift geht dahin, daß, wenn Gesellschaftsvertrag oder Generalversammlung nichts Anderes bestimmen, der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths Prokuristen bestellen kann. Die Vorschrift hat jedoch keine rechtliche Wirkung Dritten gegenüber. Anm. 2.

Diese Vorschrift ist erstens rein dispositiv, zweitens eine lediglich nach innen wirkende.

a) Die Vorschrift ist rein dispositiv. Sie gilt nur, wenn der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung nicht anders bestimmen. Der Gesellschaftsvertrag oder die Generalversammlung aber können den Vorstand von dieser Beschränkung auch befreien, oder auch umgekehrt ihm andere Beschränkungen auf- Anm. 3.

erlegen, z. B. die Zustimmung der Generalversammlung, oder die Prokuraertheilung ganz untersagen. Die Privatautonomie ist hier in keiner Weise beschränkt.

Anm. 4. β) Die Vorschrift wirkt nur nach innen. Nach außen ist der Vorstand auch in dieser Hinsicht gesetzlicher Vertreter mit schrankenloser Befugniß. Hat der Vorstand auf die im § 48 bezeichnete Art Jemandem Prokura ertheilt, so ist derselbe Prokurist mit allen Rechtswirkungen nach außen (§ 235). Ob die Prokuraertheilung aus inneren Gründen zu Unrecht geschah d. h. dem Gesellschaftsvertrage oder einer Anordnung der inneren Organe zuwiderlief, hat der Vorstand nach innen zu verantworten. Nach außen ist seine Rechtshandlung jedenfalls wirksam. Insbesondere hat auch der Registerrichter eine solche Prokura zu respektiren (unten Anm. 8).

c) **Die Kollektivprokura.** Darüber vergl. Anm. 9ffg. zu § 48.

Anm. 5. 2. **Der Umfang der in der Prokura enthaltenen Vollmacht.** Der im § 49 vorgesehene Umfang der Prokura ist hier begrifflich nicht der gleiche, wie sonst. Der Zusammenhang der Gesetze ergiebt, daß er hier ein weiterer ist. Denn nach § 48 ermächtigt die Prokura im Allgemeinen nur zu solchen Rechtsgeschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Die Aktiengesellschaft ist nun aber Handelsgesellschaft auch dann, wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt (§ 210 Abs. 2). Als Wille des Gesetzgebers muß hieraus gefolgert werden, daß hier die Prokura ermächtigt zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, welche das von ihr betriebene Gewerbe, es mag ein Handelsgewerbe sein oder nicht, mit sich bringt (außer natürlich zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken). Ebenso ermächtigt die Prokura zu allen die Erledigung ihrer Vermögensangelegenheiten mit sich bringenden Geschäften, wenn sie überhaupt kein Gewerbe betreibt (z. B. wenn eine Loge, eine Studentenverbindung für ihre Zwecke ein Grundstück erwirbt und auf dieser Basis eine Aktiengesellschaft gründet). — S. auch Pinner S. 152. —

Anm. 6. Bei der Aktiengesellschaft ist es aber fraglich, ob der Prokurist auch die Gesellschaft gegenüber den Aktionären vertreten kann. Soweit dies zum Betriebe des Gewerbes oder ihrer sonstigen Vermögensangelegenheiten gehört, ist er hierzu berechtigt. Eine Ausnahme machen diejenigen internen Akte, welche dem Vorstande als solchem obliegen, also insbesondere die für die Aktionäre bestimmten Publikationen. Der Prokurist kann daher nicht die Generalversammlung einberufen, auch nicht die Publikation wegen Einforderung der rückständigen Einlagen erlassen. Wohl aber kann er die eingeforderten Einzahlungen einziehen, eventuell durch Klage (R.O.H. 7 S. 412). — Ring Anm. 3 zu Art. 234. —

Anm. 7. 3. **Die Unbeschränkbarkeit der Prokura** gilt auch hier als Princip (vergl. § 50). Und auch hier gilt, was im § 50 über die Zulässigkeit von Ausnahmen gesagt ist, insbesondere auch über die Prokura für eine Zweigniederlassung.

Die Kenntniß des Dritten von einer gleichwohl statuirten Beschränkung macht dieselbe auch hier nicht wirksam, wohl aber Kollusion, die aber in bloßer Kenntniß der Beschränkung nicht liegt (R.G. 22 S. 75). Ueber Kollusion siehe Anm. 13 zu § 126.

4. **Die Vorschriften über die Form der Prokurazeichnung** gelten hier unverändert (vergl. § 51).

Anm. 8. 5. **Die Eintragung der Prokura und ihres Erlöschens** (vergl. § 53).

a) Die Eintragung der Prokura ist auch hier nicht wesentlich für ihre Ertheilung und Existenz. Hat der Vorstand — gleichviel ob mit oder ohne Genehmigung der Organe, an deren Zustimmung er gebunden ist — auf irgendwelche Weise die Prokura ertheilt, so ist dieselbe anzumelden. Nicht blos daß der Registerrichter bei der Anmeldung nicht zu prüfen hat, ob der Vorstand bei der Ertheilung innerhalb der statutarischen Beschränkungen gehandelt hat, sondern er muß die Prokura sogar dann eintragen, wenn er in dieser Beziehung das Gegentheil weiß. Denn auch dann liegt eine nach außen wirksame Prokura vor, und das ist allein für den Registerrichter entscheidend (Ring Anm. 2 zu Art. 234 mit weiteren Citaten; Behrend § 126 Anm. 2; Pinner S. 152; L.G. Breslau bei Holdheim 3 S. 325; anders Förtsch Anm. 4 zu Art. 234 — im Interesse der Gesellschaft soll die Prüfung stattfinden? —). Die Zustimmung des Auf-

sichtsraths ist hiernach dem Registerrichter nicht beizubringen. Ganz unbegründet ist es, wenn der Registerrichter die Eintragung dann versagt, wenn die Statuten über die Bestellung der Prokura nichts enthalten; denn dann greift eben die gesetzliche Bestimmung Platz (L.G. I Berlin bei Perl und Wreschner 1893 S. 68). Das Gleiche gilt, wenn die Statuten die Bestimmung enthalten, daß die Gesellschaft durch ein oder mehrere Vorstandsmitglieder vertreten wird. Denn damit ist nur die gesetzliche Vertretung geregelt, nicht aber ausgeschlossen, daß die Gesellschaft durch Prokuristen als gewillkürte Vertreter vertreten werden kann. Ja selbst wenn die Statuten die Bestimmung enthielten, daß Prokuristen nicht bestellt werden dürfen, wäre das nach außen nicht giltig, denn darin läge nur eine Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstandes dahin, daß er Prokuristen nicht bestellen könne, und diese Beschränkung wäre eben nach außen nicht wirksam (§ 235 und Anm. 12 dazu).

b) Die Anmeldung der Prokura ist zu bewirken vom Vorstande, und zwar in der- Anm. 9.
jenigen Zusammensetzung, in welcher er auch sonst die Gesellschaft vertritt. Der Vorstand tritt hier an die Stelle des Inhabers des Handelsgewerbes nach § 53. Der Vorstand kann nach § 14 durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung angehalten werden.

c) Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise anzumelden, und zwar wiederum Anm. 10.
vom Vorstande, Generalversammlung und Aufsichtsrath können nur durch die ihnen zustehenden Machtmittel auf den Vorstand einwirken, daß er die Löschung bewirke. Selbst können sie nicht Anträge stellen.

6. **Die Grundsätze über die Wirkung der erfolgten und nicht erfolgten Registrirung des Er-** Anm. 11.
löschens der Prokura (Anm 5 ffg. zu § 53) gelten hier unverändert.

7. **Die Rechtswirkungen der auf Grund der Prokura abgeschlossenen Rechtsgeschäfte** (Anm. 1 ffg. Anm. 12.
im Exkurse zu § 58; Anm. 1 im Exkurse zu § 53) treffen hier die Gesellschaft, nicht etwa den Vorstand. Denn der Prokurist ist Vertreter der Gesellschaft, nicht des Vorstandes, das Gleiche gilt von kontraktlichem Versehen.

Bei außerkontraktlichem Versehen haftet die Gesellschaft in der Regel nicht, weil der Prokurist nicht ihr gesetzlicher Vertreter ist (Näheres Anm. 32 im Exkurse zu § 58).

Es kann aber die Frage aufgeworfen werden, ob für Versehen der Prokuristen nicht Anm. 13.
auch der Vorstand schlechthin haftet. Eine Bemerkung der Motive zum Akt.-Ges. von 1884 (I S. 349) deutet darauf hin, als ob der Autor derselben diese Auffassung hätte. Denn es heißt dort, „daß durch die Bestellung von Prokuristen die Verantwortlichkeit des Vorstandes für deren Handlungen weder der Gesellschaft, noch den Gläubigern gegenüber beseitigt werde". Allein eine ganz allgemeine Haftung des Vorstandes für die Versehen der Prokuristen ist aus keinem Gesetze und Rechtsgrundsatze herzuleiten. Vielmehr haftet der Vorstand nicht anders wie sonst, d. h. für eigene Pflichtverletzung (§ 241). Daraus folgt, daß er für Versehen des Prokuristen schlechthin verantwortlich ist, wenn er ihn ohne die vorgeschriebene Genehmigung bestellt hat, sonst nur bei culpa in eligendo aut custodiendo. Im ersteren Falle liegt eine vorsätzliche Pflichtverletzung vor, für deren schädliche Folgen er haftet, auch wenn er diese nicht voraussah. (Behrend § 126 Anm. 14; Ring Anm. 5 zu Art. 234; Förtsch Anm. 6 zu Art. 234. Vergl. Dernburg II S. 135; auch bei uns Anm. 14 im Exkurse zu § 122.)

8. **Der Widerruf der Prokura** ist hier ebenfalls stets gestattet (§ 52). Es fragt sich aber, Anm. 14.
wer die Prokura widerrufen kann. Nach innen wird man annehmen müssen, daß diejenigen Organe, welche zur Ertheilung ihre Zustimmung ertheilen müssen, auch vom Vorstande verlangen können, daß er die Prokura widerrufe. Außerdem aber muß man den Vorstand stets für befugt erachten, die Prokura zu widerrufen. Mit Wirkung nach außen sicherlich. Aber auch nach innen ist er selbst dann selbstständig zu widerrufen befugt, wenn andere Organe zur Ertheilung der Prokura ihre Zustimmung geben müssen, es sei denn, daß ihm der Widerruf ausdrücklich untersagt wurde. Denn das für die Prokurenbestellung aufgestellte Konsenserforderniß hat seinen besonderen legislativen

Grund und leidet keine analoge Ausdehnung auf den Prokurenwiderruf (Ring Anm. 6 zu Art. 234; Behrend § 126 Anm. 2; Förtsch Anm. 5 zu Art. 234; Pinner S. 153).

Anm. 15. **Zusatz. Daß die Aktiengesellschaft auch durch sonstige Bevollmächtigte vertreten werden kann,** hat der frühere Art. 237 ausdrücklich hervorgehoben. Derselbe ist als überflüssig gestrichen, weil er sich aus §§ 6 und 54 von selbst ergiebt. Der Bevollmächtigte der Aktiengesellschaft wird regelmäßig bestellt vom Vorstande. Soweit die Vertretungsbefugniß des Aufsichtsraths reicht, kann auch dieser einen Bevollmächtigten bestellen, z. B. einen Prozeßbevollmächtigten im Falle des § 247. Die Befugniß des Vorstandes (und auch des Aufsichtsraths, soweit dessen Vertretungsbefugniß reicht) zur Bestellung von Bevollmächtigten kann nach innen beschränkt werden, nach außen nicht, nach außen ist der Vorstand berechtigt, Bevollmächtigte im weitesten Umfange, auch Generalbevollmächtigte zu bestellen (vergl. R.G. 22 S. 75; Ring, Anm. 1 und 2 zu Art. 235). Aber auch die Bevollmächtigten selbst können, soweit dies den Rahmen ihrer Vollmacht nicht überschreitet, Bevollmächtigte mit der Wirkung bestellen, daß diese die Aktiengesellschaft direkt vertreten. So kann z. B. der Prokurist Handlungsbevollmächtigte bestellen, ebenso der Generalhandlungsbevollmächtigte. Der Umfang der jedesmal ertheilten Vollmacht richtet sich nach den anderweit entwickelten Grundsätzen (vergl. Anm. 17 flg. zu § 54; auch Bolze 19 Nr. 301).

Anm. 16. Der Widerruf steht jedenfalls dem Vorstand zu, auch dann, wenn die Bestellung durch ein anderes Organ erfolgt ist, auch dann, wenn das Widerrufsrecht des Vorstandes nach innen beschränkt sein sollte. Dem Dritten gegenüber gelten solche Beschränkungen nicht, und der Bevollmächtigte ist in dieser Hinsicht ein Dritter (Behrend § 127a Anm. 4).

Anm. 17. **Auch Beamte** (Handlungsgehilfen oder sonstige Gehilfen) kann natürlich die Aktiengesellschaft haben. Für ihr Dienstverhältniß gelten die anderweit entwickelten Grundsätze. Für ihre Tantiemeberechnung kommen weder die Vorschriften des § 237, noch des § 245, also weder die Beschränkungen für die Vorstandsmitglieder, noch die für die Aufsichtsrathsmitglieder in Betracht.

§ 239.

Der Vorstand hat Sorge dafür zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph legt dem Vorstande die Verpflichtung auf, für die Führung der erforderlichen Bücher Sorge zu tragen.**

1. **Daß jede Aktiengesellschaft Bücher zu führen hat,** sie mag ein Handelsgewerbe betreiben oder nicht, folgt aus anderen Bestimmungen (§ 210 Abs. 2; § 6 Abs. 2).

Anm. 2. 2. **Die verpflichteten Personen.** Der Vorstand hat Sorge zu tragen, sagt das Gesetz. Es handelt sich um eine gesetzliche Verpflichtung, welche dem Vorstande als solchem obliegt. Statuten, Dienstverträge oder Generalversammlungsbeschlüsse vermögen an dieser gesetzlichen Verpflichtung insoweit nichts zu ändern, als die kriminelle Verantwortlichkeit in Frage ist. Diese verbleibt vielmehr immer bei allen Mitgliedern des Vorstandes (Plenar-Urtheil des R.G. in Strafsachen 13 S. 235; ebenda S. 358). Auch eine im gegebenen Falle vielleicht zulässige Suspension vom Amte kann an dieser gesetzlichen Verpflichtung nichts ändern, woraus umgekehrt folgt, daß das im Uebrigen suspendirte Vorstandsmitglied zu allen jenen Thätigkeiten zugelassen zu werden verlangen kann, welche erforderlich sind, um seine gesetzliche Pflicht wegen der Buchführung zu erfüllen (vergl. Anm. 7 zu § 231). Doch wird eine Geschäftsvertheilung nicht immer ohne Einfluß sein, indem einem Vorstandsmitgliede unter Umständen der Entschuldigungsbeweis offen steht, daß er aus gerechter Ursache nicht in der Lage gewesen ist, der gesetzlichen Verpflichtung zu genügen. Ist z. B. das von der Buchführung entlastete Vorstandsmitglied über die ordnungsmäßige Buchführung getäuscht worden, so kann dies unter Umständen Straffreiheit zur Folge haben (vergl. Anm. 4 zu § 38). Ueberall ist hier festzuhalten, daß dem Vorstande nicht etwa zur Pflicht gemacht ist, die Bücher eigenhändig zu führen, sondern nur dafür Sorge zu tragen, daß sie ordnungsmäßig geführt werden (R.O.H. 18 S. 397).

3. **Die erforderlichen Bücher** hat der Vorstand zu führen, und, wie nach dem Zusammenhange Anm. 3.
der gesetzlichen Bestimmungen als selbstverständlich zu ergänzen ist, **die mit der Buchführung im Zusammenhange stehenden Verpflichtungen zu erfüllen** (Zurückbehaltung von Abschriften nach § 38 Abs. 2; Aufbewahrung der Bücher nach § 44; sonstige erforderliche Aufzeichnungen nach § 43 ꝛc.).

Im Einzelnen sind die Vorschriften der §§ 38 flg. hierher zu über- Anm. 4.
tragen. Hierzu ist zu bemerken:

a) § 38. (Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung überhaupt und zur Zurückbehaltung der Briefabschriften.) Derselbe ist voll und ganz anwendbar. Ueber Zahl und Art der Geschäftsbücher ist auch hier nichts Besonderes vorgeschrieben. Allein da den Aktiengesellschaften eine Gewinn- und Verlustrechnung zur Pflicht gemacht ist, diese aber bloß bei doppelter Buchführung möglich ist, so liegt hierin implicite das Gebot der doppelten Buchführung (vergl. Anm. 6 zu § 38; anders Behrend § 129).

Ueber die Gewinn- und Verlustrechnung vergl. zu § 260.

b) § 39. (Pflicht zu jährlicher Bilanzziehung und zur Ziehung der Eröffnungsbilanz). Anm. 5.

Ueber die alljährliche Bilanzziehung siehe Anm. 2 zu § 39; über den materiellen Inhalt der jährlichen Bilanz § 261. Die Vorschriften dieses Paragraphen gelten auch für die Eröffnungsbilanz.

Was aber die **Eröffnungsbilanz bei den Aktiengesellschaften**[1]) anbelangt, so ist Anm. 6.
dieselbe in dem Augenblicke aufzustellen, in welchem die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft beginnt, d. h. an dem Tage der Eintragung (vergl. R.G. in Strafsachen 29 S. 223). Den Stand des Vermögens an diesem Tage muß die Eröffnungsbilanz ersehen lassen. Hiergegen fehlen die Aktiengesellschaften oft; z. B. wenn das Geschäft schon im Stadium der Gründung begonnen war (vergl. R.G. in Strafsachen 29 S. 223). In Einbringungs- und Uebernahmeverträgen wird ferner oft ein bestehendes Geschäft, derart erworben, daß dasselbe als von einem früheren Zeitpunkte an für Rechnung der Gesellschaft geführt gilt. Z. B. der Erwerbsvertrag wird am 1. Juni 1891 abgeschlossen, aber auf Grundlage der Bilanz per 31. Dezember 1890. Von da ab soll das Geschäft als für Rechnung der künftigen Gesellschaft geführt gelten. Die in solchen Fällen in dem Prospekt veröffentlichte und demnächst in die Bücher eingetragene Einstandsbilanz schließt sich nach der Uebung der Aktiengesellschaften an die Bilanz des Geschäftsvorgängers per 31. Dezember 1890 und wird so aufgestellt, als wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 1890 begonnen hätte. Das ist nicht richtig. Vielmehr muß am Tage der Eintragung ein neues Inventar und eine neue Bilanz aufgenommen werden, die dann die Eröffnungsbilanz bildet. Es kann dies im Einzelfall wesentliche Unterschiede besonders für die Gewinnvertheilung zur Folge haben. Es kann z. B. in der Zwischenzeit zwischen dem 1. Januar bis zum 1. Juli, wo die Gesellschaft eingetragen wird ein Gewinn erzielt sein. Dieser darf aber nicht als Gewinn gebucht werden. Nur was die Gesellschaft selbst während ihrer Existenz an Gewinn erzielt hat, kann als solcher gebucht und vertheilt werden. Die Bilanz per 31. Dezember 1890 hat in solchem Falle nur die Grundlage der Preisberechnung abgegeben. Das verkaufte Geschäft ist in Wahrheit das Geschäft, wie es sich zur Zeit der Uebergabe stellt. Ist diesem Objekte in der Zwischenzeit etwas zugewachsen, so ist eben das Objekt werthvoller, billiger geworden, aber es darf nur zu dem vertragsmäßig stipulirten Erwerbspreise in die Bilanz eingestellt werden (überall zust. O.L.G. Jena bei Holdheim 2 S. 219, desgleichen Pinner S. 197).[2])

---

[1]) Eine Genehmigung der Eröffnungsbilanz durch die Generalversammlung ist nicht geboten. Doch ist die Generalversammlung nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres an die Ansätze der Eröffnungsbilanz nicht gebunden.

[2]) Diese Ausführungen müssen auch gegenüber den Angriffen Simon's (S. 105 flg.) aufrechterhalten werden. Sie sind nicht bloß „vom Standpunkt der juristischen Dialektik und der formalen Logik bestechend", sondern sie sind die klare und logische Folge der gesetzlichen Vorschriften. Die Aktiengesellschaft entsteht erst durch Eintragung. In diesem Augenblick beginnt ihre rechtliche Existenz und ihr Gewerbebetrieb. Wie jeder Kaufmann „beim Beginne seines Handelsgewerbes", so hat auch sie beim Beginn ihres Gewerbes die Eröffnungsbilanz zu machen

Anm. 7. c) § 40. Daß die Bilanz in Reichswährung aufzustellen ist, gilt auch hier (vergl. über diese Vorschrift Anm. 1 zu § 40). Ueber die Werthansätze stellt das Aktienrecht Sondervorschriften auf (§ 261).

Anm. 8. d) § 41. Die Pflicht zur Unterzeichnung der Bilanz liegt hier den Vorstandsmitgliedern ob, und zwar sämmtlichen (vergl. oben Anm. 2 und Anm. 1 zu § 41; insbesondere die Entscheidungen des R.G. in Strafsachen 7 S. 87; 8 S. 424).

Anm. 9. e) § 43 ist analog anwendbar. Zu den sonst erforderlichen Aufzeichnungen ist auch das

---

(§ 39, § 6). Dieselbe wird durch den Vorstand als solchen aufgenommen (§ 239), und zwar in der Weise, daß die in diesem Augenblick vorhandenen Vermögensobjekte und Schulden genau verzeichnet und nach ihrem Werthe angegeben werden (§ 39). Nicht, was die Gesellschaft gehabt hätte, wenn sie am 31. Dezember 1890 ihr Handelsgewerbe begonnen hätte, sondern was sie jetzt am 1. Juli 1891 hat, wo sie ihr Handelsgewerbe beginnt, ist der Inventarisirung und Abschätzung zu Grunde zu legen. Alles das schreibt § 39 klar und bestimmt vor. Die Sonderbestimmungen des Aktienrechts enthalten nichts, was dem entgegenstände. Es ist verfehlt, wenn Simon sagt, es widerspreche dies „den Grundprinzipien des Aktienrechts", weil ja die Illationspreise durch das Statut „festgelegt" werden. Denn das Statut legt nur fest, welchen Preis die Gründer und die Prüfungsorgane bewilligt haben und für angemessen hielten. Dieser Preis ist für die Eröffnungsbilanz maßgebend für den Fall, daß die im Augenblick der Eintragung vorhandenen Werthe mehr werth sein sollten, als dieser Anschaffungspreis beträgt, weil nach den aktienrechtlichen Bilanzvorschriften ein höherer als der Anschaffungspreis nicht eingestellt werden darf. Wenn aber die vorhandenen Gegenstände weniger werth sind, als der Illationspreis, so ist dieser geringere Werth allein maßgebend. Wenn durch einen Gründungsvertrag vom 1. Juni 1891 ein Geschäft „nach der Bilanz vom 31. Dezember 1890" inferirt wird, so bedeutet das nichts anderes, als: inferirt wird ein Geschäft, welches am 31. Dezember 1890 soundsoviel Aktiva und soundsoviel Passiva hatte, und welches im Gange ist. Darin liegt eine Beschreibung des Geschäfts, welche für die Werthsbemessung durch die erwerbenden Gründer und zur Information für die Interessenten geeignet und deshalb auch als genügende Festsetzung der Einlage im Sinne der Gründungsvorschrift des § 186 Abs. 2 betrachtet werden kann. Aber für die Eröffnungsbilanz ist diese Qualitätsbeschreibung nicht maßgebend. Die Eröffnungsbilanz muß diejenigen Gegenstände, mit welchen in Wahrheit die Gesellschaft ihr Handelsgewerbe beginnt, verzeichnen und den Werth zu dieser Zeit angeben. Sie hat den Vermögensstand wiederzugeben im Augenblick, wo sie ihr Handelsgewerbe beginnt, nicht den Vermögensstand, wie er gewesen wäre, wenn sie ihr Handelsgewerbe am 31. Dezember 1890 begonnen hätte! Hat das Geschäft seit dem 31. Dezember 1890 Zugang an Vermögensobjekten aufzuweisen, so sind die zugekommenen Gegenstände mit zu verzeichnen, der Gesammtansatz der Bilanz darf sich gegen den Anschaffungspreis nicht vergrößern, weil hier die aktienrechtliche Sondervorschrift des § 261 eingreift; der etwaige Zugang kann nicht als Gewinn figuriren; soweit aber andererseits ein Abgang von Vermögensgegenständen oder eine Entwerthung derselben stattgefunden hat, muß dies Berücksichtigung finden und es muß dann die geringere Ziffer in die Bilanz eingestellt werden, selbst wenn dadurch die Gesellschaft sofort mit einer Unterbilanz begänne. Die Eröffnungsbilanz wäre sonst falsch, und daß diese Klarheit hervortrete, widerspricht nicht dem Gesetze, sondern das fordert das Gesetz im § 39. Die Angaben, Festsetzungen und Abschätzungen im Stadium der Gründung haben mit dieser vom Vorstande der entstandenen Gesellschaft aufzustellenden Verzeichnung, Festsetzung und Abschätzung im Augenblick des Beginnes des Handelsgewerbes nichts zu thun. Der Gesellschaftsvertrag legt nach dieser Richtung nichts anderes fest als die historische Thatsache, daß für gewisse Gegenstände ein bestimmter Preis von den Gründern für angemessen erachtet und bewilligt wurde. Diese statutarischen „Festsetzungen", wie sich § 186 Abs. 3 ausdrückt, sind aber keine Festlegungen, die den Vorstand bei Aufstellung der Eröffnungsbilanz binden könnten. Die Eröffnungsbilanz hat vielmehr der Vorstand selbstständig aufzumachen und dabei das aufzunehmen, was er vorfindet, und diejenigen Preise, die er für angemessen hält. An jene Festsetzungen ist der Vorstand selbst dann nicht gebunden, wenn sich gar nichts am Bestande ändert. Auch dann hat er selbstständig den Werth zu prüfen. Man erwäge doch, daß schon die Gründungsrevisoren den von den Gründern festgesetzten Werth nachzuprüfen und unter Umständen anders beurtheilen können. Und nun sollte der Vorstand an die Bewerthungen der Gründer als an eine „festgelegte Sache" bei der Eröffnungsbilanz gebunden sein? Um wie viel mehr ist eigene Bestandsaufnahme und Abschätzung erforderlich, wenn ein im Gange befindliches Geschäft mit der Chance des Gewinnes und des Verlustes gekauft ist? Da heißt es festzustellen: Was hat denn nun eigentlich die Gesellschaft erworben? Womit beginnt sie ihr Handelsgewerbe, ihre Existenz? Nur so sind ihre Chancen für die Zukunft mit der vom Gesetze gewünschten Klarheit zu übersehen. Ergiebt sich hierbei sofort eine Unterbilanz, so ist es gut, daß sie zu Tage tritt. Ein Gewinn kann dabei nicht zu Tage treten, weil ja höchstens der Anschaffungspreis einzustellen ist.

Aktienbuch (bei Namensaktien) zu rechnen (vergl. über dieses bei Namensaktien Anm. 1 zu § 222 und bei Inhaberaktien Anm. 1 im Exkurse zu § 224).

f) § 44. Die Pflicht zur Aufbewahrung ist hier anwendbar (vergl. oben Anm. 3). Anm. 10.

g) §§ 45 und 46 greifen auch hier Platz.

§ 240.

Erreicht der Verlust, der sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, die Hälfte des Grundkapitals, so hat der Vorstand unverzüglich die Generalversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkurses zu beantragen; dasselbe gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergiebt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.

Der vorliegende Paragraph normirt die Pflichten des Vorstandes bei eintretenden Schwierigkeiten der Gesellschaftsverhältnisse. Dabei hat Abs. 1 das Interesse der Aktionäre, Abs. 2 das Interesse der Gesellschaftsgläubiger im Auge.

1. (Abs. 1.) **Im Interesse der Aktionäre ist angeordnet, daß der Vorstand einen Bilanzverlust in Höhe der Hälfte der Grundkapitalsziffer unverzüglich der Generalversammlung anzeigen muß.** Anm. 1.

a) Bei Aufstellung einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz muß sich der Verlust ergeben haben. Aus welchem Anlaß die Zwischenbilanz aufgestellt ist, ist gleichgiltig. Eine gesetzliche Verpflichtung zu Zwischenbilanzen, etwa Semestralbilanzen, besteht nicht. Sie können statutarisch angeordnet, auch von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrath kraft seiner statutarischen Befugnisse gefordert oder aus eigener Initiative des Vorstandes aufgestellt sein.

b) Ein bilanzmäßiger Verlust muß vorhanden sein. Ein Geschäftsverlust im Laufe des Jahres ist gleichgiltig, wenn der Saldo der Bilanz keinen Verlust in der hier gemeinten Höhe ergeben hat. Auch ist der Fall des § 240 nicht gegeben, wenn eine nach anderen Grundsätzen, als nach § 261 (vergl. unten Anm. 10) aufgestellte Bilanz einen Verlust ergeben würde. Zu Unrecht will Cosack S. 658 auch für die hier vorliegende Bilanz die aktienrechtlichen Vorschriften ausschließen. Wenn er sich hierfür auf die Denkschrift beruft, so ist zu sagen, daß diese eher das Gegentheil ergiebt. Denn diese sagt (S. 141): „Nach der früheren Fassung des Art. 240 konnte es scheinen, daß auch für die Frage, ob eine Ueberschuldung anzunehmen sei, unbedingt die aktienrechtlichen Sondervorschriften entscheiden sollen". Daß diese also für die Frage des Verlustes in Höhe der Hälfte des Grundkapitals entscheiden sollen, ist hier vorausgesetzt. Auch Pinner S. 154 vertritt die Cosack'sche Ansicht, wohl auch, wenn auch in anderer Formulirung Simon S. 469. Allein es liegt kein Grund vor, hier anzunehmen, daß das Gesetz eine andere als die aktienrechtliche Bilanz, eine andere Art von Bilanzverlusten im Auge gehabt hat, als im § 260. Die Aktionäre sollen eben befragt werden, was geschehen soll, wenn die aktienrechtliche Bilanz einen so exorbitanten Passivsaldo ergiebt. Sie mögen beraten, was angesichts dieses Ergebnisses zu geschehen oder ob nichts zu geschehen habe. Letzteres wird z. B. der Fall sein, wenn der Verlust mehr ziffernmäßig ist, weil sich in der Bilanz so viel stille Reserven befinden, daß eine Gefahr für die Gesellschaft nicht vorhanden ist. Inhalt und Zweck der Vorschrift des Abs. 2 ist ein ganz anderer, auch folgen aus dem Begriff der Ueberschuldung hier ganz andere Gesichtspunkte für die Bilanzaufstellung. Anm. 2.

c) Der Bilanzverlust muß ziffernmäßig so viel betragen, als die Hälfte der Ziffer des Grundkapitals beträgt, d. h. des gezeichneten, nicht etwa des Anm. 3.

eingezahlten Grundkapitals (Ring Anm. 1 zu Art. 240; Lippold in Busch Archiv 30 S. 244). Alsdann ist der Verlust so erheblich, daß die Aktionäre davon verständigt werden müssen, um zu berathen, was nun geschehen soll.

Anm. 4. d) Der Vorstand hat diese Verpflichtung, d. h. der Vorstand in seiner Gesammtheit oder vielmehr in derjenigen Zusammensetzung, in welcher er zur Geschäftsführung befugt ist. Doch muß jedes Mitglied auf die Erfüllung dieser Verpflichtung hinwirken und nöthigenfalls dem Aufsichtsrath davon Anzeige machen, da auch dieser die Verpflichtung hat, über die Erfüllung dieser Pflicht zu wachen (auf Grund des § 246).

Anm. 5. e) Das Statut kann den Vorstand von dieser Verpflichtung nicht befreien. Wenn auch die Vorschrift im Interesse der Aktionäre gegeben ist (vergl. die Einleitung) und an die Zuwiderhandlung eine Strafe nicht geknüpft ist, so folgt doch daraus nicht, daß die Bestimmung keinen öffentlich rechtlichen Charakter hat. Sie hatte nur nicht eine so hohe Bedeutung, um auch kriminelle Mittel anzuordnen.

Anm. 6. f) Der Vorstand muß. Er kann durch Ordnungsstrafe dazu angehalten werden (§ 319). Außerdem ist er für Erfüllung dieser Pflicht civilrechtlich haftbar (§ 241), jedoch nicht strafrechtlich. Die Denkschrift (S. 141) meint ferner, daß die neue Fassung ergebe, daß es dem Vorstande niemals zur Entschuldigung gereiche, wenn die Bilanz falsch aufgestellt und demzufolge der Verlust des halben Grundkapitals oder die Ueberschuldung aus der Bilanz nicht zu ersehen sei. Darauf ist zu erwidern, daß eine veränderte Fassung gegen den früheren Art. 240 nicht vorliegt, und ferner, daß die Bemerkung auch sachlich nicht zutrifft. Für die Erfüllung der hier statuirten Pflicht haftet der Vorstand, wie immer, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Das ist im Gegentheil durch das neue H.G.B. klarer hingestellt, da der dem vorliegenden § 240 unmittelbar folgende § 241 es ist, welcher diesen Haftungsgrundsatz ausspricht. Ist also die Bilanz zwar objektiv unzutreffend, aber mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute aufgestellt, so ist der Vorstand entschuldigt.

Anm. 7. g) Die Generalversammlung muß unverzüglich berufen und ihr Anzeige gemacht werden. Aus § 256 folgt die fernere Verpflichtung, bei der Berufung den Zweck der Generalversammlung bekannt zu machen. Der Zweck ist aber die Anzeige. Eine Verhüllung oder Verschleierung dieses Zwecks, wenn auch in wohlmeinender Absicht, ist unstatthaft, und insbesondere entspricht die von Völderndorf (S. 711) vorgeschlagene Tagesordnung: „Berathung und Beschlußfassung über Beschaffung weiterer Mittel zum Betriebe des Unternehmens" nicht der gesetzlichen Vorschrift. Andrerseits wird mit der bloßen Anzeige des Bilanzverlustes wenig geholfen sein, da die Generalversammlung ohne vorherige Ankündigung sachliche Beschlüsse nicht fassen kann. Es wird sich daher empfehlen, daß der Vorstand gleichzeitig seine Vorschläge zur Abhilfe des Uebelstandes publicirt. Auch können die Aktionäre Anträge nach dieser Richtung zur Publikation anmelden (§ 254).

Anm. 8. h) Die Generalversammlung nimmt die Anzeige entgegen und erörtert die einschlägigen Gesichtspunkte. Sachliche Beschlüsse kann sie aber, wie eben ausgeführt ist, nur dann fassen, wenn die Tagesordnung entsprechend publizirt ist. Sonst muß für eine neue Generalversammlung Sorge getragen werden. Ihre Maßnahmen können sehr verschiedenartig sein: Liquidation der Gesellschaft; Absetzung des Vorstandes; Aufnahme von Anleihen; Erhöhung des Grundkapitals; Herabsetzung desselben u. s. w.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist hier angeordnet, daß der Vorstand bei eintretender Zahlungsunfähigkeit oder bei einer bei Aufstellung einer Bilanz sich ergebenden Ueberschuldung die Konkurseröffnung beantragen muß.**

a) Die eine der alternativen Voraussetzungen der Konkursantragspflicht ist die Zahlungsunfähigkeit. Dieser Begriff ist civil- und strafrechtlich viel ventilirt und durch die Rechtsprechung wohl hinlänglich klargestellt. Die Zahlungsunfähigkeit ist das Fehlen bereiter Mittel zur Tilgung fälliger Schulden, doch so, daß sich dasselbe nach außen fühlbar gemacht hat (R.G. in Strafsachen 3 S. 195; 3 S. 295; 4 S. 61). Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung

vorliegt (§ 102 K.O.). Dies ist der Zustand, in welchem der Schuldner aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten in der Allgemeinheit zu erfüllen (R.G. 6 S. 95; R.G. in Strafsachen 14 S. 222).

b) Die andere der alternativen Voraussetzungen ist die Ueberschuldung, Anm. 10.
sofern sie sich aus der Jahres- oder aus einer Zwischenbilanz ergiebt.

a) Die Ueberschuldung. Sie ist vorhanden, wenn das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt, wie unser Paragraph wörtlich sagt. Bei Feststellung dieses Begriffes ist von den für die Aktiengesellschaftsbilanz geltenden Sondervorschriften abzusehen. Man muß es gerade umgekehrt machen, wie jenes Gericht, als es über eine Aktiengesellschaft den Konkurs verhängte, weil nach ihrer normalen Geschäftsbilanz die Aktiva hinter den Passiven zurückblieben. Die Geschäftsbilanz der Aktiengesellschaft und der Saldo derselben hat mit dem Begriffe der Ueberschuldung nichts zu thun. Die regelmäßige Bilanz der Aktiengesellschaft wird nicht aufgestellt, um festzustellen, wieviel Vermögen und wieviel Schulden die Gesellschaft hat, sondern wieviel Werthe die Gesellschaft hat und wieviel an Werthen sie zu ihrem Gedeihen gebraucht. Es ist aber durchaus nicht bloß der Betrag der Schulden, der zum Gedeihen der Gesellschaft und zum Schutze der Gläubiger zurückbehalten werden muß (vergl. Anm. 11 flg. zu § 261). Und was die Aktiva betrifft, so erfolgt bei der normalen Geschäftsbilanz ihre Bewerthung von Gesetzeswegen nicht von dem Standpunkte aus, daß der wahre Werth und nur dieser zum Ansatz kommt, sondern wiederum vom Standpunkte der Vertheilungsfähigkeit (Anm. 12 zu § 261).

Für die Feststellung der Ueberschuldung sind dagegen ganz andere Gesichts- Anm. 11
punkte maßgebend. Gleichviel ob die Aktiva sich zur Vertheilung unter die Aktionäre eignen oder nicht, soll hier nichts weiter festgestellt werden als die Frage: wieviel Vermögen besitzt die Gesellschaft? und wieviel betragen ihre Schulden, ihre wirklichen Passiva?

Zum Vermögen gehören dabei alle Aktiva, bei nicht eingezahlten Aktien Anm. 12.
selbstverständlich auch die Forderungen auf die fehlenden Einzahlungen, was die Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 (I S. 360) noch besonders hervorheben. Zu bewerthen sind die Aktiva nach ihrem wahren Werthe. Der Buchwerth als solcher, den Petersen und Pechmann (S. 547, sowie Ring Anm. 3 zu Art. 240) zu Grunde legen wollen, ist gerade nicht maßgebend. Denn gebucht werden die Werthe vom Gesichtspunkte der Vertheilungsbilanz. Dort finden sich oft Abschreibungen weit über daß Bedürfniß hinaus. Oft sind werthvolle Gegenstände auf 1 Mk. abgeschrieben. Auch die Bewerthungsvorschriften der Ziffer 1 und 2 des § 261 kommen nicht zur Anwendung. Diese Modifikationen des Grundsatzes von der Ansetzung des wahren Werthes stehen ebenfalls unter dem Zeichen der Vertheilungsfrage, um welche es sich hier nicht handelt. Würde z. B. eine Gesellschaft einen so großen und nach dem zeitigen Marktpreise so werthvollen Waarenvorrath haben, daß ihre Schulden dadurch reichlich gedeckt werden können, so dürfte der Vorstand den Konkurs nicht anmelden, obwohl etwa unter Zugrundelegung des vielleicht außerordentlich niedrigen Herstellungspreises sich eine ziffermäßige Ueberschuldung ergiebt. Aber andererseits fällt auch die Konzession der Ziffer 3 des § 261 weg. Hier, wo es sich um Frage der Ueberschuldung handelt, kommt nur der wahre Werth in Ansatz. Der Einwurf Rings, daß der wahre Werth sich aus der Bilanz nicht ergiebt, sodaß eine Ueberschuldung aus der Bilanz nach der diesseitigen Ansicht niemals ersichtlich wäre, ist nicht stichhaltig. Zunächst kann die Bilanz die wahren Werthe ohne weiteres ergeben, wenn es auch in Folge der gesetzlichen Maximalbewerthungsvorschriften und der freiwilligen Abschreibungen regelmäßig nicht der Fall sein wird. Aber das Gesetz darf auch nicht formalistisch dahin aufgefaßt werden, daß die Ueberschuldung aus den Ziffern der Bilanz unmittelbar in die Augen springen muß. Die Bilanz ergiebt die Ueberschuldung auch dann,

wenn die in derselben enthaltene Zahlengruppirung in Verbindung mit sonstigen den Gesellschaftsorganen bekannten Momenten die Ueberschuldung erkennen läßt (zust. Neukamp S. 236; Förtsch Anm. 5 zu Art. 240; Behrend § 141 Anm. 9). Der § 240 in seiner neuen Fassung bestätigt unsere Anschauung. Denn „bei Aufstellung der Bilanz" muß sich die Ueberschuldung ergeben haben, und die sorgsame Aufstellung muß so erfolgen, daß sie den Vorstandsmitgliedern auch die wahren Werthe der Bilanz zum Bewußtsein bringt, und nach unserer Meinung wird diese Auffassung durch die Denkschrift (S. 141) bestätigt (siehe auch Litthauer Anm. a). Von Simon (S. 467) aber wird sie bekämpft. Simon will die Ziffern 1 und 2 des § 261 ebenfalls nicht anwenden, wohl aber die Ziffer 3. Indessen das Hauptbedenken Simon's, daß, wenn der Werth der Betriebsanlagen häufigen Schwankungen ausgesetzt ist, dies die fortgesetzte Pflicht zur Verfolgung des wahren Werths der Betriebsanlagen zur Folge haben würde, kann als stichhaltig nicht anerkannt werden. Derartige fortgesetzte und erhebliche Schwankungen, wie er sie hier konstruirt, werden nur selten vorkommen, und wenn sie vorkommen, so ist ihre Beobachtung und Berücksichtigung eine Konsequenz der Gesetzesvorschrift, die für normale Fälle das Richtige will und das Richtige trifft, die aber, wie keine Gesetzesvorschrift, nicht verhüten kann, daß sie in den letzten Spitzen und in besonders gearteten Einzelfällen zu Inkonvenienzen führt.

So viel die Aktiva betreffend.

Anm. 13. Als Passiva kommt das in Betracht, was allein so genannt werden sollte: die Schulden, und nur diese. Was sonst in der Aktienbilanz auf der Passivseite steht, sind keine Schulden, sondern sind Beträge, welche der lebenden Gesellschaft aus irgend einem Grunde erhalten werden müssen. Die sämmtlichen übrigen Reservekonten, einschließlich der Grundkapitalsziffer, fallen also fort und bleiben außer Ansatz.

Anm. 14. c) Die hier aufgestellte Verpflichtung steht unter dem Präjudiz der Bestrafung (§ 315 Nr. 2). Außerdem treffen den Vorstand selbstverständlich die civilrechtlichen Folgen jeder Pflichtverletzung (§ 241). Auch der Aufsichtsrath hat die Pflicht, darüber zu wachen, daß der Vorstand diese Pflicht erfüllt, und haftet sonst nach § 249.

Anm. 15. d) Die Jahresbilanz oder eine sonstige Bilanz muß auch hier die Ueberschuldung ergeben haben, um die Verpflichtung existent werden zu lassen Eine sonst bekannt gewordene Ueberschuldung berechtigt wohl den Vorstand zum Konkursantrag nach § 208 K.O., verpflichtet ihn aber nicht dem Gesetze gegenüber.

Anm. 16. Zusatz. Der Konkursantrag kann nicht bloß vom Vorstande gestellt werden, sondern auch von den Gläubigern der Gesellschaft, vom Einzelaktionär dann, wenn er wirklicher Gläubiger ist, z. B. wegen eines fälligen Dividendenanspruchs (vergl. Anm. 10 zu § 213). Der Antrag kann nicht gestellt werden von der Generalversammlung (anders Ring Anm. 5 zu Art. 240; zust. Neukamp S. 238) oder dem Aufsichtsrath, diese können aber auf den Vorstand wirken, daß er den Antrag stelle. Der A.R. hat darüber zu wachen, daß der Vorstand ihn pflichtgemäß stelle.

§ 241.

Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften dieses Gesetzbuches:

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnantheile gezahlt,
3. eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgegeben werden,
5. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals erfolgt,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder ihre Ueberschuldung sich ergeben hat.

In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph regelt die Pflichten des Vorstandes in Bezug auf die Geschäftsführung. Abs. 1 giebt das Maß der anzuwendenden Sorgfalt an, Abs. 2—5 die Folgen der Pflichtverletzung.

Anm. 1.

I. (Abs. 1.) **Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt** ist bezeichnet als die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, ein Begriff, der in den aktienrechtlichen Vorschriften des H.G.B. wiederholt vorkommt und schon anderweit Erklärung gefunden hat (Anm. 9 zu § 202). Dieses Maß kann durch den Gesellschaftsvertrag verschärft, aber nicht gemildert werden (K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 23; Ring Anm. 2 zu Art. 226). Zwar kann nach § 276 Abs. 2 B.G.B die Haftung wegen Versehens durch Vertrag aufgehoben werden, allein die vorliegende Vorschrift hat zwingenden Charakter, sie hat im allgemeinen Interesse das Gedeihen der Aktiengesellschaften im Auge. Unzulässige Handlungen (sei es, daß sie dem Gesetz oder den Statuten oder einer zu befolgenden Anweisung der Generalversammlung oder des Aufsichtsraths widersprechen) verpflichten übrigens ohne Weiteres d. h. auch ohne daß die Folgen voraussehbar waren, zum Schadensersatz, denn sie sind vorsätzliche Pflichtverletzungen (vergl. Dernburg II S. 135; siehe auch bei uns Anm. 14 im Exkurse zu § 122; vergl. auch § 678 B.G.B.). Sonst ist zu untersuchen, ob die vorgeschriebene Sorgfalt prästirt ist (Ring Anm. 4 zu Art. 241; Behrend S. 850).

Anm. 2.

Die Beweislast anlangend, so ist dem in Anspruch genommenen Vorstandsmitgliede nachzuweisen, daß durch sein Verhalten ein Schaden entstanden ist. Daß es in concreto seine Pflicht erfüllt habe, und zwar mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, hat dann das Vorstandsmitglied excipiendo darzuthun. Es hat, wie sich das aus dem Wesen des Mandats und der mandatsartigen Verhältnisse ergiebt, Rechenschaft abzulegen, „sich zu verantworten, d. h. sein Verhalten derartig nachzuweisen, daß sich daraus die Erfüllung seiner Pflichten ergiebt" (Wiener Kritik S. 99). Vergl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 70 Nr. 2; derselbe, Bürgerliches Recht II S. 151; Cosack S. 676; Pinner S. 157; R.O.H. 6 S. 215; 17 S. 239; R.G. 13 S. 46; 20 S. 269; vergl. §§ 666 und 675 B.G.B. Wenn Hagen (bei Gruchot 42 S. 358) dem entgegen vom Kläger den Nachweis verlangt, daß der Beklagte durch sein pflichtwidriges Verhalten den Schaden herbeigeführt hat, und von dem Beklagten nur einen Exkulpationsbeweis verlangt, durch welchen er die Verabsäumung der Sorgfalt entschuldigt, so wird diese Regelung der Beweislast den zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen nicht gerecht. — Daß Rechtsirrthum nicht ent-

schuldigt, kann so allgemein nicht gesagt werden. Bei bestrittenen Rechtssätzen, Zweifelhaftigkeit der Gesetzesworte, besonders aber bei Einholung von Rechtsgutachten kann Rechtsirrthum sehr wohl entschuldigen, besonders dann, wo der Vorstand einer Lage gegenüber stand, welche ihm in irgend einer Weise zu handeln gebot (R.G. 39 S. 98).

Anm. 3. Aus Pflichtverletzungen gegen die Gesellschaft hat im Allgemeinen nur diese einen Anspruch, in einzelnen, im Abs. 2 aufgezählten Fällen auch die Gläubiger der Gesellschaft. Ueber die Ansprüche Dritter und der einzelnen Aktionäre siehe unten Anm. 19 ffg.

Anm. 4. Der Schadensanspruch der Gesellschaft wird beseitigt durch Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung. Beruht die Handlung auf einem solchen, so wäre es dolus von Seiten der Gesellschaft, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres Beschlusses schadensersatzpflichtig machen würde. Sie kann sich weder auf die Schädlichkeit, noch auf die angebliche Ungiltigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen (vergl. Abs. 4 arg. e contrario; auch Motive zum Aktiengesetz von 1884 I S. 226, 364; Pinner S. 157; dagegen nur Hagen bei Gruchot 42 S. 361). Der Umstand, daß der Beschluß angefochten und im Prozeßwege für ungiltig erklärt ist, ändert hieran nichts (vergl. zu § 271). Indessen folgt doch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß das Mitglied des Vorstandes sich auf den ungiltigen Beschluß dann nicht berufen kann, wenn die Ungiltigkeit durch seinen eigenen dolus verursacht ist. Seinem auf den Beschluß der Generalversammlung gestützten Einwande opponirt die Gesellschaft die replica doli (so zutreffend Behrend § 126 Anm. 21). Solcher dolus verpflichtet ihn zum Schadensersatz, sowohl auf Grund seines Dienstvertrages, als auf Grund des § 826 B.G.B. (Wegen der idealen Konkurrenz von Delikt und Vertragsverletzung siehe Dernburg II S. 138.) Ebenso kann sich der Vorstand nicht berufen auf Beschlüsse, deren Ungiltigkeit so offensichtlich war, daß er sie erkannte oder erkennen mußte. So z. B. wenn ein Beschluß zur Giltigkeit der Eintragung bedurfte, und nicht eingetragen war. So ferner, wenn ein offenbar ungiltiger Beschluß von einem Aktionär angefochten wurde und der Vorstand den Beschluß ausführte, ohne den Erfolg der Anfechtung abzuwarten. Aber auch wenn er von einem Aktionär nicht angefochten war, befreit ihn dies bei einem offenbar ungiltigen, der Gesellschaft zum Schaden gereichenden Beschlusse nicht, denn in diesem Falle hatte er das Recht und der Gesellschaft gegenüber die Pflicht zur Anfechtung.

Anm. 5. Die Schadensersatzpflicht wird ferner dadurch beseitigt, daß das Handeln auf einer Weisung sonstiger Organe beruht, denen der Vorstand zu Gehorsam verpflichtet ist (Ring Anm. 7 zu Art. 241). Doch hat diese Gehorsamspflicht und die darauf beruhende Entschuldigung ihre Grenze. (Hierüber Anm. 6 u. 7 zu § 235.)

Anm. 6. Der Schadensanspruch der Gesellschaft wird endlich beseitigt durch Vergleich, giltige Entlastung u. s. w.

Anm. 7. II. (Abs. 2—5.) **Die Folgen der Pflichtverletzung.**

A. **Der Gesellschaft gegenüber.** Die Vorstandsmitglieder sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, derselben allen Schaden zu ersetzen, welcher durch die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes der Gesellschaft erwachsen ist.

Sie haften hierbei als Gesammtschuldner, d. h. nicht etwa in der Weise, daß alle Vorstandsmitglieder für das Versehen eines haften, sondern derart, daß diejenigen, aus deren schuldhaftem Verhalten ein Schaden entstanden ist, solidarisch haften. — Die Haftpflicht ist eine prinzipale, die Gesellschaft braucht nicht zunächst anderweit Ersatz zu suchen.

Besonders hervorgehoben sind mehrere Fälle, die unter Nr. 1—6 vom Gesetze aufgezählt sind.

Ueber diese besonders hervorgehobenen Fälle ist Folgendes zu sagen:

Anm. 8. 1. Allen gemeinsam ist das in Abs. 1 aufgestellte Requisit des schuldhaften Verhaltens.

Anm. 9. 2. Zum Ersatze sind die Vorstandsmitglieder verpflichtet. Wenn das Gesetz etwas lakonisch die Verpflichtung zum „Ersatze" ausspricht, so kann damit nichts anderes ge-

meint sein, als die Verpflichtung zum Ersatze des durch die rechtswidrige Manipulation erwachsenen Schadens. Der Zusammenhang der Absätze 2 und 3 läßt darüber keinen Zweifel. Nachdem der Abs. 2 angeordnet hat, daß die Vorstandsmitglieder bei Pflichtverletzungen für einen daraus entstehenden Schaden haften, fährt der Abs. 3 fort, daß sie „insbesondere zum Ersatze verpflichtet sind, wenn u. s. w." Auch versteht der Sprachgebrauch des Lebens und der Gesetze unter dem „Ersatze" nichts anderes, als die Hergabe dessen, was ein anderer verloren hat, oder was ein anderer erlangen konnte und nicht erlangt hat. Es muß hiernach einerseits der volle Schaden ersetzt werden, auch insoweit er die Beträge übersteigen sollte, um welche das Grundkapital verkürzt ist, andererseits tritt die Ersatzpflicht nur dann ein, wenn und soweit durch jene Manipulationen ein Schaden entstanden ist. Ring's formale Theorie (Anm. 4 zu Art. 241), wonach die bei diesen Manipulationen in Frage kommenden Beträge schlechtweg an die Gesellschaftskasse zu zahlen sind, gleichviel, ob im einzelnen Falle ein Schaden entstanden ist oder nicht, kann nicht gebilligt werden. Das wäre nicht mehr die Auferlegung einer Ersatzpflicht, sondern einer Geldstrafe. Ring's Theorie hat gleichwohl in Hagen (bei Gruchot 42 S. 346) einen energischen Vertheidiger gefunden, der auch den Vorstandsmitgliedern darüber hinaus noch die Verpflichtung zum Ersatz des weiteren Schadens auferlegt. Hagen giebt nicht zu, daß der Sprachgebrauch der Gesetze den diesseitigen Anspruch stützt, er verweist auf § 202, wonach die Gründer eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen war, zu „ersetzen" haben, gleichviel, ob dadurch der Gesellschaft ein Schaden erwachsen ist, oder nicht. Dieser Hinweis ist nicht zutreffend. Die Vergütung ist zu ersetzen, weil das Gesetz mit Recht davon ausgeht, daß eine verheimlichte Vergütung nothwendig die Gesellschaft schädigt, indem anzunehmen ist, daß um soviel der Illationspreis erhöht ist. Jener § 202 läßt auch keinen Zweifel darüber, daß er hier den Ersatz eines Schadens im Auge hat. Denn er fügt hinzu, daß jene Vergütung zu ersetzen ist „unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatze des sonst etwa entstehenden Schadens."

3. Zu den einzelnen besonders hervorgehobenen Verfehlungen ist nichts weiter zu bemerken, als daß die Nr. 5 auch dann Platz greift, wenn für wiederkehrende Leistungen der Aktionäre (§ 212, 216) trotz des Mangels eines bilanzmäßigen Gewinns eine den Werth der Leistungen übersteigende Vergütung gezahlt wird (Denkschrift S. 142). Anm. 10.

Zu Nr. 2 ist zu bemerken, daß die Vertheilung von Tantieme aus nicht vorhandenem oder falsch berechnetem Reingewinn nicht besonders hervorgehoben worden ist, woraus folgt, daß der Gesellschaft gegenüber diese Haftung aus den allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 stattfindet, den Gesellschaftsgläubigern dagegen ein Haftungsanspruch aus diesem Rechtsgrunde nicht zusteht.

B. **Den Gläubigern gegenüber.** Aus den im Abs. 3 hervorgehobenen hauptsächlichsten Pflichtverletzungen entsteht nicht bloß ein Ersatzanspruch für die Gesellschaft, sondern derselbe kann auch unter bestimmten Voraussetzungen von den Gläubigern geltend gemacht werden. Es ist dadurch in den hier hervorgehobenen bestimmten Fällen ein direktes Verhältniß zwischen den Gläubigern und den Vorstandsmitgliedern hergestellt. Sonst besteht dasselbe nicht (unten Anm. 19). Anm. 11.

Nach den Bestimmungen des Gesetzes sind die Gläubiger selbstständig klageberechtigt unter folgenden Bedingungen:

Es müssen im Allgemeinen die Voraussetzungen vorhanden sein, unter welchen die Gesellschaft nach Abs. 3 klagen könnte. Es muß außerdem noch der Nachweis erbracht werden, daß der Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Alsdann hat der Gläubiger ein selbstständiges Recht zur Klage.

1. Erste Voraussetzung ist, daß die Gesellschaft nach Abs. 3 klageberechtigt wäre. (Vergl. daher die Erläuterungen zu Abs. 3, oben Anm. 7 flg.) Sollte indessen daß Klagerecht der Gesellschaft deshalb nicht vorliegen, weil die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht, so wird die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern dadurch nicht beseitigt. Aber andererseits muß betont werden, daß das Klagerecht des Anm. 12.

Gläubigers, beruhend auf der direkten Haftung gegenüber dem Gläubiger, nur dann besteht, wenn auch dem Gläubiger gegenüber eine Rechtswidrigkeit vorliegt, wenn also öffentlichrechtliche, zum Schutze auch der Gläubiger erlassene Vorschriften verletzt sind, nicht schon, wenn Vorschriften, die lediglich zum Schutze der Aktionäre gegeben, und auf deren Beachtung die Aktionäre verzichten können und verzichtet haben, verletzt sind. Auf diesem Stundpunkte steht offensichtlich auch die Denkschrift S. 153. Wenn z. B. ein Beschluß auf Herabsetzung des Grundkapitals deshalb ungiltig ist, weil Aktionäre mitgestimmt haben, welche eigentlich nach § 252 nicht hätten mitstimmen dürfen, so kann der Gläubigeranspruch darauf nicht gestützt werden, wenn der Beschluß unangefochten blieb und dadurch definitiv giltig wurde. Wenn dagegen, um ein anderes Beispiel zu gebrauchen, nach eingetretener Ueberschuldung auf Anweisung der Generalversammlung Zahlung geleistet worden ist, so sind die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber haftungsfrei, den Gläubigern dagegen haften sie. Denn diese Vorschrift ist eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Gläubiger, ihre Verletzung ist nicht bloß eine Rechtswidrigkeit gegenüber der Gesellschaft (in dieser Hinsicht sind die Vorstandsmitglieder in diesem Falle entschuldigt), sondern auch gegenüber den Gläubigern (in dieser Hinsicht sind sie durch den Generalversammlungsbeschluß nicht entschuldigt).

Der Anspruch des Gläubigers wird ferner nicht beseitigt durch einen von der Gesellschaft ausgesprochenen Verzicht. Ein solcher Verzicht hat hiernach nur beschränkte Giltigkeit, nur gegenüber der Gesellschaft, und ist unwirksam gegenüber den Gläubigern.

Anm. 13. 2. Fernere Voraussetzung ist, daß der Gläubiger von der Gesellschaft nicht befriedigt werden kann. Klage und Zwangsvollstreckung gehören zu diesem Nachweis nicht. Es ist auch nicht Voraussetzung, daß die Forderung schon zur Zeit der Pflichtverletzung oder zur Zeit der Entstehung des Schadens vorhanden war: auch derjenige Gläubiger, der es nach der Pflichtverletzung wurde, hat einen Anspruch, außer wenn er zu dieser Zeit die Pflichtverletzung kannte (R.G. 19 S. 111).

Anm. 14. 3. Alsdann kann der Gläubiger den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen, d. h. der Gläubiger kann seine Forderung gegen das Vorstandsmitglied geltend machen bis zur Höhe des Regreßanspruchs, welchen die Gesellschaft an das Vorstandsmitglied hat. Es entsteht eine direkte Haftung des Vorstandsmitgliedes gegen die Gläubiger in Höhe des von ihm angerichteten Gesellschaftsschadens, vergleichbar der Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Kommanditgesellschaft und des Aktionärs nach § 217 in Höhe der rechtswidrig erhaltenen Zahlungen für die Schulden der Aktiengesellschaft. Im Allgemeinen ist dazu auch Voraussetzung, daß die Gesellschaft einen Anspruch hat (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884 I S. 226), aber in den beiden zu 1 erwähnten Hinsichten wird von dieser Voraussetzung abgesehen. In denjenigen Fällen, in denen auch die Gesellschaft einen Anspruch hat, besteht eine Gesammtgläubigerschaft zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger der Gesellschaft nach §§ 428 ffg. B.G.B. Sonst besteht lediglich ein Gläubigeranspruch, dieser Gläubigeranspruch hat zur Voraussetzung, daß — abgesehen von dem Verzicht oder Generalversammlungsbeschluß — die Gesellschaft klagen könnte. Der Regreßpflichtige hat insoweit die Einreden, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen (Pinner S. 168).

Anm. 15. Neben dem Gläubigeranspruch besteht also der Anspruch der Gesellschaft fort, sofern diese überhaupt forderungsberechtigt ist, auch dann, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird. Es gehen die Regreßansprüche der Gesellschaft nicht etwa in diesem Augenblicke auf die Gläubiger über (auf welche? auf alle?). Vielmehr sagt das Gesetz, der Anspruch könne auch von den Gläubigern geltend gemacht werden. Es kann daher auch nach Eintritt der Insolvenz der Gesellschaft der Regressat den Ersatz noch direkt an die Gesellschaft leisten. (R.G. 39 S. 64; Cosack S. 679; Hagen bei Gruchot 42 S. 355). Sowohl die Gesellschaft, als jeder einzelne Gläubiger können den Anspruch geltend machen, von den Gläubigern jeder in Höhe seiner Forderung. Durch Zahlung an einen Gläubiger ist das Vorstandsmitglied gegenüber allen Gläubigern und der Gesellschaft befreit. Er kann auch dem zweiten, der sich an ihn wandte, bezahlen und dann die Zahlung

dem ersten, der sich an ihn wandte, entgegenhalten (§ 428 B.G.B.). Bestreitet er die Regreßforderung und wird er von mehreren Seiten auf denselben Betrag verklagt, so kann er zwar nicht Rechtshängigkeit einwenden, wohl aber Aussetzung des zweiten Prozesses beantragen (vergl. Anm. 13 zu § 171).

Im Konkurse der Gesellschaft macht der Konkursverwalter die Forderung Anm. 16.
geltend. Zwar ist das hier nicht gesagt, aber es ist in den §§ 171 und 217 gesagt, und das R.G. (39 S. 64) folgert hieraus mit Recht, daß das neue H.G.G. diese Legitimation des Konkursverwalters als die der gesetzlichen Konsequenz entsprechende betrachtet hat. Wir können zwar nicht anerkennen, daß diese Legitimation in der That der gesetzlichen Konsequenz entspricht; allein auch wir nehmen an, daß der Schöpfer des neuen H.G.B. davon ausgegangen ist, und das entscheidet. (So auch Hagen bei Gruchot 42 S. 356). Dabei ist aber zu erwähnen, daß der Konkursverwalter den Anspruch insoweit geltend machen kann, als diese Geltendmachung den Gläubigern zusteht, nicht bloß insoweit, als sie der Gesellschaft zustehen würde. Wie dies zu konstruiren ist, darüber siehe Anm. 7 zu § 171.

Schließt der Konkursverwalter einen Vergleich, so ist dieser natürlich den Gläubigern präjudizirlich, weil er ja sowohl die Gesellschaft, als auch die Gläubiger hierbei vertritt (R.G. 39 S. 65).

Demgemäß hat auch der Konkursverwalter das Recht, in jeden, sei es von der Gesellschaft, sei es von einem einzelnen Gläubiger angestellten Regreßprozeß einzutreten.

Nach der Konkursbeendigung steht der Regreßanspruch wieder der Gesellschaft zu und kann wieder von jedem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden.

C. (Abs. 5.) **Die Verjährung.**

1. Sie bezieht sich auf alle Ansprüche aus diesem Paragraphen, auch aus Abs. 1. Anm. 17.
Auch dolose Schädigungen unterliegen dieser Verjährung.

2. Beginn der Verjährung. Hier ist nicht § 852 B.G.B. maßgebend, da es sich nicht Anm. 18.
um außerkontraktliche, sondern um kontraktliche Ansprüche handelt. Die Verjährung beginnt also nach § 198 B.G.B. mit der Entstehung des Anspruchs (der pflichtwidrigen Handlung und dem Schaden), auf die Kenntniß der Gesellschaft kommt es nicht an. (So auch Cosack S. 680; Pinner S. 160, 161; Hagen bei Gruchot 42 S. 361; R.G. 39 S. 52). Zu Gunsten der Gläubiger besteht keine andere Verjährung (R.G. 39 S. 52). Denn die direkte Haftung gegenüber den Gläubigern besteht (von zwei Punkten abgesehen, in welchen die Haftung einen selbstständigeren Charakter hat, siehe oben Anm. 12) nur, sofern und solange ein Anspruch der Gesellschaft besteht. Die Vorstandsmitglieder müssen das an den Gläubiger zu dessen Befriedigung zahlen, was sie der Gesellschaft in Folge ihrer Pflichtverletzung zu zahlen schuldig sind. Mit dem Aufhören dieser Schuld hört auch die Haftung gegenüber den Gläubigern auf. (Im Ergebniß übereinstimmend Hagen bei Gruchot 42 S. 360.) Unterbrochen wird die Verjährung zu Gunsten aller Berechtigten durch Akte der Gesellschaft und gegenüber der Gesellschaft, außerdem durch Akte jedes einzelnen Gläubigers zu seinen eigenen Gunsten. Nicht aber kann sich ein Gläubiger auf Akte stützen, welche ein anderer Gläubiger unternommen hat, und nicht die Gesellschaft auf Akte, welche ein Gläubiger unternommen hat.

Zusatz. Haftung der Gesellschaftsorgane (Vorstand und Aufsichtsrath) Dritten gegenüber. Anm. 19.
Nach §§ 241 und 249 haften die Gesellschaftsorgane für den der Gesellschaft entstandenen Schaden nur der Gesellschaft, in einigen bestimmten Fällen auch den Gläubigern. Daraus folgt:

1. Auch den Gläubigern haften die Gesellschaftsorgane nicht, wenn nicht einer der hier hervorgehobenen 6 Fälle vorliegt, also z. B. nicht, wenn sie eine Unterschlagung schuldhaft passiren lassen oder gar selbst verüben (Volze 16 Nr. 490; Cosack S. 690; Behrend § 126 Anm. 29), und auch in den bestimmten Fällen haften sie nur auf Auszahlung des Gesellschaftsschadens, nicht auf Erstattung etwaigen weiteren, den Gläubigern erwachsenen Schadens (R.G. 22 S. 137). In Band 36 S. 27 nimmt das R.G. allerdings an, daß im Falle des Konkurses einer Aktien-Gesellschaft den Gläubigern

Schadensansprüche über die Fälle des Abs. 3 hinaus zustehen können. Allein wenn man hier nicht ins Uferlose gerathen und alte befestigte Rechtsgrundsätze verlassen will, so kann man dies nur unter den Voraussetzungen, die wir sub 2 erörtern, als richtig zugeben. (Zust. Pinner S. 159.) Uebrigens sind auch die Bestimmungen des B.G.B. geeignet, zu diesem Schritt ins Uferlose von Neuem zu verleiten (vergl. Pinner S. 160, Hagen bei Gruchot 42 S. 358; zur Widerlegung vergl. unsere unten Anm. 22 gegen Goldmann und Lilienthal gemachten Ausführungen).

Anm. 20. 2. Den Aktionären und Dritten haften die Gesellschaftsorgane für Verletzungen derjenigen Pflichten, welche ihnen gegenüber der Gesellschaft zustehen, nicht. Mit ihnen stehen sie in keiner direkten Rechtsbeziehung[1]) (R.O.H. 19 S. 179; R.G. 22 S. 133; 39 S. 249). Anders wenn die ungehörige Geschäftsführung zugleich eine Pflichtverletzung dem Aktionär oder dem Dritten gegenüber enthielt. Das kann in mehrfacher Hinsicht der Fall sein, immer aber nur vom Gesichtspunkte außerkontraktlicher Haftung, sodaß hier lediglich die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über außerkontraktlichen Schadensersatz Platz greifen (vergl. R.G. 22 S. 133; 28 S. 71; 39 S. 249; O.L.G. Dresden in G.Z. 43 S. 327). Es muß eine gegen den Kläger begangene Rechtsverletzung vorliegen und durch diese der Schaden verursacht sein. Es genügt nicht, daß eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft vorliegt und durch diese die Gesellschaft, dadurch aber mittelbar der Kläger geschädigt ist, wie z. B., wenn durch leichtsinniges schuldhaftes Kreditiren die Gesellschaft verkracht und dadurch der Kläger um sein Geld kommt oder ein Aktienbesitzer seine Aktien werthlos werden sieht. Denn in diesen Fällen liegt nicht die Verletzung solcher Pflichten vor, welche dem belangten Gesellschaftsorgan vermöge besonderer Beziehungen zum geschädigten Kläger diesem gegenüber obliegen. Hauptsächlich wird es sich hier um die Anwendung des § 823 B.G.B. handeln. Damit auf Grund dieses Paragraphen das Gesellschaftsorgan dem Aktionär oder dem Dritten gegenüber haftet, muß entweder ein direkter schuldhafter rechtswidriger Eingriff in dessen Rechte vorliegen und durch diesen der Schaden verursacht sein, oder es muß eine schuldhafte Verletzung einer Vorschrift vorliegen, welche zum Schutze des Beschädigten erlassen ist, und durch diese der Schaden verursacht sein. Ersteres ist z. B. der Fall bei einer bewußt falschen Auskunft auf eine an die Gesellschaft gerichtete Frage, letzteres z. B. bei Veröffentlichung falscher Bilanzen. Denn die hiergegen gerichtete Strafvorschrift bezweckt nicht bloß den Schutz der Gesellschaft, sondern auch der Aktionäre, ja sogar des ganzen Publikums. Die publicirte Bilanz soll jeden informiren, der mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten will, und zum Schutze aller, für die sie bestimmt ist, ist angeordnet, daß sie nicht bewußt falsch sein darf. — Soweit ein Aktionär als Beschädigter auftritt, muß es eine Vorschrift sein, welche zum direkten Schutz der Aktionäre erlassen ist, es genügt nicht, daß die Vorschrift zum Schutze der Gesellschaft und insofern indirekt auch zum Schutze der Aktionärinteressen dienen soll.

Anm. 21. Zuweit dagegen geht das Urtheil des R.G. vom 20. Dezember 1895 (Deutsche Juristenzeitung Bd. I S. 57), wenn es die Mitglieder des Aufsichtsraths dritten Personen gegenüber für regreßpflichtig erklärt, weil sie in der Generalversammlung die Lage der Gesellschaft zwar nicht gegen besseres Wissen, aber doch fahrlässiger Weise zu günstig darstellten, da sie sich hätten sagen müssen, daß dadurch auch dritte Personen zur Zeichnung neuer Aktien bewogen werden konnten. Denn nicht jede fahrlässige Handlung verpflichtet allgemein zum Schadensersatz. Hier liegt weder ein direkter rechtswidriger Eingriff in ein fremdes Recht vor, noch eine schuldhafte Verletzung einer Vorschrift, welche zum direkten Schutze des Geschädigten erlassen ist. Denn soweit eine Verpflichtung zu gewissenhafter Berichterstattung in der Generalversammlung besteht, ist diese Vorschrift nicht zum Schutze außenstehender Personen erlassen.

---

[1]) Auch nicht nach Beendigung der Liquidation (R.G. 28 S. 73), zu Unrecht vom R.G. (29 S. 1) dahin abgeschwächt, daß zu diesem Zeitpunkte ein solcher Regreßanspruch nur dann nicht besteht, wenn der Aktionär vorher in der Lage war, die Verfolgung des Schuldigen durch die Gesellschaft herbeizuführen (zust. Pinner S. 158).

Zuweit geht auch die Auffassung von Goldmann und Lilienthal S. 193 Note 2, Anm. 22.
welche die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen insoweit für überflüssig halten, als die besondere Haftung den Gläubigern gegenüber statuirt wird. Sie meinen, diese Haftung ergebe sich von selbst daraus, daß es sich hier überall um Verletzung von Vorschriften handelt, welche zum Schutze der Gläubiger erlassen sind. Nach dem Wortlaute des § 823 Abs. 2 B.G.B. haben diese Schriftsteller Recht. Aber, wenn man sich nicht ins Uferlose verlieren will, so muß man die Vorschrift des § 823 Abs. 2 dahin einschränken und präzisiren, daß es sich um eine Vorschrift handeln muß, welche *an den Verletzer* erlassen ist zum Schutze des Beschädigten, welche dazu bestimmt ist, das Verhältniß des Verletzers zum Beschädigten zu regeln, ein Schutzverhältniß zwischen beiden herzustellen. Eine *solche* Schutzvorschrift liegt hier nicht vor. Die betreffenden Schutzvorschriften sind vielmehr an die *Gesellschaften* erlassen, zwischen der *Gesellschaft* und ihren Gläubigern ist dadurch das eben charakterisirte Schutzverhältniß aufgestellt, die Gesellschafts*organe* aber haben die Verpflichtung, nach diesen Vorschriften zu verfahren, *nur der Gesellschaft gegenüber*; ein direktes Schutz- und demzufolge Haftungsverhältniß zwischen den Gesellschaftsorganen und den Gläubigern der Gesellschaft ist nicht hergestellt und gerade deshalb ist zur Aushilfe und *in gewissen Grenzen* dem Gläubiger ein direktes Recht gegeben, gegen die Gesellschaftsorgane vorzugehen, indem dieselben den Anspruch der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung ihrer Forderungen geltend machen können. Würde man der weitgehenden Ansicht von Goldmann und Lilienthal folgen, so gäbe es hier keinen Halt mehr; dann würden die Gesellschaftsorgane aus jeder Verfehlung gegen die Gesellschaft auch den Aktionären (und wohl auch den Gläubigern) haften; denn in einem weiteren Sinne sind die den Gesellschaftsorganen auferlegten Pflichtgebote auch Vorschriften zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger.

Voraussehbar braucht der Schaden nach dem bürgerlichen Recht nicht zu sein (vergl. Denkschrift zum B.G.B. S. 44; Dernburg II S. 66). Dennoch haftet man nicht ohne Ziel und Grenze für alle, noch so entfernten Folgen, sondern nur für die nächsten Folgen seines unerlaubten Thuns (vergl. Dernburg II S. 66).

3. Schließlich ist zu gedenken der Fälle, in denen ein Mitglied eines Gesellschaftsorgans Anm. 23.
durch eine andere Handlung, die sich nicht als Akt der Geschäftsführung darstellt, einen Aktionär oder Dritten schädigt, z. B. durch dolose Anpreisung von Aktien der Gesellschaft (R.O.H. 19 S. 179).

§ 242.

Die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften finden auch auf die Stellvertreter von Mitgliedern Anwendung.

1. Die Vorschrift dieses Paragraphen bezieht sich auf jeden Fall der Stellvertretung. Anm. 1.

Inhaltlich ist die Vorschrift selbstverständlich. **Denn das stellvertretende Vorstandsmitglied ist eben Vorstandsmitglied.**

2. Daß die für die Vorstandsmitglieder geltenden Vorschriften auch für die stellvertretenden Anm. 2.
Vorstandsmitglieder gelten, bedeutet z. B., daß auch die letzteren unter Beifügung ihrer Legitimationen zum Handelsregister anzumelden sind und ihre Unterschrift zu zeichnen haben; daß auch sie im Zweifel nur Kollektivbefugniß haben. Treten sie an die Stelle eines kollektivberechtigten Vorstandsmitgliedes, so müssen mit ihnen so viele Vorstandsmitglieder zusammenwirken, als nach dem Statut erforderlich ist, außer selbstverständlich demjenigen Vorstandsmitgliede, welches ersetzt werden soll. Auch ihre Haftung ist die gleiche, wie die der ordentlichen Vorstandsmitglieder.

3. Insbesondere findet auch die Vorschrift des § 235 auf die stellvertretenden Vorstands- Anm. 3.
mitglieder Anwendung, und daraus wird mit Recht die Schlußfolgerung gezogen, daß **ihre Legitimation Dritten gegenüber nicht davon abhängig ist, daß der Vertretungsfall wirklich vorlag.** Nur der Gesellschaft gegenüber sind sie verpflichtet, nicht vor Eintritt desselben in Aktion zu treten. Es liegt eben eine Beschränkung dahin vor, daß sie „nur unter gewissen Umständen" vertretungsbefugt sind (R.G. 24 S. 82).

§ 243.

Der Aufsichtsrath besteht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine höhere Zahl festsetzt, aus drei von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern.

Die Wahl des ersten Aufsichtsraths gilt für die Zeit bis zur Beendigung der ersten Generalversammlung, welche nach dem Ablauf eines Jahres seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird.

Später kann der Aufsichtsrath nicht für eine längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Generalversammlung gewählt werden, welche über die Bilanz für das vierte Geschäftsjahr nach der Ernennung beschließt; das Geschäftsjahr, in welchem die Ernennung erfolgt, wird hierbei nicht mitgerechnet.

Die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsraths kann auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für den das Mitglied gewählt ist, durch die Generalversammlung widerrufen werden. Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, bedarf der Beschluß einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Einleitung. **Der Paragraph stellt Normen für die Zusammensetzung und Amtsdauer des Aufsichtsraths auf,** und zwar

1. Ernennungsart und Zahl der Mitglieder derselben (Abs. 1).
2. Amtsdauer (Abs. 2 und 3).
3. Erlöschen des Amtes durch Widerruf (Abs. 4).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Ernennungsart und Zahl der Mitglieder.**

a) **Ernennungsart.** Das Gesetz kennt nur eine solche: das ist die Wahl in der Generalversammlung, und es herrscht darüber Einigkeit, daß sich dies auf alle Aufsichtsrathsmitglieder, nicht blos auf die Minimalzahl von 3 Mitgliedern bezieht: Kooptation und Delegation sind absolut ausgeschlossen (Motive z. Akt.-Ges. von 1884 S. 213; Ring Anm. 4 zu Art. 191; Behrend § 127 Anm. 21). Auch eine Kooptation unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Generalversammlung ist unzulässig. Die Wahl erfordert einen gehörigen Generalversammlungsbeschluß, stillschweigende Zustimmung giebt es nicht (Bolze 3 Nr. 808). Ist der Generalversammlungsbeschluß nicht giltig, so kann er angefochten werden. Einstweilen aber können die Aufsichtsrathsmitglieder ihr Amt verwalten. Denn die Gesellschaft kann dem von ihrer Generalversammlung gewählten Organ nicht entgegenhalten, daß ihr eigener Beschluß ungiltig war (vergl. zu § 271; zust. Ring Anm. 4). Wird der Beschluß nicht angefochten, so wird er dadurch giltig (§ 271). Fällt die Wahl auf einen Konkursifex, obwohl das Statut dies ausschließt, so wird die Wahl durch unterlassene Anfechtung giltig (vergl. Anm. 11 zu § 231; vergl. unten Anm. 4). Ist die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung einer Statutenänderung, so tritt der Wahlbeschluß erst mit der Eintragung in Kraft. Vorher können die Aufsichtsrathsmitglieder nicht fungiren (R.G. 24 S. 54 ff.; vergl. hierüber zu § 277).

Anm. 2. Durch die Annahme der Wahl[1]) tritt der Gewählte in ein Vertragsverhältniß zur Gesellschaft (R.G. in Strafsachen 7 S. 280), nicht auch zu den Aktionären (R.O.H. 22 S. 239; R.G. 28 S. 72; O.L.G. Stuttgart in G.Z. 37 S. 555).

---

[1]) Die Annahme der Wahl und die daran sich schließende Aktiendeposition kann, auch wenn kein Entgelt gezahlt wird, Handelsgeschäft sein (R.G. 19 S. 123).

Eine Pflicht zur Annahme der Wahl besteht nicht, selbst nicht für den Aktionär, unserer Ansicht nach kann sie auch statutarisch nicht auferlegt werden (vergl. Anm. 3 zu § 212).

b) **Zahl der Mitglieder.** Das Gesetz bestimmt nur eine Mindestzahl. Das Statut, (und zwar sowohl das ursprüngliche, als das abgeänderte, R.G. 24 S. 56) kann nicht bloß eine höhere Zahl festsetzen, sondern auch eine bewegliche Zahl, was sich empfiehlt, damit nicht durch jeden Austritt eines Mitgliedes der Aufsichtsrath beschlußunfähig und eine Neuwahl nöthig wird (O.L.G. Dresden und oberstes L.G. München in G.Z. 35 S. 238). Meist bestimmen denn auch die Statuten eine Minimal- und eine Maximalgrenze, z. B. die Aktiengesellschaft Zeche Tannenbaum, mindestens 3 und höchstens 9 Mitglieder; die Eisenbahn-Hotel-Gesellschaft zu Berlin: mindestens 4 und höchstens 10 Mitglieder. Anm. 3.

c) **Qualifikation der Mitglieder.** In dieser Hinsicht sagt der vorliegende Paragraph nichts. Aber aus seinem Schweigen folgt, daß von Gesetzeswegen keine anderen Qualifikationserfordernisse, als die aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden, gelten. Aktionäre brauchen sie von Gesetzeswegen nicht zu sein. Es gelten daher dieselben Erfordernisse, wie bei den Vorstandsmitgliedern (vergl. deshalb Anm. 10—12 zu § 231; insbesondere ob Minderjährige, Frauen, Ausländer Aufsichtsrathsmitglieder sein können; ob die Statuten Beschränkungen auferlegen können, und welche Folgen es hat, wenn nicht qualificirte Personen gewählt sind oder die Gewählten nachträglich ihre Qualifikation verlieren). Anm. 4.

2. (Abs. 2 u. 3.) **Amtsdauer.** In dieser Beziehung unterscheidet das Gesetz den ersten und jeden folgenden Aufsichtsrath. Anm. 5.

a) (Abs. 2.) Der erste Aufsichtsrath hat die Vermuthung gegen sich, daß er unter dem Einflusse der Gründer steht, und soll daher nur auf kurze Zeit gewählt werden. Andererseits soll dieser Zeitraum auch nicht so kurz bemessen werden dürfen, daß gerade dies wieder bewirken könnte, was verhindert werden soll, nämlich daß auch der zweite Aufsichtsrath unter dem Einflusse der Gründer erwählt wird. Daher die Sonderbestimmung des Gesetzes, welche also weder eine kürzere, noch eine längere Amtsdauer des ersten Aufsichtsraths gestattet und zwingenden Rechts ist (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 216; R.G. 24 S. 57), sodaß auch das Statut daran nichts ändern kann und eine im Widerspruch hiermit stehende Wahl zwar nicht ungiltig ist, aber doch eben nur für die hier gesetzlich fixirte Zeit gilt („die Wahl des ersten Aufsichtsraths gilt"), nicht länger und nicht kürzer. Die hier getroffene Sonderbestimmung schließt nicht aus, daß der erste Aufsichtsrath durch nachträgliche Wahlen verstärkt wird. Der so verstärkte Aufsichtsrath ist aber immer noch der erste Aufsichtsrath, von dem die Bestimmung dieses Absatzes in vollem Umfange gilt (R.G. 24 S. 55 ff.). Das Gleiche gilt, wenn der zuerst gewählte Aufsichtsrath während seiner Amtsdauer niederlegt oder abberufen wird und an seine Stelle ganz oder zum Theil ein anderer tritt. — Zu beachten ist die Neuerung, daß die Wahl bis zur Generalversammlung nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres gilt; es braucht in Folge dessen kein Interregnum zu entstehen.

b) (Abs. 3.) Amtsdauer jedes folgenden Aufsichtsraths. Der zweite und jeder folgende Aufsichtsrath dürfen höchstens bis zu derjenigen Generalversammlung, welche über die Bilanz des vierten Geschäftsjahres nach der Ernennung beschließt, das Ernennungsjahr nicht mitgerechnet, gewählt werden. Für die überschießende Zeit ist die Wahl ungiltig. Für kürzere Zeit darf jeder folgende Aufsichtsrath gewählt werden, auch so, daß seine Amtsdauer vor der ordentlichen Generalversammlung endet. Erfolgen solche kürzere Wahlen auf bestimmte Jahre, so wird die Amtsdauer analog dem Abs. 3 unseres Paragraphen ausgelegt werden müssen. Aber nicht zutreffend ist es, wenn Riesenfeld (Einfluß des neuen Aktienrechts S. 85) meint, das Amtsjahr müsse stets von Generalversammlung zu Generalversammlung gerechnet werden, eine solche Anm. 6.

Vorschrift ist in unserem Paragraphen nicht enthalten, vielmehr normirt derselbe lediglich die zulässige Maximaldauer der Amtszeit und stellt für diese eine Berechnung als obligatorisch auf. Mit uns Pinner S. 163. — Nach Alexander-Katz und Dyhrenfurth, Die Aktiengesellschaft unter dem neuen Aktiengesetz S. 61, 62 soll aus dieser Vorschrift hervorgehen, daß kein Aufsichtsrath, als Ganzes genommen, länger als 5 Jahre ohne Neuwahl des gesammten Aufsichtsraths fungiren könne, und daß das übliche Ausscheiden der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsraths und die Neuwahl einzelner insoweit gesetzlich unzulässig sei, als hierdurch ein Fortbestehen des Aufsichtsraths als Ganzes für längere Zeit als 5 Jahre veranlaßt würde. Der sogenannte Turnus des Ausscheidens, der in vielen Statuten vorgesehen ist, würde hiernach unzulässig sein. Diese Ansicht kann aber nicht gebilligt werden. Sie wird daraus hergeleitet, daß in unserem Absatze von dem Aufsichtsrat, nicht von den Mitgliedern des Aufsichtsraths gesprochen wird, das Gesetz aber überall scharf zwischen diesen beiden Begriffen unterscheide. Allein es ist zu bedenken, daß diese entscheidenden Worte nicht neu sind, sondern herübergenommen sind aus der Aktiennovelle von 1884 und von dieser aus dem alten H.G.B., in welchem letzteren jene scharfe Scheidung noch nicht vorgenommen war, und es ist aus der Entstehungsgeschichte nicht zu erkennen, daß mit den alten Worten ein neuer Sinn verbunden werden sollte, insbesondere ein Sinn, der mit der jahrzehntelangen Praxis und mit den Interessen der Aktiengesellschaften in schroffsten Widerspruch treten würde. Denn die Aktiengesellschaften haben seit Jahrzehnten gerade das turnusmäßige Ausscheiden beliebt, und es kann gar nicht geleugnet werden, daß gerade dieses die rationellste Art der Zusammensetzung des Aufsichtsraths ist, weil bei dieser neben den neugewählten Mitgliedern immer alte bleiben und so die mit der allgemeinen Verjüngung verbundenen Erschütterungen vermieden werden (in diesem Sinne auch Riesenfeld, Der Einfluß des neuen Aktienrechts, S. 88; desgleichen Esser 2. Aufl. S. 111, wo nicht mit Unrecht auch darauf hingewiesen wird, daß auch § 243 Abs. 4 und § 244 gegen die hier bekämpfte Ansicht sprechen).

Anm. 7. Auch jeder folgende Aufsichtsrath kann während seiner Amtsdauer verstärkt werden, auch über die statutarische Höchstzahl hinaus, wenn gleichzeitig die Statuten entsprechend geändert werden. Ein solcher Beschluß lautet dahin, daß die Wahl erfolgt für den Fall der Eintragung der Statutenänderung. Geschieht letzteres, so wird damit die Wahl giltig. Aber bis dahin gilt sie als noch nicht erfolgt, und die so gewählten Aufsichtsräthe dürfen bis dahin nicht funktioniren. Thun sie es dennoch, so sind ihre Handlungen ungiltig. (R.G. 24 S. 54 flg.; vergl. zu § 277).

Anm. 8. 3. (Abs. 4.) **Erlöschen des Amts durch Widerruf.** Der Generalversammlung steht das jederzeitige Widerrufsrecht zu. Dazu gehört zunächst ein ordnungsmäßiger Generalversammlungsbeschluß mit allen seinen Voraussetzungen, außerdem aber eine Mehrheit, deren Aktienbesitz $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals beträgt (für die Berechnung dieser Mehrheit vergl. zu § 275). Dieses Abstimmungserforderniß gilt aber nur, soweit nicht das Statut ein Anderes bestimmt. Das Statut kann also schwerere oder geringere Erfordernisse aufstellen. Aber ein Generalversammlungsbeschluß ist unbedingt erforderlich. Der Vorstand kann aus eigener Initiative den Widerruf nicht aussprechen, auch kann nicht der Aufsichtsrath eines seiner Mitglieder abberufen; Statutenbestimmungen, die dies gestatten, sind ungiltig. Die Bestimmung ist auch im Uebrigen zwingend. Sie kann nicht durch Statut oder Vertrag abgeändert werden oder an Bedingungen geknüpft werden, insbesondere auch nicht an die Bedingung, daß der Widerruf nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe zulässig sei. Die Anberaumung der erforderlichen Generalversammlung kann eventuell erzwungen werden nach § 254. Daß das abzuberufende Mitglied nicht mitstimmen darf, ist nicht richtig (vergl. zu § 252). Die Widerrufsmöglichkeit gilt übrigens auch gegen den ersten Aufsichtsrath (R.G. 24 S. 56). — Die Wirkung des Widerrufs ist, daß das Verhältniß aufhört (Pinner S. 165).

Anm. 9. **Ob das Aufsichtsrathsmitglied sein Amt auch niederlegen kann,** diese Frage beantwortet sich aus der Natur des betreffenden Vertragsverhältnisses. Es liegt entweder

Auftrag oder Dienstvertrag vor, je nachdem das Amt ohne Besoldung oder gegen Besoldung übernommen ist. Liegt Auftrag vor, so kann das Aufsichtsrathsmitglied jederzeit sein Amt kündigen (§ 671 B.G.B.), es muß nur, wenn es dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit thut, die Gesellschaft entschädigen. Im Falle des Dienstvertrages kann es regelmäßig nur aus wichtigen Gründen niederlegen (§ 626 B.G.B.), ohne wichtigen Grund nur ausnahmsweise unter zwei kumulirten Voraussetzungen, wenn es

a) Dienste höherer Art leistet, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen,
b) nicht in dauerndem Verhältnisse mit festen Bezügen steht.

Das Erforderniß zu a wird häufig vorliegen. Denn unter Diensten höherer Art sind nicht etwa bloß künstlerische oder wissenschaftliche Dienste zu verstehen, da § 627 insbesondere die Dienste der Erzieher, Privatbeamten und Gesellschafterinnen dazu rechnet. Die Dienste der Aufsichtsrathsmitglieder fallen daher (ebenso wie die der Vorstandsmitglieder) wohl stets darunter. Auch pflegt es, wenn auch nicht immer (so z. B. nicht bei kleinen Verwaltungen und geringem Gesellschaftsvermögen), so doch oft auf einem besonderen Vertrauen zu beruhen, wenn jemand zum Aufsichtsrathsmitgliede bestellt wird. Allein das negative Erforderniß zu b wird meist nicht vorliegen. Vielmehr wird gerade umgekehrt meist ein dauerndes Verhältniß mit festen Bezügen vorliegen. Ein dauerndes Verhältniß wird meist vorliegen, weil das Aufsichtsrathsmitglied ja meist auf eine längere Zeit (ein oder mehrere Jahre) gewählt wird, nur selten auf kurze Zeit, Wochen oder Monate, obwohl dies allerdings auch vorkommt, so z. B., wenn für ein ausscheidendes, kurz vor dem Ende seiner Amtszeit stehendes Aufsichtsrathsmitglied ein Ersatzmann gewählt wird. (Ueber den Begriff des dauernden Verhältnisses siehe Anm. 12 zu § 66.) Ebenso wird nach der Entwickelung, die die Dinge jetzt nehmen, meist auch ein Verhältniß mit festen Bezügen vorliegen. Ein solches liegt nicht bloß dann vor, wenn bloß eine feste Vergütung gewährt wird, sondern auch dann, wenn eine feste Vergütung neben Tantieme gewährt wird oder eine Tantieme mit garantirtem Minimum. Denn auch dann muß man sicherlich von einem Verhältniß „mit festen Bezügen" sprechen (anders für den Fall des Minimaleinkommens Oertmann Anm. 2 zu § 627 B.G.B.). In den neueren Statuten wird aber meist eine feste Vergütung allein oder neben Tantieme versprochen. Hiernach wird das negative Erforderniß zu b und damit der Fall der freien Kündbarkeit nur selten vorliegen.

Erklärt das Aufsichtsrathsmitglied die Niederlegung seines Amtes, ohne nach Vorstehendem hierzu berechtigt zu sein, so ist diese Erklärung wirkungslos. Es bleibt Aufsichtsrathsmitglied, bis etwa seine Stellung von der Generalversammlung widerrufen oder sein Rücktritt von dieser genehmigt wird (worin ein Widerruf liegt) oder sein Amt durch Zeitablauf endet. Aber der Vorstand oder der Aufsichtsrath kann nicht etwa den Austritt eines Aufsichtsrathsmitgliedes giltig acceptiren; denn bei den Aufsichtsrathsmitgliedern hat nur die Generalversammlung durch förmlichen Beschluß das Recht zu wählen und abzuberufen.

Hiernach wird es nicht mehr so leicht, wie bisher, wenigstens im Gebiete des preußischen Rechts, sein, das einmal übernommene Amt als Aufsichtsrathsmitglied durch einfache Rücktrittserklärung niederzulegen und sich so einer unbequem gewordenen Aufsichtsrathsstelle zu entledigen. Wer besoldet ist und keinen wichtigen Grund zum Rücktritt hat, bleibt regelmäßig an sein Amt gefesselt. Man wird daher bei der Uebernahme der Aufsichtsrathsstellen vorsichtiger als bisher sein müssen, oder aber man bringt in die Statuten die Bestimmung, daß die Niederlegung des Amtes jederzeit, auch ohne wichtigen Grund erfolgen kann. Eine solche Statutenbestimmung ist zulässig, denn die fragliche Vorschrift des B.G.B. ist nicht zwingenden Rechts (ebenso Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse Anm. 40; anders Oertmann Anm. 4 zu § 627 B.G.B., weil sonst die Zweckbestimmung des Paragraphen vereitelt werden könnte, ein Grund, der nicht ausreicht, um zwingendes Recht anzunehmen; denn jede Gesetzesvorschrift hat eine Zweckbestimmung, die durch die entgegenstehende Abrede vereitelt wird).

Anm. 10. Die hier vorgesehenen Niederlegungserklärungen geschehen giltiger Weise an den Vorstand der Gesellschaft, aber auch an den Vorsitzenden des Aufsichtsraths, welcher für diese Art von Erklärungen wohl das legitimirte geschäftsführende Organ sein dürfte (vergl. Anm. 14 zu § 246).

Anm. 11. **Zusatz 1. Uebergangsfrage.** Die neue Vorschrift über die Dauer der Amtsperiode bezieht sich zwar auf ältere Gesellschaften, aber nicht auf frühere Wahlen (Anm. 4 ffg. zu § 178). Wenn die frühere Wahl nur dem früheren Recht entsprach, so ist sie giltig und ihre Dauer bestimmt sich nach bisherigem Recht. Die neue Bestimmung will nur eine praktische Hilfe gewähren, ohne daß ein öffentlich rechtliches Interesse dafür besteht, daß von derselben alsbald Gebrauch gemacht wird. Die Absichten des Gesetzes können auch unter Beobachtung der früheren Vorschriften erreicht werden (vergl. auch Pinner S. 166). Der Abs. 4 Satz 2 enthält eine Erleichterung, von welcher natürlich auch die älteren Gesellschaften vorkommenden Falls Gebrauch machen können.

Anm. 12. **Zusatz 2. Die Rechte und Pflichten eines zu Unrecht fungirenden Aufsichtsraths** lassen sich mit einem Worte nicht bestimmen. Seine Rechte ergeben sich daraus, daß er zu Unrecht gewählt war, also in Wahrheit ein Geschäftsführer ohne Auftrag war. Seine Pflichten sind, solange es noch latent ist, daß er zu Unrecht fungirt, civilrechtlich und gegenüber der Gesellschaft die eines ordnungsmäßigen Aufsichtsraths. Oeffentlich-rechtliche Vorschriften dagegen, die ihn z. B. den Gläubigern civilrechtlich haftbar machen oder deren Verletzung unter Strafe steht, treffen ihn nicht.

§ 244.

Jede Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsraths ist von dem Vorstand unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Vorstand hat die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Publikation und Einreichung der Publikation, wenn im Aufsichtsrath eine Personalveränderung eintritt.[1])

1. Die Vorschrift ist neu und entspricht einem dringenden Bedürfnisse. Früher blieben solche Personalveränderungen ein Internum der Gesellschaft, besonders, wenn das Generalversammlungsprotokoll über die Annahme der Wahl nichts enthielt, und stets, wenn es sich um die Niederlegung des Amtes handelte.

   Eine Eintragung der jeweiligen Zusammensetzung des Aufsichtsraths in das Handelsregister ist nicht angeordnet.
2. Die Vorschrift hat nach der Absicht des Gesetzes zur Folge, daß für Aktionäre und Dritte diejenigen Personen, welche nach dem Inhalt der zum Handelsgericht eingereichten Publikation die Aufsichtsrathsmitglieder sind, es wirklich sind und die einzigen sind, bis ihnen nachgewiesen werden kann, daß sie von einer solchergestalt noch nicht publizirten Veränderung des Personalbestandes sonstige Kenntniß hatten. Das kann wichtig werden für die Anfechtungsklage nach § 271 und für Rechtsgeschäfte, die mit dem Aufsichtsrath als Vertreter der Gesellschaft abgeschlossen werden, soweit derselbe überhaupt dazu legitimirt ist.
3. Zur Einreichung der Bekanntmachung kann der Vorstand durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 14).

§ 245.

Erhalten die Mitglieder des Aufsichtsraths für ihre Thätigkeit eine Vergütung, die in einem Antheil am Jahresgewinne besteht, so ist der Antheil von dem Reingewinne zu berechnen, welcher nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen sowie nach Abzug eines für die Aktionäre be-

[1]) Der erste Aufsichtsrath wird vom Registergericht publicirt (§ 199 Nr. 4).

stimmten Betrags von mindesten vier vom Hundert des eingezahlten Grundkapitals verbleibt.

Ist die den Mitgliedern des Aufsichtsraths zukommende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt, so kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Vergütung herabgesetzt wird, von der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.

Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsraths kann eine Vergütung für ihre Thätigkeit nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden. Der Beschluß kann nicht früher als in derjenigen Generalversammlung gefaßt werden, mit deren Beendigung die Zeit, für welche der erste Aufsichtsrat gewählt ist, abläuft.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph enthält mehrere Einzelvorschriften über die Vergütungen des Aufsichtsraths. Es empfiehlt sich aber, die ganze Lehre von der Vergütung des Aufsichtsraths im Zusammenhange zu entwickeln.

Anm. 1.

I. **Die Vergütung des ersten Aufsichtsraths.** Mag dieselbe in einem Antheil am Jahresgewinne oder in einer bestimmten Summe bestehen, stets kann dieselbe nur durch einen Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden, und nicht früher, als in derjenigen Generalversammlung, mit welcher die Amtsperiode des ersten Aufsichtsraths abläuft. Eine im Widerspruch mit dieser Vorschrift bewilligte Vergütung ist ungiltig und kann zurückgefordert werden (K.B. zum Aktiengesetz von 1884). Die Gesellschaftsorgane, welche die Auszahlung bewirkt haben, haften nach §§ 241 und 249 auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Besteht die Vergütung in einem Antheil am Jahresgewinne, so unterfällt sie außerdem der Vorschrift des Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen.

Anm. 2.

II. **Die Vergütung jedes folgenden Aufsichtsraths.**

1. **Baarauslagen** sind den Aufsichtsrathsmitgliedern zu erstatten, soweit sie dieselben nach dem Gegenstande für erforderlich halten durften (§§ 670, 675 B.G.B.), also auch dann, wenn sie in Wirklichkeit nicht erforderlich waren. — Auch ist nicht zweifelhaft, daß ein Aufsichtsrathsmitglied, welches der Gesellschaft **besondere, über den Rahmen der Aufsichtsrathsthätigkeit hinausgehende Dienste** leistet, hierfür besondere Vergütung beanspruchen kann (ein Rechtsanwalt führt Prozesse, ein Baumeister führt Bauten auf ꝛc. — Pinner S. 167).

Anm. 3.

2. **Auf eine Vergütung seiner Thätigkeit über die Erstattung der baaren Auslagen hinaus hat das Aufsichtsrathsmitglied nur Anspruch, wenn dies vereinbart ist.** Die Vereinbarung kann durch besonderen Vertrag erfolgen oder es kann durch Generalversammlungsbeschluß die Tantieme bewilligt werden oder es kann im Statut die Bestimmung getroffen sein. Die Bewilligung in den Statuten ist nicht die einzige Voraussetzung, wie Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen ergiebt. Die Vereinbarung kann mit Rechtswirkung nach außen vom Vorstande getroffen werden. Aber nach innen wird man annehmen müssen, daß, wenn weder die Statuten, noch ein Generalversammlungsbeschluß die Vergütung festsetzen, die Aufsichtsrathsmitglieder keine Vergütung erhalten sollen, und es überschreitet daher der Vorstand seine Befugnisse nach innen, wenn er in solchem Falle gleichwohl den Aufsichtsrathsmitgliedern eine Vergütung zusagt. — Wenn dagegen durch Generalversammlungsbeschluß oder durch die Statuten eine Vergütung festgesetzt ist, so bedarf es keiner besonderen Vereinbarung. In der Annahme des Amtes liegt dann die Vereinbarung. In der Annahme des Amtes ohne besondere Vereinbarung und ohne Statutenbestimmung und Generalversammlungsbeschluß, durch welche eine Vergütung festgesetzt wurde, ist aber nach Anschauung des Verkehrs die Absicht unentgeltlicher Amtsführung zu erblicken, auch dann, wenn es ein Kaufmann oder ein Rechtsanwalt oder eine sonstige Person ist, welche nur gegen Entgelt Dienste zu übernehmen pflegt. Hier ist eben nach den Umständen eine Vergütung nicht zu erwarten (§ 612 B.G.B.), und es kann nicht mit Pinner S. 167 nur dann diese Un-

entgeltlichkeit angenommen werden, wenn im Statute ausdrücklich die Bestimmung enthalten ist, der Aufsichtsrath erhalte keine Vergütung. Das Schweigen muß hier nach der Verkehrsanschauung in gleichem Sinne ausgelegt werden. Aber auch in diesem Falle darf die Generalversammlung nachträglich eine Vergütung gewähren (R.O.H. 22 S. 281; Behrend § 127 bei Anm. 30).

Anm. 4. Beruht die Festsetzung der Vergütung auf den Statuten, so kann nach Abs. 2 eine Abänderung der Statuten, welche die Vergütung herabsetzt, mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Diese Bestimmung ist zwingenden Rechts und eine Statutenbestimmung, welche hier erschwerende Erfordernisse aufstellte (z. B. Einstimmigkeit) würde ungiltig sein. (Es ist daran zu erinnern, daß sich diese Vorschrift im Gegensatz zu Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen auf jede Art der Vergütung, nicht bloß auf die Tantieme bezieht, aber andererseits nur auf die im Gesellschaftsvertrag festgesetzte.) Ein solcher Herabsetzungsbeschluß hat natürlich zunächst nur Wirkung nach innen, d. h. unter den Gesellschaftern und als Anweisung an den Vorstand. Mittelbar aber wirkt er auch nach außen. Beruht nämlich der Anspruch der zur Zeit des Beschlusses im Amt befindlichen Aufsichtsrathsmitglieder nicht auf besonderen Abmachungen, sondern lediglich auf Generalversammlungsbeschluß oder Gesellschaftsvertrag, so ist anzunehmen, daß sich ihr Anspruch auf die Vergütung gemäß dem Herabsetzungsbeschlusse ohne Weiteres modifizirt, weil die Annahme des Amtes als Aufsichtsrath ohne besondere Vergütungsabrede dahin zu verstehen ist, daß als Vergütung immer das zu zahlen ist, was Statut oder Generalversammlung als Vergütung bestimmen, wie dies im vorigen Absatze ausgeführt ist. (Anders natürlich, wenn die Vergütung besonders vereinbart ist; eine solche besondere Abrede wird durch Aenderung des Gesellschaftsvertrages natürlich nicht berührt.) Demgemäß ist denn auch (dies gegen Pinner S. 169) solche Herabsetzung der Vergütung kein wichtiger Grund zur Kündigung des Verhältnisses, denn wir nehmen ja an, daß die Generalversammlung auch einem Aufsichtsrathsmitglied gegenüber zu dieser Herabsetzung berechtigt ist. (Für die Erhöhung der Vergütung gilt übrigens nichts besonderes hinsichtlich der Erfordernisse der Statutenänderung.)

Anm. 5. 3. **Die Art der Vergütung** ist regelmäßig entweder eine feste Vergütung oder ein Antheil am Reingewinn (Tantieme). Außerdem kommt hin und wieder andere Vergütung vor (z. B. freies Entree in das Theater der Gesellschaft, freie Beköstigung, freie Wohnung ꝛc.). Ueber die Höhe der festen Vergütung sind keine Vorschriften gegeben. Dieselbe ist daher gesetzlichen Schranken nicht unterworfen. Lediglich das Interesse der Gesellschaft, welches absichtlich nicht geschädigt werden darf, ist hier die gesetzliche Grenze. Es kann auch eine feste Vergütung mit der Maßgabe vereinbart werden, daß sie auf die Tantieme in Anrechnung kommt oder auch neben der Tantieme, oder auch so, daß die Tantieme in bestimmter Höhe garantirt wird. Auch Umsatzprovisionen, Präsenzgelder ꝛc. können vereinbart werden, und man wird solche Art von Vergütung überall dort wählen, wo die Gesellschaft noch zu geringe Erträge abwirft, um angesichts der Bestimmung des § 245 die Gewährung einer Vergütung in Form von Antheilen am Reingewinn überhaupt zu ermöglichen.

Für die Tantiemeberechnung ist nun in der Vorschrift des Abs. 1 eine neue Vorschrift gegeben, über welche Folgendes zu bemerken ist:

Anm. 6. a) **Die Vorschrift ist zwingender Natur.** Schon die kategorische Fassung ergiebt dies, und sowohl der Antragsteller, als der Befürworter des Antrages und der Vertreter der verbündeten Regierungen haben dies als ihre Meinung im Plenum des Reichstages ausgesprochen (Stenogr. Berichte S. 113—115). Sie kann daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden, noch weniger durch gewöhnlichen Generalversammlungsbeschluß oder gar durch einfache Verwaltungsmaßregel des Vorstandes. Derartige Abänderungen wären ungiltig mit allen Folgen einer auf zwingendem Rechte beruhenden Ungiltigkeit. Es tritt also unheilbare Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung ein und diese wirkt unter Umständen auch auf die Giltigkeit des ganzen Vertrages ein (§ 139 B.G.B.). Das bezieht sich aber nur auf Abänderungen, welche

eine dem Aufsichtsrath günstigere Berechnung zum Gegenstande haben. Abänderungen nach der entgegengesetzten Richtung sind zulässig (vergl. Abs. 2 und oben Anm. 3).

b) **Der Inhalt der Tantiemeberechnungsvorschrift.** Der Tantiemeberechnung zu Anm. 7.
Grunde zu legen ist der Reingewinn nach Vornahme sämmtlicher Abschreibungen und Rücklagen und nach Abzug von mindestens 4% des eingezahlten Grundkapitals. (Durch den letzteren Abzug unterscheidet sich die Vorschrift von der analogen Vorschrift für die Vorstandsmitglieder im § 237).

α) **Der Reingewinn.** Hierunter ist zu verstehen der sich aus der Bilanz ergebende Reingewinn, nicht etwa der Betriebsgewinn des betreffenden Jahres. Ein Verlustvortrag aus früheren Jahren schmälert die Höhe dieses Reingewinnes (Näheres hierüber Anm. 4 zu § 237). Andererseits ist nach unserer Ansicht auch ein Gewinnvortrag aus früheren Jahren nicht in Abzug zu bringen (Näheres hierüber Anm. 4 zu § 237).

β) **In Abzug zu bringen sind sämmtliche Abschreibungen und Rücklagen und 4% für die Aktionäre.** Sämmtliche Abschreibungen, auch die außerordentlichen, d. h. diejenigen, die gemacht werden, obgleich sie durch eine thatsächliche Werthverminderung nicht bedingt werden. Anm. 8.

Sämmtliche Rücklagen, wiederum auch diejenigen, die durch die Sachlage nicht geboten sind, also auch die sogenannten unechten Reservekonten (Näheres hierüber Anm. 5—8 zu § 237), auch der Gewinnvortrag, der in das nächste Jahr herübergenommen wird (auch hierüber Näheres Anm. 7 zu § 237). Anm. 9.

4% für die Aktionäre und zwar mindestens 4%. Eine Tantiemeberechnung, die den Aktionären ein höheres Präcipuum für die Dividende sichert, ist natürlich zulässig. Die 4% berechnen sich vom eingezahlten Grundkapital, was wohl zu beachten ist, aber vom ganzen Aktienkapital, was ebenfalls zu beachten ist (vergl. Anm. 11). Anm. 10.

Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, von denen die eine ein Dividendenvorzugsrecht hat, so erfolgt auch in diesem Falle der Abzug in Höhe von 4% des ganzen Aktienkapitals. Die Vertheilung dieses Prozentsatzes unter die Aktionäre erfolgt nach Maßgabe der statutarischen Bestimmungen über die Vorrechte der Vorzugsaktien. Bestimmt z. B. § 6 der Statuten, daß die Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende von 5% erhalten, der Rest des Reingewinnes aber gleichmäßig unter die Vorzugs- und Stammaktien vertheilt werden soll, so kann der Statutenparagraph über die Vertheilung des Reingewinnes unter die Tantieme- und unter die Dividendenbezieher dahin lauten: „alsdann werden 4% des eingezahlten Kapitals in Abzug gebracht und nach Maßgabe des § 6 unter die Aktionäre vertheilt; von dem verbleibenden Reingewinne erhält der Aufsichtsrath eine Tantieme von 5%, der Rest des Reingewinnes wird wiederum nach § 6 verwendet, und zwar zunächst zur Ergänzung der den Vorzugsaktionären zustehenden Vorzugsdividende". Anm. 11.

γ) **Anderen Beschränkungen ist die Tantiemeberechnung nicht ausgesetzt.** Insbesondere ist also der Prozentsatz des zu gewährenden Antheils am Reingewinne seiner Höhe nach unbeschränkt. Anm. 12.

4. **Theilung des Anspruchs auf die Vergütung beim Vorhandensein mehrerer Aufsichtsrathsmitglieder.** Wenn die Vereinbarungen nicht ergeben, welcher Theil der Vergütung dem einzelnen Aufsichtsrathsmitgliede zufällt, so theilt sich der Anspruch des Aufsichtsraths auf die Tantieme in gleichmäßige Antheile (§ 420 B.G.B.), welche demgemäß von jedem einzelnen Aufsichtsrathsmitgliede direkt gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Anm. 13.

Auf das Maß der von jedem einzelnen Mitglied entwickelten Thätigkeit kommt es dabei nicht an. Insbesondere ist es gleichgiltig, ob es sämmtlichen Sitzungen beigewohnt hat (O.L.G. Dresden in Busch Archiv 47 S. 76). Doch können die Statuten natürlich hier Abweichendes bestimmen. Oft bestimmen die Statuten, daß der Vorsitzende zwei Theile erhalten soll. Anm. 14.

Anm. 15. 5. **Stirbt ein Aufsichtsrathsmitglied** während der Dauer der Amtsperiode, so erhält es seinen Tantiemeanspruchantheil (vergl. Anm. 16). Die Zahlung ist an die Erben zu leisten.

Anm. 16. 6. **Tantiemeanspruch für den Fall, daß im Laufe des Geschäftsjahres das Amt aufhört.** Macht die Generalversammlung von ihrem Widerrufsrechte Gebrauch, so hört damit die Vergütung des Aufsichtsraths für die Folgezeit auf. Die Bestimmung des § 231 Abs. 3 ist hier nicht anwendbar, wie Behrend § 127 Anm. 28 meint. Der Widerruf erfolgt durch einen hinsichtlich seiner Motive unkontrolirbaren Majoritätsbeschluß. Mit der Möglichkeit eines solchen Beschlusses, einer willkürlichen Abberufung muß jedes Mitglied des Aufsichtsraths bei Annahme seiner Wahl rechnen. Es ist als Wille beider Theile anzunehmen, daß die Wahl auf die statutarische Wahlperiode gelten soll, falls nicht eine Generalversammlung einen vorherigen Widerruf ausspricht, und daß die Aufsichtsrathsmitglieder nur solange entschädigt werden sollen, als sie nach dem Willen der organisirten Gesammtheit Aufsichtsrathsmitglieder sind. Die Vergütung kommt den jeweiligen Aufsichtsrathsmitgliedern, im Falle des Widerrufs also fortan den Ersatzmännern zu. Ob die Generalversammlung Grund hatte zum Widerruf oder nicht, kann gar nicht untersucht werden. Jeder Stimmende mag einen anderen Grund gehabt haben, den er niemandem zu verrathen braucht. Nach dem Vorstehenden sind diese Gründe gleichgiltig. Der Majoritätswille ist Grund genug. Wesentlich unterstützt wird diese Ansicht durch die Auslassung des Vorbehalts von Entschädigungsansprüchen in diesem Paragraphen im Gegensatz zu § 231 Absatz 3, wo beim Widerruf der Bestellung des Vorstandes dieser Vorbehalt gemacht ist. (Zust. Ring Anm. 9 zu Art. 191 und Pinner S. 165; dagegen Behrend S. 862 Anm. 28; Hagen bei Gruchot 42 S. 366; Rudorff S. 193.) — Bei Niederlegung des Amtes durch das Aufsichtsrathsmitglied aus wichtigem Grunde gilt das Analoge. Auch hier sind die Vergütungsvereinbarungen dahin zu deuten, daß der jeweilige Aufsichtsrath die Vergütung erhält. Der § 628 Abs. 2 B.G.B. kommt insoweit nicht zur Anwendung. Bei Niederlegung ohne wichtigen Grund auf Grund des § 627 B.G.B. (vergl. Anm. 9 zu § 243) besteht ebenfalls kein weiterer Entschädigungsanspruch. — Ueber die Berechnung der Tantieme pro rata temporis siehe Anm. 12 zu § 237.

Anm. 17. 7. **Die Tantieme wird fällig mit rechtsgiltiger Fassung des Dividendenvertheilungsbeschlusses.** Ja selbst dann, wenn dieser Beschluß nicht gefaßt sein sollte, weil zwar ein Reingewinn vorhanden, aber die flüssigen Mittel zur Vertheilung nicht ausreichen, würde doch der Tantiemeanspruch fällig werden, und zwar mit rechtsgiltiger Fassung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses (R.G. 11 S. 163).

Anm. 18. **Uebergangsfrage.** Die neuen Vorschriften des vorliegenden Paragraphen über die Berechnung der Tantieme (Abs. 1) und über die leichtere Möglichkeit, die Vergütungen herabzusetzen, finden auch auf frühere Gesellschaften Anwendung (Anm. 4 zu § 178). Es fragt sich jedoch, ob dies in die Rechtsverhältnisse der am 1. Januar 1900 im Amte befindlichen Aufsichtsrathsmitglieder eingreift. Beruht der Anspruch auf Vergütung lediglich auf dem Gesellschaftsvertrage, so greift das oben Gesagte Platz. Das Aufsichtsrathsmitglied muß sich diese veränderte Rechtslage auch hier gefallen lassen. Das muß als Parteiwille betrachtet werden (vergl. oben Anm. 4). Beruht dagegen die Vergütung auf besonderem Dienstvertrage, so wird dieselbe durch die neue Vorschrift nicht alterirt (vergl Anm. 15 zu § 237).

§ 246.

Der Aufsichtsrath hat die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und sich zu dem Zwecke von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über diese Angelegenheiten Berichterstattung von dem Vorstande verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen sowie den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Werthpapieren und Waaren untersuchen. Er hat die Jahres-

rechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber der Generalversammlung Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsraths werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht Anderen übertragen.

Einleitung.

Rechte und Pflichten des Aufsichtsraths. War in den vorhergehenden Paragraphen über die Zusammensetzung des Aufsichtsraths disponirt und eine Bestimmung über seine Vergütung gegeben, so beschäftigt sich dieser Paragraph mit den Rechten und Pflichten des Aufsichtsraths. **Für den allgemeinen Charakter des Aufsichtsraths** ergiebt sich aus den Vorschriften dieses Paragraphen, sowie aus den sonstigen zerstreut vorkommenden Vorschriften des Gesetzes Folgendes: Die Gesellschaft hat geschäftsführende und vertretungsberechtigte Organe. Diese Organe sind Generalversammlung, Aufsichtsrath und Vorstand. Doch ist die Abgrenzung der Befugnisse und Obliegenheiten dieser drei Organe nicht derart, daß es gerechtfertigt wäre, in kurzer Antithese zu sagen, wie das Reichsgericht (Bd. 3 S. 129) dies thut: die Gesellschaft habe ein Willensorgan, die Generalversammlung, ein ausführendes Organ, den Vorstand, und ein kontrolirendes Organ, den Aufsichtsrath. Denn der Vorstand ist sicherlich auch ein Willensorgan, und der Aufsichtsrath ist nicht bloß kontrolirendes Organ.

Vielmehr entspricht Folgendes der Lage der Gesetze:

Die geschäftsführenden Organe der Gesellschaft sind Generalversammlung, Aufsichtsrath und Vorstand; Vertretungsorgan ist hauptsächlich der Vorstand, ausnahmsweise auch der Aufsichtsrath und ganz ausnahmsweise auch die Generalversammlung (vergl. Anm. 5 zu § 250).

Der Aufsichtsrath ist hiernach geschäftsführendes und ausnahmsweise auch Vertretungsorgan. Seine Geschäftsthätigkeit besteht zunächst und unabänderlich in derjenigen kontrolirenden Thätigkeit, die ihm im vorliegenden Paragraphen zugewiesen ist. Daneben hat ihm schon das Gesetz anderweite Thätigkeiten, reine Verwaltungsakte, zugewiesen, nämlich im § 238 die Ertheilung der Zustimmung zur Bestellung des Prokuristen, und im vorliegenden Paragraphen das Recht und die Pflicht, die Generalversammlung einzuberufen, so oft das Gesellschaftsinteresse dies erfordert; vergl. auch § 222 Abs. 4. Und endlich ist nach Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen dem Gesellschaftsvertrage überlassen, ihm weitere Obliegenheiten, also weitere Verwaltungsgeschäfte, zu übertragen.

Ausnahmsweise aber ist der Aufsichtsrath auch Vertretungsorgan nach außen, nämlich nach positiver gesetzlicher Vorschrift bei Anfechtungsklagen gegen die Gesellschaft (§ 271) und bei Klagen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder, sowie bei Rechtsgeschäften mit denselben (§ 247). Eine Ausdehnung dieser Ausnahmestellung auf andere Fälle ist nicht statthaft. So z. B. wenn Ring (Anm. 1 Art. 225) annimmt, der A.R. sei immer dann gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft und verpflichte die Gesellschaft unmittelbar, wenn seine Geschäftsführung Handeln nach außen mit sich bringt, z. B. bei Engagirung von technischen Hilfskräften für seine kontrolirende Thätigkeit. — Vergl. jedoch in Rings Sinne Behrend § 127 Anm. 17 a. E.; Pinner S. 171; O.L.G. Hamburg in Seufferts Arch. 47 S. 312; auch O.L.G. Karlsruhe bei Holdheim 1892 S. 58; L.G. I Berlin bei Holdheim 3 S. 83. — Auch statutarisch kann nicht dem A.R. für andere Fälle Vertretungsmacht eingeräumt werden, und am allerwenigsten ist es statthaft, ihn zum ständigen Vertreter zu machen (Behrend § 127 Anm. 7a; R.G. v. 25. Mai 1897 in J.W. S. 349). — Tritt der Aufsichtsrath nach außen handelnd auf, in der Absicht Namens der Gesellschaft zu handeln, so verpflichtet er, soweit ihm die Vertretungsmacht mangelt, sich selbst als falsus procurator gemäß § 179 B.G.B. (vergl. Anm. 39 flg. im Exkurse zu § 58).[1])

[1]) In den Prozessen, in denen der Aufsichtsrath die Gesellschaft nicht vertritt, kann jedes Aufsichtsrathsmitglied als Zeuge vernommen werden.

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich nicht mit den Ausnahmefällen, in welcher der Aufsichtsrath Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, sondern befaßt sich nur mit dem Aufsichtsrath als Kontrol- und Geschäftsführungsorgan.

In den 4 Absätzen des Gesetzes ist die Materie wie folgt abgehandelt:

1. Gesetzlicher Umfang der Kontrolthätigkeit (Abs. 1).

2. Die Pflicht, erforderlichen Falls die Generalversammlung einzuberufen (Abs. 2).

3. Die Konzession an das Statut zur Aufstellung weiterer Obliegenheiten (Abs. 3).

4. Delegationsverbot (Abs. 4).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Gesetzlicher Umfang der Kontrolthätigkeit.** Die dem Aufsichtsrath hier auferlegten Verpflichtungen sind uneinschränkbar. Der Gesellschaftsvertrag kann sie erweitern, aber nicht verringern. Die Kontrolthätigkeit steht ihm nur als geschlossenem Organ zu, nur alle Mitglieder des Aufsichtsraths oder einzelne von diesem delegirte können sie ausüben. Für die Vorweisung der Bücher und die Untersuchung der Bestände ist dies besonders hervorgehoben (vergl. unten Anm. 6). Die Statuten können hierin Aenderungen treffen, können z. B. den Vorsitzenden oder sonstigen Mitgliedern des Aufsichtsrathes eine selbstständige Kontrole einräumen.

Anm. 2. a) Der Aufsichtsrath hat den Vorstand zu überwachen. Das Gesetz hat sich mit Recht damit begnügt, nur die allgemeine Ueberwachungspflicht aufzustellen. Was der Aufsichtsrath im Einzelnen zu thun hat, um diese seine Pflicht zu erfüllen, ist Sache seines Ermessens. Jedes Unternehmen, jede Gesellschaft, jede Zusammensetzung des Vorstandes wird in dieser Beziehung verschiedene Pflichten auferlegen. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftmannes ist überall die Grundlage (§ 249). Das Recht, dem Vorstande Weisungen zu ertheilen, ist hiernach vom Gesetze nicht gegeben, kann aber durch Statut vorgesehen sein (vergl. unten Anm. 10). Daß, sofern der Geschäftsbetrieb durch andere Organe oder Personen besorgt wird, die Aufsicht sich auf diese erstrecken muß, kann nicht bezweifelt werden, zumal die engere Fassung des Art. 225 („hat den Vorstand zu überwachen") fallen gelassen ist. Indessen ist es immer nur der Vorstand, bezw. der Komplementar, gegen den sich das Kontrolrecht wendet. Zu den Angestellten des Geschäfts steht der Aufsichtsrath in keiner direkten Beziehung, ihnen gegenüber hat der Aufsichtsrath bei etwaiger Weigerung, sich der Kontrole zu unterwerfen, kein direktes Machtmittel (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 225).

Anm. 3. b) Er hat sich zu diesem Zwecke vom Gange der Angelegenheiten zu unterrichten. Die Worte „zu dem Zwecke" sind mit Absicht hinzugefügt (K.B. 3 Akt.-Ges. v. 1884 S. 21). Sie sollen einmal einer Ausdehnung der Informationsbefugniß über den Ueberwachungszweck hinaus vorbeugen, andererseits andeuten, daß die Informationspflicht so weit geübt werden muß, als jener Zweck es erfordert.

Anm. 4. c) Er kann jederzeit vom Vorstande Berichterstattung fordern und selbst oder durch einzelne vom Aufsichtsrath zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen, sowie sämmtliche Bestände untersuchen. Die Stellung, die durch diese Bestimmung dem Aufsichtsrath gegenüber dem Vorstande eingeräumt ist, ist durch Statut nicht einschränkbar (Ring Anm. 2 zu Art. 225). Zum Gedeihen der Gesellschaft kann sie nur ausgefüllt werden, wenn beide Organe sich entgegenkommen. Fehlt das Entgegenkommen, so ist die Stellung nicht blos thatsächlich schwierig, sondern auch im Einzelnen rechtlich so zweifelhaft, daß eine wirksame Ausübung der Befugnisse des Aufsichtsraths nicht möglich ist.

Anm. 5. a) Wenn dem Aufsichtsrath das Recht gegeben ist, jederzeit Berichterstattung vom Vorstande zu erfordern, so ist das doch cum grano salis zu verstehen. Es liegt auf der Hand, daß auch hier nur vernünftige Anforderungen gestellt werden können. Der Aufsichtsrath kann nicht Berichterstattung außerhalb der Geschäftsstunden verlangen, oder wenn der Vorstand gerade anderweite unaufschiebbare Geschäfte vor hat, auch nicht zur Chikane wiederholt dieselbe Auskunft erfordern (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 225).

β) Er kann die Einsicht der Bücher und Vorweisung der Bestände nur in corpore oder durch einzelne, besonders hierzu delegirte Mitglieder erfordern. Dem einzelnen Aufsichtsrathsmitgliede ist dieses Recht versagt, um der Ausbeutung des Geschäfts durch Benutzung der Geschäftsgeheimnisse vorzubeugen (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 22). Anm. 6.

γ) Innerhalb dieser Grenzen hat der Vorstand die Verpflichtung, die Informirung des Aufsichtsraths zu ermöglichen. Er unterliegt sonst den Ordnungsstrafen nach § 319. Auch kann der A.R. eine G.V. einberufen (Anm. 9). Endlich hat er das Recht zu Klagen und einstweiligen Verfügungen (hierüber § 247). Anm. 7.

δ) Er hat die Jahresrechnungen, Bilanzen und Gewinnvertheilungsvorschläge zu prüfen und darüber der Generalversammlung zu berichten. „Alljährlich" ist nicht gesagt, weil es sich auch um Semestralbilanzen handeln kann. Die Prüfung der Jahresrechnung kann nur darin bestehen, daß der Aufsichtsrath sich von der Uebereinstimmung der Bilanz mit den Büchern, insbesondere mit der Inventur überzeugt und die Grundsätze, nach denen die Bilanz aufgestellt ist, seiner Beurtheilung unterzieht. Darüber hinaus sämmtliche Inventurbestände nachzuprüfen, liegt thatsächlich außerhalb der Möglichkeit und rechtlich außerhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Anm. 8.

2. (Abs. 2.) **Er hat die Pflicht, eine Generalversammlung einzuberufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.** Dieses Recht und diese Pflicht ist gegeben zur wirksameren Ausübung des Kontrolrechts, involvirt aber einen Akt selbstständiger Geschäftsführung (nicht der Vertretung, weil sich ja dieser Akt nur an die Gesellschafter wendet). Es ist dies eine derjenigen Thätigkeiten, durch welche schon kraft des Gesetzes der Aufsichtsrath aus dem Rahmen einer bloßen Aufsichtsinstanz heraustritt (vergl. oben die Einleitung). Bei Verletzung dieser Pflicht tritt Schadensersatz ein (R.G. 35 S. 83; vergl. Anm. 5 zu § 235). Anm. 9.

3. (Abs. 3.) **Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsraths werden durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt.** Der Gesellschaftsvertrag kann neben seinen Aufsichtspflichten und den wenigen Geschäftsführungspflichten, die dem Aufsichtsrath kraft des Gesetzes obliegen, Geschäftsführungsakte der mannigfachsten Art unter die Kompetenz des Aufsichtsraths stellen, und thatsächlich machen die Statuten der Gesellschaften hiervon den umfassendsten Gebrauch. Ja es kann sogar bestimmt werden, daß der Aufsichtsrath über Alles, was geschehen soll, Beschluß zu fassen hat und der Vorstand nichts thun darf, als was der Aufsichtsrath anordnet, oder auch in anderer Form alles das thun muß, was der Aufsichtsrath bestimmt. Es kann ihm somit, was Petersen u. Pechmann S. 461 ohne Grund für unzulässig erklären, die ganze Geschäftsführung übertragen sein, selbstverständlich salvis juribus der Generalversammlung und vorbehaltlich gewisser dem Vorstande vom Gesetze unentziehbar übertragener Geschäftsführungsakte (vergl. hierüber Anm. 7 zu § 231). Der Vorstand kann auf diese Weise, was seine innere Stellung betrifft, im Großen und Ganzen, wenn auch nicht ganz und gar zum bloßen Exekutivbeamten des Aufsichtsraths herabgedrückt werden (vergl. Anm. 7 zu § 231). In Konfliktsfällen, besonders wenn das an ihn gestellte Verlangen ungesetzlich ist, bleibt den Vorstandsmitgliedern die Berufung der G.V. nach § 253 Abs. 2 und als äußerstes Mittel die Demission (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 247; Ring Anm. 3 zu Art. 225). Nach außen freilich bleibt auch in solchen extremen Fällen der Unterordnung des Vorstandes unter den Aufsichtsrath der Vorstand der Vertreter der Gesellschaft, seine Handlungen bleiben nach außen giltig, und umgekehrt wird der Aufsichtsrath auch in solchem Falle nicht Vertreter der Gesellschaft. Anm. 10.

4. (Abs. 4.) **Die Mitglieder des Aufsichtsraths können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht auf andere Personen übertragen.** Damit soll nur gesagt sein, daß die Aufsichtsrathsmitglieder die Erfüllung ihrer Pflichten nicht auf andere abwälzen können (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 22). Anm. 11.

Nicht untersagt sollte damit sein, innerhalb des Aufsichtsraths zu einzelnen Thätigkeiten Mitglieder aus ihrer Mitte zu delegiren, wie schon Abs. 1 ergiebt, insbesondere zu Anm. 12.

einem Kreise von Thätigkeiten Kommissionen zu bilden. Es steht sogar nichts entgegen, daß der Aufsichtsrath sich generell in der Weise organisirt, daß ein Theil seiner Mitglieder die kontrolirende, der andere die geschäftsführende Thätigkeit ausübt. Auf diese Weise kann sich innerhalb des Aufsichtsraths ein Verwaltungsrath abzweigen. Immer ist dabei festzuhalten, daß der Gesellschaft gegenüber der Aufsichtsrath ein einheitliches Organ bildet, dessen sämmtliche Mitglieder mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsmänner die Pflicht der Ueberwachung nach Abs. 1 zu erfüllen haben, und ebenso alle diejenigen Geschäftsführungspflichten, die ihnen das Statut auferlegt. Ob sie diesen Pflichten im einzelnen Falle genügen, wenn sie eine Thätigkeit nicht selbst, sondern durch ein delegirtes Mitglied oder eine ständige Kommission ausüben, ist Thatfrage.

Anm. 13. Nicht untersagt sollte ferner sein, daß der Aufsichtsrath für die Ausübung seiner Funktion sich sachverständiger Hilfe bedient (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 227; Ring Anm. 4; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 476). Dabei ist zwischen Zuziehung und Vertretung wohl zu unterscheiden. Zu den Revisionen der Bücher einen gerichtlichen Bücherrevisor zuzuziehen, ist erlaubt, nicht erlaubt aber ist es, daß der Aufsichtsrath generell eine fremde Person anstellt, welche periodisch und selbstständig die Revision der Bücher vornimmt, während er selbst sich darüber nicht einmal einen Bericht erstatten läßt. Der Aufsichtsrath erfüllt auf diese Weise seine Pflicht nicht, und solcher Person braucht der Vorstand die Bücher nicht vorzulegen. Erlaubt ist es, zu den Sitzungen einen juristischen Beirath zuzuziehen, nicht erlaubt, sich bei der Abstimmung durch einen Bevollmächtigten, und sei es auch ein anderes Mitglied des Aufsichtsraths, vertreten zu lassen.

Anm. 14. **Zusatz 1. Ueber die Art und Weise, wie der Aufsichtsrath seine Funktionen zu erfüllen hat,** sagt das Gesetz nichts. Desto ausführlicher pflegen in diesem Punkte die Statuten zu sein. Das Gesetz bestimmt nicht einmal, daß der Aufsichtsrath einen *Vorsitzenden* haben müsse; wie abzustimmen ist; daß Protokolle über die Aufsichtsrathssitzungen zu fertigen sind u. s. w. Nach allen diesen Richtungen, insbesondere über die Befugnisse des Vorsitzenden herrscht vollständige Vertragsfreiheit. Eine förmliche Konstituirung des Aufsichtsraths, insbesondere zu notariellem Protokoll, wie dies üblich ist, ist hiernach von *Gesetzeswegen* nicht erforderlich. Hat sich aber der Aufsichtsrath konstituirt und einen Vorsitzenden gewählt, so wird man annehmen können, daß der Vorsitzende des A.R. zwar nicht legitimirt ist, im Namen des A.R. bindende Erklärungen abzugeben, wohl aber die gefaßten Beschlüsse den Betheiligten mitzutheilen und umgekehrt Mittheilungen für das Aufsichtsrathskollegium entgegenzunehmen (Mittheilungen des Vorstandes, z. B. Urlaubsgesuche der Vorstandsmitglieder, Mandatsniederlegungen — (R.G. 13 S. 50) —; auch Zustellungen Dritter; vergl. Alexander in G.Z. 40 S. 106). Ist über die Frage, *wie viel Mitglieder zur Beschlußfähigkeit gehören*, und über die Abstimmung nichts bestimmt, so gilt als Grundsatz, daß alle Mitglieder des Aufsichtsraths mitstimmen müssen und absolute Mehrheit entscheidet (Ring S. 492).

Anm. 15. **Zusatz 2. Fraglich ist geworden, ob neben dem Aufsichtsrath auch noch die Bildung eines Verwaltungsraths zulässig ist.** Ring (Anm. 5 zu Art. 225) bejaht dies auf Grund des § 235 Abs. 2, welcher von der Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsraths, oder eines *anderen Organs* spricht, welches letztere füglich nur der Verwaltungsrath sein könne. Wir schließen uns Ring an. Einmal ist die Bezugnahme auf § 235 in der That beweisend. Aber auch abgesehen davon ist als Absicht des Gesetzes nicht zu erkennen, daß nur die drei Organe, die es nennt, zu dulden seien. Vielmehr steht es mit den Tendenzen des Gesetzes in keinerlei Widerspruch, anzunehmen, daß vom Gesetze nur eine Minimalorganisation aufgestellt sei, und nichts steht dem entgegen, daß eine vorsorgliche Gesellschaft dem Vorstande außer dem Kontrolorgan des Aufsichtsraths noch ein besonderes ständiges geschäftsführendes Organ in einem Verwaltungsrath an die Seite stellt, dessen Aufgabe es ist, in mehr oder weniger ausgedehntem Umfange nach innen anzuordnen, was der Vorstand nach außen auszuführen habe. Uebrigens kommt es auf dasselbe hinaus und bedeutet nur einen Unterschied im Namen, nicht in der Sache, wenn Esser Anm. 6 zu § 235 sagt: „Der Verwaltungsrath ist gefallen, aber die Zulässigkeit jedes andern Organs ist auf-

rechterhalten. Statthaft erscheint es daher, daß die Generalversammlung kraft des Statuts außer dem Aufsichtsrath eine besondere Revisionskommission oder auch ein sonstiges Kollegium aus Aktionären oder Nichtaktionären behufs Vornahme gewisser Funktionen ernennt." Zust. Pinner S. 172 mit der zutreffenden Einschränkung, daß die gesetzlich nothwendigen Funktionen des Aufsichtsraths einem andern Organ nicht übertragen werden können. So auch Holdheim in seiner Zeitschrift 1893 S. 66, Marcus bei Perl und Wreschner 1897 S. 69.

§ 247.

Der Aufsichtsrath ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten und gegen die letzteren die von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten zu führen.

Handelt es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsraths, so kann dieser ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen.

Vertretungsrecht und Klagerecht des Aufsichtsraths.

1. (Abs. 1.) **Recht des Aufsichtsraths, die Gesellschaft in Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten zu vertreten.** Will der Vorstand mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließen, so kann er zwar, wenn dies nach Lage der Sache als gestattet gilt, mit sich selbst kontrahiren (§ 181 B.G.B.). Aber es kann auch der Ausweg gewählt werden, daß der Aufsichtsrath die Vertretung der Gesellschaft übernimmt und es empfiehlt sich, daß zur Vermeidung der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte dieser Ausweg gewählt werde, wenn nach Lage der Sache zweifelhaft ist, ob das Selbstkontrahiren als gestattet gelten kann. Anm. 1.

Eine weitere Vertretungsbefugniß steht ihm zu, wenn es sich um die Führung von Prozessen handelt, welche nach Beschluß der Generalversammlung von der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstandes zu führen sind. Anm. 2.

Insoweit hat also der Aufsichtsrath das Recht, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Darüber, daß dies nur ausnahmsweise der Fall ist, und ob dem Aufsichtsrath noch weitere Vertretungsbefugnisse zustehen oder vom Statut beigelegt werden können, siehe die Einleitung zu § 246. Anm. 3.

Soweit der Aufsichtsrath Vertretungsbefugniß nach außen hat, richtet sich der Umfang seiner Vertretungsmacht nach dem Inhalt des in Rede stehenden Geschäfts. Beschränkungen nach innen, welche ihm etwa von der Generalversammlung auferlegt werden, hat er zwar zu beachten, aber nach außen sind solche Beschränkungen wirkungslos, bis auf den Fall der Kollusion. Es gelten hier die für die Vertretungsbefugniß des Vorstandes aufgestellten Grundsätze analog (vergl. daher die Anmerkungen zu § 235). Anm. 4.

2) (Abs. 2.) **Das selbstständige Klagerecht des Aufsichtsraths gegen die Vorstandsmitglieder.** Soweit es sich um die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Aufsichtsraths handelt, so kann derselbe ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen. Dieses Klagerecht steht dem Aufsichtsrath als Kollegium zu. Die Klage steht nicht den einzelnen Aufsichtsrathsmitgliedern zu, und dem Aufsichtsrath nicht als Vertreter der Gesellschaft. Vielmehr ist der Aufsichtsrath als Kollegium Prozeßpartei, wie dies Ring (S. 438) aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift zutreffend darlegt, nicht, wie Behrend S. 858 Anm. 1 und Pinner annehmen, früher auch wir annahmen, die Gesellschaft. Es kann sein, daß der Vorstand damit umgeht, eine gesetzwidrige Handlung zu begehen, für welche der Aufsichtsrath verantwortlich gemacht werden könnte. In solchem Falle kann der Aufsichtsrath aus eigener Machtvollkommenheit klagen und braucht einen Beschluß der Generalversammlung nicht abzuwarten. Ja er kann auch gegen den Beschluß der Generalversammlung von diesem Klagerecht Gebrauch machen. Denn auch ein Generalversammlungsbeschluß schützt ihn unter Um- Anm. 5.

ständen nicht vor seiner Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern, (§§ 241 und 249) und von dieser Klage wird der Aufsichtsrath Gebrauch machen müssen, wenn er nicht nach § 249 den Vorwurf auf sich laden soll, daß er mit seinem Wissen und ohne sein Einschreiten eine der dort vorgesehenen Manipulationen hat passiren lassen. — In den geeigneten Fällen kann der Aufsichtsrath natürlich auch eine einstweilige Verfügung beantragen. — Die Kosten des Prozesses treffen im Unterliegungsfalle den Aufsichtsrath, d. h. die Mitglieder desselben.

§ 248.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths können nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern sein, auch nicht als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen.

Nur für einen im Voraus begrenzten Zeitraum kann der Aufsichtsrath einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellen; während dieses Zeitraums und bis zur Entlastung des Vertreters darf der letztere eine Thätigkeit als Mitglied des Aufsichtsraths nicht ausüben. Auf die in solcher Weise bestellten Vertreter finden die Vorschriften des § 236 keine Anwendung.

Scheiden aus dem Vorstande Mitglieder aus, so können sie nicht vor der Entlastung in den Aufsichtsrath gewählt werden.

Einleitung. **Abgrenzung zwischen Aufsichtsrath und Vorstand.** Nachdem das Gesetz im § 246 den Aufsichtsrath zu demjenigen Organ gemacht hat, welches die Geschäfte des Vorstandes zu überwachen hat, trifft es im vorliegenden Paragraphen Vorsorge dafür, daß seine Absichten nicht durch Verschmelzung der beiden Gesellschaftsorgane vereitelt werden. Daher ist hier das Prinzip aufgestellt: Wer Mitglied des Aufsichtsraths ist, darf nicht zugleich Mitglied des Vorstandes (und auch nicht geschäftsführender Beamter) sein. Von diesem Prinzip ist jedoch eine Ausnahme gemacht (Abs. 2). Im 3. Absatz ist darüber hinaus noch Vorsorge getroffen, daß ein ausgeschiedenes Mitglied des Vorstandes nicht früher Mitglied des Aufsichtsrathes werden kann, als bis es entlastet ist.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 u. 2.) **Ein Aufsichtsrathsmitglied darf weder Vorstandsmitglied, noch dauernd Stellvertreter eines solchen, noch Beamter der Gesellschaft sein.**

a) (Abs. 1.) **Das Prinzip.** Die Vorschrift ist absolut. Wird sie verletzt, übernehmen Mitglieder des Aufsichtsraths die Stellung eines Vorstandsmitgliedes, eines dauernden Stellvertreters desselben oder eines geschäftsführenden Beamten, so scheiden sie damit aus dem Aufsichtsrath aus (Ring Anm. 1 zu Art. 225a; Pinner S. 174; Behrend § 127 Anm. 19). Das Verbot, geschäftsführender Beamter zu werden, ist nur zu beziehen auf eine ständige Geschäftsführung, sodaß den Mitgliedern des A.R. nicht verwehrt ist, die Ausführung einzelner Geschäfte zu übernehmen, thatsächlicher oder rechtlicher Natur, für Rechnung oder auch im Namen der Gesellschaft (Ring Anm. 1 zu Art. 225a; Behrend § 127 Anm. 17), mit und ohne Entgelt, wohl aber ist ihnen verwehrt, was Behrend mit Unrecht zuläßt, eine dauernde Stellung als technischer Beamter (Architekt, Vertrauensarzt, Justiziar) bei der Gesellschaft zu übernehmen, denn auch das ist Geschäftsführung im Sinne des H.G.B., und erfordert ebenso dringend die Kontrole durch eine dritte Person, wie die Führung von Rechtsgeschäften (mit Behrend stimmt überein Pinner S. 174).

Anm. 2. b) (Abs. 2.) **Die Ausnahme** ist im Interesse kleiner Aktiengesellschaften, denen es für Fälle der Behinderung der Vorstandsmitglieder an geeignetem Vertretungsmaterial fehlen möchte, von der Reichstagskommission der Nov. v. 1884 eingeführt worden. Sie bezieht sich nur auf den Fall, daß ein Vorstandsmitglied eine Zeitlang behindert

ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Die Funktionen des Behinderten werden dann voll und ganz von dem Delegirten wahrgenommen. Nicht ist gemeint die Bestellung eines Gesellschaftsvertreters für Fälle, in denen der fungirende Vorstand wegen Kollision an der Vertretung behindert erscheint. Für solche Fälle kann ja der Aufsichtsrath als Vertreter der Gesellschaft auftreten (§ 247). Die Vorschrift ist nur dispositiv. Die Statuten können dem Aufsichtsrath die hier in Rede stehende Befugniß nehmen (Ring Anm. 2 zu Art. 225a; Förtsch Anm. 3 zu Art. 225a; während Behrend § 127 Anm. 20 die Vorschrift für absolut erachtet, was aber nicht anzunehmen ist, da den Gesellschaften nur eine Erleichterung gewährt werden soll und beneficia non obtruduntur). Die Befugniß hat der Aufsichtsrath aber, auch wenn das Statut sie ihm nicht besonders verleiht; sie steht ihm kraft Gesetzes zu, auch dann, wenn die Wahl des Vorstandes an sich anderen Organen übertragen ist (Pinner S. 174). — Die Ausnahme bezieht sich, wie nicht zu übersehen ist, nur auf Delegation in den Vorstand, Beamte dürfen die Aufsichtsrathsmitglieder auf keinen Fall werden, auch nicht für den Fall der Behinderung eines Gesellschaftsbeamten.

a) **Die ausnahmsweise Delegation setzt voraus:** daß die Delegation im voraus zeitlich begrenzt ist, doch nicht nothwendig in den Statuten, sondern in der Bestellung durch den Aufsichtsrath. Verlängerung ist zulässig. Die Delegation setzt ferner voraus, daß es sich um einen Behinderungsfall handelt, worunter wir mit Makower und allerdings gegen die herrschende Ansicht (vergl. Ring Anm. 2 zu Art. 225a; Behrend § 127 Anm. 20) und gegen die in der Reichstagskommission (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 22) vertretene Meinung den Fall des Ausscheidens eines Vorstandsmitgliedes nicht verstehen. Denn von einem behinderten Mitgliede kann man nur sprechen, wenn die Person noch Mitglied ist, aber verhindert ist, ihre Funktionen auszuüben. So erhält ein durch Krankheit behinderter König einen Stellvertreter in dem Regenten, der aber, wenn der König stirbt, aufhört sein Stellvertreter zu sein und selbst König wird (zust. Förtsch Anm. 3 zu Art. 225a; Pinner S. 174; L.G. I Berlin bei Holdheim 5 S. 371). Auch muß es sich um einen bestimmten, bereits vorliegenden oder sicher bevorstehenden Behinderungsfall handeln (L.G. Bremen bei Holdheim 4 S. 358), wenn es auch etwas zu weit geht, unbedingt einen bereits vorliegenden Behinderungsfall zu verlangen, wie dies vom Kammergericht bei Johow 15 S. 30 geschieht. Eine Entsendung in den Vorstand für alle möglichen künftigen Fälle der Behinderung ist, auch wenn die Entsendung auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt ist, unzulässig (Johow 15 S. 30). Die Ausnahme setzt endlich voraus eine Bestellung durch den Aufsichtsrath, wobei es gleichgiltig ist, wie im Uebrigen die Bestellung der Vorstandsmitglieder nach dem Statut erfolgt (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 22). Eine fernere, vom Gesetze nicht erwähnte, aber aus dem Sinne des Gesetzes folgende Voraussetzung ist, daß der Aufsichtsrath durch die Delegation nicht aufhört, beschlußfähig zu sein. Dies bestreitet Behrend (§ 127 Anm. 20) mit Unrecht. Die Vorschrift bezweckt, den Erfolg zu erreichen, daß eines der Organe der Gesellschaft nicht aufhöre, so zu funktioniren, wie es im Sinne von Gesetz und Statut liegt. Aber gerade dieser Erfolg würde auf andere Weise wieder eintreten, wenn man der Behrend'schen Ansicht folgen würde (zust. Ring Anm. 3 zu Art. 225a; Pinner S. 174; Förtsch Anm. 3 zu Art. 225a). Wird hiergegen zuwidergehandelt, so tritt die in Note 1 erörterte Rechtsfolge ein. Anm. 3.

Alle diese Voraussetzungen sind dem Registerrichter nachzuweisen; sonst erfolgt die Eintragung nicht (Behrend § 127 Anm. 20; Petersen und Pechmann S. 465; Pinner S. 175; gegen das materielle Prüfungsrecht Ring Anm. 3 zu Art. 225a). Die Eintragung enthält aber nicht die zeitliche Beschränkung und den Behinderungsfall. Wenigstens gehört Beides nicht in die Eintragung. Dagegen wird allerdings insofern oft gefehlt, als die Zeit der Amtsdauer des in den Vorstand delegirten Aufsichtsrathsmitgliedes eingetragen wird Anm. 4.

(Holdheim in seiner Wochenschrift Bd. 3 S. 201 ff.). Wohl aber muß der Registerrichter für befugt gehalten werden, von Amtswegen auf Löschung der Eintragung zu dringen, nachdem die Amtsdauer abgelaufen ist (Holdheim ebenda S. 204; Pinner S. 175).

Anm. 5. β) **Die Delegation hat zur Folge, daß der Delegirte Vorstandsmitglied wird.** Er muß als solcher nach § 234 eingetragen werden. Aber er ist Vorstandsmitglied von der Bestellung an, nicht erst vom Zeitpunkte der Eintragung, ist Dritten gegenüber durch diese Bestellung als Vorstandsmitglied legitimirt, so daß der Dritte die übrigen Voraussetzungen der Bestellung, wie sie zu α aufgestellt sind, nicht zu prüfen braucht (§ 235 Abs. 2), und bleibt gutgläubigen Dritten gegenüber legitimirt, bis die Voraussetzungen eingetreten sind, unter welchen auch sonst die Legitimation des Vorstandes Dritten gegenüber erlischt, d. h. durch Löschung im Register (L.G. I Berlin bei Holdheim 5 S. 372).[1]) Der Delegirte ist Vorstandsmitglied mit derselben Rechtsstellung, wie sie der Behinderte einnahm. Nur von dem Konkurrenzverbote ist er, wie Abs. 2 hervorhebt, befreit. Andererseits hört die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrath nicht auf (er kann nur thatsächlich die Funktion nicht ausüben, nicht mitstimmen) und folgeweise hört auch der Tantiemebezug nicht auf (Kayser Anm. 6 zu Art. 225a; Ring Anm. 3 zu Art. 225a; Pinner S. 175).

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Die Vorschrift des Abs. 3** will verhüten, daß ein Mitglied des Vorstandes in die Lage kommt, über seine eigenen Angelegenheiten zu Gericht zu sitzen. Die gleichwohl erfolgte Wahl ist ungiltig und bleibt es, da gegen eine zwingende Vorschrift verstoßen ist, auch wenn der Beschluß nicht angefochten wird. Umgekehrt kann aber ein Aufsichtsrathsmitglied Vorstandsmitglied werden, ehe dem Aufsichtsrath Entlastung ertheilt ist. Das Gesetz hat dies nicht verboten, ebenso nicht, daß Gesellschaftsbeamte Aufsichtsrathsmitglieder werden können, wenn sie ihr Amt niederlegen.

Anm. 7. **Zusatz. Auf ältere Gesellschaften** aus der Zeit vor der Novelle v. 1884 findet nach § 6 des Aktiengesetzes der Paragraph keine Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen enthält. Dieser § 6 ist nach Art. 2 Abs. 2 E.G. z. H.G.B. nicht aufgehoben, an die Stelle des von ihm in Bezug genommenen Art. 225a des alten ist gemäß Art. 3 E.G. z. H.G.B. der § 248 des neuen H.G.B. getreten. So faßt auch die Denkschrift S. 306 die Rechtslage auf. Auf Gesellschaften aber, die nach der Nov. v. 1884 errichtet sind, greift der § 248 H.G.B. Platz, da für diese Gesellschaften eine ähnliche salvatorische Klausel nicht gegeben ist. Hier greifen allgemeine Grundsätze Platz (Anm. 4 zu § 178).

§ 249.

Die Mitglieder des Aufsichtsraths haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit den Vorstandsmitgliedern als Gesammtschuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten die im § 241 Abs. 3 bezeichneten Handlungen vorgenommen werden. Auf die Geltendmachung des Ersatzanspruchs finden die Vorschriften des § 241 Abs. 4 Anwendung.

---

[1]) Mit Recht wirft Behrend (§ 127 Anm. 20) angesichts dieser Rechtsfolgen die Frage auf: Worin äußert sich nun die Wirksamkeit der gesetzlichen Kautelen? Er antwortet zutreffend: Abgesehen von der Verantwortlichkeit der das Gesetz überschreitenden Aufsichtsrathsmitglieder nur darin, daß das widerrechtlich in den Vorstand abgeordnete Mitglied definitiv aus dem A.-R. ausscheidet.

Die Ansprüche auf Grund der Vorschriften der Abs. 1 bis 3 verjähren in fünf Jahren.

Der vorliegende Paragraph enthält das Maß der den Aufsichtsrathsmitgliedern obliegenden Sorgfalt und die Folgen ihrer Pflichtverletzung.

I. **Das Maß der Sorgfalt** ist in derselben Weise geregelt, wie im § 241 (vergl. daher Anm. 1 zu § 241). Das Maß kann auch hier zwar verschärft, aber nicht gemildert werden (vergl. Anm. 1 zu § 241). Anm. 1

Die Beweislast haben die in Anspruch genommenen Aufsichtsrathsmitglieder (vergl. Anm. 2 zu § 241).

Der Regreß wird beseitigt durch die Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung. (Hierüber und wann ausnahmsweise diese Berufung nicht durchschlagend ist, siehe Anm. 4 zu § 241).

Ebenso wird der Anspruch der Gesellschaft beseitigt durch Vergleich, Entlastung ꝛc.

Die Sorgfaltspflicht bezieht sich auf alle Obliegenheiten des Aufsichtsraths, sie mögen auf Statut oder Gesetz beruhen.

II. **Die Folgen der Pflichtverletzung.** Anm. 2.

1. **Der Gesellschaft gegenüber.** Sie haften mit den Vorstandsmitgliedern (sc. wofern auch diese haften) als Gesammtschuldner (vergl. hierüber §§ 421 ffg. B.G.B.). Sie haften übrigens auch dann, wenn eine Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder nicht vorliegt, sei es, daß der Aufsichtsrath allein thätig gewesen ist, oder daß den Aufsichtsrath allein, nicht auch den Vorstand eine Schuld trifft.

Besonders hervorgehoben sind mehrere Fälle, die im § 241 Nr. 1 bis 6 aufgezählt sind.

Ueber diese ist im Einzelnen Folgendes zu sagen:

a) Allen gemeinsam ist, daß hier nicht ein bloßes schuldhaftes Verhalten (anders bei den Vorstandsmitgliedern) vom Gesetze erwähnt ist, sondern es ist hier zur Voraussetzung gemacht, daß jene rechtswidrigen Akte geschehen mit Wissen und ohne Einschreiten der Aufsichtsrathsmitglieder. Damit ist jedoch nur gesagt, daß sie „insbesondere" in diesen Fällen haften. Sie sollen, wenn jene rechtswidrigen Akte geschehen sind, nicht etwa nur unter der Voraussetzung haften, daß sie mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt sind. Vielmehr haften sie, wenn die allgemeine Haftungsvoraussetzung des Abs. 1 vorliegt, ebenfalls für die Folgen dieser rechtswidrigen Akte.[1]) Nur sollen sie „insbesondere" haften, wenn jene rechtswidrigen Akte mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten geschehen sind. Die Hervorhebung dieser qualifizirten Fälle beruht auf Gesetzestechnik. Der Verfasser des Gesetzes wollte dadurch zur Aufzählung derjenigen Fälle gelangen, in denen die Aufsichtsrathsmitglieder nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Gläubigern haften. Anm. 3.

Die qualifizirten Fälle haben nun folgende Requisite:

α) Mit ihrem Wissen. Bloßes Wissenmüssen genügt nicht (Behrend § 127 Anm. 39; Hagen bei Gruchot 42 S. 345; Pinner S. 176). Anm. 4.

β) Ohne ihr Einschreiten. Wie sie einschreiten müssen, sagt das Gesetz nicht. Aber es ergiebt sich aus sonstigen Grundsätzen. Anträge auf Ordnungsstrafen, Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung, Absetzung des Vorstandes, auch Klagen und einstweilige Verfügungen (vergl. § 247); insbesondere die An- Anm. 5.

[1]) Beispiel der Haftung für diese rechtswidrigen Akte auf Grund der allgemeinen Voraussetzung des Abs. 1: Ein Direktor hatte mit einem einzigen, als insolvent bekannten Kunden Geschäfte in größerem Maßstabe gemacht, wodurch für die Gesellschaft eine große Forderung an einen insolventen Kunden entstand, die aber in den Büchern als vollwerthig figurirte. Der Aufsichtsrath hatte die Bücher nicht revidirt. Er würde sonst dieses große Konto entdeckt und entweder auf Beitreibung der Forderung, oder aber auf Abschreibung der Forderung gedrungen haben. In letzterem Falle wäre entsprechend geringere Dividende vertheilt worden. Gewußt hatte er von jenen leichtsinnigen Kreditirungen nicht. Mit seinem Wissen sind also die unzulässigen Dividenden nicht vertheilt worden. Gleichwohl haftet der Aufsichtsrath dafür.

fechtungsklage des § 271 Abs. 4 sind geeignete Mittel — vergl. R.G. 13 S. 47, 49, wo es mit Recht für ungenügend gehalten wurde, daß sich das Aufsichtsrathsmitglied mit Ermahnungen und Bitten begnügte, — unter Umständen auch Strafanzeigen (Behrend § 127 Anm. 39). Umgekehrt folgt hieraus, daß sich die Aufsichtsrathsmitglieder von der Haftung befreien, wenn sie alles ihnen Mögliche thun, um die Ausführung zu verhindern. (K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 18.)

Anm. 6. b) Zum Ersatze sind sie verpflichtet. Vergl. hierüber Anm. 9 zu § 241.

Anm. 7. c) Was zum Thatbestande der einzelnen hervorgehobenen Fälle zu bemerken ist, darüber siehe Anm. 10 zu § 241.

Anm. 8. 2. **Den Gläubigern gegenüber.** Ueber die Voraussetzungen des Anspruchs der Gläubiger, über die weiteren Modalitäten dieser Klage und insbesondere über die Modalitäten für den Fall des Konkurses der Gesellschaft siehe Anm. 11 ffg. zu § 241.

III. **Ueber die Verjährung des Anspruchs** siehe Anm. 17 zu § 241.

Anm. 9. **Zusatz. Ueber die Haftung der Aufsichtsrathsmitglieder aus ihren Amtshandlungen Dritten**
Anm. 10. **gegenüber** (gegenüber den Gläubigern in anderen, als den oben Anm. 3 erwähnten Fällen, gegenüber den Aktionären und gegenüber den der Gesellschaft fernstehenden Personen) siehe Anm. 19 ffg. zu § 241.

§ 250.

Die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte, zustehen, werden durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß die Rechte der Aktionäre in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Generalversammlung ausgeübt werden.** Die Erläuterung soll sich an die folgenden drei Begriffe anschließen: 1. Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft; 2. die Generalversammlung; 3. die Beschlußfassung.

Anm. 1. 1. **Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft.** Die Rechte der Aktionäre sind zweierlei: Ansprüche an die Gesellschaft auf vermögensrechtliche Leistungen (allen voran das Dividendenrecht) und gesellschaftliche Herrschaftsrechte, d. h. Rechte, die Schicksale der Gesellschaft mitzubestimmen, Mitverwaltungsrechte. Von diesen letzteren Rechten wird in dem vorliegenden und in den folgenden Paragraphen gehandelt, nicht bloß in dem vorliegenden. Wenn das Gesetz im vorliegenden Paragraphen sagt: Die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft werden in der Generalversammlung ausgeübt, so ist damit nicht gesagt, daß die Gesellschaftsrechte allein in der Generalversammlung ausgeübt werden, daß sich im Stimmrecht des Aktionärs sein Herrschaftsrecht erschöpft. Vielmehr soll damit gesagt sein, daß regelmäßig die Aktionäre ihre Herrschaftsrechte in der Generalversammlung durch gemeinsame Beschlußfassung ausüben (vergl. Behrend § 121 bei Anm. 2). In den Generalversammlungsbeschlüssen kommt der Gesammtwille der Aktionäre zur Geltung. Die Aktionäre haben aber noch andere Rechte, um auf die Schicksale der Gesellschaft, die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bestimmend einzuwirken. In gewissen Fällen giebt das Gesetz den einzelnen Aktionären unter der Voraussetzung eines bestimmten Aktienbesitzes solche Rechte. Dahin gehört das Recht auf Untersuchung von Gesellschaftsvorgängen (§ 266), auf Einberufung einer Generalversammlung (§ 254), auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren (§ 295). Ja in einem Falle ist ein solches Recht jedem Aktionär, der in der Generalversammlung auch nur mit einer einzigen Aktie gestimmt hat, verliehen, nämlich das Recht, Generalversammlungsbeschlüsse anzufechten (§ 271).[1])

[1]) Weitere Minderheitsrechte haben die Aktionäre nicht, insbesondere hat der Einzelaktionär nicht allgemein das Recht, durch Klage oder einstweilige Verfügung die Vornahme oder Nichtvornahme von Rechtshandlungen gegen den Vorstand zu erzwingen. Unzutreffend ist die Ansicht Cosacks (S. 621), daß er durch einstweilige Verfügung die Nichtvornahme jeder Maßregel bis zur

Von allen diesen Rechten des Aktionärs wird im vorliegenden Paragraphen nur das Recht, durch Theilnahme an der Abstimmung in der Generalversammlung auf die Schicksale der Gesellschaft mitbestimmend einzuwirken, abgehandelt. Das ist das Aktionärrecht κατ' ἐξοχήν, das oberste gesellschaftliche Herrschaftsrecht des Aktionärs. Daneben stehen ihm noch andere gesellschaftliche Herrschaftsrechte zu: das Untersuchungsrecht nach § 266, das Einberufungsrecht nach § 254, das Anfechtungsrecht nach § 271 u. s. w. Völlig verfehlt ist es, wenn die Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 (I S. 235) diese anderen Rechte Individualrechte nennen. Das Individuum kommt dabei nicht in Betracht, sondern der Aktienbesitz. Auch was von der Natur dieser Rechte in den Motiven gesagt wird, trifft nicht zu: „bei ihnen würden von den Einzelaktionären oder Minderheitsfraktionen als Träger und Vertreter des Gesammtwillens der Aktionäre Rechte der Gesellschaft Namens und im Interesse derselben ausgeübt". Abgesehen davon, daß diese Erwägung den Namen Individualrechte erst recht als unzutreffend erscheinen läßt, trifft sie nicht das Richtige. Der Aktionär verfolgt auch mit diesen Rechten nur sein Interesse. Er will in seinem Interesse auf die Schicksale der Gesellschaft einwirken, weil er dadurch für den Inhalt seines Antheilrechts Vortheile erzielen will. Ob er dabei auch das ideale Interesse verfolgt, der Gesammtheit als solcher zu nützen, wird oft recht fraglich sein; jedenfalls kommt es für die Charakterisirung dieser Rechte nicht darauf an, ob es im einzelnen Falle vorhanden ist oder fehlt. Er verfolgt jedenfalls nur sein Recht, auf welches er auch wirksam verzichten kann (vergl. hinsichtlich des Anfechtungsrechtes aus § 271 das Urtheil des Reichsgerichts Bd. 24 S. 427). Anm. 2.

2. **Die Generalversammlung.** Regelmäßig werden hiernach die Rechte der Aktionäre in Angelegenheiten der Gesellschaft durch Beschlußfassung in der Generalversammlung ausgeübt. Die Generalversammlung, das heißt nicht eine Versammlung aller Aktionäre, sondern eine Versammlung, an welcher Theil zu nehmen allen Aktionären das Recht zusteht und Gelegenheit gegeben wurde, wird gewöhnlich als das oberste Willensorgan der Gesellschaft bezeichnet. Mit dieser abstrakten Bezeichnung ist aber nicht viel gewonnen. Ihre Stellung innerhalb der Organisation der Gesellschaft muß eingehend dargelegt werden. Anm. 3.

Die Aktiengesellschaft als bloß gedachte Person kann nur durch physische Personen regiert werden und nur durch physische Personen im Rechtsverkehr nach außen auftreten. Physische Personen müssen ihre gesetzlichen Vertreter sein, um Rechtsbeziehungen nach außen anzuknüpfen, physische Personen müssen nach innen auf die Führung der Geschäfte bestimmend einwirken. Anm. 4.

Die gesetzliche Vertretung nach außen fällt regelmäßig und vorzüglich dem Vorstand zu und nur ausnahmsweise dem Aufsichtsrath (vergl. Einleitung zu § 246), und nur ganz ausnahmsweise der Generalversammlung, welche ebenfalls regelmäßig Vertreterin der Gesellschaft nach außen nicht ist (R.G. vom 18. 2. 99 bei Holdheim 8 S. 141).[1] Anm. 5.

Die Geschäftsführungsorgane sind dreierlei: Generalversammlung, Aufsichtsrath und Vorstand. Von der Geschäftsführungsthätigkeit der letzteren beiden Organe wird an anderer Stelle gehandelt (§ 246, 235).

Entscheidung der Generalversammlung erzwingen könne. Das ist schon deßhalb nicht richtig, weil er einen entsprechenden Hauptanspruch nicht hat. Er hat nur ein Recht zu stimmen, nicht ein Recht auf einen Beschluß bestimmten Inhalts.

[1]) Ausnahmsweise vertritt auch die Generalversammlung die Gesellschaft nach außen. Die Anstellungsverträge, welche die G.V. mit denjenigen Personen schließt, welche ihre Organe (Vorstand oder Aufsichtsrath) werden sollen, und welche sie in dem Falle sogar schließen muß, wenn ein anderes Vertretungsorgan der Gesellschaft nicht vorhanden ist, sind juristisch nur so konstruirbar, daß in solchen Fällen die G.V. selbst als Kollegium gedacht wird, welches, wie in gewissen Fällen das Aufsichtsraths-Kollegium, die Gesellschaft vertritt. Behrends Erklärung (§ 121 Anm. 8) dieser Verträge (gegenüber ihren Organen könne die Gesellschaft durch die Beschlüsse der G.V. unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden) reicht nicht aus, weil es sich ja hier nicht um ein Kontrahiren mit den Organen, sondern mit fremden Personen, die hierdurch Organe werden sollen, handelt. — Bei der Bestellung der Revisoren nach § 266 und von Prozeßvertretern nach § 268 fungirt sie als Vertreterin der Gesellschaft: sie bestellt sie Namens der Gesellschaft.

Anm. 6. Die Generalversammlung ist hinsichtlich der Geschäftsführung in der Weise thätig, daß sie Beschlüsse faßt, durch welche sie auf die Geschäftsführung der andern Organe (veranlassend, hindernd, genehmigend) einwirkt. In anderer Weise ist sie geschäftsführend nicht thätig. Will man die Beschlußfassung Geschäftsführung nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden. Die Beschlüsse der Generalversammlung sind bindend für die Aktionäre und die Gesellschaftsorgane, welche letzteren durch dieselben der Gesellschaft gegenüber entlastet werden (Behrend § 121 Anm. 4). Umgekehrt verpflichten sie auch die Gesellschaft unmittelbar gegenüber den Aktionären und den Gesellschaftsorganen (Behrend § 121 Anm. 8).

Anm. 7. **Der Zuständigkeit der Generalversammlung** unterliegen zunächst diejenigen Gegenstände, welche das Gesetz ihr ausschließlich zuweist (Statutenänderung, Kapitalserhöhung, Kapitalsherabsetzung, Wahl und Abberufung von Aufsichtsrathsmitgliedern u. s. w.). Außerdem ordnen die Statuten oft ausdrücklich an, daß über diesen oder jenen Gegenstand nur die Generalversammlung Beschluß zu fassen hat. **Ueberdies kann sie Alles bindend beschließen, was ihrer Zuständigkeit nicht durch Statut entzogen ist.** Sie ist das oberste Willensorgan der Gesellschaft und ist in allen Fällen zuständig, in welchen nicht gesetzlich ein anderes Organ fungirt (Gierke, Genossenschaftstheorie S. 691; Pinner S. 177; mit Unrecht bestritten von Simon S. 17). Dies wird jetzt auch durch § 32 B.G.B. bestätigt, der subsidiär gilt. Aber Gesetz und Statut muß ihre Beschlußfassung beobachten; sonst ist dieselbe ungiltig und anfechtbar. Hiernach bestimmt sich die Frage, inwieweit die Generalversammlung zur Ueberlassung ihres Betriebes an eine andere Person ohne Statutenänderung (vergl. zu § 274), inwieweit sie zu Schenkungen und Interceſſionen befugt ist. Das Reichsgericht (3 S. 134 ffg.) erachtet die Generalversammlung hierzu nicht für kompetent. Allein die Generalversammlung vermag in jeder Weise über das Vermögen der Gesellschaft zu disponiren, wenn nur der statutarisch vorgesehene Zweck der Gesellschaft dadurch nicht verletzt ist, weil sonst eine Verletzung des Statuts vorläge. Aber Schenkungen können sehr wohl dem Gesellschaftszwecke entsprechen. So z. B. wenn eine Terraingesellschaft eines ihrer Grundstücke einem berühmten Arzte zur Erbauung eines Sanatoriums zur Verfügung stellt, in der Absicht, hierdurch den Werth ihrer Terrains zu erhöhen.

Anm. 8. Ganz selbstverständlich ist ferner, daß die Generalversammlung den Aktionären nicht sogenannte **Sonderrechte** entziehen kann. Unter Sonderrechten sind diejenigen Rechte der Aktionäre zu verstehen, welche unentziehbar sind.[1]) Sind sie entziehbar, so sind sie eben

---

[1]) Das alte H.G.B. kannte den Begriff Sonderrechte nicht und auch das neue H.G.B. erwähnt ihn nicht. Aber das B.G.B. erwähnt ihn im § 35, wo es heißt, daß Sonderrechte eines Vereinsmitgliedes nicht ohne seine Zustimmung durch Beschluß der Generalversammlung beeinträchtigt werden können. Indessen liegt hierin keine Lösung der Streitfrage. Denn der Begriff Sonderrechte wird hier vorausgesetzt. Aber in Wahrheit ist der Streit um die Frage, was unter Sonderrecht zu verstehen ist, kein eigentlicher wissenschaftlicher Streit, höchstens eine systematische Frage. Als eigentlich unrichtig kann keine Begriffsbestimmung bezeichnet werden, die nur dem Ausdruck Sonderrecht in sprachlicher Hinsicht gerecht wird.

Cosack (S. 644) versteht darunter diejenigen Rechte, welche nur einzelnen im Statut individuell bezeichneten Aktionären zustehen, die Aktionärvortheile des § 186, Behrend (§ 118 bei Anm. 14) die Vermögensansprüche des Aktionärs. Erstere Definition wird dem sprachlichen Ausdruck gerecht, letztere nicht. Aber auch unsere Definition ist sprachlich richtig. Es sind diejenigen Rechte, über welche nicht der Gesammtwille der Aktionäre, sondern nur der Sonderwille der berechtigten Aktionäre disponiren darf. (Vergl. auch Lippmann in G.Z. 39 S. 204 ffg.; Ring Anm. 6.) Alexander (in seiner Monographie: Die Sonderrechte der Aktionäre, Berlin 1892) versteht darunter alle Rechte, welche den Mitgliedern als solchen, d. h. im Verhältniß zur Körperschaft zustehen. Diese weite Definition wird dem sprachlichen Ausdrucke nicht gerecht, denn dieser läßt deutlich erkennen, daß darunter nicht alle Aktionärrechte zu verstehen sind, sondern nur eine Art derselben, die aus irgend einem Grunde den Sondernamen Sonderrechte verdient. Eck (Vorträge zum B.G.B.) erblickt darin nur solche Rechte, die einem Mitgliede nicht bloß auf Grund der Mitgliedschaft, sondern auf Grund eines besonderen Titels zustehen. Zu dieser Einschränkung liegt aber kein Anhalt vor. Seine Meinung, daß alle allgemeinen Mitgliedsrechte der Vereinsgewalt unterliegen, trifft nicht zu. In ihr aber wurzelt seine einschränkende Definition der Sonderrechte. Lehmann (in Kohler und Rings Archiv Bd. 9 S. 297 ffg.) steht insofern auf unserem Standpunkte, als er den Begriff des Sonderrechts in der Unentziehbarkeit per maiora erblickt. Er will aber darüber hinaus auch noch die Voraussetzung der Unentziehbarkeit durch

keine Sonderrechte (vergl. Planck zu § 35 B.G. a. E.). Dabei ist die Unentziehbarkeit in dem Sinne gedacht, daß die Entziehung per maiora auch nicht für alle Aktionäre gemeinsam erfolgen darf. Denn dazu braucht ein Recht kein Sonderrecht zu sein, um dagegen gefeit zu sein, daß die Mitgliederversammlung nicht ein Mitglied herausgreift und diesem das Recht entzieht, es den anderen aber beläßt. Die Frage ist nur die, ob ein Recht *davor* gesichert ist, daß die Mitgliederversammlung es auch nicht durch einen den Grundsatz der Gleichberechtigung wahrenden Mehrheitsbeschluß aufheben kann. Ist es *davor* gesichert, so ist es ein Sonderrecht. Die Unentziehbarkeit kann auf öffentlichrechtlicher Bestimmung oder auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen. Wann die Unentziehbarkeit als gewollt, angeordnet oder stipulirt zu betrachten ist, kann nur im Einzelfalle im Wege der Auslegung festgestellt werden. Auf Grund des Gesellschaftsvertrages unentziehbar sind *besondere Vortheile*, welche einem Aktionär auf Grund des § 186 zugesichert sind. Eine solche Zusicherung ist ihrem Sinne nach unentziehbar durch die Majorität der Genossen. Es kann daher ein einem bestimmten Aktionär unter dem Rechte von 1884 zugesichertes Aktienbezugsrecht durch die Generalversammlung nicht aufgehoben werden, wohl aber können die den Aktionären als solchen in früheren Statuten zugesicherten Aktienbezugsrechte aufgehoben werden, weil hier weder durch jus publicum, noch durch Vertrag die Unentziehbarkeit stipulirt ist (vergl. zu § 283). Zur Veranschaulichung sei ferner noch angeführt, daß das *Stimmrecht* keinesfalls der Aktie genommen werden kann, weil dies die zwingende Vorschrift des § 252 verbietet.[1]) Des ferneren können die sogenannten *Minderheitsrechte* durch keinen Generalversammlungsbeschluß genommen oder auch nur verkürzt werden, so z. B. das Anfechtungsrecht nach § 271, das Recht auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung nach § 254.[2]) Unentziehbar ist das Recht auf *Einsicht* und *Abschrift* nach § 263, das Recht auf Ausantwortung einer Aktienurkunde, auf Eintragung in das Aktienbuch, auf Zulassung zur Generalversammlung, auf Beurkundung eines in dieser erklärten Widerspruchs u. s. w. Ob das Dividendenrecht dazu gehört, darüber vergl. Anm. 7 ffg. zu § 213, ob das Recht auf die Liquidationsquote, darüber siehe zu § 292 u. § 300. (Vergl. überall Ring Anm. 6 zu Art. 221.) — Da der Generalversammlungsbeschluß das Sonderrecht überhaupt nicht zu entziehen vermag, so braucht der Sonderberechtigte einen solchen Beschluß nicht anzufechten. *Anders, wenn der Beschluß das Recht nicht entzieht, sondern es nur verletzt, mißachtet.* In solchem Falle ist er nicht absolut ungiltig, sondern wird durch Nichtanfechtung giltig. Beispiele: Das Stimmrecht kann keiner Aktie genommen werden, ein Beschluß, welcher bestimmen würde, die Stammaktien haben kein Stimmrecht mehr, wäre absolut ungiltig; wird aber in einer einzelnen G.V. aus irgend einem Grunde einem Stammaktionär oder gar allen Stammaktionären die Zulassung zum Stimmen versagt, so wird der solchergestalt zu Stande gekommene Beschluß durch Nichtanfechtung giltig. Oder: Das Recht auf Einsicht des Geschäftsberichts (§ 263) kann, auch nicht durch Generalversammlungsbeschluß, einem Aktionär oder allen Aktionären entzogen werden. Wird es aber einmal widerrechtlich verweigert, dieses Recht also verletzt, so wird der Beschluß durch Nichtanfechtung giltig. In dieser Weise ist es zu präzisiren und einzuschränken, wenn Pinner S. 179 sagt, daß die gesellschaftlichen Sonderrechte dem § 271 unterworfen sind.

