

BANK=ARCHIV

Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

XXIX. Jahrgang.

Berlin, 1. Juni 1930.

Nummer 17.

Inhalts-Verzeichnis.

- Der Notenkommis­sar.
Von Dr. h. c. Saemisch, Präsi­dent des Rechnungshofs des Deutschen Reichs.
- Die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypothe­ken.
Von Oberregierungsrat Rudolf Har­mening, Berlin.
- Die Handelsbilanz als Korrektiv der Steuerbilanz zum Nach­teile des Steuerpflichtigen.
Ein Beitrag zu dem Problem: „Handelsbilanz und Steuerbilanz“.
Von Dr. Fritz Haußmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, Berlin.

- Geh. Oberfinanzrat Dr. Karl von Lumm †.
Von Dr. Gustav Motschmann, Berlin.
- Die verschleierte Sachgründung der Aktiengesellschaft.
Von Landgerichts­präsi­dent Ros­patt, Bielefeld.
- Gerichtliche Entscheidungen.

Der Notenkommis­sar.

Von Dr. h. c. Saemisch,
Präsi­dent des Rechnungshofs des Deutschen Reichs.

Mit der Inkraftsetzung des „Neuen Plans“ ist an die Stelle des ausländischen Notenkommis­sars ein inländischer getreten. Da der Schreiber dieser Zeilen als derzeitiger Präsi­dent des Rechnungshofs des Deutschen Reichs vom Gesetz mit der Funktion dieses Notenkommis­sars betraut worden ist, hält er sich für berufen, im Nachstehenden einige Aus­führungen zu dieser Veränderung zu machen.

Der Sachverständigenplan vom 7. Juni 1929 in der Form des Haager Protokolls vom 31. August 1929 ist von Deutschland durch Gesetz vom 13. März 1930 (RGBl. II S. 45) angenommen worden. Dieses Gesetz erklärt die Zustimmung Deutschlands zu dem betreffenden Abkommen, das im Haag am 20. Januar 1930 zwischen den Vertretern Deutschlands und der Gläubigermächte vereinbart worden ist. Nach Artikel IX dieses Abkommens (RGBl. II S. 83) hat sich die Deutsche Regierung verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die für die Anwendung des Neuen Planes nötigen besonderen Gesetze erlassen werden, nämlich — was hier allein interessiert — ein Gesetz über die Abänderung des Bankgesetzes vom 30. August 1924 gemäß einer besonderen Anlage V. Diese Anlage V (RGBl. II S. 131) enthält die „Vorschriften, die in das Deutsche Bankgesetz einzufügen oder darin beizubehalten sind“. In Uebereinstimmung hiermit ist das Gesetz zur Aenderung des Bankgesetzes vom 13. März 1930 — RGBl. II S. 355 — ergangen. Der Artikel XII dieses Gesetzes gibt dem § 27 Abs. 1—3 des bisherigen Bankgesetzes eine neue Fassung; sie bezieht sich auf die hier zu behandelnde Bestellung des jeweiligen Präsi­denten des Rechnungshofs des Deutschen Reichs als Notenkommis­sar.

I.

Zum Verständnis dieser Bestimmung ist aus­zugehen von der Regelung im Bankgesetz vom 30. August 1924 (RGBl. II S. 235). Dieses Gesetz

war ein Teil des Gesetzgebungswerkes, welches deutscherseits auf Grund des Dawesplanes und der Londoner Konferenz vom August 1924 erlassen worden war. Die Grundzüge für dieses neue Bankgesetz waren von dem ersten Sachverständigen-Ausschuß in dem Teil I seines Berichtes vom 9. April 1924 niedergelegt worden. Im Abschnitt VI, der sich mit der Stabilität der Währung und der neuen Notenbank beschäftigte, war der Vorschlag enthalten, einen aus 7 Deutschen und 7 Ausländern bestehenden „Generalrat“ zu schaffen. Dieser Generalrat sollte umfassende Befugnisse in solchen Angelegenheiten der Organisation und Tätigkeit der Bank erhalten, die die Interessen der Gläubigermächte berühren könnten. „Eines der ausländischen Mitglieder des Generalrats wird als der Kommissar bezeichnet werden. Er wird dafür verantwortlich sein, daß die Bestimmungen über die Notenausgabe und die Aufrechterhaltung der Bankreserven nicht verletzt werden.“ In der Anlage Nr. 1 zum Bericht des ersten Sachverständigenkomitees (Plan für die Errichtung einer Notenbank in Deutschland) war dem Kommissar ein besonderer Abschnitt (VIII) gewidmet worden. Als grundlegende Bestimmungen wurden vorgeschlagen: der Kommissar mußte ein Ausländer sein und durch Mehrheitsbeschluß von mindestens 9 Mitgliedern des Generalrats, unter ihnen mindestens 6 ausländische Mitglieder, gewählt werden. Der gewählte Kommissar sollte — wenn er nicht bereits dem Rat angehörte — durch die Tatsache seiner Wahl Mitglied des Rats werden. Eine wesentliche Aufgabe des Kommissars sollte es sein, die Durchführung der Bestimmungen des Gesetzes und der Statuten über die Banknotenausgabe und die Erhaltung der Bankreserven, die diese Ausgabe decken, zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sollte der Kommissar das Recht haben, die Vorlage aller Statistiken und Urkunden zu verlangen, die er für die Durchführung seiner Aufgabe für zweckdienlich halte, und in Person oder durch seine Hilfsarbeiter jede Untersuchung anzustellen, die er für notwendig halte. Er sollte berechtigt sein, bei den Sitzungen des Direktoriums in Berlin zugegen zu sein. Die mit der Aufrechterhaltung der Notenreserve betraute Stelle sollte Noten nur mit Genehmigung des Kom-

missars herausgeben. In den Vorschlägen der in Rede stehenden Anlage Nr. 1 über den Generalrat (Abschnitt VII) war noch ausdrücklich vorgesehen, daß der Generalrat in jeder seiner Sitzungen und wenigstens einmal im Monat die Berichte, die ihm der Kommissar vorlegt, prüfen und ferner über alle ihm von dem Kommissar unterbreiteten Vorschläge Beschluß fassen sollte.

Diese Vorschläge des Sachverständigen - Ausschusses gingen von dem Gedanken aus, eine einheitliche und stabile Währung in Deutschland herbeizuführen. Dieses Ziel war mit Recht als Vorbedingung für die Sanierung der deutschen Finanzen, für den Ausgleich des Haushalts und für die Wiederherstellung des Auslandskredits aufgestellt worden.

