

4 Die Auswirkungen des „Wirtschaftswunders“

Die Jahre zwischen 1950 und 1970 waren wirtschaftlich eine Phase der Hochkonjunktur in einem für die Bundesrepublik einmaligen Ausmaß, die deshalb auch als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird.¹ Bereits zwischen 1950 und 1952 wuchs der Export um 200 Prozent, die Realeinkommen und das Bruttoinlandsprodukt stiegen ebenfalls gewaltig.² Die Bundesrepublik hatte das größte Wachstum in Europa, das auch deutlich schneller war als in den USA, angetrieben vor allem durch eine sehr hohe Investitionsquote. Der Anteil von Industrie und Handwerk lag damals zwischen 33 Prozent und 50 Prozent, in den Jahren von 1950 bis 1960 ist dann eine große Zunahme des tertiären Sektors zu verzeichnen. Im Wirtschaftsrecht erfolgten damals allerdings nur wenige gesetzgeberische Impulse, so dass sich die Frage aufdrängt, ob und inwieweit die Rechtsprechung auf die wirtschaftliche Entwicklung reagieren müssen.

4.1 Die Währungsreform

Bevor es zu dem Phänomen kommen konnte, das als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird,³ gab es auf wirtschaftlichem Gebiet ein Ereignis, das bereits vor der Gründung des BGH von immenser Bedeutung war: Die Währungsreform, die durch die westlichen Militärregierungen Ende der 1949er Jahre durchgeführt wurde,⁴ brachte für die meisten deutschen Bürger große wirtschaftliche Auswirkungen mit sich. Das erste Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) erging im amerikanischen Kontrollgebiet,⁵ die entscheidende Bestimmung besagte nur, dass vorbehaltlich besonderer Vorschriften für bestimmte Fälle, an die Stelle der bisherigen Rechnungseinheiten die Rechnungseinheit Deutsche Mark trete (§ 2). Insoweit war am 21. Juni 1948, dem ersten Tag mit dem Zahlungsverkehr in Deutscher Mark noch vieles unklar, das sogenannte Umstellungsgesetz⁶ regelte dann eine Woche später, dass im Allgemeinen das Altgold im Verhältnis von zehn zu eins gegen neue Deutsche Mark eingetauscht wird, das heißt je zehn Mark Altgold wurden auf eine Deutsche Mark zusammengelegt, die Umstellung der Guthaben bei Kreditinstituten und der Forderungen und

¹ Dieser wirtschaftliche Erfolg beruhte in erster Linie auf einem Exportboom, der ausgelöst wurde durch die Korea-Krise, die in verschiedenen Ländern zu wirtschaftlichen Beeinträchtigungen geführt hat und Lücken entstehen ließ, in die dann die deutsche Wirtschaft stoßen konnte.

² Zur Entwicklung: Abelshauser, Deutsche Wirtschaftsgeschichte.

³ So der Titel des Werks von: Grube/Richter.

⁴ Rittmann, Deutsche Geldgeschichte, S. 343 ff.

⁵ Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens, Gesetz Nr. 61, abgedruckt in Harmening/Duden, Die Währungsgesetze, S. 1 ff. Ähnliche Regelungen ergingen im britischen und im französischen Kontrollgebiet.

⁶ Gesetz Nr. 63 vom 27.6.1948 im amerikanischen und britischen Kontrollgebiet, s. Harmening/Duden, Die Währungsgesetze, S. 28.

Schulden wurden also im Wert 10:1 umgerechnet. Ein Lastenausgleich war in dieser Währungsreform noch nicht erfolgt, sondern war einer späteren Regelung vorbehalten.⁷

Alle Zivilsenate des BGH waren in den ersten Jahren stark mit Währungsumstellungs-Fragen befasst, allein in der amtlichen Sammlung sind 25 Entscheidungen für das Jahr 1951 enthalten, und auch ein Jahr später finden auch noch über 22 Judikate, in denen die Währungsumstellung eine Rolle spielte. Zunächst war der Anwendungsbereich zu klären, insbesondere bei einer Umstellung auf Ost- oder Westwährung, wobei der V. Senat entschied, für die Zuständigkeit sei auf den Wohnsitz abzustellen⁸ und nicht auf den Ort, zu dem die meisten Beziehungen bestanden.⁹ Die Aufspaltung Deutschlands in Ost und West führte jedenfalls zu einer Währungsspaltung, das interzonale Währungsrecht war daher häufiger Gegenstand von Entscheidungen.¹⁰

Meist handelte es sich um gestreckte Vorgänge, bei denen Teilakte vor dem Stichtag stattgefunden hatten, andere erst danach erfolgten. Die Frage der Umstellung war zu klären beispielsweise bei einem Versendungskauf,¹¹ bei einem Gemüseanbau- und Lieferungsvertrag, bei dem das Saatgut vor dem 21. Juni 1948 geliefert wurde, der Anbau aber erst danach erfolgte, bei einer Teilerfüllung eines Werkvertrages vor dem Stichtag¹² und auch bei der Teilleistung eines Frachtführers in der Binnenschifffahrt.¹³ Immer wieder ging es auch um steckengebliebene Banküberweisungen,¹⁴ oft bei Ost/West-Geldüberweisungen. Grundstückskaufverträge warfen die Frage auf, ob bereits die Leistung zum Stichtag bewirkt worden war, wenn Übergabe und Auflassung stattgefunden hatten und die Eintragung später vorgenommen worden war,¹⁵ was der BGH bejahte. Anders sei es zu beurteilen, wenn noch eine behördliche Genehmigung fehlte.¹⁶ Mehrere Entscheidungen hatten sich mit Pensionsansprüchen oder Ansprüchen aus einer Invaliditätszusatzversicherung zu befassen.¹⁷

Bestimmte Forderungen vor allem familien- und erbrechtlicher Art waren gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG privilegiert, wurden also im Verhältnis 1:1 umgestellt, etwa

⁷ Dies hat zu Unmut bei der Bevölkerung geführt.

⁸ BGH v. 26.1.1951 – V ZR 43/50 (BGHZ 1, 109).

⁹ BGH v. 26.3.1953 IV ZR 128/52 (BGHZ 9, 151).

¹⁰ BGH v. 30.9.1952 – I ZR 31/52 (BGHZ 7, 231); BGH v. 26.3.1953 – IV ZR 128/52 (BGHZ 9, 151): der Wohnsitz sei maßgeblich, nicht die „Beziehung“ zu einem Zonengebiet.

¹¹ BGH v. 5.12.1950 – I ZR 41/50 (BGHZ 1, 4).

¹² BGH v. 1.3.1951 – III ZR 202/50 (BGHZ 1, 229); BGH v. 15.12.1950 – I ZR 60/50 (BGHZ 1, 23).

¹³ BGH v. 13.4.1951 – I ZR 64/50, BGHZ 1, 396).

¹⁴ BGH v. 27.9.1951 – I ZR 47/51 (BGHZ 3, 156); BGH v. 6.2.1953 – I ZR 80/52 (BGHZ 9, 13).

¹⁵ BGH v. 26.6.1951 – V ZR 35/50 (BGHZ 2, 369).

¹⁶ BGH v. 15.2.1952 – V ZR 54/51 (BGHZ 5, 173). Ähnlich BGH v. 29.2.1952 – V ZR 4/51 (BGHZ 5, 214).

¹⁷ BGH v. 15.12.1951 – II ZR 39/51 (BGHZ 4, 197); BGH v. 15.12.1951 – II ZR 108/51 (BGHZ 4, 219); BGH v. 15.12.1951 – II ZR 24/51 (BGHZ 4, 208); BGH v. 30.4.1952 – II ZR 124/51 (BGHZ 6, 47): Umstellung von Berliner Versicherungsansprüchen.

eine Ausstattungsforderung eines Kindes gegenüber den Eltern¹⁸ oder Pflichtteilsansprüche,¹⁹ die, so der Senat, ihre Privilegierung auch nicht durch eine Abtretung verloren.²⁰ Für Ansprüche, die sich gegen die Schwiegereltern richteten, war maßgeblich, ob durch den Anspruch auch ein Verwandtschaftsverhältnis berührt war.²¹

Genau so schnell wie die Rechtsprobleme mit der Währungsreform aufkamen, so schnell waren sie nach wenigen Jahren verschwunden.

4.2 Das Handels- und Gesellschaftsrecht

4.2.1 Nachwirkungen der NS-Zeit²²

Die Entscheidungen des für dieses Rechtsgebiet zuständigen II. Senats²³ wurden anfangs auch durch die Auswirkungen der Kriegsjahre beziehungsweise deren politische Folgen geprägt, die spezielle gesellschaftsrechtliche Probleme aufgeworfen haben. Drei Fallgruppen sollen hier kurz angesprochen werden. Zum einen begehrten ehemalige Nationalsozialisten, die in den Urteilen als „Alte Kämpfer“ bezeichnet wurden,²⁴ Ruhegehälter von Gesellschaften, für die sie als „Direktoren“, meist als eine Art Geschäftsführer, tätig gewesen waren. Einer der Kläger war ein solcher Direktor einer Zweigniederlassung einer Bank, die unter seiner Mitwirkung im Jahr 1933 die Bank der Deutschen Arbeit AG, eine Gesellschaft der Gewerkschaften, gewaltsam übernommen hatte, deren Geschäftsbetrieb im Anschluss an die Übernahme eingestellt worden war.²⁵ Nachdem die Bank nach dem Krieg ihr Vermögen teilweise rückerstattet erhalten hatte, verlangte dieser Mann ein Ruhegehalt aus einem Versprechen, das er sich 1943 von der Bank hatte geben lassen. Der Kläger hatte in den unteren Instanzen Erfolg, der BGH wies jedoch seine Klage unter Hinweis auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) ab, da der Mann nicht von dem Unrechtsakt der NSDAP profitieren dürfe. Einer solchen Sicherung einer nationalsozialistischen Nutznießung könne der Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung erfolgreich entgegengehalten werden, denn der Klä-

18 BGH v. 30.5.1951 – II ZR 36/50 (BGHZ 2, 229).

19 BGH v. 22.11.1951 – IV ZR 37/51 (BGHZ 3, 394); BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52 (BGHZ 7, 134): es handele sich um Geldsummenansprüche, bei denen auch eine nachträgliche Änderung der Berechnungsgrundlage ohne Einfluss auf die Höhe bleibe (S. 138). Ähnlich: BGH v. 6.4.1951 – I ZR 39/50 (BGHZ 1, 363).

20 BGH v. 12.7.1951 – IV ZB 33/51 (BGHZ 3, 135).

21 BGH v. 22.12.1952 – IV ZB 96/56 (BGHZ 8, 265). Es gab noch weitere Privilegierungen: Wurde eine stille Gesellschaft vor dem Stichtag aufgelöst, waren die Auseinandersetzungsansprüche im Verhältnis 1:1 umzustellen (BGH v. 11.7.1951 – II ZR 45/50 (BGHZ 3, 75)).

22 Zum Wirtschaftsrecht in der nationalsozialistischen Zeit: Thiessen, Wirtschaftsrecht, S. 236 ff.

23 Zur frühen Rechtsprechung des Senats auch: Bayer, Unternehmensrecht, S. 83 ff.

24 So BGH v. 25.2.1953 – II ZR 108/52, im Tatbestand auf Seite 2 des Urteils (BA, B 283/39623, Bl. 45).

25 Zu diesem Fall auch: Band 1, Kap. 4.8.

ger habe seinerseits an der gewaltsamen Übernahme mitgewirkt.²⁶ Es könne nicht hingenommen werden, dass aus einer solch evident rechtswidrigen Maßnahme auch noch Vorteile resultieren sollen. In einem ähnlich gelagerten Fall hielt der Senat eine durch die Gesellschafterversammlung unmittelbar nach Kriegsende ausgesprochene Kündigung eines Mitarbeiters, der eine ähnliche Erwerbsbiographie in der NS-Zeit aufwies wie der Kläger im zuerst genannten Fall, für wirksam, so dass auch er aus dem Vertrag, den er in der NS-Zeit geschlossen hatte, keine Ansprüche herleiten könne.²⁷

Eine andere Fallgruppe betraf enteignete Unternehmen. Eine Witwe, frühere Kommanditistin, klagte auf Schadensersatz gegen eine Nachfolgeorganisation, denn „ihre“ Kommanditgesellschaft war 1941 auf nationalsozialistischen Druck hin auf eine GmbH übertragen und dann 1946 mit einer Ost-Gesellschaft verschmolzen worden, die allerdings noch drei Betriebsstellen in Westdeutschland besaß.²⁸ Zwei Jahre darauf hatte ein ehemaliges Vorstandsmitglied eine Ein-Mann-GmbH gegründet, der die drei westlichen Betriebsstellen zugeschlagen wurden. Während die Nachfolge-Gesellschaft im sowjetisch besetzten Teil Deutschlands durch Enteignung erloschen war, blieben somit die Teile im Westen bestehen. Eine unmittelbare Haftung für den Anspruch der Frau ließ sich nicht feststellen, weil es sich bei den noch im Westen tätigen Unternehmensteilen nicht um eine Nachfolgegesellschaft im juristischen Sinne handelte. Doch meinte der Senat:

Dieses Vermögen gehörte zwar der Beklagten und nicht ihrem einzigen Gesellschafter, denn die Rechtsordnung hat die GmbH als eine juristische Person und damit als ein von ihren Mitgliedern scharf getrennt zu scheidendes Rechtssubjekt ausgebildet. Die ausnahmslose Anwendung dieses Prinzips führt aber zu Ergebnissen, die mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar sind und nicht als Recht anerkannt werden können.²⁹

Die Gründung der GmbH sei eine rein organisatorische Maßnahme gewesen, um das Westvermögen zu verselbstständigen und vom Osten aus die drei westlichen Betriebsstellen selbstständig verwalten zu können. Der Senat erlaubte hier ausnahmsweise den „Durchgriff auf die von der juristischen Person verdeckten Kräfte und Verhältnisse“,³⁰ zog also überzeugende pragmatische Erwägungen den dogmatischen vor und gab der Klage statt. Und auch im Falle einer ursprünglich schweizerischen Aktiengesellschaft

²⁶ BGH v. 25.2.1952 – II ZR 108/52 (BGHZ 9, 94). Der Senat folgte insoweit der Revisionsbegründung vom 10.6.1952 (BA, B 283/39623, Bl. 14) und hob das anderslautende Urteil der Vorinstanz auf.

²⁷ BGH v. 24.2.1954 – II ZR 88/53 (BGHZ 12, 337). Bei einem 1939 zum Vorstandsmitglied berufenen Nationalsozialisten bestand der Anspruch durch ein Auslaufen des Vertrages. Der BGH verwies zurück, um das Berufungsgericht prüfen zu lassen, ob nicht trotz formalen Anspruchs das Ruhegehalt nicht doch ein Vorteil aus der NS-Zeit sei, der nicht gerechtfertigt sei (BGH v. 29.5.1954 – II 223/53 (BGHZ 13, 346)).

²⁸ BGH v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4).

²⁹ BGH, v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4, 12).

³⁰ BGH v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4, 13).

sellschaft, deren Aktien zu einem großen Teil von einer deutschen Gesellschaft gehalten worden waren und die 1944 in den Niederlanden konfisziert und 1945 aufgelöst worden war, meinte der Senat, dass hinsichtlich des nicht enteigneten ausländischen Vermögens die juristische Person fortbestehe, auch wenn sie im Heimatland vernichtet wurde.³¹ Er entschied sich ausdrücklich für diese Spaltungstheorie, weil sie gerechte Ergebnisse erlaube, unberechtigte Eingriffe eines Staates gegenüber anderen Staaten verhindere und die Gesellschafter vor entschädigungsloser Enteignung schütze.³² Diese Lösungen des II. Senats in beiden Fallgruppen kann man durchaus als innovativ bezeichnen, das Gesetz wurde an außergewöhnliche Ereignisse angepasst und gleichzeitig befriedigende Ergebnisse gefunden.

Schließlich bereiteten die Fälle Probleme, in denen Gesellschaften (meist eine GmbH, einmal auch eine AG) Forderungen gegenüber ihren Schuldern geltend machten, die während der Kriegszeit entstanden waren.³³ Die Schuldner rechneten nun mehr mit Forderungen auf, die ihnen gegenüber dem Deutschen Reich zugestanden hatten und machten geltend, dass die klagende Gesellschaft damals als „Kriegsgesellschaft“³⁴ praktisch mit dem Deutschen Reich identisch gewesen sei. In mehreren Entscheidungen entwickelte der BGH allmählich feste Grundsätze für diese „Fallgruppe“: Grundsätzlich solle für eine Aufrechnung an dem gesetzlichen Erfordernis der Identität zwischen dem Gläubiger der Hauptforderung und dem Schuldner der Aufrechnungsforderung festgehalten werden. Diese Identität sei aber selbst dann nicht gegeben, wenn Gläubiger der Klageforderung eine Einmannsgesellschaft sei, deren alleiniger Gesellschafter das Deutsche Reich war. Gleichwohl haben die Senate es der klagenden Gesellschaft in engen Ausnahmesituationen verwehrt, sich auf die fehlende Identität zu berufen, nämlich wenn die Gesellschaft „trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit lediglich eine juristisch verselbständigte besondere Erscheinungsform des Reiches“³⁵ war. Kriterien dafür seien die Tatsachen, dass die Gesellschaft mittelbar Reichsbesitz geworden sei, dass die Gesellschaft hoheitliche Aufgaben des Reiches mit zweckgebundenen Mitteln treuhänderisch durchgeführt habe und dabei an Weisungen einer Reichsbehörde gebunden war, oder dass ihre freie Entschließung sich auf die technische Durchführung von Reichsaufgaben beschränkt habe.³⁶ Bejaht wurde die Zulassung der Aufrechnung für die Lieferung von Baracken zwecks Unterbringung von Rüstungsarbeiten³⁷ und für die Lieferung eines Frostschutzmittels für Kühlwasser

³¹ BGH v. 5.5.1960 – VII 92/58 (BGHZ 32, 256, 259).

³² Ähnlich BGH v. 11.7.1957 – II ZR 318/55 (BGHZ 25, 134) zu einer ehemals sudetendeutschen juristischen Person, die in der CSSR enteignet worden war; diese bestehe mit ihrem im Westen belegenen Vermögen weiter (zum Meinungsstand ausführlich auf S. 144 ff.). Die Spaltung wurde somit anerkannt.

³³ Die Fälle dieser dritten Fallgruppe wurden nicht nur vom zweiten Zivilsenat entschieden, da es um Aufrechnungen ging, so dass in einigen Fällen der erste Zivilsenat zur Entscheidung berufen war.

³⁴ Zu diesem Begriff: BGH v. 30.10.1951 – I ZR 58/51 (BGHZ 3, 316, 318).

³⁵ BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53.

³⁶ BGH v. 3.7.1953 – I ZR 216/52 (BGHZ 10, 205, 208); BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53.

³⁷ BGH v. 3.7.1953 – I ZR 216/52 (BGHZ 10, 205).

von Flugzeugmotoren.³⁸ Verneint wurde dies für die Gewährung eines Betriebsmittelkredits, weil die Bank der deutschen Luftfahrt zwar zu Zwecken der Rüstungsfinanzierung gegründet worden war und die Aktien in der Hand des Reichs lagen, aber es sich im konkreten Fall um einen reinen Betriebsmittelkredit gehandelt habe, bei dem die Bank nicht wie eine Dienststelle des Deutschen Reiches aufgetreten sei.³⁹ Diese Grundsätze hat der II. Senat in einem konkreten Fall ein wenig weitergehender angewandt, nämlich bei einer Firma aus Westfalen, die nicht als Kriegsgesellschaft gegründet worden war und kapitalmäßig nicht ganz oder teilweise dem Reich verbunden war. Doch habe sie als besondere Erscheinungsform des Reichs hoheitliche Aufgaben mit zweckgebundenen Mitteln treuhänderisch durchgeführt und sie sei, auch wenn sie schon seit dem 19. Jahrhundert einen Pulver herstellenden Betrieb unterhielt, im Krieg praktisch nur noch Dienststelle des Reiches gewesen. Als Folge konnte die Gegenforderung aus einer Lieferung an die Waffen-SS ihr gegenüber aufgerechnet werden.⁴⁰

Ohne behaupten zu wollen, dass jede einzelne Entscheidung richtig gewesen ist, kann doch festgehalten werden, dass es den Zivilsenaten weitgehend gelungen ist, den Besonderheiten der kriegsbedingten Sachverhalte Rechnung zu tragen, ohne die gesetzliche Dogmatik völlig aufzugeben und gleichwohl im Wesentlichen angemessene Ergebnisse zu erzielen.