---

eine generelle Formel bestimmen, und zwar dahin, daß es sich um wesentliche Bestandtheile des Mitgliederrechts handeln muß, wobei eine objektive Wesentlichkeit vom Standpunkte des Durchschnittsaktionärs gemeint sei. Die Formel erscheint nicht unzutreffend, aber leider nicht geeignet, für die Entscheidung des Einzelfalles ein erhebliches Hilfsmittel zu bieten.

[1]) Dagegen können die Abstimmungsmodalitäten geändert werden. Z. B. es wird nachträglich durch Statut bestimmt, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Tage zu hinterlegen sind, es werden Vorschriften für die Vertretung aufgestellt, die Anwesenheit einer bestimmten Zahl von Aktionären wird nachträglich gefordert u. s. w. (Näheres siehe bei Lehmann in Kohler und Rings Archiv Bd. 9 S. 364.)

[2]) Ring (Anm. 7 zu Art. 221) trennt die Minderheitsrechte scharf von den Sonderrechten. Mit Unrecht, da auch er Sonderrechte diejenigen Rechte nennt, welche unentziehbar sind. Das ist doch bei den Minderheitsrechten der Fall. Daß der Einzelaktionär nicht immer mittels ihrer allein durchdringt, ist richtig. Das haben sie aber mit dem Stimmrecht gemein. Das unentziehbare Sonderrecht besteht hier wie dort in dem Rechte der Mitwirkung.

Anm. 9. Die Generalversammlung kann endlich nicht disponiren über diejenigen Rechte, welche den Aktionären als Dritten gegen die Gesellschaft zustehen. Das sind die sogen. gemeinen Rechte (vergl. Goldschmidt, System § 59), z. B. die Ansprüche aus Kauf, Darlehn, Pfandbestellung. Diese gemeinen Rechte sind wohl zu scheiden von den Sonderrechten. Die letzteren stehen den Aktionären als Gesellschaftern, jene als Dritten zu. Gewisse Rechte, die in der Mitgliedschaft ihren Grund haben, erwachsen übrigens zu selbstständigen Gläubigerrechten, so das Dividendenrecht nach der Feststellung (Anm. 10 zu § 213).

Anm. 10. 3. **Die Beschlußfassung der erschienenen Aktionäre.** Hierüber Näheres zu § 251.

Anm. 11. **Zusatz. Die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung.** Sie liegt dem Vorstand ob. Er hat das Recht und die Pflicht, die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen. Hält er sie nicht für giltig, so hat er das Recht, sie anzufechten (§ 271) und auch die Pflicht (O.L.G. Jena bei Holdheim 1893 S. 219), letzteres aber nur dann, wenn er den Beschluß für schädlich hält. Führt er den Beschluß aus, ohne ihn anzufechten, so ist er der Gesellschaft gegenüber jedenfalls gedeckt, außer wenn er die Fassung verschuldet hat (Anm. 4 zu § 241), oder die Ungiltigkeit ganz offensichtlich war; den Gläubigern gegenüber ist er nicht gedeckt, auch wenn er die Ungiltigkeit durch alle Instanzen vergeblich verfolgt hätte (Anm. 12 zu § 241).

Anm. 12. Der Aufsichtsrath hat die Beschlüsse nicht auszuführen, wohl aber die Ausführung zu überwachen (§ 246). Hält er einen Beschluß für ungiltig, so darf jedes Mitglied des Aufsichtsraths den Beschluß anfechten, wenn die Ausführung ihn den Gläubigern gegenüber haftbar machen würde (§ 231). In den geeigneten Fällen hat der Aufsichtsrath auch die Pflicht, gegen die Mitglieder des Vorstandes auf Unterlassung der Ausführung des Beschlusses zu klagen (§ 247 Abs. 2).

§ 251.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), soweit nicht durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder sonstige Erfordernisse vorgeschrieben sind.

Für Wahlen können im Gesellschaftsvertrag andere Bestimmungen getroffen werden.

Die Abstimmung und die erforderliche Stimmenmehrheit.

Anm. 1. 1. **Regelmäßig,** d. h. wenn Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen, gilt das Erforderniß der einfachen (absoluten) Majorität, d. h. eine Stimme mehr als die Hälfte der Gesammtzahl der abgegebenen giltigen Stimmen. Bei Stimmengleichheit ist also der Antrag abgelehnt. Nur die abgegebenen Stimmen werden hierbei gezählt. Die Aktien derjenigen Personen, die nicht stimmen, sei es, daß sie sich freiwillig der Abstimmung enthalten oder sich derselben enthalten müssen, werden nicht mitgezählt. Das wurde schon früher angenommen (R.G. 20 S. 144) und folgt jetzt unmittelbar aus den Gesetzesworten, da eben nur die abgegebenen Stimmen gezählt werden. Erscheint nur ein Aktionär, so faßt dieser alle Beschlüsse (R.G. 34 S. 116).

Anm. 2. 2. **Ausnahmen.** Gesetz oder Gesellschaftsvertrag können eine größere Mehrheit bestimmen und auch sonstige Erfordernisse aufstellen; eine noch größere Mehrheit, also noch mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen, z. B. $^3/_4$ oder gar Einstimmigkeit, sonstige Erfordernisse, d. h. außerdem noch andere Erfordernisse, z. B., daß die Mehrheit einen bestimmten Theil des Grundkapitals darstellen muß, oder daß eine bestimmte Anzahl von Personen mitstimmen muß. Andere Abstimmungsarten sind aber nicht zulässig, außer bei Wahlen, worüber alsbald gehandelt werden soll. Es ist also z. B., wenn es sich nicht um Wahlen handelt, nicht zulässig zu bestimmen, daß bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden oder das Loos entscheidet.

Anm. 3. Für Wahlen können sogar nicht bloß strengere, sondern auch andere Bestimmungen getroffen werden, z. B., daß relative Mehrheit entscheidet, d. h. die für eine

Meinung abgegebene relativ größte Stimmzahl, oder daß im Falle der Stimmengleichheit das Loos entscheidet oder daß der Vorsitzende entscheidet.

Zusatz. In vielen Fällen wird bestimmt, daß die Mehrheit einen bestimmten Bruchtheil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen muß. Anm. 4. Zunächst sind hierbei diejenigen Aktien nicht mitzuzählen, deren Besitzer sich der Abstimmung enthalten, sei es freiwillig, oder in Folge gesetzlicher oder statutarischer Pflicht (R.G. 20 S. 146). Aber auch die Aktien derjenigen Personen, welche nur mit einem Theil ihres Aktienbesitzes stimmen dürfen, (in Folge statutarischer Beschränkungen) sind nur mit denjenigen Aktienbeträgen zu zählen, mit welchen sie sich bei der Abstimmung betheiligen. Denn nur insoweit ist das Grundkapital bei der Beschlußfassung vertreten. Anders entschied nach früherem Recht das R.G. 20 S. 143; allerdings war auch der Wortlaut des früheren Rechts anders, indem in solchen Fällen immer von dem in der Generalversammlung vertretenen Grundkapital die Rede war. (Uebereinstimmend mit uns Behrend § 135 Anm. 3.) Nach dem neuen Recht ist diese Auslegung schon deshalb geboten, weil § 251 bei Beschlüssen, die keine Wahlen sind, zwar vorsieht, daß das Gesetz strengere Majoritäten und zusätzliche andere Erfordernisse, als die absolute Mehrheit, vorschreibt, nicht aber andere Arten von Abstimmungen, und es wäre eine andere Art von Abstimmung, wenn nicht einfach die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sondern eine Mehrheit entscheiden würde, bei welcher auch nicht abgegebene Stimmen gezählt werden.

§ 252.

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt. Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so kann der Gesellschaftsvertrag den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen als den Aktien einer anderen Gattung.

Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und genügend; die Vollmacht bleibt in der Verwahrung der Gesellschaft.

Wer durch die Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für Andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

Im Uebrigen richten sich die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach dem Gesellschaftsvertrage.

Der vorliegende Paragraph enthält die Modalitäten des Stimmrechts.

1. (Abs. 1.) **Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Dasselbe wird nach Aktienbeträgen ausgeübt, jedoch mit zulässigen Beschränkungen.** Anm. 1.

   a) **Jede Aktie gewährt das Stimmrecht.** Erste Bedingung ist die Aktionäreigenschaft. Sie besitzt, wer entweder ein Inhaberpapier in seinem Besitz hat oder — bei Namensaktien — in das Aktienbuch eingetragen ist. Der Interimsschein giebt, auch wenn er nicht voll eingezahlt ist, gleiches Stimmrecht wie die Aktie (Petersen und Pechmann S. 423; Brand bei Holdheim 3 S. 441). Sind weder Aktien noch Interimsscheine ausgegeben, so besteht die Aktionäreigenschaft und die Möglichkeit zu stimmen gleichwohl; die Legitimation muß in solchem Falle auf andere Weise geführt werden (R.G. 34 S. 116; vergl. Anm. 12 zu § 179).

Anm. 2. Jede Aktie, auch eine einzelne von noch so geringem Betrage, und gleichviel welcher Gattung, gewährt das Recht zu stimmen, ohne daß der Gesellschaftsvertrag dieses Recht giltig entziehen könnte. Das Stimmrecht wird dadurch zum unentziehbaren Aktionärrecht, dem sogenannten Sonderrecht, indem es zwar beschränkt, aber nicht völlig entzogen werden kann (vergl. Anm. 8 zu § 250). Es kann mitstimmen, wer bei der betreffenden Abstimmung zugegen ist. Es kann nicht die Präsenzliste bei Beginn der Sitzung geschlossen nnd den später abstimmenden Aktionären das Mitstimmen versagt werden. Doch kann im Statut solches giltig angeordnet werden (vergl. unten Anm. 27 u. Anm. 4 zu § 258).

Anm. 3. b) **Das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt.** Wenn auch jede Aktie das Stimmrecht gewährt, so bedeutet dies doch nur, daß an jede Aktie mindestens eine Stimme geknüpft ist. Es können aber auch an eine Aktie mehrere Stimmen geknüpft werden, und wenn Aktien verschiedenen Betrages da sind, so versteht sich die Vermehrung der Stimmen im Verhältniß zum größeren Betrage von selbst. Dies wird besonders wichtig, wenn eine Gesellschaft Aktien ausgiebt, deren Nennbetrag von den Aktien früherer Emissionen abweicht. Die Bestimmung, daß das Stimmrecht nach Aktienbeträgen ausgeübt werde, ist jetzt nicht mehr zwingend. Denn der Abs. 1 Satz 3 unseres Paragraphen gestattet, daß den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beigelegt wird, als den Aktien einer anderen Gattung. Das ist eine Abweichung gegen das frühere Recht. Denn in dem früheren Art. 190 war in dieser Hinsicht nur gestattet, für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts nach Gattungen zu beschränken. Jetzt kann auch jede einzelne Aktie der einen Gattung ein höheres Stimmrecht haben, als jede einzelne Aktie der anderen Gattung. Es kann also angeordnet werden, daß die Vorzugsaktien, welche höheres Dividendenrecht haben, auch höheres Stimmrecht haben z. B. die Inhaber zweier Vorzugsaktien zwei Stimmen, die Inhaber zweier Stammaktien nur eine Stimme. Es kann aber auch umgekehrt bestimmt werden, daß die Vorzugsaktien zwar höhere Dividendenrechte, aber geringeres Stimmrecht haben sollen, so z. B.: jede Stammaktie zu 1000 Mk. und jede Vorzugsaktie zu 1500 Mk. geben dem Inhaber je eine Stimme.

Anm. 4. Aus der neuen Bestimmung des Abs. 1 Satz 3 folgt aber ferner, daß die Gattungsverschiedenheit auch dadurch allein hergestellt werden kann, daß den Aktien ein höheres Stimmrecht verliehen wird. Es kann also z. B. bestimmt werden: Es werden neue Aktien ausgegeben. Dieselben sollen Vorzugsaktien sein, und ihr Vorzugsrecht soll darin bestehen, daß jede Vorzugsaktie à 1000 Mk. 3 Stimmen haben soll, während jede Stammaktie à 1000 Mk. nur eine Stimme hat oder: Die Aktien Lit. A sollen, obwohl zu 200 Mk. lautend, das gleiche Stimmrecht haben, wie die Aktien zu 1000 Mk. Zwar wird dies von Makower S. 377 bestritten, weil nach dem Wortlaut des Gesetzes die Beilegung des verschiedenen Stimmrechts das Bestehen einer sonstigen Gattungsverschiedenheit voraussetzt. Das kann aber nicht zugegeben werden. Auch § 185 ist so gefaßt, als müßte die Gattungsverschiedenheit schon vorhanden sein, ehe die verschiedenen Rechte festgesetzt werden, wie dies Makower S. 378 selbst zugiebt. Und doch soll auch im § 185 nur gesagt werden, daß gerade die Beilegung verschiedener Rechte erst die Gattungsverschiedenheiten schaffen soll. Warum sollte man hier den gleichen Worten einen strengeren Sinn beilegen? Die Rechtslage zwingt dazu nicht, im Gegentheil würde es zu absurden Konsequenzen führen, wenn man mit Makower sich lediglich an den Wortlaut hielte. Denn dann müßte absolut irgendwelche Verschiedenheit in anderer Hinsicht, und wenn es auch eine sachlich noch so unwesentliche Verschiedenheit wäre, z. B. eine Vorzugsdividende von 1 pro mille, oder eine Vorwegzuwendung von 1 Pfg. bei der Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens verlangt werden, um mit dieser Verschiedenheit und der so geschaffenen Aktiengattung das verschiedene Stimmrecht zu verbinden!

Knm. 5. c) **Maximalbeschränkungen oder Beschränkungen nach Abstufungen sind zulässig,** d. h. es sind Beschränkungen zulässig für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien

präsentirt. Das Statut kann bestimmen, daß ein Aktionär mehr als 20 Stimmen nicht abgeben darf, oder auch: daß zwar der Inhaber einer Aktie eine Stimme, der Inhaber von 5 Aktien aber auch nur eine Stimme haben und immer 5 Aktien je eine weitere Stimme geben sollen, oder auch: daß ein Aktionär nicht mehr als eine Stimme abgeben darf (worin, wie Behrend § 122 Anm. 2 richtig bemerkt, eine Abstimmung nach Köpfen liegt, die hiernach also zulässiger Weise angeordnet werden kann, auch dann, wenn Aktien verschiedener Beträge vorhanden sind; darin würde nichts weiter liegen, als daß eine Gattung von Aktien ein höheres Stimmrecht hätte, als eine andere Gattung, die Aktien zu 200 Mk. würden z. B. auf solche Weise ein gleiches Stimmrecht haben, wie die Aktien zu 1000 Mk., also in Wahrheit ein höheres Stimmrecht, und das ist ja jetzt zulässig vergl. Anm. 3 a. E.)

Ob die Aktionäre die Wirksamkeit solcher Beschränkungen durch Vertheilung von Aktien umgehen können, darüber siehe den Exkurs zu § 224 Anm. 4 u. 5.

d) **Die Bestimmung zu a ist zwingend.** Das bewirkt, daß das Gegentheil von den Statuten nicht giltig festgesetzt werden kann, und daß ein dagegen verstoßender Generalversammlungsbeschluß anfechtbar ist. Aber durch unterlassene Anfechtung wird er giltig. Denn die Vorschriften sind eben nur zwingend in dem Sinne, daß das Gegentheil nicht giltig vereinbart werden kann. Aber andererseits handelt es sich nur um den Schutz von Aktionärrechten. Auf die aus der Verletzung solcher Schutzvorschriften sich ergebenden Rechte kann giltig verzichtet werden. Die Sache liegt ähnlich, wie bei den Vorschriften des Civilprozesses. Dieselben sind zwingend. Ein Konventionalprozeß kann daher giltigerweise nicht vereinbart werden. Aber auf die aus der Verletzung der Vorschriften sich ergebenden Rechte kann meistentheils verzichtet werden, denn die Bestimmungen sind eben nur zum Schutze von Privatrechten getroffen. Anm. 6.

2. (Abs. 2.) **Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Für die Vollmacht ist die schriftliche Form erforderlich und ausreichend.** Anm. 7.

a) Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Die Vorschrift ist neu. Sie ist zwingender Natur. Das Statut kann daher hieran nichts ändern. Denn nur „im Uebrigen" kann nach Abs. 4 das Statut die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts bestimmen. Ein Generalversammlungsbeschluß, der hiergegen verstieße, der also eine Person zurückweisen würde, weil sie nicht der Aktionär in Person, sondern sein Bevollmächtigter sei, wäre in den geeigneten Fällen anfechtbar, würde aber durch unterlassene Anfechtung giltig werden, weil es sich nur um den Schutz verzichtbarer Aktionärrechte handelt (vergl. oben Anm. 6). Wohl aber kann das Statut hinsichtlich der Person des Bevollmächtigten Bedingungen aufstellen (vergl. unten Anm. 20).

b) **Die schriftliche Form ist erforderlich und ausreichend.** Auch diese Vorschrift ist neu. Auch diese Vorschrift ist zwingend. Es ist daher erforderlich und ausreichend eine Vollmacht, welche dem im § 126 B.G.B. aufgestellten Erfordernisse der Schriftlichkeit entspricht (vergl. die Erläuterungen zu § 350). Das Statut kann nichts Gegentheiliges anordnen. Es kann nicht bestimmen, daß von dem Erforderniß der schriftlichen Vollmacht abgesehen oder in bestimmten Fällen abgesehen wird. Es kann nicht umgekehrt mehr als schriftliche Form, etwa Beglaubigung, fordern. Bezweifelt die Generalversammlung die Echtheit der Vollmacht und schließt sie die sich durch schriftliche Vollmacht legitimirenden Personen aus, so erfolgt die Zurückweisung auf die Gefahr, daß die ohne Mitwirkung des Bevollmächtigten gefaßten Beschlüsse mit Erfolg angefochten werden können, wenn nicht nachgewiesen wird, daß die Vollmacht in Wahrheit unecht war (R.G. 40 S. 85). Daran ändert auch die beliebte Statutenbestimmung nichts, daß über die Echtheit der Vollmachten der Aufsichtsrath entscheidet. Ueberall aber wird auch hier durch unterlassene Anfechtung der diese Vorschrift verletzende, z. B. der einen schriftlich Bevollmächtigten unzulässiger Weise zurück- Anm. 8.

weisende Generalversammlungsbeschluß giltig, weil es sich auch hier nur um den Schutz verzichtbarer Aktienrechte handelt (vergl. oben Anm. 6).

Anm. 9. Eine Spezialvollmacht ist nicht erforderlich. So ist eine allgemeine Handlungsvollmacht oder die Prokura genügend (vergl. Behrend § 122 Anm. 11). Auch wird man, wenn man nicht in starren Formularismus verfallen will, annehmen müssen, daß das gerichtliche Zeugniß über das Prokurenverhältniß der Ueberreichung der schriftlichen Vollmacht gleichwerthig ist und genügt.

Anm. 10. Das Erforderniß der Vollmacht bezieht sich ferner bloß auf den Fall der freiwilligen Vertretung. Gesetzliche Vertreter von juristischen Personen, Geschäftsunfähigen ꝛc., bedürfen keiner Vollmacht. Sie müssen und können ihre Legitimation auf andere Weise darthun.

Anm. 11. Durch nachträgliche Genehmigung wird der Mangel der schriftlichen Vollmacht nicht ersetzt. (Behrend § 122 Anm. 11.)

Ueber die Frage, wie Kollektivvertreter ihr Stimmrecht ausüben können, siehe Anm. 4 zu § 232.

Anm. 12. Das Erforderniß der schriftlichen Vollmacht bezieht sich ferner nur auf den, der im Namen eines Aktionärs auftritt, nicht auf den, der zwar ein fremdes Aktienrecht, aber in eigenem Namen ausübt. Hier liegt kein Vertretungs- oder Vollmachtsverhältniß vor. Hier genügt die zum Zwecke der Rechtsausübung erfolgte Uebertragung der Aktie, die sogenannte Legitimationsübertragung, deren Wesen wir in Anm. 13 ffg. zu § 222 und in Anm. 3 im Exkurse zu § 224 dargelegt haben. Von einer Anwendung der Vorschrift des Abs. 2 ist keine Rede, es liegt ein anderer Fall, eine andere Rechtsgestaltung vor und Abs. 2 schreibt nicht etwa zwingend vor, daß ein Aktionär, der seine Rechte nicht selbst ausübt, dies durch einen Bevollmächtigten thun müsse, sondern nur, daß er dies durch einen Bevollmächtigten thun könne.

Anm. 13. 3. (Abs. 3.) **Vorschriften über Stimmenthaltung.**

a) **Auch diese Vorschriften sind zwingend.** Das Statut kann daher Gegentheiliges nicht anordnen und ein Generalversammlungsbeschluß, der hiergegen verstoßen würde, wäre in den geeigneten Fällen anfechtbar. Aber durch unterlassene Anfechtung wird er giltig, weil es sich um verzichtbare Aktionärrechte handelt (vergl. oben Anm. 6). Natürlich setzt die Anfechtung auch voraus, daß die Verletzung der Vorschrift nicht einflußlos auf die Abstimmung war (hierüber an anderer Stelle, zu § 271). Ob die Wirksamkeit dieser Beschränkungen durch Vertheilung von Aktien von den Aktionären umgangen werden kann, darüber siehe den Exkurs zu § 224 Anm. 4 u. 5.

Anm. 14. b) **Die einzelnen Stimmenthaltungsvorschriften sind:**

Es darf nicht mitstimmen:

α) Wer durch die Beschlußfassung entlastet werden soll und wer von einer Verpflichtung befreit werden soll. Das bezieht sich hauptsächlich auf die Mitglieder der Verwaltung hinsichtlich des Entlastungsbeschlusses. Daran reiht sich die Vorschrift, daß auch ein Aktionär dann nicht mitstimmen soll, wenn der Beschluß die Einleitung oder die Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft.

Anm. 15. β) Aktionäre, mit welchen ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll. Die Beschlußfassung muß, um die Stimmenthaltung zur Folge zu haben, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär betreffen und zwar, wie hinzugefügt werden muß, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Aktionär als Dritten. Soweit unmittelbar aus der Beschlußfassung dem Aktionär Rechte erwachsen, sind es Mitgliedschaftsrechte, die hier nicht getroffen sind, so z. B. das Recht auf Zutheilung von Aktien nach § 282. Es bezieht sich das ferner nicht auf sonstige Verwaltungsbeschlüsse z. B., wenn der Aufsichtsrath ermächtigt wird, ein Grundstück von der Stadtgemeinde zu erwerben, so darf er mitstimmen, obwohl streng genommen hierin ein Auftrag an den Aufsichtsrath, also die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit den Mitgliedern des Aufsichtsraths liegt. Das Gleiche gilt z. B. wenn es sich um die Wahl

des Vorsitzenden der Generalversammlung handelt oder um die Festsetzung der Tantieme für die Aufsichtsrathsmitglieder. Es ist, wie gesagt, nur ein Rechtsgeschäft gemeint, welches mit dem Aktionär nicht als Mitglied, und nicht als Gesellschaftsorgan, sondern als Dritten geschlossen werden soll. Hierbei ist nun aber wieder zu bedenken, daß die Generalversammlung selbst solche Rechtsgeschäfte nicht abschließt, sondern die anderen Gesellschaftsorgane, hauptsächlich der Vorstand, ausnahmsweise auch der Aufsichtsrath. Wenn in solchen Fällen die Generalversammlung darüber Beschluß faßt, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft mit dem Aktionär vorgenommen werden soll, so darf der Aktionär nicht mitstimmen. Das ist gemeint. Der Fall muß dabei so liegen, daß die Ausführung des Beschlusses nur noch in dem Abschlusse des Geschäfts liegt, so daß also der Aktionär, wenn er mitgestimmt hätte, durch seine Stimme die Gesellschaft gezwungen hätte oder geholfen hätte, zu zwingen, in bestimmter Weise mit ihm zu kontrahiren. Wenn es dagegen trotz des Generalversammlungsbeschlusses noch in dem Ermessen der Gesellschaftsorgane liegt, das Rechtsgeschäft zu schließen oder nicht, so liegt der Fall nicht vor.

Eine praktisch sehr wichtige Frage ist, ob Personen, deren Aufsichtsrathswahl oder deren Vorstandswahl in Frage steht, bei dem Wahlbeschlusse mitwirken können. Die Praxis läßt ganz allgemein solche Personen zu, oft könnten sonst solche Wahlen gar nicht zu Stande kommen, meist wäre es, wenn man gerade diese Personen vom Mitstimmen ausschließen würde, eine große Ungerechtigkeit, da dann gerade diejenigen Personen, die durch die Größe ihres Aktienbesitzes und durch ihr Interesse an der Gesellschaft das größte Anrecht haben, die Gesellschaft mitzuverwalten, bei der Wahl wegfallen und nicht interessirte Personen in die Verwaltung hineingewählt werden würden. Ring Anm. 3 zu Art. 190 will trotzdem solche Personen nicht zum Stimmen zulassen. Indessen wird man doch wohl den Wortlaut nicht entscheiden lassen können und die Praxis als berechtigt anerkennen müssen. Der Wortlaut der Bestimmung geht ja überhaupt weiter, als nach der allgemeinen Meinung die Tragweite der Vorschrift geht; denn nach ihrem Wortlaut würde sie sich auch auf die Fälle beziehen, wo durch die Beschlußfassung Mitgliedsrechte und Verwaltungsgeschäfte mit Gesellschaftsorganen vorgenommen werden, und doch wird ganz allgemein der Vorschrift diese weitergehende Bedeutung versagt. Und auch hier handelt es sich um ein Verwaltungsgeschäft, um ein Rechtsgeschäft, welches zwar nicht mit einem Verwaltungsorgan als solchem vorgenommen wird, aber doch um ein Verwaltungsgeschäft, durch welches ein Gesellschaftsorgan geschaffen werden soll. Nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten in dem gewöhnlichen Sinne liegt vor, sondern eine Organisationsmaßregel, eine Verwaltungshandlung, durch welche ein Gesellschaftsorgan geschaffen wird, und hierbei kann der Aktionär seine Gesellschaftsrechte ausüben, auch wenn er selbst bei dieser Organisationsmaßregel eine persönliche Rolle spielt. — Aus dem gleichen Grunde sind die Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder zur Abstimmung zuzulassen bei der Beschlußfassung über ihre Abberufung. Anm. 16.

Andererseits kann ein Rechtsgeschäft mit dem Aktionär als Dritten auch dann vorliegen, wenn es sich um Paktirung über Mitgliedschaften handelt. Wenn z. B. darüber Beschluß gefaßt werden soll, ob das Bezugsrecht auf die neu auszugebenden Aktien einem Bankhause gewährt werden soll, so darf das Bankhaus nicht mitstimmen, wenn es selbst Aktionär ist. Desgleichen wenn darüber Beschluß gefaßt werden soll, ob einem Aktionär seine Aktien zum Zwecke der Vernichtung zu einem bestimmten Preise abgekauft werden sollen. In solchen Fällen darf der Dritte nicht mit stimmen. Anm. 17.

Ob Identität des Aktionärs mit derjenigen Person, welche als Gegenkontrahent auftritt, vorliegt, ergiebt der Einzelfall

unter Zugrundelegung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Danach ist von der Abstimmung ausgeschlossen der Mitinhaber einer o. H. G., wenn mit dieser kontrahirt wird, der Kommanditist, wenn mit der Kommanditgesellschaft kontrahirt wird, nicht der Aktionär, wenn mit seiner Gesellschaft kontrahirt wird, nicht der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit welcher kontrahirt wird, nicht ein Vereinsmitglied, wenn mit einem rechtsfähigen Verein kontrahirt werden soll, wohl aber das Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins, wenn mit diesem kontrahirt werden soll; wohl der Komplementar, wenn mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien kontrahirt werden soll, nicht der Kommanditist einer solchen, ersterer obwohl nach u. A. die A.K.G. juristische Person ist, denn immerhin überkommt er alle Schulden sofort und unmittelbar und deshalb greift die ratio des Gesetzes auf ihn Platz. — Ist die Person, mit welcher das Rechtsgeschäft geschlossen werden soll, nur Kommissionär eines Aktionärs, soll das Geschäft für Rechnung und im Auftrage dieses Aktionärs geschlossen werden, so ist auch dieser vom Mitstimmen ausgeschlossen. Im Sinne der vorliegenden Vorschriften soll das Rechtsgeschäft mit ihm vorgenommen werden.

Anm. 19.

4. (Abs. 4.) **Im Uebrigen ist für die Bedingungen des Stimmrechts und für die Form, in welcher dasselbe auszuüben ist, der Gesellschaftsvertrag maßgebend.**

a) **Die Form der Ausübung des Stimmrechts**, ob durch Stimmzettel oder durch Zuruf oder Aufstehen und Sitzenbleiben, ist dem Gesellschaftsvertrage vorbehalten. Meist trifft der Gesellschaftsvertrag in dieser Beziehung keine Bestimmung, sondern überläßt solche dem Vorsitzenden. Dieser darf aber nicht nach Willkür verfahren, sondern nach den herkömmlichen Formen parlamentarischer Behandlungen (Behrend § 122 bei Anm. 9). Näheres hierüber bei uns Anm. 12 ffg. zu § 256. Eine Abstimmung durch Zuruf (Akklamation) erachtet man in der Praxis meist nur dann für zulässig, wenn sich kein Widerspruch gegen eine solche Abstimmungsart erhebt. Das ist aber nicht richtig. Will der Vorsitzende diese Abstimmungsart wählen, so kann er dies, wenn das Statut nicht entgegensteht, stets thun. Er zählt dann die bejahenden und verneinenden Zurufe und stellt so das Ergebniß der Abstimmung fest.

Anm. 20.

b) **Die Bedingungen des Stimmrechts.** Daß auch für diese der Gesellschaftsvertrag maßgebend sein soll, steht nicht im Widerspruch mit Abs. 1 u. 2. Denn nur „im Uebrigen" dürfen die Bedingungen des Stimmrechts festgesetzt werden. Das Statut darf also zwar nicht an dem Grundsatze rütteln, daß jeder Aktie das Stimmrecht gebührt, auch nicht an dem Grundsatze, daß das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann und daß die Vollmacht in schriftlicher Form giltig sei, und auch die Stimmenthaltungsvorschriften des Abs. 3 dürfen nicht im Voraus außer Kraft gesetzt werden. Allein insoweit es bei Anerkennung dieser Grundsätze die Ausübung des Stimmrechts an die Beobachtung gewisser, für alle Aktionäre gleichmäßig geltender Voraussetzungen knüpft, ist es bindend. Das ist der Inhalt des Abs. 4. Eine solche Bedingung, deren Zulässigkeit übrigens § 255 voraussetzt, ist die Bestimmung der Aktiendeposition einige Zeit vor der Generalversammlung. Die Anordnung von Zwangsvertretungen ist ebenfalls giltig. Es kann angeordnet werden, daß eine freiwillige Vertretung nur durch einen Aktionär ausgeübt werden kann, auch daß gewisse Klassen von Personen nur durch Vertreter ihr Stimmrecht ausüben können, z. B. Frauen, Ausländer, der bürgerlichen Ehrenrechte beraubte, inhaftirte Personen. Das ist schon nach früherem Rechte angenommen worden (Behrend § 122) und muß auch jetzt gelten. Pinner's Argumente (S. 184), daß die Frau im B.G.B. dem Manne rechtlich gleich gestellt ist, daß das bürgerliche und Handelsrecht auch für Ausländer gilt, soweit nicht besondere Vorschriften getroffen sind, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nur im Stimmen in öffentlichen Angelegenheiten beschränkt, beweisen zu viel. Sie würden dazu führen, daß kein rechtsfähiger Verein zulässiger Weise in seinen Statuten bestimmen könnte, Frauen, Ausländern und Zuchthäuslern werde die Aufnahme versagt. Denn auch hier könnte eingewendet werden: Die Gesetze stellen Frauen und Männer,

Ausländer und Inländer, freie Männer und Zuchthäusler gleich. Dagegen ist unzulässig eine Bestimmung, die dahin führt, die Ausübung des Stimmrechts überhaupt, sei es persönlich oder durch einen Vertreter, unmöglich zu machen. Das gilt namentlich von der Bestimmung, wonach die Stimmberechtigung von einer gewissen Dauer des Aktienbesitzes abhängig gemacht ist (Ring Anm. 5 zu Art. 190; Behrend § 122 Anm. 8).

Zusatz 1. Das Recht der Theilnahme an der Generalversammlung. Das Gesetz erwähnt Anm. 21. diesen Begriff nur gelegentlich, ohne besondere Betonung, ohne Begriffsbestimmung und ohne Ausgestaltung im Einzelnen. Seine Entwickelung erscheint geboten.

a) Begriff und Verhältniß zum Stimmrecht. Das Stimmrecht ist eine derjenigen Befugnisse, welche den Inhalt des Theilnahmerechts bilden. Das Theilnahmerecht enthält noch andere Befugnisse: so das Recht zu erscheinen, zu reden, Anträge zu stellen, den Beschlüssen zu widersprechen und sich dadurch die Grundlage der Anfechtung zu schaffen.

Es kann unter Umständen ein Aktionär das Stimmrecht nicht haben, aber daraus folgt noch nicht, daß er nicht alle übrigen Befugnisse des Theilnahmerechts hat. So z. B. hat derjenige, der durch den Beschluß entlastet werden soll, sicherlich das Recht, zu erscheinen, zu diskutiren, zu widersprechen und demzufolge anzufechten (vergl. R.G. vom 9. Januar 1897 in J.W. S. 112, 113).

b) Sind die übrigen Befugnisse des Theilnahmerechts außer dem Stimm- Anm. 22. recht statutarischen Beschränkungen zugänglich? Das ist zu bejahen. Es liegt kein innerer Grund zu der Annahme vor, daß die übrigen Theilnehmerrechte in höherem Grade der Bestimmung durch den Gesammtwillen entzogen sein sollen, als das Stimmrecht. Demnach ist anzunehmen, daß die Statuten, wie das Stimmrecht, so auch alle übrigen Theilnahmebefugnisse an bestimmte Voraussetzungen knüpfen können, und zwar bis zu der Grenze, daß keinem Aktionär die Möglichkeit, selbst oder durch einen Vertreter die Theilnahmebefugnisse auszuüben, genommen werden kann.

Soweit aber das Statut die Theilnahmebefugnisse nicht beschränkt, insoweit be- Anm. 23. stehen sie unbeschränkt. Grundsätzlich gilt dies auch da, wo das Stimmrecht beschränkt ist, weil eben das Stimmrecht ein von den übrigen Theilnahmebefugnissen verschiedenes Recht ist und jenes fehlen kann, wo diese bestehen (vergl. zu a).

Indessen läßt sich doch nicht verkennen, daß die Gesellschaftsstatuten oft, wenn Anm. 24. sie von Bedingungen des Stimmrechts reden, das ganze Theilnahmerecht im Auge haben, wie ja auch § 255 von der Ausübung des Stimmrechts und von der Theilnahme an der Generalversammlung gleichsam promiscue, jedenfalls ohne bewußte Unterscheidung, spricht. In solchen Bestimmungen wird im Zweifel eine Beschränkung der sämmtlichen Theilnahmebefugnisse zu erblicken sein. So z. B. wenn die Statuten das Stimmrecht von Frauen, der bürgerlichen Ehrenrechte Beraubten nur durch Vertreter zulassen. Das gilt auch von einer Bestimmung dahin, daß die Ausübung des Stimmrechts von einer vorherigen Aktiendeposition abhängig ist. Denn auch das Gesetz spricht hierbei von Ausübung des Stimmrechts und meint damit die Theilnahme überhaupt (§ 255 Abs. 2 u. 3).

c) Das Theilnahmerecht kann persönlich oder durch Vertreter ausgeübt Anm. 25. werden. § 252 Abs. 2 findet sinngemäß Anwendung. Es steht aber in dieser Weise nur Aktionären zu. Es können aber durch Generalversammlungsbeschluß auch andere Personen zugelassen werden (Vertreter der Presse, Rechtsbeistände von Aktionären, Syndici der Gesellschaft, Sachverständige).

d) Die Theilnahmebefugnisse können erzwungen werden durch Klage und einstweilige Verfügung. Der Registerrichter hat damit nichts zu thun (Zust. Ring Anm. 1 zu Art. 190).

Zusatz 2. Auf ältere Gesellschaften aus der Zeit vor dem Akt.-Ges. v. 1884 findet nach Anm. 26. § 4 des Gesetzes vom 18. Juni 1884 die Vorschrift des Abs. 1 insofern keine Anwendung, als ihre bisherigen abweichenden Statuten aufrecht erhalten werden. Dieser § 4 ist auch jetzt nicht aufgehoben worden. Wenn also in den früheren Statuten das Stimmrecht an den Minimal-

besitz einer Anzahl von Aktien geknüpft war, so ist dies auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes giltig. Werden dagegen die statutarischen Abstimmungsbestimmungen geändert, so sind die Vorschriften des neuen Gesetzes zu beobachten (Motive I S. 398; Kayser Anm. 2 zu § 4 des Gesetzes). Es widersprach daher den gesetzlichen Bestimmungen, wenn z. B. bei der Aktiengesellschaft Schultheißbrauerei durch neue Statutenbestimmung angeordnet wurde, die alten und neuen Aktien (über 600 Mk., 1000 Mk. und 1200 Mk.) sollten in der Weise ihr Stimmrecht ausüben, daß immer der Nennbetrag von 3000 Mk. je eine Stimme gewährt. Das verstößt gegen Abs. 1: Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Auch bezieht sich die salvatorische Klausel des § 4 des Gesetzes nur auf die früheren statutarischen Abstimmungsvorschriften. Statutarische Bestimmungen über den Ausschluß von Aktionären von der Theilnahme an der Generalversammlung überhaupt haben ihre Kraft verloren. (Vergl. Ring Anm. 3 zu Art. 190b; Förtsch Anm. 13 zu Art. 190a.) Vergl. R.G. vom 9. Januar 1897 in J.W. S. 112, 113: Wer auf Grund einer älteren Statutenbestimmung nicht mitstimmen darf, hat gleichwohl das Anfechtungsrecht.

Anm. 27. Auf Gesellschaften, welche nach dem Akt.-Ges. v. 1884 begründet sind, findet § 252 Anwendung, da im neuen E.G. eine solche salvatorische Klausel nicht enthalten ist. Hier greifen die allgemeinen Uebergangsgrundsätze Platz (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 253.

Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag auch andere Personen dazu befugt sind.

Die Generalversammlung ist, außer den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen, zu berufen, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert.

Einleitung: **Der Paragraph bestimmt, durch wen und wie oft die Generalversammlung der Aktionäre** zu berufen ist: durch wen in Abs. 1, wie oft in Abs. 2. Nach beiden Richtungen ist die Bestimmung aber nicht erschöpfend.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Durch wen erfolgt die Berufung zur Generalversammlung?** Jedenfalls ist der Vorstand hierzu legitimirt. Das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag können „auch" andere Personen dazu bestimmen. Statutarische Bestimmungen über die Ertheilung des Berufungsrechts an andere Personen, insbesondere an den Vorsitzenden des Aufsichtsraths, sind daher, auch wenn ihr Wortlaut auf einen exklusiven Sinn hindeutet, von Gesetzeswegen nur dahin aufzufassen, daß dieses Berufungsrecht neben dem des Vorstandes besteht. Die durch den Vorstand berufene Generalversammlung ist jedenfalls ordnungsmäßig berufen.

Anm. 2. Von Gesetzeswegen ist übrigens der Aufsichtsrath neben dem Vorstande stets berechtigt und verpflichtet, die Generalversammlung zu berufen, so oft dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (§ 246 Abs. 2). Statutarisch können auch andere Personen, wie etwa Prokuristen, Beamte, für berufungsberechtigt erklärt werden. Auch Aktionäre? Von Behrend (§ 121 Anm. 11) wird dies bejaht; desgleichen von Pinner S. 187. Allein der ganze Paragraph, insbesondere aber Abs. 2, läßt deutlich erkennen, daß es sich hier um eine Berufung im Namen der Gesellschaft, als deren Vertreter handelt. Die Verleihung des Berufungsrechts als Aktionärrecht ist in § 254 geregelt, und zwar erschöpfend (Anm. 3 daselbst).

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Wie oft erfolgt die Berufung?** In erster Linie entscheiden die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen. So ist aus der Vorschrift des § 260 die alljährliche Berufung der sogenannten „ordentlichen Generalversammlung" zu folgern (das Gesetz gebraucht diesen Ausdruck nicht, wohl aber die Praxis allgemein; vergl. auch Behrend § 121 II); im Falle des § 240 ist unverzüglich die Generalversammlung zu berufen. Sonstige Fälle kann das Statut bestimmen. Der vorliegende Paragraph enthält aber außerdem die clausula

generalis, daß die Generalversammlung (sc. vom Vorstande, über die gleiche Pflicht des A.R. siehe § 246) immer dann zu berufen ist, wenn das Gesellschaftsinteresse dies erfordert. Damit ist nicht etwa gesagt, daß in allen wichtigen Fragen die Generalversammlung zu befragen ist; oft wird im Gegentheil das Gesellschaftsinteresse es gebieten, gerade in wichtigen Fragen die Generalversammlung *nicht* zu befragen, weil z. B. die Diskussion der geplanten Verwaltungsmaßregel nachtheilig wirken kann. Auch nicht *die* Bedeutung hat es, daß die Generalversammlung immer dann zu befragen ist, wenn es zweifelhaft ist, ob die Generalversammlung das Rechtsgeschäft genehmigen werde. Denn solche Zweifel bestehen im geschäftlichen Leben sehr oft: auf Schritt und Tritt stehen sich Verlustgefahr und Gewinnaussicht gegenüber und man würde die Bedeutung des Vorstandes verkennen, wollte man ihn für verpflichtet halten, in jedem bedenklichen Falle die Generalversammlung zu befragen. Aber eine Pflichtwidrigkeit ist es jedenfalls, das Rechtsgeschäft auf eigene Faust vorzunehmen, wenn man sich bewußt ist, die G.V. werde es ablehnen (R.G. 35 S. 87). Ein Fall, in dem die G.V. zu berufen ist, ist der, daß der Aufsichtsrath vom Vorstande eine die Gesellschaft schädigende Handlung verlangt. — Uebrigens handelt es sich hier überall nur um das Gesellschaftsinteresse; die Pflicht greift nicht Platz, wenn blos das Interesse der Gläubiger im Spiele ist (R.G. 36 S. 29).

Unterlassung der Berufung, wo die Pflicht sie gebietet, macht den Vorstand nach § 241 verantwortlich. (Vergl. z. B. einen Fall der Verletzung des Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen in Anm. 5 zu § 235.) Auf das Selbsthilferecht der Aktionäre nach § 251 kann der Vorstand sich zur Befreiung von seiner Verantwortlichkeit nicht berufen. Andererseits sind die Aktionäre auf diese Selbsthilfe angewiesen, da sie keine Macht haben, den Vorstand zur Einberufung zu zwingen. Der Vorstand kann nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen durch Ordnungsstrafen zur Einberufung angehalten werden (§ 319). Anm. 4.

Zusatz. Aus dem Rechte der Berufung folgt auch das Recht, die Berufung aufzuheben. Anm. 5. Dasjenige Organ, welches nach dem Gesetze oder den Statuten die Generalversammlung einzuberufen hat, ist mit Wirkung gegenüber den Aktionären befugt, die Berufung rückgängig zu machen (Kammergericht bei Johow u. Küntzel 3 S. 18). Die bloße Nichttheilnahme des Vorstandes an der Generalversammlung aber ist keine Aufhebung. Die einmal berufene Generalversammlung kann vielmehr abgehalten werden, die einmal eingeladenen Aktionäre können ihre Beschlüsse fassen. Nehmen die Gesellschaftsorgane an der von ihnen selbst einberufenen Generalversammlung nicht Theil, so mag darin auf ihrer Seite eine Pflichtverletzung liegen, nicht aber eine Vereitelung der Generalversammlung. Diese kann ihren Vorsitzenden selbst wählen und ungehindert tagen.

§ 254.

Die Generalversammlung ist zu berufen, wenn Aktionäre, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung der Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines geringeren Antheils am Grundkapitale geknüpft, so hat es hierbei sein Bewenden.

In gleicher Weise haben die Aktionäre das Recht, zu verlangen, daß Gegenstände zur Beschlußfassung einer Generalversammlung angekündigt werden.

Wird dem Verlangen weder durch den Vorstand noch durch den Aufsichtsrath entsprochen, so kann das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die Aktionäre, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Generalversammlung oder zur Ankündigung des Gegenstandes ermächtigen. Zugleich kann das Gericht über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen.

Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung oder Ankündigung Bezug genommen werden.

Die Generalversammlung beschließt darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen.

Der Paragraph gewährt den Aktionären die Möglichkeit, eine außerordentliche Generalversammlung zu erzwingen.

Anm. 1. **I. Allgemeiner Charakter der Vorschrift.**

a) Subsumirung des Rechts. Dieses Recht ist eines derjenigen Rechte, welche die Motive z. Akt.-Ges. von 1884 unzutreffend Individualrechte nennen. Nach unseren Anschauungen ist es eines der dem Aktionär zustehenden gesellschaftlichen Herrschaftsrechte oder Mitverwaltungsrechte. Es ist dem Aktionär ex jure publico gegeben und daher eines der unentziehbaren Aktionärrechte, ein sogenanntes Sonderrecht (Anm. 8 zu § 250).

Anm. 2. b) Die praktische Wichtigkeit des Rechts ist eine außerordentliche. Denn es giebt dem Aktionär die Möglichkeit, in die Verwaltungsthätigkeit der ständigen Gesellschaftsorgane wirksam einzugreifen. Ohne dieses Recht würden die Aktionäre nur in denjenigen Generalversammlungen Beschlüsse fassen können, welche die Gesellschaftsorgane anberaumen (vergl. Anm. 1 u. 2 zu § 253).

Anm. 3. c) Die Natur der Vorschrift. Daß die hier gegebenen Voraussetzungen die Maximalbedingungen des hier gewährten Rechts enthalten, darüber kann kein Zweifel bestehen. Das Recht ist ex jure publico gegeben und wie unentziehbar, so auch uneinschränkbar. Das Statut kann daher erschwerende Bedingungen nicht aufstellen.

Anm. 4. Aber eine andere Frage ist, ob das Statut leichtere Bedingungen für die Ausübung des Rechts aufstellen kann, oder ob die Vorschriften auch Minimalvorschriften sind. Im Gegensatz zu der von Laué (Gutachten S. 28) inaugurirten herrschenden Ansicht sind wir der Meinung, daß das Statut auch nicht leichtere Bedingungen aufstellen kann.

Anm. 5. Wir folgern dies aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, aus ihrem Zwecke und ihrem Wortlaut.

Die Entstehungsgeschichte anlangend, so ist die Vorschrift an die Stelle des früheren, d. h. vor dem Akt.-Ges. von 1884 in Geltung gewesenen, Art. 237 Abs. 2 getreten. Derselbe bestimmte, daß Generalversammlungen auch dann berufen werden müssen, wenn ein Aktionär, der den zehnten Theil des Grundkapitals besitzt, die Berufung verlangt. Den Gesellschaftsorganen war hierdurch die absolute Pflicht auferlegt, einem solchen Verlangen der Aktionäre zu entsprechen. Sie konnten sonst durch Klage dazu gezwungen werden, ohne daß auch der Richter das gestellte Verlangen auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen berechtigt gewesen wäre (Protokolle S. 386; vergl. Renaud in Buschs Archiv 45 S. 43).

Dieser Vorschrift gegenüber enthält die Vorschrift des neuen Gesetzes nicht nur, wie allgemein angenommen wird, eine Vergrößerung der Aktionärrechte (in Bezug auf die Höhe des erforderlichen Aktienbesitzes), sondern auch eine Verringerung derselben, worauf Ring (Anm. 1 zu Art. 237) zutreffend hinweist. Denn nunmehr haben die Aktionäre nicht mehr die absolute Möglichkeit, die Generalversammlung zu erzwingen, sondern sind bei Weigerung der Gesellschaftsorgane darauf angewiesen, ob das Gericht, das nicht einmal das ordentliche Prozeßgericht ist, nach freier Prüfung der Zweckmäßigkeit der Maßregel ihrem Antrage stattgiebt. Die absolute Verpflichtung der Gesellschaftsorgane ist hiernach beseitigt, und zwar wohlbedacht, „um mögliche Chikane, die Verfolgung von Sonderinteressen und sonstige Schädigungen der Gesellschaft auszuschließen" (Motive z. Akt.-Ges. von 1884 II S. 166).

Der Gesetzgeber hat hiernach bei Abänderung der Vorschrift des Art. 237 Abs. 2 nicht bloß die Absicht gehabt, Erleichterungen zu schaffen, sondern überhaupt die Materie

nach neuen Grundsätzen reformiren wollen, und zwar derart, wie ihm dies aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten am angemessensten erschien, auf der einen Seite im Interesse der Aktionäre, welche den Antrag stellen, auf der anderen Seite im Interesse der Gesellschaft und der Gesammtheit der Interessenten.

Soweit daher in der neuen Vorschrift Verringerungen der Aktionärrechte enthalten sind, sind auch diese im Interesse der Gesammtheit ex jure publico gewollt und daher statutarischer Erweiterung nicht fähig.

Diese Konsequenz ergiebt sich auch daraus, daß das neue Gesetz den prozessualen Zwang der Anberaumung einer außerordentlichen Generalversammlung für unangemessen erachtet und deshalb aufgehoben, das richterliche Ermächtigungsrecht aber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft hat, denen das Statut nicht willkürlich andere substituiren kann. Diese anderen Voraussetzungen würden leges contractus imperfectae sein. Prozessualer Zwang wäre prinzipiell ausgeschlossen und das richterliche Ermächtigungsrecht griffe auf sie nicht Platz.

In Uebereinstimmung hiermit befindet sich der Wortlaut der Vorschrift. Wo dieselbe eine Erleichterung durch Statut zulassen will, da hebt sie dies besonders hervor. Das ist in Abs. 1 hinsichtlich der erforderlichen Größe des Aktienbesitzes der Fall. Die Vorschrift wäre unnöthig, wenn statutarische Vergrößerungen des Rechts überhaupt zulässig wären (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 237).

Für die folgenden Einzelerläuterungen ist dieses Ergebniß sehr wichtig.

II. **Der Inhalt der Vorschriften ist folgender:** Anm. 6.

1. Das Verlangen an die Gesellschaft auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung (Abs. 1).
2. Das Verlangen an die Gesellschaft auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung (Abs. 2).
3. Die richterliche Ermächtigung (Abs. 3).
4. Die Kosten der Einberufung (Abs. 4).

1. (Abs. 1.) **Das Verlangen an die Gesellschaft auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung.** Anm. 7.

a) Welches sind die Voraussetzungen des Verlangens? Die Voraussetzung des Verlangens ist nach dem Gesetze keine andere, als die, daß der Antragsteller (denn auch ein Aktionär kann den Antrag stellen) Aktien besitzt, welche den 20. Theil des Grundkapitals darstellen. Interimsscheine zählen dabei nach der Nominalziffer, sowohl was die Ziffer des Grundkapitals betrifft, als was die Beträge der Aktien betrifft, auf deren Besitz der Antragsteller sich stützt; Stammaktien sind den Prioritätsaktien gleich zu achten, und nach keiner dieser Richtungen vermag das Statut Erschwerungen aufzustellen. — Unerheblich ist, ob der Antragsteller bei dem von ihm intendirten Beschlusse mitstimmen darf oder nicht.

Wie bei Inhaberaktien der Antragsteller seinen Aktienbesitz den Gesellschaftsorganen zu beweisen hat, ist im Gesetze nicht gesagt. In der Praxis erfolgt der Nachweis, um jeden Zweifel und jede Diskussion abzuschneiden, durch Niederlegung der Aktien bei der Gesellschaft. Es fragt sich aber, ob die Gesellschaftsorgane diese Deposition auch verlangen können. Sie können sie nicht verlangen, wenn hierin eine Erschwerung der Rechtsausübung liegt. Unter dieser Voraussetzung können auch die Statuten die Deposition nicht anordnen, und es wäre die in vielen Statuten enthaltene Bestimmung der Aktiendeposition ungiltig. In der That enthält das Verlangen der Deposition eine Erschwerung und die Gesellschaft kann daher weder in den Statuten, noch sonst die Deposition verlangen, muß sich vielmehr mit jedem anderen Nachweise der Aktionäreigenschaft, z. B. dem Depotschein der Reichsbank oder einer anderen Bank begnügen. Denn es kann sein, daß der Aktionär auf seine Aktien Kredite entnommen hat. Dann gehören sie ihm zwar eigenthümlich, und er ist wirklicher Aktionär; gleichwohl kann er von seinem Gläubiger nicht Herausgabe verlangen, und ist daher zur Niederlegung bei der Gesellschaftskasse nicht im Stande (zust. Ring Anm. 2 Anm. 8.

zu Art. 237; Pinner S. 189; Förtsch Anm. 3 zu Art. 237). Ueberall ist bei Inhaberaktien nur die Inhaberschaft nachzuweisen, nicht, wie Ring Anm. 2 zu Art. 237 will, Aktieneigenthum. Aber es ist die fortdauernde Eigenschaft bis zur G.V. und Beschlußfassung nachzuweisen. Es würde nicht genügen, wenn der Antragsteller seine Aktien vorzeigte und sich wieder mit denselben entfernte. Bei Namensaktien entscheidet die Berufung auf das Aktienbuch.

Anm. 9. **Eine Erleichterung kann nach dem vorliegenden Paragraphen das Statut schaffen**, nämlich in Betreff der Höhe des Aktienbesitzes. Das Statut kann also auch jedem Aktionär, auch wenn er nur eine Aktie besitzt, das hier in Rede stehende Recht gewähren. Auch in der Weise kann das Statut Erleichterungen schaffen, daß es einen geringeren Aktienbesitz erfordert, wenn es sich um bestimmte Punkte handelt (z. B. Antrag auf Wahl eines neuen Aufsichtsraths, wenn kein solcher besteht). (Zust. Ring Anm. 2 zu Art. 237.) Der Berliner Handelsregisterrichter regt für solche Fälle an, daß jedem Aktionär ohne Rücksicht auf die Höhe seines Aktienbesitzes das Recht aus § 254 gegeben werde (vergl. die Registerakten der Aktiengesellschaft für öffentliche Wasch- und Badeanstalten zu Berlin).

Anm. 10. b) **Das Verlangen selbst** muß Zweck und Gründe des Antrages enthalten. Manche Statuten stellen, wohl in Folge nachlässiger Redigirung, nur das Erforderniß auf, daß der Antrag **den Zweck** der Generalversammlung enthalten müsse. Auch solchen Statuten gegenüber bleibt das gesetzliche Erforderniß bestehen, da das Statut auch Erweiterungen des Rechts nicht anordnen kann (vergl. oben Anm. 3). Enthält der Antrag daher keine Gründe, so kann er in jedem Falle abgewiesen werden. Die Gesellschaftsorgane brauchen überhaupt nicht darauf zu reagiren, können aber durch Rückfrage die Gründe eruiren.

Anm. 11. c) **An wen wird das Verlangen gerichtet?** Ring (Anm. 2 zu Art. 237) meint, es müsse an alle berufungsberechtigten Organe der Reihe nach oder zu gleicher Zeit gerichtet werden, weil die richterliche Ermächtigung nur ein subsidiärer Rechtsbehelf ist. Das Letztere soll zugegeben werden. Allein der Vorstand ist auch in seiner Stellung nach innen, den Aktionären gegenüber, das ständige, geschäftsführende Organ. Wird ihm ein an die Gesellschaft als solche gerichteter Antrag behändigt, so richtet sich derselbe zwar in erster Linie an ihn, zugleich aber muß er für verpflichtet erachtet werden, den Antrag denjenigen Gesellschaftsorganen zu übermitteln, welchen der betreffende Zweig der Geschäftsführung obliegt. Ein an die Gesellschaft zu Händen des Vorstandes gerichteter Antrag genügt daher. Freilich sagt die Denkschrift (S. 145), durch die Fassung des Abs. 3 sei außer Zweifel gesetzt, daß das Gericht erst angegangen werden kann, nachdem der Antrag sowohl bei dem Vorstand, als bei dem Aufsichtsrath gestellt worden ist. Wir können dies zwar nicht anerkennen; allein bei der Autorität der Denkschrift ist der Praxis anzurathen, sich danach zu richten.

Anm. 12. d) **Das Verhalten der Gesellschaftsorgane.** Trotz des Wortlauts des Gesetzes haben die Verwaltungsorgane nicht die absolute Verpflichtung, dem an sie gestellten, den formellen Voraussetzungen entsprechenden Verlangen zu entsprechen. Denn da das subsidiär anzurufende Gericht gleichfalls zu prüfen hat, ob in concreto das Verlangen als angebracht erscheint, so folgt daraus, daß auch die Gesellschaftsorgane dem Verlangen nicht blind zu entsprechen, sondern es nur dann zu erfüllen haben, wenn es nicht aus Muthwillen oder Chikane gestellt ist (Ring Anm. 3 zu Art. 237; Petersen und Pechmann S. 217; Esser Anm. 2). Auch die Statuten können hieran nichts ändern (vergl. Anm. 9).

Anm. 13. **In welcher Zeit sie dem Verlangen zu entsprechen haben**, ist nicht gesagt. Keinesfalls früher, als die Antragsteller dies verlangen. Haben diese keine Frist gesetzt, oder haben sie sofortige Anberaumung verlangt, so ist dem Antrage sofort stattzugeben. Was darunter zu verstehen ist und was umgekehrt als übermäßige Verzögerung, die der Ablehnung gleichkommt, gilt, entscheidet der Einzelfall. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, daß die Gesellschaftsorgane erst ordnungsmäßig zu berathen haben,

und daß besonders in großen Städten die Mitglieder des Aufsichtsraths nicht täglich oder stündlich zu einer Sitzung eingeladen werden können.

Die Statuten bestimmen oft eine Zeit, oft sogar von mehreren Monaten, inner- Anm. 14.
halb welcher dem Antrage stattzugeben ist (z. B. Statuten des Aktienbauvereins Passage). Eine solche statutarische Vorschrift ist bedeutungslos. Denn aus dem Gesetze ergiebt sich als Konsequenz, daß die sofortige Anberaumung Pflicht der Gesellschaftsorgane ist. Dem gegenüber kann das Statut das Recht nicht durch eine Verlängerung der Frist verkürzen, noch auch durch eine Verkürzung der im Einzelfalle angemessenen Frist erweitern (vergl. oben Anm. 3 ffg.). — Zust. Ring Anm. 3 zu Art. 237. —

2. (Abs. 2.) **Das Recht auf Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung** hat dieselben Anm. 15.
Voraussetzungen, wie das in Abs. 1 behandelte Recht. Auch das Verhalten der Gesellschaft ist im Prinzip im Allgemeinen ein gleiches, nur daß hier die Sache schleuniger erledigt werden muß, da hier kurze Fristen innezuhalten sind (vergl. § 256). Unter der Ankündigung ist hier die Bekanntmachung zu verstehen, nicht die Anzeige an die Gesellschaftsorgane.

3. (Abs. 3.) **Die richterliche Ermächtigung.** Anm. 16.

a) **Voraussetzung** derselben ist, daß dem an die Gesellschaft gestellten Verlangen weder vom Vorstande, noch vom Aufsichtsrath entsprochen ist, obgleich die Voraussetzungen desselben nach Abs. 1 vorlagen. Der Antrag an das Handelsgericht wird gestellt in einfacher schriftlicher Form, auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Zuständig ist das Amtsgericht (§ 145 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit). Auch dem Amtsgerichte wird der Nachweis geführt werden müssen, daß der Antragsteller Besitzer der erforderlichen Aktien ist. Eine Frist zur Antragstellung ist nicht vorgesehen. Uebermäßige Verzögerung wird jedoch einen Grund zur Versagung bilden.

b) **Das Verhalten des Gerichts.** Dasselbe kann die Ermächtigung ertheilen. Darin und Anm. 17
in der Substitution des Handelsgerichts (also jetzt des Amtsgerichts vergl. Anm. 16) an die Stelle des ordentlichen Prozeßgerichts besteht die wesentliche Neuerung gegen den Rechtszustand vor 1884 (vergl. oben Anm. 4). Das Wort „kann" bedeutet zunächst, daß trotz des Vorliegens der formellen Voraussetzungen das Gericht nicht verpflichtet ist, dem Antrage stattzugeben. Es bedeutet aber andererseits nicht, daß das Gericht nach seiner Willkür die Ermächtigung ertheilen oder versagen darf. Gegen solche Auffassung haben wir auch in einem anderen Falle Front gemacht (vergl. zu § 266). Allerdings hat das Gesetz dort bestimmte materielle Requisite aufgestellt. Allein auch da, wo solche nicht aufgestellt sind, wollen die Gesetze beim weitesten Ermessen der Gerichte nicht richterliche Willkür etabliren. Vielmehr muß in solchem Falle aus dem Geiste der Vorschrift entnommen werden, welche Gesichtspunkte der Richter für maßgebend zu erachten hat. Beim Vorliegen derselben ist der Richter verpflichtet, die Anordnung zu treffen. Vorliegend entspricht es dem Geiste des Gesetzes, wenn die Prüfung sich darauf erstreckt, ob die Maßregel etwa leichtfertig oder chikanös erscheint. Wird dies zu Gunsten des Antragstellers verneint, dann ist die Ermächtigung zu ertheilen, sonst zu versagen (vergl. Planck I S. 25 u. Anm. 2 zu § 37 B.G.B.).

Dem Beschwerdegericht (vergl. unten Anm. 25) unterliegt die Nachprüfung der vom Amtsgericht angestellten Erwägungen.

An dieser Befugniß des Gerichts, nach seinem Ermessen über die Anm. 18.
Ermächtigung zu entscheiden, kann auch das Statut nichts ändern. Wenn daher einzelne Statuten (z. B. der Berliner Bockbrauerei) die Vorschrift enthalten, der Aufsichtsrath müsse, wenn der 20. Theil des Aktienkapitals den Antrag stellt, denselben bewilligen, so ist gleichwohl der Registerrichter nicht verpflichtet, ohne Prüfung der Sachlage die Ermächtigung zu ertheilen. Denn abgesehen davon, daß auch Erleichterungen des hier fraglichen Rechts durch die Statuten nicht aufgestellt werden können (vergl. Anm. 3 ffg.), so können Privatabmachungen an die Stelle eines gesetzlich

vorgesehenen richterlichen Ermessens nicht eine richterliche Zwangspflicht setzen (zust. Ring Anm. 5 zu Art. 237).

Anm. 19. Das Amtsgericht kann vor Ertheilung der Ermächtigung Erhebungen jeder Art anstellen (Motive I z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 251; § 12 F.G.). Die Anhörung der Gesellschaftsorgane ist geboten, wenn dies thunlich ist (§ 146 F.G.). Bei Ertheilung der Ermächtigung wird es zweckmäßiger Weise eine Frist bestimmen, bis zu welcher von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden muß. — Das Amtsgericht kann über die Führung des Vorsitzes in der Generalversammlung Bestimmung treffen. Das Gericht kann dies auch ohne Antrag thun, negativ (z. B. der Antragsteller darf es nicht sein oder der Vorstand darf es nicht sein) oder auch positiv (durch Bestimmung, wer es sein muß). Diese positive Bestimmung kann wieder eine Bedingung der Ermächtigung sein oder auch eine Forderung, die wenn möglich zu erfüllen ist.

Anm. 20. c) **Das Verhalten des Antragstellers nach erhaltener Ermächtigung.**

α) Das Gesetz behandelt in dieser Beziehung nur einen Punkt, indem es vorschreibt, daß in der Berufung oder Ankündigung die richterliche Ermächtigung in Bezug zu nehmen ist. Sonst ist sie ungiltig. Im Uebrigen muß die Versammlung auf die statutarisch vorgesehene Weise einberufen werden. Eine Frist, innerhalb welcher dies geschehen muß, ist von Gesetzeswegen nicht vorgesehen, kann aber in der Ermächtigung enthalten sein (vergl. Anm. 19). — Für den Saal und die Bestellung der Urkundsperson hat der Antragsteller zu sorgen.

Anm. 21. β) Im Uebrigen aber ist daran festzuhalten, daß die auf richterliche Ermächtigung einberufene Generalversammlung immerhin eine Generalversammlung der Gesellschaft ist, auf welche daher im Uebrigen die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über die Generalversammlungen überhaupt Anwendung finden. Daraus folgt insbesondere:

Anm. 22. Den Vorsitz in der Generalversammlung führt, wenn die Ermächtigung darüber nicht Bestimmung trifft, derjenige, der ihn nach den Statuten führt. Das Verlangen des Einberufers, den Vorsitz zu führen, ist ohne Weiteres nicht begründet. Die Statuten bestimmen allerdings oft, daß der Einberufer den Vorsitz führt. Eine solche Statutenbestimmung ist unbedenklich giltig, aber nicht zweckmäßig. Andererseits ist es auch nicht zweckmäßig, daß diejenige Person, welche regelmäßig den Vorsitz führt, ihn auch in dieser Generalversammlung führt. Denn eine solche Generalversammlung ist immer der Ausfluß eines Kampfes zwischen dem Antragsteller und den Organen der Verwaltung. Es ist daher keine Gewähr vorhanden, daß die Verhandlung unparteiisch geleitet wird, wenn der Antragsteller oder ein Mitglied der Gesellschaftsorgane die Leitung übernimmt. Vielmehr erscheint es zweckmäßig, daß die Statuten bestimmen, zunächst habe der Notar die Versammlung zu eröffnen und durch die Generalversammlung selbst einen Vorsitzenden wählen zu lassen.

Anm. 23. Die Berufung muß mit den im Statute vorgesehenen Fristen und den sonstigen dort vorgeschriebenen Modalitäten erfolgen (hinsichtlich der Aktiendeposition u. s. w.). Sie kann nur an einen Ort erfolgen, der statutarisch zugelassen ist.

Anm. 24. 4. (Abs. 4.) Die Kosten der Vorbereitung der Generalversammlung und ihrer Abhaltung (Inserate, Saalmiethe, Notariatskosten) sollte eigentlich die Gesellschaft tragen müssen, da es ja eine Generalversammlung der Gesellschaft ist. Aber aus der neuen Vorschrift des Abs. 4 folgt, daß das Gesetz auf anderem Standpunkt steht. Danach „beschließt" die Generalversammlung darüber, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen. Daraus folgt, daß, wenn die Generalversammlung dies nicht beschließt, die Gesellschaft die Kosten nicht trägt, sondern der Antragsteller. Der Antragsteller kann verlangen, daß über diesen Kostenpunkt Beschluß gefaßt wird. Einer

besonderen Ankündigung dieses Antrages bedarf es nicht. Beschließt die Gesellschaft, daß die Kosten von der Gesellschaft getragen werden sollen, so kann er sie ohne Weiteres von der Gesellschaft ersetzt verlangen, eventl. steht ihm ein Klagerecht hierauf zu. Beschließt aber die Versammlung das Gegentheil, so muß er sich damit bescheiden, auch dann, wenn seine Anträge durchgegangen sein sollten und er hat nicht etwa ein Anfechtungs- oder Klagerecht aus dem Grunde, weil seine Einberufung oder Ankündigung zweckmäßig oder gar nothwendig war.

Zusatz 1. Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts giebt es sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde (§§ 145, 146 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit). Die letztere geht an das Oberlandesgericht, in Preußen an das Kammergericht (vergl. § 199 F.G. und Art. 7 preuß. Ausf. Ges. zum F.G.), welches in Konfliktsfällen die Entscheidung dem Reichsgericht zu überlassen hat (§ 28 F.G.). (Weiteres über die Beschwerde siehe Anm. 9 ffg. zu § 14.) Anm. 25.

Zusatz 2. Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften voll und ganz Anwendung, sowohl auf Gesellschaften vor der Aktiennovelle von 1884 (zust. Ring Anm. 8 zu Art. 237), als auch auf spätere Gesellschaften. Dabei ist es gleichgiltig, ob die älteren Statuten erschwerende oder erleichternde Bestimmungen treffen, in beiden Fällen sind die Bestimmungen des neuen Gesetzbuches publici juris (vergl. oben Anm. 3 ffg. u. Anm. 4 ffg. zu § 178). Anm. 26.

§ 255.

Die Berufung der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung zu erfolgen. Der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung sind hierbei nicht mitzurechnen.

Ist im Gesellschaftsvertrage die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig gemacht, daß die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt werden, so ist die Frist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung mindestens zwei Wochen frei bleiben. In diesem Falle genügt auch die Hinterlegung bei einem Notar.

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung der im Abs. 2 bezeichneten Art nicht getroffen, so müssen die Anmeldungen zur Theilnahme an der Generalversammlung zugelassen werden, wenn sie nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung erfolgen.

Der vorliegende Paragraph giebt die Minimalfrist für die Berufung der Generalversammlung und die Anmeldung zur Generalversammlung an.

1. Für den Fall, daß die Zulassung zur Theilnahme an der Generalversammlung nicht von einer vorherigen Aktiendeposition abhängig gemacht ist, ist vorgeschrieben: Anm. 1
   a) Die Berufungsfrist beträgt zwei Wochen zwischen Berufung und Generalversammlung, wobei der Tag der Berufung und der Tag der Generalversammlung nicht mitzurechnen sind. Wenn in mehreren Blättern publizirt ist, beginnt die Frist mit der letzten Publikation (Motive zum Aktiengesetz von 1884, I S. 353; O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 248). Ueber Feiertage siehe Anm. 3.
   b) Die Zulassung zur Theilnahme muß erfolgen, wenn die Anmeldung dazu nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung erfolgt (Abs. 3). Erfolgt sie später, so braucht hiernach die Zulassung nicht mehr zu erfolgen. Hierin liegt eine Erschwerung, die das frühere Aktienrecht nicht kannte, aber die Generalversammlung kann auch die später sich anmeldenden Aktionäre zulassen. Es kann aber jeder Aktionär dieser Zulassung widersprechen und eventl. den Beschluß anfechten. Die Statuten können spätere Anmeldungen zulassen. Anm. 2.

Anm. 3. 2. Für den Fall daß die Zulassung[1]) zur Theilnahme an der Generalversammlung von einer vorherigen Aktiendeposition abhängig gemacht ist, so müssen für die Deposition zwei Wochen frei bleiben. Es muß hiernach der Zeitraum, welcher zwischen der Hinterlegung und der Generalversammlung zu liegen hat, der Frist von zwei Wochen zugeschlagen werden. Das Gesellschaftsstatut kann diese Frist nicht verkürzen, die Vorschrift ist zwingend. Ob innerhalb der zwei Wochen Feiertage liegen, ist gleichgiltig, desgleichen, ob die zwei Wochen mit einem Feiertage endigen. Es muß dann vor dem Feiertage deponirt werden. Der § 193 B.G.B., den Riesenfeld S. 56 in den Statuten zu beachten mahnt, braucht nicht beachtet zu werden. Er bestimmt, daß, wenn innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist und der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag fällt, an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag tritt. Diese Gesetzesvorschrift braucht deshalb von den Statuten nicht beachtet zu werden, weil sie nicht zwingend ist; sie ist lediglich eine Auslegungsvorschrift (vergl. § 186) und es ist den Statuten unbenommen, das Gegentheil anzuordnen, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine Statutenvorschrift, wonach spätestens am 31. Mai zu deponiren ist, nicht dahin ausgelegt werden kann, daß nun, wenn der 31. Mai ein Sonntag ist, am 1. Juni hinterlegt werden kann, sondern dahin, daß in diesem Falle am Tage vorher hinterlegt werden muß.

Anm. 4. Die Zulassung[1]) erfolgt natürlich nur, wenn die Aktiendeposition rechtzeitig erfolgt ist. Die Deposition erfolgt giltig auch bei einem Notar und zwar bei jedem beliebigen deutschen Notar. Auch daran kann das Statut nichts ändern. Der Nachweis der erfolgten Hinterlegung muß dann aber innerhalb der Depositionsfrist dem Vorstande der Gesellschaft geführt werden. Denn derartige Hinterlegungsvorschriften haben, wie von der Reichstagskommission (K.B. S. 84) nicht verkannt wurde, auch den Zweck rechtzeitiger Anmeldung zur Generalversammlung, damit der Vorstand rechtzeitig in der Lage sei, sich genügend über die Anmeldung zu informiren. Jedenfalls aber kann das Statut dies anordnen, d. h. also bestimmen, daß die beim Notar erfolgte Hinterlegung innerhalb der Depositionsfrist nachgewiesen werde. Das ergiebt sich, wie Riesenfeld S. 68 mit Recht bemerkt, aus § 252 Abs. 4, wonach das Statut die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts bestimmen kann. So wurde ja auch früher aus der dem § 252 Abs. 4 entsprechenden Bestimmung des Art. 190 Abs. 5 bei Kommanditgesellschaften auf Aktien die Zulässigkeit der Anordnung der Aktiendeposition überhaupt hergeleitet (vergl. unsere 5. Aufl. § 1 zu Art. 189). Hält man aber dafür, daß die Statuten nicht anordnen können, im Falle der Hinterlegung beim Notar müßte der Depotschein noch innerhalb der Hinterlegungsfrist eingereicht werden, so kann doch jedenfalls in den Statuten angeordnet werden, daß der Depotschein nach dem Ablauf der Hinterlegungsfrist, aber vor dem Tage der Generalversammlung, etwa einen Tag vorher, eingereicht werden muß.

Anm. 5. **Zusatz. Ueber die Form der Berufung** sagt das Gesetz nichts. Hierüber muß das Statut Bestimmung treffen (§ 182 Nr. 5); sonst liegt eine heilbare Nichtigkeit vor (§§ 309, 310). Das Gesetz giebt nur eine Bestimmung; die Berufung soll nach § 256 den Zweck der Generalversammlung enthalten. Im Uebrigen muß sie erkennen lassen, daß die Aktionäre von der Gesellschaft — kleine Abweichungen in der Bezeichnung derselben schaden nicht; R.G. 34 S. 113 — zu einer Generalversammlung geladen werden, sie muß den Ort und die Zeit genau angeben. Von selbst versteht es sich, daß sie in deutscher Sprache erfolgen muß, sofern die Statuten hierüber nicht anders disponiren. Ob sie öffentlich, oder durch besondere Einladung oder in beiden Formen geschehen muß, muß das Statut bestimmen; das Gesetz verlangt nicht etwa obligatorisch die öffentliche Einladung. Gewöhnlich wird in der Publikation hinzugefügt, unter welchen Bedingungen die Aktionäre zugelassen werden (Deposition der Aktien, bis zu welchem Tage zu deponiren ist, wie die Deposition zu bewirken ist). Das Gesetz schreibt auch dies nicht vor (R.G.

---

[1]) Es wird hier von uns überall von Zulassung zur Generalversammlung gesprochen, wo auch das Gesetz nur von der Ausübung des Stimmrechts spricht. Das Gesetz vermengt hier beide Begriffe, obwohl sie gar nicht identisch sind (vergl. hierüber Anm. 21 zu § 252).

vom 24. 3. 1887 in Seufferts Archiv 42 S. 440), oft schreiben es die Statuten vor, immer aber entspricht es herkömmlichem Entgegenkommen gegen die Aktionäre. Die Hinzufügung von Zulassungsbedingungen, die dem Gesetze oder Statut nicht entsprechen, macht die Berufung ordnungswidrig (Bolze 4 Nr. 808). Ueber die Folgen ordnungswidriger Berufungen siehe Anm. 9 zu § 256.

§ 256.

Der Zweck der Generalversammlung soll bei der Berufung bekannt gemacht werden. Jedem Aktionär ist auf Verlangen eine Abschrift der Anträge zu ertheilen.

Ueber Gegenstände, deren Verhandlung nicht ordnungsmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung angekündigt ist, können Beschlüsse nicht gefaßt werden; ist für die Beschlußfassung nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder des Gesellschaftsvertrags die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreichend, so muß die Ankündigung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablaufe die Hinterlegung zu geschehen hat.

Zur Beschlußfassung über den in der Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer außerordentlichen Generalversammlung sowie zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlußfassung bedarf es der Ankündigung nicht.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Publikation der Tagesordnung: wann sie angekündigt werden soll (Abs. 1), wann sie angekündigt werden muß (Abs. 2) und in welchen Fällen sie nicht angekündigt zu werden braucht (Abs. 3).

Anm. 1.

1. (Abs. 1). **Wann soll die Tagesordnung angekündigt werden?** Sie „soll" angekündigt werden bei der Berufung der Generalversammlung. Aber die Bekanntmachung des Zwecks der Generalversammlung ist kein essentiale der Berufung. Die ohne Tagesordnung einberufene Generalversammlung ist nicht ungiltig, wenn nur innerhalb der in Abs. 2 festgesetzten Frist die Publikation der Tagesordnung erfolgt. Aber die Gesellschaftsorgane sind doch immerhin verpflichtet, die Tagesordnung gleichzeitig mit der Berufung zu publiziren, und verletzen ihre Pflicht und machen sich verantwortlich, wenn sie dies nicht thun. Sie sind dazu schon deshalb verpflichtet, damit die Aktionäre sehen können, welche Tagesordnung von den Gesellschaftsorganen in Aussicht genommen ist, und Gelegenheit haben, Ergänzungsanträge nach § 254 zu stellen. In der That ist in der Praxis eine Berufung ohne gleichzeitige Publikation der Tagesordnung nicht gebräuchlich. Dagegen ist es gebräuchlich, die Tagesordnung durch weitere Gegenstände nachträglich zu erweitern.

Anm. 2.

Für jede Generalversammlung ist das vorgeschrieben, auch für die ordentliche, obwohl deren Tagesordnung stereotyp ist (Vorlegung der Jahresrechnung, Beschluß über Bilanzgenehmigung, über Entlastung und Dividendenvertheilung.)

Anm. 3.

2. (Abs. 2.) **Wann muß die Tagesordnung angekündigt werden?** Regelmäßig mindestens eine Woche vor dem Tage der Generalversammlung, ausnahmsweise bei qualifizirten Beschlüssen, d. h. bei solchen, zu deren Giltigkeit die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreicht, mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung. Bei Beschlüssen der letzteren Art ist daher, wenn nach den Statuten die im § 255 vorgesehene Mindestfrist von zwei Wochen für die Zeit zwischen Berufung und Generalversammlung nicht

verlängert ist', eine nachträgliche Ankündigung von Anträgen nicht möglich, denn auch hierfür ist ja eine gesetzliche Mindestfrist von zwei Wochen zwischen Bekanntmachung und Generalversammlung vorgeschrieben. Weder die Gesellschaftsorgane können in solchen Fällen nachträgliche Ankündigungen vornehmen, noch auch die Aktionäre gemäß § 254. Deshalb wird den Gesellschaften von Riesenfeld S. 62 mit Recht dringend angerathen, die Frist für die Einberufung der Generalversammlung derart zu regeln, daß vom Ablauf der letzten Hinterlegungsmöglichkeit an zurückgerechnet bis zum Tage der Publikation des Versammlungstages ein Zeitraum von mindestens 17 oder 18 Tagen frei bleibt. — Verkürzen können die Statuten die Frist des vorliegenden Absatzes überhaupt nicht. Sie wären sonst in diesem Punkte ungiltig. Eine Generalversammlung, die abgehalten wird im Widerspruch mit dieser Vorschrift, ist ungiltig, ihre Beschlüsse sind anfechtbar, werden aber durch unterlassene Anfechtung giltig, weil es sich um Vorschriften handelt, die zwar zwingend sind, bei denen aber auf die Folgen der Verletzung verzichtet werden kann (vergl. Anm. 6 zu § 252).

Anm. 4. 3. (Abs. 3.) **In welchen Fällen bedarf es keiner Ankündigung der Tagesordnung?** Der Antrag auf Anberaumung einer außerordentlichen Generalversammlung bedarf keiner Ankündigung. Ein solcher Antrag kann also in jeder Generalversammlung gestellt werden, und jede Generalversammlung, auch eine nach § 254 einberufene, ist berechtigt, einen solchen Antrag zum Beschluß zu erheben. Es kann aber dieser Beschluß nur dahin gefaßt werden, daß eine außerordentliche Generalversammlung zu berufen ist. Es kann zwar auch, wie in Civilprozessen, in der Generalversammlung selbst die Verhandlung auf einen bestimmten Tag vertagt, aber es kann nicht von einer weiteren Einladung der Aktionäre abgesehen werden. In einer Universalversammlung (Versammlung aller Mitglieder) kann das geschehen, wenn die Mitglieder auf Einladung verzichten.

Anm. 5. Ferner können ohne besondere Ankündigung Anträge gestellt werden, natürlich nur innerhalb der Tagesordnung. Anträge außerhalb der Tagesordnung zuzulassen, kann der Vorsitzende ablehnen. Läßt er sie zu, so kann die Versammlung die Beschlußfassung ablehnen. Faßt aber die Versammlung Beschluß über einen solchen Antrag, so ist ein solcher Beschluß ungiltig und wird auch durch unterlassene Anfechtung nicht giltig, es sei denn, daß er in einer Universalversammlung gefaßt wurde; die Beschlüsse einer solchen unterliegen ja überhaupt nicht den Erfordernissen der ordnungsmäßigen Einberufung und Ankündigung. Aber ein Majoritätsbeschluß solcher Art steht auf der gleichen Stufe, wie ein Beschluß, gefaßt von einer zufällig zusammentretenden oder von einem unzuständigen Organ einberufenen Versammlung von Aktionären (vergl. unten Anm. 9). Pinners Ansicht (S. 194), daß auch solche Beschlüsse, die innerhalb einer publizirten Tagesordnung nicht liegen, durch Nichtanfechtung giltig werden, entbehrt des rechtlichen Bodens. Sie würde der Arglist und Ueberrumpelung Thür und Thor öffnen und ist selbst mit dem Satze Vigilantibus jura scripta sunt nicht vereinbar. Denn eine größere Wachsamkeit, als die Verfolgung der Publikationen, braucht der Aktionär nicht zu beachten. Auf hinterlistige Ueberfälle braucht er nicht gefaßt zu sein. —

Anm. 6. Endlich können Verhandlungen ohne Beschlußfassung gepflogen werden, ohne besondere Ankündigung. Das Gesetz hat dabei besonders Beschwerden und Aussprachen der Aktionäre im Auge. Die einmal berufene Generalversammlung hat zur Besprechung von Gesellschaftsangelegenheiten Gelegenheit, und diese soll ihnen nicht von Gesellschaftsorganen, denen diese Besprechung vielleicht unbequem ist, genommen werden durch den Hinweis darauf, daß der Gegenstand der Besprechung nicht publizirt sei.

Anm. 7. **Zusatz 1. In Abs. 1 ist die weitere (neue) Vorschrift enthalten, daß jedem Aktionär auf sein Verlangen eine Abschrift der Anträge zu ertheilen ist.** Zum Antrage berechtigt ist jeder Aktionär. Daß er dies ist, muß er nachweisen; Vorlegung einer Aktie mit der Bitte um Rücksendung genügt; Hinterlegung der Aktie ist nicht erforderlich. Vorzeigung eines Hinterlegungsscheins genügt ebenfalls. — Mit den Anträgen ist nicht die Tagesordnung gemeint; denn diese

wird publizirt und von der besonderen Mittheilung der Tagesordnung handelt der folgende Paragraph. Gemeint sind vielmehr die zur Tagesordnung etwa schon eingelaufenen, in der Generalversammlung zu stellenden Anträge. — Der Antrag auf Abschriftertheilung muß gestellt werden bis zur Generalversammlung und solange vorher, als eine solche Abschriftertheilung im ordnungsmäßigen Geschäftsgange erfolgen kann, nicht etwa eine Stunde vor der Generalversammlung. — Die Abschriftertheilung und Zusendung erfolgt kostenlos: Schreibgebühren und Porti dürfen nicht liquidirt werden. — Das Recht ist unentziehbar, also ein Sonderrecht. Das Statut kann daran nichts ändern, kann weder einem bestimmten, noch — und darin liegt die Sonderrechtsnatur des Rechts — allen Aktionären gleichmäßig das Recht entziehen. Die Vorschrift ist insofern zwingenden Rechts. Verletzung dieser Vorschrift hat Anfechtbarkeit des gleichwohl gefaßten Generalversammlungsbeschlusses zur Folge. Denn es muß hier das Gleiche angenommen werden, wie bei § 263 (vergl. zu§ 263). Selbstverständlich fällt die Anfechtbarkeit fort, wenn die Verletzung der Vorschrift im gegebenen Falle auf die Beschlußfassung ohne Einfluß war (siehe hierüber zu § 271). Ebenso hat unterlassene Anfechtung Giltigkeit des Beschlusses zur Folge; denn die Vorschrift ist zwar zwingend, aber doch von der Beschaffenheit, daß auf die Rechtsfolgen der Verletzung verzichtet werden kann (vergl. Anm. 6 zu § 252). Die Abschriftertheilung kann durch Klage und einstweilige Verfügung erzwungen werden.

Zusatz 2. Ueber den Inhalt der Tagesordnungs-Ankündigung hat das Gesetz nur in einem Anm. 8. Falle besondere Vorschriften gegeben, bei der Aenderung der Statuten (§ 274 Abs. 3). **Im Allgemeinen** gilt Folgendes:

Der Zweck der Generalversammlung, genannt die Tagesordnung, muß, wenn auch in aller Kürze, doch derart klar und präzise bezeichnet sein, daß jeder Aktionär weiß, worüber verhandelt und eventl. Beschluß gefaßt werden soll, und sich daher gehörig darauf vorbereiten kann (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 248). Nur den Gegenstand der Berathung und Beschlußfassung, nicht aber die auf diesen Gegenstand bezüglichen Anträge muß die Tagesordnung enthalten (O.L.G. Cöln in G.Z. 37 S. 553; vergl. R.G. 17 S. 173) oder, wie das R.G. (vom 9. 4. 97 in J.W. S. 246) sagt, nicht die speziellen Ausführungen des Gegenstandes, dessen nähere Modalitäten und Konsequenzen; sonst würde die Stellung und Annahme von Zusatzanträgen (Amendements) nicht möglich sein (vergl. Näheres hierüber unten Anm. 11). Beispiele von giltigen Tagesordnungen: Wahl von Aufsichtsrathsmitgliedern; Erhöhung des Aktienkapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien und Beschluß über die Begebung des Bezugsrechts; Veräußerung eines Gesellschaftsgrundstücks; Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegung; Erhebung von Ansprüchen aus der Gründung.

Ist der Zweck nicht gehörig bekannt gemacht, so ist der Beschluß ungiltig und Anm. 9. anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung giltig (§ 271).

Zusatz 3. Folgen der ordnungswidrigen Berufung.

Hier ist zu unterscheiden der Fall der Berufung durch ein unzuständiges Organ und der Fall der ordnungswidrigen Berufung durch das zuständige Organ.

Im ersteren Falle liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor, weil auch eine Berufung nicht vorliegt (vergl. Petersen und Pechmann S. 219). Beschlüsse, die trotzdem in einer solchen Versammlung gefaßt sind, sind ungiltig, brauchen nicht angefochten zu werden und werden durch unterlassene Anfechtung nicht giltig. Anders natürlich, wenn sämmtliche Aktionäre erschienen waren (Universalversammlung) und mit Einstimmigkeit Beschluß faßten (R.G. in Strafsachen 29 S. 384). Aber auch, wenn der Beschluß nicht einstimmig gefaßt wurde, aber kein Aktionär der Beschlußfassung widersprochen hat, ist solche Universalversammlung auch ohne giltige Einberufung giltig.

Hat aber das zuständige Organ berufen, jedoch ordnungswidrig, so ist die Generalversammlung zwar auch ungiltig. Aber nach § 271 gilt eine solche Versammlung doch immerhin als Generalversammlung. Die in ihr gefaßten Beschlüsse unterliegen der Anfechtung, und diese Anfechtung ist an eine Frist gebunden, deren Ablauf die Giltigkeit zur Folge hat. Immerhin ist Ring (Anm. 6 zu Art. 220) zuzustimmen, daß außerdem jedenfalls eine solche Einberufung vorliegen muß, welche allen Betheiligten die Möglichkeit einer Theilnahme gewährt hat. Andern-

falls liegt eine Generalversammlung überhaupt nicht vor. Ueber Universalversammlungen siehe den vorigen Absatz a. E.

Ob bei Beschlüssen, die der Eintragung bedürfen, die Sache anders liegt, ob hier der Registerrichter ein selbstständiges Recht hat, die Ordnungswidrigkeit der Berufung zu rügen, darüber siehe zu § 271.

Anm. 10. **Zusatz 4. Wer den Vorsitz in der Generalversammlung führt und nach welchen Regeln derselbe die Generalversammlung zu leiten hat,** hat das Gesetz nicht bestimmt.

1. **Wer hat den Vorsitz zu führen?** Das Gesetz deutet an, daß es davon ausgeht, daß die G.V. einen Vorsitzenden haben muß (§§ 258 u. 254 Abs. 3). Fast durchgängig ist in den Statuten der Vorsitzende des Aufsichtsraths zum Leiter der G.V. bestimmt. Enthält das Statut keine Bestimmung, so hat die G.V. einen Vorsitzenden zu wählen (vergl. Behrend S. 822; Cosack S. 624 Anm. 71; Pinner S. 188). Ebenso wenn der statutarische Vorsitzende verhindert ist oder sich weigert, den Vorsitz zu führen. Es kann nicht etwa der statutarische Vorsitzende einen Anderen substituiren. Dadurch, daß der Antrag sich gegen ihn richtet, wird er nicht unfähig, den Vorsitz zu führen. Ueber den Vorsitz im Falle des § 254 siehe dort Anm. 22.

Anm. 11. 2. **Zur Verhandlung in der G.V. ist erforderlich, daß Anträge gestellt werden.** Die Publikation der Tagesordnung ist nicht Antragstellung, sondern Ankündigung derselben, auch dann, wenn sie in die Form eines bestimmten Antrages gefaßt ist. (O.L.G. Köln in G.Z. 37 S. 553.) Innerhalb der Tagesordnung können beliebige Anträge gestellt werden (vergl. oben Anm. 8). Wenn z. B. die Tagesordnung lautet: Entlassung eines Direktors, so kann, auch wenn der Direktor Schulze damit gemeint war, doch in der Versammlung beantragt werden, den Direktor Müller zu entlassen. Auch wenn die Tagesordnung die Form eines bestimmten Antrages hatte, können Anträge, die ihn modifiziren oder ergänzen (Amendements), gestellt werden. O.L.G. Köln a. a. O.; Ring Anm. 4; Behrend S. 822 Anm. 23; R.G. vom 9. 4. 97 in J.W. S. 246). Lautete z. B. der Antrag auf Erhöhung des Aktienkapitals um 2 Millionen Mark, so kann in der Versammlung der Antrag gestellt werden, das Aktienkapital solle um 3 Millionen erhöht werden, und es kann demgemäß beschlossen werden. — Innerhalb der Tagesordnung und ehe der betreffende Punkt verlassen ist, kann auch ein gestellter, aber zurückgenommener Antrag von demselben oder einem andern Aktionär wieder aufgenommen werden (anders Ring Anm. 4 zu Art. 238). Ist dagegen über einen Antrag Beschluß gefaßt, so ist der betreffende Punkt der Tagesordnung erledigt, und es kann ein Wiederaufhebungsantrag nicht in derselben Sitzung zugelassen werden. Das bedarf vielmehr erneuter Ankündigung. Denn inzwischen können Aktionäre die Versammlung mit Rücksicht auf die Erledigung dieses Punktes verlassen haben.

Anm. 12. 3. **Die Leitung der Versammlung.**

a) Zunächst ist zu betonen, daß der Vorsitzende nur die Verhandlungen zu leiten und dahin zu wirken hat, daß ordnungsmäßig berathen und beschlossen wird. Dagegen steht ihm nicht die Befugniß zu, die Verhandlung eigenmächtig zu vertagen oder zu schließen. Will er die Verhandlung nicht mehr leiten, so mag er den Vorsitz niederlegen und die Versammlung wählt einen anderen Vorsitzenden (vergl. oben Anm. 10). Nimmt er überhaupt nicht theil, so liegt darin noch nicht eine Zurücknahme der Berufung (Anm. 5 zu § 253). Er darf auch nicht die Verhandlung oder Abstimmung über einen Antrag ablehnen, weil er ihn für unbegründet hält.

Anm. 13. b) **Nach welchen Regeln hat die Leitung zu erfolgen?** In erster Linie entscheidet hierüber der Gesellschaftsvertrag. Aber bei dem empfindlichen Mangel, welchen die Statuten der Aktiengesellschaften in dieser Hinsicht aufweisen, frägt es sich, was sonst maßgebend ist für die Leitung der Versammlung. Behrend (S. 822) giebt hierauf die Antwort:

> „Eventuell ist auf die allgemeinen Grundsätze über die Handhabung parlamentarischer Versammlungen zurückzugehen".

Bei der Wichtigkeit dieser Frage ist diesem Ausspruche näher zu treten.

Es frägt sich: α) Ist es zutreffend, daß subsidiär die allgemeinen parlamentarischen Regeln in Anwendung zu bringen sind? β) Kraft welcher Rechtsquelle sollen dieselben gelten? γ) Welche Regeln sind als allgemeine parlamentarische Regeln anzuerkennen? δ) Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gestützt werden?

Zu α) Es ist zutreffend, daß eventuell die allgemeinen parlamentarischen Regeln für die Leitung der Generalversammlung anzuwenden sind. Zunächst muß ein Recht der Aktionäre auf Verhandlung, nicht bloß auf Beschlußfassung, angenommen werden. Der Abs. 2 des vorl. Paragraphen ergiebt, daß die Einladungen zur G.V. nicht bloß zum Zwecke der Beschlußfassung, sondern auch zum Zwecke der Verhandlung erfolgen (vergl. auch R.G. 36 S. 26). Ist dies aber der Fall, so muß weiter angenommen werden, daß nach allgemeinen parlamentarischen Regeln verhandelt werden muß. Denn irgend eine Ordnung muß herrschen, der Vorsitzende soll nicht nach Willkür, sondern nach Gerechtigkeit leiten. Soll aber irgend eine Ordnung herrschen, so kann es nur diejenige sein, welche sich aus der Uebertragung von allgemeinen parlamentarischen Regeln ergiebt, d. h. von Regeln, die als selbstverständliche Gebote der Ordnung und Gerechtigkeit in den offiziellen Parlamenten und bei sonstigen Vereinen, in denen parlamentarisch verhandelt wird, zu betrachten sind, sich als solche bewährt haben und unseren an parlamentarische Verhandlungen gewöhnten Bürgern gewissermaßen in Fleisch und Blut übergegangen sind. So kann auch derjenige, der Gelegenheit hat, Generalversammlungen beizuwohnen, beobachten, wie die Versammlung sich immer dann beugt, wenn der Vorsitzende eine allgemeine parlamentarische Regel zur Anwendung bringt, und unwillig wird, wenn eine solche verletzt wird. Das Reichsgericht (R.G. 36 S. 24) stellt den weiteren Grundsatz auf, daß der Vorsitzende (und auch die Generalversammlung) die Grenzen der Diskussion nicht so eng ziehen darf, daß dadurch eine sachgemäße Erörterung unmöglich gemacht wird. Es hat hiernach der Vorsitzende (eventuell die Generalversammlung) diejenigen Grenzen innezuhalten, welche in jedem einzelnen Falle für eine sachgemäße Erörterung geeignet erscheinen; wird hiergegen verstoßen, so ist dies eine Gesetzesverletzung, welche zur Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses führt. Zwar, ob eine Maßregel im gegebenen Falle die sachgemäße Erörterung unmöglich macht, ist schwer nachzuprüfen. In jenem Falle war die Redezeit eines jeden Aktionärs von vornherein auf 10 Minuten festgesetzt. Aber unmöglich ist es nicht und es können überdies so flagrante Verletzungen dieses Grundsatzes vorkommen, daß ihre Konstatirung zweifellos ist. Verletzt wird man den Grundsatz nur halten dürfen bei offensichtlicher Abschneidung der Möglichkeit einer sachentsprechenden Diskussion. Dem Ermessen der Geschäftsleitung muß ein gewisser Spielraum gelassen werden. Anm. 14.

Zu β) Kraft welcher Rechtsquelle gelten die allgemeinen parlamentarischen Regeln? Wird die Geltung der allgemeinen parlamentarischen Regeln für die Generalversammlungen angenommen, so kann die Rechtsquelle dieser Geltung nur ein Handelsgewohnheitsrecht sein. Zu dieser Annahme zwingt die historische Entstehung der Geltung dieser Regeln. Die Geltung wurde schon anerkannt zur Zeit des alten H.G.B. Dort hätte man vielleicht auch an einen Handelsgebrauch nach Art. 279 denken können. Doch wäre dieser Gedanke um deshalb verfehlt gewesen, weil die Geltung auch da anzunehmen war, wo der Gesellschaftsvertrag kein Handelsgeschäft war, überdies ist den parlamentarischen Regeln Jeder unterworfen, auch der, der den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen hat, auch ohne seinen Willen, selbst gegen seinen Willen. Die Geltung der Handelsgebräuche nach Art. 279 aber setzte den nachweislichen Unterwerfungswillen voraus. Anm. 15.

Zu γ) Welche Regeln sind als parlamentarische Regeln anzuerkennen? Bei der Beantwortung dieser Frage muß mit größter Vorsicht verfahren werden. Es dürfen nur solche in unseren Parlamenten geltende Grundsätze übertragen werden, welche ihren Anm. 16.

Grund lediglich in den Geboten der Ordnung und Gerechtigkeit haben und die derart beschaffen sind, daß man sagen kann: eine andere Regelung der betreffenden Frage sei schlechterdings nicht möglich. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man folgende allgemeine parlamentarische Regeln aufstellen:

Anm. 17. *aa*) **Kein Mitglied der Versammlung darf sprechen, ohne vorher das Wort verlangt und vom Vorsitzenden erhalten zu haben** (§ 42 der Geschäftsordnung des Reichstags; § 43 der Geschäftsordnung des Preußischen Abgeordnetenhauses; § 64 der Geschäftsordnung der Württembergischen Kammer der Abgeordneten; Art. 38 der Geschäftsordnung der Kammer der Abgeordneten von Bayern). An der Anerkennung dieser Regel als allgemeiner parlamentarischer Regel ist nicht zu zweifeln. Die Folge ist, daß eine Anfechtung des Beschlusses darauf nicht gestützt werden kann, daß der Vorsitzende Jemandem zu reden nicht gestattet, der sich nicht zum Worte gemeldet hat (vergl. Anm. 29).

Anm. 18. *ββ*) **Der Vorsitzende hat demjenigen das Wort zu ertheilen, welcher nach Eröffnung der Diskussion zuerst darum nachsucht.** Diese reine Prioritätsordnung muß überall dort gelten, wo etwas anderes nicht vorgeschrieben ist. So gilt sie auch im Reichstage (§ 47) und in Bayern (Art. 39). In anderen Parlamenten wechseln die Redner für und wider ab (Preußen § 47; Württemberg § 68). Aber, wie gesagt, jede Abweichung von der reinen Prioritätsordnung kann nur dann gelten, wo sie angeordnet ist; denn jede Abweichung ist Willkür und kann zu Ungerechtigkeiten führen. Wird dies als allgemeine parlamentarische Regel anerkannt, so ist der Vorsitzende nicht befugt, irgend eine andere Reihenfolge walten zu lassen, als die nach der Anmeldung, damit er nicht durch eine geschickte Reihenfolge der Reden die Entschließung beeinflusse. Jede Verletzung dieser Regel würde die Anfechtung begründen (vergl. Anm. 29).

Anm. 19. **Der Vorsitzende darf dem Redner auch nicht willkürlich das Wort entziehen.** Er kann ihm allerdings gebieten, sich innerhalb des parlamentarischen Anstandes zu bewegen, und dann, wenn diese Ermahnung nicht hilft, ihm das Wort entziehen. Verletzung dieser Regel begründet die Anfechtung (unten Anm. 28), die sich aber nur auf reine Willkür stützen kann, eine Nachprüfung des Ermessens des Vorsitzenden findet nicht statt (vergl. unten Anm. 29).

Anm. 20. *γγ*) **Will der Vorsitzende selbst an der Debatte theilnehmen, so muß er den Vorsitz niederlegen.** Das gilt allgemein (Reichstag § 42; Preußen § 43; Württemberg § 71; Bayern Art. 38) und darf als allgemeine parlamentarische Regel betrachtet werden, weil es mit der Stellung des unparteiischen Leiters der Versammlung unverträglich ist, in die Diskussion einzugreifen, so Partei zu ergreifen und dadurch das Vertrauen in seine Unparteilichkeit zu erschüttern. An der Abstimmung aber darf er sich betheiligen.

Anm. 21. *δδ*) **Persönliche Bemerkungen sind erst am Schlusse gestattet.** Dies muß, obwohl Württemberg (§ 71) gerade umgekehrt zur persönlichen Bemerkung stets das Wort gestattet, dennoch als derart selbstverständliche, allgemeine parlamentarische Regel betrachtet werden, daß die Uebertragung auf die G.V. unbedenklich ist (vergl. Reichstag § 44; Preußen § 45; Bayern Art. 40). Unter persönlichen Bemerkungen sind solche zu verstehen, welche zur Abwehr eines persönlichen Angriffs dienen (Bayern Art. 40). Sie gehören ihrer Natur nach nicht zur Sache, stören die Verhandlungen, weil sie zu leidenschaftlicher Erregung führen, und sind deshalb an den Schluß zu verweisen.

Anm. 22. *εε*) **Zu Bemerkungen zur Geschäftsordnung ist jederzeit das Wort zu ertheilen.** Sie würden sonst ihren Zweck verfehlen (Reichstag § 44; Preußen § 45; Bayern Art. 40).

Anm. 23. *ζζ*) **Schluß der Debatte.** Tritt derselbe nicht von selbst ein, so entsteht die Gefahr, daß die Abstimmung unmöglich gemacht wird durch immerwährendes

Reden. Hier muß es als allgemeine parlamentarische Regel gelten, daß zwar nicht der Vorsitzende, wohl aber die Versammlung auf den Antrag eines ihrer Mitglieder beschließen kann, daß die Debatte geschlossen werde, ehe die Rednerliste erschöpft ist. Dem Zwecke einer solchen Regel nach kann es auch nicht gestattet werden, für oder gegen den Schlußantrag zu sprechen, sonst würde sich hieraus eine Schraube ohne Ende ergeben (vergl. Reichstag § 53; Bayern Art. 44; Preußen § 54). Wird aber durch den angeordneten oder beschlossenen Schluß der Debatte die sachliche Diskussion überhaupt unmöglich gemacht, so liegt darin eine Rechtsverletzung (vergl. oben Anm. 14).

ηη) Von mehreren Anträgen ist der weitergehende zur Abstimmung zuerst zu stellen. Diese Regel liegt in der Natur der Sache und gilt allgemein, auch dort, wo sie nicht in die Geschäftsordnung ausdrücklich aufgenommen ist (vergl. Württemberg § 78; Bayern Art. 46). Dabei ist der Antrag auf Vertagung immer der weitgehendste. Anm. 24.

θθ) Jeder Redner muß in deutscher Sprache reden. Das gilt als allgemeine parlamentarische Regel für die deutschen Parlamente und muß auch für Generalversammlungen gelten. Es kann von den Theilnehmern einer deutschen parlamentarischen Versammlung verlangt werden, daß Jeder in der allgemeinen Landessprache sich ausläßt, damit Jeder ihn versteht und imstande ist, den Redner zu widerlegen. Bei dem Einverständniß Aller, einschließlich der Urkundsperson, wird dem Gebrauche einer fremden Sprache aber nichts entgegenstehen. Anm. 25.

ιι) Es muß in freier Rede gesprochen werden. Auch das gilt als allgemeine parlamentarische Regel, und nur dann machen die Parlamente eine Ausnahme, wenn das Mitglied der deutschen Sprache nicht mächtig ist (Reichstag § 45; Preußen § 46). Es kann nicht gestattet sein, große Abhandlungen am Studirtisch auszuarbeiten und sie alsdann der Versammlung vorzulesen. Das ist keine Verhandlung, darunter wird gemeiniglich ein freies Aussprechen verstanden. Anm. 26

κκ) Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths können keineswegs verlangen, daß ihnen jederzeit das Wort ertheilt wird. Die Analogie mit den Vertretern der Regierung in den Parlamenten ist nicht gestattet. Diese letzteren sind die koordinirten Vertreter einer Körperschaft, welche gleich dem Parlament zur Wahrung des Volkswohles berufen ist, und die darüber wachen soll, daß die Berathungen der Parlamente zum gedeihlichen Ziele führen. Vorstand und Aufsichtsrath aber sind der Generalversammlung subordinirte Organe, und es ist der Versammlung keineswegs zuzumuthen, daß sie sie anhören müsse. Anm. 27.

λλ) Die Entscheidungen des Vorsitzenden sind definitiv (vorbehaltlich der Anfechtung — vergl. Anm. 29). Keineswegs kann (im Gegensatz zu unserer 1. Auflage) angenommen werden, daß die Anordnungen des Vorsitzenden nur provisorisch seien und man stets das Recht habe, an die Versammlung selbst zu appelliren. Denn das würde darauf hinauslaufen, daß über die Leitung der Geschäfte die Majorität entscheidet. Ist es aber schon nicht zu umgehen, daß bei der Abstimmung die Macht entscheidet, so soll doch wenigstens bei der Verhandlung selbst die Gerechtigkeit entscheiden. Dies durch eine unparteiische Leitung zu bewirken, ist die Funktion des Vorsitzenden, der die Minderheit gegen die Majorität gerade schützen soll. Der Grundsatz, daß an die Versammlung (in der Regel) nicht appellirt werden kann, besteht auch, obwohl ungeschrieben, in den Parlamenten; ihn auf die Generalversammlung zu übertragen, ist um so unbedenklicher, als ja hier das Recht der Anfechtung des Beschlusses besteht. (Vergl. Anm. 29.) Anm. 28.

δ) **Kann auf die Verletzung der allgemeinen parlamentarischen Regeln die Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse der G.V. gestützt werden?** Das muß bejaht werden, Anm. 29

nachdem wir uns dafür entschieden haben, daß diese Regeln kraft Gewohnheitsrechts gelten (oben Anm. 15); darüber, daß Verletzungen gewohnheitsrechtlicher Normen Gesetzesverletzungen im Sinne des § 271 sind, siehe zu § 271. In dieser Anfechtungsmöglichkeit liegt das Schwergewicht dieser ganzen Frage und das wichtigste Ergebniß unserer Untersuchung.

Anm. 30. 4. **Die Verhandlung kann durch Majoritätsbeschluß auch vertagt werden** (Ring Anm. 8 zu Art. 238). Das bedeutet: Die G.V. kann beschließen, daß über den betreffenden Gegenstand heut nicht berathen und nicht beschlossen werden soll. Es kann aber nicht etwa brevi manu, wie im Civilprozesse, eine neue Versammlung angesetzt und dann von weiterer Berufung abgesehen werden. In einer Universalversammlung mit Einverständniß Aller kann das allerdings geschehen (vergl. oben Anm. 4). — Ueber die Vertagung der ordentlichen Generalversammlung siehe § 264.

Anm. 31. 5. Das Statut kann selbstverständlich überall anders bestimmen. Alsdann kann auch die G.V. hieran nichts ändern. Doch wird ein abweichendes Verfahren durch unterlassene Anfechtung giltig (vergl. zu § 271).

6. **Ueber Abstimmungsregeln** siehe Anm. 19 zu § 252.

Anm. 32. **Zusatz 5. Ueber den Ort der Generalversammlung** sagt das Gesetz gleichfalls nichts. Die Statuten enthalten aber darüber gewöhnlich ausreichende Bestimmungen. Daß die Statuten nothwendig einen Ort im Gerichtssprengel des Gesellschaftssitzes bestimmen müssen, wie Völderndorff (im Archiv für bürgerliches Recht 4 S. 170) annimmt, ist gesetzlich nicht begründet. Der Privatautonomie ist vielmehr keine Schranke gesetzt (zust. Pinner S. 186). Nur wird man annehmen müssen, daß ein Ort im Inlande gewählt sein muß, schon deshalb, weil sonst die gerichtliche oder notarielle Form nicht beobachtet werden kann. Denn damit sind hier Urkunden deutscher Beamten gemeint. (Zust. Ring Anm. 5 zu Art. 238.) Hat das Statut keinen Ort bestimmt, so ist damit nicht gemeint, die Gesellschaftsorgane können die Aktionäre an einen beliebigen Ort berufen. Vielmehr ist das Schweigen dahin auszulegen, daß der Gesellschaftssitz der Ort der Generalversammlung sein soll (zust. R.G. vom 12. 5. 99 in J.W. S. 396; anders Gareis Anm. 10 zu § 182; Pinner S. 187). Delegation der Bestimmung an Vorstand oder Aufsichtsrath ist zulässig.

§ 257.

Jeder Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt, kann verlangen, daß ihm die Berufung der Generalversammlung und die Gegenstände der Verhandlung, sobald deren öffentliche Bekanntmachung erfolgt, durch eingeschriebenen Brief besonders mitgetheilt werden. Die gleiche Mittheilung kann er über die in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse verlangen.

Der vorliegende Paragraph giebt den Aktionären ein weitgehendes Recht auf besondere Mittheilungen.

Anm. 1. 1. Dieses Recht ist verschieden von dem Rechte, welches § 256 Abs. 1 Satz 2 giebt. Dort ist jedem Aktionär, der seine Aktionäreigenschaft irgendwie nachweist, (nicht gerade durch Hinterlegung einer Aktie), das Recht gewährt auf abschriftliche Mittheilung der Anträge. Das vorliegende Recht ist nur dem deponirenden Aktionär gegeben und bezieht sich nicht auf die Anträge, sondern auf die Mittheilung der Berufung, der Tagesordnung und der gefaßten Beschlüsse.

Anm. 2. 2. **Das Recht steht zu jedem Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt.** Das Recht wird dadurch geltend gemacht, daß ein Aktionär eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt und hierbei das Verlangen zum Ausdruck bringt, daß ihm die betreffenden Mittheilungen gemacht werden. Das Verlangen kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Es muß in jedem Falle besonders gestellt werden. Es ist nicht anzunehmen, daß der Aktionär berechtigt ist, eine Aktie zur dauernden Hinterlegung bei der Gesellschaft an-

zubieten und hiermit das Verlangen zu verbinden, ihm jedesmal die im § 257 vorgesehenen Mittheilungen zu machen. Das würde die Gesellschaft mit schweren Verwahrungspflichten belasten und sie außerdem zu besonderen Registraturen und Kontrolen zwingen über diejenigen Aktionäre, die solches generelle Verlangen gestellt haben. — Die Deposition erreicht ihr Ende mit der Erfüllung des Verlangens. Spätestens mit der Abschrift muß daher die Aktie zurückgesendet werden.

3. **Ist das Verlangen rite gestellt,** so muß die Gesellschaft demselben entsprechen. Der Anm. 3. Aktionär kann darauf klagen, auch durch einstweilige Verfügung die Erfüllung der Pflicht erzwingen. Hinsichtlich der Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses, welcher ohne besondere Mittheilung der Tagesordnung gefaßt ist, gilt das Gleiche, wie im § 256 Anm. 7. — Die Abschriftsmittheilung und Zusendung hat kostenlos zu erfolgen. Da auch die Rücksendung der Aktie erfolgen muß, so entspringen hieraus nicht unerhebliche Umständlichkeiten und Kostenpflichten für die Gesellschaft, denn die Rücksendung von Werthpapieren muß in angemessener Weise, mindestens durch eingeschriebenen Brief erfolgen. — Die Verpflichtung erstreckt sich auch auf den Fall des § 254. Ueberall aber besteht die Verpflichtung zur Mittheilung der Berufung und der Gegenstände der Verhandlung. Selbstverständlich nur in denjenigen Fällen, wo nicht schon nach den Statuten eine besondere Einladung der Aktionäre erfolgt. Das Statut kann dies ja neben der öffentlichen Bekanntmachung oder auch statt derselben anordnen. Es kann nicht etwa umgekehrt aus § 257 herausgelesen werden, daß das Gesetz hiermit implicite bestimmen wolle, jede Berufung der Generalversammlung müsse durch öffentliche Bekanntmachung oder auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Eine solche Vorschrift ist nach § 182 Nr. 5 und 6 nicht beabsichtigt worden und kann in dieser gelegentlichen, durch die Reichstagskommission eingeschobenen Vorschrift nicht gefunden werden. Dieselbe bezweckt, wie der Kommissionsbericht bemerkt, in den Fällen, wo die Publikationen der Berufung in nicht genügend verbreiteten Blättern, z. B. bloß im Reichsanzeiger erfolgen, die Aktionäre davor zu schützen, durch die Generalversammlung überrascht zu werden. Aber die Vorschrift will nicht umgekehrt allgemein eine öffentliche Bekanntmachung der Generalversammlung anordnen. —

Die Mittheilung über die gefaßten Beschlüsse kann der Aktionär auch dann verlangen, wenn er der Generalversammlung beigewohnt hat.

§ 258.

In der Generalversammlung ist ein Verzeichniß der erschienenen Aktionäre oder Vertreter von Aktionären mit Angabe ihres Namens und Wohnorts sowie des Betrags der von Jedem vertretenen Aktien aufzustellen. Das Verzeichniß ist vor der ersten Abstimmung zur Einsicht auszulegen; es ist von dem Vorsitzenden zu unterzeichnen.

Das Aktionärverzeichniß.

1. Dasselbe war bisher schon üblich. Jetzt ist es obligatorisch.
2. Zu unterzeichnen hat es der Vorsitzende **sc.** der Generalversammlung.
3. Eine Vorlesung des Verzeichnisses ist nicht vorgeschrieben (K.B. S. 85). Doch wird dies zur Vollständigkeit des Notariatsprotokolls wohl gehören.
4. Es ist vor der ersten Abstimmung zwar auszulegen, aber damit ist nicht gesagt, daß Aktionäre, die nach dieser Auslegung erscheinen, zurückgewiesen werden dürfen. Wer später erscheint und sich ordnungsmäßig meldet, muß in das Verzeichniß nachträglich aufgenommen werden (Litthauer Anm. a; Pinner S. 195).
5. Nichtbefolgung der Vorschrift bewirkt Ungiltigkeit der Beschlüsse, die aber durch Nichtanfechtung geheilt wird (Pinner S. 195).

§ 259.

Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.

In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars sowie die Art und das Ergebniß der Beschlußfassungen anzugeben.

Das nach § 258 aufgestellte Verzeichniß der Theilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung sind dem Protokolle beizufügen. Die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung kann unterbleiben, wenn die Belege unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden.

Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich.

Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über das Protokoll der Generalversammlung (Abs. 1—4) und ordnet die Einreichung desselben zum Handelsregister an (Abs. 5).

Anm. 1. 1. **Die Vorschriften über das Protokoll** (Abs. 1—4).

a) **Jeder Beschluß bedarf zu seiner Giltigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.** Damit soll nicht etwa gesagt werden, daß die ganze Verhandlung, deren Anträge und Debatten, in das Protokoll aufgenommen werden sollen. Vielmehr soll hier nur über die Form Bestimmung getroffen werden, während Abs. 2 über den inhaltlichen Umfang der Protokollirung disponirt.

Anm. 2. Die hier vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung folgt nicht den Regeln der §§ 167 flg. des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Diese sind nur für die Beurkundung von Rechtsgeschäften vorgesehen (§ 167 daselbst), und die Denkschrift S. 146 ist sich sehr wohl bewußt, daß der Beurkunder einer Generalversammlung nicht ein Rechtsgeschäft, welches mutuo consensu zu Stande kommt, sondern einen Rechtsvorgang, die Abstimmung beurkundet. Gerade deshalb, weil die Frage, inwieweit die (bisherigen landesgesetzlichen) Vorschriften über die Beurkundung von Rechtsgeschäften hier Anwendung finden, zweifelhaft war, sind hier erschöpfende Vorschriften für die Form der Beurkundung gegeben worden. Andererseits ist damit nicht gesagt, daß die Vorschriften des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit von der Anwendung völlig ausgeschlossen sind. Subsidiär kommen sie in den Punkten zur Anwendung, wo ihre Anwendung nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß hier Sonderbestimmungen getroffen sind, und dadurch, daß der Gegenstand der Beurkundung ein Vorgang, kein Rechtsgeschäft ist. So ist z. B. ein Dolmetscher nicht zuzuziehen, auch wenn ein Betheiligter erklärt, er verstehe nicht deutsch, § 179 F.G. findet also keine Anwendung; ebenso ist nicht etwa, wenn ein Betheiligter stumm ist, ein Dolmetscher zuzuziehen, § 178 F.G. findet keine Anwendung; eine Erklärung darüber, ob der Notar die Betheiligten kennt oder in welcher Weise er sich Gewißheit über ihre Persönlichkeit verschafft hat (§ 176 F.G.), ist nicht erforderlich.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Der inhaltliche Umfang der Protokollirung.** Ort und Tag der Verhandlung, der Name der Urkundsperson, die Art und das Ergebniß der Beschlußfassung sind anzugeben. Das letztere bedeutet, daß zu sagen ist, in welcher Weise abgestimmt wurde und wie viel Stimmen für die eine, wie viel für die andere Meinung abgegeben wurden. Zum

Ergebniß der Abstimmung gehört auch der Vermerk, was der Vorsitzende als Beschluß verkündet hat. Oft können nämlich die Meinungen darüber auseinandergehen, ob ein Antrag als angenommen oder als abgelehnt zu betrachten ist. Z. B. wenn Personen mitgestimmt haben oder zurückgewiesen worden sind, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie in concreto mitstimmen durften. Prima facie entscheidet darüber der Vorsitzende. Das gehört zur Leitung der Versammlung. Er stellt fest, was als beschlossen gilt. Gegen den so festgestellten Beschluß richtet sich dann die Anfechtungsklage.

Von selbst versteht es sich, daß auch ein etwaiger Widerspruch gegen eine Beschlußfassung in das Protokoll aufzunehmen ist (§ 271 Abs. 3, Denkschrift S. 146; K.B. S. 87), ferner das Verlangen der Minderheit nebst den von dieser vorgebrachten Bemängelungen nach § 264, das Verlangen der Minderheit nach § 268. Anm. 4.

Dagegen sind Anträge, welche im Laufe der Debatte gestellt und dann wieder zurückgezogen wurden, nicht zu vermerken. Was schließlich beantragt wurde, ergiebt der Beschluß.

Ebenso wenig sind die gehaltenen Reden zu vermerken, auch nicht auszugs- oder andeutungsweise.

Aber natürlich ist die Urkundsperson berechtigt, Anträge und Reden zu vermerken.

Welche Personen erschienen sind, das anzugeben ist nicht erforderlich. Noch weniger ist es erforderlich, die Identität der Erschienenen festzustellen. Dagegen ist es üblich, zu vermerken, wer von den Gesellschaftsorganen erschienen ist, auch wer den Vorsitz geführt hat. Gesetzlich erforderlich ist auch das nicht.

3. (Abs. 3.) **Dem Protokoll beizufügen** sind: Das Aktionärverzeichniß des § 258 und die Beläge über die Berufung der Versammlung. Letztere brauchen nicht beigefügt zu werden, wenn sie unter Angabe ihres Inhalts in das Protokoll aufgenommen werden. Dann muß freilich ihr genauer Inhalt protokollirt werden. Die Beifügung der Beläge ist bequemer und wird von den Urkundspersonen vorgezogen werden. Anm. 5.

4. (Abs. 4.) **Zu unterschreiben ist das Protokoll von dem Richter oder dem Notar.** Das will sagen: lediglich von der Urkundsperson. Weder die Gesellschaftsorgane, noch die Aktionäre brauchen zu unterschreiben. Das ist sehr vernünftig, weil sonst diese Personen durch die Verweigerung ihrer Unterschrift das Zustandekommen eines ihnen unbequemen Beschlusses verhindern könnten. Anm. 6.

Das Erforderniß weiterer Unterschriften, welches sich häufig in den Statuten findet (z. B. der Vorsitzende und zwei Aktionäre oder die Stimmzähler haben zu unterschreiben), ist nicht unzulässig und wirkungslos (so jedoch Pinner S. 196), da den Parteien unbenommen bleiben muß, auch höhere Formvorschriften zur Giltigkeit ihrer Beschlüsse zu fordern (vergl. § 125 B.G.B.). Allein es ist von solchen erschwerenden Formvorschriften dringend abzurathen und nur zu empfehlen, sie aus den Statuten auszumerzen, weil sonst diejenigen Personen, deren Mitunterschrift als Erforderniß aufgestellt ist, durch Verweigerung ihrer Unterschrift das Zustandekommen des Beschlusses verhindern könnten. Anm. 7.

Daß das Protokoll vorgelesen werden müßte, ist nicht vorgeschrieben. Die Parteien brauchen es ja auch nicht zu genehmigen. Der Notar beurkundet den Rechtsvorgang, wie er ihn wahrgenommen hat (Rudorff S. 203; Pinner S. 196). Die Vorlesung ist aber auch nicht verboten und wird anzurathen sein, um etwaige mißverständliche Auffassungen zu berichtigen. Auch kann die Vorlesung durch die Landesnotariatsordnung geboten sein (K.B. S. 87). Die Vorschrift des § 173 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit ist darauf nicht ohne Weiteres anwendbar, weil sie die Beurkundung eines Rechtsgeschäftes voraussetzt (vergl. oben Anm. 2) und deshalb auch die Genehmigung und Unterschrift durch alle Betheiligten verlangt. In Preußen unterliegt es dem Ermessen des Notars, inwieweit er das Protokoll den Betheiligten vorlesen und von ihnen unterzeichnen lassen will (Art. 55 preuß. Ausführungsgesetz zum F.G.). Anm. 8.

5. (Abs. 5.) **Eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls ist unverzüglich nach der Generalversammlung von dem Vorstande zum Handelsregister einzureichen.** Unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 B.G.B.). Zum Handelsregister, d. h. auch jeder Zweigniederlassung (§ 13; Denkschrift S. 146). Die Vorschrift der Einreichung ist zwingend Anm. 9.

(§ 14). Aber eine Prüfung der Beschlüsse, die der Eintragung nicht bedürfen, durch den Registerrichter ist nicht seines Amtes (Johow 12 S. 35; vergl. bei uns Erläuterung zu § 319).

Anm. 10. **Zusatz 1. Die Folge der Nichtbeobachtung der Form** ist Nichtigkeit der Verhandlung, selbst bei einer Universalversammlung. Der § 271 greift hierauf nicht Platz, sondern die Analogie der Vorschrift des § 125 B.G.B. Die in einer nicht gehörig beurkundeten Versammlung gefaßten Beschlüsse werden daher durch Nichtanfechtung nicht giltig. Damit aber die Nichtigkeit eintrete, muß die Form in wesentlichen Punkten verletzt sein. Als wesentlich wird man aber nur erachten können, daß ein Richter oder ein Notar überhaupt die Verhandlung beurkundet und das Protokoll unterschrieben hat. Weglassung des Ortes und des Tages der Verhandlung ist kein Verstoß von wesentlichen Punkten, noch weniger die unterlassene Beifügung der Anlagen des Abs. 3.

Anm. 11. **Zusatz 2. Etwaige Vollmachten** sind dem Generalversammlungsprotokoll nicht beizufügen, sondern verbleiben im Gewahrsam der Gesellschaft (§ 252). Für Preußen ist durch die Dienstvorschriften zum Stempelgesetz Ziffer 7 Abs. 2 (Heinitz S. 498) angeordnet, daß die Notare in ihrem Protokoll zu vermerken haben, ob ein Stempel und in welchem Betrage zu den in der G.V. vorgelegten Vollmachten verwendet ist.

Anm. 12. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auch auf bestehende Aktiengesellschaften Anwendung. Gegentheilige Bestimmungen älterer Statuten sind aufgehoben, soweit die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen zwingendes Recht enthalten. Dies ist vom Obersten Landesgericht in München in G.Z. 35 S. 248; von Ring Anm. 3 zu Art. 238a für das Recht der Aktiennovelle von 1884 angenommen worden und muß auch jetzt gelten gegenüber dem letzteren Recht (vergl. Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 260.

Die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnvertheilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsraths.

Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie einen den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnden Bericht dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Im Gesellschaftsvertrage kann eine andere Frist, jedoch nicht über die Dauer von sechs Monaten hinaus, bestimmt werden.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung (Abs. 1) **und über die Vorbereitung derselben** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung** bilden die Genehmigung der Jahresbilanz, die Gewinnvertheilung und die Entlastung des Vorstandes.

a) **Die Genehmigung der Jahresbilanz.** Richtiger würde das Gesetz sprechen von Feststellung der Jahresbilanz. Denn die Generalversammlung kann nicht bloß die Bilanz genehmigen, sondern kann sie natürlich auch ändern und auch durch ihre Genehmigung stellt sie sie fest. Diese Feststellung ist lediglich Sache der Generalversammlung. Eine im Statut angeordnete Delegation der definitiven Bilanzfeststellung an andere Organe ist unzulässig. Vorstand und Aufsichtsrath haben nur Bilanzvorschläge zu machen. Daher ist z. B. die Bestimmung, daß die Höhe der Abschreibungen durch Direktion und Aufsichtsrath bestimmt werden, ungiltig, ebenso die Bestimmung vieler Statuten, daß der Aufsichtsrath die Höhe der Dotirungen einzelner Reservefonds zu bestimmen hat. Aber die Statuten können bestimmte Grundsätze aufstellen, z. B. eine jährliche Mindestabschreibung von 10% auf die Maschinen (vergl. Anm. 5 zu § 261). Der Beschluß über die Genehmigung der Bilanz muß, um giltig zu sein, den Vorschriften der Gesetze und der Statuten entsprechen. Dabei können die verschiedensten Vorschriften in Be-

tracht kommen: Abstimmungsvorschriften, Einberufungsvorschriften, vor Allem aber die Vorschriften über die Ansätze der Bilanz und die Bildung von Reservekonten. Ueber diese siehe Anm. 1—8 zu § 261 ffg.

Ein ungiltiger Bilanzgenehmigungsbeschluß kann giltig werden durch Nicht- Anm. 2.
anfechtung, doch nur, soweit Dispositivvorschriften in Frage kommen. Inwieweit dies der Fall ist, darüber siehe Anm. 4, 6 u. 8 zu § 261.

Ein ungiltiger Bilanzgenehmigungsbeschluß kann aber jedenfalls durch Klage angefochten werden (§ 271). Inwieweit insbesondere die durch die Generalversammlung vorgenommenen Werthsansätze bezw. Abschreibung der Anfechtung durch Klage unterliegen, darüber siehe Anm. 6 zu § 261.

Hat die Anfechtungsklage Erfolg, so hebt das Prozeßgericht nicht bloß den Beschluß als ungiltig auf, sondern es stellt die Bilanz in Gemäßheit der Gesetze und Statuten richtig.

b) **Die Gewinnvertheilung.** Harmlos sagt der vorliegende Paragraph: Die General- Anm. 3.
versammlung beschließt auch über die Gewinnvertheilung.[1]) Bedeutet das etwa, daß ein solcher Generalversammlungsbeschluß nothwendiges Erforderniß des Dividendenanspruchs sei? Das ist schon nach früherem Recht nicht angenommen worden, und ist auch jetzt nicht anzunehmen. Es soll im vorliegenden Paragraphen nicht gesagt werden, daß ein Dividendenanspruch nur insoweit bestehe, als die Generalversammlung die Gewinnvertheilung besonders beschließe. Es ist nur im allgemeinen gesagt worden, daß für einen erforderlichen Beschluß die Generalversammlung das allein zuständige Organ sei. Der Gewinnvertheilungsbeschluß liegt aber regelmäßig schon in dem Bilanzgenehmigungsbeschlusse. Denn da nach § 213 jeder Aktionär den Anspruch auf denjenigen Reingewinn hat, der sich aus der Bilanz ergiebt, so ist mit dem die Bilanz feststellenden Beschlusse die Forderung des Aktionärs auf die ihm zufallende Dividende als reiner Gläubigeranspruch begründet und für einen Generalversammlungsbeschluß gar kein Raum mehr. Regelmäßig ist es also eine bloße Formsache, wenn die Generalversammlung nach dem Bilanzfeststellungsbeschluß noch besonders den Beschluß faßt, die aus der Bilanz hervorgehende Dividende zur Vertheilung zu bringen (Simon S. 6 gegen Behrend § 133). Regelmäßig kann also der Aktionär seinen Dividendenanspruch einfach auf den Bilanzfeststellungsbeschluß stützen und den etwaigen Dividendenvertheilungsbeschluß, wie er auch lauten mag, ignoriren (vergl. R.O.H. 19 S. 141). Er braucht den letzteren nicht erst anzufechten, wenn dieser die Dividenden anders vertheilt als sich dies aus der Bilanz ergiebt; er bringt vielmehr seinen Dividendenanspruch durch einfache Klage auf Zahlung auf Grund des Bilanzgenehmigungsbeschlusses zur Geltung. Der Einwand des abweichenden Dividendenvertheilungsbeschlusses ist ihm gegenüber belanglos. Noch weniger kann eine neue Generalversammlung giltig beschließen, daß die aus einem früheren Beschlusse sich ergebende Dividende nicht vertheilt werde; auch solcher Beschluß braucht nicht angefochten zu werden, sondern kann einfach ignorirt werden (R.G. 37 S. 63). — Umgekehrt kann aber ein Gewinnvertheilungsbeschluß nicht gefaßt werden, ehe die Bilanz festgestellt ist. Wird die Beschlußfassung über die Bilanz also nach § 264 vertagt, so muß auch der Gewinnvertheilungsbeschluß vertagt werden. Wird sie theilweise vertagt, so muß auch der Gewinnvertheilungsbeschluß insoweit vertagt werden, als die vertagten Punkte auf die Gewinnvertheilung von Einfluß sind (vergl. zu § 264).

Ausnahmsweise aber wohnt auch dem Dividendenvertheilungsbeschlusse materielle Bedeutung bei, und zwar in zwei Fällen:

Einmal wenn nach dem Gesellschaftsvertrage nicht der ganze Reingewinn zur Vertheilung bestimmt ist, vielmehr der Generalversammlung die Disposition über den ganzen oder einen Theil des Reingewinnes vorbehalten ist. Eine solche Bestimmung

[1]) Es nehmen an der Abstimmung über die Bilanzgenehmigung und die Gewinnvertheilung Theil alle zeitigen Aktionäre, auch diejenigen, denen die Dividende des betreffenden Jahres nicht zufließt, z. B. die Aktionäre einer eben beschlossenen Kapitalserhöhung.

ist zulässig. Ja es kann sogar das Statut bestimmen, daß die Generalversammlung nach freiem Belieben oder nach Gutdünken über die Bildung von Reservekonten oder gar über die Vertheilung des Reingewinnes überhaupt entscheidet (hiergegen Lehmann in Kohler und Ring's Archiv Bd. 9 S. 382). Eine Bestimmung der letzteren Art ist aber (gegen Simon S. 7) darin noch nicht zu finden, daß das Statut bestimmt, die Generalversammlung setze die Dividende fest. Damit ist nur gesagt, daß die Generalversammlung unter Beobachtung von Gesetz und Statut die Dividende bestimmt (vergl. Behrend § 133 Anm. 3; Neukamp in G.Z. 38 S. 66).

Ein zweiter Fall, wo dem Dividendenvertheilungsbeschlusse materielle Bedeutung innewohnt, ist der, daß ein Theil des erzielten Reingewinnes als Gewinnvortrag von der Vertheilung ausgeschlossen wird (vergl. Zusatz zu § 262).

Anm. 4. c) **Die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsraths** (von der Entlastung des Aufsichtsraths sprach das frühere H.G.B. nicht, in der Praxis aber erstreckten sich die Entlastungsbeschlüsse auch auf die Verwaltungsthätigkeit des Aufsichtsraths).

α) Bilanzgenehmigung und Entlastung der Gesellschaftsorgane sind verschiedene Begriffe. Die Ansätze der Bilanz können richtig und eine Versagung der Genehmigung daher ausgeschlossen sein, ohne daß die Gereralversammlung Veranlassung hätte, Entlastung zu ertheilen. So wenn ein ungetreuer Vorstand eine Summe unterschlagen oder nicht genügend über die Geschäftsführung eines unredlichen Beamten gewacht hatte. Das Fehlen der Summen in den Aktiven der Bilanz entspricht der Sachlage und die Bilanz muß genehmigt werden. Aber darin liegt noch keine Entlastung. Umgekehrt könnte dem Vorstande Entlastung mit seiner Geschäftsführung ertheilt und der eine oder der andere der in die Bilanz eingestellten Werthe als zu hoch oder zu niedrig gegriffen bezeichnet werden (Simon S. 13). Im Bilanzgenehmigungsbeschluß liegt daher nicht implicite die Ertheilung der Entlastung und in dem Entlastungsbeschlusse liegt nicht implicite die Bilanzgenehmigung (vergl. K.G. bei Holdheim 5 S. 138). Immerhin stehen Bilanzgenehmigung und Entlastung nicht immer außer allem inneren Zusammenhang. Ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen kommt zum Durchbruch bei der Vertagung der Bilanzgenehmigung auf Antrag der Minderheit nach § 264. Diese Vertagung hat unter Umständen zur Folge, daß auch der Entlastungsbeschluß nicht schlechthin gefaßt werden kann (vergl. zu § 264).

Anm. 5. β) Nur die Generalversammlung kann über die Entlastung beschließen. Delegation ist ausgeschlossen. Eine dem Aufsichtsrath von dem Vorstand ertheilte Entlastung wäre wirkungslos; desgleichen eine dem Vorstande vom Aufsichtsrath oder dem ausgeschiedenen Vorstand vom neuen Vorstande ertheilte Entlastung. Verweigert oder verzögert die Generalversammlung die Ertheilung der Entlastung, so haben die Gesellschaftsorgane ein Klagerecht auf Entlastung. Hierüber unten Anm. 8.

Anm. 6. γ) Die Entlastung kann einzelnen Betheiligten ertheilt, anderen versagt werden (R.O.H. 20 H. 222).

Anm. 7. δ) Der Entlastungsbeschluß ist giltig, wenn er dem Gesetze gemäß zu Stande gekommen ist. Ob es sachgemäß war, die Entlastung zu ertheilen, ist gleichgiltig. Es kann der die Entlastung aussprechende Beschluß nicht deshalb angefochten werden, weil die Verwaltung Fehler begangen hat, und es kann umgekehrt der die Entlastung verweigernde Beschluß nicht angefochten werden, weil die Gesellschaftsorgane keine Fehler begangen haben. Die Gesellschaftsorgane selbst, denen die Entlastung verweigert ist, müßten in solchem Falle auf Entlastung klagen (vergl. unten Anm. 8). Dagegen ist die Entlastung fehlerhaft beschlossen und deshalb ungesetzlich und anfechtbar, wenn in der betreffenden Generalversammlung nicht ordnungsmäßig Rechnung gelegt wurde, obgleich dies auch nur von einem Aktionär verlangt wurde (R.G. 34 S. 57).

ε) Der Anspruch der Gesellschaftsorgane auf Entlastung. Die Gesell- Anm. 8.
schaftsorgane haben einen civilrechtlichen Anspruch auf Entlastung. Derselbe setzt voraus, daß sie durch Vorlegung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, der sonstigen, vom Aufsichtsrath und der Generalversammlung geforderten Aufklärungen und Nachweise in gehöriger Weise die Resultate ihrer Geschäftsführung zur Prüfung unterbreitet haben (vergl. auch unten Anm. 19).

Verweigert die Generalversammlung die Entlastung, so steht ihnen ein Klagerecht gegen die Gesellschaft zu, nicht etwa ein Anfechtungsrecht nach § 271, es sei denn, daß der Versammlungsbeschluß gegen Gesetz oder Statut verstieße (vergl. oben Anm. 7). Die Vertreter der Gesellschaft mögen auf die Klage auf Ertheilung der Entlastung die Weigerung der Generalversammlung begründen. Dasselbe gilt, wenn die Entlastung nicht durch verneinenden Beschluß, aber doch durch Verzögerung der Beschlußfassung verweigert wird. Die Verwaltungsorgane brauchen nur so lange zu warten, als bis normaler Weise die Entlastung ausgesprochen werden kann, d. h. bis zur ordentlichen Generalversammlung, in welcher sie die Bilanz vorlegen, bezw. für den Fall der Vertagung dieser bis zur nächsten Versammlung. Alsdann können sie klagen, aber auch nicht vorher. (Vorher können sie auch nicht Rückgabe ihrer Kaution verlangen.)

ζ) Die Bedeutung der ertheilten Entlastung. Hierüber enthält das Gesetz Anm. 9.
keine Bestimmung. Es entscheiden daher allgemeine Rechtsgrundsätze und die Natur der hier in Rede stehenden Rechnungslegung.

αα) Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Entlastung einen Verzich auf weitere Ansprüche enthält (Dernburg II S. 93).

ββ) Was die Frage betrifft, ob die Entlastung sich auf diejenigen Punkte Anm. 10.
bezieht, welche in der Bilanz und in der Gewinn- und Verlustrechnung Erwähnung nicht gefunden haben, so muß mit Simon (S. 20) die Meinung des R.G. (Bd. 12 S. 77; 13 S. 51), wonach nur die aus den Jahresrechnungen erkennbaren Pflichtverletzungen durch die Entlastung gedeckt werden, als unzutreffend bezeichnet werden. Denn die hier zu legende Rechnung ist ihrer Natur nach anders geartet, wie im Normalfall. Die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung stellen nur eine summarische Darstellung der Geschäftsergebnisse dar. Als Korrelat dieser Kürze besteht die Pflicht des Vorstandes, dem Aufsichtsrath jede Aufklärung und jeden Nachweis zu geben, den dieser verlangt (§ 246), ferner die Pflicht, den von der Generalversammlung zu erwählenden Revisoren alle Bücher und Schriften der Gesellschaft vorzulegen (§ 267) und nach unserer Ansicht auch die Pflicht, der Generalversammlung selbst alle Bücher und Schriften auf deren Verlangen vorzulegen (unten Anm. 15). Daraus muß gefolgert werden, daß sich die Entlastung auf alle Punkte erstreckt, welche bei ordnungsmäßiger Prüfung der Bilanz und ihrer Unterlagen hätten wahrgenommen werden können, und nur diejenigen Punkte durch die Entlastung nicht gedeckt sind, die sich weder aus den Jahresrechnungen, noch aus den Büchern und Schriften der Gesellschaft erkennen lassen (vergl. Bolze 15 Nr. 126). Sicherlich genügt es hiernach, wenn die von der Generalversammlung bestellten Revisoren von den betreffenden Pflichtverletzungen durch die Revision Kenntniß erhalten (R.O.H. 22 S. 278). Im Wesentlichen stimmt mit uns überein Simon S. 19 und Pinner S. 201; mit dem R.G. Hagen bei Gruchot 42 S. 363; Dernburg II S. 93.

γγ) Die ertheilte Entlastung bezieht sich an sich auch auf die Folgen Anm. 11.
von dolosen Pflichtverletzungen. Vergl. jedoch Anm. 12.

δδ) Ueberall aber sind ordnungsmäßige Vorlagen Voraussetzung Anm. 12.
der Entlastung, wenn sie in der angegebenen Weise wirken soll. Auf irreführende Vorlagen kann sich der Rechnungsleger nicht berufen (R.G. 18 S. 63; vergl. auch Bolze 17 Nr. 538). Unvollständigkeit der Vorlage ist zwar regel-

mäßig unschädlich, aber es giebt auch eine irreführende Unvollständigkeit und diese verhindert die Wirkung der Entlastung. So ist, wenn die Vorlage, insbesondere der Geschäftsbericht, Vorgänge nicht erwähnt, welche so wichtig sind, daß ihre Erwähnung im Geschäftsbericht redlicher Weise erwartet werden konnte, irreführende Unvollständigkeit anzunehmen. Denn die Nichterwähnung bewirkte die Annahme, daß kein besonderer Anlaß zu eingehender Prüfung vorlag. Auf solche Vorlage können sich die Gesellschaftsorgane nicht berufen. Die ertheilte Entlastung ist insoweit unwirksam, weil sie sich nach Treu und Glauben im Handelsverkehr auf solche erwähnungsbedürftigen und nicht erwähnten Vorgänge nicht bezog. Es liegt schon aus diesem Grunde nicht etwa bloß Anfechtbarkeit nach §§ 121 und 123 B.G.B. vor.

Anm. 13. 2. (Abs. 2.) **Die Vorbereitung der Bilanzprüfung** erfolgt durch die Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichts an den Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen an die Generalversammlung.

a Die Zeit der Vorlegung der Jahresrechnungen. Sie muß erfolgen in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres. Die Statuten können aber diese Frist auf sechs Monate verlängern. Auf die Aufstellung der Bilanz beziehen sich diese Fristen nicht. Die Aufstellung muß so zeitig erfolgen, wie dies aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt. Geräth daher die Gesellschaft in den ersten zwei Monaten in Konkurs und die Bilanz wäre, obgleich dies nach der Sachlage sehr wohl möglich, nicht aufgestellt, so wären die Vorstandsmitglieder strafbar. Auch die Zeit der Vorlegung der Bilanz bezieht sich nur auf die Vorlegung an die Generalversammlung. Vorher muß sie schon dem Aufsichtsrath vorgelegt sein. Dieser wird übrigens die Vorlegung verlangen können sofort nach der Aufstellung bezw. so schnell, als die Aufstellung möglich ist. Das folgt aus seiner allgemeinen Ueberwachungspflicht (§ 246).

Anm. 14. Spätestens innerhalb drei bezw. sechs Monaten muß die Vorlegung an die Generalversammlung erfolgt sein. Daraus folgt gleichzeitig die Anberaumung der ordentlichen Generalversammlung als absolute Pflicht, von welcher auch das Statut nicht entbinden kann. — Die Erfüllung dieser Pflicht kann durch Ordnungsstrafen durch das Registergericht erzwungen werden (§ 319). Zu dem Antrage auf Einschreiten durch Androhung und Verhängung von Ordnungsstrafen ist der Aufsichtsrath, aber auch jeder Aktionär für berechtigt zu erachten, hiernach richtet sich auch das Beschwerderecht (Anm. 9 ffg. zu § 14).

Anm. 15. Die Vorlegung an die Generalversammlung schließt auch die Verpflichtung in sich, die Ansätze der Bilanz und den Geschäftsbericht in der Generalversammlung sachgemäß zu erläutern und zu ergänzen. Jeder Aktionär kann, soweit das Gesellschaftsinteresse durch die Erklärung nicht leidet, Aufklärung von Unklarheiten verlangen und kann sonst den Beschluß anfechten (Rudorff S. 203; ähnlich R.G. 34 S. 58). Die Generalversammlung selbst kann jede Aufklärung und jeden Nachweis, auch die Vorlegung der Bücher verlangen, gleichviel, ob das Gesellschaftsinteresse darunter leidet oder nicht. Simon S. 18 versagt das Recht auf Vorlegung der Bücher der Generalversammlung. Nach seiner Meinung ist sie lediglich darauf angewiesen, die Gewinn- und Verlustrechnung, den Geschäftsbericht und die Bemerkungen des Vorstandes zu verlangen, weitergehende Rechte aber auf eigene Prüfung sollen ihr versagt sein. Nur Revisoren könnte sie bestellen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es wird dies auch nicht bewiesen durch die Bemerkung der Motive zum Aktiengesetz von 1884 (I S. 357), daß weiter nicht gegangen werden solle, um nicht durch zu allgemeines Bekanntwerden der übrigen Vorlagen, namentlich des Inventars, das Interesse der Gesellschaft zu schädigen. Dadurch wollten die Motive es nur rechtfertigen, daß sie nicht dem Vorstande ganz allgemein die Verpflichtung auferlegten, weitere Beläge der Generalversammlung vorzulegen, um nicht auf diese Weise jedem Aktionär das absolute und unentziehbare Recht auf Vorlegung dieser weiteren Beläge an die Generalversammlung zu geben. Es sollte der

Generalversammlung überlassen bleiben, ob sie es in einzelnen Fällen für angemessen hält, weitere Beläge einzufordern oder nicht. Hält sie es aber für angemessen und beschließt sie demgemäß, dann hat der Vorstand zu gehorchen. Die Generalversammlung ist hier, wie immer, wo es sich nicht um Thätigkeiten handelt, die ihr nicht ausdrücklich entzogen sind, souverain (vergl. Anm. 7 zu § 250).

b) Gegenstand der Vorlegung. Die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung und der Geschäftsbericht sind zunächst dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Der Aufsichtsrath ist verpflichtet, die Bilanz zu prüfen und seine Bemerkungen zu machen. Ein Zwang aber besteht nicht. Weigert oder verzögert er die Erfüllung der Pflicht, so muß die Vorlage an die G.V. gleichwohl erfolgen (Behrend § 132 Anm. 4). Der Aufsichtsrath kann außerdem auch noch die Vorlegung der Inventur, wie überhaupt der Geschäftsbücher und aller Unterlagen verlangen (§ 246). Desgleichen kann die Generalversammlung Vorlegung aller Geschäftsbücher an sie selbst oder an eine ad hoc gewählte Revisionskommission durch Beschluß anordnen (§ 266). Ein einzelner, wenn auch noch so stark betheiligter Aktionär als solcher kann dies natürlich nicht verlangen (vergl. hierüber oben Anm. 15). Anm. 16.

Die Gewinn- und Verlustrechnung insbesondere, deren Vorlegung dem Vorstande zur Pflicht gemacht ist, ist etwas von der Bilanz Verschiedenes. Anm. 17.

In der Gewinn- und Verlustrechnung wird das Jahresergebniß der einzelnen Konten zusammengestellt, in der Bilanz die gesammten bisherigen Geschäftsergebnisse der einzelnen Konten.

Wie kommt es nun aber, daß das Facit der Gewinn- und Verlustrechnung bei der Aktiengesellschaft übereinstimmt mit dem Facit der Bilanz, obwohl doch das Ergebniß eines Jahres nicht gleich zu sein braucht der Summe der gesammten bisherigen Geschäftsergebnisse? Das erklärt sich wie folgt:

Im ersten Jahr ist es selbstverständlich, daß die Endziffern jener beiden Berechnungen die gleichen sind: wenn das Geschäft erst ein Jahr besteht, so decken sich die Begriffe Jahresergebniß und Gesammtgeschäftsergebniß.

Die Gewinn- und Verlustrechnung des zweiten Jahres aber enthält nicht bloß das Jahresergebniß der einzelnen Konten, sondern nimmt außerdem als ersten Gewinnposten den etwa unvertheilt gebliebenen Gewinnbestand des Vorjahres auf, als ersten Verlustposten den ungedeckt gebliebenen Verlust des Vorjahres. Mit mathematischer Nothwendigkeit folgt hieraus, daß sich das Facit der Gewinn- und Verlustrechnung des zweiten Jahres mit dem Bilanzfacit des zweiten Jahres deckt. Denn es ist rechnerisch dasselbe, ob man

1. einerseits (bei der Gewinn- und Verlustrechnung, das Jahresergebniß der einzelnen Konten zusammenstellt und diesem hinzurechnet den übrig gebliebenen Werthüberschuß des Vorjahres, bezw. davon abzieht die ungedeckt gebliebenen Bedürfnisse des Vorjahres,
2. oder ob man andererseits (bei der Bilanz) die sämmtlichen vorhandenen Werthe und Bedürfnisse zusammenstellt.

Ebenso wird in den folgenden Jahren verfahren und deshalb haben die Gewinn- und Verlustrechnung einerseits und die Bilanz andererseits immer nothwendig dieselben Endziffern.

Der Geschäftsbericht soll mit möglichster Offenheit und ohne Schön- und Schwarzfärberei, möglichst objektiv und ohne Nebenabsicht auf Kurs und eigene Verantwortlichkeit, nicht bloß die Ansätze der Bilanz erläutern, sondern Alles enthalten, was für einen ordentlichen Geschäftsmann erforderlich erscheint, um den Männern, die ihm das Vertrauen der Verwaltung schenkten, die Geschäftslage darzulegen. Nicht vorgeschrieben ist die genaue Darlegung der Höhe der erfolgten Abschreibungen. Anm. 18.

Zusatz. Von einer eigentlichen Rechnungslegungspflicht kann beim Vorstande nur insoweit die Rede sein, als er selbst Geschäfte abgeschlossen hat und Verwahrer von Gesellschaftsvermögen gewesen ist. Aber auch in diesem Falle liegt prinzipiell seine Rechnungslegung in seiner Buch- Anm. 19.

führung. Nur soweit diese nicht ausreicht, ist weitere Rechnungslegung seine Pflicht (R.O.H. 25 S. 179). Insoweit modifizirt sich § 259 B.G.B. durch die aktienrechtlichen Sondervorschriften des H.G.B. Ist weitere Rechnungslegung erforderlich, so kann er seine Kaution nicht früher zurückfordern, als bis er dieser Pflicht nachgekommen ist (R.O.H. 24 S. 364).

§ 261.

Für die Aufstellung der Bilanz kommen die Vorschriften des § 40 mit folgenden Maßgaben zur Anwendung:

1. Werthpapiere und Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreise des Zeitpunktes, für welchen die Bilanz aufgestellt wird, sofern dieser Preis jedoch den Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt, höchstens zu dem letzteren angesetzt werden;
2. andere Vermögensgegenstände sind höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen;
3. Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein ihr entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird;
4. die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva in die Bilanz eingesetzt werden;
5. der Betrag des Grundkapitals und der Betrag eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds sind unter die Passiva aufzunehmen;
6. der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust muß am Schlusse der Bilanz besonders angegeben werden.

Der vorliegende Paragraph giebt aktienrechtliche Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz.

I. Allgemeines über die Bilanzvorschriften.

Anm. 1. Hier ist über zweierlei abzuhandeln, einmal über die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften, welche Frage sich im Grunde genommen deckt mit der Frage, welche Folgen die Verletzung der Bilanzvorschriften hat, und zweitens über die Bedeutung der Bilanzposten, besonders der Begriffe Aktiva und Passiva.

1. **Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften** oder die Frage, welche Folgen es hat, wenn die Bilanzvorschriften verletzt werden. Die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften ist zunächst hier dieselbe, wie die rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften beim Einzelkaufmann (vergl. Einleitung zu § 38): eine durch Nichtbeachtung derselben verursachte Uebersichtslosigkeit hat bei hinzutretendem Vermögensverfall die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder zur Folge, wobei mit Neukamp in G.Z. 48 S. 453 nicht „absolute Bilanzwahrheit", sondern nur Innehaltung der Maximalbewerthungsvorschriften zu fordern ist; durch Bilanzansätze unter dem Werth wird das öffentliche Interesse nicht verletzt. Es kommt hier hinzu, daß die falsche Aufstellung von Bilanzen auch unter die Strafvorschrift des § 314 fällt. Das ist die öffentlich rechtliche Bedeutung der Bilanzvorschriften.

Die Bilanzvorschriften haben aber auch privatrechtliche Bedeutung. Anm. 2. Die in ihnen enthaltenen Grenzbestimmungen sind nach der einen Richtung zwingender, nach der andern dispositiver Natur.

a) **Es kommen zunächst die Aktiva in Betracht.** Die für die Bewerthung der Aktiva gegebenen Vorschriften sind Maximalvorschriften und Minimalvorschriften, als erstere sind sie zwingender, als letztere dispositiver Natur.

Sie sind zunächst Maximalvorschriften. Das Gesetz will nicht, daß die Aktiva Anm. 3. höher bewerthet werden, als es im § 40 und in den Ziffern 1—3 des vorliegenden Paragraphen vorgeschrieben ist. Es giebt diese Maximalvorschriften zum Wohle aller Interessenten, sowohl der Aktionäre selbst, als der Gläubiger, hauptsächlich im Interesse der Letzteren, und insoweit haben sie zwingenden Charakter. Statutarische Anordnungen, welche diese Maximalansätze überschreiten, sind nicht zulässig und ungiltig; unter bestimmten Voraussetzungen können sie sogar von Amtswegen gelöscht werden (§ 144 F.G.). Noch weniger wäre ein einfacher Generalversammlungsbeschluß giltig, der höhere Werthsansätze enthielte, als sie gesetzlich zugelassen sind. Ein solcher Generalversammlungsbeschluß wäre gesetzwidrig und daher ungiltig und auch durch unterlassene Anfechtung würde er, da er gegen zwingendes Recht verstößt, nicht giltig werden. Den Gläubigern aber gegenüber würden die Gesellschaftsorgane nach §§ 241 und 249 ersatzpflichtig werden, wenn dadurch dem Gesetze zuwider Dividenden ausgezahlt würden (vergl. Neukamp in G.Z. 48 S. 464 ffg.).

Die Bilanzvorschriften betreffend die Aktiva sind aber auch Minimalvorschriften. Anm. 4.

α) Das Gesetz will, daß mindestens die von ihm vorgesehenen Werthe angesetzt werden. Allein in dieser Beziehung hat es an der Beachtung seiner Vorschriften kein öffentliches Interesse, da es im Gegentheil nur zum Vortheil der Gläubiger gereicht, wenn Objekte unter ihrem Werthe angesetzt werden, indem dies zur Konservirung des Gesellschaftsvermögens führt (vergl. Neukamp in G.Z. 48 S. 464 ffg., der mit Rücksicht hierauf das Bestehen eines „Dogmas von der Bilanzwahrheit" mit Recht bekämpft).

β) Bestimmen daher die Statuten geringere Bewerthungen, so liegt Anm. 5. darin ein vertraglicher Verzicht auf die gesetzliche Minimalbewerthung, der von den Aktionären giltig erklärt werden und den Gläubigern nur recht sein kann. Solche Statutenbestimmungen liegen z. B. in den häufig vorkommenden Vorschriften prozentualer Abschreibungen ohne Rücksicht auf wirkliche Werthminderungen. Sie sind ebenso zulässig, wie Statutenbestimmungen über die Bildung von freiwilligen Reservefonds (vergl. zu § 262). Solche Statutenbestimmungen können nur durch Statutenänderung wieder beseitigt werden (R.G. 22 S. 114; 40 S. 35). Wird im Einzelfalle dagegen Seitens der Generalversammlung gefehlt, so ist der Beschluß anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung giltig. Wegen der Anfechtung siehe § 271 Abs. 3 Satz 2.

γ) Bestimmen aber die Statuten solche Minderbewerthungen nicht, so Anm. 6. hat jeder Aktionär ein Recht auf Bewerthung in gesetzlicher Höhe. Ein Generalversammlungsbeschluß, der die Werthe geringer als dies nach den Gesetzen oder Statuten zulässig ist, ansetzen würde, wäre gesetzwidrig und unterläge der Anfechtung. Erfolgt die zulässige Anfechtung (vergl. über dieselbe § 271 Abs. 3 Satz 2) nicht, so wird der Beschluß giltig. Und die Nichtanfechtung zu geringer Werthsansätze ist im Aktienverkehr üblich.[1]) Aber gesetzlich zulässig ist die Anfechtung. Doch ist freilich bei diesem

[1]) Auch ohne statutarische Fürsorge schlagen die Verwaltungen der Aktiengesellschaften Abschreibungen in einer Weise vor, welche die Werthsverminderung übersteigen, sie wollen dadurch die Gesellschaft konsolidiren, Gesellschaftsvermögen von der Vertheilung ausschließen, und die Aktionäre genehmigen die so vorgeschlagene Bilanz, indem sie die Fürsorge der Verwaltung theilen, oder sich um die Gesellschaft nicht kümmern. Anfechtungen nach dieser Richtung kommen selten vor. Solche Minderbewerthungen bilden im Gegentheil geradezu den Stolz der Aktiengesellschaften,

Anfechtungsrecht zu berücksichtigen, daß ein Aktionär die Forderung einer höheren Dividende nicht einfach dadurch begründen kann, daß er die Bewerthung eines Kontos unter Berufung auf Gutachten von Sachverständigen als unangemessen ansicht. Denn die Generalversammlung soll nach freiem Ermessen die Bewerthung vornehmen, und solange ihre Ansätze, wenn man auch über ihre objektive Richtigkeit streiten kann, das Maß vernünftiger Erwägungen nicht verlassen, hat sie das Gesetz nicht verletzt. Aber der Nachweis ist dem Aktionär gestattet, daß er durch ein böswilliges oder willkürliches Verfahren der Generalversammlung in seinem Anspruch auf die Dividende geschädigt sei (R.G. 40 S. 35; vergl. auch Neukamp in G.Z. 48 S. 489). Gegen eine solche Anfechtung kann nicht eingewendet werden, daß die Einstellung der Werthe zwar offenbar zu niedrig, dies aber zur Stärkung des Unternehmens geschehen sei. Dem Dividendenanspruch des Aktionärs gegenüber würde dieser Einwand nicht durchgreifen. Denn zur Stärkung des Unternehmens gereicht jede Abschreibung und von diesem Standpunkte aus gäbe es überhaupt keine unzulässige Abschreibung. Dies nimmt allerdings Simon S. 324 an, der sich in der That auf den Standpunkt stellt, das Gesetz enthalte überhaupt keine Minimalbewerthungsvorschriften. Allein, daß dies der Fall ist, daß hiernach willkürliche Abschreibungen von den Aktionären grundsätzlich angefochten werden können, bestätigt jetzt auch die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2. Denn das gegen Abschreibungen gerichtete Anfechtungsrecht ist dort nach einer anderen Richtung eingeschränkt, indem es an einen Minimalbesitz von Aktien geknüpft ist. Das Anfechtungsrecht an sich ist hier als gegeben vorausgesetzt. Auch in der Reichstagskommission (K.B. S. 89) wurde anerkannt, daß es nach den gesetzlichen Bestimmungen unzulässig ist, verschleierte Abschreibungen vorzunehmen, was vom Simon'schen Standpunkte zulässig wäre. Simon's fernere Ausführung aber, daß die Anfechtungsklage des § 271 nur wegen Verletzung von Rechtsfragen, nicht wegen thatsächlicher Anwendung angestellt werden könnte, beruht auf unzutreffender Auslegung des § 271 (vergl. zu § 271).

Anm. 7. δ) Soweit die Statuten Minderbewerthungen nicht bestimmen, so ist die Generalversammlung bei Aufstellung der Bilanz auch insofern frei, als sie an ihre Bewerthungen früherer Jahre, insbesondere an frühere Abschreibungen, nicht gebunden ist. Einen Grundsatz der Bilanzkontinuität giebt es nicht. Jede Bilanz ist ein Stück für sich. Es sind stets die Verhältnisse zur Zeit, für welche die Bilanz aufgestellt, maßgebend und allein maßgebend. Das geht auch aus § 40 und § 261 klar hervor. Es ist dies auch allgemeine Ansicht[1]) und nur bei Betriebsanlagen wird angenommen, daß eine Rückgängigmachung einmal erfolgter Abschreibungen unzulässig ist. (So Ring S. 671; Simon S. 412; Pemsel bei Holdheim 7 S. 249; R.G. 28 S. 55.) Allein eine solche Rückgängigmachung ist nach dem Gesetze gestattet (§ 261 Nr. 3; auch Denkschrift S. 46). Zwar ist nicht zu leugnen, daß es nicht üblich ist, solche Rückgängigmachung zu bewirken. Aber zu weit geht es, wenn Simon ein Gewohnheitsrecht nach dieser Richtung annimmt und es für eine „schwindelhafte" Bilanz erklärt, wenn solche Heraufsetzung von Werthen erfolge. Wir können ein solches Gewohnheitsrecht als bestehend nicht anerkennen und vermögen uns auch von der „Schwindelhaftigkeit" einer solchen Bilanz nicht zu überzeugen. Wenn z. B., so sagt Neukamp in G.Z. 48 S. 498, indem er unsere Ansicht gegen Simon verficht, „die

---

und nichts heben die Vorstände in den Geschäftsberichten lieber hervor, als daß ihre gesammten Utensilien, Maschinen ꝛc. mit einer Mark zu Buche stehen. Wenn trotz dieser Bewerthung von in Wahrheit werthvollen Objekten die Gesammtziffer der Aktiva eine erhebliche, der Ueberschuß der Aktiva über die Passiva bedeutend ist, so ist dies ein Zeichen eines guten Vermögensstandes.

[1]) Neukamp in G.Z. 48 S. 500 will einen Grundsatz der Kontinuität insofern aufstellen, als er der zeitigen Generalversammlung verbietet, grundlos und willkürlich von den Ansätzen der vorangehenden abzuweichen. Dem kann zugestimmt werden.

Maxhütte in Bayern, die bekanntlich werthvolle und große Fabrikgebäude mit einer Mark in die Bilanz eingestellt hat, die durch eine derartige Bilanzirung aufgespeicherte Reserve in einem ungünstigen Geschäftsjahre in der Weise ausschüttet, daß sie die Fabrikgebäude wieder mit dem jeweiligen wahren Werthe in die Bilanz einstellt, so ist auch vom Standpunkte der peinlichsten Redlichkeit nichts dagegen einzuwenden".

Beruht freilich die frühere Minderbewerthung nur auf Irrthum, so steht der Rückgängigmachung in der neuen Bilanz überhaupt nichts im Wege (R.G. 28 S. 55; R.G. vom 15. 12. 92 in J.W. 1893 S. 98).

b) **Die Bilanzvorschriften über die Passiva** sind umgekehrt zwingender Natur als Minimalvorschriften (mindestens das Aktienkapital, mindestens der gesetzliche Reservefonds, mindestens die Schulden müssen unter den Passiven figuriren) und dispositiver Natur als Maximalvorschriften (es hat zwar jeder Aktionär ein Recht darauf, daß nicht mehr Passiva eingestellt werden, als dies vom Gesetz vorgeschrieben ist, weil eine höhere Einstellung sein Dividendenrecht schmälert, aber durch Gesellschaftsvertrag können über den gesetzlichen Betrag hinaus Passivposten, Reservekonten, angeordnet werden und wenn ein einfacher Generalversammlungsbeschluß dies auch giltig nicht anordnen kann, und anfechtungsreif ist, wenn er dies gleichwohl thut, so wird er doch durch unterlassene Anfechtung giltig, hierüber Näheres zu § 262). Anm. 8.

2. **Die Bedeutung der Bilanzposten, insbesondere der Begriffe Aktiva und Passiva.** Anm. 9.

Vorweg ist zu betonen, daß die Bilanz eine einheitliche sein muß, d. h. sie muß das gesammte Gesellschaftsvermögen einschließlich der Zweiggeschäfte umfassen. Spezialbilanzen über einzelne Geschäftszweige oder Zweiggeschäfte sind zwar zulässig, außerdem aber muß die Aktienbilanz das Endergebniß der gesammten gesellschaftlichen Thätigkeit enthalten (Simon S. 28).

a) **Unter den Aktiven** darf alles figuriren, was als Vermögenswerth zu betrachten ist, nicht bloß greifbare Objekte, sondern auch Rechte, insbesondere Forderungen, Patente, Verlagsrechte, die Kundschaft eines Geschäfts, insofern sie mit dem Geschäfte erworben ist, wogegen selbstverständlich die selbsterworbene Kundschaft nicht plötzlich als Aktivum eingestellt werden kann (K.B. z. Akt.Ges. v. 1884) oder, wie Simon S. 166 sagt: soweit ein, wenn auch immaterielles und juristisch an sich nicht recht greifbares Gut Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sein kann, soweit kann es in der Bilanz als Aktivum auftreten (vergl. Anm. 5 zu § 186). Anm. 10.

b) **Die Passiva.** Dieser Begriff bedeutet das nicht, was das Wort vermuthen läßt. Bei der doppelten Buchführung, die ja bei Aktiengesellschaften nothwendig ist (vergl. Anm. 4 zu § 239) bedeuten die Passiva nicht die Schulden, sondern die Geschäftserfordernisse oder Geschäftsbedürfnisse. Unter den Passiven wird registrirt, wieviel die Gesellschaft, sei es in Folge gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift oder aus wohlerwogener freier Selbstbestimmung der Generalversammlung, an Werthen besitzen muß, damit sie zum Wohle der Interessenten gedeihe. Besitzt sie mehr als ihr zum Gedeihen erforderlich ist, so ist der Ueberschuß entbehrlich und vertheilbar. Besitzt sie weniger, so hat sie eine Unterbilanz. Die Einstellung der Passiven in die Bilanz bezweckt die Bindung des Aktivvermögens für gewisse rechtlich vorgeschriebene bezw. rechtlich zulässige, dem Gedeihen der Gesellschaft dienende Zwecke, und dieser Zweck wird erreicht durch die Vorschrift, daß nur der Ueberschuß der Aktiva über die Passiva vertheilt werden darf (§ 215). Die Passivseite der Aktienbilanz ist das arithmetische Mittel, um jenen Zweck der Bindung des Aktivvermögens zu erreichen (vergl. Strombeck in G.Z. 28 S. 470). Anm. 11.

Zu den Passiven gehören in erster Reihe die Schulden der Gesellschaft, weil es im Interesse der Gesellschaft in erster Reihe erforderlich ist, daß ein dem Betrage der Schulden gleichkommender Theil des Gesellschaftsvermögens von der Vertheilung ausgeschlossen, aufgesammelt und reservirt wird. Es befindet sich aber ferner darunter die Grundkapitalsziffer. Diese stellt zwar keine Schuld der Gesellschaft dar. Der Anm. 12.

Aktionär ist nicht Gläubiger. Aber das Gedeihen der Gesellschaft macht es absolut erforderlich, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Werthsbetrag von der Vertheilung ausgeschlossen, reservirt bleibe bezw. aufgesammelt werde, damit er den Gesellschaftszwecken, denen er gewidmet ist, fortgesetzt dienen könne. Unter den Passiven befinden sich ferner alle sogenannten Reservefonds, — die man richtiger als Reservekonten bezeichnen würde — welche sämmtlich nichts anderes bedeuten, als daß ein bestimmter Werthsbetrag von der Vertheilung ausgeschlossen, reservirt bezw. aufgesammelt werden soll. Die Bilanz der Aktiengesellschaft ist überhaupt keine Vermögensbilanz, welche den Ueberschuß der Aktiven über die Schulden bedeutet, sondern sie ist eine Vertheilungsbilanz, welche ersehen läßt, wieviel die Gesellschaft an vertheilungsfähigen Werthen besitzt (Aktiva) und wie hoch der Betrag der für die Gesellschaft erforderlichen und daher zu reservirenden bezw. anzusammelnden Werthe ist. Das letztere sind die Passiva, die man richtiger Reservanda oder Reservekonten oder deutsch Geschäftserfordernisse nennen würde, um den Gedanken, daß es sich überall um Schulden der Gesellschaft handelt, fern zu halten. Auch eine Gesellschaft, die keinen Pfennig Schulden hat, kann erhebliche Passivkonten aufweisen, und nichts ist verkehrter, als das Vorgehen eines Berliner Gerichts, welches über eine Gesellschaft deswegen den Konkurs verhängte, weil sie eine Unterbilanz hatte.

Anm. 13. Dabei giebt die Bilanz überall nur ein Augenblicksbild. Wie die Aktivseite nur bedeutet, was zu derjenigen Zeit, für welche die Bilanz gilt, an vertheilbaren Werthen vorhanden war, so zeigt die Passivseite, wieviel an Werthen zu diesem Zeitpunkte erforderlich waren oder als erforderlich erachtet wurden. Auf wie lange sie erforderlich, wie lange sie reservirt werden müssen, wie lange gespart werden muß, damit sie vorhanden seien, das ist aus der Bilanz nicht ersichtlich. Das ist bei den einzelnen Konten verschieden. Die den Schulden entsprechenden Beträge sind auszuzahlen, sobald dies aus civilrechtlichen Gründen erforderlich ist; die aus freier Selbstbestimmung der Generalversammlung gebildeten Reservekonten sind auszuschütten, sobald die freie Selbstbestimmung der Generalversammlung die Ausschüttung anordnet; das gesetzliche Reservekonto ist zu streichen, sobald der Fall des § 262 vorliegt, das Aktienkapital ist niemals zu streichen, solange die Gesellschaft dauert, es sei denn, daß es nach den gesetzlichen Vorschriften herabgesetzt wird. Die Bilanz giebt hierüber keine Auskunft, vielmehr folgt dies aus anderen Bestimmungen und Grundsätzen.