Auf der Grundlage und in Verfolg des Berichts des ersten Sachverständigen - Ausschusses (Anl. 1 Abschn. III) wurde ein Organisationskomitee gebildet, das aus dem Präsidenten der Deutschen Reichsbank Dr. Schacht und dem Engländer Sir Robert Kindersley bestand. Dem Organisationskomitee war die Vollmacht erteilt, wenn es dies für richtig hielt, den Sachverständigenplan durch Umgestaltung der Reichsbank, anstatt durch Errichtung einer neuen Gesellschaft auszuführen und die erforderlichen gesetzlichen Aenderungen vorzusehen. Das Organisationskomitee wählte diesen Eventualweg und arbeitete in Fühlung mit der Deutschen Regierung den Entwurf eines Bankgesetzes sowie die Statuten der Reichsbank aus. Diese Entwürfe fanden die Zustimmung der Reparationskommission.

Nun trat im Juli 1924 die Konferenz in London zusammen. Das Schlußprotokoll dieser Konferenz vom 16. August 1924 stellte als Ergebnis der Verhandlungen fest, daß alle beteiligten Regierungen dem Plan der ersten Sachverständigenkommission vom 9. April 1924 zugestimmt hatten. Als Bestandteil dieser Vereinbarung galt u. a. das Abkommen zwischen der Deutschen Regierung und der Reparationskommission vom 9. August 1924; in diesem verpflichtete sich die Deutsche Regierung, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um den Plan der Sachverständigen in Wirksamkeit zu setzen und sein dauerndes Funktionieren zu sichern, insbesondere das Gesetz betr. die Bank in der von der Reparationskommission gebilligten Form zu erlassen und seine Durchführung zu sichern. Der Sachverständigenplan vom 9. April 1924 sollte nach einem weiteren Abkommen zwischen den alliierten Regierungen und Deutschland als in Gang gesetzt betrachtet werden, wenn die Reparationskommission erklärt hatte, daß deutscherseits u. a. die für das Funktionieren des Planes erforderlichen Gesetze in der von der Reparationskommission gebilligten Form durch den Reichstag angenommen und verkündet und insbesondere die Bank gemäß den Bestimmungen des betr. Gesetzes errichtet worden sei.

Nachdem der Reichstag neben anderen das Bankgesetz am 29. August 1924 verabschiedet hatte, wurde es am 30. August verkündet; am gleichen Tage wurde das Londoner Protokoll ratifiziert.

Das Bankgesetz vom 30. August 1924 (RGBl. II S. 235) hob im § 53 das alte Bankgesetz vom 14. März 1875 nebst seinen Aenderungsgesetzen auf. Es übernahm aber aus ihm eine Reihe von Bestimmungen; insbesondere wurden seine materiellen Bestimmungen über die An- und Ausfertigung, die Ausgabe, Ein-

ziehung und Vernichtung der Reichsbanknoten nicht geändert. Die Ausführung verblieb der dem Reichsbankdirektorium unterstellten Notenabteilung der Bank. Neu war indessen die Kontrolle durch den Kommissar. Der Aufgabenbereich dieses Kommissars wurde in § 27 in voller Uebereinstimmung mit den oben dargelegten Vorschlägen des Sachverständigen - gutachtens näher umschrieben. Zugleich erhielten die Notendeckungsvorschriften eine neue Fassung, die von der früheren zum Teil wesentlich abwich und eine gewisse Verschärfung bedeutete.

Um die Stellung und Aufgabe des Kommissars richtig zu beurteilen, ist es wichtig, auch den § 19 des neuen Bankgesetzes von 1924 heranzuziehen. Dieser Paragraph steht in dem Unterabschnitt C der Organisationsbestimmungen, d. h. in dem Abschnitt, der sich mit dem „Generalrat“ befaßt. Hier heißt es, daß der Generalrat eines seiner ausländischen Mitglieder oder einen anderen Ausländer, der eine nach § 14 des Bankgesetzes im Generalrat vertretene Staatsangehörigkeit besitzt, zum Kommissar für die Notenausgabe bestellt. Auch diese Formulierung des Gesetzestextes steht durchaus im Einklang mit den erwähnten Vorschlägen des Sachverständigen - Ausschusses; ebenso wurde sein Vorschlag hinsichtlich der qualifizierten Mehrheit für die Wahl des Notenkommissars in das Gesetz aufgenommen. Wichtig ist noch die weitere Bestimmung des § 19, nach welcher die Amtsdauer des Kommissars für die Notenausgabe vier Jahre betragen sollte, d. h. eine ebenso lange Zeit umfassen sollte wie die Amtsdauer des als Vorsitzender des Generalrats fungierenden Präsidenten des Reichsbankdirektoriums, während die Amtsdauer der anderen Mitglieder des Generalrats auf drei Jahre festgesetzt wurde (§ 15 Abs. 2 a. a. O.). Als Begründung für diese längere Amtsdauer hatte das Organisationskomitee ausgeführt, daß es sich um eine Beschäftigung handle, welche die volle Arbeitskraft des Kommissars in Anspruch nehme und seinen Aufenthalt in Deutschland bedinge (vgl. Bericht des Organisationskomitees Abschn. VIII).

Ueberblickt man die vorstehend wiedergegebenen Bestimmungen, so erkennt man zunächst deutlich, daß die Bestellung des Kommissars nicht der Ausdruck einer allgemeinen ausländischen Kontrolle über die Deutsche Notenbank war, an die man ursprünglich wohl gedacht hatte. Vielmehr war die Kontrolltätigkeit des Kommissars aus einem gewissen Mißtrauen des Auslandes gegenüber der Stabilität der deutschen Währung entsprungen und demgemäß auf die Notenausgabe und Deckung beschränkt. Es ist in diesem Zusammenhang interessant, wie Reichsbankpräsident Dr. Schacht die Stellung und Aufgabe des Kommissars gesehen hat. Er sagt in seinem Kommentar zum Bankgesetz (7. Auflage des Kochschen Kommentars, Berlin 1926 S. 41), daß die Einsetzung des Notenkommissars im wesentlichen die letzte Folge der Inflation aus dem Gesichtswinkel des Auslandes heraus gesehen sei. Vom Gesichtspunkt der deutschen Notenbankgesetzgebung aus sei diese Einrichtung selbstverständlich überflüssig; denn die Reichsbankleitung habe selbst das größte Interesse daran, alle Sicherheitsmaßnahmen für die Notenausgabe und die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Deckungsvorschriften von sich aus zu treffen. Indessen wertete Dr. Schacht die Einrichtung des Kommissars über die ihm gesetzlich zugewiesene Funktion hinaus unter allgemeinen Gesichtspunkten

doch etwas anders, nämlich in dem Sinne, daß durch die ständige persönliche Berührung des Notenkommissars, als dem Exponenten der ausländischen Mitglieder des Generalrats, auf eine Stärkung des vertrauensvollen Zusammenarbeitens hingewirkt werde. Diesem Zweck diene offenbar auch die Bestimmung des Bankgesetzes, wonach der Kommissar den Sitzungen des Reichsbankdirektoriums beizuwohnen berechtigt sei. Dr. S c h a c h t betonte, daß die nach dieser Richtung gehende Hoffnung durch die erstmalig erfolgte Ernennung eines neutralen (holländischen) Generalratsmitgliedes zum Notenkommissar gefördert worden sei.