4.2.2 Traditionelles beim Kaufmann/ Rechtsfortbildung bei den Personengesellschaften

Von diesen kriegsbedingten Einzelfällen abgesehen, bewegte sich die Senatsrechtsprechung zum allgemeinen Handelsrecht⁴¹ auf den bereits zuvor vom Reichsgericht beschrittenen Pfaden. Die Liste der Grundhandelsgewerbe (in § 1 HGB aF) führte zu einem engen Kaufmannsbegriff, und auch der Senat begrenzte die Kaufmannseigenschaft, indem er sie an den Betrieb eines Gewerbes koppelte⁴² und eine Gewinnerzielungsabsicht verlangte.⁴³ Der Kaufmann müsse selbst als Inhaber des Betriebes anzusehen sein, so dass die Gesellschafter einer GmbH oder der Kommanditist einer KG keine Kaufleute waren.⁴⁴ Für die Tätigkeit der Deutschen Post wurde daran festgehalten, dass sie öffentliche Gewalt darstelle und damit nicht Kaufmann sein konnte,⁴⁵ das Gleiche galt für die Bundesbahn.⁴⁶ Allerdings hat sich der IV. Zivilsenat des BGH bei

³⁸ BGH v. 19.11.1954 – I ZR 170/52.

³⁹ BGH v. 8.10.1954 – I ZR 102/52 (BGHZ 15, 27, 32).

⁴⁰ BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53 (BGHZ 17, 19 = NJW (1955), S. 745).

⁴¹ Vgl. dazu den Überblicksaufsatzt von Horn, Allgemeines Handelsrecht, S. 3 ff.

⁴² BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59 (BGHZ 32, 307).

⁴³ BGH v. 11.1.1962 – VII ZR 188/60 (BGHZ 36, 273).

⁴⁴ BGH v. 13.2.1952 – II ZR 91/51 (BGHZ 5, 133) und BGH v. 2.6.1966 – VII ZR 292/64 (BGHZ 45, 282).

⁴⁵ BGH v. 14.1.1954 – III ZR 217/52 (BGHZ 12, 89) und BGH v. 14.1.1954 – III ZR 334/52 (BGHZ 12, 96).

⁴⁶ BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 38).

der Frage, ob für die Veräußerung von Dampfbaggern durch die Reichsbahn⁴⁷ hinsichtlich eines Gutgläubenserwerbs das HGB (konkret § 366 HGB) anzuwenden ist, auf den Standpunkt gestellt, dass diese Vorschrift zwar nicht unmittelbar herangezogen werden könne, da der Reichsbahn ja die Kaufmannseigenschaft fehlte; jedoch sei eine analoge Anwendung geboten,⁴⁸ denn die Reichsbahn (später Bundesbahn) sei zwar nicht im Rechtssinne, aber doch der Sache nach Kaufmann.⁴⁹

Auch in Haftungsfragen bewegte sich der Senat in gewohntem Fahrwasser: Wie schon zu Zeiten des Reichsgerichts wurde der Rechtsverkehr durch eine konsequente Vertrauenhaftung geschützt,⁵⁰ erwähnt sei die Haftung des Firmenübernehmers aus § 25 HGB aF,⁵¹ oder die Erbenhaftung aller Miterben, auch wenn nur ein Miterbe das Geschäft fortführt, soweit die anderen mit der Fortführung einverstanden waren.⁵² Die Haftung der Erben für Altschulden eines ererbten Handelsgeschäftes wurde auch auf Vor- und Nacherben angewandt.⁵³ Als Beispiel für die Kontinuitäten zur Rechtsprechung des Reichsgerichts seien ferner die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsbeschreiben erwähnt⁵⁴ oder die Sorgfaltspflichten eines Kaufmannes.⁵⁵

Im Gesellschaftsrecht ist im Gegensatz zum allgemeinen Handelsrecht schon in den 1950er Jahren deutlich mehr Bewegung zu konstatieren, die Urteile zur Spaltungsgeellschaft wurden bereits erwähnt. Da das Recht der Personengesellschaft im Wesentlichen aus dem 19. Jahrhundert stammte und konkret das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 eine recht weitgehende Vertragsfreiheit gewährt hatte, konnten dessen Grenzen erst später durch die Rechtsprechung festgelegt werden.⁵⁶ In den Anfängen knüpfte der BGH oft an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an,⁵⁷ entwickelte aber schon bald dessen Ansätze weiter.⁵⁸

47 Der Fall handelte noch in Kriegszeiten.

48 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 37,49).

49 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 37).

50 BGH v. 11.3.1955 – IZR 83/53 (BGHZ 17, 13).

51 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 32/56 (BGHZ 22, 234, 239).

52 BGH v. 24.9.1959 – II ZR 46/59 (BGHZ 30, 391).

53 BGH v. 10.2.1960 – V 39/58 (BGHZ 32, 60).

54 BGH v. 24.9.1952 – II ZR 305/51 (BGHZ 7, 187); BGH v. 27.10.1953 – I ZR 111/53 (BGHZ 11, 1); BGH v. 3.3.1956 – IV ZR 314/55 (BGHZ 20, 149): bei einer Genossenschaft reicht Zustellung an einen Genossen.

55 BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (BGHZ 20, 164): Die Sorgfaltspflichten seien individualisiert je nach Branche zu beurteilen.

56 Das hängt auch damit zusammen, dass unmittelbar nach dem Krieg die Kapitalgesellschaften wirtschaftlich gesehen noch nicht die Dominanz besaßen, die sie in den dann folgenden Jahrzehnten entwickeln sollten.

57 Der Senatsvorsitzende Simpel sah den Senat „in der Nachfolge des I., später II. Zivilsenates des Reichsgerichts“, s. Stimpel, Aus der Rechtsprechung, S. 13.

58 Eine Zusammenfassung dieser frühen Rechtsprechung findet sich bei Fischer, Die faktische Gesellschaft, in: *NJW* (1955), S. 849.

Die faktische Gesellschaft

Ein Klassiker der Rechtsfortbildung in diesem Bereich stellt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dar. Das Reichsgericht hatte bereits anerkannt, dass eine unwirksame Gesellschaftsgründung nicht als ein „Nullum“ anzusehen sei, sondern gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehen könne.⁵⁹ Und der II. BGH-Senat setzte diese Linie fort: Insbesondere wenn die Mitglieder einer solchen, nach dem Gesetz nichtigen Gesellschaft über Jahre hinweg diese „Gesellschaft“ gelebt hatten und diese auch im Rechtsverkehr als solche behandelt worden war, könnten die dadurch geschaffenen Folgen nicht einfach als inexistent angesehen werden.⁶⁰ Einer solchen – dogmatisch nichtigen – juristischen Person wurde somit ganz pragmatisch für die Vergangenheit eine gewisse Rechtsexistenz zuerkannt. Dies bejahte der Senat – trotz Kritik der Literatur – auch für eine stille Gesellschaft, bei der kein Gesamthandsvermögen, aber gleichwohl gemeinsam geschaffene Werte existierten,⁶¹ ebenso für Gründungsgesellschaften zum Zweck der Errichtung einer GmbH.⁶² Eine solche Gründergesellschaft hatte der 1. Strafsenat wie eine offene Handelsgesellschaft behandelt,⁶³ das Mitglied des II. Zivilsenats, Kuhn, gab zu bedenken, dass dies in dieser Pauschalität problematisch sei, weil die Gesellschafter gerade keine offene Handelsgesellschaft bilden wollten.⁶⁴ Daher sei das Ergebnis der strafrechtlichen Entscheidung zu beschränken auf die Fälle, in denen die Gesellschafter zumindest schlüssig von der Eintragung der GmbH abgesehen haben, oder wenn es nicht länger hingenommen werden kann, dass die Gesellschaft wie eine offene Handelsgesellschaft tätig ist. Voraussetzung war allerdings jeweils, dass ein Wille zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages vorhanden war, bei einem nur zum Schein geschlossenen Vertrag sollten die geschilderten Grundsätze nicht gelten.⁶⁵

War ein Gesellschaftsvertrag wegen einer arglistigen Täuschung wirksam angefochten worden und insoweit nichtig, wurde die Anwendung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft grundsätzlich bejaht, etwa zum Schutz des oder der Getäuschten.⁶⁶ Dies war auch der entscheidende Gesichtspunkt, als ein Gesellschafter im Anschluss an eine erfolgreiche Anfechtung des Gesellschaftsvertrages es ablehnte, seine Einlage

⁵⁹ RGZ 165, 193.

⁶⁰ Stattdessen seien die Vorschriften der §§ 131ff. HGB anzuwenden (so schon BGH v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, (BGHZ 3, 285)).

⁶¹ BGH v. 29.11.1952 – II ZR 15/52 (BGHZ 8, 157, 167). Der BGH hat überdies auch der atypischen stillen Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter nicht nur am Gewinn, sondern auch am Vermögen der Gesellschaft (schuldrechtlich) beteiligt ist, die Anerkennung nicht versagt (BGH v. 24.9.1952 – II ZR 136/51 (BGHZ 7, 174)) und insoweit die Privatautonomie in den Vordergrund gerückt.

⁶² BGH v. 28.11.1954 – II ZR 188/52 (BGHZ 11, 190 = NJW (1954), S. 231). BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53 (BGHZ 13, 320). S. Kuhn, Die Rechtsprechung, in: WM (1955), S. 122, 123.

⁶³ BGH v. 17.6.1952 – 1 StR 668/51 (BGHSt 3, 23, 26).

⁶⁴ Kuhn, Die Rechtsprechung, in: WM (1955), S. 122, 123.

⁶⁵ BGH v. 28.11.1954 – II ZR 188/52 (BGHZ 11, 190).

⁶⁶ BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53 (BGHZ 13, 320, 323). Nur wenn der Täuschende zu stark profitiert, sind Einschränkungen zu machen. Die persönliche Haftung (§ 130 HGB) sei im Außenverhältnis anzuwenden (BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64 (BGHZ 44, 235)).

zu zahlen. Eine solche Verweigerung sei nur zulässig, wenn die zu leistende Einlage dem Täuschenden zugutekommen würde; anderenfalls müsse der Gesellschafter sie erbringen und der Schaden dadurch auf alle Gesellschafter verteilt werden.⁶⁷ Obwohl der II. Zivilsenat an die Reichsgerichts-Rechtsprechung anknüpfte, hat er doch mit den dargestellten Grundsätzen einen Richtungswechsel vollzogen: Er hat nicht nur eine Vertrauenshaftung zum Schutz des Rechtsverkehrs begründet, sondern der fehlerhaften Gesellschaft eine gewisse Zeit Wirksamkeit zugesprochen, so dass konsequenterweise auch nicht mehr von der fehlerhaften, sondern der faktischen Gesellschaft gesprochen wurde.⁶⁸

Eine weitere Ausnahme von der Wirksamkeit der faktischen Gesellschaft betraf einen Fall, in dem zwei Männer ab 1946 geplant hatten, gemeinsam auf einem Grundstück die Produktion von Speiseeis zu betreiben, was daran scheiterte, dass das Vermögen des einen Beteiligten der Beschlagnahme nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 52 unterlag. Denn die Grundsätze über die faktische Gesellschaft sollten in einem solchen Fall verständlicherweise nicht angewendet werden,

wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages auf dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot beruht und der Zweck der Verbotsnorm in der Verhinderung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses besteht. Es würde sonst durch die Anerkennung der faktischen Gesellschaft der Zweck der Verbotsnorm zuwidergehandelt werden und gesetzwidrig handelnden Gesellschaftern die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Betätigung gewährt werden, die das Gesetz gerade verhindern will.⁶⁹

Allgemein anerkannt war überdies, dass der Schutz des Rechtsverkehrs an noch schutzwürdigeren Interessen enden müsse. Daher hat der Senat entschieden, dass die Annahme einer faktischen Gesellschaft nicht zu Nachteilen eines an ihr beteiligten Minderjährigen führen dürfe.⁷⁰ In dem konkreten Fall hatte eine 15-jährige Tochter das Zeitungsgeschäft ihres Vaters geerbt und dieses zusammen mit ihrem aus der Kriegsgefangenschaft zurückgekehrten Onkel als „Gesellschaft“ weitergeführt, allerdings ohne eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen, so dass der Gesellschaftsvertrag unwirksam war. Die geltend gemachten gesellschaftsrechtlichen Ansprüche des Onkels wurden zu Recht abgewiesen, die Regeln über die faktische Gesellschaft nicht angewandt. Offen ließ der Senat noch, wie der Fall zu beurteilen sein würde, wenn die Gesellschaft unter Mitwirkung der Minderjährigen einen Gewinn erzielt hätte.⁷¹ Da der Minderjährigenschutz eine Ausnahme von der grundsätzlichen Wirksamkeit der faktischen Gesellschaft bedeutete, musste konsequenterweise in der umgekehrten Konstellation ein Anspruch des Minderjährigen zu bejahen sein,

67 BGH v. 6.2.1958 – II ZR 210/56 (BGHZ 26, 330, 335).

68 Vgl. Fischer, Die faktische Gesellschaft, in: *NJW* (1955), S. 849.

69 BGH v. 11.4.1951 – II ZR 9/50, S 12.

70 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/ 53 (BGHZ 17, 160).

71 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/ 53 (BGHZ 17, 160, 167).

ein Gedanke, den der spätere Präsident des Senats, Robert Fischer, in einem Aufsatz andeutete.⁷²

Im Ergebnis hat der II. Zivilsenat mit dem Rechtsinstitut der faktischen Gesellschaft ein für die Praxis taugliches Instrumentarium geschaffen, das sich im Großen und Ganzen bewährt hat. Fischer hat Ende der 1950er Jahre diese Rechtsprechung in der *NJW* weitergedacht, vor allem, was die Grenzen der Wirksamkeit angeht, und auch für die Fälle der Täuschung und des Wuchers Lösungen entwickelt. Er brachte den bereits in der Rechtsprechung seines Senats angedeuteten Grundsatz zum Ausdruck, dass er nicht gewillt war, der Rechtssicherheit zuliebe unbillige Ergebnisse hinzunehmen.⁷³

Ausschluss von Gesellschaftern

Eine zweite Fallgruppe, für die das Gesetz keine Regelung enthielt, war der Ausschluss eines Gesellschafters. Fehlte es auch im Gesellschaftsvertrag an einer Regelung, gab es eigentlich keine Rechtsgrundlage für eine Ausschließung. Der BGH hat gleichwohl die Möglichkeit einer Ausschließung aus wichtigem Grund bei einer Personengesellschaft zugelassen, weil bei diesen Vereinigungen das persönliche Zusammenwirken so zentral sei, dass in bestimmten Konstellationen, in denen dieses faktisch nicht mehr möglich sei, auch ein Ausschluss zulässig sein müsse. Allerdings hat er deutlich die Einschränkung formuliert, dass ein solcher Ausschluss nur das letzte Mittel sein dürfe.⁷⁴ Anlass war wieder ein Sachverhalt, der nachkriegsbedingte Einflüsse erkennen lässt. Zwei Brüder hatten in den 1930er Jahren eine Gesellschaft gegründet, der eine Bruder war ab 1939 an der Front und anschließend bis 1947 in Kriegsgefangenschaft. Bei seiner Rückkehr stellte sich heraus, dass die beiden Brüder völlig zerstritten waren, der eine wurde von seinem Bruder aufs Wüteste beschimpft, das Verhältnis war mehr als zerrüttet. Hier sah das Gericht keinen anderen Weg als die Übernahme der Gesellschaft durch den einen Bruder (gem. § 142 HGB aF).⁷⁵ – Bei einer Kommanditgesellschaft waren, wenn es sich bei der auszuschließenden Person um einen Kommanditisten handelte, aufgrund seiner stärkeren Beteiligungsstellung strengere Anforderungen an einen Ausschluss zu stellen. Gebilligt hat dies der Senat hinsichtlich eines Gesellschafter-Geschäftsführers, des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters, der mit zwei hochbetagten Witwen eine Gesellschaft gebildet und Veruntreuungen begangen hatte.⁷⁶ In der Literatur wurde die Entscheidung als systemfremd kritisiert,⁷⁷ der Senat hatte diesem Argument entgegengehalten, dass die Stellung des

⁷² Fischer, Grenzen, in: *NJW* (1958), S. 969.

⁷³ Fischer, Grenzen, in: *NJW* (1958), S. 969, 972.

⁷⁴ BGH v. 30.11.1951 – II ZR 109/51 (BGHZ 4, 108). Dies ergebe sich aus gravierenden Verstößen gegen den Grundsatz der gesellschaftlichen Treuepflicht.

⁷⁵ BGH v. 30.11.1951 – II ZR 109/51 (BGHZ 4, 108, 120 f.).

⁷⁶ BGH v. 14.5.1952 – II ZR 40/51 (BGHZ 6, 113).

⁷⁷ Geßler, Anmerkung, in: *JZ* (1952), S. 530.

Betroffenen wegen seines geringen Kapitalanteils fast der eines leitenden Angestellten vergleichbar sei, so dass eine Ausschließung möglich sein müsse, zumal hier kein milderes Mittel zur Verfügung stünde.⁷⁸ Allerdings müsste bei langer Tätigkeit des Ausgeschlossenen im Gegenzug eine maßvolle Altersversorgung gewährt werden.⁷⁹ Auch vier Jahre später wurden diese Grundsätze bejaht, konkret bei einer Familiengesellschaft, die zunächst eine OHG gewesen war, danach eine Aktiengesellschaft und die schließlich in eine KG umgewandelt worden war. Die auszuschließende Person war 1939 und 1941 jeweils wegen Devisenvergehen zu Haftstrafen verurteilt worden, außerdem wurde ihr von den anderen Gesellschaftern vorgeworfen, dass sie 1945 versucht habe, mit unlauteren Mitteln die Geschäftsführung zu übernehmen.⁸⁰ Der Senat betonte noch einmal den Ausnahmeharakter einer Ausschließung eines Gesellschafters, die nur nach einer Würdigung des besonderen Charakters der konkreten Gesellschaft und der Rechtstellung sowie der Befugnisse des Betroffenen zugelassen werden könne.

Während dieses Ergebnis bei der OHG (und begrenzt bei der KG) wegen des im Vordergrund stehenden persönlichen Verhältnisses nachvollziehbar ist, kann dies für Gesellschaftsformen, bei denen das Kapital die Gesellschaftsform prägt, nicht ohne weiteres angenommen werden. Gleichwohl hat der Senat diese Rechtsfortbildung im Jahr 1953 auch für die GmbH bestätigt⁸¹ und dogmatisch mit mehreren Normen aus verschiedenen Gesetzen, in denen ein wichtiger Grund einen Ausschluss aus der Gesellschaft rechtfertigte, begründet.⁸² Inhaltlich hat er auf die Treuepflicht der Gesellschafter abgestellt, bei deren Verletzung eine entsprechende Sanktion denkbar sei. Für die Anwendung spreche auch, dass die Ausschließung das mildere Mittel gegenüber einer Auflösung darstelle.⁸³ Wenig sensibel war es, dass sich diese Entscheidung auf ein Reichsgerichts-Urteil von 1942 bezieht, in dem das Reichsgericht den Ausschluss eines jüdischen Mitgesellschafters aus Rassegründen gebilligt und diesen auch noch zur Zahlung eines sechsstelligen Betrages verurteilt hatte.⁸⁴ Es ist aus heutiger Sicht erstaunlich, dass dies den BGH-Richtern nicht aufgefallen ist. Unabhängig davon hat sich die Auffassung des Senats trotz anfänglicher Kritik durchsetzen können.⁸⁵ Die

78 BGH v. 14.5.1952 – II ZR 40/51 (BGHZ 6, 113).

79 Wenn sein Verhalten erhebliche Gefahren für die Gesellschaft herbeigeführt hatte, war der Ausschluss zulässig, das bestätigte der Senat zehn Jahre später (BGH v. 3.7.1961 – II ZR 74/60 (WM (1961), S. 886)).