Anm. 14. Unsere Lehre von der Vertheilungsbilanz und den Passiven als Reservekonten bekämpft Simon S. 95. Er meint, auch die Bilanz der Aktiengesellschaft sei eine reine Vermögensbilanz. Aber er giebt auf S. 337 und auf S. 449 doch wieder zu, daß die für die Bewerthung der Aktiva gegebenen Fundamentalvorschriften des § 261 Nr. 1 und 2, wonach die Aktiva höchstens zum Anschaffungspreise eingestellt werden dürfen, mit einer reinen Vermögensbilanz sich nicht vertragen, da dies dazu führe, daß nicht der Bestand der überhaupt vorhandenen Aktiva, sondern der Bestand der vertheilungsfähigen Aktiva aus der Bilanz hervorgeht. Er findet sich mit dieser Vorschrift dadurch ab, daß er sagt, es sei materiell keine Bilanzvorschrift, sondern sie beträfe die Dividendenvertheilung. Aber nach dem Gesetze *ist* sie doch eine *Bilanz*vorschrift, ja sie ist die erste seiner aktienrechtlichen Bilanzvorschriften. Verträgt sich die Vorschrift nicht mit einer reinen Vermögensbilanz, sondern nur mit einer Bilanz, welche das vertheilungsfähige Vermögen zeigt, so folgt daraus nicht, daß es keine Bilanzvorschrift ist, sondern daß die Bilanz der Aktiengesellschaft keine reine Vermögensbilanz, sondern eine Vermögens*vertheilungs*bilanz ist. Simon hält uns weiter entgegen, daß es unklar sei, wie die zu reservirenden Konten Passiven sein sollen. Und doch bestimmt § 261 Nr. 5, daß der Betrag eines jeden Reservefonds unter die Passiva aufzunehmen sei. Und wenn er uns entgegenhält, daß auch der Gewinn unter den Passiven steht, obwohl derselbe ja gerade vertheilbar sei, während doch nach unserer Auffassung die Passiva lauter zu reservirende Werthe sein sollen, so ist dem wiederum entgegenzuhalten, daß unsere Anschauung die des Gesetzgebers ist. Dieser zählt diejenige Ziffer, welche sich in den Bilanzen der

Aktiengesellschaften als letzter Posten der Passiva befindet, den Posten „Gewinn", nicht zu den eigentlichen Passiven, sondern betrachtet ihn lediglich als formellen Ausgleichungsposten. Das ergiebt sich aus § 261 Nr. 6, wonach am Schlusse der Bilanz anzugeben ist „der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust." Also gehört doch der Posten „Gewinn" nicht zu den eigentlichen Passiva (so auch Cosack S. 652). Daß aber das Aktienkapitalkonto ein Reservepostenist, müssen wir entschieden aufrecht erhalten. Gerade diese Bezeichnung erachten wir als geeignet, auf das Wesen der Grundkapitalziffer ein helles Licht zu werfen. So sagt auch Lehmann, Aktienrecht I S. 160 im Anschluß an unsere Ausführungen: „Das Grundkapital stellt den Betrag dar, den die Gesellschaft bei ihrer Entstehung als Minimalgarantiefonds reinen Aktivvermögens ihren Gläubigern zu reserviren verspricht. Die Gesellschaft erklärt mit der Angabe des Grundkapitals, daß sie von ihrem jederzeitigen Vermögen an ihre Aktionäre Dividenden erst dann zahlen wird, wenn sich nach Abwägung von Aktivis und Passivis mehr ergibt, als der Betrag des Grundkapitals anzeigt. Das ist der Sinn der Vorschrift, daß das Grundkapital bei der jährlichen Bilanz als Passivum zu figuriren hat." Hier wie auch sonst, scheint es uns, als wenn Simon allzusehr in dem Banne der Anschauungen der doppelten Buchführung lebte und nur von diesem Gesichtswinkel aus die Konstellationen der aktienrechtlichen Bilanzen erklären wollte. Auch Neukamp (bei Holdheim 7 S. 189) vertheidigt in ausführlicher Polemik gegen Simon unsere Auffassung von der Aktienbilanz als Vertheilungsbilanz.

II. Das Beispiel einer Bilanz.

Nach Cosack (S. 647) geben wir nachstehend das Beispiel einer Bilanz, auf deren einzelne Posten im Verlaufe der Darstellung zurückgekommen wird. Anm. 15.

Aktiva.		Passiva.	
Grundstücke	300 000 ℳ	Schulden	220 000 ℳ
Maschinen	50 000 „	Grundkapital	500 000 „
Waarenvorräthe	150 000 „	Gesetzlicher Reservefonds	30 000 „
Forderungen	100 000 „	Delkrederefonds	30 000 „
Geld und Werthpapiere	260 000 „	Erneuerungsfonds	50 000 „
		Gewinn	30 000 „
		Hiervon	
		a) zum Reservefonds 1 500 ℳ	
		b) 5% Dividende 25 000 „	
		c) Tantieme 3 000 „	
		d) Vortrag auf neue Rechnung 500 „	
		30 000 ℳ	
Summa:	860 000 ℳ	Summa:	860 000 ℳ

III. Der Inhalt der aktienrechtlichen Bilanzvorschriften.

A. **Im Allgemeinen gelten die allgemeinen Vorschriften des § 40, soweit sie nicht durch die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen geändert werden.** Insbesondere ist wegen des Ansatzes der Schulden, des Disagiokonto, wegen der Fragen nach dem wahren Werthe, auch wegen der Frage nach der Bewerthung zweifelhafter Forderungen auf das zu § 40 Gesagte zu verweisen. Daß zweifelhafte Forderungen hier oft voll angesetzt und die zu hohe Bewerthung durch ein Delkredere-Konto auf der Passivseite ausgeglichen wird, ist keine Eigenthümlichkeit der Aktiengesellschaft. Dies kann auch sonst geschehen. Ein solches Delkrederekonto hat lediglich die Bedeutung eines Korrektivpostens, einer Abschreibung (vergl. zu § 262). Späterer Eingang über den Taxwerth Anm. 16.

vermehrt den Gewinn des neuen Geschäftsjahres (R.O.H. 25 S. 327). Sollte freilich das Delkrederekonto die für Abschreibungen erforderlichen Beträge übersteigen, so läge insoweit ein wirkliches Reservekonto, sogenannter echter Reservefonds, vor, der den allgemeinen Regeln der freiwilligen Reservefonds unterläge (vergl. zu § 262).

Ueber die Eröffnungsbilanz der Aktiengesellschaft siehe besonders Anm. 6 zu § 239.

Ueber den Werthsansatz schwebender Engagements bei der Aktiengesellschaft siehe unten Anm. 23.

Daß Werthsminderungen und Verluste, die in der Zeit zwischen dem Jahresschluß und der Vorlegung der Bilanz an die Generalversammlung eintreten, das neue Geschäftsjahr treffen, darüber siehe Anm. 9 zu § 213. Wie weit Werthserhöhungen gegen frühere Jahre vorgenommen werden können, darüber oben Anm. 7.

Anm. 17. **B. In einzelnen wichtigen Punkten sind im vorliegenden Paragraphen Modifikationen der allgemeinen Bilanzsätze des § 40 vorgeschrieben.**

Ziffer 1. Werthpapiere und Waaren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zum Börsen- oder Marktpreise und höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden, je nachdem der eine oder der andere niedriger ist.

a) Sinn und Bedeutung der Vorschrift. Nach § 40 sind sämmtliche Vermögensstücke zu ihrem wirklichen Werthe anzusetzen. Diese Vorschrift erleidet bei Aktiengesellschaften eine Modifikation. Die Rücksicht auf alle Interessenten, Gläubiger und Aktionäre, gebietet hier, daß nicht Gewinne vertheilt werden, welche lediglich durch Werthsteigerung der vorhandenen Objekte, durch Schätzungen und Rechnung entstehen, sondern in der Regel nur solche, welche durch Realisirung erzielt sind. Aus diesem Grunde ist vorgeschrieben, daß bei Gegenständen, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Geschäftswerth nach § 40 dann nicht anzusetzen ist, wenn er den Herstellungs- oder Marktpreis übersteigt. Ist dies letztere der Fall, dann ist der Herstellungs- oder Marktpreis, je nachdem der eine oder der andere niedriger ist, das Maximum der Bewerthung. Der Geschäftswerth bleibt daneben als selbstständiges Maximum der Bewerthung bestehen. Mehr als die Waare für das Geschäft werth ist, darf für sie nicht angesetzt werden, weshalb z. B. eine Waare, die für das Geschäft einen geringeren Werth hat, als der Anschaffungspreis beträgt, nur zu dem geringeren Werthe angesetzt werden kann. Aber auch wenn sie mehr Werth für das Geschäft hätte, so soll sie nach dem vorliegenden Paragraphen doch höchstens zum Marktpreise oder zum Anschaffungs- bezw. Herstellungspreise angesetzt werden. Diese Vorschrift hat eine doppelte Bedeutung; sie enthält die Maximal- und die Minimalgrenze der Bewerthung, aber beides mit verschiedener Tragweite. Dieselbe ist oben in Anm. 1 ffg. auseinandergesetzt.

Anm. 18. b) Der Begriff Marktpreis ist derselbe wie im § 453 B.G.B. (von uns an anderer Stelle erläutert). (Vergl. dort Näheres.)

Ist der Marktpreis höher als zur Zeit der letzten Bilanz, so kann der höhere Marktpreis eingestellt werden, wenn er nur nicht höher ist als der Anschaffungspreis oder der wahre Geschäftswerth der Waare (vergl. oben Anm. 17). Auf diese Weise kann es doch kommen, daß ein Gewinn vertheilt wird, der nicht Ergebniß des Betriebes ist.

Geht der Kurs in der Folgezeit, zwischen Aufstellung der Bilanz und Vorlegung an die Generalversammlung, herunter, so ist deshalb allein die Bilanz nicht entsprechend zu ändern, wie dies die Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 (I S. 259) von der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute als selbstverständlich fordern. Doch wird dies unter Umständen geboten sein, nämlich, wenn sich hierdurch der Geschäftswerth, den die Waare zur Zeit der Bilanzaufstellung in Wahrheit gehabt hat, nunmehr als zu hoch herausstellt.

Anm. 19. c) Der Anschaffungs- und Herstellungspreis der Waare. Was unter dem Anschaffungspreis zu verstehen ist, ist klar. Es ist Alles, was dazu aufgewandt wurde,

um den Gegenstand anzuschaffen, also nicht bloß der nackte Kaufpreis, sondern auch die Provisionen, der Stempel u. s. w., die dabei verausgabt wurden. Vergl. unten Anm. 28. Dagegen kommen Rabatte, Skonti in Abzug. Bei in die Gesellschaft inferirten Gegenständen muß der volle angesetzte Preis als Anschaffungspreis angenommen werden, da auch das Aktienkapital in solcher Höhe in die Bilanz eingestellt wird. Ob die Aktien der Gesellschaft den Pariwerth haben oder nicht, ist gleichgiltig (vergl. Anm. 2 zu § 191). Aber es kann dieser Umstand, nämlich daß die Aktien der Gesellschaft einen Marktpreis unter pari haben, ein Anlaß sein zu Prüfung, ob die inferirten Gegenstände den bei der Gründung festgesetzten Preis haben. Ueber Gegenstände, welche die Gesellschaft selbst (bei Gründung einer anderen) inferirt, siehe unten Anm. 32.

Unter dem Herstellungspreis ist nicht bloß, wie vielfach angenommen wird Anm. 20c.
(Simon S. 346; Petersen u. Pechmann S. 1888; Ring Anm. 6 zu Art. 185a; Pinner S. 208), der Betrag der Materialien und Löhne zu verstehen, sondern auch, wie Esser in G.Z. 34 S. 327 richtig ausführt, derjenige Theil der allgemeinen Verwaltungskosten, der mittelbar verwandt wurde zu den mit der Herstellung in Verbindung stehenden Aufwendungen und Leistungen: also die Ausgaben für die zur Aufsicht der Arbeiter bestimmten Personen, Meister, Techniker und Betriebsinspektoren; Versicherungsbeiträge; Unterhaltung der für die Herstellung der Waaren erforderlichen Anlagen, Maschinen und Geräthe, bezw. Antheil an der Abnutzung derselben (Amortisation).[1]) Esser hat seine Ansicht a. a. O. eingehend und zutreffend begründet und die Gegengründe ausreichend widerlegt. (Zust. Cosack S. 648 u. Holdheim in seiner Wochenschrift 2 S. 161.) Auch die Denkschrift S. 312 hält die Berücksichtigung der Generalunkosten nicht für prinzipiell unzulässig, sondern überläßt es dem verständigen Ermessen im Einzelfalle, inwieweit ohne Verletzung der Vorschrift in Nr. 4 gewisse allgemeine Kosten als Bestandtheil der Herstellungskosten berücksichtigt werden können. Wenn Pinner auf das Wort „Preis" und auf die Zusammenstellung des Begriffes Herstellungspreis mit dem Begriffe Anschaffungspreis Werth legt, so ist darauf zu erwidern, daß auch zum Anschaffungspreise indirekte Auslagen, wie z. B. die Frachtkosten, zugeschlagen werden. — Leistet ein Beamter, etwa der Betriebsdirektor zweierlei Thätigkeiten, z. B. eine technische, auf die Fabrikation sich beziehende, und eine allgemeine geschäftsleitende, so muß das Gehalt des Beamten zu angemessenen Theilen bei den Herstellungskosten in Ansatz kommen.

Mit Recht hebt Simon (S. 348) hervor, daß es Fälle giebt, in welchen sich der Herstellungspreis gar nicht ziffermäßig nachweisen läßt, und daß alsdann entweder der Durchschnittsherstellungspreis oder, wenn auch dieser nicht ermittelt werden kann, eine Schätzung des Herstellungspreises eintreten muß.

d) Die Zeit, für welche die Bilanz aufgestellt wird, ist überall zu Grunde zu legen, Anm. 21.
d. h. der Schluß des Geschäftsjahres. Sind an dem hiernach entscheidenden Tage verschiedene Börsen- oder Marktpreise notirt worden, so bildet der zuletzt notirte die Grenze der zulässigen Bewerthung (Simon S. 357).

e) Im Einzelnen entstehen Zweifel:

α) bei Waaren, welche verkauft und angefertigt, aber noch nicht abgesandt sind. Anm. 22.
Bei diesen ist der erzielte Kaufpreis nach seinem wahren Werthe (also unter Berücksichtigung des Ziels, der Solvenz des Käufers) einzustellen. Sicherlich trifft das zu, wenn der Kaufpreis geringer ist, als der Herstellungspreis, denn der niedrigere Preis thut den geringeren Realisirungswerth unwiderleglich dar (Ring Anm. 7 zu Art. 185a). Aber das Gleiche muß mit Simon (S. 352) mit Entschiedenheit angenommen werden, wenn der erzielte Kaufpreis höher ist. Daß

[1]) Man kann gegen den letzteren Ansatz nicht einwenden, daß dadurch die Abschreibungen bedeutungslos werden. Denn es entspricht durchaus der Sachlage und dem wahren Vermögensstande der Gesellschaft, wenn die Maschinen um so viel abgeschrieben werden, als sie an Werth sich mindern, die durch diese Abnutzung erzeugten Werthe aber bei anderen Positionen in der Bilanz erscheinen (anders Simon S. 346; auch R.G. in Strafsachen 18 S. 224).

die nackte Eigenthumsübergangsfrage entscheidet, wie Ring (1. Aufl. S. 260) meinte, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen und wird auch von Ring nicht mehr aufrecht erhalten. Aber ebenso wenig zutreffend ist das, was Ring in der 2. Aufl. (Anm. 7) zur Begründung seiner Ansicht anführt: „Es entscheidet, daß nach der Absicht des Gesetzes nicht eingegangene, wenn auch noch so sichere Gewinne nicht ansatzfähig sind". Allein dieser Satz ist nicht richtig, er würde auch bei einem verkauften und schon übergebenen Gegenstande hindern, den vollen kreditirten Kaufpreis in die Bilanz einzustellen, wenn der Eingang noch so sicher wäre.

Anm. 23. Ist die Waare noch anzufertigen, so kommt das betreffende Kaufgeschäft nicht in Betracht (Esser Anm. 1 zu Art. 185a) und auch sonst bei schwebenden Engagements muß bei den Aktiengesellschaften der Anschaffungspreis als zulässiger Höchstbetrag gelten (Simon S. 353), siehe Anm. 8 zu § 40.

Anm. 24. β) Halbfabrikate können als Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, nicht gelten und fallen daher unter Ziffer 2 (vergl. Esser Anm. 4; Simon S. 186).

Anm. 25. γ) Geschenkte Gegenstände sind nur pro notitia in die Bilanz einzustellen, höchstens kann das dem Ueberbringer gegebene Trinkgeld oder ähnliche kleine Aufwendungen, wie Abtragsporto, als Anschaffungspreis gelten. Ring (Anm. 7 zu Art. 185a) will den objektiven Tauschwerth gelten lassen; aber das widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes, über welchen nichts hinweghilft, abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, inwiefern hier Hilfe erforderlich wäre, da das Ergebniß doch gerade nicht mißlich und der Fall überdies sehr selten ist. Unsere Anschauung vom Trinkgeld als Anschaffungspreise versieht Ring mit einem Ausrufungszeichen. Warum? Was setzt ihn in Erstaunen? Wir können nicht anders, als mit diesen Fragezeichen erwidern, da unsere Anschauung mit dem Begriffe des Anschaffungspreises (vergl. oben Anm. 19) im Einklange steht (zust. Simon S. 339; Esser Anm. 3; Pinner S. 208).

Anm. 26. δ) Besitzt die Gesellschaft Aktien einer anderen Gesellschaft mit Dividendenscheinen, so darf sie die letzteren nicht besonders bewerthen. Denn der Dividendenschein bildet mit der Aktie ein Ganzes und hat mit der Aktie einen gemeinsamen Anschaffungspreis. Auch dadurch, daß das Geschäftsjahr derjenigen A.G., deren Aktien im Besitze der Gesellschaft sich befinden, bereits abgelaufen ist und voraussichtlich eine Dividende bringen wird, ändert sich daran nichts; auch dadurch nicht, daß die betreffende Dividende durch die G.V. festgestellt ist; erst die Einziehung der Dividende oder der Verkauf des Dividendenscheins stellt realisirten und buchungsfähigen Gewinn dar.

Anm 27. **Ziffer 2. Andere Vermögensgegenstände, d. h. solche, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, sind höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise anzusetzen.** Auch hier ist zunächst der wahre Geschäftswerth maßgebend. Bleibt aber der Anschaffungs- oder Herstellungspreis hinter dem Geschäftswerthe zurück, so ist nicht dieser, sondern der Anschaffungs- oder Herstellungspreis maßgebend. Grund und Sinn dieser Bestimmung sind hier die gleichen, wie bei Ziffer 1, desgleichen die Begriffe Anschaffungs- und Herstellungspreis. In dieser Beziehung aber ist noch Folgendes anzuführen:

Anm. 28. Zum Anschaffungs- und Herstellungspreise gehört auch die gezahlte Provision. Z. B. bei Aufnahme eines Darlehns zum Zweck der Herstellung einer Fabrikeinrichtung bildet die aufgenommene Summe einschließlich der dafür gezahlten Provision den Herstellungspreis für die Einrichtung (Bolze 6 Nr. 643).

Anm. 29. Bei Kauf in der Subhastation ist der ganze dafür eingesetzte Verlust der Erwerbspreis. Wenn also z. B. eine Aktiengesellschaft ein Grundstück, auf welchem hinter 20000 Mark eine Hypothek von 30000 Mark für sie haftet, um Stempel zu sparen, zum Nominalpreise von 20000 Mark ersteht, so ist nicht, wie Esser Anm. 3 und mit ihm Pinner S. 287 annimmt, der Preis von 20000 Mark, sondern der Betrag von 50000 Mark als Erwerbspreis in die Bilanz einzustellen. Denn dann gehört dieser Ausfall zu den Opfern, welche die Gesellschaft bringen mußte, um das Grundstück für 20000 Mark zu erwerben. Würde sie das Opfer des Ausfalls nicht gebracht haben, so würde sie das

Grundstück 50000 Mark gekostet haben (Simon S. 348; Ring Anm. 7 zu Art. 185a). Allein es muß ein wirkliches Opfer vorliegen. Es liegt ein solches nicht vor, soweit der Werth der ausgefallenen persönlichen Forderung reicht. Aber auch soweit diese werthlos ist, liegt in demjenigen Umfange kein Opfer vor, in welchem die Hypothek dinglich werthlos war. Der dingliche Werth reicht bis zur Grenze des wahren Werthes des Grundstückes. Eine darüber hinausgehende dingliche Berechtigung ist insoweit werthlos, ihr Verlust kein Opfer (Simon S. 178; Ring Anm. 7 zu Art. 185a). Die Praxis verfährt allerdings anders; besonders gilt dies von Hypothekenbanken. Dieselben bieten die eigenen Hypotheken aus.

Bei Patenten können auch die Kosten der Experimente hinzugerechnet werden (Simon S. 349). Anm. 30.

Sind mehrere Gegenstände zu einem Pauschalpreise angeschafft, so muß der gezahlte Preis auf die einzelnen Gegenstände im Verhältniß ihres wahren Werthes zu einander vertheilt werden (Simon S. 349). Anm. 31.

Ueber Gegenstände, welche die Gesellschaft inferirt erhalten hat, siehe oben Anm. 19. Anm. 32.

Legt die A.G. selbst (bei Gründung einer anderen Gesellschaft) Gegenstände ein, so darf sie die dafür erhaltenen Geschäftsantheile der anderen Gesellschaft höchstens zu demjenigen Preise in ihre eigene Bilanz einstellen, welchen die inferirten Werthe sie selbst gekostet haben; denn das ist der von ihr aufgewendete Anschaffungspreis jener Geschäftsantheile.

Ziffer 3. Anlagen oder sonstige nicht zur Weiterveräußerung, sondern dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmte Werthe dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden, sofern nur die Abnutzung durch Abschreibung oder durch einen Erneuerungsfonds berücksichtigt wird. Anm. 33.

a) Sinn und Grund der Bestimmung. Diese Vorschrift enthält eine Erleichterung, während die beiden vorangehenden eine Erschwerung enthalten. Während nach § 40 zunächst der wahre Geschäftswerth entscheidet und jedenfalls ein höherer Werth nicht angesetzt werden darf, so soll es bei den sogenannten stabilen Werthen den Aktiengesellschaften gestattet sein, eine andere Bewerthungsart zu wählen, bei welcher es vorkommen kann, daß ein höherer als der wahre Geschäftswerth in der Bilanz erscheint. Es kann hiernach vorkommen, daß ein der Gesellschaft gehöriges Fabrikgrundstück, welches zu theurem Preise erworben und wenig abgenutzt wird, fortgesetzt zu hohem Preise in der Bilanz erscheint, obgleich der wahre Werth desselben sich, etwa durch Verschlechterung der Kommunikation, erheblich verringert hat oder obgleich es von vornherein zu theuer gekauft ist. Desgleichen kann das bei Maschinen vorkommen, deren Werth durch neue Erfindungen erheblich sinkt.

Es ist aber zu beachten, daß es den Gesellschaften nur freigestellt ist, von dieser Bewerthungsart Gebrauch zu machen. Ihr eigenes wohlverstandenes Interesse wird sie bestimmen, von dieser Freiheit dann keinen Gebrauch zu machen, wenn sich ein zu großes Mißverhältniß zwischen wahrem Werth und Bilanzansatz herausstellen würde und so die Vertheilung von unentbehrlichem Gesellschaftsvermögen als Dividende die Folge wäre. Anm. 34.

Macht die Aktiengesellschaft von Ziffer 3 nicht Gebrauch, so kommt Ziffer 2 zur Anwendung.

b) Was unter Anlagen und sonstigen Gegenständen, welche nicht zur Weiterveräußerung, sondern dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind, zu verstehen ist, ist schon in Anm. 3 zu § 207 auseinandergesetzt. Materialien und Waarenvorräthe, welche zur Verarbeitung bestimmt sind, gehören nicht dazu. Sie sind, wenn auch im verarbeiteten Zustande, zur Weiterveräußerung bestimmt und fallen daher unter Ziffer 1 und 2 (Esser Anm. 4; Neukamp S. 149; anders Ring Anm. 7 zu Art. 185a). Sonstige Mobilien mannigfachster Art wie Geräthe und Utensilien, welche der Abnutzung unterliegen, gehören allerdings dazu. Anm. 35.

c) Es muß ein der Abnutzung gleicher Betrag in Abzug oder ein Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht sein. Beide Wege führen rechnerisch zu Anm. 36.

demselben Ziele. Der letztere aber empfiehlt sich deshalb, weil er stets den Anschaffungs- oder Herstellungspreis des Gegenstandes ersehen läßt, was zur Klarheit der Bilanz beiträgt (vergl. Anm. 23 zu § 263). Der Erneuerungsfonds, von welchem hier die Rede ist, wird richtiger Erneuerungsreservekonto oder kurz Erneuerungskonto genannt. Denn ein eigentlicher Fonds ist nicht zu bilden (vergl. Anm. 2 zu § 262). Er bildet ein sogenanntes unechtes Reservekonto, da er lediglich einen Korrektivposten gegen ein zu hoch angesetztes Aktivum bildet. Enthält er aber durch statutarische Fürsorge oder durch Generalversammlungsbeschluß einen höheren Betrag als den der thatsächlichen Abnutzung, dann liegt insoweit ein echtes Reservekonto vor und zwar ein freiwilliges. Für dasselbe gelten die allgemeinen Grundsätze über freiwillige Reservekonten (vergl. Anm. 23 ffg. zu § 262).

Anm. 37. **Ziffer 4. Die Kosten der Errichtung und Verwaltung dürfen nicht als Aktivum in der Bilanz erscheinen.** Von den Verwaltungskosten versteht es sich von selbst, daß sie kein Aktivum sind. Dasselbe ist begrifflich von den Organisationskosten der Fall. Das Gesetz spricht zwar von Kosten der Errichtung. Es beruht das aber wohl auf einem Schreibfehler und soll „Einrichtung" heißen, womit das Wort Organisation des früheren Art. 185a übersetzt werden sollte (Simon S. 169; Pinner S. 209). Organisationskosten sind die Kosten der Ingangsetzung des Betriebes und deren Vorbereitung (R.O.H. 20 S. 216). So wichtig und werthvoll es auch sein mag, diese Ausgaben zu machen, so sind sie doch nicht das, was man unter einem Aktivum versteht. Denn darunter kann man doch nur wirkliche Verkehrsobjekte verstehen. Dennoch waren die Bestimmungen des Gesetzes gegenüber einer Praxis nothwendig, welche (vor dem Akt.-Ges. v. 1884) gegen die begriffliche Rechtslage fehlte: die Organisationskosten wurden oft als Aktivum gebucht. Das verbietet das Gesetz. Das daran im Akt.-Ges. v. 1884 geknüpfte Gebot, daß die Organisationskosten in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen müssen, war überflüssig, da es sich von selbst versteht, daß Kosten in der Jahresrechnung (Gewinn- und Verlustrechnung) als Verlust erscheinen müssen. Außerdem können sie in der Bilanz unter den Passiven (Kreditorenkonto) erscheinen, soweit sie nämlich noch nicht bezahlt sind. Dieses Zusatzgebot ist daher vom neuen H.G.B. mit Recht gestrichen worden.

Anm. 38. Zu den Organisationskosten sind insbesondere zu zählen die Gründungsentschädigungen, Maklerprovisionen, Notariats- und Gerichtskosten, Stempel, Druckkosten für Prospekte ꝛc.

Anm. 39. Dasselbe gilt bei der bereits bestehenden Gesellschaft für die bei Einrichtung eines neuen Geschäftszweiges entstehenden Vorbereitungskosten.

Anm. 40. Soweit aber durch die aufgewendeten Kosten der Organisation und Verwaltung Vermögensobjekte geschaffen sind, welche für den Geschäftsbetrieb von Werth sind, sind diese nach Ziffer 1—3 als Aktiva in die Bilanz einzustellen. Was die Verwaltungskosten anbelangt, so ist dies bei Ziffer 1 hinsichtlich des Herstellungspreises ausgeführt. Die Organisationskosten aber kommen bei der Bewerthung der neuen Einrichtung in Betracht, also z. B. bei Herstellung eines neuen Fabrikgebäudes, von Maschinen, Mustern, Utensilien. Solche Gegenstände können nach Ziffer 3 zum vollen Herstellungspreise angesetzt werden (Simon S. 163).

Anm. 41. **Ziffer 5. Der Betrag des Grundkapitals und jedes Reserve- oder Erneuerungsfonds ist unter die Passiva aufzunehmen.** Grundkapital-, Reserve- und Erneuerungsfonds sind keine Schulden der Gesellschaft. Aber das ist eben auch nicht der Begriff der Passiva bei der Aktiengesellschaft. Vielmehr umfaßt der Begriff Passiva die Erfordernisse der Gesellschaft (vergl. oben Anm. 11 ffg.). Es ist aber ein gesetzliches Haupterforderniß der Aktiengesellschaft, daß das Grundkapital möglichst in seinem vollen Bestande erhalten werde. Deshalb muß die Ziffer des Grundkapitals unter den sogenannten Passiven figuriren. Dadurch wird bewirkt, daß ein dieser Ziffer gleichkommender Betrag von der Vertheilung ausgeschlossen, reservirt und daß nicht eher Gewinn vertheilt wird, als bis die verminderten Aktiva

mindestens wiederum diese Werthsziffer erreicht haben (vergl. oben Anm. 14). Nicht erforderlich ist, daß die Bilanz das Verhältniß von Stamm- und Vorzugsaktien ersichtlich macht.

Dabei ist, wenn die Einzahlung noch nicht voll erfolgt ist, entscheidend der statutarische Grundkapitalsbetrag, nicht die Summe der erfolgten Einzahlung. Das ist nicht bloß, wie Gareis-Fuchsberger (S. 518 Note 435) meinen, ein rechnerischer, materiell aber wesenloser Unterschied. Denn es ist z. B. die nach § 262 an den gesetzlichen Reservefonds abzuführende Summe eine verschiedene, je nachdem die eine oder die andere Ziffer als Grundkapitalsbetrag in das Passivum eingestellt wird, und korrekter Weise muß die gesetzliche Quote von der vollen Grundkapitalsziffer berechnet werden (vergl. Neukamp in G.Z. 38 S. 79). Daß die statutarische Grundkapitalsziffer entscheidet, folgt aus der ganzen Struktur der Aktiengesellschaft. Zu ihrem Wesen gehört die Grundkapitalsziffer, ihre Fixirung ist ein essentiale des Gesellschaftsvertrages, durch die Eintragung steht die Ziffer fest und ist nicht anders veränderlich als durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Daß diese Grundziffer erst dann in ihrer vollen Höhe zum Ausdruck und zur Geltung kommen soll, wenn alle Einzahlungen voll geleistet sind, hat das Gesetz nicht vorgeschrieben. Das Gesetz hat sich mit einer geringeren Bedingung begnügt, nämlich mit der Viertelsdeckung (Esser Anm. 6; Simon S. 207; anders Behrend § 130 Anm. 3; Pinner S. 204). Andererseits muß die Bilanz freilich auch ersichtlich machen, wie viel auf das Aktienkapital eingezahlt ist (R.G. in Strafsachen 26 S. 104). Anm. 42.

Ob die Grundkapitalsziffer bei Kapitals-Reduktionen und Amortisationen unverkürzt stehen bleibt, bis den Vorschriften des § 301 Genüge geschehen ist, oder sofort zu ändern ist, darüber vergl. zu § 301. Daß jeder andere Reserve- oder Erneuerungsfonds unter den Passiven zu buchen ist, ist nach der von uns niedergelegten Anschauung vom Wesen der Passiva eine Tautologie. Denn darnach ist die Bezeichnung Passiva überhaupt eine verfehlte. In Wahrheit sind die Passivposten sämmtlich Reservekonten (vergl. Anm. 11). Ueber die Bildung von Reservekonten siehe Anm. 23 flg. zu § 262. Anm. 43.

Ziffer 6. **Der Gewinn und der Verlust müssen besonders angegeben sein.** In der Praxis ist viel dagegen gesündigt worden. Bald steckte der Reingewinn, soweit er dem Reservefonds zufließt, in diesem, soweit er unter die Aktionäre zu vertheilen ist, in dem Dividendenkonto (vergl. Simon S. 93). Dem gegenüber schreibt das Gesetz vor, daß der Gewinn oder Verlust am Schlusse der Bilanz besonders, d. h. getrennt von allen anderen Bilanzposten und in einer Ziffer angegeben werden muß. Durch die Zerstückelung des Gewinns in verschiedene Posten geht die Erkennbarkeit desselben verloren (Simon S. 94). Dagegen ist nicht nothwendig, daß der Gewinn oder der Verlust als solcher bezeichnet werden muß. Wer überhaupt eine Bilanz versteht, der weiß, daß die letzte Ziffer der Aktiva als Ausgleichsziffer den Verlust, die letzte Ziffer der Passiva als Ausgleichsziffer den Gewinn darstellt.[1]) Anm. 44.

Die Vertheilung des Gewinnes gehört begrifflich nicht in die Bilanz der Aktiengesellschaften. Nach § 246 sind die Jahresrechnungen, die Bilanz und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung getrennte Begriffe. Doch steht nichts entgegen, daß die Gesellschaften, wie sie es meist thun, die Gewinnvertheilung vor dem Strich skizziren (vergl. das Beispiel oben Anm. 15). Anm. 45.

---

[1]) Das klingt allerdings sonderbar: der Verlust soll die letzte Ziffer der Aktiva, der Gewinn die letzte Ziffer der Passiva sein? Indessen das beruht auf den Regeln der doppelten Buchführung und hängt wie folgt zusammen: An sich ergeben die Aktiva und die Passiva, wenn sie nicht zufällig gleich lauten, ungleiche Summen: entweder überwiegen die Aktiva oder die Passiva. Die Kaufleute schaffen aber die Ungleichheit fort, indem sie die Ueberschußsumme an die Posten der kleineren Seite als letzten fingirten Posten anreihen. So betragen z. B. in der Bilanz oben Anm. 15 die Aktiva 860 000 Mk., die Passiva, wie eine Zusammenrechnung ergiebt, 830 000 Mk., der Ueberschuß der Aktiva also 30 000 Mk. Dieser Ueberschuß wird als letzter Posten den Passivposten hinzugefügt. Dann sind beide Seiten gleich groß.

Anm. 46. Die hier in Rede stehende Gewinnziffer ist übrigens dieselbe, welche sich als Ergebniß der Gewinn- und Verlustrechnung ergiebt, da auch die letztere nicht nur die Ergebnisse des betreffenden Jahres registrirt, sondern als ersten Posten noch den Gewinn- oder Verlustvortrag aus der letzten Bilanz enthält (vergl. Anm. 17 zu § 260 und Simon S. 78; Neukamp S. 150; Ring S. 622). Die gegentheilige Anschauung von Gareis-Fuchsberger (S. 518 Note 436) ist verfehlt (gegen dieselbe ausführlich unsere 1. Aufl. S. 525).

§ 262.

Zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes ist ein Reservefonds zu bilden. In diesen ist einzustellen:

1. von dem jährlichen Reingewinne mindestens der zwanzigste Theil so lange, als der Reservefonds den zehnten oder den im Gesellschaftsvertrage bestimmten höheren Theil des Grundkapitals nicht überschreitet;
2. der Betrag, welcher bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag über diesen und über den Betrag der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten hinaus erzielt wird;
3. der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.

Der Paragraph handelt von den Zwecken und der Bildung eines gesetzlichen Reservefonds.[1]) Es muß aber zunächst die Natur und alsdann auch die Umwandlung desselben beleuchtet werden.

Anm. 1. 1. **Die Natur des gesetzlichen Reservefonds.** Während im § 261 Ziffer 5 für die Erhaltung bezw. Neuansammlung von der Grundkapitalsziffer gleichkommenden Werthen dadurch gesorgt wird, daß ein der Grundkapitalsziffer gleichkommender Betrag in die Reservekonten oder Passiven eingestellt und dadurch der Vertheilung entzogen wird, ist hier für die Erhaltung weiteren Vermögens gesorgt, indem angeordnet wird, daß ein bestimmter Prozentsatz der erzielten Gewinne und gewisse Kapitalseinlagen als gesetzliches Reservekonto *κατ' ἐξοχήν* unter die sogenannten Passiva eingestellt und dadurch ebenfalls der Vertheilung entzogen werden. Verwendet soll dieses in guten Geschäftsjahren gebildete Reservekonto dazu werden, um in schlechten Jahren eine Unterbilanz auszugleichen. Alsdann soll dieses gesetzliche Reservekonto soweit gestrichen werden, als die Unterbilanz reicht. Dadurch wird die Unterbilanz beseitigt und die Aktionäre kommen dem Dividendenbezuge näher, weil sich nunmehr im nächsten Jahre leichter ein Bilanzüberschuß ergiebt, als wenn die Unterbilanz für das nächste Jahr vorgetragen würde.

Anm. 2. Um den vom Gesetze intendirten Zweck zu erreichen, genügt die Bildung eines Reservekontos. Von der Bildung eines Reservefonds hätte besser nicht gesprochen werden sollen. Das Wort Fonds wird sonst nur von einem Komplex greifbarer und getrennt verwalteter Vermögensobjekte gebraucht. Daß aber ein dem Betrage des gesetzlichen Reservekontos entsprechender Theil der Gesellschaftsaktiva besonders angelegt und verwaltet werden solle, das ist vom Gesetz nicht gewollt. Es war erwogen worden, ob man dies

[1]) Litteratur: besonders die vorzügliche Abhandlung von Neukamp in G.Z. 38 S. 10 flg.

anordnen solle, aber man hat hiervon abgesehen (K.B. zum Akt.-Ges. v. 1884 S. 25). Nur hätte man alsdann das Wort Fonds vermeiden sollen, weil es dem Irrthum Raum giebt, als sei auch ein entsprechender Theil der Aktiva als besonderer Fonds zu verwalten. Daß ein Fonds ein Passivum ist, ist nicht Jedem verständlich.

Andererseits ist es auch nicht richtig, wenn gesagt wird, der Reservefonds bestehe in Anm. 3.
einer bloßen Buchoperation. Denn die Einstellung unter die Reservekonten oder die Passiva hat gleichzeitig den realen Erfolg, daß ein entsprechender Theil von im Betriebe gewonnenen Aktiven von der Vertheilung unter die Aktionäre ausgeschlossen wird. Es wird also nicht bloß ein Reservekonto gebucht, sondern durch diese Buchung gleichzeitig bewirkt, daß in dem betreffenden Jahre oder später um soviel weniger vertheilt wird.

Eine ganz andere, hiervon unabhängige, nach selbstständigen Grundsätzen zu be- Anm. 4.
antwortende Frage ist es, ob es sich im Einzelfalle im Interesse der Gesellschaft empfiehlt, einen ebenso großen Theil der Gesellschaftswerthe, wie er auf solche Weise der Vertheilung entzogen ist, in besondere Verwaltung zu nehmen, z. B. eine entsprechende Summe in Werthpapieren anzulegen und von der Verwendung im Geschäftsbetriebe fernzuhalten. Das liegt im Ermessen der Gesellschaftsorgane, ist Sache ihrer Verwaltungspflichten (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 25; Neukamp in G.Z. 38 S. 89). Bei Industriegesellschaften, wo möglichst alle Mittel parat sein müssen, wird eine Anlegung meist dem Gesellschaftsinteresse widersprechen. Wo besondere Anlegung und Nichtverwendung im Geschäftsbetriebe nicht angeordnet ist, da kann der durch Zuführung zum Reservekonto bei der Bilanzfeststellung von der Vertheilung ausgeschlossene Theil des Gesellschaftsvermögens im Laufe des Geschäftsjahres beliebig zu den Zwecken des Geschäftes verwendet werden, „im Geschäfte arbeiten" (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 238; Cosack S. 652).

Ist eine Anlegung in zinstragenden Papieren erfolgt, so sind die Zinsen Gesell- Anm. 5.
schaftsgewinn, und es versteht sich keinesfalls von selbst, daß die Zinsen dem Reservekonto zufließen, d. h. ein der Höhe der aufgelaufenen Zinsen gleichkommender Betrag am Schlusse des Jahres dem Reservekonto zugeschrieben und gleichfalls der Vertheilung entzogen wird. Die Statuten können dies anordnen (K.B. z. Akt.-Ges. v. 1884 S. 25). Daß Effekten, in denen der Reservefonds angelegt ist, als Aktivum in der Bilanz figuriren müssen, ist selbstverständlich (anders Pinner S. 213, welcher das Gegentheil für selbstverständlich hält).

2. **Zweck und Bildung des gesetzlichen Reservekontos.** Das ist der eigentliche Gegen- Anm. 6.
stand des vorliegenden Paragraphen.

a) **Der Zweck des gesetzlichen Reservekontos** ist die Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes. Diesem Zwecke ist das Reservekonto ausschließlich und obligatorisch gewidmet.

a) Ausschließlich darf das gesetzliche Reservekonto verwendet werden zur Deckung eines Bilanzverlustes: es darf lediglich dann wieder gekürzt oder gestrichen werden, wenn dies erforderlich ist, um eine Unterbilanz auszugleichen. Der Erfolg ist dann der, daß im nächsten Jahre sich leichter ein Bilanzüberschuß erwarten läßt. Aber nur eine Unterbilanz, nicht ein Geschäftsverlust im Laufe des Jahres darf in dieser Weise ausgeglichen werden. Ist z. B. im Laufe des Jahres ein Kessel explodirt, oder hat der Kassirer eine erhebliche Summe unterschlagen, ohne daß durch den hierdurch entstandenen Schaden eine Unterbilanz sich ergeben hätte, so kann das Reservekonto zur Deckung dieses Verlustes nicht verwendet werden (Neukamp in G.Z. 38 S. 92; Cosack S. 652). Auf welche Weise die Deckung der Unterbilanz aus dem Reservekonto bilanzmäßig zum Ausdruck gebracht wird, ob so, daß der Verlust zunächst angegeben und alsdann vermerkt wird, daß er durch entsprechende Streichung des Reservekontos gedeckt werden soll, oder so, daß er bereits gedeckt erscheint, soll nach Petersen u. Pechmann S. 204 gleichgiltig sein. Das erachten wir aber nicht für richtig. Nach § 261 Ziffer 6 muß der Jahresverlust, zu dessen Deckung nach § 262 der Reservefonds bestimmt ist, besonders in die Erscheinung treten (vergl. Simon S. 240; Ring Anm. 6 zu Art. 185 b).

Anm. 7. β) Obligatorisch ist diese Verwendungsart. Das Gesetz bestimmt sie und dadurch wird sie obligatorisch, d. h. die Aktionäre haben ein Recht darauf, daß das Reservekonto in dieser Weise verwendet, daß eine Unterbilanz so ausgeglichen werde, damit sie dem Dividendenbezuge näher kommen. Sollte die Generalversammlung hiergegen verstoßen, z. B. die Unterbilanz unausgeglichen lassen oder zur Ausgleichung ein anderes als das gesetzliche Reservekonto verwenden, so ist der Beschluß ungiltig und anfechtbar, wird aber durch unterlassene Anfechtung giltig, da das öffentliche Interesse hierdurch nicht verletzt ist (Petersen u. Pechmann S. 204; Neukamp in G.Z. 38 S. 92; Simon S. 241; Behrend § 130 Anm. 18a; Förtsch Anm. 3 zu Art. 185b; anders Ring Anm. 6 zu Art. 183b).

Anm. 8. b) **Die Bildung des gesetzlichen Reservekontos.** Seine Bestandtheile sind die in Ziffer 1—3 aufgezählten.

Ziffer 1. Es sind ihm zuzuführen 5 Prozent des jährlichen Reingewinns, solange, als das Reservekonto 10 Prozent des Gesammtkapitals nicht übersteigt. Das Statut kann aber eine höhere Quote anordnen, sowohl der zuzuführenden Summe, als der Höhe des Reservekontos.

α) 5 Prozent des jährlichen Reingewinns. Unter dem jährlichen Reingewinn ist der am Schlusse der Bilanz sich ergebende Ueberschuß der Aktiva über die Passiva zu verstehen. Die Praxis der Aktiengesellschaften zieht hiervon zunächst den Gewinnvortrag des Vorjahrs ab, ehe sie die 5 Prozent berechnet, und in der Theorie wird diese Praxis gebilligt (Pinner S. 214; Hergenhahn S. 197; Petersen u. Pechmann S. 202; Simon S. 271), jedoch mit Unrecht. Unter dem jährlichen Reingewinn kann füglich nichts Anderes verstanden werden, als was das Gesetz in den unmittelbar vorangehenden Gesetzesworten (§ 261 Ziffer 6) definirt hat. Auch kommt derselbe Ausdruck im § 213 und im § 215 vor und bedeutet dort zweifellos nichts Anderes als den bilanzmäßigen Gewinn. Wollte man unter dem jährlichen Reingewinn im Sinne des vorliegenden Paragraphen nur die Gewinnergebnisse des betreffenden Jahres verstehen und den Gewinnvortrag des Vorjahres deshalb unberücksichtigt lassen, weil er dazu nicht gehört, so müßte man konsequenter Weise auch den Verlustvortrag des Vorjahrs unberücksichtigt lassen und käme auf diese Weise zu einer Reservefondsdotirungspflicht auch in solchen Jahren, in denen die Bilanz keinen Gewinn ergiebt (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 185b; Förtsch Anm. 4 zu Art. 185b).

Anm. 9. Unter dem jährlichen Reingewinn ist daher zu verstehen das, was übrig bleibt nach Dotirung der unechten Reservekonten (Erneuerungsfonds, Delkredere-fonds, soweit sie die Stelle von erforderlichen Abschreibungen ersetzen) und der anderen gesetzlichen Reservekonten: Schulden und Aktienkapital, dagegen ohne Rücksicht auf die Dotirung der freiwilligen Reservekonten (über die verschiedenen Reservekonten vergl. unten Anm. 23 ffg.). — Dagegen ist die Generalversammlung durch die Vorschrift der Ziffer 1 des vorl. Paragraphen nicht gehindert, die Ziffer des Reingewinns zu verringern durch Abschreibungen, auch wenn dieselben durch die wirkliche Werthsverminderung nicht geboten sind. Thut sie dies und bleibt ihr Beschluß unangefochten, so bildet sie dadurch stille Reserven. Dieselben treten in der Bilanz nicht hervor und nur von dem aus der Bilanz sich ergebenden Gewinnüberschüssen ist die Reservefondsdotirung zu berechnen.

Anm. 10. Die Tantiemen der Gesellschaftsorgane sind vor der Dotirung der gesetzlichen Reservefonds nicht in Abzug zu bringen (§§ 237, 245).

Anm. 11. Ist ein Reingewinn nicht erzielt, so unterbleibt die Dotirung des Reservekontos. Es braucht im nächsten Jahre, wenn in demselben Gewinn erzielt ist, nicht etwa um soviel mehr eingestellt zu werden.

Anm. 12. Die Zuführung von 5 Prozent ist nicht bloß gesetzliches Minimum, sondern auch gesetzliches Maximum, aber beides in verschiedenem Sinne. Unter das Minimum darf das Statut nicht heruntergehen, soweit liegt jus publicum

vor; das Maximum dagegen darf überschritten werden, aber eben auch nur statutarisch, nicht durch einfachen Generalversammlungsbeschluß. Dieser wäre, wenn die Generalversammlung nicht etwa über den Reingewinn nach Gutdünken zu befinden hätte, ungesetzlich und daher anfechtbar, würde aber durch unterlassene Anfechtung giltig werden.

β) Bis das Reservekonto 10 Prozent des Gesammtkapitals beträgt. Anm. 13.
Unter dem Gesammtkapital ist das gezeichnete, nicht das eingezahlte zu verstehen (vergl. Anm. 42 zu § 261; O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 238). Ist diese Grenze erreicht, so hört die Dotirung des Reservekontos auf. Wodurch diese Höhe erreicht ist, ist gleichgiltig, ob durch Zuführung von Reingewinn oder von Emissionsagio. Wenn daher eine Aktiengesellschaft gleich bei der Gründung oder bei einer Kapitalserhöhung 10 Proz. des Aktienkapitals als Agio erzielt, so braucht eine weitere Dotirung von Gesetzeswegen zunächst nicht zu erfolgen. Weitere Zuführungen sind event. ungesetzlich und anfechtbar, wenn das Statut sie nicht anordnet (Simon S. 280; Neukamp S. 82). Auch bei Sacheinlagen kann ein Agio erzielt werden. Denn wenn der Inferent Aktien in geringerem Nennbetrage erhält, als der Werth der Einlage beträgt, so können die Aktien mit einem entsprechenden Agio ausgegeben werden (Simon S. 280). Aber sie müssen in solchem Falle natürlich nicht mit Agio ausgegeben werden, sondern können auch al pari ausgegeben werden (vergl. unten Anm. 16).

Ziffer 2. Das Agio,[1]) **d. h. derjenige Betrag, welcher als Preis für die Ausgabe der Aktien über den Nennbetrag und über die Emissionskosten erzielt wird.** Anm. 14.

a) Dieser Betrag fließt unbedingt in den gesetzlichen Reservefonds, d. h.

---

[1]) Der Ausdruck „Gewinn" ist jetzt vermieden, damit nicht fernerhin hieraus der Schluß gezogen werden könnte, „daß das H.G.B. das Agioerträgniß an sich nicht als eine Kapitalsvermehrung auffasse". (Denkschrift S. 148.) Diese Bemerkung ist offensichtlich gegen die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts gerichtet, welches in dem Emissionsagio einen wirklichen steuerpflichtigen Geschäftsgewinn erblickt (Urth. vom 31. 5. und vom 14. 6. 93 bei Holdheim 2 S. 251 und 316; vom 27. 11. 94 bei Holdheim 4 S. 34; vom 6. 12. 95 bei Holdheim 5 S. 186; dagegen Neukamp bei Holdheim 4 S. 34 und 6 S. 145; dagegen ferner Simon, die Einkommensteuer der A.G. S. 90 ffg.; Ring Anm. 3 zu Art. 185 b; hessischer Oberverwaltungsgerichtshof bei Holdheim 7 S. 270; R.G. 32 S. 247 und R.G. vom 20. 3. 97 bei Holdheim 6 S. 185). Das letzte Urtheil des Oberverwaltungsgerichts vom 23. 9. 98 bei Holdheim 8 S. 39 beharrt auf seinem Standpunkt, aber mit Unrecht. Nach § 16 des preußischen Einkommensteuergesetzes sind steuerpflichtig Ueberschüsse, welche als Aktienzinsen oder Dividenden vertheilt werden, unter Hinzurechnung der zur Bildung von Reservefonds bestimmten Beträge. Das Agio ist indessen kein Ueberschuß. Es ist wohl ein Ueberschuß über den Nennbetrag (mit dieser farblosen Bezeichnung ist für die vorliegende Frage nichts gewonnen). Es ist aber kein Bilanzüberschuß und kann es niemals sein. In dem Augenblicke, in welchem das Agio eingeht, muß es nicht bloß unter den Aktiven, sondern auch unter den Passiven gebucht werden. Dies schreibt § 262 Nr. 2 H.G.B. vor. In scharfem Gegensatze zu § 262 Nr. 1, welcher vorschreibt, daß ein gewisser Prozentsatz „vom jährlichen Gewinn" dem Reservefonds zuzuführen ist, ist in Nr. 2 vorgeschrieben, daß derjenige Theil der Kapitaleinlage, welcher sich als Ueberschuß über den Nennbetrag als Agio darstellt, sofort, in demselben Augenblicke dem Reservefonds zuzuführen ist, in welchem er der Gesellschaft zufließt. Er ist sofort unter die Aktiva und unter die Passiva zu buchen. Ob das entgegengesetzte Verfahren nur als zweckwidrig, oder als begriffswidrig betrachtet wird, ist dabei gleichgiltig; kraft öffentlichen Rechts verbietet das neue Gesetz jedenfalls, anders zu verfahren. Er muß also sofort dem Reservefonds zugeführt werden, ohne Rücksicht darauf, welches Ergebniß die Bilanz am Ende des Jahres im Uebrigen haben wird, ob sie viel oder wenig Gewinn bringt, ob sie im Uebrigen einen den Betrag des Agios gleichkommenden Betrag als Ueberschuß erreicht oder nicht. Auch dann, wenn das nicht der Fall ist, muß doch das volle Agio dem Reservefonds zufließen. Man kann also nicht sagen, es sei ein Bilanzüberschuß, der, ganz abstrakt, rein begrifflich betrachtet, auch vertheilt werden könnte und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht vertheilt wird, wie die 5 % der Nr. 1, sondern es ist ein Betrag, der, weil er schon bei Aufstellung der Bilanz und bei der Berechnung des Gewinns unter den Passiven figuriren muß, auch begrifflich einen Theil des Ueberschusses nicht bildet. Er wird nicht vom Ueberschuß, vom Reingewinn dem Reservefonds zugeführt, sondern er wird sofort und ehe ein Ueberschuß berechnet wird und ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher vorhanden ist, dem Reservefonds zugeführt (Näheres Staub, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 4 S. 391).

ohne Rücksicht auf die Höhe des Agio und ohne Rücksicht auf die Höhe des gesetzlichen Reservekontos, also auch dann, wenn sich dasselbe bereits weit über die gesetzliche Höhe hinaus gefüllt hat.

Anm. 15. b) Abzuführen ist das volle Agio abzüglich der Emissionsausgaben.

α) Das volle Agio, also der volle Betrag, welcher erzielt wird durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag der Aktien. Auch die Stückzinsen, welche nach den Emissionsbedingungen von den Zeichnern neuer Aktien regelmäßig dann gefordert werden, wenn die Letzteren im Laufe des Geschäftsjahres ausgegeben werden, aber doch an der Dividende des ganzen Jahres theilnehmen, gehören in den Reservefonds. Auch dieser Betrag wird erzielt durch Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag. Die Praxis verfährt allerdings anders und Simon S. 279 billigt die entgegenstehende Praxis, weil durch die Stückzinszahlung nicht „das Theilnahmerecht am Gesellschaftsvermögen erworben werde, sondern ein Recht auf Theilnahme an dem Reingewinn für diejenige Zeit, während welcher der Zeichner der jungen Aktie an sich kein Recht auf Theilnahme am Reingewinn hatte." Indessen sind das keine Gegensätze. Das Recht der Theilnahme am Reingewinn für eine bestimmte Zeit ist doch ein Theilnahmerrecht am Gesellschaftsvermögen, und zwar von derselben Art, wie es dem Aktionär während der Dauer der Gesellschaft regelmäßig zusteht (mit Simon stimmt überein Ring S. 628; Pinner S. 215).

Anm. 16. β) Nur nach Abzug der durch die Ausgabe der Aktien entstehenden Kosten. Es gehen also die Emissionskosten (Stempel, Provisionen, Gerichtskosten, Notariatskosten) ab; ebenso die Einkommensteuer, die etwa (unzulässiger Weise, vergl. oben Anm. 14 Note 1) vom Agiogewinn gefordert werden sollte. Denn auch sie ist eine lediglich durch die Emission entstehende Ausgabe (Simon S. 276).

Die Vorschrift der Zuführung des Agios zum gesetzlichen Reservefonds ist übrigens nicht dahin zu verstehen, daß eine Gesellschaft bei der Gründung oder Kapitalserhöhung, wenn sie Gegenstände, die mehr werth sind, als der Nennwerth der dafür hergegebenen Aktien, gezwungen sei, die Aktien über pari auszugeben und das Agio dem Reservefonds zuzuführen. Sie darf so vorgehen, wie oben Anm. 13 dargelegt ist. Aber sie muß nicht so vorgehen. Es ist ihr vielmehr völlig unbenommen, auch in diesem Falle die Aktien al pari auszugeben und die erworbenen Gegenstände zum Nennwerthe der hergegebenen Aktien in die Bilanz einzustellen. Sie hat sie dann eben billig erworben. Sie besitzt in dem Aktivum, welches zum Parikurse in die Bilanz eingestellt, in Wahrheit aber mehr werth ist, in Höhe dieser Differenz eine stille Reserve.

Anm. 17. Ziffer 3. **Der Betrag von Zuzahlungen, welche ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen wird.** Durch diese Vorschrift wird bezweckt, daß der Betrag solcher Zuzahlungen nicht sofort wieder zur Vertheilung gelangt, sondern demjenigen Zwecke diene, für welchen er von den Aktionären eingezahlt ist, zur Stärkung der wirthschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft. Deshalb soll sein Betrag zunächst verwendet werden können zu Abschreibungen oder zur Deckung von Verlusten. Zwar ist gesagt: zu außerordentlichen Abschreibungen und zur Deckung von außerordentlichen Verlusten. Damit ist aber nicht etwa gemeint, daß ordentliche, wirklich nothwendige Abschreibungen und gewöhnliche Betriebsverluste, selbst wenn der Grund nicht außerordentlicher Natur ist, ausgeschlossen sind; vielmehr ist an den regelmäßigen Fall der Zweckbestimmung solcher Zuzahlungstransaktionen gedacht. Ordentliche Abschreibungen und Betriebsverluste können also jedenfalls durch jene Zuzahlungen gedeckt werden, und auch dann können Abschreibungen und Verluste jeder Art durch jene Zuzahlungen gedeckt

werden, wenn nicht gerade eine Unterbilanz vorhanden ist (dies gegen Simon S. 226). Soweit aber jene Zuzahlungen zu Abschreibungen und Deckung von Verlusten nicht verwendet werden, sollen sie dem gesetzlichen Reservefonds einverleibt und so der Vertheilung entzogen werden. Gleichgiltig ist dabei, welche Höhe der gesetzliche Reservefonds schon hat und insbesondere, ob er nicht etwa schon bis zur gesetzlichen Höhe angewachsen ist.

Daß die Kosten der Transaktion (Stempel, Provisionen, Gerichts- und Notariatskosten, etwaige Einkommensteuer) von den dem Reservefonds zuzuführenden Beträgen in Abzug kommen, ist zwar hier nicht gesagt, muß aber unter analoger Anwendung der Vorschrift bei Nr. 2 auch hier angenommen werden. Anm. 18.

Auf den Fall, daß der Zweck der Zuzahlungstransaktion durch Ausgabe von Vorzugsaktien im Wege der Kapitalserhöhung und Annahme von Aktien an Zahlungsstatt erreicht wird, will Simon S. 227 die vorliegende Vorschrift analog anwenden. Allein auf diesen Fall greifen nach jeder Richtung andere Vorschriften Platz, wie dies bereits Anm. 3 zu § 185 hervorgehoben ist. Anm. 19.

3. **Die Umwandlung des gesetzlichen Reservefonds.** Hier sind die folgenden Grundsätze aufzustellen: Anm. 20.

a) Soweit das gesetzliche Reservekonto auf gesetzlichem Gebote beruht, kann weder ein gewöhnlicher Generalversammlungsbeschluß, noch ein Statutenänderungsbeschluß dasselbe verkürzen, weder für die Folgezeit, noch für die Vergangenheit. Daraus folgt: soweit das Reservekonto 10 Proz. des Aktienkapitals noch nicht übersteigt oder soweit es aus angesammeltem Agiogewinn besteht, ist es jeglicher statutarischer Einwirkung entzogen.

b) Soweit aber das Reservekonto auf Statutenbestimmungen beruht, kann dieselbe Rechtsquelle es wieder aufheben, und zwar nicht bloß für die Folgezeit, sondern ein Statutenänderungsbeschluß kann auch bestimmen, daß das bisher auf Grund statutarischer Bestimmung angesammelte Reservekonto aufgehoben und entweder zu einem anderen Konto (Erneuerungs-, Delkrederekonto oder sonst) umgewandelt oder daß es gestrichen werde. Diejenige Rechtsquelle, die eine Anordnung treffen kann, kann sie auch aufheben, nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit. In gleicher Weise muß sich der Aktionär ja auch gefallen lassen, daß der Gegenstand des Unternehmens, also das Fundament der Betheiligung und der Gewinnvertheilung, per majora abgeändert werde (Neukamp in G.Z. 38 S. 10 ffg.; R.G. 28 S. 45; Cosack S. 653; Pinner S. 213; Förtsch Anm. 5 zu Art. 185 b; Denkschr. S. 148; dagegen Ring Anm. 7 zu Art. 185 b; Simon S. 261). Anm. 21.

c) Soweit endlich das gesetzliche Reservekonto auf einfachem Generalversammlungsbeschluß beruht, kann es durch einen ebensolchen Beschluß umgewandelt und gekürzt werden. Hätte z. B. eine Generalversammlung ohne Statutenänderung beschlossen, einen höheren als den gesetzlichen oder den statutarischen Betrag dem gesetzlichen Reservekonto zuzuführen — ein Beschluß, der nur dann zulässig wäre, wenn die Generalversammlung über den Reingewinn nach Gutdünken zu verfügen hätte, der aber auch sonst durch unterlassene Anfechtung giltig wird —, so kann eine spätere Generalversammlung durch einfachen Beschluß diesen Betrag dem Reservekonto entziehen (vergl. auch hierfür R.G. 28 S. 43; Neukamp in G.Z. 38 S. 113). Anm. 22.

Zusatz. Die freiwilligen Reservekonten. Der frühere Art. 185 c Abs. 3 schrieb vor, daß die Grundsätze, nach welchen Reservefonds zu bilden sind, im Uebrigen der Gesellschaftsvertrag bestimme. Die Vorschrift ist gestrichen. Aber geändert ist damit die Rechtslage nicht. **Auch jetzt gilt regelmäßig der Satz, daß im Uebrigen nur der Gesellschaftsvertrag die Bildung von freiwilligen Reservekonten rechtsgiltig anordnen kann.** Anm. 23.

1. **Zunächst muß klargelegt werden, was unter freiwilligen Reservekonten zu verstehen ist.** Es muß zunächst darauf zurückgegriffen werden, daß die sogenannten Passiva der Bilanz durchweg Reservekonten sind. Sie enthalten die von der Vertheilung auszuschließenden, für die Gesellschaft erforderlichen Werthsbeträge (vergl. Anm. 11 zu § 261). Streng ge-

nommen gehören in diese Rubrik nicht diejenigen Posten, welche eigentlich als Abschreibungen, als Gegenposten gegen zu hohe Bewerthungen der Aktiva zu betrachten sind. Die Posten enthalten nicht einen vorhandenen, aber von der Vertheilung auszuschließenden Werth, sondern sind nur die Korrektur einer an sich zu hohen Werthsansetzung in der Rubrik der Aktiva. Man kann dieselben Korrektivposten oder unechte Reservekonten nennen. Dahin gehört normaler Weise der Erneuerungsfonds nach § 261 Ziffer 3; der Delkrederefonds als Gegenposten gegen voll angesetzte, in Wirklichkeit nicht unzweifelhafte Forderungen (R.O.H. 25 S. 326; R.G. 22 S. 162; Näheres über denselben Anm. 16 zu § 261), ein Reservefonds wegen Unsicherheit der in Ansatz gebrachten Werthe (R.G. 4 S. 102 ffg.).

Diese uneigentlichen Reservekonten beruhen auf gesetzlicher Vorschrift, nicht auf derjenigen, welche von den gesetzlichen Reservekonten handelt, sondern schon auf derjenigen, welche von der richtigen Bewerthung der Aktiva handelt.

Das Statut kann hier keine Abweichungen treffen, d. h. es kann nicht anordnen, daß die Bildung solcher Konten unterbleibe, außer wenn sie durch richtige Bewerthung der betreffenden Aktiva überflüssig werden.

Anm. 24. Zu unterscheiden von diesen unechten Reservekonten sind die echten. Diese deuten in Wahrheit an, wieviel von den wirklich vorhandenen Werthen von der Vertheilung unter die Aktionäre auszuschließen und im Vermögensbestande der Gesellschaft zu reserviren ist.

Die Quelle der Bildung dieser echten Reservekonten ist normaler Weise entweder das Gesetz oder das Statut, die Generalversammlung nur ausnahmsweise (vergl. unten Anm. 26 ffg.).

Auf dem Gesetz beruhen drei echte Reservekonten: Die Schulden, die Einstellung der Grundkapitalsziffer und die Einstellung des sogenannten gesetzlichen Reservefonds κατ' ἐξοχήν.

Die letzten beiden sind ausdrücklich angeordnet, die Bildung des ersten Reservekontos, der Schulden, ist so selbstverständlich und naturgemäß, daß das Gesetz hierüber keinen besonderen Ausspruch zu thun brauchte.

Das Statut kann auch in dieser Hinsicht nichts ändern, kann von der Bildung dieser Reservekonten nicht abstehen, da sie auf jus publicum beruhen.

Dagegen kann das Statut im Uebrigen die Grundsätze aufstellen, nach welchen Reservefonds zu bilden sind, und nur ausnahmsweise kann die Generalversammlung ein Reservekonto bilden.

Anm. 25. **2. Regelmäßig kann nur der Gesellschaftsvertrag freiwillige Reservekonten anordnen.**

a) Der Gesellschaftsvertrag kann es. Es kann den Aktionären nicht verwehrt werden, durch statutarische Vereinbarung einen beliebigen Theil des Gesellschaftsvermögens von der Vertheilung auszuschließen. Auf Seiten der Aktionäre liegt darin ein Verzicht auf Vertheilung von Gesellschaftsgewinn; den Gesellschaftsgläubigern kann dies nur willkommen sein, da die Kreditbasis der Gesellschaft dadurch verstärkt wird. Die Statuten können daher beliebige Reservekonten anordnen: Spezialreserven für bestimmte Zwecke, Extrareserven für außerordentliche Verluste, Arbeiterunterstützungsreserven,[1]) Dividendenergänzungsfonds (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 215); Delkrederekonto und Erneuerungskonto über das wahre Bedürfniß hinaus. — Derartige Dotirungen von unechten Reservekonten über das wahre Bedürfniß hinaus nennt man versteckte Reserven, der unbefangene, nicht eingeweihte Betrachter hält sie für bloße Korrektivposten, in Wahrheit sind sie mehr als das. — Insbesondere steht auch nichts entgegen, daß die Statuten

[1]) Solche Wohlfahrtsfonds sind ihrer juristischen Natur nach wohl zu scheiden von selbstständigen Wohlfahrtskassen, bei denen (durch besondere Abmachungen) die Angestellten einen rechtlichen Anspruch haben. Diese letzteren Kassen begründen im Konkurse der A.G. für die Angestellten besondere Rechte, die gewöhnlichen Unterstützungsfonds nicht (Simon S. 256).

einen sogenannten Dispositionsfonds des Aufsichtsraths als Reservekonto anordnen, was das Kammergericht bei Johow 8 S. 12 mit Unrecht verneint hat.

Eine solche statutarische Anordnung liegt übrigens auch schon in der Bestimmung, daß die Generalversammlung den Gewinn nach Gutdünken vertheilen, nach ihrem Gutdünken Reservekonten bilden und dotiren kann.

b) Regelmäßig kann nur das Statut freiwillige Reservekonten anordnen und dotiren, nicht ein einfacher Generalversammlungsbeschluß, noch weniger andere Organe. Anm. 26. Zwar kann die Generalversammlung über die Vertheilung des Gewinnes Beschluß fassen, aber wenn ihr dabei nicht freigestellt ist, nach Gutdünken zu verfahren, so muß sie nach gesetzlicher Vorschrift verfahren, sonst verfährt sie ungesetzlich und ihr Beschluß unterliegt der Anfechtung (vergl. Anm. 3 zu § 260). Ihr ist es daher verwehrt, aus Gründen der Wohlfahrt Reservefonds zu bilden (z. B. einen Arbeiterunterstützungsfonds; Bolze 21 Nr. 561; R.G. 40 S. 33).

Die Generalversammlung kann daher auch einen sogenannten Gewinnvortrag nicht ohne Weiteres beschließen. Anm. 27. Denn das wäre eine unzulässige Schmälerung des Dividendenanspruchs, da nach § 213 jeder Aktionär einen Anspruch auf den jährlichen Reingewinn hat. Der Umstand, daß die Gesellschaft baares Geld zur Entfaltung ihrer geschäftlichen Thätigkeit bedarf und daß es daher verständigen Erwägungen entspricht, wenn ein Theil des Reingewinnes zurückbehalten wird, um damit geschäftlich operiren zu können, rechtfertigt den Beschluß nicht. Für solche Fälle mag, da das Gesetz nicht genügend Fürsorge trifft (vergl. Einl. zu § 215), der Gesellschaftsvertrag Fürsorge treffen durch Anordnung von Reservekonten oder durch Ausstattung der Generalversammlung mit diesbezüglicher Bewegungsfreiheit. Mangels statutarischer Fürsorge nach dieser Richtung kann die Generalversammlung aus eigener Machtvollkommenheit einen Theil des Reingewinnes nicht mit der Begründung der Vertheilung entziehen, daß dies den Zwecken der Gesellschaft förderlich wäre. Solcher Beschluß wäre ungiltig, weil über die Giltigkeit der Beschlüsse Gesetz und Statut, nicht die Frage der Zweckmäßigkeit entscheiden (Anm. 1 zu § 271). Die entgegenstehende Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. 1. 98 (mitgetheilt im Sächsischen Archiv Band 8 S. 251 und bei Holdheim Band 7 S. 143) kann vom Standpunkte des geltenden Aktienrechts nicht gebilligt werden, sondern geht von Grundsätzen aus, die an sich billigungswerth wären, aber nur de lege ferenda (ebenso Pinner S. 217). In einem Ausnahmefall aber hat die einfache Generalversammlung das Recht zur Bildung eines freiwilligen Reservekontos. Es beruht nämlich auf einem allgemeinen Handelsgebrauch, daß die Dividende in Prozenten oder bequemen Bruchtheilen von Prozenten festgesetzt und der bei dieser Abrundung überschießende Betrag auf neue Rechnung vorgetragen wird (Behrend § 133; Pinner S. 216; Simon S. 248). Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man sagt, daß Bruchtheile von weniger als $^1/_2$% nicht als Dividenden vertheilt werden.

Durch unterlassene Anfechtung wird übrigens ein Generalversammlungsbeschluß, durch welchen unzulässiger Weise ein Reservekonto angelegt wird, giltig, und von diesem Gesichtspunkte aus kann eine Dotirung von freiwilligen Reservekonten auch sonst auf Generalversammlungsbeschluß beruhen. Anm. 28. Die Anfechtung eines solchen Beschlusses, welcher freiwillige Reservekonten anordnet, ist jetzt sogar nach einer gewissen Richtung beschränkt, nämlich an einen bestimmten Minimalbesitz von Aktien geknüpft (§ 271 Abs. 3). Das Gesetz begünstigt auf diese Weise die Bildung von freiwilligen Reservekonten durch bloßen Generalversammlungsbeschluß.

Dem Vorstand oder Aufsichtsrath kann das Statut die Schaffung von Reservefonds nicht überlassen (anders Simon S. 239; Pinner S. 216). Anm. 29. Denn der Reservefonds kann nur beschlossen werden durch die Ausschließung eines Theiles des Gewinns von der Vertheilung. Ueber die Gewinnvertheilung aber beschließt die Generalversammlung (§ 260), und eine Delegation dieser Machtbefugniß an andere Organe ist nicht gestattet.

Anm. 30. 3. **Die Umwandlung und Ausschüttung von freiwilligen Reservekonten.** Hier gilt das Gleiche, wie für die Frage der Umwandlung oder Ausschüttung einer freiwilligen Dotirung des gesetzlichen Reservefonds. Die beiden Rechtsfragen decken sich vollständig. Ein auf statutarischer Anordnung beruhendes Reservekonto kann durch statutarische Anordnung umgewandelt und auch gestrichen werden, ein auf Generalversammlungsbeschluß beruhendes Reservekonto durch einfachen Generalversammlungsbeschluß (Neukamp in G.Z. 38 S. 113).

§ 263.

Die im § 260 Abs. 2 bezeichneten Vorlagen sind mindestens während der letzten zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung in dem Geschäftsraume der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen.

Auf Verlangen ist jedem Aktionär spätestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung eine Abschrift der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bemerkungen des Aufsichtsraths und des Geschäftsberichts zu ertheilen.

An die Stelle des Tages der Generalversammlung tritt, falls die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung der Aktien abhängig ist, der Tag, bis zu dessen Ablauf die Hinterlegung zu geschehen hat.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Einsicht und die Abschriftsertheilung der Jahresrechnungen und ihrer Anneze.

Anm. 1. 1. **Die Einsichtsgewährung.** Mindestens zwei Wochen vor der Generalversammlung bezw. vor dem letzten Tage der Aktienhinterlegungsfrist hat die Auslegung zu erfolgen. Nach der Generalversammlung kann dies nicht mehr verlangt werden, da es sich nur um eine Vorbereitung der Bilanzprüfung handelt (zust. Behrend § 132 Anm. 6; Pinner S. 218).

Anm. 2. 2. **Die Abschriftertheilung.** Dieselbe gestaltet sich in der Praxis anders. Die Jahresrechnung und Geschäftsberichte werden hier gemeiniglich gedruckt und Jedem gegeben, der sie verlangt, insbesondere aber Vertretern der Presse. Eigentlich kann sie nur derjenige verlangen, der sich als Aktionär ausweist. Doch scheut eine redliche Verwaltung die Oeffentlichkeit nicht und vertheilt ihre Jahresrechnungen und Geschäftsberichte im weitesten Umfange. — Die Abschriftertheilung hat kostenfrei zu erfolgen.

Anm. 3. 3. **Die beiden Rechte können nur von demjenigen Aktionär ausgeübt werden, der sich als solcher ausweist.** Wie dieser Ausweis zu geschehen hat, ist nicht gesagt. Es kann dies auf jede Weise geschehen und zwar braucht nur nachgewiesen zu werden, daß im Augenblicke, wo das Verlangen gestellt wird, die Aktionäreigenschaft vorhanden ist, nicht etwa bis zur Generalversammlung. Der bloße Besitz genügt bei Inhaberaktien.

Anm. 4. 4. **Die beiden Rechte sind unentziehbar,** keine Generalversammlung und keine Statutenänderung kann bestimmen, daß einem Aktionär oder allen Aktionären dieses Recht entzogen wird.

Anm. 5. 5. **Das Recht wird erzwungen durch Klage und einstweilige Verfügung,** das Recht auf Einsichtsgewährung auch durch Anträge auf Ordnungsstrafen (§ 319).

Anm. 6. 6. **Außerdem kann wegen Verletzung dieser Rechte in den geeigneten Fällen die Anfechtungsklage erhoben werden** (Bolze 14 Nr. 494 d; Behrend § 132 Anm. 5; dagegen Johow 12 S. 25).

§ 264.

Die Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz ist zu vertagen, wenn dies in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des

Grundkapitals erreichen, verlangt wird, auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden.

Ist die Verhandlung auf Verlangen der Minderheit vertagt, so kann von dieser eine erneute Vertagung nur gefordert werden, wenn über die in der früheren Verhandlung bemängelten Ansätze der Bilanz die erforderliche Aufklärung nicht ertheilt worden ist.

Vorschriften über Vertagung der Bilanzgenehmigungsverhandlung.

1. **Die Vertagung.** Wegen der großen Bedeutung, welche dem Bilanzgenehmigungsbeschlusse zukommt, schafft das Gesetz Kautelen gegen einen übereilten Beschluß. Es giebt nicht bloß der einfachen Mehrheit der Generalversammlung, welcher statutarisch eine verstärkte Mehrheit nicht substituirt werden darf (Behrend § 132), sondern auch schon einer bestimmten Minderheit das Vertagungsrecht. Ein Bilanzfestsetzungsbeschluß, der ohne Rücksicht auf das Vertagungsverlangen dieser Minderheit gefaßt würde, wäre ungiltig und anfechtbar. Die Minderheit hat allerdings das Recht nur, wenn sie bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt. Soll diese Bemängelung nicht eine bloße Farce und damit ein sehr gefährliches Recht werden und zur Terrorisirung der Majorität ausarten, so muß gefordert werden, daß sie in substantiirter Weise erfolge. Es würde nicht genügen, wenn der Antragsteller sagte: Ich bemängele den Posten Kreditores oder gar: Ich bemängele sämmtliche Ansätze der Bilanz. Vielmehr muß seine Erklärung ergeben, was er denn eigentlich bemängelt. Wenn er auch nicht Beweise für den von ihm behaupteten Mangel anzugeben braucht, so muß doch seine Erklärung ergeben, worin der von ihm behauptete Mangel liegt. Bemängeln heißt Mängel angeben. Entspricht die Bemängelung nicht diesem Erfordernisse, ist sie vielmehr so beschaffen, daß man ihr ansieht, sie geschehe bloß der Form wegen und um eine gewaltsame Vertagung durchzusetzen, so kann die Versammlung über den Antrag zur Tagesordnung übergehen und über die Bilanzgenehmigung Beschluß fassen. Entspricht dagegen die Bemängelung jenem Erfordernisse, so braucht gleichwohl nicht die Verhandlung und Beschlußfassung über alle Bilanzpunkte vertagt zu werden, vielmehr kann über die nicht bemängelten Punkte weiter verhandelt und Beschluß gefaßt werden. Denn die Verhandlung ist nur zu vertagen, „soweit" bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden, nicht „wenn" dies geschehen ist. — Welche Folgen die Vertagung über die Bilanzverhandlungen auf den Entlastungs- und auf den Gewinnvertheilungsbeschluß hat, darüber siehe Anm. 2. Anm. 1.
2. **Die Folge der Vertagung** ist die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, eine neue Generalversammlung anzuordnen. Die Generalversammlung kann bestimmen, wann spätestens und wann frühestens die neue Generalversammlung, auch wann sie erfolgen muß. Es muß aber zu diesem Zwecke eine neue Berufung erfolgen. Es kann nicht etwa, wie im Civilprozeß, einfach in der ersten Generalversammlung ein neuer Termin und alsdann von besonderer Einberufung Abstand genommen bestimmt werden, außer wenn sämmtliche Aktionäre anwesend und damit einverstanden waren (vergl. Anm. 9 zu § 256). Auf die Anberaumung der neuen Versammlung kann gemäß § 254 hingewirkt werden. — Soweit die bemängelten und vertagten Punkte der Bilanz die Gewinnvertheilungsfrage zu beeinflussen in der Lage sind, insoweit kann auch über die Gewinnvertheilung nicht Beschluß gefaßt werden. Soweit aber jene Punkte auf die Vertheilung der vorgeschlagenen Dividende ohne Einfluß sind, insoweit kann auch die Gewinnvertheilung beschlossen werden. So kann z. B. die Vertheilung der vorgeschlagenen Dividende beschlossen werden, wenn lediglich ein Bilanzansatz auf der Aktivseite als zu niedrig bemängelt wird (R.G. vom 12. Juli 1899 in J.W. S. 675). Die analoge Wirkung hat jede Vertagung auf die Verhandlung über die Entlastung. Hier gilt Folgendes: Anm. 2.

   Soweit die Bemängelungen für die Frage der Entlastung von Einfluß sind, hat die auf Verlangen der Minderheit erfolgte Vertagung der Bilanzgenehmigung zur Folge, daß auch die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Es kann nicht etwa, weil nur die Vertagung der Bilanzgenehmigung durchgesetzt werden kann, ungeachtet der durchgesetzten Anm. 3.

Vertagung von der Majorität schlechthin die Entlastung beschlossen werden. Aber andererseits kann auch die Durchsetzung jener Vertagung nicht schlechthin zur Folge haben, daß über die Entlastung nicht beschlossen werden kann. Vielmehr zieht, wie gesagt, die Vertagung der Bilanzgenehmigung die Vertagung des Entlastungsbeschlusses insoweit nach sich, als die erfolgten Bemängelungen auf den letzteren Beschluß von Einfluß sind. So kann z. B., wenn die Minderheit die Ansätze als zu niedrig bemängelt und einen höheren Gewinn herausrechnet, über die Entlastung unbedenklich Beschluß gefaßt werden. Wenn dagegen das Debitorenkonto bemängelt wird, weil auf diesem Konto durch leichtsinniges Kreditiren mehr Ausfälle entstanden seien, als dies in der Bilanz zum Ausdruck gekommen sei, so kann, soweit diese Bemängelung reicht, auch keine Entlastung beschlossen werden, wohl aber im Uebrigen. (Vergl. R.G. vom 12. Juli 1899 in J.W. S. 675, wo der Grundsatz dahin formulirt ist, daß die Vertagung der Bilanz regelmäßig die Vertagung der Entlastung zur Folge hat; auch hiermit kann man sich einverstanden erklären.) Ein Entlastungsbeschluß, der diesen Grundsätzen entgegen gefaßt wird, ist anfechtbar. Dagegen hat umgekehrt die Vertagung wegen Bemängelung bestimmter Ansätze nicht zur Folge, daß im Uebrigen die Entlastung als ertheilt gilt. Die betreffende Bestimmung des früheren Rechts ist gestrichen.

Anm. 4. 3. **Die neue Verhandlung.** Die vertagte Verhandlung findet in einer neuen Versammlung, welche vom Vorstande so schleunig zu berufen ist, als dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint oder als dies die vorige Versammlung bestimmt hat (Anm. 2), von Neuem statt, d. h. es wird eine neue Generalversammlung mit neuer Berufung, neuer Anmeldung ꝛc. abgehalten, nicht etwa eine Fortsetzung der alten Versammlung unter den Theilnehmern derselben.

Anm. 5. **Eine abermalige Vertagung** kann die Minderheit nur verlangen, wenn über die früheren Bemängelungen nicht die erforderlichen Aufklärungen ertheilt werden. Entsteht darüber Streit, ob die erforderlichen Aufklärungen ertheilt sind, so entscheidet darüber zunächst die Majorität, deren Votum der Nachprüfung durch den Prozeßrichter unterliegt. Sind die erforderlichen Aufklärungen nicht gegeben und ist die Vertagung gleichwohl abgelehnt, so ist das Gesetz verletzt. Man kann auch nicht sagen, daß dies eine Thatfrage sei, der Prozeßrichter aber nur zu prüfen habe, ob das Gesetz verletzt ist, also nur Rechtsfragen zu entscheiden habe. Das wäre eine irrige Auslegung des § 271 (vergl. Anm. 2 zu § 271). — Die Mehrheit kann auch abermals vertagen (anders Pinner S. 219).

§ 265.

Nach der Genehmigung durch die Generalversammlung ist die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung unverzüglich durch den Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung sowie der im § 260 bezeichnete Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths ist zum Handelsregister einzureichen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung nicht statt.

Vorschriften über die Publikation der Jahresrechnung und die Einreichung zum Handelsregister.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Bekannt zu machen** ist die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung (Letzteres ist neu). Die unverkürzte Wiedergabe ist nicht gerade erforderlich, aber die Wiedergabe muß so erfolgen, daß sie den Zweck der Bilanz, der erforderlichen Uebersicht über die Vermögenslage, erfüllt (Denkschrift S. 149). Pinner S. 220 verlangt die unverkürzte Wiedergabe.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Einzureichen** ist die Bekanntmachung, sowie der Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths, und zwar nur zum Hauptregister.

Anm. 3. 3. **Zwang zur Erfüllung dieser beiden Pflichten.** Die Einreichung des Abs. 2 kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Darin liegt ein indirekter Zwang zur Publi-

kation gemäß Abs. 1. Der Registerrichter hat aber die eingereichten Vorlagen nur entgegenzunehmen. Ob die Bilanz dem Gesetze entspricht oder nicht, geht ihn nichts an. Es steht ihm nicht das Recht zu, die Unrichtigkeit der Bilanz zu rügen und auf eine abermalige Beschlußfassung darüber zu dringen (Johow 12 S. 25; O.L.G. Hamburg bei Holdheim 7 S. 193).

4. Wird die Bilanz nicht genehmigt oder festgestellt, so braucht sie auch nicht publizirt zu werden. (Birkenbiehl bei Gruchot 35 S. 819.) In diesem Falle muß aber wenigstens der Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsraths eingereicht werden. Anm. 4.

5. Der Entlastungsbeschluß bedarf der Publikation und der Einreichung nicht. Anm. 5.

§ 266.

Die Generalversammlung kann mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung beschließen.

Ist in der Generalversammlung ein Antrag auf Bestellung von Revisoren zur Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung abgelehnt worden, so können auf Antrag von Aktionären, deren Antheile zusammen den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, Revisoren durch das Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, ernannt werden.

Dem Antrag ist nur stattzugeben, wenn glaubhaft gemacht wird, daß bei dem Vorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags stattgefunden haben. Die Antragsteller haben die Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, Besitzer der Aktien sind.

Vor der Ernennung sind der Vorstand und der Aufsichtsrath zu hören. Die Ernennung kann auf Verlangen von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Revision zur Prüfung der Bilanz und zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung. Dieses Recht wird in Abs. 1 der Generalversammlung, in Abs. 2 auch einer Aktionärfraktion gegeben.

I. (Abs. 1.) **Das Recht der Generalversammlung zur Bestellung von Revisoren.** Anm. 1.

1. **Jede Generalversammlung kann Revisoren bestellen** und zwar mit einfacher Stimmenmehrheit. Eine Statutenbestimmung, durch welche die Abstimmung erschwert würde, wäre ungiltig (Denkschrift S. 149; Pinner S. 221, 222). Die Bestellung von Revisoren muß natürlich auch als Gegenstand der Tagesordnung angekündigt sein, es sei denn, daß es sich um Prüfung desjenigen Vorganges handelt, der gerade den Gegenstand der angekündigten Berathung bildet. So können z. B. in der ordentlichen Generalversammlung Revisoren zur Prüfung der Bilanz ohne besondere Ankündigung bestellt werden (Ring Anm. 1 zu Art. 239a; Petersen und Pechmann S. 536; anders Pinner S. 221).

2. **Zur Prüfung der Bilanz und zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung** können Revisoren bestellt werden. Wie lange die Vorgänge zurückliegen, darauf kommt es hier bei dem Rechte der Generalversammlung nicht an (anders bei dem Anm. 2.

Rechte der Minderheit; unten Anm. 8). Auch ein im Regreßwege nicht mehr verfolgbarer Anspruch kann eine wichtige Information für einen anderen Punkt bilden.

Anm. 3. 3. **Die Ausführung des Beschlusses** ist Sache des Vorstandes unter Ueberwachung des Aufsichtsraths. Der Vorstand hat die Revisoren zu bestellen. Es steht auch nichts entgegen, daß dieselben, zumal sich der Beschluß gegen die Gesellschaftsorgane richtet, im Auftrage der Generalversammlung vom Aufsichtsrath oder von der Generalversammlung direkt bestellt werden. Insoweit müssen Aufsichtsrath und Generalversammlung für berechtigt erachtet werden, die Gesellschaft zu vertreten (vergl. § 250 Anm. 5). Wenn die Revisoren aus den Kreisen der in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre bestellt werden (sogenannte Revisionskommission), was häufig der Fall ist, so ist die direkte Bestellung durch die Generalversammlung die Regel. Die Ernannten erklären in solchen Fällen sofort, ob sie die Wahl annehmen, und bejahenden Falls liegt hierin ein Akt der Bestellung.

Durch die Uebernahme des Amtes treten die Revisoren in ein Vertragsverhältniß zur Gesellschaft. Was den Entgelt betrifft, so ist, wenn Aktionäre als Revisoren bestellt werden, im Zweifel anzunehmen, daß sie dadurch ihre Rechte als Aktionäre wirksam wahren wollen, weshalb sie in solchen Fällen ohne besondere Abmachung eine Vergütung nicht beanspruchen dürfen, auch wenn es z. B. Kaufleute oder Rechtsanwälte sind (Bolze 18 Nr. 168). Im Uebrigen greift in dieser Hinsicht § 612 B.G.B. Platz, d. h. es gilt eine Vergütung stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, also z. B., wenn Kaufleute oder Rechtsanwälte bestellt werden.

Anm. 4. II. (Abs. 2—4.) **Das Recht der Aktionärfraktion auf Bestellung von Revisoren.** Dasselbe wird nach folgenden Richtungen abgehandelt:

1. Gerichtliche Zuständigkeit, Gegenstand und Voraussetzung des Antrages (Abs. 2 und 3), 2. Verfahren des Gerichts (Abs. 4).

1. (Abs. 2 und 3). **Gerichtliche Zuständigkeit, Gegenstand und Voraussetzung des Antrages.**

Anm. 5. a) **Zuständigkeit des Gerichts.** Es ist lediglich gesagt, daß das Gericht zuständig ist. Das bedeutet (abweichend von Art. 222 b, durch welchen früher das Landgericht für zuständig erklärt worden war) nach § 145 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit das Amtsgericht. (Ueber Rechtsmittel siehe unten Anm. 15).

Anm. 6. b) **Gegenstand des Antrages** ist ein Vorgang bei der Gründung und ein nicht länger als zwei Jahre zurückliegender Vorgang bei der Geschäftsführung. Unter einem Vorgang bei der Geschäftsführung ist nur ein bestimmter Vorgang gemeint; es kann nicht etwa beantragt werden, die Geschäftsführung des letzten Jahres zu revidiren. Der Vorgang bei der Gründung kann hiernach beliebig lange zurückliegen.

Anm. 7. c) **Die Voraussetzungen des Antrages.** Dieselben sind als Maximal- und Minimalerfordernisse zu betrachten. Nach beiden Richtungen sind sie zwingend. Weder darf das Statut höhere, noch darf es geringere Erfordernisse aufstellen, höhere nicht, damit das vom Gesetzgeber gewollte Untersuchungsrecht nicht unter Umständen illusorisch gemacht werde, geringere nicht, um dem Einzelaktionär ein so exorbitantes, dem Mißbrauch ausgesetztes Recht nicht leichter zu gewähren, als unter den Kautelen, die der Gesetzgeber nach reiflicher Erwägung für nothwendig hielt (in letzterer Hinsicht anders Behrend § 127 a Anm. 8 gemäß seiner prinzipiellen Auffassung, daß alle Minderheitsrechte statutarisch erweitert werden können. S. 799).

Die Voraussetzungen sind:

Anm. 8. a) Ein in der Generalversammlung gestellter Antrag auf Bestellung der Revisoren zum Zwecke der Prüfung von Gründungs- oder Geschäftsführungsvorgängen muß abgelehnt sein. (Ist der Antrag auf Prüfung der Bilanz abgelehnt, so hat es dabei sein Bewenden.) — Der Antrag muß nicht gerade von denen gestellt sein, die den gerichtlichen Antrag stellen. Die Letzteren brauchen in der Generalversammlung garnicht anwesend gewesen zu sein. — Abgelehnt muß der Antrag sein. Doch kommt der Ablehnung gleich die Vereitelung der Verhandlung durch die Leiter der Versammlung. — Der abgelehnte Antrag muß auf Bestellung von Revisoren zur

Prüfung eines Vorganges bei der Gründung oder eines nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Vorganges bei der Geschäftsführung gerichtet gewesen sein, nicht allgemein auf Ernennung einer Revisionskommission. Wie lange der Gründungsvorgang zurückliegt, ist gleichgiltig. Das Gericht kann nicht lediglich deshalb, weil die fünfjährige Verjährungsfrist des § 206 bereits abgelaufen sei, den Antrag ablehnen, es kann dies wohl ein Erwägungsgrund bei der Frage der Zweckmäßigkeit des Antrages sein, aber es ist dies kein absoluter Ablehnungsgrund, zumal aus der Gründung noch andere Ansprüche außer den im § 202 vorgesehenen und nach § 206 verjährenden entstehen können und weil die Verjährung ja auch unterbrochen sein kann (Pinner S. 222). Ueberdies können dem Antrage noch andere Veranlassungen zu Grunde liegen, z. B. Prüfung der Zuverlässigkeit der Gesellschaftsorgane (Makower S. 613). — Der Geschäftsführungsvorgang muß längstens zwei Jahre zurückliegen, d. h. zwei Jahre hinter der Generalversammlung, wie Pinner S. 223 gegen unsere früheren Auflagen mit Recht annimmt. Daß der Antrag erheblich später gestellt wird, mag der Richter bei seinem richterlichen Ermessen berücksichtigen.

β) Es muß glaubhaft gemacht werden, daß bei dem Vorgange Unredlichkeiten oder grobe Gesetz- oder Statutenwidrigkeiten vorgekommen sind. Der Begriff Glaubhaftmachung ist zu ergänzen aus der C.P.O. § 294. Beweisaufnahmen, die sofort erfolgen können, sind hierbei zulässig (R.G. 10 S. 322). Auch kann ein Betheiligter zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden (§ 15 Abs. 2 des Ges. betr. die freiw. Ger.) — Vergl. Ring Anm. 5 zu Art. 222a. Anm. 9.

γ) Die Aktionäre müssen ihre Aktien im Betrage von $^1/_{10}$ des Grundkapitals bis zur Entscheidung über den Antrag hinterlegen und den 6monatlichen Besitz glaubhaft machen. Beim Vorhandensein dieser Voraussetzung kann trotz des Wortlauts des Gesetzes auch ein einzelner Aktionär den Antrag stellen. Desgleichen können es auch Aktionäre verschiedener Gattung thun. Wieviel auf die Aktien eingezahlt ist, ist gleichgültig. Der Nominalbetrag entscheidet. Anm. 10.

αα) Hinterlegung der Aktien bis zur Entscheidung. Man verfährt richtig derart, daß man den Antrag einreicht und um Anordnung der Hinterlegung ersucht. Auf Grund der hierauf ergehenden Hinterlegungsanordnung wird hinterlegt, alsdann die Hinterlegung dem Gerichte nachgewiesen. (Zust. Ring Anm. 5 zu Art. 222a.) Die Hinterlegung der Aktien hat nur den Zweck, die Antragsteller als Aktionäre festzuhalten. Die Hinterlegungsstelle muß die Aktien wieder herausgeben, sobald die Entscheidung erfolgt ist, dieselbe mag zustimmend oder abweisend lauten. Zur Sicherung dient die Hinterlegung nicht. Dafür ist in Abs. 2 anderweit gesorgt. Anm. 11.

ββ) Glaubhaftmachung 6monatlichen Besitzes. Wegen Glaubhaftmachung vergl. oben Anm. 9. Anm. 12.

Die Banquiernote über den Ankauf vor 6 Monaten würde als Glaubhaftmachung genügen, wie dies auch in der Reichstagskommission zur Nov. von 1884 hervorgehoben wurde. Unter dem 6monatlichen Besitz ist zu verstehen der Nachweis, daß man so lange Zeit Eigenthümer der Aktie gewesen sei. Daß man sie als Pfandgläubiger oder Leiher oder Nießbraucher besessen habe, genügt nicht, wie es andererseits nicht schadet, daß man während der kritischen Zeit die Aktien verpfändet, verliehen oder einem Andern zum Nießbrauch überlassen hat. Bei Namensaktien ist nicht erforderlich, daß man 6 Monate lang eingetragener Aktionär war (Pinner S. 223; Esser Anm. 5; anders Makower S. 615). Denn solches Erforderniß geht aus den Worten des Gesetzes nicht hervor. Nach diesem muß der Antragsteller zur Zeit des Antrages eingetragen sein; das ergiebt sich daraus, daß er Aktionär sein muß, d. h. der Gesellschaft gegenüber. Bei der Berechnung des 6monatlichen Besitzes wird die Zeit des Rechtsvorgängers, wenn es ein

Universalsuccessor ist, hinzugerechnet, wenn es ein Singularsuccessor ist, natürlich nicht. (Ring Anm. 3 zu Art. 222a; Behrend § 127a Anm. 15.)

Die Berechnung der Frist erfolgt gemäß § 188 B.G.B. in der Weise, daß von dem Tage des Antrages bis zum Ablauf desjenigen Tages des 6. Monats zurückgerechnet wird, welcher durch seine Zahl dem Tage der Antragstellung entspricht. Besteht die Aktiengesellschaft noch nicht 6 Monate, so genügt die Besitzzeit seit der Entstehung (K.B. S. 96). Dagegen kann der Eigenthümer von im Wege der Kapitalserhöhung ausgegeben Aktien vor Ablaufe von 6 Monaten seit dem Erwerbe solche Anträge nicht stellen (anders anscheinend Pinner S. 223).

Anm. 14. δ) Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen können die Revisoren vom Gericht ernannt werden. Es fragt sich, wie dieses „kann" zu deuten ist. Die Motive z. Akt. Ges. v. 1884 (I S. 248) meinen, daß, wenn das Gericht die gesetzliche Voraussetzung für gegeben erachtet, es die Anordnung treffen muß. Petersen und Pechmann S. 438 und Behrend § 127a Anm. 16 bestreiten dies, jedoch mit Unrecht. Stellt das Gesetz bestimmte Voraussetzungen für die Anordnung des Richters auf, so ist anzunehmen, daß das richterliche Ermessen sich nur noch auf die Würdigung dieser Requisite im Einzelfalle erstreckt. Sonst wäre nicht ersichtlich, welchen Zweck die Aufstellung der bestimmten Erfordernisse hätte, und nicht richterliches Ermessen, sondern richterliche Willkür würde entscheiden (Ring Anm. 6 zu Art. 222a). Diese Auslegung entspricht auch dem Sprachgebrauch der neuen Gesetzbücher (Planck I S. 25. — Vergl. auch Pinner S. 224).

Anm. 15. 2. (Abs. 4.) **Das Verfahren.** Es handelt sich um ein Verfahren nach dem Gesetze betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Zuständig ist das Amtsgericht (vergl. oben Anm. 5). Die Anträge und Erklärungen können zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 11 des gedachten Gesetzes) oder auch schriftlich ohne jede Förmlichkeit gestellt werden. Das Gericht kann von Amtswegen alle erforderlichen Ermittelungen anstellen und Beweise erheben (§ 12 des gedachten Gesetzes). Jedenfalls hat es nach dem vorliegenden Paragraph Abs. 4 den Vorstand und den Aufsichtsrath vor der Ernennung, also wenn es dem Antrage stattgeben will, zu hören. Wenn es den Antrag zurückweisen will, braucht es die Gesellschaftsorgane nicht zu hören. Der § 146 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit, der ganz allgemein anordnet, daß vor jeder Entscheidung über den Antrag der Antragsgegner wenn thunlich zu hören ist, weicht der Spezialvorschrift des vorliegenden Paragraphen. Die letztere wäre sonst überflüssig. Dagegen ist die vorliegende Spezialvorschrift gleichfalls dahin auszulegen, daß die Gesellschaftsorgane nur wenn thunlich zu hören sind. Fehlen sie oder sind sie nicht zu erreichen, so darf dadurch das Antragsrecht nicht beschränkt werden. Es ist ferner zu erwähnen, daß als Antragsgegner lediglich die Gesellschaft zu betrachten ist, nicht etwa diejenigen Personen, gegen welche die Vorwürfe sich richten, sodaß diese Personen auch dann nicht zu hören wären, wenn § 146 des gedachten Gesetzes hier Platz griffe. — Die Entscheidung erfolgt durch eine gerichtliche Verfügung. Lautet dieselbe auf Ernennung von Revisoren, so kann die Gesellschaft auch verlangen, daß die Ernennung von der Hinterlegung einer nach freiem Ermessen zu bestellenden Sicherheit abhängig gemacht werde. Die Sicherheit muß also verlangt werden, und zwar von der Gesellschaft, die ja, wie ausgeführt, der einzige Antragsgegner ist, und wenn sie verlangt wird, so kann das Gericht dieselbe festsetzen; es muß dies nicht immer thun, sondern nur, wenn eine Gefährdung vorliegt. Die Sicherheit kann auch in Aktien der Gesellschaft bestehen (K.B. zum Akt.-Ges. von 1884 S. 92; vergl. R.G. 37 S. 113). Die Hinterlegung erfolgt nach den allgemeinen Hinterlegungsvorschriften. Ueber die Rückzahlung der Sicherheit muß, wenn keine Einigung erzielt wird, im Prozeßwege entschieden werden (Förtsch Anm. 5 zu Art. 222a). Dabei ist davon auszugehen, daß die Sicherheit nur für denjenigen Schaden haftet, auf dessen Ersatz die Antragsteller nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen haften, also insbesondere für den Schaden, für den sie gemäß § 267 Abs. 3 haften. Die Sicherheit haftet nicht etwa ohne Weiteres für allen entstehenden Schaden ohne den Nachweis einer an sich begründeten Schadensersatz-

pflicht. Die Kosten eines Prozeßbevollmächtigten gehören nach allgemeinen Grundsätzen dazu (Esser Anm. 7; Makower S. 616). — Die gerichtliche Verfügung hat das Gericht auch den Revisoren zuzustellen. Darin liegt ja erst ihre Ernennung. Das Gericht hat sie nicht zu benennen, sondern zu ernennen. Wenn der Beschluß nicht schon die Richtung enthält, in welcher sich die Revision bewegen soll, so muß das Gericht den Revisoren auch diese Information geben. Wer sollte das sonst thun? Gegen die Verfügung ist sofortige Beschwerde an das Landgericht zulässig, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht, in Preußen an das Kammergericht, welches letztere in Konfliktsfällen die Entscheidung dem Reichsgericht zu überlassen hat (§§ 146, 19, 28, 199 F.G.; in Verbindung mit preuß. Gesetz betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit Art. 7; vergl. Anm. 9 ffg. zu § 14 u. Anm. 25 zu § 254). Die Beschwerde steht im Falle der Zurückweisung dem Antragsteller, sonst dem zu, der durch die Entscheidung beeinträchtigt ist (§ 20 F.G.), also der Gesellschaft, nicht etwa denjenigen Personen, gegen welche die Vorwürfe sich richten, diesen schon deshalb nicht, weil durch die Revision ihrer Thätigkeit ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden. — Ernannt werden kann auch ein Revisor. Der Ausdruck Revisoren zwingt nicht zur Annahme des Gegentheils, wie ja auch das Wort Aktionäre in dem zweiten Absatz nicht zu der Annahme zwingt, daß nur eine Mehrheit von Aktionären den Antrag stellen kann, und wie ja auch die Generalversammlung trotz des im Abs. 1 gebrauchten Plurals sicherlich berechtigt ist, auch nur einen Revisor zu bestellen (anders Makower S. 614). — Die Vorschläge des Antragstellers sind bei der Ernennung nicht bindend. Anm. 16.

Mit der Ernennung hört die Thätigkeit des Gerichts auf. Was weiter geschehen soll, ordnet der folgende Paragraph. Es wird nicht vom Gerichte untersucht, ob die behauptete Unredlichkeit wirklich stattgefunden hat. Anm. 17.

Die Kosten des Antrages trägt auf alle Fälle zunächst der Antragsteller (Denkschrift S. 150). Die Gesellschaft hat sie ihm zu erstatten, wenn sie sie übernimmt (hierüber Anm. 4 zu § 267).

§ 267.

Der Vorstand hat in den Fällen des § 266 den Revisoren die Einsicht der Bücher und Schriften der Gesellschaft und die Untersuchung des Bestandes der Gesellschaft sowie der Bestände an Werthpapieren und Waaren zu gestatten.

Der Bericht über das Ergebniß der Prüfung ist von den Revisoren unverzüglich dem Handelsregister einzureichen und von dem Vorstande bei der Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlußfassung anzukündigen. Zum Handelsregister einer Zweigniederlassung findet die Einreichung des Berichts nicht statt.

Im Falle des § 266 Abs. 2 beschließt die Generalversammlung, ob die entstandenen Kosten von der Gesellschaft zu tragen sind. Wird der Antrag auf Ernennung von Revisoren durch das Gericht zurückgewiesen oder erweist er sich nach dem Ergebnisse der Prüfung als unbegründet, so sind die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zu Last fällt, für einen der Gesellschaft durch den Antrag entstehenden Schaden als Gesammtschuldner haftbar.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Revision selbst. Anm. 1.

1. **Die Pflichten der Gesellschaftsorgane bei der Revision.** Der Vorstand, und selbstverständlich auch die Liquidatoren, obwohl diese nicht besonders erwähnt sind (vergl. § 298 Abs. 2), haben die Pflicht, den Revisoren alles vorzuweisen. Was insbesondere die Bücher und Skripturen betrifft, so ist diese Vorweisungspflicht nicht etwa beschränkt auf dasjenige, was auf den zu prüfenden Vorgang unmittelbar Bezug hat. Der Vorstand hat ferner den Revisionsbericht auf die Tagesordnung der nächsten Generalversammlung zu bringen (und zwar zur Beschluß-

fassung, sodaß Anträge, die sich auf den durch die Revisoren geprüften Hergang beziehen, in der betreffenden G.V. zur Abstimmung gebracht werden können, ohne vorherige besondere Ankündigung, Behrend § 127a Anm. 20). Eine besondere Generalversammlung zu diesem Zwecke braucht er nicht anzuberaumen. Aber er kann es, und, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, muß er es (§ 253 Abs. 2).

Zur Erfüllung dieser Pflichten dient das Mittel der Ordnungsstrafen nach § 219. Im Uebrigen können die Aktionäre die letztere Pflicht durch § 254 erzwingen.

Den Antragstellern gegenüber besteht diese Vorweisungspflicht nicht. Sie haben nicht einmal das Recht der Anwesenheit bei der Vornahme der Revision.

Anm. 2. 2. **Die Bestellung und Thätigkeit der Revisoren.**

a) Wie die von der Generalversammlung ernannten Revisoren bestellt werden, darüber siehe Anm. 15 zu § 266. Die vom Gericht ernannten Revisoren sind zu bestellen vom Antragsteller. Die Gesellschaftsorgane haben dazu keine Verpflichtung. Sache des Antragstellers ist es auch, die Vergütung mit den Revisoren zu vereinbaren (Denkschrift S. 150). Die Revisoren sind Beauftragte des Antragstellers, zu der Gesellschaft treten sie in kein Vertragsverhältniß (Behrend § 127a a. E.). Ihre Thätigkeit hat aber offiziellen Charakter (vergl. unten Anm. 6). Ob die Kosten der Revision von der Gesellschaft übernommen werden sollen, entscheidet die Generalversammlung (darüber siehe unten Anm. 4). Näheres über die rechtliche Stellung der Revisoren siehe Anm. 5 ffg. zu § 192.

Anm. 3. b) Der Inhalt und Umfang ihrer Thätigkeit ist ihrem sachverständigen Ermessen überlassen. Sie haben einen schriftlichen Bericht zu erstatten und denselben unverzüglich zum Handelsregister der Hauptniederlassung einzureichen. Einen Zwang hierzu giebt es aber nicht. Ihre Vertragsgegner (die Gesellschaft oder der Antragsteller) können durch die Klage die Abfassung und Einreichung des Berichts erzwingen. Aber im Falle der gerichtlichen Bestellung kann auch das Gericht auf Antrag zur Ernennung anderer Revisoren schreiten, wenn die zuerst ernannten die Berichterstattung ungebührlich verzögern. Es wird daher auch zulässig sein, ihnen zur Vermeidung dieser Folgen eine Frist zu setzen (Behrend § 127a Anm. 18).

Anm. 4. 3. **Die Kosten.** Die Kosten der Revision trägt im Falle der Ernennung durch die Generalversammlung selbstverständlich die Gesellschaft, im Falle gerichtlicher Ernennung zunächst der Antragsteller (oben Anm. 2). Die von dem Vorstande nach Abs. 2 einzuberufende Generalversammlung kann aber beschließen, daß die Kosten der Gesellschaft zur Last fallen. In diesem Falle, aber auch nur dann, trägt sie die Gesellschaft. Auf Grund dieses Beschlusses kann der Antragsteller die Kosten von der Gesellschaft ersetzt verlangen. Lehnt aber die Versammlung die Kostentragung durch die Gesellschaft ab, so muß sich der Antragsteller damit bescheiden, und kann nicht etwa den Beschluß anfechten und die Kosten gleichwohl gegen die Gesellschaft einklagen, mit der Begründung, daß sein Antrag wohl gerechtfertigt war und der Gesellschaft Vortheil gebracht hat (anders Makower S. 617).

Anm. 5. 4. **Folgen unbegründeter Antragstellung.** Durch den Antrag und seine Folgen kann der Gesellschaft Schaden erwachsen. Ist dies der Fall und fällt dem Antragstellern bösliche Handlungsweise zur Last, so haften sie der Gesellschaft auf Schadensersatz als Gesammtschuldner. Ueber bösliche Handlungsweise siehe Anm. 9 zu § 202. Der der Gesellschaft entstandene Schaden ist gemeint. Freilich kann in der unbegründeten Antragstellung, besonders in den in dem Antrage gemachten Vorwürfen eine gegen andere Personen gerichtete unerlaubte Handlung, z. B. eine Verleumdung liegen. Dann haften die Antragsteller auch diesen Personen nach §§ 823 und 824 B.G.B. Aber sie haften nicht etwa ohne Weiteres allen Aktionären oder den Gläubigern für die nachtheiligen Folgen, welche durch den Antrag der Gesellschaft und dadurch mittelbar auch ihnen entstanden sind. Denn ein Fall des § 823 Abs. 2, die Verletzung einer zum Schutz eines anderen gegebenen Vorschrift, liegt nicht vor. Die Gründe für diese Annahme sind die gleichen, wie die im § 241 Anm. 22 entwickelten: es besteht kein Schutzverhältniß zwischen den Antragstellern und den Aktionären bezw. den Gläubigern.

Zusatz. Die Rechtsstellung der Revisoren. Werden die Revisoren von der Generalversammlung bestellt, so liegt Dienstvertrag bezw. Auftrag vor. Ein Werkvertrag wird nicht anzunehmen sein, da die Revisionsthätigkeit, nicht ihr Erfolg, Gegenstand des Vertrages ist. Ob Honorirung zu erfolgen hat, darüber siehe Anm. 2 zu § 266. — Erfolgt die Bestellung durch das Gericht, so hat die Stellung der Revisoren einen amtsähnlichen Charakter (siehe hierüber Anm. 6 ffg. zu § 192). Anm. 6.

§ 268.

Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die nach den §§ 202 bis 204, 208 verpflichteten Personen oder aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths müssen geltend gemacht werden, wenn es in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den zehnten Theil des Grundkapitals erreichen, verlangt wird.

Zur Führung des Rechtsstreits kann die Generalversammlung besondere Vertreter wählen. Ist die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft als deren Vertreter zur Führung des Rechtsstreits bestellt werden. Im Uebrigen bewendet es bei den Vorschriften des § 247; diese kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von der Minderheit verlangt ist.

Der vorliegende Paragraph schreibt vor, in welchen Fällen Regreßklagen gegen die Gesellschaftsorgane erhoben werden müssen. In Abs. 1 wird von den Voraussetzungen des Klagerechts, in Abs. 2 von den Prozeßvertretern gehandelt.

1. (Abs. 1.) **Voraussetzungen des Klagerechtes.**

a) **Es muß sich handeln um Ansprüche aus fehlerhafter Gründung, Nachgründung oder Geschäftsführung,** Ansprüche aus §§ 202—204, 208 (gegen Gründer, Gründergenossen, Emittenten, Gesellschaftsorgane aus der Gründung oder Nachgründung) oder aus der Geschäftsführung (gegen die Gesellschaftsorgane). Ueber die Voraussetzungen dieser Ansprüche ist anderweit abgehandelt. Ansprüche anderer Art, z. B. aus besonderen Vertragsabreden, sind hier nicht gemeint (vergl. Anm. 25 zu § 202). Anm. 1.

Auch hier ist überall nur von Ansprüchen der Gesellschaft die Rede. Ob Ansprüche der einzelnen Aktionäre daneben bestehen, auch darüber ist anderweit abgehandelt (§ 241 Anm. 20 ffg.). Jedenfalls aber kann sich jeder Aktionär der Regreßklage der Gesellschaft als Nebenintervenient anschließen (Ring S. 490; K.B. zum Akt.-Ges. von 1884 S. 33; dagegen Behrend § 113 Anm. 2). Anm. 2.

b) **Diese Ansprüche müssen geltend gemacht werden, wenn einfache Stimmenmehrheit es beschließt oder eine bestimmte Minderheit es verlangt.** Anm. 3.

α) **Sie müssen geltend gemacht werden.** Sie können auch sonst geltend gemacht werden. Der Gegner kann nicht etwa einwenden, daß weder die Generalversammlung die Regreßerhebung beschlossen, noch die Minderheit sie verlangt habe. Der vorliegende Paragraph will nur zum Ausdruck bringen, daß der Regreß in diesen Fällen erhoben werden muß, d. h. Pflicht der Gesellschaftsorgane ist. Dies war auch früher schon von der herrschenden Ansicht (außer von dem R.G. 18 S. 61) angenommen worden, und sollte jetzt durch den veränderten Wortlaut des Paragraphen („müssen geltend gemacht werden", statt „sind zu erheben") klargestellt werden (Denkschrift S. 150; auch Pinner S. 227; Makower S. 619). Ja die Gesellschaftsorgane haben sogar die Verpflichtung, mit Regreßklagen vorzugehen, wo es das Interesse der Gesellschaft gebietet, und machen sich durch pflichtwidrige Unter-

lassung der Regreßklage selbst verantwortlich. Auch der Konkursverwalter kann selbstständig die Ansprüche geltend machen (Bolze 23 Nr. 581).

Anm. 4. β) **Wenn die Generalversammlung einen dahin gehenden Beschluß mit einfacher Stimmenmehrheit faßt, oder Repräsentanten des 10. Theils** (früher des 5. Theils) **des Grundkapitals dies verlangen.** Für den Beschluß der G.V. darf eine höhere Mehrheit statutarisch nicht gefordert werden (Behrend § 113 Anm. 6; Förtsch Anm. 3 zu Art. 223). Zu „dem Verlangen" genügt nicht, daß sich die betreffenden Aktienbesitzer an einer Abstimmung in diesem Sinne betheiligt haben; es muß der Ausspruch eines selbstständigen Verlangens sein (Behrend § 113 Anm. 9). Doch muß nicht gerade, wie Behrend will, ein ablehnender Beschluß vorhergegangen sein. Das ist vom Gesetz nicht erfordert. Jener Beschluß, wie dieses Verlangen müssen in einer rite einberufenen Generalversammlung mit gehörig publizirter Tagesordnung ausgesprochen sein (zust. hier überall Makower S. 619). — Bei der Berechnung des repräsentirten Grundkapitals wird auf den Nennbetrag Rücksicht genommen, nicht auf den eingezahlten Betrag. — Eine Anfechtung des gestellten Verlangens, welche O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 43 S. 325 und Pinner S. 228 zulassen, ist nicht gegeben.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Die Prozeßvertreter.** Klägerin ist die Gesellschaft, auch dann, wenn die Minderheit die Klage verlangt hat. Als ihre Prozeßvertreter sind die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths, soweit sie nicht selbst die Verklagten sind, in erster Linie ihre berufensten Vertreter. Insbesondere steht, wenn die Mitglieder des jetzigen Vorstandes zu verklagen sind, das Vertretungsrecht nach § 247 dem Aufsichtsrath zu.

Anm. 6. Es kann aber die Generalversammlung besondere Vertreter bestellen, welche dann jeden anderen Vertreter ausschließen. Die Bestellung kann direkt durch die Generalversammlung erfolgen. Soweit ist der Generalversammlung das Recht beigemessen, die Gesellschaft nach außen zu vertreten (vergl. Anm. 5 zu § 250).

Anm. 7. Ferner aber kann der Aufsichtsrath auch gegen den Beschluß der Generalversammlung, also auch wenn andere Vertreter bestellt sind, den Prozeß gegen die Mitglieder des Vorstandes anstellen, soweit es sich um seine eigene Verantwortlichkeit handelt, da es ja bei den Vorschriften des § 247 bewendet, wie unser Abs. 2 hervorhebt. Haben in solchem Falle die von der Generalversammlung bestellten Vertreter außerdem den Prozeß angestellt, so sind die beiden Prozesse zu verbinden und die Vertreter beider Arten vertreten die Gesellschaft im Prozesse, doch so, daß die Rechtshandlungen des einen Vertreters dem anderen nicht schaden können. Es sind eigenthümliche prozessuale Konflikte, die auf solche Weise entstehen können und die nach der Natur der Sache gelöst werden müssen.

Anm. 8. Soll der Prozeß auf Antrag der Minderheit geführt werden, so können die von dieser bezeichneten Personen durch das Gericht als Prozeßvertreter bestellt werden. Es ist anzunehmen, daß auch die Minderheit den Antrag zu stellen hat. (Zuständig ist das Amtsgericht, die Gesellschaft ist thunlichst zu hören, sofortige Beschwerde und weitere Beschwerde, §§ 145 und 146 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit.) Die Minderheit benennt hierbei entweder dieselben Personen, die sie schon in der Generalversammlung benannt hat, oder sie bezeichnet sie jetzt ex post. Das Gericht kann nur die ihr solchergestalt bezeichneten Personen ernennen, oder aber den Antrag zurückweisen (zust. Förtsch Anm. 5 zu Art. 223; anders Behrend § 123 Anm. 11). Das Gericht handelt dabei nach freiem Ermessen. Dasselbe ist um so freier, als das Gesetz bestimmte Erfordernisse nicht aufstellt. Es ist als erforderlich zu erachten, daß den ordnungsmäßig bestellten Organen nicht zu trauen sei. Ist das der Fall, so muß dem Antrag stattgegeben werden (vergl. über den Begriff „kann" Anm. 17 zu § 254). Der von der Behörde Ernannte ist gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, eine Nachprüfung des Prozeßgerichts, ob die Voraussetzungen der Ernennung vorliegen, ist unstatthaft (O.L.G. Hamburg in G.Z. 43 S. 326).

Anm. 9. Die vom Gericht ernannten Prozeßvertreter schließen jeden anderen Vertreter ebenso aus, wie dies oben von den von der Generalversammlung bestellten Prozeßvertretern gesagt ist. Die Bestellung durch das Gericht hat die gleiche Kraft, wie die Bestellung durch die

Generalversammlung, aber auch keine höhere, sodaß auch hier, wie dies Abs. 2 ausdrücklich hervorhebt, daneben auch noch der Aufsichtsrath das Prozeßführungsrecht hat, wenn es sich um seine eigene Verantwortlichkeit handelt. Ueber die Folgen dieses Nebeneinanderbestehens der beiden Prozeßführungsrechte durch den Aufsichtsrath und Vertreter der Minderheit siehe oben Anm. 7.

Zusatz. Uebergangsfrage. Auf ältere Gesellschaften findet die Vorschrift des Gesetzes Anwendung, und zwar selbst bei Geschäftsführungsvorgängen, die sich unter dem älteren Gesetze, auch unter dem Aktiengesetze von 1884 ereignet haben (R.G. 18 S. 61), bei älteren Gründungsvorgängen dagegen nicht (§ 2 des Aktiengesetzes von 1884; Art. 23 E.G. zum H.G.B.). Anm. 10.

§ 269.

Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an erfolgen. Der Klage ist das Protokoll der Generalversammlung, soweit es die Geltendmachung des Anspruchs betrifft, in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Die Minderheit hat eine den zehnten Theil des Grundkapitals der Gesellschaft erreichende Anzahl von Aktien für die Dauer des Rechtsstreits zu hinterlegen; es ist glaubhaft zu machen, daß sich die Aktien seit mindestens sechs Monaten, von der Generalversammlung zurückgerechnet, im Besitze der die Minderheit bildenden Aktionäre befinden.

Dem Beklagten ist auf Verlangen wegen der ihm drohenden Nachtheile von der Minderheit eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Minderheit ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Für den Schaden, der dem Beklagten durch eine unbegründete Klage entsteht, haften ihm die Aktionäre, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

Die prozessuale Behandlung der Regreßklage auf Verlangen der Minderheit und die Folge der ungerechtfertigten Regreßerhebung.

1. **Prozessuale Behandlung der Regreßklage.**

a) Frist. Die hier vorgesehene Fristbestimmung für die auf Verlangen der Minderheit angestellte Klage hat zweierlei Bedeutung. Einmal wird dadurch eine Pflicht der zur Prozeßführung verpflichteten Organe begründet, deren Verletzung sie der Gesellschaft (nicht der Minderheit) gegenüber verantwortlich macht. Andererseits ist die Innehaltung der Frist ein Requisit der Klageanstellung, dessen Nichtvorhandensein von Amtswegen zu berücksichtigen ist (Behrend § 113 Anm. 12) und zur Abweisung der Klage führt, doch so, daß hierdurch das Regreßrecht der Gesellschaft nicht verloren geht. Vielmehr kann in einer neuen Versammlung die Prozeßführung von Neuem von der Mehrheit beschlossen werden (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 II S. 162). Auch kann ja der Vorstand Namens der Gesellschaft auch ohne Beschluß der Generalversammlung und ohne Minderheitsverlangen die Regreßklage erheben (Anm. 3 zu § 268). Hinsichtlich des neuen Minderheitsverlangens bemerkt jedoch Behrend (§ 113 Anm. 12) mit Recht, daß Anm. 1.

es nicht statthaft ist, wenn das Verlangen seinem Inhalte nach identisch ist mit demjenigen, welches früher gestellt wurde. Der Vorstand braucht diesem erneuten Verlangen keine Folge zu geben, das Handelsgericht hat die Ernennung von Mandataren abzulehnen und der Gegner kann der gleichwohl (scil. nicht vom Vorstand vergl. Anm. 3 zu § 268) erhobenen Klage einen dahin gehenden Einwand entgegensetzen (anders Makower S. 622).

Anm. 2. b) Beifügung der Protokollsabschrift. Dadurch wird die Legitimation dargethan. Das Requisit muß von Amtswegen beachtet werden, doch nicht schon bei der Terminsbestimmung. Eine Nachbringung heilt den Mangel (Behrend § 113 Anm. 13; anders Makower S. 622).

Anm. 3. c) Die Minderheit hat ihre Aktien zu hinterlegen und sechsmonatlichen Besitz glaubhaft zu machen. Ueber sechsmonatlichen Besitz vergl. Anm. 12 zu § 266. Eigenthümlich gestaltet sich das Verhältniß insofern, als die Gesellschaft Klägerin, die Minderheit aber zur Hinterlegung und zum Nachweis des sechsmonatlichen Besitzes verpflichtet ist. Prozessualisch wird die Sache in der Weise verlaufen, daß die Vertreter der Gesellschaft sich mit den die Minderheit darstellenden Aktionären in Verbindung setzen, von ihnen die Hinterlegung auf Grund der gerichtlichen Anordnung und die Glaubhaftmachung des sechsmonatlichen Besitzes verlangen und diese Nachweise alsdann dem Gerichte überreichen wird. Das Erforderniß ist ebenfalls ex officio zu berücksichtigen, kann aber nachgebracht werden (Behrend § 113 Anm. 13).

Anm. 4. d) Die Minderheit hat auf Verlangen des Beklagten Sicherheit zu bestellen. Auch hier wieder hat die Minderheit die Verpflichtung (vergl. zu c). Im Uebrigen vergl. wegen der Sicherheitsleistung Anm. 9 ffg. zu § 272.

Anm. 5. 2. **Folgen unbegründeter Regreßerhebung.** Sind der Gesellschaft Prozeßkosten auferlegt, gleichviel, aus welchem Grunde, und insbesondere ob sie vermeidlich waren oder nicht (Motive z. Akt.-Ges. II S. 163), so hat die Minderheit sie ihr zu erstatten, und zwar (gegen Ring Anm. 9 zu Art. 223) ohne jeden Einwand (vergl. Schmidt, Gründerverantwortlichkeit S. 86). Eine solidarische Verpflichtung der Aktionäre ist dabei nicht ausgesprochen. Doch wird man sie trotz § 420 B.G.B. aus der Zusammenfassung unter der Bezeichnung „Minderheit" entnehmen können (Markower S. 623; dagegen Pinner S. 231).

Anm. 6. Für den Schaden durch unbegründete Klageanstellung haften dem Beklagten die böslich handelnden Aktionäre und zwar hier als Gesammtschuldner.

§ 270.

Bezüglich eines Anspruchs, dessen Geltendmachung die Minderheit auf Grund der Vorschrift des § 268 Abs. 1 verlangt hat, ist ein Verzicht oder ein Vergleich der Gesellschaft nur dann zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen.

Erschwerende Erfordernisse für einen Vergleich mit regreßpflichtigen Personen.

Anm. 1. 1. Der vorliegende Paragraph will verhindern, daß das Verlangen der Minderheit auf Regreßerhebung durch einen Majoritätsbeschluß kontrekarrirt wird, durch welchen auf die Regreßansprüche verzichtet wird. Ein solcher Majoritätsbeschluß soll daher, nachdem einmal die Minderheit das Verlangen auf Regreßerhebung gemäß § 268 Abs. 1 gestellt hat, nur zulässig sein, wenn auch von dieser Minderheit soviel Aktionäre dem Majoritätsbeschlusse zugestimmt haben, daß der Rest nicht mehr den 10. Theil des Grundkapitals darstellt. Die Zustimmung bedarf keiner Form und braucht nicht etwa in der Generalversammlung erklärt zu werden (Makower S. 624).

Anm. 2. 2. Selbstverständlich bedarf es dieser Zustimmung nicht mehr, wenn die Frist

des § 269 Abs. 1 ohne Klageanstellung verstrichen ist. Denn dadurch hat das Verlangen seine Wirkung verloren (Denkschrift S. 151).

3. Hinsichtlich der Regreßansprüche aus der Gründung sind die Vergleiche und Verzichte außerdem erschwert durch § 205. Anm. 3.

§ 271.

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage angefochten werden.

Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Eine Anfechtung, die darauf gegründet wird, daß durch den Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Antheile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen.

Außerdem ist der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

Die §§ 271, 272 und 273 regeln das Anfechtungsrecht der Aktionäre. § 271 handelt von den Voraussetzungen der Anfechtungsklage, § 272 von der prozessualischen Behandlung derselben, § 273 von den Wirkungen des Anfechtungsprozesses. Neben der hier gegebenen Klage auf Anfechtung giebt es ein weiteres Rechtsmittel nicht, insbesondere nicht eine Klage auf Feststellung der Ungiltigkeit, aber auch nicht ein Beschwerderecht beim Registerrichter (vergl. Anm. 24 zu § 273). Einleitung.

Der vorliegende Paragraph handelt also von den Voraussetzungen der Anfechtung und zwar Abs. 1 von dem Rechtsgrunde und der Form derselben, Abs. 2 von der Anfechtungsfrist, Abs. 3 von den anfechtungsberechtigten Personen.

1. (Abs. 1.) **Der Rechtsgrund[1]) der Anfechtung und die Form derselben.** Anm. 1.

a) **Der Rechtsgrund der Anfechtung ist Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages.**

α) Unerheblich ist hiernach, ob auch ein besonderes vermögensrechtliches Interesse des anfechtenden Aktionärs verletzt ist. Er braucht ein solches nicht nachzuweisen, und es kann ihm auch nicht eingewendet werden, daß er kein Interesse an der Anfechtung habe. Auch ob der Beschluß den Interessen der Gesellschaft förderlich ist oder nicht, ist unerheblich. Es kann die Anfechtung nicht darauf gestützt werden, daß der Beschluß für die Gesellschaft nachtheilig ist. Selbst wenn er die Gesellschaft zu ruiniren geeignet ist, eine Verletzung von Gesetz

[1]) Daß Gegenstand der Anfechtung nur Beschlüsse sind und zu den Beschlüssen auch Wahlen gehören, mag zum Ueberfluß betont werden (Bolze 12 Nr. 510; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 467).

und Statut aber nicht enthält, ist er der Anfechtung entzogen. Umgekehrt kann, wenn solche Verletzung vorliegt, nicht der Einwand erhoben werden, er nütze gleichwohl der Gesellschaft (R.G. 3 S. 126; Bolze 6 Nr. 644). Was statuten- oder gesetzwidrig ist, wird dadurch nicht zulässig, daß es nützlich oder sittlich oder sozial geboten ist (R.G. 40 S. 35).

Anm. 2.

β) Unter Verletzung des Gesetzes insbesondere ist die Verletzung jeder Rechtsnorm zu verstehen, materiellen oder formellen. Zunächst Verletzungen des Aktiengesetzes (wenn z. B. derjenige mitgestimmt hat, der durch den Beschluß entlastet werden soll, selbst oder durch einen Mandatar, Anm. 15 zu § 252). Dazu gehören natürlich auch die Strafbestimmungen des Aktiengesetzes; z. B. Mißbrauch der Aktie nach § 318 (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 467, dahin gestellt gelassen in Bolze 12 Nr. 510, 511); Bestechung nach § 317; wissentlich falsche Darstellungen nach § 314. Es brauchen auch nicht gerade die aktienrechtlichen Vorschriften zu sein, welche verletzt wurden. Auch auf die Verletzung anderer Vorschriften kann die Anfechtung gestützt werden, endlich auch auf die Verletzung von Handelsgewohnheitsrecht. Letzteres ergiebt sich daraus, daß unter Gesetz im Sinne unserer Reichsgesetzbücher jede Rechtsnorm zu verstehen ist (Art. 2 E.G. z. B.G.B.; vergl. § 550 C.P.O.; § 12 E.G. zur C.P.O.; § 7 E.G. zur Str.P.O.; § 2 E.G. zur K.O.). Bei der Statutenverletzung ist zu bemerken, daß auch hier die Berücksichtigung der Verkehrssitte für die Auslegung Platz greift, ein Verstoß hiergegen ist eine Verletzung der Statuten (§ 157 B.G.B.; § 346 H.G.B.). — Auch sogen. Sollvorschriften können es sein, z. B. § 274 Abs. 2, 278 Abs. 1 Satz 1 (dagegen Makower S. 626); doch kann der Zusammenhang ein Anderes ergeben, z. B. § 256 Abs. 1 u. 2. — Endlich braucht die Gesetzes- oder Statutenverletzung nicht gerade gegen denjenigen Aktionär gerichtet gewesen zu sein, der anficht: jeder Aktionär kann jede Gesetzes- oder Statutenverletzung zum Gegenstande der Anfechtung machen. Es kann z. B. der erschienene Aktionär klagen, weil einem Anderen unzulässiger Weise der Zutritt verweigert sei (vergl. unten Anm. 8). Wer an der Versammlung theilgenommen hat, kann gleichwohl ordnungswidrige Berufung rügen (R.G. vom 10. 7. 98 bei Holdheim 7 S. 231). Vergl. jedoch unten Anm. 8 a. E. — Das Requisit der Gesetzesverletzung bedeutet übrigens nicht, daß nur eine revisio in jure, wie bei der Revision im Civilprozesse, statthaft sei, sodaß wegen thatsächlicher Erwägungen die Anfechtung ausgeschlossen wäre (so Simon S. 324). Jene Beschränkung beruht vielmehr auf der Eigenart jenes Rechtsmittels. Dort werden die Thatsachen durch den Richter festgestellt, und es frägt sich, ob er auf die von ihm festgestellten Thatsachen das Gesetz richtig angewendet hat. Diese Frage kann hier gar nicht aufgeworfen werden. Das Gesetz kann hier verletzt werden durch jedes Geschehniß, welches mit dem Gesetze im Widerspruch steht. Ob ein solches vorliegt, hat der Anfechtungsrichter zu prüfen, in thatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht.

Anm. 3.

γ) Muß der Beschluß auf der gerügten Verletzung beruhen? In dieser Weise ist die Anfechtungsvoraussetzung vom Aktiengesetze nicht formulirt (anders z. B. § 549 C.P.O.; § 376 St.P.O.). Es genügt daher, daß bei der Vorbereitung der Generalversammlung, bei der Verhandlung oder bei der Beschlußfassung eine Verletzung von Gesetz oder Statut erfolgt ist. Der Beweis, daß der Beschluß auf ihr beruhe, braucht nicht geführt zu werden. Indessen kann es doch als Wille des Gesetzes nicht angesehen werden, daß auch eine solche Verletzung die Anfechtung begründen solle, welche auf das Ergebniß offensichtlich oder nachweisbar ohne Einfluß gewesen ist, so z. B. wenn die Berufung zur G.V. ordnungswidrig war, jedoch alle Aktionäre erschienen waren (vergl. daher Anm. 9 zu § 256), oder wenn die Rüge lediglich darauf gestützt wird, daß derjenige Aktionär, mit welchem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, mitgestimmt hat, jedoch mit einer so geringen Aktienzahl, daß auch seine Stimmenthaltung auf das Abstimmungsergebniß absolut einflußlos ge-

wesen wäre. Es ist hiernach der Beweis der Einflußlosigkeit der Verletzung zuzulassen. (Zust. Bolze 17 Nr. 531; 23 Nr. 583.) Dieser Beweis ist jedoch dahin zu führen, daß die Verletzung sicher ohne Einfluß war (Makower S. 627). Solche Verletzungen dagegen, deren möglicher Einfluß auf das Endergebniß sich nicht übersehen läßt, begründen die Anfechtung, so z. B. ungerechtfertigter Ausschluß eines Aktionärs von der G.V. oder von der Diskussion (vergl. z. B. R.G. 36 S. 25).

δ) Der Beweis der Verletzung kann durch jedes Beweismittel geführt werden. Anm. 4. Daß dabei die Interna einer geheimem Abstimmung an das Tageslicht gezogen werden, ist gleichgiltig, da das Gesetz nach dieser Richtung keine Beschränkung eingeführt hat, es aber ungerechtfertigt erscheint, dieses wichtige Aktionärrecht durch Beschränkungen zu gefährden, welche im Gesetze nicht positiv statuirt sind und für welche nur Gefühlsgründe nicht zwingender Natur sprechen.

b) **Die Form der Anfechtung ist die Erhebung der Klage.** Die Widerklage steht dem nicht Anm. 5. gleich, weil die Vertretung der Gesellschaft hier anders geordnet ist, als bei anderen Klagen (Makower S. 625). Aber eine Einrede genügt nicht und auch eine negatorische Klage der Gesellschaft gegen den widersprechenden Aktionär ist gegen Ring (Anm. 4 zu Art. 190a) und Makower S. 625 für unzulässig zu erklären. Für eine solche fehlt das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung, da innerhalb einer dem Gesetzgeber für kurz genug erschienenen und wahrlich recht kurz bemessenen Frist die Feststellung durch die Klage des Widersprechenden erfolgen muß. Ueberdies kann auch vor Ablauf der dem widersprechenden Aktionär gewährten einmonatlichen Frist von ihm nicht verlangt werden, daß er sich definitiv über die Gründe seines Widerspruchs erkläre. Er hat eben einen Monat Zeit, das Material hierzu zu sammeln, und dieses Recht kann ihm nicht durch ein vorbeugendes Verhalten der Gesellschaft verkürzt werden. Anm. 6.

2. (Abs. 2.) **Die Frist zur Erhebung der Klage** ist ein Monat und zwar vom Tage der Generalversammlung an. Hierbei findet die Berechnung von Datum zu Datum gemäß § 188 B.G.B. statt. Die Gerichtsferien beeinflussen den Lauf der Frist nicht (Wilmowski und Levy, C.P.O. 7. Aufl. § 201 Anm. 1). Die Frist gilt auch für den Vorstand, wenn er als solcher klagen will; auch gegen den nicht erschienenen Aktionär, selbst wenn derselbe nachweislich von dem Stattfinden der Generalversammlung erst später erfahren hat. Die Frist ist von Amtswegen vom Prozeßgericht zu berücksichtigen. Es ist eine Ausschlußfrist, keine Verjährung. Aus der Befristung der Klage folgt auch, daß der Kläger nach Ablauf der Frist nicht neue Anfechtungsgründe geltend machen kann, auch nicht mit Einwilligung der Gesellschaft (Makower S. 628).

3. (Abs. 3.) **Die anfechtungsberechtigten Personen sind:** Anm. 7.

a) **die Aktionäre,** und zwar:

α) **Jeder anwesende Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt hat.** Bloßes Stimmen gegen den Beschluß genügt nicht. Selbstverständlich darf er nicht für den Beschluß gestimmt haben. Jedoch kann er sich der Abstimmung enthalten haben, und sei es auch deshalb, weil er nicht mitstimmen durfte (vergl. Anm. 21 zu § 252). Auch nachträglich darf der Aktionär den Beschluß nicht gutgeheißen haben. So hat z. B. das R.G. 33 S. 91 angenommen, daß ein Aktionär, der 10 Aktien besaß, und der, nachdem die Generalversammlung die Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beschlossen hatte, sich mit fünf Aktien an dieser Gesellschaft betheiligt hatte, nicht mehr berechtigt ist, den ergangenen Beschluß auf Umwandlung anzufechten. Der Widerspruch braucht nicht vor der Beschlußfassung erklärt zu werden (R.G. 22 S. 161). Andererseits genügt ein vor der Abstimmung erhobener Widerspruch, auch ein allgemeiner, von vornherein gegen alle Beschlüsse gerichteter, z. B.: Ich protestire gegen die Giltigkeit der heutigen Generalversammlung (R.G. 36 S. 24, 25) oder gegen alle heute zu fassenden Beschlüsse (R.G. 30 S. 51). Letzteres hält das R.G. allerdings nur dann für zulässig, wenn auch der Anfechtungsgrund ein allgemeiner, alle zu fassenden oder gefaßten Beschlüsse ergreifender ist, eine Einschränkung, die

wir nicht anerkennen können, da ja der Anfechtungskläger, wie R.G. 20 S. 141 ergiebt, einen Wechsel in den Anfechtungsgründen vornehmen kann. Ferner braucht ein vorher erklärter Widerspruch nach Mittheilung des Ergebnisses nicht wiederholt zu werden (R.G. 20 S. 141). Eine Gutheißung der Beschlüsse kann nur dann angenommen werden, wenn der Aktionär die Verhandlung hat schließen lassen, ohne den Protest zu erklären. Gründe brauchen nicht angegeben zu werden, und wenn sie angegeben sind, so können im Prozesse andere oder weitere Gründe vorgebracht werden (R.G. 20 S. 141; Bolze 12 Nr. 510). Darauf, daß der erklärte Widerspruch vom beurkundenden Beamten auch wirklich protokollarisch vermerkt ist, ist kein entscheidendes Gewicht zu legen, es genügt, daß der Widerspruch zu Protokoll erklärt ist (Motive zum Aktiengesetz von 1884 II S. 157; Pinner S. 235; Makower S. 628).

Anm. 8. β) **Auch der nicht erschienene Aktionär in zwei Fällen:** Wenn er unberechtigter Weise zu der Generalversammlung nicht zugelassen wurde und wenn ungenügende Berufung oder Publikation geltend gemacht wird. Der Anfechtungsgrund der unberechtigten Zutrittsweigerung ist neu eingeführt, die herrschende Ansicht erkannte ihn schon früher an. — Ungehörige Berufung oder Publikation liegt z. B. vor, wenn nicht die richtige Zeitung gewählt ist, oder wenn das Gesellschaftsorgan nicht richtig gezeichnet hat oder wenn an den unrichtigen Ort eingeladen ist. Der Fehler der ersten Publikation kann aber durch eine rechtzeitige zweite Einladung ersetzt werden (Bolze 4 Nr. 808). Auch sind nur erhebliche Fehler von Bedeutung, kleine Abweichungen in der Firmenbezeichnung kommen z. B. nicht in Betracht (R.G. 34 S. 113). Ueber die Frage der ordnungsmäßigen Berufung und die andere Frage, welche Folgen die Berufung durch ein unzuständiges Organ hat, siehe § 256 und Anm. 9 dazu. — Selbstverständlich kann auch der erschienene Aktionär die ordnungswidrige Berufung geltend machen (oben Anm. 2). Aber er muß dem Beschlusse widersprochen haben (R.G. vom 10. 7. 1898 bei Holdheim 7. S. 231). Die umgekehrte Frage, ob auch der Nichterschienene sonstige Ungiltigkeiten geltend machen kann, ist müßig, weil erste Voraussetzung seines Anfechtungsrechts die ordnungswidrige Berufung ist, mit dem Nachweise derselben aber die Ungiltigkeitserklärung erzielt ist, sodaß es auf weitere Ungiltigkeitsgründe nicht mehr ankommt. Dagegen kann dem nichterschienenen Aktionär der Einwand mit Erfolg entgegengehalten werden, daß er die Publikation gelesen und richtig aufgefaßt hat. Denn dann war die ordnungswidrige Berufung ihm gegenüber einflußlos; er hätte also erscheinen und seinen Widerspruch zu Protoll erklären müssen, wenn er mit den Beschlüssen nicht einverstanden war; die Grundlage seiner Anfechtung ist damit gefallen und der oben Anm. 2 aufgestellte Satz, daß jeder Aktionär jede Gesetzes- und Statutenverletzung rügen kann, erleidet insofern eine Ausnahme.

Anm. 9. γ) Das Anfechtungsrecht des Aktionärs[1]) ist in einem Falle beschränkt. Wenn nämlich (die Vorschrift ist neu) **die Anfechtung darauf gegründet wird, daß zu viel abgeschrieben oder in die Reservefonds gelegt wird**, so müssen die Aktien der anfechtenden Aktionäre den 20. Theil des Grundkapitals ausmachen, und zwar fortdauernd während des ganzen Prozesses (vergl. unten Anm. 10). Der Tendenz der Vorschrift gemäß muß sie bezogen werden auf jede Dotirung eines Reservekontos (z. B. auch auf die Dotirung des Erneuerungskontos), und auch auf jede Bewerthung von Aktiven (d. h. also auch auf den Fall, daß ein Aktionär sich über zu niedrige Bewerthung eines in den früheren Bilanzen noch nicht vorhanden gewesenen Aktivums beklagt), denn es wäre nicht gerechtfertigt, das Anfechtungsrecht gerade dann einzuschränken, wenn es sich um zu niedrige Bewerthung eines bei

[1]) Nicht auch des Vorstandes bezw. der einzelnen Mitglieder desselben. Diese haben auch bei zu hohen Abschreibungen oder Reservedotirungen, ohne diese Beschränkungdas Anfechtungsrecht (Neukamp in G.Z. 48 S. 485, 486).

Beginn des Geschäftsjahres schon vorhandenen Gegenstandes handelt, und nicht in dem Falle, wo es sich um die erstmalige Bewerthung eines früher nicht vorhandenen Gegenstandes handelt. Die Vorschrift will die Sorgsamkeit und Vorsicht in der Bewerthung, die Stärkung der wirthschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft durch möglichste Reservirung von Werthen begünstigen und dem einzelnen Aktionär die Anfechtung erschweren, wo das sorgsame Gros der Aktionäre sich mit niedrigeren Dividenden im Interesse des Gedeihens der Gesellschaft bescheidet. Zu den „Abschreibungen und Rücklagen" gehören auch erstmalige Minderbewerthungen und zwar in doppeltem Sinne: sie stellen eine Abschreibung (vom wirklichen Werthe) und eine (versteckte) Rücklage dar. (So auch Neukamp in G.Z. 48 S. 494 gegen Simon S. 325). — Besitzt ein Aktionär nicht den 20. Theil des Grundkapitals, so muß er sich mit anderen Aktionären zusammenthun, welche im Uebrigen ebenfalls klageberechtigt wären, und alle müssen dann gemeinsam Klage erheben. Stellt jeder einzelne die Klage an, so ist jede einzelne Klage unbegründet und durch die Verbindung werden die einzelnen unbegründeten Klagen nicht begründet. (Daß die Anfechtung einer Abschreibung als zu hoch außerdem noch materiell erschwert ist und nicht einfach durch den Nachweis, daß die Werthsansätze nicht angemessen sind, begründet wird, darüber siehe Anm. 6 zu § 261).

δ) Das Anfechtungsrecht der Aktionäre ist aber nicht dadurch bedingt, daß der Aktionär seine Aktien hinterlegt. Früher (d. h. vor dem neuen H.G.B.) mußte er alle diejenigen Aktien hinterlegen, mit denen er gestimmt oder widersprochen hatte. Jetzt genügt es, wenn er zur Zeit der Generalversammlung und zur Zeit der Klageerhebung und bis zur Beendigung des Prozesses Aktionär ist. Dazu genügt der Nachweis, daß er zu diesen Zeiten eine Aktie besitzt. Diesen Nachweis muß er auf Erfordern des Gerichts und des Gegners jederzeit führen. Auch muß es immer dieselbe Aktie sein. Veräußert er eine derjenigen Aktien, die er zur Zeit der Generalversammlung besessen hat, so begiebt er sich dadurch des Rechts, dieselbe zu seiner Legitimation im Anfechtungsprozesse noch ferner zu benutzen und mit der Veräußerung der letzten derselben geht sein Klagerecht unter. Ein Wiedererwerb anderer Aktien giebt es ihm nicht wieder. Denn sein Anfechtungsrecht entspringt denjenigen Mitgliedsrechten, die er zur Zeit der Generalversammlung besitzt. Erwirbt er später andere Aktien, so sind das Mitgliedschaften, an welche das Anfechtungsrecht nicht geknüpft war, weil die betreffenden Aktionäre die Voraussetzung der Anfechtung nicht erfüllt hatten (Abwesenheit und Widerspruch 2c.). Die Erleichterung des neuen Gesetzes liegt also darin, daß der Aktionär von denjenigen Aktien, mit welchen er gestimmt hat, alle Aktien veräußern und auch die letzte verpfänden kann; es genügt, daß er nachweist, daß er fortdauernd Aktionär ist, und diesen Nachweis führt er, wenn er mindestens eine Aktie fortdauernd besitzt. Im Falle der Anm. 9 muß natürlich der dort gedachtie höhere Aktienbesitz fortdauernd vorliegen. Anm. 10.

ε) Wer als Aktionär zu betrachten ist, siehe bei Namensaktien Anm. 3 ffg. zu § 223, bei Inhaberaktien Anm. 3 im Exkurse zu § 224; wenn Aktien noch nicht ausgegeben sind, Anm. 12 zu § 179. Ueber den Einwand, der Kläger sei Strohmann, siehe Anm. 3 im Exkurse zu § 224. Anm. 11.

b) **Außerdem ist der Vorstand als Gesellschaftsorgan zur Klage berechtigt** (nicht der Aufsichtsrath als Gesellschaftsorgan), und zwar ohne die Voraussetzungen, unter welchen ein Aktionär nach den zu a gemachten Ausführungen klageberechtigt ist, also auch wenn die Vorstandsmitglieder keine Aktien besitzen, wenn sie anwesend waren und nicht widersprochen haben, wenn sie abwesend waren und die Generalversammlung ordnungsmäßig berufen war und ohne Einschränkung, wenn es sich um zu hohe Abschreibungen oder Rücklagen handelt. Ja sogar, daß die Mitglieder des Vorstandes als Aktionäre zugestimmt haben, hindert sie nicht, als Vorstand zu klagen (zust. O.L.G. Jena in G.Z. 43 S. 324). Der Vorstand nimmt in solchem Falle die Interessen der Gesell- Anm. 12.

schaft wahr, ohne im Namen der Gesellschaft aufzutreten. In ihrem Namen tritt in solchem Falle ein anderes Organ auf, der Aufsichtsrath (§ 272). — Uebereinstimmend Ring Anm. 2 zu Art. 190a; Behrend § 123 Anm. 15).

Handelt es sich um die Abberufung des Vorstandes, so kann auch der abgesetzte Vorstand den die Abberufung aussprechenden Beschluß anfechten (R.G. 34 S. 113). — Während der Liquidation hat der Liquidator das Anfechtungsrecht (§ 398).

Anm. 13. c) **Endlich aber kann auch jedes einzelne Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths die Anfechtungsklage erheben,** sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern gegenüber haftbar machen würden. Auch hier würde es der Anfechtung nicht entgegenstehen, wenn das Mitglied als Aktionär zugestimmt hätte, und auch im Uebrigen gelten hier, so wenig, wie im Falle zu b, die besonderen Voraussetzungen, welche die Klage des Aktionärs erfordert (siehe daher Näheres zu b). Die solchergestalt angestellte Klage ist eine Klage des einzelnen Mitgliedes des Gesellschaftsorgans. Auch wenn alle Mitglieder des Aufsichtsraths klagen, so ist es doch nicht die Klage des Aufsichtsraths. — Dieses Klagerecht erlischt durch Ausscheiden des Gesellschaftsorgans (Makower S. 631; dagegen Hagen bei Gruchot 42 S. 366).

Anm. 14. d) **Schließlich kann aber auch jeder Aktionär als Nebenintervenient sich jeder Anfechtungsklage anschließen.** Das ist vom Gesetze allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus § 66 C.P.O.

§ 272.

Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrath vertreten.

Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im § 271 Abs. 2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.

Die Erhebung der Klage und der Termin zur mündlichen Verhandlung sind unverzüglich von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

Die prozessuale Behandlung der Klage.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Passivlegitimation.** Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Dieselbe wird durch den Vorstand und den Aufsichtsrath vertreten (eine gegen den Vorstand allein gerichtete Klage ist unzulässig; Bolze 21 Nr. 564), und wenn der Vorstand klagt, durch den Aufsichtsrath allein vertreten. Das alles bestimmt der vorliegende Paragraph ausdrücklich, um frühere Unklarheiten zu beseitigen.

Das Rubrum wird etwa dahin zu lauten haben:

Klage des Aktionärs Müller gegen die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft zu Berlin, vertreten durch

1. ihren Vorstand, bestehend aus den Herren Meyer und Schulze,
2. ihren Aufsichtsrath, bestehend aus den Herren Werner, Michel und Neumann.

Der Aufsichtsrath und ev. auch der Vorstand fungiren bei dieser Vertretung als Kollegien (Alexander in G.Z. 40 S. 95). Als Vorstandsmitglieder gelten die wirklich bestellten; aber guter Glaube muß auch hier entschuldigen, obgleich § 15 gegenüber den Aktionären nicht Platz greift (vergl. Anm. 7 zu § 234), als Aufsichtsrathsmitglieder gelten die aus dem Handelsregister ersichtlichen (vergl. Anm. 2 zu § 244), es sei denn, daß dem Kläger die dem Handelsregister nicht gemeldeten Veränderungen im Personalbestand des Aufsichtsraths sonst zuverlässig bekannt waren (vergl. R.G. vom 4. Nov. 1890 in J.W. 1891 S. 14). Anm. 2.

Betrifft der Generalversammlungsbeschluß die Absetzung des Vorstandes oder Aufsichtsraths, so müssen die durch den Beschluß eingesetzten neuen Organe verklagt werden, weil der gefaßte Beschluß so lange besteht, bis er für ungiltig erklärt ist (R.G. vom 24. Oktober 1896 in J.W. S. 662). Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Auflösungsbeschluß angefochten wird; die eingesetzten Liquidatoren (und der neue Aufsichtsrath) müssen verklagt werden. Anm. 3.

Uebrigens hat das Gesetz nicht für alle Fälle Fürsorge getroffen. Klagen die Vorstandsmitglieder als Aktionäre, was ihnen ja nicht genommen ist, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrath, zu klagen. Klagen die Aufsichtsrathsmitglieder als Aktionäre, so haben sie gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, zu klagen. Ebenso scheidet dasjenige Mitglied eines Gesellschaftsorgans aus der Prozeßvertretung der Gesellschaft aus, welches nach § 271 Abs. 4 klagt. Wie nun aber, wenn die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths als Aktionäre den Beschluß anfechten wollen? Hier wird nichts übrig bleiben, als der Gesellschaft einen Prozeßpfleger zu bestellen (§ 57 C.P.O.). Auf denselben Rechtsbehelf ist zu verweisen, wenn etwa Vorstand und Aufsichtsrath, um die Klage unmöglich zu machen, ihr Amt niederlegen. In diesem Falle hilft allerdings auch ein Antrag an das Amtsgericht auf einstweilige Ernennung eines Vorstandes (Anm. 17 zu § 231). Anm. 4.

Mit Ring (Anm. 6 zu Art. 190a) ist anzunehmen, daß die beiden Organe die Gesellschaft nur einheitlich vertreten, nicht verschiedene Prozeßhandlungen vornehmen können (anders Alexander in G.Z. 40 S. 108). Anm. 5.

Wegen der Zustellung siehe unten Anm. 13.

Jeder Aktionär kann übrigens auch der Gesellschaft als Nebenintervenient beitreten (§ 66 C.P.O.). Anm. 6.

2. (Abs. 2.) **Zuständig ist** ausschließlich das Landgericht am Sitze der Gesellschaft und zwar die Kammer für Handelssachen (§ 101 Nr. 3a; § 102 G.V.G.). Aus dieser Zuständigkeitsvorschrift folgt, was oft übersehen wird, daß **die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zulässig ist** (§ 547 Nr. 2 C.P.O.). Anm. 7.
3. (Abs. 2.) **Mehrere Anfechtungsprozesse sind zu verbinden.** Was im § 147 C.P.O. dem Gerichte als Befugniß eingeräumt ist, ist ihm hier zur Pflicht gemacht. Die mehreren Anfechtungskläger sind nothwendige Streitgenossen (§ 62 C.P.O.), jedoch nur, wenn sie, wie Wilmowski & Levy, C.P.O. 7. Aufl. S. 114 richtig bemerken, die Anfechtung auf denselben Rechtsgrund stützen. Andernfalls ist die Abweisung der einen Klage und der Ausspruch der Ungiltigkeit auf Grund der anderen Klage nicht ausgeschlossen. Anm. 8.
4. (Abs. 3.) **Sicherheitspflicht.** Auf Verlangen der Gesellschaft kann das Gericht (aber es muß nicht) anordnen, daß der klagende Aktionär wegen der der Gesellschaft drohenden Nachtheile Sicherheit zu leisten habe. Nur der klagende Aktionär hat diese Verpflichtung, nicht, wenn die anderen anfechtungsberechtigten Personen klagen. — Die Art und die Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Der § 108 C.P.O. kommt nicht zur Anwendung, weil das Gesetz hier eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit zuläßt, dieser Fall aber von § 108 ausgenommen ist. Es steht nichts entgegen, daß das Gericht anordnet, die hinterlegten Aktien (mit Kupons und Talons) sollen als Sicherheit dienen (sc. falls dies in concreto als ge- Anm. 9.

nügende Sicherheit erscheint). — R.G. 37 S. 112. — Ist das Verlangen gestellt, so spricht das Gericht die Festsetzung der Sicherheit nach mündlicher Verhandlung durch Zwischenurtheil aus (R.G. 24 S. 429 flg.). Es setzt dabei eine Frist, nach deren Ablauf zu neuem Termine geladen wird (§ 113 C.P.O.). Bis zum Termin kann die Sicherheitsbestellung nachgeholt werden (§ 231 Abs. 2 C.P.O.). Erscheint der Kläger jetzt nicht, so kann die Gesellschaft Antrag auf Versäumnißurtheil stellen, und zwar nach ihrer Wahl wegen der prozeßhindernden Einrede oder in der Hauptsache. In beiden Fällen kann Einspruch eingelegt und die Sicherheit noch nachgeholt werden (R.G. 24 S. 429). Die Vorschrift des früheren Rechts, daß das Verlangen auf Sicherheitsleistung eine prozeßhindernde Einrede sei, ist fortgefallen. Es kann jetzt jederzeit, auch in der zweiten Instanz, das Verlangen gestellt werden.

Anm. 10. Die Sicherheit haftet für die der Gesellschaft entstehenden Nachtheile, jedoch nur, wenn der Fall der Haftung nach § 273 Abs. 2 vorliegt, oder wenn sonstige Schadensersatzpflichten bestehen, nicht einfach für den Schaden, wenn dieser objektiv vorliegt, obgleich die Worte „wegen der drohenden Nachtheile" dies nahelegen. Dieses Ergebniß muß, wie Pinner S. 240 richtig bemerkt, jetzt daraus gefolgert werden, daß das Gericht die Auferlegung der Sicherheit in seiner Hand hat. Es kann nicht angenommen werden, daß jemand, dem das Gericht die Bestellung einer Sicherheit wegen seiner zweifellosen Zahlungsfähigkeit erläßt, bloß bei böslicher Handlungsweise haftet, derjenige aber, dem die Sicherheit auferlegt wurde, ohne Verschuldung. — Ebenso Makower S. 634. —

Anm. 11. Wegen der Rückgabe der Kaution hat man sich an die Gesellschaft zu wenden. Die Einwilligung des jeweiligen Vorstandes genügt in jedem Falle, wer auch im Prozesse die Gesellschaft vertreten hat. Ist diese nicht zu erlangen, so braucht eine neue Klage auf Einwilligung nicht angestellt zu werden, vielmehr kann man sich nach § 109 C.P.O. an das Gericht wegen Auszahlung wenden. Pinner S. 240 will den § 109 allerdingt nicht anwenden; es ist aber nicht ersichtlich, warum nicht, da er doch den § 113 anwendet.

Anm. 12. 5. (Abs. 4.) **Die Publikation der Klageerhebung und des Verhandlungstermins** ist dem Vorstande zur Pflicht gemacht. Unter dem Verhandlungstermin ist der erste Verhandlungstermin zu verstehen. Die Publikation liegt dem Vorstande ob, also auch dann, wenn er selbst klagt. Die Verpflichtung kann erzwungen werden durch Ordnungsstrafe (§ 319). Die Publikation lautet etwa wie folgt:

> Gegen den Beschluß der G.V. vom 28. Mai 1898 auf Entlassung des Vorstandes hat der Aktionär Rentier Karl Müller zu Prenzlau Anfechtungsklage erhoben. Der erste Verhandlungstermin steht beim Königlichen Landgericht I zu Berlin, 4. Kammer für Handelssachen, am 7. Oktober 1898 an (Terminszimmer 105, Jüdenstr. 58).
>
> Der Vorstand.
> Theophil Meyer.

Anm. 13. **Zusatz 1. Für die Zustellung der Klage** gilt der § 171 Abs. 3 C.P.O. d. h. es genügt, daß an einen der mehreren gesetzlichen Vertreter zugestellt wird. Es muß aber zur Vermeidung von Kollusionen an beide Organe zugestellt werden (R.G. 14 S. 142; R.G. vom 8. November 1895 in J.W. S. 602; O.L.G. Rostock in G.Z. 43 S. 325). Der § 171 Abs. 3 C.P.O. kann daher nur mit einer Modifikation angewendet werden: mindestens einem Mitgliede eines jeden dieser beiden Organe muß zugestellt werden. Hinsichtlich des Aufsichtsraths genügt die Zustellung an den Vorsitzenden (Alexander in G.Z. 40 S. 106; vergl. bei uns Anm. 14 zu § 246).

Anm. 14. **Zusatz 2. Ob sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths denselben Anwalt bestellen,** oder verschiedene, hängt nach Ansicht des R.G. von dem Verhalten ihrer Vertheidigung ab. Haben sie ohne Noth verschiedene Anwälte bestellt, so haftet ihnen der Kläger nicht für die Mehrkosten, weil diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren (R.G. 14 S. 142; so auch Makower S. 633). Indessen ist diese Ansicht um deshalb nicht zutreffend, weil lediglich die Gesellschaft verklagt ist und beide Organe nur ihre gesetzlichen Vertreter sind, und zwar so, daß sie nur gemeinschaftlich die Vertretung führen können. Daraus

folgt, daß nicht jedes Organ sich einen Vertreter bestellen kann, sondern nur beide Organe der Gesellschaft einen (oder auch mehrere) Vertreter bestellen können (Ring Anm. 6 zu Art. 190a; Pinner S. 239).

Zusatz 3. Der Werth des Streitgegenstandes und die Prozeßkosten. Der erstere bemißt Anm. 15.
sich lediglich nach dem Interesse des Klägers (R.G. 24 S. 427 ffg.). Denn der Aktionär wahrt nur seine Rechte und sicht den Beschluß nur an, um seine Interessen zu schützen. Daß das Urtheil, wenn es auf Ungültigkeitserklärung lautet, präjudiziell wirkt, ändert hieran nichts. Das ist auch bei Statutsklagen nicht anders. Hiernach ist der Kurswerth der klägerischen Aktien der Höchstbetrag des Interesses. Aber er kann selbstverständlich auch geringer sein, z. B. der Betrag der dem Kläger bei erfolgreicher Anfechtung des Dividendenbeschlusses zufließenden Dividende (Bolze 22 Nr. 689; K.G. bei Holdheim 6 S. 97).

Die Prozeßkosten sind, wenn der Anfechtungskläger siegt, der Gesellschaft aufzuerlegen. Anm. 16.
Wird Kläger abgewiesen, so hat nur die Gesellschaft einen Erstattungsanspruch, dies auch gegen den klagenden Vorstand. Ob die Mitglieder des Vorstandes einen Rückforderungsanspruch an die Gesellschaft haben, ist eine andere Frage, die hiermit nicht entschieden ist.

Zusatz 4. Uebergangsfrage. Die §§ 271 und 272 finden auch auf frühere Beschlüsse An- Anm. 17.
wendung (vergl. Anm. 4 ffg. zu § 178). Das will sagen: Wird die Anfechtungsklage nach dem 1. Januar 1900 zugestellt, so finden die neuen Vorschriften Anwendung.

§ 273.

Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.

Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

Der vorliegende Paragraph regelt die Folgen der Ungiltigkeitserklärung (Abs. 1) **und die Folgen der unbegründeten Anfechtung für die Anfechtungskläger** (Abs. 2).

1. (Abs. 1.) **Die Folge der Ungiltigkeitserklärung** ist, daß der Beschluß für die Gesellschaft Anm. 1.
und alle Aktionäre als ungiltig zu betrachten ist. Alle etwa schwebenden Klagen werden dadurch gegenstandslos. Diese Folge tritt aber erst mit der Rechtskraft ein (R.G. 24 S. 429); bis dahin kann der Kläger die Klage zurücknehmen, Vergleiche schließen. Das die Klage abweisende, also die Giltigkeit des Beschlusses aussprechende Urtheil ist dagegen nicht präjudizirlich (Denkschrift S. 152; vergl. unten Anm. 13).

Das rechtskräftige, auf Ungiltigkeitserklärung lautende Urtheil ist dem Handelsregister Anm. 2.
einzureichen als Korrelat zu der im § 259 Abs. 5 angeordneten Einreichung aller Generalversammlungsbeschlüsse zum Register. Die Einreichung kann eventl. nach § 14 erzwungen werden. Die Einreichung muß auch bei dem Gerichte jeder Zweigniederlassung erfolgen (§ 13). War der Beschluß noch nicht eingetragen, so muß die Eintragung nunmehr endgiltig unterbleiben. War der Beschluß eingetragen, so muß nunmehr die Ungiltigkeit vermerkt werden durch Eintragung des Urtheils, (d. h. des Tenors oder auch der Thatsache, daß durch rechtskräftiges Urtheil vom 12. Januar 1900 das Kgl. Kammergericht der Beschluß vom 6. Mai 1899 für ungültig erklärt ist), und zwar ohne besondere Anmeldung. (L.G. I Berlin bei Holdheim 3 S. 153; unrichtig Schulze-Görlitz S. 273). Diese Eintragung ist zu publiziren.

Daß der Beschluß nun nicht mehr ausgeführt werden kann, ist selbstverständlich.

Anm. 3. Aber eine andere Frage ist, welche Folgen die bereits erfolgte Ausführung hat. Die Frage ist um so praktischer, als die Gesellschaftsorgane nicht absolut verhindert sind, einen angefochtenen Beschluß zur Ausführung zu bringen (vergl. unten Anm. 12). Die Frage nach den Folgen der erfolgten Ausführung eines nachträglich für ungiltig erklärten Beschlusses läßt sich aber allgemein nicht beantworten (vergl. Motive zum Aktiengesetz von 1884 I S. 241).

Anm. 4. Anlangend zunächst die Gesellschaft, so wird dieselbe im Allgemeinen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen ihre Gesellschaftsorgane wegen der erfolgten Ausführung nicht erheben dürfen. Im Allgemeinen wird die Gesellschaft sich darüber nicht beschweren können, daß der Beschluß ihres obersten Willensorgans zur Ausführung gebracht ist. In Ausnahmefällen kann hierin Abweichendes gelten, so, wenn der Beschluß durch Arglist der Gesellschaftsorgane herbeigeführt ist, oder wenn er offenbar ungiltig war (Anm. 4 zu § 241).

Anm. 5. Die Gläubiger wiederum haben einen direkten Anspruch wegen Ausführung von ungiltigen Generalversammlungsbeschlüssen nur in bestimmten Fällen (vergl. Anm. 11 ffg. zu § 241).

Anm. 6. Dritte endlich, mit welchen der Vorstand eine Rechtshandlung auf Grund eines nachträglich für ungiltig erklärten Generalversammlungsbeschlusses vorgenommen hat, werden in der Regel durch die Vorschriften des § 235 geschützt sein, ebenso im Falle der Auszahlung unstatthafter Dividenden die Aktionäre durch die Vorschrift des § 217.

Anm. 7. 2. (Abs. 2.) **Die Schadensersatzpflicht bei unbegründeten Anfechtungsklagen.**

a) **Unbegründete Anfechtung liegt vor,** wenn die Abweisung als eine materiell ungerechtfertigte dargethan wird. Es genügt nicht, wie Behrend § 123 Anm. 22 annimmt, Abweisung aus formellen Gründen, doch ist auch umgekehrt in diesem Falle ein Schadensanspruch nicht ausgeschlossen, wie dies Ring in der 1. Aufl. (S. 307) annahm. Vielmehr kann auch der Nachweis materieller Grundlosigkeit der Klage geführt werden (Zust. jetzt Ring Anm. 1 zu Art. 190b).

Anm. 8. b) **Ein der Gesellschaft erwachsener Schaden** muß es sein. Sind Aktionäre geschädigt, indem der Kurs der Aktien etwa gefallen ist und sie dadurch sich genöthigt sahen, dieselben zu verkaufen, so kommt dieser Schaden hier nicht in Betracht. Wenn in der Reichstags-Kommission (K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 19) bemerkt wurde, ein Kursrückgang werde regelmäßig auch ein Schaden der Gesellschaft sein, so wendet sich Ring (Anm. 1 zu Art. 190b) mit Recht hiergegen.

Anm. 9. c) **Die Kläger** haften, nicht die Nebenintervenienten; aber die Kläger, wer sie auch seien, auch die Vorstandsmitglieder, wenn sie als solche klagen und ihnen bösliche Handlungsweise zur Last fällt (Ring Anm. 1).

Anm. 10. d) **Ueber bösliche Handlungsweise** siehe Anm. 9 zu § 202. Sie ist hier nur in der Weise denkbar, daß der Kläger seine Anfechtung für unbegründet erachtet hat, oder daß er sich der hohen Wahrscheinlichkeit, sie sei unbegründet, bewußt war und sie doch vorgenommen hat. Hielt dagegen der Kläger die Anfechtung für begründet, und durfte er sie für begründet halten, so fällt ihm eine bösliche Handlungsweise nicht etwa deshalb zur Last, weil es eine im Uebrigen zweckentsprechende Maßregel war, die er solchergestalt bekämpfte. Ueber die Zweckmäßigkeit braucht er sich hierbei keine Gedanken zu machen. Er hat ein Recht darauf, daß auch zweckmäßige Beschlüsse in gesetzlicher Weise gefaßt werden, und er darf die Beschlüsse ohne Gefahr für sich selbst anfechten, wenn er sie rechtlich für unbegründet hält und halten darf (vergl. Anm. 1 zu § 271). Uebrigens sind auch Schadensersatzansprüche aus sonstigen Rechtsgründen denkbar; vergl. z. B. § 824 B.G.B. (Makower S. 641).

Anm. 11. **Zusatz 1. Die Folgen der Anfechtung und die Folgen der Nichtanfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen.** Der Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen beschäftigt sich mit den Folgen der Ungiltigkeitserklärung eines Beschlusses. Nicht behandelt aber ist die Frage, welche

Folgen die Anfechtung an sich hat und ferner, welche Folgen die unterbliebene Anfechtung eines ungiltigen Beschlusses hat. Beide Fragen sind praktisch wichtig.

1. **Die Folgen der Anfechtung.** Anm. 12.

a) **Während des Anfechtungsprozesses.** Ob der von der Generalversammlung gefaßte Beschluß giltig oder ungiltig ist, steht noch nicht fest. Wenn er ungiltig ist, so ist diese Eigenschaft zunächst noch latent. Zunächst steht die Thatsache fest, daß die Generalversammlung, das oberste Willensorgan der Gesellschaft, den Beschluß gefaßt hat. Mit dieser Thatsache kann der Vorstand regelmäßig rechnen (vergl. R.G. vom 24. 10. 1896 in J.W. S. 662). Der Gesellschaft gegenüber ist daher der Vorstand berechtigt, den Beschluß auszuführen, wenn er ihn für giltig hält. In diesem Falle braucht auch eine Anfechtungsklage ihn von der Ausführung nicht abzuhalten, dem Anfechtungskläger bleibt es überlassen, die Ausführung durch einstweilige Verfügung zu verhindern. Der Vorstand ist aber auch berechtigt, die Ausführung zu sistiren, wenn der Beschluß angefochten wird, namentlich dann, wenn die Ausführung mit Gefahren für die Gesellschaft verknüpft ist (z. B. beim Dividendenvertheilungsbeschluß wegen § 217), oder wenn die Nichtausführung gefahrlos ist. Und er ist ferner verpflichtet, ihn nicht auszuführen, wenn er ihn für offenbar ungiltig, die Anfechtung für offenbar begründet hält. — Verstößt endlich der Beschluß gegen Vorschriften, die nicht bloß zum Schutze der Aktionärinteressen erlassen sind, sondern zum Schutze des Publikums und der Gläubiger, so hat der Vorstand bei eigener Verantwortlichkeit ihn nicht auszuführen, wenn er nicht angefochten wird, geschweige wenn er angefochten wird (vergl. oben Anm. 5).

b) **Die Folgen des Urtheils.** Lautet es auf Ungiltigkeitserklärung, so siehe oben Anm. 3 ffg. Anm. 13. Lautet es aber auf Giltigkeitserklärung, so soll damit nach Neukamp (bei Holdheim 3 S. 181) absolute Giltigkeit hergestellt sein, dies sogar auch dann, wenn der Beschluß öffentlich rechtlich unzulässige Anordnungen enthält; der Registerrichter sei schon deshalb daran gebunden, weil sonst der angeblich unmögliche Fall eintreten könnte, daß das Reichsgericht als oberster Prozeßrichter einen Beschluß für giltig, das betreffende Amtsgericht aber als Registerrichter ihn für ungiltig erklärte und letzterer den Sieg davon trüge. Allein derartige Konstellationen können die Rechtsfrage nicht entscheiden. Entscheidend ist, daß der Prozeßrichter und der Registerrichter sich als koordinirte Behörden mit selbstständigem Prüfungsrecht gegenüberstehen (unten Anm. 21), daß der Prozeßrichter aber nur über Parteirechte entscheiden, nicht in den öffentlich rechtlichen Pflichtenkreis einer nebengeordneten Behörde eingreifen kann. Und wie, wenn im Prozeßverfahren der Verstoß gegen das öffentliche Recht nicht vorgebracht oder nicht geprüft ist? Das auf Giltigkeit lautende, also die Anfechtungsklage abweisende Urtheil ist vielmehr nicht präjudizirlich (Denkschrift S. 152), es schafft nur Rechtskraft zwischen den Parteien (R.G. 24 S. 429).

2. **Die Folgen der Nichtanfechtung.** Anm. 14.

a) In der Regel wird der Beschluß definitiv giltig trotz seiner Gesetzes- und Statutenwidrigkeit. So können z. B. die ungiltig gewählten Aufsichtsrathsmitglieder nunmehr fungiren.

b) Diese Regel greift indessen nicht immer Platz. Die Eigenart gewisser Vorschriften bringt es mit sich, daß bei ihnen in der Nichtanfechtung ein Verzicht auf die Folgen der Verletzung nicht gefunden werden kann, oder daß ein Verzicht auf diese Folgen nicht stattfinden kann. Man kann nicht gerade sagen, daß alle Beschlüsse, die gegen das öffentliche Recht verstoßen, hierher gehören. Denn auch Bestimmungen öffentlichen und zwingenden Rechts giebt es, bei denen auf die Rechtsfolge der geschehenen Verletzung verzichtet werden kann und bei denen in der Nichtanfechtung ein Verzicht den Umständen nach gefunden werden muß. So haben z. B. die Vorschriften über die Berufung der Generalversammlung, über die Vorbereitungen der Bilanzprüfung, die Vorschriften des § 252 über die Abstimmungen zwingenden Charakter; Statutenbestimmungen, welche ihnen widersprechen, sind ungiltig. Aber auf die Rechts-

folgen der Verletzung solcher Vorschriften durch einen Generalversammlungsbeschluß kann in concreto wirksam verzichtet werden und in der unterlassenen Anfechtung muß ein solcher Verzicht erblickt werden. Dieser Verzicht wird überall dort als vorhanden und wirksam erachtet werden müssen, wo gesellschaftliche Herrschaftsrechte, welche Sonderrechte sind, nicht entzogen und geschmälert, sondern nur in concreto verletzt, mißachtet werden. Wird solche Mißachtung durch Anfechtung nicht gerügt, so wird der Beschluß giltig (vergl. Anm. 6 zu § 252).

Anders jedoch in folgenden Fällen:

Anm. 15. α) Wenn der Generalversammlungsbeschluß in Sonderrechte der Aktionäre durch Entziehung oder Schmälerung eingreift (R.G. 36 S. 136; 37 S. 65). Da dieselben per maiora unentziehbar sind, so kann in der unterlassenen Anfechtung des Beschlusses ein Verzicht auf die Rechtsfolgen des Beschlusses nicht erblickt werden. Der verletzte Aktionär kann sich der Anfechtung bedienen, aber der in sein Sonderrecht eingreifende Beschluß der Generalversammlung wird durch unterlassene Anfechtung gegen ihn nicht giltig (Neukamp in G.Z. 38 S. 57 und bei Holdheim 2 S. 209 gegen Ring). Ein Beispiel: Es wird beschlossen, daß diejenigen Aktionäre, welche ihre Aktien von einem bestimmten Bankhause bezogen haben, fortan nicht stimmen dürfen.

Anm. 16. β) Der Beschluß tangirt den Aktionär noch weniger, wenn er in seine Einzelrechte, die ihm als Dritten zustehen, eingreift, wozu auch solche Gläubigerrechte gehören, die in der Mitgliedschaft entstanden sind, aber selbstständige Forderungen geworden sind, wie z. B. das Recht auf die festgestellte Dividende (R.G. 37 S. 64). Allein andererseits muß doch hervorgehoben werden, daß, wenn der Beschluß in die besonderen Verhältnisse des Aktionärs zur Gesellschaft eingreift und es stimmt ein Aktionär vorbehaltlos, ihn dies sowohl als Aktionär, als in Beziehung auf das besondere Vertragsverhältniß bindet (R.G. vom 22. 9. 93 in J.W. S. 488/9).