Dieser Beurteilung vom — ich möchte sagen — psychologischen Standpunkt aus wird man durchaus zustimmen können. Sie entbindet indessen nicht von einer näheren Prüfung der rechtlichen Stellung des Kommissars und seines Aufgabenkreises. In dieser Hinsicht ergibt sich als wesentlich das Verhältnis des früheren Notenkommissars zum Generalrat. Von ihm gewählt, war er auch ihm allein verantwortlich. Entsprechend der Idee, welche der Schaffung des Generalrats zu Grunde lag, konnte der Kommissar als ein Organ betrachtet werden, welches vornehmlich Aufgaben im Interesse der Gläubigernationen zu erfüllen haben sollte. Andererseits ist in der Art der Bestellung, Stellung und Aufgabe des Kommissars seine völlige Unabhängigkeit zum Ausdruck gelangt. Das Sachverständigen Gutachten hatte in seinem Abschnitt XVI vorgeschlagen, daß der Bankkommissar — wie auch die übrigen Kommissare — die volle Verantwortung für die Erfüllung der ihm anvertrauten Aufgabe tragen und nur an die ein Zusammenarbeiten regelnden Richtlinien gebunden sein sollte, die sich etwa als notwendig erweisen würden, um jede Doppelarbeit, jedes Uebereinandergreifen von Amtstätigkeiten, alle unnötigen Reibungen und überhaupt jede Störung der harmonischen Durchführung des Planes zu verhindern. Insbesondere war keinerlei Unterstellung unter die Reparationskommission vorgeschlagen; vielmehr sollte es lediglich eine Vermittlungsstelle zwischen dieser und den verschiedenen Kommissaren geben; diese Vermittlungsstelle sollte dem Agenten für Reparationszahlungen übertragen werden. Das Sachverständigen Gutachten war von davon ausgegangen, daß die verschiedenen Kommissare sowohl untereinander wie auch mit dem Generalagenten für Reparationszahlungen eng zusammenarbeiten sollten. Das Gutachten hatte daher einen „general coordinating Board“ in Vorschlag gebracht, der sich aus den genannten Personen zusammensetzen und in beratender Form durch Austausch von Auskünften ein gemeinsames Handeln ermöglichen und die Ausarbeitung von „coordinating orders“ durch den Generalagenten erleichtern sollte.

Nach allem hatte der Kommissar bei der Reichsbank insofern eine gewisse Doppelstellung, als er neben seinen besonderen, auf dem Bankgesetz beruhenden Aufgaben Mitglied des erwähnten „general coordinating Board“ war und an den gemeinsamen Aufgaben der ausländischen Kontrollorgane mitzuwirken berufen war. Faßt man seine Stellung auf Grund des Bankgesetzes ins Auge, so kann man ihn in seinem innersten Wesen als ein Organ der Bank oder genauer als ein Organ des Generalrats bezeichnen. Wichtig ist daher die aus der Beschränkung der Aufgaben des Generalrats auch für den

Notenkommissar abzuleitende Folgerung: die Rechte, welche dem Reichsbankdirektorium bezüglich der Verwaltung der Bank, insbesondere hinsichtlich der Bestimmung der Währungs-, Diskont- und Kreditpolitik der Bank vorbehalten waren (Bankgesetz § 6 Abs. 1), konnten und sollten durch keine Beschlüsse des Generalrats beeinträchtigt werden (Bankgesetz § 18 Abs. 2); mithin konnten solche Beschlüsse auch nicht etwa von dem Notenkommissar beantragt werden.

Die in dieser allgemeinen Stellung zum Ausdruck gelangende Beschränkung der Aufgaben des Notenkommissars spiegelt sich auch in der Fassung des § 27 Abs. 2 des Bankgesetzes wieder. Denn, nachdem dort seine allgemeine Aufgabe umrissen war, wurde bei Anführung seiner besonderen informatorischen Rechte (Verlangen der Vorlage aller Urkunden, Anstellung von Untersuchungen) ausdrücklich hinzugefügt, daß sie auf die Durchführung seiner Aufgabe Bezug haben müßten; allerdings war die Entscheidung darüber, welche Unterlagen er verlangen wollte, in sein Ermessen gestellt, indem es hieß: „die er für die Durchführung seiner Aufgabe für zweckmäßig hält“.

Die Stellung und Aufgabe des Notenkommissars als Mitglied und Organ des Generalrats war selbstverständlich eine streng persönliche und nicht im Weg der Vertretung auf einen Dritten übertragbare. Andererseits bedurfte der Kommissar zur Ausführung seiner zum großen Teil technischen Aufgabe persönlicher Hilfe. Das Bankgesetz sah in § 27 Abs. 2 dementsprechend vor, daß er seine Untersuchungen bei der Bank entweder persönlich oder durch seine Hilfsarbeiter anstellen konnte; selbstverständlich war er für die Tätigkeit seiner Hilfsarbeiter persönlich verantwortlich. Ohne daß es im Gesetz ausdrücklich erwähnt worden war, unterlag es auch keinem Zweifel, daß er sich für die Durchführung seiner Mitwirkung bei der An- und Ausfertigung der Noten, die in der Reichsdruckerei erfolgt, dritter Personen bedienen konnte.