80 BGH v. 27.10.1955 – II 310/53 (BGHZ 18, 350, 356 = *NJW* (1955), S. 1919).

81 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52 (BGHZ 9, 157). Näheres bei Kuhn, Die Rechtsprechung, in: *WM* (1955), S. 122, 128.

82 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52 (BGHZ 9, 157, 161). Das Gericht nannte § 737 BGB, §§ 140, 161 HGB, § 68 Genossenschaftsgesetz, § 133 b Gewerbeordnung.

83 Der Ausschluss müsste mittels einer Klage seitens der Gesellschaft geltend gemacht werden (BGH v. 1.4.1953 - II ZR (BGHZ 9, 166, 177)).

84 RGZ 169, 339, 335.

85 Vgl. Bayer, Unternehmensrecht, S. 96 f. Zwei Jahre später wurden die geschilderten Grundsätze noch einmal wiederholt, der Ausschluss aus wichtigem Grund sei, auch wenn nicht in der Satzung

Ausschließung musste im Klagewege erfolgen, allerdings wurde es für zulässig gehalten, im Gesellschaftsvertrag eine Ausschließung durch die übrigen Gesellschafter vorzusehen und dies nicht von einer Klage abhängig zu machen.⁸⁶

Eine im Vergleich zum Gesellschafterausschluss weniger eingreifende Maßnahme war der Stimmrechtsausschluss: Auch wenn das Stimmrecht eines Kommanditisten zwar nicht abtretbar sei, könne es ausgeschlossen werden, jedenfalls hinsichtlich solcher Beschlüsse, die nicht in die Rechtstellung des Kommanditisten eingreifen.⁸⁷ Da letzterer einem GmbH-Gesellschafter vergleichbar sei, könne – wie bei der GmbH – ein Stimmrechtsausschluss vertraglich vorgesehen werden, aber nur, soweit die sachliche Schranke berücksichtigt bleibe, dass er im Vergleich zu anderen Gesellschaftern nicht ungleich behandelt werde oder erhöhte Pflichten auferlegt bekomme.

Das Verhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht war im Jahre 1956 Gegenstand einer Entscheidung des Senats,⁸⁸ in der dieser im Wesentlichen dem Reichsgericht folgte:⁸⁹ Erben mehrere Personen einen Gesellschaftsanteil einer Offenen Handelsgesellschaft (im konkreten Fall drei), so bestimmt der Gesellschaftsvertrag, wer automatisch Gesellschafter wird. Das können alle drei sein⁹⁰ oder nur ein Miterbe, für den dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist; die anderen Erben erhalten dann eine Abfindung. Allerdings ließ der Senat es auch zu, dass im Gesellschaftsvertrag ein Ausschluss der Abfindung vorgesehen war, mit der Folge, dass es dann Sache des Gesellschafter-Erben war, seine Miterben abzufinden.

4.2.3 Besonderheiten der Kapitalgesellschaften

Der BGH hat wie das Reichsgericht das Gesellschaftsrecht als weitgehend dispositiv angesehen. Da es keine zwingende wirtschaftsverfassungsrechtliche Regelung gebe, sei die GmbH & Co KG als eine atypische Gesellschaftsform anzuerkennen.⁹¹ Das Gericht entschied sich trotz des Identitätsproblems für die Flexibilität des Rechtsverkehrs und gegen die formale Regelung und meinte, den im Einzelfall auftretenden Problemen durch Missbrauchs- und Rechtsscheintatbestände gegensteuern zu können.

geregelt, zulässig, stelle aber das letzte Mittel dar und müsse im Klagewege geltend gemacht werden (BGH v. 17.2.1955 – II ZR 316/53 (BGHZ 16, 317)). Für eine Aktiengesellschaft wurden die dargestellten Grundsätze allerdings wegen ihres noch stärker kapitalbedingten Charakters abgelehnt.

⁸⁶ BGH v. 17.12.1959 II 32/59 (BGHZ 31, 295). § 133 HGB sei nicht zwingend.

⁸⁷ BGH v. 14.5.1956 – II ZR 229/54 (BGHZ 20, 363).

⁸⁸ BGH v. 22.11.1956 – II ZR 222/55 (BGHZ 22, 186 = NJW (1957), S. 180).

⁸⁹ RGZ 170, 104.

⁹⁰ Mit der Folge, dass die drei Miterben zu je einem Drittel Anteil des Gesellschaftsanteils des Erblassers Gesellschafter werden.

⁹¹ BGH v. 9.10.1956 – II ZB 11/56 (BGHZ 21, 378): Die GmbH könne zwar nicht als Ein-Mann-Gesellschaft gegründet werden, bleibe aber bestehen, wenn sich alle Anteile in einer Hand vereinigen (S. 383); BGH v. 17.3.1966 – II ZR 282/63 (BGHZ 45, 204).

Die Durchgriffshaftung bei einer Ein-Mann-GmbH wurde im Jahr 1956 zugelassen, aber nur, wenn es Treu und Glauben oder der redliche Rechtsverkehr erfordern.⁹² Weitere Entscheidungen betrafen die gesellschaftliche Treuepflicht, die der Senat weiter ausgebaut hat, zum Beispiel anhand der Frage, inwieweit eine Verpflichtung der Gesellschafter besteht, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen,⁹³ oder ob der Geschäftsführer-Gesellschafter von den anderen Gesellschaftern die Zustimmung zu einer Gehaltserhöhung fordern kann.⁹⁴

Wichtig gerade auch zum Schutz des Rechtsverkehrs ist der Grundsatz der Aufbringung und der Erhaltung des Stammkapitals,⁹⁵ insbesondere bei einer GmbH, da diese ja keinen persönlich haftenden Gesellschafter hat. Eine Auszahlung von Vermögenswerten an die Gesellschafter, die das Gesellschaftsvermögen unter die Ziffer des Stammkapitals sinken lässt, ist, so schon das Gesetz, unzulässig. Geschieht dies gleichwohl, so der BGH, führe dies allerdings nicht zu einer Nichtigkeit des Versprechens einer solchen Zahlung, sondern zu einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft.⁹⁶ Die Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals hat zur Folge, dass die Gesellschaft den Gesellschaftern die Stammeinlage nicht erlassen darf (§ 19 Absatz 2 GmbHG aF), und diesen Gedanken hat der Senat weitergedacht: Die GmbH könne ihrerseits mit der Einlageforderung nur aufrechnen, wenn die Aufrechnung zur vollen Erfüllung der Einlageschuld führt; die Aufrechnung sei nur zulässig, wenn die Gesellschafterforderung fällig, liquide und vollwertig ist, ein deutliches Signal in Richtung Sicherung des Stammkapitals.⁹⁷ Zu diesem Thema gehören auch die nicht ganz seltenen Fälle, in denen im Gesellschaftsvertrag eine Sacheinlage vereinbart wird, die mit einem bestimmten Wertbetrag bewertet wird. Konkret sollte ein Gesellschafter seine Einlage in Höhe von 10.000 DM dadurch leisten, dass er eine von ihm komponierte Operette in die Gesellschaft einbrachte.⁹⁸ Hier stellte sich die Frage, ob diese Komposition tatsächlich 10.000 DM wert war. Die Überbewertung einer Sacheinlage, so der II. Senat, führe nur in Extremfällen, in denen die Überbewertung willkürlich und absichtlich erfolgt, zur Nichtigkeit der Absprache.⁹⁹ Allerdings komme in solchen Fällen zumindest ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

92 BGH v. 29.11.1956 – III ZR 156/55 (BGHZ 22, 226). Im konkreten Fall hat der Senat das Vorliegen der Voraussetzungen verneint.

93 BGH v. 17.12.1959 – II ZR 81/59 (NJW (1960), S. 434); BGH v. 12.1.1956 – II ZR 120/54 (WM (1956), S. 351, 352) betreffend die Mitarbeitspflicht.

94 BGH v. 10.6.1965 – II ZR 6/63 (BGHZ 40, 40). Sie hinderte umgekehrt nicht die Gesellschaft daran, Schadensersatz gegenüber einem Geschäftsführer geltend zu machen (BGH v. 27.6.1957 – II ZR 15/65 (BGHZ 25, 47).

95 BGH v. 24.3.1954 – II ZR 23/53 (BGHZ 13, 49, 54).

96 BGH v. 20.12.1952 – II ZR 45/52.

97 BGH v. 13.10.1954 – II ZR 182/53 (BGHZ 15, 52 = NJW (1954), S. 1842).

98 BGH v. 16.2.1959 – II 170/57 (BGHZ 29, 300).

99 BGH v. 16.2.1959 – II 170/57 (BGHZ 29, 300, 305).

Ein weiteres Beispiel für eine weniger an der strengen Gesetzesdogmatik, sondern an dem Schutz des Rechtsverkehrs ausgerichteten Rechtsprechung stammt aus dem Jahr 1959: Ein Mann hatte zwei andere Personen als Strohmänner einer unterkapitalisierten GmbH vorgeschenkt und die Gesellschaft durch ein Darlehen, das er ihr gewährt hatte, noch „über Wasser gehalten“. Der Senat behandelte ihn selbst wie einen Gesellschafter, so dass er sein „Darlehen“ wie haftendes Kapital behandeln lassen musste,¹⁰⁰ damit die Sicherung des Stammkapitals sichergestellt werden konnte.

Auch wenn sich im Aktiengesetz von 1937 angeblich das Führerprinzip durchgesetzt hat,¹⁰¹ blieb dieses Gesetz nach dem Zweiten Weltkrieg unverändert in Kraft, eine Kontinuität nationalsozialistischer Ideologie war hier nicht festzustellen. Die Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft hat in den ersten zwei Jahrzehnten nach dem Krieg noch keine große Relevanz gehabt, aber auch in diesem Bereich kommen Altfälle vor: Eine im Jahr 1938 „arisierte“ Aktiengesellschaft aus Oberschlesien war von einem Mann übernommen worden, der kurz vor der Kapitulation Teile des Betriebs nach Süddeutschland verlegt und eine neue Gesellschaft gegründet hatte, wobei der Vorwurf der Veruntreuung im Raum stand. Im Rückerstattungsverfahren kam es zu einem Vergleich mit ehemaligen jüdischen Aktionären, die eine Rückerstattung eingeklagt hatten. Die Frage war, ob dieser Vergleich auch Wirkung für die Gesellschaft entfaltete. Der II. Senat betonte, dass zwar keine Personenidentität zwischen den Klägern und der Aktiengesellschaft bestehe, trotzdem seien sie aber an den Vergleich gebunden, zumindest wenn alle Mitglieder an dem Beschluss mitgewirkt hatten.¹⁰²

Weitere Themen Mitte der 1950er Jahre waren die Bestellung und Auflösung des Anstellungsverhältnisses der Vorstandsmitglieder,¹⁰³ die Gültigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen¹⁰⁴ und die Frage, ab wann der Aktionär einen ihm nicht mehr entziehbaren Gewinnanspruch erlangt.¹⁰⁵

Einerseits ist die Rechtsprechung des II. Senats als konservativ zu bezeichnen, nämlich auf den Erhalt der bisherigen Rechtsgrundsätze ausgerichtet, andererseits hat er in einigen Punkten eine Rechtsfortbildung betrieben, mit der er angemessen auf neue Herausforderungen reagiert hat. Schaut man auf die Personen dieses Senats, der in dieser Materie zuständig war, ergibt sich ein heterogenes Bild: Die ersten beiden Vorsitzenden des Senats haben sich in fachlicher Hinsicht im Gesellschaftsrecht nicht besonders hervorgetan, beide waren vor 1945 bereits in der Justiz tätig gewesen: Karl Canter (Vorsitzender bis 1958), dessen Vater Niederländer und dessen Großeltern

100 BGH v. 14.12.1959 – II 187/57 (BGHZ 31, 258).

101 Diese These beruht vor allem darauf, dass § 76 AktG die Leitung der Gesellschaft dem Vorstand allein übertragen hatte, dazu: Thiessen, Wirtschaftsrecht, S. 236 ff.

102 BGH v. 12.2.1959 – II ZR 180/57 (BGHZ 29, 385).

103 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 211/53 (BGHZ 13, 188): Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds; BGH v. 26.3.1956 – II ZR 57/55 (BGHZ 20, 239, 249): Verhältnis Aufsichtsrat/Vorstand.

104 BGH v. 24.2.1954 – II ZR 63/53 (BGHZ 12, 327).

105 BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55 (BGHZ 23, 150). Das Aktienkonzernrecht wurde erst in den 1970er Jahren relevant.

väterlicherseits Juden gewesen waren, hatte unmittelbar nach dem Krieg im hessischen Justizministerium die dortige Justiz mitaufgebaut¹⁰⁶ und war ein eher unauffälliger Vorsitzender, der weniger für Innovationen, sondern eher für Kontinuität stand. Auf ihn folgte Karl Nastelski (von 1958 bis 1962), der 1937 in die NSDAP eingetreten war und als Mitläufer eingestuft wurde,¹⁰⁷ ebenfalls kein besonderes gesellschaftsrechtliches Profil besaß und aus dem I. Senat kam; er galt eher als ein Fachmann im Patentrecht¹⁰⁸ und wechselte dann auch 1962 in den neugebildeten Ia-Senat für Patent-sachen. Spätestens in der Zeit des Vorsitzes von Nastelski, aber wohl auch schon etwas zuvor dürfte der II. Senat im Gesellschaftsrecht durch den – späteren – BGH-Präsi-denten Robert Fischer maßgeblich geprägt worden sein, der sich schon in den frühen 1950er Jahren als ein Kenner des Gesellschaftsrechts ausgewiesen hat und den Ruf ei-ner Führungspersönlichkeit genoss, oder, wie es einer seiner Nachfolger formulierte: „Was Gesellschaftsrecht in Deutschland sei, bestimmte Robert Fischer.“¹⁰⁹ Ab 1963 war Fischer Vorsitzender dieses Senats und wurde, nachdem er Präsident des BGH gewor-den war, 1968 abgelöst durch Georg Kuhn. Dieser war als „Mischling zweiten Grades“ in der NS-Zeit diskriminiert worden und war nach dem Krieg Richter beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone geworden.¹¹⁰ Er hat dem II. Senat von Anfang an angehört, im Gesellschaftsrecht publiziert und so das Ansehen eines Experten in die-sem Bereich gewonnen. Schließlich sei noch Dietrich Reinicke erwähnt, der später als Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster wirkte, ein scharfsin-niger Kopf und ein in vielen Teilen des Zivilrechts ausgewiesener Wissenschaftler. Die Biografien sowie die Entscheidungen belegen, dass sich der Senat in erster Linie durch Expertise auszeichnete, die das Handels- und Gesellschaftsrecht nach dem Krieg wei-terentwickelt und für eine funktionierende Wirtschaft tauglich gemacht hat.

4.3 Der faire Wettbewerb als Motor des Aufschwungs

Die Sicherung eines freien und fairen Wettbewerbs erfolgte auf zwei Ebenen, zum einen im Kartellrecht, das im Jahr 1958 einem besonderen Kartellsenat zugewiesen wurde, zum anderen bei Klagen wegen des Vorwurfs unlauteren Wettbewerbs durch Mitwettbewerber. Für letzteres war der I. Zivilsenat zuständig, der in seiner Recht-sprechung versucht hat, verschiedene Gruppen von Wettbewerbsverstößen zu bilden

106 BA, Pers 101/39944; BA, Pers 101/39783, Personalblatt.

107 BA, Pers 101/40018, Personalblatt.

108 BA, Pers 101/40021.

109 Stimpel, Gedanken, in: *ZHR*, S. 277, 280; das Zitat wird übernommen vom Präsidenten Tolksdorf, Robert Fischer, in: *ZIP* (2011), S. 1553, 1554.

110 BA, Pers 101/39827.

und für diese konkrete Kriterien herauszuarbeiten.¹¹¹ Beispielhaft war eines der frühen Verfahren, in dem im Jahr 1951 ein Solinger Hersteller von Rasierklingen verklagt war, weil er eine prekäre Situation am Markt geschickt ausgenutzt hatte. Er hatte Vorräte an alten Warenbeständen, die nicht mehr verkäuflich waren, im Rahmen einer Umtauschaktion aufgekauft und damit gleichzeitig seinen Vertragspartnern die Verpflichtung zur Abnahme neuer Rasierklingen (zum vierfachen Wert) auferlegt. Diese Ausnutzung einer „Marktverstopfung“ sei wettbewerbswidrig, soweit dadurch die Absatzlage für die Wettbewerber erneut in erheblichem Umfang verschlechtert werde.¹¹² An diesem Beispiel zeigt sich bereits, dass die Wertungen oft fallabhängig getroffen wurden und keinem abstrakten Schema folgten, sondern neuen wirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen mussten.

4.3.1 Die Firma/ das Warenzeichen

Mehrfach beschäftigt haben den Senat die Hersteller von Kölnisch Wasser mit Streitigkeiten um den Firmennamen (Farina). Werde eine Firma von vornehmerein in der Absicht gewählt, durch die Namensgleichheit mit älteren Firmen Verwechslungen auszunutzen, und lasse die besondere missbräuchliche Art der Nutzung auf eine innere Einstellung des Firmeninhabers schließen, so könne die Verwendung der Firma schlechthin untersagt werden.¹¹³ In mehreren Entscheidungen aus dem Jahr 1954 hatte der Senat erneut über Klagen verschiedener Kölnisch-Wasser-Hersteller zu entscheiden, die alle mit dem (Familien-)Namen „Farina“ warben;¹¹⁴ er verlangte unterschiedskräftige Zusätze, um die Unterschiedlichkeit der Bezeichnungen deutlich hervorzuheben. In einem dieser drei Verfahren ging es auch um die Verwendung eines bekannten historischen Bauwerks (mittelalterliche Giebelhäuser), das, so der Senat, nicht als Werbemarke monopolisiert werden könne.¹¹⁵ Das Thema Verwechselungsgefahr war immer wieder einmal Gegenstand von Entscheidungen, etwa bei einer Klage der Zeitschrift *Der Spiegel* gegenüber einem Blatt, das sich *T. Wochenspiegel* nannte.¹¹⁶

Der räumliche Schutzbereich der Firma eines Unternehmens war gesetzlich nicht klar bestimmt. Dass eine Gaststättenbezeichnung in der Regel ortsgebunden ist, also räumlich begrenzten Schutz genießt, leuchtet ein. Das änderte sich aber, als immer mehr Filialbetriebe aufkamen, deren Unternehmensbezeichnung im ganzen Bundesgebiet verwandt wurde und die dann auch einen entsprechenden Schutz beanspruchten.

¹¹¹ Im Jahr 1962 wurde der Senat aufgeteilt, das Wettbewerbsrecht wurde dem I b-Senat zugewiesen.

¹¹² BGH v. 9.11.1951 – I ZR 32/51 (BGHZ 3, 338).

¹¹³ BGH v. 30.11.1951 – I ZR 9/50 (BGHZ 4, 96).

¹¹⁴ BGH v. 6.7.1954 – I ZR 167/52 (BGHZ 14, 155); BGH v. 13.7.1954 – I ZR 14/53 (BGHZ 14, 286) unterstrich, dass die Grundsätze auch für einen Vertrieb im Ausland gelten.