Anm. 17. γ) Wenn der Beschluß Maßregeln anordnet, Gesellschaftsregeln aufstellt, welche das Gesetz aus öffentlich rechtlichen Gründen verbietet, sei es, daß sie gegen das Wesen der Aktiengesellschaft verstoßen (R.G. 21 S. 159), oder sonst dem öffentlichen Rechte absolut zuwiderlaufen (Johow 14 S. 23). So auch R.G. 42 S. 82; Denkschrift S. 153; Makower S. 639. Hier ist ein Verzicht der Aktionäre auf die Beobachtung solcher Vorschriften, wie er in der unterlassenen Anfechtung liegen könnte, unwirksam. So z. B., wenn der Beschluß den Aktionären außer dem Falle des § 212 positive Leistungen auferlegen würden; wenn er die Ausgabe von Aktien unter 1000 Mk. außer dem Falle des § 180 anordnen würde; wenn er Statutenänderungen treffen würde, welche gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen, wenn er z. B. anordnen würde, daß fortan auch derjenige abstimmen dürfe, mit welchem ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll. Zwar kann, wenn eine Gesetzesverletzung gegen diese Gesetzesvorschrift des § 252 passirt, in concreto auf die Rechtsfolgen derselben wirksam verzichtet werden, insbesondere auch durch Nichtanfechtung des Beschlusses; aber gegen zwingende Vorschriften verstoßend und deshalb ungiltig wäre eine allgemeine im Voraus getroffene Anordnung des Gesellschaftsvertrages, daß eine solche Gesetzesvorschrift nicht gerügt werden dürfe.

Anm. 18. δ) Dahin gehören endlich auch Beschlüsse, durch welche Vorschriften verletzt werden, welche den Schutz der Gläubiger und des Publikums im Auge haben. Diese werden auch durch unterlassene Anfechtung nicht giltig (Denkschrift S. 153; oben Anm. 17).

Anm. 19. c) **Ferner liegt eine Nichtigkeit ipso jure vor, wenn in Wahrheit gar kein Generalversammlungsbeschluß vorliegt.** So z. B., wenn der Beschluß nach dem Gesetze nur dann giltig ist, wenn er von mehreren Aktiengattungen gefaßt ist und nur eine Aktiengattung ihn gefaßt hat (vergl. unten Anm. 21) oder wenn die Generalversammlung überhaupt

nicht einberufen oder von einem unzuständigen Organe einberufen wurde (vergl. hierüber Anm. 9 zu § 256). In solchen Fällen liegt Nichtigkeit ipso jure vor, nicht Nichtigkeit des Beschlusses, sondern es ist nihil actum. Für die Anfechtung fehlt es am Gegenstande. Wird gleichwohl die Anfechtungsklage angestellt, so ist dies eine Anfechtungsklage im weiteren Sinne, nämlich eine Feststellungsklage im Sinne der C.P.O. (So auch Makower S. 638). Auch wenn für die Protollirung nicht die gehörige Form gewahrt ist, liegt dieser Fall vor (Makower S. 640 u. 578).

Zusatz 2. Die Stellung des Registerrichters zu den Generalversammlungsbeschlüssen. Anm. 20.

a) Generalversammlungsbeschlüsse, die der Eintragung nicht bedürfen, auf ihre Giltigkeit zu prüfen, liegt außerhalb seiner Kompetenz (Johow 12 S. 35). Vergl. auch zu § 319.

b) Was aber die Beschlüsse betrifft, welche zu ihrer Giltigkeit der Eintragung bedürfen, so hat das Registergericht zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Beschluß im Sinne des Gesetzes vorliegt. Wenn z. B. im Falle des § 275 Abs. 3 nur ein Beschluß der einen Gattung, nicht ein solcher der benachtheiligten Gattung vorliegt, so liegt ein eintragungsfähiger Beschluß überhaupt noch nicht vor (Johow 16 S. 20; vergl. ferner oben Anm. 19). Sodann aber hat er die Eintragung abzulehnen in allen den Fällen, wo der Beschluß Sonderrechte oder öffentlichrechtliche Vorschriften im Sinne unserer Ausführungen oben Anm. 17 verletzt. Bei Beschlüssen dagegen, welche durch unterlassene Anfechtung giltig werden (oben Anm. 14) nimmt die herrschende Ansicht, welcher auch wir uns fügen wollen, an, daß der Registerrichter die Eintragung nicht mehr ablehnen darf, sobald der Beschluß durch Nichtanfechtung oder vergebliche Anfechtung giltig geworden ist (K.G. bei Johow 12 S. 37; L.G. I Berlin bei Holdheim 3 S. 153; Ring Anm. 15 zu Art. 222; Behrend § 123 Anm. 32; Cosack S. 628 f.; Neukamp bei Holdheim 3 S. 181; Makower S. 641). Dagegen darf er die Eintragung solange aussetzen, bis die erfolgte Anfechtung durchgeführt ist (§ 127 F.G.). Er darf aber auch trotz des Schwebens eines Anfechtungsprozesses die Eintragung bewirken, wenn der Beschluß nach seiner Meinung giltig ist. Der Registerrichter wird am besten in der Weise verfahren, daß er zunächst selbstständig prüft, ob eine Verletzung von Vorschriften, auf deren Verletzung verzichtet werden kann, vorliegt. Bejaht er diese Frage, so hat er zunächst die Eintragung abzulehnen. Sobald ihm aber (etwa durch eidesstattliche Versicherung des Vorstandes) dargethan wird, daß eine Anfechtung innerhalb der gesetzlichen Frist nicht erfolgt ist, so hat er die Eintragung zu bewirken; desgleichen nach rechtskräftiger Abweisung der Anfechtungsklage. Anm. 21.

c) Durch einstweilige Verfügung kann gemäß § 16 Abs. 2 die Eintragung eines angefochtenen Beschlusses verhindert werden (Denkschrift S. 152; vergl. Anm. 3 zu § 16). Anm. 22

d) Trägt der Registerrichter einen ungiltigen Beschluß ein, so ist, wenn öffentlichrechtliche Vorschriften in dem oben Anm. 17 dargelegten Sinne verletzt sind, der Beschluß dennoch ungiltig geblieben (Johow 14 S. 23; Denkschrift S. 153). Sind verzichtbare Vorschriften verletzt, Anfechtung aber nicht oder vergeblich erfolgt, so ist der Beschluß nunmehr giltig geworden. Anm. 23.

Ein Beschwerderecht gegen die erfolgte Eintragung steht weder dem Aktionär, noch dem Vorstande zu, wenn es sich um solche Vorschriften handelt, die durch Nichtanfechtung giltig werden. Hier muß als Wille des Gesetzes angesehen werden, daß die Anfechtung das einzige Mittel sein soll, um dieses Parteirecht zu wahren (zust. Pinner S. 233); anders Makower S. 643. Anders, wenn öffentlich rechtliche Vorschriften in dem oben Anm. 17 dargelegten Sinne verletzt sind. Hier hat jeder, dessen Rechte durch die Eintragung beeinträchtigt sind, das Beschwerderecht gemäß § 20 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit. Anm. 24.

Außerdem kann der Beschluß von Amtswegen gelöscht werden, wenn er zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffent- Anm. 25.

lichen Interesse erforderlich erscheint. Zwingende Vorschriften dürften identisch sein mit den oben Anm. 17 von uns erwähnten. Daß die Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, ist ein selbstständiges Erforderniß und soll dazu dienen, um die Registergerichte zu einem möglichst mäßigen, nur in dringendsten Fällen erfolgenden Gebrauch von dieser Maßregel zu zwingen. Es muß ein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Eintragung vorliegen. Es wird aber in solchen Fällen häufig gerade umgekehrt im öffentlichen Interesse liegen, die Eintragung nicht zu beseitigen, sondern ein noli me tangere zu beobachten, um nicht heillose Verwickelungen und ungeheure Schäden zu stiften. Die Löschung kann vom Amtsgericht oder auch vom Landgericht verfügt werden (§§ 144, 143 F.G.). Das Gericht hat den Betheiligten von der beabsichtigten Löschung Nachricht zu geben und ihnen eine Frist von drei Monaten zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen. Innerhalb dieser Frist kann die Gesellschaft den Beschluß selbst aufheben oder so abändern, daß nunmehr seine Beseitigung im öffentlichen Interesse nicht mehr erforderlich erscheint. Ueber den Widerspruch entscheidet das Gericht. Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Die Löschung darf erst nach Rechtskraft der Entscheidung erfolgen oder wenn kein Widerspruch erhoben ist. Das Vorgehen des Gerichts ist an eine zeitliche Schranke nicht gebunden, das Damoklesschwert dieser Löschung schwebt daher über allen eingetragenen Beschlüssen der Aktiengesellschaft (gegen nicht eingetragene Beschlüsse giebt es ein ähnliches Vorgehen für die Staatsbehörde nicht), andererseits wird man annehmen müssen, daß hier lediglich eine Offizialthätigkeit vorliegt, lediglich eine Thätigkeit im Interesse der Oeffentlichkeit. Einem einzelnen Interessenten, Aktionär oder Gläubiger, wird man wohl das Recht nicht nehmen können, die Anregung zu solchem Vorgehen zu geben, aber das Recht, eigentlicher Antragsteller zu sein, und das Recht der Beschwerde gemäß § 20 F.G. wird man ihnen versagen. — Die Möglichkeit der Löschung bezieht sich auch auf Beschlüsse vor der Zeit des neuen H.G.B. (Anm. 4 ffg. zu § 178).

Vierter Titel.

Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274.

Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Aenderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen werden.

In der nach § 256 Abs. 1, 2 zu bewirkenden Ankündigung soll die beabsichtigte Aenderung des Gesellschaftsvertrags nach ihrem wesentlichen Inhalt erkennbar gemacht werden.

Anm. 1. **Vorbemerkung zum vierten Titel. Unter den Abänderungen des Gesellschaftsvertrages** sind im neuen H.G.B. auch die Kapitalserhöhung und die Kapitalsherabsetzung aufgezählt. Dieselben sind in der That Unterarten der Statutenänderung (Denkschrift S. 153). Die für diese gegebenen allgemeinen Vorschriften gelten daher auch für die Kapitalserhöhung und Kapitalsherabsetzung. Nicht besonders erwähnt ist (im Gegensatz zu Art. 214 des alten H.G.B.) der Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut festgesetzte Zeit. Mit Recht, denn dieser Beschluß ist nichts weiter als eine einfache Statutenänderung (vergl. unsere 5. Aufl. § 1 zu Art. 214; Denkschrift S. 155).

Der vorliegende Paragraph giebt die allgemeine Vorschrift über die Voraussetzung jeder Statutenänderung. Dieselbe ist ein Generalversammlungsbeschluß. Wenn es sich um bloße Fassungsänderungen handelt, kann der Generalversammlungsbeschluß auch in einer Ermächtigung des Aufsichtsraths bestehen. Anm. 2.

1. **Für jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages** ist ein Generalversammlungsbeschluß erforderlich, also insbesondere auch für Kapitalserhöhungen und für Kapitalsherabsetzungen. In den §§ 278, 280, 288 ist dies deshalb nicht mehr angeordnet, sondern vorausgesetzt. Ebenso bezieht sich dies auf den Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft über die statutarische Zeit hinaus (vergl. oben die Vorbemerkung). — Eine Satzungsänderung liegt vor, wenn der Beschluß dahin geht, daß künftig die abweichende Gesellschaftsregel gelten soll. Ein Beschluß, welcher eine konkrete Abweichung von der Satzung enthält, ohne diese zu ändern, ist keine Satzungsänderung, sondern stellt eine Satzungsverletzung dar (Makower S. 644).

Ein Generalversammlungsbeschluß ist nothwendig auch bei solchen Satzungsänderungen, welche die bloße Fassung betreffen. Bei diesen Letzteren ist (im Gegensatz zu der nach dem früheren Rechtszustande herrschenden Ansicht; vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 214) zwar gestattet, daß die Generalversammlung dem Aufsichtsrath die Feststellung der Fassung überträgt. Aber auch diese Uebertragung muß von der Generalversammlung erfolgen. Auch hier bedarf es eines Generalversammlungsbeschlusses, und zwar eines besonderen Generalversammlungsbeschlusses. Eine allgemeine statutarische oder sonstwie ertheilte Ermächtigung dahin gehend, der Aufsichtsrath dürfe Fassungsänderungen vornehmen, genügt, wie im Gegensatz zu Pinner S. 244 anzunehmen ist, nicht. Nur die betreffende Generalversammlung kann übersehen, ob eine solche, immerhin ausnahmsweise Delegation angebracht erscheint. — Die Delegation kann nur an den Aufsichtsrath erfolgen, nicht an den Vorstand oder an einzelne Aufsichtsrathsmitglieder. Wie der Aufsichtsrath beschlußfähig ist, darüber siehe Anm. 14 zu § 246. — Die Delegation ist besonders für den Fall und in der Weise gedacht, daß ein Beschluß anderer Art in seiner Ausführung und durch dieselbe eine Statutenänderung im Gefolge hat. So hat der Beschluß auf Kapitalserhöhung nach seiner Durchführung die Aenderung desjenigen Theiles der Statuten, welcher die Grundkapitalsziffer ergiebt, zur Folge und ebenso die Herabsetzung des Grundkapitals, während die bestimmte Ziffer, um welche sich das Grundkapital ändert, nicht immer sogleich bei der Beschlußfassung angegeben werden kann. In Fällen solcher Art soll die Generalversammlung das Recht haben, den Aufsichtsrath zu ermächtigen, die endgiltige Gestaltung des Statuts nach Durchführung der betreffenden Transaktion festzustellen. Ueber einen anderen Fall siehe unten Anm. 11. Ein weiterer Fall z. B. liegt vor, wenn dem Aufsichtsrath die Aufgabe zu Theil wird, alle Fremdwörter aus dem Statut auszumerzen, obgleich dieser Fall schon bedenklich und zweifelhaft ist, denn die Substituirung von Fremdwörtern durch deutsche Worte ist oft nicht so einfach und zweifelsfrei und birgt sehr leicht sachliche Aenderungen in sich. — Die Form des betreffenden Aufsichtsrathsbeschlusses ist, obgleich das nicht ausdrücklich bestimmt ist, die gerichtliche oder notarielle, der § 259 wird hier analog anzuwenden sein. — Der Beschluß des Aufsichtsraths ist anzumelden vom Vorstande gemäß § 277 (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 277. Anm. 3.

Hat die Generalversammlung dem Aufsichtsrath eine Fassungsänderung übertragen, so kann dieser Beschluß als rechtsungiltig angefochten werden, wenn es sich in Wahrheit nicht um eine Fassungsänderung handelt. Denn dadurch würde der Abs. 1 unseres vorliegenden Paragraphen verletzt werden. Die Nichtanfechtung des Beschlusses aber bewirkt Rechtsgiltigkeit, soweit sie überhaupt diese Wirkung haben kann, also nicht bei Eingriffen in Sonderrechte oder bei Verletzung öffentlich rechtlicher Vorschriften (vergl. Anm. 15—17 zu § 273). Ist die Delegation rechtsgiltig erfolgt, so ist der Aufsichtsrath zu der Fassungsänderung ermächtigt, aber eben nur zu Fassungsänderungen. Ob die Feststellung der Fassungsänderung richtig, der Sachlage entsprechend erfolgt ist, darüber hat zunächst der Registerrichter zu entscheiden. Gegen seine Entscheidung giebt es Anm. 4.

Mangels eines anderen Rechtsmittels die Beschwerde nach § 20 F.G., die jedem Aktionär zusteht. Uebrigens ist auch trotz der Eintragung der Aufsichtsrathsbeschluß dann nicht giltig, wenn er eine materielle Unrichtigkeit enthält. Wenn z. B. das 50000 Mk. betragende Aktienkapital durch Ausgabe von zwölf neuen Aktien à 1000 Mk. erhöht ist und der Aufsichtsrath würde die Statuten dahin umredigirt haben, daß das Aktienkapital nunmehr 63000 Mk. (statt 62000 Mk.) beträgt. Auch geht es nicht zu weit, wenn Pinner S. 245 jedem Aktionär das Recht giebt, in der nächsten ordentlichen oder gemäß § 254 einberufenen Generalversammlung nach gehöriger Ankündigung zu beantragen, daß die Abänderung als nicht lediglich redaktionell erklärt und demnach aufgehoben wird; gegen einen hierauf ergehenden Beschluß der Generalversammlung giebt er dem Aktionär das Recht der Anfechtungsklage. Selbstverständlich ist der betreffende Aufsichtsrathsbeschluß trotz versagter Anfechtung und trotz Eintragung ungiltig, wenn er in Sonderrechte eingreift oder in seinen Wirkungen öffentlich rechtliche Vorschriften verletzt. Denn insoweit sind auch Generalversammlungsbeschlüsse auf Abänderung der Statuten ungiltig (Anm. 15—17 zu § 273). Solange der Aufsichtsrathsbeschluß nicht eingetragen ist, ist das bisherige Statut bezw. das durch den Hauptbeschluß und seine Ausführung von selbst geänderte Statut maßgebend; mit der Eintragung des Aufsichtsrathsbeschlusses ist die solchergestalt festgestellte Fassung des Statuts zu Grunde zu legen. Sachlich soll das eigentlich keinen Unterschied machen. Denn eine Fassungsverschiedenheit soll eigentlich keine sachliche Verschiedenheit sein. Aber dieses Ideal ist nicht zu erreichen. In Wahrheit kann jede Wortverschiedenheit, jede Verschiedenheit der Wortstellung Anlaß zu verschiedener Auslegung bieten.

Anm. 5. Soweit es sich nicht um bloße Fassungsänderungen handelt, ist durch die nunmehrige Gesetzesfassung klargestellt, daß es eine Delegation an Gesellschaftsorgane zur Fassung von Statutenänderungsbeschlüssen nicht giebt. Nunmehr ist es ganz zweifellos, daß es ungiltig ist, wenn sich in Gründungsakten oder Kapitalserhöhungsbeschlüssen eine Klausel findet, etwa dahin, daß der Aufsichtsrath ermächtigt wird, alle diejenigen Aenderungen und Zusätze vorzunehmen, welche der Registerrichter für erforderlich halten sollte, um die Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder die ausgeführte Kapitalserhöhung einzutragen (vergl. schon nach früherem Recht Johow 15 S. 19).

Anm. 6. 2. **Die Erfordernisse des Generalversammlungsbeschlusses auf Statutenänderungen** sind zunächst die allgemeinen (besonders über die Form). Besondere Abstimmungserfordernisse giebt § 275. Der Abs. 2 unseres Paragraphen giebt noch eine besondere Ankündigungsvorschrift. Danach ist eine bloße Angabe der abzuändernden Paragraphen nicht mehr genügend; ihr bisheriger Inhalt und die in Aussicht genommenen Aenderungen sollen im Wesentlichen aus der Ankündigung hervorgehen (Denkschrift S. 154). Z. B. „die in § 31 der Statuten bestimmte Dreizahl der Aufsichtsrathsmitglieder soll erhöht werden", oder „die Kapitalserhöhung soll künftighin in einer Generalversammlung ohne Rücksicht auf das zu vertretende Grundkapital beschlossen werden", „die im § 20 der Statuten angeordnete doppelte Generalversammlung soll in Wegfall kommen" ꝛc. Die Ankündigungen der Statutenänderungen werden in Folge dieser Neuerung einen großen Raum einnehmen, besonders aber bei in Aussicht genommenen Massenänderungen der Statuten, die nicht gerade selten sind. — Die Spezialvorschrift über die Ankündigung gilt auch dann, wenn die Vornahme einer redaktionellen Aenderung beabsichtigt ist, sei es direkt durch die Generalversammlung, oder durch Delegation an den Aufsichtsrath. Die Stellung der Vorschriften im Abs. 1 und 2 macht diese Annahme unzweifelhaft. Auch der Fall unterliegt keiner anderen Beurtheilung, in welchem es sich um eine Aenderung handelt, die sich als bloß redaktionelle Folge eines anderen angekündigten Beschlusses ergiebt (z. B. Kapitalserhöhung und demgemäße Aenderung der Statuten); auch in diesem Falle bedarf es besonderer Ankündigung; auch hier müssen die Aktionäre das Kontrolrecht haben, ob es sich wirklich nur um Fassungsänderungen handelt, die dem Aufsichtsrath übertragen werden. — Eine weitere Ankündigungsvorschrift ist für einen besonderen Fall (Abänderung des Rechtsverhältnisses verschiedener Aktiengattungen) im § 275 gegeben (vergl.

dort Näheres). Die Folge der Verletzung der Ankündigungsvorschrift ist Anfechtbarkeit. Der Abs. 2 ist zwar nur eine „Sollvorschrift", aber auch die Verletzung von Sollvorschriften ist eine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 271 (vergl. Anm. 2 zu § 271; dagegen Makower S. 645). Ueber die Folge der Nichtanfechtung siehe Anm. 14 flg. zu § 273).

Zusatz 1. Was der materielle Inhalt einer Statutenänderung sein kann, ist nicht Gegen- Anm. 7.
stand des vorliegenden Paragraphen. Darüber ist von uns an anderen Stellen gehandelt. Hier sei Folgendes bemerkt:

Zunächst siehe über die Frage, ob die statutarische Feststellung gewisser Gründungsvorgänge nach § 186 durch Statutenänderung aus dem Statut entfernt werden kann, die Anm. 21 zu § 186.

Zu erwähnen ist ferner, daß die Statutenänderung nicht die wesentlichen Anm. 8.
Merkmale einer Aktiengesellschaft beseitigen darf (R.G. 6 S. 120; 17 S. 17), auch im Uebrigen nicht Zustände oder Maßregeln anordnen kann, welche durch öffentlich rechtliche Vorschriften verboten sind. Denn das darf kein Generalversammlungsbeschluß (vergl. hierüber Anm. 17 zu § 273). So z. B. darf kein Statutenänderungsbeschluß den Aktionären weitere Verpflichtungen als in den §§ 211 und 212 gestattet sind, auferlegen oder den gesetzlichen Reservefonds beseitigen oder einen dem Einflusse der Generalversammlung entzogenen, nur der staatlichen Behörde unterworfenen Vorstand schaffen (über letzteres R.G. 3 S. 123).

Auch in Sonderrechte der Aktionäre kann kein Generalversammlungsbeschluß, also Anm. 9.
auch kein Statutenänderungsbeschluß wirksam eingreifen, also nicht den Aktionären gesellschaftliche Rechte nehmen, die als unentziehbar gewollt sind; noch weniger darf er in Einzelrechte der Aktionäre, die ihnen der Gesellschaft gegenüber als Dritte zustehen, eingreifen (vergl. über alles dies Anm. 15—17 zu § 273). Besonders ist hierbei noch zu erwähnen, daß ein Statutenänderungsbeschluß diejenigen Punkte des Gesellschaftsvertrages per maiora nicht abändern kann, die als unabänderlich gewollt sind. Im Allgemeinen wird man von der Abänderlichkeit der Statuten als Regel ausgehen müssen und nur dann die Unabänderlichkeit annehmen, wenn diese als gewollt zu betrachten ist. Freilich begiebt man sich hier auf das bei Aktiengesellschaftsverträgen außerordentlich schwankende und mißliche Gebiet der Auslegung; doch ist dies unvermeidlich und es folgt daraus nichts weiter, als daß meist die Regel Platz greifen wird und nur dann wird ausnahmsweise die Unabänderlichkeit angenommen werden, wenn die Statuten in ihrem Zusammenhange die Unabänderlichkeit erkennbar ergeben (vergl. Lehmann bei Kohler und Ring 9 S. 352 flg.). Von diesem Gesichtspunkte aus werden als unabänderlich oder vielmehr nur als durch einstimmigen Beschluß abänderlich bezeichnet werden müssen alle diejenigen Punkte der Statuten, welche das Statut selbst als unabänderlich bezeichnet (Lehmann a. a. O. S. 343). Wenn dagegen das Statut für gewisse Dinge, z. B. Wahl des Vorstandes, Auflösung der Gesellschaft, eine bestimmte Majorität vorgeschrieben hat, so wird man für die Regel annehmen müssen, daß das Erforderniß dieser Majorität durch einfachen Statutenabänderungsbeschluß geändert werden kann (Lehmann a. a. O. S. 351; abweichend Gareis-Fuchsberger Note 246, jedoch unter Berufung auf R.O.H. 20 S. 42—46, welches den dort entschiedenen Fall aus thatsächlichen Gründen anders beurtheilte, während das ebenfalls dort zitirte Urtheil R.O.H. 14 S. 366 hierüber nichts sagt). Vergl. hierüber auch unsere Ausführungen in Anm. 1 zu § 275.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Von der Erleichterung des Abs. 1 Satz 2 können Anm. 10.
auch bestehende Gesellschaften Gebrauch machen. Desgleichen aber unterliegen auch bestehende Gesellschaften der Erschwerung des Abs. 2. (Anm. 4 flg. zu § 178.) Dies jedoch nur, wenn die Ankündigung schon nach dem 1. Januar 1900 erfolgt.

Für die Uebergangszeit ist ferner zu beachten, daß durch das neue H.G.B. die älteren Statuten in vielen Punkten von selbst ungiltig werden. Die Ungiltigkeit tritt überall ein, wo die Vorschriften des neuen H.G.B. zwingend sind (Anm. 4 flg. zu § 178). Diese Ungiltigkeit tritt mit dem 1. Januar 1900 von selbst ein; die zwingenden Bestimmungen des neuen Gesetzes

müssen, mag das Statut lauten, wie immer, befolgt werden. Die Aktiengesellschaften werden sich aber der Ordnung wegen beeilen müssen, ihre Statuten mit dem neuen H.G.B. in Einklang zu bringen, wenn auch der Registerrichter kein Recht hat, dies von den Gesellschaften zu verlangen (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 237). Ob derartige Statutenänderungsbeschlüsse, durch welche sie lediglich mit dem neuen Gesetze in Einklang gebracht werden sollen, sachliche Aenderungen oder Fassungsänderungen sind, war schon bei Gelegenheit des Inkrafttretens der Aktiennovelle zweifelhaft. Allein nach Lage der gegenwärtigen Gesetzgebung muß angenommen werden, daß es sich um Fassungsänderungen im Sinne des § 274 Abs. 1 Satz 2 handelt. Denn als Hauptfall dieser Vorschrift ist der gedacht, daß durch einen anderen Beschluß das Statut bereits geändert wird, und es sich nur um Präzisirung dieser Aenderung handelt. Analog liegt hier der Fall. Die Aenderung des Statuts selbst ist bereits durch das Gesetz bewirkt. Es handelt sich nur um Präzisirung der erfolgten Aenderung. Das ist eine Feststellung der Fassung der geschehenen Aenderung, also genau der Fall, den § 274 Abs. 1 Satz 2 im Auge hat (vergl. oben Anm. 3). Die Generalversammlung ist daher in der Lage, diese Fassungsänderung dem Aufsichtsrath zu übertragen, wobei sich aber der Aufsichtsrath natürlich nur im Rahmen des neuen Gesetzes halten darf. Sollte er Anderes bestimmen, also insbesondere Dispositivsätze des neuen Rechts durch andere Bestimmungen ersetzen, so wäre das selbstverständlich eine sachliche Aenderung, die ihm nicht übertragen werden kann und seine Kompetenz auf alle Fälle überschreitet.

§ 275.

In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bedürfen die im § 274 Abs. 1 bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

Für eine Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens muß diese Mehrheit erreicht sein; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Soll das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachtheil einer Gattung geändert werden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachtheiligten Aktionäre; auf diese Beschlußfassung findet die Vorschrift des Abs. 1 Anwendung. Die Beschlußfassung der benachtheiligten Aktionäre kann nur stattfinden, wenn sie gemäß § 256 Abs. 2 ausdrücklich unter den Zwecken der Generalversammlung angekündigt worden ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Abstimmungsmodalitäten bei Statutenänderungen,** und zwar:

1. (Abs. 1) bei einfachen Statutenänderungsbeschlüssen,
2. (Abs. 2) bei Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens,
3. (Abs. 3) bei Abänderung der Rechtsstellung einer Aktiengattung.

1. (Abs. 1) **Abstimmungserforderniß bei einfachen Statutenänderungsbeschlüssen.**

Anm. 1. In erster Linie disponirt hierüber der Gesellschaftsvertag. Derselbe kann leichtere oder schwerere als die hier angeordneten Dreiviertel-Mehrheit fordern, insbesondere auch einfache Mehrheit oder auch die Zustimmung der sämmtlichen Aktionäre. Bestimmt der Gesellschaftsvertrag die Unabänderlichkeit einer Statutenbestimmung, so ist damit das Erforderniß der Zustimmung aller Aktionäre ausgesprochen, wirkliche Unabänderlichkeit liegt aber nicht vor (Ring S. 347 Anm. 4; Pinner S. 247). Daß die Statutenbestimmung, welche das leichtere oder höhere Erforderniß für die Abänderung der

Gesellschaftsverträge aufstellt, gerade im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage enthalten sein muß, daß, wenn dies nicht der Fall ist, die gesetzlichen Bestimmungen über Statutenänderungen unabänderlich seien, ist nicht anzunehmen. Ein diesbezügliches Sonderrecht der Aktionäre ist nicht anzuerkennen. Pinners entgegengesetzte Ansicht (S. 246, 247) ist nicht zutreffend, seine Berufung auf R.O.H. 20 S. 45 ist ebensowenig stichhaltig, wie die Gareis-Fuchsberger's für die von uns Anm. 9 zu § 274 widerlegte Ansicht, die Berufung desselben auf R.G. 27 S. 70 aber stimmt nicht, das R.G. spricht an dieser Stelle eine solche Ansicht nicht aus. (Siehe auch unsere Ausführungen in Anm. 9 zu § 274). Es kann daher, wenn der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag über die Frage, in welcher Weise Statutenänderungen zu erfolgen haben, nichts bestimmt, mit einer Mehrheit von $^3/_4$ des Grundkapitals ein Statutenänderungsbeschluß dahin ergehen, daß fortan Statutenänderungsbeschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden können, und umgekehrt; wenn die Statuten bestimmen, daß Statutenänderungsbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefaßt werden können, kann ein späterer Statutenänderungsbeschluß mit einfacher Stimmenmehrheit bestimmen, daß fortan Statutenänderungsbeschlüsse nur mit einer Mehrheit von $^3/_4$ des Grundkapitals gefaßt werden können (so auch Makower S. 647). — Der Gesellschaftsvertrag braucht die Abänderung der Abstimmungsmodalität gegen das Gesetz nicht grade in unmittelbarem Anschluß an die betreffende Statutenbestimmung zu enthalten; es genügt, wenn die Statuten deutlich erkennen lassen, daß sich die Abstimmungsvorschrift auf die betreffende Statutenänderung bezieht. Das hat schon nach früherem Recht das R.G. (27 S. 69) zutreffend angenommen; nach der Fassung des vorliegenden Paragraphen kann der Zweifel, der zu dieser Entscheidung Anlaß gab, überhaupt nicht mehr aufkommen. Sie kann auch für alle Statutenänderungen gegeben sein. Dann sind aber gewisse Statutenänderungsbeschlüsse von Gesetzeswegen ausgenommen (vergl. § 245 Abs. 2; § 288).

Eventl., wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt, muß eine Mehrheit von $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals vorhanden sein. Was darunter zu verstehen ist, darüber siehe Anm. 4 zu § 251. Die Vorschrift ist auch bei dem Beschlusse der Delegation von Fassungsänderungen an den Aufsichtsrath (§ 274 Abs. 1 Satz 2) anwendbar.

2. (Abs. 2.) **Besonderes Erforderniß für den Beschluß auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens.** Anm. 2. Hierin liegt immer eine Statutenänderung. Aber bei der Wichtigkeit dieses Theiles des Vertragsinhalts ist besonders vorgeschrieben, daß die erforderliche Majorität mindestens $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals darstellen muß. Das Statut kann nur schwerere Erfordernisse aufstellen, z. B. noch größere Majorität oder gar Einstimmigkeit, wiederholte Abstimmung, wiederholte Generalversammlung u. s. w. Was als Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens zu betrachten ist, ergiebt sich durch Auslegung der Statuten. In dem bekannten Falle des rumänischen Eisenbahnprozesses ist dem Reichsgericht nicht beizutreten, wenn es in der vollständigen Ueberlassung des als Gegenstand des Unternehmens bezeichneten Eisenbahnbetriebes an einen Andern gegen vertragliche Zusicherung einer festen Rente eine Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens nicht erblickt. Der Gegenstand des Unternehmens bestand in jenem Falle in dem Betriebe für eigene Rechnung und mag auch in zeitweisem, pachtweisem Ueberlassen des Betriebes an eine andere Person dieser Gegenstand nicht abgeändert werden, so ist das doch sicherlich der Fall, wenn die Einkünfte der Gesellschaft fortan nicht mehr erzielt werden sollen durch den Betrieb für eigene Rechnung, sondern durch den Bezug einer vertraglich ausbedungenen festen Rente, die doch von dem Gegenkontrahenten gewährt werden muß, gleichviel, ob er den Betrieb fortsetzt oder nicht. (Anders, wie gesagt, R.G. 3 S. 128; übereinstimmend mit uns Ring Anm. 6 zu Art. 215; Makower S. 647; Sachs in G.Z. 29 S. 41 ff.[1]). Im Uebrigen ist nicht die thatsächliche Aufgabe des bis-

[1]) Daß aber ein solcher Beschluß überhaupt zulässig ist und noch nicht die Auflösung zur Folge hat, ist richtig. (Ring Anm. 6 zu Art. 215.) Ebenso ist zulässig ein solcher Beschluß mit der Maßgabe, daß die A.G. nur am Gewinne partizipirt (O.L.G. Stuttgart in G.Z. 40 S. 474). Freilich liegt auch darin eine Gegenstandsänderung.

herigen Betriebes oder eines Betriebszweiges als Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens im Sinne dieses Paragraphen zu betrachten, sondern eine Transaktion, durch welche der betreffende Betrieb für die Folgezeit der Gesellschaft thatsächlich oder rechtlich unmöglich wird. (Vergl. Sachs a. a. O. S. 42.) So war es z. B. keine Gegenstandsabänderung, als die Neue Berliner Omnibus- und Packetfahrtaktiengesellschaft in Berlin, welche neben der Brief- und Packetbeförderung auch noch auf einigen Linien einen Omnibusbetrieb hatte, diesen letzteren Betrieb nebst dem ganzen dazu gehörigen Material veräußerte. Anders wäre es gewesen, wenn sich die Gesellschaft dem Erwerber gegenüber zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet hätte oder wenn die veräußerten Linien die einzigen gewesen wären, welche konzessionsfähig waren. — Wegen staatlicher Genehmigung siehe Anm. 5 zu § 277.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Besondere Abstimmungsvorschrift, wenn das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachtheil einer Gattung geändert werden soll.**

a) Das bezieht sich nach der herrschenden Meinung (Ring, Pinner, Esser, anders Makower S. 643) nicht auf die zahlreichen Fälle, wo eine Aenderung des Statuts den verschiedenen Aktiengattungen gerade wegen der bereits bestehenden Verschiedenheit ihrer Rechtsstellung zur Gesellschaft verschiedene Vortheile oder Nachtheile bringt (solche verschiedene Wirkung werden sehr viele wichtige Statutenänderungsbeschlüsse haben, z. B. wenn neue Grundsätze über Abschreibungen, über Dotirung des Reservefonds ꝛc. aufgestellt werden), sondern es sind diejenigen Fälle gemeint, in denen die Art oder das Maß der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten einer Gattung von Aktien für die Zukunft abgeändert werden, so z. B. wenn bestimmt wird, daß die Vorzugsaktien in Zukunft nicht mehr 5 %, sondern nur noch 4 % vorweg erhalten sollen, oder daß in Zukunft nicht mehr zwei Stammaktien, sondern nur drei Stammaktien eine Stimme haben sollen. Ein Beispiel wäre auch die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Nachzahlungen à fonds perdu ohne Erhöhung des Grundkapitals durch Majoritätsbeschluß für den Fall, daß man diese Transaktion für zulässig hält (vergl. Anm. 2 zu § 185). Sind nämlich schon mehrere Aktiengattungen vorhanden, so werden dieselben in ihrem Verhältnisse zur Gesellschaft durch diese Transaktion benachtheiligt. — Ist zweifelhaft, welche Aktiengattung benachtheiligt ist, so empfiehlt es sich, daß alle Gattungen den Sonderbeschluß fassen.

Anm. 4. b) Erfordert wird neben dem Gesammtbeschlusse der Generalversammlung ein in gesonderter Abstimmung (nicht wie früher in besonderer Generalversammlung) gefaßter Beschluß der benachtheiligten Aktionäre, der dieselbe Majorität, wie nach Abs. 1 der Gesammtbeschluß erfordert. Werden mehrere Aktiengattungen benachtheiligt, so müssen die mehreren Aktiengattungen je einen solchen Separatbeschluß fassen. Fehlt es an dem Zustimmungsbeschlusse der besonderen Generalversammlung, so ist ein Beschluß nach Maßgabe des Gesetzes überhaupt nicht gefaßt und der Registerrichter hat die Eintragung abzulehnen, gleichviel, ob eine Anfechtung erfolgt ist oder nicht (Johow 16 S. 20). Ist von den benachtheiligten Aktionären niemand erschienen oder betheiligt sich keiner der Erschienenen an der gesonderten Abstimmung, so wird dies registrirt. Der Separatbeschluß erledigt sich dadurch, nicht hat das umgekehrt zur Folge, daß ein giltiger Beschluß nicht vorliegt. Sonst könnten die benachtheiligten Aktionäre durch ihren passiven Widerstand das Zustandekommen einer heilsamen oder sogar nothwendigen Transaktion verhindern. Es muß aber hier, wie immer bei Generalversammlungen, genügen, daß allen Interessenten Gelegenheit gegeben wird, ihre Rechte geltend zu machen und ihr Veto einzulegen. Wird dies Seitens aller Aktionäre einer Aktiengattung versäumt, so genügt der Gesammtbeschluß der anderen Aktionäre (anders Makower S. 649, Pinner S. 248). Ebenso wäre es eine überflüssige Formalität, wollte man annehmen daß die benachtheiligten Aktionäre einen Separatbeschluß auch dann fassen müssen, wenn schon bei dem Gesammtbeschlusse sämmtliche überhaupt vorhandenen Aktien vertreten waren und zugestimmt haben. — Zu erwähnen ist, daß die mit periodischer

Leistungspflicht gemäß § 212 verbundenen Aktien und die Aktien ohne solche Verpflichtung nicht verschiedene Aktiengattungen im Sinne des § 275 sind (Bolze 5 Nr. 757), wenn sie auch im Uebrigen als verschiedene Aktiengattungen zu betrachten sind (Anm. 6 zu § 184). Die ersteren sind durch § 276 gegen ihnen nachtheilige Statutenänderungen anderweit geschützt.

c) Der Separatbeschluß der benachtheiligten Aktionäre setzt eine besondere Ankündigung dieser Beschlußfassung voraus. Der Separatbeschluß ist sonst ungiltig und damit auch der Gesammtbeschluß, es tritt aber durch unterlassene Anfechtung Giltigkeit ein. Anm. 5.

Die Anfechtung des Separatbeschlusses erfolgt durch Anfechtung des Hauptbeschlusses. Der Separatbeschluß ist ein Requisit des Hauptbeschlusses. Dieser ist ungiltig und Gegenstand der Anfechtung, wenn behauptet wird, der Separatbeschluß sei ungiltig.

Zusatz 1. Uebrigens hat das Gesetz auch sonst besondere Abstimmungsvorschriften für Statutenänderungen gegeben, z. B. die erleichternde des § 245 Abs. 2, erschwerende dagegen bei der Kapitalsherabsetzung, die ja auch Statutenänderungsbeschlüsse sind (vergl. Anm. 1 u. 2 zu § 274). Anm. 6.

Zusatz 2. Stempelfrage. Die Statutenänderung ist nicht als ein neuer Gesellschaftsvertrag zu verstempeln, da er ein solcher nicht ist (Heinitz S. 254). Anm. 7.

Zusatz 3. Uebergangsfrage. Auf bestehende Gesellschaften findet der Paragraph Anwendung (Anm. 4 flg. zu § 178). Anm. 8.

§ 276.

Eine Verpflichtung der Aktionäre zu Leistungen der im § 212 bezeichneten Art kann, sofern sie nicht in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, nur mit Zustimmung sämmtlicher von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre begründet werden.

Ueber den vorliegenden Paragraphen ist bereits zu § 212 gehandelt. Siehe dort Näheres. Insbesondere ist auch hier hervorzuheben, daß nicht bloß die Auferlegung der Leistungspflicht, sondern auch die Erschwerung der bestehenden Leistungspflicht nur mit Zustimmung der belasteten Aktionäre erfolgen kann. Hierüber und über die Form, in welcher die Zustimmung ertheilt werden muß, siehe Anm. 7 zu § 212.

§ 277.

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften ein Anderes ergiebt, ist die Anmeldung durch den Vorstand zu bewirken.

Bei der Eintragung genügt, soweit nicht die Abänderung die im § 198 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die in den §§ 199, 201 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung der Statutenänderungsbeschlüsse, ihre Eintragung, ihre Publikation und die Wirkung der Eintragung an.

1. (Abs. 1.) **Die Anmeldung der Statutenänderung.** Sie erfolgt durch den Vorstand, nicht nothwendig durch alle Vorstandsmitglieder (Denkschrift S. 155). Bei der Kapitalserhöhung Anm. 1.

ist Abweichendes vorgeschrieben (§ 280). Gemeint ist jede Statutenänderung, auch die durch den Aufsichtsrath kraft Delegation geschehene Fassungsänderung (§ 274 und Anm. 3 dazu). Der Vorstand hat einem solchen Beschlusse gegenüber nicht die Berechtigung und nicht die Verpflichtung, zu prüfen, ob die Fassungsänderung korrekt ist. Er kann sich durch eine abweichende Auffassung nach dieser Richtung der Anmeldungspflicht nicht entziehen, kann aber seine Bedenken dem Registerrichter mittheilen und sogar Namens der Gesellschaft Beschwerde gemäß § 20 F.G. erheben. Wenn dagegen nach seiner Auffassung der Aufsichtsrathsbeschluß sich von dem Auftrage zur Fassungsänderung derart entfernt, daß durch die angebliche Fassungsänderung in Sonderrechte eingegriffen wird oder unverzichtbare öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt werden, so hat er die Anmeldung abzulehnen, wie er in diesem Falle allerdings auch die Anmeldung des Generalversammlungsbeschlusses, durch welchen eine Statutenänderung direkt beschlossen wurde, ablehnen kann. — Die Anmeldung erfolgt zum Hauptregister und zu den Zweigregistern (§ 13). Ein Zwang zur Eintragung in das Hauptregister durch das Registergericht findet aber nicht statt (§ 319), die Gesellschaftsorgane sind der Gesellschaft gegenüber Kraft ihrer Stellung zur Anmeldung verpflichtet. Dagegen findet ein Zwang zur Eintragung in das Zweigregister statt, nachdem einmal die Eintragung in das Hauptregister erfolgt ist (§ 14).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Die Eintragung.** Auch diese erfolgt in das Hauptregister und in das Zweigregister (§ 19), nur mit verschiedener Wirkung (Abs. 3), indem nur die erstere zur Giltigkeit erforderlich ist. — Zulässig ist die Eintragung im vollen Umfange. Erforderlich ist aber eine wirkliche Eintragung nur, soweit es sich um die im § 198 bezeichneten Punkte handelt (Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals, besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft, und Vertretungsbefugniß der gesetzlichen Vertreter). Im Uebrigen genügt eine Bezugnahme auf die überreichte Urkunde.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Die Publikation** der eingetragenen Statutenänderung umfaßt die in den §§ 199, 201 bezeichneten Punkte, deren Aufzählung hier zu weit führen würde. Soweit diese Punkte nicht geändert sind, erfolgt keine Publikation der Statutenänderung (anders früher Art. 214, wonach jede Statutenänderung publicirt werden mußte).

Anm. 4. 4. (Abs. 4.) **Von der Eintragung im Handelsregister hängt die Giltigkeit des Statutenänderungsbeschlusses ab.** Vor derselben ist er ungiltig und hat keine rechtliche Wirkung, und zwar nach außen und nach innen (R.G. 24 S. 58; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1590; Ring Anm. 5 zu Art. 214; Förtsch Anm. 7 zu Art. 180 f). Die Gesellschaft lebt bis zur Eintragung nach der bisherigen Gesellschaftsregel, von der Eintragung ab nach der geänderten. Die Generalversammlung kann nun allerdings zugleich mit Statutenänderungsbeschlüssen ausführende Beschlüsse fassen, welche die Eintragung des Gesellschaftsvertrages zur Voraussetzung haben und mit dieser Eintragung Giltigkeit erlangen, wie z. B. die Wahl neuer Aufsichtsrathsmitglieder bis zu der durch den Statutenänderungsbeschluß erhöhten Ziffer. Vom R.G. 24 S. 58 ist dies dahin gestellt gelassen, in der Registerpraxis aber angenommen worden z. B. bei Ausgabe von Prioritätsaktien, die durch dieselbe Generalversammlung für zulässig erklärt und für den Fall der Eintragung dieses Beschlusses geschaffen werden, bei einer Kapitalserhöhung über pari, die durch dieselbe Generalversammlung gemäß § 184 für zulässig erklärt und sogleich beschlossen werden kann (Anm. 5 zu § 184); es kann ferner die Einziehung von Aktien mittels Ankaufs für zulässig erklärt (§ 227) und gleichzeitig für den Fall der Eintragung dieses Beschlusses bestimmt werden, in welcher Weise dieser Ankauf bewirkt werden soll. Das Gleiche muß z. B. gelten bei der für Versicherungsgesellschaften gegebenen Vorschrift des § 278 Abs. 1 Satz 2. Die Zulässigkeit derartiger bedingten Beschlüsse ist hier ebenso anzunehmen, wie es auch zulässig ist, daß die anderen Organe der Gesellschaft analog bedingte Beschlüsse fassen. Z. B. wenn der Aufsichtsrath unmittelbar nach dem Statutenänderungsbeschlusse, durch welchen die Zahl der Vorstandsmitglieder auf zwei erhöht wird, das zweite Mitglied bestellt. Funktioniren kann dieses erst von der Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses, von da ab ist die Bestellung erst unbedingt wirksam; aber giltig, wenn auch nur bedingt wirksam, war die Bestellung sofort. Die Generalversammlung

ist ja auch nur ein Verwaltungsorgan der Gesellschaft, wenn auch das oberste. Aber immer ist dabei festzuhalten, daß die ausführenden Beschlüsse erst mit der Giltigkeit des Hauptbeschlusses giltig werden, daß also insbesondere ein in dieser Weise eventuell geschaffenes Gesellschaftsorgan bis zur Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses nicht existirt, also nicht funktioniren kann. Faßt es dennoch Beschlüsse, so sind sie eo ipso ungiltig und können auch nicht konvalesciren durch Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses (R.G. 24 S. 58). Ein anderes Beispiel wäre, wenn die Generalversammlung in Abänderung der Statuten beschlösse, daß fortan nicht mehr zwei, sondern nur ein Vorstandsmitglied die Gesellschaft vertreten soll, und in Verbindung hiermit das eine fortan allein vertretungsberechtigte Mitglied ernennen würde. Dessen alleinige Vertretungsbefugniß beginnt in solchem Falle erst mit der Eintragung des Hauptbeschlusses. Rechtsakte, die es in der Zwischenzeit allein vornimmt, sind für die Gesellschaft nicht verbindlich und müssen, um verbindlich zu werden, von Neuem geschlossen werden, nachdem die Statutenänderung eingetragen ist.

Anm. 5. **Zusatz 1. Ist der Gegenstand des Unternehmens konzessionspflichtig und die Eintragung der Gesellschaft von der Beibringung der Konzessionsurkunde abhängig,** so ist auch die Eintragung der Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens von der Beibringung der Genehmigung abhängig. (Johow 11 S. 28.) Nicht aber ist etwa jede Statutenänderung in solchem Falle von der Behörde zu genehmigen (Makower S. 654). Näheres hierüber Anm. 11 zu § 195.

Anm. 6. **Zusatz 2. Die Eintragung hat eine doppelte Bedeutung.** Sie bewirkt zunächst die Giltigkeit des Beschlusses, und zwar ohne hinzukommende Publikation. Die Eintragung mit hinzukommender Publikation hat aber noch eine weitere Bedeutung, nämlich die auf § 15 beruhende, daß jeder Dritte den Inhalt des Beschlusses so gegen sich gelten lassen muß, als sei er ihm bekannt. (Düringer und Hachenburg I S. 86; vergl. bei uns Anm. 12 im Exkurse zu § 8.)

Anm. 7. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Soweit die Vorschriften Neuerungen enthalten, gelten sie auch für bestehende Gesellschaften (Anm. 4 flg. zu § 178).

§ 278.

Eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien soll nicht vor der vollen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen. Für Versicherungsgesellschaften kann im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt werden. Durch Rückstände, die auf einen verhältnißmäßig unerheblichen Theil der eingeforderten Einzahlung verblieben sind, wird die Erhöhung des Grundkapitals nicht gehindert.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des § 275 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Sollen die auf die Kapitalserhöhung entfallenden neuen Aktien für einen höheren als den Nennbetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll, in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen.

Vorbemerkungen.

Anm. 1. 1. **Das Wesen der Kapitalserhöhung** besteht in der Aufnahme neuer Mitglieder.[1]) Es liegt keine Neugründung vor. Denn eine bestehende Gesellschaft kann nicht mehr gegründet

[1]) Das Gesetz kennt wenigstens nur eine Kapitalserhöhung „durch Ausgabe neuer Aktien". Eine Kapitalserhöhung durch bloße Erhöhung des Nennwerths der Aktien kennt das Gesetz nicht, für unzulässig ist sie deshalb nicht zu erachten, aber den Regeln des § 278 zu unterwerfen (Makower S. 664).

werden. Es liegt auch kein Verkauf von neuen Aktienrechten durch die Gesellschaft vor (R.G. 32 S. 248). Vielmehr werden lediglich neue Mitglieder aufgenommen, welche einerseits als Aequivalent für ihre Mitgliedschaften eine Einlage zu machen haben, und andererseits dafür an den Erträgnissen der Gesellschaft betheiligt werden.

Anm. 2. 2. **Der Kapitalserhöhungsbeschluß ist eine Unterart der Statutenänderung.** Das ist jetzt nicht mehr zweifelhaft (§ 274). Andererseits ist es als Eigenthümlichkeit dieses Statutenänderungsbeschlusses hervorzuheben, daß er bedingt ist. Die Generalversammlung kann naturgemäß nur beschließen, daß die Grundkapitalsziffer, wenn möglich erhöht, also verändert werden soll. Ob die Erhöhung wirklich stattfindet, hängt von anderen Thatsachen ab, deren Eintritt sie nicht gebieten kann, nämlich von der Frage, ob Aktien gezeichnet und bei Baareinlagen die Viertelsdeckung eingezahlt wird. Daß diese Bedingung eingetreten ist, wird besonders zum Register angemeldet, und alsdann ist erst die von der Generalversammlung beschlossene Grundkapitalsziffererhöhung eintragungsfähig.

3. **Der Hergang der Kapitalserhöhung** ist folgender:

Anm. 3. a) Zunächst hat die Generalversammlung den Beschluß zu fassen, daß die Erhöhung stattfinden soll. Für diesen Beschluß sind maßgebend die §§ 278, 279, 283.

b) Diesen Beschluß haben die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und dabei die Versicherung abzugeben, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt oder weitere als die angegebenen Rückstände nicht vorhanden sind (§ 280).

c) Zu beachten ist, daß unmittelbar nach Fassung des Generalversammlungsbeschlusses, aber allerdings auch nicht früher (vergl. Anm. 15 zu § 179), die Anzeige von der intendirten Erhöhung nach § 4 des Reichsstempel-Gesetzes zu erstatten ist.

d) Alsdann wird der Generalversammlungsbeschluß eingetragen und publizirt.

e) Alsdann — nach Wahl der Gesellschaftsorgane aber auch vor der Anmeldung und Eintragung zu b und d (§ 185) — kann die Ausführung des Generalversammlungsbeschlusses erfolgen. Dieselbe beginnt damit, daß auf das Zusatzkapital Zeichnungen aufgenommen werden.

In welcher Weise die Zeichnungen geworben werden, darüber sagt das Gesetz nichts. Das ist Sache der Gesellschaftsorgane. Nur das eine bestimmt das Gesetz, daß, wenn der Generalversammlungsbeschluß über das Recht auf Zutheilung der Aktien nicht anders disponirt, die Aktionäre zur Zeichnung einzuladen sind (§ 282).

f) Nachdem die Aktien gezeichnet und die eingeforderte Einzahlung von mindestens 25% und das Agio auf das Zusatzkapital, soweit es baar zu zahlen ist, gemacht ist, ist dies beim Handelsgericht anzumelden. Sollte die Anmeldung zu b bis dahin noch nicht erfolgt sein, so muß sie jetzt gleichzeitig erfolgen. Die Anmeldung erfolgt auch hier durch die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths durch Erklärungen von gesetzlich vorgeschriebenem Inhalt und unter Beifügung von Belägen und Urkunden, die ebenfalls gesetzlich vorgeschrieben sind (§ 284).

g) Alsdann erfolgt die Eintragung des Zusatzkapitals und die Publikation (§ 284).

h) Nach erfolgter Eintragung der durchgeführten Erhöhung darf die Ausgabe der neuen Aktien erfolgen (§ 287).

Anm. 4. **Der vorliegende Paragraph normirt die erste Voraussetzung der Kapitalserhöhung** (Abs. 1) **und giebt eine Abstimmungsvorschrift** (Abs. 2), **sowie eine Vorschrift über den Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses** (Abs. 3).

1. (Abs. 1.) **Erste Voraussetzung der Kapitalserhöhung ist die bisherige Einzahlung des Grundkapitals.** Das bisherige Grundkapital muß voll eingefordert und im Wesentlichen auch voll eingezahlt sein. Unerhebliche Rückstände schaden aber nichts. Was nach Lage der Sache unerhebliche Rückstände sind, entscheidet der Registerrichter. In der Anmeldung sind die nöthigen Angaben darüber zu machen (§ 280). Eingezahlt ist das Grundkapital dann, wenn die Sacheinlagen gemacht sind und die Baareinzahlungen geleistet sind. Was man unter Leistung einer Sacheinlage versteht, darüber siehe Anm. 5 zu § 186, auch Anm. 1 zu § 279. Was man unter baarer Einzahlung des Grundkapitals versteht,

darüber siehe Anm. 13 zu § 195 Abs. 3. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung berechtigt und verpflichtet den Registerrichter zur Ablehnung der beantragten Eintragung. Aber der trotzdem eingetragene Erhöhungsbeschluß ist giltig („soll"). Daß auch das Agio eingezahlt sein müsse, ist hier nicht gesagt. Das brauchte aber nicht gesagt zu werden, weil ja das bisherige Grundkapital garnicht eingetragen sein konnte, ehe das Agio eingezahlt war (§§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3).

Für Versicherungsgesellschaften kann im Gesellschaftsvertrage von dieser Voraus- Anm. 5.
setzung abgesehen werden. Diese Ausnahme ist so zu verstehen, daß nicht bloß der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag, sondern auch der abgeänderte dies vorsehen kann. Also können auch ältere Gesellschaften ihre Statuten dahin ändern (Hergenhahn in Busch Archiv 48 S. 182). Es ist auch angängig, daß dieselbe Generalversammlung die betreffende Statutenänderung und eventl. die Kapitalserhöhung beschließt (Anm. 4 zu § 277).

2. (Abs. 2.) **Eine Abstimmungsvorschrift über die Kapitalserhöhung.** Anm. 6.

a) Vorauszuschicken ist, daß nur die Generalversammlung die Kapitalserhöhung beschließen kann. Das ist zwar nicht besonders hervorgehoben (anders früher Art. 215a Abs. 2). Jetzt ergiebt es sich aber ohne Weiteres daraus, daß die Kapitalserhöhung eine Art der Statutenänderung ist (oben Anm. 2). Hierdurch ist von Neuem klargestellt, daß die Generalversammlung die Beschlußfassung über die Kapitalserhöhung nicht anderen Gesellschaftsorganen übertragen kann. Ueber die Frage, ob die Verhältnisse der Gesellschaft eine Kapitalserhöhung erheischen, soll allein das oberste Willensorgan der Gesellschaft entscheiden. Dieses allein bestimmt, in welcher Weise diese Satzungsänderung eintreten soll. Daraus folgt, daß es unrichtig ist, wenn die Kapitalserhöhungsbeschlüsse häufig dahin lauten, daß das Kapital bis zu einer bestimmten Ziffer erhöht werden soll, daß aber die Bestimmung der Raten, in welchen, und der Zeitpunkte, zu welchen dies im Einzelnen geschehen soll, dem Aufsichtsrath überlassen werde. Solche Delegation muß für unzulässig gehalten werden. Denn dadurch wird gerade das erzielt, was schon das Aktiengesetz von 1884 mit seiner Reform beseitigen wollte: infolge solcher Delegation bestimmt der Aufsichtsrath, wann in Wahrheit das Kapital erhöht werden, ob dies sofort, oder nach Wochen oder Monaten oder gar nach Jahren geschehen soll. Ist mit einem solchen Generalversammlungsbeschlusse ein Aktienbezugsrecht für einen Fremden konstituirt, so zeigt sich recht eklatant, daß dies derjenige Zustand wäre, den schon das Aktiengesetz von 1884 gerade beseitigen wollte. Denn alsdann würden die neuen Aktien nicht mehr nothwendig alsbald nach Fassung des Generalversammlungsbeschlusses ausgegeben werden, sondern nach Bestimmung des Aufsichtsraths, und die Gefahr, daß dieses nur aus sehr wenigen Mitgliedern bestehende Organ bei der künftigen Ausgabe der Aktien weniger das Kapitalbedürfniß der Gesellschaft, als die Sonderinteressen der Bezugsberechtigten berücksichtigen würde, wäre dann gerade vorhanden. (Zust. K.G. bei Johow 14 S. 26; Pinner S. 253.)

Dagegen bleibt es der Generalversammlung überlassen, ob sie bestimmen will, das Kapital dürfe nur dann erhöht werden, wenn der ganze betreffende Aktienbetrag gezeichnet ist, oder wenn ein bestimmter Mindestbetrag gezeichnet ist oder zu jedem Betrage innerhalb der Erhöhungsziffer, welcher durch die Zeichnung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte erreicht wird. Es ist Auslegungssache, was gemeint ist, ob insbesondere die beschlossene Kapitalserhöhung als gescheitert gelten soll, wenn die ganze Erhöhungsziffer nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkte erreicht ist. (Vergl. hierüber Ring Anm. 4 zu Art. 215b.) Bedenklich ist es, wenn Pinner S. 253 in solchem Zweifelsfalle die Auslegung für unzulässig hält und einer neuen Generalversammlung die Entscheidung überlassen will. Warum sollte ein Generalversammlungsbeschluß der Auslegung unzugänglich sein? Sind doch Entschließungen von wichtigerer Art, richterliche Urtheile, Erlasse der Regierungen, ja selbst Gesetze der Auslegung unterworfen.

b) Die Abstimmung bei der Generalversammlung folgt der Vorschrift Anm. 7.
des § 275 Abs. 1. Es sind also, wenn das Statut geringere oder höhere Abstimmungs-

erfordernisse für Statutenänderungen oder speciell für die Kapitalserhöhung festsetzt, diese maßgebend (Makower S. 666, während Esser Anm. 1 die allgemeine auf Satzungsänderungsbeschlüsse bezügliche Abstimmungsvorschrift des Statuts nicht ohne Weiteres auf den Kapitalserhöhungsbeschluß mitbeziehen will). Sonst ist die Mehrheit von $^3/_4$ des Grundkapitals erforderlich (Näheres hierüber Anm. 1 zum § 275). Es ist nicht etwa stets die $^3/_4$ Mehrheit erforderlich, auch dann nicht, wenn ein qualificirter Kapitalserhöhungsbeschluß nach § 279 vorliegt. Wie aber, wenn ein Fall des § 207 vorliegt? Darüber Anm. 9 zu § 279.

Anm. 8. c) Nur für den Fall ist eine besondere Abstimmungsvorschrift gegeben, wenn mehrere Gattungen von Aktien bereits vorhanden sind. Hier bedarf es stets noch eines Separatbeschlusses jeder Aktiengattung, gleichviel welche als benachtheiligt zu erachten ist. Näheres über diese Separatbeschlüsse Anm. 4 u. 5 zu § 275. Insbesondere gilt auch für diesen Separatbeschluß, was hier besonders hervorgehoben wird, die Abstimmungsvorschrift des § 275 Abs. 1, und ferner muß auch hier eine besondere Ankündigung der Separatabstimmung erfolgen, was das Gesetz durch die Citirung des § 275 Abs. 3 Satz 2 hervorgehoben hat. Auch hierüber Näheres Anm. 4 zu § 275.[1])

3. (Abs. 3.) **Eine Vorschrift über den Inhalt des Kapitalserhöhungsbeschlusses: nämlich über**

Anm. 9. **den Ausgabekurs.**

a) Ueber den Ausgabekurs braucht der Kapitalserhöhungsbeschluß nichts zu enthalten (anders der frühere Art. 215a Abs. 2). Enthält er hierüber nichts, so erfolgt die Ausgabe al pari und darf nur zu diesem Kurse erfolgen. Eine Ausgabe unter pari ist überhaupt nicht statthaft (§ 184). Erfolgt sie gleichwohl, so gilt sie als Ausgabe al pari (Anm. 2 zu § 184). Eine Ausgabe über pari ist statthaft, wenn sie in dem Gesellschaftsvertrage zugelassen ist (§ 184 Abs. 2). Das braucht nicht der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag zu sein. Es genügt auch, wenn derjenige Generalversammlungsbeschluß, der die Kapitalserhöhung anordnet, auch den Gesellschaftsvertrag dahin abändert, daß die Ausgabe von Aktien über pari fortan zulässig ist. Dazu ist natürlich die Beobachtung der Erfordernisse für Statutenänderungsbeschlüsse überhaupt, nicht bloß der für die Kapitalserhöhungsbeschlüsse erforderlich (vergl. Anm. 4 zu § 277).

Anm. 10. Soll nun im konkreten Falle die Ausgabe über pari erfolgen, so ist dies nur zulässig, wenn der Kapitalserhöhungsbeschluß den Mindestbetrag des Ausgabekurses bestimmt. (Das gilt nach unserer Ansicht auch dann, wenn für die neu zu emittirenden Aktien außer einem Kapitalbetrage auch Stückzinsen[2]) gefordert werden). Das Agio braucht also in dem Generalversammlungsbeschlusse nicht genannt zu werden, wohl aber wird der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, im Zeichnungsscheine genannt (§ 281 Nr. 2) und in der Anmeldung angegeben. In der letzteren muß auch die Einzahlung des Agios bezeugt sein (§§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3). Nicht zulässig ist es hiernach, daß die Gesellschaftsorgane ein unbestimmtes Agio festsetzen, etwa dahin, daß der Uebernehmer die Hälfte des von ihm selbst bei der Weiterveräußerung zu erzielenden Agios als solches an die Gesellschaft zu entrichten habe. Denn das Agio muß ja schon in der Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung als eingezahlt bezeugt werden. — Der Ausgabekurs kann für die Aktien derselben Kapitalserhöhung verschieden bestimmt werden. (Anm. 6 zu § 184.)

---

[1]) Die Ankündigung der Tagesordnung hat zu lauten: Erhöhung des Grundkapitals um eine Million Mark durch Ausgabe neuer Inhaberaktien zu 1000 Mark (§ 274 Abs. 2; die in Anm. 8 zu § 256 vorgeschlagene kürzere Fassung genügt nicht); dazu kommt die Ankündigung nach Anm. 8, ferner die Ankündigung der Fassungsänderung (Anm. 14a) und endlich die Ankündigung „Begebung der Aktien", wenn eine in das Bezugsrecht der Aktionäre eingreifende Bestimmung gemäß § 282 getroffen werden soll.

[2]) Wenn nichts darüber bestimmt wird, von welchem Zeitpunkt die neu emittirten Aktien an der Jahresdividende theilnehmen, so nehmen sie an der Dividende des ganzen laufenden Jahres theil (anders Behrend § 133 Anm. 10; Ring S. 396 — am Jahresgewinn pro rata —). Es ist aber eine Bestimmung zulässig, daß die Aktien erst von einem anderen Zeitpunkte ab, etwa vom Tage der Ausgabe, partizipiren. Wie die Stückzinsen zu buchen sind, darüber siehe Anm. 15 zu § 262.

b) Ein weiterer Inhalt des Kapitalserhöhungsbeschlusses ist in § 279 angeordnet für den Fall der Sacheinlage und Uebernahme. Anm. 11.

c) Ferner muß der Kapitalserhöhungsbeschluß über die Zutheilung der neuen Emission disponiren, wenn den Aktionären das Recht auf die Zutheilung genommen werden soll (§ 282). Anm. 12.

d) Der aus dem Wesen der Sache sich ergebende nothwendige Inhalt des Kapitalserhöhungsbeschlusses ist die Angabe, bis zu welchem Betrage das Aktienkapital erhöht werden soll (vergl. § 182 Nr. 3; oben Anm. 2 u. 6), ferner die Angabe der Höhe der einzelnen Aktien (vergl. dieselben Belegstellen). Anm. 13.

e) Es wird sich ferner empfehlen, im Erhöhungsbeschlusse jedesmal zu bestimmen, ob die Aktien auf Namen oder auf Inhaber lauten sollen. Genau genommen ist dies nicht immer nothwendig. Wenn der Gesellschaftsvertrag darüber nichts bestimmt oder wenn er bestimmt, daß die Aktien der Gesellschaft auf den Namen lauten sollen, so versteht es sich von selbst, daß die zu emittirenden Aktien auf den Namen zu stellen sind (§ 183). Wenn dagegen der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Aktien der Gesellschaft auf den Inhaber lauten, so bezieht sich das ebenfalls auf die Aktien neuer Emissionen, außer wenn nach der Fassung des Gesellschaftsvertrages jene Statutenbestimmung sich nur auf die Aktien erster Emission bezieht. In diesem letzteren Falle sind die Aktien neuer Emissionen wiederum selbstverständlich auf den Namen zu stellen. Allein um jeden Zweifel auszuschließen und um bei dieser wichtigen Frage nicht auf den Weg der Auslegung verwiesen zu sein, ist die Angabe, ob die neu zu emittirenden Aktien auf den Namen oder auf den Inhaber lauten sollen, zu empfehlen. Das geschieht in der Praxis auch stets. Soweit sich der Kapitalserhöhungsbeschluß hierdurch mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage in Widerspruch setzt, ist er ein selbstständiger Statutenänderungsbeschluß und bedarf derjenigen Erfordernisse, welche für einen Statutenänderungsbeschluß in dem Gesetze oder im Vertrage vorgesehen sind. Anm. 14.

f) Es empfiehlt sich ferner, gemäß § 274 Abs. 1 Satz 2, dem Aufsichtsrath die Festsetzung der Fassung desjenigen Statutenparagraphen aufzutragen, der von der Grundkapitalsziffer handelt. Nach Durchführung der Kapitalserhöhung stellt, wenn ihm dieser Auftrag ertheilt ist, der Aufsichtsrath diese neue Fassung durch Beschluß fest und dieser wird mit angemeldet (vergl. Anm. 1 zu § 277). Nothwendig ist es nicht, daß die Generalversammlung solchergestalt für die Richtigstellung des Statuts Sorge trägt. Die betreffende Statutenstelle ist durch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung von selbst geändert. Aber es entspricht dies der Ordnung und ist allgemein in Uebung. Anm. 14a.

g) Im Uebrigen ist es völlig Sache der Generalversammlung, welchen weiteren Inhalt sie ihrem Kapitalserhöhungsbeschlusse geben will. Die Generalversammlung kann den wirklichen Emissionskurs selbst bestimmen; desgleichen die Art, wie die Zeichnungen geworben werden sollen, wobei sie nicht gegen § 282 Abs. 2 verstoßen darf; sie kann, wenn sie das Prinzipalbezugsrecht der Aktionäre nicht beseitigt, ein eventuelles Bezugsrecht auf die Aktien, d. h. hinsichtlich der von den bisherigen Aktionären nicht gezeichneten Aktien der neuen Emission konstituiren; sie kann, wenn sie das Aktionärbezugsrecht für den konkreten Fall beseitigt, ihrerseits bestimmen, wem das Bezugsrecht zustehen soll; sie kann bestimmen, in welchen Raten die gezeichneten Beträge eingefordert werden sollen (bis auf die Viertelsbaardeckung und das Agio, die vorhanden sein müssen, vor der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung, §§ 284 Abs. 3, 195 Abs. 3); sie kann anordnen, von welchem Zeitpunkte ab die emittirten Aktien an der Jahresdividende theilnehmen sollen und in welcher Weise dies durch Entrichtung von Stückzinsen ausgeglichen werden soll (vergl. oben Anm. 10 Note 1). Anm. 15.

Aber wohlgemerkt: Alles das kann die Generalversammlung bestimmen, sie kann alles dies auch anderen Organen überlassen, ausdrücklich oder stillschweigend. Der Kommissionsbericht zum Aktiengesetz von 1884 (S. 11) sagt ausdrücklich, „daß es zu Anm. 16

weit führen würde, wenn man auch das Detail der Ausführung ausschließlich der Beschlußfassung durch die Generalversammlung vorbehalten wollte". Disponirt also die Generalversammlung über diese Punkte nicht, so sind die anderen Gesellschaftsorgane dazu berechtigt, also z. B. zur Konstituirung von eventuellen Bezugsrechten (selbstverständlich erst nach der Generalversammlung, § 283), zur Einforderung der Einzahlungen nach ihrem Ermessen, zur Bestimmung des wirklichen Emissionskurses (es können auch verschiedene Emissionskurse bestimmt werden; oben Anm. 10 a. E.); zur Bestimmung, von wann ab die neuen Aktien an der Dividende theilnehmen sollen.

Anm. 17. **Zusatz 1. Der Kapitalserhöhungsbeschluß kann auch aufgehoben werden.** Der Aufhebungsbeschluß unterliegt den gleichen Abstimmungsvorschriften, wie der Kapitalserhöhungsbeschluß. Es kann nicht etwa die einfache Majorität aufheben, was die höhere Mehrheit beschlossen hat. Auch kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen, nachdem bereits die Ausführung des Beschlusses erfolgt und die neuen Mitgliedschaften entstanden sind. Daß die Zeichnungen erfolgt, die Sacheinlagen schon gemacht sind, hindert aber die Aufhebung nicht. Soweit hierbei in Rechte Dritter eingegriffen wird, ergeben sich daraus andere Rechtsfolgen. Aber es haben die dritten Personen, mit denen im Hinblick auf die Kapitalserhöhung kontrahirt worden, kein erzwingbares Recht auf die Durchführung der Kapitalserhöhung.

Anm. 18. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung (Anm. 4 ffg. zu § 178).

Anm. 19. **Zusatz 3. Stempelfrage.** Der Kapitalserhöhungsbeschluß ist nach dem preußischen Stempelgesetze ebenso zu versteuern, wie der Gründungsvertrag (vergl. Anm. 17 zu § 179, wo auch die Bedenklichkeit der Vorschrift erörtert ist). Ueber andere Stempelfragen bei der Kapitalserhöhung siehe Anm. 14 ffg. zu § 179, ferner Zusatz 1 zu § 281.

§ 279.

Wird auf das erhöhte Grundkapital eine Einlage gemacht, die nicht durch Baarzahlung zu leisten ist, oder wird auf eine Einlage eine Vergütung für Vermögensgegenstände angerechnet, welche die Gesellschaft übernimmt, so müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden.

Jedes Abkommen dieser Art, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung in dem Beschlusse der Generalversammlung gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Die Vorschriften der §§ 207, 208 bleiben unberührt.

Sonderbestimmungen über die Kapitalserhöhung bei Sacheinlagen (qualifizirte Erhöhung).

Einleitung. Das Gesetz spricht zwar auch noch von Uebernahmen. Aber das Rechtsgeschäft, welches hier Uebernahme genannt wird, deckt sich nicht mit jenem, welches § 186 Abs. 2 erwähnt. Dort ist das glatte Uebernahmegeschäft getroffen, d. h. derjenige Fall, in welchem die Gesellschaft im Stadium der Gründung einen Gegenstand gegen ein Entgelt erwirbt (außer gegen Gewährung von Aktien der zu gründenden Gesellschaft, denn das wäre ja eine Sacheinlage). Bei der Kapitalserhöhung wäre das analoge Geschäft jedes Rechtsgeschäft, durch welches die Gesellschaft im Stadium der Kapitalserhöhung und im Hinblick auf dieselbe einen Gegenstand erwirbt in der Absicht, die Gegenleistung aus den Mitteln der durch Kapitalserhöhung der Gesellschaft zufließenden Mittel zu leisten. Diese Analogie wird aber nicht gezogen. Es fällt nicht jedes solche Geschäft unter die erschwerende Bestimmung des vorliegenden Paragraphen, sondern nur der Fall, in welchem eine Einlage auf die Vergütung für die übernommenen Gegenstände angerechnet wird, wo also zwar auf der einen Seite ein reines Uebernahmegeschäft, auf der anderen Seite eine Baareinlage vereinbart, gleichzeitig aber vereinbart wird, daß auf die zu leistende Baar-

einlage die Vergütung angerechnet, beide mit einander ganz oder zum Theil kompensirt werden sollen. In solchen Geschäften liegt im Grunde genommen nichts anderes, als eine besondere Art der Sacheinlage (vergl. R.G. 42 S. 4). Eine eigentliche Uebernahme ist es nicht und deshalb wird von der Auslegung dieser Ausdruck besser vermieden und statt dessen in beiden Fällen von Sacheinlagen, zu ihrer Unterscheidung aber von der eigentlichen und der uneigentlichen Sacheinlage gesprochen.

1. **Ueber den Begriff und die rechtliche Natur der Sacheinlage** siehe Anm. 4 zu § 186; darüber was Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, siehe Anm. 5 zu § 186. (Zur Ergänzung vergl. noch R.G. 42 S. 4, wonach auch die vertragsmäßige Gestattung der Aufrechnung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage erachtet werden kann.) Zu Anm. 7 in § 186 ist aber zu bemerken, daß hier der Sacheinleger auch zeichnen muß. § 281 macht hier keine Ausnahme. Ferner ist als sehr wichtig hervorzuheben, daß, wenn beschlossen wird, daß die Aktien der Gesellschaft selbst bei der Kapitalserhöhung in Zahlung genommen werden (vergl. z. B. Anm. 3 zu § 185; vergl. auch zu § 290), dies ebenfalls eine Sacheinlage ist. In diesem Falle werden aber besondere Verträge im Sinne des § 284 Nr. 2 nicht zu schließen sein. Es ist auch zulässig, zu bestimmen, daß die Aktionäre lediglich ihre alten Aktien (ohne Zuzahlung) an Zahlungsstatt geben, und es kann so das Kapital erhöht werden, ohne daß der Gesellschaft neue Werthe zugeführt werden. — Ueber den Begriff der Uebernahme Anm. 8 zu § 186. Ueber den Begriff der im vorliegenden Paragraphen erwähnten Uebernahme aber siehe oben die Einleitung. Anm. 1.

2. **Die in Abs. 1 vorgesehenen Punkte müssen im Generalversammlungsbeschlusse festgesetzt werden.** Die Folge der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift schreibt Abs. 2 vor: ein Abkommen, welches nicht in dieser Weise festgesetzt ist, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Aber daraus folgt nicht, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß in solchem Falle stets ohne Weiteres als reiner Gelderhöhungsbeschluß wirksam ist. Wollte man dies annehmen, so würde man dem Willen der Parteien nicht immer gerecht werden. So z. B. wenn zwar das Abkommen Erwähnung gefunden, aber irgend einer der im Abs. 1 vorgesehenen Punkte nicht festgesetzt ist. In solchem Falle ist doch zum Ausdruck gekommen, daß die Generalversammlung einen Sacheinlageerhöhungsbeschluß fassen wollte, ist er als solcher nicht giltig, so ist er überhaupt ungiltig. Anders wenn der Generalversammlungsbeschluß die Sacheinlage oder Uebernahme überhaupt nicht erwähnt. Dann gilt er als Gelderhöhungsbeschluß. Der Umstand, daß die Angelegenheit der Sacheinlage oder Uebernahme in der Generalversammlung zum Vortrag gebracht wurde, ändert daran nichts. Die Motive der Abstimmenden sind nicht zu ermitteln. Anm. 2.

   Weiter ist erforderlich, daß die Verträge urkundlich festgestellt werden. Das folgt aus § 284 Nr. 1. Die durchgeführte Kapitalserhöhung kann sonst nicht eingetragen werden. Anm. 3.

3. **Jedenfalls aber ist ein im Beschlusse nicht festgesetztes Abkommen der Gesellschaft gegenüber ungiltig.** Das kann auch dadurch nicht umgangen werden, daß Baarzahlung vereinbart und alsdann Hingabe an Zahlungsstatt vereinbart wird (vergl. hierüber Anm. 15 zu § 186). Das wäre ja gerade der Fall der uneigentlichen Sacheinlage, den der vorliegende Paragraph ebenfalls treffen will (oben die Einleitung). Anm. 4.

   Trotz der Unwirksamkeit des Abkommens hat der Registerrichter die Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses abzulehnen, wenn er erkennbar auf eine solche Umgehung hinausläuft (vergl. Anm. 17 zu § 186). Anm. 5.

Zusatz 1. Eine Revision der qualifizirten Erhöhung ist nicht angeordnet. Die entsprechenden Gründungsvorschriften sind nicht analog anwendbar. Anm. 6.

Zusatz 2. Als qualifizirte Erhöhung hat es das Gesetz nicht erklärt, wenn bei der Erhöhung besondere Vortheile einzelnen Aktionären gewährt werden sollen. Anscheinend braucht daher im Gegensatz zu dem gleichen Falle bei der Gründung (vergl. § 186), dies im Erhöhungsbeschlusse nicht festgesetzt zu werden. Anm. 7.

Zusatz 3. Die Festsetzung des Gesammtemissionsaufwandes im Generalversammlungsbeschlusse (analog der Festsetzung des Gesammtgründungsaufwandes im Gesellschaftsvertrage, § 186) Anm. 8.

ist nicht vorgesehen. Das Gesetz begnügt sich hier mit der Einreichung der Berechnung bei Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung (§ 284 Abs. 2 Nr. 3).

Anm. 9. **Zusatz 4. Liegt eine Nachgründung vor, d. h. ein unter § 207 fallender qualifizirter Erwerb in den ersten zwei Jahren nach der Gründung,** so muß der Erwerb durch die Generalversammlung genehmigt und die sonstigen Vorschriften der §§ 207 und 208 erfüllt werden, wie das Abs. 2 unseres Paragraphen ausdrücklich hervorhebt. Die Genehmigung kann natürlich, wenn die Mittel zum Erwerbe im Wege der Kapitalserhöhung aufgebracht werden sollen, in dem Kapitalserhöhungsbeschlusse selbst liegen, falls derselbe den kombinirten Vorschriften des vorliegenden Paragraphen und des § 207 entspricht.

Anm. 10. **Zusatz 5. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften gelten auch für die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften. Sie sind zwingend und beseitigen daher entgegenstehende statutarische Vorschriften (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 280.

Der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist oder, soweit die Einzahlung nicht stattgefunden hat, daß darauf weitere als die in der Anmeldung bezeichneten Beträge nicht rückständig sind.

Der vorliegende Paragraph ordnet die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses an.

Anm. 1. 1. **Die Anmeldung erfolgt durch die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths,** nicht durch diese Organe als solche. Vertretung ist zulässig (L.G. I Berlin bei Holdheim 6 S. 274). Ein Zwang zur Anmeldung zum Hauptregister durch das Registergericht findet nicht statt (§ 319 Abs. 2). Die Gesellschaftsorgane sind kraft ihrer Stellung zur Gesellschaft dieser gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Wegen Anmeldung zum Zweigregister siehe § 286.

Anm. 2. 2. **Wann die Anmeldung erfolgt,** ist nicht gesagt. Das steht lediglich unter der allgemeinen Sorgfaltspflicht der §§ 241 und 249. Indessen kann die Anmeldung jedenfalls verschoben werden bis zur Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung (§ 285). Es können also die Zeichnungen vorher aufgebracht werden, obgleich der Erhöhungsbeschluß vor der Eintragung nicht wirksam ist (vergl. Anm. 4).

Anm. 3. 3. **Die Anmeldung muß die Versicherung enthalten,** daß die im § 278 erwähnte erste Voraussetzung der Kapitalserhöhung zutrifft, d. h. die Versicherung der erfolgten Einzahlung des bisherigen Grundkapitals bezw. die Bezeichnung der etwaigen Rückstände, damit der Registerrichter prüfen kannn, ob dieselben nach Lage der Sache unerheblich sind (vergl. Anm. 4 zu § 278).

Ist die Versicherung unrichtig, so greift die Strafvorschrift des § 313 Nr. 3 Platz.

Anm. 4. 4. **Die Eintragung** macht den Beschluß erst wirksam (§ 277 Abs. 3).

Anm. 5. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Sowohl die erschwerende, als die erleichternde Vorschrift des vorliegenden Paragraphen finden auf Gesellschaften, die am 1. Januar 1900 bestehen, Anwendung (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 281.

Die Zeichnung der neuen Aktien geschieht mittelst Zeichnungsscheins. Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden; er hat außer den im § 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben zu enthalten:

1. den Tag, an welchem der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals gefaßt ist;
2. den Betrag, für welchen die Ausgabe der Aktien stattfindet, und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen;
3. die im § 279 vorgesehenen Festsetzungen und, wenn mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden, den Gesammtbetrag einer jeden;
4. den Zeitpunkt, in welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Vorschriften des § 189 Abs. 4, 5 finden mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß an die Stelle der Eintragung der Gesellschaft in das Handlsregister die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals tritt.

Der vorliegende Paragraph enthält Vorschriften über den Zeichnungsschein.

1. **Rechtliches Wesen der Zeichnung** bei der Kapitalserhöhung. Anm. 1.

In der Zeichnung liegt die Offerte, Mitglied der Gesellschaft zu werden. (Ueber die rechtliche Natur des Zeichnungsscheins und die sonstigen dabei in Betracht kommenden civilrechtlichen Fragen vergl. Anm. 21 ffg. zu § 189). Die Annahme der Zeichnung erfolgt durch die Anmeldung zum Handelsregister, wie bei der Gründung (zust. Behrend § 136 Anm. 12). Vorherige Zusagen sind nicht als definitive Annahmeerklärungen aufzufassen. (Etwas abweichend Ring Anm. 1 zu Art. 215b, der vorherige Acceptation zuläßt und sie als bedingte ansieht.)

Immerhin wird der Zeichner auch durch diese Annahmeerklärung Anm. 2.
noch nicht Mitglied der Gesellschaft. Die Annahmeerklärung bedeutet nur, daß der Vorstand bereit sei, den Zeichner Mitglied werden zu lassen. Er wird Mitglied erst mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung; dagegen ist die Aushändigung der Aktienurkunde nicht Vorbedingung der Aktionäreigenschaft (vergl. R.G. 31 S. 17; auch Pinner S. 258; Staub bei Holdheim 3 S. 148). Bis zur Eintragung ist er nicht Mitglied, auch nicht stiller Gesellschafter, wie das R.O.H. 22 S. 220 ffg. annimmt, sondern einfacher Gläubiger, wie Jeder, der auf Grund einer Offerte eine Anzahlung gemacht hat. Er fordert sie, wenn das intendirte Rechtsverhältniß nicht zu Stande kommt, mit der condictio causa data causa non secuta (§ 812 B.G.B.), zurück, nicht als Deponent, wie Ring (Anm. 2 zu Art. 215b) annimmt.

2. **Die Zeichnung der neuen Aktien erfolgt mittels Zeichnungsscheins.** Derselbe muß die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung haben (vergl. hierüber Anm. 1 u. 2 zu § 189). Anm. 3.

Auch der Sacheinleger muß zeichnen (anders bei der Gründung; vergl. Anm. 7 zu § 186 und Anm. 1 zu § 279; zust. Makower S. 669).

3. **Der Zeichnungsschein soll doppelt ausgestellt werden.** Wesentliches Erforderniß ist dies nicht. Anm. 4.
4. **Der Inhalt des Zeichnungsscheins.** Der Zeichnungsschein muß enthalten: Anm. 5.

a) die im § 189 Abs. 2 bezeichneten Angaben d. h. die Betheiligung nach der Anzahl und, falls verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, nach den Beträgen oder der Gattung der Aktien. Auch sonst darf der Zeichnungsschein keinen Zweifel darüber lassen, auf welche Gattung von Aktien er sich bezieht, so z. B. wenn erst eine neue Gattung von Aktien geschaffen werden soll.

b) Die im vorliegenden Paragraph unter Nr. 1—4 bezeichneten Angaben, und zwar: Anm. 6.

Nr. 1. Das Datum des Generalversammlungsbeschlusses.

Nr. 2. Den Emissionskurs und den Betrag der festgesetzten Einzahlungen d. h. den Betrag, der zunächst bei der Einzahlung des Kapitalserhöhungsbeschlusses eingezahlt werden soll.

Nr. 3. Im Falle qualifizirter Erhöhung (bei Sacheinlagen oder Uebernahmen) die im § 279 vorgesehenen Festsetzungen, und bei Neuschaffungen verschiedener Aktiengattungen den Gesammtbetrag einer jeden Gattung.

Nr. 4. Den Zeitpunkt, an welchem die Zeichnung unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist. Wird der Zeichnungsschein aus diesem Grunde hinfällig, so hat der Zeichner einen obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung (Bolze 22 Nr. 514; Makower S. 670).

Anm. 7. 5. **Die gesetzlichen Folgen, welche sich daran knüpfen, daß der Zeichnungsschein den vorgeschriebenen Inhalt nicht hat oder Beschränkungen enthält,** bestimmen sich nach § 189 Abs. 4 (vergl. daher die Erläuterung Anm. 11 flg. zu § 189). Ist z. B. die übernommene Gegenleistung keine zulässige Einlage, so ist der Zeichenschein nichtig (R.G. 42 S. 3).

Anm. 8. 6. **Jede nicht im Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung ist der Gesellschaft gegenüber wirkungslos.** Denn § 189 Abs. 5 gilt auch hier (vergl. daher Anm. 17 zu § 189).

Anm. 9. **Zusatz 1. Stempelfrage.** Die Uebernahme der Aktien bei der Erhöhung des Grundkapitals galt früher als ein Anschaffungsgeschäft (vergl. die bei Bolze 7 Nr. 777, auch R.G. 22 S. 116 citirte Entscheidung). In Konsequenz der neuesten Rechtsprechung (R.G. 31 S. 17) ist nun zwar anzunehmen, daß die Zeichnung als originäre Erwerbsart ein Anschaffungsgeschäft nicht ist (R.G. vom 16. Dezember 1897 in J.W. 1898 S. 80). Allein nach dem Reichsstempelgesetze vom 27. April 1894 ist die „Ausreichung der Aktien" an den ersten Erwerber stempelpflichtig (vergl. Anm. 16 zu § 179). Damit ist die Uebernahme der Aktien bei Gelegenheit der Kapitalserhöhung, die Zeichnung auf dieselben, für stempelpflichtig erklärt; auf das Wort „Ausreichung" darf nicht der Ton in dem Sinne gelegt werden, als sollte erst die körperliche Aushändigung versteuert werden (R.G. 39 S. 130). Bei Sacheinlagen greift dieselbe Vorschrift Platz; denn jedes Geschäft, bei welchem die Aktiengewährung die Gegenleistung ist, ist durch Tarif Nr. 4 des Reichsstempelgesetzes getroffen. — Außerdem sind die ausgegebenen Urkunden als solche stempelpflichtig (Anm. 14 u. 15 zu § 179). — Endlich ist aber nach der Vorschrift des preußischen Stempelgesetzes der Kapitalserhöhungsbeschluß ebenso zu versteuern, wie der Gründungsvertrag (vergl. hierüber und über die Bedenklichkeit dieser Vorschrift, sowie über die Verstempelung der Auflassung bei Inferirung von Grundstücken Anm. 17 u. 18 zu § 179).

Anm. 10. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift findet auch auf bestehende Gesellschaften Anwendung. Sie ist zwingend und tritt daher auch an die Stelle entgegenstehender statutarischer Vorschriften (vergl. Anm. 4 flg. zu § 178).

§ 282.

Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Antheil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Theil der neuen Aktien zugetheilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein Anderes bestimmt ist.

Der Betrag, zu welchem die neuen Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, ist von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. In der Veröffentlichung kann eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts bestimmt werden; die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen.

Der vorliegende Paragraph schafft ein (dem bisherigen Recht unbekanntes) gesetzliches Aktienbezugsrecht für die Aktionäre.

Anm. 1. 1. **Vorher ist zu bemerken, daß das Gesetz eine Vorschrift darüber nicht giebt, wie die Zeichnungen geworben werden sollen.** Die Generalversammlung kann darüber Bestimmung treffen (vergl. Anm. 15 zu § 278), aber sie braucht es nicht. Alsdann bleibt es den Gesellschaftsorganen überlassen, die Zeichnungen in geeigneter Weise zu werben. Meist über-

nimmt ein Bankhaus das gesammte Aktienkapital und bringt es alsdann auf den Markt. Dieses Verfahren wird auch dann beobachtet, wenn Bezugsrechte bestehen. Den Bezugsrechten geschieht dann in der Weise Genüge, daß das Bankhaus das Emissionskapital übernimmt mit der Verpflichtung, die Aktien zunächst den Bezugsberechtigten anzubieten. Ganz korrekt ist ein solches Verfahren für den Fall, daß Bezugsrechte vorhanden sind, nicht. Aber wenn es so durchgeführt wird, erwächst den Bezugsberechtigten kein Schaden. Es laufen nur die Gesellschaft und ihre Organe die eine Gefahr, daß das Bankhaus seine Verpflichtung zur Anbietung der Aktien an die Bezugsberechtigten nicht erfüllt. Es kommen aber solche Fälle von Vertragsbruch nicht vor.

2. **Das Gesetz gewährt den jeweiligen Aktionären ein prinzipales Bezugsrecht.** Dasselbe kann durch Statut nicht genommen werden. Wohl aber kann der Kapitalserhöhungsbeschluß selbst es beseitigen, sowohl in der Weise, daß er einfach bestimmt, die Aktionäre sollen auf die im vorliegenden Falle auszugebenden Aktien ein Bezugsrecht nicht haben, als auch in der Weise, daß er das Bezugsrecht anderen Personen anstatt den Aktionären zuweist. Eine Bestimmung der letzteren Art liegt zweifellos dann vor, wenn *Aktien gegen Einlagen* gewährt werden; auf solche Aktien haben die Aktionäre daher keinen Anspruch (Pinner S. 259; Makower S. 671). Auch modifizirt kann das Bezugsrecht der Aktionäre werden, z. B. dahin, daß prinzipaliter eine dritte Person das Bezugsrecht haben soll, falls diese Person davon nicht Gebrauch macht, die jeweiligen Aktionäre, und falls auch diese keinen Gebrauch davon machen, dann soll die öffentliche Subskription erfolgen. — Als selbstverständlich folgt aus dem Gesagten, daß diese Bestimmung über das Bezugsrecht nur mit derselben Mehrheit getroffen werden kann, wie die Kapitalserhöhung selbst; es ist ja ein und derselbe Beschluß (Makower S. 671; anders Pinner S. 259). Anm. 2.

Enthält der Generalversammlungsbeschluß keine Beseitigung oder Modifikation des gesetzlichen Bezugsrechts, so hat jeder Aktionär einen gesetzlichen Anspruch auf Zutheilung eines seinem Aktienbesitz entsprechenden Betrages der neuen Aktien. Zu Grunde zu legen ist hierbei lediglich der Nennbetrag der dem Aktionär gehörigen Aktien; dieser allein bestimmt den Umfang seines Anspruchs auf Zutheilung neuer Aktien. Welcher Gattung im übrigen die Aktien angehören, ob sie sonst bevorzugt sind oder benachtheiligt, ist völlig gleichgiltig. Das Statut kann nach dieser Richtung keine Vorrechte bestimmen, da das hier gegebene Recht durch das Statut nicht im Voraus geschmälert werden kann, und es würde eine Schmälerung des einen Theils der Aktionäre vorliegen, wenn ein anderer Theil mehr als einen dem Nennwerth entsprechenden Betrag der neuen Aktien zu verlangen hätte. Anm. 3.

Der Vorstand hat den Preis, zu welchem die Aktien an die Aktionäre ausgegeben werden, in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Diesen Preis kann allerdings auch die Generalversammlung bestimmen. Dann hat jeder Aktionär einen Anspruch auf Innehaltung dieses Preises (anders Makower S. 666). Aber wenn sie dies nicht gethan hat, so bestimmen die Gesellschaftsorgane denselben nach ihrem Ermessen. Sie müssen sich hierbei nur an den Mindestbetrag halten, welchen die Generalversammlung gemäß § 278 Abs. 3 bestimmt hat, aber im Uebrigen sind sie frei. Dadurch können sie freilich das Bezugsrecht der Aktionäre auch illusorisch machen. Sie brauchen nur einen Preis zu bestimmen, der zu dem wirklichen Werthe der Aktien im Mißverhältniß steht. Es wird daher Sache der Generalversammlung sein, hiergegen einen Riegel vorzuschieben durch Bestimmung des Bezugspreises. Anm. 4.

Die Veröffentlichung kann, wie das Gesetz sagt, auch eine Frist zur Ausübung des Bezugsrechts bestimmen. Die Frist muß mindestens zwei Wochen betragen. Die Gesetzesworte sind wohl so auszulegen, daß, wenn keine Frist bestimmt ist, die Frist von Gesetzeswegen eine 14tägige ist. Anm. 5.

Gleichzeitig können die Aktien auch zur öffentlichen Subskription ausgeschrieben werden für den Fall, daß die Aktionäre das Emissionskapital nicht voll zeichnen. Diese Einladung an das Publikum ist nur eine eventuelle; d. h. es darf die Zeichnung durch die Aktionäre nicht geschlossen werden vor Ablauf der für die allgemeine Subskription be- Anm. 6.

stimmten Frist. Denn die Aktionäre gehen mit ihrem Bezugsrechte voran, wenn die Generalversammlung nicht anderes bestimmt hat (Denkschrift S. 157).

Anm. 7. 4. **Kann auch das Statut den Aktionären im Voraus ein Bezugsrecht auf alle neuen Aktienemissionen gewähren?** Das ist zu verneinen, soweit das Bezugsrecht über den Rahmen des § 282 hinausgeht. Denn aus § 283 Abs. 2 geht hervor, daß jede Zusicherung, welche vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse erfolgt, der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist. Auch Zusicherungen an die Aktionäre selbst, und sei es auch an alle gleichmäßig, sind hier nicht ausgenommen (Makower S. 671). Nur die gesetzliche Zusicherung des § 282 will das Gesetz gelten lassen. Im Uebrigen darf weder ein weiteres Bezugsrecht statutarisch normirt, noch das gesetzliche des § 282 statutarisch verstärkt werden, etwa dahin, daß auch der jeweilige Kapitalserhöhungsbeschluß es nicht nehmen oder modifiziren kann. Darin läge eine unzulässige und deshalb ungiltige Einengung der Entschließungsfreiheit der Generalversammlung. Aber aus der Zeit vor der Novelle von 1884 können noch statutarische Bezugsrechte zu Gunsten der Aktionäre bestehen (vergl. Anm. 4 zu § 283). Einer solchen Statutenbestimmung gegenüber kann die über die Kapitalserhöhung Beschluß fassende Generalversammlung nicht anders bestimmen; eine solcher Beschluß wäre anfechtbar. Vielmehr muß zunächst diese Statutenbestimmung durch einen Statutenänderungsbeschluß beseitigt werden, ehe der konkrete Kapitalserhöhungsbeschluß in dasselbe so eingreift, wie wenn es das gesetzliche Bezugsrecht des § 282 wäre. Wie ein solcher Statutenänderungsbeschluß gefaßt wird, darüber siehe Anm. 9 zu § 274. Eine Besonderheit gilt hier nicht, insbesondere ist hier nicht ohne Weiteres ein Sonderrecht anzunehmen (vergl. Holdheim in seiner Monatsschrift 1898 S. 117). Darüber, ob der Statutenänderungsbeschluß mit dem konkreten Kapitalserhöhungsbeschluß vereinigt werden kann, siehe Anm. 4 zu § 277.

Anm. 8. 5. **Uebt ein Aktionär das ihm gewährte Bezugsrecht nicht aus,** so wächst dasselbe nicht den anderen zu; vielmehr kann dieser Theil der Aktien anderweit begeben werden (Pinner S. 260). Eine Verpflichtung zum Bezuge besteht selbstverständlich nicht.

Anm. 9. 6. **Welche Folgen hat die Verletzung des Aktienbezugsrechts?** Solange die anderweite Begebung der Aktien nicht erfolgt ist, kann der Aktionär durch Klage und einstweilige Verfügung die anderweite Begebung hindern. Ist sie erfolgt, so steht ihm immer noch das Recht zu, die Anmeldung seiner Zeichnung und die Nichtberücksichtigung der anderweit geschehenen Zeichnung bei der Anmeldung der erfolgten Kapitalserhöhung durch Klage und einstweilige Verfügung zu erwirken. Ist die anderweit erfolgte Zeichnung angemeldet und der Eintragung zu Grunde gelegt und der Aktionär selbst hinsichtlich seines Bezugsrechtes somit ganz übergangen, so ist die Eintragung gleichwohl giltig, der Aktionär hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft, nicht aber auch gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, zu denen er nicht in einem Schutzverhältniß stehen (Pinner S. 260 ist in letzterem Punkte anderer Ansicht; vergl. jedoch unsere Ausführungen in Anm. 20—22 zu § 241).

Anm. 10. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Das hier konstituirte Bezugsrecht steht auch den Aktionären bestehender Gesellschaften zu. Beschränkende Bestimmungen früherer Statuten sind aufgehoben (Anm. 4 flg. zu § 178). Inwieweit früher begründete Aktienbezugsrechte anderer Personen in das vorliegende Bezugsrecht eingreifen, darüber siehe Anm. 3 zu § 283.

§ 283.

Eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien kann nur unter Vorbehalt des im § 282 bezeichneten Rechtes der Aktionäre erfolgen.

Eine Zusicherung, die vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals geschieht, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

Besondere Vorschriften über die Gewährung von Aktienbezugsrechten an andere Personen, als Aktionäre. Man kann dieselben außerordentliche Bezugsrechte nennen (Cosack S. 668).

1. (Abs. 1.) **Jedes außerordentliche Bezugsrecht kann nur zugesichert werden unter Vorbehalt des den Aktionären zustehenden Bezugsrechts.** Dabei ist aber daran zu erinnern, daß dieses gesetzliche oder ordentliche Bezugsrecht durch den Kapitalserhöhungsbeschluß beseitigt oder modifizirt werden kann. Ist dies geschehen, so braucht insoweit bei Konstituirung der außerordentlichen Bezugsrechte das ordentliche nicht mehr respektirt zu werden. Dabei kommt es auch darauf nicht an, ob die Beseitigung oder Modifizirung des ordentlichen Bezugsrechts schon durch Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses wirksam geworden ist. Denn wie § 285 ergiebt, kann alles zur Ausübung der Kapitalserhöhung Zweckdienliche schon vor der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses geschehen und es genügt, wenn der Kapitalserhöhungsbeschluß mit seiner Durchführung zusammen angemeldet wird (vergl. Anm. 1 zu § 285). Ist aber das Aktionärbezugsrecht durch den Kapitalserhöhungsbeschluß nicht beseitigt, so kann eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien nur unter Vorbehalt des im § 282 bezeichneten Rechts der Aktionäre erfolgen. Eine Zusicherung, welche auf dieses Bezugsrecht der Aktionäre keine Rücksicht nimmt, wäre einfach ungiltig. Eine solche Zusicherung überschreitet die Vertretungsmacht des Vorstandes. Auch der Vorstand selbst haftet nicht, weil der Dritte diese Schranke der Vertretungsmacht kennen mußte (§ 179 Abs. 3 B.G.B.). Anm. 1.

2. (Abs. 2.) **Zusicherungen auf außerordentliche Bezugsrechte, welche vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse liegen, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam,** d. h. für und gegen die Gesellschaft. Im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage können also derartige Bezugsrechte (sogenannte Gründerrechte) nicht konstituirt werden, und überhaupt nicht vor dem betreffenden Kapitalserhöhungsbeschlusse, sondern erst nach Fassung desselben (vergl. zu 1). Die Generalversammlung, durch welche die Kapitalserhöhung beschlossen wird, kann über das außerordentliche Bezugsrecht dahin Beschluß fassen, daß es die vorherige Zusicherung eines solchen genehmigt oder die ihm vorliegende diesbezügliche Offerte genehmigt oder dem Vorstande sonst Anweisung nach dieser Richtung giebt (vergl. Anm. 2 zu § 282). Wird das ordentliche Bezugsrecht der Aktionäre durch den Generalversammlungsbeschluß nicht beseitigt, soll aber dennoch das Kapitalbedürfniß sofort befriedigt werden, durch Uebernahme sämmtlicher Aktien, ohne daß die Gesellschaft warten möchte, bis sich die Bezugsberechtigten über ihr Bezugsrecht erklären, so wird wohl in der Praxis der Ausweg gewählt werden, daß die Aktien dem übernehmenden Bankhause gewährt werden, jedoch mit der Verpflichtung, dieselben vorzugsweise den Bezugsberechtigten anzubieten, ehe sie in den Verkehr gebracht werden. So verfuhr man wenigstens auch bisher in dem Falle, wo Bezugsrechte aus früherer Zeit vorhanden waren oder wo man den Aktionären freiwillig ein Bezugsrecht gewährte (vergl. über dieses Verfahren Anm. 1 zu § 282). Anm. 2.

Zusatz. Uebergangsfragen. Das ordentliche Bezugsrecht der Aktionäre steht auch den Aktionären der bestehenden Gesellschaften zu (vergl. Anm. 10 zu § 282). Demgemäß gilt auch die Vorschrift des Abs. 1 des vorliegenden Paragraphen zu Gunsten dieses Bezugsrechts bei den am 1. Januar 1900 bestehenden Gesellschaften. Doch gilt dies eben nur von Zusicherungen, welche unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gemacht werden. Außerordentliche Bezugsrechte, welche vor dem 1. Januar 1900 bereits in giltiger Weise bestellt sind, gehen dem im § 282 konstituirten Aktionärbezugsrechte vor. So bestimmt es Art. 28 E.G. z. H.G.B. Es kann sich dabei jedoch nur handeln um außerordentliche Bezugsrechte, welche vor der Aktiennovelle von 1884 konstituirt sind. Denn nach dieser Novelle waren, ebenso wie nach dem neuen H.G.B., die Konstituirungen von Bezugsrechten vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse nicht zulässig und, wenn gleichwohl geschehen, nicht giltig. Aus der Zeit nach der Novelle von 1884 können also Bezugsrechte, welche durch einen neuen Kapitalserhöhungsbeschluß zu respektiren wären, nicht bestehen. Aber die Wirksamkeit älterer Bezugsrechte gegenüber der neuen, zu Gunsten der Aktionäre geschehenen Kapitalserhöhungsvorschrift des § 282 erkennt das neue H.G.B. hier im Art. 28 des E.G. an. Anm. 3.

Anm. 4. Damit ist allerdings nur entschieden, daß der § 283 **Abs. 1** auf die vor 1884 bestellten Bezugsrechte nicht Anwendung findet. Unberührt dagegen bleibt die alte Streitfrage, ob die Bestimmung des bisherigen, durch die Novelle von 1884 geschaffenen Art. 215a Abs. 4 (jetzt § 283 **Abs. 2**) auf die vor 1884 zugesicherten Bezugsrechte Anwendung findet. Allein die in Anm. 3 erörterte Bestimmung des Art. 28 E.G. zum H.G.B. ist ein neues Argument für die ohnehin bereits längst zur Herrschaft gelangte Ansicht des Reichsgerichts, wonach die vor der Aktiennovelle von 1884 konstituirten Bezugsrechte durch diese Novelle (und demgemäß auch durch das neue H.G.B.) nicht aufgehoben und auch nicht modifizirt worden sind, *sodaß die neuen Kapitalserhöhungsbeschlüsse auch in der Bestimmung des Ausgabekurses auf die älteren Bezugsrechte Rücksicht nehmen müssen* (R.G. 27 S. 1; 28 S. 75; 42 S. 103; Volze 13 Nr. 506; R.G. vom 19. September 1897 in J.W. S. 242; auch citirt bei Gruchot 41 S. 676). Unsere frühere Polemik gegen diese Ansicht geben wir hiernach auf. Wenn daher auch der Kapitalserhöhungsbeschluß unter der Herrschaft des neuen Rechts eine Ausgabe über pari anordnet und den Mindestbetrag oder den wirklichen Kurs der Ausgabe über pari bestimmt, so sind die Aktien solchen älteren Bezugsberechtigten gleichwohl zum Parikurse zu überlassen, eventuell zu beschaffen, wenn das Bezugsrecht auf Hergabe al pari lautet (vergl. R.G. 28 S. 75). Nur selbstverständlich versagt die Wirksamkeit jener älteren Bezugsrechte insoweit, als die Bezugsberechtigten nicht verlangen können, daß Maßregeln getroffen werden, welche öffentlichrechtlichen Bestimmungen des neuen Gesetzes zuwiderlaufen (vergl. Anm. 4 flg. zu § 178; R.G. 22 S. 1). Also z. B. können sie nicht Hergabe der Aktien unter pari verlangen (obwohl dies in Konsequenz der Anschauung des Reichsgerichts nicht so ganz unzweifelhaft erscheinen möchte; denn die Aktien können ja in Konsequenz dieser Ansicht al pari oder über pari ausgegeben und brauchen den Bezugsberechtigten nur unter Parikurse beschafft zu werden, was keine Unterpari-Emission involvirt). Ferner können sie die Hergabe von Aktien unter 1000 Mark nicht verlangen, wenn dies auch das Bezugsrecht bestimmen sollte. Ferner werden sie, wenn das alte Bezugsrecht ihnen periodisch Gewährung von Aktien zusichern sollte, neue Aktien nicht eher verlangen können, als bis die Generalversammlung die Ausgabe solcher beschließt und dieser Zeitpunkt bleibt dem freien Ermessen der Generalversammlung überlassen (obwohl auch diese Ansicht in Konsequenz der Anschauung des Reichsgerichts nicht ganz unzweifelhaft ist; indessen muß doch die Freiheit in der Wahl des Zeitpunktes der Kapitalserhöhung so sehr als öffentliches und exklusives Recht betrachtet werden, daß entgegenstehende Vertragsrechte hieran scheitern).

Anm. 5. Werden derartige Bezugsrechte nicht respektirt, so haben die Berechtigten dieselben Rechte, wie die Aktionäre, wenn ihr gesetzliches Bezugsrecht gemäß § 282 nicht respektirt wird (vergl. daher Anm. 9 zu § 282). Für den Regelfall ist aber anzunehmen, daß der Schadensersatz dadurch ausgeglichen wird, daß ihnen anstatt der anderweit begebenen neuen Aktien alte Aktien zum Bezugspreise angeboten werden. Nur ausnahmsweise wird dies einen Unterschied machen (anders Volze 12 Nr. 508).

In der Praxis sind zwei die alten Gründerbezugsrechte betreffende Fragen streitig geworden. Erstens: erlöschen die Gründerrechte mit der Auflösung der Gesellschaft? Das muß bejaht werden. Denn die aufgelöste Gesellschaft kann keinen Kapitalserhöhungsbeschluß fassen (vergl. zu § 294). Es gilt dies auch dann, wenn die Aktiengesellschaft ihr gesammtes Vermögen auf eine andere überträgt (§ 303), auch dann, wenn sie dabei sofort mit der anderen Gesellschaft verschmilzt (§ 306), denn in diesem Falle geht die übertragene Gesellschaft unter und auf die Aktien einer anderen, der das Vermögen derselben in sich aufnehmenden Gesellschaft erstreckt sich das Bezugsrecht nicht. Anders dagegen im Falle der Umwandlung der A.K.G. in eine A.G., hier wird die Identität der Gesellschaft gewahrt und nur ihre rechtliche Form verändert sich (vergl. zu § 332).

Die andere, nicht selten auftauchende praktische Frage ist, ob das Gründerbezugsrecht auch dann zur Geltung kommt, wenn nach früheren Herabsetzungen des Grundkapitals neue Aktien emittirt werden und bei dieser Emission das Grundkapital noch nicht wieder seine ursprüngliche Höhe erreicht. Die Frage ist zu bejahen; denn die neuen Aktien sind auch in diesem Falle erste und rechte neue Aktien, und es ist kein Grund vorhanden, das auf jede Ausgabe neuer Aktien sich erstreckende Bezugsrecht bei einer solchen Emission auszuschließen (vergl. Näheres Staub

bei Holdheim 8 S. 209 gegen O.L.G. Dresden ebenda S. 193, wobei bemerkt wird, daß das hier bekämpfte Urtheil des O.L.G. Dresden vom Reichsgericht zwar bestätigt ist, aber nur weil es angenommen hat, daß die Erwägungen des O.L.G. thatsächlicher Natur und seiner Nachprüfung daher entzogen sind; das Urtheil des Reichsgerichts datirt vom 6. 10. 98 und ist abgedruckt bei Holdheim 8 S. 194).

Ueber die statutarischen Bezugsrechte zu Gunsten von Aktionären siehe Anm. 4 zu § 282.

§ 284.

Die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Mitgliedern des Vorstandes unterschriebenes Verzeichniß der Zeichner, welches die auf jeden entfallenen Aktien sowie die auf die letzteren geschehenen Einzahlungen angiebt;
2. im Falle des § 279 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind;
3. eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten;
4. wenn die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2 die Genehmigungsurkunde.

Die Vorschriften des § 195 Abs. 3 finden Anwendung.

Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Gericht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, ist auch der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, aufzunehmen.

Die Anmeldung, Eintragung und Publikation der durchgeführten Kapitalserhöhung. Nachdem die Zeichnungen geschehen sind, ist die durchgeführte Kapitalserhöhung anzumelden, einzutragen und zu publiziren. Einleitung.

1. **Die Anmeldung.** (Sie ist zu bewirken von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsraths.) Anm. 1.
   a) Die Beilagen der Anmeldung.
      Nr. 1. Die Duplikate der Zeichnungsscheine und ein Aktionärverzeichniß, welches nicht beglaubigt zu sein braucht.
      Nr. 2. Im Falle qualifizirter Erhöhung (§ 279) die betreffenden Vertragsurkunden.
      Nr. 3. Eine Berechnung des Emissionsaufwandes. Zu diesem gehören vornehmlich die Gebühren des Notars und des Gerichts, sowie die Kosten für Herstellung der Aktienurkunden, die Stempel und Steuern, die Provision für Einführung der Aktien an der Börse ꝛc. Eine Berechnung derselben wird oft nur approximativ zu machen sein, weil die Gerichtskosten erst nach der Anmeldung eingezogen werden.
      Nr. 4. Die etwa erforderliche Genehmigungsurkunde (vergl. hierüber Anm. 11 zu § 195).

Anm. 2. b) Der Inhalt der Anmeldung muß der im § 195 Abs. 3 bezeichnete sein. Es muß also erklärt sein, daß der eingeforderte Betrag der Einzahlung geleistet und im Besitze des Vorstandes ist, der Ausgabekurs der Aktien und der hierauf baar eingezahlte Betrag (mindestens $^1/_4$ des Nennbetrages und das Agio) sind anzugeben. Was Baarzahlung in diesem Sinne ist und überhaupt die Erläuterung zu dieser Vorschrift siehe Anm. 12 ffg. zu § 195. Dagegen ist nicht erforderlich, daß auch die etwa stipulirten Sacheinlagen bereits der Gesellschaft geleistet sind, ehe die Durchführung der Kapitalserhöhung angemeldet und eingetragen wird. Dies ist hier ebenso wenig nothwendig, wie bei der Gründung (vergl. Anm. 15 zu § 195). Auch ist nicht nöthig, daß in der Anmeldung angegeben wird, wie hoch sich die Ziffer des Grundkapitals nunmehr stellt. Die Ziffer des Grundkapitals ist durch die Eintragung der Kapitalserhöhung von selbst erhöht, die betreffende Stelle der Statuten von selbst geändert. Jeder kann es sich ausrechnen. Aber es empfiehlt sich der Klarheit wegen, daß die betreffende Stelle der Statuten die neue Ziffer angiebt; daß ist natürlich nur eine Fassungsänderung, mit welcher der Aufsichtsrath betraut werden kann (vergl. Anm. 3 zu § 274) und so wird auch meist verfahren (vergl. Anm. 14a zu § 278).

Anm. 3. c) Nicht nothwendig ist ein dem Gründerbericht des § 191 entsprechender Erhöhungsbericht, noch auch ein Prüfungsbericht des Aufsichtsraths, analog dem § 192, noch endlich die Bestellung von Revisoren, analog dem § 192.

Anm. 4. d) Ein Zwang zur Anmeldung durch das Registergericht findet nicht statt (§ 319). Die Gesellschaftsorgane sind kraft ihrer Stellung zur Gesellschaft dieser gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Wegen der Anmeldung zum Zweigregister siehe § 286.

Anm. 5. 2. **Die Eintragung.** Das Gericht hat zu prüfen, ob die Kapitalserhöhung dem Gesetze und den Statuten gemäß beschlossen und durchgeführt ist, und hat, wenn dies zutrifft, die Eintragung zu bewirken, sonst sie abzulehnen. Im ersteren Falle sind die Beilagen der Anmeldung in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift bei dem Gericht aufzubewahren. Die Eintragung hat z. B. den Inhalt, daß die von der Generalversammlung vom 18. März 1901 beschlossene Aktienkapitalserhöhung um 500000 Mark durch Zeichnung von auf den Inhaber lautenden Aktien über je 1000 Mark erfolgt ist. — Ueber die rechtliche Bedeutung der Eintragung siehe zu § 287,

Anm. 6. 3. **Die Publikation** muß diese Eintragung, außerdem aber auch den Betrag publiziren, zu welchem die Aktien ausgegeben werden.

Anm. 7. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften sind auch von den bestehenden Gesellschaften zu beachten (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 285.

Die Anmeldung und Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals kann mit der Anmeldung und Eintragung des Beschlusses über die Erhöhung verbunden werden.

Die Vorschrift läßt zu, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß und die durchgeführte Kapitalserhöhung zusammen angemeldet werden.

Anm. 1. 1. Die Gesellschaftsorgane dürfen zufolge dieser Erlaubniß den Kapitalserhöhungsbeschluß schon vorläufig so ansehen, als sei er wirksam, obgleich er erst durch Eintragung wirksam wird. Sie können nicht bloß Zeichnungen werben, die natürlich hinfällig werden, wenn der Beschluß nicht eingetragen wird; sie können auch Aktienbezugsrechte im Rahmen des § 283 zusichern, die natürlich gleichfalls hinfällig werden, wenn der Kapitalserhöhungsbeschluß nicht eingetragen wird und denen im Zweifel auch diese clausula innewohnt (vergl. Anm. 1 zu § 283).

Anm. 2. 2. Beide Anmeldungen können natürlich in einem Schriftsatze geschehen, aber derselbe muß die Erfordernisse der §§ 280 und 284 kombinirt enthalten.

Zusatz. Uebergangsfrage. Es ist ganz selbstverständlich, daß auch bestehende Gesellschaften von dieser Konzession Gebrauch machen können. Auch dann gilt dies, wenn eine Kapitalserhöhung schon vor dem 1. Januar 1900 beschlossen war. Anm. 3.

§ 286.

Bei einem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung hat, sind die in den §§ 280, 284 bezeichneten Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu bewirken. Die Vorschrift des § 284 Abs. 5 findet Anwendung; die Vorschriften des § 280 Abs. 2 und des § 284 Abs. 2 bis 4 bleiben außer Anwendung.

Für die Anmeldung der Kapitalserhöhung und ihrer Durchführung bei der Zweigniederlassung sind einfachere Vorschriften gegeben:

1. **Die Anmeldung erfolgt durch den Vorstand** als Organ, nicht sind die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths anmeldungspflichtig. Anm. 1.
2. Die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses setzt natürlich voraus, daß die Eintragung bereits bei der Hauptniederlassung erfolgt ist. (§ 13 Abs. 2.) Anm. 2.

   Eben deshalb brauchen aber die einzelnen Formalitäten nicht wiederholt zu werden. Die Versicherung, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist, kann fehlen (§ 280 Abs. 2); bei der Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung können die sämmtlichen Beilagen und die Erklärung der erfolgten Einzahlung nebst den Annexen fehlen. Die erfolgte Eintragung bei der Hauptniederlassung ist eben genügende Gewähr dafür, daß die Erhöhung dem Gesetze gemäß beschlossen und durchgeführt ist.
3. Die Anmeldung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung kann durch Ordnungsstrafe erzwungen werden (§§ 14, 319 Abs. 2). — Die Publikation folgt den § 284 Abs. 5. Wird der Ausgabebetrag nicht freiwillig angegeben, so muß sich das Zweiggericht beim Hauptgericht hiernach erkundigen (Makower S. 678). Anm. 3.
4. Auf die Giltigkeit der Kapitalserhöhung hat die Eintragung bei der Zweigniederlassung keinen Einfluß. Aber gemäß § 15 kann sie von rechtlicher Bedeutung werden. Anm. 4.

Zusatz. Uebergangsfrage. Diese Vorschriften sind auch für bestehende Gesellschaften anwendbar. Anm. 5.

§ 287.

Bevor die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine auf das zu erhöhende Kapital nicht ausgegeben werden.

Die Antheilsrechte an dem zu erhöhenden Kapitale können vor diesem Zeitpunkte mit Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft nicht übertragen werden.

Die Wirkungen der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung sind hier negativ zum Ausdruck gebracht.

1. **Bevor die durchgeführte Kapitalserhöhung eingetragen ist, können Aktien und Interimsscheine nicht ausgegeben werden.** Ferner ist bestimmt, daß die Antheilsrechte vor der gedachten Eintragung mit Wirksamkeit gegen die Gesellschaft nicht übertragen werden können. Es kann also nicht das Recht auf den Bezug der Aktien mit Wirksamkeit veräußert werden. Nur der Zeichner ist bezugsberechtigt. Sind die Aktien vorher ausgegeben worden, so sind sie nichtig, wie die Worte „können nicht" im Abs. 1 zum Ausdruck bringen. Auch der redliche Erwerber erwirbt an diesen kein Recht. Der § 794 B.G.B. findet keine analoge Anwendung (vergl. Anm. 12 und 13 im Exkurse zu § 224; vergl. auch § 209 Anm. 1.

Abs. 2, der analog anwendbar ist; Makower S. 678). Es kann jetzt nicht mehr vorkommen, daß ein ungetreues Vorstands- oder Aufsichtsrathsmitglied nach Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses die in seinem Besitz befindlichen Aktienurkunden vor der Zeichnung in eigenem Interesse ausgiebt und dadurch die redlichen Erwerber zu Aktionären macht, wie das nach bisherigem Recht in einem bekannten Fall geschehen ist (vergl. R.G. 40 S. 147).

Anm. 2. Vorherige Ausgabe der Aktien macht die Gesellschaftsorgane strafbar (§ 314 Nr. 3). Eine Ersatzpflicht ist nicht konstituirt. Die diesbezügliche Vorschrift im Art. 241 und 226 ist im neuen H.G.B. weggelassen, weil eben die trotzdem ausgegebenen Aktien nichtig sind. Sollte gleichwohl der Gesellschaft ein Schaden entstehen, so sind die Organe schon auf Grund des § 314 Nr. 4 in Verbindung mit § 823 B.G.B. ersatzpflichtig. Ein solcher Schadensanspruch ist sehr wohl denkbar. So z. B., wenn die im Umlauf befindlichen falschen Aktien mit echten verwechselt und in Folge dessen Zahlungen an die Inhaber der ersteren von der Gesellschaft geleistet worden sind. Dem Besitzer haften die Ausgeber nach § 209, der hier analog anwendbar ist (Makower S. 678).

Anm. 3. 2. **Ist aber die durchgeführte Kapitalserhöhung eingetragen,** so können die Aktien und Interimsscheine nunmehr ausgegeben werden. Nunmehr kann es aber nicht mehr darauf ankommen, ob der Kapitalserhöhungsbeschluß selbst überall den Gesetzen entsprach oder ob die Zeichnungen selbst giltig waren. Die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung muß dem Verkehr genügen. Der nunmehrige Erwerb der Aktien ist redlich und rechtsgiltig (vergl. auch R.G. 40 S. 150, wo ebenfalls der Gedanke vertreten ist, daß, wenn im Uebrigen die Ausgabe rite erfolgt ist, die Aktien nicht deswegen ungiltig sein können, weil bei der Schaffung der Aktien irgend eine gesetzliche Vorschrift nicht beachtet worden ist.)

Anm. 4. Dagegen macht die nachherige Eintragung die vorher ausgegebenen und daher nichtigen Aktien nicht giltig. Dies hatte zwar R.G. 10 S. 72 angenommen, aber dieser Entscheidung war nicht beizutreten. Der Aktionär hat aber das Recht auf Ausstellung einer richtigen Urkunde (vergl. Näheres hierüber Anm. 10 zu § 209).

Anm. 5. 3. **Uebrigens entstehen die neuen Aktienrechte schon durch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung,** nicht erst durch die Ausgabe der Aktienurkunden. Dies ist in Konsequenz des Reichsgerichtsurtheils Bd. 31 S. 17 anzunehmen. Die Aktienurkunden können rechtsgiltig erst nach der Eintragung ausgegeben werden. Die Aktienrechte aber bestehen schon mit der Eintragung und damit auch das Stimmrecht und das Dividendenrecht Die Legitimation muß erforderlichen Falls auf andere Weise geführt werden (vergl. Anm. 12 zu § 179). Ob auch eine Veräußerung der Aktien vor dem Bezuge der Aktien zulässig ist, darüber vergl. Anm. 12 zu § 179, Makower S. 660. Unrichtig aber ist es, wenn Pinner S. 623, und anscheinend auch Simon S. 211 annehmen, daß die Erhöhung sogar schon vor der Eintragung, mit der Zeichnung und ihrer Annahme erfolgt sei. Pinner meint, schon von diesem Zeitpunkt an sei das Aktienkapital erhöht, der Zeichner Aktionär, schon von diesem Zeitpunkt an sei in die Bilanz die erhöhte Grundkapitalsziffer einzutragen. Allein trotz des Ausdrucks „erfolgte Erhöhung" im Eingang des § 284 ist dies unzweifelhaft nicht anzunehmen. Das ist nur ein ungenauer Ausdruck, der § 287 drückt sich in seinen beiden Absätzen vorsichtiger und korrekter aus. Er spricht von den nach der Zeichnung, aber vor der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung bestehenden Antheilsrechten als von „Antheilsrechten an dem zu erhöhenden Kapital" und drückt damit deutlich aus, daß vor dem Zeitpunkte der Eintragung das Kapital noch nicht erhöht ist. Aber nicht nur der Wortlaut des § 287, sondern auch sein Inhalt bestätigt unsere Auffassung: Weil das Grundkapital vor der Eintragung noch nicht erhöht ist, sondern vorerst noch „zu erhöhen ist", können vor diesem Zeitpunkte Aktienurkunden nicht ausgegeben werden; die gleichwohl ausgegebenen sind nichtig, weil sie eben nicht über wirkliche Aktienrechte lauten, denn solche bestehen vor der Eintragung noch nicht. Vergl. auch § 281 Nr. 4.

4. Nur die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung, **nicht die Eintragung des Statutenänderungsbeschlusses, welcher die Grundkapitalsziffer entsprechend ändert, hat die zu 1—3 bezeichneten Wirkungen.** Ist die Eintragung dieses Beschlusses auch noch nicht erfolgt, so sind die Aktienrechte doch schon entstanden, und die Ausgabe der Aktien ist zulässig. In jenem Statutenänderungsbeschluß liegt nur eine Feststellung der Fassung. Rechtlich und materiell ist das Statut schon durch Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung geändert (vergl. Anm. 2 zu § 284). Anm. 6.

Zusatz. Uebergangsfrage. Die Vorschriften gelten auch für bestehende Gesellschaften. (Vergl. Anm. 4 ff. zu § 178). Soweit freilich bei früheren Gesellschaften eine unzulässige Ausgabe von Aktien vor der Eintragung bereits stattgefunden hat, bleibt dieselbe auch nach dem 1. Januar 1900 giltig, wenn man der oben citirten Entscheidung des Reichsgerichts (Anm. 1) folgt (wir selbst haben ja bei Darstellung des früheren Rechts eine andere Ansicht vertreten; 5. Aufl. § 6 zu Art. 215c; aber die herrschende Meinung stand auf Seiten des Reichsgerichts). Anm. 7.

Exkurs zu § 287.

Bevor hiermit die Lehre von der Kapitalserhöhung geschlossen wird, ist noch zu erwähnen, **daß die allgemeinen Vorschriften über die Aktien und Interimsscheine auch auf die Kapitalserhöhung Anwendung finden,** insbesondere über den Mindestbetrag der einzelnen Aktien (§ 180; Johow 15 S. 27); über das Verbot von Inhaberaktien vor der Einzahlung (§ 179) und von Interimsscheinen auf den Inhaber (§ 179), über die Unzulässigkeit der Unterpari-Emission (§ 184), über die Nichtigkeit der hiernach verbotswidrig ausgegebenen Aktien (§ 209).

§ 288.

Eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Durch den Beschluß muß zugleich festgesetzt werden, zu welchem Zwecke die Herabsetzung stattfindet, insbesondere, ob sie zur theilweisen Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre erfolgt, und in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; auf diese Beschlußfassung finden die Vorschriften des Abs. 1 und des § 275 Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Die §§ 288—291 handeln von der Herabsetzung des Grundkapitals und zwar von allen anderen Herabsetzungsarten, außer der bereits im § 227 abgehandelten Amortisation von Aktien. In einem weiteren Sinne ist auch diese letztere Operation eine Herabsetzung des Grundkapitals. Einleitung.

I. Vorbemerkungen.

1. **Die wirthschaftliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Die Grundkapitalsziffer ist ein ständiger Passivposten in der Bilanz. Da nur der Ueberschuß der Aktiva über die Passiva vertheilt werden darf, so ist dieser Passivposten das arithmetische Hilfsmittel, um die Vertheilung von Gesellschaftsvermögen unter die Aktionäre so lange zu verhindern, als bis die Gesellschaft so viele Werthe aufgespart hat, daß dieselben außer dem Betrage aller übrigen Anm. 1.

Passivposten auch den Betrag der Grundkapitalsziffer erreichen. Die Aktienkapitalsziffer ist nun allerdings ein ständiger Passivposten, aber absolute Ständigkeit ist nicht erforderlich und nicht wünschenswerth. Es kann nämlich Fälle geben, welche es wirthschaftlich gerechtfertigt erscheinen lassen, die Grundkapitalsziffer zu verringern. Das Gesetz trägt diesen Fällen Rechnung, aber nur soweit dies ohne Benachtheiligung der Interessen der Gläubiger geschehen kann. Deshalb sind, soweit eine solche Benachtheiligung möglich ist, eine Reihe von Schutzvorschriften zu beobachten.

Anm. 2. Wirthschaftlich gerechtfertigt erscheint eine Kapitalsherabsetzung z. B., wenn die Gesellschaft ihre Aktiva bei der Gründung zu theuer erworben hat oder wenn ein Theil der Aktiva durch rückläufige Konjunktur einen erheblichen Theil ihres Werthes verliert. Da die Aktivziffern der Bilanz höchstens den wahren Werth der Aktiva wiedergeben dürfen, so müssen in solchen Fällen erhebliche Abschreibungen erfolgen. Da nun nur der Ueberschuß der Aktiva über die Passiva vertheilungsfähig ist, so vermindern sich dadurch in dem gleichen Maße die Chancen des Dividendenbezuges für die Aktionäre. Bei einer Gesellschaft, die im Uebrigen gute Geschäfte macht und sogenannten Bruttogewinn erzielt, ist ein solcher Zustand für die Dauer eine Ungerechtigkeit. Diese kann dadurch beseitigt werden, daß auch die Passivziffer gemindert wird. Am besten ist es ja, wenn dies durch Streichung von sonstigen Reservekonten geschieht. Stehen aber solche nicht zur Verfügung, so bleibt nichts übrig, als die Ziffer des Aktienkapitals zu verringern. Das ist ein Fall der Kapitalsherabsetzung. In solchem Falle erfolgt lediglich eine nominelle Herabsetzung des Grundkapitals.

Anm. 3. Ein anderer wirthschaftlicher Anlaß zur Kapitalsherabsetzung ist die Ueberflüssigkeit eines Theiles des vorhandenen Kapitals. Wenn z. B. das von der Gesellschaft betriebene Geschäft mit einem Betriebskapital von 500000 Mark sehr gut gewinnbringend geführt werden kann, während das eingezahlte und noch vorhandene Aktienkapital 750000 Mark beträgt, so ist der Wunsch der Aktionäre, den für den Betrieb überflüssigen Theil des Aktienkapitals ausgezahlt zu verlangen, wirthschaftlich wohl berechtigt. Der Erfüllung dieses berechtigten Wunsches dient die Kapitalsherabsetzung. Das Aktienkapital wird in solchem Falle auf 500000 Mark herabgesetzt und der hierdurch entstehende Ueberschuß der Aktiva über die Passiva von 250000 Mark wird unter die Aktionäre vertheilt.

Anm. 4. Uebrigens sind solche Kapitalsrückzahlungen nicht nothwendig ein Zeichen unvortheilhafter Geschäftsführung. Große Terraingesellschaften verfahren z. B. häufig so, daß sie nach vortheilhafter Verwerthung eines Theils ihrer Terrains den dadurch verfügbar und überflüssig gewordenen Theil der Gesellschaftskapitalien zurückzahlen. Sie werden häufig mit dem Plan gegründet, lediglich ein bestimmtes Terrain durch Veräußerung zu verwerthen. Das durch theilweise Erreichung ihres Planes erzielte Kapital wird frei, und es liegt lediglich in der Tendenz einer solchen Gesellschaft dasselbe zurückzuzahlen, was wiederum nur durch entsprechende Kapitalsherabsetzung erfolgen kann, da nur dadurch ein entsprechender Ueberschuß der Aktiva über die Passiva bilanzmäßig erzielt wird. Ein anderer Fall ist der, daß eine Gesellschaft einen ihrer Betriebszweige vortheilhaft in Pausch und Bogen veräußert, während das dadurch erzielte Kapital für ihre sonstigen Betriebszweige nicht erforderlich ist, auch nicht beliebt wird, mit Hilfe des Kaufpreises einen anderen Betriebszweig neu zu eröffnen. Auch in solchem Falle ist die einzige rationelle Verwendung des frei werdenden Kapitals die Rückzahlung an die Aktionäre, die wiederum nur im Wege der Kapitalsherabsetzung erfolgen kann, da nur auf diese Weise der bilanzmäßige Ueberschuß der Aktiva über die Passiva, die nothwendige Voraussetzung für die Vertheilbarkeit von Werthen, hergestellt wird.

Anm. 5. 2. **Die rechtliche Bedeutung der Kapitalsherabsetzung.** Jede Kapitalsherabsetzung hat die Wirkung, daß die Ziffer des Aktienkapitals entsprechend verringert und hierdurch das Zahlenverhältniß der Aktiva zu den Passiva verschoben wird. Sie ist also ein arithmetisches Mittel, um die Bilanz anders zu gestalten, und, da an die verschiedenen Gestaltungen der Bilanz sich weitere Konsequenzen anschließen, so ist sie das arithmetische

Mittel, um diese weiteren Konsequenzen zu ermöglichen. Welche Konsequenzen das sind, ist zu 1 dargestellt.

Indessen das ist nur die Wirkung der Kapitalsherabsetzung. Damit ist noch Anm. 6.
nicht die Frage nach dem juristischen Wesen der Kapitalsherabsetzung selbst beantwortet. Liegt darin eine Veränderung der Gesellschaft selbst? oder eine Veränderung der Aktienrechte? und eventuell welcher Art ist dieselbe?

Der Gedanke, daß in der Kapitalsherabsetzung eine Veränderung der Gesellschaft Anm. 7.
liegt, ist kurzer Hand abzuweisen. Die Gesellschaft bleibt dieselbe.

Wie aber steht es mit der Frage, ob das Aktienrecht sich dadurch verändert? Hier muß zwischen den verschiedenen Arten der Kapitalsherabsetzung unterschieden werden: es müssen auseinandergehalten werden die Kapitalsherabsetzung durch Einziehung oder Amortisation und die anderen Arten der Herabsetzung.

Die Herabsetzung durch Einziehung behandelt der Gesetzgeber an ganz anderer Stelle, Anm. 8.
im § 227, als wäre das keine Kapitalsherabsetzung. Das ist indessen eine rechte und echte Kapitalsherabsetzung, worunter man füglich nichts Anderes verstehen kann, als eine Operation, durch welche die Ziffer des Grundkapitals herabgesetzt wird (vergl. hierüber Anm. 1 u. 6 zu § 227). Das Gesetz giebt über diese Kapitalsherabsetzung besondere Vorschriften. Insbesondere ordnet es an, daß hier nicht immer die Gläubigerschutzvorschriften, die sonst bei der Kapitalsherabsetzung zu beobachten sind, zur Anwendung gelangen. Alles das interessirt uns hier nicht, wir haben darüber zu § 227 ausführlich gehandelt. Hier interessirt uns die Frage, welche rechtliche Natur die Herabsetzung durch Amortisation hat. Sie bedeutet eine sehr erhebliche Veränderung des Aktienrechts, nämlich seine Vernichtung. Die Amortisation ist Erwerb des Aktienrechts zum Zwecke der Nichtwiederausgabe. Das Aktienrecht soll, wie ja schon dieser Name sagt, vernichtet werden und der Erfolg ist denn auch die Vernichtung des Aktienrechts (vergl. auch hierüber Anm. 5 zu § 227).

Ganz anders liegt die Sache bei allen sonstigen Herabsetzungen, also bei jenen Anm. 9.
Herabsetzungsarten, welche unser § 288 behandelt. Hier wird das Aktienrecht nicht vernichtet. Die Schaffung der Aktien und die Herabsetzung des Aktienkapitals verhalten sich hier zu einander nicht etwa, wie Geburt und Tod, wie Erzeugung und Vernichtung. Vielmehr bleibt im Falle der Herabsetzung nach § 288 das Aktienrecht dasselbe d. h. identisch. Auch die Stärke des Aktienrechts ändert sich nicht nothwendig: die Antheilsquote ändert sich durch die Veränderung der Ziffer nicht nothwendig (R.O.H. 25 S. 264; R.G. vom 4. November 1895 in J.W. 1896 S. 6). Beträgt z. B. die Ziffer des Aktienkapitals 30000 Mk., so ist der Eigenthümer einer Aktie von 3000 Mk. mit $^1/_{10}$ an der zu vertheilenden Gewinn- und Liquidationsmasse betheiligt. Wird nun die Gesammtziffer des Grundkapitals auf 10000 Mk. herabgesetzt und somit der Betrag der einzelnen Aktie auf 1000 Mk., so bleibt jene Betheiligungsquote $^1/_{10}$, also unverändert. Nur die Signatur der Aktien wird auch in solchen Fällen eine andere, sie sieht nunmehr aus, als sei sie eine solche, auf welche nur 1000 Mk. eingezahlt wären, und diese veränderte Signatur übt oft auf die Werthschätzung im Aktienverkehr Einfluß aus.

Auch im Falle der Zusammenlegung liegt die Sache nicht anders. Die Zusammen- Anm. 10.
legung ist ja nur eine Art, wie die Kapitalsherabsetzung des § 288 ausgeführt wird (§ 290). In der aus der Zusammenlegung hervorgehenden Aktie sind die früheren mehreren Aktienrechte vereinigt, sie repräsentirt die früheren mehreren Einzelrechte in ihrer Vereinigung. Nur die Ziffer der vereinigten Aktienrechte ist herabgesetzt.

So ändert bei der Kapitalsherabsetzung durch Herabsetzung des Nennwerths das Anm. 11.
Aktienrecht seine Identität nicht. Es ändert sich ferner nicht nothwendig der Umfang des Rechts. Allein die Stärke des Rechts ändert sich zwar nicht gerade nothwendig, d. h. nicht immer, aber doch oft und zwar durch das Mitwirken anderer Umstände, nämlich dann, wenn die herabgeminderte Aktie in Konkurrenz mit Aktien anderer Gattung oder anderen Nennwerths tritt. In diesem Falle gewährt naturgemäß eine Aktie von geringerem Nennwerth in mannigfacher Hinsicht, je nach dem Inhalte der betreffenden Statuten, geringere Rechte, als eine Aktie von größerem Nennwerthe. Wenn

z. B. Aktien von 3000 Mk. vorhanden sind und ein Theil davon wird in Aktien von 1000 Mk. herabgesetzt, so gewährt jede Aktie der letzteren Art nunmehr nur noch eine Stimme, während die Aktien der ersteren Art je drei Stimmen gewähren, und ebenso liegt es auf der Hand, daß, wenn der Prozentsatz der Gewinnbetheiligung in Aktienbeträgen ausgedrückt ist, auf eine Aktie von 1000 Mk. eine geringere Dividende entfällt, als auf eine Aktie von 3000 Mk.

Anm. 12. 3. **Gang der Kapitalsherabsetzung.**

a) Zunächst hat die Generalversammlung die Kapitalsherabsetzung zu beschließen (§ 288).
b) Sodann erfolgt die Anmeldung dieses Beschlusses gemäß § 289.
c) Alsdann erfolgt die Aufforderung an die Gläubiger gemäß § 289 Abs. 2.
d) Wann die erfolgte Herabsetzung anzumelden ist, darüber siehe zu § 291.
e) Vor Auszahlungen an die Aktionäre ist das Sperrjahr abzuwarten und sind die Gläubigerschutzvorschriften zu beachten (§ 289 Abs. 3 und 4).

II. Die Erläuterung des § 288.

Anm. 13. **Der vorliegende Paragraph bestimmt die Erfordernisse des Herabsetzungsbeschlusses,** und zwar in Abs. 1 die Abstimmungsvorschrift, im Abs. 2 den Inhalt des Beschlusses, im Abs. 3 eine besondere Majorität beim Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen.

1. **Vorauszuschicken ist, daß keine Kapitalsherabsetzung erfolgen kann durch Herabsetzung des Nennwerthes der Aktien unter 1000 Mk. bezw. (bei vinkulirten Aktien) unter 200 Mk.** Ferner ist vorauszuschicken, daß die Ankündigung der Tagesordnung gemäß § 274 Abs. 2 den wesentlichen Inhalt des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses (z. B. Herabsetzung des Grundkapitals um 300000 Mark durch Zusammenlegung der Aktien im Verhältniß von 3 : 1) enthalten muß (nicht jedoch den intendirten Zweck der Herabsetzung: Zurückzahlung, Ausgleichung einer Unterbilanz), wohl aber ferner eventuell die Aenderung des von der Herabsetzung des Grundkapitals betroffenen Statutenparagraphen (unten Anm. 19) ankündigen und endlich auf die Sonderabstimmung der mehreren Aktiengattungen hinweisen muß (unten Anm. 18).

Anm. 14. 2. (Abs. 1.) **Die regelmäßige Abstimmungsvorschrift** ist das Vorhandensein einer Mehrheit von mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (was das bedeutet, darüber siehe Anm. 4 zu § 251). Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse festsetzen, insbesondere doppelte Generalversammlung, Einstimmigkeit. Das Statut kann nicht die Erfordernisse herabmindern. Wenn das Statut für Statutenänderungen an sich höhere Erfordernisse aufstellt, so bedarf auch der Herabsetzungsbeschluß dieser höheren Erfordernisse. Denn er ist ja eine Art Statutenänderung (Anm. 1 zu § 274), woraus insbesondere folgt, daß nur die Generalversammlung die Kapitalsherabsetzung beschließen, sie auch keinem anderen Organ übertragen kann, da keine bloße Fassungsänderung vorliegt.

Anm. 15. 3. (Abs. 2.) **Der Inhalt des Beschlusses.** Er muß ergeben, daß das Kapital herabgesetzt werden soll und um welchen Betrag, jedenfalls müssen die Faktoren angegeben werden, aus denen sich die Bestimmung dieses Betrages ergiebt. Es darf jedenfalls nicht der Willkür der Gesellschaftsorgane überlassen werden, um welchen Betrag die Herabsetzung erfolgen soll.

Anm. 16. Der Beschluß muß ferner ersehen lassen, ob Herabsetzung oder Amortisation beabsichtigt ist (daß dies verwischt war, war einer der Fehler des im R.G. 26 S. 132 für ungiltig erklärten Beschlusses). Er muß ferner nothwendig ergeben, zu welchem Zwecke die Herabsetzung erfolgen soll (zur Rückzahlung bezw. Zurückgabe von Einlagen oder sonstigen Werthen — auch das letztere ist zulässig —; zur Befreiung der Aktionäre von rückständigen Einzahlungen oder Illationen; zur Tilgung einer Unterbilanz; zur Verwandlung eines Theils des Grundkapitals in einen Reservefonds). Es können auch mehrere Zwecke zugleich verfolgt werden. Der Beschluß muß endlich angeben, in welcher Weise die Maßregel auszuführen ist (durch Verminderung des Nennbetrages bis zu 1000 Mk. bezw. unter 1000 Mk. unter gleichzeitiger Vinkulirung gemäß § 180 oder durch Zusammenlegung). Aber die Einzelheiten der Ausführung braucht (anders Makower S. 681) der Beschluß

nicht zu enthalten, also z. B. nicht, wie die Herabsetzung äußerlich kenntlich zu machen ist, ob bei der Zusammenlegung statt der alten Exemplare neue ausgefertigt oder die alten abgestempelt werden sollen; ob derjenige Theil, der hierbei werthlos wird, abgeliefert und vernichtet, ob der giltig bleibende abgestempelt werden soll; in welcher Weise die Rückzahlung erfolgen soll oder gar in welcher Weise die Mittel zur Rückzahlung beschafft werden sollen. Derartige Einzelausführungen kann der Beschluß enthalten, sie können aber auch den Gesellschaftsorganen überlassen werden. Auch aus § 290 Abs. 1 folgt das Gegentheil nicht; denn indem die Herabsetzung durch Zusammenlegung beschlossen ist, ist damit ohne Weiteres eine Verminderung der Aktienzahl durch Umtausch, Stempelung oder ein ähnliches Verfahren vorgesehen. Es ist hier nur an den Unterschied zur Verminderung der Aktienzahl durch Amortisation gedacht, nicht aber bestimmt oder vorausgesetzt, daß von den verschiedenen Formen der Zusammenlegung, die materiell das gleiche Ziel und die gleiche Bedeutung haben, deren Unterschied also materiell wesenlos ist, diejenige schon im Beschlusse bezeichnet werden muß, welche in concreto zu wählen ist.

Dagegen muß es als erforderlich gehalten werden, daß in denjenigen Fällen, wo Anm. 17.
die definitive Herabsetzung von dem Eintritte anderer Thatsachen abhängt, auf deren Eintritt oder Nichteintritt die Aktionäre Einfluß haben, in irgend einer Weise dafür Fürsorge getroffen wird, daß der Eintritt der Bedingungen in einem bestimmten Zeitpunkte eintritt; es muß auf diese Weise ein Endpunkt fixirt sein, bis zu welchem die Transaktion durchgeführt sein muß. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetze, wird aber von der Rechtsprechung angenommen. Es gehört das zu der Angabe, in welcher Weise der Beschluß auszuführen ist (Oberstes Landgericht München bei Holdheim 1 S. 107; K.G. bei Holdheim 6 S. 129 und bei Johow 16 S. 22). Das ist z. B. der Fall, wenn den Stammaktionären freigestellt ist, sich für die Umwandlung von je drei Stammaktien in eine Vorzugsaktie oder von je zwei Stammaktien in eine Stammaktie zu entscheiden.

4. (Abs. 3.) **Besondere Modalität bei mehreren Aktiengattungen.** Hier muß außer dem Anm. 18.
Gesammtbeschlusse der Aktionäre noch jede Gattung besonders zustimmen. Auch diese Beschlüsse müssen die in Abs. 1 angeordnete qualifizirte Majorität haben. Auch hier ist besondere Ankündigung erforderlich, wie im § 275, aber nicht besondere Generalversammlung.

Ueber diese Sonderbeschlüsse siehe ausführlich Anm. 3—5 zu § 275.

Zusatz 1. In dem Beschlusse auf Kapitalsherabsetzung wird gleichzeitig zweckmäßiger Weise Anm. 19.
auch der Aufsichtsrath beauftragt werden, nach der durchgeführten Kapitalsherabsetzung das Statut entsprechend abzuändern. Das ist nach § 274 zulässig, und es ist zweckmäßig, damit auch im Statute die Ziffer des Grundkapitals berichtigt werde. Denn die Anmeldung im § 291 führt nur zur Berichtigung der im Handelsregister eingetragenen Grundkapitalsziffer, der Gesellschaftsvertrag wird dadurch allein in seiner Fassung noch nicht geändert. Zur Giltigkeit oder Wirksamkeit des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses und seiner Ausführung gehört das allerdings nicht. Mit der durchgeführten Kapitalsherabsetzung (wann diese eintritt, darüber siehe Anm. 6 ffg. zu § 291) ist vielmehr die Grundkapitalsziffer entsprechend geändert. (Vergl. auch zu § 291.)

Zusatz 2. Ueber Kapitalsherabsetzungen im Zusammenhang mit Kapitalserhöhungen oder Anm. 20.
mit der Schaffung von Vorzugsaktien siehe Anm. 7 ffg. zu § 290.

Zusatz 3. Ueber Stempelfragen siehe Anm. 10 zu § 290.

Zusatz 4. Ueber Uebergangsfragen siehe Anm. 11 zu § 290.

§ 289.

Der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Vorstand hat unter Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals nach der Eintragung des Beschlusses die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal

in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Zahlungen an die Aktionäre dürfen auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erst erfolgen, nachdem seit dem Tage, an welchem die in Abs. 2 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist und nachdem die Gläubiger, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt worden sind. Eine durch die Herabsetzung bezweckte Befreiung der Aktionäre von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen auf die Aktien tritt nicht vor dem bezeichneten Zeitpunkt in Wirksamkeit.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph schreibt vor, was auf Grund des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses Seitens der Organe zu geschehen hat.**

1. (Abs. 1.) **Der Beschluß ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes** (nicht auch des Aufsichtsraths) **zum Handelsregister anzumelden.** Erst durch die Eintragung wird der Beschluß wirksam. Denn er enthält ja eine Statutenänderung, mindestens eine bedingte (vergl. Anm. 1 zu § 274). Ob damit das Grundkapital schon herabgesetzt ist, darüber siehe Anm. 6 ffg. zu § 291. — Entspricht der Beschluß nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, so hat der Registerrichter die Eintragung abzulehnen; aber er darf nicht etwa die Eintragung ablehnen weil die Gläubigerschutzvorschriften nicht beobachtet sind (Johow 9 S. 20; vergl. Anm. 6 zu § 291). — Die Anmeldung und Eintragung erfolgt auch bei dem Gericht jeder Zweigniederlassung und zwar erst nach erfolgter Eintragung in das Hauptregister (§ 13); auch hier erfolgt die Anmeldung durch sämmtliche Vorstandsmitglieder, da § 15 Platz greift und eine dem § 286 analoge Ausnahme hier nicht gegeben ist (Pinner S. 272, der nur irrthümlich auch die Mitglieder des Aufsichtsraths für anmeldungspflichtig hält). — Ein Zwang zur Anmeldung besteht nicht bei der Hauptniederlassung, wohl aber für die Zweigniederlassung (§§ 14, 319 Abs. 2). — Vergl. Makower S. 682. —

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Alsdann müssen die Schutzvorschriften für die Gläubiger beobachtet werden,** insbesondere die Aufforderung an die Gläubiger und die Befriedigung oder Sicherstellung der sich meldenden Gläubiger.

a) Hand in Hand und gleichzeitig hiermit kann das zum Zwecke der Ausführung der Kapitalsherabsetzung Zweckdienliche erfolgen: die Aufforderung an die Aktionäre, ihre Aktien zum Zwecke der Abstempelung einzureichen; im Fall der Amortisation auch die Unterhandlungen über den Ankauf der Aktien und der Abschluß derselben; im Falle der Zusammenlegung die Aufforderung zur Einreichung der Aktien; im Falle der Zulassung von Zuzahlungstransaktionen die Aufforderung zur Einzahlung ꝛc. Es braucht nicht etwa die Erledigung der zum Schutze der Gläubiger vorgeschriebenen Maßregeln und das Sperrjahr abgewartet zu werden, um die Kapitalsherabsetzung durchzuführen. Nur derjenige Akt, der die Gläubiger schädigen könnte, nämlich die Rückzahlung oder die Befreiung muß hinausgeschoben werden bis nach Erledigung jener Schutzmaßregeln und bis nach Ablauf eines Sperrjahres (Abs. 3). (Siehe unten Anm. 8).

Anm. 3. b) (Abs. 2). Die Aufforderung an die Gläubiger sich zu melden. Die Aufforderung setzt die Eintragung des Beschlusses am Sitze der Gesellschaft voraus. Sie hat den Hinweis auf die beschlossene Herabsetzung des Grundkapitals zu enthalten und muß drei Mal in den Gesellschaftsblättern publizirt werden, natürlich in Zwischenräumen, jedoch sind bestimmte Zwischenräume nicht vorgeschrieben, sodaß es genügt, wenn die Publikation nur in verschiedenen Nummern derselben Zeitung erfolgt (als

verschiedene Nummern gelten auch die Früh- und die Abendnummer). Die bekannten Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Die Beobachtung dieser Vorschriften ist sehr wichtig, da sonst den Gesellschaftsorganen die Haftung aus § 241 Nr. 1, 2 und 5 bezw. § 249 droht, den Aktionären die Rückzahlung nach § 217 (vergl. unten Anm. 9).

c) (Abs. 3.) Den Gläubigern, die sich melden, und deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet waren, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten. Die Meldung geschieht formlos. Die Forderung braucht nicht gerade fällig zu sein, es genügt, daß sie begründet war vor jenem Zeitpunkte, d. h. ihr Grund muß in Thatsachen liegen, welche vorher eingetreten waren. Ist dies der Fall, so kann sie bedingt, befristet oder von einer Gegenleistung abhängig sein (vergl. den gleichen Ausdruck im § 404 B.G.B. und Planck, Kommentar Anm. 1 dazu). Ob Befriedigung oder Sicherheit geleistet wird, ist für die Frage der Vertheilung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre gleichgiltig. Auch wenn ein Streit zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft darüber entsteht, ob im gegebenen Falle Befriedigung oder Sicherheit zu leisten ist, so wird dadurch das Recht der Vertheilung nach Abs. 4 nicht aufgehalten. Eines von Beiden, Befriedigung oder Sicherheitsstellung, muß nur erfolgen. — Auch verwandelt sich der Charakter der Forderung durch die Herabsetzung des Grundkapitals nicht. Weder werden Holschulden zu Bringschulden, noch werden längere Verträge dadurch einem vorzeitigen Ende zugeführt, noch befristete Forderungen fällig (R.O.H. 24 S. 245; R.G. 5 S. 7; 9 S. 14), noch liegt an sich ein Arrestgrund vor, sondern höchstens bei Verletzung der Schutzvorschriften (R.O.H. 23 S. 150). Nur auf Grund des § 321 B.G.B. wird ein Recht auf Zurückbehaltung angenommen werden können, wenn die Kapitalsherabsetzung eine wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft bedeutet, was aber wohl selten der Fall sein wird (vergl. Pinner S. 272). Andererseits ist das Verlangen auf Sicherheitsleistung nicht etwa an eine nachweisbare Gefährdung des Rechts, sondern allein an die Thatsache der Kapitalsherabsetzung geknüpft (Pinner S. 272). — Wie Sicherheit zu leisten ist, darüber disponiren die §§ 232 flg. B.G.B. Dabei ist hervorzuheben, daß mit Werthpapieren, auch wenn es sich um Schuldverschreibungen des Deutschen Reichs oder der Bundesstaaten handelt, nur mit $^2/_3$ des Kurswerthes Sicherheit bestellt werden kann (§ 234 Abs. 3, § 236 B.G.B.). Wenn die Forderung bestritten wird, so ist der Betrag nicht etwa nothwendig zu hinterlegen, wie dies früher vorgeschrieben war. Vielmehr haben die Gesellschaftsorgane nach Pflicht und Gewissen und mit der Sorgfalt ordentlicher Geschäftsleute den Rechtsbestand der Forderung zu prüfen und hiernach zu verfahren. Das Beste wird sein, wenn sie in solchem Falle unter Darlegung des Sachverhältnisses Rechtsgutachten von geeigneter Seite einholen. Alsdann wird ihnen wohl kaum ein Verstoß gegen §§ 241 und 249 vorzuwerfen sein (vergl. Anm. 2 zu § 241). Wie steht es hinsichtlich derjenigen Gläubiger, welche bereits eine Sicherheit besitzen? Der Umstand allein, daß ein Gläubiger eine Sicherheit bereits besitzt (z. B. ein Hypothekengläubiger), befreit von der Stellung einer Sicherheit dann nicht, wenn die bestehende nicht genügt oder angesichts der Herabsetzung nicht mehr genügt. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die bestehende Sicherheit das normale Leben der Gesellschaft zur Voraussetzung hat. Ob sie bei der Herabsetzung des Grundkapitals infolge der dadurch erzielten Erleichterung der Vertheilungsmöglichkeit von Gesellschaftsvermögen unter die Aktionäre noch angemessen ist, ist eine andere Frage. Anders bei rein dinglichen Verpflichtungen, wie Grundschulden. Hier kann eine verstärkte Sicherheit nicht gefordert werden. Anm. 4.

Meldet sich ein Gläubiger nicht, so ist von seiner Befriedigung oder Sicherstellung die Vertheilung nach Abs. 4 nicht abhängig. Seines Anspruchs geht der Gläubiger dadurch natürlich nicht verlustig. Meldet er ihn nachträglich an, so muß er nachträglich befriedigt oder sicher gestellt werden, je nachdem die Voraussetzungen der Befriedigung oder Sicherstellung vorliegen. Es kann ihm auch nicht etwa die Anm. 5.

Sicherstellung mit dem Hinweis auf das abgelaufene Sperrjahr verweigert werden. So ist Abs. 3 nicht zu verstehen.

Anm. 6. Auch die Erfüllung dieser Vorschrift ist wichtig, auch hier droht den Gesellschaftsorganen die Haftung nach §§ 241 Nr. 1, 2 und 5 und 249 (vergl. Anm. 9).

Anm. 7. d) (Abs. 4.) **Außerdem muß, ehe die Vertheilung nach Abs. 4 erfolgt, das sogenannte Sperrjahr abgelaufen sein,** d. h. ein Jahr nach der dritten Publikation der im Abs. 2 vorgeschriebenen Aufforderung. Es müssen also 1. die Gläubiger gemäß Abs. 2 aufgefordert, 2. diejenigen, die sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt sein, und es muß 3. seit der dritten Aufforderung ein Jahr verstrichen sein.

Anm. 8. 3. **Erst nach Erledigung dieser Schutzvorschriften dürfen Zahlungen an die Aktionäre auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen.** Bis dahin ist der Anspruch auf Rückzahlung befristet (vergl. hierüber Anm. 7 zu § 291); erst da tritt ferner eine Befreiung von der Einzahlungsverpflichtung, falls diese den Inhalt der Herabsetzung bildet, in Wirksamkeit; bis dahin ist die Einzahlung gestundet (vergl. Anm. 8 zu § 291); erst da darf bei der Amortisation durch Ankauf die Gegenleistung für die erworbenen Aktien an die Verkäufer ausgezahlt werden, erst von da ab dürfen die etwa auf Grund der herabgesetzten Grundkapitalsziffer auf die Aktionäre entfallenen Dividenden ausgezahlt werden. Durch vorherige Zahlungen würden sich die Gesellschaftsorgane haftbar machen (vergl. Anm. 9).

Indessen ist damit nicht gesagt, daß die Herabsetzung des Kapitals erst nach Durchführung der Gläubigerschutzvorschriften als erfolgt zu gelten hat. Hierüber Anm. 6 zu § 291.

Anm. 9. 4. **Die Gläubiger haben auf Inhaltung der Vorschriften ein Klagerecht.** Sie können auch durch einstweilige Verfügungen die ohne Beobachtung dieser Vorschriften erfolgende Herabsetzung hindern. Aus der Zahlung an die Aktionäre, die ohne Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt ist, haften die Gesellschaftsorgane nach §§ 241 Nr. 1, 2 u. 5 und 249 auf Ersatz, die Aktionäre nach § 217 auf Rückzahlung.

Aber die civilrechtliche Giltigkeit der Rückgewährsakte wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Gläubigerschutzvorschriften nicht beobachtet sind, das Sperrjahr noch nicht abgelaufen ist.

§ 290.

Ist zur Ausführung der Herabsetzung des Grundkapitals eine Verminderung der Zahl der Aktien durch Umtausch, Stempelung oder durch ein ähnliches Verfahren vorgesehen, so kann die Gesellschaft die Aktien, welche trotz erfolgter Aufforderung nicht bei ihr eingereicht sind, für kraftlos erklären. Das Gleiche gilt in Ansehung eingereichter Aktien, welche die zum Ersatze durch neue Aktien erforderliche Zahl nicht erreichen und der Gesellschaft nicht zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt sind.

Die Aufforderung zur Einreichung der Aktien hat die Androhung der Kraftloserklärung zu enthalten. Die Kraftloserklärung kann nur erfolgen, wenn die Aufforderung nach Maßgabe des § 219 Abs. 2 bekannt gemacht ist; sie geschieht mittelst Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

Die an Stelle der für kraftlos erklärten Aktien auszugebenden neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten durch die Gesellschaft zum Börsenpreis und in Ermangelung eines solchen durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Betheiligten auszuzahlen oder, sofern die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, zu hinterlegen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Herabsetzung des Grundkapitals durch sogenannte Zusammenlegung.** Die Zulässigkeit des Verfahrens war früher bestritten. Das Reichsgericht hatte es für zulässig erklärt (R.G. 36 S. 134; 37 S. 131; 38 S. 95).

1. **Wesen des Zusammenlegungsbeschlusses.** Dieselbe ist ein Bedürfniß in denjenigen Fällen, wo die Aktien 1000 Mark oder weniger Nennwerth haben. Denn eine Kapitalsherabsetzung durch Verminderung des Nennwerths jeder einzelnen Aktie ist in diesem Falle unmöglich (Anm. 13 zu § 288). Es muß also zu einer Verminderung der Zahl der Aktien geschritten werden, die, wenn ein Ankauf nicht beliebt wird oder unthunlich ist, nur durch Zusammenlegung erfolgen kann. Darunter versteht man die Bestimmung, daß mehrere Aktien mit einander vereinigt und der Nennwerth der vereinigten Aktien herabgesetzt wird. Wer z. B. drei Aktien besitzt, soll fernerhin nur noch in Höhe von einer Aktie Aktionär sein. Aber diese eine Aktie ist nichts weiter als die Vereinigung der früheren drei Aktien. Es liegt nichts weiter als eine besondere Art der Herabsetzung nach § 288 vor, wie dies ja auch der Eingang unseres Paragraphen ergiebt, nur daß die Herabsetzung der Ziffer hier dadurch erfolgt, daß mehrere Aktienrechte vereinigt und bei der so gebildeten Gesammtaktie die Ziffer herabgesetzt wird (vergl. über das juristische Wesen der Herabsetzung durch Zusammenlegung Anm. 9—11 zu § 288). Anm. 1.

2. Soll die Ausführung der Kapitalsherabsetzung durch Zusammenlegung erfolgen, **so muß dies die Generalversammlung durch einen gemäß § 288 zu fassenden Beschluß bestimmen** und natürlich auch das Verhältniß, in welchem dies geschehen soll. Das Nähere kann den Gesellschaftsorganen überlassen werden (vergl. Anm. 16 zu § 288). Doch muß die G.V. unter Umständen auch noch den Endpunkt bestimmen, bis zu welchem die Zusammenlegung durchgeführt sein muß (Anm. 17 zu § 288), allerdings nicht immer; denn regelmäßig ist mit der Eintragung des Zusammenlegungsbeschlusses das Aktienkapital bereits herabgesetzt (Anm. 12 zu 291). Anm. 2.

3. **Die Ausführung dieses Beschlusses** bedarf eines Mittels, um die Schwierigkeit zu beseitigen, welche dadurch entsteht, daß ein Aktionär seine Aktien nicht einreicht zum Zwecke der Abstempelung der weiter giltigen Aktie und Vernichtung der ungiltig werdenden oder dadurch, daß die Anzahl von Aktien, welche ein Aktionär besitzt, nicht ausreicht, um ein Ersatzstück zu erhalten. Er besitzt z. B. in dem obigen Beispiel (Anm. 1) nur eine Aktie, während doch immer auf drei Aktien eine entfallen soll. Die Gesellschaft ist nach dem vorliegenden Paragraphen berechtigt, in der im § 219 Abs. 2 vorgeschriebenen Weise eine Aufforderung zu erlassen, in welcher die Aktionäre (natürlich mit Fristbestimmung) aufgefordert werden, ihre Aktien einzureichen zum Zwecke der Aushändigung von Ersatzstücken bezw. zur Abstempelung, und mit der Androhung, daß diejenigen Aktien, welche nicht zu diesem Zwecke eingereicht werden, oder welche ihr nicht zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt werden, obwohl ihre Zahl zum Empfange von Ersatzstücken nicht ausreicht, für kraftlos erklärt werden. — Es ist nicht nöthig, daß der Zusammenlegungsbeschluß den Gesellschaftsorganen das Recht oder die Anweisung giebt, dieses Zwangsverfahren durchzuführen. Das Gesetz giebt ihnen in unserem Paragraphen das Recht und ihre rechtliche Stellung zur Gesellschaft legt ihnen die Verpflichtung auf, es in den geeigneten Fällen einzuleiten und durchzuführen. Das Gesetz hat übrigens nicht für alle Eventualitäten genügend Vorsorge getroffen (siehe unten Anm. 6a Note 2). Anm. 3.

Nach Ablauf der Frist erfolgt Kraftloserklärung durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern. Anm. 4.

Dieselbe hat zur Folge, daß die betreffenden, im Umlauf befindlichen Stücke nebst den fälligen Dividendenscheinen nichtig werden. Der redliche Erwerber erwirbt daran kein Recht. An Stelle der für kraftlos erklärten Aktien hat die Gesellschaft Ersatzstücke auszugeben, welche dieselben Rechte gewähren, wie diejenigen Aktien, welche den Aktionären gewährt sind, die ihre Aktien ordnungsgemäß eingereicht haben. Diese neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten durch die Gesellschaft zum Börsenkurse, event. durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Betheiligten auszuzahlen, wenn sie sich melden und legitimiren und zwar auch vor Ablauf des Sperrjahres, da es sich ja nur um einen Betrag handelt, der für sie erlöst worden ist vermöge einer Geschäftsführung. Aus demselben Grunde müssen sie sich auch die Kosten des Verkaufs abziehen lassen (der Anm. 5.

Verkauf erfolgt für „ihre Rechnung"). Ist die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden (hierüber gelten die Vorschriften des B.G.B.), dann ist der Betrag zu hinterlegen, d. h. dann besteht auch die Pflicht zur Hinterlegung (so auch Pinner S. 277). Der Erlös ist hiernach immer dann zu hinterlegen, wenn der Gläubiger im Annahmeverzug oder wenn der Gläubiger oder sein Aufenthalt ohne Verschulden der Gesellschaft derselben unbekannt ist (§ 372 B.G.B.). Sind keine Aktien ausgegeben, so sind entsprechende Maßregeln vorzunehmen.

Anm. 6. Eine schlimmere Folge, als die Kraftloserklärung und den Verkauf der Ersatzstücke für Rechnung der Betheiligten, etwa die einfache Nichtigkeit der Aktien oder auch den Verlust des Stimm- und Dividendenrechts darf der Zusammenlegungsbeschluß oder gar der Vorstand aus eigener Machtvollkommenheit nicht anordnen. Dies ist schon für das bisherige Recht angenommen worden (R.G. 37 S. 131; 38 S. 95) und muß jetzt angesichts des vorliegenden Paragraphen erst recht gelten. Stellt der Vorstand ein solches Präjudiz, so ist es ungiltig; stellt es der Beschluß selbst, so ist der betreffende Theil des Beschlusses einfach unwirksam, der Beschluß im Uebrigen aber giltig. Dies ist nach bisherigem Recht angenommen worden (R.G. 38 S. 99) und muß auch jetzt gemäß § 139 B.G.B. angenommen werden; denn es ist bei solchen Beschlüssen im Zweifel nicht anzunehmen, daß der ganze Beschluß nicht gefaßt worden wäre, wenn man sich der Unwirksamkeit eines solchen Präjudizes bewußt gewesen wäre. Der Schwerpunkt liegt bei solchen Beschlüssen zweifellos nicht in diesem Präjudiz.

Anm. 6a. **4. Als Beispiel eines Zusammenlegungsbeschlusses** mag folgendes dienen:

Die Generalversammlung beschließt:

1. Das Grundkapital wird um 300000 Mark in der Weise herabgesetzt, daß je 3 Aktien zu zwei zusammengelegt werden.[1])
2. Die Aktionäre haben zum Zwecke der Zusammenlegung ihre Aktien nebst Dividendenscheinen und Talon bis zu einer vom Aufsichtsrath festzusetzenden und in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machenden Frist, spätestens bis zum 31. Mai 1900 einzureichen. Von den eingereichten Aktien wird je eine zurückbehalten und vernichtet, zwei dagegen werden den Aktionären zurückgegeben mit dem Stempelaufdruck: Giltig geblieben gemäß Zusammenlegungsbeschluß vom 1. Januar 1900.
3. Soweit die von Aktionären eingereichten Aktien zur Durchführung der Zusammenlegung nicht ausreichen, der Gesellschaft aber zur Verwerthung für Rechnung der Betheiligten zur Verfügung gestellt werden, werden von den sämmtlichen in dieser Weise eingereichten Aktien immer eine vernichtet, und zwei durch den gedachten Stempelaufdruck für giltig geblieben erklärt. Die letzteren zwei werden zum Börsenkurse verkauft und der Erlös den Betheiligten nach Verhältniß ihres Aktienbesitzes zur Verfügung gestellt.[2])
4. Diejenigen Aktien, welche nicht eingereicht, und diejenigen, welche von einem Aktionär in einer Anzahl eingereicht werden, welche zur Durchführung der Zusammenlegung von 3 zu 2 nicht ausreichen, und der Gesellschaft nicht zur Verwerthung für die Betheiligten zur Verfügung gestellt werden, werden für kraftlos erklärt. An die Stelle der für kraftlos erklärten werden neue Aktien ausgegeben, und zwar je zwei neue für drei alte.

---

[1]) Dieser Passus zu 1 und der Passus zu 6 sind gemäß § § 288 Abs. 2 wesentlich, vielleicht auch der Passus zu 2 (Anm. 16 zu § 288); die Passus zu 3 und 4 sind nicht wesentlich, da sie sich aus § 290 von selbst ergeben (siehe oben Anm. 3 a. E.), den Passus zu 5 halten wir im vorliegenden Falle für nicht geboten (vergl. oben Anm. 2 a. E.), der Passus zu 7 ist nicht geboten, aber der Ordnung wegen sehr empfehlenswerth; der Passus zu 8 ist ebenfalls nicht geboten.

[2]) Genau genommen ist im Gesetze und in unserem Musterbeispiel nicht Vorsorge getroffen für den Fall, daß diejenigen Aktien, welche in nicht genügender Anzahl eingereicht und der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, zusammengenommen noch Spitzen übrig lassen, welche sich zu der geplanten Zusammenlegung nicht eignen. Doch können diese Spitzen wohl ohne weiteres zu der Kategorie zu 4 geschlagen werden.

Diese neuen Aktien sind für Rechnung der Betheiligten zum Börsenkurse zu verkaufen und der Erlös den Betheiligten nach Verhältniß ihres Aktienbesitzes zur Verfügung zu stellen.

5. Die Zusammenlegung muß bis zum 31. August 1900 durchgeführt sein.
6. Der durch die Zusammenlegung in der Bilanz frei werdende Betrag ist zur Beseitigung der Unterbilanz und zu Abschreibungen zu verwenden.
7. Der Aufsichtsrath wird beauftragt, nach Durchführung der Zusammenlegung den § 24 der Statuten der veränderten Ziffer des Grundkapitals gemäß zu fassen.
8. Der Vorstand wird beauftragt, den Zusammenlegungsbeschluß, ebenso die durchgeführte Zusammenlegung und endlich die zu 7 gedachte Statutenänderung zum Handelsregister anzumelden.

Anm. 7. **Zusatz 1. Die Kapitalsherabsetzung, insbesondere die durch Zusammenlegung, kommt in der Praxis häufig kombinirt mit anderen Beschlüssen vor.** Insbesondere häufig tritt sie in Verbindung mit Kapitalserhöhungsbeschlüssen auf (R.O.H. 25 S. 260). Oft genügt es nämlich nicht, daß die bisherige Kapitalsziffer herabgesetzt und so die Unterbilanz ausgeglichen wird. Vielmehr braucht die Gesellschaft außerdem neue Betriebsmittel, um fruchtbringend zu wirken. Zu dieser Beschaffung dient die Kapitalserhöhung oder auch die Schaffung von Prioritätsaktien durch Zuzahlung. Die letztere halten wir, wie wir im § 185 ausgeführt haben, überhaupt nicht für zulässig, also auch nicht in Verbindung mit Kapitalsherabsetzungsbeschlüssen. Die Kapitalserhöhung aber ist in Verbindung mit der Kapitalsherabsetzung zulässig, und wenn man einen Zuzahlungsbeschluß entgegen unserer Ansicht an sich für zulässig hält, so ist er auch in Verbindung mit einer Kapitalsherabsetzung oder Zusammenlegung zulässig. Es kann also sehr wohl gesagt werden, daß die vorhandenen Aktien von drei zu einer zusammengelegt werden, daß außerdem aber die Grundkapitalsziffer um 500 000 Mark erhöht werden soll, und es steht auch nichts entgegen, daß weiter beschlossen wird, daß jede zusammengelegte Aktie gegen eine Prioritätsaktie umgetauscht werden kann, event. auch unter Zuzahlung einer bestimmten Summe (vergl. den Beschluß im R.G. 38 S. 100, der in diesem Punkte für giltig erachtet wurde, vergl. auch unsere Ausführungen in Anm. 3 zu § 185). Und wenn man einen Zuzahlungsbeschluß an sich für zulässig hält, so ist ein Beschluß zulässig etwa dahin: Alle vorhandenen Aktien werden von drei zu einer zusammengelegt, wer drei Aktien einreicht und 500 Mark zuzahlt, dem werden gewisse Vorzugsrechte gewährt.

Anm. 8. Zweifelhaft wird die Giltigkeit solcher kombinirten Beschlüsse aber dann, wenn das Prinzip der Gleichberechtigung angetastet wird, wenn also z. B. gesagt wird, daß sich jeder bisherige Aktionär bei der Kapitalserhöhung betheiligen kann, indem er *drei* derselben gegen eine Aktie der neuen Erhöhung umtauschen kann, daß aber diejenigen Aktionäre, die sich hierbei nicht betheiligen, sich gefallen lassen müssen, daß von ihren Aktien je fünf zu einer zusammengelegt werden. Hier, wie in ähnlichen Fällen, wo denjenigen Aktionären, die sich an einer anderen „zur Wahl gestellten" Transaktion nicht betheiligen, eine Herabsetzung des Nennwerths oder eine Verminderung der Zahl ihrer Aktien *in schärferem Maße oder in größerem Umfange* angedroht wird, als denjenigen Aktionären, die sich an jener Transaktion betheiligen, ist an die Nichtbetheiligung bei der Kapitalserhöhung eine Strafe geknüpft. Eine solche Transaktion verstößt nach unserer Anschauung sowohl gegen das Prinzip der Nichtzulässigkeit der Auferlegung von Geldleistungen (§ 211), als auch gegen das Prinzip der Gleichberechtigung. Solche kombinirten Zwangsbeschlüsse werden auch von anderer Seite für bedenklich erachtet (Gierke in G.Z. 45 S. 496; Simon S. 217); und sie werden weder durch die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts (oben Einleitung), noch auch durch die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen direkt gedeckt, da hier überall nur glatte Zusammenlegungsbeschlüsse behandelt werden. Im Reichstage dagegen war man sich darüber nicht klar, ob der vorliegende Paragraph auch solche Zwangsbeschlüsse behandle; der eine Redner behauptete es und wollte ein Korrektiv dagegen einführen, der andere bestritt es (Mugdan Materialien S. 734). Allein die Rechtsprechung des Kammergerichts hat schon unter der Herrschaft des früheren Rechts diese Bedenken nicht getheilt (Johow 16

S. 18 und bei Holdheim 6 S. 129), und es ist zu erwarten, daß die Praxis unter der Herrschaft des neuen Rechts solche Beschlüsse unserer Anschauung zuwider billigen wird.[1])

Anm. 9. Aber es soll andererseits nicht unerwähnt bleiben, daß das R.G. (41 S. 99) einen Beschluß für ungiltig erklärt hat, inhalts dessen den Vorzugsaktionären zugemuthet wurde, der Gesellschaft darlehnsweise einen Betrag zu gewähren, widrigenfalls ihnen nicht nur ihre Vorzugsrechte verloren gehen sollten (schon das hält das R.G. für bedenklich), sondern sie sich auch gefallen lassen müßten, daß je drei Vorzugsaktien in eine zusammengelegt werden (was das R.G. für ganz unzulässig erklärt, weil es gegen das Prinzip der Gleichberechtigung verstößt). Das nähert sich unserer Anschauung.