Diese Mitwirkung bei der An- und Ausfertigung der Noten sollte nach dem Bankgesetz (§ 27 Abs. 4) durch einen besonderen Ausfertigungskontrollstempel beurkundet werden, der nach den Anweisungen des Kommissars angebracht werden sollte; jede Note, die die Bank in Umlauf setzte, mußte diesen Stempel tragen. Daraus ergab sich, daß die Tätigkeit des Notenkommissars die Einfügung seiner Hilfsarbeiter in den Herstellungsvorgang der Reichsbanknoten in der Reichsdruckerei bedingte. Wie sich dieser technische Vorgang im einzelnen vollzieht, ist für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung. Von Interesse für die Öffentlichkeit ist nur, daß sich die erwähnte Beurkundung der Mitwirkung des Kommissars durch einen Stempel in der Form vollzogen hat, daß auf jede Reichsbanknote ein kleiner farbloser runder Trockenstempel aufgedrückt wurde, der die Worte „Ausfertigungs-Kontroll-Stempel“ enthielt. Eine Reichsbanknote, welche etwa nicht mit diesem Stempel versehen gewesen wäre, hätte vom Verkehr als ungültig abgelehnt werden können, da sie nicht „gesetzliches Zahlungsmittel“ im Sinne des § 3 Abs. 2 des Bankgesetzes gewesen wäre.

Es ist selbstverständlich, daß mit dem Recht des Notenkommissars, die auszugebenden Banknoten mit seinem Stempel zu versehen, auch eine Verpflichtung verbunden war, diesen Stempel solange nicht zu verweigern, als die gesetzlichen Deckungsverhältnisse

eine Ausgabe von Banknoten zuließen. Wenn in der ersten Zeit nach der Londoner Konferenz von 1924 davon gesprochen worden ist, daß der Kommissar die deutsche Notenemission „beherrsche“, so ist das nicht in dem Sinne zu verstehen, daß er etwa aus anderen Gründen als zufolge etwaiger Mängel der gesetzlichen Deckung, z. B. aus subjektiven wirtschaftlichen Erwägungen, durch Verweigerung der Abstempelung die Ausgabe gültiger Noten hätte verhindern können.

An diese Kontrolle der An- und Ausfertigung der Reichsbanknoten schloß sich die Mitwirkung des Kommissars bei ihrer Ausgabe durch die Reichsbank. Hierbei konnte die Tätigkeit des Kommissars nur eine mittelbare sein. Es leuchtet ein, daß der Gesamtbetrag an umlaufenden Reichsbanknoten nur durch ein Subtraktionsverfahren ermittelt werden kann. Zahlenmäßig feststellbar ist der Gesamtbetrag der mit dem Ausfertigungskontrollstempel versehenen und an die Reichsbank abgelieferten Noten. Zahlenmäßig feststellbar sind ferner die Notenbestände, die sich bei der Reichsbank befinden, sowie die aus technischen Gründen vernichteten — d. h. insbesondere die wegen Abnutzung nicht mehr umlaufsfähigen — Noten. Zieht man die Summe der letzteren Zahlen von der ersterwähnten Zahl der ausgefertigten und an die Reichsbank abgelieferten Noten ab, so erhält man im Prinzip, d. h. ohne Eingehen auf Einzelheiten, den Banknotenumlauf. Nach dem Bankgesetz von 1924, § 27 Abs. 2, hatte der Kommissar das unbeschränkte Recht, die Richtigkeit dieser, selbstverständlich von der Reichsbank laufend festgestellten, Zahlen nachzuprüfen; im Abs. 3 dieses Paragraphen war zudem noch ausdrücklich vorgeschrieben, daß dem Kommissar die täglichen Nachweisungen über die im Umlauf befindlichen Noten fortlaufend „zur Prüfung und Billigung“ vorzulegen waren.

Die weitere Aufgabe des Kommissars war die Kontrolle der Deckung der Reichsbanknoten. § 27 des Bankgesetzes bestimmte in dieser Beziehung als Aufgabe des Kommissars, „die Durchführung derjenigen Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung zu gewährleisten, die sich auf die Ausübung des Notenausgaberechts und die Erhaltung der Golddeckung für die im Umlauf befindlichen Noten beziehen“. Als „Golddeckung“, die in Höhe von mindestens 40 pCt. der im Umlauf befindlichen Noten vorgeschrieben war, bezeichnet § 28 des Bankgesetzes: „Gold oder Devisen“, wovon mindestens $\frac{3}{4}$ aus Gold bestehen muß; das Gesetz gibt weiter eine genaue Definition der Begriffe „Gold“ und „Devisen“. Die Kontrolle war mithin auf die Deckung durch Gold und Devisen abgestellt. Es konnte zweifelhaft sein, ob sie sich auch auf die restliche Deckung durch diskontierte Wechsel oder Schecks, für welche § 21 des Bankgesetzes nähere Vorschriften gibt, zu erstrecken hatte. Im Zusammenhang mit dem Umstand, daß im Dawesplan eine Kontrolle der „Bank's reserves“ im allgemeinen vorgesehen worden und im Bankgesetz allgemein von den Bestimmungen über die Ausübung des Notenausgaberechts die Rede war, wurde aber dem Kommissar auch Gelegenheit gegeben, sich regelmäßig über den Stand der übrigen Deckung des Banknotenumlaufs durch Wechsel und Scheck zu vergewissern. Wie die Kontrolle der bankmäßigen Deckung im einzelnen an der Hand der von der Reichsbank ge-

gebenen Nachweisungen kontrolliert wurde, braucht hier nicht dargelegt zu werden. Es genügt die Feststellung, daß auch diese Kontrolle eine tatsächliche war, d. h., daß der Kommissar auch in dieser Hinsicht ein unbeschränktes Prüfungsrecht hatte (Bankgesetz von 1924 § 27 Abs. 2 und 3). Soviel mir bekannt, hat der Kommissar das Hauptgewicht seiner Kontrolle auf die Feststellung der Golddeckung gelegt.

Ueber seine vorstehend besprochene Kontrolltätigkeit hat der Kommissar jeweils monatlich einen Bericht an den Generalrat erstattet. Dies entsprach der Bestimmung in § 18 Abs. 2 des Bankgesetzes, wonach der Generalrat in jeder seiner Sitzungen und wenigstens einmal im Monat die Berichte prüfen sollte, die ihm von dem Kommissar vorgelegt worden waren. Es ist anzunehmen, daß die erwähnten Berichte zahlenmäßige Mitteilungen über den Notenumlauf und seine Deckung gebracht haben.