¹¹⁵ BGH v. 11.6.1954 – I ZR 174/52 (BGHZ 14, 15).

¹¹⁶ BGH v. 15.6.1956 – I ZR 105/54 (BGHZ 21, 85).

te und genoss.¹¹⁷ Auch die zeitliche Reichweite des Firmenschutzes war zu klären, konkret bei dem Rechtsstreit zweier Strumpffabriken, deren eine in der DDR ihren Sitz hatte und die später in der Bundesrepublik tätig geworden war. Der Namenschutz setzte zeitlich erst ein ab dem Zeitpunkt ihrer wirtschaftlichen Aktivität mit dem Firmennamen in der Bundesrepublik.¹¹⁸ Um solche Priorisierungsfragen ging es auch bei einem weiteren deutsch-deutschen Rechtsstreit: Eine Chemiefabrik, die 1934 gegründet und 1948 in der DDR enteignet worden war, stritt mit dem aktuellen Inhaber in der Bundesrepublik um die Verwendung eines Warenzeichens.¹¹⁹

Die Abgrenzung zwischen Firmenbezeichnung und Warenzeichen war Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen Schaumweinherstellern, die beide den Namen „Napoleon“ benutzten. Der I. Senat differenzierte nach Produkten: Bei Wermut werde der Begriff als betrieblicher Herkunftsangabe gebraucht, bei französischem Branntwein sei es eine Beschaffenheitsangabe, bei Schaumwein habe das Wort Kennzeichnungskraft.¹²⁰ Maßgeblich war der jeweilige Gebrauch in einem konkreten Wirtschaftssegment, was häufig den Rückgriff auf bestimmte kaufmännische Praktiken für die rechtliche Bewertung notwendig machte. Der Begriff „Nährbier“ sei dagegen eine schutzunfähige Beschaffenheitsangabe, was die Richter anhand der „für die Abnahme von Bier in Frage kommenden Verkehrskreise“ ermittelten,¹²¹ eine Methode, die häufiger verwandt wurde, auch wenn sie nicht gerade sehr präzise war.

Grundsätzlich bestand der geschilderte Namenschutz nur bei einer Konkurrenzsituation, die aber auch angenommen wurde, wenn ein Name, eine Firma oder eine besondere Bezeichnung eines gewerblichen Unternehmens mit überragender Kennzeichnungskraft ausgestattet ist und sich kraft langen Gebrauchs und umfassender Werbung in starkerem Maße als Kennzeichen des Unternehmens durchgesetzt hat.¹²² Dann könnte ausnahmsweise bei Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen auch ein Anspruch bestehen, obwohl infolge Ungleichartigkeit der Waren geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Benutzern nicht angenommen werden können. Auch der Anspruch eines Unternehmens, einem anderen den Gebrauch eines ähnlichen Warenzeichens zu untersagen, setzte bei den Konkurrenten grundsätzlich Gleichartigkeit der Waren voraus (§ 5 WZG aF), aber auch hier wurde der Anwendungsbereich in einer Grundsatzentscheidung erweitert: Obwohl weder eine Gleichartigkeit noch eine Verwechslungsgefahr bestehe – so bei einem Hersteller von Lastkraftwagen und Bussen, der Firma Magirus Deutz, und einem Hersteller von Kühlgeräten – könne ausnahmsweise der Warenzeichenschutz gegeben sein, wenn es sich um ein weithin be-

¹¹⁷ BGH v. 14.5.1957 – I ZR 94/55 (BGHZ 24, 238).

¹¹⁸ BGH v. 19.12.1960 – I ZR 57/59 (BGHZ 34, 91). Zur Priorisierung auch: BGH v. 4.11.1966 – I b 161/64, S. 12 des Urteils (GRUR (1967), S. 199, 202).

¹¹⁹ BGH v. 7.3.1961 – I ZR 2/60 (BGHZ 34, 345).

¹²⁰ BGH v. 4.11.1966 – I b 161/64 (GRUR (1967), S. 199, 202).

¹²¹ BGH v. 30.6.1959 – I ZR 31/58 (BGHZ 30, 357 = GRUR (1959), S. 31).

¹²² BGH v. 22.10.1954 – I ZR 46/53 (BGHZ 15, 107). Kom(m)a als Bezeichnung einer Großhandelskette und eines Füllfederhalters.

kanntes Kennzeichen mit einer überragenden Kennzeichnungskraft handele.¹²³ Hier richte sich der Schutz gegen eine Entwertung der Werbekraft durch eine Art Verwässerung.¹²⁴ Die Wettbewerbssituation war auch der zentrale Aspekt bei zwei Unternehmen, die beide Seide herstellten. Zu berücksichtigen sei bei der Abwägung der Interessen auch die Möglichkeit einer späteren Ausbreitung des Geschäfts eines Unternehmens, weshalb es dann in der Zukunft zu einem Wettbewerb kommen könne.¹²⁵ Insoweit war dann eine Prognose gefragt.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen hat der Senat eine Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts vollzogen: In der Messmer-Tee-Entscheidung wurde die Verletzung des Warenzeichenrechts mit einem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag geahndet mit der Folge, dass der Anspruch auch den vom Schädiger erzielten Gewinn umfasste.¹²⁶ Damit übertrug der I. Senat seine Lösung bei Verletzungen von Patent- oder Urheberrechten auch auf den Fall der Nutzung eines Warenzeichens.¹²⁷ Die Nutzung sei zumindest ein auch fremdes Geschäft.¹²⁸ Für die Berechnung des Schadensersatzes wurde auf die für Lizenzschäden entwickelte Methode zurückgegriffen, so dass maßgeblich der Betrag war, den der Geschädigte normalerweise am Markt hätte erzielen können.¹²⁹

4.3.2 Die Werbung

Mit dem wirtschaftlichen Wachstum stieg nicht nur die Produktion, sondern mehr und mehr trat auch der Absatz in den Vordergrund, und damit wurde die Werbung immer wichtiger. Einen Schwerpunkt der Senatsrechtsprechung bildete daher die Reklame. Die Verwechslungsgefahr wurde auch in diesem Bereich relevant: Die Zeitschrift *Quick* klagte gegen die Gründung einer Zeitschrift mit dem Namen *Glück* mit der Begründung, dass die Klägerin schon lange mit dem Slogan warb „Glück muss man haben“. Die BGH-Richter sahen hier keinen Wettbewerbsverstoß, weil die Verwendung des Begriffs „Glück“ in einem Werbesatz nicht gesperrt werden könne.

Hat ein zur Kennzeichnung von Waren verwendetes Wort einen jedermann verständlichen, ausgeprägten Sinngehalt, so kann dies für die Frage der Verwechslungsgefahr mit ähnlichen Kenn-

123 BGH v. 11.11.1955 – I ZR 157/53 (BGHZ 19, 23). Diese Grundsatzentscheidung des I. Senats stellt die Voraussetzungen für einen solchen Verwässerungsschutz konkret dar.

124 BGH v. 11.11.1955 – I ZR 157/53 (BGHZ 19, 23, 27). Den Schutz gegen Verwässerungsgefahr hat der Senat nicht aus § 1 UWG abgeleitet, sondern aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB (BGH v. 11.11.1958 – I ZR 152/57 (BGHZ 28, 320, 326)).

125 BGH v. 11.5.1954 – I ZR 178/52 (BGHZ 13, 244).

126 BGH v. 24.2.1961 – I ZR 83/59 (BGHZ 34, 320).

127 BGH v. 24.2.1961 – I ZR 83/59 (BGHZ 34, 320).

128 Das Reichsgereicht hatte die Nutzung eines (fremden) Warenzeichens als eigenes Geschäft eingeordnet.

129 BGH v. 12.1.1966 – I ZR 5/64 (BGHZ 44, 372).

zeichnungen die Wirkung haben, daß die Verwechslungsgefahr von vornehmlich ausgeschaltet ist, weil in solchen Fällen der Leser oder Hörer die optischen oder klanglichen Unterschiede wesentlich schneller erfassen wird als bei Kennzeichnungen ohne solchen der alltäglichen Vorstellungswelt entnommenen Sinn.¹³⁰

In anderen Entscheidungen ging es um die Unrichtigkeit der Werbeaussage. Bei einem Likör mit einem Alkoholgehalt von 32 Prozent sei die Werbung mit der Formulierung „gesunder Genuss“ nicht zulässig.¹³¹ Rufe eine Werbeangabe die unrichtige Vorstellung hervor, es handele sich um eine im Ausland hergestellte Ware (das Haarpflegemittel „L’Oreal de Paris“), so liege eine unzulässige Irreführung im Sinne von § 3 UWG vor, wenn der Verbraucher aus der angeblich ausländischen Herkunft der Ware auf ihre besondere Güte schließt.¹³² Die Entscheidung verdeutlicht, wie schwierig die Frage zu beantworten ist, was der Verbraucher denkt. Kritiker dieser Rechtsprechung monieren, dass solche Urteile zur irreführenden Werbung „auf den dümmsten Teil der Bevölkerung abgestellt“ und damit einen zu unrealistischen Maßstab angelegt hätten.¹³³

Werbekampagnen

Mit der wachsenden Konkurrenzsituation auf den verschiedenen Märkten wurden auch größer angelegte Werbekampagnen zum Gegenstand wettbewerblicher Auseinandersetzungen. Die sogenannte progressive Kundenwerbung eines Kaffeeherstellers, der seinen Abnehmern für jeden neu gewonnenen Kunden 20 Prozent Abschlag auf den Preis gewährte, wurde als wettbewerbswidrig eingestuft,¹³⁴ eine Sicht, die die unternehmerische Freiheit nach heutigen Maßstäben unnötig einengt. Kundenwerbung war aber nicht nur als Reklame problematisch, sondern auch durch die Einführung von Preisbindungssystemen oder das Anlocken von Kunden durch Werbegeschenke. Eine Werbung eines Süßwarenherstellers, der seinen Produkten sogenannte Mitgehartikel unter Wert hinzufügte, wurde als unzulässig eingestuft¹³⁵. Diese vom BGH entwickelte Kategorie, die als „übertriebenes Anlocken“ bezeichnet wurde, beruhte auf der Vorstellung, dass Verhaltensweisen, die wirtschaftlich „unvernünftig“ sind, unzulässig seien. Diese sehr enge Sicht, die das Kriterium des wirtschaftlich Vernünftigen letztlich nach subjektiven Maßstäben und damit unter Umständen unökonomisch auslegt, ist in ihrer Auswirkung, nämlich der Verhinderung neuer innovativer Absatzmethoden, nicht unproblematisch. Das galt auch für die restriktive Haltung bei einer kostenlosen Verteilung eines Anzeigenblattes, das infolge der Hinzufügung eines redaktionellen Teils in den Augen eines nicht unerheblichen Teiles des Publikums als „Zeitung“

130 BGH v. 11.11.1958 – I ZR 152/57 (BGHZ 28, 320).

131 BGH v. 22.2.1967 – I b ZR 32/65 (BGHZ 47, 259).

132 BGH v. 19.5.1965 – I b ZR 36/63 (BGHZ 44, 16).

133 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 627, 643.

134 BGH v. 3.12.1954 – I ZR 262/52 (BGHZ 15, 356, 370).

135 BGH v. 13.2.1961 – I ZR 134/59 (BGHZ 34, 264).

angesehen wird; dies sei wettbewerbswidrig (im Sinne des § 1 UWG), wenn dadurch ein Inseratenverlust bei den übrigen Tageszeitungen eintritt, der deren Bestand ernsthaft zu gefährden geeignet ist.¹³⁶ Demgegenüber sei die Abgabe von Proben eines Produktes (im vorliegenden Fall von Waschmittel) grundsätzlich zulässig, um neue Kunden zu gewinnen, wenn dem Verbraucher durch die kostenlose Verteilung Gelegenheit geschaffen werden soll, sich über die Güte des ihm angebotenen Erzeugnisses zu unterrichten; ein Wettbewerbsverstoß sei aber anzunehmen, wenn Gutscheine in konzentrierten Massenverteilungen an sämtliche Haushalte eines Bezirks unentgeltlich abgegeben werden.¹³⁷ Hier liege eine Übersteigerung der Werbung vor, weil der Waschmittelhersteller versucht habe, unzulässig Kunden an sich zu binden, eine aus heutiger Sicht recht strenge Auffassung. Mitte der 1960er Jahre wurde die Haltung des BGH liberaler, denn auch die Abgabe von Proben an eine größere Kundenmenge könnte noch zulässig sein, um diese über neuartige Produkte (die unentgeltliche Abgabe von Papiertaschentüchern) zu informieren.¹³⁸ Die bisherigen Kriterien, wonach kein Verstoß gegen anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze vorliegen dürfe, so die Haltung des Reichsgerichts, wurde fallen gelassen, ebenso die Überlegung, dass mittlere und kleinere Unternehmen sich diese Werbemethode wirtschaftlich nicht leisten können, so anfangs die Auffassung des I. Zivilsenats. Auch eine solche Betrachtungsweise sei nicht mehr „zeitgemäß“.¹³⁹ Soweit es darum gehe, die Kunden mit einem neuen Produkt bekannt zu machen, sei eine Behinderung der Mitbewerber nicht gegeben.¹⁴⁰

Vergleichende Werbung

Im Rahmen der Zurückdrängung vergleichender Werbung erwies sich der Senat ebenfalls anfangs als konservativ¹⁴¹ und bewegte sich bei der sogenannten Wertreklame in den Bahnen, die bereits zuvor das Reichsgericht beschritten hatte. Es mussten schon besondere Gründe vorliegen, die eine solche Werbung rechtfertigten, sonst wurde sie für sittenwidrig angesehen.¹⁴² Eine vergleichende Werbung sei nur zulässig, wenn es um einen Systemvergleich geht, bei dem Nachteile bisheriger Verfahren benannt und

¹³⁶ BGH v. 27.1.1956 – IZR 146/54 (BGHZ 19, 392).

¹³⁷ BGH v. 22.2.1957 – I ZR 68/56 (BGHZ 23, 365).

¹³⁸ BGH v. 26.2.1965 – I b 51/63 (BGHZ 43, 278).

¹³⁹ BGH v. 26.2.1965 – Ib 51/63 (BGHZ 43, 278, 283).

¹⁴⁰ BGH v. 26.2.1965 – I b 51/63 (BGHZ 43, 278).

¹⁴¹ BGH v. 10.6.1964 – Ib ZR 128/62 (BGHZ 42, 134); BGH v. 23.2.1968 – Ib ZR 148/65 (BGHZ 49, 325, 330); kritisch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 638.

¹⁴² Kritik wurde daran auch im Bundestag geübt, weil durch diese Rechtsprechung die Arbeit von Warentest-Instituten erschwert werde (Beyer, SPD, in der Bundestagssitzung vom 4.12.1963 (Verhandlungen des BT, S. 4515), während Staatssekretär Walter Strauß genau diese Rechtsprechung im Bundestag gelobt hat.

dann die Vorzüge des neuen Verfahrens geschildert werden,¹⁴³ oder wenn bei einem Fortschrittsvergleich zweier Dichtungsmittel allgemein auf Vorgängerprodukte Bezug genommen werde und nicht unmittelbar auf das Konkurrenzprodukt.¹⁴⁴ Allein die Tatsache, dass der Werbung ein subjektives Element innewohnt, mache diese noch nicht unlauter. Die Unzulässigkeit könne aber gegeben sein, wenn die Mängel des eigenen Produkts verschwiegen würden. Wer ein Zusatzgerät für verschiedene Geräte unterschiedlicher Firmen herstelle (konkret ein Bohnerzusatz für Staubsauger), dürfe damit werben, dass dieses Gerät auch beim Konkurrenten funktioniere und dürfe dann dessen Namen nennen.¹⁴⁵ Als Grundsatz galt, dass der Warenvergleich zulässig ist, „wenn die Angaben sich nach Art und Maß in den Grenzen des erforderlichen halten und der wahrheitsgemäßen sachlichen Erörterung dienen“,¹⁴⁶ eine Definition, die den Werbefachleuten damals Probleme bereitet haben dürfte.

Speziell bei einem Preisvergleich setzte sich in den 1960er Jahren eine liberalere Haltung durch. Eine Werbemaßnahme, mit der die angebotene Ware unter dem empfohlenen Richtpreis verkauft wird, sei zulässig, wenn in der Branche die Richtpreise von den meisten Händlern (in diesem Fall von Elektrogeräten) unterschritten werden.¹⁴⁷ Auch bei einem Uhren- und Schmuckhändler wurde eine entsprechende, aber etwas anders formulierte Werbung („40 Prozent können Sie sparen“) für zulässig gehalten, weil sie zu einer Verbesserung der Marktübersicht für den Verbraucher führe.¹⁴⁸

Ein weiterer häufiger Streitfall war die Ausschließlichkeitsklausel, mit der ein Hersteller die von ihm belieferten Großhändler verpflichtete, seine Produkte nur an bestimmte Händler weiterzugeben. Sie wurde zwar nicht generell als wettbewerbswidrig angesehen, dieses Ergebnis ergab sich aber häufig aus den Umständen des Einzelfalles.¹⁴⁹ Unzulässig sei eine Direktabgabe eines Produktes durch einen Großhändler, wenn dieser sein Verhalten gegenüber den mit ihm vertraglich verbundenen Einzelhändlern verheimliche.¹⁵⁰ Eine Umgehung der Ausschließlichkeitsklausel in der Weise, dass ein Großhändler die Ware über andere Kanäle bezieht, sei rechtswidrig, weil andere dadurch zum Vertragsbruch verleitet würden.¹⁵¹ Das gleiche Ergebnis ergab sich bei einem Schokoladenhersteller, der einen *cash & carry*-Großhändler nicht belieferte, worauf dieser sich anders eindeckte. Wer sich unter sittenwidriger Ausnutzung fremden Vertragsbruchs preisgebundene Markenware zum Zwecke des Weiter-

143 BGH v. 13.11.1951 – I ZR 44/51 (GRUR (1952), S. 416).

144 BGH v. 29.3.1960 – I ZR 145/58 (GRUR (1961), S. 237).

145 BGH v. 12.11.1957 – I ZR 44/56 (GRUR (1958), S. 343).

146 BGH v. 14.7.1961 – I ZR 40/60 (GRUR (1962), S. 45, 48).

147 BGH v. 10.6.1964 – Ib ZR 128/62 (BGHZ 42, 134).

148 BGH v. 23.2.1968 – Ib ZR 148/65 (BGHZ 49, 325).

149 BGH v. 16.3.1954 – I ZR 179/52 (BGHZ 13, 33): Verstoß einer Genossenschaft gegen Dekartellisierungsregeln.

150 BGH v. 27.6.1958 – I ZR 109/56 (BGHZ 28, 54).

151 BGH v. 14.6.1963 – I ZR 5/62 (BGHZ 40, 35).

verkaufs verschafft, könne sich gegenüber dem Unterlassungsanspruch des Herstellers (§ 1 UWG) nicht mit Erfolg darauf berufen, er handle in wettbewerblicher Abwehr, da der Hersteller ihn unter Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB aF durch Nichthandlung diskriminiere.¹⁵² Auch hier ergab sich die Sittenwidrigkeit daraus, dass der Händler andere vertragsbrüchig werden lasse. Relativ einfach machte es sich der I. Senat bei Apothekern: Hier seien ganz formell Verstöße gegen die Arzneimittelverordnung als Verstöße gegen das Standesrecht wettbewerbsrechtlich als unzulässig anzusehen.¹⁵³

4.3.3 Unzulässige Absprachen

Bereits vor der Gründung des Kartellsenats gab es vereinzelte Entscheidungen in diesem Bereich durch andere Senate. So hielt der II. Senat im Jahr 1952 eine Regelung für zulässig, die drei Brüder bei der Auseinandersetzung einer von ihnen betriebenen offenen Handelsgesellschaft vorgenommen hatten: Die Kundenschaft könne unter ihnen gebietsweise aufgeteilt und wirksam vereinbart werden, dass jeder der Beteiligten im Gebiet, das dem anderen vorbehalten wurde, jeden Wettbewerbs, auch unter anderer Firma zu unterlassen habe.¹⁵⁴

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 1958 wurde der Kartellsenat gegründet,¹⁵⁵ der grundsätzlich in der Tradition der Entscheidungen der anderen Senate aus den Jahren zuvor agierte, im Übrigen bei der Auslegung des neuen Gesetzes häufig auch auf die Entstehungsgeschichte zurückgriff.¹⁵⁶ Der Anwendungsbereich des GWB sei auch auf die Träger der Sozialversicherung anzuwenden, die zwar teilweise öffentlich-rechtlich tätig würden, in vielfacher Weise aber auch privatrechtlich. Insoweit sei bei einem Vertrag der Allgemeinen Ortskrankenkasse mit einem Apothekerverein auch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet und keine Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit gegeben, so der Senat.¹⁵⁷ Zur Anwendung des Kartellrechts genüge jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Bereich, so dass auch Absprachen der Sozialversicherungsträger mit einem Unternehmen für Sanitätsbedarf einer Überprüfung unterliegen.¹⁵⁸

In Fragen der horizontalen Beschränkung stand der damals umstrittene Vertragsbegriff im Mittelpunkt.¹⁵⁹ Wann sollte eine kartellrechtlich relevante Kartellvereinba-

¹⁵² BGH v. 8.3.1962 – KZR 8/61 (BGHZ 37, 30).