Anm. 10. **Zusatz 2. Die Stempelpflicht anlangend,** so hat das Reichsgericht entschieden, daß eine Stempelabgabe nicht zu entrichten ist, wenn jede einzelne Aktie auf einen geringeren Betrag herabgemindert wird (Urtheil vom 17. September 1885 in J.W. S. 328, auch R.G. 18 S. 53), wohl aber, wenn mehrere Aktien zusammengelegt werden und statt deren eine neue über denselben Betrag oder einen höheren Nennbetrag ausgegeben wird (vergl. Anm. 19 zu § 180). Der Stempel ist in letzterem Falle vom ganzen Nominalbetrage zu entrichten, dagegen ist überhaupt kein Stempel zu entrichten, wenn jeder Aktionär eine bestimmte Anzahl von Aktien einliefert und alle mit einem niedrigeren Betrage abgestempelt zurückerhält (R.G. 18 S. 51). Das muß auch dann gelten, wenn er eine abgestempelt zurückerhält. Denn darin liegt lediglich eine Abandonnirung einer gewissen Anzahl von Aktien (R.G. 37 S. 119). Von demselben Prinzip gehen bei anderen Fragen die Entscheidungen des R.G. Band 40 S. 12, S. 16 Anm. 1 und S. 126 aus.

Anm. 11. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Auf ältere Gesellschaften finden die Vorschriften der §§ 280 bis 290 Anwendung. Insbesondere darf auch bei diesen, auch bei den Gesellschaften vor der Aktiennovelle von 1884 der Nennbetrag nicht unter den gesetzlichen Mindestbetrag herabgesetzt werden und, wenn er schon weniger beträgt, nicht tiefer (Johow 15 S. 23).

§ 291.

Die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ist von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Paragraph ordnet in etwas lakonischer Weise an, daß die erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

Anm. 1. 1. Wer hat die Anmeldung zu bewirken? Die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes (nicht auch des Aufsichtsraths). — Die Anmeldung hat auch zum Zweigregister zu erfolgen (§ 13).

Anm. 2. 2. Der Zwang zur Anmeldung richtet sich nach § 14, dessen allgemeine Vorschrift auch diesen Fall deckt. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Simon S. 214 sagt, man hätte übersehen, die Befolgung des § 291 durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. (Pinner S. 277).

Anm. 3. 3. Außerdem haften die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes (und auch die des Aufsichtsraths wegen mangelnder Ueberwachung) nach §§ 241 und 249, wenn der Gesellschaft durch unterlassene Anmeldung ein Schaden erwachsen ist. Dritten Personen aber und insbesondere den Gläubigern gegenüber tritt keine Haftung aus diesem Grunde ein, weil der § 291 kein direktes Schutzverhältniß zwischen den Gesellschaftsorganen und den Gläubigern herstellen will (vergl. Anm. 20—22 zu § 241).

Anm. 4. 4. Ueber die Beilagen der Anmeldung ist nichts gesagt. Wo das Gesetz besondere Beilagen nicht anordnet, da genügt die bloße Anmeldung. Diese kann das Gericht als

---

[1]) Daß überall dort, wo die alten Aktien bei einem Kapitalserhöhungsbeschlusse in Zahlung gegeben werden, ein qualifizirter Erhöhungsbeschluß im Sinne des § 279 vorliegt, ist von uns bereits in Anm. 1 zu § 279 hervorgehoben.

richtig annehmen und eintragen der Anmeldung gemäß, es kann aber auch die Richtigkeit prüfen und den erforderlichen Nachweis verlangen (Anm. 7 ffg. im Exkurse zu § 8). Weiteres über die Eintragung unten Anm. 13.

5. **Jede Art der Kapitalsherabsetzung ist, nachdem sie erfolgt ist, in solcher Weise anzumelden,** insbesondere auch die Amortisation, nachdem sie durchgeführt ist (verg. Anm. 15 zu § 227). Anm. 5.

Es fragt sich aber — und das ist nicht bloß wegen der vorliegenden Vorschrift, sondern auch sonst in mannigfacher Hinsicht wichtig — **wann ist die Herabsetzung des Grundkapitals als erfolgt zu betrachten?** Wann ist, so kann die Frage ebenfalls gestellt werden, die Grundkapitalsziffer als dem Herabsetzungsbeschlusse gemäß geändert zu betrachten? Anm. 6.

Die Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Sie beantwortet sich bei den verschiedenen Arten der Herabsetzung verschieden. Weder ist die Ansicht des Kammergerichts (Johow 9 S. 22) allgemein zu billigen, daß der Herabsetzungsbeschluß selbst die Grundkapitalsziffer ändert, noch die Ansicht des R.O.H. 18 S. 426, wonach erst die Durchführung der Gläubigerschutzvorschriften die Herabsetzung bedeutet. Daß ersteres unrichtig ist, ergiebt jetzt schon § 291, da es sonst einer Anmeldung der erfolgten Herabsetzung neben der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses selbst überhaupt nicht bedürfte. Daß die Ansicht des R.O.H. aber unrichtig ist, ergiebt das Wesen der Sache. Die Gläubigerschutzvorschriften haben mit der Durchführung der Kapitalsherabsetzungsvorschriften begrifflich nichts zu thun. Sie bedeuten nur, daß auf Grund der durchgeführten Kapitalsherabsetzung Vertheilungen an Aktionäre nicht erfolgen können, ehe jene Schutzvorschriften beobachtet sind.

A. **Scharf zu trennen von der Frage, wann die Herabsetzung erfolgt ist, ist die andere Frage, wann die mit der Herabsetzung erstrebten Zwecke erreicht sind.** Die letztere Frage muß ausgeschieden und soll hier unter A von uns vorweg behandelt werden. Alsdann soll unter B die Frage erörtert werden, wann die Herabsetzung selbst als erfolgt zu betrachten ist. Anm. 7.

a) Erfolgt die Herabsetzung zum Zwecke der theilweisen Rückzahlung, so ist regelmäßig mit der Fassung und Eintragung des Reduktionsbeschlusses die Herabsetzung erfolgt. Lediglich die unter B. bezeichneten Thatsachen sind für die erfolgte Herabsetzung maßgebend. Durch sie ist die Bilanz in der Weise verändert, wie es erforderlich ist, damit der zur Rückzahlung in Aussicht genommene Betrag sich als Bilanzüberschuß darstellt und dadurch fähig ist, unter die Aktionäre vertheilt zu werden. Das wirthschaftlich freigewordene Kapital ist dadurch auch rechtlich frei geworden. Für den Zweck der Kapitalsherabsetzung ergiebt sich hiermit Folgendes. Die Aktionäre erwerben hiermit einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Auszahlung. Das Interesse der Gläubiger ist dadurch genügend gewahrt, daß keine Auszahlung an die Aktionäre erfolgen kann vor Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften. Simon S. 315 will erst durch die Rückzahlung die Herabsetzung als erfolgt betrachten, weil ja nach unserem Paragraphen „durch die Rückzahlung" die Herabsetzung erfolge. Allein Simon zitirt nicht genau. Nicht „durch die Rückzahlung" erfolgt nach § 288 die Herabsetzung, sondern „zum Zwecke der Rückzahlung". Zwar scheidet der zurückzuzahlende Betrag nicht ohne Weiteres aus dem Vermögen der Gesellschaft aus — wie sollte er dies auch? —, er gehört also noch zum Gesellschaftsvermögen und ist somit Exekutionsobjekt für alle, auch die nach der Eintragung des Rückzahlungsbeschlusses hinzukommenden Gesellschaftsgläubiger; aber jeder einzelne Aktionär wird in Höhe des auf ihn entfallenden Betrages Gläubiger der Gesellschaft, und wenn es auch richtig ist, daß Gewinn nicht vorhanden ist, ehe außer den sonstigen Passiven auch dieser Betrag gedeckt ist, so liegt das nicht daran, wie Petersen und Pechmann (S. 292) meinen, daß der zurückzuzahlende Betrag nach wie vor einen Bestandtheil der Grundkapitalsziffer bilde, sondern weil er als Schuld der Gesellschaft an die Aktionäre zu den Passivkonten gehört. Die Forderung der Aktionäre auf die Rückzahlungsrate ist eine befristete und bedingte, befristet durch den Ablauf des Sperrjahrs, bedingt durch die Befriedigung oder Sicherstellung

derjenigen Personen, welche vor der Eintragung des Rückzahlungsbeschlusses Gläubiger waren. Aus dieser Formulirung ergeben sich auch die Rechtsverhältnisse beim Ausbruch des Konkurses vor Ablauf des Sperrjahrs. Mit den neu hinzutretenden Gläubigern konkurriren die Aktionäre, welche eine Rückzahlungsrate zu fordern haben; mit den alten Gläubigern nicht, denn in Ansehung ihrer ist ihre Forderung bedingt durch die Befriedigung oder Sicherstellung derselben; sie müssen also insoweit zurücktreten, als die Befriedigung der alten Gläubiger nicht möglich ist (ebenso Ring Anm. 5 zu Art. 248; dagegen Neukamp S. 243; sein Einwand, daß die Konkursordnung dieses Vorrecht nicht kennt, ist nicht durchgreifend, das Vorrecht ergiebt sich aus der Natur der Sache; im Uebrigen gilt gegen Neukamp das in Anm. 10 Note 1 zu § 213 Gesagte; Behrend § 143 erachtet die Ansprüche der Aktionäre als durch den Ablauf des Sperrjahrs nicht bloß befristet, sondern auch bedingt, mit dem Ausbruch des Konkurses während des Sperrjahrs also für beseitigt). — Ueber den Einfluß der Kapitalsherabsetzung auf die Aktien selbst siehe unten unter B.

Anm. 8. b) Erfolgt die Herabsetzung zum Zwecke der Befreiung von der Einlageverpflichtung, so schreibt § 289 Abs. 4 ausdrücklich vor, daß die Befreiung erst in Wirksamkeit tritt nach Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften und Ablauf des Sperrjahres. Dabei aber behält es sein Bewenden. Mit dem Ablauf des Sperrjahres und mit Erledigung der übrigen Schutzvorschriften ist die Befreiung in Wirksamkeit getreten. Mit Unrecht will Simon S. 216 die Befreiung erst dann in Wirksamkeit treten lassen, wenn der Vorstand alsdann die Aktionäre aufgefordert hat, ihre Aktien zum Zwecke der Abstempelung einzureichen, dies geschehen und der Vorfall gebucht ist. Allein alle diese Akte haben nur deklarativen Charakter.

Anm. 9. Immerhin ist der Herabsetzungsbeschluß vor Ablauf des Sperrjahres auch in diesem Falle nicht wirkungslos. Die Befreiung ist allerdings nicht eingetreten, aber der Befreiungsbeschluß ist doch den Aktionären gegenüber insoweit in Wirksamkeit getreten, als dies, ohne den Interessen der Gläubiger zu schaden, geschehen kann, d. h. die Forderungen auf die Einzahlungen gelten als bis zum Tage der endgiltigen Befreiung gestundet. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetze, folgt aber aus seinem Zwecke.

Die Herabsetzung selbst erfolgt auch in diesem Falle mit den zu B bezeichneten Thatsachen. Die Befreiung der Aktionäre ist nicht identisch mit der Kapitalsherabsetzung, sondern ist der Zweck derselben, wie zu a die Rückzahlung.

Anm. 10. c) Erfolgt die Kapitalsherabsetzung zum Zwecke der Beseitigung der Unterbilanz, so ist dieser Zweck in dem Zeitpunkte erreicht, wo die Kapitalsherabsetzung erfolgt ist, sofern nur die dadurch erfolgte Verringerung der Passivziffer rechnerisch dazu ausreicht. Erfolgt die Kapitalsherabsetzung zum Zwecke von Abschreibungen oder zur Bildung eines Reservefonds, so können diese Buchungen nunmehr vorgenommen werden, und mit dieser Möglichkeit — oder wenn man will mit ihrer Ausführung — ist der Zweck der Kapitalsherabsetzung erreicht.

B. **Wann ist nun die Kapitalsherabsetzung selbst als erfolgt zu betrachten?**

Anm. 11. a) Bei Herabsetzung des Grundkapitals durch bloße Herabsetzung des Nennwerths der Aktien erfolgt die Herabsetzung mit der Eintragung des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses selbst. Damit ist die Grundkapitalsziffer herabgesetzt und der Nennbetrag jeder einzelnen Aktie entsprechend gemindert. Die auf Grund der Herabsetzung erfolgende Abstempelung hat nur deklarative Bedeutung. Etwaige gutgläubige Erwerber der noch nicht abgestempelten Aktien erwerben nur noch die Rechte nach Maßgabe des reduzirten Betrages. Einen Zwang zur Einreichung giebt es hier nicht. Die Ausdehnung des § 290 auf diesen Fall — Makower S. 680 — erscheint nicht zulässig, weil § 290 eine Ausnahmevorschrift ist.

Es bedarf in diesem Falle auch nicht zweier Anmeldungen, die des § 289 genügt, die des § 291 ist überflüssig.

Eine Ausnahme kann in dem Falle eintreten, wo nur ein Theil der Aktien im Nennbetrage herabgesetzt werden soll, was mit Zustimmung der betreffenden Aktienbesitzer ebenfalls geschehen kann. Bezeichnet in diesem Falle der Kapitalsherabsetzungsbeschluß die betreffenden Aktien so genau, daß ihre Identität feststeht, dann ist auch in diesem Falle die Herabsetzung mit der Eintragung des Beschlusses unter Zustimmung der Aktionäre erfolgt. Anders dagegen, wenn dies nicht der Fall ist, sondern sich etwa ein Aktionär verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Aktien herzugeben zum Zwecke der Herabsetzung auf einen geringeren Betrag, ohne daß aber diese Aktien ihrer Identität nach bereits bezeichnet wären. Dann erfolgt die Herabsetzung erst durch die Einreichung. Denn das ist der Akt der Identitätsfeststellung. Zur Einreichung kann er durch Klage gezwungen werden.

b) Bei der Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegung kann das Aktienkapital schon mit der Eintragung des Beschlusses herabgesetzt sein, und dies ist regelmäßig und normaler Weise der Fall. Die von der Zusammenlegung betroffenen Aktien bilden in diesem Regelfalle eine Gemeinschaft, die betreffenden Aktienurkunden stellen den Träger des Anspruchs auf Auseinandersetzung, auf Theilung der Gemeinschaft in Gemäßheit des Zusammenlegungsbeschlusses dar (Aushändigung von Ersatzstücken bezw. Abstempelung mit dem Giltigkeitsvermerk, Auszahlung des Erlöses verkaufter Aktien, je nach Maßgabe der Aktienbesitzes). Anders liegt die Sache, wenn der Beschluß die Zusammenlegung nicht ohne Weiteres anordnet, sondern nur die Zusammenlegung gewisser Aktien anordnet, die sich an einer anderen Transaktion nicht betheiligen oder eine Zuzahlung nicht leisten, soweit überhaupt solche Beschlüsse für giltig erachtet werden. Hier ist die Zusammenlegung erst erfolgt in dem Augenblicke, wo die betreffende Präklusivfrist abgelaufen ist. Dann aber tritt sie sofort ein, nicht erst mit der Einreichung und Abstempelung. Wieder anders liegt die Sache, wenn die Aktionäre das Wahlrecht haben, mit ihren Aktien in der einen oder andern Weise zu verfahren (z. B. entweder wird zu Verzugsaktie oder drei zu einer Stammaktie zusammenzulegen). Hier entscheidet der Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechts (vergl. Anm. 17 zu § 288). Anm. 12.

c) Darüber, wann bei der Amortisation von Aktien die Herabsetzung erfolgt ist, siehe Anm. 2 flg. zu § 227.

6. **Die Eintragung.** Sie erfolgt auf Grund der Anmeldung. Die Richtigkeit der angemeldeten Thatsache der erfolgten Herabsetzung ist vom Registerrichter nicht nothwendig nachzuprüfen (vergl. oben Anm. 4). Die Eintragung geschieht in der Weise, daß die gemäß § 198 erfolgte Eintragung der Grundkapitalsziffer entsprechend geändert wird. Anm. 13.

Es empfiehlt sich aber, daß außerdem auch der Gesellschaftsvertrag in diesem Punkte geändert wird, was durch den Generalversammlungsbeschluß direkt oder durch einen Aufsichtsrathsbeschluß gemäß § 274 Abs. 1 Satz 2 geschehen kann (vergl. Anm. 19 zu § 288).

Zusatz 1. Die erfolgte Kapitalsherabsetzung hat eine Abänderung der Bilanz zur Folge. **Der dadurch erzielte Buchgewinn ist aber kein steuerpflichtiger Ueberschuß** (Preußisches Oberverwaltungsgericht vom 24. 3. 1899 bei Holdheim 8 S. 146). Anm. 14.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die Vorschrift gilt auch für bestehende Gesellschaften und hat insofern wichtige Bedeutung. Die Registerrichter haben das Recht und die Pflicht, alle bisherigen Grundkapitalsherabsetzungen auf diese Weise zur Anmeldung und Eintragung zu bringen, damit das Register auf diese Weise regulirt wird. Anm. 15.

Fünfter Titel.

Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292.

Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst:

1. durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit;
2. durch Beschluß der Generalversammlung; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen;
3. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.

Die Vorschriften dieses Titels kommen auch zur Anwendung, wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt.

I. Allgemeines über den Begriff und die Folgen der Auflösung.

Anm. 1. 1. Begriff der Auflösung. Auch hier ist, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. 1 zu § 131), der Satz an die Spitze zu stellen: daß die Auflösung das nicht ist, was die Bezeichnung besagt. Der Ausdruck geht auch hier zu weit, indem er auf ein Aufhören der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft hindeutet. In Wahrheit hört die Aktiengesellschaft nicht zu existiren auf, sondern sie hört nur auf, ihre bisherigen Existenzzwecke zu verfolgen. Wollte man andererseits sagen: sie höre nur auf, ein Handelsgewerbe oder ein Gewerbe zu betreiben, so würde man diejenige Aktiengesellschaft nicht treffen, welche kein Gewerbe betreibt. Das Betreiben eines Gewerbes gehört ja, anders als bei der offenen Handelsgesellschaft, nicht zum Wesen der Aktiengesellschaft. Der Begriff der Auflösung besteht also darin, daß die Aktiengesellschaft ihre bisherigen Existenzzwecke zu verfolgen aufhört und statt deren nur den einen Zweck verfolgt, zu liquidiren, d. h. das Vermögen zu versilbern, die Schulden zu bezahlen, den Ueberschuß zu vertheilen und so allmälig ihr Vermögenssubstrat und damit sich selbst zu vernichten. Die A.G. giebt ihre Existenz nicht auf, sondern verändert nur ihre Art: aus der irgend welchen Lebenszweck verfolgenden Aktiengesellschaft wird eine Liquidationsaktiengesellschaft, „ein Liquidationsverein auf Aktien", wie Gierke (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 885) sagt. Diese Liquidationsaktiengesellschaft besteht so lange, bis die Liquidation beendigt, d. h. jedes vermögensrechtliche Substrat beseitigt ist. Auch hier sollte man daher eher von einer in der Auflösung begriffenen, als von einer aufgelösten Gesellschaft sprechen (vergl. R.O.H. 19 S. 163; 19 S. 194; R.G. 3 S. 55; 15 S. 102; O.L.G. Dresden in G.Z. 37 S. 534; Behrend § 138 I, § 139 Anm. 5; Ring Anm. 8 zu Art. 242).

Anm. 2. 2. Die Folgen der Auflösung entsprechen dem eben entwickelten Begriffe derselben. Die Gesellschaft hört nicht zu existiren auf. Daher dauert ihre Organisation fort, nur daß ihre gesetzlichen Vertreter (jetzt Liquidatoren genannt) nicht mehr die unbeschränkte Vertretungsbefugniß haben, sondern nur die durch den veränderten und zusammengeschrumpften Zweck gebotenen Befugnisse (Anm. 3 zu § 294; über den Fall des Konkurses unten Anm. 7 u. 8). Da die Aktiengesellschaft zu existiren nicht aufhört, so gelangen auch die mit ihr geschlossenen Verträge durch die Liquidation nicht schlechthin zur Auflösung (R.G. 5 S. 7; 24 S. 70), auch ihre Dienstverträge nicht (R.G. 24 S. 70). Die nicht fälligen Leistungen werden nicht eo ipso fällig, abgesehen von besonderen Gründen (R.G. 9 S. 15, Anm. 3 zu § 301). Bei gegen-

seitigen Verträgen kann möglicherweise § 321 B.G.B. in Frage kommen. Der Eintritt in die Liquidation bewirkt auch keine Firmenänderung (R.G. 15 S. 105; R.G. 29 S. 68; weitere Citate in Anm. 1 zu § 153). Die bestehenden Handlungsvollmachten erlöschen nicht ohne Weiteres (O.L.G. Dresden in Buschs Archiv 45 S. 361), sondern nur soweit sie Vollmachten zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes sind oder sonst zu Handlungen ermächtigen, die nicht im Bereich der Liquidation liegen (Behrend § 139), wohl aber erlöschen die bestehenden Prokuren (§ 298 Abs. 4). Die Gesellschaft bleibt auch während der Auflösung Kaufmann; denn bei der A.G. ist die Kaufmannsqualität nicht von dem Betriebe eines Handelsgewerbes abhängig (§ 6; vergl. R.O.H. 22 S. 328). Weitere Wirkungen der Auflösung siehe Anm. 2 zu § 294.

Die Folgen der einmal eingetretenen Auflösung können aber nicht wieder durch Fortsetzung der alten Gesellschaft, etwa durch Wiederaufnahme des Betriebes, aufgehoben werden. Wenigstens ist dies die Regel (vergl. hierüber und über die Ausnahmen § 307). Anm. 3.

II. **Den Inhalt des vorstehenden Paragraphen bilden die Gründe der Auflösung.** Dabei zählt Abs. 1 bestimmte Auflösungsgründe auf, während Abs. 2 die Möglichkeit anderer Auflösungsgründe ausspricht. Anm. 4.

1. (Abs. 1.) **Die drei benannten Auflösungsgründe.**

Ziffer 1. Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit. Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft giebt es hier nicht. Nach Ablauf der statutarischen Gesellschaftsdauer tritt die Auflösung von selbst ein (R.O.H. 14 S. 366). Wollen die Aktionäre die Gesellschaft über die statutenmäßig vorgesehene Zeit fortsetzen, so müssen sie dies durch einen Statutenänderungsbeschluß in der Generalversammlung bestimmen, so lange die Gesellschaft noch nicht aufgelöst ist. Nach eingetretener Auflösung ist eine Fortsetzungsvereinbarung nicht mehr zulässig, sondern nur noch Neugründung (vergl. Anm. 3).

Andererseits kann die Generalversammlung auch Verkürzung der statutenmäßigen Dauer beschließen, doch liegt darin nicht nur eine Statutenänderung, sondern auch ein auf Auflösung abzielender Beschluß, weshalb nach beiden Richtungen die gesetzlichen und statutarischen Erfordernisse des Beschlusses vorhanden sein müssen. Anm. 5.

Ziffer 2. Beschluß der Generalversammlung. Gesetzlich erfordert ist hierfür eine Mehrheit, welche $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals repräsentirt. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen, nicht aber die Erfordernisse erleichtern. Ueber die Berechnung der Mehrheit und den Begriff des vertretenen Grundkapitals vergl. Anm. 4 zu § 251. Eintragung des Beschlusses ist im allgemeinen nicht erforderlich (Anm. zu § 293). Wenn der Auflösungsbeschluß gleichzeitig eine Statutenänderung enthält (vergl. Anm. 4), so müssen auch die Erfordernisse der Statutenänderung gewahrt sein (Anm. 4 zu § 293). Ob besondere Versammlungen der verschiedenen Aktiengattungen nothwendig sind, sagt das Gesetz nicht. Sicherlich dann nicht, wenn eine Statutenänderung nicht vorliegt, aber auch dann nicht, wenn eine solche vorliegt (vergl. Anm. 3 zu § 275). — Die Statuten stellen oft erschwerende Erfordernisse für die Antragstellung bei dem Beschlusse auf Auflösung auf. Das ist an sich nicht unzulässig, jedoch unbeschadet der Vorschrift des § 254. — Eine Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, besteht den Gläubigern gegenüber nicht (R.G. 36 S. 27). Anm. 6.

Ziffer 3. Konkurs. Er ist nach § 207 K.O. bei der A.G. zulässig, und findet hier sowohl im Falle der Zahlungsunfähigkeit, als im Falle der Ueberschuldung statt. — Er hat ipso jure Auflösung der Gesellschaft zur Folge, d. h. er bewirkt ipso jure das Wegfallen jeder auf einen anderen Zweck gerichteten Thätigkeit und substituirt den alleinigen Zweck der Befriedigung der Gläubiger und der Vertheilung des Ueberschusses an die Aktionäre. Aber die Gesellschaft besteht, als im Stadium der Auflösung befindliche, fort. Anm. 7.

Anm. 8. Verwaltung und Verfügung über das der Gesellschaft gehörige Vermögen gehen dabei (§ 6 der K.O.) auf den Verwalter über. Er hat hierbei die Organe der Gesellschaft nicht zu befragen, weder den Aufsichtsrath, noch die Generalversammlung. Das gilt insbesondere auch von der Geltendmachung der Regreßansprüche. Die Aktionäre können im Konkurse selbstverständlich nicht etwa ihre Einlagen als Gläubiger zurückfordern (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1215), vielmehr kann eine Vertheilung an die Aktionäre erst nach Tilgung der Schulden erfolgen (§ 300). Umgekehrt hat der Konkursverwalter auch den Aktionären gegenüber die Forderungen der Gesellschaft auf rückständige Einlagen geltend zu machen. Es kann ihm nicht der Einwand gemacht werden, daß die Einzahlung ihrem Zwecke nicht mehr dienen könne, da die Gesellschaft die Verfolgung ihrer Zwecke aufgegeben habe. Denn einer der Hauptzwecke der Einlagen ist die Befriedigung der Gläubiger, und diese wird gerade durch den Verwalter intendirt (R.O.H. 19 S. 227; 20 S. 270; anders O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 664; anscheinend auch Nr. 923). Nur muß der Konkursverwalter selbstverständlich den zahlenden Aktionären Aktienurkunden aushändigen. (R.O.H. 19 S. 233; Bolze 7 Nr. 643). Vergl. hierüber auch noch Anm. 15 zu § 218. Mehr als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich, darf der Konkursverwalter nicht einziehen, ein hierauf gestützter Einwand ist zulässig (Behrend § 142 Anm. 15; Cosack S. 662; R.G. vom 28. 3. 1899 in J.W. S. 305, 306; vergl. auch § 311 Abs. 3). Doch hat der Aktionär die Beweislast (R.G. a. a. O.). Daß den Aktionären gegen die Einlagenforderung Kompensation mit ihren Forderungen verwehrt ist, ist ausdrücklich angeordnet (§ 221 H.G.B.). Im Uebrigen ist der Aktionär zur Anmeldung von Forderungen (z. B. der festgestellten Dividenden; vergl. hierüber Anm. 10 zu § 213) und zur Geltendmachung von Gegenforderungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt. Die im § 212 vorgesehene Pflicht zu periodischen Naturalleistungen cessirt für die Zukunft, denn sie setzt die produktive Thätigkeit der Gesellschaft voraus. Rückständige Naturalleistungen können aber noch erzwungen werden, natürlich gegen die statutarische Gegenleistung. Hier greift § 17 K.O. jedenfalls analog Platz. Auch kann der Verwalter zu der Erklärung, ob er Erfüllung verlange, nach Analogie des § 17 aufgefordert werden. Seine eventuelle Entschädigungsforderung aber kann der Aktionär nur nach den übrigen Gläubigern geltend machen (vergl. R.G. 22 S. 112). Schuldet die Gesellschaft dem Aktionär die statutarische Gegenleistung für eine bereits gemachte Naturalleistung, so ist dies ein einfacher Gläubigeranspruch, wie der Dividendenanspruch nach festgestellter Bilanz, und der Aktionär kann denselben als Konkursforderung geltend machen; daß die Höhe der Gegenleistung vor der Konkurseröffnung durch das zuständige Organ noch nicht festgestellt war, ändert daran nichts. Denn der Anspruch existirt schon vorher. Die Höhe der Gegenleistung ist jetzt durch den Konkursverwalter, im Streitfalle aber vom Richter festzusetzen. Neben dem Konkursverwalter fungiren aber die Organe der Gesellschaft weiter: der Vorstand (nicht der Liquidator, vergl. §§ 294, 307 Abs. 2), der Aufsichtsrath und die Generalversammlung, nur daß selbstverständlich die Aufgaben der Organe soweit zurückgedrängt sind, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht (R.G. 14 S. 418). Dennoch ist ihre Aufgabe nicht inhaltslos. Sie kommt in verschiedener Richtung zur Geltung. Es wird in dieser Beziehung verwiesen auf die §§ 109, 125, 144 Abs. 2, 135 K.O.; vergl. ferner R.G. vom 30. Mai 1896 in J.W. S. 373 (die Klage eines Aktionärs auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft ist auch im Konkurse gegen den Vorstand zu richten); es wird endlich verwiesen auf den Zwangsvergleich, der auch bei der Aktiengesellschaft möglich ist (§ 307 Abs. 2). Ueber den Rechtszustand nach Beendigung des Konkurses siehe Anm. 10 ffg. § 307.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Von anderen Auflösungsgründen spricht das Gesetz, ohne sie zu benennen.**

a) Ein anderer Auflösungsgrund, den das Gesetz selbst anderweit nennt, ist die Fusion. Doch liegt hier mehr als Auflösung, nämlich Untergang der Gesell-

schaft vor (Anm. 11 zu § 306). Ein weiterer Fall ist die Veräußerung des ganzen Vermögens (§§ 303, 304).

b) Ein weiterer Auflösungsgrund ist Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung, wenn dieselbe zur Existenz der Gesellschaft erforderlich ist, und sonstige Auflösung aus öffentlich-rechtlichen Gründen. In letzterer Beziehung ist zu verweisen auf Art. 4 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum H.G.B. Danach kann eine Aktiengesellschaft, wenn sie sich eines rechtswidrigen Verhaltens (Handlung oder Unterlassung) schuldig macht, durch welches das Gemeinwohl gefährdet wird, aufgelöst werden, und zwar durch Erkenntniß des Bezirksausschusses auf Betreiben des Regierungspräsidenten. Durch den Machtspruch des Verwaltungsgerichts ist in diesem Falle der Aktiengesellschaft unmöglich gemacht, ihre normale Existenz fortzusetzen. Sie ist aufgelöst und besteht nur noch als Liquidationsgesellschaft. Uebrigens ist diese preußische Vorschrift nach unserer Ansicht gegenstandslos. Das betreffende Auflösungsrecht gilt vielmehr für das ganze Deutsche Reich vermöge der Vorschrift des § 43 B.G.B., wonach einem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen werden kann, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet oder wenn er nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, einen solchen Zweck aber verfolgt. Diese Vorschriften sind subsidiär anwendbar, wie wir auch sonst annehmen, daß die Vorschriften des B.G.B. über die Vereine auf die Aktiengesellschaften subsidiär Anwendung finden (Anm. 9 zu § 178). Hier ist diese Annahme um so mehr gerechtfertigt, als es sich um Schutzvorschriften handelt, die der Staat gegen Auswüchse der Vereinsthätigkeit braucht, und die ihm gegen Aktiengesellschaften nicht minder zu Gebote stehen müssen, wie gegen andere Vereine. Auch weist Absatz 2 unseres Paragraphen darauf hin, daß es noch andere Auflösungsgründe giebt, als die in diesem Titel vorgesehenen (der § 43 Abs. 2 B.G.B., Entziehung der Rechtsfähigkeit, weil einem nicht wirthschaftlichen Geschäftsbetriebe ein wirthschaftlicher substituirt wird, ist allerdings auf Aktiengesellschaften nicht anwendbar; er bezieht sich ganz spezifisch auf den Unterschied wirthschaftlicher und nicht wirthschaftlicher Vereine des B.G.B., während die Aktiengesellschaft ihrer Natur nach wirthschaftliche oder nicht wirthschaftliche Zwecke verfolgen, auch einen Zweck dem anderen substituiren kann, das ist hier eine zulässige Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens). Durch die Entziehung der Rechtsfähigkeit treten dieselben Wirkungen ein, wie bei der Auflösung (die Liquidation). Vergl. § 45 B.G.B. Anm. 10.

Die Entziehung der Konzession zum Gewerbebetriebe ist aber ein Auflösungsgrund nicht (Neukamp S. 226; Liebmann, Kommentar zum Gesetze betreffend die G. m. b. H. S. 42).

c) Verschieden von der Auflösung ist die Nichtigkeit der Gesellschaft. Die Folgen sind die gleichen (§ 311). Anm. 11.

d) Kein Auflösungsgrund ist die Vereinigung aller Aktien in einer Hand (R.G. vom 25. Februar 1897 in J.W. S. 191; Renaud Aktiengesellschaften S. 822; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 6. Aufl. S. 372; Petersen und Pechmann S. 599; Pinner S. 281, Rudorff S. 225; vergl. auch den Fall in R.G. 22 S. 116; auch R.G. 23 S. 202 spricht prinzipiell nur von Gewerkschaften; nur der Eingang stellt ihnen die Aktiengesellschaft gleich anders Ring Anm. 5 zu Art. 242; Gierke, Deutsches Privatrecht S. 559). Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die selbstständige Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft dadurch aufhören sollte. Es wird zwar geltend gemacht, daß die Organisation der Gesellschaft beseitigt sei, da der Aufsichtsrath zu funktioniren aufhöre. Allein einmal ist das nicht unbedingt richtig, da ja gesetzlich der Aufsichtsrath aus Aktionären nicht zu bestehen braucht. Im Uebrigen gehört die Organisation nicht derart zum Wesen der juristischen Person, daß ihre zeitweilige Zerstörung die juristische Persönlichkeit für immer vernichtete. Es liegt dann weiter nichts vor, als daß die juristische Person Anm. 12.

zeitweilig ohne Willenslenker besteht, wie wenn ein unmündiges Kind zur Zeit keinen Vormund hätte. Auf die Rechtspersönlichkeit hat dies keinen Einfluß (vergl. § 315 Nr. 1). Wie soll man sich überhaupt das Aufhören der Rechtspersönlichkeit denken? Wer soll dann Schuldner der Gesellschaftsschulden werden? Der Erwerber aller Aktien? Das ist juristisch in keiner Weise begründet, da man durch Aktienerwerb Rechte, aber nicht Pflichten erwirbt. Und mit diesem Uebergang der Schulden werden oft die Gläubiger, oft der Aktienerwerber nicht einverstanden sein.

In den Fällen solcher Vereinigung aller Aktien in einer Hand besteht oft das Bedürfniß, *das Gesellschaftsvermögen auf den alleinigen Aktieninhaber so zu übertragen*, daß die an die Uebertragung von Vermögen, insbesondere von Grundstücken geknüpfte Stempelsteuer vermieden werde. Diese Uebertragung kann nach § 303 durch Uebereignung des Gesellschaftsvermögens an den sämmtliche Aktien besitzenden Inhaber derselben erfolgen, wobei die Aktien als Gegenwerth für das Gesellschaftsvermögen hergegeben und andererseits der Aktionär durch die Ueberlassung des Gesellschaftsvermögens für seine gesellschaftlichen Rechte abgefunden wird. Eine solche Uebertragung ist nach Position 25 d Absatz 2 des preußischen Stempelgesetzes im Ergebnisse stempelfrei. Denn nach dieser Position ist zwar die Ueberlassung von Sachen oder Rechten Seitens der Gesellschaft zum Sondereigenthum an einen Gesellschafter stempelpflichtig (mit 1 % soweit Grundstücke, mit $^1/_3$ % soweit bewegliche Sachen, mit $^1/_{50}$ % soweit Forderungen überlassen werden). Allein bei Berechnung des Stempels bleibt derjenige Theil der zum Sondereigenthum überlassenen Vermögensgegenstände außer Betracht, welcher der Betheiligung des erwerbenden Gesellschafters an der Gesellschaft entspricht. In unserem Falle aber entsprechen sämmtliche zum Sondereigenthum überlassenen Gegenstände der Betheiligung des erwerbenden Gesellschafters an der Gesellschaft. Seine Betheiligung umfaßt das gesammte Gesellschaftsvermögen. Mithin fällt die gedachte Stempelverpflichtung gänzlich fort. Das Hauptsteueramt in Berlin hat in einem Falle, wo ein Gesellschafter sämmtliche Stammantheile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in sich vereinigte und dann beschloß, das gesammte Gesellschaftsvermögen auf sich zu übertragen, die hier entwickelte Ansicht getheilt und von der Verstempelung abgesehen. In gleichem Sinne hat auch das Preußische Oberverwaltungsgericht (Urtheil vom 22. 6. 1898 in der Deutschen Juristenzeitung Band 4 S. 91) entschieden, daß in dem letztgedachten Falle von der Umsatzsteuer Abstand zu nehmen ist.

Anm. 13. e) *Mehr als Auflösungsgrund ist die Amortisation sämmtlicher Aktien* (§ 227). In dieser liegt nicht bloß die Auflösung, sondern der Untergang der Gesellschaft, ein Unterschied, den Hahn (I S. 664) zutreffend hervorhebt und Petersen u. Pechmann (S. 560) mit Unrecht leugnen. Die juristische Person entbehrt nicht blos momentan der Leitung, sondern es fehlt ihr überhaupt das persönliche Substrat. So selbstständig sie auch ist, so besteht sie doch nur durch Personen und um der Personen willen, die ihre Mitglieder bilden. Besteht nach Aufhören jeder Mitgliedschaft noch Vermögen, so ist dies herrenloses Gut. Es tritt dann keine Liquidation der Gesellschaft, sondern die Verwaltung herrenlosen Gutes durch die hierzu legitimirten Personen oder Behörden ein (§ 45 B.G.B.; Anm. 9 zu § 178 H.G.B.). So auch Pinner S. 280.

Anm. 14. f) In Bd. 7 S. 70 hat das Reichsgericht gesagt, daß durch die *Verlegung des Sitzes in das Ausland* die Gesellschaft ihre im Inlande anerkannte Rechtspersönlichkeit verliert und dieser Beschluß daher die Wirkungen der Auflösung hat. Allein ein solcher Beschluß hat nicht, wie das R.G. formulirt, die Wirkungen, sondern die Voraussetzungen des Auflösungsbeschlusses, und alsdann selbstverständlich auch die Wirkungen. Denn zum Wesen der deutschen A.G. gehört, daß sie einen Sitz im Inlande habe (§ 182 Anm. 10). Will sie den Sitz im Inlande aufgeben, so will sie damit ihre Eigenschaft als inländische A.G. aufgeben. Dagegen sprechen auch nicht die §§ 201 Abs. 5 und § 13 Abs. 3, wie Rudorff S. 225 meint, da diese nur von

hiesigen Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften sprechen. Zu den Voraussetzungen eines Auflösungsbeschlusses aber gehört vor Allem auch eine Fassung, die deutlich den Willen dokumentirt, aufzulösen und zu liquidiren. Ein bloßer Sitzverlegungsbeschluß entbehrt nun aber dieser Deutlichkeit; denn eher scheint derselbe auf den Willen hinzudeuten, nicht aufzulösen, nicht zu liquidiren und keine neue Gesellschaft im Auslande zu gründen, sondern einfach die hiesige Gesellschaft als identisches Rechtssubjekt in das Ausland zu übertragen. Gerade das aber ist nicht möglich (dies auch gegen Neukamp S. 225). — Das Gleiche muß übrigens gelten von der Verlegung des Sitzes aus dem Auslande in das Inland. Dadurch können z. B. im Falle politischer Territorialverschiebungen größte Unzuträglichkeiten entstehen. Es besteht z. B. in Paris eine A.G., deren einziger Gegenstand die Gasbeleuchtung der Stadt Straßburg ist. Diese ist durch die politische Trennung des Reichslandes von Frankreich für Straßburg eine ausländische A.G. geworden; will sie ihren Sitz nach Straßburg verlegen, so muß sie sich auflösen und in Deutschland neu gegründet werden. Das Vermögen müßte dabei besonders übertragen werden. Alles dies ist unter Umständen mit großen Kosten und sonstigen Schwierigkeiten verknüpft.

g) Der einzelne Aktionär oder eine irgendwie qualificirte Minderheit hat kein Recht, die Auflösung zu verlangen. Es war im Entwurf z. Akt.-Ges. v. 1884 geplant, einer qualificirten Minderheit das Recht zu gewähren, dieser Plan ist aber schon im zweiten Entwurf auf Grund der allgemein ablehnenden Kritik aufgegeben worden (Motive z. Akt. Ges. v. 1884 II S. 240; Ring Anm. 7 zu Art. 242). Anm. 15.

h) Der einzelne Aktionär hat auch kein Recht auf Kündigung und Austritt. Will er in der Gseellschaft nicht verbleiben, so mag er seinen Antheil veräußern. Will oder kann er auch dies nicht, so muß er auf das Zustandekommen eines Auflösungsbeschlusses hinwirken. Auch der Exekutionsgläubiger des Aktionärs kann die Auflösung der Gesellschaft oder den Austritt des Aktionärs nicht betreiben. Er kann nur in den geeigneten Fällen die Aktie pfänden und veräußern lassen. Anm. 16.

i) Auch der Fortfall jedes Vermögens ist (entgegen R.G. 14 S. 418; 15 S. 103) kein Auflösungsgrund. Der Fall wird wohl kaum praktisch werden, daß eine Aktiengesellschaft nichts, absolut nichts, ihr eigen nennt. Mindestens irgend welche Ansprüche und seien es auch nur Regreß- oder Befreiungsansprüche wird sie doch haben Immerhin muß der Vollständigkeit wegen zu dieser Frage Stellung genommen werden und das kann nur in dem gedachten Sinne geschehen. Warum sollte eine solche Gesellschaft nicht weiter existiren können? Sie kann ja vielleicht im Vertrauen auf die Persönlichkeit ihrer Leiter Kredit und dadurch die Möglichkeit der Fortsetzung ihrer Existenz erhalten. Ja sie steht doch noch besser da, wie eine überschuldete Gesellschaft! (ebenso Pinner S. 281). Anm. 17.

§ 293.

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkurses durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der vorliegende Paragraph schreibt die Anmeldung der Auflösung vor.

1. Jede Art der Auflösung ist anzumelden, auf welchem Grunde sie auch beruhen möge. Anm. 1.
2. Anmeldungspflichtig ist der Vorstand, nicht gerade sämmtliche Mitglieder des Vorstandes. Der Vorstand kann durch Ordnungsstrafen dazu gezwungen werden. (§ 14.) Anm. 2.
3. Die Anmeldung erfolgt bei allen Gerichten, bei welchen die Gesellschaft eingetragen ist. (§ 13.) Anm. 3.
4. Die Anmeldung führt zur Eintragung. **Die Eintragung gehört aber nicht zur** Anm. 4.

Giltigkeit des Auflösungsbeschlusses. Nur wenn in dem Auflösungsbeschlusse zugleich eine Statutenänderung liegt, z. B. bei Verkürzung der statutarischen Gesellschaftsdauer (vergl. Anm. 5 zu § 292), muß außerdem gemäß § 277 die Eintragung erfolgen, damit der Beschluß giltig werde (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 243).

Anm. 5. 5. Das Registergericht hat die Eintragung der Auflösung zu publiziren (§ 10). Außerdem erfolgt eine Art Publikation der Auflösung durch den Vorstand. (§ 297).

Anm. 6. **Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung** liegt darin, daß die Gesellschaftsauflösung gutgläubigen Dritten nur entgegengesetzt werden kann, wenn sie eingetragen ist. (§ 15).

Anm. 7. **Zusatz 2. Alles Vorstehende betrifft nicht den Fall des Konkurses.** Für diesen Fall greift § 104 K.O. Platz. Darnach hat der Gerichtsschreiber die Formel des Eröffnungsbeschlusses unter Bezeichnung des Konkursverwalters dem Registerrichter mitzutheilen. Alsdann wird die Thatsache der Konkurseröffnung eingetragen (§ 32). Inwieweit der gutgläubige Dritte sich die Konkurseröffnung entgegenhalten lassen muß, richtet sich nach der Konkursordnung (vergl. insbesondere § 7 K.O.). Der gute Glaube wird hier im Allgemeinen nicht geschützt (vergl. bei uns zu § 366; Jäger Anm. 18 ffg., insbesondere Anm. 29 zu § 7 K.O.).

§ 294.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Bis zur Beendigung der Liquidation kommen die Vorschriften der vorausgehenden Titel zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Liquidation als Folge der Auflösung an** (Abs. 1) **und giebt eine allgemeine Vorschrift über die während der Liquidation zur Anwendung kommenden Vorschriften** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1). **Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt,** außer im Konkursfalle (über letzteren siehe Anm. 7 u. 8. zu § 292). Die Vorschrift ist den Worten nach gleichlautend, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 145). Darnach ist hier, wie dort, die Liquidation die obligatorische Folge der Auflösung. Aber zwischen beiden Vorschriften ist doch ein großer sachlicher Unterschied.

Anm. 2. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist nämlich die Liquidation die auf dispositiver Gesetzesvorschrift beruhende gesetzliche Folge der Auflösung (vergl. Anm. 6 zu § 145). Die gesetzliche Folge der Auflösung ist nun die Liquidation auch hier. Aber es ist kein bloßes Dispositivgesetz, welches sie hier anordnet. Die Liquidation ist hier vielmehr die absolute, durch Statut oder Generalversammlungsbeschluß nicht ausschließbare Folge der Auflösung. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind die Gläubiger nicht so erheblich interessiert an der Art, wie die Versilberung und Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens erfolgt, wie hier. Denn dort verbleiben ihnen die Gesellschafter als persönliche Schuldner. Hier aber bedeutet die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens den Fortfall des realen Substrats der Aktiengesellschaft, das Aufhören der juristischen Person, welche auf diesem Substrat beruht, mit einem Worte: den Wegfall des Schuldners. Hier muß daher die Versilberung und Ausschüttung in den Formen und Fristen erfolgen, welche vom Gesetze angeordnet sind. Die Vorschriften sind publici juris (Behrend § 139). Die in dieser Hinsicht abweichende Entscheidung des Kammergerichts (bei Johow 5 S. 37), welche für alle Handelsgesellschaften die Liquidation für nicht absolut erforderlich hält, trifft nicht zu. Zwar kann das Gesellschaftsvermögen durch einen Vertrag auf eine andere Person übertragen werden, es kann auch dieser selbst oder einer von ihr zu bezeichnenden Person die Durchführung der Liquidation übertragen werden. Aber die Liquidation muß

auch in diesem Falle erfolgen (§ 303) und nur ausnahmsweise gestattet das Gesetz, davon abzusehen (§§ 304, 306). Ueber ausnahmsweise Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft ohne Neugründung siehe § 307.

2. (Abs. 2.) **Die während der Liquidation zur Anwendung kommenden Vorschriften,** sind die Vorschriften, welche für die lebende Gesellschaft gelten, soweit nicht aus dem vorliegenden Titel oder aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes sich ergiebt. Anm. 3.

Zu weit würde es führen, aufzuzählen, welche Vorschriften hiernach auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung finden. Richtiger und praktischer ist es, umgekehrt diejenigen Vorschriften hervorzuheben, welche nicht Anwendung finden.

Soweit nun der vorliegende Titel selbst Ausnahmen macht, kann diese Hervorhebung unterbleiben.

Darüber aber, inwieweit der Zweck der Liquidation die Nichtanwendung begründet, ist Folgendes zu sagen:

Die Liquidation hat zwar zur Folge, daß die Aktiengesellschaft ihr normales Leben als Erwerbsgesellschaft aufgiebt, aber als Liquidationsgesellschaft, als Selbstvernichtungsgesellschaft, bleibt sie zunächst bestehen, bis dieser ihr einziger Zweck, die Selbstvernichtung erreicht ist. Die Gesellschaft wird eine Liquidations-Aktiengesellschaft, sie hat nunmehr lediglich noch die Aufgabe, zu liquidiren, und das hat zur Folge, daß ihre Organe zwar bestehen[1]) (Vorstand, jetzt Liquidatoren genannt, Generalversammlung, Aufsichtsrath) — Johow 14 S. 238 —, aber mit veränderten, eingeengten Befugnissen. Es bleibt hiernach die Organisation der Aktiengesellschaft für die Durchführung der Liquidationsaufgaben erhalten (Behrend § 139; R.O.H. 16 S. 286; 19 S. 163, 22 S. 243). Insbesondere bleibt hiernach der Aktionär in der Liquidation an die Beschlüsse der Generalversammlung gebunden (R.G. 3 S. 54), und auch Rechte aus § 254 können geltend gemacht werden (O.L.G. Hamburg in Seufferts Archiv 43 S. 207; R.G. in Seufferts Archiv 41 Nr. 165). Auch die Haftbarkeit der Liquidatoren ist die gleiche, wie die der Vorstandsmitglieder, § 241 findet hier Anwendung und auf die Aufsichtsrathsmitglieder der Liquidationsgesellschaft § 249. Die in den Statuten vorgesehenen Tantiemebezüge fallen naturgemäß fort, da es jetzt keinen Reingewinn in diesem Sinne giebt, die festen Vergütungen bestehen fort. Es kann aber für den Ausfall der Tantieme nicht etwa ein angemessener Ersatz des Ausfalls verlangt werden, es sei denn, daß die Liquidation ohne Noth d. h. trotz guten Geschäftsganges und günstiger Chancen für die Zukunft beschlossen wäre. Statutenänderungen sind nicht absolut ausgeschlossen, so beispielsweise, wenn das Statut unzweckmäßige Anordnungen über die Liquidation selbst enthalten sollte (Johow 15 S. 36). Unter dieser Voraussetzung ist aber auch die Verlegung des Gesellschaftssitzes im Liquidationsstadium nicht absolut unzulässig und die entgegengesetzte Ansicht des Kammergerichts (Johow 15 S. 37), die allerdings größtentheils auf positive Bestimmungen des früheren Rechts gestützt wurde, ist nicht zu billigen. **Auch rückständige Einlagen können eingefordert werden** (R.O.H. 22 S. 135; vergl. hierüber Näheres Anm. 8 zu § 292; was dort hierüber für den Konkursfall gesagt ist, gilt entsprechend auch für den Liquidationsfall). Aber es kann z. B. der Liquidator kein neues Geschäft erwerben, die Generalversammlung keine Erhöhung oder Herabsetzung des Aktienkapitals beschließen, weil dies den Zwecken der Liquidation wiederstreiten würde. Eine solche Handlung des Liquidators würde ungiltig sein (L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 234; Behrend § 139 Anm. 15), auch nach außen (vergl. §§ 298, 149), desgleichen ein solcher Generalversammlungsbeschluß (O.L.G. Dresden in Busch Archiv 47 S. 78). Am allerwenigsten kann die Generalversammlung das Aufgeben der Liquidation und die Wiederumwandlung in eine Erwerbsgesellschaft beschließen (Anm. 3 zu § 292) außer in den Fällen des § 307. Weitere Wirkungen der Liquidation siehe Anm. 7 u. 8 zu § 292.

3. **Ausnahmsweise ist die Folge der Auflösung nicht die Liquidation,** so im Falle des Anm. 4.

---

[1]) Verschieden hiervon ist die Frage ob etwa der Konkurs das Verhältniß der zeitigen Mitglieder der Gesellschaftsorgane zur Gesellschaft ohne Weiteres zur Lösung bringt. Darüber siehe Anm. 31 zu § 231.

Konkurses, ferner in den Fällen der §§ 304 u. 306. Der Fall des Konkurses ist in Anm. 7 u. 8 zu § 292 behandelt, Weiteres zu § 307.

Anm. 5. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift ist auf bestehende Gesellschaften anwendbar (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 295.

Die Liquidation geschieht durch die Mitglieder des Vorstandes als Liquidatoren, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung andere Personen dazu bestimmt werden.

Auf Antrag des Aufsichtsraths oder von Aktionären, deren Antheile zusammen den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen, kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Aktionäre haben bei Stellung des Antrags glaubhaft zu machen, daß sie seit mindestens sechs Monaten Besitzer der Aktien sind.

Die Abberufung von Liquidatoren kann durch das Gericht unter denselben Voraussetzungen wie die Bestellung stattfinden. Liquidatoren, die nicht vom Gericht ernannt sind, können durch die Generalversammlung auch vor dem Ablaufe des Zeitraums, für welchen sie bestellt sind, abberufen werden.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, wer als Liquidator zu fungiren hat, und giebt nähere Bestimmungen über Berufung und Abberufung der Liquidatoren.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 und 2.) **Die Berufung der Liquidatoren.** Sie erfolgt, analog wie bei der offenen Handelsgesellschaft, durch Uebereinkunft oder Gesetz, unter Umständen auch durch den Richter.

a) (Abs. 1.) Uebereinkunft oder Gesetz. Die Uebereinkunft ist entweder eine im Gesellschaftsvertrage bereits enthaltene oder eine ad hoc getroffene. Wird sie ad hoc getroffen, so geschieht dies in derselben Weise, wie Gesellschafterübereinkünfte stets bei Aktiengesellschaften zu Stande kommen: durch einfachen Generalversammlungsbeschluß. Der letztere kann gegen das Statut auch andere Personen ernennen, da ihm insoweit das Abberufungsrecht zusteht und er dieses auch sofort ausüben kann (Ring Anm. 2 zu Art. 244 gegen unsere 1. Aufl.).

Anm. 2. Der Aufsichtsrath dagegen kann den Liquidator nicht ernennen, während er, falls das Statut dies bestimmt, den Vorstand ernennen kann. Auch kann ihm die G.V. dieses Recht nicht übertragen. Legt daher der bestellte Liquidator sein Amt nieder, so vermag nur die Generalversammlung oder der Richter Ersatz zu schaffen. Es war daher auch unrichtig, wenn bei der Patentpapierfabrik-Aktiengesellschaft zu Berlin die Generalversammlung beschlossen hatte, an Stelle eines ausscheidenden Liquidators solle der Aufsichtsrath einen anderen ernennen; eine solche Delegation erscheint durch die Gesetzesworte ausgeschlossen (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 244; Pinner S. 286).

Anm. 3 Durch Gesetz ist der Vorstand berufen. Die Funktionen desselben verwandeln sich durch die Auflösung in die Funktionen der Liquidatoren. Sie haben nur noch die Auflösung und die ersten Liquidatoren anzumelden (§§ 293, 296), alsdann beginnt ihre veränderte Aufgabe als Liquidatoren.

Anm. 4. b) (Abs. 2.) Unter Umständen erfolgt auch richterliche Ernennung. Um Mißbräuchen zu begegnen, welche bei den Entgründungen vorgekommen sind, wird damit die Möglichkeit gegeben, in Widerspruch mit der herrschenden Mehrheit die Berufung eines Liquidators durchzusetzen, nämlich auf Antrag des Aufsichtsraths oder einer qualifizirten Minderheit von Aktionären.

α) Der Antrag richtet sich an das Gericht des Sitzortes, und zwar an das Amtsgericht gemäß §§ 145, 146 F.G. Die näheren Modalitäten des Antrages und der Beschwerde siehe Anm. 16 u. 25 zu § 254. Als Gegner ist hier die Gesellschaft, also die gesetzlichen Vertreter derselben, zu hören. Anm. 5.

β) Ueber den Inhalt des Antrages ist materiell nur vorgeschrieben, daß die Gründe wichtig sein müssen. Ueber die Glaubhaftmachung des sechsmonatlichen Besitzes siehe Anm. 12 zu § 266. — Die richterliche Ernennung kann darüber Bestimmung treffen, ob der Ernannte alleinige oder Kollektivvertretungsbefugniß haben soll (§ 298 Abs. 3). Anm. 6.

γ) **In dringenden Fällen kann auf Antrag jedes Betheiligten das Amtsgericht einen Liquidator bestellen,** wenn ein solcher nicht vorhanden ist, und bis zur Hebung des Mangels. Gläubiger, Schuldner, einzelne Aktionäre können hiervon Gebrauch machen. Es gilt nämlich subsidiär die Bestimmung der §§ 29, 48 B.G.B. auch hier (vergl. Anm. 17 zu § 231). Anm. 7.

δ) Die Kosten der Liquidation sind auch bei richterlicher Ernennung durch die Gesellschaft zu tragen. Die ernannten Liquidatoren können ein angemessenes Honorar für sich beanspruchen und der Liquidationsmasse entnehmen. Die Konstruktion dieses Anspruches ist nicht schwierig. Die Liquidatoren stehen auch im Falle richterlicher Ernennung in einem Dienstverhältnisse zur Gesellschaft. Der Vertrag ist zu Stande gekommen durch die Entscheidung des Richters einerseits, die Annahme des Amtes durch den Liquidator andererseits. Die erstere ergänzt die Anstellungserklärung der Gesellschaft, ähnlich wie ein rechtskräftiges Erkenntniß gemäß § 894 C.P.O. (vergl. Pinner S. 286). Die andere Konstruktion, die Pinner auch noch für möglich hält, daß nämlich eine Geschäftsbesorgung ohne Auftrag vorliegt, ist nicht zutreffend. Man kann doch unmöglich sagen, der richterlich bestellte Liquidator handle ohne Auftrag. Anm. 8.

2. (Abs. 3.) **Die Abberufung der Liquidatoren.** Sie erfolgt durch die Generalversammlung oder durch den Richter, nicht auch durch den Aufsichtsrath. Anm. 9.

a) Durch die Generalversammlung kann jeder Liquidator abberufen werden, der nicht vom Richter bestellt ist. Ein Recht auf Durchführung der Liquidation hat der bestellte Liquidator nicht. Er kann in keinerlei Weise im Wege Rechtens durchsetzen, daß er Liquidator bleibe (Kammergericht bei Johow und Küntzel 3 S. 29). Die Ansprüche aus bestehenden Dienstverträgen sind von selbst vorbehalten, das Gesetz brauchte dies nicht besonders auszusprechen.

Die Generalversammlung hat aber nicht die Macht, den vom Richter bestellten Liquidator abzusetzen. Dies weicht von § 147 ab, liegt aber hier in der Natur der Sache. Denn wenn auch die Generalversammlung das oberste Willensorgan der Gesellschaft ist, so ist es doch kein allgemeiner consensus, durch welchen ihre Beschlüsse zu Stande kommen, sondern ein Majoritätswille, gegen dessen Uebermacht gerade das richterliche Ernennungsrecht Schutz bieten soll. Eine andere Frage wäre es, ob nicht die Aktionäre die Macht haben, durch einstimmigen Beschluß die richterlich ernannten Liquidatoren abzusetzen. Bei der strikten Vorschrift des Gesetzes ist auch dies zu verneinen. Anm. 10.

b) Der Richter und zwar das Amtsgericht (vergl. oben Anm. 5) kann unter denselben Voraussetzungen, wie Liquidatoren ernennen, auch Liquidatoren abberufen, und zwar ohne Rücksicht auf die Art der Berufung, dieselbe mag auf dem Statut, Generalversammlungsbeschluß oder richterlicher Verfügung beruhen. Anm. 11.

c) Der Aufsichtsrath dagegen hat kein Abberufungsrecht (anders als gegenüber dem Vorstande). Auch eine Delegation dieser Befugniß von der Generalversammlung an den Aufsichtsrath ist nicht zulässig. Anm. 12.

Zusatz. Das Dienstverhältniß der Liquidatoren. Wenn die Vorstandsmitglieder Liquidatoren werden, so ändert sich dadurch allein der Dienstvertrag nicht (R.G. 24 S. 70). Eine Besoldung kann auch nachträglich durch die Generalversammlung beschlossen werden (R.O.H. 24 Anm. 13.

S. 222). Näheres über den Dienstvertrag vergl. Anm. 20ffg. zu § 231. Der Anspruch auf Tantieme fällt, wie hier bemerkt, weiter weg mit dem Eintritt der Liquidation (vergl. Anm. 3 zu § 294). Durch den Konkurs des Liquidators hört derselbe nicht ohne Weiteres auf, Liquidator zu sein. Ob dies ein Abberufungsgrund ist, ist Frage des Einzelfalles (Bolze 1 Nr. 1189).

§ 296.

Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ist bei der Bestellung der Liquidatoren eine Bestimmung über ihre Vertretungsbefugniß getroffen, so ist auch diese Bestimmung zur Eintragung anzumelden.

Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung beizufügen; diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben die Firma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

Anmeldung der Liquidatoren und Zeichnung der Firma durch dieselben vor dem Handelsgericht.

Anm. 1. **1. Die Anmeldung der gewählten Liquidatoren** (Abs. 1 und 2).

a) Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand anzumelden (nicht gerade durch die sämmtlichen Mitglieder des Vorstandes). Hört jedoch der Vorstand mit dem Eintritt der Auflösung zu fungiren auf, so sind auch die ersten Liquidatoren nicht durch den bisherigen Vorstand, sondern durch die Liquidatoren anzumelden. Denn auch die Anmeldung ist eine Funktionsthätigkeit des legitimen Vorstandes (Anders Rudorff S. 227). Jede Aenderung in der Person der Liquidatoren ist durch die Liquidatoren anzumelden, d. h. durch diejenigen Personen, welche mit dem Eintritt der Aenderung zu Liquidatoren berufen sind (Johow 14 S. 27). Wenn also z. B. von zwei kollektivberechtigten Liquidatoren der eine durch den Tod ausscheidet und an seiner Stelle ein anderer bestellt wird, so haben nunmehr diese beiden, der alte und der neue, die Anmeldung gemeinschaftlich zu bewirken. Wenn durch Generalversammlungsbeschluß der einzige Liquidator abberufen und ein anderer gewählt wird, so meldet der letztere sich selbst an. Wenn von zwei Liquidatoren, welche einzeln zur Vertretung legitimirt sind, der eine durch einen andern ersetzt wird, so kann der übriggebliebene und der neue Ersatzmann, d. h. jeder von beiden, die Anmeldung bewirken; denn es brauchen nicht nothwendig alle aktuellen Liquidatoren mitzuwirken, sondern es genügt, daß so viele Liquidatoren bei der Anmeldung mitwirken, als zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Hätte das Gegentheil gelten sollen, so würde das Gesetz gesagt haben: die sämmtlichen Liquidatoren. Dazu aber lag kein Anlaß vor, da ja auch nicht die sämmtlichen Vorstandsmitglieder zur Anmeldung der ersten Liquidatoren berufen sind.

Anm. 2. Anzumelden sind die Personen und, wenn Bestimmungen über die Vertretung getroffen sind, auch diese. An sich ist es nicht nöthig, daß solche Bestimmungen getroffen sind. Sind keine getroffen, so gilt Kollektivvertretungsbefugniß aller Liquidatoren (§§ 232, 294 Abs. 2; vergl. Anm. 9 u. 10 zu § 298).

Anm. 3. b) Der Zwang zur Anmeldung geht aus § 14 hervor.

c) Die Beilagen der Anmeldung sind im Abs. 2 aufgeführt: öffentlich beglaubigte Abschriften der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung.

d) Die Anmeldung erfolgt bei allen Gerichten, bei welchen die Gesellschaft eingetragen ist (§ 13). Zu den Zweigregistern brauchen jedoch die Beilagen der Anmeldung nicht mit überreicht zu werden (Abs. 2). Die Anmeldung beim Zweigregister erfolgt ja erst nach Eintragung in das Hauptregister. Die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung ist also schon geprüft. Anm. 4.

2. **Die gerichtliche Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren braucht nicht angemeldet zu werden.** Hier erfolgt die Eintragung von Amtswegen (Abs. 3), bei dem Gerichte der Zweigniederlassung also durch Requisition. Anm. 5.

3. **Außer der Anmeldung findet noch eine Zeichnung der Unterschrift durch die Liquidatoren statt** (Abs. 4). Hierüber Näheres § 12. Hinzuzufügen ist aber, daß sich diese Zeichnungspflicht auch auf die gerichtlich ernannten Liquidatoren bezieht. Nur angemeldet brauchen diese nicht zu werden. Anm. 6.

Zusatz 1. Die Bedeutung der Eintragung der Liquidatoren liegt in § 15: von der Eintragung und Publikation an muß der Dritte die Veränderung in der Person der Liquidatoren sich entgegenhalten lassen. **Das Amt des Liquidators datirt aber von der Bestellung, nicht erst von der Eintragung.** Anm. 7.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Die Vorschrift findet auch auf bestehende Gesellschaften Anwendung (Anm. 4 ffg. zu § 178). Anm. 8.

§ 297.

Die Liquidatoren haben unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen.

Pflicht der Liquidatoren zur Aufforderung der Gläubiger.

1. Die Liquidatoren haben diese Verpflichtung sofort zu erfüllen, sobald dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist. Die Eintragung des Auflösungsbeschlusses ist regelmäßig nicht Voraussetzung dieser Verpflichtung und ihre eigene Eintragung überhaupt nicht. Denn erstere Eintragung gehört regelmäßig nicht zur Giltigkeit des Auflösungsbeschlusses (Anm. 4 zu § 293) und letztere Eintragung überhaupt nicht (Anm. 7 zu § 296). Anm. 1.

2. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu publiziren. In welchen Zwischenräumen, ist nicht gesagt. Sie kann also auch an drei hintereinanderfolgenden Tagen erfolgen; auch die Publikation in der Morgen- und in der Abendnummer derselben Zeitung sind zwei verschiedene Publikationen. Anm. 2.

3. Nur öffentliche Aufforderung ist erforderlich, nicht private Aufforderung an die bekannten Gläubiger, während diese in Art. 245 früher gefordert war und bei der Herabsetzung des Grundkapitals auch jetzt gefordert wird (§ 289 Abs. 2). Diese besondere Bekanntmachung ist deshalb nicht nöthig, weil den bekannten Gläubigern, auch ohne daß sie sich melden, ihre Forderung zu bezahlen oder zu hinterlegen ist (§ 301 Abs. 2; anders bei der Herabsetzung im § 289 Abs. 3). Anm. 3.

4. Ein Ordnungsstrafrecht zur Erzwingung dieser Verpflichtung existirt nicht. Weder § 14, noch § 319 enthält ein solches. Verletzen die Liquidatoren ihre Verpflichtung, so machen sie sich nach § 298 Abs. 2, § 241 haftbar; desgleichen der Aufsichtsrath, der die Liquidatoren nicht anhält zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gemäß §§ 298 Abs. 2, 249; Aktionäre, welche Liquidationserlöse in Empfang nehmen, ohne daß jene Aufforderung erlassen ist, haften auf Rückzahlung gemäß § 217. Anm. 4.

Zusatz. Uebergangsfrage. Auf bestehende Gesellschaften findet der vorliegende Paragraph Anwendung, die zu 3 erwähnte Erleichterung auch in Bezug auf Liquidatoren, die bereits vor dem 1. Januar 1900 bestellt waren (Anm. 4 ffg. zu § 178). Anm. 5.

§ 298.

Der Geschäftskreis der Liquidatoren sowie die Form, in welcher sie die Firma zu zeichnen haben, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 149, 151, 153.

Im Uebrigen haben die Liquidatoren innerhalb ihres Geschäftskreises die Rechte und Pflichten des Vorstandes; sie unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrath.

In Ansehung der Mitwirkung sämmtlicher Liquidatoren bei Willenserklärungen für die Gesellschaft findet die Vorschrift des § 232 Abs. 1 Satz 1 nur insoweit Anwendung, als nicht für die Liquidatoren im Gesellschaftsvertrag oder bei ihrer Ernennung ein Anderes bestimmt ist.

Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt. Die Vorschriften des § 336 bleiben außer Anwendung.

Der vorliegende Paragraph giebt einige, nur lose zusammenhängende Vorschriften über die Liquidatoren.

Anm. 1: 1. (Abs. 1.) **Der Geschäftskreis der Liquidatoren** richtet sich nach § 149. Derselbe bestimmt den Umfang der Vertretungs- und der Geschäftsführungsbefugniß für die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft. Dieselben Grenzen sind der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugniß auch hier gesetzt. Auch der Liquidator einer Aktiengesellschaft hat nur Abwickelungsgeschäfte vorzunehmen (vergl. Anm. 2 u. 3 zu § 294). Seine Vertretungsbefugniß ist beschränkt durch den Zweck der Liquidation und ebenso seine Geschäftsführungsbefugniß.

Anm. 2. Wegen der näheren Erläuterungen ist auf die Anm. 4 ffg. zu § 149 zu verweisen. (Wegen der Berechtigung, rückständige Einlagen einzufordern, insbesondere R.O.H. 22 S. 135; auch Anm. 3 zu § 294.)

Anm. 3. Hervorzuheben ist hier nur, daß auch hier nur Schranken für die Liquidatoren, nicht für die Gesellschaft aufgestellt sind. Ueber die der Gesellschaft, insbesondere der Generalversammlung während der Liquidation gezogenen Aktionsgrenzen siehe Anm. 3 zu § 294.

Anm. 4. Dem Geschäftskreise der Liquidatoren sind aber auch noch sonstige Schranken auferlegt, so z. B. in den §§ 303 ffg. (Verwerthung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen).

Anm. 5. Soweit der § 149 oder sonstige Vorschriften den Liquidatoren Schranken nicht auferlegen, haben sie die Rechte und Pflichten des Vorstandes und unterliegen gleich diesem der Ueberwachung des Aufsichtsraths (Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen).

Anm. 6. Die Liquidatoren haben hiernach, wie der Vorstand, nach außen die Stellung gesetzlicher Vertreter, nach innen haben sie Geschäftsführungsbefugniß und in beiden Eigenschaften haben sie alle Rechte und Pflichten des Vorstandes, soweit dieselben nicht durch besondere Liquidationsvorschriften oder durch das Wesen der Liquidation eingeengt oder umgekehrt erweitert werden. So haben sie z. B. die Generalversammlungen zu berufen, soweit dies nöthig ist (§ 253 Abs. 2); insbesondere nothwendiger Weise im Falle des § 240 (auch § 240 Abs. 1 ist anwendbar, denn die Liquidation kann beschlossen werden, ehe ein Verlust in dieser Höhe zu verzeichnen war); die Liquidatoren haben die Bilanzen zu ziehen, für die Buchführung Sorge zu tragen, das Recht der Anfechtung nach § 271 auszuüben ꝛc. Sie sind überall Vertreter, Mandatare der Gesellschaft, nicht der Aktionäre (R.G. 29 S. 5; 41 S. 95), auch nicht der Gläubiger, denen sie jedoch in gewisser Hinsicht verantwortlich sind (vergl. §§ 241, 249, Anm. 3 zu § 294).

2. (Abs. 1.) **Der gesetzliche Umfang der Vertretungsbefugniß der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unbeschränkbar.** Das folgt aus § 151, der im vorliegenden Paragraphen in Bezug genommen ist. Soweit die Vorschriften des § 149 oder sonstige Vorschriften die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren ordnen, ist dieser Umfang Dritten gegenüber unbeschränkbar. Nach innen können die Geschäftsführungsbefugnisse natürlich darüber hinaus beschränkt werden, die Liquidatoren haben nach innen alle diejenigen Beschränkungen innezuhalten, welche ihnen von den maßgebenden Organen auferlegt werden (§§ 235, 294 Abs. 2). Anm. 7.

Wegen der näheren Erläuterung dieser Materie siehe Anm. 1—3 zu § 151. Anm. 8.

3. (Abs. 1.) **Die Form der Zeichnung der Firma** richtet sich nach § 153, welcher im vorliegenden Abs. 1 in Bezug genommen ist (die bisherige Firma erhält einen Liquidationszusatz, die Liquidatoren fügen dieser Firma ihren Namen bei).

Die nähere Erläuterung siehe zu § 153, wo insbesondere auch der Charakter der Vorschrift als bloßer Ordnungsvorschrift hervorgehoben ist.

4. (Abs. 3.) **Die Frage, wer beim Vorhandensein mehrerer Liquidatoren bei der Vertretung der Gesellschaft mitwirken muß,** richtet sich nach § 232, nur mit dem einen Unterschiede, daß die Abweichung von der Kollektivvertretung nicht bloß durch den Gesellschaftsvertrag, sondern auch bei ihrer Ernennung (also auch durch das Registergericht) bestimmt werden kann. Anm. 9.

Im Uebrigen gilt § 232. Danach gilt also regelmäßig Kollektivvertretungsbefugniß; auch dann, wenn die Vorstandsmitglieder Einzelvertretung hatten, verwandelt sich dieselbe in Kollektivvertretung, sobald die Auflösung beschlossen wird (Cosack S. 659). Aber die Kollektivberechtigten können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen, und bei Willenserklärungen gegenüber der Gesellschaft genügt die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Liquidator, woran weder der Gesellschaftsvertrag, noch die Ernennung etwas ändern kann (vergl. §§ 28 Abs. 2, 40, 48 B.G.B.). Anm. 10.

Wegen der näheren Erläuterung vergl. Anm. 1—14 zu § 232.

Dagegen fällt die uneigentliche Kollektivvertretung (in Gemeinschaft mit einem Prokuristen) hier weg, da nach Abs. 4 unseres Paragraphen eine Bestellung von Prokuristen im Liquidationsstadium nicht stattfindet.

5. (Abs. 4.) **Eine Bestellung von Prokuristen findet nicht statt.** Auch insoweit ist also die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren gegen die des Vorstandes beschränkt. Auch nicht mit Genehmigung der Generalversammlung oder des Aufsichtsrathes können Prokuristen im Liquidationsstadium bestellt werden. Die vorhandenen Prokuren erlöschen in Folge dessen (R.O.H. 13 S. 225). Der Dritte muß sich dieses Erlöschen entgegenhalten lassen von dem Augenblicke an, wo die Auflösung der Gesellschaft in das Register eingetragen ist oder wo er von dem Auflösungsbeschlusse Kenntniß hatte (§ 15). Eine andere Frage ist, ob vorhandene oder neubestellte Prokuristen nicht als Handlungsbevollmächtigte gelten können. Denn eine Handlungsvollmacht kann im Stadium der Liquidation für die Zwecke derselben bestellt werden (Anm. 28 zu § 149 und Anm. 15 zu § 238). Man wird anzunehmen haben, daß die Prokuren als Handlungsvollmachten zu betrachten sind. Anm. 11.

6. (Abs. 4.) **Das Konkurrenzverbot** gegen die Liquidatoren fällt fort. Der § 236 findet keine Anwendung. Natürlich kann es vertragsmäßig stipulirt sein. Ueber solche vertragsmäßigen Konkurrenzverbote siehe Anm. 12 zu § 236. Anm. 12.

§ 299.

Die Liquidatoren haben für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen; das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft kann beibehalten werden.

Die Vorschriften der §§ 260, 263 bis 267 mit Ausnahme derjenigen

über die Gewinnvertheilung finden Anwendung; die Vorschriften der §§ 261, 262 bleiben außer Anwendung.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die im Stadium der Liquidation aufzustellenden Bilanzen, ihre Prüfung und Feststellung durch die Generalversammlung.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Zunächst haben die Liquidatoren für den Beginn der Liquidation eine Bilanz aufzustellen.** Das ist gewissermaßen die Eröffnungsbilanz für die in die Erscheinung tretende Liquidationsaktiengesellschaft. Die bisher geführten Bücher sind für diesen Zeitpunkt abzuschließen, und es ist unter Zugrundelegung eines Inventars die Bilanz aufzustellen. Fällt der Beginn der Liquidation in das Geschäftsjahr der Gesellschaft, so unterbleibt in Folge dessen die Ziehung einer Schlußbilanz für das letzte Geschäftsjahr. Das hat ja auch keinen Zweck, denn der betreffende Gewinn kann doch nicht mehr vertheilt werden, nachdem die Auflösung einmal beschlossen ist (§ 301). Unter Umständen kann dadurch beinahe für ein ganzes Jahr die Aufstellung einer Bilanz und die Vertheilung von Dividenden fortfallen, wenn nämlich die Auflösung kurz vor Schluß des Geschäftsjahres beschlossen wird. Höchstens könnte eine solche Schlußbilanz wegen der Tantiemen in Frage kommen (Simon S. 450 Anm. 9); wenn es sich darum handelt, wegen der Berechnung von Tantiemen eine Schlußbilanz für das letzte Geschäftsjahr aufzustellen, so muß dieselbe allerdings erfolgen. Keineswegs deckt sich dieselbe mit der ersten Bilanz der Liquidationsaktiengesellschaft (Denkschrift S. 163).

Anm. 2. Die Aufstellung erfolgt „für den Beginn der Liquidation". Das kann dann Schwierigkeiten machen, wenn die Liquidatoren, die die Bilanz aufzustellen haben, nicht bei Beginn der Liquidation ernannt sind. Allein die Schwierigkeit ist nicht größer, wie in dem Falle, wo das Vorstandsmitglied erst nach Schluß des alten Geschäftsjahres erwählt ist. Hier kann nur die konkrete Sachlage und der Takt im Einzelfalle ergeben, wie man der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht am nächsten kommt.

Anm. 3. Diese Eröffnungsbilanz ist dem Aufsichtsrathe und einer einzuberufenden Generalversammlung vorzulegen und nach Genehmigung durch die letztere zu publiziren und die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen. Dies folgt aus § 299 Abs. 2, indem die dort angezogenen §§ 263 und 264 auf die Anfangsbilanz zu beziehen sind. Würde man dies nicht annehmen, so würde nicht einmal die Publikation der Anfangsbilanz vorgeschrieben sein. Die Anfangsbilanz würde ein Internum der Liquidatoren bleiben und die Vorschrift des Art. 244 Abs. 3 des alten H.G.B. würde aufgehoben sein, was Alles vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war (so auch Esser Anm. 2).

Anm. 4. 2. (Abs. 1.) **Weiter ist für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen.** Aus Abs. 2 folgt aber in Folge der Bezugnahme auf § 260, daß auch eine Gewinn- und Verlustrechnung aufgestellt werden muß. Das ist ausdrücklich beabsichtigt (Denkschrift S. 163), damit die Aktionäre ersehen, wie die im Laufe der Liquidation entstandenen Mehreinnahmen und Ausfälle entstanden sind.

Anm. 5. Bei der Aufstellung dieser Jahresbilanz kann das bisherige Geschäftsjahr beibehalten werden, wie Abs. 1 bestimmt. Es können aber vom Beginne der Liquidation neue Bilanzjahre gerechnet werden. Ist im ersten Falle für die Zeit vom Beginne der Liquidation bis zum Beginne des Geschäftsjahres eine Zwischenbilanz zu machen? Daß dies beabsichtigt ist, erhellt nicht, und es dürfte dies daher nicht als nöthig zu erachten sein. Vielmehr erstreckt sich in solchem Falle die erste Jahresbilanz auf die Zeit vom Beginne der Liquidation bis zum Ablauf des ersten Geschäftsjahres.

Anm. 6. 3. **Ueber die Grundsätze, nach welchen die Liquidationsbilanzen aufzustellen sind,** sagt das Gesetz mit ausdrücklichen Worten nichts. Aber aus seinem Inhalte ergiebt es sich deutlich. Denn indem der § 299 bestimmt, daß alle Bilanzvorschriften über Gewinnvertheilung hier außer Anwendung bleiben, und die §§ 261 und 262, welche die für die ordentlichen Geschäftsbilanzen der Aktiengesellschaften maßgebenden Grundsätze enthalten, bei den hier anwendbaren Grundsätzen wegläßt, giebt er deutlich zu erkennen, daß diese Grundsätze hier in Wegfall kommen. Zum Ueberfluß bestätigt die Denkschrift S. 163,

daß dies die Absicht des Gesetzes war. Das entspricht aber auch der Natur der Sache. Jene Grundsätze der §§ 261 und 262 passen nur für die ordentlichen Geschäftsbilanzen, da sie Gewinnvertheilungsbilanzen sind. Die Liquidationsbilanzen aber sind zwar auch Vertheilungsbilanzen, aber Vermögensvertheilungsbilanzen. Es sollen nicht neue Erwerbsgeschäfte gemacht und der hierbei erzielte Gewinn vertheilt, sondern es soll das vorhandene Vermögen realisirt und der hierbei erzielte Erlös vertheilt werden. In Folge dessen sind nicht die Anschaffungswerthe die Maximalgrenzen der Bewerthung, und die Betriebsgegenstände können hier nicht zum Anschaffungswerthe minus Abnutzung eingestellt werden, vielmehr ist § 40 maßgebend, jedoch mit derjenigen Modifikation, die sich daraus ergiebt, daß das Geschäft nicht weiter betrieben wird, sondern daß eine allgemeine Realisirung erfolgt. Mit Rücksicht auf diesen Zweck der Liquidation muß überall dasjenige als wahrer Werth eingestellt werden, was sich bei der Realisirung voraussichtlich als Erlös ergeben wird. Dabei ist nicht nothwendig überall an Veräußerung zu denken. Hypotheken z. B., die einen geringeren Veräußerungswerth haben, die aber durch Einziehung bei der Fälligkeit voraussichtlich voll eingehen werden, können zum vollen Nennwerthe eingestellt werden (Simon S. 448). Und auch wo die Veräußerung beabsichtigt ist, ist doch diejenige Art der Veräußerung, welche voraussichtlich erfolgen wird, der bestimmende Faktor. So z. B. braucht nicht derjenige Werth eingestellt zu werden, der bei einer Einzelversilberung sich ergeben würde, wenn dem Liquidator aufgetragen ist, das Geschäft in Pausch und Bogen zu verkaufen, und ein sicherer Käufer in Aussicht steht, ein solcher vielleicht schon eine bindende Offerte abgegeben hat. — Das Aktienkapital braucht in diesen Bilanzen nicht zu figuriren, es wird aber rathsam sein, dies auch fernerhin zu thun, wie es auch bisher üblich gewesen ist. Denn man zeigt dadurch, wie das Liquidationsvermögen sich auf die Aktien vertheilt, und diese Uebersicht ist den Aktionären sehr willkommen. — Eine Nothwendigkeit, die Reserven besonders anzugeben, besteht nicht.

4. (Abs. 2.) **Die Liquidationseröffnungsbilanz unterliegt nicht der Genehmigung der Generalversammlung, wohl aber die Jahresbilanz.** Desgleichen beschließt dieselbe über die Entlastung der Liquidatoren und des Aufsichtsraths (§ 260). Nähere Erläuterungen zu § 260) Anm. 7.

5. (Abs. 2.) **Die Liquidationsjahresbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung und ein Geschäftsbericht** sind innerhalb drei, spätestens 6 Monaten dem Aufsichtsrath und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen (§ 260 Abs. 2). Es muß also auch während der Liquidation die ordentliche Generalversammlung mit der Tagesordnung: Genehmigung der Bilanz und Entlastung der Verwaltungsorgane (nicht auch Vertheilung des Reingewinns) abgehalten werden. — Es geht ferner aus der analogen Anwendung des § 260 Abs. 2 hervor, daß nicht bloß eine Bilanz, sondern auch eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen ist; so auch Denkschrift S. 163; während Pinner S. 293 dies verneint, weil § 299 Abs. 1 nur von der Bilanz spreche. Allein nicht aus Abs. 1, sondern aus Abs. 2 folgt die Nothwendigkeit der Gewinn- und Verlustrechnung (vergl. Esser Anm. 1). Nähere Erläuterung in Anm. 13 flg. zu § 260. Anm. 8.

6. (Abs. 2.) **Die Jahresrechnungen und der Geschäftsbericht sind zwei Wochen vor der Generalversammlung auszulegen,** auf Verlangen auch jedem Aktionär abschriftlich mitzutheilen (§ 263). Nähere Erläuterung zu § 263. Anm. 9.

7. (Abs. 2.) **Ueber das Recht der Vertagung der Generalversammlung** gilt § 264. Siehe die Erläuterung zu diesem Paragraphen. Anm. 10.

8. (Abs. 2.) **Nach der Feststellung durch die Generalversammlung ist die Bilanz zu publiziren und die Publikation zum Register einzureichen** (§ 265). Siehe die Erläuterung zu diesem Paragraphen. Anm. 11.

9. (Abs. 2.) **Das Recht der Revision gilt wie nach §§ 266 und 267.** Deshalb kann die Generalversammlung zur Prüfung der Bilanz und zum Zwecke der Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung die Bestellung von Revisoren be- Anm. 12.

schließen, und eventl. können Aktionäre mit bestimmtem Aktienbesitze dieselbe beim Amtsgericht beantragen.

Das Nähere hierüber siehe in der Erläuterung zu §§ 266 und 267.

Anm. 13. 10. **Ein Zwang durch das Registergericht** zu allen diesen Verpflichtungen der Liquidatoren ist in § 319 Abs. 1 anscheinend in einem weiteren Sinne vorgesehen, wie gegen den Vorstand zur Befolgung der analogen Vorschriften. Denn nach § 319 Abs. 1 sollen die Liquidatoren zur Befolgung aller im § 299 enthaltenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen angehalten werden, während dies beim Vorstande nicht bei allen Vorschriften vorgesehen ist, die im § 299 angezogen sind. Indessen ist nicht anzunehmen, daß dieses Zwangsrecht hier in einem weiteren Umfange statuirt werden sollte, als gegenüber den Vorstandsmitgliedern.

Anm. 14. Hiernach gestaltet sich das Zwangsrecht wie folgt: Der Zwang durch Ordnungsstrafen findet statt:

a) bei der analogen Anwendung des § 260 Abs. 2 (Vorlegung der Jahresabschlüsse an den Aufsichtsrath und die Generalversammlung).

b) bei der analogen Anwendung des § 263 Abs. 1 (Auslegung der Jahresabschlüsse zur Einsicht der Aktionäre), — dagegen nicht bei der analogen Anwendung des § 263 Abs. 2: Abschriftertheilung an jeden Aktionär;

c) bei der analogen Anwendung des § 265 gemäß § 14;

d) bei der analogen Anwendung des § 267 Abs. 1 und 2 (Vorlegung der Bücher und Schriften an die Revisoren, Einreichung des Revisionsberichts und Ankündigung desselben bei der nächsten Generalversammlung).

Anm. 15. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Der vorliegende Paragraph bezieht sich auch auf die bestehenden Gesellschaften (vergl. Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 300.

Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre vertheilt.

Die Vertheilung erfolgt nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind.

Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so werden die auf das Grundkapital geleisteten Einzahlungen erstattet und ein Ueberschuß nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge vertheilt. Reicht das vorhandene Vermögen zur Erstattung der Einzahlungen nicht aus, so haben die Aktionäre den Verlust nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge zu tragen; die noch ausstehenden Einzahlungen sind, soweit es hierzu erforderlich ist, einzuziehen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält die Vorschrift, daß der Liquidationsüberschuß unter die Aktionäre zu vertheilen ist** (Abs. 1), **und ordnet an, in welchem Verhältniß die Vertheilung unter die Aktionäre zu erfolgen hat** (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Zunächst wird vorgeschrieben, daß der Liquidationsüberschuß unter die Aktionäre zu vertheilen ist.**

Es steht zwar den Aktionären frei, eine andere Art der Ausschüttung, als die Vertheilung anzuordnen, und wenn das Statut eine andere Ausschüttungsart, etwa durch Zuwendung an eine wohlthätige Anstalt bestimmt, so ist dies giltig (R.G. 7 S. 70; § 45 B.G.B.). Aber der im Statut einmal festgesetzte oder aus ihm sich ergebende Anspruch auf die Liquidationsrate ist ein unentziehbarer Anspruch des Aktionärs, ein sogenanntes Sonderrecht desselben, und kann daher durch einen nachträglichen Generalversammlungs-

beschluß, selbst in Form einer Statutenänderung, nicht beseitigt werden (Pinner S. 295; Lehmann in Kohler und Rings Archiv Bd. 9 S. 370; Denkschrift S. 163); soweit nicht etwa bestimmte, gesetzlich zulässige Transaktionen, die dieses Recht modifiziren, eingreifen (Kapitalserhöhungen, Kapitalsherabsetzungen).

Bestimmen die Statuten nichts über die Vertheilung, so ist gemeint, daß die Ver- Anm. 2.
silberung und die Vertheilung in Geld erfolgen soll, (§§ 298, 149); doch kann — auch per maiora — Naturaltheilung unter Wahrung der Gleichberechtigung bezw. der etwaigen statutarischen Vorrechte beschlossen werden (Behrend § 140 Anm. 41; Ring Anm. 4 zu Art. 245).

Zulässig ist es, durch Generalversammlungsbeschluß die Liquidatoren zu be- Anm. 3
auftragen, das ganze Geschäft gegen Entgelt zu veräußern. (Hierüber §§ 303 ffg.)

Weil das Recht auf die Liquidationsrate ein unentziehbares, ein Sonderrecht ist, Anm. 4.
kann ferner hier, wie beim Dividendenanspruche, zwar durch ursprüngliches Statut, nicht aber durch nachträglichen Majoritätsbeschluß festgesetzt werden, daß die innerhalb gewisser Zeit nicht erhobenen Liquidationsquoten zu Gunsten der Gesellschaft verfallen. Das Urtheil des Reichsgerichts (Bd. 7 S. 32) läßt zwar auch die Festsetzung einer solchen Präklusivfrist durch nachträglichen Statutenänderungsbeschluß zu, doch ist das unzutreffend (vergl. Ring S. 677; Petersen und Pechmann S. 581).

Zu bemerken ist, daß keine Vertheilung von Vermögen erfolgen darf Anm. 5.
vor Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften nach § 301.

2. (Abs. 2 und 3.) **In welchem Verhältnisse erfolgt die Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre?** Anm. 6.

a) Zunächst entscheidet hierüber der Gesellschaftsvertrag. Nach diesem Anm. 7.
können Aktien mit verschiedener Berechtigung in Bezug auf die Liquidationsraten bestehen. Dabei ist aber zu erwähnen, daß Vorzugsrechte hinsichtlich der Gewinnvertheilung sich nicht ohne Weiteres auch auf die Kapitalvertheilung beziehen (R.G. 33 S. 16).

b) Event. sind die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des vorliegenden Para- Anm. 8.
graphen maßgebend, und zwar:

α) Die Vertheilung erfolgt nach Verhältniß der Aktienbeträge. Sicherlich zunächst dann, wenn sämmtliche Aktien voll gezahlt sind. Zu welchem Kurse sie ausgegeben wurden, darauf kommt es in diesem Falle nicht an. Das Gleiche gilt aber auch dann, wenn die Einzahlungen nicht voll geleistet sind. Nur kann natürlich die Gesellschaft in solchem Falle mit der restirenden Einlage kompensiren. Als Einzahlungen gelten dabei nicht auch die Zahlungen über dem Nennwerth bei der Ueberpari-Emission, sondern, wie Abs. 3 deutlich sagt, nur die Einzahlungen auf das Grundkapital. Pinner S. 297 nimmt das Gegentheil an, weil das Gesetz unter Einzahlung auch die Einzahlung über dem Nennwerth verstehe. Aber unter Einzahlungen auf das Grundkapital kann es nicht die Zahlungen über dem Nennwerth verstehen.

β) Für den Fall, daß die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhält- Anm. 9.
nisse geleistet sind, enthält Abs. 3 unseres Paragraphen eine besondere Vorschrift, deren Klarheit uns einer Wiedergabe an dieser Stelle überhebt.

Beispiele von Berechnungen siehe bei Pinner S. 296.

Zusatz 1. Ueber die Vorbereitung und Durchführung der Vertheilung ist im Gesetze nichts Anm. 10.
gesagt. Insbesondere ist eine Aufforderung an die Aktionäre, sich zur Empfangnahme der Liquidationserlöse zu melden, nicht angeordnet. Sie kann aber statutarisch oder auch durch Generalversammlungsbeschluß angeordnet werden. Andernfalls hat sie zu erfolgen, wenn sie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erfordern. Ist ein Aktionär mit der Abhebung des Betrages im Verzuge, so kann der Betrag hinterlegt werden (§ 372 B.G.B.). Ueber die Modalitäten der

Hinterlegung bestimmt § 374 Abs. 2 B.G.B., über die Schicksale der hinterlegten Summe der § 382 B.G.B. und die auf Grund des Art. 145 E.G. zum B.G.B. erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen (für Preußen vergl. Art. 84 des Ausf. z. B.G.B.).

Anm. 11. Der Liquidator kann verlangen, daß ihm bei Auszahlung der Liquidationsraten eine Quittung ertheilt wird, und daß ihm die Aktien zum Zwecke der Legitimation und eines entsprechenden Vermerks oder Aufdrucks präsentirt werden. Er kann aber nicht verlangen, wie das häufig in der Praxis geschieht, daß ihm gegen Auszahlung der letzten Liquidationsrate die Aktie ausgehändigt wird. Die Aktienurkunde gehört nach wie vor dem Aktionär und er bedarf derselben unter Umständen auch noch (vergl. den folgenden Zusatz; ferner Anm. 2 zu § 302; zustimmend Pinner S. 297).

Anm. 12. **Zusatz 2. Der rechtliche Charakter des Liquidationsanspruchs** ist ein obligatorischer. Vermag der Aktionär nachzuweisen, daß nach Berücksichtigung der Gläubiger ein vertheilbarer Bestand vorhanden ist, so ist er zur Klage berechtigt. Freilich wird ihm jener Nachweis nicht leicht werden. Denn die Liquidatoren sind nicht jedem einzelnen Aktionär zur Vorlegung der Rechnungen verpflichtet (vergl. § 302), sondern nur der Generalversammlung. Aber auch an diese erfolgt normaler Weise, d. h. wenn nicht ein besonderes Verlangen an die Liquidatoren gestellt wird, nicht die Vorlegung eines Theilungsplanes, sondern nur die Vorlegung der jährlichen Bilanz und der Schlußrechnung, wie sie sich nach erfolgter Ausschüttung stellt. Der Einzelaktionär muß sich daher den Nachweis durch Anträge aus § 254 beschaffen. Gelingt ihm aber der Nachweis vorhandenen Bestandes, so ist er zur Klage legitimirt, weil ein obligatorischer Anspruch vorliegt. In dieser Hinsicht ist das Urtheil des R.O.H. 3 S. 336 zutreffend (im Uebrigen vergl. über dieses Urtheil Anm. 3 zu § 302).

Anm. 13. **Zusatz 3. Erfolgt eine unrichtige Vertheilung,** so hat der geschädigte Aktionär selbstverständlich eine Klage gegen die Gesellschaft auf Zahlung des ihm zukommenden Betrages. Der Gesellschaft haftet der Liquidator und der Aufsichtsrath nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 241 und 249), aber auch dem Aktionär unter der Voraussetzung der §§ 241 Abs. 3 und 4 und § 249 Abs. 3 und 4, vergl. besonders Nr. 5 daselbst; denn auch der Aktionär ist Gläubiger in Ansehung des Anspruchs auf die Liquidationsrate (vergl. oben Anm. 12). Ob diejenigen Aktionäre, welche hiernach zu viel empfangen haben, zurückzahlen müssen, darüber siehe Anm. 8 u. 20 zu § 217.

Anm. 14. **Zusatz 4. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift findet Anwendung auf bestehende Gesellschaften, soweit dieselben nicht abweichende statutarische Anordnungen getroffen haben, welche auch nach dem vorliegenden Paragraphen zulässig sind.

§ 301.

Die Vertheilung des Vermögens darf nur erfolgen, wenn seit dem Tage, an welchem die im § 297 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zum dritten Male stattgefunden hat, ein Jahr verstrichen ist.

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

Die Gläubigerschutzvorschriften, welche vor der Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre zu berücksichtigen sind.

Anm. 1. I. **Der Inhalt der Schutzvorschriften.**

1. **Die erste Schutzvorschrift ist die im § 297 vorgeschriebene Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden.** Hierüber siehe die Anm. 1—4 zu § 297.

2. **Außerdem muß ein Jahr verflossen sein seit der dritten Publikation dieser Aufforderung** (sogenanntes Sperrjahr). Diese Zeit ist das gesetzliche Spatium für die Gläubiger, um ihre Rechte wahrzunehmen. Eine Ausschüttung vor dieser Zeit ist ungesetzlich und verpflichtet die Gesellschaftsorgane zum Schadensersatz nach §§ 241 und 249 (R.G. 7 S. 105) und die Aktionäre zur Rückzahlung (Anm. 8. u. 20 zu § 217). In Ansehung der Gläubiger ist aber diese Frist keine Präklusivfrist, die sie etwa zur Vermeidung der Nichtbefriedigung einzuhalten hätten. Ist vielmehr ihre Gläubigerschaft der Aktiengesellschaft bekannt, so muß der Betrag ihrer Forderung, auch ohne daß sie sich melden, bezahlt, oder, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, hinterlegt werden (vergl. unten Anm. 4). Ist sie nicht bekannt, und hat die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens begonnen, ohne daß sie befriedigt oder sichergestellt wurden, so können sie sich noch später melden und müssen befriedigt werden, wenn Gesellschaftsvermögen noch vorhanden ist (R.O.H. 19 S. 160). Die Vertheilung muß insoweit sistirt werden. Für die Klage des Gläubigers ist die Frage, ob Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, überhaupt nicht erheblich (Behrend § 140), das ist Frage der Zwangsvollstreckung. Auch durch den Gesellschaftsvertrag kann dem Sperrjahr die Wirkung der Präklusion nicht verliehen werden. Derselbe bindet ja die Gläubiger nicht (R.G. vom 24. 2. 86 in J.W. S. 119). Anm. 2.

3. **Die dritte Schutzvorschrift ist die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger.** Anm. 3.
Dabei ist wie folgt zu verfahren:

a) Diejenigen Gläubiger, die sich melden, sind zu befriedigen, wenn ihre Forderung fällig, unbedingt und unbestritten ist. Dabei ist zu erwähnen, daß die Liquidation an sich keine Veränderung der Gläubigerrechte bewirkt, weder werden längere Verträge dadurch einem vorzeitigen Ende zugeführt, noch befristete Forderungen fällig, außer wenn das produktive Fortbestehen der Gesellschaft bei Eingehung des Vertragsverhältnisses allseitig vorausgesetzt wurde (R.O.H. 24 S. 245; R.G. 5 S. 7; 9 S. 14); noch liegt in dem Eintritt der Liquidation an sich ein Arrestgrund (R.O.H. 23 S. 150), allenfalls könnte ein solcher in der Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften liegen. Auch wird die Schuld durch den Eintritt der Liquidation nicht etwa aus einer Bringschuld eine Holschuld oder aus einer Holschuld eine Bringschuld (Behrend § 140), und endlich ist der Eintritt der Liquidation an sich kein Hinterlegungsgrund.

Wenn die Berichtigung einer Verbindlichkeit eines Gläubigers, der sich gemeldet hat oder sonst bekannt ist, zur Zeit nicht ausführbar ist (z. B. bei Inhaberpapieren, die im Verkehr zirkuliren), oder wenn die Verbindlichkeit streitig ist, so darf die Vertheilung nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist. Die letztere Vorschrift kann unter Umständen für die Aktiengesellschaft sehr hart sein. Es ist in der Praxis vorgekommen, daß Jemand eine Forderung an die Liquidationsgesellschaft aus halb wahren, halb unwahren Thatsachen willkürlich konstruirt und dadurch die Vertheilung gehindert hat; um dieselbe vor Erledigung des Prozesses zu ermöglichen, blieb nichts übrig, als sich mit dem Forderungsprätendenten abzufinden. Denn es war doch eine „streitige Verbindlichkeit". — Ueber die Höhe der Sicherheit entscheidet im Streitfall der Prozeßrichter (Behrend § 140). Daß der Gläubiger bereits eine Sicherheit besitzt, wie z. B. bei Hypothekenforderungen oder durch Pfand gesicherten Forderungen, befreit von der Stellung der Sicherheit dann nicht, wenn die bestehende nicht genügt. Denn die bestehende Sicherheit hat die Existenz der Gesellschaft und ihr normales Leben zur Voraussetzung. Ob sie beim Absterben der Gesellschaft und der bevorstehenden Ausschüttung noch angemessen ist, ist eine andere Frage. Anders bei rein dinglichen Verpflichtungen, wie Grundschulden. Hier kann eine verstärkte Sicherheit nicht gefordert werden. Anm. 4.

Im Uebrigen bestimmen über die Sicherheitsleistung die §§ 232 flg. B.G.B.

b) Meldet sich ein Gläubiger nicht, so bleibt er, wenn er nicht bekannt ist, d. h. wenn die Existenz des Anspruchs nicht bekannt ist, natürlich unberücksichtigt. Er kann sich allerdings noch nach Beginn der Vertheilung melden (darüber siehe oben Anm. 2). Wenn er aber bekannt ist, so ist der Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung Anm. 5.

vorhanden ist, zu hinterlegen. Das Recht der Hinterlegung begründet also hier die Pflicht zur Hinterlegung. Ganz natürlich, denn die Gesellschaft löst ja ihre Organisation auf. Wo sollte der Betrag sonst bleiben? Freilich muß der bekannte Gläubiger, auch wenn er sich nicht meldet, befriedigt werden, wenn die Gesellschaft kein Recht auf Hinterlegung hat.

Anm. 6. c) Die Gläubiger müssen auch gleichmäßig befriedigt werden. Denn wenn dies nicht erfolgen kann, so muß ja der Konkurs angemeldet werden (§§ 240, 241 Nr. 5, 249). Ueber die Verantwortlichkeit für die gleichmäßige Vertheilung siehe unten Anm. 8.

Anm. 7. II. **Vor Erledigung dieser Schutzvorschriften darf keine Vertheilung von Vermögen unter die Aktionäre erfolgen,** auch keine Abschlagsvertheilung. Bloße Anlegung von Reservekonten oder Reservefonds, selbst wenn dieselben baar vorhanden sind, ersetzt die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger nicht.

Auf die Vertheilung von Tantieme bezieht sich der vorliegende Paragraph nicht. Tantiemen können gezahlt werden auch vor Ablauf des Sperrjahres.

Anm. 8. III. **Für die Beobachtung dieser Schutzvorschriften haften die Gesellschaftsorgane** nach §§ 241, 249, 294 Abs. 2 (R.G. 7 S. 105; 36 S. 27). Insbesondere haften sie auch dafür, daß die Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden und keiner bevorzugt wird (vergl. oben Anm. 6; R.G. 7 S. 106, dagegen Behrend § 140, Pinner S. 298). Keineswegs aber haben die in dieser Beziehung etwa benachtheiligten Gläubiger ein Rückgriffsrecht gegen die bevorzugten (vergl. R.G. 5 S. 7; 7 S. 109; 9 S. 14; Pinner S. 299), wohl aber haften die letzteren der Gesellschaft unter den Voraussetzungen der Konkursanfechtung.

Anm. 9. Aber auch die Aktionäre haften beim Empfange der Zahlung, die sie unter Verletzung der Vorschriften des vorliegenden Paragraphen erhalten haben, auf Rückzahlung nach § 217 (vergl. die Anm. 8 u. 20 zu diesem).

Anm. 10. Dagegen hat die unter Verletzung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgende Vertheilung von Gesellschaftsvermögen nicht etwa die weitere Folge, daß die betreffenden Rechtsakte ungiltig wären. Es heißt in Abs. 1 nicht „kann nur", sondern „darf nur". Wenn also z. B. zum Gesellschaftsvermögen nur Grundstücke gehören und diese in Ausführung der Vertheilung vor Ablauf des Sperrjahrs den Aktionären aufgelassen werden, so darf der Grundbuchrichter die Auflassung nicht ablehnen. Mit den Gläubigern kann ja ein zustimmendes Arrangement getroffen sein. Den Grundbuchrichter gehen solche Fragen nichts an. Der Akt an sich ist rechtsgiltig.

Anm. 11. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften sind auf bestehende Gesellschaften anwendbar, auch wenn die Liquidation schon unter der Herrschaft des alten Rechts beschlossen oder begonnen war (Anm. 4 ffg. zu § 178).

§ 302.

Ist die Liquidation beendigt und die Schlußrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Bücher und Papiere der Gesellschaft sind an einem von dem Gerichte des Sitzes der Gesellschaft zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von zehn Jahren zu hinterlegen.

Die Aktionäre und die Gläubiger können zur Einsicht der Bücher und Papiere von dem Gericht ermächtigt werden.

Stellt sich nachträglich noch weiteres der Vertheilung unterliegendes Vermögen heraus, so hat auf Antrag eines Betheiligten das Gericht des Sitzes der Gesellschaft die bisherigen Liquidatoren erneut zu bestellen oder andere Liquidatoren zu berufen.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über die Liquidationsbeendigung und die Zeit nach der Liquidationsbeendigung.

1. (Abs. 1.) **Nach Beendigung der Liquidation ist die Schlußrechnung zu legen.** Die Liquidation ist beendet, wenn die Vorschriften des § 301 beobachtet sind und das Gesellschaftsvermögen vertheilt ist. Die Schlußrechnung wird von den Liquidatoren gelegt. Sie wird demjenigen Organe gelegt, welches normaler Weise zur Entgegennahme der Verwaltungsrechnung bestimmt ist: der Generalversammlung (Motive I zum Aktiengesetz von 1884 S. 373; Behrend § 140; R.G. vom 6. Februar 1885 in J.W. S. 128; Pinner S. 300; vergl. auch R.G. 34 S. 57). Delegation an andere Organe oder Personen erachten wir für ausgeschlossen, nur Vorbereitung der eigenen Prüfung kann durch andere Organe die Generalversammlung anordnen (anders Ring Anm. 5 zu Art. 245). Anm. 1

Die Liquidatoren haben die hierzu erforderliche Generalversammlung gehörig einzuberufen, sowohl in ihrem Interesse, als in dem der Aktionäre. Auch der Aufsichtsrath kann dies thun, und endlich kann die Einberufung nach § 254 erzwungen werden. Wie legitimiren sich die Aktionäre? Darüber siehe Anm. 10 zu § 300. Anm. 2.

Zugleich folgt hieraus, daß der einzelne Aktionär keinen Anspruch auf Nachweisung des Liquidationsstandes hat. Dem von den meisten Auslegern citirten Urtheil des R.O.H. 3 S. 336 kann in dieser Hinsicht unsererseits nicht beigetreten werden (vergl. O.L. Köln in Buschs Archiv 47 S. 74; Bolze 1 Nr. 1190; Förtsch Anm. 9 zu Art. 245). Doch will das nur sagen, daß er einen selbstständigen Anspruch auf Rechnungslegung nicht hat; er muß ein solches Recht in der Generalversammlung geltend machen; thut er dies aber und wird die Schlußrechnung nicht vorgelegt, gleichwohl aber die Entlastung beschlossen, so ist ein solcher Beschluß rechtsungiltig und deshalb anfechtbar (R.G. 34 S. 57). Anm. 3.

Daß die Schlußgeneralversammlung auch die Entlastung zu beschließen habe, ist zwar gesetzlich nicht vorgesehen. Allein ordnungsmäßiger Weise wird auch dies auf die Tagesordnung der Schlußversammlung gesetzt werden, da die Gesellschaftsorgane einen Anspruch auf Entlastung haben (vergl. auch Pinner S. 300). Anm. 4.

Mit der Beendigung der Liquidation ist die Gesellschaft dann noch nicht untergegangen, wenn doch noch Vermögen vorhanden ist, dessen Existenz nicht bekannt ist (R.G. 41 S. 95). In diesem Falle kann die Wiedereröffnung der Liquidation beantragt werden (vergl. unten Anm. 16). Anm. 5.

2. (Abs. 2.) **Alsdann haben die Liquidatoren das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.** (Früher war streitig, ob dies geschehen müßte und könnte; vergl. unsere 5. Aufl. § 7 zu Art. 245.) Die Anmeldung braucht nicht durch sämmtliche Liquidatoren zu erfolgen (sonst wäre dieser Ausdruck gebraucht worden), sondern durch soviele, als zur Vertretung der Gesellschaft legitimirt sind. Der Zwang zur Anmeldung richtet sich nach § 14. In der Anmeldung haben die Liquidatoren zu erklären, daß die Liquidation beendigt ist, der Anmeldung haben sie die genehmigte Schlußrechnung beizufügen. Wenigstens ist beides aus dem § 302 Abs. 1 sinngemäß zu entnehmen. Weitergehende Nachweise wird man aber den Liquidatoren nicht auferlegen können, weitere Prüfungen und Untersuchungen dem Registerrichter nicht zur Pflicht machen. Natürlich muß auch das Sperrjahr abgelaufen sein und dies nachgewiesen werden (Pinner S. 300). Die Anmeldung führt zur Löschung der Firma. Es wird also eingetragen, daß die Firma erloschen ist, nicht: daß die Liquidation beendet ist. Es wird sich aber empfehlen, daß die Eintragung dahin gefaßt wird, daß die Liquidation beendet und die Firma erloschen ist. — Uebrigens regelt dieser Paragraph nur den Normalfall, daß die Firma bis zur Beendigung der Liquidation beibehalten wird. Es ist aber nicht unzulässig, daß die Liquidatoren das Geschäft der Gesellschaft mit der Firma veräußern (vergl. § 305, Anm. 31 zu § 149 und Anm. 5 zu § 22). In diesem Falle wird dieser Firmenübergang vor der Beendigung der Liquidation registrirt und um die Identität der Aktiengesellschaft zu bezeichnen, wird dieselbe etwa genannt werden müssen: Die in Liquidation befindliche Aktiengesellschaft, früher in Firma Müller u. Schulze, Anilinfabrik. Wenn alsdann eine solche Anm. 6.

Aktiengesellschaft ihre Liquidation beendet, so wird nunmehr die Liquidationsbeendigung angemeldet und diese registrirt. — Die früher in Art. 245 Abs. 4 angeordnete öffentliche Ankündigung der Liquidationsbeendigung durch die Liquidatoren findet nicht mehr statt. Vielmehr wird die Löschung der Firma (bezw. die Liquidationsbeendigung) nach § 10 nur durch das Registergericht publizirt.

Anm. 7. 3. (Abs. 2.) **Nach Beendigung der Liquidation sind die Bücher und Papiere aufzubewahren.**

a) Die Aufbewahrung erfolgt an einem sicheren Orte. Diesen hat das Amtsgericht zu bestimmen (§ 145 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit). Die Verfügung des Handelsgerichts zu erwirken, ist Sache der Liquidatoren, welche für die Erfüllung dieser Pflicht nach §§ 241, 249 haften und nach § 319 vom Handelsgericht dazu gezwungen werden können.

Anm. 8. b) Die Kosten der Aufbewahrung trägt die Gesellschaft. Einen entsprechenden Betrag haben die Liquidatoren zu reserviren.

Anm. 9. c) Die Vorschrift bezieht sich auf die bei Beendigung der Liquidation vorhandenen Bücher und Papiere. Es sind zunächst die im § 44 gemeinten Bücher und Schriften, außerdem aber das Aktienbuch, zumal hier Bücher, nicht Handelsbücher gesagt ist (Ring Anm. 1 zu Art. 246; Delius in G.Z. 46 S. 52; Pinner S. 301). Die Bücher und Papiere müssen hier ausnahmsweise 10 Jahre lang vom Tage der Beendigung der Liquidation an aufbewahrt werden, während sonst die 10jährige Aufbewahrungsfrist an anderen Zeitpunkten beginnt (§ 44).

Anm. 10. d) Auch hier ist nur der Normalfall behandelt, daß die Gesellschaft zur Zeit der Beendigung der Liquidation sich noch im Besitze der Handlungsbücher befindet. Es kann aber sein, daß die Gesellschaft mit der Veräußerung des Geschäfts die Handlungsbücher übergeben mußte. In diesem Falle fällt die Mitwirkung des Gerichts bei Anordnung der 10jährigen Aufbewahrungspflicht fort (vergl. Anm. 3 zu § 157).

Anm. 11. 4. (Abs. 3.) **Benutzung der aufbewahrten Bücher und Schriften durch die Interessenten.**

a) Als Interessenten sind genannt die Gläubiger und die Aktionäre. Unter den Aktionären können aber nur diejenigen verstanden sein, welche es zur Zeit sind. Dieser Satz bedarf der Begründung; denn er widerspricht der herrschenden Ansicht (Ring Anm. 2 zu Art. 246; Delius in G.Z. 46 S. 66; Pinner S. 301; Behrend § 140 Anm. 48; Petersen und Pechmann S. 588). Wer seine Mitgliedschaft veräußert hat, hat keine Rechte an die Aktiengesellschaft. Seine Rechte sind übergegangen auf den Erwerber. Nur wer zur Zeit die Mitgliedschaft besitzt, kann Kontrolrechte gegen die Gesellschaft ausüben. Das vorliegende Kontrolrecht steht naturgemäß nur dem zu, der zur Zeit der Liquidationsbeendigung Mitglied ist, und geht ebenso naturgemäß mit dem Aktienrechte auf den Rechtsnachfolger über. — Zu den Gläubigern gehören nicht bloß die bei der Liquidation hervorgetretenen; im Gegentheil: die dabei nicht hervorgetretenen werden ein viel größeres Interesse an der Einsicht haben (L.G. I Berlin in den Registerakten der A.G. für Holzarbeit; Delius in G.Z. 46 S. 66).

Anm. 12. b) Die Interessenten haben kein unbedingtes Recht auf Einsichtnahme. Das Handelsgericht „kann" ihnen die Einsicht gestatten. Selbstverständlich soll damit keine Willkür des Gerichts etablirt werden, vielmehr haben die Interessenten das Recht dann, wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen können. Ob dieses vorhanden hat das Gericht nach freiem Ermessen zu prüfen, und wenn es solches für vorliegend erachtet, muß es die Einsicht gestatten (Motive z. Akt.-Ges. v. 1884 I S. 373; vergl. auch Planck, Kommentar zum B.G.B. I S. 25). Die Prüfung des Handelsgerichts unterliegt der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht. Antrag und Beschwerde richten sich nach § 146 des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit. (In erster Instanz entscheidet das A.G.; wegen der Beschwerde siehe Anm. 25 zu § 254.)

Anm. 13. c) Nur die Einsicht der Handelsbücher und Papiere kann verlangt werden, keine anderweite Benutzung, insbesondere nicht Auslieferung (R.O.H. 7 S. 75).

Die Entnahme von Notizen und die Selbstanfertigung von Abschriften kann nicht verweigert werden. (Johow 7 S. 99; Delius in G.Z. 46 S. 85).

d) Die Rechtsfolge der Ermächtigung ist, daß der Antragsteller nunmehr das Recht hat, die Bücher einzusehen. Da sie aber am dritten Orte, also von einer dritten Person verwahrt werden, so fragt es sich, wie der Antragsteller die Einsicht erzwingen kann. Das Handelsgericht selbst hat kein Zwangsmittel nach dem Gesetze (vgl. die Verfügung des Berliner Handelsgerichts in den Registerakten der A.G. für Holzarbeit). Man wird dem Antragsteller auf Grund der Ermächtigung das Recht geben, durch Klage und einstweilige Verfügung die Vorlegung der Bücher zu erzwingen. Delius (in G.Z. 46 S. 68) giebt dem Antragsteller das Recht, auf Grund der gerichtlichen Verfügung einen Gerichtsvollzieher mit der Vornahme zu beauftragen. Dieses kurze Verfahren ist aber reichsgesetzlich nicht vorgesehen, kann aber landesgesetzlich vorgesehen werden oder sich aus den Grundsätzen des Landesrechts mittelbar ergeben. (In Preußen kann auf Grund einer besonderen Verfügung des Gerichts Gewalt gebraucht werden und zwar durch den Gerichtsvollzieher; der Verfügung muß in der Regel eine Androhung vorausgehen; Art. 17 preußischen Gesetzes über die freiw. Gerichtsbarkeit vom 21. 9. 1899). Anm. 14.

e) Ueber Vertretung und Zuziehung von Sachverständigen bei der Benutzung siehe Anm. 8 zu § 157. Anm. 15.

5. (Abs. 4.) **Erneuerung der Liquidation bei Wiederauffindung vertheilungsfähigen Vermögens.** Anm. 16.

a) Vorausgesetzt ist, daß sich vertheilungsfähiges Vermögen herausstellt, nachdem die Liquidation beendet ist. Der Umstand allein, daß sich ein neuer Gläubiger meldet, genügt nicht, um die Liquidation zu erneuern. Es kann nicht etwa ein Gläubiger nur deshalb, weil er sich nachträglich meldet, die Erneuerung mit dem Hinweise darauf verlangen, daß die Aktionäre die ihnen ausgehändigten Liquidationsraten zurückzuzahlen haben, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Das würde schon deshalb nicht angängig sein, weil (nach unserer Ansicht) ein Rückforderungsanspruch auf Grund dieses Thatbestandes allein nicht besteht (vgl. Anm. 8. u. 20 zu § 217). Dagegen liegt die Voraussetzung des Falles schon dann vor, wenn sich nachträglich Aktiva und Passiva herausstellen. Man kann dann nicht etwa sagen, daß „vertheilungsfähiges Vermögen" darum allein noch nicht vorliege, weil ja das nachträglich aufgefundene Aktivum zur Befriedigung des Passivums verwendet werden muß, sodaß das Aktivum nicht vertheilungsfähig sei. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß auch in diesem Falle Vermögen vorliegt, welches an sich vertheilungsfähig wäre. Die Vorschrift soll nämlich nicht bloß den Aktionären, sondern auch den Gläubigern, jedem „Betheiligten" als Rechtsbehelf dienen. Ja, ihre gesetzliche Einführung im neuen H.G.B. hat sogar zunächst nur Rücksichten auf die Gläubiger im Auge. (Abgeordneter Stephan im Plenum des Reichstags, Stenogr. Berichte S. 5566; Mugdan, Materialien z. H.G.B. S. 736). In diesem Sinne ist vertheilungsfähiges Vermögen auch dann vorhanden, wenn die Vertheilung des Vermögens nicht nach den Vorschriften der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt war, und sich nunmehr neue Gläubiger melden. Denn in diesem Falle hat die Gesellschaft einen Anspruch auf Rückzahlung, und dieser ist vertheilungsfähiges Vermögen (vergl. Anm. 8. u. 20 zu § 217).

b) Zum Antrage berechtigt ist jeder Betheiligte. Es kann dies ein Aktionär oder ein Gläubiger sein. Vergl. zu a. Anm. 17.

c) Der Antrag folgt den Vorschriften des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit (§§ 145, 146 daselbst; vergl. Anm. 19 und 25 zu § 254). Anm. 18.

d) Das Gericht (d. h. das Amtsgericht) ernennt, wenn die Voraussetzungen des Antrages vorliegen, Liquidatoren, und zwar nach seinem Ermessen die bisherigen Liquidatoren oder andere. Es kann dabei die Vorschläge des Antragstellers beachten oder nicht. Anm. 19.

e) Die Erneuerung der Liquidation ist einzutragen an derselben Stelle, wo die Gesellschaft eingetragen war (vgl. Pinner S. 301). Es wird vermerkt: Die Aktiengesellschaft früher in Firma Müller & Schulze, Anilinfabrik, deren Firma nach beendeter Liquidation durch Verfügung vom 10. Mai 1900 gelöscht war, ist wiederum Anm. 20.

in Liquidationszustand getreten. Zu Liquidatoren sind die Herren Emil Müller und Paul Berner ernannt.

Anm. 21. f) Die wiedereröffnete Liquidation hat zur Folge, daß nunmehr auch wieder die Organisation der Gesellschaft in Funktion tritt. Sie bewirkt nicht etwa, daß die Gesellschaft wieder ins Leben tritt. Denn in Wahrheit war sie in solchem Falle niemals untergegangen, trotz Beendigung der Liquidation und Löschung der Firma. Denn die Thatsache, daß noch Vermögen vorhanden ist und Mitglieder, die an diesen Vermögensantheilen berechtigt sind, blieb bestehen und hatte zur Folge, daß die Gesellschaft nur scheinbar, nicht in Wahrheit zu existiren aufgehört hatte. (R.G. 41 S. 93; vergl. R.O.H. 19 S. 160, 194; R.G. 3 S. 55; 15 S. 102). Aber die Organisation war zeitweilig zerstört und diese muß wiederhergestellt werden, (Pinner S. 301). Ein Aufsichtsrath muß bestellt werden, die Liquidatoren haben beim Beginne der Liquidationserneuerung eine Bilanz aufzustellen und alljährlich eine Bilanz der Generalversammlung vorzulegen, alles wie bei der ersten Liquidation.

Natürlich brauchen sie diese Pflichten nur zu erfüllen, wenn sie die nöthigen Mittel dazu vorfinden. Es steht nichts entgegen, daß der Antragsteller ihnen die Mittel hierzu vorschießt.

Anm. 22. g) Ist die wiedereröffnete Liquidation beendet, so haben die Liquidatoren dies wiederum anzumelden. Dies ist wiederum einzutragen. Die nunmehr erwachsenen Bücher und Schriften sind wiederum aufzubewahren. Ueberall finden hier die Vorschriften der Abs. 1—3 analoge Anwendung.

Anm. 23. **Zusatz 1. Uebergangsfrage.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung (vergl. Anm. 4 flg. zu § 178).

Daraus folgt auch, daß überall dort, wo früher angenommen wurde, daß nach früherem Rechte die Liquidationsbeendigung weder zur Eintragung dieser Thatsache, noch zur Löschung der Firma führte, diese Eintragung jetzt noch bei den bereits liquidirten Gesellschaften bewirkt werden kann.

Besonders findet Abs. 4 auf frühere Gesellschaften Anwendung. Er bezieht sich ja gerade auf bereits beendigte Liquidationen. Wo also bei einer früheren Gesellschaft, deren Liquidation längst vor dem 1. Januar 1900 beendet ist, sich nachträglich Vermögen vorfindet, kann das Liquidationserneuerungsverfahren eingeleitet werden.

Anm. 24. **Zusatz 2. Was geschieht, wenn der Konkurs einer Aktiengesellschaft beendet ist?** Hierüber siehe Anm. 10 flg. zu § 307.

§ 303.

Eine Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war.

Die Vorschriften der §§ 294 bis 302 kommen mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel mit sich bringt. Die Ausantwortung des Vermögens an den Uebernehmer darf nur unter Beobachtung der für die Vertheilung unter die Aktionäre nach den §§ 297, 301 geltenden Vorschriften stattfinden.

Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß eine Verwerthung des Gesellschaftsvermögens auch durch Veräußerung im Ganzen erfolgen kann.

Es war dies auch früher nicht zweifelhaft und der Fall war im früheren Recht gar nicht besonders geregelt. Ungemein häufig kam es vor, daß die Auflösung beschlossen und die Liquidatoren beauftragt wurden, die Liquidation in der Weise zu bewirken, daß sie das Gesellschaftsvermögen in Pausch und Bogen an eine bestimmte Person unter bestimmten Bedingungen veräußerten. Dieser Fall ist jetzt durch den vorliegenden Paragraph besonders gesetzlich geregelt. Anm. 1.

Eine Veräußerung im Ganzen liegt auch dann vor, wenn nicht gerade die Veräußerung aller vorhandenen Gegenstände erfolgt; das Vorbehalten einzelner Gegenstände und auch einzelner Schulden ist zulässig und verändert den Begriff nicht (Anm. 12 zu § 22). Bildet z. B. bloß das Geschäft, nicht auch die einen erheblichen Theil des Gesellschaftsvermögens bildenden Grundstücke den Gegenstand der Veräußerung, so greift § 303 nicht Platz. Anm. 2.

In welcher Weise die Gegenleistung stipulirt ist, ist gleichgiltig. Es kann Geld sein oder auch andere Aequivalente. (Siehe auch den Fall der Ueberlassung des ganzen Gesellschaftsvermögens an den sämmtliche Aktien besitzenden Aktionär in Anm. 12 zu § 292.) Werden andere Gegenstände als Geld als Gegenleistung stipulirt, so haben die Liquidatoren diese anderen Gegenstände zu versilbern, wenn die Generalversammlung nichts Gegentheiliges z. B. antheilmäßige Naturalvertheilung anordnet (vergl. Anm. 2 zu § 300). Auch kann die Gegenleistung in der Weise stipulirt werden, daß sie an die veräußernde Aktiengesellschaft oder auch direkt an die Aktionäre erfolgt. In letzterem Fall liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor, und es kann in solchem Falle die Gegenleistung sowohl von der übertragenden Aktiengesellschaft, als auch von den Aktionären geltend gemacht werden (§§ 328, 335 B.G.B.). Das Aequivalent kann auch in Aktien der übernehmenden Gesellschaft bestehen; alsdann greift § 305 Platz, bezw. § 306, letzterer wenn hierbei die Liquidation vermieden werden soll. Häufig wird die Anwendung des § 303 vorkommen, um eine Aktiengesellschaft in eine andere Gesellschaftsform umzuwandeln. Dabei wird die Aktiengesellschaft liquidirt und ihr Vermögen in die neue Gesellschaft bei deren Gründung inferirt (vergl. R.G. vom 15. 2. 98 bei Holdheim 1898 S. 171). Anm. 3.

Der Gang einer derartigen Veräußerung des Gesammtvermögens ist folgender: Anm. 4.

a) und b) Beschluß der Generalversammlung mit qualifizirter Mehrheit. Der Vertrag auf Veräußerung kann vorher abgeschlossen und der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden. Wenn das nicht der Fall ist, so muß sich der Vertrag anschließen.
c) Anmeldung und Eintragung,
d) Innehaltung der Gläubigerschutzvorschriften,
e) Ausantwortung des Vermögens an den Erwerber,
f) Vertheilung des Erlöses an die Aktionäre,
g) Beendigung der Liquidation und Eintragung derselben bezw. des Erlöschens der Firma.

1. (Abs. 1.) **Erforderniß einer Veräußerung des Vermögens im Ganzen.** (Ueber den Begriff der Veräußerung des Vermögens im Ganzen siehe Anm. 2.) Das einzige Erforderniß ist ein Generalversammlungsbeschluß, dessen Majorität mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt (über diese Majorität siehe Anm. 4 zu § 251). Noch weitere Erfordernisse (z. B. Einstimmigkeit, doppelte Generalversammlung) können im Statute erfordert werden, geringere nicht. Anm. 5.

Einer Eintragung bedarf der Beschluß zu seiner Giltigkeit nicht. Anm. 6.

Die Veräußerung des Vermögens im Ganzen ist hiernach eine Rechtshandlung, welche der schrankenlosen Vertretungsbefugniß des Vorstandes bezw. der Liquidatoren entrückt ist. Der Vorstand bezw. der Liquidator sind auch Dritten gegenüber zu diesem Rechtsgeschäft nicht ohne Generalversammlungsbeschluß befugt; soll eine solche Veräußerung giltig sein, so muß jener Beschluß vorliegen, sie ist sonst ungiltig und auch der Erwerber kann sich nicht durch Gutgläubigkeit schützen. Sie überschreitet eben die Vertretungsbefug- Anm. 7.

niß des Vorstandes, und auch der Vorstand bezw. Liquidator haftet daraus nicht, weil der Dritte diese Ueberschreitung kennen mußte (§ 179 Abs. 3 B.G.B.).

Anm. 8. Der Beschluß muß inhaltlich die Zustimmung zu einer bestimmten Veräußerung unter bestimmten Bedingungen enthalten. Es würde nicht genügen, wenn er den allgemeinen Inhalt hätte, das Gesellschaftsvermögen im Ganzen zu veräußern (vergl. § 304; Gareis Anm. 3). Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Vertrag vor dem Beschlusse geschlossen wird oder nachher (§§ 183, 184 B.G.B.). In letzterem Falle muß sich der Vertrag genau an den Inhalt des Beschlusses anschließen. Innerhalb dieses Inhalts kann er natürlich weitere Ausführungen und Details enthalten.

Anm. 9. 2. (Abs. 2.) **Dieser Beschluß kann gefaßt werden durante societate oder nach beschlossener Auflösung, im Stadium der Liquidation.** Im ersteren Fall hat er die „Auflösung der Gesellschaft zur Folge", d. h. er enthält implicite den Auflösungsbeschluß. Die Gesellschaft verliert dadurch nicht ihre Existenz, sondern tritt nur in das Stadium der Liquidation. Diese Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn der geplante Veräußerungsvertrag schließlich nicht zu Stande kommt oder aus irgend welchen Gründen rückgängig wird. Für solche Fälle giebt aber § 307 ein Hilfsmittel, um die Gesellschaft wieder fortzusetzen. Wird von diesem Hilfsmittel kein Gebrauch gemacht, so muß in anderer Weise liquidirt werden. Die Auflösung ist anzumelden, einzutragen und zu publiziren. Unter Umständen gehört die Eintragung sogar zur Rechtswirksamkeit des Beschlusses, nämlich wenn die Auflösung der Gesellschaft eine Statutenänderung involvirt, sonst aber nicht (vergl. Anm. 4 zu § 293). Andererseits wird nichts weiter angemeldet, eingetragen und publizirt, als daß die Auflösung erfolgt ist, nicht auch der besondere Grund derselben, die Veräußerung des ganzen Vermögens. War die Auflösung bereits vorher erfolgt, so wird der Beschluß auf Veräußerung im Ganzen nicht besonders angemeldet und eingetragen. Das Gesetz ordnet dies nicht an (besondere Konsequenz hieraus siehe unten Anm. 12).

Anm. 10. 3. (Abs. 3.) **Die Rechtsfolgen des Beschlusses im Einzelnen.**

a) Daß der Beschluß, wenn die Auflösung noch nicht erfolgt war, die Auflösung zur Folge hat, ist schon im Abs. 2 gesagt. In jedem Falle hat er aber zur Folge, daß die Liquidation nunmehr in dieser Weise durchgeführt werden muß: durch Veräußerung des gesammten Vermögens. Eine Universalsuccession liegt aber nicht vor. Die übertragende Gesellschaft bleibt bestehen; dadurch unterscheiden sich ja die Fälle der §§ 303 und 305 von den Fällen der §§ 304 und 306, in den beiden letzteren erfolgt unter Wegfall der Liquidation, also unter Fortfall der übertragenden Gesellschaft eine rechtliche Verschmelzung der beiden Vermögensmassen (vergl. Pinner S. 304; auch Planck Anm. 1 zu § 419 B.G.B.). Es tritt also Liquidation der übertragenden Gesellschaft ein.

Anm. 11. Auf diese Liquidationen finden die allgemeinen Vorschriften über die Liquidation (§§ 294—302) selbstverständlich ebenfalls Anwendung. Insbesondere sind die Gläubiger zu befriedigen oder sicher zu stellen; es darf die Gegenleistung, welche der Uebernehmer zahlt, nicht eher unter die Aktionäre vertheilt werden, als bis diese Gläubigerschutzvorschriften erfüllt sind. Der Abs. 3 unseres Paragraphen hebt dies noch besonders hervor und fügt noch zweierlei hinzu (hierüber zu b und c).

Anm. 12. b) Die Rechtsstellung der Liquidatoren anlangend, so sind diese zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt, welche die beschlossene Maßregel mit sich bringt. Nach dem Wortlaut und dem Gedanken des Gesetzes liegt darin nicht bloß eine Fixirung der Geschäftsführungsbefugnisse, sondern auch der Vertretungsbefugnisse. Es ist damit gesagt, daß die Liquidatoren in Folge eines solchen Beschlusses dieser Art zur Veräußerung des Gesellschaftsvermögens nach außen und nach innen befugt sind, während sie im Allgemeinen nur zu einer Versilberung im einzelnen befugt sind. Darin liegt eine Erweiterung ihrer Rechtsstellung. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß damit gesagt ist, daß sie nur zu solchen Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung eines solchen Beschlusses mit sich bringt. Dies

anzunehmen ist aus drei Gründen unmöglich. Einmal liegt der Fall des vorliegenden Paragraphen auch dann vor, wenn nicht die sämmtlichen Gegenstände des Vermögens den Gegenstand der Veräußerung bilden (oben Einleitung), es kann ferner sein, daß die Gegenleistung nicht oder nicht lediglich in baarem Gelde besteht, sodaß hinsichtlich dieser Gegenstände noch weitere Abwickelungsgeschäfte nöthig werden (vergl. oben Anm. 3). Sodann aber wird ja nicht eingetragen, daß diese besondere Art der Liquidation vorliegt, sondern nur daß die Gesellschaft aufgelöst ist (vergl. oben Anm. 9). Soweit also in der veränderten Rechtsstellung der Liquidatoren im Falle der Veräußerung im Ganzen eine Beschränkung liegt, so kann sie nur nach innen gelten, während nach außen die Liquidatoren gemäß §§ 298, 149 zu Abwickelungsgeschäften jeder Art legitimirt bleiben. Endlich aber kann es ja kommen, daß der geplante Fusionsvertrag nicht zu Stande kommt oder rückgängig wird. Alsdann kann zwar nach § 307 die Gesellschaft fortgesetzt werden; aber sie muß nicht etwa fortgesetzt werden, vielmehr kann die einmal aufgelöste Gesellschaft auch liquidirt werden durch Einzelversilberung; oder vielmehr es muß dies geschehen, wenn die Veräußerung im Ganzen nicht zu Stande kommt. Für diesen Fall gelten die Liquidatoren als zur normalen Liquidation befugt.

c) Die zweite Sondervorschrift für die vorliegende Art der Liquidation ist, daß die Gläubigerschutzvorschriften beachtet werden müssen nicht bloß, ehe die Vertheilung des Liquidationserlöses an die Aktionäre erfolgt, sondern auch ehe die Ausantwortung des veräußerten Vermögens erfolgt. Es müssen also gemäß §§ 297 und 301 die Gläubiger aufgefordert und befriedigt oder sicher gestellt werden und ferner muß das Sperrjahr abgelaufen sein, ehe das Vermögen dem Erwerber übergeben wird. Die Forderungen sind also durch den Veräußerungsvertrag selbst noch nicht übergegangen, derselbe muß so abgeschlossen werden, daß er nur ein pactum de cedendo enthält. Der Erwerber darf nicht in die Lage versetzt werden, das Geschäft mit Firma nach § 25 Abs. 1 fortzuführen, ehe jene Vorschriften erfüllt sind, weil dies zur Folge hat, daß die Forderungen der Gesellschaft den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten, was die Gefahr in sich birgt, daß die Schuldner direkt an den Erwerber zahlen und der Gesellschaft dadurch die Mittel zur Befriedigung ihrer Gläubiger entgehen. Demgemäß kann der Uebernehmer auch nicht als Geschäftsinhaber und Inhaber der Firma vor Ablauf des Sperrjahres in das Handelsregister eingetragen werden (vergl. Pinner S. 304). Dagegen würde nichts entgegenstehen, daß der Erwerber die Uebernahme der Passiva in handelsüblicher Weise bekannt macht (§ 25 Abs. 3), da dies nur die Uebernahme der Passiva, nicht auch die Fiktion des Ueberganges des Vermögens zur Folge hat. Anm. 13.

Bei Verletzung dieser Vorschriften tritt die Haftung der Gesellschaftsorgane nach §§ 241 und 249 und der Aktionäre nach § 217 ein (vergl. Anm. 8 u. 20 zu § 217). — Dagegen ist eine Uebertragnng des Vermögens, die unter Mißachtung der Gläubigerschutzvorschriften erfolgt, z. B. vor Ablauf des Sperrjahrs, nicht ungiltig (vergl. Anm. 10 zu § 301).

d) Diese beiden Vorschriften zu b und c zusammengenommen, können zu Schwierigkeiten führen, in dem Falle, wo ein im Betrieb befindliches Geschäft den Gegenstand der Veräußerung bildet. Auf der einen Seite sollen nämlich die Liquidatoren den Geschäftsveräußerungsbeschluß ausführen, auf der anderen Seite sollen sie das Vermögen erst nach einem Jahre übergeben dürfen. Was soll nun in der Zwischenzeit zwischen dem Veräußerungsvertrage und der Uebergabe geschehen? Die Denkschrift S. 165 löst diesen Zwiespalt in folgender Weise: die Fortsetzung des Unternehmens ist der Gesellschaft auch nach der Fassung jenes Beschlusses nicht unmöglich. Vielmehr ist den Liquidatoren in einem solchen Falle die Befugniß zu allen Geschäften einzuräumen, welche der Betrieb mit sich bringt. Andererseits schließt der vorliegende Paragraph nicht aus, daß die Geschäftsleitung schon während des Liquidationsstadiums in weiteren oder engeren Grenzen dem Uebernehmer selbst über- Anm. 14.

lassen wird, wobei dann die Aufgabe der Liquidatoren der Hauptsache nach nur darin bestehen wird, darüber zu wachen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anlagen und Gegenstände von dem Vermögen des Uebernehmers getrennt bleiben und dem Liquidationszwecke nicht entfremdet werden (vergl. auch unten Anm. 16).

Anm. 15. **Zusatz 1.**

1. **Der Veräußerungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Uebernehmer,** durch welchen in Ausführung des Generalversammlungsbeschlusses das Vermögen im Ganzen veräußert wird, **bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form** (§ 311 B.G.B.).

Anm. 16. 2. **Der Vertrag bewirkt ohne Weiteres den Uebergang der Schulden der Gesellschaft auf den Uebernehmer.** Von dem Abschlusse des Vertrages an können also die Gläubiger ihre Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen, es tritt also das ein, was man kumulative Schuldübernahme nennen könnte; diese Haftung gegenüber den Gläubigern kann auch nicht durch Vertrag mit der veräußernden Gesellschaft beseitigt oder eingeschränkt werden (§ 419 B.G.B.). Dagegen gehen die Aktiva des Vermögens nicht ohne Weiteres über. Dieselben müssen besonders zum Eigenthum übertragen werden; die Mobilien müssen übergeben, die Grundstücke aufgelassen werden, die Forderungen müssen cedirt, die Orderpapiere indossirt oder cedirt werden. Dadurch wird nun allerdings auch die Haftung des Uebernehmers wieder eingeschränkt. Denn nach § 419 B.G.B. haftet der Erwerber eines ganzen Vermögens (wenn kein anderer Haftungsgrund hinzutritt) lediglich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Er haftet also zunächst lediglich mit seinem Anspruche auf Herausgabe des Vermögens. Dieser Herausgabeanspruch aber kann erst nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und Ablauf eines Jahres befriedigt werden (oben Anm. 13). Nach erfolgter Uebergabe des Vermögens an ihn haftet er auf den Bestand des übernommenen Vermögens. Meist wird aber hier ein anderer Rechtsgrund hinzutreten, kraft dessen er voll haften wird: es wird wohl meist ein Fall des § 25 vorliegen (Fortführung des Geschäfts mit Firma oder Bekanntmachung der Schuldenübernahme an die Gläubiger). Freilich wird diese Haftung des Uebernehmers von geringer praktischer Bedeutung sein, da ja vor der Uebergabe des Vermögens an den Uebernehmer die Gläubiger befriedigt oder sicher gestellt sein müssen (oben Anm. 13). Indessen kann es sich doch um unbekannt gebliebene oder bloß sicher gestellte Gläubiger handeln; diesen kann diese hinzutretende Haftung des Uebernehmers von Nutzen sein. Der völlige Ausschluß der Haftung nach § 25 Abs. 2 kann giltiger Weise hier nicht erfolgen. Denn mit dem Bestande des übernommenen Vermögens haftet der Uebernehmer ohne die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung (§ 419 Abs. 3 B.G.B.); aber es kann nach § 25 Abs. 2 die Vollhaftung ausgeschlossen und die Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt werden. Führt der Uebernehmer das Geschäft ohne Firma fort, so haftet er voll und unbeschränkt nur beim Hinzutritt besonderer Verpflichtungsgründe, insbesondere also bei handelsüblicher Bekanntmachung (§ 25 Abs. 3).

Anm. 17. Eine Universalrechtsnachfolge liegt in keinem Falle hier vor (vergl. oben Anm. 10). Ein Prozeß, der für oder gegen die veräußernde Aktiengesellschaft geführt wird, kann ungehindert fortgesetzt werden und ein gegen sie ergangenes oder ergehendes Urtheil macht nicht Rechtskraft gegen den Uebernehmer. Wenn die Forderungen vor dem Erwerbe rechtskräftig festgestellt sind, machen sie Rechtskraft und das Urtheil wird auf Antrag des Gläubigers einfach umgeschrieben auf die übernehmende Gesellschaft (§ 729 C.P.O.).

Anm. 18. 3. **Kann auch die Firma der Gesellschaft bei einer Veräußerung der hier in Rede stehenden Art übertragen werden?** Vergl. Anm. 9 zu § 22, und Anm. 6 zu § 302.

Anm. 19. **Zusatz 2. Stempelfrage.** Der Veräußerungsvertrag ist nach § 32 des preuß. Stempelgesetzes zu versteuern. Soweit das Aequivalent in Aktien besteht, liegt freilich ein Anschaffungsgeschäft über Werthpapiere vor, und da greifen andere Grundsätze Platz (Anm. 24 zu § 305).

Anm. 20. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Auch auf bestehende Gesellschaften findet der vorliegende Paragraph Anwendung. Auch hier ist also ein qualifizirter Mehrheitsbeschluß erforderlich zur

Uebertragung des ganzen Vermögens, auch hier hat er die Auflösung zur Folge. Sollte in den Statuten einer früheren Gesellschaft diese Art der Verwerthung ausgeschlossen sein, so kann gleichwohl der Beschluß gefaßt werden, jedoch dann nur mit Einstimmigkeit.

§ 304.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes von dem Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverband übernommen, so kann zugleich vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben soll.

Die im § 303 Abs. 1 vorgesehene Zustimmung der Generalversammlung ist auch für eine solche Vereinbarung erforderlich.

Der Vorstand hat den Beschluß der Generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; der Anmeldung ist der mit dem Uebernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Der Beschluß hat keine Wirkung, bevor die Eintragung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat.

Mit der Eintragung des Beschlusses gilt der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt; die Firma der Gesellschaft erlischt.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Veräußerung des Vermögens im Ganzen an eine öffentliche Korporation, und zwar ohne Liquidation (sogenannte Verstaatlichung).

1. (Abs. 1.) **Vorausgesetzt ist, daß die Aktiengesellschaft ihr Vermögen als Ganzes an das Deutsche Reich, an einen Bundesstaat oder an einen inländischen Kommunalverband veräußert.** Der Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 311 B.G.B.). Was unter einem Kommunalverband zu verstehen ist, darüber siehe Einleitung zu § 36. Anm. 1.

Vorausgesetzt ist ferner, daß hierbei vereinbart wird, daß die Liquidation unterbleiben soll. Wird diese Vereinbarung nicht getroffen, so liegt keine Besonderheit gegen § 303 vor. Es greifen dann vielmehr lediglich die Vorschriften des § 303 Platz. Anm. 2.

Uebrigens wird man unbedenklich annehmen können, daß die im vorliegenden Paragraphen behandelte Transaktion auch im Stadium der Liquidation beschlossen und durchgeführt werden kann. Es wird dann nicht vereinbart, daß die Liquidation unterbleibt, sondern daß die weitere Liquidation unterbleibt, und die Folge ist, daß eben die weitere Liquidation, die Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften, das Abwarten des Sperrjahres ꝛc. unterbleibt. Im Uebrigen finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen auf diesen Fall entsprechende Anwendung: Die Generalversammlung muß zustimmen, der Zustimmungsbeschluß hat allerdings nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, da sie ja schon aufgelöst ist, wohl aber hat die Eintragung des Beschlusses den sofortigen Uebergang des ganzen Vermögens auf den Uebernehmer zur Folge. Anm. 3.

2. (Abs. 2—5.) **Alsdann liegt die sogenannte Verstaatlichung vor,** deren Besonderheit folgende sind: Anm. 4.

a) (Abs. 2.) Nicht bloß der Veräußerungsvertrag, sondern auch die Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben soll, bedarf der Zustimmung der Generalversammlung. Der betreffende Beschluß muß den im § 303 Abs. 1 vorgesehenen Erfordernissen entsprechen. (Wegen der Erläuterung dieser Erfordernisse siehe Anm. 5 ffg. zu § 303.) Der Zustimmungsbeschluß hat die Auflösung zur Folge, jedoch in diesem Falle erst dann, wenn er eingetragen ist (Abs. 3 und 4

unseres Paragraphen). In diesem Falle hat er aber noch weittragendere Folgen (darüber unten Anm. 7. u. 8).

Anm. 5. b) (Abs. 3.) Nicht bloß die Auflösung, sondern auch der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eintragungspflichtig ist der Vorstand, nicht sämmtliche Vorstandsmitglieder. Der Zwang nach § 14 fehlt, soweit es sich um die Eintragung in das Hauptregister handelt, wogegen der einmal in das Hauptregister eingetragene Beschluß zur Vermeidung von Ordnungsstrafen auch zu den Zweigregistern angemeldet werden muß (§ 319 Abs. 2). Der Anmeldung beizufügen ist der Veräußerungsvertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift. Die Eintragung kann nur erfolgen, wenn der Vertrag und der Beschluß den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen. Der Vertrag muß gerichtlich oder notariell abgeschlossen sein (vergl. oben Anm. 1). Der Beschluß muß die gesetzlichen Erfordernisse haben. Soweit verzichtbare Erfordernisse fehlen, greifen allgemeine Bestimmungen Platz (Anm. 14 zu § 273). Eingetragen wird hier nicht bloß, daß die Gesellschaft aufgelöst ist, sondern auch, daß sie durch Veräußerung des Vermögens an eine der hier vorgesehenen öffentlichen Korporationen aufgelöst ist.

Anm. 6. c) (Abs. 4 und 5.) **Die Wirkung der Eintragung** ist, daß der Zustimmungsbeschluß wirksam geworden ist. Damit wird auch der Veräußerungsvertrag wirksam und giltig. Deshalb treten mit der Eintragung des Beschlusses auch die Wirkungen des Vertrages ein.

Anm. 7. Die Wirkungen des Vertrages aber bestehen darin, daß das Vermögen der Gesellschaft einschließlich der Schulden auf den Uebernehmer übergeht, und zwar ohne Weiteres, ohne besonderen Uebertragungsakt, durch Universalsuccession. Die Aktiengesellschaft ist hiermit nicht bloß aufgelöst, sondern untergegangen, ihr vermögensrechtliches Substrat ist erloschen. Ihre Firma ist, wie Abs. 5 hervorhebt, erloschen, einer besonderen Löschung der Firma bedarf es nicht, in der Eintragung der Verstaatlichung liegt bereits die Eintragung des Unterganges der Gesellschaft mit Vermögen und Firma. (Ob auch vereinbart werden kann, daß die Firma auf die übernehmende Korporation übergehen soll und ob diese von ihr fortgeführt werden kann, richtet sich nach der Verfassung der übernehmenden Korporation; vergl. Anm. 5 zu § 36.)

Anm. 8. Die Gläubiger der Gesellschaft können sich nunmehr direkt an den Uebernehmer halten, allerdings auch nicht früher. Zwar können nach § 419 B.G.B. bei einer Uebertragung des ganzen Vermögens die Gläubiger sich sofort nach Abschluß des Vertrages an den Uebernehmer halten, und im Falle des § 303 haben wir dies auch angewendet (Anm. 16 zu § 303). Allein hier wird ja der Veräußerungsvertrag erst giltig und wirksam mit der Eintragung des Zustimmungsbeschlusses. In diesem Augenblicke aber geht das Vermögen über. Der Uebernehmer haftet hier übrigens nicht bloß mit den Kräften des übernommenen Vermögens, sondern mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der übertragenden Gesellschaft. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist unzulässig und unwirksam, obwohl dies nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. Aber es liegt dies in der Natur der Sache. Denn die übertragende Gesellschaft geht ja unter, an die Stelle des einen Schuldners tritt der andere (so auch Pinner S. 308).

Anm. 9. Prozesse, die für und gegen die Aktiengesellschaft schweben, werden unterbrochen und wieder aufgenommen nach Maßabe der hier analog anwendbaren §§ 239 ffg. C.P.O., die Aktiengesellschaft wird behandelt, wie eine verstorbene und beerbte Partei; vollstreckbare Schuldtitel, welche gegen die veräußernde Aktiengesellschaft schon bestehen, sind gegen den Uebernehmer umzuschreiben nach Maßgabe des § 727 C.P.O.

Anm. 10. Die Grundstücke brauchen nicht aufgelassen werden, (vergl. Johow 11 S. 129), die Forderungen nicht cedirt, Orderpapiere nicht indossirt.

Mobilien nicht übergeben zu werden. Es geht vielmehr alles ohne besonderen Uebertragungsakt auf den Uebernehmer über (vergl. Pinner S. 308).

Die Aktionäre endlich sind hinsichtlich der Abfindung, welche für sie im Veräußerungsvertrage stipulirt ist, Gläubiger des Uebernehmers geworden. Anm. 11.

Besonderer Schutzvorschriften für die Gläubiger wegen ihrer Befriedigung und für die Aktionäre wegen ihrer Abfindung bedarf es nicht. Für die ersteren bietet die öffentlich-rechtliche Natur der übernehmenden Korporation genügende Garantieen, die letzteren aber haben ja in dem Zustimmungsbeschluß genehmigt, daß ihre Aktionäreigenschaft sich in eine Gläubigerschaft gegen den Uebernehmer verwandelt. Anm. 12.

Zusatz 1. Stempelfrage. Die Versteuerung richtet sich in Preußen nach § 32 des Stempelgesetzes. Wenn die Veräußerung an einen Fiskus erfolgt oder an einen Kommunalverband in Armen-, Schul- und Kirchenangelegenheiten, so ist nur der halbe Stempel zu entrichten (§ 5 des Stempelgesetzes). Anm. 13.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Das alte H.G.B. hatte besondere Vorschriften für die Verstaatlichung nicht. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind aber auch auf die bestehenden Gesellschaften anwendbar. (Anm. 4 ffg. zu § 178.) Anm. 14.

§ 305.

Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen, so bleiben bei der Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft die Vorschriften des § 278 Abs. 1, des § 280 Abs. 2, der §§ 281, 282, des § 283 Abs. 1 sowie des § 284 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 außer Anwendung.

Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Auf den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft finden die Vorschriften des § 290 Anwendung.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall der Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft (oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien) **ohne Wegfall der Liquidation.** (Fusion ohne sofortige Verschmelzung.) Der Fall stellt eine Unterart der im § 303 vorgesehenen Veräußerung des gesammten Vermögens dar, allerdings einen besonders gearteten Fall, da hier die Veräußerung an einen anderen Aktienverein und zwar gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft vorliegt. Die besondere Gestaltung des Falles erfordert einige Sondervorschriften. Abgesehen von diesen Sondervorschriften greifen aber die Bestimmungen des § 303 Platz. Insbesondere tritt die übertragende Gesellschaft in Liquidation. Ein sofortiger Untergang der übertragenden Gesellschaft findet nicht statt. Aber schließlich geht doch die eine Gesellschaft in der andern auf, indem die Aktionäre der einen Aktionäre der andern werden. Man kann hiernach sehr wohl von Fusion ohne sofortige Verschmelzung sprechen im Gegensatz zum Fall des § 306, wo eine Fusion mit sofortiger Verschmelzung der beiden Gesellschaften vorliegt. Einleitung.

1. **Vorauszuschicken ist, daß die Fusion ohne sofortige Verschmelzung erfolgen kann, vor der Auflösung der übertragenden Gesellschaft oder auch im Stadium der Liquidation.** Im ersteren Falle hat sie die Auflösung zur Folge (vergl. unten Anm. 5). Anm. 1.
2. **Die Fusion ohne sofortige Verschmelzung besteht darin,** daß eine Aktiengesellschaft das Vermögen als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an Anm. 2.

eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft überträgt. Es liegt ein besonderer Fall der im § 303 behandelten Gesammtverwerthung vor. Die Besonderheit liegt darin, daß die Veräußerung an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgt (dieses allein würde noch keine Besonderheit sein und die Anwendbarkeit des § 303 nicht ausschließen), und zwar nicht gegen baares Geld oder sonstige Aequivalente, sondern gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. — Werden sowohl Aktien als auch andere Gegenleistungen gewährt, so liegt ebenfalls der Fall vor; ebenso, wenn die Gegenleistung in der Weise stipulirt wird, daß die Aktionäre nach ihrer Wahl Geld oder Aktien verlangen können (über das letztere vergl. die Judikatur und Litteratur zum früheren Art. 247; R.O.H. 14 S. 361; R.G. 9 S. 19; Ring Anm. 1 zu Art. 247; Behrend § 14; Anm. 2). In den früheren Auflagen haben wir uns für die Fusion nach früherem Rechte, die stets eine Fusion mit sofortiger Verschmelzung war, dafür entschieden, daß im Falle eines solchen Wahlrechts eine Fusion nicht vorliegt; für die Fusion ohne sofortige Verschmelzung müssen wir uns anders entscheiden (dagegen Pinner S. 310). Die Gegenleistung kann hier, wie im § 303 (vergl. die Einleitung dazu), entweder in der Weise stipulirt werden, daß die übertragende Gesellschaft, oder in der Weise, daß die Aktionäre direkt das Recht auf die Gegenleistung haben sollen. Im letzteren Fall liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor und es kann in diesem Falle jeder Aktionär den auf ihn entfallenden Antheil an Aktien von der übernehmenden Gesellschaft klagend fordern, aber es kann auch die übertragende Gesellschaft die Ausantwortung der Aktien an ihre Aktionäre klagend fordern (§§ 328, 335 B.G.B.).

Anm. 3. Eine Veräußerung des gesammten Vermögens muß erfolgen. Vereinigen die zwei Gesellschaften nur ihre Betriebe, um den Reingewinn gemeinschaftlich zu theilen, so liegt der Fall nicht vor.

Anm. 4. An eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien muß die Uebertragung erfolgen. Erfolgt die Veräußerung an eine Gesellschaft anderer Art, z. B. an eine offene Handelsgesellschaft, so liegt der Fall nicht vor, sondern ein Fall des § 303. Ebenso wenn die Uebertragung an eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geschieht. In letzterem Falle sind auf Seiten der Aktiengesellschaft die Vorschriften des § 303, auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Vorschriften über Stammkapitalserhöhungen zu beobachten. Die §§ 80 und 81 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung greifen hierauf nicht Platz, weil sich diese bloß auf den Fall beziehen, daß eine Aktiengesellschaft ohne Liquidation in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt werden soll.

Anm. 5. 3. **Die hier in Rede stehende Transaktion stellt einerseits eine Auflösung der übertragenden Gesellschaft, andererseits eine Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft dar.** In ersterer Hinsicht liegt jene besondere Art der Auflösung vor, von welcher § 303 handelt. Die Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft bedingt einige durch die Eigenart des Falles erforderlichen Sondervorschriften.

Anm. 6. 4. **Der Hergang der Fusion ohne sofortige Verschmelzung:**

a) Zunächst wird der Veräußerungsvertrag geschlossen. Derselbe bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form zu seiner Giltigkeit (vergl. Anm. 15 zu § 303). Dieser Uebertragungs- und Uebernahmevertrag enthält auf der einen Seite die Verpflichtung, das gesammte Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft zu übertragen, auf der anderen Seite die Verpflichtung der übernehmenden Gesellschaft, als Aequivalent hierfür neu zu emittirende Aktien in dem vereinbarten Betrage zu gewähren.

Anm. 7. Nach beiden Richtungen ist der Vertrag zunächst nicht wirksam. Vielmehr muß ihn die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft genehmigen (§ 303 Abs. 1, § 305 Abs. 2). Erst dadurch wird er für die übertragende Gesellschaft wirksam und bindend. Aber auch auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft muß die Sanktionirung

der Generalversammlung hinzutreten. Diese muß den dem Vertrage entsprechenden Kapitalserhöhungsbeschluß fassen, alsdann erst ist er auch für sie wirksam und bindend. Denn in dem Uebernahmevertrage liegt ja die Zusicherung der Ausgabe neuer Aktien, eine solche Zusicherung aber ist gemäß § 283 Abs. 2, der durch unseren Paragraphen nicht außer Anwendung gesetzt ist, an sich ungiltig, weil sie vor dem Kapitalserhöhungsbeschlusse gemacht ist. Unrichtig ist es daher, wenn Pinner S. 311 den Veräußerungsvertrag schon mit dem Abschlusse desselben für perfekt hält. — Auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft muß außerdem die erfolgte Erhöhung eingetragen werden, erst dadurch gilt die Kapitalserhöhung als durchgeführt. Die Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung setzt aber nach Abs. 2 unseres Paragraphen voraus, daß die übertragende Gesellschaft den Beschluß bereits genehmigt hat. Da nun hiernach die übertragende Gesellschaft sich definitiv binden muß, ehe die Aktien der übernehmenden Gesellschaft kreirt sind, diese Kreirung aber nicht allzulange in der Schwebe bleiben darf, ohne daß die Interessen der übertragenden Gesellschaft gefährdet werden, so ist es zwar nicht nothwendig, aber doch im Interesse der übertragenden Gesellschaft und ihrer Aktionäre rathsam, ähnlich wie im Normalfalle bei der Zeichnung neu zu emittirender Aktien (§ 281 Nr. 4), in dem Veräußerungsvertrage eine Frist festzusetzen, nach deren Ablauf der Veräußerungsvertrag unverbindlich wird, wenn bis dahin die erfolgte Kapitalserhöhung nicht zur Eintragung gebracht ist. (Tritt dieser Fall der Unverbindlichkeit ein, so greift § 307 Platz.)

Für den stipulirten Umtausch der Aktien kann zufolge § 305 Abs. 3 der Ver- Anm. 8.
äußerungsvertrag eine Vorschrift enthalten, die dem Zwangsverfahren bei der Zusammenlegung von Aktien entspricht. Es findet § 290 analoge Anwendung. Die Vereinbarung der Aktiengewährung kann also in der Weise erfolgen, daß auf mehrere Aktien der übertragenden Gesellschaft eine der übernehmenden Gesellschaft entfällt, sodaß derjenige Aktionär der übertragenden Gesellschaft, der nur eine Aktie derselben besitzt, sich einem gewissen Zwange gegenübersieht: Er muß entweder noch andere weitere Aktien anschaffen oder aber sich in Geld abfinden lassen. Es kann eine Kraftloserklärung der zum Tausch nicht ausreichenden Aktien erfolgen, und an die Stelle der für kraftlos erklärten Aktien tritt die entsprechende Anzahl von Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Diese sind für Rechnung der Betheiligten zu verkaufen. Diese Androhung, Kraftloserklärung und der Zwangsverkauf erfolgen normaler Weise durch die übertragende Gesellschaft, sie können aber, wie überhaupt die Abfindung der Aktionäre, der übernehmenden Gesellschaft übertragen werden, und die Denkschrift S. 168 hebt sogar hervor, daß die übernehmende Gesellschaft diese Befugnisse haben müsse, um die Transaktion gehörig durchführen zu können. Aehnlich wie bei der Zusammenlegung ist übrigens auch hier zu erwähnen, daß dieses Zwangsverfahren ohne Weiteres vom Gesetze gestattet ist und daher auch dann durchgeführt werden kann, wenn der Uebertragungsvertrag und die hier in Rede stehenden Generalversammlungsbeschlüsse es nicht besonders vorsehen.

b) Nach Schließung des Veräußerungsvertrages müssen die beiden Ge- Anm. 9.
sellschaftsbeschlüsse gefaßt werden.

a) Die übertragende Gesellschaft muß den Veräußerungsvertrag genehmigen, wenn derselbe für sie wirksam und bindend sein soll. Der Beschluß bedarf der Erfordernisse des § 303 Abs. 1.

Der Beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, wenn dieselbe Anm. 10.
nicht schon erfolgt ist (§ 303 Abs. 2). In Folge dessen tritt die Gesellschaft, wenn sie sich nicht schon im Stadium der Liquidation befindet, jetzt in Liquidation. (Hierüber näheres unten Anm. 20).

Eine andere, nicht zutreffende Auffassung entwickelt Pinner S. 310. Er Anm. 11.
meint, die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft müsse einen Auflösungsbeschluß fassen und außerdem einen Beschluß, durch welchen sie den Ver-

äußerungsvertrag genehmigt. Der letztere bedürfe nur der normalen Erfordernisse, also Stimmenmehrheit. Aus dem Zusammenhange der Bestimmungen folgt aber die Richtigkeit unserer Auffassung.

Anm. 12. β) Die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft muß in Gemäßheit des Veräußerungsvertrages einen Kapitalserhöhungsbeschluß fassen. Dieser Beschluß folgt den Abstimmungsvorschriften des § 278 Abs. 2, bedarf im Falle der Ausgabe über pari der Angabe des Mindestausgabekurses (§ 278 Abs. 3) und es finden ferner die erschwerenden Vorschriften des § 279 über die Kapitalserhöhung mit Sacheinlagen Anwendung, denn eine solche liegt hier ihrem Wesen nach vor. Dagegen fällt das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft auf die neu zu emittirenden Aktien fort; das ist selbstverständlich, ist aber dadurch noch besonders zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 282 und 283 Abs. 1 außer Anwendung setzt. Auch kann der vorliegende Kapitalserhöhungsbeschluß gefaßt werden vor der vollen Einzahlung des bisherigen Grundkapitals; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 278 Abs. 1 und § 280 Abs. 2 außer Anwendung setzt.

Anm. 13. γ) Der Beschluß der übertragenden Gesellschaft ist zur Eintragung anzumelden, jedoch nur dann, wenn er vor der Auflösung der Gesellschaft gefaßt wird. Denn nur in diesem Falle bewirkt er die Auflösung der Gesellschaft. War die Gesellschaft schon aufgelöst, so ist eine Anmeldung dieses Beschlusses nicht mehr erforderlich (vergl. Anm. 9 zu § 303). Aber auch wo sie erforderlich ist, gehört die Eintragung regelmäßig nicht zur Giltigkeit des Beschlusses, außer dann, wenn sie zugleich eine Statutenänderung involvirt (vergl. Anm. 4 zu § 293). Sie ist Pflicht des Vorstandes (§ 293) und es kann die Erfüllung dieser Pflicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Da die Eintragung aber zur Giltigkeit nicht gehört, so beginnt der Liquidationszustand schon vor der Eintragung.

Anm. 14. δ) Der Beschluß der übernehmenden Gesellschaft dagegen muß zur Eintragung angemeldet und eingetragen werden, wenn der Veräußerungsvertrag für die übernehmende Gesellschaft bindend sein soll (§ 277 Abs. 3; Anm. 4 zu § 280). Zufolge des § 285, welcher durch § 305 Abs. 1 nicht außer Anwendung gesetzt ist, kann die Anmeldung auch bis zur Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung verschoben werden.

Die Anmeldung erfolgt gemäß § 280. Die Anmeldung zum Hauptregister kann auch hier durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden (§ 319 Abs. 2), wohl aber die Anmeldung zum Zweigregister (§ 13).

Anm. 15. ε) Bei der übernehmenden Gesellschaft muß auch die durchgeführte Kapitalserhöhung angemeldet werden. Der Anmeldung beizufügen ist der Veräußerungsvertrag und der Beschluß der übertragenden Gesellschaft (Abs. 2 unseres Paragraphen). Ueberreichung von Zeichnungsscheinen ist nicht erforderlich, gezeichnet wird hier nicht; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 281 und den § 284 Abs. 2 Nr. 1 außer Anwendung setzt. Die Anmeldung braucht auch die Erklärung nicht zu enthalten, daß der eingeforderte Baarbetrag eingezahlt ist; das ist natürlich, da ja die Gegenleistung für die Aktien in der Uebertragung eines ganzen Vermögens, nicht in einer bestimmten Baarsumme besteht. Endlich aber ist auch in der Anmeldung die Erklärung nicht abzugeben, zu welchem Kurse die Aktien ausgegeben werden; dies ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Abs. 1 unseres Paragraphen den § 284 Abs. 3 und dadurch den § 195 Abs. 3 außer Anwendung setzt. Indessen beruht es wohl auf einem Versehen, daß diese Vorschrift hier außer Anwendung gesetzt ist, und es ist jedenfalls zulässig und empfehlenswerth, daß diese Angabe in der Anmeldung hier, wie bei jeder anderen Kapitalserhöhung, erfolgt.

Beizufügen ist also nur der Veräußerungsvertrag und der Zustimmungs- Anm. 16.
beschluß der übertragenden Gesellschaft. Die thatsächlich erfolgte Uebertragung des Vermögens selbst ist nicht Voraussetzung der Anmeldung und Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung, wie ja auch sonst bei Sacheinlagen die thatsächlich erfolgte Inferirung wesentlicher Bestandtheil der durchgeführten Kapitalserhöhung nicht ist (vergl. Anm. 2 zu § 284).

Ein Zwang zur Anmeldung durch Ordnungsstrafen findet auch hierbei nicht Anm. 17.
statt, soweit es sich um die Eintragung zum Hauptregister handelt (§ 319 Abs. 2), wohl aber soweit es sich um die Eintragung in das Zweigregister handelt (§ 13).

ζ) In welcher Reihe müssen nothwendiger bezw. sachgemäßer Weise Anm. 18.
alle diese Rechtsakte der Beschlußfassung und Anmeldung erfolgen?
Auch diese Frage bedarf der Erörterung. Denn in gewisser Hinsicht besteht eine naturgemäße Nothwendigkeit der Reihenfolge, in gewisser Hinsicht können durch eine unsachgemäße Reihenfolge unliebsame Komplikationen entstehen.

Folgende Reihenfolge ist zu beachten:

Nachdem die Gesellschaftsorgane den Veräußerungsvertrag geschlossen haben, Anm. 19.
faßt sachgemäßer Weise zuerst die übernehmende Gesellschaft den Kapitalserhöhungsbeschluß und läßt ihn eintragen. Erst dann ist es rathsam, daß die übertragende Gesellschaft ihren Zustimmungsbeschluß faßt, wenigstens ist dies in dem Falle rathsam, wo die übertragende Gesellschaft durch ihren Zustimmungsbeschluß sich auflöst, d. h. wo eine nicht bereits aufgelöste Gesellschaft ihr Vermögen in dieser Weise überträgt. Denn würde sie in diesem Falle zuerst ihren Zustimmungsbeschluß fassen, ehe die übernehmende Gesellschaft ihren Kapitalserhöhungsbeschluß faßt und eintragen läßt, dann würde sie aufgelöst sein und auf den immerhin umständlichen Weg eines neuen Gesellschaftsfortsetzungsbeschlusses gemäß § 307 verwiesen werden, wenn die übernehmende Gesellschaft die Fassung ihres Beschlusses verweigert oder über Gebühr verzögert. Alsdann erfolgt sachgemäß die Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister, es hat jedenfalls keinen Zweck damit zu warten und es entspricht der Ordnung und den gesetzlichen Vorschriften, daß dies alsbald geschieht. Nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses erfolgt nun die Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft. Diese Anmeldung kann erst nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft erfolgen, weil dieser letztere Beschluß jener Anmeldung beigefügt werden muß. Es empfiehlt sich, diese Anmeldung erst dann zu bewirken, wenn die übertragende Gesellschaft nach Erledigung ihrer Gläubigerschutzvorschriften die Uebertragung des Vermögens bewirkt hat. Denn diese Eintragung hat zur unmittelbaren Folge, daß die übertragende Gesellschaft in Höhe des Emissionskapitals Aktionärin der übernehmenden Gesellschaft und dadurch auch zu stimmen berechtigt wird. Es wäre aber diese vortheilhafte Rechtsstellung eine Ungerechtigkeit, da die übertragende Gesellschaft ja auch erst nach Ablauf eines Jahres die Uebertragung des Vermögens bewirken kann.

c) Nach Schließung des Veräußerungsvertrages und der Fassung des Anm. 20.
Zustimmungsbeschlusses einerseits, der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses andererseits beginnt die Liquidation der übertragenden Gesellschaft in Gemäßheit des Veräußerungsvertrages.
Die Liquidatoren haben den Uebertragungsbeschluß auszuführen und die dementsprechende Rechtsstellung (vergl. Anm. 12 zu § 303). Vor allem haben sie die Gläubigerschutzvorschriften, insbesondere das Sperrjahr zu beobachten, ehe die Uebertragung des Vermögens an die übernehmende Gesellschaft erfolgt (Anm. 13 zu § 303). Bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und bis zum Ablauf des Sperrjahres erfolgt die Führung des Geschäfts durch die Liquidatoren der übertragenden Gesellschaft, doch kann dem Vorstande der übernehmenden Gesellschaft ein gewisser Einfluß auf die Leitung eingeräumt werden (vergl. Anm. 14 zu § 303). Nach Erledigung der Gläu-

bigerschutzvorschriften erfolgt die Uebertragung des Vermögens an die übernehmende Gesellschaft; eine Universalsuccession liegt nicht vor. Die Mobilien müssen übergeben, die Forderungen cedirt, die Grundstücke aufgelassen werden (vergl. Anm. 10 zu § 303). Zweckmäßiger Weise erfolgt nunmehr auch erst die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft (vergl. oben Anm. 19) und die Uebergabe der Aktien an die übertragende Gesellschaft. An die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft können die Aktien der übernehmenden Gesellschaft jedenfalls erst jetzt ausgehändigt werden, mag die Aushändigung durch die übertragende Gesellschaft oder direkt durch die übernehmende Gesellschaft erfolgen; das folgt aus § 287. Nunmehr kann auch das Zwangsverfahren eingeleitet werden, welches erforderlich ist, wenn nicht auf jeden Aktionär eine Aktie der anderen Gesellschaft entfällt (vergl. oben Anm. 8).

Anm. 21. 5. **Nach Uebertragung des Vermögens und Aushändigung der Aktien an die Aktionäre ist die Verschmelzung der beiden Gesellschaften eingetreten.** Die übertragende Gesellschaft hat ihr vermögensrechtliches Substrat verloren, denn sie hat das Vermögen übertragen; und sie hat ihr persönlichrechtliches Substrat verloren, denn ihre Aktionäre sind, soweit sie nicht anderweit abgefunden sind, Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden. Solange die Aushändigung der Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nicht erfolgt ist, ist dieser Rechtserfolg noch nicht eingetreten, solange besteht die übertragende Gesellschaft noch. Aber mit dieser Aushändigung hört ihre Existenz auf. Die Aktiva der Gesellschaft gehören nunmehr sämmtlich der übernehmenden Gesellschaft, für die etwa noch vorhandenen Passiva haftet sie, wenn nicht ein Grund für Vollhaftung vorliegt (Fortführung der Firma, Anzeige der Haftung an die Gläubiger), jedenfalls in Höhe des Bestandes des übernommenen Vermögens; in dieser Höhe kann die Haftung auch nicht durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden (§ 419 B.G.B.). Die Frage der Haftung wird allerdings selten praktisch werden. Immerhin kann sie hervortreten bei unbekannt gebliebenen Forderungen und solchen, die nicht getilgt, sondern nur sichergestellt wurden (Näheres über diese Haftung unten Anm. 23). — Nunmehr ist auch das Erlöschen der Firma der übertragenden Gesellschaft einzutragen (§ 302).

Anm. 22. **Zusatz 1. 1. Ueber die Form des Veräußerungsvertrages** siehe oben Anm. 6.