Wenn auch die besonderen Pflichten des Kommissars gemäß § 27 des Bankgesetzes hauptsächlich die Durchführung der Gesetzesbestimmungen über die Ausübung des Notenausgaberechts und die Erhaltung der Deckung für die Noten umfaßten, so darf man darin doch kaum den eigentlichen Schwerpunkt seiner Stellung und persönlichen Tätigkeit sehen. Er war in erster Linie eben doch ein qualifiziertes Mitglied des Generalrats. Qualifiziert nicht nur durch seine längere Amtsdauer und den besonderen Kontrollauftrag, sondern besonders durch das Gewicht seiner Stimme. § 18 des Bankgesetzes sah für das Zustandekommen der Beschlüsse des Generalrats zwei Möglichkeiten vor: entweder eine qualifizierte Mehrheit von mindestens 10 Stimmen (von insgesamt 14) oder einfache Stimmenmehrheit, wenn der Präsident und der Kommissar in der Mehrheit inbegriffen waren. Soweit ist allerdings die Heraushebung des Kommissars nicht gegangen, daß man ihm etwa ein Vetorecht gegen gewisse Beschlüsse des Generalrats eingeräumt hätte. Insbesondere ist seine Zustimmung zu einem Beschluß des Generalrats auf Herabsetzung der Golddeckung unter 40 pCt. nicht erforderlich gewesen; da aber für diesen Beschluß ohnehin Einstimmigkeit bis auf eine Stimme vom Gesetz (§ 29) gefordert wurde, konnte praktisch kaum mit einer Ueberstimmung des Kommissars hierbei gerechnet werden.

Daneben hatte der Kommissar noch eine besondere, ihn vor den anderen Mitgliedern des Generalrats heraushebende Befugnis, nämlich das Recht, den Sitzungen des Reichsbankdirektoriums beizuwohnen; dieses Recht war ihm durch den letzten Satz des Absatzes 2 des § 27 beigelegt worden. Nach § 11 der Satzung der Reichsbank finden diese Sitzungen regelmäßig einmal in der Woche statt. Dr. S c h a c h t sagt dazu in seinem oben erwähnten Kommentar folgendes: „Zweck seiner Anwesenheit ist die Aufrechterhaltung der persönlichen Fühlungnahme mit dem Direktorium und die Möglichkeit der Information über alle mit den ihm durch das Gesetz gegebenen Aufgaben zusammenhängenden Fragen.“

Ueberall, wo konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener Gremien oder Personen begründet werden, sind Auslegungszweifel und in ihrem Verfolg Zuständigkeitskonflikte möglich. Insbesondere liegen sie nahe, wenn ein Gesetz in seiner Gesamtidee von einem gewissen Generalauftrag an eine bestimmte Person ausgeht, dann aber im einzelnen die ent-

sprechenden Befugnisse nicht der Reihe nach erschöpfend aufführt, so daß diese zum Teil aus dem Sinn verschiedener Gesetzesbestimmungen herausgelesen werden müssen. Auch im deutschen Schrifttum über das Bankgesetz von 1924 finden sich vielfache Befürchtungen, der Kommissar könne durch persönliches Eingreifen dem Reichsbankdirektorium Schwierigkeiten bereiten. Tatsächlich sind aber m. W. Zuständigkeitskonflikte zwischen dem Reichsbankdirektorium und dem Kommissar niemals aufgebrochen worden; das hat sicherlich an dem ausgezeichneten persönlichen Verhältnis gelegen, welches sich von beiden Seiten her entwickelt hat. Nicht zuletzt ist dieses auf die Persönlichkeit des ausländischen Kommissars zurückzuführen. Professor Bruins verfügte als Gelehrter wie als Praktiker über hervorragende Kenntnisse auf dem Gebiet des Bank- und internationalen Geldwesens; hat er doch gleichzeitig als Königlich Kommissar bei der Niederländischen Bank die Vertretung der Niederländischen Regierung bei der Leitung dieses Instituts inne. So hat er es wohl verstanden, seine Funktionen in Formen zu erfüllen, welche die Kompetenzfrage gar nicht erst entstehen ließen. Und die Reichsbank hat diese Objektivität des ausländischen Kommissars, soviel ich weiß, mit Dank begrüßt und anerkannt.

Daß sich der Kommissar auch für das wichtigste Gebiet der Reichsbank, die Währungs-, Diskont- und Kreditpolitik, interessiert hat, ergibt sich aus seinen in drei Sprachen (Deutsch, Englisch, Französisch) abgefaßten und veröffentlichten Halbjahresberichten. Die Pflicht, solche periodischen Berichte aufzustellen, beruhte auf Abschnitt XVI des Sachverständigengutachtens. Die Berichte wurden in der Regel zugleich mit denen des Generalagenten für Reparationszahlungen und denen der anderen Kommissare und Treuhänder der Öffentlichkeit übergeben. Um diese Berichte ihren Zweck erfüllen zu lassen, mußte den Erwägungen Rechnung getragen werden, die dazu geführt hatten, die Reichsbank in den Dawesplan hineinzubeziehen. Dem entsprach es, daß der Inhalt dieser Berichte weit über den Bereich der eigentlichen Notenkontrolle hinausgriff. Dies zeigt schon das Inhaltsverzeichnis dieser Berichte. An das Kapitel über die Reichsbanknoten schlossen sich solche über die anderen Zahlungsmittel (Rentenbankscheine, Noten der Privatnotenbanken, Münzen), über den bargeldlosen Zahlungsverkehr, über das Verhältnis der Reichsbank zum Reich und über die Golddiskontbank. Den Schluß bildete ein besonders weit gespannter Ueberblick über die Politik der Reichsbank. Hier erörterte der Kommissar zunächst die Grundlagen des Wirtschaftslebens in der Berichtsperiode, insbesondere die Entwicklung der allgemeinen Konjunktur, die Preisbewegung, die Handelsbilanz, den Kapitalverkehr mit dem Ausland, die Entwicklung der Devisenkurse und den Geld- und Kapitalmarkt. Gewissermaßen die Krönung bildeten dann die Betrachtungen über die Diskont- und Kreditpolitik wie über die Gold- und Devisenpolitik der Reichsbank. Von besonderem Interesse waren die Schlußbetrachtungen, in denen der Kommissar von der Vergangenheit und Gegenwart ausgehend einen Ausblick auf die zu erwartende Entwicklung in der Zukunft gab. Die große Bedeutung dieser Berichte in rückwärts gerichteter Betrachtung zu würdigen, kann nicht Auf-

gabe dieser Zeilen sein. Wohl aber muß gesagt werden, daß sie ein Beweis dafür sind, wie umfassend der Kommissar seine Aufgabe gesehen hat und wie er in täglicher Verfolgung des deutschen Wirtschaftslebens bemüht war, sich von allen Faktoren, die auf die Politik der Reichsbank Einfluß haben, ein möglichst wahrheitsgetreues Bild zu machen und dieses dann den Lesern seines Berichtes zu übermitteln. Das war um so bedeutungsvoller, als der Leserkreis dieser Berichte infolge ihrer Drucklegung und Verteilung ein weit größerer gewesen ist, als das für seine Monatsberichte entsprechend ihrer Bestimmung gegeben war.