¹⁵³ BGH v. 16.11.1956 – I ZR 150/54 (BGHZ 22, 167); BGH v. 29.1.1957 – I ZR 53/55 (BGHZ 23, 184).

¹⁵⁴ BGH v. 13.2.1952 – II ZR 88/51 (BGHZ 5, 126).

¹⁵⁵ Er bestand aus Mitgliedern verschiedener, fachnaher Senate, den Vorsitz führten jeweils die Präsidenten des BGH.

¹⁵⁶ BGH v. 15.12.1960 – KZR 2/60 (BGHZ 34, 53, 58); BGH v. 24.10.1963 – KVR 3/62 (BGHZ 41, 42).

¹⁵⁷ BGH v. 15.12.1960 – KZR 2/60 (BGHZ 34, 53 = NJW (1961), S. 405).

¹⁵⁸ BGH v. 26.10.1961 – KZR 1/61 (BGHZ 36, 91, 102 = NJW (1962), S. 196).

¹⁵⁹ BGH v. 17.2.1970 – KRB 1/70 (BGHSt 24, 54).

rung gegeben sein? Es sei nicht erforderlich, dass die Absprache dem gemeinsamen Zweck der Marktbeeinflussung diene; es reiche, wenn sie objektiv geeignet sei, eine solche Beeinflussung zu bewirken.¹⁶⁰ Dies wurde in der Spar-Supermarkt Entscheidung¹⁶¹ noch einmal wiederholt, entscheidend sei die „nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung“ auf die Marktverhältnisse. Eine Gebietsabgrenzung stelle einen wichtigen Faktor dar und sei ein Indiz für eine solche spürbare Wirkung, weil sie die Entschließungsfreiheit der Unternehmer beschränke.¹⁶²

Schwierig erwies es sich im Einzelfall, die noch zulässigen Absprachen von wettbewerbswidrigen Kartellen zu unterscheiden. Eine Preisbindung mit Mengenrabatt (sog. Rabattkartell) sei sowohl im Verhältnis des Herstellers zum Großhändler als auch im Verhältnis zum Einzelhändler nicht grundsätzlich (nach § 26 Absatz 2 UWG) verboten.¹⁶³ Denn ein Rabattkartell könne in engen Grenzen mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen vereinbar sein, da es die Transparenz fördere; allerdings müssten die Auswirkungen der Absprachen der Unternehmen auf den sonstigen Wettbewerb konkret gewürdigt werden,¹⁶⁴ was bei einer vertikalen Preisempfehlung für das Kölnisch Wasser „4711“ Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens gewesen war.¹⁶⁵ Ein weiteres Problem stellte der Anwendungsbereich des Kartellrechts dar, wenn es um das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern ging. Eine OHG, die mehrere Filmtheater betrieb, verklagte einen ihrer Gesellschafter, der mit einem eigenen Kino der Gesellschaft Konkurrenz machte. Der Senat hat den hierin liegenden Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot damit sanktioniert, dass er der Gesellschaft ein Eintrettsrecht hinsichtlich des neu gegründeten Kinos (gemäß § 113 HGB aF) zusprach.¹⁶⁶

In einer Reihe von Entscheidungen stand der Missbrauchs begriff im Zentrum der Überlegungen. Die Aufgabe der Rechtsprechung, so der Senat unter dem Vorsitz des BGH-Präsidenten Bruno Heusinger, bestehe darin, einzutreten,

um im Hinblick auf die herrschenden besonderen Verhältnisse ein optimales Wirtschaftsergebnis und damit eine bessere Versorgung des Verbrauchers zu erzielen, als unter diesen besonderen Verhältnissen der freie Wettbewerb gewährleistet,¹⁶⁷

was schwierige Abwägungsprozesse nach sich zog und eine Reihe von Einzelfallentscheidungen, die hier nicht im Detail referiert werden sollen.

Alles in allem ist die Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerbsrecht in dieser Zeit, jedenfalls was den I. Senat angeht, als eher konservativ zu beschreiben. Insbeson-

160 BGH v. 26.10.1959 – KZR 2/59 (BGHZ 31, 105).

161 BGH v. 7.6.1962 – KZR 6/60 (BGHZ 37, 194).

162 BGH v. 7.6.1962 – KZR 6/60 (BGHZ 37, 194, 202).

163 BGH v. 27.9.1962 – KZR 6/61 (BGHZ 38, 90).

164 BGH v. 24.10.1963 – KVR3/62 (BGHZ 41, 42, 49 f.).

165 BGH v. 8.10.1958 – KZR 1/58 (BGHZ 28, 208).

166 BGH v. 6.12.1962 – KZR 4/62 (BGHZ 38, 306).

167 BGH v. 27.11.1964 – KVR 3/63 (MDR (1956), S. 367).

dere bei der Beschränkung von Werbemaßnahmen sind Entscheidungen dieses Senates mit der Anwendung der Sittenwidrigkeit im Nachhinein zu wettbewerbsfeindlich gewesen. Im Kartellrecht hat der BGH eine vorsichtige und zurückhaltende Wettbewerbsjustiz betrieben, die Rechtsprechung war kasuistisch und bildete einige wenige Fallgruppen heraus, die aber in dieser Zeit erste wichtige Bausteine für eine neue Materie schaffen, auch wenn eine ganze Reihe von Aspekten erst in späteren Jahren durch die Rechtsprechung entschieden wurden.

4.4 Kreditsicherheiten

Das starke Wirtschaftswachstum dieser Zeit, das sowohl die Exportwirtschaft boomen als auch die Investitionsquote in die Höhe schnellen ließ, führte zu einem extrem hohen Warenumsatz, der die Konkurrenz von Geld- und Warenkredit brisant werden ließ. Die in diesem Bereich zuständigen BGH-Senate, so der im Jahr 1956 neu gebildete VIII. Senat¹⁶⁸ haben versucht, die verschiedenen Interessen der Marktteilnehmer in Einklang zu bringen, mitunter ohne auf konkrete gesetzliche Regelungen zurückgreifen zu können.

Bei der Lieferung einer Ware ohne unmittelbare Kaufpreiszahlung ist es der Warenlieferant, der abgesichert werden will, weil er vorleistet. Deshalb behält er sich das Eigentum bis zur endgültigen Kaufpreiszahlung vor, erst dann geht das Eigentum auf den Käufer über. Allerdings erwirbt der Erwerber die Ware meist zu dem Zweck, um sie weiter zu veräußern oder zu verarbeiten. Dafür bietet sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt an, mit dem der erste Verkäufer sein Eigentum gegenüber dem Dritten, also dem Abnehmer des Verkäufers, fortsetzt. Der BGH hatte die Vorausabtretung durch einen verlängerten Eigentumsvorbehalt frühzeitig anerkannt,¹⁶⁹ eine Ausdehnung erfolgte durch den VII. Senat, der 1957 entschied, dass sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt auch auf eingebaute Baustoffe erstrecken könne.¹⁷⁰ In einer grundlegenden Entscheidung hat der VIII. Senat – in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts – festgestellt, dass das bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt entstehende Anwartschaftsrecht des Erwerbers wie das Eigentum weiter übertragen und verpfändet werden könne,¹⁷¹ womit es einen konkreten Wirtschaftswert erhielt. Dieses Anwartschaftsrecht ist auflösend bedingt durch die endgültige Kaufpreiszahlung, mit Eintritt der Bedingung erstarkt es zum Volleigentum. Bei nochmaliger Weiterveräußerung wurde die Anwartschaft dadurch gestärkt, dass ein Durchgangserwerb beim Veräußerer nicht erfolgte,¹⁷² womit dessen Insolvenz uner-

¹⁶⁸ Er war unter anderem zuständig für Kauf, Tausch, Miete.

¹⁶⁹ BGH v. 25.10.1952 – I ZR 121/51 (BGHZ 7, 365).

¹⁷⁰ BGH v. 16.12.1957 – VII ZR 402/56 (BGHZ 26, 178).

¹⁷¹ BGH v. 22.7.1956 – VIII ZR 164/55 (BGHZ 20, 88).

¹⁷² BGH v. 22.7.1956 – VIII ZR 164/55 (BGHZ 20, 88, 90).

heblich war und womit die Verkehrsfähigkeit weiter erhöht wurde.¹⁷³ Der Flexibilität dient auch die in der Praxis gebräuchliche Verarbeitungsklausel, nach der der Rohstofflieferant Eigentümer des Fertigproduktes wird, die ebenfalls als zulässig angesehen wurde. Schwieriger war es, wenn mehrere Lieferanten Teile für ein Endprodukt lieferten und alle ihr Eigentum „fortsetzen“ wollten. Der VIII. Senat ließ es zu, dass die Lieferanten zu bestimmten Teilen (entsprechend dem Wert des Rohstoffmaterials im Verhältnis zum Fertigprodukt) Miteigentümer wurden.¹⁷⁴

Ein anderes Kreditmittel für einen Unternehmer besteht darin, dem Kreditgeber seine Waren zur Sicherheit zu übereignen, was der BGH, dem Reichsgericht folgend, anerkannt hat, womit die Sicherungsübereignung faktisch wie ein besitzloses Pfandrecht fungionierte.¹⁷⁵ Allerdings hatte der IV. Senat im Jahr 1956 wenig verkehrsfreundlich gemeint, es müsse bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers individuell bestimmt werden, welche Sachen übereignet werden, vor allem wenn Teile des Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt geleistet worden waren.¹⁷⁶ Diese restriktive Haltung zur Sicherheitsübereignung erfuhr zwei Jahre später eine Änderung, nachdem zum 1. Januar 1958 die Zuständigkeit für Ansprüche aus Besitz und Eigentum vom IV. auf den VIII. Senat übergegangen waren.¹⁷⁷ Letzterer schwächte das Erfordernis der Bestimmtheit ab:¹⁷⁸ Diese sei auch bei der Übereignung eines ganzen Warenlagers mit wechselndem Bestand gegeben, der Schutz anderer Gläubiger werde nicht beeinträchtigt. Die Interessen des Erwerbers seien gewahrt, da ja immerhin das Anwartschaftsrecht übertragen werden könne und der Erwerber wisse, dass er – jedenfalls an einem Teil der Waren – kein volles Eigentum erhalte. Eine Information für Dritte sei für die Eigentumsübertragung nicht erforderlich. Trotz des Widerspruchs zu der Entscheidung des IV. Senats unterließ es der VIII. Senat, den Großen Senat anzurufen, da mit dem nunmehr erfolgten Zuständigkeitswechsel divergierende Entscheidungen der beiden Senate vermieden seien und damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung für die Zukunft gewährleistet sei. Die deutlich liberalere Haltung des VIII. Senats bedeutete eine wesentliche Erleichterung für die Lieferanten, so dass – wieder – die Verkehrsfähigkeit erheblich erhöht wurde.

Immer wieder trafen und treffen Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung aufeinander, so dass der Konflikt zwischen dem Waren- und dem Geldkredit ein gewichtiges Rechtsproblem darstellt. Konkret stellt sich die Frage: Wie ist das Verhältnis des Sicherungseigentümers, etwa einer Bank, zu den Warenlieferanten mit ihrem Eigentumsvorbehalt? Der BGH hat sich mit der herrschenden Meinung der Literatur

¹⁷³ BGH v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57 (BGHZ 28, 16).

¹⁷⁴ BGH v. 19.10.1966 – VIII 152/64 (BGHZ 46, 117); ähnlich für die Weinbrand-Verarbeitung: BGH v. 5.4.1971 – VIII 99/69 (BGHZ 56, 88).

¹⁷⁵ BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 1/52 (BGHZ 7, 111).

¹⁷⁶ BGH v. 13.6.1956 – IV ZR 24/56 (BGHZ 21, 52 = NJW (1958), S. 1133).

¹⁷⁷ Der VIII. Senat war 1956 gebildet worden und zunächst vornehmlich für Kauf, Tausch und Miete zuständig.

¹⁷⁸ BGH v. 24.6.1958 – VIII 205/57 (BGHZ 28, 16 = NJW (1958), S. 1133).

für das Prioritätsprinzip ausgesprochen¹⁷⁹ und gegen die Auffassung, wonach der Warenlieferant Vorrang genießt.¹⁸⁰ Für eine Vorausabtretung von Forderungen ließ der BGH unter Ablehnung der früheren Rechtsprechung die Bestimmbarkeit der Forderungen genügen.¹⁸¹ Damit genoss eine Vorausabtretung von Forderungen, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt verbunden war, Vorrang vor späteren Vereinbarungen. Allerdings konnte die Vorausabtretung sittenwidrig sein, wenn sie zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vorbehaltskäufers führte. Im Jahr 1959 nahm der VII. Senat die Sittenwidrigkeit einer Globalzession an, wenn diese auch Sachen künftiger Lieferanten mit Eigentumsvorbehalt erfasst, weil dadurch der Schuldner gezwungen werde, gegenüber seinen Warenlieferanten fortgesetzte Vertragsverletzungen zu begehen.¹⁸² Die in der Vorausabtretung denkbare Sittenwidrigkeit werde indes vermieden, so der VIII. Senat, wenn der Verkäufer sich zur Freigabe der zur Sicherheit abgetretenen Forderungen verpflichtete, soweit die ihm gewährten Sicherungen seiner Forderungen 25 Prozent überstiegen.¹⁸³ Außerdem hatte der Verkäufer zur Vermeidung der Sittenwidrigkeit dem Vorbehaltskäufer zu gestatten, dass er seine Forderungen einziehen darf, solange er seine Zahlungsverpflichtungen erfüllte. Keine Sittenwidrigkeit war gegeben, wenn der Kreditgeber nicht mit der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts rechnen musste und die Abtretung auch nur einen Teil der Forderung erfasste.¹⁸⁴ Durch diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien wurde dem etwas groben Kriterium der Sittenwidrigkeit eine gewisse Flexibilität verliehen. Häufig war die Situation gegeben, dass der Verkäufer dem Erwerber die Weiterveräußerung der verkauften Sache gestattet hatte, allerdings unter der Bedingung, dass die mit dem Weiterverkauf erworbenen Forderungen im Voraus abgetreten werden. In einem konkreten Fall hatte der Erwerber jedoch abredewidrig beim Weiterverkauf mit seinen neuen Kunden keine Abtretung vereinbart und war dann in Konkurs gegangen. Der VIII. Senat schützte den Erstverkäufer und gewährte ihm ein Ersatzaussonderungsrecht gegenüber dem Konkursverwalter.¹⁸⁵

Die Urteile der beiden Senate haben wesentliche Pflöcke für das Kreditrecht eingeschlagen. Und auch wenn die Senate mit dem Kriterium der Sittenwidrigkeit recht stark regulierend in den Markt eingegriffen haben, ist es doch als Leistung der Rechtsprechung zu würdigen, dass sie im Wesentlichen ein Recht geschaffen haben, das gute Rahmenbedingungen für einen florierenden Warenverkehr zur Folge hatte. Prä-

179 BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58 (BGHZ 30, 149,152 mit Nachweisen aus der Literatur).

180 Flume, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, in: *NJW* (1950), S. 841; Neubeck, Urteilsanmerkung, in: *NJW* (1959), S. 581.

181 BGH v. 25.10.1952 – I ZR 121/51 (BGHZ 7, 365, 368); BGH v. 16.12.1957 – VIII ZR 49/57 (BGHZ 26, 185, 189).

182 BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58 (BGHZ 30, 149, 153).

183 BGH v. 16.12.1957 – VIII ZR 49/57 (BGHZ 26, 185, 190 f.).

184 BGH v. 9.6.1960 – VII ZR 228/58 (BGHZ 32, 361).

185 BGH v. 23.5.1958 – VIII ZR 434/56 (BGHZ 27, 306).

sident des VIII. Senats war Emil Großmann, ein Fabrikantensohn, der während der Kriegszeit beim Oberlandesgericht Dresden und seit 1940 Parteimitglied sowie in diversen anderen NS-Organisationen gewesen war.¹⁸⁶ Weitere Senatsmitglieder waren Hermann Spieler, Sohn eines Prokuren,¹⁸⁷ seit 1933 Mitglied der NSDAP und zuvor bei den Oberlandesgerichten in Naumburg und Breslau tätig, ferner die früheren Landgerichtsräte Hans Robert Mezger, Sohn eines Kaufmanns,¹⁸⁸ Josef Mormann, aus einer Bauersfamilie stammend,¹⁸⁹ und Wolfgang Gelhaar,¹⁹⁰ alle drei formal NS-belastet, aber soweit ersichtlich nicht weiter in nationalsozialistisches Unrecht verstrickt. Jedenfalls lässt sich kaum behaupten, dass ihre richterliche Sozialisation einer sachlichen Behandlung kauf- oder mietrechtlicher¹⁹¹ Fragen negativ im Wege gestanden hätte, aber möglicherweise haben die Berufe der Väter ihre Vorlieben für wirtschaftsrechtliche Fragen beeinflusst.

4.5 Der Verbraucherschutz

4.5.1 Das Kleingedruckte

Die Rechtsfragen, die mit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) zusammenhängen, sind in Deutschland über Jahrzehnte hinweg gesetzlich nicht geregelt gewesen, denn das AGB-Gesetz stammt aus dem Jahre 1977,¹⁹² und ins BGB kamen die entsprechenden Regelungen erst mit der Schuldrechtsreform des Jahres 2002.¹⁹³ Gleichwohl erfolgten bereits in den 1950er Jahren wichtige Weichenstellungen durch den BGH, der zunächst in Einzelfragen an die Rechtsprechung des Reichsgerichts anknüpfte, um dann die Materie entscheidend weiterzuentwickeln. Der BGH verstand seine Kontrolle über solche vorformulierten Verträge auch als einen Beitrag zur Sicherung eines „redlichen Geschäftsverkehrs“,¹⁹⁴ so der II. Senat, weshalb sich diese Rechtsprechung in gewisser Weise an die zum Wettbewerbsrecht anschließt. Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht stand allerdings bei den AGB der Verbraucherschutz, nicht ein Mitwettbewerber im Vordergrund.

186 BA, Pers 101/39970, Personalblatt.

187 BA, Pers 101/40047, Personalblatt.

188 BA, Pers 101/48875, Personalblatt.

189 BA, Pers 101/76038, Personalblatt; BA, Pers 101/76041, Personalblatt. Mormann hat wegen seines Austritts aus der SS und des Vorwurfs fehlenden Einsatzes für die Partei Schwierigkeiten im Nationalsozialismus gehabt.