Anm. 23. **Zusatz 2. Der Veräußerungsvertrag bewirkt nicht ohne Weiteres den Uebergang der Aktiva,** wohl aber (vorausgesetzt, daß er durch die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse giltig und wirksam geworden ist) ohne Weiteres den Uebergang der Passiva auf die übernehmende Gesellschaft, und es kann diese Haftung auch durch den Veräußerungsvertrag nicht beseitigt oder eingeschränkt werden (§ 419 B.G.B.). Allein diese Haftung erstreckt sich andererseits nur auf den Bestand des übernommenen Vermögens und auf die sich aus dem Vertrage ergebenden Ansprüche. Die übernehmende Gesellschaft haftet also zunächst lediglich mit ihrem Anspruche auf Herausgabe des Vermögens. Dieser Herausgabeanspruch aber kann erst nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften und nach Ablauf des Sperrjahres befriedigt werden. Ueber die Haftung nach erfolgter Uebergabe des Vermögens siehe oben Anm. 21

Anm. 24. **Zusatz 3. Stempelfrage.** Geht der Veräußerungsvertrag dahin, daß nur Aktien als Gegenleistung gewährt werden sollen, so liegt die Inferirung von Sacheinlagen gegen Aktien vor, also ein Anschaffungsgeschäft von Aktien (vergl. über die hierbei in Frage kommende Stempelfrage Anm. 9 zu § 281). Die Ausreichung der Aktien soll nach R.G. 41 S. 85 ein selbstständiges stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft sein. Dies ist jedoch nicht zuzugeben. Werden die Aktien den Aktionären direkt gewährt, so liegt darin die Erfüllung des Fusionsvertrages (Anm. 20 zu § 306), werden sie der übertragenden Gesellschaft gewährt, so ist diese Ausreichung nicht stempelpflichtig, weil sie ebenfalls nur die Erfüllung des Fusionsvertrages ist, die Ausreichung der Aktien Seitens der übertragenden Gesellschaft an ihre Aktionäre aber ist nicht stempelpflichtig, weil diese nicht die ersten Erwerber der Aktien sind, ein Anschaffungsgeschäft aber nicht vorliegt, indem diese Ausreichung nur die Erfüllung der Verpflichtungen der Gesellschaft gegen ihre Aktionäre darstellt. Mithin liegen die Voraussetzungen des Tarif Nr. 4a des Reichsstempel-

gesetzes nicht vor. Soweit die Abfindung nicht in Aktien erfolgt, folgt die Stempelpflicht den landesgesetzlichen Regeln über die Verstempelung von Kauf- oder Tauschverträgen. Erfolgt die Veräußerung derart, daß die Aktionäre Geld oder Aktien als Abfindung wählen können, so liegt ebenfalls kein reines Aktienanschaffungsgeschäft vor und es greifen wiederum die landesgesetzlichen Stempelvorschriften Platz.

Zusatz 4. Uebergangsfrage. Die Vorschrift gilt auch für bestehende Gesellschaften (Anm. 4 ffg. zu § 178). Anm. 25.

§ 306.

Ist im Falle des § 305 vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung; außerdem gelten die folgenden besonderen Vorschriften.

Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ist durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten.

Der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bleibt bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen.

Bis zu demselben Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.

Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der anderen Gesellschaft nach Maßgabe des § 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert worden sind, und nur unter Beobachtung der nach § 301 für die Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths der übernehmenden Gesellschaft sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung als Gesammtschuldner verantwortlich, die Mitglieder des Aufsichtsraths jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Fusion mit sofortiger Verschmelzung. Es ist dies der Fall, welcher früher allein mit Fusion bezeichnet wurde und im Art. 247 des früheren H.G.B. behandelt war. Einleitung.

1. **Diese Fusion kann, wenn man das Gesetz wörtlich nimmt, nur erfolgen, solange die Gesellschaft besteht.** Denn nur dann kann vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleibt. Wie wir aber im Falle des § 304 (Anm. 3 dazu) angenommen haben, daß die dort vorgesehene Verstaatlichung auch im Stadium der Liquidation erfolgen kann, so ist dasselbe auch hier anzunehmen: es wird in diesem Falle vereinbart, daß die weitere Liquidation unterbleiben solle. Anm. 1.
2. **Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung besteht in folgenden beiden Momenten:** Anm. 2.
   a) darin, daß, wie im § 305, eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen als Ganzes an einen anderen Aktienverein (Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft veräußert,

Anm. 3. b) daß hierbei der Wegfall der Liquidation der übertragenden Gesellschaft vereinbart wird.

Ueber das Erforderniß zu a siehe Anm. 2—4 zu § 305, wo des Näheren ausgeführt ist, was unter Gesammtveräußerung des Vermögens zu verstehen ist, wie es eine Veräußerung an einen anderen Aktienverein sein muß und die Veräußerung an eine andere Gesellschaft nicht genügt, wie es eine Veräußerung gegen Gewährung von Aktien sein muß. Letzteres Erforderniß ist hier nicht erfüllt, wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft das Wahlrecht haben, ob sie Geld oder Aktien von der übernehmenden Gesellschaft erhalten sollen. In diesem Falle kann nur eine Fusion ohne sofortige Verschmelzung vereinbart werden (vergl. Anm. 2 zu § 305).

Anm. 4. Das Erforderniß zu b bewirkt, daß nicht die Liquidationsvorschriften, wie im § 305 angeordnet ist, anzuwenden sind, sondern daß eine sofortige Verschmelzung der beiden Gesellschaften stattfindet, wobei aber, da der Uebernehmer keine öffentliche Korporation ist, welche schon für sich den Gläubigern genügende Garantien bietet, die Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften nicht zu entbehren ist, diese jedoch naturgemäß von der übernehmenden Gesellschaft zu erfüllen sind, da die übertragende ja sofort untergeht.

Anm. 5. **3. Der Hergang der Fusion mit sofortiger Verschmelzung ist folgender:**

a) Zunächst wird der Veräußerungsvertrag zwischen den beiden Gesellschaften geschlossen und hierbei der Wegfall der Liquidation der übertragenden Gesellschaft vereinbart.

Ueber die Form und den nothwendigen und sachgemäßen Inhalt des Veräußerungsvertrages siehe Anm. 6 zu § 305. Ferner Anm. 8 daselbst (das hier erwähnte Zwangsverfahren beim Umtausch der Aktien erfolgt hier naturgemäß nur durch die übernehmende Gesellschaft, denn die übertragende geht ja unter; dabei werden alle diejenigen Aktien, die zum Umtausch nicht ausreichen, für kraftlos erklärt und die Ersatzstücke verkauft, auch diejenigen, die der Gesellschaft zur Verwerthung zur Verfügung gestellt werden; sie können doch nicht verwerthet werden, da sie durch die Fusion kraftlos werden, nur die Ersatzaktien der aufnehmenden Gesellschaft haben Werth).

Anm. 6. b) Nach Schließung des Veräußerungsvertrages müssen beide Gesellschaften Beschlüsse fassen:

α) Die übertragende Gesellschaft muß den Veräußerungsvertrag und den Wegfall der Liquidation genehmigen. Der Beschluß bedarf der Erfordernisse des § 303 Abs. 1 (vergl. §§ 306 Abs. 1; 304 Abs. 2).

Anm. 7. β) Die übernehmende Gesellschaft muß den Kapitalserhöhungsbeschluß fassen in Gemäßheit des Veräußerungsvertrages, und läßt diesen Beschluß, da er vorher nicht rechtswirksam ist, eintragen.[1]) Ueber die Erfordernisse dieses Beschlusses siehe Anm. 12 zu § 305. Ueber die Erfordernisse der Anmeldung desselben siehe Anm. 14 zu § 305, über den Zwang zur Anmeldung Anm. 14 zu § 305.

Anm. 8. γ) Alsdann erfolgt die Anmeldung des Genehmigungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft zur Eintragung. Ueber die Modalitäten dieser Anmeldung, insbesondere darüber, ob die Anmeldung zum Hauptregister durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann und daß der Anmeldung der Veräußerungsvertrag und der Zustimmungsbeschluß beigefügt werden muß, siehe Anm. 5 zu § 304.

Anm. 9. δ) Alsdann erfolgt die Anmeldung der durchgeführten Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft. Auch hier

---

[1]) Pinner S. 313 verlangt die gleichzeitige Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses der aufnehmenden und des Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft; der eine Beschluß bedinge den anderen, schon durch die Auflösung der übertragenden Gesellschaft werde der Aktionär begrifflich Aktionär der aufnehmenden Gesellschaft. Dieses Erforderniß der gleichzeitigen Eintragung, das oft, besonders wenn die beiden Eintragungen an verschiedenen Gerichten erfolgen müssen, gar nicht durchführbar ist, ist die Folge unrichtiger Prämisse. Die Fassung des Zustimmungsbeschlusses ist nicht bedingt durch die vorherige Fassung des Erhöhungsbeschlusses; wird der letztere nicht gefaßt, so treten die Rechtsfolgen des § 307 ein. Erst durch die Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Aktionäre der übernehmenden; Pinner dagegen sieht in dieser Eintragung nur eine Formalität.

muß in Gemäßheit des § 305 Abs. 2 der Veräußerungsvertrag und selbstverständlich auch der Zustimmungsbeschluß der übertragenden beigefügt werden. Es muß aber außerdem, wie sinngemäß auszulegen ist, die erfolgte Eintragung des Letzteren nachgewiesen werden. Denn hier hat der Zustimmungsbeschluß vor der Eintragung keine Wirksamkeit (§ 304 Abs. 4) und der Zweck der Ueberreichung des Veräußerungsvertrages ist doch der, dem Registerrichter der übernehmenden Gesellschaft den Nachweis zu führen, daß ein rechtswirksamer und auf der anderen Seite bindender Veräußerungsvertrag geschlossen ist.

Im Uebrigen vergl. über die Erfordernisse dieser Anmeldung und darüber, daß Anm. 10.
ein Zwangsverfahren durch Ordnungsstrafen nicht zulässig ist, Anm. 15—17 zu § 305.

4. **Nach Schließung des Veräußerungsvertrages und nach der Fassung und Eintragung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse und nach Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ist die Verschmelzung der beiden Gesellschaften vollzogen.**

a) Man kann nicht annehmen, daß dieser Uebergang schon vorher, mit der Eintragung des Genehmigungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft erfolgt ist. Denn § 304 Abs. 5 findet nur entsprechende Anwendung. Die entsprechende Anwendung aber führt zu der Annahme, daß die Verschmelzung der vermögensrechtlichen und der persönlichen Substrate der beiden Gesellschaften sich in demselben Augenblicke vollziehen sollen. Nun kann die Verschmelzung der persönlichen Substrate naturgemäß erst erfolgen mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung. Erst dadurch werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft (vergl. R.G. 31 S. 21) und deshalb ist anzunehmen, daß erst in diesem Augenblicke die Verschmelzung der beiden Aktiengesellschaften erfolgt ist und damit die übertragende Gesellschaft zu existiren aufhört. Auch § 307 bestätigt diese Auffassung (vergl. Anm. 4 zu § 307).

b) Nunmehr aber ist die Verschmelzung erfolgt, der Untergang der über- Anm. 11.
tragenden Gesellschaft eingetreten. Es liegt eine Universalsuccession vor. (R.G. 28 S. 363; Johow 11 S. 129; Behrend § 141 Anm. 12 und 13.) Die Aktiva und Schulden gehen über (§ 304 Abs. 5). Die Firma der übernehmenden Gesellschaft ist erloschen, einer besonderen Löschung bedarf es nicht. Es kann aber auch sein, daß sie auf die übernehmende Gesellschaft vertragsmäßig übergeht. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können sich nunmehr direkt an die übernehmende Gesellschaft halten (vergl. unten Anm. 12). Prozesse, die für und gegen die übertragende Gesellschaft geschwebt haben, werden unterbrochen, und wieder aufgenommen nach Maßgabe der §§ 239 flg. C.P.O. Die übertragende Aktiengesellschaft wird hierbei behandelt, wie eine verstorbene und beerbte Partei. Rechtskräftige Schuldtitel, welche gegen die veräußernde Gesellschaft schon bestehen, sind gegen die übernehmende Gesellschaft umzuschreiben nach Maßgabe des § 727 C.P.O. Die Grundstücke brauchen nicht aufgelassen zu werden (Johow 11 S. 129), die Forderungen nicht cedirt, Orderpapiere nicht indossirt, Mobilien nicht übergeben zu werden. Es geht vielmehr alles ohne besonderen Uebertragungsakt auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sind Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden, haben von dieser die Aktienurkunden zu verlangen bezw. den durch den Zwangsverkauf erzielten Ertrag. Denn auch hier ist das Zwangsverfahren gesetzlich gestattet, wenn nicht soviele Aktien eingereicht werden, als zum Umtausch erforderlich sind (§ 305 Abs. 3 u. Anm. 8 zu § 305). Der Umtausch und das Zwangsverfahren wird hier von der übernehmenden Gesellschaft bewirkt, da die übertragende ja untergeht (vergl. oben Anm. 6). — Die Aktionäre nehmen an dem Gewinn der übernehmenden Gesellschaft Theil und üben das Stimmrecht in derselben aus, alles dies auch vor Erledigung der von der übernehmenden Gesellschaft zu erledigenden Gläubigerschutzvorschriften (R.G. 9 S. 19).

5. **Nach der juristischen Verschmelzung der beiden Gesellschaften hat die übernehmende Gesell-** Anm. 12.
schaft eine Reihe von Gläubigerschutzvorschriften im Interesse der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft zu beachten.

a) Allgemeines über die Rechtslage der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft. Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung hat für die Gläubiger die Rechtsfolge eines Schuldnerwechsels. Sonstige Veränderungen der materiellen Rechtslage treten aber nicht ein, insbesondere werden die befristeten Forderungen durch die Fusion allein nicht fällig, nur durch besondere Umstände müßte dies begründet werden (R.G. 9 S. 18, 21). Auch können die Gläubiger die Fusion nicht hindern (vergl. Wiener in G.Z. 27 S. 381). Nur das wäre denkbar, daß sie beim Vorliegen von Arrestgründen die Vermögensstücke der aufzulösenden Gesellschaft verstricken, ehe sie auf die neue Gesellschaft übergehen.

Anm. 13. Weil aber die Folge der Fusion ein Schuldnerwechsel ist, deshalb müssen die Gläubiger gegen die hierin liegende Gefahr geschützt werden. Denn sie können leicht anstatt eines solventen und soliden einen insolventen oder unsoliden erhalten. Diesen Gefahren sollen die Schutzvorschriften des vorliegenden Paragraphen begegnen.

Anm. 14. b) Das Vermögen der aufgelösten (richtiger untergegangenen) Gesellschaft ist getrennt zu verwalten. Es sind also besondere Bücher anzulegen und, wenn auch das Geschäft der übertragenden Gesellschaft in denselben Räumen geführt werden kann, so ist doch dafür zu sorgen, daß eine Vermischung und Verwechselung nicht stattfindet.

Anm. 15. c) Der bisherige Gerichtsstand der übertragenden Gesellschaft bleibt bis zum Aufhören der getrennten Verwaltung bestehen. Das mußte festgesetzt werden, um eine Erschwerung der Rechtslage der Gläubiger zu verhindern, die durch den Untergang der alten Gesellschaft entsteht. Die Sache stellt sich hiernach so, daß die Gläubiger der alten Gesellschaft zwar die aufnehmende Gesellschaft zu verklagen haben, dies aber am Gerichtsstande der alten Gesellschaft thun dürfen (nicht etwa thun müssen; der Gerichtsstand ist elektiv).

Anm. 16. d) Bis zu diesem Zeitpunkte gilt im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. Damit ist, obwohl die beiden Vermögensmassen juristisch in einer Person vereinigt sind, es in gewisser Beziehung doch so anzusehen, als sei diese juristische Vereinigung noch nicht erfolgt. In Folge dieser Vorschrift gehen — das ist ihr Zweck —, insoweit es sich um die Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen handelt, die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft vor, mögen die Forderungen der letzteren vor oder nach der Vereinigung entstanden sein (Denkschrift S. 168, 169). Die Denkschrift (S. 168) läßt auch einen besonderen Konkurs über das getrennt verwaltete Vermögen zu und man wird diese Anschauung als Konsequenz aus Abs. 4 unseres Paragraphen billigen müssen. Es kommt in diesem Falle die übernehmende Gesellschaft in Konkurs, doch so, daß nur das übernommene Vermögen in die Verwaltung des Konkursverwalters übergeht. Kommt die übernehmende Gesellschaft überhaupt in Konkurs, so haben die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft und die der übernehmenden Gesellschaft ein Absonderungsrecht; es werden in solchem Falle am besten zwei Konkurse eröffnet. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft dürfen auch außerhalb des Konkurses das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht pfänden (Denkschrift S. 168). Wenn sie es dennoch thun, so haben die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft allerdings kein Rechtsmittel dagegen, wie ja auch sonst einem Gläubiger kein Rechtsmittel zusteht, wenn ein anderer in das Vermögen seines Schuldners unberechtigter Weise pfändet. Ein die Veräußerung hinderndes Interventionsrecht nach § 771 C.P.O. liegt hier nicht vor (anders Pinner S. 315). Das einzige, was die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft in solchen Fällen thun können, ist, daß sie einen Arrest oder eine sonstige Zwangsvollstreckung in das getrennt verwaltete Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ausbringen, und dann in geeigneter Weise gegen die Wirksamkeit oder den Vorzug der vorangehenden Pfändung des Gläubigers der übernehmenden Gesellschaft ankämpfen. Andererseits dürfen auch die Gläubiger der

übertragenden Gesellschaft sich zunächst nur an das Sondervermögen der übertragenden Gesellschaft halten. Auch dies geht aus unserem Abs. 4 hervor (vergl. auch schon für das frühere Recht R.G. 9 S. 17; Ring Anm. 4 zum Art. 247; anders Pinner S. 315). Erst nach dem Aufhören der getrennten Verwaltung stehen sich die sämmtlichen Gläubiger gleich (vergl. zu e).

e) Alle diese provisorischen Zustände, die getrennte Verwaltung und ihre Konsequenzen dauern so lange, wie die Gläubigerschutzvorschriften nach § 301 noch beobachtet werden und insbesondere das Sperrjahr noch läuft. Anm. 17

Alsdann erst „darf" die Vereinigung der beiden Vermögen erfolgen. Indessen wird man trotz dieses Wortlautes annehmen müssen, daß alsdann die Vereinigung der beiden Vermögensmassen gesetzlich als erfolgt gilt. Es kann der übernehmenden Gesellschaft nicht überlassen bleiben, es in infinitum bei der getrennten Verwaltung zu belassen, die doch ein anormaler Zustand ist (anders Pinner S. 315).

Nach dem Aufhören der getrennten Verwaltung fällt der Unterschied zwischen den beiden Gläubigerkategorien fort und die Gläubiger beider Arten können das gesammte Vermögen der übernehmenden Gesellschaft wegen ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, ein etwaiger Konkurs ergreift nunmehr das ganze Vermögen, mag er von einem früheren oder von einem späteren Gläubiger beantragt werden. Freilich wird ein Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft wohl kaum noch vorkommen, da ja die Gläubigerschutzvorschriften, die vor dem Aufhören der getrennten Verwaltung zu beobachten sind, wesentlich darin bestehen, daß die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft befriedigt werden. Aber es können ja unbekannte Gläubiger geblieben oder einzelne Gläubiger nur sichergestellt sein. Solchen Gläubigern haftet die übernehmende Gesellschaft nunmehr mit ihrem ganzen Vermögen (§§ 306, § 304 Abs. 5). Eine entgegenstehende Vereinbarung wäre den Gläubigern gegenüber unverbindlich. Anm. 18. Anm. 19.

f) Für die Erfüllung dieser Gläubigerschutzvorschriften haften die Gesellschaftsorgane nach Maßgabe des Abs. 6. Es ist damit ein direkter Gläubigeranspruch konstituirt, ähnlich dem in den §§ 241 und 249 gegebenen. Es ist ein Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der den Gläubigern dadurch erwachsen ist, daß die getrennte Verwaltung nicht dem Gesetze gemäß durchgeführt ist. Im Separatkonkurse über das getrennt verwaltete Vermögen steht der Anspruch dem Konkursverwalter zu, wie in analoger Anwendung der in den §§ 241 und 249 angenommenen Grundsätze auch hier anzunehmen ist (vergl. Anm. 16 zu § 241).

Zusatz. Stempelfrage. Der Vertrag betreffend die Fusion mit sofortiger Verschmelzung ist ein Gesellschaftsvertrag. Er hat zum Inhalte, daß die übertragende Gesellschaft bezw. ihre Aktionäre Mitglieder der übernehmenden Gesellschaft werden sollen gegen das Aequivalent der Uebertragung des Vermögens der alten Gesellschaft (R.G. 2 S. 303 Anm. 1). Er würde in Preußen denselben Stempel erfordern, den das preuß. Stempelgesetz auf solche Gesellschaftsverträge legt, welche nicht in Geld bestehende Illationen zum Gegenstande haben. Allein es ist dieser Stempel deshalb nicht zu verwenden, weil nach dem Reichsstempelgesetz (Tarif Nr. 4) die Ausreichung der infolge der Fusion zu gewährenden Aktien einem Anschaffungsgeschäfte gleich zu achten ist und als solches versteuert wird. Würde man danach noch den Fusionsvertrag versteuern, so würde eine Doppelversteuerung vorliegen; denn die Anschaffung der Aktien, wenn man überhaupt eine solche als vorhanden annimmt, geschieht durch den Fusionsvertrag (vergl. R.G. 33 S. 40). Es ist also (gegen Heinitz S. 247) der Fusionsvertrag nach Landesrecht nicht zu verstempeln, wohl aber die Ausreichung der neuen Aktien nach Reichsrecht (und ferner natürlich die neuen Aktien selbst). Wenn Heinitz S. 247 zwar einen danach erforderten Kaufpreisstempel, nicht aber einen danach erforderten Gesellschaftsstempel ausschließt, so wird er dem Inhalt der Reichsgerichtsentscheidung in Bd. 33 S. 40 nicht gerecht. Dieselbe legt darauf den Ton, daß in der Fusion ein einheitliches untrennbares Geschäft liegt, durch welches die Gewährung der Aktien einerseits, die Ueberlassung des Vermögens andererseits stipulirt wird; dieses Geschäft sei als Aktienanschaffungsgeschäft mit dem Reichsstempel, nicht aber außerdem noch mit dem Landesstempel des betreffenden Geschäfts zu belegen. Wie dieser Landesstempel heißt, ist dabei Anm. 20.

gleichgiltig. Ueberdies handelte es sich in jenem Falle in Wahrheit um einen Gesellschaftsvertragsstempel, der nur den Kollektivnamen Kaufstempel führt, welchen alle Stempel für entgeltliche Verträge nach jenem in Frage stehenden Landesgesetze führten. Uebrigens hat Heinitz (in der Deutschen Juristenzeitung Band 3 S. 264) seinen abweichenden Standpunkt aufgegeben. Vergl. auch R.G. 38 S. 31, wo gleichfalls betont ist, daß der Gesellschaftsvertrag, durch welchen Aktienrechte kreirt werden, da er nach der neuen Fassung des Reichsstempelgesetzes für die Frage der Versteuerung als Anschaffungsgeschäft zu betrachten ist, nicht noch außerdem mit dem Landesstempel belegt werden kann (vergl. auch R.G. 39 S. 129, wo gleichfalls betont ist, daß nach dem Reichsstempelgesetze nicht die Aushändigung der Werthpapiere, sondern das Geschäft besteuert ist). Nur der besondere Akt der in Erfüllung des Geschäfts erfolgenden Eigenthumsübertragung kann nach R.G. 38 S. 31 mit einem besonderen Landesstempel belegt werden; indessen kann dieser Stempel hier nicht in Frage kommen, da hier eine Universalsuccession vorliegt, eine besondere Eigenthumsübertragung, insbesondere eine Auflassung der Grundstücke hier entbehrlich ist (vergl. oben Anm. 11). — Was nun aber den Reichsstempel für Anschaffungsgeschäfte betrifft, so ist derselbe von dem Fusionsvertrage einmal und einheitlich zu erheben. Der Umtausch der einzelnen Aktien durch die Aktionäre ist dann stempelfrei. Bei einer wirklichen Fusion mit sofortiger Verschmelzung kann von der Ausreichung der Aktien kein besonderer Anschaffungsstempel erhoben werden, weil dieselbe lediglich die Erfüllung des Fusionsvertrages ist und es ist, worauf das R.G. 41 S. 87 Werth legt, diese Erfüllung den Aktionären der übertragenden Gesellschaft gegenüber übernommen, mag auch im Fusionsvertrage der Ausdruck gewählt sein, daß die aufnehmende Gesellschaft der übertragenden die Aktien gewähre. Dieser können die Aktien gar nicht gewährt werden, sondern nur ihren früheren Aktionären: denn die übertragende Gesellschaft selbst ist in dem Zeitpunkte, wo die Aktienurkunden gewährt werden sollen und überhaupt erst dürfen, bereits untergegangen. (Anscheinend abweichend R.G. 41 S. 87.) Ob bei der Fusion ohne sofortige Verschmelzung die Sache anders liegt, darüber siehe Anm. 23 zu § 305.

Anm. 21. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Die Vorschrift greift Platz auf bestehende Gesellschaften (Anm. 4 flg. zu § 178).

§ 307.

Ist eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden, so kann, wenn der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

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

Die Fortsetzung der Gesellschaft ist von dem Vorstande zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der vorliegende Paragraph ermöglicht die Fortsetzung einer aufgelösten Aktiengesellschaft durch einen bloßen Beschluß der Generalversammlung.

Anm. 1. 1. **Im Allgemeinen kann eine einmal aufgelöste Aktiengesellschaft die Folge der Auflösung nicht wieder durch bloße Fortsetzung des Betriebes oder durch bloßen Generalversammlungsbeschluß rückgängig machen** (vergl. Anm. 3 zu § 292). Zwar hört die Gesellschaft durch den Akt der Auflösung nicht zu existiren auf. Sie verändert nur ihre Art (vergl. Anm. 1 zu § 292). Bei der o.H.G. haben wir aus diesem Grunde die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft durch Wiederaufnahme des Handelsbetriebes gefolgert (Anm. 2 zu § 131). Allein bei der Aktiengesellschaft muß Anderes gelten. In dem Auflösungsakte liegt der öffentliche Ausspruch, daß die Gesellschaft nicht länger im Verkehrsleben als Erwerbs-

gesellschaft auftreten könne oder wenigstens wolle. Der Wiedereintritt in das Verkehrsleben aber kann hier bei der Aktiengesellschaft nur geschehen unter Beobachtung derjenigen öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche für die Entstehung einer Verkehrsaktiengesellschaft gegeben sind, d. h. der Gründungsvorschriften. Nur die Beobachtung dieser Vorschriften birgt die vom Gesetze zum Schutze des Publikums geforderte Gewähr in sich, daß die Gesellschaft, welche nach ihrem eigenen Ausspruche die Lebensbedingungen einer Aktiengesellschaft nicht mehr hatte, diese doch hat oder wieder gewonnen hat. Zu diesem Ergebnisse gelangt man auch von dem Gesichtspunkte aus, daß die Generalversammlung der liquidirenden Aktiengesellschaft nicht Beschlüsse fassen kann, welche außerhalb des Rahmens der Liquidationsthätigkeit liegen (vergl. Anm. 3 zu § 294). Denn was überschritte mehr diesen Rahmen, als ein Beschluß, nicht mehr zu liquidiren, sondern wieder eine Erwerbsgesellschaft zu werden? (Im Ergebniß übereinstimmend Ring S. 646 mit weiteren Citaten; Behrend §§ 438, 139 Anm. 3; Förtsch Anm. 2 zu Art. 242).

Ein übereilter Auflösungsbeschluß kann hiernach im Allgemeinen nicht rückgängig Anm. 2
gemacht werden. Um den Betrieb auf den annähernd gleichen aktienrechtlichen Grundlagen fortzusetzen, ist im Allgemeinen folgender Weg gangbar: Die Aktionäre der alten Gesellschaft, oder wenigstens so viele von ihnen, als sich daran betheiligen wollen, gründen eine neue Gesellschaft; sie inferiren dabei die Aktien der alten Gesellschaft, der Rest wird baar gezeichnet. Die neue Gesellschaft schließt im Stadium der Gründung mit den hierzu zu ermächtigenden Liquidatoren der alten Gesellschaft einen Uebernahmevertrag ab, inhalts dessen die neue Gesellschaft das Vermögen der alten Gesellschaft (Aktiva und Passiva und Firmenrecht) kauft, wobei die neue Gesellschaft gegen den Anspruch der alten Gesellschaft auf den Kaufpreis ihren Anspruch auf den Liquidationserlös kompensirt, den Rest des Kaufpreises aber baar zahlt. Dieser Vertrag folgt auf Seiten der neuen Gesellschaft den erschwerenden Gründungsvorschriften des § 185 und auf Seiten der alten Gesellschaft den Vorschriften des § 303.

Noch einfacher ist folgender Weg: die alte Gesellschaft betheiligt sich bei der Anm. 3.
Gründung einer neuen Gesellschaft und inferirt dabei ihr gesammtes Vermögen gegen Gewährung von Aktien der neuen Gesellschaft. Hierbei sind die Vorschriften des § 305 anzuwenden, nur daß auf Seiten der neuen Gesellschaft anstatt der Kapitalserhöhungsvorschriften die Gründungsvorschriften anzuwenden sind. Dies, wenn nicht sofortige Verschmelzung beabsichtigt ist. Oder es kann auch sofortige Verschmelzung beabsichtigt und unter entsprechender Anwendung des § 306 durchgeführt werden. Die juristische Verschmelzung ist in diesem Falle erfolgt mit der Eintragung der neuen Gesellschaft, alsdann hat dieselbe die Gläubigerschutzvorschriften zu beobachten und während derselben die übernommene Vermögensmasse getrennt zu verwalten.

2. In einigen Ausnahmefällen kann die aufzulösende Aktiengesellschaft durch einfachen Generalversammlungsbeschluß die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Anm. 4.

a) Welches sind diese Ausnahmefälle?

α) (Abs. 1.) Die Fälle, in denen eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden ist und der beabsichtigte Zweck nicht erreicht ist. Beispiel aus § 303: Eine Aktiengesellschaft hat den Vertrag, durch welchen sie ihr Vermögen im Ganzen veräußert, genehmigt, es kommt aber zur Ausführung des Vertrages nicht, weil die Gesellschaft aus civilrechtlichen Gründen von dem Vertrage zurücktritt oder weil der andere Theil dies thut. Für die Veräußerung des § 304 (an eine öffentliche Korporation) läßt sich wohl kaum ein Beispiel konstruiren: denn hier gelangen der Veräußerungsvertrag, die damit erfolgte Auflösung und damit der Uebergang des ganzen Vermögens einschließlich der Schulden in einem und demselben Augenblicke zur Giltigkeit und Wirksamkeit (§ 304 Abs. 4 und 5). Da kann es sich hier ja gar nicht ereignen, daß die Aktiengesellschaft sich zum Zwecke der Veräußerung auf-

löst und dieser Zweck nicht erreicht wird. Auflösung und Veräußerung fallen ja zusammen. Im Falle des § 305 (Veräußerung des Vermögens an einen anderen Aktienverein gegen Gewährung von Aktien) kann es dagegen leicht kommen, daß die übertragende Gesellschaft ihren Auflösungsbeschluß faßt, die übernehmende Gesellschaft aber ihren Kapitalserhöhungsbeschluß nicht faßt oder die durchgeführte Kapitalserhöhung nicht zur Eintragung anmeldet. In solchen Fällen ist die übertragende Gesellschaft aufgelöst, die ihr zu gewährenden Aktien sind aber nicht kreirt, und bei fortgesetzter Weigerung der übernehmenden Gesellschaft, die zugesicherten Aktien zu kreiren, wird von der übertragenden Gesellschaft der beabsichtigte Zweck ihrer Auflösung nicht erreicht. Ueberdies kann ja auch hier ein civilrechtlicher Rücktritt erfolgen. Im Falle des § 306 kann sich das Gleiche ereignen, wie eben zu § 305 erörtert. Endlich aber wird durch die vorliegende Vorschrift eine Lücke ausgefüllt, welche sich bezüglich der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Bestimmungen der §§ 80, 81 (früher §§ 78, 79) des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung findet (Denkschrift S. 169).

Anm. 5. Ueberall ist hier zu bemerken, daß unser Paragraph nicht Platz greift, wenn die betreffenden Veräußerungs- und Umwandlungsbeschlüsse gefaßt werden im Stadium der Liquidation. In diesem Falle wird die Liquidation fortgesetzt und die Rückbildung in eine werbende Aktiengesellschaft erfolgt nach Anm. 1.

Anm. 6. β) (Abs. 2.) Der zweite Fall ist die Aufhebung des Konkurses über eine Aktiengesellschaft durch Zwangsvergleich oder Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners. Ueber diesen Fall wird unten Anm. 10 ffg. gehandelt werden.

Anm. 7. b) In diesen Fällen kann ein einfacher Generalversammlungsbeschluß die Fortsetzung der Gesellschaft bewirken. Zur Giltigkeit dieses Beschlusses gehört die Mehrheit des § 292 Nr. 2. Zwar ist dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben, doch folgt dies, wie Rudorff S. 235 mit Recht bemerkt und von Pinner S. 318 mit Unrecht bestritten wird, aus der Natur der Sache: die Aufhebung eines Beschlusses kann naturgemäß immer nur mit derselben Majorität beschlossen werden, mit welcher der aufgehobene Beschluß zu fassen war (vergl. Anm. 17 zu § 278). Dagegen bedarf der Beschluß zur Wirksamkeit nicht der Eintragung, außer wenn darin eine Statutenänderung liegt. Der Beschluß muß zwar vom Vorstande (nicht gerade von sämmtlichen Vorstandsmitgliedern) nach Abs. 3 unseres Paragraphen zur Eintragung angemeldet werden, auch kann der Vorstand hierzu nach § 14 gezwungen werden, und es hat andererseits die Eintragung nur Erfolg, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Fortsetzung vorliegen. Allein die Giltigkeit des Beschlusses hängt von der Eintragung nicht ab, selbst in dem Falle nicht, wo der betreffende Auflösungsbeschluß nur durch Eintragung giltig würde, so in dem Falle des § 306 (Cosack S. 664 verlangt die Eintragung zur Wirksamkeit, obwohl, wie er ausdrücklich zugiebt, dies im Gesetze nicht bestimmt ist; das erscheint uns aber willkürlich; gleich uns Pinner S. 318).

Anm. 8. Wohl aber ist zur Giltigkeit des Beschlusses erforderlich, daß die oben angegebenen Bedingungen seiner Giltigkeit vorliegen, also im Falle der Veräußerung des ganzen Vermögens oder der Umwandlung, daß der Beschluß zu diesem Zwecke gefaßt war und daß der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird. Wenn einer dieser Fälle nicht vorliegt, wenn die Auflösung zu anderem Zwecke erfolgt war, oder wenn der beabsichtigte Zweck erreicht „wird", d. h. noch erreicht werden kann, so hat die Generalversammlung nicht die Macht, durch einen Beschluß die Fortsetzung der Gesellschaft herbeizuführen. Der gleichwohl gefaßte Beschluß auf Fortsetzung ist derartig ungiltig, daß er nicht durch einen in unterlassener Anfechtung liegenden Verzicht giltig werden kann, vielmehr sind hier die Interessen Dritter und die öffentliche Wohlfahrt im Spiele (vergl. Anm. 1) und es kann die Rückgängigmachung der Auflösung in solchem Falle nur im

regelmäßigen Wege der Neugründung erfolgen (vergl. Anm. 1). Ein solcher Beschluß ist nihil actum. Es wird Sache des Registerrichters sein, bei der Prüfung der Anmeldung hierauf sein Augenmerk zu richten und auf diese Ungiltigkeit nachdrücklich hinzuweisen. Es kann Gareis Anm. 1 nicht zugegeben werden, daß die Generalversammlung darüber entscheide, ob der beabsichtigte Zweck erreicht wird oder nicht.

c) Wenn der mit der Auflösung beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird und die Fortsetzung nicht beschlossen wird, so wird eben weiter liquidirt nach den gewöhnlichen Regeln der Liquidation. Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse der Liquidatoren wandeln sich dementsprechend von selbst um. Anm. 9.

3. **Besondere Betrachtung verdient der Fall des Konkurses der Aktiengesellschaft.** Anm. 10.

a) Welche Rechtsfolgen der Konkurs der Aktiengesellschaft während seiner Dauer hat, darüber ist bereits in Anm. 7 u. 8 zu § 292 gehandelt worden. Insbesondere geht aus jener Darstellung hervor, daß die Gesellschaft ihre Organisation auch während des Konkurses behält, daß aber die Funktionen ihrer Organe so weit zurückgedrängt werden, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht. Insbesondere tritt die Gesellschaft durch den Konkurs nicht in Liquidation, sie erhält nicht Liquidatoren, sondern behält trotz der Auflösung ihren Vorstand bei. — Ist der Konkurseröffnungsbeschluß auf Beschwerde aufgehoben, so gilt die Konkurseröffnung und damit die Auflösung der Gesellschaft als nicht erfolgt.

b) Wenn nun der Konkurs durch Ausschüttung der Masse endet, so ist damit, soweit sich übersehen läßt, das vermögensrechtliche Substrat der Aktiengesellschaft untergegangen und damit die Aktiengesellschaft erloschen. Nach § 32 wird dies im Handelsregister eingetragen und damit ist auch die Firma erloschen. Eine Fortsetzung der Gesellschaft nach Abs. 2 unseres Paragraphen ist in solchem Falle nicht möglich, vielmehr wird, wenn sich nachträglich Vermögen findet, nach § 153 K.O. dasselbe zur nachträglichen Vertheilung gebracht. Es wird aber auch nichts entgegenstehen, statt dieser nachträglichen Konkurswiederaufnahme die Liquidation nach Analogie des § 302 Abs. 4 zu eröffnen. Anm. 11.

c) Wenn jedoch der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet wird oder auf Antrag der Aktiengesellschaft gemäß § 202 K.O. eingestellt wird, dann kann die Generalversammlung durch einfachen Beschluß die Fortsetzung beschließen. Ueber diesen Beschluß gilt das oben Anm. 7 u. 8 Gesagte: Es ist zwar eine qualifizirte Mehrheit, aber nicht die Eintragung zu seiner Giltigkeit erforderlich, wohl aber ist die Bedingung seiner Giltigkeit, daß der Konkurs in dieser Weise beendet ist. Diese Giltigkeitsbedingung wird durch unterlassene Anfechtung des Beschlusses nicht ersetzt und ist vom Registerrichter bei Eintragung zu prüfen. Denn die Eintragung muß nach Abs. 3 herbeigeführt werden, obgleich sie nicht Giltigkeitsbedingung ist. Anm. 12.

d) Wie nun, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Gesellschaft endet und die Fortsetzung nicht beschlossen wird? Dann tritt die Liquidation ein. Denn die Gesellschaft wird nach § 292 durch den Konkurs aufgelöst. Die Auflösung hat die Liquidation zur Folge und nur so lange der Konkurs schwebt, ist die Liquidation entbehrlich. Nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Aktiengesellschaft gemäß § 202 K.O. wird der Registerrichter dahin zu wirken haben, daß die Aktiengesellschaft in mäßiger Zeit entweder ihre Fortsetzung beschließt oder ihre Liquidatoron gemäß § 296 anmeldet. Daß die Gesellschaft in Liquidation tritt, ist nicht besonders anzumelden und einzutragen. Das geht aus der nach § 32 einzutragenden Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder auf Antrag der Aktiengesellschaft ohne Weiteres hervor. Anm. 13.

4. **Die Wirkung des Fortsetzungsbeschlusses** ist, daß die Aktiengesellschaft wieder eine werbende Gesellschaft wird. Der Beschluß wirkt ex nunc; was inzwischen geschehen ist, bleibt giltig und wirksam. Anm. 14.

Anm. 15. **Zusatz: Uebergangsfrage. Die Vorschriften finden auf bestehende Gesellschaften Anwendung.** Insbesondere können daher auch bestehende Gesellschaften, wenn ihr Konkurs durch Zwangsvergleich oder auf ihren Antrag beendet wird, sich wieder durch einfachen Generalversammlungsbeschluß fortsetzen, auch dann, wenn ihr Konkurs schon vor dem 1. Januar 1900 eröffnet wurde.

§ 308.

Ist die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Uebergang ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft oder juristische Person ohne vorgängige Liquidation erloschen, so ist eine Anfechtung des den Uebergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift ist neu und zweckmäßig. Sie bezieht sich auf die Fälle des § 304 und § 306 (Veräußerung des ganzen Vermögens an eine öffentliche Korporation und Fusion mit sofortiger Verschmelzung). Da in diesen Fällen die übertragende Gesellschaft untergehen kann, ehe die Anfechtungsklage zugestellt werden kann, so fehlt es an einem zu verklagenden Gegner. Hier kann nicht anders geholfen werden, als dadurch, daß der Uebernehmer des Vermögens als Gegenpartei auftritt.

Anm. 2. 2. Führt die Anfechtungsklage in solchem Falle zur Ungiltigkeitserklärung des Beschlusses, so gilt der Beschluß als nicht gefaßt, die Auflösung gilt als nicht erfolgt; eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 307 bedarf es nicht. Insofern liegt die Sache juristisch sehr einfach. Gleichwohl erzeugt eine solche latente und nachträglich in die Erscheinung tretende Ungiltigkeit derartige Komplikationen, daß sie in den meisten Fällen kaum noch entwirrt werden können. Wie sollen z. B. die für die Ueberlassung der Vermögens gewährten Aktien wieder zurückgezogen und der übernehmenden Gesellschaft zurückgewährt werden, wenn sie inzwischen in den Verkehr gebracht und in alle Winde zerstreut sind und in den Händen redlicher Dritter sich befinden? Können aber die Aktien nicht zurückgewährt werden, so braucht auch das übernommene Vermögen nicht zurückgegeben zu werden und es kann die Rückgängigmachung gar nicht erfolgen.

Anm. 3. 3. Anzurathen ist daher, daß in solchem Falle mit der schleunigst anzustellenden Anfechtungsklage eine einstweilige Verfügung verbunden und dadurch die Eintragung des Fusionsbeschlusses aufgehalten wird (vergl. § 16 Anm. 3 und § 273 Anm. 22).

§ 309.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Die Vorschriften der §§ 272, 273 finden entsprechende Anwendung.

Vorbemerkung. Die §§ 309—311 wollen eine Lücke des bisherigen Rechts ausfüllen. Die Frage der Nichtigkeit, ihre Voraussetzungen und ihre Rechtsfolgen waren früher Gegenstand erheblicher Zweifel (vergl. unsere 5. Aufl. §§ 3—5 zu Art. 211). Dieselben sollen beseitigt und die Nichtigkeitserklärung auf feste Grundlagen gestellt werden. Leider ist in Folge der Schwierigkeit der Materie trotz ihrer gesetzlichen Regelung eine große Reihe von Zweifeln übrig geblieben. Das ist um so mehr zu bedauern, als die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung an sich schon ein ewiges Damoklesschwert über dem Haupte der Aktiengesellschaften ist, eine gefährliche Waffe in der Hand böswilliger Aktionäre.

Anm. 1. 1. **Vorweg ist zu bemerken, daß es sich lediglich um die Nichtigkeit einer bereits eingetragenen Aktiengesellschaft handelt.** Solange die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, bewirkt ein

Mangel der Gründung, mag er wesentliche oder unwesentliche Gründungserfordernisse betreffen, daß die Eintragung abgelehnt werden muß. Nur für den Fall, daß die Eintragung trotz eines Mangels in einem wesentlichen Erfordernisse erfolgt ist, disponiren die §§ 309—311.

2. **Voraussetzung der Nichtigkeit ist,** daß eine der im § 182 Abs. 2 vorgesehenen wesentlichen Bestimmungen fehlt oder nichtig ist. Anm. 2.

a) Die hier nicht erwähnten Gründungsmängel bewirken hiernach die Nichtigkeit nicht. Deshalb ist Nichtigkeit nicht vorhanden, wenn das Statut materiell ungiltige Bestimmungen enthält (z. B. Theilbarkeit der Aktien, oder einen Aufsichtsrath mit zwei Mitgliedern, oder Ausschluß der Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung). In solchen Fällen sind die betreffenden Statutenbestimmungen ungiltig, die Gesellschaft aber giltig. Nichtigkeit ist ferner nicht vorhanden, wenn die Gründungsvorgänge in anderen, als den hier bezeichneten Punkten nicht dem Gesetze entsprechen, z. B. wenn einzelne Aktienzeichnungen oder Aktienübernahmen civilrechtlich ungiltig waren oder gefälscht sind, wenn der Gründerbericht fehlt, die Gründungsprüfung nicht erfolgt ist, der Anmeldung die Duplikate der Zeichnungsscheine nicht beilagen, die erforderliche Staatsgenehmigung nicht beigebracht ist (Cosack S. 615). Selbst dann haben formelle Gründungsfehler die Nichtigkeit nicht zur Folge, wenn sie an sich als sehr erheblicher Mangel zu betrachten und die ganze Gründung in Frage zu stellen sonst geeignet wären, so z. B. wenn die Anmeldung zum Handelsregister nur von einem Theil der Gründer oder allein von dem Vorstande oder gar von einem völlig Unbefugten ausgegangen ist. Mit Unrecht will Cosack (S. 615) in diesem Falle Nichtigkeit annehmen; auch Pinner S. 320 will in sonstigen Fällen Nichtigkeit eintreten lassen, wenn materiell oder formell wesentliche Bestimmungen verletzt sind. Mit Unrecht leugnen dieselben, daß die Verstöße gegen § 182 Abs. 2 die alleinigen Nichtigkeitsgründe sind. Gerade darin liegt der Kern und der wesentliche Fortschritt der gesetzlichen Regelung dieser Materie, daß die frühere Unsicherheit in Betreff der Voraussetzungen der Nichtigkeit abgeschafft werden sollte (Denkschrift S. 170), und es hat diese Absicht des Gesetzes durch die Fassung unseres Paragraphen einen genügend deutlichen Ausdruck gefunden. Eine nicht gehörig angemeldete, aber gleichwohl eingetragene Gesellschaft ist daher eine Aktiengesellschaft. Diejenigen, welche die betreffenden Rechtsakte gethätigt, den Gründungswillen aber aufgegeben hatten, mögen sich an diejenigen halten, welche die Anmeldung gegen ihren schließlichen Willen bewirkt haben, oder aber die Aktionäre mögen die Auflösung der Gesellschaft beschließen. Ueberdies ergiebt der Zusammenhang der §§ 142 und 144 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit, daß im vorliegenden Falle auch zur Löschung der Gesellschaft von Amtswegen nicht die allgemeine Voraussetzung genügt, daß die Erfordernisse der Eintragung nicht vorhanden waren, sondern es müssen hier eben die besonderen Mängel vorhanden sein, von denen § 309 handelt. Daß andere Mängel keine Nichtigkeit bewirken sollen, hat auch die Reichstagskommission „im Einklange mit der Denkschrift" und wie hinzugefügt werden kann, mit den verbündeten Regierungen als ihre Auffassung festgestellt (K.B. S. 97; Mugdan, Materialien z. H.G.B. S. 615, 616).

b) Auch die im § 182 Abs. 1 erwähnten Mängel sind nicht geeignet, die Nichtigkeit herbeizuführen, wie dies Cosack S. 615 und Pinner S. 321 annehmen. Obgleich diese Erfordernisse an sich wesentlich sind, so gilt ihre Verletzung doch nicht als so erheblich und wichtig, daß deshalb allein die einmal eingetragene Gesellschaft für nichtig erklärt werden kann. Daraus, daß unser Paragraph lediglich die Erfordernisse des § 182 Abs. 2 hervorhebt, geht dies genügend hervor. War daher der Gesellschaftsvertrag nicht von fünf Personen geschlossen, oder war eine der Personen nicht geschäftsfähig, oder war die gerichtliche oder notarielle Form nicht beobachtet worden, oder haben nicht alle Personen, welche den Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, Aktien übernommen, so sind alle diese Mängel durch die Eintragung geheilt, wenigstens nach der Richtung, daß sie die Rechtsbeständigkeit der Gesellschaft nicht mehr in Frage Anm. 3.

stellen können. (Ueber die durch die Eintragung eintretende Heilung hinsichtlich der Rechtsgiltigkeit der Willenserklärungen siehe Anm. 23 zu § 182). Man darf auch nicht auf einem Umwege dem § 182 Abs. 1 eine Bedeutung für die Nichtigkeit beilegen, indem man etwa sagt: daß nach unserem Paragraphen die Nichtigkeit nicht bloß vorliege, wenn eine der Bestimmungen des § 182 Abs. 2 fehlt, sondern auch dann, wenn eine dieser Bestimmungen nichtig ist; nichtig aber sei sie dann, wenn gegen die Bestimmungen des Abs. 1 in irgend einer Weise verstoßen sei. Hätte der Gesetzgeber dies anordnen wollen, so hätte er an die Verletzung des § 182 überhaupt die Nichtigkeit geknüpft. Denn darauf läuft diese Ansicht hinaus. Das hat er aber nicht gethan. Er hat vielmehr lediglich an Verstöße gegen die Bestimmungen des § 182 Abs. 2 die Nichtigkeit geknüpft und deshalb muß man unter den gesetzlichen Worten: Wenn im Gesellschaftsvertrage eine der Bestimmungen des § 182 Abs. 2 „nichtig" ist, etwas anderes verstehen, als den Verstoß gegen § 182 Abs. 1, nämlich die materielle Nichtigkeit aus den für die Einzelbestimmungen des § 182 Abs. 2 giltigen besonderen Vorschriften. Anders Pinner S. 15. Weiteres siehe zu c.

Anm. 4. c) Lediglich dann, wenn eine der Bestimmungen des § 182 Abs. 2 nicht getroffen oder nichtig ist, tritt die Nichtigkeit ein. Nichtig ist sie dann, wenn sie einen wesentlichen Verstoß gegen die für diese Einzelbestimmungen geltenden besonderen Vorschriften enthält (vergl. zu b). Die Nichtigkeit tritt also ein:

α) Wenn die Firma oder der Sitz der Gesellschaft nicht bestimmt ist, oder wenn eine nach den Vorschriften über die Firma unzulässige Firma oder eine unzulässige Sitzbestimmung (z. B. im Auslande) getroffen ist. (Wegen der Firma anders Lehmann I S. 153, doch trifft dies für das heutige deutsche Aktienrecht nicht zu).

Anm. 5. β) Wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht oder nicht dem Gesetze entsprechend bestimmt ist. Darüber siehe Anm. 11 zu § 182.

Anm. 6. γ) Wenn die Höhe des Grundkapitals oder der einzelnen Aktien nicht oder nicht in der dem Gesetze entsprechenden Weise bestimmt ist. Wenn z. B. die Aktien auf 100 Mk. gestellt sind. (Näheres über diesen Mangel und seine Heilbarkeit Anm. 1 zu § 310).

Anm. 7. δ) Wenn die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist, z. B. wenn bestimmt ist, daß die Staatsbehörde den Vorstand zu ernennen hat (vergl. Anm. 15 zu § 182).

Anm. 8. ε) Wenn die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht, nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist. Wenn z. B. bestimmt ist, daß lediglich die Staatsbehörde die Generalversammlung zu berufen hat.

Anm. 9. ζ) Wenn die Form, in der die gesellschaftlichen Publikationen erfolgen, nicht oder nicht in gesetzlich vorgeschriebener Weise bestimmt ist, wenn z. B. bestimmt ist, daß nicht der Deutsche Reichsanzeiger das Publikationsorgan sein soll.

Anm. 10. **3. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit.**

a) Die rechtliche Bedeutung der Nichtigkeit.

α) Die latente Nichtigkeit (die Nichtigkeit an sich vor der Eintragung der Nichtigkeit). Die Denkschrift (S. 171, 172) erklärt, das Nichtigkeitsurtheil habe nur deklarative Bedeutung, und es „sei nicht etwa anzunehmen, daß die Gesellschaft bis zur Eintragung des Urtheils zu Recht bestände"; das schließe aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als „es sich um die Abwickelung ihrer Verhältnisse handle, dennoch eine gewisse Rechtsbeständigkeit" beigelegt werde. Es fragt sich, wie dieser Rechtszustand juristisch zu konstruiren ist. Denn in dem Ausspruche der Denkschrift, daß die Gesellschaft „nicht zu Recht besteht", ihr aber dennoch eine „gewisse Rechtsbeständigkeit" einzuräumen sei, liegt keine juristische Konstruktion.

Anm. 11. Wir konstruiren wie folgt:

Allerdings besteht die Gesellschaft, wenn ihr ein wesentlicher Mangel anhaftet, nicht „zu Recht". Soweit ist der Denkschrift zuzustimmen und die gegen-

theilige Annahme Cosack's (S. 615) ist nicht zu billigen. Aber wenn sie auch nicht „zu Recht" besteht, so *besteht* sie doch. *Sie besteht, aber nicht zu Recht.* Sie ist als Aktiengesellschaft entstanden, aber zu Unrecht. Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden ist, hat zur Folge, daß sie sich nach außen als solche bethätigen kann. Der Dritte, der sich mit der eingetragenen Gesellschaft einläßt, kann die Gesellschaft als bestehend ansehen. Besteht sie auch nicht „zu Recht", so gilt sie doch für den Rechtsverkehr als zu Recht bestehend und deshalb sind die in ihrem Namen mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte giltig (§ 311 Abs. 2). Auch ist dies nicht etwa auf den Rechtsverkehr mit gutgläubigen Dritten beschränkt. Das Prinzip des § 15 greift hier nicht Platz. Es würde die Sicherheit des Rechtsverkehrs erschüttern, wollte man der latenten Thatsache der Nichtigkeit für den Rechtsverkehr eine Bedeutung beilegen, sodaß der Dritte in eine Prüfung der schwierigen Frage eintreten müßte, ob das, was er über die Entstehung der Gesellschaft weiß, als innerer Nichtigkeitsgrund aufzufassen ist (vergl. Anm. 4 zu § 311). Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden ist, also besteht, bewirkt ferner, daß sie Organe hat. Sie hat einen Vorstand und sie hat einen Aufsichtsrath, auch haben die Aktionäre die Möglichkeit, sich in Generalversammlungen zu vereinigen und Beschlüsse zu fassen. Diese Organe sind geschaffen und bestehen, sie können sich, wie gesagt, auch nach außen bethätigen. Aber sie bestehen zu Unrecht, und wenn auch der Dritte sich das nicht entgegenhalten zu lassen braucht, daß sie zu Unrecht bestehen, so macht sich das doch nach innen geltend. Nach innen dürfen die Organe, obgleich sie bestehen, nicht funktioniren, und wenn sie es dennoch thun, so thun sie es zu Unrecht und die Aktionäre können dies ignoriren. Der Zustand ist vergleichbar dem, bei welchem auch ein sonstiger Mechanismus besteht, aber nicht gehörig funktioniren kann, wie wenn eine Uhr nicht aufgezogen, eine Maschine nicht geölt ist oder wie wenn der Mensch schläft. Die Aktionäre können, wenn die Organe sich gleichwohl bethätigen, dies als nihil actum betrachten, die Mitglieder können sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen, also auch die Leistung von Einlagen, auch von periodischen Naturalleistungen gemäß § 212 verweigern und die Beschlüsse der Generalversammlung als unverbindlich behandeln, ohne sie besonders anfechten zu müssen, selbstverständlich unter Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen des § 310 (Denkschrift S. 171).

β) *Die eingetragene Nichtigkeit.* Nach beiden Richtungen, nach innen und nach außen, ändert sich dieser Zustand durch die Eintragung der Nichtigkeit. Durch Klage und durch Vorgehen des Registergerichts (vergl. unten zu b und c) kann diese Eintragung herbeigeführt werden. Die Herbeiführung der Offenkundigkeit der bisher latenten Nichtigkeit liegt im Interesse aller Betheiligten. Die Aktiengesellschaft, die zwar besteht, aber nicht zu Recht, ist nichts Anderes werth, als daß sie zu Grunde geht. Und dieses Zugrundegehen muß in geordneten Bahnen geschehen. So wird der Zustand der Rechtsunbeständigkeit der Aktiengesellschaft durch die Eintragung der Nichtigkeit in geordnete Bahnen gelenkt, indem durch die Eintragung der Nichtigkeit der Liquidationszustand eintritt. Die Aktiengesellschaft wird eine Liquidationsgesellschaft mit allen Rechten und Pflichten derselben, auch mit der hierzu nöthigen Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Denkschrift S. 179). Ihre Organe werden Liquidationsorgane. Dadurch wird die Vertretungsbefugniß der gesetzlichen Vertreter nach außen auf den Liquidationszweck beschränkt, wie das stets die Folge der Liquidation ist, nach innen aber tritt die Folge ein, daß die Organe nunmehr in Funktion treten können, aber nur, insoweit dies im Rahmen des Liquidationszwecks liegt (vergl. auch noch zu § 310). Es brauchen auch nicht neue Gesellschaftsorgane (Liquidatoren und Aufsichtsrath) gewählt zu werden. Freilich rührt die Bestellung der bisherigen Gesellschaftsorgane von einer Generalversammlung her, die zu Unrecht fungirt hat. Durch die Eintragung des Nichtigkeitsurtheils wird aber mit einem Schlage die Gesellschaft dahin reorganisirt, daß alle ihre be- Anm. 12.

stehenden, wenn auch zu Unrecht bestehenden Organe für den beschränkten Zweck der Liquidation, als bestätigt gelten. Wenigstens ist nach dieser Hinsicht das Gesetz so aufzufassen, und man würde den Gesetzgeber mißverstehen, wollte man annehmen, daß, wie alle sonstigen Generalversammlungsakte, auch die Bestellung der bisherigen Gesellschaftsorgane als einfach nicht geschehen zu betrachten und deshalb eine Neuwahl vorzunehmen sei.

Anm. 13. γ) Die Rechtsfolgen der Heilung der Nichtigkeit. Eine Aenderung des latenten Nichtigkeitszustandes tritt in anderer Weise ein durch Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes gemäß § 310. Sobald diese Beseitigung geschehen ist, hört die Nichtigkeit auf. Die Gesellschaft ist nach außen und nach innen reorganisirt und besteht fortan nicht nur, sondern sie besteht fortan „zu Recht" (vergl. hierüber weiter Anm. 5 zu § 310). Der Vorstand und Aufsichtsrath brauchen nicht neu gewählt oder bestätigt zu werden, obgleich die frühere Bestellung von einer Generalversammlung ausging, die zu Unrecht funktionirt hat. Denn der Heilungsbeschluß der Generalversammlung enthält implicite die Bestätigung der Bestellung der Gesellschaftsorgane.

Anm. 14. b) Die Nichtigkeitsklage. Die Nichtigkeit giebt jedem Aktionär und jedem Mitgliede des Vorstandes und des Aufsichtsraths (nicht auch diesen Organen als solchen) das Recht zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage. Auf diese Klage finden die Vorschriften der §§ 272 und 273 entsprechende Anwendung. § 272 giebt an, wer zu verklagen ist, welches Gericht zuständig ist, giebt Vorschriften über die Sicherheitsleistung durch den Kläger, § 273 bestimmt die Präjudizialwirkung des Urtheils und die Eintragung des Urtheils in das Handelsregister, sowie die Haftung für böswillige Klageerhebung. (Ueber alles dieses siehe die Erl. zu §§ 272 und 273.) An der Erhebung der Nichtigkeitsklage hat der Aktionär ein Interesse, um Klarheit in die Verhältnisse der Gesellschaft zu bringen, und weil, so lange die Nichtigkeit latent ist, gemäß § 311 Abs. 2 neue Verbindlichkeiten entstehen können, zu deren Tilgung seine noch nicht voll eingezahlte Einlage herangezogen werden kann (§ 311 Abs. 3). An eine Frist ist die Klage nicht gebunden. Der im § 309 citirte § 272 citirt zwar den § 271 Abs. 2. Doch bedeutet dies nicht, daß hiermit eine Frist für die Klageerhebung vorgeschrieben sein sollte (Liebmann, Kommentar zum Gesetze betreffend die Gesellschaften m. b. H. 4. Aufl. S. 184).

Anm. 15. c) Die Löschung von Amtswegen. Wenn die Voraussetzungen der Nichtigkeit nach § 309 vorliegen und nach § 310 nicht Abhilfe geschaffen wird, so kann das Registergericht oder auch das übergeordnete Landgericht die Aktiengesellschaft auch von Amtswegen löschen (§§ 144, 142, 143 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit). Das Gericht giebt den Betheiligten, hier also dem Vorstande der Gesellschaft, Mittheilung von der beabsichtigten Löschung und giebt ihm eine Frist von drei Monaten zur Geltendmachung des Widerspruchs (§§ 142, 144 Abs. 3 daselbst). Innerhalb dieser Zeit hat die Gesellschaft Zeit und Gelegenheit, sich gemäß § 310 zu rekonstruiren. Ueber den etwa erhobenen Widerspruch entscheidet das Gericht, über Beschwerde und weitere Beschwerde siehe Anm. 25 zu § 254 und Anm. 9 flg. zu § 14. Die Löschung darf nur erfolgen, wenn ein Widerspruch nicht erhoben oder der erhobene Widerspruch rechtskräftig zurückgewiesen wurde. — Pinner S. 323 will auch für alle sonstigen Fälle der Nichtigkeit dem Registerrichter bezw. dem übergeordneten Landgericht das Recht geben, die Aktiengesellschaft gemäß §§ 142 und 143 F.G. zur Löschung zu bringen. Diese Ansicht ist zurückzuweisen. Es ist schon oben Anm. 2 dargelegt worden, daß es sonstige Fälle der Nichtigkeit nicht giebt. Der Zusammenhang der §§ 142, 143, 144 läßt jedenfalls keinen Zweifel darüber, daß die den Gerichten nach §§ 142 u. 143 F.G. gegebene allgemeine Löschungsbefugniß für die Frage der Löschung der Aktiengesellschaft sich auf den Fall des § 144 beschränkt (vergl. Liebmann, Kommentar zum Ges. betr. d. Ges. m. b. H. 4. Aufl. S. 186). — Das Verfahren gemäß § 144 kann von jedem Interessenten und auch von den Organen des Handelsstandes (§ 126 F.G.) angeregt werden. Die Aussetzung eines angestellten Nichtigkeits-

prozesses wegen des Schwebens des Registerverfahrens kann nicht verlangt werden, weil dieses Verfahren kein Rechtsstreit und das Registergericht keine Verwaltungsbehörde ist (§ 148 C.P.O.; Liebmann a. a. O. S. 187). Umgekehrt aber kann das Registergericht sein Löschungsverfahren wegen des schwebenden Nichtigkeitsprozesses aussetzen (§ 127 F.G.).

Zusatz 1. Uebergangsfrage. Die Vorschrift bezieht sich auch auf bestehende Gesellschaften. Anm. 16.
Soweit die neuen Gründungsvorschriften weitere Bestimmungen für wesentlich erklären, als die früheren, was im Vergleich mit dem Rechte von 1884 möglicherweise der Fall ist, so kann ein solcher Mangel natürlich nicht die Nichtigkeit bewirken. Soweit aber früher eine Vorschrift wesentlich war, jetzt aber nicht wesentlich ist, so ist sie nunmehr unwesentlich.

Zusatz 2. Auf Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften findet die Vorschrift Anm. 17.
insofern entsprechende Anwendung, als, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die ausländische Aktiengesellschaft nach den Gesetzen ihres Ortes als nichtig zu betrachten ist, sie auch hier als nichtig zu betrachten und demgemäß zu behandeln ist, insbesondere ihre Löschung von Amtswegen herbeigeführt werden kann.

§ 310.

Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstandes, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzbuchs über eine Aenderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden. Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn der Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für die Bekanntmachungen der Eintragungen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft bestimmt sind.

Der vorliegende Paragraph eröffnet Mittel und Wege, um die Nichtigkeit zu beseitigen.

1. **Alle Verstöße gegen § 182 Abs. 2 können geheilt werden, bis auf den Verstoß gegen § 182** Anm. 1.
Abs. 2 Nr. 3. Unheilbar sind also nur die Mängel, welche die Bestimmungen über die Höhe des Grundkapitals und den Betrag der einzelnen Aktien betreffen. Wenn also z. B. die Ziffer des Grundkapitals im Gesellschaftsvertrage fehlt, so kann dies nicht geheilt werden und die Gesellschaft bleibt nichtig. Indessen kann selbstverständlich die Ziffer des Grundkapitals sich aus den sonstigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit ergeben und dann ist dem Erfordernisse genügt. So z. B., wenn gesagt wird, daß zur Ausgabe gelangen 500 Aktien à 1000 Mark. Daß das Grundkapital in solchem Falle 500 000 Mark beträgt, ist klar, auch wenn dies nicht besonders gesagt ist. Wenn aber das Grundkapital auch nicht implicite angegeben, sondern die Gesellschaft so konstruirt ist, wie etwa eine Gewerkschaft, so wäre die Aktiengesellschaft unheilbar nichtig. Ebenso wenn die Aktien auf 100 Mark lauteten oder auf 800 Mark ohne Vinkulirung. Die Vinkulirung könnte nicht nachgeholt werden.

Der Verstoß gegen § 182 Nr. 3 liegt dann noch nicht vor, wenn eine Zeichnung Anm. 2.
ungiltig ist und kein Gründer gemäß § 202 für dieselbe haftet. (So allerdings Pinner S. 322.) Zwar entsteht hier in der That ein Vakuum, denn am Grundkapital fehlt ein Theil. Allein nicht der Fall der civilrechtlichen Giltigkeit der Aktienübernahme ist gemeint, wenn im § 309 gesagt ist, daß Nichtigkeit der Gesellschaft eintrete, wenn eine der im § 182 Nr. 3 enthaltenen Bestimmungen nichtig ist, sondern der Fall, daß die Bestimmung der Höhe des Grundkapitals in einer Weise erfolgt ist, die dem Gesetze überhaupt nicht entsprechen kann. Von der civilrechtlichen Giltigkeit der Aktienübernahmen den Bestand

der Gesellschaft abhängig zu machen, lag dem Gesetzgeber fern. In diesem Falle wird regelmäßig eine Haftung der Gründer nach § 202 vorliegen und die fällige Einzahlung muß durch diese erfolgen. Liegt eine solche Haftung nicht vor, so wird sich die solchergestalt nicht gedeckte Aktie regelmäßig anderweit unterbringen lassen und nur für den ganz extremen Fall, daß sämmtliche Zeichnungen nichtig sind und sich anderweit nicht unterbringen lassen, wäre es allerdings ein unbefriedigender Rechtszustand, daß eine Aktiengesellschaft ohne Aktionäre existirt, also z. B. wenn fünf geisteskranke Personen eine Aktiengesellschaft gegründet haben. Für diesen Fall verstehen wir uns allerdings dazu, ein nihil actum anzunehmen. Aber in den anderen, nicht so extrem liegenden Fällen, in denen einzelne der Erklärungen also giltig sind, kann man doch wohl von einem nihil actum nicht sprechen.

Anm. 3. 2. **Zur Heilung gehört ein Statutenänderungsbeschluß,** also die Beobachtung der Vorschriften des § 274 und die Eintragung des Beschlusses (§ 277 Abs. 3). Die Zulassung dieser Heilung ist eigentlich eine Abweichung von den Grundsätzen der Nichtigkeit. Denn eigentlich kann eine nichtige Aktiengesellschaft nach innen nicht funktioniren. Hier aber ist eine Ausnahme gemacht. Sie kann hiernach zwar keine anderen Funktionen ausüben, wohl aber diejenigen, welche erforderlich sind, um sich selbst gemäß § 310 zu rekonstruiren (vergl. Anm. 11 zu § 309). Der Beschluß muß natürlich auch der Vorschrift des § 275 entsprechen, die Mehrheit muß also $^3/_4$ des Grundkapitals betragen für den Fall, daß die Statuten keine geringere Mehrheit bestimmen. Es wird sich aber empfehlen, daß die Statuten eine geringere Mehrheit zur Heilung von Nichtigkeiten festsetzen, um die Möglichkeit der Heilung zu erleichtern (Pinner S. 324). — Eine Frist, innerhalb deren die Heilung erfolgen kann, ist nicht bestimmt. Die Heilung ist auch nach Zustellung der Nichtigkeitsklage und nach Einleitung des offiziellen Verfahrens zulässig, sie ist zulässig bis zur Eintragung des Nichtigkeitsurtheils oder bis zur Löschung gemäß § 144 F.G. Die in diesem letzteren Paragraphen vorgesehene Frist von drei Monaten bezweckt gerade, der Gesellschaft Gelegenheit zu geben, in der Zwischenzeit die Heilung zu beschließen. Nach § 34 der Allgemeinen Verfügung des preußischen Justizministers vom 7. Nov. 1899 über die Führung des Handelsregisters ist die Gesellschaft bei der Benachrichtigung gemäß § 144 F.G. auf die Möglichkeit der Heilung hinzuweisen. — Der Heilungsbeschluß muß natürlich, da er eine Statutenänderung enthält, eingetragen sein, um Wirksamkeit zu erlangen. Er wird auch publizirt. Vergl. § 277.

Anm. 4. 3. **Die Berufung der Generalversammlung zum Zwecke des die Heilung bewirkenden Statutenänderungsbeschlusses** erfolgt gemäß den allgemeinen Vorschriften (durch den Vorstand, den Aufsichtsrath, auch durch die Aktionäre gemäß § 254). Wenn der zu heilende Mangel die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft, so erfolgt die Berufung durch Einrückung in diejenigen Blätter, welche für handelsgerichtliche Publikationen bestimmt sind (Abs. 2 unseres Paragraphen).

Anm. 5. 4. **Die Heilung bewirkt, daß die Gesellschaft fortan giltig ist.** Die Thatsache aber, daß sie bisher nichtig war, bleibt bestehen. Die Zeichner werden daher frei, wenn die Zeit, für welche sie sich gebunden hatten (vergl. § 189 Abs. 3 Nr. 4), inzwischen abgelaufen ist, natürlich nicht diejenigen, die beim Heilungsbeschlusse mitstimmen; die bisherigen Beschlüsse der Gesellschaft sind unwirksam und müssen, um wirksam zu sein, von Neuem gefaßt werden. Denn sie sind von einer nicht zu Recht bestehenden Gesellschaft gefaßt worden (vergl. Anm. 12 zu § 309, insbesondere wegen der Frage, ob neue Gesellschaftsorgane zu wählen sind).

Demgemäß können wir dem Satze Pinner's S. 325 nicht zustimmen: Folge der Heilung ist Beseitigung der Nichtigkeit mit Wirkung in die Vergangenheit.

§ 311.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

Die Folgen der Eintragung der Nichtigkeit.

1. **Die Nichtigkeit wird eingetragen entweder durch Eintragung des Nichtigkeitsurtheils** (gemäß §§ 309, 273), **oder im Offizialverfahren gemäß § 144** des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit (vergl. Anm. 15 zu § 309). Auch im ersteren Falle erfolgt die Eintragung von Amtswegen. Das rechtskräftige Nichtigkeitsurtheil muß zu diesem Zwecke vom Vorstande eingereicht werden, und es ist derselbe hierzu durch Ordnungsstrafen anzuhalten (§§ 273, 14 H.G.B.). Anm. 1.

   Für beide Fälle, sowohl für die Nichtigkeit durch Nichtigkeitsurtheil, als auch für die durch die Nichtigkeit als Folge des offiziellen Löschungsverfahrens bestimmt unser Paragraph die Rechtsfolgen in gleicher Weise. Anm. 2.

2. **Die Folgen der Eintragung der Nichtigkeit.** Anm. 3.

   a) **Die Gesellschaft wird eine Liquidationsgesellschaft.** Die Reorganisation ist nicht mehr möglich. Also muß die Gesellschaft, die besteht, aber nicht zu Recht, untergehen (vergl. Anm. 11 u. 12 zu § 309), ihre Verhältnisse müssen abgewickelt werden. Die Liquidationsvorschriften finden entsprechende Anwendung. Auch die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft besteht für die Zwecke der Liquidation (Denkschrift S. 172). Es sind Liquidatoren einzutragen, dieselben funktioniren nach außen beschränkt, wie das die Liquidation mit sich bringt, nach innen funktioniren sie jetzt zu Recht (vergl. Anm. 12 zu § 309, insbesondere darüber, ob neue Gesellschaftsorgane zu wählen sind).

   b) **Besonders wird bestimmt, daß die bis zur Eintragung der Nichtigkeit im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werden.** Die Liquidatoren können sich nicht auf den Standpunkt stellen, die Gesellschaft habe, da sie nichtig war, im Rechtsverkehr überhaupt nicht auftreten können. Den Rechtsverkehr geht vielmehr die Nichtigkeit nichts an, solange sie nicht offenkundig ist, für den Rechtsverkehr ist die Gesellschaft giltig, so lange sie eingetragen ist (vergl. Anm. 11 zu § 309). Auch die in der Zwischenzeit zwischen der Nichtigkeitserklärung und der Eintragung der Nichtigkeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte machen hiervon keine Ausnahme. Dies ergiebt sich deutlich aus § 311 Abs. 2, besonders im Zusammenhange mit § 311 Abs. 1. Es kann nicht etwa § 15 herangezogen und behauptet werden, daß der Dritte, der von dem rechtskräftigen Nichtigkeitsurtheil Kenntniß hatte, die Nichtigkeit gegen sich gelten lassen müsse. Denn sonst müßte man noch weiter gehen und annehmen, daß jeder, der die Nichtigkeit überhaupt kannte, sie auf Grund des § 15 gegen sich gelten lassen müsse. Denn das Urtheil stellt die Nichtigkeit nur fest, die einzutragende Thatsache ist, wie § 311 Abs. 1 ergiebt, nicht das Nichtigkeitsurtheil, sondern die Nichtigkeit. Wer daher den § 15 für anwendbar hält, muß die Folgerung ziehen, daß, wer diese Thatsache kennt, sie gegen sich gelten lassen muß, noch ehe sie eingetragen ist. Das aber führt zu den größten Härten und Inkonvenienzen und steht mit § 311 in Widerspruch (anders Liebmann, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Aufl. Anm. 3 zu § 77 des gedachten Gesetzes). Anm. 4.

   c) **Die Gesellschafter haben die versprochenen Zahlungen zu leisten, soweit dies zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.** Dies ist auch sonst bei der Liquidation der Fall (vergl. Anm. 2 zu § 298). So lange die Nichtigkeit nicht eingetragen ist, können sie die Einzahlung überhaupt verweigern (vergl. Anm. 11 zu § 309). Nun aber, da die Nichtigkeit eingetragen, ein geordnetes Abwickelungsstadium daher eingetreten ist, lebt die Einzahlungspflicht wieder auf, soweit die Zwecke der Abwickelung reichen. Vorausgesetzt ist hierbei, daß die Verpflichtung zur Leistung nach sonstigen Grundsätzen nicht unverbindlich ist. Hierbei kommen besonders in Betracht Anm. 5.

die Folgen der mangelnden Form der Aktienübernahme nach § 182 Abs. 1 und die Frage der Heilung dieser Form (vergl. Anm. 23 zu § 182; vergl. auch Anm. 11 flg. zu § 189).

Anm. 6. Nicht gebilligt werden kann die Annahme Pinner's S. 326 und Rudorff's S. 237, wonach die Aktionäre nur pro rata haften sollen. Der Gesellschaft haftet jeder Aktionär für den vollen Betrag, soweit die Einzahlung nöthig ist zum Zwecke der Abwickelung. Der Regreß unter den Aktionären regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Anm. 7. d) Zu erwähnen ist weiter, daß die Liquidation nach § 302 Abs. 4 auch wieder erneuert werden kann, wenn sich neues Vermögen findet.

Anm. 8. e) Auch der Konkurs kann über die für nichtig erklärte Gesellschaft ausbrechen (Denkschrift S. 172), und zwar sowohl vor der Eintragung der Nichtigkeit, als auch nach der Eintragung derselben.

Anm. 9. f) Die Umgründung in eine neue Gesellschaft kann nur auf Umwegen erfolgen, nicht etwa im Wege eines einfachen Fortsetzungsbeschlusses (vergl. über denselben Anm. 1—3 zu § 307). Auch für den Fall des Zwangsvergleichs gilt dies.

Sechster Titel.

Strafvorschriften.

§ 312.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Anm. 1. **Vorbemerkung. Allgemeines über die Strafbestimmungen des Aktienrechts.** Die Strafbestimmungen des Aktiengesetzes v. 1884 verdanken ihre Entstehung der Erfahrung, daß die allgemeinen Strafbestimmungen nicht ausreichen, um den auf dem Gebiete des Aktienwesens zu Tage getretenen Mißständen zu begegnen. Deshalb hatte schon die Novelle von 1870 Sonderbestimmungen eingeführt, mehr noch das Aktiengesetz v. 1884. Die Vorschriften des letzteren haben insbesondere die Tendenz, nicht bloß den vollendeten Betrug, sondern schon das betrügliche, auf Täuschung und Schädigung Anderer abzielende Gebahren, das betrügerische Manöver ohne Rücksicht auf den täuschenden oder schädigenden Erfolg zu bestrafen, insbesondere bei der Gründung, bei Wahrnehmung der Rechte in der Generalversammlung und bei Ausübung der Pflichten gegenüber der Gesellschaft. Die Vorschriften des Aktiengesetzes von 1884 sind im Großen und Ganzen unverändert in das neue H.G.B. übergegangen. Der Art. 249d Nr. 1 u. 2, welcher gegen den sich mit betrügerischen Manipulationen vollziehenden Aktienhandel gerichtet war, ist zwar gestrichen, aber nur deshalb, weil er durch § 75 des Börsengesetzes überflüssig geworden war (vergl. unten den Exkurs zu § 318).

Anm. 2. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs finden selbstverständlich auch auf diese Vorschriften Anwendung: wegen der Theilnahme insbesondere die §§ 47—50 Str.G.B., wegen der Verjährung § 67, ebenso wegen des Versuches §§ 43—46. Daraus folgt, daß der Versuch bei allen hier in Rede stehenden Delikten nicht strafbar ist, da es sich überall um Vergehen handelt und der Versuch hier nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist (§ 43 Str.G.B.).

Anm. 3. Auch die Bestimmungen der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes finden Anwendung auf diese Delikte. Daraus folgt, daß sie alle zur Zuständigkeit der

Strafkammer gehören (§§ 73 Ziffer 1; 27 Ziffer 1; 27 Ziffer 2 G.V.G.). **Uebergangsbestimmungen** sind für die strafrechtlichen Vorschriften nicht gegeben und auch nicht nöthig. Als Uebergangsvorschrift gilt der § 2 Str.G.B., wonach bei Verschiedenheit der Gesetze zur Zeit der That und zur Zeit der Aburtheilung das mildeste Gesetz zur Anwendung kommt, so daß, wenn das letztere Gesetz den Thatbestand nicht bestraft, Straflosigkeit eintritt.

Der vorliegende Paragraph bestraft absichtliche Benachtheiligung der Gesellschaft durch ihre Leiter. Anm. 4. Die Vorschrift ist nachgebildet dem Untreue-Paragraphen des Strafgesetzbuchs (§ 266) und es ist daher auch auf die zu diesem Paragraphen ergangene Judikatur zu verweisen. Zum Thatbestande des Delikts gehören folgende Merkmale:

1. **Vorstandsmitglieder, Liquidatoren oder Aufsichtsrathsmitglieder** müssen es sein. (Wegen der Komplementare einer A.K.G. siehe zu § 320). Auch auf ein Handeln vor Eintragung der Gesellschaft ist der Paragraph zu beziehen (Kleinfeller bei Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze 1. Aufl. S. 169, 170; vergl. R.G. 5 S. 18). Ob er die Handlung gerade als Organ begangen hat, ist nicht entscheidend; auch wenn er als Gegenkontrahent handelt, fällt die Handlung darunter, weil die Eigenschaft als Organ ihm unablöslich anhaftet (R.G. in Strafsachen 26 S. 137). Auch sein Recht als Aktionär darf er nicht zum Nachtheil der Gesellschaft ausüben (z. B. nicht stimmen für einen der Gesellschaft nachtheiligen Beschluß). Vergl. unten Anm. 6.
2. **Handeln.** Der Begriff ist nicht wörtlich zu nehmen: auch absichtliche und pflichtwidrige Unterlassungen gehören zum Thatbestande (R.G. in Strafsachen 11 S. 414). So ist z. B. ein Mitglied des Aufsichtsraths oder des Vorstandes strafbar, wenn es absichtlich zum Nachtheil der Gesellschaft unterlassen hat, dem Vorstand oder Aufsichtsrath Anzeige von der Handlung eines anderen Vorstandsmitgliedes zu machen, durch welche die Gesellschaft geschädigt wird (Petersen und Pechmann S. 603). Immerhin wird bei bloßen Unterlassungen sorgfältig zu erwägen sein, ob mehr als Fahrlässigkeit vorliegt. Anm. 5.
3. **Absichtlich.** Nach der in den Berathungen geäußerten (K.B. zu Akt.-Ges. v. 1884) und in Wissenschaft und Praxis herrschenden Ansicht deckt sich dieser Begriff mit „vorsätzlich" oder „wissentlich", so daß nicht etwa eine besondere, auf Benachtheiligung hinzielende böse Absicht vorzuliegen braucht, vielmehr das Bewußtsein, daß die Handlung den benachtheiligenden Erfolg habe, genügt (vergl. R.G. in Strafsachen 1 S. 329; 7 S. 282; 26 S. 137). Der eventuelle Dolus genügt aber nach neueren Anschauungen bei den sog. Absichtsdelikten nicht; derselbe liegt vor, wenn der Handelnde das Bewußtsein hatte, die Handlung werde möglicher Weise den benachtheiligenden Erfolg haben, und er sie auch für diesen Fall wollte; bei den Absichtsdelikten dagegen muß der Thäter die Vorstellung haben, daß sein Handeln nothwendig den rechtswidrigen Erfolg haben werde (R.G. in Strafsachen 27 S. 217 u. S. 241, früher anders R.G. in Strafsachen 7 S. 279). Gerade bei dem vorliegenden Delikte wäre es ein Nonsens, sich mit dem Bewußtsein der möglichen Benachtheiligung zu begnügen, da im geschäftlichen Leben meist gehandelt wird in dem Bewußtsein, daß das Geschäft auch unglücklich ausfallen, statt des erhofften Gewinnes auch Schaden bringen kann. Das liegt im geschäftlichen Risiko. Vergl. Weiteres zu Anm. 9. — Der dolus fehlt, wenn die Handlung sich als Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses oder der Anweisung des Aufsichtsraths, dem der Vorstand zu gehorsamen verpflichtet ist, darstellt; denn man kann nicht Untreue begehen, indem man dem Willen des Machtgebers gemäß handelt. Indessen kann andererseits schon in der Herbeiführung der Abstimmung die Absicht der Benachtheiligung liegen; diese Herbeiführung kann darin liegen, daß die Aktionäre bewogen werden, in dem der Gesellschaft nachtheiligen Sinne zu stimmen, oder auch dadurch, daß der Vorstand oder der Aufsichtsrath in diesem Sinne stimmt (vergl. Anm. 4). Wer diese Interessenkollision vermeiden will, muß eben eines aufgeben: entweder die Aktionäreigenschaft oder wenigstens die Ausübung des Stimmrechts oder die Stellung als Gesellschaftsorgan. — Der Begriff absichtlich ist dadurch allein nicht erfüllt, daß das Gesellschaftsorgan seine Befugnisse überschreitet, so z. B. wenn der Vorstand einem für ihn verbindlichen Aufsichtsrathsbeschlusse zuwiderhandelt. Darin liegt eine civilrechtlich unberechtigte Handlungsweise, die ihn zum Schadens- Anm. 6.

ersatz verpflichtet, wenn sie zum Schaden ausschlägt, und der Zuwiderhandelnde kann sich hiergegen nicht damit entschuldigen, daß er das Beste der Gesellschaft wollte und anzunehmen nach Lage der Sache berechtigt war. Aber strafrechtlich ist er in diesem Falle entschuldigt. Er hat nicht absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft gehandelt.

Anm. 7. 4. **Nachtheil der Gesellschaft.** Das Kriterium ist gleichbedeutend mit dem der Vermögensschädigung beim Betruge (R.G. in Strafsachen 27 S. 40, vergl. daher R.G. in Strafsachen 14 S. 404; 16 S. 79). Der Nachtheil muß eingetreten sein (R.G. in Strafsachen 27 S. 39). Eine dauernde Benachtheiligung ist aber nicht erforderlich (Rechtsprechung des Reichsgerichts 1 S. 275; 2 S. 154). Späterer Ersatz beseitigt das Delikt nicht (Reichsgericht in Blums Annalen 7 S. 24). Entgangener Gewinn ist nur ausnahmsweise Nachtheil, nämlich wenn auf die Erlangung desselben ein rechtsbegründeter Anspruch bestand oder wenn die Erlangung ohne die schädigende Handlung gewiß war (R.G. in Strafsachen 23 S. 57; 26 S. 241; 27 S. 43). Schon die Gefährdung der Gesellschaft kann eine Schädigung derselben bedeuten (R.G. in Strafsachen 9 S. 168). Aber es muß eine Gefährdung sein, die über das gewöhnliche geschäftliche Risiko hinausgeht; denn an sich wohnt die Verlustgefahr den meisten Geschäften inne (vergl. oben Anm. 6).

Anm. 8. 5. **Nicht vorausgesetzt ist, daß in concreto die Absicht vorliegt, sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen,** obwohl der Gesetzgeber davon ausging, daß dies meist der Fall sein wird, und aus diesem Grunde neben der Gefängnißstrafe gleichzeitig die Geldstrafe normirt hat (Motive zum Aktiengesetz 2 S. 250).

Anm. 9. 6. **Die Anwendung des Paragraphen, insbesondere der Kriterien absichtlicher Benachtheiligung,** darf nicht aus den Augen lassen, daß der Paragraph nur dolose Schädigungen treffen will.

Es muß nun bei Beurtheilung der Thätigkeit von Leitern der Aktienvereine in Betracht gezogen werden, daß ihre Stellung eine ganz andere ist, als die von Vormündern. Der Vormund hat ein vorhandenes Vermögen zu verwalten, es zusammenzuhalten und nutzbringend, aber sicher anzulegen. Die Aktiengesellschaft dagegen ist eine Erwerbsgesellschaft. Die Leitung derselben bringt es nothwendig mit sich, daß nicht immer gefahrlose Geschäfte gemacht werden, sondern daß gewagt wird, daß Ausgaben gemacht werden, denen nicht auf der Stelle ein verwerthbares Aequivalent auf dem Fuße folgt, wie z. B. kostspielige Insertionen, Reisen, Ausstellungen, Experimente. Die Absicht der Benachtheiligung kann aber nur dann als vorliegend erachtet werden, wenn die Absicht vorliegt, für die Gesellschaft eine Vermögensminderung herbeizuführen, nicht um ihr gleichzeitig nützen zu wollen, sondern um Zwecke zu verfolgen, die außerhalb der Gesellschaftsinteressen liegen.

Anm. 10. Deshalb fallen auch Freigebigkeiten unter den vorliegenden Paragraphen nicht, wenn man der Gesellschaft dadurch nützen will, wie z. B. wenn eine Versicherungsgesellschaft formell nicht zu Recht bestehende Ansprüche befriedigt, um ihr geschäftliches Renommée zu heben.

Das der Gesellschaft Nützen darf dabei nicht zu eng gefaßt werden, nicht in der Bedeutung von bloßen vermögensrechtlichen Vortheilen. Vielmehr darf nicht aus den Augen gelassen werden, daß die Aktiengesellschaft nicht bloß in juristischer Hinsicht eine Person ist und ihre Stellung mitten im Kreise der Rechtsgenossen hat, sondern daß sie durch die Entfaltung ihrer Thätigkeit im wirthschaftlichen Leben auch in dieser Hinsicht gewissermaßen ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft geworden ist. Die soziale Stellung der Aktiengesellschaft ehrenvoll zu gestalten, gehört ebenso zu den Aufgaben ihrer Leiter, wie die Erzielung von Gewinn.

Anm. 11. Hieraus folgt, daß es durchaus in den Bereich der Aufgaben von Aktienvereinsleitern gehört, sich bei freiwilligen Gaben zur Erreichung von gemeinnützigen, milden oder auch patriotischen Zwecken zu betheiligen oder sonst Ausgaben zu machen, die zwar den Charakter von freiwilligen Zuwendungen haben, aber bei Ausübung der von der Aktiengesellschaft entwickelten gewerblichen Thätigkeit üblich sind, so z. B. wenn es sich um das übliche Richtfest bei Erbauung eines neuen Fabrikgrundstücks handelt, um Gratifikationen an das Personal, um Unterstützungen bei Erkrankungen und Unglücksfällen, um Gnadengehälter

für Beamtenwittwen, um Niederlegung eines Kranzes auf das Grab des Vorsitzenden des Aufsichtsraths, um Illuminirung des Gesellschaftsgrundstückes zu des Landesherrn Geburtstagsfeier.

In allen diesen Fällen ist der Thatbestand des vorliegenden Paragraphen zu verneinen, nicht weil das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mangelt — sonst würden juristisch gebildete Direktoren dem Strafgesetze verfallen —, sondern weil der richtig aufgefaßte Begriff der Benachtheiligungsabsicht fehlt (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 249; Förtsch Anm. 5 zu Art. 249).

7. **Strafe.** Der geringste Betrag der Geldstrafe ist 3 Mark, die Gefängnißstrafe bewegt sich zwischen einem Tage und 5 Jahren (§§ 16 u. 27 Str.G.B.). Das neue H.G.B. hat die Annahme mildernder Umstände und bei ihrem Vorliegen die Geldstrafe eingeführt — eine sehr sachgemäße Neuerung. Anm. 12.

8. **Ueber Versuch und Theilnahme** vergl. die Vorbemerkung. Anm. 13.

§ 313.

Mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark werden bestraft:

1. Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister in Ansehung der Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals, des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen;
2. diejenigen, welche in Ansehung der vorerwähnten Thatsachen wissentlich falsche Angaben in einer im § 203 bezeichneten Ankündigung von Aktien machen;
3. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths, die zum Zwecke der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister in Ansehung der Einzahlung des bisherigen oder der Zeichnung oder Einzahlung des erhöhten Kapitals oder in Ansehung des Betrags, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, oder in Ansehung der im § 279 bezeichneten Festsetzungen wissentlich falsche Angaben machen.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Der Paragraph bestraft wissentlich falsche Angaben bei der Gründung und bei der Ausgabe von Aktien und will dadurch verhindern, daß Gesellschaften eingetragen werden, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Entstehung thatsächlich und reell vorhanden sind, und daß Aktien emittirt und in den Verkehr gebracht werden, die nur Scheinwerthe sind. Bestraft wird auch hier das betrügliche Manöver als solches, ohne Rücksicht darauf, ob Jemand getäuscht oder geschädigt wurde (vergl. die Vorbemerkung zu § 212). Einleitung.

1. **Bestraft werden:** Anm. 1.

a) Die bei der Gründung betheiligten Personen wegen wissentlich falscher Angaben über die wesentlichen Voraussetzungen der Entstehung einer Gesellschaft. Die Angaben müssen behufs Eintragung eines Gesellschaftsvertrages gemacht sein. Daraus folgt, daß auch die in § 191 vorgesehene Erklärung darunter fällt (R.G. in Strafsachen 18 S. 111). Eine Gründungsvergütung muß als solche angegeben und darf nicht in den Illationspreis eingekleidet (R.G. in Strafsachen 18

S. 105), noch auch sonst verschleiert werden. Die Angaben müssen unwahr sein. Vergl. hierzu Näheres Anm. 6 ffg. zu § 202 u. Anm. 12 ffg. zu § 195. Mehrere falsche Angaben, auch in verschiedenen Schriftstücken, durch dieselbe Person behufs Eintragung desselben Gesellschaftsvertrages sind eine strafbare Handlung (R.G. in Strafsachen 18 S. 115). Daß unter den Gründern sich Strohmänner befinden, also Personen, die in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung Aktien übernehmen, macht die Erklärungen nicht zu unwahren; denn die Strohmänner sind wahre Gründer (vergl. R.G. 28 S. 77; R.G. in Strafsachen 30 S. 312; siehe auch Anm. 24 zu § 189). Zu bemerken ist ferner, daß nur falsche Angaben über Zeichnung und Einzahlung, nicht auch über den gegenwärtigen Besitz des Geldes hier erwähnt sind. Nach R.G. in Strafsachen 24 S. 291 (vergl. R.G. in Strafsachen 30 S. 319) sollen sie gleichwohl mitgetroffen sein, weil der Besitz nur eine Modalität der Einzahlung sei. Die Entscheidung ist bedenklich. Der gedachte Grund ist nicht zutreffend: der fortdauernde Besitz ist keine Modalität der Einzahlung, die Einzahlung kann mit allen denkbaren Modalitäten rite erfolgt sein, ohne daß der Besitz zur Zeit der Anmeldung vorhanden ist. Auch erwähnt der § 195 Abs. 3 die Einzahlung und den Besitz als zwei gesonderte Begriffe, die vorliegende Strafvorschrift aber nur den ersten, und nulla poena sine lege.

Anm. 2. b) Die Emissionshäuser wegen wissentlich falscher Ankündigung. Ueber den Begriff der Ankündigung und über ähnliche Fragen vergl. § 203. Insbesondere wird hierunter eine vom Börsenvorstand erlassene Ankündigung nicht fallen, auch wenn sie im Auftrage des Emissionshauses erlassen ist (anders R.G. in Strafsachen 3 S. 95).

Anm. 3. c) Die bei der Kapitalserhöhung betheiligten Personen für wissentlich falsche Angaben über die wesentlichen Voraussetzungen der Kapitalserhöhung. Ueber die hier in Frage kommenden Begriffe vergl. die §§ 278 ffg.

Anm. 4. 2. **Ueber die Strafe** vergl. die Anm. 12 zu § 312.

3. **Der Versuch** ist auch hier nicht strafbar.

4. **Wegen Theilnahme** vergl. die Vorbemerkung zu § 312.

5. **Konkurrenz mit anderen Delikten,** insbesondere mit Betrug und Fälschung ist nicht ausgeschlossen.

6. **Wegen der Zuständigkeit** vergl. die Vorbemerkung zu § 312.

§ 314.

Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden mit Gefängnis bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft, wenn sie wissentlich

1. in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern;
2. auf Namen lautende Aktien, in denen die im § 179 Abs. 4 vorgeschriebene Angabe nicht enthalten ist, oder auf den Inhaber lautende Aktien ausgeben, bevor darauf der Nennbetrag oder, falls der Ausgabepreis höher ist, dieser Betrag voll geleistet ist;
3. Aktien oder Interimsscheine ausgeben, bevor die Gesellschaft oder im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals die erfolgte Erhöhung in das Handelsregister eingetragen ist;
4. außer den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, die auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt sind;

5. in den Fällen des § 180 Abs. 2, 3 Aktien oder Interimsscheine ausgeben, in denen die im § 180 Abs. 4 vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten sind.

Im Falle der Nr. 1 kann zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Der vorliegende Paragraph bestraft Pflichtwidrigkeiten der Gesellschaftsleiter durch unrichtige Darstellungen und unzulässige Ausgabe von Aktien.

1. (Ziffer 1.) **Unrichtige Darstellungen.** Anm. 1.

a) Die Darstellungen müssen von den Leitern in ihrer dienstlichen Eigenschaft ausgehen. Hauptsächlich sind die Bilanzen und Geschäftsberichte gemeint, wobei zu bemerken ist, daß die Bilanz und der Geschäftsbericht jeder für sich die Wahrheit enthalten muß; es verstößt gegen das Gesetz, wenn die Bilanz Unrichtigkeiten enthält, welche der Geschäftsbericht erläuternd berichtigt, z. B. unrichtige Bewerthungen, die der Geschäftsbericht zugiebt und entschuldigt. Private Erklärungen fallen unter die Strafvorschrift dieses Paragraphen nicht, ebenso wenig Berichte, die, wie man sich ausdrückt, in die Presse lancirt sind, wohl aber Bekanntmachungen, die ersichtlich von den Leitern ausgehen, wobei nicht entscheidend ist, daß sie von ihnen unterschrieben sind, und auch nicht, ob sie zu der Bekanntmachung verpflichtet waren, wie z. B. bei Publikation einer Semestralbilanz ohne Unterschrift des Vorstandes und Aufsichtsraths; auch Mittheilungen an Private genügen, wenn sie nur von den Gesellschaftsorganen in offizieller Eigenschaft abgegeben werden, so z. B. wenn sich ein Aktionär nach dem Geschäftsgange erkundigt und ihm hierüber vom Vorstande Auskunft ertheilt wird oder vom Aufsichtsrathsvorsitzenden in dieser Eigenschaft, nicht aber, wenn der Aufsichtsrathsvorsitzende zugleich Bankier ist und in dieser Eigenschaft die Auskunft ertheilt. Die Vorträge brauchen nicht gerade in der Generalversammlung gehalten zu sein, auch Berichte an den Aufsichtsrath, selbst wenn sie nicht für die Aktionäre bestimmt waren, fallen darunter (R.G. in Strafsachen 5 S. 146). Einer unwahren falschen Darstellung macht sich auch der Aufsichtsrath schuldig, wenn er die falsche Darstellung des Vorstandes in seinem Geschäftsberichte bewußter Weise passiren läßt, ohne in seinen Bemerkungen auf die Unrichtigkeit hinzuweisen (R.G. in Strafsachen 14 S. 80).

b) Unwahr ist die Darstellung nicht bloß dann, wenn falsche Thatsachen darin enthalten Anm. 2.
sind, sondern auch, wenn sie bewußt unrichtige Schätzungen enthält, z. B. wenn die Außenstände erheblich über ihre wahrscheinlichen Werthe angegeben sind (R.G. in Strafsachen 14 S. 80), ebenso, wenn Grundstücke über ihren Werth angegeben sind, eingetretene Abnutzungen nicht abgeschrieben, Waarenvorräthe zu hoch abgeschätzt sind u. s. w. Freilich wird man bei Schätzungen stets sehr vorsichtig in der Anwendung der Strafbestimmung sein müssen. Nur auffällige, in die Augen springende Fehlschätzungen werden hier geahndet werden können. Denn Differenzen kommen hier immer vor, oft auch sehr erhebliche. Schätzungen sind eben Meinungssache und fallen immer verschieden aus. Das Sprichwort „Taxen sind Faxen" enthält zwar eine Uebertreibung, aber doch einen wahren Kern.

Die unwahre Darstellung braucht nicht gerade für die Gesellschaft günstig zu sein, Anm. 3.
auch ungünstige Darstellungen fallen darunter. Denn durch solche unrichtige Darstellungen kann ungünstig auf den Kurs eingewirkt und dadurch der Markt unzulässig beeinflußt werden. Der Umstand jedoch, daß die Bilanz Abschreibungen oder Minderbewerthungen enthält, durch die der Werth der Aktien geringer erscheint, als er in Wahrheit ist, wird regelmäßig zum Gegenstand strafrechtlichen Vorwurfs nicht gemacht werden, da ein solches Verfahren üblich und gesetzlich ist und den Grundsätzen der Solidität entspricht (vergl. Anm. 4 u. 6, auch Anm. 6 Note 1 zu § 261). Der

Aktionär muß also darauf gefaßt sein, daß solche Minderbewerthungen versteckt in der Bilanz enthalten sind, die Interessen der Gläubiger aber sind dadurch nur gewahrt. Eine Bilanz mit versteckten Reserven enthält daher, wenn sonstige Momente nicht hinzutreten, keinen Verstoß gegen die vorliegende Strafvorschrift (vergl. auch Neukamp in G.Z. 48 S. 457). Aber es darf durch die Vorlagen nicht der fälschliche Schein erweckt werden, als enthalte sie keine versteckten Reserven. Bemerkungen im Geschäftsbericht können z. B. diesen Schein erwecken. Ebenso wenn, um einen gemachten Zufallsgewinn nicht zu vertheilen, eine Abschreibung auf einem Konto gemacht wird, das schlechterdings nur mit dem Nennwerth beziffert werden kann z. B. auf dem Konto Kassabestand oder Guthaben bei der Reichsbank. Alsdann wäre unser Paragraph verletzt. Das Interesse der Aktionäre an der Dividende, dem Anspruche aus § 213, an der Anfechtungsmöglichkeit nach § 271 Abs. 3 S. 2 wäre dadurch dolos verletzt — dies gegen Neukamp a. a. O. — und auch der Markt würde dadurch in ungehöriger Weise beeinflußt werden.

Anm. 4. c) Verschleierung ist diejenige Art der Darstellung, welche die wahre Thatsache undeutlich oder unkenntlich macht, und zwar dergestalt, daß dadurch eine unrichtige Beurtheilung der Sachlage veranlaßt wird (Renaud, Aktiengesellschaften S. 623). Das Verschweigen einer erheblichen Thatsache kann darunter fallen (Kleinfeller bei Stenglein 1. Aufl. S. 179).

Anm. 5. d) Der Stand der Verhältnisse ist ein weiterer Begriff als der Begriff Vermögensstand. Er umfaßt nicht bloß wie dieser, die Aktiva und die Schulden, sondern alle Verhältnisse: den Gang des Geschäfts, die Aussichten für die Zukunft u. s. w. (vergl. R.G. in Strafsachen 21 S. 172).

Anm. 6. 2. (Ziffer 2—5). **Unzulässige Ausgaben von Aktien.**

a) Ueber die einzelnen hier vorkommenden Begriffe vergl. die Erläuterung zu den angezogenen Paragraphen.

Anm. 7. b) Die Delikte liegen auch dann vor, wenn der Generalversammlungsbeschluß auf Ausgabe von Aktien ungiltig war. Es kommt nur darauf an, daß die Gesellschaftsorgane bei der unzulässigen Aktienausgabe den Willen hatten, in Ausführung eines die Erhöhung anordnenden Beschlusses zu handeln (R.G. in Strafsachen 30 S. 355).

Anm. 8. c) Ueberall ist bei den Ziffern 2—5 Wissentlichkeit vorausgesetzt. Früher war dies nur bei Ziffer 1 ausgesprochen, bei den übrigen Nummern streitig. Die Streitfrage ist geschlichtet im Sinne der milden Ansicht, die nunmehr auch den vor dem 1. Januar 1900 geschehenen Thatbeständen zu Gute kommt (§ 2 Str.G.B.).

Anm. 9. 3. **Ueber Strafe, Versuch, Theilnahme, Konkurrenz, Verjährung** u. s. w. vergl. Anm. 4 zu § 313.

§ 315.

Mit Gefängniß bis zu drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark werden bestraft:

1. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sowie die Mitglieder des Aufsichtsraths, wenn länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist oder in dem letzteren die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat;
2. die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren, wenn entgegen den Vorschriften des § 240 Abs. 2 und des § 298 Abs. 2 der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens unterblieben ist.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Straflos bleibt derjenige, bezüglich dessen festgestellt wird, daß die Bestellung oder Ergänzung des Aufsichtsraths oder der Eröffnungsantrag ohne sein Verschulden unterblieben ist.

Der Paragraph bestraft die Gesellschaftsleiter, wenn sie nicht für einen gehörigen Aufsichtsrath sorgen oder nicht den Konkurs beantragen, wo das Gesetz dies erfordert.

1. Objektiv ist vorausgesetzt: Anm. 1.

a) bei Ziffer 1: Daß länger als 3 Monate kein Aufsichtsrath[1]) oder kein solcher mit beschlußfähiger Zahl vorhanden ist.

α) Es kommt hiernach nur auf das Vorhandensein der vorschriftsmäßigen Zahl an. Ob die vorhandenen Mitglieder (etwa durch Krankheit) verhindert sind zu fungiren, darauf kommt es nicht an. Auch handelt es sich nur um die zur Beschlußfassung erforderliche Zahl. Ob im Uebrigen die statutarische Zahl vorhanden ist, ist gleichgültig, so z. B. wenn das Statut beim Ausscheiden von Mitgliedern sofortige Ergänzung anordnet, aber auch eine geringere Zahl für beschlußfähig erklärt (O.L.G. Dresden in Annalen Bd. 8 S. 502). Daß der Aufsichtsrath sich besonders konstituirt, d. h. einen Vorsitzenden u. s. w. wählt, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; wo es statutarisch vorgesehen ist, fällt die Unterlassung gleichwohl nicht unter die vorliegende Strafbestimmung.

β) Die vorschriftsmäßige Zahl aber muß unbedingt vorhanden sein. Anm. 2. Das Fehlen einer diesbezüglichen statutarischen Bestimmung ändert daran nichts (R.G. in Strafsachen 5 S. 162), ebensowenig eine statutarische Bestimmung, daß die Erneuerung des Aufsichtsraths nach längerer Zeit vorgesehen oder daß bestimmt ist, die Ergänzung oder Neuwahl finde nur in der ordentlichen Generalversammlung statt. Solche Bestimmungen sind ungültig, soweit sie mit vorstehendem Paragraphen in Widerspruch treten (Ring Anm. 1 zu Art. 249c). Ja selbst, daß der Gesellschaftsvertrag und damit die Gesellschaft wegen wesentlichen Mangels in ihren Existenzbedingungen als ungültig zu betrachten ist, ändert hieran nichts; entscheidend ist vielmehr die äußere Erscheinung als Aktiengesellschaft in Folge der Eintragung in das Handelsregister (R.G. in Strafsachen 5 S. 162).

Wann Beschlußfähigkeit vorhanden ist, darüber vergl. Anm. 14 zu § 246.

Ob ältere Gesellschaften, die keinen Aufsichtsrath haben, einen solchen errichten müssen, darüber vergl. Anm. 5 zu § 190.

b) bei Ziffer 2, daß der Konkurs nicht beantragt wird, obwohl ein Fall des § 240 Abs. 2 vorliegt. Anm. 3. Wann ein Fall des § 240 Abs. 2 vorliegt, darüber vergl. die Erläuterung zu diesem Paragraphen. Nachträgliche Konkursbeantragung beseitigt die Strafbarkeit nicht. Der Konkurs soll zum Schutze aller Interessenten sofort beantragt werden, sobald die Voraussetzungen gegeben sind. Immerhin muß die Vorschrift, wenn sie nicht gegen die Absicht des Gesetzes destruktiv wirken soll, doch dahin ausgelegt werden, daß nicht sofort im Momente, wo sich der Vorstand von der Zahlungsunfähigkeit oder von der Ueberschätzung überzeugt, Konkurs beantragt werden muß. Eine mäßige Spanne Zeit kann vorübergehen, wenn dieselbe dazu benutzt wird, um durch Geldbewilligung oder Stundung den Zustand zu beseitigen, und die schwebenden Verhandlungen nicht aussichtslos sind.

2. Subjektiv ist der Nachweis des Verschuldens erforderlich, das geht aus dem letzten Absatz hervor. Anm. 4. Der frühere Art. 249c hatte die eigenthümliche Fassung, daß die Strafe gegen den nicht eintrete, der „nachweise, daß die Unterlassung ohne Verschulden unterblieben sei." Das wurde dahin ausgelegt, daß die objektiven Voraussetzungen genügen, der Angeklagte sich aber exkulpiren könne. Hiergegen wendet sich offensichtlich der Abs. 3 unseres Paragraphen, was Pinner S. 333 mit Unrecht bestreitet. Es ist in unserem Paragraphen nur bestimmt, daß, wenn festgestellt wird, die Unterlassung sei ohne Verschulden des Angeklagten erfolgt, Straflosigkeit eintrete. Ueber die Beweislast ist nichts gesagt. Mithin greift der allgemeine Grundsatz des Strafrechts Platz, daß dem Angeklagten seine Schuld bewiesen werden muß. — Die Schuld kann Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein. — Als genügende Ent-

[1]) Der Aufsichtsrath wird nicht bestraft, wenn länger als 3 Monate kein Vorstand vorhanden ist.

schuldigung werden nach Bewandtniß der Umstände Krankheit, Abwesenheit gelten, jedenfalls aber, daß die Gesellschaftsleiter das Ihrige gethan haben, um die Wahl des Aufsichtsraths herbeizuführen. Sie selbst können die Wahl nicht vornehmen. Sie können nur die Generalversammlung zu diesem Zwecke einberufen und ihr die Vorlage machen. Kommt hierbei eine Wahl nicht zu Stande, oder nimmt der Gewählte die Wahl nicht an, so sind die Leiter der Gesellschaft von ihrer Verantwortlichkeit frei. Ebenso wenn die Gesellschaft die Mittel nicht besitzt, welche die Einberufung einer Generalversammlung erfordert. Rechtsirrthum schließt die Fahrlässigkeit dann nicht aus, wenn es sich um Unkenntniß des Strafgesetzes handelt, wohl aber dann, wenn der Leiter der Gesellschaft trotz vorsichtiger Erkundigung über seine Pflichten im Irrthum geblieben ist (R.G. in Strafsachen 5 S. 161; vergl. auch Anm. 2 zu § 241).

Anm. 5. Subjekt des Deliktes ist jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator, der letztere deshalb, weil auch während der Liquidation der Konkursfall eintreten kann, und jedes Mitglied ohne Rücksicht darauf, ob es im Kollegium überstimmt ist, weil jedes den Antrag stellen kann (§ 208 K.O.). Daher ist auch § 298 Abs. 2 citirt.

Anm. 6. 3. **Strafe.** Die kumulativ vorgesehene Geldstrafe kann bei der Umwandlung in Gefängnißstrafe mehr betragen, als die Gefängnißstrafe. Die für den Fall der mildernden Umstände aber angeordnete Geldstrafe darf bei der Umwandlung jedenfalls nicht den Höchstbetrag der principal angeordneten Gefängnißstrafe betragen (R.G. in Strafsachen 11 S. 132).

Anm. 7. **Zusatz.** Das Ordnungsstrafrecht ist hier nicht gegeben. Der Berliner Registerrichter wacht trotzdem darüber, daß immer ein gehörig besetzter Aufsichtsrath vorhanden ist (Anm. 5 zu § 319).

§ 316.

Wer über die Hinterlegung von Aktien oder Interimsscheinen Bescheinigungen, die zum Nachweise des Stimmrechts in einer Generalversammlung dienen sollen, wissentlich falsch ausstellt oder verfälscht oder von einer solchen Bescheinigung, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein.

Anm. 1. **Falsche Bescheinigungen und Benutzung falscher Bescheinigungen zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung.** Die Vorschrift setzt ein Statut voraus, welches die Hinterlegung von Aktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts erfordert. Bescheinigungen über solche Hinterlegungen dürfen nicht falsch ausgestellt werden, d. h. nicht von unlegitimirten Personen, und von den Legitimirten nicht über einen falschen Inhalt. Sonst sind die Aussteller strafbar und außerdem der Benutzer. Die Strafbarkeit des letzteren setzt aber voraus, daß derselbe wußte, daß die Bescheinigung falsch oder verfälscht war. Zum Gebrauchmachen genügt, daß die Bescheinigung dem zur Prüfung zuständigen Organ vorgezeigt wird zu dem Zwecke, um sich als Stimmberechtigter zu legitimiren. Als solches zuständiges Organ ist diejenige Person zu betrachten, welche im Namen der Gesellschaft die Stimmrechtslegitimation prüft. Unter Umständen ist dies auch ein Thürsteher, der zu kontrolliren hat, ob die in den Saal Tretenden die Bescheinigung oder die bei der Deposition ausgestellte Stimmkarte besitzen. Dagegen genügt nicht die Aushändigung der Bescheinigung an Jemanden, der von ihr vertretungsweise Gebrauch machen soll; vielmehr muß jene Vorzeigung hinzukommen (R.G. in Strafsachen 1 S. 230). Die Stimmabgabe muß hinzutreten. Sonst kann man nicht sagen, daß von der falschen Bescheinigung „zur Ausübung des Stimmrechts Gebrauch gemacht ist"; vielmehr ist es sonst bei der vorbereitenden Handlung oder beim Versuch geblieben. Der letztere ist nicht strafbar (Anm. 2 zu § 312).

Gar nicht unter den Thatbestand fällt eine Manipulation der Art, daß eine echte Bescheinigung von dem legitimirten Inhaber mitten in der Versammlung einer anderen Person übergeben wird, damit diese in seinem Namen stimmen solle, während der Berechtigte die Versammlung verläßt. Handelt diese Person dem Auftrage gemäß, — und bei großen Versammlungen kann dies sehr leicht unbemerkt geschehen —, so liegt intellektuelle Urkundenfälschung vor, weil der Notar veranlaßt wird, zu beurkunden, daß der Auftraggeber mitgestimmt hat, was doch nicht der Fall ist. Anm. 2.

§ 317.[1])

Wer sich besondere Vortheile dafür gewähren oder versprechen läßt, daß er bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher besondere Vortheile dafür gewährt oder verspricht, daß Jemand bei einer Abstimmung in der Generalversammlung in einem gewissen Sinne stimme oder an der Abstimmung in der Generalversammlung nicht Theil nehme.

Der Paragraph wendet sich gegen den sogenannten Stimmenkauf. Er will die Fälschung des Mehrheitswillens verhüten und durch seine Strafbestimmung verhindern, daß anders als aus freier Ueberzeugung gestimmt werde. Nachgebildet ist die Vorschrift dem § 243 K.O. Einleitung.

Ueber die einzelnen Thatbestandsmerkmale ist Folgendes zu bemerken:

1. **Bestraft wird derjenige, der sich die Vortheile versprechen oder gewähren läßt, und auch derjenige, der sie gewährt.** Letzteres ist neu, früher war dies streitig (vergl. unsere 5. Aufl. § 7 zu Art. 249e). Ob derjenige, dem die Vortheile gewährt oder versprochen wurden, sich zum Stimmen oder zur Stimmenthaltung *erboten* hat, oder ob er nur dem Drängen des andern Theils gefolgt ist, ist gleichgültig. In beiden Fällen sind Beide strafbar. Anm. 1.
2. **Besondere Vortheile für das Stimmen in einem gewissen Sinne** oder für die Stimmenthaltung. Der Aktionär muß sich also die Freiheit seiner Entschließung durch besondere Vortheile, d. h. durch Vortheile, welche sich nicht in Folge der Abstimmung selbst ergeben, haben abkaufen lassen. Anm. 2.
   a) *Unter besonderen Vortheilen* sind nicht bloß materielle zu verstehen, sondern auch ideelle oder sinnliche (zugesagte Protektion, Fetirung). Vgl. R.G. in Strafsachen 4 S. 48; 9 S. 166; Katz, Strafrechtliche Bestimmungen S. 109; Jordan a. a. O. S. 50; Ring Anm. 1 zu Art. 249e. Doch dies ist streitig. Anders Hergenhahn Anm. 4. Anm. 3.
   b) *Das Stimmen in gewissem Sinne oder die Stimmenthaltung* (die Hinzufügung der Stimmenthaltung fehlte im früheren Art. 249e; nach Jordan a. a. O. S. 40 war sie ihm angeblich inhärent) *muß zugesagt sein.* Wer sich dafür, daß er überhaupt der Generalversammlung beiwohnen oder stimmen werde, bezahlen läßt, ist nicht strafbar, weil er die Freiheit seiner Entschließung nicht verkauft hat, desgleichen, wer sich dafür bezahlen läßt, daß er im bestimmten Sinne plädirt. Die Zusage des Stimmens in gewissem Sinne liegt aber schon dann vor, wenn man sich verbindlich gemacht hat, im Interesse einer bestimmten Person oder mit einer bestimmten Person zu stimmen, mit ihr durch Dick und Dünn zu gehen (zust. Jordan a. a. O. S. 41). Anm. 4.

Der Zweck braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden; die Erkennbarkeit des Zwecks genügt (R.G. in Strafsachen 11 S. 222). Daß unter dem Einfluß gestimmt wurde, ist nicht erforderlich; wenn Gareis-Fuchsberger (S. 437 Note 234) und Anm. 5.

[1]) Literatur: Heinrich Jordan, Die Strafbarkeit des Strohmanns im Aktienrecht. Breslau 1897.

ihnen folgend Förtsch Anm. 5 zu Art. 249e, dieses Erforderniß aufstellen, so widerspricht dies dem Gesetze (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 249e: Jordan a. a. O. S. 3ffg.; Kleinfeller bei Stenglein 1. Aufl. S. 189). Ebenso ist es gleichgültig, ob der Bestochene sich der Abstimmung wirklich enthalten hat. — Als Abrede über Stimmenthaltung ist es natürlich aufzufassen, wenn die gänzliche Nichttheilnahme an der Generalversammlung seitens eines Stimmberechtigten zugesagt wird.

Anm. 6. 3. Getroffen sind nicht bloß Aktionäre, sondern auch Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter. Das sagen die Motive z. Akt.Ges. v. 1884 (II 256) und die Ausleger wiederholen dies mit Recht, auch fügen die letzteren hinzu, daß auch solche Personen, welche auf Grund einer Scheinübertragung in der Lage sind, eine Stimme abzugeben, sogenannte Strohmänner, getroffen sind. (Daß man gerade in dem Augenblicke der Versprechung Aktionär ist, ist nicht nothwendig; auch wer erst im Hinblick darauf Aktien erwerben will, fällt darunter [Ring Anm. 1 zu Art. 249e].) In Bezug auf die Bevollmächtigten und Strohmänner aber muß zur Vermeidung von Irrthümern eine Erläuterung hinzugefügt werden.

Was zunächst den Bevollmächtigten angeht, so bezieht sich das Strafverbot des vorliegenden Paragraphen nur insofern auf ihn, als er sich nicht von einem Dritten dafür bezahlen lassen darf, daß er in einem gewissen Sinne stimme oder sich der Stimme enthalte. Von seinem eigenen Mandanten kann er selbstverständlich dafür Belohnung annehmen, und der bezahlte Mandatar ist nicht minder, wie der unbezahlte, verpflichtet, die Instruktionen seines Mandanten zu befolgen. Das geht nicht bloß aus den Grundsätzen des Mandats hervor (vergl. §§ 665, 675 B.G.B.), sondern auch aus der ratio des vorliegenden Paragraphen, die ja nur eine Fälschung des Mehrheitswillens verhindern will. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn der Mandatar im Sinne seines Mandanten sich verhält, da es für den Mehrheitswillen gleichgültig ist, wer die Stimme in diesem Sinne abgiebt, wer sich der Abstimmung fernhält: Mandant oder Mandatar. (Zust. Ring Anm. 1 zu Art. 249e; ebenso Kleinfeller bei Stenglein 1. Aufl. S. 188.)

Anm. 7. Was nun den Strohmann anlangt, so steht dieser hinsichtlich der vorliegenden Frage dem Bevollmächtigten gleich. Gilt er auch der Gesellschaft gegenüber als der eigentliche Aktionär, so ist er doch in Bezug auf das innere Verhältniß zu demjenigen, der ihm die Aktien zum Zwecke der Theilnahme an der Versammlung übertragen hat, der Mandatar. Daß er sich für seine Theilnahme an der Generalversammlung und Abstimmung ungestraft bezahlen lassen darf, ist zweifellos (vergl. oben Anm. 6). Aber man muß weiter gehen und annehmen, daß der bezahlte Strohmann sich auch eine gebundene Marschroute auferlegen lassen darf. Er darf sich ungestraft verbindlich machen, in gewissem Sinne, nämlich im Sinne und Interesse seines Mandanten zu stimmen oder sich der Stimme zu enthalten. Diesem gegenüber ist er ja sogar verpflichtet, nach seinen Instruktionen zu handeln (vergl. Anm. 6). Auch hier ist eine Verfälschung des Mehrheitswillens nicht zu befürchten, da es für die Majorität gleichgültig ist, wer das Stimmrecht ausübt: Mandant oder Mandatar, wahrer Eigenthümer oder Strohmann. In Berlin giebt es Personen, die gewerbsmäßig die Vertretung in Generalversammlungen übernehmen, selbstverständlich gegen Entgelt. Sie erhalten zu ihrer Legitimation Aktien, und werden von einem Hauptaktionär oder einer Aktionärgruppe engagirt, um sie durch ihre Beredsamkeit in der Durchsetzung ihres Standpunktes zu unterstützen, und dann selbstverständlich auch mit den Aktien in ihrem Sinne zu stimmen. In alle dem liegt nichts Unerlaubtes. So ist auch der Inhaber eines Inkassobureaus nach § 243 K.O. nicht strafbar, wenn er sich einen Wechsel giriren läßt, lediglich zu dem Zwecke, um die Rechte des Gläubigers im Konkurse zu vertreten, dann nach den Anweisungen seines Mandanten für oder gegen den Zwangsvergleich stimmt, und sich für diese Thätigkeit von seinem Auftraggeber natürlich bezahlen läßt. Nur der starre Wortlaut des Gesetzes paßt auf solche Thatbestände, nicht Sinn und Geist desselben, und daher ist zweifelsohne Straflosigkeit anzunehmen (zust. Ring Anm. 1 zu Art. 249e; Jordan a. a. O. S. 15; dagegen Kleinfeller bei Stenglein 1. Aufl. S. 188, auch Stenglein 2. Aufl.

S. 707, weil der Strohmann nicht Bevollmächtigter sei, aber er ist Mandatar, und das entscheidet).

4. Nicht getroffen sind ferner Verabredungen von Aktionären über die Aus- Anm. 8.
übung des Stimmrechts und Kompromisse. Die Abstimmungen in den Generalversammlungen sind ebenso wenig, wie in Parlamenten, Zufallsergebnisse oder die Früchte der gepflogenen Diskussionen. Schon vorher bilden sich meist Gruppen von Aktionären. Die zu einer Gruppe Gehörigen verabreden sich vorher, in welchem Sinne sie stimmen werden. Selbstverständlich setzt da Jeder voraus, daß alle zur Gruppe Gehörigen in demselben Sinne stimmen werden, und nur unter dieser Voraussetzung verspricht Jeder, selbst so zu stimmen. Die zu verschiedenen Gruppen Gehörigen aber schließen oft unmittelbar vor der Abstimmung Kompromisse. Es wird z. B. vereinbart, daß man von den gegenseitig aufgestellten Wahlkandidaten einzelne fallen läßt und dafür von jeder Gruppe einzelne Kompromißkandidaten wählt. Auch hier verpflichtet man sich, in gewissem Sinne zu stimmen auf Grund des Versprechens, daß auch die Andern so stimmen werden. Alle diese Verabredungen sind durch den vorstehenden Paragraphen nicht verboten. Es liegt hier nicht das Kriterium der besonderen Vortheile vor. Besondere Vortheile dürfen eben nicht solche sein, die sich aus der betreffenden Abstimmung ergeben, sondern die außerhalb derselben liegen (zust. Ring Anm. 1. zu Art. 249e u. Jordan a. a. O. S. 55; Pinner S. 335).

5. **Abstimmungen in den Generalversammlungen** sind gemeint, nicht Abstimmungen im Anm. 9.
Schooße des Vorstandes und Aufsichtsraths, natürlich auch nur Abstimmungen in Generalversammlungen deutscher Gesellschaften, das Ausland mag sein Aktienrecht selbst schützen. Auch die Benutzung der Aktien zu sonstigen Zwecken, wie sie besonders § 318 hervorhebt, ist hier nicht getroffen. Meist werden solche Abmachungen gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb ungültig sein. Indessen kann hier nur von Fall zu Fall entschieden werden.

6. **Ueber Zuständigkeit, Versuch, Theilnahme** vergl. Anm. 4 zu § 313, wegen Uebergangs- Anm. 10.
bestimmungen Vorbem. zu § 312.

7. **Civilrechtlich** sind Abreden, die den § 317 verletzen, nichtig (§ 134 B.G.B.). Anm. 11.

§ 318.

Wer die Aktien eines Anderen, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Einwilligung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder zur Ausübung eines der in den §§ 254, 264, 266, 268 271, 295, 309 bezeichneten Rechte benutzt, wird mit einer Geldstrafe von zehn bis dreißig Mark für jede der Aktien, jedoch nicht unter eintausend Mark, bestraft. Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Aktien eines Anderen gegen Entgelt leiht und für diese eines der vorbezeichneten Rechte ausübt, sowie denjenigen, welcher hierzu durch Verleihung der Aktien wissentlich mitwirkt.

Der Paragraph wendet sich gegen den Mißbrauch fremder Aktien zum Zwecke der Fälschung des Mehrheitswillens.

I. **Es werden bestraft:**

1. **Wer die Aktien eines Andern, zu dessen Vertretung er nicht befugt ist, ohne dessen Ein-** Anm. 1.
willigung zur Ausübung des Stimmrechts benutzt. Die Vorschrift wendet sich vornehmlich gegen die frühere Praxis der Bankhäuser, die in ihrem Depot befindlichen Aktien ohne Zustimmung der Deponenten als ihre eigenen anzumelden und mit ihnen zu stimmen (K.B. zum Aktiengesetz von 1884 S. 39).

a) Die Aktien eines Andern. Hier kommt nicht das Verhältniß zur Gesellschaft, Anm. 2.
nicht die Inhaberschaft der Aktien oder die Eintragung in das Aktienbuch in Betracht,

sondern das Verhältniß unter den Betheiligten. Durch Reportgeschäft erworbene sind die eigenen Aktien des Erwerbers.

Anm. 3. b) Zu dessen Vertretung er nicht befugt ist. Die Befugniß zur Vertretung kann auf General- oder Spezialvollmacht, Prokura, Handlungsvollmacht, auch auf einem gesetzlichen Vertretungsverhältniß, z. B. als Vormund, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker u. s. w., beruhen. Depositum, Pfandrecht und Pfändungspfandrecht gewähren an sich kein solches Vertretungsrecht, das Depot und das Pfandrecht jedoch dann, wenn es irregulär ist, d. h. wenn der Pfandnehmer oder Depositar das Recht hat, andere Stücke statt der deponirten oder verpfändeten wiederzugeben, und die Aktien bereits in das Eigenthum des Depositars oder Gläubigers übergegangen sind. Pinner S. 337 will diesem das Vertretungsrecht schon früher geben. — Beim Konsortialgeschäft hat jeder Konsorte das Recht, mit seinen Aktien zu stimmen; aber auch der Konsortialleiter hat kein höheres Recht, also nicht die Befugniß, mit allen Aktien des Konsortiums zu stimmen (vergl. den Exkurs zu § 342).

Anm. 4. c) Ohne dessen Einwilligung. Wer nicht kraft seiner Rechtsstellung zum Eigenthümer der Aktien das Recht hat, diesen zu vertreten, muß, wenn er gleichwohl die Aktien zur Ausübung der hier in Rede stehenden Aktionärrechte benutzen will, die Einwilligung des Eigenthümers haben. Die Einwilligung kann schriftlich oder mündlich, auch durch konkludente Handlungen erklärt werden. So wird es sicher genügen, wenn das Bankhaus mit Beziehung auf die angekündigte Generalversammlung seinen Kunden mittheilt, daß es, wenn keine Gegenordre eingeht, die im Depot befindlichen Aktien in der Generalversammlung vertreten werde. Vorsichtige Bankhäuser bringen in ihre Geschäftsordnung einen Passus hinein, wonach sie berechtigt sein sollen, die deponirten Aktien in den Generalversammlungen zu vertreten. Das ist gültig. Dagegen vergeht sich gegen den vorliegenden Paragraphen, wer die Aktien ohne generelle oder spezielle Erlaubniß benutzt und dabei nur voraussetzt, daß der Aktionär, wenn er gefragt worden wäre, die Erlaubniß ertheilt haben würde. Denn immerhin liegt in solchem Falle die Einwilligung nicht vor. Auch genügt es nicht, wenn die Einwilligung nachträglich nach Ausübung des Stimmrechts ertheilt wird. Das Delikt ist dann schon begangen.

Anm. 5. Die Erlaubniß kann ertheilt werden durch Mandat (dasselbe ist aber widerruflich, ein Verzicht auf den Widerruf ungültig; Planck Anm. 2 zu § 671 B.G.B.). Sie kann aber auch ertheilt werden durch einen — unentgeltlichen — Leihvertrag. In diesem Falle kann die Erlaubniß nicht widerrufen, oder vielmehr der Widerruf kann vom Entleiher unbeachtet und trotz des Widerrufs die einmal gültig geliehene Aktie zum Stimmen benutzt werden. Ganz fraglos ist dieser Standpunkt allerdings nicht. Man könnte vielleicht sagen, die vorliegende Vorschrift bezwecke, den Mehrheitswillen vor Fälschungen zu bewahren. Es soll möglichst der Wille der Aktionäre selbst zum Ausdruck kommen. Allein so richtig es ist, daß die vorliegende Vorschrift diesen Zweck hat, so muß doch andererseits erwogen werden, daß sie ihren Zweck durch ganz bestimmte Thatbestände zu erreichen sucht, die, wie immer, wo das Gesetz bestimmte Thatbestände zur Erreichung eines Zweckes aufstellt, eine Erstreckung der Vorschrift, zumal einer Strafvorschrift, auf analoge Fälle nicht gestatten. Nach unserem Paragraphen ist nun nur verboten, die Benutzung der Aktien „ohne Einwilligung". Es braucht also nur eine rechtsgültige Einwilligung vorzuliegen. Daß die Einwilligung unter allen Umständen bis zur Generalversammlung fortdauern müsse, daß also ein Rechtsgeschäft, wonach Jemand seine Einwilligung bindend und unwiderruflich ertheilt, hier ungültig sein soll, dafür ergiebt das Gesetz nichts. Die den Widerruf ausschließende unentgeltliche Leihe ist hiernach gestattet. Und es muß dies um so mehr angenommen werden, als der zweite Satz unseres Paragraphen nur die entgeltliche Leihe verbietet. Auch dieser Gegensatz bestätigt die hier entwickelte Auffassung.

Anm. 6. Die Einwilligung kann endlich auch in sonstigen Verträgen ertheilt werden. So kommt es häufig vor, daß bei Gelegenheit der Verpfändung von Aktien einem Darlehnsgeber und Pfandnehmer das Stimmrecht eingeräumt wird. Die Einräumung des

Stimmrechts in solchen oder ähnlichen Verträgen ist zulässig, so lange solche Verträge nur nicht in der Hauptsache darauf abzielen, die Uebertragung des Stimmrechts zu bewirken. Alsdann wäre es eine entgeltliche Leihe und würde gegen Satz 2 unseres Paragraphen verstoßen. Auch Verträge, die dies umgehen wollen, die z. B. in die Form eines Kaufvertrages gekleidet sind, aber offensichtlich lediglich oder hauptsächlich jenes Endziel verfolgen, verstoßen gegen Satz 2 (R.G. 38 S. 259).

d) Zur Ausübung des Stimmrechts und zur Ausübung von gewissen Minderheitsrechten (insbesondere Einberufung einer Generalversammlung, Anfechtungsklage, Nichtigkeitsklage) muß die Benutzung erfolgen und zwar muß sie erfolgt sein, wenn das Vergehen vorliegen soll. Beim Stimmrecht z. B. muß wirklich auf Grund der Aktien abgestimmt sein, bloße Anmeldung zur Generalversammlung genügt nicht, auch nicht Anmeldung und sonstige Theilnahme an der Generalversammlung. Anm. 7.

2. **Wer die Aktien gegen Entgelt leiht.** Das Verleihen liegt auch dann vor, wenn Jemand gestattet, daß seine Aktien auf seinen Namen angemeldet und zum Stimmen benutzt werden, und er gegen Entgelt die Vollmacht ertheilt (Petersen und Pechmann S. 629). Der Hauptton aber liegt auf Entgelt. Das Leihen von Aktien kommt im Aktienverkehr außerordentlich häufig vor. Wer nicht genügend Stimmen hat, um seine Meinung durchzusetzen, wendet sich an ihm bekannte Firmen, und erbittet sich Aktien zur Erlangung der Majorität. Solange hierfür nichts gezahlt wird, ist dagegen nichts einzuwenden und die in der unentgeltlichen Leihe liegende Erlaubniß zur Benutzung bei der Abstimmung kann auch nicht einmal zurückgezogen werden (siehe oben Anm. 5). Das Entgelt braucht nicht in einer baaren Entschädigung zu liegen, die Gewährung jeden Vortheils genügt zum Verstoß gegen unseren Paragraphen (R.G. 38 S. 259). Ueber Umgehung durch Einkleidung in andere Verträge siehe oben Anm. 6. Anm. 8.

II. **Nicht getroffen und straflos ist das sogenannte Strohmännerthum,** wenn der Strohmann für die Ueberlassung der Aktien nicht Entschädigung zu leisten sich verpflichtet. Anm. 9.

Bankhäuser erlassen in den Tageszeitungen Annoncen, in denen sie sich zu Vertretung in Generalversammlungen anbieten. Schon civilrechtlich ist eine solche Manipulation nach jeder Richtung gesetzlich, wie in Anm. 13 zu § 222 und Anm. 3 im Exkurse zu § 224 auseinandergesetzt ist. Strafrechtlich gilt dies erst recht, und es muß für unzulässig erklärt werden, wenn hin und wieder in Generalversammlungen die Strohmänner gewarnt werden, mit abzustimmen, weil sie sich dadurch angeblich strafbar machen (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 249 f.).

Das Strohmännerthum ist auch dann straflos, wenn es sich dokumentirt als Vertheilung von Aktien zum Zwecke der Umgehung der Beschränkungen, welchen die Besitzer einer Mehrzahl von Aktien hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts für die mehreren Aktien statutenmäßig unterliegen. Ob ein so zu Stande gekommener Beschluß civilrechtlich anfechtbar ist, ist schon in Anm. 5 im Exkurse zu § 224 auseinandergesetzt. Daß nichts Strafbares darin liegt, ist von der Reichstagskommission (K.B. z. Akt.Ges. v. 1884, S. 39) ausgesprochen worden. Anm. 10.

Man muß aber weitergehen und auch eine Schiebung der Art, daß derjenige, der durch die Abstimmung entlastet werden soll oder mit welchem ein Rechtsgeschäft geschlossen werden soll, seine Aktien einem Andern zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts übergiebt, für straflos erklären (zust. Ring Anm. 2 zu Art. 249 f.; vergl. K.B. z. neuen H.G.B. S. 98). Ob civilrechtliche Anfechtbarkeit vorliegt, darüber vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 224. Anm. 11.

III. **Ueber Strafe, Versuch, Theilnahme, Konkurrenz, Zuständigkeit** vergl. Anm. 4 zu § 313; die angedrohte Geldstrafe ist trotz des Ausdrucks „10—30 Mk. für jede der Aktien" nicht für jede Aktie, sondern für jede Strafthat zu verhängen (Petersen und Pechmann S. 629; Stenglein 2. Aufl. S. 709). Wegen Uebergangsbestimmungen siehe Vorbemerkung zu § 312. Anm. 12.

IV. **Civilrechtlich** sind die gegen § 318 verstoßenden Abreden nichtig (§ 134 B.G.B.), auch wenn sie sich in die Form eines anderen Rechtsgeschäfts einkleiden (R.G. 38 S. 260). Anm. 13.

Exkurs zu § 318.

Betrügerische Einwirkungen auf den Kurs und betrügerische Bekanntmachungen zum Zwecke der Verleitung zum Ankauf und Verkauf von Werthpapieren.

Anm. 1. I. Diese Materie war früher im Art. 249d H.G.B. geregelt. Derselbe ist jetzt gegenstandslos geworden durch § 75 des Börsengesetzes. Die Ziffer 1 des früheren Art. 249d hatte zwar einen Thatbestand aufgestellt, zu welchem die betrügerische Absicht nicht gehörte, während diese im § 75 des Börsengesetzes in den Thatbestand des analogen Delikts aufgenommen ist. Allein man wird annehmen müssen, daß das alte H.G.B. in seiner Totalität durch das neue H.G.B. aufgehoben ist, obgleich das nirgends ausgesprochen, im Gegentheil gesagt ist, daß die bestehenden Reichsgesetze durch das H.G.B. nicht aufgehoben sind (Art. 2 Abs. 2 des E.G. zum H.G.B.); vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 3. Demgemäß gilt auch der Art. 249d in allen seinen Theilen als aufgehoben.

Anm. 2. II. **§ 75 des Börsengesetzes lautet:**

Wer in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, um auf den Börsen- oder Marktpreis von Waaren oder Werthpapieren einzuwirken, wird mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher in betrügerischer Absicht wissentlich unrichtige Angaben in Prospekten (§ 38) oder in öffentlichen Kundgebungen macht, durch welche die Zeichnung oder der Ankauf oder Verkauf von Werthpapieren herbeigeführt werden soll.

Anm. 3. III. **Zwei Thatbestände sind es, welche der § 75 des Börsengesetzes unter Strafe stellt.**

1. (Abs. 1). **Betrügerische Einwirkungen auf den Kurs oder den Marktpreis von Waaren oder Werthpapieren.**

a) Betrügerische Absicht. Die Absicht, Andere zu benachtheiligen (Motive z. Akt.Ges. v. 1884 II S. 254), reicht nicht aus. Vielmehr muß der Thäter die gleiche Absicht in allgemeiner Richtung haben, wie sie in specieller Richtung zum Betrugsversuche gehört: er muß täuschen wollen, muß einen rechtswidrigen Vermögensvortheil sich verschaffen wollen und muß wissen, daß er Andere schädigen werde oder wenigstens könne (dolus eventualis).

Anm. 4. b) Auf Täuschung berechnete Mittel. Zur Täuschung geeignet brauchen sie allerdings nicht zu sein, weder überhaupt, noch auch in concreto (vergl. Plenarentscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen 1 S. 439). Indessen wird man bei Mitteln, die überhaupt nicht geeignet sind, wohl meist den Rückschluß ziehen müssen, daß alsdann auch der Thäter bei ihrer Anwendung nicht auf Täuschung gerechnet hat. Das wird insbesondere im Auge zu behalten sein bei fingirten Telegrammen oder fingirten Briefkastennotizen einer Zeitschrift. Bestand die Fiktion nur darin, daß sich die Notizen als Antworten auf in Wahrheit nicht gestellte Fragen darstellen, so wird, wenn die Antwort sachlich richtig ist, ein auf Täuschung berechnetes Mittel schwerlich vorliegen.

Anm. 5. Wirklich auf Täuschung berechnete Mittel sind Scheingeschäfte an der Börse, durch welche man den Glauben erweckt, als sei der Kurs durch wirkliche Geschäfte erzielt. (Motive z. Akt.Ges. v. 1884 II S. 254.) Und es ist schon bedenklich, wenn die Reichstagskommission (K.B. z. Akt.Ges. v. 1884 38) „das bei Einführung neuer Papiere vielfach an der Börse vorkommende und nach allgemeiner Ansicht zulässige Abschließen fingirter Käufe und Verkäufe, um nur überhaupt erst einen Kurs festzustellen, ohne hinzutretende betrügerische Absicht für nicht strafbar" erklärt.

Andere Täuschungsmittel sind: Falsche Berechnungen auf Grund der von der Verwaltung veröffentlichten Berichte; falsche Gruppirungen der betreffenden Zahlen; falsche Schlußfolgerungen, immer aber den dolus vorausgesetzt. Auch wird man beim bloßen Aussprechen von Meinungen, Hoffnungen, Urtheilen das Strafgesetz nur vorsichtig anwenden dürfen. Ob Meinungen und Urtheile zutreffend sind oder nicht, und wenn unzutreffend, ob sie absichtlich falsch ausgesprochen sind oder der Ueberzeugung des Schreibers entsprochen haben, läßt sich schwer feststellen. Man bewegt sich da auf einem sehr unsicheren Boden. Ob es berechtigt war, eine Hoffnung auszusprechen, die sich nachträglich als trügerisch erwiesen hat, darüber ist man ex post, wenn man die Entwicklung der Ereignisse gesehen hat, geneigt, strenger zu urtheilen. Jedenfalls aber braucht nicht, wie beim Betruge, Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung von Thatsachen vorzuliegen (R.G. in Strafsachen 23 S. 139 u. 440). Anm. 6.

c) Die Absicht, auf den Börsen- oder Marktpreis von Waaren oder Werthpapieren (zu welchen letzteren auch die Aktien gehören) einzuwirken. Auf den Erfolg kommt es nicht an; auch nicht auf die Art, in welcher man einwirken wollte: ob die Preise steigen oder fallen, oder das Steigen oder Fallen gehindert, der Kurs „gehalten" werden soll. Auch das ist gleichgültig, ob der Thäter bestimmte Werthpapiere oder Waaren im Auge hatte; auch dann, wenn er auf den ganzen Börsenmarkt belebend oder ermattend einwirken will, liegt das Delikt vor. — Um Aktien aber braucht es sich jetzt nicht mehr zu handeln, sondern nur um Waaren oder Werthpapiere. Ueber diese Begriffe siehe Anm. 36 flg. zu § 1. Daß die Wechsel dazu gehören, hebt § 80 des Börsengesetzes besonders hervor; sie würden sonst nur dann dazu gehören, wenn sie an Order gestellt sind (Anm. 38 zu § 1), kommen aber auch nur in dieser Eigenschaft in Betracht. Zu den Werthpapieren rechnet § 80 des Börsengesetzes auch ausländische Geldsorten. Aktien gehören in jeder Form dazu, auch wenn sie zunächst nur durch Interimsscheine verbrieft sind, nicht aber, wenn sie überhaupt nicht verbrieft sind, weil sie dann nicht zu den Werthpapieren gerechnet werden können. Nach der früheren Nr. 2 des Art. 249d gehörte auch der Kurs unverbriefter Aktien dazu. Die Strafvorschrift konnte jetzt eingeengt werden, weil der Handel „per Erscheinen" d. h. in noch nicht verbrieften Aktienrechten durch § 40 des Börsengesetzes untersagt wurde. Unter Kurs ist jede in die Oeffentlichkeit tretende Feststellung des Durchschnittspreises einer Aktie, nicht bloß der amtlich notirte Durchschnittspreis zu verstehen. Die Absicht unmittelbarer Einwirkung ist nicht vorausgesetzt, weshalb z. B. der Thatbestand erschöpft ist, wenn Jemand einer Zeitungsredaktion einen falschen Bericht sendet, damit diese ihn publizire und auf diese Weise auf den Kurs gewirkt werde. (R.G. in Strafsachen 23 S. 141.) Anm. 7.

2. (Abs. 3.) **Betrügerische Publikationen zum Zwecke des An- und Verkaufs von Werthpapieren.** Anm. 8.

a) Betrügerische Absicht ist gefordert. Darüber siehe oben Anm. 3. Ein schadenbringender Erfolg braucht nicht eingetreten zu sein.

b) Die Publikation muß ein Prospekt nach § 38 des Börsengesetzes oder eine sonstige öffentliche Kundgebung sein. Dieselbe braucht nicht gerade in einer periodischen Druckschrift oder in einer Broschüre zu erfolgen, auch Börsenanschläge oder Circulare genügen. Es muß ein Leserkreis sein, der nicht bestimmt begrenzt ist, an welchen sich die Bekanntmachung richtet. Als Publikant gilt derjenige, der sich mittels ihrer an das Publikum wendet. Auf die Unterschrift kommt es dabei nicht an (vergl. Anm. 1 zu § 203). Anm. 9.

c) Wissentlich unrichtige Angaben müssen es sein. Die Entstellung wahrer Thatsachen ist nicht hervorgehoben. Meist wird darin eine unrichtige Angabe liegen. Denn die entstellte Wahrheit ist eben eine Unwahrheit. Das Verschweigen wahrer Thatsachen ist ebenfalls nicht hervorgehoben. Unter Umständen wird darin eine unrichtige Angabe liegen, jedoch natürlich nicht immer. Anm. 10.

Anm. 11. d) **Die Kundgebung muß den Zweck haben, die Zeichnung oder den An- und Verkauf von Werthpapieren herbeizuführen.** Jeder Erwerb und jede Veräußerung fällt darunter. Auf den Erfolg kommt es dabei nicht an. Auch eine förmliche Aufforderung ist nicht erforderlich. Das Werthpapier kann ein ausländisches oder ein inländisches sein. Es kann an der Börse gehandelt werden oder nicht. Dagegen genügt es nicht, daß auf den Handel mit sonstigen Waaren in dieser Weise eingewirkt wird. Zum Bestande dieses Delikts (anders als beim Delikte des Abs. 1) reicht das nicht aus (darin kann jedoch unter Umständen ein Verstoß gegen die §§ 1 und 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes liegen).

Anm. 12. IV. **Beide Vergehen können auch durch die Presse begangen werden.**

1. Ist dies der Fall, so greift zunächst § 20 Abs. 1 des Preßgesetzes Platz. Derselbe lautet: „Die Verantwortlichkeit für Handlungen, deren Strafbarkeit durch den Inhalt einer Druckschrift begründet wird, bestimmt sich nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen." Es ist daher zunächst derjenige zu bestrafen, auf welchen die Thatbestandsmerkmale eines Delikts zutreffen, derjenige, von welchem festgestellt wird: bei Abs. 3, daß er die Publikation erlassen und dabei wissentlich unrichtige Angaben in betrügerischer Absicht gemacht hat, bei Abs. 1, daß er in dieser Absicht dieses Mittel angewendet hat, um auf den Kurs von Waaren oder Werthpapieren einzuwirken. Bei Abs. 3 wird, wenn die übrigen Merkmale zutreffen, der Redakteur, der Inserent, der Mitarbeiter, der den Artikel gezeichnet hat, darunter zu verstehen sein, nicht auch der Verleger. Denn man kann nicht sagen, daß der Verleger die Publikation erläßt, daß diese von ihm ausgeht. Er sorgt nur für ihre Verbreitung. Wohl aber kann der Verleger als Anstifter oder als Gehilfe bestraft werden. Bei Abs. 1 dagegen kann der Verleger oder Herausgeber sehr wohl derselbe sein, der sich dieses Mittels bedient. Bei einem zur Unterstützung eines Bankgeschäfts geschriebenen Börsenblatte wird die Sache wohl meist so gehandhabt, daß das Bankgeschäft das Blatt in Verlag nimmt und Redakteure engagirt, die auf Anweisung des Bankiers bald diese, bald jene Papiere empfehlen oder von ihrer Anschaffung abrathen. Wird hierbei im Auftrage des Verlegers getäuscht, in der Absicht, auf den Kurs zu wirken, so ist der Verleger der Thäter. Hier wird der Redakteur als Theilnehmer zu bestrafen sein (übrigens fällt die Unterhaltung eines solchen Börsenblattes unter die Strafvorschrift des § 78, wenn dadurch andere unter Ausbeutung ihrer Unerfahrenheit und ihres Leichtsinns zu Börsenspekulationsgeschäften, die nicht zu ihrem Gewerbebetriebe gehören, verleitet werden).

Anm. 13. 2. Das Preßgesetz hat aber darüber hinaus eine gegen den Redakteur einer periodischen Zeitschrift gerichtete besondere Verantwortlichkeit statuirt. § 20 Abs. 2 lautet: „Ist die Druckschrift eine periodische, so ist der verantwortliche Redakteur als Thäter zu bestrafen, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft ausgeschlossen wird." Diese Vorschrift enthält eine Beweiserleichterung, doch eine solche von folgenschwerer Art: zur Bestrafung gehört zwar der Vorsatz, doch wird derselbe präsumirt; die Präsumtion kann entkräftet werden durch den Nachweis besonderer Umstände; dies sind jedoch nicht besonders geartete, außergewöhnliche, sondern die besonderen Umstände des Falles, aus welchen hervorgeht, daß dem verantwortlichen Redakteur der Vorsatz fehlte (R.G. in Strafsachen 22 S. 65, auch S. 223).

Anm. 14. 3. Wenn endlich nach Abs. 1 und 2 des § 20 des Preßgesetzes die Strafbarkeit nicht begründet ist, so bleibt immer noch die im § 21 des Preßgesetzes vorgesehene Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit übrig.

Anm. 15. V. **Ueber Strafe, Versuch, Theilnahme, Konkurrenz** siehe Anm. 4 zu § 313. Wenn die Geschädigten ermittelt werden, so konkurrirt hier überall Betrug. Verjährung tritt bei Preßdelikten in sechs Monaten ein (§ 22 des Preßgesetzes). Wegen Uebergangsbestimmungen siehe Anm. 3 § 312.

§ 319.

Die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren sind zur Befolgung der im § 240 Abs. 1, im § 246 Abs. 1, im § 260 Abs. 2, im § 263 Abs. 1, im § 267 Abs. 1, 2, im § 272 Abs. 4, im § 299 und im § 302 Abs. 2 enthaltenen Vorschriften von dem im § 195 bezeichneten Gerichte durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14 Satz 2.

In Betreff der im § 195 Abs. 1, im § 277 Abs. 1, im § 280 Abs. 1, im § 284 Abs. 1, im § 304 Abs. 3 sowie im § 305 Abs. 2 vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldungen zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 14 nicht statt.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt Ergänzungen zum Ordnungsstrafrecht im Aktienwesen. Das Ordnungsstrafrecht ist wohl zu unterscheiden von der Thätigkeit des Handelsgerichts bei Eintragungen von Beschlüssen und Vereinbarungen und Erlaß von Anordnungen, wie z. B. im § 254 und § 266. Diese letzteren Thätigkeiten tragen einen judiziellen, wenn auch nicht gerade prozeßrichterlichen Charakter. Vermittels der Ordnungsstrafe dagegen übt der Registerrichter eine Art Disziplinargewalt über die Gesellschaftsorgane aus.

Anm. 1.

1. **Das Recht des Registergerichts zum Eingreifen, das Ordnungsstrafrecht, unterfällt zunächst der allgemeinen Vorschrift des § 14.** Dort ist die allgemeine Vorschrift gegeben, daß, wer eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen hat, hierzu vom Registergericht durch Ordnungsstrafen anzuhalten ist. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf die zahlreichen Anmeldungs-, Zeichnungs- und Einreichungsvorschriften im Aktienrecht.

Anm. 2.

2. **Der vorliegende Paragraph fügt in Abs. 1 eine Reihe von anderen Verpflichtungen der Aktiengesellschaftsorgane hinzu, welche dem Ordnungsstrafrecht unterliegen.** Zur Verhängung dieser Ordnungsstrafen ist das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (das ist das im § 195 bezeichnete Gericht) zuständig. Im Uebrigen ist dieser Zwang durch Ordnungsstrafen von uns an den betreffenden Stellen erwähnt.

Anm. 3.

3. **Andererseits sind mehrere Anmeldungsvorschriften dem Ordnungsstrafzwang entrückt:** nämlich die Anmeldung der Gründung, jeder Kapitalserhöhung und jeder Statutenänderung. Hier ist der Rechtserfolg unbedingt von der Eintragung abhängig. Das öffentliche Recht ist aber an dem Eintritt dieses Rechtserfolges nicht interessirt. — Ist aber die Anmeldung und Eintragung am Sitze des Gerichts erfolgt, so ist die Eintragung am Sitze der Zweigniederlassung zu erzwingen (§§ 201, 286).

Anm. 4.

4. **Damit ist aber die Disziplinargewalt des Registergerichts über die Aktiengesellschaftsorgane erschöpfend geregelt.** Das Registergericht hat nicht etwa eine allgemeine Disziplinargewalt über die Organe der Aktienvereine (K.G. bei Johow und Küntzel 1 S. 11). Insbesondere darf es keine Ordnungsstrafe verhängen über Mitglieder des Aufsichtsraths (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 249), kann auch die Vorstände nicht anhalten zur Erfüllung bloß statutarischer Verpflichtungen (dasselbe Gericht ebenda S. 250) oder zur Erfüllung anderer gesetzlicher Verpflichtungen als sie der § 14 oder unser Paragraph im Auge hat, z. B. zur Veranlassung der Wahl von Aufsichtsrathsmitgliedern (L.G. Altenburg in G.Z. 40 S. 475); kann auch nicht die Giltigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen prüfen, die der Eintragung nicht bedürfen (Johow 12 S. 35) oder Korrekturen der Bilanz verlangen, wenn ihre Ansätze den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, z. B. die erforderlichen Abschreibungen nicht gemacht sind (zust. O.L.G. Hamburg bei Holdheim 7 S. 193). Demgemäß hat der Registerrichter auch keine Befugniß, die alten Gesellschaften zur Umbildung

ihrer Statuten in Gemäßheit der neuen Gesetzesvorschriften zu zwingen (O.L.G. Dresden in G.Z. 35 S. 249). Dagegen wird man ihm wohl das Recht zugestehen müssen, in allen Fällen, wo er befugt ist, die Erfüllung der Pflicht durch Ordnungsstrafen zu erzwingen, auf gleiche Weise auch den Nachweis der erfüllten Pflicht zu verlangen, und auch das Recht auf Einsicht der Geschäftsbücher ist ihm zum Zwecke der Ausübung seines Aufsichtsrechts zu gewähren (L.G. Weimar in G.Z. 43 S. 332).

Anm. 5. Der Berliner Handelsregisterrichter übt seine überwachende Thätigkeit aber in viel weiterem Umfange aus. Obwohl er hierzu ein Zwangsmittel nicht hat, fordert er die Vorstände auf, für Bestellung des Aufsichtsraths zu sorgen, wenn derselbe nicht vollzählig ist; verlangt er redaktionelle Aenderungen der Statuten, wo ihr Wortlaut zu Zweifeln Anlaß giebt; verlangt er, wenn die Statuten mehrfach stückweise geändert sind, eine neue Gesammtredaktion, ja sogar einen Neudruck der Statuten und Ueberreichung eines Druckexemplars zu den Gerichtsakten; ja er verfolgt sogar die Anzeigen im Reichsanzeiger über bevorstehende Generalversammlungen, prüft, ob dieselben dem Gesetze und Statut entsprechen, und fordert zur Remedur auf, wenn sie gegen jene Vorschriften verstoßen, wenn z. B., wogegen häufig gefehlt wird, den Statuten zuwider der Name der Vorstandsmitglieder unter der Publikation fehlt. Er bewegt sich bei dieser ganzen Thätigkeit mehr in patriarchalischen, als in streng gesetzlichen Formen. Immerhin widerstrebt seine Thätigkeit, da er in solchen Fällen keine Ordnungsstrafen androht, nicht dem Gesetze und ist eine außerordentlich segensreiche und nachahmungswerthe.[1])

Anm. 6. 5. **Alles Nähere über die Ordnungsstrafen** (Höhe, Verfahren, u. s. w.) siehe Anm. 3 ffg. zu § 14. Hinzuzufügen ist jedoch, daß gegen die Eintragung von Generalversammlungsbeschlüssen dem Einzelaktionär und den Gesellschaftsorganen das Beschwerderecht versagt ist (Anm. 14 zu § 273).

Vierter Abschnitt.

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320.

Mindestens ein Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter), während die übrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft betheiligen (Kommanditisten).

Das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, bestimmt sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften.

Im Uebrigen gelten für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergiebt, die Vorschriften des dritten Abschnitts über die Aktiengesellschaft.

[1]) Der Berliner Registerrichter beantwortet auch Anfragen darüber, ob und in welcher Form beabsichtigte Generalversammlungsbeschlüsse zur Eintragung geeignet sind (vergl. über solche Anfragen und Auskünfte Anm. 4 zu § 9). Diese Art des Geschäftsverkehrs hat für alle Betheiligten große Erleichterungen im Gefolge und ist durch das Gesetz keineswegs ausgeschlossen.

Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Abs. 1) **und giebt an, welche Vorschriften prinzipiell für dieselbe gelten sollen** (Abs. 2 und 3).

I. (Abs. 1.) **Die Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft auf Aktien** sind folgende: Mindestens ein Gesellschafter haftet den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt (persönlich haftender Gesellschafter oder Komplementar); die Uebrigen „betheiligen sich mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital" (Kommanditisten). Das Gesetz ordnet nicht, wie bei der Kommanditgesellschaft, eine Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern an. Eine solche Haftung besteht hier nicht. Die sogenannten Kommanditisten sind in Folge dessen keine Kommanditisten, die Gesellschaft weder eine Kommanditgesellschaft, noch eine Abart derselben, weil eben dieses wichtige Kriterium (Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) fehlt. Die Kommanditisten betheiligen sich vielmehr mit „Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital". Sie betheiligen sich also in derselben Weise, wie die Aktionäre bei der Aktiengesellschaft. Aber dadurch wird die Aktienkommanditgesellschaft keine Aktiengesellschaft, auch keine Abart derselben, obgleich wegen dieser Annäherung eine große Reihe von Vorschriften über die Aktiengesellschaften auf sie Anwendung finden. Die Aktienkommanditgesellschaft enthält Elemente beider Gesellschaften: von der Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter, von der Aktiengesellschaft die Betheiligung der anderen Mitglieder in der Art von Aktionären[1]). Aber sie ist weder eine Kommanditgesellschaft, noch eine Aktiengesellschaft, noch eine Abart einer dieser beiden Gesellschaften, sondern eine Gesellschaft sui generis. Anm. 1.

Sie fällt nach unserer Ansicht unter den Gattungsbegriff der juristischen Person. Wir haben diese Frage schon unter der Herrschaft des früheren Rechts in dieser Weise beantwortet, allerdings im Widerspruch mit der herrschenden Auslegung des früheren Rechts (R.O.H. 7 S. 415; 24 S. 166; K.G. bei Johow und Küntzel 6 S. 62; Ring S. 25; Goldschmidt in G.Z. 36 S. 314 und im System 4. Aufl. S. 140; Laband in G.Z. 30 S. 469 flg.; 31 S. 1 flg.; Dernburg preuß. Privatrecht II § 315; Gierke, Deutsches Privatrecht S. 671). Unsere Argumente waren folgende: Anm. 2.

Wenn ein Personenverein sich derart bildet, daß für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten *nicht alle Mitglieder des Vereins* persönlich haften sollen, während doch der *ganze Personenverein* haften soll, so ist das nur so möglich, daß die Personenvereinigung als selbstständige Trägerin der Verbindlichkeiten, als Rechtssubjekt gedacht wird. Alsdann ist der Fall vorhanden, für welchen die Rechtssysteme das Rechtsgebilde der juristischen Person fingirt haben.

Wenn Goldschmidt (System, 4. Aufl., S. 132) das Wesen der Korporation darin findet, daß der Verein normaler Weise auf einen unbestimmt wechselnden Personenkreis angelegt ist, so würde dieses Kriterium, wenn es zutreffend wäre, auf die Aktien-Kommandit-Gesellschaft passen und sie zur juristischen Person machen. Denn bei Kommanditantheilen auf den Inhaber ist der Personenkreis ganz eminent ein unbestimmt wechselnder.

Laband andrerseits formulirt nicht richtig, wenn er sagt: eine juristische Person sei vorhanden, wenn eine Personen-Vereinigung haften soll und doch keines der Vereinsmitglieder persönlich. Von diesem Standpunkte aus ist ihm die Aktien-Kommanditgesellschaft keine juristische Person, weil wenigstens eines der Mitglieder, der Komplementar, persönlich haftet. Allein nicht bloß dann, wenn kein einziges Mitglied des Vereins persönlich haftet, sondern schon dann, *wenn nicht alle Mitglieder persönlich haften und doch der ganze Verein haften soll*, liegt die Nothwendigkeit desjenigen Auskunftsmittels vor, welches das Recht in der juristischen Person darbietet.

---

[1]) Sucht man nach einer Bezeichnung, welche die Verbindung dieser beiden Elemente zum Ausdruck bringt, so könnte man zu der Bezeichnung Komplementaraktiengesellschaft oder Aktienkomplementargesellschaft seine Zuflucht nehmen. Sie wäre jedenfalls richtiger als Aktienkommanditgesellschaft. Denn damit ist ein Element zum Ausdruck gebracht, welches die Gesellschaft *nicht* enthält — sie hat keine Kommanditisten, sondern Aktionäre — und umgekehrt ist ein Element, welches sie enthält, nicht zum Ausdruck gebracht, nämlich die Komplementare.

Daß aber nicht alle Mitglieder der Gesellschaft persönlich haften, unterliegt bei der Aktien-Kommanditgesellschaft keinem Zweifel. Die Kommanditisten haften hier den Gläubigern in keiner Weise persönlich (R.O.H. 22 S. 344). Auch der Anspruch der Gläubiger aus Art. 198 (jetzt § 217; 320 Abs. 2) ändert hieran nichts. Denn der Grund einer solchen Klage ist nicht die Betheiligung an der Gesellschaft, sondern die Rechtswidrigkeit der Zahlungsempfangnahme. Nicht weil er sich als Kommanditist betheiligt hat, haftet er in solchem Falle, sondern weil er sich nicht in den Grenzen seiner Kommanditistenbetheiligung gehalten; nicht auf Grund des Kommanditistenverhältnisses, sondern weil er dieses verletzt hat. Deshalb hat ja diese Haftung auch auf die juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaft keinen Einfluß.

Hiernach ist die Aktien-Kommanditgesellschaft eine juristische Person. Ihre Eigenthümlichkeit, ihr Unterschied von der Aktiengesellschaft ist, daß sie zweierlei Arten von Mitgliedern hat. Während die Aktiengesellschaft nur solche Mitglieder hat, welche sich mit einer Einlage betheiligen, ohne irgendwie den Gläubigern persönlich haften zu wollen, hat die Aktien-Kommanditgesellschaft solche Mitglieder und außerdem noch persönlich haftende Mitglieder. Der Charakterisirung der Gesellschaft als juristischer Person steht dies nicht entgegen. Es ist nicht abzusehen, warum die juristische Person dann keinen Bestand mehr haben könnte, wenn eines der Mitglieder öffentlich erklärt hat, neben der Gesellschaft, der es angehört, persönlich haften zu wollen.

Zu diesen Gründen treten auf Grund des neuen H.G.B. nunmehr noch folgende hinzu:

Wenn man bisher sich gesträubt hat, die Aktien-Kommanditgesellschaft als juristische Person anzuerkennen, so war dieser Widerstand zum guten Theile dadurch veranlaßt, daß das alte H.G.B. die Aktien-Kommanditgesellschaft als Abart der Kommanditgesellschaft sich gedacht hatte. Indem wir gleichwohl die juristische Persönlichkeit der Aktien-Kommanditgesellschaft behaupteten, begegneten wir dem Vorwurf, der geschichtlichen Entwickelung und der Fassung des Gesetzes nicht gerecht geworden zu sein (Ring S. 25). Dieser Vorwurf fällt jetzt weg. Mit der geschichtlichen Entwickelung hat das neue H.G.B. hier gebrochen und seine dementsprechende Gruppirung der Vorschriften verlassen. Das neue H.G.B. lehnt vielmehr die Aktien-Kommanditgesellschaft an die Aktiengesellschaft an, nicht bloß äußerlich, sondern indem es im Abs. 3 unseres Paragraphen bestimmt, daß prinzipiell die Vorschriften über die Aktiengesellschaft auf die Aktien-Kommanditgesellschaft Anwendung finden sollen. Ausdrücklich sagt die Denkschrift S. 175, 176: „Während das frühere H.G.B. die Kommanditgesellschaft auf Aktien als eine Unterart der Kommanditgesellschaft behandelt, ... erklärt der Entwurf nur in bestimmten Beziehungen die in Betreff der Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften für maßgebend". Der enge Zusammenhang mit der Kommanditgesellschaft und die Konstruktion als Abart oder Unterart der Kommanditgesellschaft ist damit aufgegeben und dieses Bedenken steht daher unserer Konstruktion nicht mehr entgegen.

Im Gegentheil tritt jetzt als neues, nach unserem Dafürhalten für sich allein durchschlagendes Argument für unsere Konstruktion folgendes hinzu:

Die Sondervorschriften über die Aktien-Kommanditgesellschaft regeln die Frage nicht, ob diese Gesellschaft selbstständig im Rechtsverkehr auftreten kann, und enthalten demgemäß nichts über die Art und das Maaß der juristischen Selbstständigkeit, womit diese Gesellschaft im Rechtsleben auftreten, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte erwerben, klagen und verklagt werden kann. Hierfür ist daher nach § 320 Abs. 2 die betreffende Vorschrift über die Aktiengesellschaft maßgebend. Das ist der § 210. Dieser aber bestimmt, daß die Aktiengesellschaft „als solche selbstständig ihre Rechte und Pflichten hat ꝛc." Auf Grund dieser Vorschrift wird sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch sonst, wo sie in dieser Form gegeben ist (z. B. bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung) allgemein die juristische Persönlichkeit der betreffenden Gesellschaft angenommen. Da nun diese Vorschrift auf die Aktien-Kommanditgesellschaft anzuwenden ist, so folgt daraus, daß auch die Aktien-Kommanditgesellschaft juristische Person ist. Die Anwendbarkeit des § 210 auf die Aktien-Kommanditgesellschaft aber kann keinem Zweifel unterliegen. Er ist diejenige Vorschrift, auf deren Anwendbarkeit die juristische Selbstständigkeit der Aktien-Kommanditgesellschaft überhaupt nur beruht. Von den Spezialvorschriften über die Aktien-

Kommanditgesellschaft aber steht keine entgegen, und auch der andere, im § 320 Abs. 3 gemachte Vorbehalt für die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Vorschriften ist hier gegenstandslos, da nicht ersichtlich ist, inwiefern das Fehlen des Vorstandes die Anwendung jener Vorschrift auszuschließen vermöchte. Der Vorstand fehlt hier, weil die gesetzliche Vertretung anders geordnet ist. Zum Wesen der juristischen Person gehört aber eine bestimmte Art der Regelung der gesetzlichen Vertretung nicht. — Schließlich liegt auch im § 6 Abs. 2 eine Bestätigung unserer Ansicht. Diese Vorschrift bezieht sich unzweifelhaft (vergl. auch Denkschrift S. 17) auch auf die Aktien-Kommanditgesellschaft. Dieselbe wird hier, ebenso wie die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Vereinen beigezählt. Das neue H.G.B. wollte damit doch sicherlich in der Sprache des B.G.B. sprechen, wonach ein Verein eine juristische Person ist (vergl. § 21 B.G.B. und die Ueberschriften dazu). — Uebereinstimmend Pinner S. 341; Gareis, Handelsrecht, 6. Aufl. § 35.[1])

II. (Abs. 2 und 3.) **Die für die Aktien-Kommanditgesellschaft geltenden Rechtsregeln.** Anm. 3.

Hierüber bestimmt:

1. Abs. 2: **Die Rechtsverhältnisse der Komplementare** a) untereinander, b) gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten, c) gegenüber Dritten bestimmen sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften.
2. Abs. 3: **Im Uebrigen gelten die Vorschriften über die Aktiengesellschaft,** soweit nicht in Anm. 4. unserem Abschnitt Abweichungen bestimmt sind oder soweit sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß ein Vorstand fehlt.

Eine zusammenhängende, systematisch geordnete Darstellung der für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Rechtsregeln wird sich angesichts dieser zerstückelten Art, wie das Gesetz die Rechtsverhältnisse der Aktienkommanditgesellschaft regelt, nicht vermeiden lassen. Sie soll am Schlusse der Erläuterung unseres Paragraphen gegeben werden.

Zusatz 1. In Folgendem sollen der Uebersicht wegen die neuen Bestimmungen über die Anm. 5. **Aktiengesellschaft mit den früheren im Zusammenhange verglichen werden.**

1. Die Gründung der A.K.G. weicht vom früheren Recht ab und ist in Einklang gebracht worden mit der Gründung der Aktiengesellschaft. Während es früher bei der A.K.G. nur eine Successivgründung gab (vergl. unsere 5. Aufl. Vorbem. zu Art. 175), giebt es jetzt auch hier eine Simultan- und eine Successivgründung [(vergl. §§ 321 u. 323 Abs. 3. Auch Gründer giebt es jetzt hier (§ 321 Abs. 2), zu ihnen gehören die persönlich haftenden Gesellschafter eo ipso, auch wenn sie keine Aktien übernehmen (§ 321).
2. Der Gesellschaftsvertrag braucht nicht, wie nach früherem Recht (Art. 175 Nr. 1 des alten H.G.B.), als wesentliches Erforderniß die Höhe und Art der Einlage jedes persönlich haftenden Gesellschafters zu enthalten. Denn die Vorschriften über den gesetzlichen Mindestbetrag ihrer Einlagen sind weggefallen. Aktien brauchen sie nicht zu übernehmen; soweit dies dennoch geschieht, findet die Uebernahme in der Verhandlung über die Feststellung des Statuts oder in der Nachtragsverhandlung statt (§ 321); nur soweit sie Vermögenseinlagen machen, die nicht auf das Grundkapital erfolgen, müssen dieselben nach Art und Höhe im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden (§ 322 Abs. 2). Aber sie brauchen solche Einlagen nicht zu machen, und dann braucht der Gesellschaftsvertrag nichts davon zu enthalten.
3. Die persönlich haftenden Gesellschafter haben in einer Reihe von Fällen die Befugnisse des Vorstandes (§ 325), im Uebrigen bestimmt sich ihr Rechtsverhältniß unter-

[1]) Cosack (S. 693) hält unsere Ansicht auch nach neuem Recht für sehr bedenklich. Allein das kommt nur daher, daß er die Kommanditgesellschaft auf Aktien nach wie vor für eine Abart der Kommanditgesellschaft erklärt, obgleich der Gesetzgeber die Absicht hatte, diese Konstruktion zu verlassen und diese Absicht deutlich erklärt und im Gesetze zum Ausdruck gebracht hat. Das kommt ferner daher, daß er den § 210 Abs. 1 hier nicht analog anwendet, auch nicht begründet, warum er nicht analog anwendbar sei, sondern ihn einfach ignorirt, während er andererseits den § 210 Abs. 2 anwendet (vergl. S. 693 Anm. 5) und überhaupt anerkennt, daß das neue H.G.B. als „Grundlage des Rechts der Kommanditgesellschaft auf Aktien das Recht der Aktiengesellschaft gewählt habe" (vergl. S. 693 II).

einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften (§ 320 Abs. 2). Das ihnen im § 326 auferlegte Konkurrenzverbot entspricht sachlich dem bisherigen Art. 196a. Die Verjährung der betreffenden Ansprüche ist im Anschluß an die für die offene Handelsgesellschaft und für die Aktiengesellschaft gegebenen neuen Vorschriften geregelt.

4. Die Generalversammlung ist hier nicht das Organ der Gesellschaft als solcher, sondern nur eines Theiles der Gesellschafter, der Kommanditisten. Im Einklang mit dem früheren Recht (Art. 190 Abs. 4) ist den persönlich haftenden Gesellschaftern das Stimmrecht in dieser Versammlung versagt, auch wenn sie Aktien besitzen (§ 327). Beschlüsse der Generalversammlung, für welche bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter erforderlich ist, bedürfen auch hier ihrer Zustimmung und sind erst nach ertheilter Zustimmung zum Handelsregister einzureichen; bei Beschlüssen, welche in das Handelsregister einzutragen sind, ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhang zu dem Protokolle zu beurkunden (§ 327). Das sind Neuerungen, doch nur in der Form, nicht sachlich.

5. Der Aufsichtsrath hat bei der A.K.G. in erster Linie die Interessen der Kommanditisten zu vertreten. Er ist demzufolge das ausführende Organ derselben (Art. 186 Abs. 2 des alten H.G.B., § 328 des neuen H.G.B.). Das gilt namentlich von Prozessen zwischen der Kommanditistengesammtheit und den persönlich haftenden Gesellschaftern.

6. Für die Gewinnantheile der persönlich haftenden Gesellschafter giebt § 329 des neuen H.G.B. eine Spezialvorschrift, welche eine Zweifelsfrage des bisherigen Rechts beseitigen und die persönlich haftenden Gesellschafter zur Deckung von Unterbilanzen in einer ihrer Stellung angemessenen Weise heranziehen soll. (Näheres hierüber Denkschr. S. 179; auch unten Anm. 67).

7. Die Auflösung. Die Gründe der Auflösung sind, wie der § 330 des neuen H.G.B. im Einklang mit Art. 200 des alten H.G.B. bestimmt, im Allgemeinen die gleichen, wie bei der Kommanditgesellschaft. Aber für die Folgen der Auflösung finden die Vorschriften über die Aktiengesellschaft Anwendung.

   Die Entschließungen über die Kündigung und Auflösung werden durch qualifizirte Generalversammlungsbeschlüsse gefaßt (§ 330).

   Der eigenthümliche Art. 199 des alten H.G.B. ist durch § 330 Abs. 4 sachgemäß geändert. Danach kann das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern außer dem Fall der Ausschließung nur stattfinden, wenn es im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist. Wird es also sonst vereinbart, so hat eine solche Vereinbarung nicht, wie bisher, die Auflösung der Gesellschaft, also eine nicht beabsichtigte Wirkung zur Folge, sondern sie ist wirkungslos.

   Daß sowohl die Ausschließung, als jedes sonstige Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters nur möglich ist, wenn mindestens noch ein anderer Gesellschafter dieser Art übrig bleibt, ist selbstverständlich und brauchte nicht besonders im Gesetz ausgesprochen zu werden (Denkschr. S. 191).

8. Die Liquidation der aufgelösten A.K.G. vollzieht sich nach dem neuen H.G.B. in derselben Weise, wie die Liquidation der Aktiengesellschaft (§ 331 des neuen H.G.B.). Das war auch im früheren Recht so.

9. Vereinigung mit einer anderen Gesellschaft. Die allgemeine Bezugnahme im § 320 Abs. 3 umfaßt auch die Bestimmung über die Vereinigung mit einer anderen Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien.

10. Die Vorschriften über die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft (Art. 306a des alten H.G.B.) werden aber dadurch nicht überflüssig, weil es sich hierbei um einen hiervon verschiedenen Vorgang handelt. Diese Vorschriften sind daher mit mehreren untergeordneten Aenderungen in den §§ 322

bis 334 des neuen H.G.B. wiederholt. Die Aenderungen betreffen vornehmlich die Bilanzaufstellung.