Vielleicht ist es nicht ohne inneren Sinn, daß das Bankgesetz von 1924 in den §§ 18 und 27 von einem „Kommissar für die Notenausgabe“ spricht, während die Monats- und Halbjahresberichte die von dem Sachverständigengutachten in Abschnitt XII gebrauchte Firmierung „Kommissar bei der Reichsbank“ trugen. Es fühlte eben der Kommissar seine Verantwortung als eine auf dem Sachverständigenplan beruhende und daher weitgespannte; dieser Aufgabe ist er in vollem Umfange und ohne jegliche Reibungen gerecht geworden. So haben sich die starken Befürchtungen, die anfangs in der deutschen Öffentlichkeit an die Einrichtung des Kommissars geknüpft worden sind, nicht als tatsächlich gerechtfertigt erwiesen. Man hat vielmehr, des bin ich sicher, Herrn Professor Bruins persönlich aus seiner nicht ganz sechsjährigen Tätigkeit bei der Reichsbank — ungeachtet der ganz selbstverständlichen Freude über das endgültige Aufhören jeder ausländischen Kontrolle — nur mit Dank und Anerkennung scheiden sehen.

(Ein weiterer Artikel folgt.)

Die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken.

Von Oberregierungsrat Rudolf Harmening, Berlin.

Die Reichsregierung hat den Entwurf eines Gesetzes über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken dem Reichsrat und dem Vorläufigen Reichswirtschaftsrat vorgelegt¹⁾. Der Entwurf will nach Möglichkeit die Gefahren beseitigen, die dem deutschen Wirtschaftsleben aus einer Zusammenballung der Fälligkeiten am 1. Januar 1932 drohen. Er versucht dies auf einem Wege, der bei gebührender Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners so wenig wie möglich die Rechte der Gläubiger beeinträchtigt. Er bringt daher weder ein allgemeines Moratorium für die Schuldner noch läßt er diese für den 1. Januar 1932 völlig schutzlos.

Vom 1. Januar 1932 ab wird der Zinssatz für aufgewertete Hypotheken, Grundschulden und hypothekarisch gesicherte Forderungen (auch soweit ihr Aufwertungsbetrag den des dinglichen Rechts übersteigt) erhöht. Diese Zinserhöhung war schon durch § 28 Abs. 1 Satz 4 des Aufwertungsgesetzes angekündigt, „insoweit dem Eigentümer oder dem Schuldner über den 1. Januar 1932 hinaus Stundung bewilligt ist“. Da über die Auslegung dieser Gesetzesvorschrift Meinungsverschiedenheiten be-

¹⁾ Der Gesetzentwurf nebst Begründung ist im Deutschen Reichsanzeiger Nr. 114 vom 17. Mai 1930 veröffentlicht.

standen, ordnet § 1 des neuen Gesetzentwurfs die Zinserhöhung noch einmal generell an für alle Fälle, in denen der Aufwertungsbetrag am 1. Januar 1932 nicht zurückgezahlt ist. Es wird kein Unterschied gemacht, ob die Nichtzurückzahlung auf einer Stundungsbewilligung des Gläubigers oder der Aufwertungsstelle oder auf schon bei Begründung der Hypothek getroffenen Parteivereinbarungen beruht. Die Zinserhöhung trifft also auch die Tilgungshypotheken. Gegen die Einbeziehung dieser Hypotheken in die Zinserhöhung sind namentlich von landwirtschaftlicher Seite Bedenken geäußert. Die Zinserhöhung soll die verbrieften Rechte der Schuldner verletzen und angesichts der Notlage der Landwirtschaft eine untragbare Belastung sein. Gegenüber dem ersten Bedenken ist zu sagen, daß es sich ja nicht um eine Erhöhung des vertraglichen, sondern des gesetzlichen Zinssatzes handelt und daß es, wenn man nicht schon § 28 Abs. 1 Satz 4 AufwGes. auch auf die Tilgungshypotheken anwenden will, mit den Grundsätzen des Aufwertungsgesetzes (gleicher Aufwertungssatz, gleiche Verzinsung für alle Aufwertungshypotheken) nicht vereinbar wäre, den Tilgungshypotheken den doch nur als Notzins gedachten Satz von 5 pCt. bis zum Ende der Laufzeit zu belassen. Die Notlage der Landwirtschaft ist nicht zu leugnen. Richtig ist auch, daß der größte Teil der Tilgungshypotheken auf landwirtschaftlichem Besitz ruht. Aber die Tilgungshypothek ist doch nicht in allen Teilen des Reichs der landwirtschaftliche Verschuldentyp gewesen, selbst wenn es sich um Anstaltshypotheken handelt. Die Privathypotheken der Landwirtschaft werden niemals Tilgungshypotheken sein. Eine Bevorzugung der Tilgungshypotheken in der Verzinsung würde daher innerhalb der Landwirtschaft selbst eine Differenzierung und keine allgemeine Erleichterung bringen. Der Bauer, der seine kündbare Aufwertungshypothek hoch zu verzinsen hat, würde es jedenfalls nicht verstehen, warum sein Nachbar seine Hypothek nur deshalb niedriger zu verzinsen hat, weil er sich das Geld zufällig bei einem anderen Gläubiger geliehen hat. Es ist auch sehr zweifelhaft, ob es angängig ist, die Notlage eines ganzen Berufsstandes auf dessen Gläubiger (in diesem Falle vor allem die Besitzer der Landschaftlichen Liquidationspfandbriefe) abzuwälzen. Allgemeine Hilfsmaßnahmen scheinen da mehr am Platze, für die aber in einem Aufwertungsgesetze kein Raum ist.