190 BA, Pers 101/39967, Personalblatt

191 Dazu Kapitel 5.3.

192 Gesetz v. 9.12.1977 (BGBl I, 1977, 3317).

193 Gesetz v. 26.11.2001 (BGBl I, 2002, 42).

194 BGH v. 17.2.1964 – II 98/62 (NJW (1964), S. 1124). Nipperdey, Grundprinzipien, in: DRZ (1950), S. 198.

Die Anfänge nach dem Zweiten Weltkrieg machte der I. Senat mit der unschön formulierten Klarstellung, dass die Geltung solcher AGB stets eine „Unterwerfung“ der Vertragsparteien unter diese „Rechtsordnung“ erfordere, die auch stillschweigend erfolgen könne.¹⁹⁵ Die Begrifflichkeit (Unterwerfung, Rechtsordnung) ist noch wenig am Vertragsrecht orientiert. Und die Schwelle für eine Einbeziehung der AGB war relativ niedrig gewählt,¹⁹⁶ wenn etwa die Möglichkeit erwähnt wird, dass ein Einverständnis anzunehmen sein könne, wenn es in normalen Geschäftskreisen zu unterstellen sei.¹⁹⁷ Oder es wurde formuliert, dass eine Akzeptanz des Vertragspartners gegeben sein könnte für solche „Bedingungen, mit deren Aufstellen er billiger- und gerechterweise rechnen kann.“¹⁹⁸ Doch sollte es sich schnell durchsetzen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann wirksam sind, wenn sie von beiden Parteien vereinbart worden sind.

Wie schon das Reichsgericht¹⁹⁹ hat auch der BGH eine unklare Formulierung in den AGB zu Lasten des Verwenders gehen lassen.²⁰⁰ Auch sonst deutete zunächst alles darauf hin, dass die vom Reichsgericht vorgezeichnete Linie²⁰¹ fortgesetzt wird, mit der lediglich ein Monopolmissbrauch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verhindert wurde,²⁰² während eine Inhaltskontrolle einzelner Vertragsbedingungen damit nicht verbunden war. Dementsprechend wurde bis Mitte der 1950er Jahre nur in Extremfällen die Sittenwidrigkeit einer Klausel und deren Unwirksamkeit (gemäß § 138 BGB) angenommen, etwa bei einem Haftungsausschluss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken für fehlerhafte Auskünfte, wenn das Kreditinstitut das schuldhafte Verhalten zu seinem Vorteil ausgenutzt hatte.²⁰³ Auch einem Spediteur, der grob gegen seine Pflichten verstößen hatte, war die Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben versagt worden.²⁰⁴ Das Gleiche galt für die in den Spediteurbedingungen enthaltene Klausel, die ein Pfandrecht an Gütern Dritter hatte begründen wollen.²⁰⁵

195 BGH v. 19.1.1951 – I ZR 53/50 (BGHZ 1, 83 = *NJW* 51, S. 403). Ähnlich BGH v. 5.10.1951 – I ZR 92/50 (BGHZ 3, 200 = *NJW* (1951), S. 957): Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports. BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (*NJW* (1955), S. 1145): Spediteurbedingungen.

196 So auch später der Gesetzgeber des AGB-Gesetzes (BT-Drs. 7/3919, 13).

197 BGH v. 5.10.1951 – I ZR 92/50 (BGHZ 3, 200, 203).

198 BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (BGHZ 17, 1, 3).

199 RGZ 145, 21.

200 BGH v. 12.2.1952 – I ZR 96/51 (BGHZ 5, 111, 115 = *NJW* (1952), S. 657), konkret entschieden für einen Wettvertrag. In dieser Entscheidung wird überdies zum Schutze des Rechtsverkehrs eine Duldungsvollmacht großzügig angenommen (dazu *NJW* (1951), S. 309).

201 RGZ 143, 24 (betrifft die Ausnutzung der Monopolstellung eines Elektrizitätswerkes durch die Verwendung vorformulierter Klauseln).

202 Darauf wird z. B. in der Entscheidung des I. Zivilsenats v. 13.3.1956 – I ZR 132/54 (*NJW* (1956), S. 1065) unter Bezugnahme auf das Reichsgericht abgestellt (für Bedingungen von Schleppunternehmen, die alle den gleichen Wortlaut hatten).

203 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 279/53 (BGHZ 13, 198).

204 BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (BGHZ 20, 164 = *NJW* (1956), S. 908).

205 BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (BGHZ 17, 1).

Während sich diese Entscheidungen (des I. und II. Senats) ganz in der Tradition des Reichsgerichts bewegten, ist die Entscheidung des II. Senats vom Oktober 1956,²⁰⁶ die wohl maßgeblich durch Robert Fischer geprägt wurde, als „Meilenstein“ bezeichnet worden.²⁰⁷ In ihr wurde der Gewährleistungsausschluss für den Kauf neuer Möbel für unzulässig erklärt, wenn dem Käufer kein Nachbesserungsrecht eingeräumt wird oder die Nachbesserung unmöglich, vom Verkäufer verweigert oder unzulänglich wahrgenommen wurde.²⁰⁸ Das geschilderte Urteil zitierte die grundlegende Arbeit von Ludwig Raiser²⁰⁹ und deutete damit an, dass neue Pfade beschritten würden.²¹⁰ Das Gericht müsse für einen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragspartner sorgen, Treu und Glauben (§ 242 BGB) eröffneten die Möglichkeit einer weitgehenden Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen. Die Bedenken, die sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und dem Vorrang der Privatautonomie aufdrängten, begegneten die Richter, indem sie das Argument umdrehten: Gerade, weil der eine Marktteilnehmer über eine deutlich stärkere Verhandlungsposition verfüge, sei mangels gleicher Machtverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie eine Kontrolle notwendig, eine Sichtweise, die später auch – in anderem Zusammenhang – das Bundesverfassungsgericht teilte. Allerdings glaubte der BGH zunächst noch, keine allgemeinen Regeln aufstellen zu können; die Wertungen für eine Überprüfung der AGB müssten sich unterscheiden, je nachdem um welche Käufer- oder Verkäufer- schicht es sich handelt.²¹¹

Immerhin war der Weg geschaffen zu einer Inhaltskontrolle einzelner Klauseln, die anhand von Treu und Glauben in der folgenden Zeit weiterentwickelt wurde. Der II. Senat hat klargestellt, dass ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit in AGB unabhängig von einer Monopolstellung unwirksam sein kann.²¹² Außerdem wurden in den 1960er Jahren von verschiedenen Senaten einzelne Kriterien herausgearbeitet, die den Kontrollmaßstab „Treu und Glauben“ etwas konkretisierten: So wurde den gesetzlichen Regelungen, die zwar dispositiv seien, auch eine gewisse Gerechtigkeitsge währ zugesprochen.²¹³ Wenn die AGB dem Vertrag praktisch jeden Nutzen nimmt,

206 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 90).

207 So Pfeiffer, Anmerkung, in: *NJW* (2017), S. 3076. Raiser sprach von einem „Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung“, Raiser, in: *JZ* (1958), S. 1.

208 Dogmatischer Ansatzpunkt sollte Treu und Glauben sein (§ 242 BGB) sein, ein Gedanke, den bereits wenige Monate zuvor der I. Senat formuliert hatte (BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (*NJW* (1956), S. 908)).

209 Raiser, *Das Recht*.

210 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 97 = *NJW* (1957), S. 17).

211 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 97, 98). Das klang nach Differenzierungen zwischen dem Verhältnis Industrie/Handel und dem Verhältnis Handel/Verbraucher (s. Pfeiffer, Anmerkung, in: *NJW* (2017), S. 3077).

212 BGH v. 29.10.1962 – II ZR 31/61 (BGHZ 38, 183 = *NJW* (1963), S. 99) für Allgemeine Lagerbedingungen der Speditionsbranche.

213 So BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62 (BGHZ 41, 151 = *NJW* (1964), S. 1123) hinsichtlich der Beweislast bei Lagerbedingungen.

weil der Unternehmer sich von Verpflichtungen freizeichnet, die für die Erfüllung des Vertrages existenziell sind, habe die Rechtsprechung einzugreifen: Ein Schleppdampfer muss fahr- und seetüchtig sein,²¹⁴ bei einem Bewachungsvertrag müssen die organisatorischen Voraussetzungen für die Durchführung der Bewachungsaufgaben getroffen werden.²¹⁵ In diesen Fällen sei eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung mit dem Vertragstyp nicht vereinbar. Und überdies hat der BGH bestimmte Pflichten für einen konkreten Vertragstyp als essentiell angesehen („Kardinalpflichten“), etwa die Fahr- und Ladetüchtigkeit eines Schiffes bei einem Transportvertrag.²¹⁶ Oder bei einem Maklervertrag die Abhängigkeit einer Vergütung von der tatsächlich erfolgten Vermittlung.²¹⁷ Generell haben die Senate für eine Abweichung vom dispositiven Recht nachvollziehbare Gründe gefordert, die umso triftiger sein müssen, je weiter sich die AGB vom Leitbild des im Gesetz geregelten Vertragstyps entfernen.

Darüber hinaus konnte, so der VIII. Senat, sogar der ganze Vertrag unwirksam sein,

in dem umfangreiche und für den Vertragspartner nachteilige, nicht leicht verständliche Bedingungen im Formular so unübersichtlich und un gegliedert aufgeführt sind, daß der Vertragsgegner sich vor Unterzeichnung der Vertragsurkunde nicht hinreichend über die rechtliche Tragweite der einzelnen Bedingungen klar werden kann.²¹⁸

Und ein Hersteller aus einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache, der bereits einen umfangreichen Gewährleistungsausschluss vereinbart hatte, sollte sich nicht auch noch auf die ausgeschlossene Nachbesserung berufen können.²¹⁹ Der in der Rechtsprechung ganz grundsätzlich zum Ausdruck kommende Gedanke, dass man nicht etwas, das man in einem Vertrag versprochen hat, mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder zurücknehmen darf, griff auch im allgemeinen Kaufrecht: Wenn der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft einer Kaufsache zusichert und gleichzeitig in den AGB einen Gewährleistungsausschluss vereinbart, so kann dieser Ausschluss sich nicht auf die Haftung für die zugesicherte Eigenschaft beziehen. Wäre die Klausel beachtlich, würde sich ein unauflöslicher Widerspruch ergeben, weil die Zusicherung ins Leere liefe.²²⁰

²¹⁴ BGH v. 16.3.1956 – I ZR 132/54 (BB 1956, 577).

²¹⁵ BGH v. 29.9.1960 – II 25/59 (BGHZ 33, 216).

²¹⁶ BGH v. 29.1.1968 – II ZR 18/65 (BGHZ 49, 356, Zitat auf S. 363).

²¹⁷ BGH v. 4.11.1964 – VIII ZR 46/63 (NJW (1965), S. 246); die Norm des § 652 BGB sei zwar abdingbar, aber nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ähnlich BGH v. 22.2.1967 – VIII ZR 215/64 (NJW (1967), S. 1225).

²¹⁸ BGH v. 11.11.1968 – VIII ZR 151/66 (BGHZ 51, 55).

²¹⁹ BGH v. 18.9.1967 – VII ZR 57/65 (BGHZ 48, 264).

²²⁰ BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 (NJW (1968), S. 1622).

Der Verkäufer darf nach Treu und Glauben nicht das, was er im Vertragsangebot versprochen hat, durch Beifügung einer Freizeichnungsklausel in seinen AGB zunichtemachen. Einer solchen Klausel kann keine rechtliche Wirkung zugesprochen werden.²²¹

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass der BGH die gesetzgeberischen Wertungen späterer Jahre in den beiden Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg bereits vorbereitet hat.²²² Die Rechtsprechung schuf in diesem Bereich einen Verbraucherschutz, der sich angesichts der massenhaften Verwendung von AGB und ihrer immer größer werdenden Unübersichtlichkeit als sinnvoll herausgestellt hatte. Kritisch könnte man anmerken, dass die Definition dessen, was AGB sind, noch etwas zu eng war, wenn das Gericht von einer „unbestimmten Vielzahl“ spricht,²²³ denn auch beim Gebrauch einer bestimmten Zahl (Beispiel: fünf Mietwohnungen) ist der Schutzzweck für die Gruppe der Verbraucher gegeben. Abgesehen von einem solchen Kritikpunkt ist der BGH überwiegend zu akzeptierten Ergebnissen gelangt.

4.5.2 Die Produzentenhaftung

Das oben beschriebene Wirtschaftswachstum und die laufend fortschreitende technische Entwicklung brachten es mit sich, dass ständig neue Produkte auf den Markt geworfen wurden, die nicht immer risikofrei anzuwenden waren; daher kam es nicht selten vor, dass ihre Benutzung bei den Verbrauchern zu Schäden führten. Und das warf häufiger als in früheren Zeiten die Frage nach einer Haftung der Hersteller auf. Da das deutsche Produkthaftungsgesetz erst im Jahr 1989 erlassen wurde²²⁴ und es auch vorher noch keine anderen speziellen gesetzlichen Regelungen gab, ist diese Materie vornehmlich durch die Rechtsprechung des für das Deliktsrecht zuständigen (VI.) Zivilsenats herausgebildet worden. Es stellt damit ein weiteres klassisches Beispiel für die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung des BGH dar.

Eine vertragliche Haftung bestand in den fraglichen Fällen in der Regel nicht, denn einen Vertrag hatte der Kunde in der Regel mit einem Händler geschlossen, der aufgrund der zunehmenden Spezialisierung des Herstellungsprozesses nicht selbst der Hersteller war. Eine vertragliche Haftung dergestalt, dass der Lieferant und Pro-

221 BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 (NJW (1968), S. 1622, 1625). Der Anspruch des Käufers wegen Nichterfüllung beim Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft umfasst auch den Ersatz von sogenannten Mangelfolgeschäden, d. h. dass auch die Einbuße ersetzt wird, die der Käufer an anderen Vermögenswerten als dem Kaufgegenstand oder an der eigenen körperlichen Unversehrtheit erleidet. Bei einem Warenkauf, bei dem die Ware dazu bestimmt ist, vom Käufer benutzt oder verbraucht zu werden, seien die Mangelfolgeschäden meist die einzige wirklich schwerwiegenden Schäden (BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66); NJW (1968), S. 1622.

222 Das betrifft vor allem den Inhalt des späteren § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz.

223 BGH v. 29.9.1960 – II 25/59 (BGHZ 33, 216, 218).

224 Gesetz v. 15.12.1989 (BGBI I, 2198).

duzent als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen sind, hatte schon das Reichsgericht abgelehnt,²²⁵ und dem ist der BGH gefolgt.²²⁶ Ende der 1960er Jahre hat der VIII. Senat weitere Abgrenzungen zum Vertragsrecht vollzogen: Zum einen ging es um die Frage, inwieweit in einer Werbung eine zugesicherte Eigenschaft gesehen werden kann,²²⁷ deren Fehlen dann Schadenersatzansprüche nach dem Mangelgewährleistungsrecht auslöst. Immerhin konnte insoweit in Einzelfällen dann doch das Vertragsrecht eingreifen, aber nicht im Verhältnis des Kunden gegenüber dem Hersteller, sondern im Verhältnis des Händlers zum Produzenten: Dies war der Fall bei einer Werbung der Farbwerke Hoechst, wonach ein Produkt nur von ausgewählten Betrieben auf bestimmte Art hergestellt werde mit der Folge, dass es dann ganz konkrete Eigenschaften aufweise (Trevira). Eine solche Anpreisung sei keine unverbindliche Werbung, sondern könne als Zusicherung einer Eigenschaft eine Haftung auslösen.²²⁸

Letztlich konnte der Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Produzenten gegenüber dem Kunden, der das Produkt bei einem Händler erworben hatte und daher mit dem Produzenten nicht vertraglich verbunden war, nur im deliktschen Bereich liegen. Dogmatisch wählte der BGH den Weg über die Verkehrssicherungspflichten. Mitte 1952 sprach der III. Senat²²⁹ einem Käufer einen Schadenersatzanspruch gegen den Hersteller zu für einen Körperschaden, der bei der Bedienung eines Transportfahrzeugs für Holzstämme entstanden war. Wenn, so der Senat, ein Gerät aufgrund seiner Bauweise nur mit Schwierigkeiten richtig zu bedienen ist, so dass eine Betriebssicherheit nicht gewährleistet ist, so führe dies zu einer Haftung des Produzenten. Das Verschulden wurde in einer fehlenden Bedienungsanleitung gesehen beziehungsweise in der Unterlassung einer anderen Bauart, die sehr wahrscheinlich den Schadenseintritt verhindert hätte. Insoweit seien vom Hersteller alle zugänglichen technischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Möglichkeiten zu nutzen. Eine Patentierung des Geräteteils oder die Zulassung zum Straßenverkehr (eines Anhängers) schließe das Verschulden des Herstellers nicht aus.²³⁰

Es war der VI. Senat, der ein paar Jahre später dieser Materie stärkere Konturen verliehen hat, wenn auch die nächste Entscheidung nicht kundenfreundlich ausfiel: Im April 1956 wurde eine Klage abgewiesen, weil ein Verschulden des Herstellers nicht zu beweisen war.²³¹ Der Senat nahm den Fall zum Anlass, die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr darzulegen. Der Kläger, der beim Bruch des Gabelschaftes seines neu gekauften Fahrrades gestürzt war, müsse entweder einen Konstruktionsfehler, alternativ die Benutzung einer unzulänglichen Maschinerie oder eine mangeln-

²²⁵ RGZ 101, 152, 157.

²²⁶ So der II. Senat (BGH v. 15.3.1956 – II ZR 284/54), gut 10 Jahre später bestätigt vom VIII. Senat (BGH v. 21.6.1967 – VIII ZR 26/65 (BGHZ 48, 118)).

²²⁷ BGH v. 21.6.1967 – VIII 26/65 (BGHZ 48, 118).

²²⁸ Die Sache wurde zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.

²²⁹ BGH v. 23.6.1952 – III ZR 168/51 (NJW (1952), S. 1170).

²³⁰ BGH v. 23.6.1952 – III ZR 168/51 (NJW (1952), S. 1170 Rn. 25).

²³¹ BGH v. 21.4.1956 – VI ZR 36/55 (BeckRS (1956), Nr. 31371324).

de Kontrolle der Beschäftigten oder der fertigen Produkte nachweisen. Denn der bloße „Ausreißer“, also ein einmaliges Verschulden eines Arbeitnehmers des Herstellers, wie es in dem zu entscheidenden Fall (wohl?) gewesen war, führe noch nicht zu einer Haftung des Unternehmers. Ein Beweis des ersten Anscheins für eine der genannten Haftungsursachen sei nicht gegeben. Auch drei Jahre später wurde eine Klage abgewiesen:²³² Die – erforderliche – Gebrauchsanweisung müsse nicht allgemeines Erfahrungswissen der in Betracht kommenden Abnehmerkreise enthalten; eine Zurückhaltung, die später aufgegeben werden sollte. Wichtig war eine Entscheidung aus dem Jahr 1960, mit der ausdrücklich auch eine Untersuchungspflicht hinsichtlich des fertigen Produkts bejaht wurde, und zwar nicht nur für den Hersteller dieses Produktes, sondern auch für denjenigen, der eine Maschine in Verkehr bringt, ohne Hersteller zu sein.²³³ Insoweit konnte auch in weiteren Fällen ein deliktischer Anspruch des Verbrauchers in Betracht kommen.²³⁴ Der Unfall einer mit ihrem Goggomobil verunglückten Fahrerin war auf eine gebrochene Schubstrebe zurückzuführen; der beklagte Unternehmer, ein Zulieferer für die Automobilindustrie, rechtfertigte sich damit, dass alle an der Produktion beteiligten Personen sorgfältig ausgesucht worden seien. Der Senat hat den Schadensersatzanspruch unter dem Vorsitz von Joseph Engels gleichwohl bejaht und dies mit dem Vorwurf der fehlenden Stückkontrolle begründet,²³⁵ denn auch die Kontrolle des fertigen Produktes gehöre zu den Verpflichtungen des Betriebes. Da der Geschädigte keine Möglichkeiten habe, nachzuweisen, in welchen Einzelpunkten eine schuldhafte Verletzung der Unternehmensleitung vorgelegen hat, sei es Sache des Produzenten, sich zu entlasten. Eine bedeutende kundenfreundliche Entscheidung! Die damit eingeführte Beweislastumkehr wurde im recht bekannt gewordenen „Hühnerpestfall“ noch einmal deutlich konturiert:²³⁶ Der Inhaber eines großen Geflügelbetriebes hatte seine Hühner mit einem bestimmten Medikament gegen die Hühnerpest impfen lassen. Der bakteriell verunreinigte Impfstoff führte dazu, dass ein großer Teil des Bestandes getötet wurde. Wo die Verunreinigung herrührte, konnte nicht mehr ermittelt werden. Der BGH entschied, dass bei einer Verletzung einer Person oder einer Sache durch ein fehlerhaft hergestelltes Produkt trotz bestimmungsgemäßer Verwendung der Hersteller beweisen muss, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.