Zusatz 2. Wie oben Anm. 4 gesagt, ist es nicht zu umgehen, eine zusammenhängende systematische Darstellung der für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Grundsätze zu geben. Dieselbe folgt hier: Anm. 6.

Systematische Darstellung der Lehre von der Aktienkommanditgesellschaft.

I. Die begrifflichen Momente.

1. **Die für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Gesetzesvorschriften.** Zum Theil sind es die für die Kommanditgesellschaft, zum Theil und hauptsächlich die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften (vergl. § 320 Abs. 2 u. 3 und oben Anm. 2), zum Theil sind endlich auch Sondervorschriften für die Aktienkommanditgesellschaft gegeben (§§ 321 bis 334). Soweit die für die Kommanditgesellschaften geltenden Vorschriften hier anwendbar sind, greifen dieselben theilweise wieder zurück auf die für die o. H.G. geltenden Vorschriften. So entsteht ein buntes Gemisch von Vorschriften und zur besseren Uebersicht erscheint, wie gesagt, eine systematische Darstellung der für die Aktienkommanditgesellschaft geltenden Rechtsgrundsätze dringend geboten.

Subsidiär kommen, soweit die Vorschriften über die Kommanditgesellschaften Platz greifen, diejenigen Vorschriften zur Anwendung, welche subsidiär für die Kommanditgesellschaft zur Anwendung kommen, also die Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft, und soweit die Vorschriften über die Aktiengesellschaft Platz greifen, diejenigen Vorschriften, welche für die Aktiengesellschaften subsidiär zur Anwendung kommen, also die Vorschriften über rechtsfähige Vereine (vergl. Anm. 9 zu § 178). Anm. 7.

2. **Der Begriff und rechtliche Charakter der Aktienkommanditgesellschaft.** Der Begriff ist im § 320 Abs. 1 dahin gegeben, daß mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet, während die Uebrigen sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital betheiligen. Was sich hierfür für die juristische Konstruktion der Aktienkommanditgesellschaft ergiebt, ist oben Anm. 2 ffg. dargelegt. Sie ist hiernach eine juristische Person eigener Art. Daraus ergeben sich alle diejenigen Konsequenzen, welche sich auch für die Aktiengesellschaft aus dieser rechtlichen Charakterisirung ergeben. Diese Konsequenzen sind in Anm. 2 ffg. zu § 210 von uns dargestellt. Dieselben sind hier heranzuziehen, insbesondere also darüber, Trägerin welcher Rechte und Pflichten sie sein kann (z. B. ob sie beleidigen und beleidigt werden kann, ob sie Legatarin sein kann ꝛc.); darüber, ob sie Eigenthum an Grundstücken und andere dingliche Rechte auf ihren Namen erwerben kann; ob sie vor Gericht klagen und verklagt werden kann (Parteifähigkeit, nicht Prozeßfähigkeit)[1]); über den Einfluß der Auflösung der Gesellschaft auf den Prozeß; über die Wirkungen des gegen die Gesellschaft ergangenen Urtheils ꝛc. Anm. 8.

Zum rechtlichen Charakter der Aktienkommanditgesellschaft gehört ferner, daß sie stets eine Handelsgesellschaft ist. Das beruht auf § 320 Abs. 3 und § 210 Abs. 2. Da hier § 210 Abs. 2 anwendbar ist, so gelten auch die in Anm. 12 ffg. zu § 210 gegebenen Erläuterungen, insbesondere darüber, daß sich dies auch dadurch nicht ändert, daß die Gesellschaft kein Handelsgewerbe treibt, und ferner darüber, daß in Konsequenz dieser rechtlichen Eigenschaft die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft so angesehen werden, als seien sie Rechtsgeschäfte eines Vollkaufmanns. Anm. 9.

3. **Die einzelnen Gesellschafter und ihre vermögensrechtliche Betheiligung.** Anm. 10.

a) **Mindestens ein Gesellschafter muß unbeschränkt haften** (§ 320 Abs. 1). Das ist der Komplementar. Da die Gesellschaft nach unserer Ansicht juristische Person ist, so wird

---

[1]) Der Kommanditist kann als Zeuge vernommen werden; denn er ist, wie der Aktionär, Mitglied einer juristischen Person; kann auch der Komplementar als Zeuge vernommen werden? Derjenige, der die Vertretungsbefugniß hat, sicherlich nicht, wohl aber derjenige, der die Gesellschaft nicht zu vertreten hat.

das Gewerbe im Namen der Aktienkommanditgesellschaft als solcher betrieben. Nun haftet ja allerdings auch der Komplementar für alle Schulden. Gleichwohl wird das Geschäft nicht in seinem Namen betrieben. Im Namen einer Person wird ein Gewerbe betrieben, wenn nicht bloß eine Haftung für alle Schulden eintritt, sondern wenn die Person Trägerin oder Mitträgerin aller Pflichten und Rechte wird (vergl. Anm. 6 zu § 1). Das ist aber hier nicht der Fall; denn der Komplementar wird nicht Träger der durch die Geschäfte der Gesellschaft entstehenden Rechte.

Anm. 11. Demzufolge ist der Komplementar der Aktienkommanditgesellschaft nicht Kaufmann. Die Fähigkeit, Komplementar zu sein, hängt daher nicht ab von der Fähigkeit, Kaufmann zu sein, d. h. unter fremdem Handelsnamen ein Gewerbe zu betreiben, wohl aber von der Fähigkeit, unter fremdem Handelsnamen verpflichtet zu werden. Denn diese Rechtsfolge tritt hier auf Schritt und Tritt nothwendig auf Seiten des Komplementars ein. Diese Fähigkeit deckt sich aber mit der Fähigkeit, unter fremdem Handelsnamen ein Gewerbe zu betreiben und deshalb kommen für die Frage, ob eine offene Handelsgesellschaft, eine Aktiengesellschaft ꝛc. Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft sein kann, dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie für die gleiche Frage bei der einfachen Kommanditgesellschaft (vergl. daher Anm. 5 zu § 161).

Anm. 12. Die vermögensrechtliche Betheiligung des Komplementars besteht nothwendiger Weise nur in der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Im Uebrigen braucht der Komplementar mit einer Vermögenseinlage nicht betheiligt zu sein, weder auf das Kommanditkapital, noch sonst. Er darf aber nach beiden Richtungen betheiligt sein. Die frühere Zwangsvorschrift nach dieser Richtung (Art. 174a, 180h Abs. 3) ist jetzt jedoch aufgehoben. Die auf Grund dieser früheren Zwangsvorschriften geschehenen Einlagebetheiligungen können durch Aenderung des Gesellschaftsvertrages nunmehr rückgängig gemacht werden.

Anm. 13. b) **Die übrigen Gesellschafter betheiligen sich mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital.** Sie werden Kommanditisten genannt, ihre Rechtsstellung ist aber mit diesen nicht zu vergleichen. Denn sie haften nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, auch nicht, ehe sie die versprochene Einlage machen. In diesem Falle hat zwar die Gesellschaft einen Anspruch auf Zahlung gegen sie, nicht aber die Gläubiger. Insbesondere ist zwar § 217 analog anwendbar, greift aber auf den Fall der rückständigen Zahlung zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger nicht Platz (vergl. auch oben Anm. 1).

Anm. 14. α) Da eine persönliche Haftung nicht stattfindet, so wird das Gewerbe nicht im Namen der Kommanditisten betrieben, der Kommanditist einer A.K.G. als solcher ist also nicht Kaufmann und Kommanditist kann werden, wer Aktionär einer Aktiengesellschaft sein kann, also auch Aktiengesellschaften, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften ꝛc.

Anm. 15. β) Die Summe der versprochenen Einlagen der Kommanditisten ist das Grundkapital der Gesellschaft. Sie ist diejenige Summe, welche den Gläubigern als Kreditbasis der Gesellschaft zugesichert ist und deren möglichste Erhaltung und Aufsparung Pflicht der Gesellschaft und ihrer Organe ist und durch eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften gesichert wird. Die persönlich haftenden Gesellschafter können sich zwar mit Einlagen betheiligen, aber es ist dies nicht nothwendig. Es wird die Erhaltung dieser Einlagen nicht den Gesellschaftsgläubigern als Kreditbasis zugesichert und es sind daher auch keine gesetzlichen Vorschriften gegeben, welche auf möglichste Erhaltung dieser Vermögenseinlage gerichtet sind. Vielmehr ist hier, bei den persönlich haftenden Gesellschaftern, die persönliche Haftung dasjenige, was neben dem Kommanditistenkapital die den Gesellschaftsgläubigern zugesicherte Kreditbasis darstellen soll.

Anm. 16. γ) Die Kommanditeinlagen werden Aktien genannt. Sie werden aber nicht bloß Aktien genannt, sondern es gelten auch die Vorschriften über die-

selben, so insbesondere §§ 179, 209 und 183[1]), (die Aktien sind untheilbar, sie können auf den Inhaber und auf den Namen lauten, Ausnahmen hiervon), §§ 180 und 209, (sie müssen regelmäßig auf mindestens 1000 Mark lauten, in Ausnahmefällen auf weniger bis herunter auf 200 Mark), § 184 (sie dürfen unter pari nicht ausgegeben werden), § 185 (es können Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden), § 209 Abs. 2 (sie dürfen nicht vor der Eintragung in das Handelsregister ausgegeben werden). Vergl. das Nähere über diese Vorschriften in den Anm. zu den §§ 179[1]), 180, 184, 185 und 209.

II. Die Gründung der Gesellschaft.

1. **Die Gründung erfolgt nach den aktienrechtlichen Regeln.** Eine Aktienkommanditgesellschaft wird nicht, wie eine gewöhnliche Kommanditgesellschaft, durch einfachen Vertrag begründet, sondern mit demselben großen Apparate und unter Beobachtung derselben Kautelarvorschriften, wie eine Aktiengesellschaft. Denn auch hier ist ein Theil und zwar der vom Gesetze als der wesentlichere betrachtete Grundstock des Gesellschaftsvermögens in Aktien zerlegt. Es sind jedoch in den §§ 321—323 einige Abweichungen vorgeschrieben, andere ergeben sich von selbst. Anm. 17.
2. **Die Gründung kann eine Simultan- und eine Sukzessivgründung sein,** wie bei der A.G. In dieser Hinsicht ordnen die §§ 321—323 keine Abweichung von der A.G. an. Anm. 18.
3. **Zunächst muß der Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden,** gleichviel, ob eine Simultan- oder eine Sukzessivgründung beabsichtigt wird. Hierfür greifen die Vorschriften des § 182 Platz, jedoch mit einigen in den §§ 321 und 322 angeordneten Abweichungen. (Ueber die rechtliche Bedeutung der Statutfeststellung gilt das Gleiche, wie in Anm. 2 zu § 182 dargelegt ist.) Anm. 19.
   a) Der Gesellschaftsvertrag muß von mindestens fünf Personen festgestellt werden. Zu diesen müssen aber nach § 321 die Komplementare gehören. Kommanditisten können dazu gehören. Das Nähere über diese Vorschrift siehe, soweit der § 182 Platz greift, Anm. 3 ffg. zu § 182, soweit es sich um die im § 321 vorgesehene Abweichung handelt, Anm. 2 zu § 321. Anm. 20.

      Zu Anm. 4 zu § 182 ist hinzuzufügen, daß nicht jede Person, die Gründer einer Aktiengesellschaft sein kann, auch Gründer einer Aktienkommanditgesellschaft sein kann. Vielmehr muß Jemand, der in seiner Komplementareigenschaft Gründer ist, diejenigen Eigenschaften haben, die ihn befähigen, Komplementar zu sein (über diese Eigenschaften siehe oben Anm. 11). Anm. 21.
   b) Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages erfolgt in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung. Hier gilt auf Grund des § 321 die gleiche Vorschrift wie in § 182. Vergl. daher zur Erläuterung unsere Anm. 6 u. 7 zu § 182. Anm. 22.
   c) In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Betheiligten übernommenen Aktien anzugeben. Das bestimmt § 321. Gemeint ist natürlich nur, sofern die Betheiligten Aktien übernehmen, ist der Betrag anzugeben. Denn der Gesellschaftsvertrag kann ja auch bloß von den Komplementaren festgestellt werden, wenn es deren fünf sind (vergl. Anm. 2 zu § 321). Im § 182 ist noch hinzugefügt, daß nicht bloß der Betrag der von Jedem übernommenen Aktien anzugeben ist, sondern auch, wenn verschiedene Aktiengattungen ausgegeben werden, die Gattung. Eine Abweichung ist hier nicht beabsichtigt, es muß daher dasselbe für die Aktienkommanditgesellschaft gelten. Anm. 23.
   d) Für den absolut nothwendigen materiellen Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens ꝛc.) gilt § 182 Abs. 2 mit den im § 322 vorgesehenen Abweichungen. Anm. 24.

---

[1]) Auch Gesellschaften vor 1884 dürfen ihre Namensaktien in Inhaberaktien umwandeln unter der Voraussetzung des § 183 Abs. 2 (Ring S. 43; Hinsberg bei Holdheim 6 S. 86). Auch ihre Aktien, welche unter 1000 Mark lauten, sind dieser Umwandlung fähig (Hinsberg a. a. O.).

Vergl. die im § 322 gegebenen Erläuterungen, insbesondere über die Firma Anm. 7 daselbst.

Anm. 25. e) Für den relativ nothwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages gelten die §§ 183—186, dazu treten jedoch die Vorschriften des § 322 Abs. 2 und 3.

α) Nach § 183 können die Aktien auf den Namen oder auf den Inhaber lauten, und unter Umständen auch umgewandelt werden (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 183).

β) Nach § 184 ist die Unterpariemission verboten, die Ueberpariemission kann durch den Gesellschaftsvertrag erlaubt werden (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 184).

γ) Nach § 185 kann der Gesellschaftsvertrag Aktien mit verschiedener Berechtigung, verschiedene Aktiengattungen, gestatten (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 185).

δ) Nach § 186 müssen besondere Vortheile der Aktionäre, Sacheinlagen und Uebernahmen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 186).

ε) Dazu treten jedoch die Vorschriften des § 322 Abs. 2 und 3, nach welchen die Vermögenseinlagen des Komplementars, wenn solche außerhalb des Grundkapitals vereinbart werden, und besondere Vortheile des Komplementars im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden müssen (vergl. hierüber die Erläuterung zu § 322).

Anm. 26. f) Die Gründer sind diejenigen Gesellschafter, welche den Gesellschaftsvertrag feststellen oder Sacheinlagen machen. Diese Vorschrift ist im § 321 Abs. 2 gegeben. Sie ist etwas anders gefaßt, als § 187, mit welchem sie korrespondirt. Ueber den Grund dieser Veränderung siehe Anm. 3 zu § 321, wegen der Erläuterung siehe zu § 187.

Anm. 27. 4. **Uebernehmen die Gründer,** also die soeben zu f bezeichneten Personen, **alle Aktien, so liegt eine Simultangründung vor. Die Gesellschaft ist damit errichtet.** Die Uebernahme braucht nicht in der Feststellungsverhandlung zu erfolgen, sondern sie kann in einer neuen Verhandlung geschehen. (Es gilt hier § 188 und die Erläuterung dazu.)

Anm. 28. 5. **Uebernehmen die Gründer nicht alle Aktien, so müssen die weiteren Aktionäre durch Zeichnung hinzutreten, es liegt eine Sukzessivgründung vor.** Hierfür gilt § 189 mit den dort von uns gegebenen Erläuterungen. (Auch das, was über die Bedeutung der Zeichnung und wann die Zeichnungen als acceptirt gelten, gesagt ist, gilt hier analog.) Nur eine kleine, durch die veränderten Verhältnisse hier gebotene Abänderung ist im § 323 Abs. 1 für den Inhalt des Zeichnungsscheins vorgesehen (der Zeichnungsschein muß die Namen der Komplementare enthalten). Hierüber siehe Anm. 1 zu § 323.

Anm. 29. 6. **Im Stadium der Gründung ist auch der erste Aufsichtsrath zu bestellen.** Das ist im § 190 vorgeschrieben. Derselbe ist hier anwendbar, doch nicht ohne Abweichung. Zwar ist eine ausdrückliche Abweichung in den §§ 321—322 nicht vorgesehen. Allein dieselbe ergiebt sich aus den veränderten Rechtsverhältnissen ohne Weiteres. Der Aufsichtsrath ist hier nämlich zwar ein Organ der Gesellschaft, aber gewählt wird er von den Kommanditisten, da er vorzüglich dazu bestimmt ist, die Beschlüsse der Kommanditisten auszuführen, insbesondere gegen die Komplementare (§ 328; vergl. unten Anm. 91). Es haben also nicht alle Gründer den Aufsichtsrath zu wählen, sondern alle Gründer außer den persönlich haftenden Gesellschaftern. Diese wählen nicht mit, weder wenn sie keine Aktien übernehmen, noch auch, wenn sie Aktien übernehmen; im letzteren Falle sind sie durch §§ 327, 197, 320 Abs. 3 vom Stimmrecht ausgeschlossen.

Anm. 30. Die Vorschrift des § 190 Abs. 3 über die Bestellung des ersten Vorstandes fällt natürlich hier fort, da hier kein Vorstand bestellt wird, der persönlich haftende Gesellschafter aber selbst zu den Gründern gehört und seine Bezeichnung im Gesellschaftsvertrage und seine Mitwirkung bei demselben wesentlich ist (§§ 320 Abs. 3, 321, 322).

Im Uebrigen vergl. die Erläuterung zu § 190. Auch das, was dort über die Nothwendigkeit des Aufsichtsraths bei älteren Gesellschaften gesagt ist, gilt hier analog.

7. **Die Gründererklärung des § 191** ist auch hier vorgeschrieben (vergl. die Erläuterung zu § 191). Anm. 31.

8. **Die Gründungsprüfung durch die Organe der Gesellschaft und besondere Revisoren** nach §§ 192—194 ist auch hier vorgeschrieben. An die Stelle der Mitglieder des Vorstandes treten hierbei die Komplementare und zwar sämmtliche. Infolgedessen ist die Revision durch besondere Revisoren hier immer nöthig; denn sie ist immer nöthig, wenn ein Mitglied des Vorstandes zu den Gründern gehört; die Stelle des Vorstandes nehmen hier die Komplementare ein, diese aber gehören immer zu den Gründern (vergl. § 321 Abs. 1 u. 2). Im Uebrigen vergl. die Erläuterungen zu den §§ 192—194. Anm. 32.

9. **Die Anmeldung der Gesellschaft folgt den Vorschriften des § 195** (vergl. daher die Erläuterungen zu § 195). Nur eine kleine Abweichung ist im § 323 Abs. 2 vorgeschrieben (über diese vergl. Anm. 2 zu § 323). Weitere Abweichungen ergeben sich daraus, daß die im § 195 Abs. 2 angezogenen Gesetzesparagraphen einzelne Abweichungen erleiden. So müssen insbesondere nicht bloß die Verträge, welche den im § 186 bezeichneten Festsetzungen zu Grunde liegen, überreicht werden, sondern auch die Verträge, welche der im § 322 Abs. 3 bezeichneten Festsetzung zu Grunde liegen, wenn besondere Verträge hierüber geschlossen sind, da diese Festsetzung ebenso zu behandeln ist, wie die im § 186 bezeichneten. So fallen ferner die im § 195 Abs. 2 Nr. 4 bezeichneten Urkunden insoweit fort, als es sich um die Bestellung des Vorstandes handelt. So muß ferner die Vorschrift des § 195 Abs. 4 (Zeichnung der Namensunterschrift) durch die sämmtlichen Komplementare erfüllt werden (§ 325 Nr. 1). Anm. 33.

Im Uebrigen vergl. die Erläuterung zu § 195. Auch die Frage des Klagerechts auf Anmeldung ist in gleicher Weise zu beantworten, wie dort Anm. 18 u. 19 erläutert ist.

10. **Die gerichtliche Errichtungsverhandlung im Falle der Sukzessivgründung.** Dieselbe folgt der Vorschrift des § 196 (vergl. daher die Erläuterung zu § 196), jedoch mit einer Abweichung gemäß § 323 Abs. 3 (vergl. über diese Anm. 3 zu § 323). Früher wurde die Errichtungsverhandlung von dem Komplementar berufen (Art. 175 f). Der Komplementar darf aber nicht mitstimmen (§ 327 und die nachfolgende Nr. 11). Anm. 34.

11. **Für die Berufung und Beschlußfassung der vor der Eintragung der Gesellschaft stattfindenden Generalversammlung** sind nach § 197 im Allgemeinen die Vorschriften anwendbar, welche für die Gesellschaft nach der Eintragung maßgebend sind. Vergl. daher die Erläuterung zu § 197, aber auch § 327. Anm. 35.

12. **Die Eintragung der Gesellschaft.** Dieselbe folgt den Regeln des § 198 (vergl. daher die Erläuterung zu § 198). Im § 323 ist jedoch eine Abweichung vorgeschrieben (vergl. über diese Anm. 4 zu § 323). Anm. 36.

13. **Die Publikation der Eintragung durch das Handelsgericht** folgt den Regeln des § 199 (vergl. daher die Erläuterung zu § 199), nur selbstverständlich mit denjenigen Abweichungen, welche sich daraus ergeben, daß die im § 199 in Bezug genommenen Paragraphen Abweichungen erleiden. Anm. 37.

14. **Für die Rechtsverhältnisse vor der Eintragung** (die Gesellschaft besteht als solche nicht, die für sie Handelnden haften persönlich; die Antheilsrechte sind nicht veräußerlich) ist § 200 maßgebend (vergl. daher die Erläuterung zu § 200. Anm. 38.

15. **Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in die Zweigregister** folgt den Vorschriften des § 201 (vergl. daher die Erläuterung zu diesem). Was insbesondere die in Anm. 3 zu § 6 berührte Vorschrift des § 12 der Reichsgewerbeordnung betrifft, wonach es hinsichtlich des Gewerbebetriebes juristischer Personen bei den Landesgesetzen bewendet, so gehört zu den juristischen Personen nach unserer Auffassung auch die Aktienkommanditgesellschaft (oben Anm. 2). Vom Standpunkt der Auffassung, nach welcher die Akt.-Ges. eine Sozietät ist, ist es willkürlich, wenn Kayser (Anm. 8 zu Art. 179) sagt, daß auch die A.K.G. in jenem Paragraphen der Gewerbeordnung gemeint sei. Anm. 39.

Anm. 40. 16. **Die Verantwortlichkeit der bei der Gründung betheiligten Personen.**

a) Die Verantwortlichkeit der Gründer und Gründergenossen richtet sich nach § 202. Das ist insofern sinngemäß zu erweitern, als nicht bloß die im § 186, sondern auch die im § 322 Abs. 3 vorgesehenen Festsetzungen (besonderer Vortheil für die Komplementare) mit dem Schutze dieser Verantwortlichkeit ausgestattet ist.

Im Uebrigen siehe die Erläuterung zu § 202.

Anm. 41. b) Die Verantwortlichkeit der Emissionshäuser richtet sich nach § 203 (siehe die Erläuterung daselbst).

Anm. 42. c) Die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane richtet sich nach § 204. Die dort für die Mitglieder des Vorstandes statuirte Verantwortlichkeit fällt hier den Komplementaren zu. Im Uebrigen siehe die Erläuterung zu § 204.

Anm. 43. d) Für Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich der Gründerregreßansprüche ist § 205 maßgebend. Siehe die Erläuterung zu § 205.

Anm. 44. e) Für die Verjährung der Gründerregreßansprüche ist § 206 maßgebend. Siehe die Erläuterung zu § 206.

Anm. 45. 17. **Die Nachgründungsverträge** folgen den Regeln der §§ 207 und 208, mit der im § 324 bezeichneten Abweichung (vergl. daher die Erläuterung zu § 207, 208 und 324).

III. Die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter.

Anm. 46. A. **Die Rechtsverhältnisse der Komplementare.** Soweit dieselben Aktien besitzen, kommen sie nicht bloß als Komplementare in Betracht, sondern als Aktionäre. Ihre Doppeleigenschaft hat aber in diesem Falle die Wirkung, daß sie kein Stimmrecht in der Generalversammlung haben (§ 327 Abs. 1).

Im Uebrigen richtet sich ihre rechtliche Stellung unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (§ 320 Abs. 2).

Anm. 47. 1. Die Beitragspflicht des Komplementars richtet sich nach den für die Kommanditgesellschaft, also für die o. H.G. geltenden Vorschriften (vergl. Anm. 10a zu § 163).

Anm. 48. 2. Die rechtliche Charakterisirung seiner Illation. Was er einlegt, wird, wenn die Aktienkommanditgesellschaft eine juristische Person ist, wie wir es annehmen, Alleineigenthum der juristischen Person, wenn sie eine Sozietät ist, was von Anderen angenommen wird, Gesammteigenthum der Gesellschafter. In beiden Fällen liegt in der Inferirung eine Veräußerung durch Abschließung eines Gesellschaftsvertrages, also ein Rechtsakt, der in seiner rechtlichen Charakterisirung dem gleichen Rechtsakte bei der Aktiengesellschaft gleichkommt (vergl. daher Anm. 19 zu § 186).

Anm. 49. 3. Sein Antheil am Gesellschaftsvermögen ist, wenn die Aktiengesellschaft eine juristische Person ist, in seiner juristischen Konstruktion nicht vergleichbar mit dem Antheil am Gesellschaftsvermögen, den der Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft hat. Des Letzteren Antheil ist Miteigenthum zur gesammten Hand (Anm. 13 zu § 161). Bei der juristischen Person fällt diese Konstruktion aus begrifflichen Gründen weg. Trotz § 320 Abs. 2 liegt daher ein solches Gesammteigenthum nicht vor, vielmehr wird das Eingebrachte Eigenthum der Gesellschaft. Der Komplementar aber hat nur obligatorische vermögensrechtliche Ansprüche an die Gesellschaft auf den Bezug von Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, wie der Aktionär und jedes sonstige Mitglied einer juristischen Person.

Sein Kapitalkonto ist übrigens auch bei der einfachen Kommanditgesellschaft eine fiktive Ziffer (vergl. Anm. 10a zu § 163 und Anm. 7 zu § 120); um so mehr gilt dies hier.

Anm. 50. 4. Das Maaß der dem Komplementar obliegenden Sorgfalt ist das Gleiche, wie beim Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft (vergl. daher Anm. 11 zu § 163).

Anm. 51. 5. Ueber die Uebertragbarkeit seiner gesellschaftlichen Rechte gilt das Gleiche, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft (vergl. daher auch Anm. 12 zu § 163).

6. Ueber die Rechte des Komplementars zur Vertretung siehe unten Anm. 72.
7. Ueber die Rechte und Pflichten des Komplementars zur Geschäftsführung siehe unten Anm. 80.
8. Ueber seinen Antheil an den vermögensrechtlichen Erfolgen der Gesellschaft (Gewinn und Verlust, siehe unten Anm. 64 flg.).
9. Für Aufwendungen des Komplementars und den Ersatz dafür gilt das Gleiche, wie beim Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft (vergl. daher Anm. 5 zu § 163).
10. Für Verzinsung unbefugter Entnahmen ebenso (vergl. daher Anm. 6 zu § 163). Anm. 52.
11. Ueber das gegen den Komplementar gerichtete Konkurrenzverbot siehe § 326 und die Erläuterung dazu.
12. Die Kontrole des Komplementars durch die Kommanditisten richtet sich trotz § 320 Abs. 2 nicht nach § 166, sondern nach aktienrechtlichen Vorschriften (vergl. unten Anm. 91).
13. Die Haftung des Komplementars gegenüber den Gläubigern richtet sich gemäß § 320 Abs. 2 nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Regeln, also nach den für die o. H.G. geltenden Regeln, da die ersteren nichts Besonderes bestimmen (vergl. Anm. 1 flg. zu § 171). Anm. 53.

Im Einzelnen ist hierüber zu bemerken:

a) Der Rechtsgrund seiner Haftung ist derjenige, aus welchem die Gesellschaft haftet. Anm. 54.
Hier gilt, man mag die Aktienkommanditgesellschaft als juristische Person oder als Sozietät auffassen, das Gleiche, wie in Anm. 1 flg. zu § 128 ausgeführt. Dagegen tritt die solidarische Haftung der Komplementare zur Haftung der Gesellschaft solidarisch hinzu, nicht bloß accessorisch, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft und bei der o. H.G. (vergl. Anm. 4 und 5 zu § 128). Denn hier ist die Gesellschaft, wenigstens nach unserer Ansicht, juristische Person, also ein selbstständiges Rechtssubjekt. Haftet außer diesem noch der Komplementar, so ist das eine zur Gesellschaftsschuld hinzutretende Solidarschuld einer andern Person, während bei der o. H.G. und bei der einfachen K.G. die Sache so liegt, daß die Gesellschaft keine selbstständige Persönlichkeit darstellt; die Haftung der Gesellschaft ist daher dort nicht die Solidarhaft eines selbstständigen Rechtssubjekts, sondern eine zur persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters accessorisch hinzutretende weitere Haftungsart des Gesellschafters.

Hieraus müßten sich eigentlich manche Unterschiede ergeben zwischen dem Rechtsverhältnisse der Komplementare zu den Gläubigern der Gesellschaft bei der einfachen Kommanditgesellschaft und diesem Rechtsverhältnisse bei der A.K.G. So z. B. wirkt bei wirklichen Solidarschuldnern die einem Schuldner gegenüber erfolgte Kündigung nur gegen diesen, nicht auch gegen die andern Solidarschuldner (vergl. Anm. 13 zu § 128). Allein nach § 320 Abs. 2 soll für das Rechtsverhältniß der Komplementare zu Dritten das Gleiche gelten, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Es greifen daher, obgleich dies aus der juristischen Konstruktion des hier in Frage stehenden Verhältnisses nicht folgt, wegen der positiven Vorschrift des § 320 die gleichen Grundsätze, wie bei der o. H.G. Platz, d. h. also diejenigen Grundsätze, die sich dort daraus ergeben, daß die Gesellschafter mit einander solidarisch haften, daß aber die Gesellschaftsschuld keine selbstständige Solidarschuld, sondern eine accessorisch hinzutretende weitere Haftungsart der Gesellschaft ist. Anm. 55.

Es finden daher die von uns Anm. 5—14 zu § 128 vertretenen Grundsätze hier Anwendung.

b) Für die Solidarhaft der Komplementare und der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern gelten die §§ 421 bis 425 B.G.B. (vergl. daher Anm. 7—14 zu § 128). Anm. 56.

c) Ueber den Erfüllungsort der Solidarhaft des Komplementars siehe Anm. 15 zu § 128.

d) Entgegenstehende Vereinbarungen haben Dritten gegenüber keine Wirkung. In dieser Beziehung gilt § 128 (vergl. Anm. 18 zu § 128).

e) Ueber den Einfluß des Konkurses der Aktienkommanditgesellschaft auf die Solidarhaft des Komplementars siehe Anm. 27 zu § 128. Insbesondere wird auch hier der Umfang der Solidarhaft des Komplementars durch den Zwangsvergleich der Gesellschaft begrenzt (§ 211 K.O.).

f) Ueber den Prozeß des Gesellschaftsgläubigers gegen den Komplementar auf Grund der Solidarhaft siehe § 129 und die Anm. 1—16 dazu. (Besonders: Rechtsgrund der Klage; Verbindung der Klage gegen den Gesellschafter mit der Klage gegen die Gesellschaft; Fragen der Klageänderung; Gerichtsstand der Klage; die Einwendungen des Komplementars, insbesondere die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, das Anfechtungsrecht und das Kompensationsrecht; Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Komplementar; Erörterung der Frage, inwieweit sich alles dies auf den zur Zeit der Klageerhebung ausgeschiedenen Gesellschafter bezieht.)

Anm. 57. g) Daß das Gesellschaftsvermögen von dem Zugriffe für die persönlichen Schulden des Komplementars ausgeschlossen ist, gilt hier umsomehr, wenn die Aktienkommanditgesellschaft unserer Ansicht gemäß eine juristische Person ist.

Ueber die näheren Modalitäten dieses Rechtssatzes siehe unseren Exkurs zu § 129 Anm. 1—5.

h) Ueber das Kompensationsrecht bei der Aktienkommanditgesellschaft siehe den Exkurs zu § 129 Anm. 6—11.

i) Haftung als Folge des Eintritts als Komplementar in eine bestehende Aktienkommanditgesellschaft. Hierfür gilt § 130 (vergl. Anm. 5 zu § 173).

k) Die Verjährung der Ansprüche gegen den Komplementar folgt den Regeln der §§ 159—160 (§ 320 Abs. 2; § 161. Abs. 2; vergl. unseren Exkurs zu § 177 Anm. 28—30).

Anm. 58. B. **Die Rechtsverhältnisse der Kommanditisten.** Dieselben folgen aktienrechtlichen Regeln.

1. Die Grenze der Verpflichtung des Kommanditisten richtet sich nach §§ 211 und 212: nach § 211 ist die Verpflichtung begrenzt durch den Nennbetrag der Aktie bezw. dem Ausgabekurs, nach § 212 können wiederkehrende Naturralleistungen stipulirt werden (vergl. die Erläuterungen zu §§ 211 und 212). [Für den Komplementar können selbstverständlich ebenfalls wiederkehrende Leistungen stipulirt werden.]

Anm. 59. 2. Die Rechte des Kommanditisten auf das Vermögen der Gesellschaft. Hierüber gelten die §§ 213—216 (die Einlagen können nicht zurückgefordert, regelmäßig können auch nicht Zinsen bedungen werden, vielmehr hat der Kommanditist nur Anspruch auf den Reingewinn und bei wiederkehrenden Naturalleistungen auf einen angemessenen Ersatz. Ausnahmsweise können auch Zinsen bedungen werden, sogenannte Bauzinsen, was früher bei Aktienkommanditgesellschaften nicht zulässig war (vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 197). Vergl. die Erläuterung zu den §§ 213—216.

Ueber die Berechnung des Reingewinns siehe unten Anm. 68.

Anm. 60. 3. Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Grundsätzlich findet eine solche Haftung nicht statt (vergl. oben Anm. 13). Nur unter denselben Voraussetzungen, wie ein Aktionär, kann eine Haftung eintreten. Hierüber gilt § 217 (vergl. daher die Erläuterungen dazu).

Anm. 61. 4. Die Verpflichtung zur Zahlung des Aktienbetrages und die Folgen der Verzögerung in Erfüllung dieser Verpflichtung richten sich genau nach dem Aktienrecht. Vergl. daher die §§ 218—221 und die Erläuterungen dazu. Hinzuzufügen ist: Die Bestimmung über die Einforderung der Aktienbeträge steht hier dem geschäftsführenden Komplementar zu, die Kommanditistenversammlung kann hier keine bindende Anweisung ertheilen (Ring S. 81).

Anm. 62. 5. Die Uebertragung der Aktienrechte folgt aktienrechtlichen Regeln. Vergl. daher §§ 222—224 und die Erläuterungen dazu, insbesondere auch den Exkurs zu § 224 über die Inhaberaktien. Zu der im § 222 Abs. 4 erforderlichen „Zustimmung der Gesellschaft"

ist hier auch die Zustimmung des Komplementars erforderlich. Sonst liegt eine Zustimmung der Gesellschaft nicht vor. Denn daß hier der Aufsichtsrath als Organ der Gesellschaft fungiren und dem Komplementar Anweisung ertheilen soll, ist nicht ersichtlich. Denkbar wäre ja auch eine solche Konstruktion, aber sie bildet doch nur die Ausnahme und es müßte deutlicher ersichtlich sein, daß das Gesetz diese gewollt hat (vergl. auch nach bisherigem Recht Ring S. 80).

6. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien und Interimsscheine im § 226 gilt auch hier. Anm. 63.
7. Die Amortisation von Aktien richtet sich nach § 227. Vergl. daher die Erläuterung zu § 227.
8. Für den Ersatz vernichteter oder beschädigter Aktien und Interimsscheine gelten die §§ 228—230.

IV. Insbesondere Gewinn- und Verlusttheilung.

1. **Der Gewinn.** Es findet eine zweifache Berechnung und Vertheilung des Gewinns statt. Anm. 64. Einmal wird der dem Komplementar zukommende Gewinn berechnet und nach ganz anderen Grundsätzen der den Kommanditisten zukommende Gewinn. Auch die Auszahlung findet nach verschiedenen Grundsätzen statt.
   a) **Der den Komplementaren** (sc. für ihre Betheiligung außerhalb des Aktienkapitals) **zukommende Gewinn.** Hier kommen die Vorschriften über die einfache Kommanditgesellschaft zur Anwendung, nur daß hinsichtlich der Auszahlung § 329 einige Abweichungen anordnet. Der § 237 (Grenze der Tantieme für Vorstandsmitglieder) kommt hier nicht zur Anwendung. Danach stellt sich die Materie wie folgt:
      α) Die Grundlage der Berechnung ist eine Bilanz, welche nach Maßgabe des § 120 aufgestellt wird. Dies ordnet § 168 für die einfache Kommanditgesellschaft an und das gilt auch hier (§ 320 Abs. 2). Es wird hiernach als Jahresgewinn das betrachtet, was sich bei Gegenüberstellung der Ab- und Zugänge des betreffenden Jahres als Gewinn desselben ergiebt (vergl. auch Denkschrift S. 180). Freilich wird für die in diese Bilanz einzustellenden Werthe anzunehmen sein, daß die aktienrechtlichen Grundsätze des § 261 Nr. 1—4 maßgebend sind, da sonst auf diese Weise dem Gesellschaftsfonds Beträge entzogen werden könnten, die sich nicht als realisirbarer Gewinn darstellen (vergl. auch Cosack S. 698). Anm. 65.
      β) Von dem solchergestalt festgestellten Jahresgewinn gebühren den Komplementaren 4% ihrer Aktivsalden. Auch für die Kommanditistengesammtheit werden 4% des Kommanditistenkapitals berechnet, aber eben nur berechnet zu dem Zwecke, um den Rest des hiernach verbleibenden Gewinnes zu berechnen und so auf den Hauptstock des dem Komplementar zukommenden Gewinnes zu kommen. Von dem nach Abzug von 4% der beiderseitigen Aktivsalden verbleibenden Gewinnrest wird ein angemessener Theil dem Komplementar gutgeschrieben (§ 168 Abs. 2). Anm. 66.
      γ) Was die Auszahlung betrifft, so dürfen die Komplementare 4% ihres Aktivsaldos schlechtweg entnehmen, auch wenn kein Gewinn erzielt ist, auch wenn ihre Einlagen durch Verluste früherer Jahre gemindert sind. Sie dürfen ferner den 4% übersteigenden etwaigen Antheil am Jahresgewinn entnehmen, soweit dies nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht. Alles dies, wie bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft (vergl. Anm. 1 zu § 169). Im § 329 ist aber hier die weitere Schranke gesetzt, daß jede Entnahmebefugniß so lange ruht, als eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalsantheile übersteigt. Mit anderen Worten: das Aktienkapital darf nicht durch die Vertheilung bilanzmäßig gekürzt werden, wohl aber die Einlage der Komplementare. Das wird damit begründet, daß das Grundkapital die den Gesellschaftsgläubigern zugesicherte Kreditbasis ist und es auch von den Komplementaren verlangt werden kann, daß sie auf einen Gewinnbezug verzichten, so lange diese Kreditbasis nicht vorhanden ist. Anm. 67.

Weiter ist dem Komplementar im § 329 die Verpflichtung auferlegt, sich gefallen zu lassen, daß von dem gesammten Bilanzgewinn der Gesellschaft der Reservefonds dotirt wird.

Anm. 68. b) Die Kommanditisten nehmen an dem Gewinne nach aktienrechtlichen Grundsätzen Theil. Ihrem Aktivsaldo werden nicht 4% desselben als Vorwegantheil des Gewinnes gutgeschrieben, wie den Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft (vergl. oben Anm. 66), — denn der Kapitalantheil der Kommanditisten ist hier eine unveränderliche Ziffer, das Grundkapital der Gesellschaft — noch wird ihm der Rest desjenigen Gewinnes ausgezahlt, der bei der Gewinnberechnung für den Komplementar übrig bleibt. Vielmehr folgt, wie gesagt, der Gewinnbezug und die Gewinnberechnung und die Zinsberechtigung aktienrechtlichen Regeln. Zinsen bezieht er hiernach überhaupt nicht und auf Gewinn hat er Anspruch, soweit die Bilanz einen solchen ergiebt (§§ 213, 215, 320 Abs. 3). Die Bilanz aber folgt den Vorschriften der §§ 261 und 262, wobei jedoch § 261 hier noch dahin zu ergänzen ist, daß auch der Betrag der Kapitalskonten der Komplementare unter die Passiva aufzunehmen ist, wie dies Art. 185a Nr. 5 des alten H.G.B. ausdrücklich vorgeschrieben hatte. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies auch jetzt noch gilt, wenn es auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist (vergl. auch Cosack S. 698). Daß der Kapitalantheil des Komplementars eine veränderliche Ziffer ist, darüber siehe zu a.

Anm. 69. 2. **Der Verlust.** Auch der Verlust wird auf die Komplementare in derselben Weise vertheilt, wie der Gewinn (vergl. oben Anm. 64 u. 65), d. h. auf Grund der Jahresbilanz, in welcher die Geschäftsergebnisse des betreffenden Jahres sich darstellen. Der hiernach den Komplementar zufallende Verlustantheil vermindert dessen Kapitalkonto und führt ev. zu einem Passivsaldo für denselben (Anm. 3 zu § 167). Die Höhe des Verlustantheils richtet sich, wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt, nach den Umständen (§ 168 und Anm. 4 dazu). Den Betrag eines Passivsaldos hat der Komplementar bei Auflösung der Gesellschaft in die Gesellschaftskasse einzuschießen.

Auf das Kapitalkonto der Kommanditisten dagegen wird der sich nach dieser Berechnung ergebende Verlustantheil nicht übertragen. Das Kommanditistenkapital ist das Grundkapital der Gesellschaft, eine unveränderliche Ziffer. Hier wird der Verlust in ganz anderer Weise berechnet, nämlich wie der Gewinn der Kommanditisten: als Ergebniß einer aktienrechtlichen Bilanz. Ein etwa sich ergebender Verlust eines bestimmten Jahres vermindert das Normalvermögen der Gesellschaft, verschlechtert die Bilanz, vermindert den aktienrechtlichen Bilanzgewinn und führt ev. zu einem aktienrechtlichen Jahresverlust, zu einer Unterbilanz.

Anm. 70. 3. **Die vorstehenden Regelungen werden meistens statutarisch vereinfacht:** Es wird eine einheitliche Berechnung für Komplementare und Kommanditisten mit einer Vorzugsdividende für erstere, oder auch für letztere vorgeschrieben. So bekommen z. B. bei der Direktion der Diskontogesellschaft in Berlin die Kommanditisten eine Vorzugsdividende von 4% des Grundkapitals, von dem Ueberrest entfällt $^1/_5$ an die Komplementare, $^1/_{25}$ an den Aufsichtsrath, der Rest mit gewissen Abzügen an die Kommanditisten (Cosack S. 699).

Solche statutarische Vereinbarungen sind zulässig, solange die zwingenden Vorschriften des Gesetzes nicht entgegenstehen, insbesondere nicht der § 329. Dagegen kommt der § 237, welcher die Grenze der Tantieme für die Vorstandsmitglieder festsetzt, hier nicht in Betracht. Wohl aber muß jede Vereinbarung über die Gewinn- und Verlustvertheilung des Komplementars, welche von den gesetzlichen Vorschriften, wie sie oben dargestellt sind, abweicht, im Gesellschaftsvertrage (ursprünglichen oder abgeänderten) festgesetzt sein, um der Gesellschaft gegenüber giltig zu sein (vergl. § 322 Abs. 3 und Anm. 3 dazu).

V. Die Organe der Gesellschaft.

Anm. 71. A. **Die Komplementare,** ihre rechtliche Stellung als Vertreter und Geschäftsführer.

1. **Die Quelle ihrer rechtlichen Stellung** ist hier der Gesellschaftsvertrag. Sie werden nicht,

wie der Vorstand der Aktiengesellschaft, durch Wahl bestellt, sondern sie sind Gesellschafter und können nur durch den Gesellschaftsvertrag (den ursprünglichen oder abgeänderten) Mitglieder der Gesellschaft werden. Demzufolge kann aber ihre Stellung auch nicht jederzeit widerrufen werden, wie die eines Vorstandsmitgliedes. Ihre Ausschließung aus besonderen Gründen und im Wege Rechtens ist wohl möglich (vergl. zu § 330), aber nicht ein einfacher Widerruf ihrer Stellung. Der § 231 Abs. 3 greift also hier nicht Platz.

2. **Ihre Vertretungsbefugniß.** Im Allgemeinen richtet sich dieselbe nach den für die einfache Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (§ 320 Abs. 2), also, da für diese besondere Regeln nicht gegeben sind, nach den für die o. H.G. gegebenen Regeln (vergl. Anm. 1—3 zu § 170), jedoch mit denjenigen Abweichungen, die sich aus der besonderen Organisation der Aktien-Kommanditgesellschaft ergeben. Anm. 72.

a) Die prinzipielle Abweichung geht dahin, daß der Komplementar zwar gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist; während aber der offene Handelsgesellschafter und der Komplementar einer einfachen Kommanditgesellschaft der allein mögliche gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist, ist der Komplementar hier nur, wie der Vorstand, der ordentliche, der ständige gesetzliche Vertreter, nicht der alleinige. Vielmehr ist unter Umständen auch der Aufsichtsrath der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Denn die Stellung des Aufsichtsraths ist hier im Allgemeinen die gleiche, wie bei der Aktiengesellschaft (vergl. § 320 Abs. 3, § 325 Nr. 5, Cosack S. 695). Der Aufsichtsrath aber ist in gewissen Hinsichten gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft (vergl. § 247 und Anm. 1 flg. dazu; unten Anm. 92 u. 96).

b) Für die Vertretungsbefugniß des Komplementars gelten die für die Kommanditgesellschaft, also für die o. H.G. geltenden Regeln analog, also die §§ 125—127 (vergl. Anm. 1—3 zu § 170). Anm. 73.

α) § 125. Gesetzliche Regel ist, daß jeder Komplementar allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist. In diesem Falle braucht hierüber nichts eingetragen zu werden (vergl. auch § 323 Abs. 4). Es kann aber auch ein Komplementar von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossen werden, nach unserer Ansicht allerdings nicht alle; auch zu Kollektivvertretern können mehrere Komplementare bestellt werden, und endlich kann bestimmt werden, daß ein Komplementar zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist. Die Ausnahmen von der Einzelvertretung müssen zur Eintragung angemeldet werden (§ 323 Abs. 4). Alles das kann durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden.

Ueber alles dieses siehe Näheres Anm. 1 flg. zu § 125.

β) § 126. Der Umfang der Vertretungsmacht des Komplementars. Anm. 74.
Die prinzipielle Unbeschränkbarkeit derselben und die möglichen Ausnahmen von der Unbeschränkbarkeit, alle diese Fragen bestimmen sich ebenso wie beim offenen Gesellschafter. Siehe daher hierüber Anm. 1 flg. zu § 126, ebenso die dort gegebenen Erläuterungen über die Kollusion, über die Wirkungen der Vertretungshandlungen, über konkludentes Handeln, über Kontrahiren mit sich selbst 2c.

Dazu treten aber die Vorschriften über gewisse Beschränkungen der Vertretungsmacht, welche dem Aktienrecht entnommen sind, z. B. bei Nachgründungen, beim Verzicht auf Ersatzansprüche (§§ 320 Abs. 3; 324; 325 Nr. 7). Anm. 75.

c) § 127. Die Entziehung der Vertretungsbefugniß besteht hier ebenso, wie im § 127. Da nur alle übrigen Gesellschafter die Entziehung verlangen können, so muß der Antrag ausgehen von den übrigen Komplementaren und dem Aufsichtsrath, welcher letztere die Beschlüsse der Kommanditisten ausführt (§ 328). Der Aufsichtsrath muß zu seiner Legitimation einen Generalversammlungsbeschluß beibringen. Anm. 76. Anm. 77.

Es kann aber auch hier unter Umständen auf Antrag eines Gesellschafters die Entziehung erfolgen (vergl. hierüber Anm. 7 zu § 127). Ein solcher Antrag muß gestellt werden von einem Komplementar oder vom Aufsichtsrath Namens der

Kommanditisten auf Grund und unter Beibringung eines diesbezüglichen Generalversammlungsbeschlusses, ein einzelner Kommanditist ist hier nicht antragsberechtigt.

Anm. 78. Die Entziehung der Vertretungsbefugniß vermag die Stellung des Komplementars insoweit nicht zu ändern, als es sich um unentziehbare Vertretungsrechte handelt. Dazu gehören die im § 325 aufgezählten Funktionen (vergl. Cosack S. 695).

Die Frage, ob der Komplementar die Vertretung auch niederlegen kann, richtet sich nach Anm. 8 zu § 127 (vergl. § 320 Abs. 2; Anm. 3 zu § 170).

Anm. 79. d) Die Vertretungsbefugniß kann anderen Organen, als den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht übertragen werden, das folgt aus §§ 320 Abs. 2, 161 Abs. 2, 125. Sie kann nicht einer fremden Person übertragen werden; es kann auch nicht bestimmt werden, daß der Aufsichtsrath stellvertretende Direktoren ernennt, nur Prokuren und Handlungsvollmachten können anderen Personen ertheilt werden.

Anm. 80. 3. **Ihre Geschäftsführungsbefugniß und Pflicht** richtet sich im Allgemeinen nach den für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Regeln, jedoch mit zahlreichen Abweichungen und Besonderheiten:

a) Die Komplementare sind das ordentliche Geschäftsführungsorgan der Aktien-Kommanditgesellschaft. Außer ihm sind allerdings auch noch der Aufsichtsrath und die Generalversammlung geschäftsführende Organe. Aber regelmäßige und ordentliche Geschäftsführungsorgane sind die Komplementare und zwar alle. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings einem oder mehreren Komplementaren die Geschäftsführung übertragen (vergl. Anm. 1 zu § 164).

Anm. 81. b) Der Inhalt der Geschäftsführungsbefugniß, wie sich das Einzelrecht zur Geschäftsführung und das Kollektivrecht zur Geschäftsführung bethätigt, richtet sich nach den für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft geltenden Regeln (vergl. Anm. 2 zu § 164).

Anm. 82. c) Die Vorschrift des § 116, daß sich das selbstständige Recht zur Geschäftsführung nur auf die gewöhnlichen Betriebsgeschäfte bezieht, findet auch hier, wie bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft Anwendung (vergl. Anm. 3 zu § 164). Das Widerspruchsrecht aber, welches jedem Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft zusteht, steht hier nur der Gesammtheit der Kommanditisten zu und wird vom Aufsichtsrath ausgeübt, wenn es die Kommanditistenversammlung beschlossen hat.

Anm. 83. d) Zur Bestellung der Prokura gehört nach §§ 164, 116 Abs. 3 die Zustimmung aller geschäftsführenden Komplementare, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Zum Widerruf der Prokura genügt die Erklärung jedes Komplementars, welcher bei Ertheilung mitzuwirken hat (vergl. Anm. 4 zu § 164). Die Kommanditisten haben bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft damit gar nichts zu thun. Hier aber muß der Aufsichtsrath zur Bestellung des Prokuristen seine Zustimmung geben, was Pinner S. 348 mit Unrecht bestreitet (§§ 238; 325 Nr. 5). Ueber die Bedeutung dieses Erfordernisses nach außen siehe Anm. 8 zu § 238.

Anm. 84. e) Die Vorschrift über das Recht der Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß ist auch hier analog zu übertragen. Der Antrag muß auch hier von allen übrigen Gesellschaftern, auch den Kommanditisten, ausgehen. Die letzteren werden hier in ihrer Gesammtheit durch den Aufsichtsrath vertreten. Auch das im § 117 von uns erörterte Recht jedes einzelnen Gesellschafters zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß ist hier gegeben und steht auch hier jedem Komplementar zu, allerdings nicht jedem Kommanditisten, wohl aber auch der Kommanditistengesammtheit, vertreten durch den Aufsichtsrath (vergl. Näheres Anm. 5 zu § 164).

Nicht entzogen können diejenigen Funktionen werden, welche § 325 aufzählt (vergl. die folgende Anm. 85).

Anm. 85. f) Eine Reihe von einzelnen Funktionen (und zwar unentziehbar, solange die Ge-

sellschafter Komplementare sind, vergl. vorige Anm. a. E.) sind im § 325 aufgezählt und ergeben sich aus der analogen Anwendung von aktienrechtlichen Vorschriften auf die Aktien-Kommanditgesellschaft. Einer Aufzählung an dieser Stelle bedarf es nicht.

Anm. 86. Hervorgehoben aber wird die Verpflichtung der Komplementare, die Bücher der Gesellschaft zu führen. Diese Verpflichtung ergiebt sich sowohl aus der analogen Anwendung der Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (denn auch die Komplementare dieser haben die Pflicht), als auch aus der analogen Anwendung der Vorschriften über die Aktiengesellschaft (§ 320 Abs. 3; § 239).

Anm. 87. Hervorgehoben wird ferner die Verpflichtung der Komplementare zur Berufung der Generalversammlung beim Verlust der Hälfte des Grundkapitals und zur Stellung des Konkursantrages im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung (§§ 325 Nr. 2 und 8; 240).

Anm. 88. g) Besonders zu bemerken ist, daß die Thätigkeit der Komplementare hier der Kontrole des Aufsichtsraths untersteht (§ 325 Nr. 5).

Anm. 89. h) Was die Verantwortlichkeit der Komplementare für ihre geschäftsführende Thätigkeit angeht, so haftet der Komplementar wie der offene Gesellschafter (vergl. Anm. 15 im Exkurse zu § 122) der Gesellschaft für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt. (§ 320 Abs. 2.) Das ist völlig gerechtfertigt, da er ja für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich haftet. Cosack S. 695 will ihn für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haften lassen, allerdings erklärt er selbst seine Ansicht nicht für zweifellos. Allein sie ist nicht zutreffend; aus § 325 Nr. 7 folgt sie nicht, da hiernach nur die für den Vorstand gegebenen Vorschriften über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen Anwendung finden sollen und auch nur entsprechend. Das bedeutet: Hat der Komplementar seine Verpflichtungen verletzt, so haftet er der Gesellschaft so, wie der Vorstand, wenn er die seinigen verletzt.

Anm. 90. Der § 241 Abs. 1 wird hiernach nicht analog anwendbar sein, wohl aber die folgenden Absätze, sodaß in den besonders hervorgehobenen Fällen des § 241 Abs. 3 die Haftung auch gegenüber den Gläubigern der Aktien-Kommanditgesellschaft eintritt. Zwar spricht § 325 Nr. 7 nur von Ersatzansprüchen der Gesellschaft, allein auch von den Gläubigern wird ja hier nur ein Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend gemacht. Ueberdies folgt das Gesagte aus § 320 Abs. 3 (Cosack S. 701). Was die Deckung durch einen Generalversammlungsbeschluß anbetrifft, so können sich die Komplementare durch einen solchen nicht decken, auch nicht der Gesellschaft gegenüber. Ihnen gegenüber enthält dieser Beschluß keinen Befehl, sondern nur die Zustimmung eines koordinirten Organs.

B. Der Aufsichtsrath.

Anm. 91. 1. **Die rechtliche Stellung des Aufsichtsraths im Allgemeinen.** Der Aufsichtsrath wird von den Kommanditisten gewählt und ist dazu bestimmt, die Beschlüsse der Generalversammlungen auszuführen, insbesondere auch die Prozesse der Kommanditistengesammtheit gegen die Komplementare zu führen (§ 328). Er ist aber auch ein Organ der Gesellschaft, denn er ist den Komplementaren in Folge seines Kontrolrechtes übergeordnet, er vertritt die Gesellschaft bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Komplementaren (§ 247); auch kann er Prozesse unter der Gesellschaftsfirma führen (§ 325 Nr. 7; § 247; Denkschrift S. 179; Cosack S. 696). Seine Vergütung ist aus allgemeinen Gesellschaftsmitteln zu bestreiten, sein diesbezüglicher Anspruch besteht gegen die Gesellschaft.

Anm. 92. Daß er gewöhnlich geschäftsführendes, zum Theil aber auch Vertretungsorgan der Gesellschaft ist, das gilt hier analog, wie bei der Aktiengesellschaft (vergl. die Einleitung zu § 246).

Anm. 93. Soweit er die Kommanditistengesammtheit vertritt, sind die Mitglieder des Aufsichtsraths nur dieser verantwortlich; soweit er als Organ der Gesellschaft auftritt, der Gesellschaft.

Anm. 94. 2. **Im Einzelnen gelten hier die Vorschriften für die Aktiengesellschaft.**

a) § 243: Zusammensetzung des Aufsichtsraths, Wahl desselben, Amtsdauer, jederzeitiges Widerrufsrecht (vergl. die Erläuterungen zu § 243).

b) § 244: Jede Aenderung im Personalbestande des Aufsichtsraths ist zu publiziren und die Publikation einzureichen. Die Publikation erfolgt durch die Komplementare, obwohl dies im § 325 nicht besonders hervorgehoben ist, die Einreichung nach § 325 Nr. 1 ebenfalls.

Anm. 95. c) § 245: Besondere Bestimmungen über die Tantieme und die sonstige Vergütung des Aufsichtsraths. Auch diese gelten hier (vergl. daher die Erläuterungen zu § 245). Es ist aber hinzuzufügen, daß die Vergütungsbeschlüsse der Generalversammlung der Zustimmung der Komplementare bedürfen. Denn die Vergütung wird ja aus der Gesellschaftskasse gezahlt, es ist daher die Vergütung eine gemeinsame Angelegenheit.

Anm. 96. d) § 246: **Kontrolrecht des Aufsichtsraths.** Dasselbe besteht kraft § 325 Nr. 5 und § 320 Abs. 3. Es stellt den Aufsichtsrath über die Komplementare und macht ihn zum Organ der Gesellschaft (vergl. oben Anm. 91). Ferner hat er das Recht und die Pflicht, die Generalversammlung zu berufen, so oft dies erforderlich erscheint (§ 246 Abs. 2).

e) § 247: Vertretung der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften im Prozesse gilt auch hier (vergl. § 325 Nr. 7).

f) § 248 Abs. 1: Inkompatibilität, Mitglieder des Aufsichtsraths können nicht zugleich Komplementare sein (vergl. § 328 Abs. 3), auch nicht als Beamte der Gesellschaft fungiren. § 248 Abs. 2 fällt natürlich weg, da der Aufsichtsrath überhaupt nicht das Recht hat, Komplementare zu „bestellen".

Anm. 97. g) § 249: Die Pflicht zur Sorgfalt und die Folge der Pflichtverletzung. Hier gilt das Gleiche (vergl. die Erläuterungen zu § 249). Doch ist, wie oben Anm. 93 gesagt ist, der Aufsichtsrath nicht immer der Gesellschaft verantwortlich, sondern nur dann, wenn er als deren Organ handelt, sonst der Kommanditistengesammtheit. Der eventuelle Gläubigeranspruch entsteht nur bei Verletzung der Pflichten gegen die Gesellschaft. Wenn Behrend (§ 146 Anm. 25) den Aufsichtsrath nur der Kommanditistengesammtheit gegenüber haftbar erklärt, so bezieht sich das wohl nur auf das ältere Recht. Was die Deckung durch die Generalversammlung betrifft, so ist der Aufsichtsrath nur dann durch einen Beschluß derselben gegenüber der Gesellschaft gedeckt, wenn er als Exekutivorgan der Kommanditistengesammtheit gehandelt hat, nicht auch dann, wenn er Organ der Gesellschaft war. In diesem Falle ist die Generalversammlung der Kommanditisten keine ihn anweisende Behörde, den Gläubigern gegenüber können auch die Mitglieder des Aufsichtsraths sich auf einen Beschluß der Generalversammlung nicht berufen.

C. **Die Generalversammlung.**

Anm. 98. 1. **Die Rechtsstellung.** Die Generalversammlung ist hier nicht eine Versammlung der Gesellschafter, sondern nur der Kommanditisten, die Komplementare haben auch dann kein Stimmrecht, wenn sie Aktien besitzen (§ 327); weil sie nur eine Versammlung der Kommanditisten ist, deshalb hat sie im Allgemeinen auch nur das Recht, über diejenigen Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen, welche die Rechte der Kommanditisten betreffen (z. B. den Widerspruch gegen ungewöhnliche Geschäfte, oben Anm. 82; Wahl des Aufsichtsraths ꝛc.).

Anm. 99. Diejenigen Beschlüsse, welche bei der einfachen Kommanditgesellschaft der Zustimmung der Komplementare bedürfen, bedürfen dieser Zustimmung auch hier (§ 327 Abs. 2 und Anm. 4 dazu). So können sie z. B. eine Bilanz zwar einseitig verwerfen, aber die Veränderungen, die sie vornehmen, bedürfen der Zustimmung der Komplementare (Ring S. 86; Cosack S. 697). Sie können ferner den Komplementaren Geschäfte nicht anbefehlen; beschließen sie daher ein Gesellschaftsgeschäft, so bedarf dieser Beschluß der Zu-

stimmung der Komplementare, vornehmlich sind alle Statutenänderungen gemeinsame Angelegenheiten (vergl. § 327 Abs. 2 u.4).

Allein in manchen Hinsichten ist der Generalversammlung eine freiere, den Komplementaren übergeordnete Stellung eingeräumt. Sie ist nicht auf das wenig umfassende Kontrolrecht beschränkt, welches § 166 den Kommanditisten einer einfachen Kommanditgesellschaft einräumt, sondern kann Vorlegung der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und eines Geschäftsberichts verlangen, wie sie der Vorstand der Aktiengesellschaft seiner Generalversammlung vorzulegen hat (§ 325 Nr. 3). Die Generalversammlung ist auch um positive Genehmigung der Bilanz anzugehen, sie darf sie nicht bloß bemängeln, sondern sie hat sie auch zu genehmigen, und ehe das geschieht, können auch die Komplementare nicht ihre Gewinne beziehen. Das folgt aus der ganzen Stellung, welche der Generalversammlung in Bezug auf die Bilanz eingeräumt ist, und aus § 329 Abs. 1. Denn nur die Generalversammlung kann feststellen, ob eine Unterbilanz vorhanden ist und die Komplementare daher ihre Gewinne beziehen dürfen.[1]) (Cosack S. 696.) Die Generalversammlung kann ferner durch Vermittelung des Aufsichtsraths auch über die laufenden Geschäfte eine umfassende Kontrole ausüben (§ 325 Nr. 5, 328 Abs. 1). Sie kann endlich die Geschäftsführung durch außerordentliche Revisoren nachprüfen (§ 327 Abs. 3; § 325 Nr. 5). Die Generalversammlung kann endlich Beschlüsse über Angelegenheiten, die bei der Kommanditgesellschaft ein Einverständniß mit den Komplementaren nicht erfordern, ohne Zustimmung der Komplementare giltig fassen: So z. B. die Wahl und die Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsraths, die Kündigung der Gesellschaft. Anm. 100.

Die Frage, welcher persönlich haftende Gesellschafter zustimmen muß, oder ob alle zustimmen müssen, richtet sich danach, ob es sich um eine Frage der Gesellschaftsführung handelt (hier entscheidet die Geschäftsführungsbefugniß der Komplementare, vergl. oben Anm. 80 ffg.), oder ob es sich um Aenderung des Gesellschaftsvertrages handelt (hier müssen alle Gesellschafter zustimmen). Vergl. Pinner S. 352. Anm. 101.

2. **Im Einzelnen gelten folgende Vorschriften des Aktienrechtes.** Anm. 102.

a) § 250: regelmäßige Ausübung der Aktionärbefugniß durch Beschlußfassung in der Generalversammlung. Hinzuzufügen ist § 327, wonach der Komplementar kein Stimmrecht hat, auch wenn er Aktien besitzt.

b) § 251: die erforderlichen Mehrheiten.

c) die Modalitäten des Stimmrechts (jede Aktie gewährt das Stimmrecht, das Stimmrecht wird nach Aktienbeträgen ausgeübt, es kann aber abgestuft werden; Abstimmungen durch Bevollmächtigte; Hindernisse der Theilnahme an der Abstimmung). Siehe überall die Erläuterungen zu § 252.

Wenn ältere Gesellschaften (d. h. Gesellschaften vor dem Aktiengesetze von 1884) in ihren Statuten abweichende Bestimmungen haben, so sind dieselben nicht aufgehoben (§ 4 des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884; Anm. 27 zu § 252).

d) § 253: Berufung der Generalversammlung durch den Vorstand, hier durch die Komplementare (§ 325 Nr. 2). Anm. 103.

Das Recht der Berufung steht hier dem geschäftsführenden Komplementar zu (so Renaud S. 478; Puchelt-Förtsch Anm. 2). Andere wollen jedem der Komplementare das Recht geben (Ring S. 91; Schultze-Görlitz S. 188), andere nur allen zusammen (so Esser, Kommentar zum Aktiengesetz v. 1884 S. 49; Behrend § 145 Anm. 18). Allein die Berufung ist ein Akt der Geschäftsführung und es ist nicht

---

[1]) Wie nun, wenn die Generalversammlung eine Bilanz feststellt, die von der von den Komplementaren aufgestellten abweicht? Der Komplementar hat das Recht der Anfechtung (§ 271, 325), wenn aber die Anfechtung nicht erfolgt oder vergeblich versucht wird, so ist die Bilanz damit noch nicht festgestellt; er kann aber nunmehr vom Aufsichtsrath auf Anerkennung verklagt werden. In diesem Prozesse wird zwischen der Kommanditistengesammtheit und dem Komplementar festgestellt, wer im Recht ist, welche Gestalt die Bilanz haben muß (vergl. Neukamp in G.Z. 48 S. 486).

ersichtlich, warum dieser Akt der Geschäftsführung anderen Regeln folgen soll, wie andere. (Zust. Pinner S. 351.)

Anm. 104. e) § 254: das Recht der Minderheit zur Berufung der Generalversammlung;

f) §§ 255 und 256: Form und Frist für die Berufung der Generalversammlung und die Ankündigung der Tagesordnung.

g) § 257: das Recht des Aktionärs auf Mittheilung der Tagesordnung und der gefaßten Beschlüsse.

h) § 258: das Aktionärverzeichniß in der Verhandlung. Dazu tritt, wenn der Komplementar Theil nimmt und seine Zustimmung zu dem Beschlusse geben muß, die Bezeichnung des Komplementars.

i) § 259: urkundliche Form für alle Generalversammlungsbeschlüsse gilt auch hier (früher anders Art. 180 f.). Ferner Einreichung der Generalversammlungsbeschlüsse zum Handelsregister (§ 259 Abs. 5), diese Vorschrift ist jedoch modifizirt durch § 327 Abs. 4 (siehe die Erläuterung zu diesem). Ebenso siehe § 327 für die Form der Zustimmung der Komplementare zu eintragungsbedürftigen Beschlüssen.

Anm. 105. k) § 260: die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Bilanz, die Gewinnvertheilung und über die Entlastung des Vorstandes. Wegen der ersteren beiden Punkte siehe oben Anm. 100; auch die Entlastung des Vorstandes, hier der Komplementare, ist Sache der Generalversammlung. Das ist das Korrelat des weitgehenden Prüfungs- und Kontrolrechts der Generalversammlung.

Anm. 106. l) § 260 Abs. 3: Vorlegung der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts (siehe oben Anm. 100).

m) §§ 261 und 262: die Bilanzvorschriften gelten auch hier. Hierüber oben Anm. 67.

n) § 263: Vorbereitung der Generalversammlung durch Auslegung und abschriftliche Mittheilung der Jahresrechnung.

o) § 264: Vertagung der Generalversammlung.

p) § 265: Publikation der Bilanz. Sie erfolgt durch die Komplementare. (§ 325 Nr. 3.)

q) §§ 266 und 267: Prüfung durch Revisoren. Sie finden hier Anwendung (siehe § 327 Abs. 3 und die Erläuterungen dazu).

r) §§ 268 und 269: Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Sie finden hier Anwendung (§ 327 Abs. 3). Vergl. zu § 327.

s) § 270: Beschränkung von Vergleichen und Verzichten. Er findet Anwendung.

t) §§ 271 bis 273: Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Dieselben finden Anwendung. An die Stelle des Vorstandes treten hier überall die Komplementare. (§ 325 Nr. 4). Zu verklagen ist hier die Gesellschaft, obgleich es sich doch um Beschlüsse der Kommanditistenversammlungen handelt. Als Kläger können außer den Kommanditisten, wie gesagt, auch die Komplementare auftreten und zwar nach der herrschenden Ansicht jeder von diesen (vergl. Petersen und Pechmann S. 227; Ring S. 95).

Anm. 107. **VI. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages.**

1. **Satutenänderungen überhaupt** bedürfen der Zustimmung der Komplementare und der Kommanditisten. Das folgt aus § 320 Abs. 2. Die Zustimmung der Kommanditisten liegt in einem Generalversammlungsbeschlusse, welcher aktienrechtlichen Regeln folgt (§§ 274—276, und selbstverständlich greifen auch die allgemeinen Vorschriften über Generalversammlungsbeschlüsse Platz: Form, Anfechtung ꝛc.). Die Zustimmung der Komplementare muß erklärt werden in dem über die Verhandlung der Kommanditisten aufgenommenen Protokolle oder in einem Anhange zu demselben (§ 327 Abs. 4). Diese Zustimmung ist aber eine rechtsgeschäftliche Erklärung. Das Protokoll oder die Anlage zum Protokoll muß daher dem Komplementar vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben werden (vergl. § 177 des Gesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit). Bei Fassungsänderungen ist Delegation an den Aufsichtsrath zulässig, der auch in diesem Falle Organ der Gesellschaft ist (§ 320 Abs. 3, § 274 Abs. 1). Der Beschluß muß eingetragen

werden, um giltig zu sein; zur Eintragung angemeldet wird er von den Komplementaren, und zwar durch so viele von ihnen, als zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind (§§ 325 Nr. 1, 277).

2. **Insbesondere die Erhöhung der Kapitalantheile und die Aufnahme neuer Mitglieder.** Anm. 108.

a) Zur Aufnahme neuer Komplementare gehört ein Statutenänderungsbeschluß, der den Regeln zu 1 folgt. Was die Erhöhung des Kapitalsantheils der vorhandenen Komplementare betrifft, so treten gewisse Aenderungen von selbst ein durch Zuschreibung der nicht baar ausgezahlten Gewinne (vergl. oben Anm. 66). Jede sonstige Erhöhung des Kapitalsantheils der Komplementare bedarf eines Statutenänderungsbeschlusses, der den Regeln zu 1 folgt. Denn auch der Komplementar darf seine Einlage nicht einseitig erhöhen (vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 122).

b) Die Aufnahme neuer Kommanditisten und die Erhöhung des Nominalbetrages der vorhandenen Aktien folgt gemäß § 320 Abs. 3 den Regeln des Aktienrechts (§§ 278—287), denen jedoch hinzuzufügen ist, daß die sämmtlichen Komplementare ihre Zustimmung geben müssen (§ 327 Abs. 2) und zwar in der zu 1 gedachten Form, da es sich um Aenderungen des Gesellschaftsvertrages handelt. Anm. 109.

3. **Insbesondere die Herabsetzung der Kapitalantheile und das Ausscheiden von Mitgliedern.** Anm. 110.

a) Bei den Komplementaren erfolgt die Herabsetzung oft von Rechtswegen, nämlich durch Abschreibung der Verlustantheile (vergl. oben Anm. 69), außerdem durch Entnahme von 4 % Vorwegzinsen, wenn kein Gewinn vorhanden, oder nicht soweit vorhanden ist (vergl. oben Anm. 67). Außerdem kann auch jede andere Herabsetzung des Kapitalantheils des Komplementars vereinbart worden, allerdings nur durch Statutenänderungsbeschluß, der den Regeln zu 1 folgt, und mit der Beschränkung, deren in § 329 gedacht ist (vergl. oben Anm. 67).

Das Ausscheiden von Komplementaren folgt anderen Regeln, welche wir in anderem Zusammenhange (zu § 330) darstellen.

b) Bei den Kommanditisten erfolgt die Herabsetzung des Grundkapitals und das Ausscheiden von Mitgliedern gemäß § 320 Abs. 3 nach den Regeln des Aktienrechts (§§ 288—291), nur daß die sämmtlichen Komplementare in der zu 1 gedachten Form zustimmen müssen, weil ja eine Statutenänderung vorliegt; durch sie erfolgt auch die Anmeldung (§ 327). Anm. 111.

VII. Auflösung der Gesellschaft, Ausscheiden einzelner Gesellschafter und Nichtigkeit der Gesellschaft. Anm. 112.

Diese Lehre ist in unseren Erläuterungen zu § 330 abgehandelt.

VIII. Das Strafrecht der Aktien-Kommanditgesellschaft. Anm. 113.

Hier gelten dieselben Bestimmungen, wie im Aktienrechte (§ 320 Abs. 3). Insbesondere ist vorgeschrieben, daß die den Vorstand betreffenden Strafbestimmungen sich hier auf die Komplementare beziehen (§ 325 Nr. 9) und zwar treffen sie alle Komplementare, auch die nichtgeschäftsführenden und nichtvertretungsberechtigten, soweit ihnen die betreffenden Pflichten obliegen ohne Geschäftsführungsbefugniß und Vertretungsbefugniß. So kann insbesondere auch § 312 (absichtlich zum Nachtheil der Gesellschaft handeln) auch gegen die nichtgeschäftsführenden Komplementare in Anwendung kommen.

IX. Das Ordnungsstrafrecht. Anm. 114.

Auch hier gilt das Gleiche, wie im Aktienrecht, also insbesondere auch § 319 (vergl. § 320 Abs. 3; § 325 Nr. 9).

X. Uebergangsfragen. Anm. 115.

Da das neue H.G.B. die Aktien-Kommanditgesellschaft als juristische Person ansieht (oben Anm. 2), so sind hiernach auch die bestehenden Kommanditgesellschaften als juristische Personen zu betrachen. Es liegt darin gewissermaßen eine authentische Deklaration des neuen Gesetzgebers, durch welche die früheren Zweifel an dieser Kon-

struktion beseitigt werden, und zwar auch hinsichtlich der früheren Gesellschaften.

Anm. 116. Demgemäß beantworten sich auch die Uebergangsfragen in derselben Weise, wie bei der Aktiengesellschaft. Denn im wesentlichen wurzelt die Art, wie diese Fragen bei der Aktiengesellschaft beantwortet werden, in dem korporativen Charakter der Aktiengesellschaft. Das gilt auch insoweit, als es sich um das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten, sowie gegenüber Dritten, insbesondere um die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, also um diejenigen Rechtsverhältnisse handelt, die sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften bestimmen (§ 320 Abs. 2). Denn für die Uebergangsfragen ist auch hier maßgebend, daß es sich um eine juristische Person handelt, deren Rechtsverhältnisse hier in Rede stehen, mögen auch in gewissen Hinsichten die Regeln der Kommanditgesellschaft wegen der Aehnlichkeit der betreffenden Rechtsbeziehungen analoge Anwendung finden. Die Meinung Cosacks S. 769, der die Rechte und Pflichten der Komplementare unter sich und gegenüber der Kommanditistengesammtheit nach altem, die der einzelnen Kommanditisten nach neuem Rechte beurtheilen will, können wir nicht theilen.

Es kommen u. E. hiernach die in Anm. 2 ffg. zu § 178 für die Aktiengesellschaft erörterten Grundsätze auch hier zur Anwendung.

§ 321.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags muß von mindestens fünf Personen in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden. Die persönlich haftenden Gesellschafter müssen sich sämmtlich bei der Feststellung betheiligen; außer ihnen können nur Personen mitwirken, die als Kommanditisten Aktien übernehmen. In der Verhandlung ist der Betrag der von jedem Betheiligten übernommenen Aktien anzugeben.

Die Gesellschafter, welche den Inhalt des Gesellschaftsvertrags festgestellt haben oder andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft.

Anm. 1. 1. Der Gründungshergang folgt den allgemeinen Vorschriften über die Aktiengesellschaft (vergl. Anm. 17 ffg. zu § 320). Insbesondere giebt es auch hier eine Simultan- und eine Sukzessivgründung. Nur in einigen Punkten sind in den §§ 321 bis 323 Abweichungen vorgeschrieben.

Anm. 2. 2. Die im vorliegenden Paragraphen vorgesehene Abweichung besteht nach Abs. 1 unseres Paragraphen darin, daß zu denjenigen Personen, welche den Gesellschaftsvertrag feststellen, die persönlich haftenden Gesellschafter unbedingt gehören, auch wenn sie keine Aktien übernehmen. Außer ihnen können nur solche Personen bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitwirken, welche als Kommanditisten Aktien übernehmen. Indessen ist es nicht unbedingt nothwendig, daß Personen der letzteren Art bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitwirken, sodaß, wenn fünf Komplementare vorhanden sind, kein zukünftiger Kommanditist mitzuwirken braucht.

Anm. 3. 3. Der Abs. 2 unseres Paragraphen zieht nur eine redaktionelle Konsequenz des oben Gesagten. Da nach Abs. 1 bei der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages die Komplementare mitwirken müssen, auch wenn dieselben keine Aktien übernehmen, so ist es für die Aktienkommanditgesellschaft nicht zutreffend, wenn § 187 sagt: Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben, oder andere als Baareinlagen gemacht haben, gelten als Gründer der Gesellschaft. Vielmehr muß es heißen: Die Gesellschafter, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben ꝛc.

4. Im Zusammenhange ist die Vorschrift unseres Paragraphen behandelt im Zusatz 2 zu § 320 (vergl. Anm. 17 flg. daselbst). Anm. 4.
5. Wegen der näheren Erläuterung der in unserem Paragraphen in Betracht kommenden Begriffe und Zweifelsfragen siehe die Erläuterungen zu §§ 182 und 187. Anm. 5.

§ 322.

Der Gesellschaftsvertrag muß außer den im § 182 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 5, 6 vorgesehenen Festsetzungen den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten.

Vermögenseinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter müssen, sofern sie nicht auf das Grundkapital erfolgen, nach Höhe und Art im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden.

Die Vorschrift des § 186 Abs. 1 findet auf alle zu Gunsten eines persönlich haftenden Gesellschafters bedungenen besonderen Vortheile Anwendung.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages.

1. Zunächst muß der Gesellschaftsvertrag den im § 182 vorgesehenen Inhalt haben, nur daß natürlich die Nr. 4 (Bestimmungen über Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes) hier wegfällt. Denn einen Vorstand giebt es hier eben nicht. An die Stelle dessen tritt die im Absatz 1 unseres Paragraphen gegebene Vorschrift, wonach der Gesellschaftsvertrag den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters enthalten muß. (Ueber die Firma siehe unten Anm. 7). Anm. 1.

   Der Gesellschaftsvertrag muß ferner eventl. den in §§ 183, 184, 185, 186 vorgesehenen Inhalt haben.
2. **Dazu tritt die Festsetzung der Vermögenseinlage des persönlich haftenden Gesellschafters.** Diese Festsetzung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Vermögenseinlage nicht auf das Grundkapital erfolgt, und ferner, wenn eine solche Einlage überhaupt vereinbart wird. Aber weder das eine, noch das andere ist gesetzlich vorgeschrieben. Der persönlich haftende Gesellschafter braucht Aktien nicht zu zeichnen, (vergl. Anm. 2 zu § 321). Aber wenn er auch Aktien zeichnet, so braucht die Vermögenseinlage im Gesellschaftsvertrage nicht festgesetzt zu werden. Seine Aktienbetheiligung geht ja aus der Erklärung der Aktienübernahme hervor, dem für die Dauer berechneten Inhalt des Gesellschaftsvertrages braucht sie nicht einverleibt zu werden. Der persönlich haftende Gesellschafter braucht aber von Gesetzeswegen überhaupt keine Einlage zu machen. Nur wenn er eine außerhalb des Grundkapitals liegende Einlage macht, muß dies im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden. Anm. 2.
3. Ebenso muß im Gesellschaftsvertrage der für den persönlich haftenden Gesellschafter festgesetzte besondere Vortheil festgesetzt werden. Was versteht man aber unter besonderem Vortheil des persönlich haftenden Gesellschafters? Der Komplementar hat, soweit er Aktien zeichnet, die den Aktionären zugesicherten Vortheile. Soweit er andere Einlagen macht, hat er nach §§ 168, 320 Abs. 2 zunächst 4% seines Kapitalguthabens als Gewinn und in Ansehung des Gewinnes, welcher diesen Betrag übersteigt, ein den Umständen nach angemessenes Verhältniß zu fordern (vergl. Anm. 64 flg. zu § 320). Zusicherungen, die darüber hinaus gemacht werden, oder welche seinen Gewinnantheil gesetzlich fixiren, sind besondere Vortheile, müssen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein und können nur durch Abänderung der Statuten abgeändert, verkürzt oder erhöht werden (Ring Anm. 2 zu Art. 175 b). Dagegen widerspricht es dem Wesen und der Konstruktion der Aktienkommanditgesellschaft, wenn der Komplementar, wie dies häufig geschieht, durch Engagementsvertrag, etwa abgeschlossen vom Aufsichtsrath, gegen ein bestimmtes Gehalt auf bestimmte Zeit zum Direktor bestellt wird oder wenn Anm. 3.

der Aufsichtsrath durch Statut ermächtigt wird, das Gehalt festzusetzen (vergl. die Statuten des Berliner Aquariums).

Anm. 4. 4. Stempelfrage. Wenn der Komplementar eine Sacheinlage macht, so ist dies kein Kaufvertrag, sondern ein Gesellschaftsvertrag und als solcher zu verstempeln (vergl. Anm. 23 zu § 186).

Anm. 5. 5. Im Zusammenhange ist die Vorschrift unseres Paragraphen, sowie überhaupt die Vorschriften über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, behandelt in Anm. 19ffg. zu § 320.

Anm. 6. 6. Wegen der für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages in Betracht kommenden Begriffe und Zweifelsfragen siehe die Erläuterungen zu den §§ 182 bis 187.

Anm. 7. Was die Firma betrifft, so gilt das in Anm. 9 zu § 182 Gesagte natürlich nur mit der Maßgabe, welche sich aus den §§ 20 und 22 für die Aktienkommanditgesellschaft ergiebt. Aus § 22 besonders ergiebt sich, daß die A.K.G. sowohl bei ihrer Gründung, als auch später die Firma eines Geschäfts annehmen kann, welches sie übernimmt, nur daß sie stets die Bezeichnung Aktien-Kommanditgesellschaft annehmen muß. Ob, wenn die A.K.G. ihr Geschäft veräußert, der Nachfolger die Firma benutzen kann, darüber siehe Anm. 9 zu § 22. Ueber Zusätze siehe Anm. 8—13 zu § 18. Ueber Firmen früherer Kommanditgesellschaften auf Aktien siehe Anm. 4 zu § 20.

§ 323.

Zeichnungsscheine haben außer den im § 189 vorgesehenen Angaben die Bezeichnung derjenigen Gründer zu enthalten, welche persönlich haftende Gesellschafter sind.

In der mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nach § 195 Abs. 3 Satz 1 zu verbindenden Erklärung ist in Ansehung der durch Baarzahlung zu leistenden Einlagen anzugeben, daß der eingeforderte Betrag baar eingezahlt und im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter ist.

Zur Theilnahme an der im § 196 bezeichneten Verhandlung sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt. Die der Errichtung der Gesellschaft zustimmende Mehrheit muß mindestens ein Viertheil der in dem Verzeichniß aufgeführten Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertheil des nicht von den persönlich haftenden Gesellschaftern übernommenen Grundkapitals darstellen.

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind statt der Mitglieder des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben. Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

Besondere Vorschriften über den Zeichnungsschein, die Anmeldung der Gesellschaft, die Errichtungsversammlung und die Eintragung der Gesellschaft.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Sondervorschrift über den Zeichnungsschein.** Da die Aktien-Kommanditgesellschaft, ebenso wie die Aktiengesellschaft sowohl durch Simultan- als auch durch Successivgründung errichtet werden kann, so greift im letzteren Falle die Lehre vom Zeichnungsschein auch hier Platz. Hier tritt jedoch die Vorschrift hinzu, daß der Zeichnungsschein auch die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter enthalten muß.

Im Uebrigen vergl. über den Zeichnungsschein die Erläuterungen zu § 185 und Anm. 28 zu § 320.

2. (Abs. 2.) **Die Sondervorschrift über die Anmeldung der Gesellschaft.** Die Anmeldung der Gesellschaft folgt im Allgemeinen den Regeln, welche für die Aktiengesellschaft gelten, nur daß hier natürlich die Angabe, der baar eingeforderte Betrag befinde sich im Besitze des Vorstandes, wegfällt und an dessen Stelle die Angabe tritt, die baare Einforderung befinde sich im Besitze der persönlich haftenden Gesellschafter. Anm. 2.

Im Uebrigen vergleiche über die Anmeldung der Gesellschaft die Erläuterungen zu § 195 und die Anm. 33 zu § 320.

3. (Abs. 3.) **Die Sondervorschrift über die richterliche Errichtungsverhandlung bei der Successivgründung.** Zur Theilnahme an derselben sind auch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt, wenngleich sie kein Stimmrecht haben (§§ 327, 197, 320 Abs. 3; Denkschr. S. 176) und der Konstituirung, sofern die Versammlung nicht zugleich Aenderungen des Gesellschaftsvertrages beschließt, nicht mehr widersprechen können (Denkschrift S. 176). Die der Errichtung zustimmende Mehrheit muß hier ein Viertel der Kommanditisten begreifen; der Betrag ihrer Antheile muß mindestens ein Viertel des nicht von den Komplementaren übernommenen Grundkapitals darstellen. Die Unterschiede von den für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften springen in die Augen. Anm. 3.

Im Uebrigen vergleiche über diese Errichtungsverhandlung die Erläuterungen zu § 196 und Anm. 34 zu § 320.

4. (Abs. 4.) **Die Sondervorschrift über die Eintragung der Gesellschaft.** Dieselbe ist selbstverständlich. An die Stelle der Mitglieder des Vorstandes treten die persönlich haftenden Gesellschafter. Diese sind einzutragen und die Sonderbestimmungen über deren Vertretungsbefugniß sind einzutragen. Anm. 4.

Im Uebrigen vergleiche über die Eintragung der Aktien-Kommanditgesellschaft die Erläuterungen zu § 198 und die Anm. 36 zu § 320. Ueber die Vertretungsbefugniß der Komplementare siehe Anm. 72 flg. zu § 320 und Anm. 1 flg. zu § 170. Anm. 5.

§ 324.

Für den im § 207 bezeichneten Beschluß der Generalversammlung bedarf es, wenn sich der Beschluß auf einen im ersten Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft geschlossenen Vertrag bezieht, einer Mehrheit, deren Antheile mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter entfallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. Die Vorschrift des § 207 Abs. 3 Satz 1 bleibt unberührt.

Eine Sondervorschrift über die Nachgründung. Dieselbe bedarf keiner besonderen Erläuterung. Im Uebrigen vergl. die Erläuterung zu § 207 und die Anm. 45 zu § 320.

§ 325.

Die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften:

1. über die Anmeldungen, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister,
2. über die Berufung der Generalversammlung,
3. über die Aufstellung, Vorlegung und Veröffentlichung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie über die Vorlegung des Geschäftsberichts,

4. über die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung,
5. über das Verfahren im Falle der Bestellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder Geschäftsführung sowie über die Obliegenheiten gegenüber den Revisoren und dem Aufsichtsrathe,
6. über die im Falle einer Herabsetzung des Grundkapitals an die Gläubiger zu richtende Aufforderung,
7. über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wegen der Geschäftsführung,
8. über die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens,
9. über die strafrechtliche Verantwortlichkeit und über die Verhängung von Ordnungsstrafen

finden auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung.

Es versteht sich eigentlich von selbst, daß in allen hier in Rede stehenden Fällen an die Stelle des Vorstandes die persönlich haftenden Gesellschafter treten. Es dient aber zur Verdeutlichung, daß dies hier hervorgehoben wird. Die einzelnen Punkte sind gehörigen Orts von uns berücksichtigt.

§ 326.

Ein persönlich haftender Gesellschafter darf ohne Einwilligung der Gesellschaft weder in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter Theil nehmen. Die Einwilligung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugniß zur Ertheilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrath übertragen ist, durch die Generalversammlung ertheilt.

Verletzt ein persönlich haftender Gesellschafter die ihm nach Abs. 1 obliegende Verpflichtung, so findet die Vorschrift des § 236 Abs. 2 Anwendung.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrath von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des persönlich haftenden Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph normirt das Konkurrenzverbot der persönlich haftenden Gesellschafter.** Dasselbe entspricht sachlich der Vorschrift des früheren Art. 196a. Der Abs. 1 enthält das Konkurrenzverbot, Abs. 2 die Folgen der Verletzung desselben, Abs. 3 betrifft die Verjährung der Ansprüche.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Inhalt des Konkurrenzverbots.**

1. **Dem Verbot unterworfen sind die persönlich haftenden Gesellschafter,** gleichviel, ob sie einzeln oder kollektiv oder gar nicht berechtigt sind, die Gesellschaft zu vertreten. Mit der Auflösung der Gesellschaft aber hört das Verbot von selbst auf (R.O.H. 21 S. 140).

Anm. 2. 2. **Verboten ist:**

a) Das Geschäftemachen in dem Handelszweige der Gesellschaft. Insoweit

deckt sich die Vorschrift mit der Konkurrenzvorschrift für die offenen Handelsgesellschafter nach § 112. Vergl. daher die Anm. 2 zu § 112.

Anlangend den Begriff Handelszweig, ob der statutarische Gegenstand des Unternehmens entscheidet, oder der thatsächliche Geschäftsbetrieb, darüber siehe Anm. 3 zu § 236, ebenso siehe dort über die Frage, ob Grundstücksgeschäfte in den Handelszweig der Gesellschaft fallen können, endlich über den Begriff und den Umfang des Begriffs des Geschäftemachens. Anm. 3.

Das Geschäftemachen außerhalb des Handelszweiges der Gesellschaft ist hiernach gestattet.

b) Die Theilnahme an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter. Mitglied einer nicht gleichartigen Handelsgesellschaft kann er also werden. Die Gleichartigkeit liegt aber nicht in der juristischen Konstruktion, sondern in dem gewerblichen Gegenstand des Unternehmens (Näheres Anm. 5 zu § 236). Anm. 4.

3. **Ohne Einwilligung der Gesellschaft** sind diese Thätigkeiten verboten. Die Einwilligung der Gesellschaft wird ertheilt durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter (sämmtliche, auch die nicht geschäftsführenden und nicht vertretungsberechtigten) und die Generalversammlung der Kommanditisten. Beide Faktoren müssen die Zustimmung ertheilt haben, sonst liegt die Einwilligung nicht vor. Die Generalversammlung kann allerdings ihre Mitwirkung auch auf den Aufsichtsrath delegiren. Soweit die Generalversammlung mitzuwirken hat, ist eine stillschweigende Einwilligung begrifflich ausgeschlossen. Es muß ein Beschluß vorliegen. Im Uebrigen kann auch eine stillschweigende Einwilligung vorliegen. Anm. 5.

Die Einwilligung muß ertheilt werden vor der Vornahme der betreffenden Handlung (§ 183 B.G.B.), auch generell im Voraus, aber die ohne die Einwilligung vorgenommene Handlung kann auch nachträglich genehmigt werden (§ 184 B.G.B.) Anm. 6.

II. (Abs. 2.) **Die Folgen der Verletzung** sind die gleichen, wie im § 236 Abs. 2. Vergl. daher Anm. 8 zu § 236. Anm. 7.

III. (Abs. 3.) **Auch die Verjährung** ist in derselben Weise geregelt, wie im § 236, nur daß natürlich an die Stelle der Kenntniß der Vorstandsmitglieder die Kenntniß der anderen Komplementare tritt. Vergl. daher die Anm. 9 u. 10 zu § 236. Anm. 8.

Zusatz 1. Vertragsmäßig kann das Verbot erweitert oder eingeengt, auch an eine Konventionalstrafe geknüpft werden. Hierüber siehe Anm. 11 zu § 236. Anm. 9.

Zusatz 2. Ueber die häufig wiederkehrenden Konkurrenzverbote für die Zeit nach Auflösung des Verhältnisses sind auch hier nicht Vorschriften gegeben. Hierüber siehe Anm. 12 ffg. zu § 236. Doch ist zur Anm. 13 daselbst zu bemerken, daß die Frage, ob das richterliche Ermäßigungsrecht bei der Konventionalstrafe Platz greift, sich verschieden beantwortet, je nachdem man den Komplementar als Kaufmann ansieht oder nicht. Ist er Kaufmann, so greift es nicht Platz (§ 348 H.G.B.). Darüber, ob er Kaufmann ist oder nicht, siehe Anm. 11 zu § 320. Anm. 10.

Zusatz 3. Die Uebergangsfrage hat insofern wenig Bedeutung, als die Vorschrift sich sachlich deckt mit der früheren des Art. 196a. Aber die Verjährung ist anders geordnet. Hier wird Art. 169 E.G. zum B.G.B. analog Platz greifen. Für Komplementare älterer Gesellschaften, d. h. solcher vor dem Aktiengesetz von 1884 gilt nichts Besonderes. § 6 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. Juli 1884 bezieht sich auf sie nicht (Motive zum Aktiengesetz von 1884 II S. 263). Anm. 11.

§ 327.

In der Generalversammlung haben die persönlich haftenden Gesellschafter, auch wenn sie Aktien besitzen, kein Stimmrecht.

Die Beschlüsse der Generalversammlung bedürfen der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist.

Zur Ausübung der Befugnisse, welche in Ansehung der Bestellung von Revisoren und der Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§ 266 bis 269 der Generalversammlung oder einer Minderheit von Aktionären zustehen, bedarf es der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht.

Beschlüsse der Generalversammlung, die der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter bedürfen, sind zum Handelsregister erst einzureichen, wenn die Zustimmung erfolgt ist. Bei Beschlüssen, die in das Handelsregister einzutragen sind, ist die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhange zu dem Protokolle zu beurkunden.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften über das Stimmrecht der Komplementare und über ihre Zustimmung zu den Generalversammlungsbeschlüssen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der persönlich haftende Gesellschafter hat kein Stimmrecht in der Generalversammlung.** Er hat es nicht, wenn er keine Aktien besitzt; denn eine Generalversammlung ist eine Versammlung der Aktionäre. Er hat es aber auch dann nicht, wenn er Aktien besitzt (wegen etwaiger Verschiebung seiner Aktien an andere Personen siehe Anm. 4 und 5 zu § 222).

Anm. 2. Dagegen kann er als Bevollmächtigter einen anderen Aktionär vertreten. Im Anschluß an die Motive zum Aktiengesetz von 1884 verneinen dies zwar Esser, Kommentar zum Aktiengesetz v. 1884 Anm. 2 zu Art. 190 und Petersen und Pechmann S. 221 mit Rücksicht auf seine Stellung als Partei gegenüber der Generalversammlung. Allein dieser Stellung als Partei ist vom Gesetze genügend Rechnung getragen durch das Verbot des Mitstimmens mit seinen eigenen Aktien. Weitere Beschränkungen des Stimmrechts aber, als das Gesetz ausdrücklich vorsieht, dürfen nicht gemacht werden. Das oberste Recht des Aktionärs darf nicht über Gebühr eingeschränkt werden. (Uebereinstimmend Kayser Anm. 7 zu Art. 190; Ring Anm. 1 zu Art. 190, während Pinner S. 350 aus dem Wortlaut des Abs. 1 unseres Paragraphen („auch wenn sie Aktien besitzen") die Versagung des Stimmrechtes herleiten will. Indessen ist ihnen damit nur das eigene Stimmrecht versagt, und zwar auch für den Fall, daß sie Aktionäre sind).

Anm. 3. Das Recht der Theilnahme an der Generalversammlung ist den persönlich haftenden Gesellschaftern nicht versagt (vergl. § 325 Nr. 3, 4, 5, 327 Abs. 4 Satz 2; Pinner S. 351). Das Anfechtungsrecht ist ihnen besonders verliehen durch § 325 Nr. 4.

Anm. 4. 2. (Abs. 2—4.) **Die Stellung der Komplementare gegenüber den Generalversammlungsbeschlüssen.**

a) (Abs. 2.) Der Zustimmung der Komplementare bedürfen solche Beschlüsse der Generalversammlung, welche Angelegenheiten betreffen, für die bei der Kommanditgesellschaft das Einverständniß der persönlich haftenden Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich ist. Das folgt schon aus § 320 Abs. 2.

Anm. 5. b) (Abs. 3.) Der Zustimmung bedürfen hiernach nicht solche Beschlüsse der Generalversammlung, welche gemeinsame Angelegenheiten nicht betreffen (z. B. die Wahl oder Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsraths, die Bestellung von Prozeßbevollmächtigten zur Führung von Prozessen der Kommanditistengesammtheit gegen die Komplementare, die Kündigung der Gesellschaft). Außerdem aber bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung der Zustimmung der Komplementare nicht, wenn es sich um Ausübung der Befugnisse betreffend die Bestellung von Revisoren und die Geltendmachung von Regreßansprüchen der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung nach den §§ 266—269 auf Veranlassung der Generalversammlung oder einer Minderheit von Aktionären handelt. An und für sich würden solche Angelegenheiten der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter

bedürfen. Denn es handelt sich hier um Akte der Geschäftsführung, die ja dem Komplementar zusteht, nicht den Kommanditisten. Es ist damit den Kommanditisten einer Aktiengesellschaft ein weitgehendes Geschäftsführungsrecht eingeräumt, dem sich die Komplementare beugen müssen (vergl. Anm. 100 zu § 320).

3. (Abs. 4.) **Die Form der Zustimmung der Komplementare.** Bei Beschlüssen, die einzutragen sind, muß die Zustimmung in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll beurkundet werden. Es genügt also nicht, daß in einer besonderen Urkunde, z. B. in der Anmeldung des Beschlusses, die Zustimmung ertheilt wird. Dabei macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen Beschlüssen, die erst durch Eintragung wirksam werden, und solchen, die auch ohne Eintragung wirksam sind, aber doch „in das Handelsregister einzutragen sind" (vergl. Anm. 4 und 21 zu § 330). — Sonst ist die Zustimmung formlos (z. B. bei Beschlüssen über die Bilanz und die Gewinnvertheilung) und dürfte überdies in der Einreichung der Beschlüsse zum Handelsregister liegen. Allerdings erfolgt diese Einreichung nicht immer durch sämmtliche Komplementare. In diesem Falle muß die Zustimmung der übrigen Komplementare besonders erfolgen und es muß, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt ist, in der Einreichungseingabe mindestens die Erklärung abgegeben werden, daß die Komplementare, welche die Einreichungserklärung nicht unterschrieben haben, dem Beschlusse ihre Zustimmung gegeben haben. Denn die Einreichung hat doch den Zweck, daß die die Schicksale der Gesellschaft darstellenden Beschlüsse aus dem Register ersichtlich sind. Maßgebend ist aber der Beschluß erst nach ertheilter Zustimmung, wenn dieselbe erforderlich ist. Anm. 6.

4. Außerdem haben die Komplementare das Recht, die Generalversammlungsbeschlüsse der Kommanditisten anzufechten (§ 325 Nr. 4; vergl. ebenso Anm. 106 zu § 320). In der Unterlassung der Anfechtung liegt aber noch nicht die Zustimmung, zumal ja der Beschluß rechtsgiltig gefaßt sein kann, und der Anfechtung alsdann nicht unterliegt, er wird dadurch allein für die Komplementare noch nicht bindend. Anm. 7.

Zusatz. Uebergangsfrage. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen finden auf bestehende Aktienkommanditgesellschaften Anwendung. Die Vorschrift des Abs. 1 aber findet auf Gesellschaften von der Novelle vor 1884 keine Anwendung, wenn statutarische Vorschriften entgegenstehen (§ 4 der Aktiennovelle von 1884; Art. 2 Abs. 2 E.G. zum H.G.B.; Art. 3 daselbst; Denkschrift S. 307). Anm. 8.

§ 328.

Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt ist.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Gesammtheit der Kommanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter oder diese gegen die Gesammtheit der Kommanditisten zu führen haben, werden die Kommanditisten durch den Aufsichtsrath vertreten, es sei denn, daß in der Generalversammlung besondere Vertreter gewählt werden. Für die Kosten des Rechtsstreits, welche den Kommanditisten zur Last fallen, haftet die Gesellschaft, unbeschadet ihres Rückgriffs gegen die Kommanditisten.

Die Vorschrift des § 247 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Persönlich haftende Gesellschafter können nicht Mitglieder des Aufsichtsraths sein.

Der Paragraph giebt einige Vorschriften über den Aufsichtsrath. Ueber die Stellung des Aufsichtsraths im Allgemeinen siehe Anm. 91 ffg. zu § 320.

1. (Abs. 1.) **Die Beschlüsse der Kommanditisten werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt.** Die Generalversammlung kann naturgemäß ihren Einfluß auf die Geschäftsführung der Anm. 1

Komplementare nur durch eine beschließende Thätigkeit ausüben. Ihre Beschlüsse werden ausgeführt durch besondere Organe, hier durch den Aufsichtsrath. Da aber nach dem vorliegenden Paragraphen auch ein anderes bestimmt sein kann, also auch andere Organe hierzu bestellt werden können, so ist ein Verwaltungsorgan bei der Aktien-Kommanditgesellschaft zulässig. Dies war auch die herrschende Ansicht nach früherem Recht (Ring S. 285; Petersen und Pechmann S. 215; Esser Anm. 6 zu Art. 186; Kayser Anm. 5 zu Art. 186; Hergenhahn Anm. 6 zu Art. 186).

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Prozesse der Kommanditistengesammtheit gegen die persönlich haftenden Gesellschafter.** Hier ist die Kommanditistengesammtheit Prozeßpartei, eine Konstruktion, in Folge deren man versucht wäre, die Kommanditistengesammtheit als juristische Person für sich anzunehmen. Doch ist dieser Grund nicht zwingend. Es kommt auch sonst vor, daß für unbekannte Personen geklagt wird, so z. B. für unbekannte Erben, für eine künftige Deszendenz ꝛc. Die Kosten des Prozesses werden, wenn die Kommanditistengesammtheit unterliegt, dieser auferlegt. Allein dieselben haften nicht persönlich mit ihrem ganzen Vermögen dafür, sondern nur soweit sie Kommanditisten sind, d. h. mit ihren Antheilen am Vermögen der Gesellschaft, mit ihren Dividenden und Liquidationsansprüchen. Wohl aber haftet, wie Abs. 2 unseres Paragraphen sagt, die Gesellschaft für diese Kosten. In Folge dessen können die siegenden Komplementare die erwachsenen Kosten aus der Gesellschaftskasse entnehmen, und gegen die Kommanditisten Regreß nehmen durch Zurückhaltung von Dividenden und Liquidationsraten (Denkschrift S. 179).

Statt des Aufsichtsraths führen die besonderen Vertreter den Prozeß, wenn die Generalversammlung der Kommanditisten dies bestimmt.

Anm. 3. 3. (Abs. 3.) **Außerdem aber kann jedes Mitglied des Aufsichtsraths, soweit es sich um seine Verantwortlichkeit handelt, ohne und selbst gegen den Beschluß der Generalversammlung gegen die persönlich haftenden Gesellschafter klagen.** Das folgt aus der in Abs. 3 angezogenen Bestimmung des § 247 Abs. 2. (Vergl. die Erläuterungen zu letzterem.)

Anm. 4. 4. (Abs. 4.) **Ueber die Zusammensetzung des Aufsichtsraths** ist hier die Bestimmung gegeben, daß Komplementare ihm nicht angehören dürfen. Im Uebrigen siehe über die Zusammensetzung des Aufsichtsraths Anm. 94 zu § 320.

§ 329.

Ergiebt sich für die persönlich haftenden Gesellschafter nach dem Jahreserträgniß ein Gewinnantheil, der nicht auf ihre Aktien fällt, so hat die Auszahlung zu unterbleiben, falls eine Unterbilanz vorhanden ist, die ihre nicht in Aktien bestehenden Kapitalantheile übersteigt. Solange eine Unterbilanz besteht, ist auch eine sonstige Entnahme von Geld auf den Kapitalantheil ausgeschlossen.

Auf den Gewinn, der sich für die persönlich haftenden Gesellschafter ergiebt, findet die Vorschrift des § 262 Nr. 1 über den Reservefonds Anwendung.

Der vorliegende Paragraph enthält eine Sondervorschrift über **die Theilnahme der Komplementare am Gewinn und Verlust.** Hierüber siehe Anm. 67 zu § 320.

§ 330.

In Betreff der Thatsachen, durch welche die Auflösung der Kommanditgesellschaft auf Aktien herbeigeführt wird, sowie in Betreff des Ausscheidens eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern aus der Gesellschaft finden die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften mit folgenden Maßgaben Anwendung.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge; die Gläubiger eines Kommanditisten sind nicht berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen.

Für die Kündigung durch die Kommanditisten sowie für ihre Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft ist ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich; der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertheile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Das Gleiche gilt in Betreff des Antrags auf Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse für die Beschlußfassung aufstellen.

Das Ausscheiden von persönlich haftenden Gesellschaftern kann außer dem Falle der Ausschließung nur stattfinden, soweit es im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist.

Die Auflösung der Gesellschaft sowie das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters ist von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Vorschrift des § 143 Abs. 3 findet Anwendung.

Einleitung.

Auflösung der Gesellschaft, Ausscheiden einzelner Gesellschafter und Nichtigkeit der Gesellschaft. Der vorliegende Paragraph giebt nur einige vereinzelte Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft und das Ausscheiden von Komplementaren. Ueber die Nichtigkeit und ihre Folgen enthält er gar keine Vorschrift. Eine zusammenhängende Darstellung dieser Lehre ist auch hier nicht zu umgehen.

I. Die Auflösung der Gesellschaft.

Anm. 1.

A. **Begriff der Auflösung.** Derselbe ist der gleiche, wie bei der Aktiengesellschaft. Die Gesellschaft geht nicht unter, sondern behält ihre Organisation zum Zwecke der Abwickelung bei. Es liegt eine Liquidations-Aktien-Kommanditgesellschaft vor (vergl. Anm. 1 zu § 292). Ob die Folgen der Auflösung wieder rückgängig gemacht werden können, darüber siehe unten Anm. 21.

Anm. 2

B. **Die Gründe der Auflösung.** Hierüber gelten nach § 330 Abs. 1 die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften. Bei der einfachen Kommanditgesellschaft sind aber keine besonderen Vorschriften über die Gründe der Auflösung gegeben, bis auf eine einzige (§ 177: der Tod des Kommanditisten hat die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge). Diese eine Vorschrift gilt natürlich auch hier, und im Uebrigen die Vorschriften über die o. H.G. (§ 161 Abs. 2). — Vergl. unseren Exkurs zu § 177. — Es kommen hiernach die §§ 131 flg. in Betracht. Danach ergiebt sich Folgendes:

Die Gesellschaft wird aufgelöst:

Anm. 3.

1. Durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist. Ist die Aktien-Kommanditgesellschaft nach Inhalt des Gesellschafsvertrages auf bestimmte Zeit abgeschlossen, so tritt nach Ablauf der Zeit ihre Auflösung und damit der Liquidationszustand von selbst ein, es sei denn, daß vor Ablauf dieser Zeit die Fortsetzung der Gesellschaft durch Statutenänderungsbeschluß vereinbart wird. Auflösung und Liquidation sind einzutragen. Stillschweigende Fortsetzung ist bei der Aktien-Kommanditgesellschaft nicht möglich. Ebensowenig nach eingetretener Auflösung Fortsetzung der Gesellschaft durch ausdrückliche Vereinbarung; nur Neugründung ist dann noch möglich (vergl. unten Anm. 21). — Im Uebrigen vergl. die Anm. 4 zu § 131. —

Anm. 4.

2. Durch Beschluß der Gesellschafter. Dazu gehört hier ein Beschluß der in Anm. 104 zu § 320 gedachten Form und für die Zustimmung der Generalversammlung der Kommanditisten die im § 330 Abs. 3 vorgesehene Majorität. Für die Zustimmung der

Komplementare ist die höhere Form des § 327 Abs. 4 deshalb erforderlich, weil der Beschluß nach § 330 Abs. 5 in das Handelsregister einzutragen ist (vergl. Anm. 6 zu § 327). Zur Giltigkeit aber gehört die Eintragung des Beschlusses nicht (vergl. unten Anm. 27), außer wenn er eine Statutenänderung in sich schließt. — Im Uebrigen vergl. die Anm. 5 zu § 131.

Anm. 5. 3. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft.

a) Zur Stellung des Konkursantrages ist außer den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt (§ 210 K.O.), letzterer insofern, als auch die in Liquidation befindliche Aktien-Kommanditgesellschaft noch in Konkurs gerathen kann (§ 209 Abs. 2 K.O.). Die Generalversammlung oder der Aufsichtsrath oder gar ein einzelner Kommanditist sind zur Stellung des Konkursantrages nicht berechtigt, letzterer höchstens insofern, als er Konkursgläubiger ist, z. B. wegen festgestellter Dividenden. Ueber die Verpflichtung der Komplementare zur Stellung des Konkursantrages siehe Anm. 9 flg. zu § 240 u. Anm. 87 zu § 320.

Anm. 6. b) Das Konkursverfahren findet auch im Falle der Ueberschuldung statt, wie bei der Aktiengesellschaft (§ 209 Abs. 1 K.O.).

Anm. 7. c) Die Folge der Konkurseröffnung ist Auflösung der Gesellschaft. Im Einzelnen vergl. über die Folgen der Konkurseröffnung, soweit es sich um die Verhältnisse des Komplementars handelt, unsere Anm. 16flg. zu § 131, soweit es sich um die Verhältnisse der Gesellschaft und des Kommanditisten zur Gesellschaft handelt, unsere Anm. 8 zu § 292. Besonders zu bemerken ist aber, daß als Gemeinschuldnerin hier bloß die Gesellschaft gilt. Denn diese ist juristische Person und nur sie geräth in Konkurs. Weder die Kommanditisten, noch die Komplementare sind Gemeinschuldner. Die von uns bekämpfte Konstruktion als Sozietät würde auch diese als Gemeinschuldner ansehen müssen, jedenfalls aber die Komplementare. Die Komplementare sind in dem Konkurse der Aktien-Kommanditgesellschaft die gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners und haben dieselben Verpflichtungen, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft. Außerdem haften sie allerdings solidarisch für die Schulden der Gesellschaft und können auf Grund dieser Haftung vielleicht selbstständig in Konkurs gerathen. Hier soll nur festgestellt werden, daß sie im Konkurse der Gesellschaft nicht Gemeinschuldner sind.

Anm. 8. d) Ein Zwangsvergleich ist zulässig (§§ 209, 211 K.O.) und zwar gehört dazu lediglich die Zustimmung der Komplementare, nicht auch der Kommanditistengesammtheit (§ 211 K.O.). Er begrenzt zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Komplementare (§ 211 Abs. 2 K.O.).

Anm. 9. 4. Durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt. Der Tod eines Kommanditisten hat die Auflösung nicht zur Folge (§ 177), wohl aber der Tod eines Komplementars. Der § 139 kommt hier mit Modifikationen zur Anwendung (vergl. auch Anm. 10 im Exkurse zu § 177) und zwar hier mit der Modifikation, daß der Erbe die Wahl hat, entweder in der Gesellschaft als Komplementar zu verbleiben oder aber die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Letzteres Recht muß er innerhalb drei Monaten ausüben, widrigenfalls er desselben verlustig geht. Er hat aber nicht nothwendig, wenn er in der Gesellschaft als Komplementar nicht verbleiben will, die Erbschaft auszuschlagen. Von diesem Dilemma sollte er durch das neue H.G.B. jedenfalls befreit werden. Dagegen hat er naturgemäß auf keinen Fall das Recht, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm die Stellung als „Kommanditist" eingeräumt wird. Denn damit ist im § 139 die Stellung eines wirklichen Kommanditisten, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft gemeint; eine Aktien-Kommanditgesellschaft aber hat nach ihrer rechtlichen Konstruktion keinen Raum für die Aufnahme wirklicher Kommanditisten. Ihre Kommanditisten sind keine Kommanditisten, sondern Aktionäre (vergl. Anm. 3 zu § 320). Dadurch tritt eben die eben besprochene Modifikation der Bestimmung des § 139 ein. Pinner S. 358 löst die Schwierigkeiten, die sich der entsprechenden Anwendung des § 139 entgegensetzen, in der Weise, daß er den Erben des Komplementars in der That das Recht giebt, Kommanditist

zu bleiben, eventl. im Wege der Grundkapitalserhöhung; falls aber dieses Recht undurchführbar sei, weil der Komplementar keine Einlage habe, so habe der Erbe das Kündigungsrecht.

5. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters. Tritt diese Thatsache in der Person eines Kommanditisten ein, so hat dies die Auflösung nicht zur Folge (§ 330 Abs. 2). Wohl aber hat die Konkurseröffnung über das Vermögen des Komplementars die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Doch kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§§ 138, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1, vergl. unten Anm. 32). Auch können noch nach der Eröffnung des Konkurses die anderen Gesellschafter dem Konkursverwalter erklären, daß sie die Gesellschaft fortsetzen wollen (§§ 141, 161 Abs. 2, 330 Abs. 1). Anm. 10.

6. Durch Kündigung und gerichtliche Entscheidung. Anm. 11.

a) Kündigung. Hierüber gilt § 132. Die Kündigung kann von der Kommanditistengesammtheit ausgehen und setzt in diesem Falle einen Beschluß der Generalversammlung voraus gemäß § 330 Abs. 3. Die Kündigung wird erklärt durch den Aufsichtsrath (§ 328).

Näheres siehe in den Anmerkungen zu § 132. Eine Kündigung Seitens des Komplementars wird genügen, wenn sie rechtzeitig allen übrigen Komplementaren und einer beschlußfähigen Anzahl von Aufsichtsrathmitgliedern bezw. dem Vorsitzenden des Aufsichtsraths offiziell zugeht.

Es kann aber im Statut auch vereinbart sein, daß trotz Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft fortbesteht (§ 138), doch muß mindestens ein Komplementar übrig bleiben (Johow 11 S. 29). Anm. 12.

b) Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Hierfür gilt § 133. Der Antrag kann auch von der Kommanditistengesammtheit gestellt werden und setzt in diesem Falle einen Beschluß der Generalversammlung gemäß § 330 Abs. 3 voraus. Der Antrag wird gestellt vom Aufsichtsrath und die Klage durch diesen durchgeführt, sowohl die von der Kommanditistengesammtheit angestellte, als die gegen dieselbe angestellte (§ 328). Anm. 13.

Näheres hierüber zu § 133.

Dabei ist jedoch zu bemerken, daß sich die Wichtigkeit der Gründe hier durch das Wesen und die Organisation der Gesellschaft wesentlich modifizirt. Unter den anderen Gesellschaftern im § 133 Abs. 2 ist der Komplementar einerseits und die Kommanditistengesammtheit andererseits zu verstehen, wenn diese letztere z. B. die ihr obliegenden Beschlüsse nicht faßt, z. B. die Bilanz fortgesetzt nicht genehmigen will und dadurch die Komplementare an ihren Gewinnbezügen hindert (vergl. Anm. 100 zu § 320). Anm. 14.

7. Die Gesellschaft kann ferner aufgelöst werden durch Kündigung Seitens eines Exekutionsgläubigers eines Gesellschafters, hier aber nur durch einen Gläubiger eines Komplementars (§ 330 Abs. 2), nicht auch den Gläubiger der Kommanditistengesammtheit, welcher letztere übrigens gar nicht denkbar ist (dies gegen Cosack S. 699), oder gar einen Gläubiger eines einzelnen Kommanditisten. Anm. 15.

Näheres hierüber zu § 135. Doch ist zu bemerken:

Die Kündigung des Privatgläubigers muß den Gesellschaftern zugehen, hier den Komplementaren und dem Aufsichtsrath als Vertreter der Kommanditistengesammtheit.

Es kann aber im Gesellschaftsvertrage vereinbart sein, daß in solchem Falle die Gesellschaft sich unter den übrigen Gesellschaftern fortsetzt (Anm. 5 zu § 138), und es tritt dann diese Fortsetzung ein, doch muß wenigstens ein Komplementar übrig bleiben (vergl. oben Anm. 12). Nicht aber können die übrigen Gesellschafter, falls nur noch ein Komplementar übrig bleibt, ohne solche Statutenbestimmung die Fortsetzung erklären (vergl. unten Anm. 33; irrig Pinner S. 358). Anm. 16.

C. **Die Wirkung der Auflösung ist die Liquidation.** Dieselbe richtet sich nach aktienrechtlichen Regeln, wie sich aus §§ 320 Abs. 3 und 331 ergeben (vergl. auch Denkschrift S. 181; Pinner S. 357). Anm. 17.

Danach gelten hier:

1. § 294: Die Liquidation ist die nothwendige Folge der Gesellschaftsauflösung.
2. § 295: Dieser ist modifizirt durch § 331. Danach erfolgt die Liquidation durch sämmtliche Komplementare und durch einen oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren. Damit soll aber nur ein Recht der Generalversammlung konstituirt werden. Hiernach sind die Komplementare die gesetzlichen Vertreter, und die G.V. ist nur berechtigt, neben ihnen noch andere zu wählen. Zur Statuirung einer Wahlpflicht lag keine Veranlassung vor, und überdies pflegt der Gesetzgeber nicht Pflichten zu normiren ohne Zwang zur Erfüllung und ohne Präjudiz für Nichterfüllung.

   Die Komplementare können nicht, wie die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, einfach durch Beschluß der Generalversammlung abberufen werden. § 295 Abs. 3 Satz 2 cessirt hier, obgleich dies nicht besonders hervorgehoben ist. Hier greift vielmehr gemäß §§ 320 Abs. 2, 161 Abs. 2 der § 147 Platz, wonach die Abberufung von Liquidatoren durch einstimmigen Beschluß aller Betheiligten erfolgen kann, hier also der sämmtlichen Komplementare und des Aufsichtsraths unter Zustimmung der Generalversammlung. Eine andere Frage ist, ob die Kommanditistenversammlung den von ihr gemäß § 331 gewählten Liquidator einseitig abberufen kann. Ring (Anm. 1 zu Art. 206) bejaht dies. Wir möchten es verneinen. Einmal erwählt, ist er Liquidator der Gesellschaft und kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen abberufen werden, wie jeder andere Liquidator, also so, wie der Komplementar als Liquidator.

   Außerdem greift das richterliche Ernennungs- und Abberufungsrecht gemäß § 295 Abs. 2 und 3 Platz.

   Den Antrag auf Ernennung oder Abberufung nach § 295 Abs. 2 und 3 kann nach § 331 Abs. 2 auch jeder Komplementar stellen.

Anm. 18. 3. § 296: Anmeldung und Eintragung der Liquidatoren. Uebrigens sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß auch die Auflösung anzumelden ist (§ 330 Abs. 5; unten Anm. 27).

4. § 297: Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden.
5. § 298: Geschäftskreis der Liquidatoren und Rechtsstellung derselben. Hier gilt das Gleiche. Aber hinzugefügt muß werden, daß durch die Verfügungen der Liquidatoren nicht bloß die Gesellschaft, sondern auch die Komplementare persönlich haftbar werden (vergl. § 320 Abs. 2).
6. § 299: Bilanzaufstellung durch die Liquidatoren.
7. § 300: Verhältniß der Vermögensvertheilung an die Aktionäre.

Anm. 19. 8. § 301: Schutzvorschriften für die Gläubiger vor der Vertheilung des Vermögens. Diese sind aber nur zu beachten vor der Vertheilung des Kommanditistengrundkapitals. Das den Komplementaren zustehende Ausschüttungsguthaben kann vor Beobachtung dieser Schutzvorschriften vertheilt werden. Denn dieser Kapitalantheil bildet nicht die Kreditbasis der Gesellschaft. Hier sind lediglich dann Ausnahmen zu machen, wenn das Vermögen überschuldet oder die Gesellschaft zahlungsunfähig ist (§§ 320 Abs. 2 und 3; 325 Nr. 8, 9; 240 Abs. 2; Cosack S. 700). Nach früherem Recht war dies anders; dort war in Art. 201 gesagt, daß bei Auflösung der A.K.G. die Vertheilung des Vermögens unter die „Gesellschafter" erst nach Ablauf eines Jahres nach Eintragung der Auflösung erfolgen darf. Pinner S. 360 hält dies nicht für richtig, weil nach § 320 Abs. 3 die aktienrechtlichen Vorschriften gelten, soweit nicht § 320 Abs. 2 eine Ausnahme mache. Aber diese Ausnahme ist hier gemacht. Denn es handelt sich um die Frage, ob die persönlich haftenden Gesellschafter um der Gläubiger willen das Sperrjahr und die Beobachtung sonstiger Schutzvorschriften abwarten müssen, ehe sie ihr Ausschüttungsguthaben ausgezahlt verlangen können, also recht eigentlich um das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber Dritten und dieses richtet sich nach § 320 Abs. 3 nach den Regeln der Kommanditgesellschaft, nicht der Aktiengesellschaft.

Anm. 20. 9. § 302: Rechtsverhältnisse nach Beendigung der Liquidation. Dieser Paragraph gilt auch hier, insbesondere kann auch hier eine Wiedereröffnung der Liquidation gemäß § 302 Abs. 4 stattfinden.

10. § 307: Die Möglichkeit der Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft in gewissen Fällen. Anm. 21.
Dieser Paragraph gilt auch hier. Natürlich muß hier die Zustimmung der Komplementare hinzutreten in der in Anm. 104 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327 gedachten Form.

Ebenso gilt hier im Allgemeinen die Unmöglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft durch einfache Vereinbarung; vielmehr ist auch hier regelmäßig nach Auflösung Neugründung geboten, wenn die Gesellschaft wieder bestehen soll.

Vergl. Näheres Anm. 1 ffg. zu § 307.

D. **Besondere Arten der Auflösung:** Anm. 22.

1. Die Verwerthung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen (§ 303) ist auch hier zulässig. Der Beschluß bedarf hier natürlich der Zustimmung der Komplementare in der in Anm. 6 zu § 327 gedachten Form.
2. Die Verstaatlichung (§ 304) gilt auch hier.
3. Die Veräußerung im Ganzen an eine Aktiengesellschaft oder an eine andere Aktien-Kommanditgesellschaft (**Fusion**) ist auch hier zulässig und zwar auch hier mit Liquidation (§ 305) und ohne Liquidation (§ 306). — Vergl. auch Denkschrift S. 181.
4. Ueber Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung, wenn dieselbe zur Existenz der Gesellschaft erforderlich ist, und Auflösung aus sonstigen öffentlichen Gründen siehe Anm. 10 ffg. zu § 292, wobei zu bemerken ist, daß sich Art. 4 des preuß. Ausführungsgesetzes zum H.G.B. auch auf Aktienkommanditgesellschaft bezieht. Anm. 22
5. Die Vereinigung aller Aktien in einer Hand ist auch hier kein Auflösungsgrund; Anm. 24.
nicht, wenn eine fremde Person der Aktienbesitzer wird, wofür die in Anm. 12 zu § 292 ausgeführten Gründe maßgebend sind; aber auch nicht, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter alle Aktien erwarben. Sie besitzen dann eben eine doppelte Mitgliedschaft, während deren Dauer allerdings in der Kommanditistenversammlung das Stimmrecht ruht. Aber durch Veräußerung der Aktien kann dieses Hinderniß wieder beseitigt werden und es liegt auf Grund des zeitweiligen Ruhens des Stimmrechts kein Grund vor, die Auflösung der Gesellschaft anzunehmen (zust. Behrend § 147 Anm. 1a; anders Ring S. 357), Neukamp's Einwand (bei Holdheim 2 S. 338), daß dieses gerade dann nicht gelten könnte, wenn die A.K.G. als juristische Person aufgefaßt werde, erscheint nicht haltbar. Es fehlt dann nicht die korporative Gestaltung, sondern es ruht ihre Ausübung, wie in dem Falle, wo bei der A.G. alle Aktien in einer Hand vereinigt sind.
6. Die Amortisation sämmtlicher Aktien bedeutet bei der Aktiengesellschaft den Anm. 25.
Untergang der Gesellschaft (Anm. 13 zu § 292). Hier bei der A.K.G. wird dadurch bewirkt, daß es keine Kommanditisten mehr giebt. Es fällt daher die rechtliche Grundlage für jenen Zustand fort, den das Gesetz Auflösung nennt. Denn in diesem Zustande bleibt die Organisation der Gesellschaft noch bestehen. Es geht demnach auch hier die Gesellschaft unter. Nur wird bei der A.K.G. das Vermögen nicht herrenlos, sondern bleibt im Eigenthum der Komplementare, die sich nach civilrechtlichen Grundsätzen darüber auseinandersetzen können und welche für die Schulden der Gesellschaft haften. Es steht auch nicht entgegen, daß die Komplementare eine o. H.G. auf Grundlage der ihnen verbleibenden Vermögensstücke bilden. Das ist aber eine Neugründung.
7. Die Verlegung des Sitzes in das Ausland ist auch hier Auflösung der Gesellschaft und Anm. 26.
daher nur in den Formen der Auflösung zu beschließen (Anm. 14 zu § 292).

E. **Die Auflösung muß zur Eintragung angemeldet** werden, und zwar von sämmtlichen persönlich Anm. 26a.
haftenden Gesellschaftern (§ 330 Abs. 5). Im Falle, daß die Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Komplementars erfolgt ist, kann von der Mitwirkung der Erben bei der Anmeldung abgesehen werden, wenn derselben besondere Hindernisse entgegenstehen (§ 330 Abs. 5, § 143 Abs. 3). Die Eintragung ist aber nicht zur Giltigkeit der Auflösung erforderlich.

II. Das Ausscheiden von Gesellschaftern.

A. **Das Ausscheiden der Kommanditisten** kann nur erfolgen nach aktienrechtlichen Regeln, im All- Anm. 27.
gemeinen also nicht, höchstens unter den Formen der Zusammenlegung (§ 290; vergl.

Anm. 111 zu § 320). Im Uebrigen aber kann weder durch Beschluß, noch im Wege Rechtens das Ausscheiden eines Kommanditisten oder gar der ganzen Kommanditistengesammtheit verlangt werden. Die für die Kommanditgesellschaften geltenden Ausscheidungsvorschriften finden nach § 330 Abs. 1 nur auf das Ausscheiden der Komplementare Anwendung.

Anm. 28. B. **Das Ausscheiden der Komplementare.**

1. Das freiwillige Ausscheiden.

a) Es setzt voraus, daß der Gesellschaftsvertrag dasselbe vorsieht (§ 330 Abs. 3). Eine Ausscheidungsvereinbarung, welche getroffen wird, ohne daß der Gesellschaftsvertrag ihre Zulässigkeit vorsieht, ist hiernach wirkungslos, nicht hat sie, wie früher nach Art. 199, die gar nicht beabsichtigte Wirkung der Gesellschaftsauflösung (Denkschrift S. 181). Die Zulässigkeit der Ausscheidungsvereinbarung braucht nicht im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage ausgesprochen zu sein, es kann dies auch im abgeänderten geschehen.

Anm. 29. b) Allgemeine Voraussetzung für das Inkrafttreten der Ausscheidungsvereinbarung ist ferner, daß nach der Ausscheidung noch ein Komplementar übrig bleibt; sonst würde ja ein persönliches Substrat für die A.K.G. fehlen (Johow 11 S. 29; Denkschrift S. 181).

Anm. 30. 2. Das unfreiwillige Ausscheiden (abgesehen von der Ausschließung). Auch dieses hat die unter 1a und b hervorgehobenen Voraussetzungen (Bestimmung im Gesellschaftsvertrage und Uebrigbleiben eines Komplementars). Beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist das unfreiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters möglich in folgenden Fällen, welche der Lehre von der Kommanditgesellschaft bezw. der o. H.G. gemäß § 330 Abs. 2 entnommen sind:

Anm. 31. a) § 138: Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt, oder wenn Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet mit dem Zeitpunkt, in welchem Mangels einer solchen Bestimmung die Gesellschaft aufgelöst werden würde, der Gesellschafter, in dessen Person das Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus. Dieser Paragraph greift hier Platz, wenn in der Person eines Komplementars eines dieser Ereignisse eintritt.

Anm. 32. b) § 141: Macht ein Exekutionsgläubiger eines Gesellschafters von seinem Kündigungsrechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses dem Gläubiger erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. Wie gesagt, setzt die Anwendung dieses Paragraphen hier voraus, daß ein solcher Beschluß im Gesellschaftsvertrage für zulässig erklärt ist (§ 330 Abs. 4). Die konkrete Vereinbarung ist aber auch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages und folgt ebenfalls den in Anm. 104 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327 gegebenen Formenregeln.

Der § 141 greift also im Grunde genommen hier nicht Platz. Er setzt den Fall voraus, daß die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern, außer dem in Konkurs gerathenen, im Gesellschaftsvertrage nicht im Voraus vereinbart war. In solchem Falle ist hier aber eine Fortsetzung nicht möglich (§ 330 Abs. 4). Der Fall dagegen, daß die betreffende Fortsetzung im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, ist bereits im § 138 geregelt und oben Anm. 16 behandelt.

Anm. 33. 3. Das unfreiwillige Ausscheiden durch Ausschließung erfolgt nach den Regeln des § 140. Es ist nicht nothwendig, daß dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag für zulässig erklärt ist (§ 330 Abs. 4). Wohl aber muß die andere oben 1b vorgesehene Voraussetzung (Uebrigbleiben eines Komplementars) auch hier vorhanden sein (Johow 11 S. 29). Die Klage muß von allen übrigen Gesellschaftern angestellt werden, also von allen übrigen Komplementaren und dem Aufsichtsrat als dem Exekutivorgan der Kommanditistengesammtheit (§ 328). Der Komplementar ist aber nicht etwa von den übrigen Komplementaren oder gar durch Beschluß der Generalversammlung absetzbar; denn er ist nicht Vorstand, sondern Gesellschafter (R.O.H. 18 S. 394). Auch eine etwaige Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, welche das festsetzte, könnte hieran nichts ändern; sie

wäre ungiltig, weil sie dem Komplementar den Rechtsweg entziehen würde (R.O.H. 18 S. 395; 21 S. 84; vergl. auch R.G. 38 S. 119).

4. **Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Komplementar** folgt ebenfalls den Regeln für die Kommanditgesellschaft. Denn nach § 330 greifen beim Ausscheiden von Komplementaren nicht bloß für die Thatsachen, welche diesen Rechtsvorgang begründen, sondern auch für die Wirkung desselben die für die gewöhnliche Kommanditgesellschaft bestehenden Bestimmungen Platz. Anm. 34.

   Vergl. daher unsere Anm. 13 im Exkurse zu § 177.

5. **Das Ausscheiden muß angemeldet werden** und zwar von sämmtlichen Komplementaren (§ 330 Abs. 5). Die Giltigkeit hängt von der Eintragung nicht ab (vergl. oben Anm. 26a). Aber die Wirkungen gegen Dritte gemäß § 15 hängen davon ab. Anm. 35.

III. Die Nichtigkeit der Gesellschaft.

Hierüber gelten die Vorschriften über die Aktiengesellschaft, also die §§ 309, 310 und 311 (§ 320 Abs. 3), nur daß natürlich der durch § 310 vorgesehene Heilungsbeschluß der Zustimmung der Komplementare bedarf, und zwar in der in Anm. 104 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327 gedachten Form. Anm. 36.

Auch der § 144 F.G. (Löschung der nichtigen Gesellschaft von Amtswegen) bezieht sich ebenfalls auf die A.K.G. (vergl. daher Anm. 15 zu § 309).

§ 331.

Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, erfolgt die Liquidation durch sämmtliche persönlich haftende Gesellschafter und durch eine oder mehrere von der Generalversammlung gewählte Personen als Liquidatoren.

Zu dem Antrag auf Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht ist auch jeder persönlich haftende Gesellschafter befugt.

Die Vorschriften dieses Paragraphen sind bereits in Anm. 17 zu § 330 mit behandelt.

§ 332.

Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.

Die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags finden Anwendung.

Die Antheile der der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertheil des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Theiles des Grundkapitals darstellen. In dem Beschlusse sind die zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln, insbesondere die Firma sowie die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes, festzusetzen.

Die §§ 332—334 regeln die Umwandlung der Aktienkommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft. Früher war diese Materie im Art. 206a behandelt.

1. **Das Eigenartige dieser Umwandlung** liegt darin, daß die Umwandlung sich vollzieht durch Veränderung des rechtlichen Charakters der Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität. Es liegt nicht Auflösung der Gesellschaft und Bildung einer neuen Gesellschaft vor; es liegt auch keine Universalsukzession vor, sondern eben die Veränderung des rechtlichen Anm. 1.

Charakters der Gesellschaft. Wir hatten dies schon unter der Herrschaft des früheren Rechts (gegen Gierke, Deutsches Privatr. S. 555 Anm. 26 u. Behrend § 147) angenommen. War aber früher unsere Ansicht beinahe unzweifelhaft aus den Gesetzesworten zu schließen: „Die Gesellschaft gilt als Aktiengesellschaft fortbestehend", so wird sie jetzt jedem Zweifel entrückt durch die noch bestimmtere Fassung der betreffenden Gesetzesstelle. Denn jetzt heißt es im § 333 Abs. 3: „Die Gesellschaft besteht als Aktiengesellschaft fort" (zust. Pinner S. 361).

Anm. 2. 2. **Der vorliegende Paragraph regelt die Erfordernisse der Umwandlung.** Dieselben sind:

a) ein Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftender Gesellschafter. Damit ist nicht etwa ein gemeinschaftlicher Majoritätsbeschluß gemeint, sondern lediglich dasselbe, wie im § 327 Abs. 4: ein Beschluß der Kommanditisten und Zustimmung sämmtlicher persönlich haftender Gesellschafter, letztere erklärt in dem Generalversammlungsprotokoll oder in einem Anhange desselben (vergl. auch Anm. 164 zu § 320 u. Anm. 6 zu § 327).

Anm. 3. b) Die Beobachtung der Vorschriften über die Statutenänderung. Es kommt hier zunächst § 275 in Betracht. Die Mehrheit muß also, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt, $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfassen, und wenn bei dieser Gelegenheit das bisherige Verhältniß mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachtheil einer geändert wird, so bedarf es der im § 275 Abs. 3 vorgesehenen Separatbeschlüsse.

Anm. 4. c) Außerdem muß die zustimmende Mehrheit mindestens $^1/_4$ des gesammten Grundkapitals (nach Abzug derjenigen Aktien, die sich vielleicht in den Händen der Komplementare befinden) darstellen.

Anm. 5. d) Der Beschluß muß auch die Bilanz genehmigen (vgl. Anm. 3 zu § 333). Sie muß zu diesem Zwecke 2 Wochen lang zur Einsicht der Aktionäre ausliegen (§ 263 Abs. 1; § 333 Abs. 2), wogegen das Recht auf Abschriftertheilung nicht Platz greift, da § 263 Abs. 2 nicht angezogen ist (dagegen findet die Vertagungsmöglichkeit des § 264 Anwendung; vergl. § 333 Abs. 2). Wir nehmen hier überall an, daß die die Umwandlung beschließende Generalversammlung auch diese Bilanz genehmigen muß. Der Wortlaut des § 333 Abs. 2 führt zu dieser Auffassung ebenso, wie die Natur der Sache (vergl. Anm. 3 zu § 333, anders Pinner S. 363).

Anm. 6. e) Der Beschluß muß endlich die zur Durchführung erforderlichen Maßregeln enthalten. Insbesondere ist hervorgehoben die Wahl der Firma, die sich den Vorschriften über die Firma der Aktiengesellschaften (jedoch unter Umständen nach den Regeln der abgeleiteten Firma) anpassen muß, und die Zustimmung über die Zusammensetzung des Vorstandes.

Anm. 7. In letzterer Beziehung ist zu bemerken, daß der erste Vorstand auch durch die Umwandlungsübereinkunft selbst bestellt werden kann, wenn die Komplementare, was zulässig ist, den Vorstand bilden sollen. Ueberhaupt aber ist hervorzuheben, daß zu den Durchführungsmaßregeln vor allem die Anpassung des Statuts und die Organisation der Gesellschaft gehört: Ausmerzung des für die Aktiengesellschaft Unzulässigen und Einfügung des für sie Erforderlichen, wobei jedoch, soweit es sich nur um Fassungsänderungen handelt, der Aufsichtsrath delegirt werden kann (Anm. 107 zu § 320). Das bedeutet: es kann die Aenderung im Prinzip und im allgemeinen von der Versammlung unter Zustimmung der Komplementare beschlossen, die Feststellung der Statuten in Gemäßheit dieser Beschlüsse aber dem Aufsichtsrath übertragen werden.

Anm. 8. Der Kommissionsbericht zum Aktiengesetze von 1884 (S. 33) hob ferner hervor, daß über die Auseinandersetzung mit den Komplementaren das Nöthige enthalten sein müsse. Das ist aber nur cum grano salis richtig. Ein nothwendiger Bestandtheil der Uebereinkunft ist das nicht, weil beim Mangel einer solchen das Gesetz ausreichende Vorschriften giebt (vergl. Anm 34 zu § 330). Zustimmend Behrend § 147 Anm. 31. Es empfiehlt sich aber, daß die Uebereinkunft hierüber Bestimmung

trifft; insbesondere darüber, wie die Komplementare wegen ihres etwaigen Aktivsaldos abgefunden werden. Diese Abfindung kann auch geschehen durch Aktien, und zwar in der Weise, daß die Aktiengesellschaft ihr Aktienkapital um den erforderlichen Betrag erhöht (Ring Anm. 2 zu Art. 206a).

Anm. 9. Der Beschluß darf nicht anordnen, daß zur Durchführung der Umwandlung die Kommanditisten Zuzahlungen zu machen haben. Einem solchen Majoritätsbeschlusse brauchen sie sich nicht zu fügen (§ 211). Nach der von anderer Seite vertretenen Ansicht kann aber eine Aktienzusammenlegung mit solcher Zuzahlungspflicht verknüpft werden (Anm. 7 u. 8 zu § 290); in Konsequenz dieser Ansicht kann auch hier eine Zusammenlegung mit Zuzahlung mit der Umwandlung verknüpft werden.

Anm. 10. f) Schließlich aber ist hervorzuheben, daß die anzukündigende Tagesordnung nicht blos im allgemeinen „die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft enthalten darf", sondern alle hierbei vorgesehenen Statutenänderungen ihrem wesentlichen Inhalte nach enthalten muß (§ 332 Abs. 2; § 274 Abs. 2). Das wird zu großen Belästigungen führen. Sie muß ferner auf die etwaigen Separatabstimmungen der verschiedenen Aktiengattungen hinweisen (§ 275 Abs. 3 Satz 2).

Anm. 11. **3. Gang der Umwandlung.**

a) Zunächst Beschluß der Generalversammlung mit Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter (§ 332). Dieser Beschluß muß auch die Bilanz genehmigen (§ 333).
b) Gleichzeitig oder später Wahl der Vorstandsmitglieder.
c) Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses und der Vorstandsmitglieder durch die persönlich haftenden Gesellschafter zum Handelsregister (§ 333). Die gewählten Vorstandsmitglieder müssen dabei ihre Unterschrift zeichnen (§ 234 Abs. 3).
d) Zugleich ist die Bilanz beizufügen (§ 333 Abs. 2).
e) Eintragung der Umwandlung (§ 333 Abs. 3).
f) Veröffentlichung der Bilanz und Aufforderung der Gläubiger (§ 334).

§ 333.

Bei der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses sind zugleich die Mitglieder des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über ihre Bestellung ist beizufügen; bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister einer Zweigniederlassung bedarf es der Beifügung dieser Abschrift nicht. Auf die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 14 keine Anwendung.

Der Anmeldung ist eine von der Generalversammlung genehmigte, für einen höchstens zwei Monate vor der Anmeldung liegenden Zeitpunkt aufgestellte Bilanz beizufügen. Auf diese Bilanz finden die Vorschriften des § 261, des § 263 Abs. 1 und des § 264 Anwendung.

Mit der Eintragung scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort.

Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses, Eintragung und Publikation desselben.

1. Die Anmeldung.

Anm. 1. a) Sie wird bewirkt durch die persönlich haftenden Gesellschafter (§§ 332 Abs. 2; 277 Abs. 1, 325 Nr. 1), und zwar durch soviele, als zur Verfretung

der Gesellschaft befugt sind, wie sich ebenfalls aus den citirten Paragraphen, besonders § 277 Abs. 1 ergiebt. Erzwungen wird sie am Hauptsitze nicht (§ 333 Abs. 1 a. E.). Die persönlich haftenden Gesellschafter sind jedoch den Kommanditisten verantwortlich für die verzögerte Eintragung und können durch die Kommanditistengesammtheit, vertreten durch den Aufsichtsrath, auf die Anmeldung verklagt werden. Ist die Eintragung aber am Hauptsitze erfolgt, so kann die Anmeldung zum Zweigregister durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§§ 13, 14).

Anm. 2. b) Außerdem sind anzumelden die Mitglieder des Vorstandes (§ 333 Abs. 1). Diese haben auch ihre Unterschrift zu zeichnen (§ 234 Abs. 3). Dieser ist also zu wählen, wenn nicht der Umwandlungsbeschluß denselben schon feststellt (vergl. Anm. 7 zu § 332).

Anm. 3. c) Die Beilagen der Anmeldung sind (außer dem Umwandlungsbeschlusse) die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes und ferner eine Bilanz. Ueber diese Bilanz gilt Folgendes:

Sie muß sich beziehen auf eine Zeit, welche höchstens 2 Monate vor der Anmeldung zurückliegt. Sie muß der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt sein, und zwar derjenigen Generalversammlung, welche die Umwandlung beschließt. Denn sie soll dazu dienen, den bisherigen Aktionären die Information zu verschaffen, ob sie der Umwandlung zustimmen sollen (Denkschr. S. 18 2; vergl. Anm. 5 zu § 332). Sie muß natürlich auch die Genehmigung der Komplementare gefunden haben, obwohl dies nicht besonders erwähnt ist. Denn die Bilanzfeststellung ist bei der A.K.G. überhaupt eine gemeinsame Sache der Komplementare und der Kommanditistengesammtheit (vergl. Anm. 100 zu § 320). Einige Vorschriften über die Jahresbilanz, insbesondere die sachliche Vorschrift des § 261, aus welcher hervorgeht, daß es keine Liquidationsbilanz ist, sondern eine Bilanz für eine bestehende und weiterlebende Gesellschaft, finden hier Anwendung. Es liegt auch darin eine Bestätigung unserer Auffassung über den rechtlichen Charakter der Umwandlung (Anm. 1 zu § 332). Im Uebrigen vergl. über diese Bilanzgenehmigung noch Anm. 5 zu § 332.

Anm. 4. 2. **Die Eintragung.**

a) Sie erfolgt am Hauptsitze der Gesellschaft und in den Zweigregistern. Doch ist nur die erste Eintragung für die Rechtswirksamkeit des Beschlusses entscheidend (§ 332 Abs. 2; § 277 Abs. 3).

Anm. 5. b) Die Eintragung erfolgt gemäß § 198 (§§ 332 Abs. 2; 277 Abs. 2) d. h. es ist dasjenige einzutragen, was sich in den dort bezeichneten Punkten ändert: also die etwaige Firmenänderung, die etwaige Aenderung in Betreff des Gegenstandes des Unternehmens, der Tag der Feststellung des neuen Gesellschaftsvertrags, die Mitglieder des Vorstandes, natürlich auch der Umstand, daß die Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt ist und die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeschieden sind. Enthält der abgeänderte Gesellschaftsvertrag über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes zur Vertretung der Gesellschaft besondere Bestimmungen, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

Im Uebrigen genügt Bezugnahme auf die eingereichten Urkunden (§ 277, § 332 Abs. 2).

Anm. 6. c) Die Wirkung der Eintragung (sc. am Sitz der Gesellschaft) ist: die persönlich haftenden Gesellschafter sind ausgeschieden, die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkte als Aktiengesellschaft, die Gesellschaft ist umgewandelt, es ist aber dieselbe Gesellschaft geblieben (vergl. Anm. 1 zu § 332) und deshalb stehen ihr dieselben Rechte und Pflichten zu, wie der bisherigen Aktienkommanditgesellschaft, ohne Rechtsnachfolge und besondere Uebertragung. Etwaige Gründerrechte aus älterer Zeit bestehen daher weiter. Auflassung ist nicht erforderlich, um die Grundstücke zu übertragen, sondern einfache Umschreibung oder vielmehr Deklaration im Grundbuche; für sämmtliche Schulden der Aktienkommanditgesellschaft haftet die nunmehrige Aktiengesellschaft, nicht bloß für die in der Bilanz bezeichneten. Die persönlich haftenden Gesellschafter haften

aber für die Schulden der Gesellschaft noch 5 Jahre lang (vergl. Anm. 57 zu § 320; auch Denkschr. S. 181).

3. **Für die Publikation der Eintragung durch das Handelsgericht** ist § 277 Abs. 2 maßgebend (vergl. § 332 Abs. 2). Anm. 7.

Zusatz. Stempelfrage. Die vorhandenen Aktien können mit einem bezüglichen Vermerk versehen werden und sind einer nochmaligen Besteuerung nicht unterworfen, weil eben keine Neubildung vorliegt. Anm. 8.

Auch die Umwandlungsvereinbarung ist eben deshalb dem Reichsstempel nicht unterworfen, es sei denn, daß die Komplementare mit neuen Aktien abgefunden werden; in diesem Falle und insoweit liegt ein Anschaffungsgeschäft vor. Im Uebrigen kommt derjenige landesrechtliche Stempel zur Anwendung, welcher für Auseinandersetzungsverträge zwischen Gesellschaften zur Anwendung kommt. In Preußen kommt zur Anwendung Tarif Nr. 25 d (Ueberlassung der Rechte an dem Gesellschaftsvermögen seitens eines Gesellschafters oder dessen Erben an einen anderen Gesellschafter, die Gesellschaft oder einen Dritten oder die Abfindung eines Gesellschafters bei Auflösung der Gesellschaft). Der Stempel beträgt $^1/_{50}$ des Werths der Gegenleistung, oder, wenn eine solche in der Urkunde nicht enthalten ist, des Werths der überlassenen Rechte, oder wenn endlich der Komplementar überhaupt nicht abzufinden ist, etwa weil er einen Passivsaldo hat, die geringste Gebühr (vergl. Heinitz S. 236).

§ 334.

Unverzüglich nach der Eintragung hat der Vorstand in den Gesellschaftsblättern die im § 333 Abs. 2 vorgesehene Bilanz zu veröffentlichen.

Er hat unter Hinweis auf die Umwandlung die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern.

Den Gläubigern, deren Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, ist Befriedigung zu gewähren oder Sicherheit zu leisten, sofern sie sich zu diesem Zwecke melden.

Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haften den Gläubigern für die Beobachtung dieser Vorschriften als Gesammtschuldner, die Mitglieder des Aufsichtsraths, soweit eine Zuwiderhandlung mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt.

Pflichten des Vorstandes nach geschehener Umwandlung.

1. (Abs. 1.) **Zunächst ist die Bilanz zu veröffentlichen.** Dieselbe soll nunmehr den Gläubigern zur Information dienen (Denkschrift S. 182). Ein Zwang durch Ordnungsstrafen ist allerdings nicht vorgesehen. § 319 sagt hierüber nichts. Anm. 1.
2. (Abs. 2.) **Ferner sind die Gläubiger aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden** (vergl. hierüber Anm. 1 flg. zum § 297). Anm. 2.
3. (Abs. 3.) **Sodann sind die Gläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen,** jedoch nur, sofern ihre Forderungen vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet sind, und wenn sie sich melden; sie können aber auch ohne Meldung befriedigt werden. Denn selbstverständlich haftet die Aktiengesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen für alle Schulden der Aktienkommanditgesellschaft. Anm. 3.

   Näheres über die hier in Frage kommenden Begriffe s. Anm 3 flg. zu § 301. Insbesondere ist zu erwähnen, daß die Ansprüche der Gläubiger keine Veränderungen erfahren, bedingte Forderungen werden nicht unbedingt, betagte nicht unbetagt.
4. (Abs. 4.) **Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gläubigern für Nichtbeobachtung dieser Schutzvorschriften.** Diese Haftung besteht auch dann, wenn die Unterlassung auf Anm. 4

einem Beschlusse der Generalversammlung beruht. Das besonders hervorzuheben, erschien überflüssig (Denkschr. S. 182).

Anm. 5. 5. **Zu beachten ist, daß ein Sperrjahr nicht vorgeschrieben ist.** Es gilt eine dem § 301 analoge Vorschrift nicht. Auszahlungen an die Aktionäre und an die Komplementare können daher erfolgen auch vor Ablauf eines Sperrjahres.

Anm. 6. **Zusatz. Andere Umwandlungen?**

1. **Die Fusion einer Aktienkommanditgesellschaft** mit einer anderen Aktienkommanditgesellschaft oder mit einer Aktiengesellschaft ist nunmehr zulässig (vergl. Anm. 22 zu § 330).

Anm. 7. 2. **Die Umwandlung einer A.K.G. in eine einfache Kommanditgesellschaft.** Eine solche kann nach der Ansicht des Kammergerichts (bei Johow 5 S. 36) einfach dadurch vorgenommen werden, daß die A.K.G. beschließt, fortan sollen die bisherigen Gesellschafter mit ihren bisherigen Rollen als Komplementare oder Kommanditisten das Geschäft fortführen. Allein von unserem Standpunkte aus ist dies schon deshalb nicht richtig, weil die Aktienkommanditgesellschaft juristische Person ist, was die einfache Kommanditgesellschaft nicht ist. Es ist deshalb nur Auflösung der ersteren und Gründung der letzteren möglich. Ueberdies ist die Liquidation bei der A.K.G. ex jure publico angeordnet und nur in wenigen Fällen kann davon abgesehen werden (vergl. Anm. 21 zu § 330; §§ 304, 306). Zu diesen wenigen Fällen gehört der vorliegende Fall nicht. Bei einer solchen Umwandlung einer A.K.G. in eine einfache Kommanditgesellschaft ist auch Auflassung von Grundstücken erforderlich, was gleichfalls vom Kammergericht (6 S. 12) verneint wird.

Anm. 8. 3. **Die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung** in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgt auf dem gewöhnlichen Wege.

Anm. 9. 4. **Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung** erfolgt ebenfalls auf dem gewöhnlichen Wege. Die Auflösung und Liquidation der A.K.G. ist dabei nicht zu vermeiden. Der § 80 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften m. b. H. findet hier keine Anwendung, denn nicht alle die Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften finden auch auf Aktienkommanditgesellschaften Anwendung, sondern nur die Vorschriften des dritten Abschnittes über die Aktiengesellschaft (§ 320 Abs. 3).

Fünfter Abschnitt.

Stille Gesellschaft.

§ 335.

Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage betheiligt, hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.

Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.

Vorbemerkungen.

Anm. 1. 1. Die stille Gesellschaft ist nach dem System des neuen H.G.B. (wie auch früher) keine Handelsgesellschaft. Von den Handelsgesellschaften handelt der 4. Abschnitt des zweiten Buches. Dagegen ist nach dem Willen des Gesetzes, der sich aus der Fassung und dem Inhalte desselben ergiebt, die stille Gesellschaft eine Gesellschaft. Es sind ihr nur einige Besonderheiten verliehen, die aber das Wesen der Gesellschaft nicht aufheben.

Anm. 2. 2. Da sie eine Gesellschaft ist, so kommen subsidiär die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft zur Anwendung.

3. Der vorliegende Paragraph enthält die Definition der stillen Gesell- Anm. 3.
schaft. Indessen ist dieselbe nicht in Form einer Begriffsbestimmung gegeben und überdies ist ein wesentlicher Bestandtheil derselben in § 336 enthalten, nämlich die Art der zulässigen Betheiligung. Was der vorliegende Paragraph ausdrücklich ausspricht, das sind zwei Konsequenzen aus dem stillen Gesellschaftsverhältnisse: die Verpflichtung, die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, und die alleinige Berechtigung und Verpflichtung Dritten gegenüber aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften.

I. **Die Begriffsmerkmale der stillen Gesellschaft.** Der Begriff der stillen Gesellschaft ist aus den Anm. 4.
§§ 335 und 336 zu entnehmen (Denkschr. S. 183) und ist hiernach folgender: eine stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei welcher sich Jemand an dem Handelsgewerbe eines Andern mit einer in das Vermögen des Letzteren übergehenden Vermögenseinlage derart betheiligt, daß er am Gewinn theilnimmt (während er von der Betheiligung am Verluste befreit sein kann).

1. **Jemand** betheiligt sich. Für die Person des stillen Gesellschafters ist eine be- Anm. 5.
sondere Qualität nicht vorgeschrieben. Das Gesetz sagt: „wer" sich als stiller Gesellschafter betheiligt u. s. w. Allgemeiner kann das Erforderniß garnicht aufgestellt werden. Stiller Gesellschafter kann daher jede rechtsfähige, physische oder juristische, Person sein. Kaufmannsqualität braucht sie nicht zu haben, sie kann andererseits auch eine Handelsgesellschaft sein. So sind denn offene Handelsgesellschaften, einfache Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, unmündige Personen, Ehefrauen fähig stille Gesellschafter zu sein. Darüber, wer bei mangelnder Geschäftsfähigkeit berechtigt ist, den stillen Gesellschaftsvertrag zu schließen, vergl. unten Anm. 25.
Auch mehrere Personen können stille Gesellschafter sein, sowohl in der Weise, daß jede von ihnen selbständig stiller Gesellschafter ist (in diesem Falle können sie sich auch unter sich organisiren), oder so, daß sie nur als gemeinschaftlich Berechtigte und Verpflichtete dem Komplementar gegenüber auftreten. In letzterem Falle richtet sich die Frage, ob sie gemeinschaftlich oder zu Antheilen oder als Gesammtgläubiger ihre Rechte ausüben können, nach bürgerlichem Recht (§§ 420 ffg. B.G.B.).

2. **An dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt,** muß die Betheiligung erfolgen. Anm. 6.

a) **An dem Handelsgewerbe.** Der andere Theil muß also Kaufmann sein, sei es nach § 1 oder nach § 2 oder auch nach § 5; denn solange jemand als Kaufmann eingetragen ist, kann er nicht einwenden, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe, und es kann auch ihm das nicht eingewendet werden.

Wenn Derjenige, an dessen Gewerbe man sich betheiligt, kein Handelsgewerbe Anm. 7.
betreibt, so ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorhanden. So z. B. wenn sich jemand an dem Baugeschäft eines nicht eingetragenen Bauunternehmers als sogenannter stiller Gesellschafter betheiligt (vergl. unten Anm. 38).

Indessen kann das Gewerbe auch das Gewerbe eines Minderkaufmanns sein, Anm. 8.
da ja keine Handelsgesellschaft vorliegt (vergl. Anm. 15 zu § 4; insbesondere auch R.G. 9 S. 81). Renaud (Die stille Gesellschaft S. 72) folgerte aus den früheren Artikeln 251 und 257 das Gegentheil. Diese sind aufgehoben, aber sie standen auch der Renaud'schen Ansicht nicht zur Seite (vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 250; Behrend § 91 Anm. 6; Hahn § 7 zu Art. 250; Cosack S. 586).

Wenn sich andererseits die Betheiligung nur auf einzelne Handelsgeschäfte, aber Anm. 9.
nicht auf das Handelsgewerbe als solches bezieht, so liegt wiederum keine stille Gesellschaft im Sinne des H.G.B., sondern eine Gelegenheitsgesellschaft vor, von der sie sich gerade hierdurch unterscheidet (R.O.H. 9 S. 160). Doch ist nicht gerade Erforderniß, daß die Beteiligung am ganzen Handelsgewerbe erfolgt: es genügt Betheiligung an einem begrenzten Theil des Handelsgewerbes, etwa an den Ergebnissen einer Zweigniederlassung oder eines von mehreren Geschäften an demselben Orte, oder auch an einem bestimmten Zweige des Geschäfts, z. B. bloß an der Verlagsbuchhandlung, nicht an der Sortimentsbuchhandlung eines Buchhändlers, der Beides betreibt, oder

an dem Betriebe einer Zeitung, wenn der Komplementar noch andere Verlagsartikel hat.

Anm. 10. b) An dem Handelsgewerbe, **das ein Anderer betreibt**, muß die Betheiligung erfolgen. Das ist dasjenige Begriffsmerkmal, welches die stille Gesellschaft von der einfachen Kommanditgesellschaft unterscheidet. Bei der letzteren vereinigen sich Komplementar und Kommanditist zu einem gemeinsamen, unter gemeinschaftlicher Firma zu betreibenden Handelsgewerbe: der Kommanditist verspricht nicht nur dem Komplementar, daß er an dem Ergebnisse des Geschäfts in gewisser Höhe theilnehmen wolle, sondern er macht auch gleichzeitig eine öffentliche Zusage dieses Inhalts, in Folge deren er den Gläubigern insoweit direkt haftet. Der Komplementar und der Kommanditist betreiben demgemäß das Geschäft nicht bloß für gemeinschaftliche Rechnung, sondern auch in gemeinsamem Namen. Anders bei der stillen Gesellschaft. Hier verspricht der Theilnehmer nur dem Komplementar, daß er an den Ergebnissen des Geschäfts in gewisser Höhe theilnehmen wolle, eine gleiche öffentliche Zusage macht er nicht, weshalb er den Gläubigern direkt nicht haftet. Der Komplementar betreibt demgemäß das Geschäft allein, zwar für gemeinschaftliche Rechnung, aber in seinem eigenen Namen. Er wird, wie auch Abs. 2 hervorhebt, Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet; die Firma ist daher seine Firma; das Geschäftsvermögen ist sein Vermögen (so z. B. bleibt ein Patent, welches er eingebracht hat, sein Eigenthum, das vom stillen Gesellschafter eingebrachte wird sein Eigenthum; Näheres unten Anm. 27); der Beitritt des stillen Gesellschafters wird nicht registrirt, da er die Oeffentlichkeit nichts angeht. Nicht entgegen steht dem Gesagten § 342 — dort ist keine Haftung gegenüber den Gläubigern statuirt, vielmehr nur ein Recht paulianischer Natur zur Vermeidung von Bevorzugung des den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafters vor den anderen, den Verhältnissen ferner stehenden Gläubigern. Selbst eine Kundmachung an die Gläubiger erzeugt keine direkte Haftung (hierüber Näheres unten Anm. 34). — Prozessualisch ist zu bemerken, daß im Prozesse für und gegen den Komplementar der stille Gesellschafter auch Zeuge sein kann; meist wird er allerdings am Ausgange des Prozesses unmittelbar interessirt sein.

Anm. 11. Ueber die Qualität des Anderen, des Komplementars, ist hiermit nichts vorgeschrieben: Daraus, daß die Betheiligung an einem Handelsgewerbe erfolgen muß, ergiebt sich, daß er Kaufmann sein muß, aber nichts anderes zu sein braucht, er kann auch Minderkaufmann sein (vergl. oben Anm. 9), auch eine Handelsgesellschaft: offene Handelsgesellschaft (R.G. 30 S. 35), Kommanditgesellschaft (R.G. 25 S. 41), Aktiengesellschaft, Aktien-Kommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Wer für geschäftsunfähige Personen, insbesondere für Handelsgesellschaften, den Vertrag schließen kann, darüber s. unten Anm. 25.

Anm. 12. 3. **Mit einer in das Vermögen des Anderen übergehenden Vermögenseinlage** muß die Betheiligung erfolgen. Daß die Betheiligung mit einer Vermögenseinlage erfolgen muß, war schon früher wesentliches Erforderniß der stillen Gesellschaft (Bolze 10 Nr. 534; R.G. 33 S. 129). Nunmehr aber gehört es zu den wesentlichen Erfordernissen der stillen Gesellschaft, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Komplementars überzugehen hat (Denkschr. S. 183, 184). Natürlich braucht dies bloß vereinbart zu sein, es gehört nicht etwa zur Existenzbedingung der stillen Gesellschaft, daß die vereinbarte Vermögenseinlage auch geleistet ist.

Anm. 13. Die Vermögenseinlage kann in Geld oder in anderen Sachen, auch Forderungen, bestehen, überhaupt in allen Gegenständen, welche verkehrsfähig sind, welche daher, wenn sie auch nicht gerade Gegenstand juristischen Eigenthums sind, doch im Sinne des Rechtsverkehrs einen Vermögensbestandtheil bilden (vergl. daher Anm. 5 zu § 186, wo hervorgehoben ist, daß auch Forderungen, Patente, die Kundschaft eines Geschäfts, Betriebsgeheimnisse, das Firmenrecht, soweit sie übertragbar sind, geeignete Vermögenseinlagen sind).

Dienste sind keine geeignete Vermögenseinlage. Das gilt hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft (Anm. 3 im Exkurse zum § 122) und bei der Kommanditgesellschaft (Anm. 9 zu § 161). Wer nichts in die Schanzen zu schlagen hat als seine Dienste, ist eben ein Bediensteter, auch wenn er am Gewinne oder gar am Gewinn und Verlust betheiligt ist (vergl. R.G. 33 S. 130, Bolze 10 Nr. 534). Anm. 14.

Ebenso sind Gebrauchsüberlassungen nicht ein geeigneter Gegenstand der Vermögenseinlage. Denn die Einlage soll ja in das Vermögen des Komplementars übergehen und es ist nicht ersichtlich, in welchem Sinne die Denkschrift S. 184 sagt: „Die neue Fassung, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, trifft auch für Gegenstände zu, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber zum Gebrauche überläßt". Anm. 15.

Ein bloßer Waarenkredit d. h. die Verpflichtung, Waaren zu verkaufen und den Kaufpreis zu kreditiren, ist jedenfalls keine geeignete Vermögenseinlage (R.G. 31 S. 74). Anm. 16.

Die Vermögenseinlage muß ferner bestimmt oder mindestens bestimmbar sein. Es ist nicht Erforderniß, daß der Betrag ein für alle Mal fixirt wird, die Zusage periodischer Zahlungen oder Erhöhungen im Falle des Bedürfnisses ist zulässig (Behrend § 91 Anm. 12). Anm. 17.

Ueber die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Leistung der Vermögenseinlage siehe weiter unten Anm. 27 ffg. Anm. 18.

4. **Eine Betheiligung** muß erfolgen. Die Art der Betheiligung, welche zum Begriff der stillen Gesellschaft gehört, ist in § 335 Abs. 2 enthalten: der stille Gesellschafter muß am Gewinn betheiligt sein, die Betheiligung an Verlusten kann dagegen ausgeschlossen sein. Mit der letzteren Bestimmung ist eine frühere Streitfrage gelöst. Früher war es zweifelhaft, ob eine stille Gesellschaft auch dann noch bestand, wenn der stille Gesellschafter von der Theilnahme am Verluste befreit war (vergl. unsere 5. Aufl. § 6 zu Art. 250). Das R.G. (31 S. 35) hatte schon früher den Standpunkt des neuen H.G.B. eingenommen. Anm. 19.

Wann liegt nun Betheiligung am Gewinn vor? Der Antheil am Gewinn muß so fixirt sein, daß die wechselnden Geschäftsergebnisse auch die Betheiligung des stillen Gesellschafters treffen, er muß hinsichtlich seines Gewinnes das Risiko mittragen. Die Verpflichtung, Waaren zu liefern, und das dagegen stipulirte Recht auf Zahlung des Einkaufspreises und eines bestimmten Preiszuschlages ist keine Gewinnbetheiligung (R.G. 31 S. 73, 74). Es steht jedoch nichts entgegen, die Gewinnbetheiligung in maximo zu fixiren (Behrend § 91 Anm. 24). Das Gleiche gilt von der Stipulirung einer Mindesteinnahme, etwa in Form eines festen Zinses oder so, daß ein fester Zins und außerdem ein Gewinnantheil stipulirt wird (vergl. R.O.H. 9 S. 33, 37; 12 S. 99; Behrend § 91 Anm. 24). Das R.G. (20 S. 165) hat allerdings — jedoch in unzutreffender Weise — die Stipulirung von festem Zins und Gewinnantheil als dem Wesen der stillen Gesellschaft für widersprechend erachtet, weil eine solche Vereinbarung „in erster Linie" ein Anrecht auf feste Zinsen begründete, während der daneben stipulirte Anspruch auf den Gewinnantheil nur „eine accessorische und eventuelle" Bedeutung habe. Anm. 20.

Da nun das Gesetz den Ausschluß der Verlustbetheiligung bei der stillen Gesellschaft für zulässig hält, so ist beim Ausbedingen von Minimaleinkünften die Unterscheidung, ob Darlehn oder stille Gesellschaft vorliegt, im Einzelfall sehr schwierig. Stipulirung von Zinsen und Gewinn spricht nicht zwingend gegen Darlehen (R.G. 31 S. 34) und Stipulirung von Gewinnantheil ohne festen Zins spricht ebenfalls nicht zwingend gegen Darlehn, da die Vergütung für das Darlehn auch in Form eines Gewinnantheiles ausbedungen werden kann (Bolze 16 Nr. 346). Es bleibt nunmehr nichts übrig, als in solchen Fällen in der Art und dem Umfang der Kontrolrechte das Kriterium zu erblicken, ob ein Gesellschaftsverhältniß oder ein Darlehn vorliegt, und je umfangreicher die Kontrolrechte sind, desto mehr spricht für das Gesellschaftsverhältniß. — Ist fester Zins, kein Gewinnantheil und Ausschluß der Verlustbetheiligung zugleich vereinbart, so liegt nach dem Vorstehenden keine stille Gesellschaft, sondern Darlehn vor (Cosack S. 589). Anm. 21.

Anm. 22. II. **Die Form des Gesellschaftsvertrages.** Daß der stille Gesellschaftsvertrag formfrei ist, ist nicht mehr hervorgehoben (anders früher Art. 250 Abs. 2). Die Formfreiheit gilt jetzt schon auf Grund des bürgerlichen Rechts; aber es gelten auch die Ausnahmen des bürgerlichen Rechts, besonders § 313 B.G.B.: wenn ein Grundstück eingebracht werden soll, so muß gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorliegen, deren Fehlen aber durch Auflassung und Eintragung geheilt wird) und § 311 B.G.B. (Uebertragung des ganzen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung). Ob das Letztere der Fall, wenn der stille Gesellschafter sein Geschäft als Vermögenseinlage einbringt, darüber siehe Anm. 12 zu § 22. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß, wenn die Grundstückseinbringung ungiltig ist, darum nicht der ganze Vertrag ungiltig zu sein braucht; vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn anzunehmen ist, daß sonst der ganze Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (§ 139 B.G.B.).

Anm. 23. Infolge der Formfreiheit kann der stille Gesellschaftsvertrag in den Regelfällen auch durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden.

Wegen der Form der Aufhebung eines stillen Gesellschaftsvertrages siehe zu § 350.

Anm. 24. III. **Der Inhalt des Vertrages** ist durch §§ 335 und 336 vorgeschrieben. Er muß wesentlich diese Bestandtheile enthalten, nicht nothwendig ausdrücklich, es genügt, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet war, daß eine Betheiligung dieser Art stattfinde. Es wird z. B. vollständig genügen, wenn Jemand einem Kaufmann eine Summe übergiebt, mit der Abrede, sein stiller Gesellschafter zu werden. Die näheren Modalitäten folgen dann aus dem Gesetze, die Höhe der Betheiligung insbesondere aus § 336. Der Vertrag ist auch den mannigfachsten Modifikationen zugänglich. So kann der stille Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt oder gar verpflichtet sein, er kann auch Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter werden. Ja er kann sogar nach innen das ganze Regiment zu führen und der Firmeninhaber nichts zu sagen haben. Aber die Vertragsbestimmungen dürfen nicht gegen das Wesen des Vertrages verstoßen. Es kann nicht vereinbart werden, daß der stille Gesellschafter nichts einlegt oder daß die Einlage sein Eigenthum bleibt, oder daß der ganze Gewinn ihm zufällt, der Komplementar nur einen bestimmten Lohn erhält. Alles das würde gegen §§ 335 und 336 verstoßen. — Wohl aber kann der Komplementar dem stillen Socius Pfand oder Hypothek bestellen wegen seiner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältniß, und der stille Gesellschafter hat dann alle Rechte eines Pfand- oder Hypothekengläubigers, insbesondere auch das Recht, einer Mobiliarpfändung der Grundstücksbestandtheile seitens der Geschäftsgläubiger zu widersprechen (Bolze 5 Nr. 127; vergl. § 23 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und § 772 C.P.O.). Die Beweislast, daß die Einlage untergegangen ist, trifft nach Ansicht des Reichsgerichts in solchen Fällen den Gläubiger (Bolze 5 Nr. 1144). — Ueber die Verpflichtungen der beiden Gesellschafter aus dem Vertrage s. unten Anm. 27 flg.

Anm. 25. IV. Inwieweit ein stiller Gesellschaftsvertrag **von den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger Personen geschlossen werden kann,** hängt von dem Umfange ihrer Vertretungsmacht ab. Der offene Gesellschafter kann einen stillen Gesellschafter aufnehmen, da ihm in aller und jeder Hinsicht die Vertretung der Gesellschaft zusteht, und solcher Vertrag hat volle Rechtswirkung (vergl. Anm. 1 zu § 126). Nur nach innen ist er darin beschränkt, weil es sich um ein ungewöhnliches Geschäft handelt (vergl. Anm. 2 zu § 116). Der Meinung Behrends (§ 91 Anm. 8) und Puchelts (§ 12 zu Art. 250), daß auch die äußere Vertretungsmacht des offenen Gesellschafters soweit nicht reicht, kann nicht beigetreten werden. Was die Aktiengesellschaft betrifft, so soll nach Behrend (§ 91 Anm. 8) immer die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich sein. Das ist nicht richtig. Denn der Vorstand hat die unbeschränkte Vertretungsbefugniß; ob er seine Instruktionen nach innen hierbei verletzt, ist eine andere Frage (vergl. Anm. 11 zu § 235). In der Kommanditgesellschaft und in der Aktienkommanditgesellschaft hat der Komplementar die gleiche Vertretungsbefugniß wie der offene Gesellschafter. Das Gleiche gilt von den Geschäftsführern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und endlich von jedem rechtsfähigen Vereine, wenn nicht die Satzung die Vertretungsmacht einschränkt (§§ 26, 68, 70 B.G.B.). Liquidatoren dagegen fehlt die Berechtigung zur Aufnahme von stillen Gesellschaftern, denn die Annahme eines stillen Gesell-

schafters gehört nicht zu den Abwicklungsgeschäften. Für den Minderjährigen ist der Vormund berechtigt, sich namens des Mündels als stiller Gesellschafter zu betheiligen. Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf er hierzu nicht, § 1822 Nr. 3 B.G.B. greift nicht Platz, sondern nur die allgemeine Kontrollvorschrift des § 1837 B.G.B.

V. **Ein Wechsel in der Person der Sozien, eine Uebertragung der Gesellschaftsrechte** kann ohne beiderseitige Zustimmung nicht erfolgen: weder kann der Komplementar dem stillen Socius einen anderen Komplementar an seiner Stelle oktroyiren, noch der stille Socius dem Komplementar einen anderen stillen Gesellschafter (§ 717 B.G.B.). Eine Cession des Gesellschaftsantheils bedeutet lediglich die Abtretung der Ansprüche auf die vermögensrechtlichen Bezüge (Gewinn, Zinsen und Auseinandersetzungsguthaben). Diese Ansprüche sind frei übertragbar (§ 717 B.G.B.). In solcher Uebertragung liegt eine Cession (R.G. 18 S. 43). Dagegen kann der stille Gesellschafter seine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, insbesondere die Rechte aus § 338 auf den Rechtsnachfolger nicht übertragen. Ueber Veräußerung des Geschäfts durch den Komplementar s. unten Anm. 31. Anm. 26.

VI. (Abs. 1 unseres Paragraphen.) **Die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Leistung der Einlage.** Anm. 27.