Den neuen Zinssatz soll die Reichsregierung bei Inkrafttreten des Gesetzes festsetzen. Richtlinien, die sie bei der Festsetzung des Zinsfußes einhalten soll, stellt das Gesetz nicht auf. Von der richtigen Bemessung des Zinssatzes wird es aber abhängen, ob das Ziel, die Überwindung der mit der Fälligkeit der Aufwertungshypotheken zusammenhängenden Schwierigkeiten, erreicht wird. Wird der Zinssatz zu niedrig festgesetzt, so werden alle Schuldner bemüht sein, eine Zahlungsfrist zu erhalten. Die Gläubiger würden sich in ihren Erwartungen, zum 1. 1. 1932 wenigstens den vollen Wert ihrer Ansprüche zu erhalten, getäuscht sehen. Ein zu hoher Zinsfuß würde zwar einen großen Anreiz zu baldiger Zurückzahlung der Aufwertungsbeträge bieten, aber — abgesehen von allgemeinen kreditpolitischen Bedenken — für die Schuldner, die nicht zurückzahlen können, eine untragbare Be-

lastung bedeuten. Von der richtigen Bemessung wird es abhängen, ob die Gläubiger, die ihr Kapital nicht unbedingt benötigen und in der Hypothek eine Sicherung ihrer Forderung erblicken, von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen. Besonders wichtig ist dies für die Versicherungsgesellschaften, die dann die Aufwertungshypotheken in die Prämienreserve des Neugeschäfts übernehmen können und so Mittel für ihre eigenen Ende 1932 fällig werdenden Aufwertungsverpflichtungen frei bekommen.

Der neue Zinssatz ist nicht gleitend gestaltet; er soll, einmal festgesetzt, auch bei Veränderung der Zinsverhältnisse Geltung behalten. Die Nachteile, die sich daraus bei einem Sinken des allgemeinen Zinsfußes für den Schuldner ergeben können, sind durch Einführung eines unabdingbaren Kündigungsrechts für den Schuldner (Frist: 3 Monate) gemildert. Dieses unabdingbare Kündigungsrecht ist ein wichtiges Mittel, um den Schuldner gegen eine etwaige Ausbeutung seiner Notlage durch gewissenlose Gläubiger zu schützen.

Der neue Zinssatz gilt gleichmäßig für erste und nachstellige Hypotheken. Gewiß ist dadurch der Anreiz zur Kündigung für den Gläubiger einer nachrangigen Hypothek erheblich erhöht. Die Abgrenzung einer „ersten“ und „zweiten“ Hypothek gleichmäßig für das ganze Reich, für Stadt und Land erschien aber ohne starke Belastung der Aufwertungsstellen nicht möglich und die Nennung eines allgemein gültigen Zinssatzes für nachrangige Hypotheken nicht unbedenklich. Eine Festsetzung durch die Aufwertungsstellen von Fall zu Fall würde unerwünschte Verschiedenheiten in den einzelnen Bezirken zur Folge haben.

Vielfach werden die Parteien den Zinssatz durch Vereinbarung schon für die Zeit nach dem 1. Januar 1932 festgesetzt haben. Es wird dabei gewiß Fälle geben, in denen die Bemessung des Zinssatzes wesentlich für die Dauer der bewilligten Stundung und die Höhe des Aufwertungsbetrags gewesen ist. Sehr häufig wird aber der Zinssatz bei den Verhandlungen zwischen Gläubiger und Schuldner keine Rolle gespielt haben. Dies wird insbesondere dann der Fall gewesen sein, wenn der Satz von 5 pCt., weil er eben der gesetzliche Satz war, vereinbart ist. Der Entwurf will daher abweichende Zinsvereinbarungen nur dann bestehen lassen, wenn sie nach Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes getroffen sind und eine höhere Verzinsung als 5 pCt. vorsehen.

Die neuen Zinsen sollen, auch soweit sie 5 pCt. übersteigen, den Grundbuchrang der Hypothek haben. Auch schon vor dem 1. Januar 1932 können die Parteien im Wege der Vereinbarung die Hypothek bis zu dem neuen Zinssatz erweitern, ohne daß die gleich- oder nachstehenden Berechtigten zuzustimmen brauchen. Hierin ist gelegentlich eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Interessen der Nachhypothekare erblickt worden. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Wenn § 1119 BGB. die Erweiterung der Hypothek bis 5 pCt. zuließ, so wollte er damit dem Eigentümer die Möglichkeit der Umschuldung auch noch bei guten zweiten Hypotheken und damit ein wichtiges Mittel zur Beseitigung der Gefahr der Zwangsversteigerung in die Hand geben. Diesen Zweck kann § 1119 heute nicht mehr erfüllen und wird ihn leider auch in absehbarer Zeit nicht wieder erfüllen können. Damit daß der

Gesetzgeber eine obsolet gewordene Gesetzesbestimmung bei Vorlage einer zwingenden Notwendigkeit den veränderten Umständen anpaßt, müssen die Beteiligten im Rechtsleben rechnen. Es ist auch nicht richtig, daß jeder, der nach Inkrafttreten des Aufwertungsgesetzes ein Recht hinter einer aufgewerteten Hypothek erworben hat, sich darauf hätte verlassen können, daß auch über 1932 hinaus der Zinssatz von 5 pCt. bleiben würde. Das gerade Gegenteil ging vielmehr aus § 28 AufwGes. hervor, wenn er bestimmt, daß bei Stundung über den 1. Januar 1932 der Zinssatz sich erhöhe. Daß dann dieser erhöhte Zinssatz etwa nicht den Rang der Hypothek haben sollte, ist nirgends gesagt, vielmehr war aus der generellen Vorschrift in § 6, daß die aufgewertete Hypothek ihren bisherigen Rang behalte, mangels einer abweichenden Bestimmung für die Zinsen das Gegenteil zu folgern. Die bei Inkrafttreten der Aufwertungsgesetzgebung bereits vorhandenen Nachhypothekare können sich aber über die Erweiterung der Hypothek im Zinssatz noch weniger beschweren, da sie durch die Beschränkung der Aufwertung auf 25 pCt. bereits eine weitgehende Verbesserung ihres Rangs erlangt hatten. Sie dürfen auch die Vorteile nicht unterschätzen, welche die nur in Verbindung mit einer Zinserhöhung mögliche Ueberwindung des 1. Januar 1932 auch ihnen bringt. Um aber eine im Einzelfall trotzdem mögliche Härte für den Nachhypothekar zu beseitigen, bestimmt § 10 Abs. 1 des Entwurfs, daß die Aufwertungsstelle die Bewilligung der Zahlungsfrist von der Leistung einer Abschlagszahlung und Löschung eines entsprechenden Teils der Hypothek abhängig machen kann. Die Aufwertungsstelle hat es also in der Hand, den Nachhypothekar aufzurücken zu lassen, wenn sie dies — namentlich mit Rücksicht auf die Erweiterung der vorgehenden Aufwertungshypothek im Zinsfuß — für billig erachtet.