Vergleicht man die Ergebnisse der Rechtsprechung in dem hier untersuchten Zeitraum mit dem zwei Jahrzehnte später erlassenen Produkthaftungsgesetz, so war sie in Hinblick auf das Verschulden enger, also industriefreundlicher als das spätere Gesetz, das – sicherlich auch im Sog des europäischen Verbraucherschutzes – auf ein Ver-

232 BGH v. 14.4.1959 – VI ZR 94/58.

233 BGH v. 5.7.1960 – VI ZR 130/59.

234 BGH v. 17.10.1967 – VI 70/66 (NJW (1968), S. 247). Berichterstatter war Fritz Hauf.

235 BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66 (NJW (1968), S. 247). Der Unternehmer konnte die hohen Anforderungen an den Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB nicht erfüllen.

236 BGH v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66 (BGHZ 51, 91).

schulden verzichtet hat. Die bereits in den 1960er Jahren in der Literatur vertretenen Ansätze, etwa den Vorschlag von Diederichsen, auf ein Verschulden zu verzichten,²³⁷ hat der Senat nicht aufgegriffen, eine solche Konstruktion wäre nach Meinung der Richter über die zulässige Rechtsfortbildung hinausgegangen. In anderen Punkten war die vom BGH vertretene deliktische Haftung allerdings weiter als das spätere Produkthaftungsgesetz, zum einen, weil sie keine Haftungsgrenzen kannte, und zum anderen, was das Einstehen für bestimmte Verkehrssicherungspflichten angeht, etwa die erwähnte Kontrollpflicht vor dem Inverkehrbringen oder eine Produktbeobachtungspflicht danach, die das spätere Produkthaftungsgesetz so nicht kennt.

Der für diese Rechtsprechung verantwortliche Senat war ab 1959 unter dem Vorsitz von Joseph Engels, einem von seiner Biografie her integren Richter, der sich auch in der NS-Zeit nicht hat verbiegen lassen. Einige der übrigen Senatsmitglieder waren bereits vor 1945 in der Justiz gewesen und zumindest formal NS-belastet, etwa Ferdinand Bode,²³⁸ Hans Hanebeck²³⁹ und Fritz Hauß.²⁴⁰ Häufig mitgewirkt an den entscheidenden Urteilen hat schließlich Herbert Kleinewefers, der sich darüber hinaus vor allem als Experte im Straßenverkehrsrecht einen Namen gemacht hat.²⁴¹

4.5.3 Abzahlungsgeschäfte

Kaufverträge mit Ratenzahlungen sind für den Käufer so verführerisch wie gefährlich, das wusste schon der Gesetzgeber im Kaiserreich, der 1894 ein Gesetz für Abzahlungsgeschäfte erlassen hatte. Soweit Verkäufer und Kreditgeber nicht identisch sind, aber zusammenwirken, spricht man von einem verbundenen Geschäft, das für den Käufer besondere Gefahren aufweist, wenn er etwa den Kaufvertrag mit dem Verkäufer rückabwickelt, während er gleichzeitig an die Darlehenszahlungen gegenüber der Bank gebunden bleibt. Der II. Senat hat dem Käufer in der bereits bei den AGB angesprochenen Grundsatzentscheidung die Sachmängel-Einwendungen auch gegenüber der Bank gewährt.²⁴² Ferner sei es nicht zulässig, dass der Finanzierer im vorformulierten Vertrag eine Freizeichnungsklausel im Fall der Insolvenz (damals Konkurs) des Verkäufers aufnahm.²⁴³

In insgesamt acht Entscheidungen, die alle am 20. Februar 1967 verkündet wurden,²⁴⁴ hat der III. Zivilsenat die Rechtsprechung zum finanzierten Kauf zusammenge-

²³⁷ Diederichsen, Die Haftung; s. a. Weitnauer, Die Haftung, in: *NJW* (1968), S. 1598.

²³⁸ BA, Pers 101/75768, Personalblatt.

²³⁹ BA, Pers 101/48794, Personalblatt.

²⁴⁰ BA, Pers 101/75889, Personalblatt.

²⁴¹ Er hat unter anderem zusammen mit Eberhard Rotberg 1969 einen Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht herausgegeben.

²⁴² BGH v. 29.10.1956 – II ZR 79/55 (BGHZ 22, 90).

²⁴³ BGH v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 (BGHZ 37, 94).

²⁴⁴ Alle abgedruckt in BGHZ 47, 207–259.

fasst und in Einzelfragen konkretisiert. Zunächst hat der Senat klargestellt, dass beim finanzierten Abzahlungskauf der finanziierenden Bank die vertragliche Pflicht obliegt, den Käufer (Darlehensnehmer) über die rechtlichen Folgen aufzuklären die sich aus der Einschaltung eines Finanzierungsinstituts ergeben können.²⁴⁵ Der Verkäufer habe unmissverständlich und unübersehbar darauf hinzuweisen, dass der Käufer zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet bleiben soll, selbst wenn der Kaufgegenstand nicht oder nicht ordnungsgemäß geliefert worden ist. Außerdem bestünden solche Aufklärungspflichten nicht nur gegenüber geschäftlich unerfahrenen Käufern und beim Kauf von Haushaltsgegenständen, sondern gegenüber jedermann und beim Abzahlungskauf von beweglichen Sachen jeder Art, im konkreten Fall für einen Teppichkauf.²⁴⁶ Außerdem sei es nicht möglich, in den AGB den Vertragstyp fiktiv zu bestimmen, das heißt zwei Geschäften, die eine wirtschaftliche Einheit bildeten (Kauf und Finanzierung), diesen einheitlichen Charakter abzusprechen.²⁴⁷ Wird bei einem verbundenen Geschäft der Kreditvertrag durch den Darlehensnehmer (und Käufer) angefochten, weil der Käufer vom Verkäufer arglistig getäuscht worden war, so könne sich der Kreditgeber nicht darauf berufen, von der Täuschung des Verkäufers nichts gewusst zu haben. Darlehensgeber und Verkäufer seien nämlich als Einheit zu sehen, der Verkäufer sei daher nicht Dritter,²⁴⁸ sondern stehe letztlich auf der Seite des Verkäufers.²⁴⁹ Dies sei unabhängig davon, ob Verkäufer und Kreditgeber in einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung stehen und gelte auch, wenn der Verkäufer nur in einem Einzelfall im Auftrag des Kreditgebers beim Zustandekommen des Darlehensantrages mitgewirkt hat. Entscheidend sei, dass der Verkäufer als Vertrauensperson der Bank aufgetreten sei. Außerdem habe der Käufer und Darlehensnehmer beim finanzierten Abzahlungskauf das Recht, die Rückzahlung des Darlehens an die Bank zu verweigern, zum Beispiel bei Mängeln der Kaufsache oder wenn die Ware nicht geliefert und der Kaufvertrag wirksam angefochten worden ist.²⁵⁰ Wird ein finanziertes Abzahlungsgeschäft zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Käufer rückabgewickelt und hat die Bank den ihm sicherungsübereigneten Kaufgegenstand an sich genommen, so ist zu Gunsten des Käufers eine Anzahlung, die er dem Verkäufer geleistet hat, zu berücksichtigen.²⁵¹ Verlangt das Finanzierungsinstitut bei Abwicklung des finanzierten Abzahlungsgeschäftes Ersatz für seine Aufwendungen vom Käufer, so gehören dazu weder die vom Darlehensgeber gezahlte Darlehenssumme noch die Kosten, die dem Darlehensgeber dadurch erwachsen sind, dass er den Kaufgegenstand an

²⁴⁵ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 (BGHZ 47, 207).

²⁴⁶ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 122/65 BGHZ 47, 218.

²⁴⁷ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 128/65 (BGHZ 47, 233, 239).

²⁴⁸ Im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.

²⁴⁹ So bereits BGH v. 8.2.1956 – IV ZR 282/55 (BGHZ 20, 36).

²⁵⁰ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 128/65 (BGHZ 47, 233); siehe auch bereits BGH v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 (BGHZ 37, 94).

²⁵¹ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 243/64 (BGHZ 47, 241).

sich genommen hat (zum Beispiel Unterstellkosten oder eine Verkaufsprovision).²⁵² Bei Ansichnahme des Kaufgegenstandes bestehe zwischen der Bank und dem Verkäufer kein Abwicklungsverhältnis (nach § 15 AbzG), so dass die gesamtschuldnerische Haftung von Käufer und Verkäufer für das Darlehen unberührt bleibe.²⁵³ Schließlich stellte der Senat klar, dass nicht jeder Kredit, mit dem eine Bank für mittelständische Betriebe einem Kunden zur Anschaffung einer beweglichen Sache verhilft, nach Abzahlungsgesetz zu beurteilen sei.²⁵⁴

Nicht alle diese Grundsätze waren neu, aber die Entscheidungen von 1967 fassten eine Entwicklung zusammen, an deren Ende ein Verbraucherschutz stand, der weniger der juristischen Konstruktion, sondern vor allem einer wirtschaftlichen Realität Rechnung trug.

4.5.4 Versicherungen, Banken und Makler

Da das Versicherungsgeschäft ein Massengeschäft darstellt, hatten die Revisionsentscheidungen des II. Zivilsenats zu diesem Thema eine große Breitenwirkung für eine Vielzahl von Verträgen. Das gilt insbesondere für die Judikate zu Ausschlussklauseln von Versicherern, mit denen diese den versprochenen Versicherungsschutz mitunter fast bis zur Bedeutungslosigkeit ausgehöhlt hatten. Diesen Klauseln wurde die Wirksamkeit insoweit abgesprochen.²⁵⁵ Ebenfalls dem Verbraucherschutz dienten die Entscheidungen, mit denen die Haftung der Versicherer für Auskünfte ihrer Agenten begründet wurden. Schon 1951 hat der Senat im Anschluss an das Reichsgericht²⁵⁶ eine solche Haftung bejaht,²⁵⁷ dies dann gut zehn Jahre später bestätigt und ergänzend festgelegt, dass die Erfüllungshaftung, wenn sie im Einzelfall ausgeschlossen sei (konkret wegen Mitverschuldens des Geschädigten), einen Schadensersatzanspruch aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen nicht ausschließe.²⁵⁸ Und auch bei den Aufklärungspflichten des Versicherers wurden die Interessen der Versicherungsnehmer ernst genommen.²⁵⁹ Andererseits hat der Senat, ebenfalls in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Haftung des Versicherungsnehmers für das Verschulden seiner Repräsentanten eingeschränkt.²⁶⁰ Bedeutsam war ferner die Feststellung, dass der Versicherer kündigen muss, wenn er sich wegen einer Obliegenheitsverletzung des Versicherungsneh-

²⁵² BGH v. 20.2.1967 – III ZR 20/66 (BGHZ 47, 241, 246).

²⁵³ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 51/66 (BGHZ 47, 249).

²⁵⁴ BGH v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 (BGHZ 47, 253, 257).

²⁵⁵ BGH v. 21.2.1957 – II ZR 4/56 (BGHZ 23, 349); BGH v. 29.9.1956 – II ZR 100/55 (VersR 1956, 637).

²⁵⁶ RGZ 147, 186, 188.

²⁵⁷ BGH v. 9.5.1951 – II ZR 8/51 (BGHZ 2, 87).

²⁵⁸ BGH v. 20.6.1963 – II ZR 199/61 (BGHZ 40, 22).

²⁵⁹ BGH v. 31.7.1957 – II ZR 41/56 (BGHZ 23, 222).

²⁶⁰ BGH v. 25.11.1953 – II ZR 7/53 (BGHZ 11, 120); BGH v. 29.10.1956 – II ZR 64/56 (BGHZ 22, 109).

mers auf seine Leistungsfreiheit berufen will; das gelte auch bei einer einmaligen Verletzung und auch für die Situation, dass der Versicherungsfall bereits eingetreten war, als der Versicherer von der Verletzung erfuhr.²⁶¹

Auch im Bankrecht spielte der Verbraucherschutz eine gewichtige Rolle, so sei bei einem Kapitalanlagevertrag die Berufung auf einen Gewährleistungsausschluss missbräuchlich, wenn das Geldinstitut im Ergebnis die Vorteile des eigenen schuldhaften Verhaltens ausnutzt.²⁶² Ein Kontokorrentvertrag verpflichtet die Bank, den Kunden auf solche rechtlichen Bedenken aufmerksam zu machen, die bei Anwendung der ihr obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes naheliegen.²⁶³ Wenn eine Sparkasse aus einem langfristig angelegten Sparguthaben ohne Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist Zahlungen an den Besitzer eines Sparbuchs vornimmt, der aber nicht verfügberechtigt ist, so werde sie nicht (nach § 808 BGB) von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem berechtigten Gläubiger befreit.²⁶⁴

In diesem Rechtsgebiet ging es aber nicht nur um Verbraucherschutz: Die massenhafte Umstellung vom Barzahlungsverkehr auf den Überweisungsverkehr bedurfte der Klärung von Grundsatzfragen, zum Beispiel die Feststellung, dass durch eine Banküberweisung Erfüllung eintritt in dem Moment, in dem die Gutschrift der kontoführenden Stelle auf einem vom Gläubiger bezeichneten Bankkonto erfolgt.²⁶⁵ Aber auch spezielle Fragen taten sich auf: Wem steht die Verfügberechtigung über ein im Krieg eröffnetes Bankkonto zu, wenn die Person, die das Konto eröffnet hatte, dort den Namen eines Dritten angegeben und anschließend unter dem Begriff „Sonderkonto“ den eigenen Namen hinzufügt hatte? Die Militärregierung hatte nach Kriegsende das Konto zulasten der dritten Person gesperrt, die Anspruchstellerin beanspruchte Inhaberin zu sein.²⁶⁶ Der II. Senat stellte klar, dass die Inhaberschaft nicht nach banktechnischen Grundsätzen oder formal nach der Bezeichnung zu bestimmen sei, sondern unter eingehender Prüfung aller Umstände, wobei der Tatsache, wer das Konto eröffnet habe, besonderes Gewicht zukomme.²⁶⁷

Auch im Maklerrecht ergingen Urteile, durch die der Verbraucher geschützt wurde. Für den Ehemakler begründete der II. Senat eine Haftung, obwohl die Vorschrift des § 656 BGB aF sagte, dass durch das Versprechen eines Ehemaklerlohns eine Verbindlichkeit nicht begründet wird; aber bei Verletzung seiner Pflichten könne auch ein Ehemakler aus dem Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung haften.²⁶⁸ Bereits das Gesetz hatte bei der vertragswidrigen Doppeltätigkeit des Maklers die Verwirkung der Provision angeordnet (§ 654 BGB). Der VII. Senat hat diese Regel ausgeweitet und

261 BGH v. 31.1.1952 – II ZR 259/51 (BGHZ 4, 369); BGH v. 17.11.1955 – II ZR 340/53 (BGHZ 19, 31).

262 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 279/53 (BGHZ 13, 198).

263 BGH v. 12.5.1958 – II ZR 103/57 (BGHZ 27, 241).

264 BGH v. 20.11.1958 – VII ZR 4/58 (BGHZ 28, 368).

265 BGH v. 15.5.1952 – IV ZR 157/51 (BGHZ 6, 121).

266 BGH v. 25.6.1956 – II ZR 270/54 (BGHZ 21, 148).

267 BGH v. 25.6.1956 – II ZR 270/54 (BGHZ 21, 150).

268 BGH v. 8.7.1957 – II ZR 57/56 (BGHZ 25, 124).

ihr einen umfangreichen Anwendungsbereich eröffnet: Da die Verwirkung auch Strafcharakter habe, greife sie auch ein, wenn der Vertragspartner keinen Schaden erlitten hatte.²⁶⁹ Im Übrigen liege der Norm ein allgemeines Rechtsprinzip zugrunde: Eine Verwirkung trete generell ein, wenn ein Makler, egal ob Doppel- oder Einzelmakler, einen schwerwiegenden Pflichtverstoß vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen habe – eine recht weit reichende Rechtsfortbildung zugunsten der Maklerkunden.²⁷⁰ Die Vertragsklausel, nach der die Maklerprovision bei einem vertragswidrigen Verhalten des Vertragspartners fällig wird, sei nicht als Schadensersatz, sondern als Vertragsstrafe einzuordnen.²⁷¹

4.6 Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz

Zuständig für das Urheberrecht und den gewerblichen Rechtsschutz war der I. Zivilsenat, ab 1962 als I b-Senat firmierend, dessen Urteile in den ersten Jahren vornehmlich Werke der Musik und des Films betrafen. In dieser Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg stand einer dynamischen, technischen Entwicklung ein veraltetes Rechtsinstrumentarium gegenüber. Der Rundfunk hatte eine kurze, aber bereits recht bewegte Geschichte hinter sich, die in den Jahren 1933 bis 1945 in Deutschland in erster Linie in seiner Nutzung zu Propagandazwecken bestand, während die Kunst im Radio bisher eine Randerscheinung gewesen war. Schallplatten gab es zwar bereits seit der Jahrhundertwende, aber erst 1948 kam die erste Langspielplatte auf den – amerikanischen – Markt und 1952 erschien die erste Vinyl-Scheibe in Deutschland. Die Schallplatte als Massenphänomen ist insoweit eine Erscheinung der Nachkriegszeit, und das Magnettonband war für Konsumenten erst in den 1950er Jahren zu erwerben. Die beiden Gesetze aus dem Kaiserreich, die diesen Bereich regelten,²⁷² waren aufgrund der technischen Entwicklung teilweise überholt, und daher war es Aufgabe der Rechtsprechung, die entscheidenden Grundsätze aufzustellen. Dies hat der I. Senat bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers im Jahr 1965 getan mit der Tendenz in Richtung einer Erweiterung des Schutzes des Urhebers. Es ging dem Senat darum, „den Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird“²⁷³ ein Ziel, das die Richter konsequent umgesetzt haben.

²⁶⁹ BGH v. 5.2.1962 – VII ZR 248/60 (BGHZ 36, 323).

²⁷⁰ Siehe dazu: Fischer, Zur Geschichte des Maklerrechts, S. 159.

²⁷¹ BGH v. 6.11.1967 – VIII ZR 81/65 (BGHZ 49, 84).

²⁷² Es handelt sich um das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (1901, RGBI 1901, 277) und das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Fotografie (1907, RGBI 1907, 7).

²⁷³ BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 143).