1. **Die Art der Erfüllung dieser Pflicht:** Die Einlage ist so zu leisten, daß sie in das Vermögen des anderen Theils übergeht. Worin sie hiernach bestehen kann, ist oben Anm. 13 ffg. gezeigt. Auf die Erfüllung dieser Verpflichtung, deren Bestehen zum Wesen des stillen Gesellschaftsverhältnisses gehört, wie oben Anm. 12 gezeigt, hat der Komplementar einen klagbaren Anspruch. Grundstücke müssen ihm aufgelassen, Mobilien und Inhaberpapiere übergeben, Forderungen cedirt, Ordrepapiere indossirt werden; sonstige wirthschaftliche Güter müssen ihm so zugänglich gemacht werden, daß er sie ungehindert verwerthen kann. Mit Beider Zustimmung kann die Erfüllung der Einlageverpflichtung auch durch Novation geschehen: es wird z. B. beim Verkauf des Geschäftes oder nach Verkauf desselben an den Komplementar mit diesem vereinbart, daß das Restkaufgeld als stille Einlage im Geschäfte des Erwerbers verbleibe. Die Novation selbst ist ein dem neuen bürgerlichen Recht nicht unbekanntes Institut (vergl. z. B. §§ 607 Abs. 2; 364 Abs. 2 B.G.B.; auch Dernburg II S. 270).
2. **Die Grenze der Verpflichtung:** mehr als die vertraglich stipulirte Einlage braucht der stille Gesellschafter nicht zu leisten. Denn nach § 707 B.G.B., der auch hier Anwendung findet, ist ein Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Betrags und zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet. Der Komplementar kann dies auch nicht dadurch erreichen, daß er darauf hinweist, der eingelegte Gegenstand sei untergegangen oder das Geschäft gehe ohne weitere Nachschüsse zu Grunde (vergl. hierüber auch Anm. 6 ffg. im Exkurse zu § 122). Anm. 28.
3. **Uebrigens hat auch kein Gesellschafter das Recht, die vereinbarte Einlage zu erhöhen** (vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 122; Cosack, Bürgerl. Recht II S. 375). Anm. 29.
4. **Die Folge der Erfüllung der Einlageverpflichtung** ist, daß der Gegenstand der Einlage in das Vermögen des Komplementars übergeht. Derselbe wird Eigenthümer des eingebrachten Grundstücks, der Mobilien, Gläubiger der eingebrachten Forderungen, der Alleinberechtigte in Bezug auf die sonstigen Rechte und Chancen. Ein Eigenthum zur gemeinsamen Hand, wie bei der o. H.G. und auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, überhaupt ein Gesellschaftsvermögen (vergl. §§ 718, 719 B.G.B.) giebt es hier nicht. Anm. 30.
5. **Der Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters steht aber gegenüber** die Verpflichtung des Komplementars, die Einlage ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden. Er hat also die Verpflichtung, das Handelsgewerbe zu betreiben und zwar in derjenigen Weise, wie sie der Parteiabsicht entspricht. Er ist dabei zwar ganz selbstständig, es sind ja seine eigenen Geschäfte, die er führt, und der stille Gesellschafter hat daher kein Recht, um seine Zustimmung angegangen zu werden oder der Geschäftsführung zu widersprechen. Das gilt auch für ungewöhnliche Geschäfte. Nur wenn er von vereinbarten Geschäftsgrundsätzen abweichen oder ein Geschäft vornehmen will, welches nicht bloß ungewöhnlich ist, sondern völlig aus dem Rahmen seines Geschäftsbetriebes heraustritt, muß Anm. 31.

er zuvor die Genehmigung des stillen Socius einholen. Denn an sich wäre dasselbe vertragswidrig (so zutreffend Cosack S. 587). Verschuldete Vertragswidrigkeiten verpflichten zum Schadensersatze, insbesondere vertragswidriges Aufgeben des Handelsbetriebes. Eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes giebt es aber nicht. Deshalb kann ihn der stille Gesellschafter auch nicht hindern, sein Geschäft zu veräußern. Er wird nur, wie gesagt, durch solches Verhalten schadensersatzpflichtig und mit ihm in den geeigneten Fällen auch sein Erwerber, wenn dieser nämlich wußte, daß die Geschäftsaufgabe vertragswidrig und zu dem Zwecke geschah, um dem stillen Gesellschafter die Ausübung seiner Vertragsrechte zu vereiteln; denn darin liegt eine Kollusion, eine unerlaubte Handlung (§§ 823 und 826 B.G.B.) Die Entschädigung besteht aber nicht in einem Antheil an einem etwaigen Verkaufsgewinn, sondern in dem Ausfall derjenigen Vortheile, welche der stille Gesellschafter bei vertragsmäßiger Fortsetzung des Betriebes mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gehabt hätte (vergl. Anm. 4 zu § 65). — Vergl. über alles dieses Behrend § 93 Nr. III, auch unten Anm. 10 zu § 339. — Der Komplementar haftet bei Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem stillen Gesellschafter für die diligentia quam suis (§ 708 B.G.B.), deren Anwendung er zu beweisen hat, die ihn aber niemals von der Verantwortlichkeit für grobes Versehen schützt (§ 277 B.G.B). Genehmigung des stillen Gesellschafters beseitigt die Verantwortlichkeit.

Anm. 32. Aus der Pflicht zum Betriebe des Handelsgewerbes folgt nach Behrend § 93 III (vergl. auch Cosack S. 587) **das Konkurrenzverbot.** Behrend sagt, es sei als eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn der Komplementar in demselben Handelszweige anderweit Geschäfte macht, da er dadurch die Gewinnchancen aus dem Handelszweige schädige. Auch die Folgen der Verletzung des Konkurrenzverbots seien im wesentlichen dieselben, wie bei der o. H.G., nur die Verjährungsbestimmungen seien singulärer Natur. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Daß das Gegentheil im Vertrage festgesetzt worden, auch stillschweigend aus dem Vertrage sich ergeben kann, ist selbstverständlich (z. B. Betheiligung an einer Filiale).

Gegen den stillen Gesellschafter besteht das Konkurrenzverbot nicht (Cosack S. 587).

Anm. 33. 6. **Ueber den Rechtscharakter des Einbringungsaktes** (Kauf, Hergabe an Zahlungsstatt?) und über seine gesetzlichen Folgen (Gewinnleistung?) s. Anm. 9—11 zum Exkurse zu § 122. Dabei ist aber nochmals zu betonen, daß das eingelegte Gut nicht Gesammteigenthum der Gesellschafter, sondern Alleineigenthum des Komplementars wird (vergl. oben Anm. 30). In dieser Beziehung ist also die Rechtsfolge der Einbringung eine total verschiedene von der Illation bei der o. H.G.

Anm. 34. VII. (Abs. 2 unseres Paragraphen). **Der Inhaber des Handelsgewerbes wird aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.** Der Ton liegt auf „allein". Daß der Inhaber des Handelsgewerbes aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird, brauchte als völlig selbstverständlich wohl nicht hervorgehoben zu werden (vergl. oben Anm. 10). Aber zum Unterschiede von anderen Gesellschaften, z. B. von der verwandten Kommanditgesellschaft, wurde hier hervorgehoben, daß der stille Gesellschafter aus dem Geschäfte nicht berechtigt und verpflichtet wird. Soll auch dieser verpflichtet werden, so muß ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten. Ein solcher ist in mannigfacher Weise denkbar. So z. B. eine Bürgschaft. Es kann ferner in der Kundgebung des stillen Gesellschaftsverhältnisses unter Umständen ein Kreditauftrag nach § 778 B.G.B. liegen, worauf die Denkschrift S. 185 hinweist (der frühere Art. 260, der über die Kundgebung der stillen Gesellschaft eine inhaltslose und doch sehr kontrovers gewordene Vorschrift gab, ist gestrichen). Es kann in der Kundgebung des stillen Gesellschaftsverhältnisses ferner unter Umständen auch eine unerlaubte Handlung liegen, so wenn dieselbe erfolgt, um zur Kreditgebung zu verleiten, obgleich die Lösung des Verhältnisses in naher Aussicht steht. Es ist endlich darauf hinzuweisen, daß ein stiller Gesellschafter, der nach außen als Inhaber des Geschäfts auftritt, sich gefallen lassen muß, daß er als offener Gesellschafter behandelt wird (R.G. 31 S. 39; vergl. Anm. 18 zu § 123). Der Umstand allein aber, daß der

Name des stillen Gesellschafters in der Firma des Komplementars enthalten ist, begründet nach dem neuen H.G.B. keinen Haftungsgrund (s. unten Anm. 37). Auch die Vorschriften der §§ 341 und 342 sind keine Modifikationen des Prinzips, daß aus dem Geschäfte des Handelsgewerbes allein der Komplementar haftet. Diese Vorschriften haben eine ganz andere Bedeutung, als die einer Haftung gegenüber den Gläubigern. § 341 giebt vielmehr dem Konkursverwalter nur dasselbe Einlage-Einforderungsrecht, wie der Komplementar es hatte; § 342 aber ist ein auf paulianischem Rechtsgedanken beruhendes Rückforderungsrecht, nicht ein direktes Gläubigerrecht.

VIII. **Ueber die Firma, unter welcher der Inhaber des Handelsgewerbes dasselbe zu betreiben hat,** ist hier nichts gesagt (zum Unterschiede von früher, Art. 251). Darüber ist zunächst zu sagen, daß es überhaupt nicht nothwendig ist, daß der Komplementar das Handelsgewerbe unter einer Firma betreibt, da es auch ein Minderkaufmann sein kann (vergl. oben Anm. 8). Ist es aber ein Vollkaufmann, so ist zu sagen, daß das Vorliegen eines stillen Gesellschaftsverhältnisses bei der Wahl der Firma völlig einflußlos ist und bleiben muß. Begründet ein Einzelkaufmann ein Geschäft mit einem stillen Sozius, so darf er nur seinen Namen in die Firma aufnehmen, ebenso darf er, wenn er während des Betriebes des Handelsgewerbes einen stillen Sozius aufnimmt, der Firma deshalb keinen Gesellschaftszusatz geben (§ 18). Anm. 35.

Ebenso darf eine o. H.G., die einen stillen Sozius aufnimmt, deshalb ihre Firma nicht verändern; wenn z. B. die Herren Müller und Schwarz eine o. H.G. bilden unter der Firma Müller & Schwarz, so dürfen sie, wenn sie einen stillen Sozius aufnehmen, nicht Müller, Schwarz & Co. firmiren. Daß der Einzelkaufmann eine Gesellschaftsfirma führt, ist allerdings zulässig, wenn es eine abgeleitete Firma ist, aber er darf nicht wegen des stillen Gesellschafters einen Gesellschaftszusatz wählen. Anm. 36.

Nicht mehr verboten ist, daß der stille Gesellschafter überhaupt in der Firma figurirt. Veräußert z. B. ein Kaufmann A. Müller sein Geschäft mit Firma und betheiligt sich bei dem Geschäftsnachfolger als stiller Gesellschafter, so ist es zulässig, daß dieser die Firma A. Müller fortsetzt. Es ist auch keine zivilrechtliche Folge (Haftung des stillen Gesellschafters für die Handelsschulden) daran geknüpft. Das betreffende Verbot des früheren H.G.B. (Art. 357) ist gestrichen. (Uebergangsfrage weiter unten Anm. 40). Anm. 37.

Zusatz 1. Haben zwei Parteien einen stillen Gesellschaftsvertrag geschlossen, der nicht geeignet ist, ein stilles Gesellschaftsverhältniß im Sinne des H.G.B. zu begründen, weil gegen wesentliche Erfordernisse desselben verstoßen ist, z. B. weil nicht stipulirt ist, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Komplementars übergeht (wenn z. B. Gegenstände nur zum Gebrauche überlassen oder Dienste als Einlage zugesagt sind — vergl. oben Anm. 14 u. 15, auch Anm. 7), so liegt doch jedenfalls ein Gesellschaftsvertrag vor, der insoweit nach den Vorschriften der stillen Gesellschaft zu behandeln ist, als dies möglich ist. Denn es ist darin der deutliche Wille der Parteien ausgedrückt, daß, soweit angängig, die Bestimmungen über die stille Gesellschaft Anwendung finden, und dieser entscheidet, soweit der Wille der Parteien überhaupt entscheidende Bedeutung beanspruchen kann. Anm. 38.

Zusatz 2. Uebergangsfragen. Auf Schuldverhältnisse aus früherer Zeit findet nach Art. 170 E.G. zum B.G.B. das alte Recht Anwendung. Das muß auch hier gelten. Denn die Gesellschaft ist ein Schuldverhältniß, und besondere Uebergangsbestimmungen für Gesellschaften oder stille Gesellschaften sind in den Gesetzbüchern nicht gegeben (vgl. Anm. 32 zu § 105; Gierke in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 480; Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 33). Indessen werden diejenigen Rechtsbeziehungen, welche unter der Herrschaft des neuen H.G.B. zu Dritten entstehen, schon nach dem neuen H.G.B. beurtheilt. Insoweit hat das neue Recht exklusiven Charakter (vgl. auch Anm. 20 zu § 123). Anm. 39.

Ein stiller Gesellschafter, dessen Namen in der Firma figurirt und der deshalb nach Art. 357 des früheren H.G.B. wie ein offener Gesellschafter haftet, haftet für die nach dem 1. Januar 1900 begründeten Verbindlichkeiten nicht mehr (vergl. Anm. 4 im Exkurse zu § 172). Anm. 40.

§ 336.

Ist der Antheil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verluste nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Antheil als bedungen.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter nicht am Verluste betheiligt sein soll; seine Betheiligung am Gewinne kann nicht ausgeschlossen werden.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift greift zunächst Platz auf den Fall, daß über Gewinn und Verlust im Vertrage nichts vereinbart ist. Der Fall wird selten vorkommen. (Ein Beispiel der Vertheilung von Gewinn und Verlust nach richterlichem Ermessen s. R.G. 25 S. 41).

Anm. 2. 2. Für den Fall, daß über Gewinn oder Verlust nichts vereinbart ist, oder vielmehr, was dasselbe ist, daß über Gewinn oder Verlust etwas vereinbart ist, greift zunächst die Auslegungsregel des B.G.B. § 722 Abs. 2 Platz. Danach gilt, wenn nur der Antheil am Gewinn oder Verlust bestimmt ist, die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust. Die Vorschrift entspricht in der That dem regelmäßigen Parteiwillen und auch dem bisherigen Recht (vergl. unsere Erläuterung in Anm. 2 zu § 168). Es ist keineswegs darin allein, daß bloß über die Gewinnbetheiligung Bestimmung getroffen ist, der Ausschluß der Verlustbetheiligung zu erblicken. Ist ein solcher Ausschluß auch möglich, so ist doch die Betheiligung am Gewinn und Verlust der gesetzliche Normalfall und Abweichungen müssen bewiesen werden.

Anm. 3. 3. Hinzuzufügen ist, daß der Vertragsfreiheit diejenigen Grenzen gezogen sind, welche in der Nothwendigkeit der Theilnahme am Gewinn liegen. Welche Gestaltung hiernach zulässig ist, welche nicht, darüber s. Anm. 20 ffg. zu 335. Die Betheiligung am Verlust kann jedoch ausgeschlossen werden. Vergl. hierüber Anm. 19 zu § 335.

Anm. 4. 4. Daß der Komplementar den stillen Gesellschafter wegen seiner Rechte aus der Betheiligung sicher stellt, dem steht nichts entgegen (R.O.H. 12 S. 100; Bolze 2 Nr. 1101). Vergl. hierüber Anm. 24 zu § 335.

§ 337.

Am Schlusse jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Theil. Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

Die näheren Modalitäten der Gewinn- und Verlustbetheiligung.

Anm. 1. 1. **Die Berechnung von Gewinn und Verlust.**

a) Die Zeit der Berechnung. Hierüber bestimmt Abs. 1, daß sie am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres erfolgt.

Anm. 2. b) Die Grundlage der Berechnung, über welche das Gesetz nichts sagt, sind die Bücher und die Bilanz, eventuell die sonstigen Aufzeichnungen des Komplementars (vergl. die Erläuterungen zu § 338).

c) Der Inhalt der Berechnung ist hier lediglich der Antheil am Gewinn oder am Verlust. Es steht aber kein Recht auf eine Vorzugsdividende von 4 % zu, wie bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, weder dem stillen Gesellschafter, noch dem Komplementar (R.O.H. 9 S. 36; Cosack S. 589). — Wenn daher eine o. H.G. einen stillen Gesellschafter hat, so findet eine doppelte Gewinnberechnung statt, einmal zwischen der o. H.G. und dem stillen Gesellschafter nach Maßgabe des hier Gesagten, sodann aber wird der für die o. H.G. hiernach verbleibende Gewinn nach den für diese geltenden Vorschriften getheilt. — Von den im Laufe des Geschäftsjahres entnommenen Geldern werden Zinsen nicht zu Lasten geschrieben, wenn die Entnahme befugter Weise geschah, d. h. in Gemäßheit des Gesellschaftsvertrages; wenn sie aber unbefugter Weise geschah, so sind nicht mehr, wie früher nach Art. 287, ohne weiteres 6 % Zinsen zu entrichten, sondern regelmäßig 4 % nach § 288 B.G.B. (Verzinsung einer Geldschuld bei Verzug des Schuldner) und wenn das Verhältniß auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist, 5 % (§ 352 H.G.B.). Für seine persönliche Thätigkeit darf der Komplementar nichts in Ansatz bringen (Bolze 7 Nr. 627). Der Antheil am Verlust findet auf Seiten des stillen Gesellschafters seine Grenze in dem Betrage der Einlage (Abs. 2). Anm. 3.

2. **Der Rechtscharakter und die Fälligkeit des Anspruchs auf Gewinn insbesondere.** Anm. 4.

a) Der Komplementar schuldet den Gewinnantheil mit dem Ablauf der betreffenden Rechnungsperiode. Darauf, ob die Erhebung des Gewinnes dem Geschäfte zum Nachtheile gereicht, wird hier bei der stillen Gesellschaft keine Rücksicht genommen. Fällig ist der Anspruch mit dem Augenblicke, wo der Komplementar nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang im Stande ist, den Betrag des Gewinnantheils zu berechnen. Ist der stille Gesellschafter, sei es wegen der Einfachheit der Geschäfte, oder weil ihm in Folge Theilnahme an der Geschäftsführung die Daten zur Verfügung stehen, selbst in der Lage, die Höhe seines Gewinnantheils zu übersehen, so kann er sofort darauf klagen; sonst bleibt ihm nichts übrig, als zunächst auf Vorlegung der Bilanz, bezw. auf Rechnungslegung zu klagen (§ 338; R.O.H. 13 S. 65). Von der Fälligkeit an hat der Komplementar dann Zinsen zu zahlen, wenn § 353 Platz greift; sonst, wenn er im Verzuge ist (§§ 284, 288 B.G.B.); der Zinsfuß beträgt 5 %, wenn auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt (§ 352 H.G.B.), sonst 4 % (§ 288 B.G.B.).

b) Auf den festgestellten Gewinnantheil hat der stille Gesellschafter einen definitiven Anspruch. Er ist ihm, wie Abs. 1 sagt, auszubezahlen, nicht bloß gutzuschreiben, insbesondere also auch dann auszubezahlen, wenn dies dem Geschäfte nachtheilig sein sollte (vergl. Anm. 4). Der nicht erhobene Gewinnantheil vermehrt nicht etwa die Einlage, also die Ziffer, mit welcher der stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust theilnimmt: weder der Komplementar, noch der stille Gesellschafter können beim Widerspruche des anderen Theiles verlangen, daß der stehengebliebene Gewinn znr Einlage geschlagen werde. Der nicht erhobene Gewinnantheil ist also, auch wenn sein Stehenbleiben vereinbart ist, ein bloßes Kreditum, und seine spätere Auszahlung darf auch dann nicht verweigert werden, wenn sich in der Zwischenzeit Verluste ergeben haben (R.O.H. 13 S. 65). Auch als Konkursgläubiger kann er dieses Kreditum liquidiren (Anm. 5 zu § 341; Förtsch Anm. 3 zu Art 255). Doch kann, wie Abs. 3 unseres Paragraphen hervorhebt, ein Anderes vereinbart werden, d. h. daß der nicht erhobene Gewinn die Einlage vermehren soll. Anm. 5.

c) Als festgestellter Gewinnantheil im Sinne des Vorstehenden ist aber nur das zu verstehen, was sich zu Gunsten des stillen Gesellschafters über den Betrag seiner Einlage hinaus als Gewinn ergiebt. Ist diese absorbirt oder vermindert, so wird der Gewinn zunächst zur Ergänzung der Einlage verwendet. Der stille Gesellschafter hat also so lange keinen Antheil am Gewinn, als die Einlage nicht ihre volle Höhe erreicht hat, und es wird zwar ausgerechnet, was er an Gewinn erhalten haben würde, Anm. 6.

wenn seine Einlage intakt gewesen wäre, aber das so Ausgerechnete wird nur seinem Konto zugeschrieben, bis die Einlage wieder ergänzt ist.

Ob während der Jahre, wo die Einlage absorbirt ist, dem stillen Gesellschafter Verlustantheile nicht zu Lasten zu schreiben sind, oder ob dies doch erforderlich ist, und eine Gewinnfeststellung für ihn erst dann möglich ist, wenn nach Deckung auch dieser Verluste seine Einlage wieder ergänzt ist, beantwortet sich in derselben Weise wie in Anm. 3 zu § 167.

Anm. 7. d) Daß der stille Gesellschafter bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste nicht zurückzuzahlen braucht, ist um so selbstverständlicher, als er sogar den nicht erhobenen, aber festgestellten Gewinnantheil ohne Rücksicht auf spätere Verluste verlangen kann (vergl. oben Anm. 5). Dennoch hebt dies Abs. 2 noch besonders hervor.

Ein Anspruch des Komplementars auf Rückzahlung wegen Irrthums ist nicht ausgeschlossen. Der gute Glaube ist hier nicht begünstigt. § 172 Abs. 5 ist hier nicht anwendbar.

Anm 8. e) Der Ort der Erfüllung für die Auszahlungspflicht ist in Anwendung des § 269 B.G.B. der Ort der Handelsniederlassung des Komplementars. Doch besteht in Anwendung des § 270 B.G.B. die Uebersendungspflicht, die aber am Erfüllungsorte nichts ändert. (Puchelt-Förtsch Anm. 4 zu Art. 255; die Meinung Behrend's, § 93 Anm. 28 und Hahn's, § 1 —, daß die Uebersendungspflicht der Natur des Verhältnisses widerspreche, erscheint nicht begründet.)

Anm. 9. **Zusatz. Vertragliche Abmachungen können die Bestimmungen des § 337 beliebig ändern,** wenn sie sich nur im Rahmen dessen halten, was zum Wesen der stillen Gesellschaft gehört. Sie dürfen also insbesondere nicht gegen die Vorschrift verstoßen, daß der stille Gesellschafter am Gewinn betheiligt sein muß (vergl. Anm. 19 zu § 335). Im Uebrigen kann bestimmt werden, daß dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter oder beiden, wie bei der offenen Handelsgesellschaft Zinsen gutzuschreiben sind, welche den Gewinn vermindern und den Verlust vermehren; es kann ferner abweichend vom Gesetze bestimmt werden, daß der stille Gesellschafter keinen Anspruch auf Auszahlung des festgestellten Gewinnantheils hat, sondern ihn stehen lassen muß, oder auch, daß er ihn stehen lassen darf u. s. w.

§ 338.

Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im § 716 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag des stillen Gesellschafters kann das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie der Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

Der vorliegende Paragraph normirt das Kontrolrecht des stillen Gesellschafters.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Der positive Inhalt des Kontrolrechts:** Der stille Gesellschafter kann Abschrift der jährlichen Bilanz verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere des Komplementars prüfen. Dieses Recht ist aber kein bloßes Minimum, sondern erschöpft, wie Abs. 2 deutlich ergiebt, das Recht des stillen Gesellschafters auf Auskunftsertheilung. Weitere Rechte sind ihm nur unter den Voraussetzungen des Abs. 3 gegeben. Das Recht, förmliche Rechnungslegung zu fordern, hat daher der stille Gesellschafter nicht, wenn nicht etwa die Ausübung der

im Abs. 3 gegebenen Befugnisse im gegebenen Falle diesen Umfang annimmt (vergl. Anm. 1 zu § 166).

Die hier gegebenen Rechte kann jeder stille Gesellschafter für sich ausüben, außer wenn die mehreren stillen Gesellschafter dem Komplementar gegenüber zu einer Einheit organisirt sind. Sie dürfen von keinem stillen Gesellschafter in ungebührlicher Weise ausgeübt werden, sondern nur soweit, als erforderlich ist, um sich die nöthige Information zu verschaffen. Der stille Gesellschafter darf nicht wochenlang täglich ins Komptoir kommen und dort eine Durchmusterung der Bücher vornehmen, die über den Zweck des hier gegebenen Kontrolrechts hinausgeht. Anm. 2.

Die Ausübung der Kontrolrechte ist nicht davon abhängig, daß der stille Gesellschafter seine eigenen Verpflichtungen erfüllt hat, es kann ihm nicht die exceptio non impleti contractus entgegengehalten werden. Anm. 3.

Aus dem Rechte auf Vorlegung der Bücher und Prüfung der Bilanz ergiebt sich auch das Recht auf Führung korrekter Bücher und korrekter Bilanzen, ferner auch auf Berichtigung der Bücher und Bilanzen (vergl. hierüber Anm. 3 zu § 166). Dazu noch Bolze 23 Nr. 569. Anm. 4.

Wie stellt sich aber das Kontrolrecht, wenn der Komplementar ein Minderkaufmann ist, was ja nach Anm. 8 zu § 335 zulässig ist. Er wird in solchem Falle durch die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nicht etwa verpflichtet, Bücher zu führen und Bilanzen zu ziehen; indessen muß Behrend (§ 93 Anm. 19) zugestimmt werden, wenn er sagt, daß der Minderkaufmann als Komplementar nach Analogie des vorliegenden Paragraphen dem stillen Gesellschafter alljährlich rechenschaftspflichtig ist. Er ist daher verbunden, solche Aufzeichnungen zu machen, daß er dieser Verpflichtung genügen kann. Ohne Kontrolrecht wollte das Gesetz den stillen Gesellschafter keinesfalls lassen. Weiter muß angenommen werden, daß auf Grund des Abs. 3 des vorliegenden Paragraphen der stille Gesellschafter von dem Komplementar, der Minderkaufmann ist, aus wichtigen Gründen jederzeit sonstige Aufklärung verlangen kann. Auf alle Fälle ist eine Detaillirung der Einnahme- und Ausgabeposten erforderlich. Pauschalangaben genügen für eine ordentliche Rechenschaftslegung nicht (Bolze 8 Nr. 539 b). Anm. 5.

2. (Abs. 2.) **Negative Abgrenzung des Kontrolrechts.** Nach § 716 B.G.B. kann ein Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen. Alle diese Rechte sind dem stillen Gesellschafter regelmäßig versagt (s. oben Anm. 1). Anm. 6.

3. (Abs. 3.) **Außerordentliche Kontrolrechte aus wichtigen Gründen.** Mit Hilfe des Gerichts kann der stille Gesellschafter, wenn wichtige Gründe hierzu vorliegen, weitere Kontrolrechte ausüben. Anm. 7.

Die Vorschrift deckt sich mit der Vorschrift des § 166 Abs. 3. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf diese verwiesen. Die dort gegebenen Erläuterungen gelten auch hier in entsprechender Weise. Vergl. daher Anm. 5 ffg. zu § 166 das Nähere über die Voraussetzungen dieser richterlichen Schutzmaßregel, über die Zuständigkeit und den Inhalt der Anordnung. Anm. 8.

Zusatz. Durch den Gesellschaftsvertrag können die Kontrolrechte des stillen Sozius erweitert und auch beschränkt werden (§ 716 Abs. 2 B.G.B.). Aber jede Beschränkung der Kontrolrechte ist ungiltig, sobald Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Komplementar die Geschäfte unredlich geführt habe (§ 716 Abs. 2 B.G.B.). Zwar sind durch den Abs. 2 unseres Paragraphen die weitergehenden Rechte des Gesellschafters aus § 716 B.G.B. dem stillen Gesellschafter versagt. Aber damit sind nur die weitergehenden Kontrolrechte aus § 716 Abs. 1 gemeint, nicht auch die gegen Unredlichkeit gerichtete zwingende Vorschrift des § 716 Abs. 2. In solchem Falle tritt auch der Abs. 3 unseres Paragraphen wieder in sein Recht (richterlicher Schutz durch einfaches Beschlußverfahren). Anm. 9.

§ 339.

Auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters finden die Vorschriften der §§ 132, 134, 135 entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 723 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Recht, die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, bleiben unberührt.

Durch den Tod des stillen Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Gründe der Auflösung einer stillen Gesellschaft.** — Ueber die Wirkung der Auflösung s. § 340. — Zutreffender Weise behandelt das Gesetz nur die Auflösung der stillen Gesellschaft. Ein Ausscheiden einzelner Mitglieder unter Fortbestand der Gesellschaft kann hier nicht stattfinden, weil sich hier immer nur zwei Gesellschafter gegenüberstehen (vergl. Anm. 5 zu § 335).

Der frühere Art. 251 zählte die einzelnen Auflösungsgründe auf. Die Materie ist etwas komplizirter geregelt, indem zum Theil die Vorschriften des H.G.B. über die o. H.G., zum Theil die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Platz greifen. Materiell ist aber wenig geändert.

Es sind zu unterscheiden I. die Auflösung ipso jure, II. die Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter, III. die Auflösung durch befristete Kündigung, IV. die Auflösung durch sofortige Kündigung, V. die Auflösung auf Antrag eines Gläubigers eines Gesellschafters.

Anm. 1. I. **Die Auflösung ipso jure.** Dieselbe erfolgt nach den Vorschriften des B.G.B. über die bürgerliche Gesellschaft, obwohl nicht ausdrücklich auf dieselbe verwiesen ist. Es ergiebt sich das aber von selbst, weil die stille Gesellschaft eine Unterart der bürgerlichen Gesellschaft ist (vergl. Anm. 5 zu § 335; Denkschr. S. 185).

Die einzelnen Thatsachen, durch welche die Gesellschaft sich ipso jure auflöst, sind

Anm. 2. 1. **Der Tod des Komplementars** (früher Art. 261 Nr. 1). Das ergiebt sich aus § 727 B.G.B. Dort ist zwar allgemein bestimmt, daß der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auflöst. Allein in Abs. 2 unseres Paragraphen ist bestimmt, daß der Tod des stillen Gesellschafters die Gesellschaft nicht auflöst.[1])

Anm. 3. Auch die Vorschrift des § 727 Abs. 2 B.G.B. gilt hier: Danach hat der Erbe des Komplementars dem stillen Gesellschafter den Tod unverzüglich anzuzeigen, und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser obliegenden Geschäfte fortzuführen, bis der stille Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen kann. Wenn es aber in diesem § 727 Abs. 2 B.G.B. weiter heißt, daß die übrigen Gesellschafter in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet sind, so ist dies auf die stille Gesellschaft mit Vorsicht anzuwenden, nämlich nur dann, wenn der stille Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag Geschäftsführungspflichten übernommen hat. Nach dem Gesetze hat er solche nicht.

---

[1]) Dem Tode ist die Auflösung der als stille Gesellschafterin betheiligten Handelsgesellschaft nicht gleichzuachten. Doch besteht allerdings auch mit der aufgelösten Handelsgesellschaft die stille Gesellschaft weiter, und zwar schon deshalb, weil die Auflösung der Handelsgesellschaft nicht Aufhören ihrer Existenz bedeutet (vergl. Behrend § 94 Anm. 3; auch Johow 14 S. 53). Das wird auch nicht anders, wenn einer der Socien der betheiligten Handelsgesellschaft alle Aktiva übernimmt. Dieses Aktivum kann er ohne Zustimmung des Komplementars der stillen Gesellschaft nicht übernehmen. Deshalb bleibt die o. H.G. in solchem Falle im Zustande der Liquidation und in diesem Zustande stille Gesellschafterin (vergl. Lehmann bei Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 177).

Durch den Gesellschaftsvertrag kann übrigens, wie § 727 Abs. 1 ergiebt, vereinbart werden, daß der Tod des Komplementars die stille Gesellschaft nicht auflöst. Der Erbe wird in solchem Falle, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt, ohne Weiteres Komplementar. Er kann also nur entweder die Erbschaft ausschlagen oder die stille Gesellschaft als Komplementar fortsetzen, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag ein Anderes vorschreibt. Von Gesetzeswegen steht dem Erben ein dem § 139 ähnliches Recht nicht zu. Anm. 4.

Dem Tode des Komplementars stellt Puchelt (Anm. 2 zu Art. 261) die Auflösung derjenigen Handelsgesellschaft gleich, welche Komplementarin ist. Das ist nicht richtig. Der Tod der physischen Person und die Auflösung der Handelsgesellschaft sind nicht Begriffe, die sich decken. Dennoch hat die Auflösung der Handelsgesellschaft, welche Komplementarin ist, die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge, aber aus anderem Grunde (vergl. unten Anm. 11). Anm. 5.

2. **Der Konkurs eines Gesellschafters** (ebenso Art. 261 Nr. 3 des alten H.G.B.). Das beruht jetzt auf § 728 BGB. Die Auflösung tritt nicht nur ein, wenn der Komplementar, sondern auch wenn der stille Gesellschafter in Konkurs geräth. (Ueber die Pflicht des anderen Gesellschafters, die Geschäfte einstweilen fortzusetzen, sind §§ 728, 729 B.G.B., § 28 KO. maßgebend.) Ueber die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern in diesem Falle s. Anm. 3ffg. zu § 340. Eine Ausschließung dieser Rechtsfolge im Voraus durch den Gesellschaftsvertrag ist unzulässig. Der § 736 B.G.B. läßt dies keineswegs zu; dort ist nur eine Vereinbarung dahin für zulässig erklärt, daß beim Konkurse eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den übrigen fortgesetzt werden kann. Der in Konkurs Gerathene scheidet aber aus. Hier aber besteht die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern (vgl. Anm. 5 zu § 335). Es kann nachträglich, d. h. nach eingetretener Auflösung, die Fortsetzung der stillen Gesellschaft vereinbart werden. Anm. 6.

Der Eintritt sonstiger rechtlicher Unfähigkeit ist kein gesetzlicher Auflösungsgrund kann höchstens im Gesellschaftsvertrage als solcher vereinbart werden, oder aber einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung abgeben (in dieser Hinsicht anders Art. 261 Nr. 2, welcher in der rechtlichen Unfähigkeit des Komplementars zur Vermögensverwaltung einen gesetzlichen Auflösungsgrund erblickte), oder auch den Auflösungsgrund des § 726 B.G.B. im Gefolge haben (vergl. Anm. 8). Anm. 7.

3. **Die Erreichung des vereinbarten Zwecks und die Unmöglichkeit seiner Erreichung.** Dies beruht auf § 726 B.G.B. Diesen Auflösungsgrund kannte das alte H.G.B. nicht. Auch bei der o. H.G. ist er als Ipso-jure-Auflösungsgrund nicht bekannt, sondern kann dort bloß im gegebenen Falle ein Recht auf sofortige Auflösung der Gesellschaft durch Richterspruch geben. Auch bei der stillen Gesellschaft ist es mißlich, daß das Gesetz diesen Ipso-jure-Auflösungsgrund anerkannt hat. Denn die Feststellung der Thatsache der Nichterreichbarkeit des Gesellschaftszwecks ist schwierig und wird meist zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geben. Im Einzelnen ist hier auf das zu verweisen, was über die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks in Anm. 17 zu § 133 gesagt ist (besonders mangelnde Rentabilität: R.O.H. 12 S. 100). Anm. 8.

4. **Der Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit.** Dieser Auflösungsgrund ist nicht ausdrücklich erwähnt. Doch beruht die Nichterwähnung nur darauf, daß die Vorschrift selbstverständlich ist (Denkschr. S. 185). Auch hier haben es die Gesellschafter in der Hand, die durch Zeitablauf beendete stille Gesellschaft wieder fortzusetzen. Sie können dies ausdrücklich vereinbaren, aber auch stillschweigend. Wo das Stillschweigen in dieser Weise zu deuten ist, da gilt die Gesellschaft von da als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Das ergiebt sich daraus, daß in unserem § 339 der § 134 in Bezug genommen ist (vergl. daher die Erläuterung zu § 134 u. natürlich auch zu § 131 Nr. 1). Anm. 9.

5. **Einstellung des Gewerbebetriebes durch den Komplementar.** Dieser Grund ist ebenfalls nirgends erwähnt, auch im alten H.G.B. war er nicht erwähnt. Aber er ergiebt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses von selbst. Nach § 335 ist eine stille Gesellschaft vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Anm. 10.

Vermögenseinlage betheiligt. Hört daher der Andere auf, das Handelsgewerbe zu betreiben, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß die stille Gesellschaft aufhört. Eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes giebt es nicht (vergl. Anm. 31 zu § 335). Freilich ist auf diese Weise der Komplementar in der Lage, durch Einstellung des Handelsgewerbes die stille Gesellschaft willkürlich zur Auflösung zu bringen. Verfährt aber der Komplementar hierbei vertragswidrig, so trifft ihn die Pflicht zum Schadensersatze. Ein schuldhafter Verstoß wird dann nicht angenommen werden dürfen, wenn nach Lage der Sache dem Komplementar nicht zuzumuthen ist, das Handelsgewerbe weiter zu betreiben, und er diese Sachlage nicht durch eine Handlung, die er dem stillen Gesellschafter gegenüber zu vertreten hat, herbeigeführt hat. Veräußert der Komplementar das Handelsgeschäft, so hat der stille Socius ebenfalls einen Anspruch auf Entschädigung, der aber nicht in einem Antheil am Verkaufsgewinn, sondern in dem Ausfall des Antheils am wahrscheinlichen Betriebsgewinne besteht (auch hierüber Anm. 31 zu § 335).

Anm. 11. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Auflösung der als Komplementarin figurirenden Handelsgesellschaft (o. H.G.; Kommanditgesellschaft; Aktien-Kommanditgesellschaft; Aktiengesellschaft) auch die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge hat. Denn die Auflösung der Handelsgesellschaft bedeutet ja das Aufhören ihres Handelsgewerbebetriebes (Anm. 1 zum § 131), wenigstens regelmäßig. Solange die aufgelöste Handelsgesellschaft das Gewerbe noch betreibt, solange besteht auch noch das stille Gesellschaftsverhältniß.

Anm. 12. 6. **Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere von selbst wirkende Auflösungsgründe festsetzen.**

Anm. 13. II. **Die Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter.** Diese Auflösungsart ist weder in den Vorschriften des H.G.B. über die stille Gesellschaft, noch in den Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft erwähnt, sie gilt aber als selbstverständlich (Denkschr. S. 185). Bei der o. H.G. ist sie ausdrücklich im § 131 Nr. 2 erwähnt.

Anm. 14. Gemeint ist ein Beschluß dahin, daß die Gesellschaft sich sofort auflöse. Denn ein Beschluß, daß die Gesellschaft sich in einem späteren Zeitpunkte auflösen soll, würde nichts als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nach der Richtung sein, daß die Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen war, sich ändert. Das wäre aber nichts weiter als die Schaffung eines Auflösungsgrundes, wie er oben Anm. 9 behandelt worden ist.

Anm. 15. Dem Beschlusse zustimmen müssen beide Theile. Im Normalfalle unterliegt das keinen Schwierigkeiten. Wenn aber die stillen Gesellschafter dem Komplementar gegenüber organisirt sind, so kann dies zu Zweifeln Anlaß geben.

Anm. 16. III. **Die Auflösung durch befristete Kündigung.** In Folge der Bezugnahme der §§ 132 u. 134 in unserem § 339 unterliegt die Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen stillen Gesellschaftsvertrages einer Frist von 6 Monaten vor Ablauf des Geschäftsjahres, wobei ein auf Lebenszeit abgeschlossener und ein stillschweigend fortgesetzter Gesellschaftsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelten.

Anm. 17. Wegen der Erläuterung dieser Vorschriften wird auf unsere Anmerkungen zu §§ 132 u. 134 verwiesen, wo insbesondere das Nähere auseinandergesetzt ist über die Dauer der Gesellschaft überhaupt, über die Dauer bei mangelnder Vereinbarung, über die Form der Kündigung, über die Wirkung der rechtzeitigen Kündigung, über verspätete Kündigung, über die Beweislast bei der Behauptung fester Dauer oder abweichender Kündigungsfristen, über den Begriff der stillschweigenden Fortsetzung u. s. w.

Anm. 18. Zu bemerken ist hierbei, daß die Bezugnahme auf die §§ 132 u. 134 H.G.B. hier erfolgt, um die Anwendbarkeit des § 723 B.G.B. in dieser Beziehung auszuschließen. Nach diesem kann nämlich eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft jederzeit ohne Frist und ohne wichtigen Grund von jedem Gesellschafter gekündigt werden. Das wurde für die stille Gesellschaft mit Recht nicht für angemessen erachtet (Denkschr. S. 185).

Anm. 19. IV. **Die Auflösung durch sofortige Kündigung.** Auch die stille Gesellschaft kann aus wichtigem Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Das folgt aus § 723 B.G.B., der im vorliegenden § 339 H.G.B. in Bezug genommen ist und in dieser Beziehung hier anwendbar ist, wie dies § 339 Abs. 1 Satz 2 zum Ausdruck bringt.

1. Was als wichtiger Grund gilt, ist hier nicht bestimmt gesagt. Hervorgehoben sind nur als wichtige Gründe: wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Diese Hervorhebung deckt sich mit der analogen Hervorhebung im § 133 H.G.B., wo das Recht des offenen Handelsgesellschafters zur sofortigen Auflösung der Gesellschaft behandelt ist.

Die im § 133 H.G.B. entwickelten Gesichtspunkte werden sowohl zur Erläuterung dieser hier hervorgehobenen Auflösungsgründe, als auch sonst heranzuziehen sein. Aber ohne Weiteres sind sie nicht anwendbar. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks hier bei der stillen Gesellschaft nicht ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung ist, sondern ein Ipso-jure-Auflösungsgrund ist (vergl. oben Anm. 8). Sodann aber ist zu sagen, daß diejenigen Thatsachen, welche nach § 133 als wichtige Gründe zur Auflösung anzusehen sind, zum Theil nur auf den Komplementar, zum Theil überhaupt nicht passen. Es ist in Betracht zu ziehen, daß der Komplementar gerade deshalb, weil der stille Gesellschafter ein sehr geringes Kontrolrecht hat, um so peinlicher in der Verwaltung und Verwendung der ihm anvertrauten Einlagen sein muß (vertragswidrige Verwendung der Einlage als wichtiger Grund bei Puchelt Anm. 2 zu Art. 261; erst recht Untreue, Volze 1 Nr. 1162). Die persönlichen Beziehungen zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter treten in den Hintergrund, aber grobe Mißhelligkeiten in den persönlichen Beziehungen dürfen doch nicht vorkommen. Geistige Erkrankung des Komplementars wird meist ein wichtiger Grund sein, geistige Erkrankung des stillen Gesellschafters nicht. Anm. 20.

Das sofortige Kündigungsrecht darf durch Vereinbarung weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden. Auch das gilt nach § 723 B.G.B. infolge der Bezugnahme in unserem § 339. Die Vorschrift deckt sich mit § 133 Abs. 3 H.G.B. (vergl. daher die Erläuterungen zu diesem Paragraphen). Anm. 21

2. **Die sofortige Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.** Ueber ihre Form gilt das Gleiche, wie über die Form der befristeten Kündigung (vergl. daher Anm. 5 ff. zu § 132). Anm. 22.

3. **Die Wirkung der sofortigen Kündigung** ist die Auflösung der Gesellschaft. Ueber diese siehe § 340. Aber hier ist zu bemerken, daß nicht, wie bei der o. H.G., erst der Richterspruch die Gesellschaft auflöst (§ 133), sondern die Kündigungserklärung (Denkschrift S. 185). Anm. 23.

4. **Derjenige Theil, der dem andern durch sein vertragswidriges Verhalten Veranlassung zur sofortigen Kündigung gegeben hat, muß dem andern Theil Schadensersatz leisten.** Das ist zwar hier nicht, wie beim Dienstvertrage im § 628 Abs. 2 BGB., gesagt, folgt aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vergl. hierüber Anm. 11 zu § 133, wo auch die Folge des konkurrirenden Versehens erwähnt ist). Anm. 24.

5. **Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe** erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen. Damit hat aber die Frage der Beweislast nichts zu thun (Volze 12 Nr. 51). Zu beweisen hat der, der die Kündigung ausspricht. Anm. 25.

V. **Auflösung durch den Gläubiger eines Gesellschafters.** Nach unserem § 339 findet § 135 entsprechende Anwendung. Das bedeutet aber nur, daß die Gesellschaft auch durch den Gläubiger eines stillen Gesellschafters zur Auflösung gebracht werden kann, damit dessen Gesellschaftsguthaben auf diese Weise liquide und der Verwerthung durch den Gläubiger zugänglich werde. Zum exekutivischen Vorgehen gegen den Komplementar brauchen die Gläubiger dieses Mittel nicht. Selbst wenn es Gläubiger sind, deren Forderungen nicht im Handelsbetriebe oder nicht in diesem Handelsbetriebe begründet sind, so haben dieselben doch ohne Weiteres das Zugriffsrecht in das zum Handelsgewerbe gehörige Vermögen, denn dasselbe gehört ja dem Komplementar eigenthümlich. Des Rechtsmittels aus § 135 bedürfen die Gläubiger des Komplementars nicht. Anm. 26.

Es ist hier übrigens zu erwähnen, daß die Gläubiger des stillen Gesellschafters auch im Uebrigen seine Rechte pfänden können, soweit dieselben übertragbar sind (vergl. hierüber Anm. 26 zu § 335). Anm. 27

Anm. 28. **Zusatz 1.** Verschieden von der hier behandelten Auflösung, insbesondere von der Auflösung durch sofortige Kündigung, **ist die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages aus civilrechtlichen Gründen** (wegen Irrthums, Täuschung oder Drohung). Grund und Ziel dieser Anfechtung sind wesentlich verschieden von der Auflösung durch sofortige Kündigung. Der Grund ist mangelnde Rechtsbeständigkeit des Vertrages, das Ziel Rückgängigmachung des Gesellschaftsvertrages, als wäre er nicht geschlossen, also Herauszahlung der Einlage, während durch sofortige Kündigung die Auflösung eines an sich rechtsbeständigen Vertrages, nur die Liquidation verlangt wird (vergl. Bolze 5 Nr. 738).

Anm. 29. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Da es sich um ein inneres Verhältniß handelt, so greifen auf die früheren stillen Gesellschaften nach Art. 170 E.G. zum B.G.B. die Vorschriften des alten H.G.B. Platz. Der Charakter der Exklusivität ist bei keiner der hier in Frage kommenden Vorschriften erkennbar, auch nicht bei der Vorschrift des § 723 Abs. 2 B.G.B. (oben Anm. 21). Dieselbe ist wohl zwingender Natur, aber darum noch nicht exklusiv. Daß die auf Lebenszeit geschlossene Gesellschaft als auf unbestimmte Dauer geschlossen gilt, würde freilich als eine exklusive Vorschrift zu betrachten sein; allein dieselbe Vorschrift galt auch früher nach Art. 261 Nr. 6.

§ 340.

Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt Theil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergiebt.

Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

Die Rechtsverhältnisse nach Auflösung der stillen Gesellschaft.

Anm. 1. I **Die Rechtsnatur der Auflösung.** Die Auflösung der stillen Gesellschaft ist eine wirkliche Auflösung, ein Untergang der Gesellschaft. Nicht das Handelsgewerbe hört nothwendig auf, welches der Komplementar betreibt (R.G. vom 1. November 1893 in JW. S. 543). Die Auflösung bedeutet vielmehr nur, daß der stille Gesellschafter aufhört, an den Ergebnissen des Handelsgewerbes betheiligt zu sein. Dadurch hört die Gesellschaft auf, welche zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter besteht. Dem Komplementar, mag er das Geschäft fortsetzen oder nicht, steht der bisherige stille Gesellschafter nur noch als Gläubiger gegenüber. Es ist Behrend (§ 94 Anm. 13) darin nicht beizutreten, daß wenigstens insofern, als noch schwebende Geschäfte für gemeinsame Rechnung zu erledigen sind, das Gesellschaftsverhältniß als fortbestehend gilt. Die Abwickelung der schwebenden Geschäfte findet auch beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer o. H.G. statt, und doch wird allgemein, auch von Behrend (§ 80 Anm. 22), das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen der fortgesetzten o. H.G. und dem ausgeschiedenen Mitgliede geleugnet (vergl. Anm. 21 im Exkurse zu § 141).

Anm. 2. II. Die erste Folge der Auflösung ist so selbstverständlich, daß das Gesetz sie nicht erwähnt: **Der stille Gesellschafter hört auf, an dem Gewinn und Verluste Theil zu nehmen.** Dadurch fällt auch sein Anspruch auf eine zugesagte Minimalrente fort (R.O.H. 12 S. 100).

Anm. 3. III. **Die übrigen Rechtsfolgen der Auflösung behandelt unser § 340.**

1. (Abs. 1.) **Der Komplementar hat sich mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.**

a) Allgemeines. Die Auseinandersetzung erfolgt in entsprechender Weise wie die Auseinandersetzung in dem Falle, wo aus einer Gesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet.

Zwar stehen sich hier nur zwei Gesellschafter gegenüber, aber eine gewisse Aehnlichkeit der beiden Fälle liegt doch darin, daß der eine die Basis der Gesellschaft, das Handelsgeschäft, in seiner Hand behält und fortsetzt, wie bei derjenigen Gesellschaft, insbesondere bei der o. H.G., aus welcher ein Gesellschafter ausscheidet, das Gesellschaftsvermögen und das Handelsgewerbe in den Händen der übrigen Gesellschafter verbleibt.

Die Auseinandersetzung erfolgt also unter entsprechender Anwendung der Anm. 4.
§§ 738—740 B.G.B., also derselben Vorschriften, welche für die Auseinandersetzung einer o. H.G. mit dem ausscheidenden Gesellschafter subsidiär anwendbar sind.

Es sind hiernach die in unserem Exkurse zu § 141 entwickelten Grundsätze hier analog anwendbar, und zwar wie folgt:

b) § 738 B.G.B. ist, insoweit dieser davon spricht, daß den verbleibenden Gesellschaftern Anm. 5.
der Antheil des Ausscheidenden zuwächst, von analoger Anwendung ausgeschlossen. Denn hier wird ja die Einlage des stillen Gesellschafters von vornherein Eigenthum des Komplementars. Der stille Gesellschafter hat also keinen Antheil am Gesellschaftsvermögen. Ein solches giebt es hier gar nicht. Wohl aber kann der stille Gesellschafter Rückgabe der bloß zum Gebrauch überlassenen Gegenstände verlangen, obwohl dies in unserem § 340 nicht besonders gesagt ist. (Vergl. jedoch Bolze 17 Nr. 514; auch § 732 B.G.B.). *Sein sonstiges Guthaben kann er in Geld und nur in Geld verlangen*, was unser § 340 hervorhebt. Es ist dies ein reines Forderungsrecht und als solches cedirbar (R.G. 18 S. 43).

Die Grundlage der Berechnung, die dieser Abfindung zu Grunde Anm. 6.
zu legen ist, ist die Vermögenslage zur Zeit der Auflösung. (Dies ist nicht etwa der Zeitpunkt der Rechtskraft des Auflösungsurtheils, sondern des Eintritts der die Auflösung bewirkenden Thatsache, vergl. Anm. 23 zu § 339.) Ueber die Aufstellung der hierzu erforderlichen Bilanz und die hierbei in Frage kommenden Gesichtspunkte, insbesondere welche Werthe zu Grunde zu legen sind, siehe Anm. 5 im Exkurse zu § 141; ferner auch Bolze 3 Nr. 778; 5 Nr. 736.

Auch ein Passivsaldo kann eintreten, wenn der stille Gesellschafter eine ver- Anm. 7.
fallene Einlage nicht geleistet hat, und dieselbe, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eingezahlt, durch Verlust vermindert worden wäre (vergl. auch § 739 B.G.B., auch § 341 Abs. 2 H.G.B.). Aber mehr als diesen Verlustantheil kann der Geschäftsinhaber nicht verlangen. Er kann nicht etwa die Einzahlung der ganzen Einlage verlangen, um damit zunächst die Gläubiger zu befriedigen, und dann den stillen Gesellschafter darauf verweisen, daß er nach Beendigung der schwebenden Geschäfte einen Anspruch auf Zahlung an ihn, den Komplementar, habe. Vielmehr hat der stille Gesellschafter insoweit, als seine Einlage durch Verlust nicht absorbirt wird, einen in Folge der Auflösung fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage, welchen er dem Anspruch des Komplementars auf Einzahlung der Einlage entgegenhalten kann, sodaß eben nur der durch Verlustantheil absorbirte Theil der rückständigen Einlage, bei Befreiung vom Verluste also nichts, einzuzahlen bleibt (vergl. § 341 Abs. 2; Behrend § 94 V). Uebrigens ist auch dieser Passivsaldo eine reine Geldschuld, wie sein Aktivsaldo eine reine Geldforderung ist; es ist gleichgiltig, von welcher Beschaffenheit die Einlage ist, welche der stille Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zu leisten hatte (Behrend § 94 Anm. 25).

Die Feststellung des Ergebnisses ist hier Sache des Komplementars. Anm. 8.
Doch kann gemeinschaftliche Feststellung oder auch Schätzung durch Sachverständige vereinbart werden. Die Feststellung der Schlußrechnung, auf welche der Gesellschafter Anspruch hat, erfolgt normaler Weise durch Vorlegung einer Schlußbilanz, und nur wenn diese aus besonderen Gründen nicht genügt, ist weitere Rechnungslegung erforderlich. Es stehen hinsichtlich dieser Schlußrechnung dem stillen Gesellschafter dieselben Rechte zu, wie bei der jährlichen Bilanz (§ 337; Behrend § 94 VI); andererseits hat auch der Komplementar einen Anspruch auf Entlastung (Renaud-Laband S. 243).

Anm. 9. Ueber die Anfechtung des festgestellten Guthabens und über die Zeit der Auszahlung siehe Anm. 8 im Exkurse zu § 141.

Die Gesellschafter können übrigens hier überall Abweichendes vereinbaren (vergl. hierüber Anm. 13 im Exkurse zu § 141).

Anm. 10. 2. (Abs. 2.) Schwebende Geschäfte.

a) Daß der stille Gesellschafter an denselben theilnimmt, ist hier besonders hervorgehoben. Es würde schon aus § 740 B.G.B. hervorgehen. Von uns ist diese Vorschrift im Exkurse zu § 141 erörtert. Die dort hervorgehobenen Gesichtspunkte gelten auch hier, sowohl der principielle, daß durch diese Theilnahme kein Societätsverhältniß begründet wird oder als fortgesetzt gilt (vergl. oben Anm. 1), als auch was sonst über den Begriff der Abwickelungsgeschäfte gesagt ist (Anm. 20 ffg. im Exkurse zu § 141). Natürlich kann auch vereinbart werden, daß der stille Gesellschafter an den zur Zeit der Auflösung schwebenden und noch nicht realisirten Geschäften nicht theilnimmt, es ist kein Rechtsirrthum, wenn diese Vereinbarung daraus geschlossen wird, daß der stille Gesellschafter beim Beginn der Gesellschaft an denjenigen Geschäften theilnahm, welche vor Beginn der Gesellschaft vom Komplementar allein abgeschlossen und nach dem Beginn der Gesellschaft realisirt sind (Bolze 14 Nr. 483a).

Anm. 11. b) Daß die schwebenden Geschäfte durch den Komplementar besorgt werden, wie bei der fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter, ist hier ausdrücklich hervorgehoben, und zwar in einer Weise, welche zu Mißverständnissen keinen Anlaß giebt. Das Gesetz spricht nicht, wie der frühere Art. 265. davon, daß der Komplementar die „Liquidation" der schwebenden Geschäfte besorgt. Eine eigentliche Liquidation war damit nicht gemeint (vergl. R.G. 19 S. 164). Es werden ja hier nicht gemeinschaftliche Gegenstände versilbert, gemeinschaftliche Gläubiger befriedigt. Es liegt vielmehr eine Rechtsgestaltung vor, die derjenigen gleicht, bei welcher keine Liquidation, sondern die davon verschiedene Auseinandersetzung und Auskehrung stattfindet (vergl. oben Anm. 1). Es soll hier nichts Anderes gemacht werden, als was der analog anzuziehende § 740 in Abs. 1 B.G.B. vorschreibt: wie dort die fortgesetzte Gesellschaft, so besorgt hier der Komplementar die Abwicklung der schwebenden Geschäfte nach seinem Ermessen. Ueber dieses Ermessen vergl. Anm. 25 im Exkurse zu § 141. Insbesondere haftet er, da er nicht mehr Socius ist, nicht für diligentia quam suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Bolze 11 Nr. 466). Daß er diese beobachtet habe, hat er zu beweisen, da er rechnungslegungspflichtig ist und sich daher auszuweisen hat (unzutreffend Bolze 11 Nr. 466).

Anm. 12. Daraus, daß der Komplementar nicht als Liquidator zu betrachten ist, folgt, daß das Ernennungs- und Abberufungsrecht auf ihn nicht Anwendung findet (vergl. R.G. 19 S. 170). Auch Behrend (§ 94 Anm. 7) hebt dies hervor und bemerkt dazu, daß prozessualische Maßregeln des stillen Gesellschafters nicht ausgeschlossen sind. Dem ist beizutreten. Als solche prozessuale Maßregel stellt sich die einstweilige Verfügung dar (§ 938 C.P.O.). Der stille Gesellschafter hat an den Komplementar den Anspruch auf ordnungsmäßige Erledigung der Geschäfte. Fehlt er hiergegen und erscheint nach Lage der Sache ein provisorischer Schutz erforderlich, so kann derselbe durch einstweilige Verfügung gewährt werden.

Anm. 13. 3. **Anspruch auf jährliche Rechenschaft und Auszahlung.** Die Vorschrift deckt sich mit § 740 Abs. 2 B.G.B., welcher für die bürgerliche Gesellschaft und auch für die o. H.G. gilt und auch hier entsprechend anwendbar gewesen wäre. Von uns ist diese Vorschrift im Exkurse zu § 141 erörtert (vergl. Anm. 26—28 daselbst).

Anm. 14. **Zusatz 1. Geltendmachung des Guthabens des stillen Gesellschafters bei Auflösung der stillen Gesellschaft.** Der stille Gesellschafter kann nicht ohne Weiteres die Einlage zurückfordern und etwa dem Komplementar überlassen, die Verminderung derselben darzuthun. Die Einlage wird ja unwiderrufliches Eigenthum des Komplementars, soll den Zwecken des Handelsgewerbes dienen und dem wechselvollen Schicksal desselben unterworfen sein. Er kann vielmehr nur sein Schlußguthaben fordern, wie es sich nach Beendigung der Societät auf Grund aller Schicksale

derselben darstellt. Dazu gehört die ziffermäßige Darlegung des Guthabens. Vermag er dies nicht ohne Weiteres, so muß er zunächst auf Rechnungslegung klagen (R.O.H. 13 S. 274; ebenso R.G. bei Puchelt Anm. 5 zu Art. 265). Die abweichende Entscheidung in Bolze 7 Nr. 626 beruht nur darauf, daß das Berufungsgericht keine Klageänderung angenommen hatte, obwohl der Kläger zuerst schlechtweg seine Einlage und erst im Laufe des Prozesses das Ergebniß der Schlußrechnung forderte; wirklich abweichend aber ist das Urtheil bei Bolze 6 Nr. 456 und 457. Andererseits ist der stille Socius nicht etwa unbedingt verpflichtet, zunächst auf Rechnungslegung zu klagen. Er ist vielmehr berechtigt, die Faktoren darzuthun, auf Grund deren ihm nach seiner Berechnung ein Guthaben in der geltend gemachten Höhe zusteht (oder mindestens zusteht). Thut er dies, so ist die Klage an sich begründet, der Komplementar muß sich auf eine solche Klage einlassen und seinerseits darlegen, welche dieser Faktoren unrichtig sind, oder welche hinzutreten. So z. B., wenn der Kläger darlegt, daß ihm fortgesetzt Gewinn ausgezahlt worden sei. Denn daraus folgt, daß seine Einlage noch unvermindert ist und sein Schlußguthaben daher mindestens so viel beträgt, als der Betrag seiner Einlage. Ganz zutreffend und nicht in Widerspruch mit der sonstigen Rechtsprechung (wie Puchelt Anm. 5 zu Art. 265 meint), sagt das R.O.H. 23 S. 131, indem es diesen Fall behandelt: Wenn auf eine solche Klage der Inhaber des Handelsgewerbes behauptet, die Einlage sei durch Verlust vermindert, so muß er, da er nach Art. 253 (jetzt § 338) dem stillen Gesellschafter zur Rechenschaft verpflichtet ist, diese Behauptung eingehend begründen, und dazu dient insbesondere die Vorlage einer ordnungsmäßig aufgemachten Bilanz. Ebenso Bolze 8 Nr. 539. Aehnlich hat das R.G. (bei Bolze 1 Nr. 1161) entschieden, die Klage des ausgeschiedenen stillen Gesellschafters auf sein Guthaben sei substanziirt, wenn er dasselbe nach der Bilanz des Vorjahres mit dem durch Berufung auf die Handelsbücher begründeten Anführen berechnet, das letzte Jahr habe keine Verluste gebracht, vergl. ferner Bolze 4 Nr. 795 (hier war Kläger nur am Gewinne betheiligt, er konnte daher seine Einlage klagend geltend machen, sobald der Grund der Rückforderung eintrat). Ebenso Bolze 13 Nr. 490; 17 Nr. 514 (unter Berufung auf die Geschäftsbücher war behauptet, daß das Geschäft überhaupt keine Verluste gebracht hat). Nur für den Urkundenprozeß sind strengere Erfordernisse aufgestellt (Bolze 3 Nr. 777). Insbesondere genügt für diesen nicht die Vorlegung einer vom Komplementar aufgestellten, vom stillen Gesellschafter aber nicht pure acceptirten Guthabenabrechnung, wohl aber genügt eine solche für den ordentlichen Prozeß (Bolze 6 Nr. 629). Keine Klageänderung ist es, zuerst auf Rechnungslegung zu klagen und alsdann den Antrag auf Zahlung zu richten (R.G. vom 16. 10. 97 in J.W. S. 603). Ueberdies kann die Klage auf Rechnungslegung mit der Klage auf Zahlung verbunden und hierbei die bestimmte Angabe der geforderten Summe bis zur Legung der Rechnung vorbehalten werden (§ 254 C.P.O.; neu).

Zusatz 2. Ueber Cession des Anspruchs des stillen Gesellschafters (vergl. oben Anm. 5). Anm. 15.

Zusatz 3. Die Vorschriften sind **dispositiver Natur** (zust. Bolze 20 Nr. 571). Die Parteien Anm. 16.
können über Alles anders disponiren. Sie können die Auseinandersetzung beseitigen, die Besorgung der schwebenden Geschäfte anderen Händen übertragen, oder ganz beseitigen, indem sie eine Abfindungssumme fixiren.

Zusatz 4. Wird die stille Gesellschaft durch Konkurs, sei es des stillen Gesellschafters, sei Anm. 17.
es des Komplementars, aufgelöst, so greifen dieselben Grundsätze Platz. Die Auseinandersetzung erfolgt zwischen dem Konkursverwalter und dem anderen Interessenten außerhalb des Konkursverfahrens (K.O. § 16), und zwar entweder in Güte oder im Wege der Klage auf Rechnungslegung. Das Ergebniß dieser Auseinandersetzung ist, wenn der Komplementar in Konkurs gerieth, entweder ein Aktiv- oder ein Passivsaldo des stillen Gesellschafters. Ersterer stellt seine Konkursforderung nach § 341 Abs. 1 dar, letzterer den von ihm zur Konkursmasse einzuzahlenden Betrag (§ 341 Abs. 2). Maßgebend ist für diese Berechnung der Vermögensstand zur Zeit der Konkurseröffnung, wobei die Entwerthung, welche die Thatsache der Konkurseröffnung zur Folge hat, berücksichtigt werden darf. Das folgt aus § 341 Abs. 1 (verb. „Konkursgläubiger" in Verbindung mit § 3 Abs. 1 K.O. verb. „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens"). So auch Bolze 2 Nr. 1100; Jäger, Anm. 6 zu § 3 K.O. In Folge dessen kommen dem stillen Gesellschafter Besserungen des Vermögensstandes während des Verfahrens nicht mehr zu Gute, also auch nicht diejenige Besserung des Vermögensstandes, welche der Komplementar durch einen

Zwangsvergleich und die dadurch erfolgte Verminderung des Betrages der Passiva erzielt. Das ist vielmehr ein nachträglicher, vom Komplementar gemachter und nur diesem zukommender Gewinn. Weiteres über die Rechte des stillen Gesellschafters im Konkurse des Komplementars siehe in §§ 341 und 342. Geräth der stille Gesellschafter in Konkurs, so kann natürlich der Komplementar das Handelsgewerbe fortsetzen (vergl. oben Anm. 1); die Auseinandersetzung erfolgt nach § 340 und wenn sich gegen den stillen Gesellschafter ein Passivsaldo ergiebt (bei rückständiger Einlage kann sich ein solcher ergeben; vergl. oben Anm. 7; dies gegen Jäger, K.O. Anm. 6 zu § 16), so meldet der Komplementar denselben zum Konkurse des stillen Gesellschafters als Konkursforderung an; einen etwaigen Aktivsaldo des stillen Gesellschafters zieht der Konkursverwalter als Forderung zur Masse ein.

§ 341.

Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts der Konkurs eröffnet, so kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Antheils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.

Einfluß des Konkurses des Komplementars auf das Rechtsverhältniß des stillen Gesellschafters zum Inhaber des Handelsgewerbes.

Anm. 1. 1. **Allgemeiner Charakter der Vorschrift.** Bei Berathung des alten H.G.B., welches im Art. 258 sachlich dieselbe Vorschrift hatte, war in zweiter Lesung eine Bestimmung angenommen worden, wonach zunächst alle Gläubiger, alsdann erst der stille Gesellschafter befriedigt werden sollen (P. 1167, 1174). Ob dies der Billigkeit entsprochen hätte, mag dahin gestellt bleiben; der juristischen Konsequenz hätte es nicht entsprochen. Danach hat der stille Gesellschafter im Falle des Konkurses dasselbe zu fordern und zu leisten, wie bei jeder anderen Auflösung der Gesellschaft, nur daß er das, was er als Gläubiger zu fordern hat, nicht voll und ganz erhält, sondern als Konkursforderung zur Masse anmelden muß (vergl. Hahn § 4 zu Art. 258; Behrend § 94 Nr. VII).

Die Vorschrift ist zwingenden Rechts. Entgegenstehende Vereinbarungen sind daher der Konkursmasse gegenüber unbeachtlich (O.L.G. Hamburg, in G.Z. 40 S. 482).

Anm. 2. 2. (Abs. 1.) **Einfluß des Konkurses bei eingezahlter Einlage.** Der stille Gesellschafter hat, wie bei jeder anderen Art der Auflösung, so viel zurückzufordern, als durch seinen vertragsmäßigen Antheil am Verlust nicht absorbirt ist.

a) Er muß sich zunächst gefallen lassen, daß seine Einlage durch seinen Verlustantheil absorbirt wird. Das folgt aus seiner Stellung als Gesellschafter. Ueber die Höhe des Verlustantheils und die Berechnung desselben, insbesondere welcher Vermögensstand dafür maßgebend ist und ob ein nachträglicher Zwangsvergleich auch dem stillen Gesellschafter zu Gute kommt, siehe Anm. 17 zu § 340. Ueber die Höhe des Verlustantheils hat sich der Konkursverwalter mit ihm auseinanderzusetzen; die Rechte aus § 340 hat der stille Gesellschafter jetzt gegen diesen (vergl. Anm. 17 zu § 340. Insbesondere liegt dem Konkursverwalter die Erledigung der schwebenden Geschäfte ob, selbstverständlich unter Berücksichtigung der §§ 17—28 K.O. Wartet der stille Gesellschafter die Abrechnung nicht ab, sondern berechnet er selbst sein Guthaben und meldet es zur Masse an, so ist jeder Gläubiger befugt, seine Forderung zu bestreiten und der stille Gesellschafter hat darüber mit ihm zu prozessiren (Bolze 2 Nr. 1100).

Anm. 2. b) Was durch den Verlustantheil nicht absorbirt ist, verbleibt dem stillen Gesellschafter als Guthaben. Dasselbe kann er als einfacher Konkurs-

gläubiger geltend machen. Dadurch erleidet er einen allerdings doppelten Verlust. Das entspricht aber gerade seiner Doppelstellung als Gesellschafter und Gläubiger. Ein Absonderungsrecht hat er nicht: der § 51 K.O., obwohl derselbe von Gesellschaft spricht, ist nicht anwendbar (R.G. bei Gruchot 29 S. 996; Behrend § 94 Anm. 34; Denkschrift S. 186). Doch kann dem stillen Gesellschafter ein Pfand bestellt sein, welches ihm selbstverständlich ein Absonderungsrecht verleiht (vergl. Anm. 24 zu § 335). Auch in der Konkurrenz mit den Privatgläubigern des Komplementars hat der stille Gesellschafter kein Absonderungsrecht; bei der offenen Handelsgesellschaft als Komplementarin können natürlich nur die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen zum Konkurse anmelden, Privatgläubiger gelangen hier nicht zur Konkurrenz.

Auch wenn die Verlustfreiheit stipulirt sein sollte, kann der stille Gesellschafter sein Guthaben nur als einfacher Gläubiger anmelden (R.G. 31 S. 33 ff.). Andererseits konkurrirt der stille Gesellschafter mit seiner durch Verlust nicht absorbirten Einlage bezw. im Falle des Verlustausschlusses mit seiner ganzen Einlage in gleicher Linie mit den sonstigen Konkursgläubigern, ein Vorrecht der sonstigen Gläubiger vor ihm besteht nicht (R.G. 31 S. 36). Anm. 4.

c) Unter Einlagen sind auch hier nur solche verstanden, die in das Vermögen des Komplementars eigenthümlich übergehen sollten. Sacheinlagen werden abgeschätzt, wenn der Anrechnungspreis nicht vertraglich normirt ist. Sachen, die zum Gebrauch überlassen sind, kann der stille Gesellschafter in natura zurückfordern mit dem Absonderungsrechte der §§ 43—46 K.O. (vergl. Anm. 5 zu 340). Anm. 5.

Im Uebrigen wird unter Einlage nicht bloß die ursprüngliche, sondern auch die nachträglich erhöhte verstanden, also alles dasjenige, was nach Verabredung der Parteien als Einlage gelten soll. Bezüge, die nicht abgehoben sind, vermehren aber nicht ohne Weiteres die Einlage, verbleiben dem Geschäfte als bloßes Kreditum, und können ohne Abzug des Verlustantheils als Konkursforderung liquidirt werden (vergl. Anm. 5 zu § 337).

3. (Abs. 2.) **Einfluß des Konkurses bei rückständiger Einlage.** Hier hat der stille Gesellschafter soviel einzuzahlen, als der ihn treffende Verlustantheil beträgt, mehr nicht. Zur Einzahlung des Restes ist hiernach der stille Gesellschafter nicht verpflichtet und befindet sich in Folge dessen in besserer Rechtslage, als derjenige stille Gesellschafter, der seiner Einlagepflicht genügt hat, da dieser in Höhe des vom Verluste nicht getroffenen Guthabens einfacher Konkursgläubiger ist und so wiederum Verlust erleidet. Doch ist das eine Folge allgemeiner Rechtsgrundsätze (vergl. Anm. 17 zu § 340). Der stille Gesellschafter, der seine Einlage nicht eingezahlt hat, ist eben Schuldner der Masse, und kann gegen den Anspruch seinen Anspruch auf Rückzahlung kompensiren (vergl. Behrend § 94 Anm. 32 gegen Puchelt Anm. 5 zu Art. 258). Anm. 6.

Was hiernach als rückständig zu betrachten ist, dafür sind bei anderen als Sacheinlagen die oben Anm. 5 entwickelten Gesichtspunkte maßgebend

§ 342.

Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder theilweise zurückgewährt oder sein Antheil an dem entstandenen Verluste ganz oder theilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen

Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung.

Einleitung. **Das Gesetz giebt den Konkursgläubigern des Komplementars ein eigenartiges Anfechtungsrecht gegenüber dem stillen Gesellschafter.** Ihm unterliegen gewisse Rechtshandlungen, welche zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter vorgenommen sind, den Gläubigern zum Nachtheil gereichen und so kurze Zeit vor Eröffnung des Konkurses geschehen sind, daß der Verdacht begründet ist, die Abmachungen beruhten auf Kollusion und zielten darauf ab, den den Verhältnissen nahestehenden stillen Gesellschafter noch rechtzeitig vor der drohenden Katastrophe aus der Affäre zu ziehen.

Das Recht ist nur den Konkursgläubigern gegeben, nicht dem Gemeinschuldner. Darum erlischt es auch mit Beendigung des Konkurses und besteht nicht etwa zu Gunsten des Gemeinschuldners vor oder nach Eröffnung des Konkurses.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Voraussetzungen der Anfechtung.**

a) **Auf Grund einer zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung** muß die Rückgewähr der Einlage oder die Befreiung von der Tragung des Verlustes erfolgen. Das bedeutet: es muß der freie Wille des Komplementars gewesen sein, die Rückgewähr oder die Verlustbefreiung zu bewilligen; dieselben müssen eine Konzession enthalten, zu welcher der Komplementar an sich nicht verpflichtet war. Das ist nicht der Fall, wenn der stille Gesellschafter ein vertragliches oder gesetzliches Recht auf Rückzahlung hatte. Der Paragraph greift hiernach nicht Platz, wenn das Recht auf Rückzahlung schon im Gesellschaftsvertrage begründet war (O.L.G. Hamburg in G.Z. 48 S. 345), auch wenn dieser erst in dem kritischen Jahre geschlossen war, obwohl der Wortlaut des Paragraphen auch diesen Fall umfassen und der Anfechtung aussetzen würde (vergl. Bolze 2 Nr. 1101; Behrend § 95 Anm. 9). Der Paragraph greift nicht Platz, wenn ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Kündigungsrecht geltend gemacht und hierauf das Recht auf Rückzahlung gestützt wurde, auch dann, wenn ein sofortiges Kündigungsrecht geltend gemacht wurde. Wohl aber greift der Paragraph Platz, wenn der stille Gesellschafter zur Unzeit und ohne Recht kündigte und der Komplementar die Kündigung annimmt (Hahn § 4 zu Art. 259; Puchelt Anm. 5 zu Art. 259).

Nicht Voraussetzung ist, daß die Kontrahenten die Absicht hatten, die Gläubiger zu benachtheiligen (R.O.H. 14 S. 93; Denkschrift S. 186).

Gleichgiltig ist hier überall, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Das Gesetz hebt dies ausdrücklich hervor.

Anm. 2. b) **Im letzten Jahre vor Eröffnung des Konkurses** muß die Vereinbarung getroffen sein (dabei kommt, wenn eine o. H.G. die Komplementarin ist, lediglich deren Konkurs, nicht der eines Gesellschafters in Betracht, R.G. 30 S. 35). Die Vorschrift ist aber nicht anwendbar, wenn die Vereinbarung vor dem kritischen Jahre getroffen und erst innerhalb des Jahres ausgeführt ist (Behrend § 95 Anm. 9; Thöl § 112 Anm. 7). Auch reicht eine innerhalb des kritischen Jahres getroffene Vereinbarung zur Anfechtung aus dem vorliegenden Paragraphen nicht aus, wenn diese Vereinbarung sich mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage selbst deckt (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 3. c) **Die Rückgewähr,** welche ferner vorausgesetzt ist, braucht nicht eine wirkliche Zahlung zu sein. Jede Art der Erfüllung oder auch der Sicherung ist darunter zu verstehen. Auch Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt, insbesondere auch die Bestellung einer Hypothek. Das ist schon früher angenommen worden, obwohl das Gesetz (Art. 259) den Ausdruck „Rückzahlung" gebrauchte (R.O.H. 14 S. 93; R.G. 27 S. 18). Jetzt ist diese Auslegung noch unbedenklicher. Auch die Novation fällt darunter. Sie löst die alte Verbindlichkeit und benachtheiligt die Gläubiger unter Umständen. Wenn z. B.

das Guthaben des stillen Gesellschafters in ein verzinsliches Darlehn umgewandelt wird, so kann dies für die Gläubiger ein Nachtheil sein, der nur durch Anfechtung beseitigt werden kann. Denn nur durch Anfechtung kann die umgewandelte Forderung zur Tragung des Verlustantheiles herangezogen werden (P. 4588; Puchelt Anm. 6 zu Art. 259; abweichend Behrend § 95 Anm. 13). Auch wird die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder daß die Befriedigung oder Sicherheit durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist. Aber allerdings, es muß hier überall eine Vereinbarung vorliegen und diese der Erlangung der Sicherheit zu Grunde liegen. Wenn das nicht der Fall ist, so sind die Gläubiger lediglich auf die Anfechtungsvorschriften der K.O. angewiesen. Denn das Erforderniß der Vereinbarung wird in unserem Paragraphen in klarer Weise aufgestellt. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß Abs. 3 unseres Paragraphen die Vorschriften der K.O. anzieht. Denn das geschieht nur in Betreff der Geltendmachung und der Wirkung der Anfechtung, nicht auch in Betreff der Voraussetzungen derselben.

Auch bei theilweiser Rückgewähr tritt die Anfechtung ein (R.G. 27 S. 17).

Was die Befreiung vom Verlustantheil betrifft, so ist nur von dem Verluste Anm. 4.
die Rede, der zur Zeit der Vereinbarung entstanden war, nicht von dem durch nachträgliche Geschäfte entstehenden (Behrend § 95 Anm. 16; R.G. 31 S. 37). Auf Vereinbarungen der letzteren Art können nur die Anfechtungsvorschriften der K.O. Anwendung finden.

2. (Abs. 2). **Ausnahmsweiser Ausschluß der Anfechtung:** Die Anfechtung ist ausgeschlossen, Anm. 5.
wenn der Konkurs in den Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind. Der Einwand muß von dem stillen Gesellschafter dahin erhoben werden, daß der Ausbruch des Konkurses seine alleinige Ursache in später eingetretenen Umständen z. B. in dem Fehlschlagen einer nachträglich unternommenen Spekulation hat. Der Beweis ist dadurch allein noch nicht geführt, daß irgend eine schwere Katastrophe z. B. ein Krieg die Veranlassung des Konkursausbruches ist. Denn das schließt nicht aus, daß die angefochtene Rückgewähr die mitbestimmende Ursache gewesen ist, die Möglichkeit bleibt offen, daß ohne jene Rückgewähr das Geschäft die Katastrophe überstanden hätte. Noch weniger hat der hier gegebene Einwand mit dem Beweise der bona fides zu thun. Vielmehr handelt es sich um die objektive Sachlage (vergl. über alles dieses R.O.H. 14 S. 93) Der Beweis, daß zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung weder eine Ueberschuldung, noch eine Insolvenz vorhanden gewesen ist, wird im Allgemeinen prima facie genügen, wiewohl das R.O.H. a. a. O. gerade dies verneint.

3. (Abs. 3.) **Geltendmachung und Wirkungen der Anfechtung richten sich nach Konkursrecht.** Anm. 6.

a) **Geltendmachung.** Das bedeutet, daß gemäß § 36 K.O. das Anfechtungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt wird, und ferner, daß es nur ausgeübt werden kann binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Konkursverfahrens (vergl. § 41 K.O. mit weiteren Spezialbestimmungen über diese Frist; Cosack S. 591). Ist durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet worden, so kann der Konkursverwalter die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung hiernach durch Fristablauf ausgeschlossen ist (§ 41 Abs. 2 K.O.).

b) **Die Wirkungen** der Anfechtung. Diese richten sich nach §§ 37—40 K.O. Nach § 37 Anm. 7.
hat der stille Gesellschafter Alles, was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Komplementars veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückzugewähren. Es ist also zu Gunsten der Konkursmasse derjenige Zustand herzustellen, der bestanden hätte, wenn die Rückgewähr oder Verlustbefreiung nicht erfolgt wäre.

Nach § 39 KO. lebt, wenn der stille Gesellschafter das Empfangene zurückgewährt, Anm. 8
also den Vorschriften des § 37 genügt hat, seine Forderung wieder auf. Das bedeutet:

Der stille Gesellschafter hat das Recht, dasjenige Guthaben als Konkursgläubiger geltend zu machen, welches ihm im Augenblicke der geschehenen und jetzt angefochtenen Rückgewähr für den Fall des Konkurses zugestanden hätte, wenn die Rückgewähr oder die Verlustbefreiung nicht erfolgt wäre. War z. B. die Gesellschaft durch Vereinbarung aufgelöst und daraufhin ihm seine Einlage zurückerstattet worden, so kann er sein Auseinandersetzungsguthaben fordern, wie es sich gestellt hätte, wenn die Auflösung zwar eingetreten, die Rückgewähr aber nicht erfolgt wäre. Denn nicht die Vereinbarung wird angefochten, sondern die Rückgewähr, wie Abs. 1 unseres § 342 dies ausdrücklich und deutlich sagt. War die Rückgewähr erfolgt, das Verhältniß aber nicht aufgelöst, war z. B. vereinbart, daß der stille Gesellschafter nur noch mit einem Theil seiner früheren Einlage betheiligt bleiben solle, und daraufhin der andere Theil der Einlage ihm ausgezahlt worden, so hat der Konkurs das Verhältniß aufgelöst und es kann der stille Gesellschafter, nachdem er die angefochtene Rückgewähr der Einlage wieder zurückgewährt hat, nunmehr sein Guthaben anmelden, wie es sich nach § 341 stellen würde, wenn man die Thatsache der theilweisen Rückzahlung außer Acht läßt ꝛc.

Anm. 9. Nach § 40 K.O. findet die Anfechtung auch gegen den Erben des stillen Gesellschafters, unter Umständen auch gegen den Singularrechtsnachfolger desselben statt (wenn ihm die Gründe der Anfechtung bekannt waren, oder wenn er zu gewissen Verwandten gehört oder wenn er das Erlangte unentgeltlich erworben hat). Das Nähere hierüber siehe in § 40 K.O. und den Kommentaren dazu.

Anm. 10. **Zusatz 1. Der Erlaß der versprochenen Einlage** ist durch den vorliegenden Paragraphen nur insoweit getroffen, als der Gesichtspunkt des Abs. 1, Befreiung von den Verlusten, Platz greift, d. h. soweit die rückständigen und erlassenen Einlagen zur Deckung von Verlusten hätten verwendet werden sollen. (§ 341 Abs. 2; Behrend § 95 Anm. 20; Förtsch Anm. 4 zu Art. 259; Denkschrift S. 186.) Im Uebrigen ist der Erlaß des Einlageversprechens nicht getroffen. Das geht aus der Entstehungsgeschichte des Art. 259 hervor (der Erlaß des Einlageversprechens war bei der Berathung des alten H.G.B. in zweiter Lesung ebenfalls der Anfechtung unterstellt, in dritter Lesung ist dies aber gestrichen worden) und auch aus dem Wortlaut des Art. 259, sowie unseres § 342 (vergl. Behrend S. 687). Thöl (§ 112 Anm. 6) wendet ein, daß es widersinnig wäre, zwei gleiche Fälle, Erlaß und Rückzahlung der Einlage, verschieden zu behandeln; es sei ein unannehmbares Resultat, daß, wer die schuldige Einlage nicht zahlt, sie behält, und wer sie eingezahlt und zurückerhalten hat, sie zurückgeben muß. Allein jede Gesetzesanwendung führt in ihren äußersten Spitzen zu Inkonvenienzen und zu verschiedener Behandlung von Fällen, die einander nahestehen. Mit Recht hält Behrend (§ 95 Anm. 25) Thöl entgegen, daß auch sein Resultat eine verschiedene Behandlung gleichartiger Fälle im Gefolge hat. Denn danach würde derjenige, dem die Einlegung erlassen ist, nach angefochtenem Erlaß gezwungen sein, die Einlage einzuzahlen, und wem die Einlegung nicht erlassen, der brauchte sie nur bis zum Verlustbetrage einzuzahlen. Wichtig ist, daß die Denkschrift S. 186 auf unserem Standpunkte steht.

Auch die Rückzahlung von Gewinn ist nicht getroffen, oder vielmehr nur soweit, als der Gesichtspunkt des Abs. 1, Befreiung von Verlusten, Platz greift (§ 337 Abs. 2).

Anm. 11. **Zusatz 2. Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind absoluter Natur.** Eine vertragsmäßige Ausschließung der Anfechtung aus § 342 ist unzulässig (R.G. 27 S. 19; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 482).

Anm. 12. **Zusatz 3. Neben unserem § 342 kommen die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung zur Anwendung,** soweit deren Voraussetzungen gegeben sind. Sie werden immer dort Platz greifen, wo das vorliegende Anfechtungsrecht nicht Platz greift, insbesondere bei Erlaß rückständiger Einlagen, Gewinnauszahlungen (oben Anm. 10), bei Befriedigungen, die nicht auf einer Vereinbarung beruhen (oben Anm. 3) ꝛc.

Anm. 13. **Zusatz 4. Uebergangsfrage.** Es greifen hier Art. V und VI des E.G. zu dem Gesetze betr. die Aenderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 Platz. Nach Art. V ist ein vor dem 1. Januar 1900 eröffnetes Konkursverfahren nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. Erfolgt die Anfechtung in Verfolg eines solchen Verfahrens, so greift daher der Art. 259 des

alten H.G.B. Platz. Wenn das Konkursverfahren nach dem 1. Januar 1900 eröffnet wird, so greift das alte Recht Platz, soweit für das Rechtsverhältniß die Vorschriften des bisherigen Rechts maßgebend sind. Das aber kann nur angenommen werden für diejenigen Rechtsakte, welche vor dem 1. Januar 1900 liegen, nicht auch für diejenigen, die nach dem 1. Januar 1900 liegen. Für diese muß das neue Recht maßgebend sein, weil es sich um die Regelung der Rechtsbeziehungen zu Dritten handelt. Daß die Gesellschaft nach altem Recht begründet ist, ist hierbei unerheblich.

Exkurs zu § 342.

Die Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Handelsverkehr.

A. Die Gelegenheitsgesellschaft.

Den besonderen Begriff der Gelegenheitsgesellschaft kennt das neue H.G.B. nicht. Die Vorschriften über die Gelegenheitsgesellschaft (Art. 266—270 des alten H.G.B.) sind gestrichen, weil die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft überall zu einer befriedigenden Lösung führen (Denkschrift S. 187).

Immerhin wird der Begriff der Gelegenheitsgesellschaft im Verkehrsleben fortleben. Tausendfach wird es vorkommen, daß sich Personen zu einzelnen Geschäften vereinigen werden, und es ist nicht ohne rechtliches Interesse, die so gebildeten Gesellschaften von verwandten Gesellschaftsbegriffen (der o. H.G., der Kommanditgesellschaft, der stillen Gesellschaft) und von sonstigen ähnlichen Verhältnissen (z. B. dem Dienstverhältnisse) abzugrenzen und die dabei in Frage kommenden Rechtsbeziehungen einer besonderen Betrachtung zu unterwerfen.

I. Begriff der Gelegenheitsgesellschaft.

Die Gelegenheitsgesellschaft (im Handelsverkehr auch Konto-Metagesellschaft, **Syndikat, Konsortium** genannt) **ist diejenige Gesellschaft, bei welcher sich mehrere Personen zu einzelnen Geschäften vereinigen.**

1. **Zwei oder mehrere Personen.** Ueber die Qualifikation derselben ist nichts vorgeschrieben. Anm. 1.
Es ist daher nichts weiter erforderlich, als daß die Personen rechtsfähig sind. Geschäftsfähig brauchen sie nicht zu sein, da ihr gesetzlicher Vertreter für sie auftreten kann. Sie können im Uebrigen Kaufleute oder Nichtkaufleute sein. Für den Handelsverkehr und das Handelsrecht sind sie allerdings erst dann von Interesse, wenn ein Theil Kaufmann ist, außer wenn etwa der Gegenstand des Geschäfts von handelsrechtlichem Interesse ist, wie z. B. die Gründung einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Auch Handelsgesellschaften können Konsorten sein. Es steht hier kein begriffliches Hinderniß entgegen, da ja die Vereinigung keine besondere Firma hat (vergl. Anm. 17 zu § 105).
2. **Einen Gesellschaftsvertrag müssen sie schließen.** Wohl zu unterscheiden ist auch hier ein Anm. 2.
Gesellschaftsverhältniß von einem Dienstverhältniß, Inhalts dessen Jemand bei Gelegenheit eines bestimmten umfangreicheren Spekulationsgeschäfts zur rechtlichen und faktischen Abwickelung desselben gegen Antheil am Gewinn engagirt wird (R.G. 6 S. 79; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1230). Das unterscheidende Kriterium ist auch hier die Frage, ob eine dienstliche Stellung, ein Abhängigkeitsverhältniß beabsichtigt ist, und auch hier wird man dies in der Regel bejahen müssen, wenn der andere Theil nichts Anderes als seine Dienste in die Schanze schlägt (vergl. Anm. 14 zu § 335).
3. **Zu einzelnen Geschäften** muß die Vereinigung erfolgen. Zum Wesen der Gelegenheits- Anm. 3.
gesellschaft gehört das Gelegentliche und Vorübergehende der Betheiligung. Die Geschäfte müssen nicht gerade individualisirt sein, doch darf nicht die Theilnahme an einem, wenn auch in bestimmter Richtung sich bewegenden Gewerbebetriebe vorliegen (R.O.H. 9 S. 160; R.G. 9 S. 108; 13 S. 230; 14 S. 126). Liegt Theilnahme an einem Gewerbebetrieb vor, so sind andere Gesellschaftsarten vorhanden: stille Gesellschaft, wenn die Betheiligung an dem Handelsbetriebe eines Anderen erfolgt; wenn aber die Gesellschafter ein Handelsgewerbe gemeinsam betreiben, so liegt, falls eine gemeinsame Firma geführt wird, o. H.G.

vor (Vereinigung zu Agenturgeschäften; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 944). Wenn aber eine gemeinsame Firma nicht geführt wird, so liegt, so lange es an der gemeinsamen Firma fehlt, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, auch wenn es Handelsgeschäfte nach § 1 sind, welche den Gegenstand des Gewerbes bilden. Allein wenn das Unternehmen nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, so fällt es unter § 2, unterliegt dem Eintragungszwang, und die Gesellschaft wird durch Eintragung eine o. H.G. Dasselbe ist auch dann der Fall, wenn der Gegenstand des Gewerbes nicht unter § 1 fällt, sondern anderer Art ist, sofern es nur nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb erfordert (vergl. Anm. 12 zu § 105).

Anm. 4. Die Grenze zwischen den einzelnen Handelsgeschäften und dem Gewerbebetrieb ist im einzelnen Falle schwierig. Als genügend bestimmt und nicht in den Bereich eines Gewerbebetriebes übergehend bezeichnet Hahn (§ 4 zu Art. 266) die Vereinigung zu Armeelieferungen in einem bestimmten Kriege, als gemeinschaftliches Gewerbe dagegen und deshalb aus dem Rahmen der Gelegenheitsgesellschaft heraustretend bezeichnet das Reichsgericht den Fall, wo ein Genosse dem andern ein Patent abtrat und der Cessionar sich verpflichtete, dasselbe in einer Fabrikeinrichtung auszunutzen, den Gewinn gleichmäßig zu theilen, das Geschäft sollte 15 Jahre betrieben werden (Bolze 4 Nr. 794, vergl. auch O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1387). Ebenso ist keine Gelegenheitsgesellschaft eine Vereinigung zur Abschließung von Börsengeschäften überhaupt (R.O.H. 17 S. 398). Die Vereinigung zum Spielen eines Looses ist eine Gelegenheitsgesellschaft.

Anm. 5. Indessen wird eine Gelegenheitsgesellschaft dadurch nicht ausgeschlossen, daß der mit der Ausführung betraute Theilnehmer zugleich ein gleichartiges dauerndes Gewerbe für eigene Rechnung betreibt, vorausgesetzt, daß die Beiträge der einzelnen Theilnehmer sich nicht als Einlage zu dem ganzen Gewerbe darstellen (R.O.H. 9 S. 162).

Anm. 6. Die Geschäfte, zu denen die Vereinigung erfolgt, brauchen nach dem neuen Recht nicht Handelsgeschäfte zu sein. Doch ist das Handelsrecht im Allgemeinen nur dann interessirt, wenn es Handelsgeschäfte sind (vergl. oben Anm. 1).

Anm. 7. 4. **Erforderlich ist es ferner, daß die Gesellschaft keine kaufmännische Firma führt.** Sonst gilt sie für den Verkehr als o. H.G. (R.O.H. 14 S. 237). Der Umstand, daß die Gesellschafter kein Gewerbe betreiben, die Vereinigung vielmehr nur zu einzelnen Handelsgeschäften erfolgt ist, würde dem Verkehr gegenüber nicht Stich halten (vergl. Anm. 15 zu § 123).

Anm. 8. 5. **Die so gebildete Gesellschaft besitzt keine Parteifähigkeit, weder im Rechtsverkehr,** noch im Prozesse. Lediglich die einzelnen Gesellschafter werden berechtigt und verpflichtet, und nur wenn im Namen der Gesellschafter gehandelt wird. Die Gesellschafter können daher auch nicht im Prozesse als Zeugen vernommen werden (vergl. auch Planck Anm. 2 Vorbem. vor § 705 B.G.B.). Unter einander stehen sich alle Socien als Berechtigte und Verpflichtete gegenüber. Jeder Socius ist allen anderen gegenüber verpflichtet, seine gesellschaftlichen Pflichten zu erfüllen, und jeder Socius kann daher von seinen Socien die Erfüllung dieser Verpflichtungen verlangen, natürlich nur so, daß der Verpflichtete sie an die Gesammtheit der Gesellschafter zu erfüllen hat (Planck Anm. 2b zu § 705 B.G.B.). Das gilt insbesondere von den Beiträgen, ferner von den Rechenschaftspflichten nach §§ 713, 666 B.G.B. Vergl. weiter unten.

Anm. 9. II. **Die Form des Gesellschaftsvertrages.**

Der frühere Art. 266 befreite den Vertrag, durch welchen eine Gelegenheitsgesellschaft geschlossen wurde, ausdrücklich von allen Förmlichkeiten. Diese Vorschrift ist jetzt nicht nöthig, da schon das bürgerliche Recht das Prinzip der Formfreiheit statuirt. Allerdings gelten jetzt auch die Ausnahmen des bürgerlichen Rechts. So ist z. B. ein Gelegenheitsgesellschaftsvertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, in die Gesellschaft ein Grundstück einzubringen, nur in gerichtlicher oder notarieller Form giltig, es sei denn, daß die Auflassung erfolgt, oder daß der Vertrag auch ohne diese Einlageverpflichtung geschlossen worden wäre (§§ 313, 139 B.G.B.). Abgesehen aber von den Ausnahmen gilt Formfreiheit und in Folge dessen kann die Gelegenheitsgesellschaft auch stillschweigend geschlossen werden.

III. **Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach außen.** Anm. 10.

Die Gelegenheitsgesellschaft kann, wie überhaupt die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, in Bezug auf ihr Auftreten im Rechtsverkehr verschiedenartig gestaltet sein. Die Gesellschaft kann so gestaltet sein, daß nach außen überhaupt keine Gesellschaft auftritt, sondern nur ein Einzelner in seinem Namen, also wie bei der stillen Gesellschaft. Man kann dies eine stille Gelegenheitsgesellschaft nennen. Oder das Verhältniß kann so gestaltet werden, wie bei der o. H.G., d. h. es kann die Gesellschaft nach außen als solche auftreten, man kann das eine offene Gelegenheitsgesellschaft nennen.

1. **Die stille Gelegenheitsgesellschaft.** Sie ist im Verkehrsleben sehr häufig. Daß sie auch Anm. 11.
nach dem B.G.B., obwohl sie von diesem nicht erwähnt ist, möglich ist, ergiebt sich daraus, daß auch die gleichartig konstruirte stille Gesellschaft von den neuen Gesetzbüchern als wirkliche Gesellschaft aufgefaßt wird (vergl. Denkschrift S. 183).

Bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft tritt lediglich der Komplementar im Rechtsverkehr auf. Er allein wird aus den geschlossenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet. Im Art. 269 des alten H.G.B. war dieses Verhältniß ausdrücklich betont. In welcher Weise die so entstandenen Rechte und Pflichten den anderen Gesellschaftern zu Gute kommen oder zur Last fallen, richtet sich nach dem Verhältnisse der Gesellschafter nach innen (hierüber unten Anm. 37 ffg.). Gesellschaftseigenthum werden die so entstandenen Rechte nur durch besondere Informirung, zu welcher allerdings der offene Gesellschafter verpflichtet ist. Der Gläubiger kann sich aber an das Gesellschaftsvermögen nicht halten, weil ihm die Gesellschaft als solche nicht entgegengetreten ist oder vielmehr die Gesellschafter als solche nicht entgegengetreten sind (vergl. Cosack, Bürgerl. Recht II S. 371). Würde er daher Gegenstände pfänden, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, so könnte, wie gegen jeden Privatgläubiger eines Gesellschafters, gegen diese Pfändung von den übrigen Gesellschaftern auf Grund ihres Gesammtvermögens Interventionsklage erhoben werden (vergl. unten Anm. 12). Auch die nachträgliche Genehmigung durch die übrigen Genossen hat nicht die Wirkung, daß eine gemeinsame Berechtigung oder eine Gesammtverpflichtung entsteht (R.O.H. 9 S. 282). Für Deliktshaftung gilt das zu Anm. 13 Gesagte.

2. **Bei der offenen Gelegenheitsgesellschaft** wird im Namen aller Gesellschafter gehandelt, sei Anm. 12.
es, daß die Gesellschafter gemeinsam handeln, oder daß ein gemeinsamer Vertreter für sie auftritt, z. B. ein zur Vertretung befugter Gesellschafter (inwiefern er dazu befugt ist, darüber siehe unten Anm. 24). Die so entstandenen Verbindlichkeiten belasten zunächst das Gesellschaftsvermögen. Das ist im B.G.B. zwar nicht gesagt, aber als selbstverständlich vorausgesetzt. Im § 736 C.P.O. ist nunmehr hinzugefügt, daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urtheil erforderlich ist. Nach dem Wortlaut kann es zweifelhaft sein, ob sich dieses Urtheil auf eine Gesellschaftsschuld beziehen muß. Der Zweifel wird aber durch die Motive zu § 736 (Entw. § 670 b) gelöst, indem sie sagen: „Die Vorschrift gilt nicht nur für die Zwangsvollstreckung wegen einer Gesellschaftsschuld, sondern auch wegen jeder sonstigen Verbindlichkeit, für welche die Gesellschafter als Gesammtschuldner haften". (So auch Planck Anm. 2 zu § 719 B.G.B. unter Hinweis auf die Verhandlungen der zweiten Kommission, in welchen ein Antrag, den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen nur wegen Gesellschaftsschulden zuzulassen, abgelehnt worden ist; anders Cosack Bürgerl. Recht II S. 372.) Aber dann muß man das auch ausdehnen auf den Fall, wo mehrere Gesellschafter, jeder wegen einer anderen Verbindlichkeit, verurtheilt sind. Denn zweifelhaft kann nur sein, ob es nothwendig ist, daß das Urtheil wegen einer Gesellschaftsschuld (auf Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen) ergangen ist. Mit der Verneinung dieser Frage wird die Nothwendigkeit des inneren Zusammenhanges des Judikats mit dem Pfändungsgegenstande, das Erforderniß der Zugehörigkeit beider zum Gesellschaftsvermögen, als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung geleugnet, und damit ist nicht bloß denjenigen Gläubigern, welchen die Gesellschafter als Gesammtschuldner, sondern allen, denen überhaupt die Gesellschafter haften, der Weg zum Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen geebnet, wofern sie nur vollstreckbare Titel gegen alle Gesellschafter erwirkt haben. Unrichtig aber ist die weitere Bemerkung der gedachten

Motive, daß zur Beschaffung eines gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Schuldtitels in der Regel die Klage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter ausreichen werde; vielmehr sind die Gesellschafter Partei im Gesellschaftsprozesse; alle Gesellschafter, nicht bloß der geschäftsführende, müssen verklagt werden. (So auch Cosack, Bürger. Gecht II S. 372). Daß es gerade ein Urtheil sein müßte, ist nicht zu erfordern. Jedenfalls aber sind die etwa ergehenden mehreren Urtheile nur durch ihre Kombination wirksam. Danach können in demselben Prozesse die Gesellschafter auch aus der sie treffenden persönlichen Verpflichtung für die Gesellschaftsschulden verklagt und verurtheilt werden. Doch hat dies mit der vorliegenden Frage nichts zu thun und wird in Folgendem erörtert werden.

Anm. 13. Außerdem haften nämlich, wenn es sich um untheilbare Leistungen handelt, für die entstehenden Gesellschaftsschulden alle Gesellschafter solidarisch für Erfüllung der Gesellschaftsschuld (§ 431 B.G.B.). Ebenso haften alle Gesellschafter im Zweifel solidarisch für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, wenn es sich um Vertragsverbindlichkeiten handelt, auch wenn diese theilbare Leistungen betreffen (§ 427 B.G.B.). Durch Vertrag mit dem Gläubiger kann allerdings auch ausgemacht werden, daß nur das Gesellschaftsvermögen haften soll (R.G. 12 S. 229). Für sonstige Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften die einzelnen Gesellschafter so, wie sich dies aus den einzelnen Schuldverhältnissen ergiebt. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag liegt zu einer solidarischen Verbindlichkeit kein Anlaß vor, deshalb haften die einzelnen Gesellschafter hier nur nach Kopftheilen (§ 420 B.G.B.); bei ungerechtfertigter Bereicherung reicht die Haftung jedes Gesellschafters soweit, wie seine Bereicherung geht (§ 812 B.G.B.). Soweit der einzelne Gesellschafter auf Grund seiner Gesellschaftshaftung in die Lage kommt, eine Gesellschaftsschuld zu bezahlen, hat er einen Regreßanspruch gegen die Gesellschaft und die anderen Gesellschafter (vergl. unten Anm. 54). Bei außerkontraktlichem Schaden ist für die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter Folgendes zu bemerken. Soweit § 278 B.G.B. Platz greift, soweit es sich also um Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt, ist ein hierbei vorgekommenes Versehen des Gesellschaftsvertreters natürlich auch von den Gesellschaftern zu vertreten. Dies hat mit der Lehre von den unerlaubten Handlungen nichts zu thun. Wird aber darüber hinaus eine unerlaubte Handlung von demjenigen, der die Geschäfte der Gesellschaft führt, begangen und dadurch ein Schaden angerichtet, so haftet die Gesellschaft als solche, d. h. das Gesellschaftsvermögen für diese Folgen nicht. Die Gesellschaft als solche ist nicht deliktsfähig. § 31 B.G.B. bezieht sich nur auf rechtsfähige Vereine, und auch das, was für die o. H.G. gilt (vergl. Anm. 2 zu § 126) kann hier entsprechend nicht angewendet werden, weil die bürgerliche Gesellschaft jenen Grad von Parteifähigkeit und juristischer Selbstständigkeit nicht hat, wie die o. H.G. (So auch Cosack, Bürgerl. Recht II S. 372.) Die bürgerliche Gesellschaft ist überhaupt nicht parteifähig, nur ein selbstständiges Gesellschaftsvermögen ist vorhanden. Im Rechtsverkehr gehandelt wird nicht im Namen der Gesellschaft, sondern der Gesellschafter, also wird auch nicht im Namen der Gesellschaft gesündigt. Bei der bürgerlichen Gesellschaft und demgemäß auch bei der Gelegenheitsgesellschaft haften daher nur die Gesellschafter, und zwar derjenige von ihnen, welcher die unerlaubte Handlung begangen hat, nach § 823 B.G.B., außerdem aber auch die übrigen nach § 831 B.G.B., diese jedoch mit der jedem Gesellschafter einzeln, aus den bei ihm vorliegenden, besonderen Umständen zustehenden Einrede, daß er bei der Auswahl die nöthige Sorgfalt beobachtet oder die Beobachtung derselben den Schaden doch nicht verhütet hätte. Hier wird z. B. in Betracht kommen, daß die Bestellung des Vertreters auf Majoritätsbeschluß beruht, der einzelne Gesellschafter aber dagegen gestimmt hat. Aber alles das ist nur Sache der einzelnen Gesellschafter; wenn sie alle verurtheilt sind, so kann allerdings die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erfolgen, obwohl es sich nicht um eine Gesellschaftsschuld handelt (vergl. oben Anm. 12). Wohl aber haften die mehreren Gesellschafter, und zwar solidarisch (§ 840 B.G.B.).

Anm. 14. Diese Grundsätze über die Haftung können auch durch den Gesellschaftsvertrag nicht dahin abgeändert werden, daß nur das Gesellschaftsvermögen haften solle. Diese Abänderungsmöglichkeit wird von Planck (Anm. 2h zu § 54

B.G.B.) behauptet, von Eck (Vorträge S. 84), Cosack, Bürgerl. Recht II S. 371 und Rehbein (B.G.B. S. 43) mit Recht abgelehnt. Durch konkrete Vereinbarung mit den Gläubigern könnte dieser Erfolg erzielt werden (vergl. oben Anm. 13).

Hinzugefügt wird schließlich noch, daß, wer erst nachträglich einer Anm. 15.
Gelegenheitsgesellschaft beitritt, nicht für die vorher bereits eingegangenen Schulden Dritten haftet. § 130 H.G.B. greift hier nicht Platz (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 678; Gründungskomitee). — Vergl. hierüber unten Anm. 74. — Wer dagegen aus der Gesellschaft ausscheidet, bleibt für die während seiner Mitgliedszeit entstandenen Verbindlichkeiten haftbar.

3. **Wird im Namen aller Gesellschafter gehandelt, ohne daß der Handelnde dazu befugt ist,** Anm. 16.
so macht der Handelnde ebenfalls nur sich selbst haftbar und nur er erwirbt dem Dritten gegenüber Rechte. Ist der so Handelnde ein Fremder, so greifen die §§ 179 ffg. B.G.B. über die Pseudovertretung Platz (von uns erläutert im Exkurse zu § 58). Ist es ein Gesellschafter, so greifen dieselben Paragraphen Platz, außerdem haftet er ja als kontrahirender Gesellschafter. In beiden Fällen werden durch nachträgliche Genehmigung des Geschäfts die übrigen Genossen gemeinschaftlich berechtigt und solidarisch verpflichtet (§ 177 B.G.B.; R.O.H. 13 S. 1).

IV. **Vertretung und Geschäftsführung.**

1. **Die Geschäftsführung.** Nach innen steht das Recht die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, Anm. 17.
grundsätzlich allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, sodaß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Es kann aber auch vereinbart werden, daß Stimmenmehrheit entscheidet, in diesem Falle ist im Zweifel die Majorität der Stimmen maßgebend (§ 709 B.G.B.). Es kann aber auch einem oder mehreren Gesellschaftern die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag übertragen werden. Alsdann sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, und unter den geschäftsführenden Gesellschaftern ist ebenfalls Stimmeneinhelligkeit entscheidend (§ 710 B.G.B). Es kann aber endlich die Geschäftsführung allen Gesellschaftern oder mehreren Gesellschaftern in der Art übertragen sein, daß jeder allein die volle Geschäftsführungsbefugniß hat. Indessen hat doch auch in diesem Falle jeder andere geschäftsführende Gesellschafter ein Recht des Widerspruchs, und es muß im Falle eines solchen Widerspruchs das Geschäft unterbleiben (§ 711 B.G.B.).

Ueber die hier in Frage kommenden Begriffe vergl. die Erläuterung zu §§ 114 ffg.

Die Geschäftsführungsbefugniß kann jedem Gesellschafter, dem sie Anm. 18.
durch den Gesellschaftsvertrag übertragen ist, auch wieder entzogen werden. Dazu gehört ein einstimmiger Beschluß oder, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet, ein Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter, auch der nicht geschäftsführenden. Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann der eine dem andern die Geschäftsführungsbefugniß entziehen. Auch kann einer gegen alle Uebrigen die Entziehung aussprechen, aber nicht einer gegen einen von mehreren Gesellschaftern (vergl. die gleiche Auslegung bei § 117 H.G.B.). Die Entziehung kann hier, wie im § 117 H.G.B., nur erfolgen aus wichtigen Gründen, wozu insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung gehört (§ 712 B.G.B.). Ob ein Grund wichtig genug ist, um die Entziehung zu rechtfertigen, entscheidet im Streitfalle der Richter. Doch ist das Urtheil desselben nur deklaratorisch. Denn die Entziehung erfolgt hier, anders als im § 117 H.G.B., nicht durch gerichtliche Entscheidung, sondern durch die Entziehungserklärung. In dringenden Fällen kann durch einstweilige Verfügung provisorisch geholfen werden. Von der Entziehungsbefugniß des § 117 H.G.B. wesentlich verschieden ist die vorliegende auch noch dadurch, daß sich die erstere gegen jede Art von Geschäftsführung, sie mag auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen, richtet, die vorliegende dagegen nur gegen diejenige Ordnung der Geschäftsführung, welche auf dem Gesellschaftsvertrage über den § 709 B.G.B. hinaus beruht. Fällt in Folge dieser Entziehung diese singulare Ordnung der Geschäftsführung fort, so greift die Regel des § 709 B.G.B. Platz (Motive II S. 605).

Anm. 19. Gegen die in § 709 B.G.B. geregelte Geschäftsführung giebt es hiernach keine Entziehung durch die Erklärung der Gesellschafter, wohl aber kann hier durch einstweilige Verfügung eine Entziehung stattfinden (vergl. hierüber Anm. 6 zu § 117).

Anm. 20. Jeder geschäftsführende Gesellschafter kann übrigens auch seinerseits die Geschäftsführung niederlegen oder „kündigen"; wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 712 Abs. 2 B.G.B.). Näheres hierüber siehe Anm. 7 zu § 117 H.G.B. Wenn das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Geschäftsführung eine wesentliche Aenderung des Gesellschaftsverhältnisses zur Folge hat, so sind die anderen Gesellschafter in der Lage, den Gesellschaftsvertrag auf Grund des § 723 Abs. 1 B.G.B. zu kündigen (Protokolle der zweiten Kommission bei Haidlen zu § 712 B.G.B.).

Anm. 21. Die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften des B.G.B. (§ 713). Vergl. hierüber Näheres Anm. 5 zu § 114, besonders über das Recht zu substituiren, über den Ersatz von Aufwendungen, über die Verzinsung unbefugter Verwendungen. Zufolge der dort hervorgehobenen Pflicht zur Verzinsung von unbefugten Verwendungen des Gesellschaftsvermögens und des dort hervorgehobenen Rechtes auf Ersatz von nothwendigen Aufwendungen wird der Gesellschafter Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft (hierüber unten Anm. 54 ffg.).

Anm. 22. Bei der Geschäftsführung hat der Gesellschafter für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (§ 708 B.G.B.). Hierüber und über die Folgen der Verletzung dieser Sorgfalt siehe Anm. 13 ffg. im Exkurse zu § 122. Mit Bezug auf die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters ist Folgendes in der Rechtsprechung angenommen worden. Jeder Geschäftsführende hat die Pflicht, von jedem erheblichen Schritte die Konsorten zu benachrichtigen (vergl. § 666 B.G.B.); thut er dies nicht, so kann die Theilnahme am Verluste unter Umständen abgelehnt werden (R.O.H. 22 S. 177), nämlich wenn die unterlassene Mittheilung für den Verlust kausal war Bolze 6 Nr. 628), ebenso wenn der Geschäftsführende durch die Verletzung dieser Pflichten die Erreichung der Gesellschaftszwecke vereitelt (R.O.H. 22 S. 182). An wen die Berichterstattung zu erfolgen hat, darüber siehe unten Anm. 49. Eine Vergütung für seine Geschäftsführung erhält der geschäftsführende Theilnehmer mangels besonderer Abrede nicht; seine Auslagen erhält er ersetzt, soweit er dieselben für erforderlich halten durfte (§ 670 B.G.B.). — Alles was ein geschäftsführender Gesellschafter in eigenem Namen, aber für die Gesellschaft erwirbt, hat er an die Gesellschaft, herauszugeben (§§ 713, 667 B.G.B.).

Anm. 23. Ein Konkurrenzverbot allgemeiner Natur besteht hier nicht. Aber es muß jeder Gesellschafter selbstverständlich sich jeder Thätigkeit enthalten, welche dem erstrebten Gesellschaftszwecke widerstrebt (§ 705 B.G.B.), und daraus kann sich im Einzelfalle das Konkurrenzverbot ergeben (vergl. auch O.G. Wien bei Links Nr. 2269).

Anm. 24. 2. **Die Vertretung.** Im Zweifel reicht bei der bürgerlichen Gesellschaft, also auch bei der Gelegenheitsgesellschaft, die Befugniß zur Vertretung soweit, wie die Befugniß zur Geschäftsführung. Wer also in Gemäßheit der Anm. 17 u. 18 befugt ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, ist auch ihr legitimirter Vertreter nach außen und zwar soweit er befugt ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Aber es gilt dies nur im Zweifel. Es kann etwas Anderes vereinbart werden, und es ist stets etwas vereinbart bei der sogenannten stillen Gelegenheitsgesellschaft (siehe oben Anm. 11). Hier liegt nach innen eine Gesellschaft vor, der Komplementar führt die Geschäfte der Gesellschaft, aber er vertritt sie nicht nach außen. Nach außen vertritt er vielmehr sich selbst. Es kann auch vereinbart werden, daß kein Gesellschafter die Gesellschaft nach außen vertritt, vielmehr kann zur Vertretung nach außen eine dritte Person bestellt werden. Es kann auch ein Gesellschafter und außer ihm ein Dritter zur Vertretung der Gesellschaft bestellt werden.

Anm. 25. Gleichzeitig ergiebt sich aus dem Gesagten, daß die Vertretungsbefugniß keineswegs unbeschränkbar ist, wie bei der o. H.G. Vielmehr reicht die Vertretungsbefugniß im Zweifel

soweit, wie die Geschäftsführungsbefugniß. Immerhin werden die allgemeinen Regeln über die Vertretung und Vollmacht auch hier anzuwenden sein und es werden die Gesellschafter die Vertretungsbefugniß dessen, dem sie die Führung ihrer Geschäfte nach außen anvertraut haben, in demjenigen Umfange gegen sich gelten lassen müssen, als der Umfang derselben nach dem von ihnen gebilligten Verhalten des Vertreters nach außen erscheint. Beschränkungen nach innen wird der Rechtsverkehr nicht ohne Weiteres gegen sich gelten zu lassen brauchen (vergl. Anm. 22 zu § 54). In diesem Sinne wird, wie nach früherem Recht, gesagt werden müssen, daß der mit der Ausführung des Unternehmens betraute Theilnehmer für alle diejenigen Handlungen beauftragt gilt, die zur Erreichung des gewollten Zwecks auch nur mittelbar erforderlich sind (R.O.H. 13 S. 1).

Auch die Vertretungsbefugniß kann entzogen werden, einem Dritten nach den Regeln der Vollmacht (vergl. Anm. 1 zu § 53) und einem Gesellschafter nach den eben für die Geschäftsführung gegebenen Regeln. Ist sie zusammen mit der Geschäftsführung ertheilt, so kann sie nur mit dieser entzogen werden (§ 715 B.G.B.). Anm. 26.

Die Rechtsfolgen der Vertretungshandlungen sind, daß für die Gesellschaft Rechte und gegen die Gesellschaft Verbindlichkeiten entstehen oder vielmehr für und gegen die Gesellschafter. Denn die Gesellschaft selbst ist ja nicht Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten. Ueber die Verbindlichkeiten, die solchergestalt entstehen, ist bereits oben Anm. 12 ffg. gehandelt worden. Ueber die Rechte, welche solchergestalt entstehen, soll weiter unten Anm. 22 gehandelt werden. Anm. 27.

V. Die Beiträge der Gesellschafter, das Gesellschaftsvermögen und die Gewinn- und Verlustbetheiligung. Anm. 28.

1. **Die Beiträge der Gesellschafter.** Alle Gesellschafter haben, wenn nichts Anderes vereinbart ist, gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 B.G.B). Die Vorschrift deckt sich mit der früheren des Art. 267 und aus diesem war gefolgert worden, daß, wenn nichts Anderes vereinbart ist, jeder Gesellschafter soviel beizutragen hat, als das Unternehmen erfordert. Wenn auch Einlagen gemacht sind, so sind hiernach, wenn erforderlich, auch Zuschüsse zu leisten. Nur wenn bestimmte Beiträge vereinbart sind, so ist dies die Grenze der Beitragspflicht und kein Gesellschafter kann in diesem Falle zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage angehalten werden (§ 707 B.G.B.).

Der Anspruch auf Leistung von Nachschüssen, soweit ein solcher überhaupt besteht, erfordert den Nachweis ihrer Nothwendigkeit und Angemessenheit, zu welchem Behufe der geschäftsführende Gesellschafter Rechenschaft über den Stand des Geschäfts zu legen hat (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 313 und 646), anders, wenn es sich um Rückstände vereinbarter bestimmter Beiträge handelt. Anm. 29.

Die Beiträge der Gesellschafter können in jedem Vermögensstücke bestehen. Sie werden gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschaft (§ 718 B.G.B.). Die Beiträge können auch in Gebrauchsüberlassungen bestehen (§ 706 Abs. 2, § 732, § 733 Abs. 2 B.G.B.). Die Frage, ob Gebrauchsüberlassungen oder Dienste wirkliche Einlagen im engeren Sinne sein können, ist hier nicht prinzipiell aufzuwerfen, weil die Gelegenheitsgesellschaft nicht so, wie die o. H.G. und die stille Gesellschaft in der Weise juristisch aufgebaut ist, daß die Gesellschafter regelmäßig oder gar nothwendig eine solche Einlage leisten, welche die ziffernmäßige Grundlage ihrer Betheiligung bildet. Aber durch Gesellschaftsvertrag kann auch die Gelegenheitsgesellschaft so gestaltet werden; dann müssen solche Einlagen geleistet werden, welche als solche Grundlage dienen können, nicht auch Dienste oder Gebrauchsüberlassungen (vergl. Anm. 3 im Exkurse zu § 122). Anm. 30.

2. **Das Gesellschaftsvermögen.** Nach § 718 B.G.B. werden die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Allein dieser Satz bedarf der Einschränkung. In dieser Allgemeinheit ist er nicht zutreffend. Die Beiträge der Gesellschafter werden nur dann gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter, wenn sie es nach den Intentionen der Gesellschafter werden sollen. Nothwendig ist dies nicht, wie dies aus § 706 Abs. 2 B.G.B. hervorgeht. Sachen, die nur zum Gebrauche übergeben werden, werden es nicht und auch Anm. 31

sonst können Sachen quoad sortem, aber nicht quoad dominium eingebracht werden, d. h. so, daß sie so angesehen werden sollen, als wären sie eingebrachtes Eigenthum, während das Eigenthum bei dem inferirenden Gesellschafter verbleibt. Selbst bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen ist nur „im Zweifel" anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigenthum werden sollen, das Gegentheil kann auch hier vereinbart werden (§ 706 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 32. Daß ferner die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschaft werden, ist ebenfalls nicht immer richtig. Nur dann ist dies der Fall, wenn auch nach außen für die Gesellschaft gehandelt wurde. Richtiger würde der Satz gelautet haben: die durch die Vertretung der Gesellschafter für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Eigenthum. Bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft z. B. werden zwar durch die Geschäftsführung Sachen für die Gesellschaft erworben, aber da die Gesellschaft hierbei nicht nach außen handelnd auftritt, so erwirbt der Komplementar die Sachen zu seinem Eigenthum und muß sie dann erst zum gemeinschaftlichen Eigenthum der Gesellschafter machen. Es ist aber vielleicht auch gar nicht die Absicht der Parteien, daß die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Eigenthum werden (vergl. Cosack, Bürgerl. Recht II S. 367).

Anm. 33. Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß — und so ist der Grundsatz des § 718 B.G.B. richtig zu formuliren — diejenigen Gesellschaftsbeiträge, welche nach der Intention der Parteien gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen, und diejenigen Gegenstände, welche durch die Vertretung der Gesellschafter für die Gesellschaft erworben werden, gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden. *Auch von den Forderungen gilt dies* und es entsteht daher nicht, wie nach dem früheren Art. 269 Abs. 2, eine solidarische Berechtigung aller Gesellschafter, d. h. eine Berechtigung derart, daß jeder selbstständig die ganze Leistung fordern kann. Eine solche solidarische Berechtigung ist zwar dem neuen Recht begrifflich nicht fremd, kommt aber nur sehr selten vor (§§ 428, 2151 B.G.B.). Hier greift sie jedenfalls nicht Platz, sondern eine gemeinschaftliche Berechtigung, deren Wesen im Folgenden auseinandergesetzt wird. *Werden Grundstücke oder sonstige, im Grundbuche eingetragene Rechte* gemeinschaftliches Eigenthum, so wird dies im Grundbuche vermerkt (§ 48 der Grundbuchordnung).

Anm. 34. *Der rechtliche Charakter dieses gemeinschaftlichen Eigenthums ist das Eigenthum zur gesammten Hand.* Das Wesen derselben haben wir bereits in Anm. 12 im Exkurse zu § 122 und Anm. 17 im Exkurse zu § 129 auseinandergesetzt. Auch haben wir dort schon die einzelnen Folgerungen daraus gezogen: wie ein Gesellschafter über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und an einzelnen dazu gehörigen Gegenständen nicht verfügen darf; nicht Theilung verlangen kann; wie in Folge dessen auch ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände nicht pfänden kann (§ 859 Abs. 2 C.P.O.), wobei als Privatgläubiger auch ein solcher Gläubiger zu betrachten ist, dem der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsverbindlichkeit haftet. Auch diese Schuld ist Privatschuld des Gesellschafters insoweit die Vollstreckung in sein Privatvermögen angestrebt wird. Nur dann kann aus einer Gesellschaftsschuld in das Gesellschaftsvermögen gepfändet werden, wenn alle Gesellschafter verurtheilt sind (vergl. oben Anm. 12), was aber wegen einer Gesellschaftsschuld nur erfolgen kann, wenn die Voraussetzungen einer Verurtheilung vorliegen, nicht z. B. wenn es sich um eine stille Gelegenheitsgesellschaft handelt und der Komplementar allein gehandelt hat (vergl. oben Anm. 11).

Anm. 35. *Auch der Antheil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen kann nicht von einem Privatgläubiger gepfändet werden*, da ja der Gesellschafter selbst auch nicht über ihn verfügen kann. Zwar ist eine solche Pfändung im § 859 C.P.O. zugelassen, aber nicht mit der Wirkung, daß der derart gepfändete Antheil demnächst durch Ueberweisung oder durch Veräußerung für den Gläubiger verwerthet werden könnte, daß der Gläubiger oder ein anderer an Stelle des gepfändeten Gesellschafters Mitglied der Gesellschaft wird, sondern nur mit der Wirkung, welche sich aus dem § 725 B.G.B. ergiebt, d. h. mit der Wirkung, daß der Pfändungsgläubiger die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann, sofern sein Schuldtitel

vollstreckbar ist (vergl. Cosack, Bürgerl. Recht II S. 368, 369). Von dem analogen Rechte des § 135 bei der o. H.G. ist dieses Recht des Gläubigers in mehrfacher Hinsicht verschieden: Voraussetzung ist hier nicht fruchtlose Exekution, Folge ist hier fristlose Kündigung. Die Folge dieser Kündigung ist die gleiche, wie nach § 135 H.G.B., nämlich daß der Gläubiger einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters hat; daß die Gesellschaftsgläubiger vorweg befriedigt werden müssen, ist dabei selbstverständlich. Auch insofern besteht kein Unterschied von dem analogen Rechte des § 135, als hier, wie es nach dem Wortlaut des § 725 den Anschein haben könnte, nur „die Pfändung" des Antheils eines Gesellschafters vorausgesetzt würde. Denn gemeint ist sicherlich, wie im § 135 H.G.B., die Pfändung und Ueberweisung des Auseinandersetzungsguthabens des Gesellschafters. Die Pfändung allein kann dem Gläubiger kein Recht auf Ausantwortung dessen geben, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung gebührt.

Ueber den rechtlichen Charakter der Einbringung (Illation) **und die Folgen derselben** (Gewährleistung) siehe Anm. 10 im Exkurse zu § 122. Anm. 36.

8. **Gewinn- und Verlustbetheiligung.** Nach § 722 B.G.B. hat jeder Gesellschafter einen gleichen Antheil am Gewinn und Verluste (eine Vorwegverzinsung der Einlagen, wie nach Art. 268 des alten H.G.B. findet nicht statt). Die Antheile der Gesellschafter können aber anders bestimmt werden. Und wenn der Antheil am Gewinne oder Verluste bestimmt ist, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust (§ 722 B.G.B.). Anm 37.

Bis zu welcher Grenze abweichende Vereinbarungen zulässig sind, ist von uns bereits in Anm. 3 u. 4 zu § 105 auseinandergesetzt: der Begriff der Gesellschaft darf nicht aufhören, d. h. es darf kein Gesellschafter vom Gewinn gänzlich ausgeschlossen sein. Anm. 38.

Die abweichende Vereinbarung muß der beweisen, der sie behauptet. Vergl. hierüber Anm. 33 ff. in der Allgemeinen Einleitung. Für Gesellschaftsverträge hat dies besonders ausgesprochen R.G. 6 S. 79; 7 S. 45. Anm. 39.

Berechnung und Auszahlung des Gewinnes erfolgen der Regel nach bei Beendigung der Gesellschaft (§ 721 B.G.B.). Zwar bestimmt § 721 B.G.B. zusätzlich, daß, wenn die Gesellschaft von längerer Dauer ist, der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen hat. Allein bei der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften kann in der Regel von einem Geschäftsjahr nicht gesprochen werden, auch wird die Auslegung hier meist ergeben, daß die Jahresabschnitte nicht die geeignetsten Zeitpunkte für die Gewinnvertheilung sind. Gleichwohl wird hier eine frühere Gewinnvertheilung als nach Beendigung der Societät oft beansprucht werden können. So z. B. wird bei Geschäften, die keinen oder keinen erheblichen Kostenaufwand erfordern, z. B. bei gemeinschaftlichen Vermittelungen, die Absicht meist dahin gehen, daß nach jedem Geschäfte der Gewinn vertheilt wird. Wenn zur zweckentsprechenden Ausführung der späteren Geschäfte bereite Fonds nicht nothwendig sind, wird die Herausgabe nach Abwickelung eines jeden Geschäfts erfolgen müssen, es sei denn, daß aus den noch nicht abgewickelten Geschäften Verluste zu befürchten sind. Die bloße Möglichkeit aber, daß noch Ansprüche Dritter erhoben werden oder sonst Verluste entstehen können, ist als Grund gegen die Herausgabe des bereits erzielten Gewinnes jedenfalls nicht stichhaltig, wenn eine Unsicherheit des die Herausgabe verlangenden Theilnehmers nicht vorliegt (R.O.H. 23 S. 94). Rigoroser wird man sein müssen, wenn Unsicherheit vorliegt. Und völlig anders wird die Rechtslage zu beurtheilen sein, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte Vertheilungsgrundsätze aufstellt z. B. bestimmt, daß der jährliche Gewinn und Verlust berechnet und vertheilt werden sollen, wie dies auch Abs. 2 des § 721 vorschreibt, oder wenn z. B. bestimmt ist, daß alle Eingänge, welche zum regelmäßigen Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte entbehrlich sind, zur Rückzahlung von Einlagen und Vertheilung von Gewinnen verwandt werden sollen. Hier kann die bloße Möglichkeit von Verlusten zu einer Zurückhaltung der Rückzahlungsquote nicht führen. Nur die Wahrscheinlichkeit von Verlusten kann dazu führen, gewisse Beträge von der Vertheilung überhaupt auszuschließen und sie für den regelmäßigen Geschäftsbetrieb in der Gesellschaftskasse zu behalten. Aber was in solchen Fällen vertheilt wird, muß gleichmäßig vertheilt werden Anm. 40.

und kann einem Theile nicht vorenthalten werden, weil er unsicher und deshalb möglicher Weise nicht im Stande sei, den möglichen Verlust zu decken.

Anm. 41. **VI. Die Besonderheiten des Kompensationsrechts.**

1. Bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft tritt die Gesellschaft im Rechtsverkehr nicht auf. Hier kann der stille Gesellschafter, wenn er verklagt wird, Forderungen, die der Gesellschaft gehören, nicht zur Kompensation stellen und wenn der Komplementar eine Forderung der Gesellschaft einklagt, so können ihm Forderungen entgegengehalten werden, welche dem verklagten Schuldner gegen ihn persönlich ohne Rücksicht auf Gesellschaftsgeschäfte zustehen.

Anm. 42. 2. Bei der offenen Gelegenheitsgesellschaft dagegen ist wie folgt zu unterscheiden:

a) Wird eine Gesellschaftsforderung klagend geltend gemacht (es kann das nur von allen Gesellschaftern bezw. im Namen aller Gesellschafter geschehen, da ja alle Vermögensstücke, auch die Forderungen, im Gesammteigenthum aller Gesellschafter stehen), so kann der Beklagte nur eine solche Forderung zur Aufrechnung stellen, welche ihm gegen die Gesellschafter als solche zusteht, nicht auch eine Privatforderung gegen den einzelnen Gesellschafter — § 719 Abs. 2 B.G.B. — (so auch bei der o. H.G.; vergl. Anm. 6 im Exkurse zu § 129).

Anm. 43. b) Klagt ein einzelner Gesellschafter eine ihm zustehende Privatforderung ein (eine Gesellschaftsforderung könnte er ja gar nicht einklagen), so muß er sich entgegenhalten lassen sowohl Forderungen, die gegen ihn, abgesehen von dem Gesellschaftsverhältnisse, zustehen, als auch Schulden, für die er in Folge seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft persönlich haftet. Denn auch diese ist eine Privatschuld insofern, als die Exekution in sein Privatvermögen damit angestrebt wird. (So auch bei der o. H.G., vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 129).

Anm. 44. c) Wird der Einzelgesellschafter verklagt, so muß unterschieden werden, ob er wegen einer Privatschuld verklagt wird, oder wegen einer Gesellschaftsschuld. In ersterem Falle darf er jedenfalls seine persönliche Forderung an den Kläger zur Aufrechnung benutzen. Eine Gesellschaftsschuld aber darf er in diesem Falle nicht zur Aufrechnung stellen, sicherlich nicht ohne Einwilligung der Gesellschafter, aber auch nicht mit Einwilligung derselben, weil es an der Identität zwischen dem Gläubiger und Schuldner fehlen würde, die Gesellschaftsforderung ist nicht seine, sondern eine fremde Forderung, da sie im Gesammteigenthum aller Gesellschafter steht (so auch bei der o. H.G. Vergl. Anm. 10 im Exkurse zu § 129; besonders R.G. 10 S. 49).

Anm. 45 Wird er wegen einer Gesellschaftsschuld verklagt, so darf er seine Privatforderung auch hier zur Aufrechnung stellen. Denn seine Haftung für die Gesellschaftsschuld ist eine Privatschuld des einzelnen Gesellschafters, wie wir dies mehrfach betont haben. (Kompensirt er in dieser Weise, so befreit er auch die Gesellschaft und ihm steht ein Regreßanspruch gegen die Gesellschafter zu; vergl. unten Anm. 54). Aber eine Gesellschaftsforderung darf er auch hier nicht zur Aufrechnung benutzen, denn sie steht ihm nicht zu (Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 78; Planck Anm. 3 zu § 719 B.G.B.). In dem Vorschützen dieser Einrede läge eine Disposition über einen Theil des Gesellschaftsvermögens, die ihm als Gesellschafter eben nicht zusteht (§ 719 B.G.B.). Wohl aber kann er die Gegenforderung vorschützen, wenn Namens der Gesellschaft die Aufrechnung rechtsgiltig erklärt ist. Denn die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil und die Geltendmachung im Prozesse ist nur das Vorbringen des Einwandes der Tilgung (§ 388 B.G.B.). Wenn also vor dem Prozesse oder im Laufe des Prozesses der Vertreter der Gesellschaft die Aufrechnung erklärt hat, so steht der Geltendmachung zum Zwecke der Kompensation nichts entgegen. (Ebenso kann die Einrede wirksam vorgebracht werden, wenn alle Gesellschafter auf Grund einer Gesellschaftsschuld verklagt werden, darüber siehe oben Anm. 12). — Vergleiche übrigens hierüber auch Anm. 8 zu § 129. — Wenn aber Namens der Gesellschaft eine wirksame Aufrechnungserklärung nicht ab-

gegeben ist, so steht ihm der Einwand der Kompensation nicht zu und auch nicht die Befriedigungsverweigerung nach Maßgabe des § 129 Abs. 3 H.G.B.

VII. **Das Kontrolrecht des einzelnen Gesellschafters.** Anm. 44

1. Nach § 716 B.G.B. hat jeder, auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter das Recht, sich persönlich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen. Ein Verzicht auf dieses Recht ist unwirksam, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

   Wird dem Gesellschafter die Ausübung dieses Rechts verweigert, so steht ihm der Rechtsweg offen. Auch einstweilige Verfügungen sind ihm zur Verwirklichung dieses Rechts zu gewähren. Der Registerrichter aber greift zu seiner Hilfe nicht ein (anders bei der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft nach § 338 Abs. 2 und § 166 Abs. 3 H.G.B.).

2. Außerdem kann jeder Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft einen Rechnungsabschluß verlangen und bei Gesellschaften von längerer Dauer einen Rechnungsabschluß am Schlusse jedes Geschäftsjahres (§ 721 B.G.B.). Anm. 47.

3. Weitere Rechenschaftsverpflichtungen gegenüber den einzelnen Gesellschaftern können sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben. Anm. 48.

4. Aber wohl zu unterscheiden von diesen Rechenschaftsverpflichtungen gegenüber den einzelnen Gesellschaftern sind die Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber der Gesammtheit der Gesellschafter auf Ertheilung der erforderlichen Nachrichten, Auskünfte und jederzeitigen Rechenschaft. Diese ergeben sich aus §§ 713, 716 B.G.B. (vergl. Planck Anm. 1 zu § 716 B.G.B.). Die dort normirten Verpflichtungen bestehen gegenüber der Gesellschaft. Aber wer hat sie zu verlangen? Zu wessen Händen sind sie zu ertheilen? Es wird den andern Gesellschaftern unbenommen bleiben, Bestimmung zu treffen, daß jene Nachrichten und Rechenschaften an einen von ihnen zu ertheilen seien. Dagegen können weder einzelne Gesellschafter, noch alle übrigen Gesellschafter verlangen, daß jene Nachrichten jedem Gesellschafter besonders ertheilt werden, das könnte nur der Gesellschaftsvertrag oder ein sonstiger bindender Gesellschaftsbeschluß bestimmen. Aber oft wird dies aus der Natur des betreffenden Gesellschaftsvertrages hervorgehen. Anm. 49.

5. Durch vertraglichen Verzicht kann das Recht auf Rechnungslegung beseitigt sein. Immerhin besteht auch dann noch ein Recht auf Mittheilung des bestimmten Geschäftsergebnisses (R.O.G. 17 S. 391). Auch verliert der Verzicht seine Wirkung durch den begründeten Verdacht der Unredlichkeit (716 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 50.

6. Nach erfüllter Rechenschaftspflicht hat der geschäftsführende Gesellschafter das Recht auf Entlastung (Renaud-Laband S. 244; Puchelt-Förtsch Anm. 2a zu Art. 270). Anm. 51.

7. Die Rechnungslegung ist aber nicht nothwendige Voraussetzung der Erhebung von Ansprüchen. Darüber, ob schon vor beendetem Geschäft Auszahlung von Gewinn verlangt werden kann, siehe oben Anm. 41. Ueberhaupt aber ist der Genosse, welcher seine Ansprüche beziffern kann, auch berechtigt, sie geltend zu machen. Indessen muß alsdann der Anspruch genau substantiirt sein. Anm. 52.

   Es geht nicht an, daß der Genosse einfach seine Einlage zurückfordert und dem Geschäftsführer überläßt, die Verminderung derselben darzulegen (vergl. hierüber Anm. 14 zu § 340). Wohl aber ist zulässig, daß der Genosse zunächst auf Rechnungslegung klagt und alsdann seine Klage in die Leistungsklage umwandelt (R.G. 40 S. 7), oder auch, daß er auf Rechnungslegung und Zahlung kombinirt klagt und sich die ziffermäßige Angabe des Leistungsanspruchs vorbehält bis zur geschehenen Rechnungslegung (§ 254 C.P.O.). Näheres hierüber Anm. 14 zu § 340. Anm. 53.

VIII. **Der Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft.** Anm. 54.

1. Der Gesellschafter kann durch verschiedene Umstände Gläubiger der Gesellschaft werden, so wenn er der Gesellschaft Vorschüsse macht oder Aufwendungen macht, deren Erstattung er

verlangen kann, wenn er auf Grund seiner Haftung als Gesellschafter in die Lage kommt, die Gesellschaftsschulden zu bezahlen. In solchen Fällen hat er einen Regreßanspruch gegen seine übrigen Genossen. Auch wo es sich um Bezahlung von Solidarschulden handelt, richtet sich dieser Regreß nicht nach § 426 B.G.B., da die Anwendung dieser Grundsätze (Anspruch auf antheiligen Ersatz, Uebergang der bezahlten Forderung auf den zahlenden Gläubiger) der Natur des Gesellschaftsverhältnisses widerspricht (vergl. Anm. 19 zu § 128).

Anm. 55. Hier muß vielmehr Folgendes gelten:

Eine Klage gegen die Gesellschafter als solche mit dem Endziele der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist zulässig. Das ergehende Urtheil ist in diesem Falle in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar, obgleich streng genommen nicht alle Gesellschafter verurtheilt sind. Der § 736 C.P.O. ist nicht wörtlich anzuwenden. (Bei der o. H.G. ist in diesem Falle die Klage gegen die Gesellschaft gegeben; vergl. Anm. 23 zu § 128).

Anm. 56. Eine Klage gegen den einzelnen Gesellschafter ist bei der o. H.G. während der Dauer der Gesellschaft nach unserer Ansicht nicht zulässig, weil der klagende Gesellschafter, obwohl er Gläubiger ist, doch nicht aufhört, Gesellschafter zu sein, und mit dieser letzteren Position in Widerspruch gerathen würde, wenn er seine Gesellschafter zwingen würde, ihren Beitrag zu erhöhen. Von demselben Standpunkte aus ist auch hier eine Klage gegen die einzelnen Gesellschafter nicht für zulässig zu halten. (So auch Planck Anm. 2 zu § 714 B.G.B.) Das R.G. 36 S. 63 steht bei der o. H.G. auf einem abweichenden Standpunkte, der auch von der Denkschr. S. 94 gebilligt wird. Danach darf der Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter klagen, wenn er sich nur das abziehen läßt, was der in Anspruch genommene Gesellschafter von ihm zurückfordern könnte, falls er die volle Regreßsumme zahlte. Von diesem Standpunkte wird auch hier analog zu verfahren sein. Cosack, Bürgerl. Recht II S. 380 giebt zwar nicht bei der o. H.G., wohl aber hier bei der bürgerlichen Gesellschaft den Antheilsregreß.

Anm. 57. 2. Auch Schuldner der Gesellschaft kann der Einzelgesellschafter werden, wenn er unbefugt Gelder der Gesellschaft verwendet. In diesem Falle kann er von jedem andern Gesellschafter verklagt werden, obwohl dies streng genommen dem § 719 B.G.B. widerspricht. Denn danach können streng genommen die der Gesellschaft gehörigen Forderungen nur von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich bezw. von einem Vertreter aller Gesellschafter geltend gemacht werden.

Anm. 58. **IX. Die Frage der Uebertragbarkeit der Gesellschaftsrechte**

ist vom B.G.B. im § 717 behandelt. Wir haben dieses Kapitel in Anm. 21 ffg. im Exkurse zu § 122 für die o. H.G. behandelt und verweisen auf die dortigen Ausführungen, da sie auch hier gelten.

Anm. 59. **X. Auflösung der Gesellschaft, Ausscheiden einzelner Gesellschafter und Eintritt neuer Mitglieder.**

Anm. 60. 1. **Die normale Auflösung der Gesellschaft.** Im Wesen der Gelegenheitsgesellschaft liegt es, daß sie für eine bestimmte Zeit eingegangen wird. Die Vereinigung erfolgt zum Zwecke des Abschlusses und der Abwickelung einzelner Geschäfte, sie ist geschlossen bis zu geschehener Erledigung dieser Geschäfte. In diesem Zeitpunkte tritt die Auflösung von selbst ein. Das jederzeitige Kündigungsrecht, welches § 723 B.G.B. jedem Gesellschafter für den Fall giebt, daß die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, greift hier nicht Platz. Es fällt übrigens diese Endigungsart zusammen mit der Endigung der Gesellschaft durch Erreichung des vereinbarten Zwecks (§ 726 B.G.B.).

Anm. 61. Außerdem endigt die Gesellschaft, wenn die Erreichung des vereinbarten Zwecks unmöglich geworden ist (§ 726 B.G.B.; z. B. Bolze 5 Nr. 734: Gelegenheitsgesellschaft, geschlossen unter der Voraussetzung raschen Absatzes, als beendigt betrachtet, als kein rascher Absatz eintrat). Ferner durch den Tod eines Gesellschafters, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein Anderes ergiebt (§ 727 B.G.B.). Wenn indessen zwei kaufmännische Firmen mit einander eine Gelegenheitsgesellschaft schließen, so wird die Meinung meist wohl die sein, daß der Tod des Firmeninhabers beim Fortbestehen des Geschäfts die Gelegenheitsgesellschaft nicht zur Auflösung bringen soll, zumal wenn es sich um den Tod eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters handelt.

Die Gesellschaft wird ferner aufgelöst durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters. Für die Auseinandersetzung ist § 51 K.O. maßgebend. Die bürgerliche Gesellschaft selbst kann nicht in Konkurs gerathen (Jaeger K.O. S. 31 und 133; Neumann § 719 Nr. 4 B.G.B.; anderer Ansicht Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 71; Cosack, Bürgerl. Recht II S. 366). Anm. 62.

Auch ein Privatgläubiger eines Gesellschafters kann die Gesellschaft aufkündigen und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (§ 725 B.G.B.).

Daß die Gesellschafter die Beendigung der Gesellschaft jederzeit vereinbaren können, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

2. **Ferner besteht für jeden Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft vorzeitig ohne Frist zu kündigen, aber nur aus wichtigen Gründen** (§ 723 B.G.B.). Ein solcher ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird (Beispiele R.O.H. 22 S. 177; Bolze 8 Nr. 537). Anm. 63.

3. **Die Folge der Auflösung ist die Abwickelung der Geschäfte zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger und der Auseinandersetzung der Gesellschafter.** Man kann wohl auch hier sagen: die Gesellschaft besteht in Liquidation fort. Das Gesetz drückt sich dahin aus: für Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte, sowie für Erhaltung und Verwerthung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert (§ 730 B.G.B.). Anm. 64.

Für die Liquidation und Auseinandersetzung gilt im Allgemeinen Folgendes:

a) Die Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, wie sie auch im Uebrigen vertheilt gewesen sein mag (§ 730 B.G.B.). Die endgiltige Erledigung der schwebenden Geschäfte, die sogenannte Liquidation, wird daher nicht, wie nach dem früheren Art. 270 Abs. 2, durch den geschäftsführenden Gesellschafter besorgt, und es ist unzutreffend, wenn die Denkschrift S. 187 sagt, daß diese Rechtsfolge auch nach dem neuen Rechte selbstverständlich sei, denn § 730 Abs. 2 B.G.B. sagt ausdrücklich das Gegentheil (irrig auch Litthauer S. 346; Endemann, Einführung § 181 Nr. 5c). Durch Vereinbarung der Gesellschafter kann die Geschäftsführungsbefugniß auch abweichend geregelt werden (§§ 710, 711). Alsdann greift auch das Entziehungsrecht gemäß § 712 B.G.B. Platz. Dagegen greifen die §§ 146 Abs. 2, 147 H.G.B. nicht analog Platz: das Abberufungsrecht durch den Richter, die richterliche Einsetzung eines Dritten oder eines Gesellschafters zum Liquidator ist hier nicht statthaft (vergl. auch nach früherem Recht R.G. 19 S. 164). Anm. 65.

b) Diejenigen Gegenstände, die ein Gesellschafter nur zum Gebrauche der Gesellschaft übertragen hat, sind ihm in natura zurückzugeben. Für Abgang und Verschlechterung gebührt ihm kein Ersatzanspruch (§ 732 B.G.B.). Anm. 66.

c) Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die Schulden zu berichtigen, alsdann die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Werth zur Zeit der Einbringung zu erstatten. Für Einlagen, die in Diensten oder in Gebrauchsüberlassungen bestanden haben, kann Ersatz nicht verlangt werden (§ 732 B.G.B.).

d) Zum Zwecke der Berichtigung der Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, aber auch nur, soweit dieser Zweck es erfordert (§ 733 B.G.B.), nicht überhaupt, wie im § 149 H.G.B. angeordnet ist. Die Umsetzung in Geld erfolgt, wenn nichts Anderes vereinbart wird, durch Verkauf der beweglichen Sachen nach den Grundsätzen vom Pfandverkauf, bei Grundstücken und Schiffen durch Zwangsversteigerung, bei Forderungen durch Einziehung und bei Uneinziehbarkeit durch Verkauf (§§ 733 Abs. 3, 731, 753, 754 B.G.B.). Für die Zwangsversteigerung der Gesellschaftsgrundstücke gelten dabei Be- Anm. 67.

sonderheiten (§§ 180ffg, des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung). — Vergl auch Anm. 68. —

Anm. 68. e) Der nach Berichtigung der Schulden und der Rückerstattung der Einlagen verbleibende Ueberschuß wird unter die Gesellschafter vertheilt nach dem Verhältnisse ihrer Antheile am Gewinne (§ 734 B.G.B.). Dabei werden die nach Deckung der Schulden und Einlagen verbleibenden Gegenstände, falls möglich in natura getheilt (§§ 731, 752 B.G.B.). Sind sie nicht theilbar, so sind sie öffentlich, Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung zu veräußern; Gegenstände, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, können auch freihändig durch einen öffentlich bestellten Handelsmakler verkauft werden (§§ 731, 753, 1235 Abs. 2, 1221 B.G.B.). Vergl. auch Anm. 67.

Anm. 69. f) Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Schulden und Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältniß aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen (§ 735 B.G.B.).

Anm. 70. 4. **Verschieden von der Auflösung der Gesellschaft ist das Ausscheiden einzelner Gesellschafter.** Dasselbe wird bei der Gelegenheitsgesellschaft wohl selten vorkommen. Die hierüber gegebenen Bestimmungen sind mehr zugeschnitten auf Gesellschaften von Dauer. Das Ausscheiden findet statt, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß die Kündigung durch einen Gesellschafter oder der Tod eines Gesellschafters oder der Konkurs über sein Vermögen nicht die Auflösung zur Folge haben soll, sondern daß in solchem Falle die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736 B.G.B.). Es findet ferner statt in der Form der Ausschließung, d. h. wenn ein Gesellschafter den übrigen einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung giebt, so können die Uebrigen seine Ausschließung und die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich beschließen. Dies kann jedoch nur geschehen, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll. Die Ausschließung erfolgt hier durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter, nicht, wie im § 140 im Wege der Klage (§ 737 B.G.B.).

Anm. 71. Das Ausscheiden und die Ausschließung kann immer nur stattfinden, wenn mehr als zwei Gesellschafter übrig bleiben. Eine dem § 142 H.G.B. analoge Befugniß giebt das B.G.B. nicht. Bleibt daher nur ein Gesellschafter übrig, so wird die Gesellschaft in solchem Falle aufgelöst.

Anm. 72. Auch findet das Ausscheiden nicht statt, wenn der Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters dessen Gesellschaftsantheil pfändet, und auf Grund dieser Pfändung die Gesellschaft zur Auflösung bringt. Ein dem § 141 H.G.B. analoges Recht ist den übrigen Gesellschaftern nicht gegeben.

Anm. 73. Die Rechtsfolgen des Ausscheidens sind von uns im Exkurse zu § 141 ausführlich auseinandergesetzt. Auf diese Ausführungen sei hier verwiesen.

Anm. 74. 5. **Ueber den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft** enthalten die Vorschriften über die Gesellschaft keine Bestimmung. Darin liegt, wie auch Planck zu § 54 B.G.B. nicht verkennt, die Eingehung einer neuen Gesellschaft (vergl. auch Cosack, Bürgerl. Recht II S. 389). Daraus ergeben sich dann ohne Weiteres die Konsequenzen: Die alte Gesellschaft hört auf, die im Gesammteigenthum der früheren Gesellschafter stehenden Gegenstände gehen in das Gesammteigenthum der nunmehrigen sämmtlichen Gesellschafter über, die beweglichen Sachen müssen zu diesem Zwecke übergeben, Grundstücke und andere Grundbuchrechte der neuen Gesellschaft zum Eigenthum übertragen werden. Das nunmehrige Gesellschaftsvermögen haftet für die Schulden der früheren Gesellschaft nicht, und ebenso wenig (vergl. oben Anm. 15) der nunmehrige Gesellschafter für die Schulden der früheren Gesellschaft (vergl. Planck Anm. 2 zu § 736 B.G.B.; anders Cosack, Bürgerliches Recht II S. 389 auf Grund des § 419 B.G.B., der aber hier nicht anwendbar ist, da es sich nicht

um ein ganzes Vermögen handelt). Gegen fraudulose Schiebungen hilft das Anfechtungsgesetz.

XI. Besonderes über Emissionskonsortien und Unterkonsortien. Anm. 75.

Eine besondere Art und zwar eine im Handelsverkehr häufige Art von Gelegenheitsgesellschaften sind sogenannte **Begebungskonsortien** oder Syndikate.

1. **Begriff.** Das Begebungskonsortium tritt zusammen, um den Vortheil der Begebung über einen bestimmten Kurs hinaus den Betheiligten nach Verhältniß ihres Aktienbesitzes zuzuwenden. Das Risiko besteht darin, daß kein Konsorte die Aktien selbstständig, wann es ihm beliebt, veräußern darf, jeder Konsorte sich vielmehr in dieser Beziehung entweder dem gemeinsam festgestellten Plane oder dem Ermessen des geschäftsführenden Konsortialleiters unterordnen muß; der Vortheil liegt darin, daß die Chancen der Veräußerung allen Konsorten gemeinsam zufallen. Das Wesen solcher Gesellschaft besteht nicht darin, daß die Aktien gemeinsames Eigenthum werden, vielmehr gehört jedem Konsorten eine bestimmte Anzahl von Aktien; die Gemeinsamkeit besteht lediglich in der gemeinschaftlichen Operation, dem gemeinsamen Vorgehen bei der Verwerthung (R.O.H. vom 12. Sept. 1876 in Busch Archiv 34 S. 366). Gewöhnlich wird vereinbart, daß die Begebung nicht unter einem bestimmten Kurse erfolgen soll. Soweit die Begebung nicht gelingt, hat jeder Konsorte seinen Antheil an dem Aktienbesitze abzunehmen. Gewöhnlich übernimmt ein Konsortiale die Leitung. Dieser wird allein nach außen berechtigt und verpflichtet. Zu diesem stehen gewöhnlich die Konsorten in einem Gesellschaftsverhältnisse, jeder in einem selbstständigen. Freilich können auch andere Gestaltungen vereinbart werden, insbesondere daß alle Konsorten zusammen in einem gemeinsamen Gesellschaftsverhältniß stehen. Doch ist dies nicht die Regel und unter einem Begebungskonsortialgeschäft schlechthin wird diese letztere Gestaltung nicht verstanden (vergl. die Fälle im R.O.H. 13 S. 308; 15 S. 252; 22 S. 382, R.G. 1 S. 81; 7 S. 102, 21 S. 66; ausführlich über diese Konsortialgeschäfte Sydow in G.Z. 19 S. 431; Ring S. 179).

2. **Einzelne Regeln.** Der Konsortialleiter hat seinen Konsortialbetheiligten von jedem erheblichen Schritte Mittheilung zu machen (R.O.H. 22 S. 182; §§ 713, 666 B.G.B.); die unterlassene Mittheilung befreit den Genossen, bei nachgewiesenem Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Verluste, von der Tragung des letztern (R.O.H. 22 S. 182; Bolze 6 Nr. 628). Der Konsorte ist berechtigt, die auf seinen Antheil entfallende Zahl von Aktien zum Stimmen zu benutzen. Er braucht sich auch über die Art der Abstimmung mit dem Konsortialleiter nicht zu verständigen. Der Konsortialleiter muß alles Zweckdienliche vornehmen, um die Aktien zum Konsortialkurse zu verwerthen, darf dies aber im Zweifel nicht unter diesem Kurse thun (Sydow a. a. O. S. 451; §§ 713, 665 B.G.B.). Gelingt die Verwerthung nicht, so müssen die Konsorten die Aktien jeder zu seinem Antheil, abnehmen (R.O.H. 13 S. 308; 15 S. 252, Bolze 6 Nr. 628; Sydow S. 462). Andererseits hat der Konsortialleiter den Konsorten alle Vortheile des Geschäfts, insbesondere auch aus der Verwerthung von Bezugsrechten, antheilig zuzuwenden (Bolze 19 Nr. 611; §§ 713, 677 B.G.B.). Jedem der Konsortialbetheiligten hat er Rechnung zu legen, da er zu jedem in einem besonderen Gesellschaftsverhältniß steht (§§ 713, 666, 721; 259 B.G.B.). Oft wird er davon im Voraus befreit (z. B. R.O.H. 17 S. 196; R.G. 1 S. 77). Dann aber hat er wenigstens ein bestimmtes Ergebniß rechnungsmäßig darzuthun (R.O.H. 17 S. 391; 22 S. 385) und bei Verdacht unredlicher Geschäftsführung muß er volle Rechnung legen. Außerdem hat jeder Genosse das Recht auf Einsicht in die Papiere und die Geschäftsbücher der Gesellschaft (§ 716 B.G.B.); doch kann dies unter denselben Modalitäten auch durch Abrede ausgeschlossen sein (§ 716 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 76. Anm. 77.

Beendigt ist das Konsortium, wenn alle Aktien begeben sind, oder wenn nicht mehr anzunehmen ist, daß weitere Aktien noch zu begeben sind (vergl. oben Anm. 61). Nach Beendigung hat der Konsortialleiter die übrig gebliebenen Aktien den Konsorten sofort anzubieten (R.O.H. 22 S. 386).

3. **Die Unterbetheiligung** ist ein Vertrag, welchen einer der Hauptbetheiligten bezüglich seines Konsortialantheils mit anderen Personen abschließt (R.G. 26 S. 52). Sie ist wieder eine Anm. 78.

Gelegenheitsgesellschaft (Bolze 18 Nr. 179). Den Unterbetheiligten gegenüber ist der Hauptkonsortialbetheiligte verpflichtet, seine eigenen Rechte gegen den Konsortialleiter zu wahren, widrigenfalls der Unterkonsortiale von seinen Verpflichtungen frei wird (R.O.H. 17 S. 390). Hat aber der Hauptkonsortiale seine Rechte gewahrt, und ist dennoch eine erhebliche Vertragswidrigkeit Seitens des Konsortialleiters begangen, so kann der Unterkonsortiale zurücktreten (R.G. 1 S. 78). Ueber die Ergebnisse des Geschäfts hat der Hauptkonsortiale Rechnung zu legen (Bolze 18 Nr. 179; vergl. oben Anm. 76). Der Unterkonsortiale ist an allen Vortheilen, auch an den Vortheilen aus der Verwerthung des Bezugsrechts zu betheiligen (Bolze 19 Nr. 611).

Wohl zu unterscheiden von den Unterkonsortialverträgen ist die Abtretung eines Antheils am Gewinnantheil (R.O.H. 10 S. 261).

Anm. 79. 4. **Stempelpflicht.** Wird ein Konsortium gebildet Zwecks Erwerb und Veräußerung von Aktien, so liegt noch nicht ein Anschaffungsgeschäft vor. Das Anschaffungsgeschäft wird ja erst in Ausführung dieses gesellschaftlichen Abkommens geschlossen (R.G. 26 S. 51). Dagegen sind Unterkonsortialverträge, die der Hauptkonsorte bezüglich seines Konsortialantheils mit andern beschließt, nachdem der Vertrag zwischen dem Hauptkonsortium und dem Abgeber von Aktien zu Stande gekommen ist, Anschaffungsgeschäfte (R.G. 26 S. 53).

Anm. 80. XII. **Uebergangsfragen.**

Gelegenheitsgesellschaften, welche sich nach früherem Rechte gebildet haben, werden nach altem Recht beurtheilt (Art. 170 E.G. zum B.G.B.), jedoch nur soweit es sich um die Beziehungen der Gesellschafter unter sich handelt. Soweit es sich um die Beziehungen der Gesellschafter zu dritten Personen handelt, also um die Frage ihrer Vertretung, ihrer Haftbarkeit für die Schulden der Gesellschaft, das Recht des Pfändungsgläubigers, den Antheil eines Gesellschafters zu pfänden und für sich nutzbar zu machen, sind für diejenigen Beziehungen, die nach dem 1. Januar 1900 entstehen, die Vorschriften des neuen Rechts maßgebend. Diejenigen Fragen, bei denen zunächst das Verhältniß der Gesellschafter unter sich und erst in seinen weiteren Konsequenzen das Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten in Betracht kommt, richten sich wiederum nach früherem Recht. Wenn z. B. für eine frühere Gelegenheitsgesellschaft ein Gegenstand erworben ist, so ist jeder Gesellschafter Dritten gegenüber berechtigt (Art. 269 Abs. 2 des alten H.G.B.). Ein eigentliches Gesellschaftsvermögen im Sinne des neueren Rechts hat eine solche Gesellschaft nicht.

B. Gesellschaftliche Vereinigungen von Minderkaufleuten.

Anm. 81. Wenn Handwerker oder sonstige Kleingewerbetreibende sich zu einer Gesellschaft vereinigen, so können sie eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht bilden, selbst wenn sie reine Handelsgrundgeschäfte gemäß § 1 betreiben (§ 4 Abs. 2). Ebensowenig können sie, da ihnen das Register verschlossen ist, ihre Eintragung erlangen und so gemäß § 2 Handelsgesellschaften werden. Ihre gesellschaftlichen Vereinigungen sind daher Gesellschaften bürgerlichen Rechts. (Zur Aktiengesellschaft oder zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung können sie sich allerdings vereinigen, und dann nehmen diese Gesellschaften keinerlei Sonderstellung ein [§ 6 Abs. 2].) Die gesellschaftlich verbundenen Personen sind allerdings Kaufleute. Denn sie betreiben ein Handelsgewerbe. Auf ihre Rechtsverhältnisse greifen daher alle Vorschriften über die Kaufleute, soweit nicht ihre Anwendbarkeit auf Minderkaufleute ausgeschlossen ist, Anwendung. Insbesondere sind ihre Rechtsgeschäfte Handelsgeschäfte nach § 343 und auch die Vermuthung des § 344 greift für und gegen sie Platz (vergl. im Einzelnen Anm. 17 zu § 4 und Erl. zu § 343). Aber ihre gesellschaftlichen Verhältnisse regeln sich nicht nach den Vorschriften über die o. H.G. oder Kommanditgesellschaft, sondern nach §§ 705 ffg. B.G.B. Dieselben sind im Einzelnen von uns oben in Anm. 10 ffg. auseinandergesetzt. Was hier über die Gelegenheitsgesellschaft gesagt ist, gilt im Großen und Ganzen auch für solche Vereinigungen, nur mit Weglassung dessen, was aus dem Charakter der Gelegentlichkeit gefolgert ist.

Anm. 82. Allerdings können, wie wir schon in Anm. 15 zu § 4 bemerkt haben, solche Vereinigungen durch Gesellschaftsvertrag sich den Rechten der Handelsgesellschaften unterwerfen. Allein dies kann doch nur soweit geschehen, als es sich um ihre inneren Beziehungen handelt. Soweit es sich um

die Beziehungen nach außen und auch sonst um Vorschriften zwingenden Rechts handelt, ist der Gesellschaftsvertrag machtlos. Die Form einer Kommanditgesellschaft ist in Folge dessen solchen Gesellschaften überhaupt verschlossen. Denn es kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag mit bindender Kraft nach außen festgesetzt werden, daß ein Gesellschafter nicht solidarisch hafte. Das könnte nur durch besonderen Vertrag mit jedem einzelnen Gegenkontrahenten erreicht werden. Die Parteifähigkeit kann solchen Gesellschaften durch Gesellschaftsvertrag nicht verliehen werden und ebensowenig das Firmenrecht. Eine solche Gesellschaft kann also nicht unter einem besonderer Namen Verträge schließen, Eigenthum und andere dingliche Rechte erwerben, klagen und verklagt werden. Und auch ein Gesellschaftskonkurs kann über eine solche Gesellschaft nicht eröffnet werden. Auch die Rechte des Exekutionsgläubigers eines Gesellschafters sind verschieden von den Rechten eines Pfändungsgläubigers eines offenen Handelsgesellschafters, und auch diese Verschiedenheit kann durch den Gesellschaftsvertrag nicht beseitigt werden (vergl. auch Cosack S. 725).

Ist eine Vereinigung von Minderkaufleuten zu Unrecht im Register eingetragen, so gilt Anm. 83.
sie als offene Handelsgesellschaft (§ 5), gerirt sie sich im Handelsverkehr als Handelsgesellschaft, so müssen sich die solchergestalt auftretenden Personen gefallen lassen, daß sie vom Verkehr als offene Handelsgesellschafter behandelt werden, insbesondere tritt dann Solidarhaft ein (Exkurs zu § 5; Anm. 6 zu § 123).

C. Der nicht rechtsfähige Verein im Handelsverkehr.

Das B.G.B. erkennt das besondere Rechtsgebilde eines nicht rechtsfähigen Vereins nicht Anm. 84.
an. Tritt eine Vereinigung von Personen im Rechtsverkehr mit der Organisation und dem Namen eines Vereins auf, sodaß er nach außen als ein rechtsfähiger Verein erscheint, so soll diese Vereinigung gleichwohl nach den Vorschriften über die Gesellschaft behandelt werden. Dies bestimmt mit klaren Worten § 54 und aus diesen Worten ergiebt sich nach unserer Ansicht mit voller Deutlichkeit, daß es ein besonderes Rechtsgebilde des nicht rechtsfähigen Vereins nicht giebt. Vielmehr wird ein rechtsfähiger Verein vom Gesetzbuch einfach als Gesellschaft angesehen und behandelt und es kann nicht für richtig erachtet werden, wenn Eck (Vorträge S. 49) in dem nicht rechtsfähigen Verein etwas von der Gesellschaft Verschiedenes und mit dem rechtsfähigen Verein zu einem Gattungsbegriff Verbundenes findet.

Allerdings kann, wie dies Planck zu § 54 B.G.B. dargethan hat, ein nicht rechtsfähiger Verein seine Satzung derart gestalten, daß sie große Aehnlichkeit mit der Satzung eines rechtsfähigen Vereins erlangt (so hinsichtlich der Fortsetzung der Gesellschaft trotz Kündigung eines Gesellschafters, hinsichtlich der Vertretung, hinsichtlich der Majoritätsbeschlüsse ꝛc.). Aber alles dies kann, wie auch Planck zutreffend hervorhebt, nur geschehen, weil und soweit die Vorschriften über die Gesellschaft dies zulassen. Und deshalb bleibt ein nicht rechtsfähiger Verein, dessen Satzungen sich noch so sehr denen eines rechtsfähigen Vereins nähern, immer nur eine Gesellschaft.

An der Richtigkeit dieser Anschauung können auch die wenigen Sondervorschriften über den nicht rechtsfähigen Verein nichts ändern.

Wenn § 54 B.G.B. sagt, daß die Namens des nicht rechtsfähigen Vereins Handelnden persönlich für die Verbindlichkeiten desselben haften, so ist dies eine Ausnahmevorschrift für eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Gestaltung des Rechtsverkehrs. Da der Gesetzgeber den nicht rechtsfähigen Verein als besonderes Rechtsgebilde nicht anerkennt, sondern in ihm eine Gesellschaft erblickt, so entspricht es diesem gesetzgeberischen Willen, daß der nicht rechtsfähige Verein auch im Verkehr als Gesellschaft auftritt, also insbesondere, daß im Namen der ihn bildenden Mitglieder gehandelt wird, nicht unter einer anonymen Bezeichnung, aus welcher die Namen der den Verein recte Gesellschaft bildenden Mitglieder nicht ohne Weiteres ersichtlich sind. Als Kompelle dafür, daß so gehandelt und als eine Art civilrechtlicher Strafe, wenn anders gehandelt wird, soll denjenigen, der anders handelt, die schwere Rechtsfolge eigener Haftung treffen (selbstverständlich neben der Haftung der in solcher Weise vertretenen Mitglieder und des Vereins- recte Gesellschaftsvermögens).

Wenn § 50 C.P.O. sagt, ein Verein, der nicht rechtsfähig sei, könne verklagt werden, so ist auch dies lediglich zum Schutze des Verkehrs aufgestellt. Tritt ein Verein, obwohl er keine

juristische Person, sondern eine Gesellschaft ist, im Rechtsverkehr gleichwohl so auf, als sei er eine juristische Person, so müssen seine Mitglieder die Konsequenz über sich ergehen lassen, daß ihre Vereinigung verklagt wird, als sei sie eine juristische Person. Verklagt sind in solchem Falle in Wahrheit die einzelnen Mitglieder und das Endziel solcher Klage ist dasselbe, wie wenn die Gesellschafter verklagt werden als Repräsentanten des Gesellschaftsvermögens (§ 736 C.P.O., oben Anm. 12). Statt der einzelnen Mitglieder, die im Rechtsverkehr nicht hervorgetreten sind, wird in der Klage eben der Verein genannt. Zur Zwangsvollstreckung in das Vereins- recte Gesellschaftsvermögen genügt eben, das ist die Konsequenz, ein gegen den Verein ergangenes Urtheil. (§ 735 C.P.O.) Selbstverständlich bleiben in Wahrheit in solchem Falle die Mitglieder verklagt, (jedoch mit dem Endziele der Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen), und es ist nur ein Unterschied in der Bezeichnung, wenn statt der einzelnen Mitglieder der nicht rechtsfähige Verein verklagt wird.

Auch daß nach § 213 K.O. ein selbstständiger Konkurs über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins eröffnet werden kann, macht den nicht rechtsfähigen Verein nicht zum selbstständigen Rechtsgebilde. Denn daß über ein Sondervermögen der Konkurs eröffnet wird, auch wenn es einer Person gehört, über deren Gesammtvermögen nicht Konkurs eröffnet ist, kommt auch sonst vor (vergl. Anm. 16 zu § 306; Jaeger K.O. Anm. 60—62 zu § 1).

Der nicht rechtsfähige Verein ist also eine Gesellschaft (so auch Cosack, Bürgerl. Recht II S. 310. Nur durch scharfe Betonung dieses einfachen Satzes kann hier Klarheit erzeugt werden.

Für das Handelsrecht ergiebt sich hieraus, daß, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein Handelsgrundgeschäfte nach § 1 betreibt, er eine o. H.G. ist. Daß der Vereinsname den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht, ändert daran nichts (vergl. Anm. 18 zu § 105) und selbst, wenn man den Vereinsnamen als gemeinschaftliche Firma im Sinne des § 105 nicht ansehen wollte, so kann der Verein doch nach § 2 gezwungen werden, sich eintragen zu lassen, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Firma anzunehmen und so zur o. H.G. zu werden (vergl. Anm. 15 zu § 2), es sei denn, daß die Geschäfte minderkaufmännischer Art wären (§ 4; oben Anm. 81).

Anm. 85. Weiter folgt daraus, daß, wenn der nicht rechtsfähige Verein ein gewerbliches Unternehmen nach § 2 betreibt, er ebenfalls zur Eintragung einer gehörigen Firma gezwungen werden kann und dadurch zur offenen Handelsgesellschaft wird, nach seiner Wahl allerdings auch zur Kommanditgesellschaft.

Anm. 86. Für den Fall, daß die Gewerbe land- oder forstwirthschaftlichen Charakter haben, gelten natürlich die Ausnahmen des § 3.

Anm. 87. Und endlich ist ein nicht rechtsfähiger Verein, solange er eingetragen ist, als o. H.G. zu betrachten, auch wenn sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist (§ 5).

Alle diese handelsrechtlichen Konsequenzen würden verwischt und verdunkelt werden, wenn man den einfachen Satz nicht anerkennen wollte, daß der nicht rechtsfähige Verein eine Gesellschaft ist, sondern ihn als etwas von der Gesellschaft wesentlich Verschiedenes betrachten wollte.

Berichtigungen und Nachträge zum ersten Bande.

S. 4. Zu den in Anm. 11 gemachten Ausführungen ist das Urtheil des Reichsgerichts Band 42 S. 97 zu vergleichen, und gegen dieses wieder unsere Ausführungen auf S. 292.

S. 21. Anm. 52. Zu den dort aufgezählten Entscheidungen des Reichsgerichts tritt noch hinzu: R.G. 42 S. 157.

S. 25. Meine Ausführungen über die Beweislast bei der aufschiebenden Bedingung haben Beifall gefunden bei Koffka (Deutsche Juristenztg. Bd. 4 S. 173; ferner bei Beckh, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch S. 185.

S. 82. Zu Anm. 7 vergl. z. B. Anm. 9 zu § 59.

S. 83. Zu Anm. 3 vergl. jetzt Art. 7 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum B.G.B., welcher an die Stelle des § 1 des Preußischen Gesetzes vom 4. Mai 1846 tritt und bestimmt, daß juristische Personen, die nicht in Preußen ihren Sitz haben, zum Erwerbe von Grundstücken im Werthe von mehr als 5000 Mark der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde bedürfen, und juristische Personen, die in einem anderen Bundesstaate ihren Sitz haben, zum Erwerbe von Grundstücken im Werthe von mehr als 5000 Mark der Genehmigung des Königs oder der durch königliche Verordnung bestimmten Behörde bedürfen.

S. 86. Anm. 10. Das dort citirte Urteil des Reichsgerichts vom 5. Februar 1898 ist jetzt abgedruckt in R.G. 41 S. 22.

S. 98. Anm. 13 Abs. 2. Durch Art. 7 des Preußischen F.G. ist das Kammergericht für zuständig erklärt.

S. 98. Anm. 14 Zeile 4. Statt des Wortes „aber" muß es „bloß" heißen. Der ganze Passus muß also lauten: „und diejenigen Entscheidungen, welche der weiteren Beschwerde unterliegen, nicht bloß diejenigen, welche der sofortigen weiteren Beschwerde unterliegen."

S. 102 u. 103. Es fehlen am Rande die Bezeichnungen Anm. 12, Anm. 13, Anm. 14.

S. 167. § 32 Anm. 2. Statt der Worte „vorbehaltlich des Schutzes des redlichen Glaubens und des Grundbuchs" mußte es heißen: „Grundsätzlich auch ohne Vorbehalt des Schutzes des guten Glaubens, außer in bestimmten dem Grundbuchverkehr angehörigen Fällen."

S. 183. Statt Anm. 2 muß es heißen Anm. 25.

S. 267. Anm. 4 Zeile 16 muß es statt „bestimmte" heißen „unbestimmte".

S. 269. Anm. 10. In Zeile 6 und 8 muß es statt Kündigung heißen Bedingung.

S. 303. Anm. 3. Statt Berücksichtigung muß es Berichtigung und statt Gehülfe muß es Lehrling heißen.

S. 445. Im Texte des § 139 Abs. 1 Zeile 6 muß es statt „auf" heißen „als".

S. 546. In Anm. 5 a Zeile 1 muß es statt „Interimsscheine dürfen nicht ausgegeben werden" gerade umgekehrt heißen: „Interimsscheine dürfen ausgegeben werden".

S. 603. In Anm. 4 Abs. 3 Zeile 2 muß es statt Fehler heißen Fehlen. Ebenda Zeile 4 muß es statt inkorrekt heißen korrekt.

S. 777. Die in Anm. 8 enthaltenen Beispiele von Tagesordnungen für die Kapitalserhöhung und für die Kapitalsherabsetzung sind nicht zutreffend formulirt, vergl. Anm. 8 Note 1 zu § 278 und Anm. 13 zu § 288.

S. 895. Anm. 7 muß es heißen: Die Liquidationseröffnungsbilanz unterliegt der Genehmigung der Generalversammlung (vergl. Anm. 3) und ebenso die Jahresbilanz.

Druck von A. Rietz & Sohn, Naumburg a. S.