4.6.1 Techniken der Vervielfältigung

Bereits im Jahr 1951 war das Urheberrecht an Filmen ein Thema: Während das Berufungsgericht einem Filmverwertungsvertrag Wirkung zusprach, in dessen Rahmen die eine Partei der anderen verabredungsgemäß den Besitz des Films verschafft hatte, stellte der I. Zivilsenat klar, dass in dem konkreten Fall ein Rechtsmangel vorliege, weil es nicht auf den Besitz, sondern auf das Urheberrecht ankomme, das der leistenden Partei nicht zugestanden hatte.²⁷⁴ Überdies entschied derselbe Senat ein halbes Jahr später, dass durch die öffentliche Vorführung eines verfilmten Stücks kein Verbrauch des Urheberrechts eintrete.²⁷⁵

Fast zur selben Zeit stand die Nutzung der Schallplatte für kommerzielle Zwecke im Mittelpunkt. Ende 1952 stellte der I. Senat klar, dass das Überspielen einer Schallplatte auf ein Magnettonband eine Vervielfältigung sei und nicht eine – ihrerseits – urheberrechtsgeschützte Bearbeitung (im Sinn des § 2 Abs. 1 LiturhG); daher sei sie nur zum persönlichen Gebrauch zulässig.²⁷⁶ Im Jahr 1953 war zu entscheiden über die Klage eines Musikproduzenten gegen einen Veranstalter, der für seine Tanzveranstaltungen warb, bei denen Schallplatten zur öffentlichen Aufführung kommen sollten, und zwar ausdrücklich als „Gema-frei“ bezeichnet. Da die Aufführung ohne Erlaubnis des Urhebers erfolgen sollte, stellte sich die Frage, ob dies eine unbefugte Nutzung darstelle. Der Beklagte berief sich auf eine gesetzliche Ausnahme (in § 22 a LitUrhG), die eine erlaubnisfreie, öffentliche Aufführung urheberrechtlich geschützter Werke mittels mechanischer Schallvorrichtung zuließ.²⁷⁷ Der I. Senat beschränkte diese Ausnahme auf die mechanisch-akustische Wiedergabe, wie sie vor dem Ersten Weltkrieg entwickelt worden war, sie gelte aber nicht für die „modernen“ Plattenspieler, die elektrische Schwingungen umsetzten.²⁷⁸ Eine solche Technik habe der Gesetzgeber des Kaiserreichs nicht vor Augen gehabt, die Ausnahmeklausel sei eng auszulegen und auf die alte Technik zu beschränken.²⁷⁹ Nicht die Reichweite, sondern die Wiedergabetechnik mit ihrer neuen Tonqualität war für den Senat entscheidend. Damit hat der BGH – anders als das Reichsgericht – auch das Senderecht als eigenes Verwertungsrecht geschützt. Zwei Jahre später hat das Gericht das Urheberrecht in der Tonbandent-

²⁷⁴ BGH v. 15.6.1951 – I ZR 121/50 (BGHZ 2, 331, 333).

²⁷⁵ BGH v. 12.2.1952 – I ZR 115/51 (BGHZ 5, 116).

²⁷⁶ BGH v. 21.11.1952 – I ZR 56/52 (BGHZ 8, 88).

²⁷⁷ Diese Ausnahme, die sogenannte Pianola-Klausel, war 1910 ins Gesetz eingefügt worden, weil sonst die einheimische Industrie für mechanische Musikinstrumente gegenüber der ausländischen Konkurrenz chancenlos wäre.

²⁷⁸ BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135). Schon das RG hatte gesagt, dass die Klausel als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist (RGZ 153, 1; 128, 102). Nachweise zur Kritik an dieser Vorschrift: BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 142 f.).

²⁷⁹ BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 144 ff.).

scheidung noch weiter ausgestaltet²⁸⁰ und betont, dass das Recht der Vervielfältigung eines Werkes der Tonkunst ausschließlich dem Urheber zustehe. Die Ausnahme, die § 15 Abs. 2 LitUrhG für Aufnahmen zum persönlichen Gebrauch mache, gelte nicht für die Vervielfältigung auf Magnettonbändern.²⁸¹ Das Gericht wertete Sinn und Zweck der Norm höher als den Wortlaut und legte fest, dass die Verwertungsrechte des Urhebers sich auch gegenüber dem Interesse der Nutzung durch eine Privatperson durchsetzte. Mit der geschilderten Rechtsprechung wurden sowohl den privaten Konsumenten als auch der Musikindustrie enge Grenzen gesetzt und die Urheberrechte weiter gestärkt. Als Konsequenz dieser Entscheidungen hat der Gesetzgeber im Jahr 1965 eine allgemeine Geräteabgabe eingeführt.²⁸² In insgesamt vier Entscheidungen hat der Senat am 31. Mai 1960 diese Grundsätze bestätigt und weiter spezifiziert. Wiederholt wurde, dass die ausschließliche Befugnis zur öffentlichen Aufführung dem Künstler zustehe.²⁸³ Die Gegenansicht hatte damit argumentiert, dass es Künstler nicht in der Hand haben sollten, durch eine Verweigerung ihrer Genehmigung ein bereits erstelltes Kunstwerk der Umwelt wieder zu entziehen. Dem hielt der Senat entgegen:

Es ist niemals in Zweifel gezogen worden, daß der ausübende Künstler nicht gezwungen werden kann, sein Können für diese Werkvermittlung (gemeint ist die Vervielfältigung – der Verfasser) zur Verfügung zu stellen.²⁸⁴

Dieser Grundsatz gelte auch für das Abspielen mittels Tonträger (Schallplatte) in einer Gaststätte. Der Senat betonte noch einmal, die Schallplatte sei kein materielles Gut, kein rein stoffliches Erzeugnis, sondern Träger eines Geisteswerkes.²⁸⁵

4.6.2 Der Rundfunk

Auch auf den Rundfunk seien die geschilderten Grundsätze zu übertragen. Es bestehে zum Beispiel keine Aufführungsfreiheit einer Rundfunkübertragung für eine Tanzveranstaltung, denn die spätere Übertragung einer Aufführung sei nicht lediglich als die Vollendung eines einheitlichen Sendevorganges anzusehen, wie es das Reichsgericht angenommen hatte,²⁸⁶ sondern dies seien zwei verschiedene Vorgänge, die jeweils der Zustimmung des Urhebers/der Urheber bedürften.²⁸⁷ Damit war die nächste Frage auf-

²⁸⁰ BGH v. 18.5.1955 – I ZR 8/54 (BGHZ 17, 266). „Meilenstein der Rechtsfortbildung“, s. Schack, Urheberrecht, S. 677, 686.

²⁸¹ BGH v. 18.5.1955 – I ZR 8/54 (BGHZ 17, 266, 276 ff.).

²⁸² Gesetz v. 9.9.1965 (BGBl I, 1965, 1273).

²⁸³ BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1).

²⁸⁴ BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1, 8).

²⁸⁵ BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1, 17).

²⁸⁶ RGZ 136, 337.

²⁸⁷ BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 38). Die Vorinstanz wollte zwischen dem Werkschöpfer und den aufführenden Künstlern unterscheiden.

geworfen, wer bei einem Orchesterwerk, das im Rundfunk gesendet wurde, Zustimmungsberechtigt sein sollte. In zwei Entscheidungen vom selben Tage nahm der Senat dazu Stellung und sprach dieses Recht grundsätzlich jedem Orchestermitglied zu, nicht nur dem Dirigenten.²⁸⁸ Obwohl in dem parallel zu entscheidenden Fall nur der (Gast-)Dirigent und der Vorstand des Orchesters der Übertragung von Figaros Hochzeit zugestimmt hatten, hat das Gericht gleichwohl nicht – wie die Vorinstanzen – die Vernichtung der Tonbänder ausgesprochen.²⁸⁹ Denn der von der Deutschen Oper Berlin auch im Namen der Musiker geschlossene Vertrag mit der Sendeanstalt begründet eine Duldungspflicht jedenfalls der einzelnen fest angestellten Musiker; nur wenn sie in dem Vertrag einen Vorbehalt formuliert hätten, könnten sie die Ausstrahlung verhindern. Jede einzelne Gruppe (Orchester, Chor, Ballett) könnte ihr Zustimmungsrecht selbstständig ausüben, gebunden allerdings durch das Verbot, sich willkürlich über die Interessen der anderen mitwirkenden Künstler hinwegzusetzen.²⁹⁰

Unabhängig von den neuen Techniken gab es urheberrechtliche Fragen im Musikgeschäft, die auch schon in früheren Zeiten Rechtsstreitigkeiten ausgelöst hatten. Inwieweit genießt eine allgemein bekannte Melodie, wenn sie individuell bearbeitet wird, Urheberschutz? Ein Volkslied,²⁹¹ so der I. Senat, könne schöpferisch durchaus so bearbeitet werden, dass das Produkt dann urheberrechtlich geschützt sei.²⁹² Entscheidend sei, ob tatsächlich eine „eigenschöpferische Leistung individueller Prägung“ vorliege. Die Anforderungen daran seien nach dem (damals neuen) Gesetz von 1965 nicht höher als zuvor; nicht nur Neuschöpfungen von hoher künstlerischer Originalität füllen darunter, denn sonst bliebe bei der massenhaften Herstellung von Musikwerken ein großer Teil der Gebrauchsmusik ohne urheberrechtlichen Schutz. Im Ergebnis führte diese Rechtsprechung dazu, dass diejenigen, denen ein Musikstück wesentlich seinen wirtschaftlichen Erfolg verdankt, auch juristisch berechtigt sind, davon zu profitieren.²⁹³

Die Rechtsfolge bei widerrechtlicher Nutzung eines fremden Patents oder Urheberrechts bestand in einem Anspruch auf Herausgabe auch des Gewinns, das hatte bereits das Reichsgericht so gesehen.²⁹⁴

288 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 78/58 (BGHZ 33, 48). Werde eine Rundfunksendung dagegen live in verschiedene Hotelzimmer übertragen, sei dies genehmigungsfrei, denn dies sei genauso zu beurteilen als wenn jeder Gast selbstständig Radio hört (BGH v. 28.11.1961 – I ZR 56/60 (BGHZ 36, 171)).

289 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 20).

290 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 20, 33).

291 Es handelte sich u. das Volkslied: „Schwarzbraun ist die Haselnuss“.

292 BGH v. 3.11.1967 – I b 123/65 (GRUR (1968), S. 321).

293 Überdies entschied der Senat, dass eine Übertragung künftiger Rechte möglich sei, Voraussetzung sei insoweit allerdings die Bestimmbarkeit, ein Kriterium, das dann auch im Jahr 1965 in § 40 UrhG kodifiziert wurde. Ein Wahrnehmungsvertrag enthalte die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte, nur diese Auslegung mache – auch wirtschaftlich – Sinn (zustimmend Bielenberg, Urteilsanmerkung, in: GRUR (1968), S. 329).

294 RGZ 47, 100; RGZ 58, 321.

4.6.3 Urheberrecht außerhalb der Musik

Nicht nur in der Musik, sondern auch in anderen Zusammenhängen wurde das Urheberrecht relevant: Im Verfahren um die Tagebücher der 1930 verstorbenen Witwe Richard Wagners, Cosima Wagner, beanspruchten die Erben das Eigentum und das Veröffentlichungsrecht der Tagebücher²⁹⁵ und verklagten die Tochter, der Cosima Wagner die Tagebücher übergeben und „geschenkt“ hatte. Fraglich war, ob solche höchstpersönlichen Aufzeichnungen selbstständig als Rechte abgetreten werden können. Der I. Senat hat dies bejaht, denn sowohl das Eigentum an Schriftwerken als auch das Veröffentlichungsrecht können lebzeitig übertragen werden. Dieses Recht gehöre „zu den persönlichkeitsrechtlichen Bestandteilen des Urheberrechts“,²⁹⁶ damit unterfalle es, wenn es lebzeitig abgetreten worden ist, nicht dem Erbrecht, so dass im vorliegenden Fall die Tochter sich gegen die Erben durchsetzen konnte.²⁹⁷

Sogar der Schutz von Modeneuheiten beschäftigte den Senat: Bei Schnittmustern einer Modezeichnerin, konkret für Mantelmodelle, könne unter Umständen der Kunstschutz eingreifen, wenn der ästhetische Gehalt eines Modells einen so hohen Grad aufweise, dass das Produkt nach herrschender Anschauung Kunst ist.²⁹⁸ Andernfalls greife der Urheberschutz ein, wenn es sich bei den Modezeichnungen um „Schöpfungen individueller Prägung“ handele (§ 1 Abs. 1 Nummer 3 LitUrhG).

Resümierend lässt sich festhalten, dass der I. Senat im Urheberrecht das kreative Individuum geschützt hat, weniger den am Konsum interessierten Markt.²⁹⁹ Diese Haltung lässt sich mit den für diese Rechtsprechung in dieser Zeit maßgeblich verantwortlichen Persönlichkeiten erklären. Der Senat stand lange Zeit unter dem Vorsitz von Hermann Weinkauff, der ab 1959 von Günther Wilde abgelöst wurde, auf den 1964 Gerda Krüger-Nieland folgte. Weinkauff selbst steht für ein sehr individuelles und persönlichkeitsbezogenes Weltbild, hat allerdings nur wenig an Urheberrechtsentscheidungen mitgewirkt. Am stärksten dürfte sich in dieser Materie wohl die Expertise von Krüger-Nieland ausgewirkt haben, die von Anfang an diesem Senat angehörte und eine Spezialistin im Urheberrecht war. Bereits bevor sie an den BGH kam, hatte sie in einer Urheberrechtskanzlei in Leipzig gearbeitet und war später als Anwältin in Hamburg tätig gewesen.³⁰⁰ Ihr Engagement auf diesem Gebiet zeigte sich unter anderem darin, dass sie am Welturheberrechtstag teilnahm und über das internationale Berner Abkommen vom 6. September 1952 auch im Rundfunk berichtete.³⁰¹ In

²⁹⁵ BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 250).

²⁹⁶ BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 250, 258).

²⁹⁷ Dies wird heute anders gesehen, da die persönlichkeitsrechtlichen Bezüge des Urheberrechts nicht abgetreten werden können.

²⁹⁸ BGH v. 14.12.1954 – I ZR 65/53 (BGHZ 16, 4).

²⁹⁹ Genau dies lobte die FDP-Bundestagsabgeordnete Dürr im Deutschen Bundestag (100. Sitzung am 6.12.1963, Verhandlungen des BT, S. 4652).

³⁰⁰ BA, Pers 101/75960, Personalblatt.

³⁰¹ SWR Hörfunkarchiv, W0111830.

diesem Beitrag brachte sie die auch in der Senatsrechtsprechung festzustellende Tendenz zum Ausdruck, den Schutz des Urhebers der wirtschaftlichen Verwertung durch andere vorzuziehen, ein Anliegen, das bereits seit Johannes von Gutenberg ein Dauerthema der Rechtsgeschichte geworden sei. Neben Gerda Krüger-Nieland ist es vor allen Dingen Günther Wilde gewesen, der als Vorsitzender des Senats sich in Urheberrechtsfragen besonders profiliert hat. Er war von den Nationalsozialisten 1938 in den Ruhestand versetzt worden und ab 1949 als Richter am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone tätig gewesen.³⁰² Er hat häufiger, beispielsweise in der Zeitschrift *Der Markenartikel*, publiziert und unter anderem die Regeln für die Preisbindung für zulässig erachtet, was ihm allerdings die Kritik des Zentralverbandes deutscher Konsumgenossenschaften eingebracht hat. Der Einfluss der anderen Senatsmitglieder dürfte deutlich geringer gewesen sein, immerhin hat auch das Senatsmitglied Karl Spreng durch einige einschlägige Veröffentlichungen³⁰³ Profil im Wirtschaftsrecht gezeigt. Andere Senatsmitglieder wie Ulrich Weiss, der, seit 1933 in der Partei, von 1941 bis 1945 beim Kammergericht Berlin gewesen war³⁰⁴ und später Präsident des Bundespatentgerichts wurde, und Werner Birnbach, ebenfalls beim Kammergericht in der NS-Zeit,³⁰⁵ haben sich im Patentrecht spezialisiert, das hier nicht näher behandelt werden soll.³⁰⁶

4.7 Fazit

Der BGH hat das Wirtschaftsrecht weiterentwickelt und damit sowohl zur wirtschaftlichen Stabilität als auch zur sozialen Absicherung der Verbraucher Entscheidendes beigetragen.³⁰⁷ Natürlich erfolgte diese Weiterentwicklung selektiv und nicht systematisch, was aber bei einem Rechtsprechungsorgan auch gar nicht anders sein kann. Die Senate haben im Wettbewerbsrecht und bei der Vertragskontrolle mit vereinzelten, zum Teil auch schweren Eingriffen in die Freiheitssphäre der Unternehmen einen fairen Wettbewerb zu sichern versucht. Dabei dürfte für den I. Senat weniger der wirtschaftliche Gedanke leitend gewesen sein, sondern eher eine an sittlichen Maßstäben orientierte Denkweise, wofür die Generalklausel des § 1 UWG einen idealen Anknüpfungspunkt bot, während der II. Senat die ökonomischen Aspekte stärker hat einfließen lassen. Im Übrigen bewegten sich die Senate in einem Rahmen, der nicht nur im

³⁰² BA, Pers 101/40061, Personalblatt. Wilde war mit einer Jüdin verheiratet gewesen und nie NSDAP-Mitglied.

³⁰³ Vor allem in der Zeitschrift: *Der Betriebsberater*.

³⁰⁴ BA, Pers 101/76246, Personalblatt.

³⁰⁵ BA, Pers 101/39938, Personalblatt.

³⁰⁶ Zum Patentrecht siehe den Beitrag von: Ballhaus/Bendler, Zur Rechtsprechung, S. 157 ff.

³⁰⁷ Bereits Anfang der 1950er Jahre wurde in der wirtschaftsrechtlichen Fachzeitschrift *Der Betrieb* die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts gelobt, weil die Entscheidungen mit einer „wirtschaftlichen Aufgeschlossenheit“ getroffen worden seien (Seydel, Ein Jahr, in: *Der Betrieb* (1951), S. 913).

juristischen Schrifttum³⁰⁸ und in der Wirtschaftswissenschaft, etwa von Walter Eucken gesteckt worden war,³⁰⁹ sondern der auch ganz auf der Linie der Wirtschaftspolitik der Bundesregierung, konkret von Ludwig Erhard³¹⁰ lag. Diesen ordoliberalen Ansatz kann man durchaus in den Entscheidungen der Zivilsenate wiederfinden; insbesondere Mitte der 1950er Jahre sind wesentliche Weichenstellungen erfolgt: Im Wettbewerbsrecht der Schutz vor Verwässerungsgefahr im Jahr 1955, im gleichen Jahr die Stärkung des Urheberrechts von Musikschaffenden, im Jahr 1956 die Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Anerkennung der Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts. Die Entscheidungen ergingen vielleicht nicht zufällig in dem Jahr, in dem Ludwig Erhard sein Buch *Wohlstand für alle* herausbrachte. Denn sie fügen sich wie andere auch ein in einen neuen wirtschaftspolitischen Zeitgeist, der damals die Ökonomen beherrschte: Es ging um die Sicherung der Wettbewerbswirtschaft, die für eine florierende Gesamtwirtschaft so wichtig werden sollte.³¹¹ Schließlich war die Rechtsprechung in vielen Bereichen verbraucherschützend, sicher nicht so stark wie in der Europäischen Union, doch hat das Gericht einige soziale Absicherungen geschaffen, die sich unter anderem bei der Inhaltskontrolle der AGB und der Produzentenhaftung zeigen. Im Ergebnis hat nicht der Gesetzgeber, sondern die BGH-Rechtsprechung in dieser Zeit die wesentlichen Weichenstellungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts vollzogen.

308 Zum Beispiel: Nipperdey, Grundprinzipien, in: *DRiZ* (1950), S. 193, 198.

309 Eucken, Grundsätze, S. 296 Fn. 127.

310 Diese war ihrerseits konkret von den Theorien Alfred Müller-Armacks beeinflusst.

311 Dazu grundsätzlich: Eucken, Grundsätze.