§ 25 des Aufwertungsgesetzes hat die Fälligkeit der Aufwertungshypotheken dahin geregelt, daß grundsätzlich die vertraglichen Vereinbarungen über die Fälligkeit bestehen bleiben, daß die Rückzahlung aber nicht vor dem 1. Januar 1932 verlangt werden kann. Eine allgemeine Hinausschiebung dieses Zahlungstermins lehnt der Entwurf ab. Er macht aber in jedem Falle die Fälligkeit des Aufwertungsbetrags von einer Kündigung des Gläubigers abhängig. Die Kündigungsfrist beträgt ein Jahr; die Kündigung ist erstmalig zum 31. Dezember 1931 und dann immer zum Schluß der folgenden Kalendervierteljahre zulässig. Bis zum Schluß des auf die Kündigung folgenden Kalendervierteljahrs kann der Eigentümer-Schuldner bei der Aufwertungsstelle die Bewilligung einer Zahlungsfrist beantragen. Man wird nicht sagen können, daß diese Frist für den Eigentümer zu kurz bemessen sei, wenn man bedenkt, daß das Verfahren vor der Aufwertungsstelle und den Beschwerdeinstanzen kaum schneller als in den dann noch zur Verfügung stehenden 9 Monaten erledigt werden kann. Die Aufwertungsstelle soll eine Zahlungsfrist nur bewilligen, wenn der Schuldner über die zur Rückzahlung des Aufwertungsbetrags erforderlichen Barmittel nicht verfügt und sie sich auch nicht zu billigerweise zumutbaren Bedingungen beschaffen kann. Auch bei Vorliegen dieser Voraussetzungen soll aber die Zahlungsfrist nur dann bewilligt werden, wenn sie unter Berücksichtigung der

Verhältnisse des Eigentümers oder Schuldners für den Gläubiger keine unbillige Härte bedeuten würde. Hierbei ist besonders daran gedacht, daß der Gläubiger das Geld unbedingt braucht (z. B. um eigene Verpflichtungen zu erfüllen; dies kann häufig bei Versicherungsgesellschaften mit Rücksicht auf Art. 103 Abs. 3 der Durchführungsverordnung vom 29. November 1925 der Fall sein).

Die Zahlungsfrist kann nur einmal und nur bis zum 31. Dezember 1934 bewilligt werden. Zur Festsetzung eines anderen Zinssatzes ist die Aufwertungsstelle nicht befugt. Die Möglichkeit der mehrmaligen Bewilligung einer Zahlungsfrist würde zu einer unerträglichen Belastung der Aufwertungsstellen geführt haben. Der Entwurf lehnt sie daher ab selbst auf die Gefahr hin, daß die Aufwertungsstellen nunmehr geneigt sein könnten, die ganze Frist auszuschöpfen. Gegen die Befristung der Zahlungsfrist auf den 31. Dezember 1934 ist das Bedenken erhoben, daß diese Regelung zu einer Zusammenballung der Fälligkeiten am 31. Dezember 1934 führen könnte; es sei besser, die Zahlungsfrist nicht auf einen bestimmten Stichtag, sondern allgemein auf 3 Jahre von der Bewilligung ab zu begrenzen. Würde dann aber nicht jeder vorsichtige Gläubiger schon zum 31. Dezember 1931 kündigen, um zu verhindern, daß er sonst die Möglichkeit verliert, sein Kapital wenigstens zum 31. Dezember 1934 zurückzuerhalten? Dann würde zur Zusammenballung der Fälligkeiten noch die Massierung der Kündigungen und Zahlungsfristverfahren kommen.

Eine Sondervorschrift für Hypothekenbanken enthält § 6 des Entwurfs. Danach sollen Hypothekenbanken nicht verpflichtet sein, zu einem vor dem 1. Januar 1935 liegenden Termin zu kündigen. Diese Vorschrift dient lediglich der Klarstellung. Aus ihr kann nicht etwa im Wege des Gegenschlusses herausgelesen werden, daß die Hypothekenbanken nun unbedingt verpflichtet seien, wenigstens zum 1. Januar 1935 zu kündigen. Aus dem Rechtsverhältnis der Hypothekenbank zu ihren Pfandbriefgläubigern wird eine solche Verpflichtung im allgemeinen nicht hergeleitet werden können. Auch wird das nach Art. 86 der Durchführungsverordnung vom 29. November 1925 bestehende Recht der Hypothekenbanken, die Hypotheken unter bestimmten Voraussetzungen in Tilgungshypotheken umzuwandeln, nicht berührt. Das Interesse der alten Pfandbriefgläubiger erfordert natürlich eine baldige Liquidierung der Aufwertungshypotheken; dieses Interesse ihrer Gläubiger werden die Hypothekenbanken bei etwaigen Stundungen über den 1. Januar 1935 hinaus gebührend zu berücksichtigen haben.

Das Verfahren vor der Aufwertungsstelle ist ebenso geregelt wie im Aufwertungsgesetz. Gegen die Entscheidung der Aufwertungsstelle ist die sofortige Beschwerde an das Landgericht und gegen dessen Entscheidung bei Vorliegen einer Gesetzesverletzung die weitere sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht zugelassen. Neu ist, daß die Aufwertungsstelle bis zur endgültigen Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen kann, gegen die ein Rechtsmittel nicht gegeben ist. Durch eine solche Anordnung kann die Aufwertungsstelle z. B. eine einstweilige Stundung bewilligen oder dem Schuldner von vornherein die Leistung einer Abschlagszahlung aufgeben.

Die Zahlungsfrist wird dem Schuldner nicht unbedingt gewährt. Abgesehen von besonderen Bedingungen (Sicherstellung, Abschlagszahlungen), die die Aufwertungsstelle an die Gewährung der Zahlungsfrist knüpfen kann, läuft die Zahlungsfrist unter der gesetzlichen Bedingung, daß der Schuldner seiner Verpflichtung zur Zahlung von Tilgungs- und Zinsbeträgen nachkommt. Ist er mit diesen Zahlungen länger als 1 Monat im Verzug, so kann der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Zahlungsfrist ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

Die Vorschriften der Art. 21, 22 der Durchführungsverordnung vom 29. November 1925 über den Abzug des Zwischenzinses bei vorzeitiger Zahlung sollen mit dem 1. Januar 1932 außer Kraft treten.

Die Frage, wie der Schuldner, insbesondere der Hausbesitz die Mittel für die erhöhte Verzinsung aufbringen soll, läßt der Entwurf offen. Er beschränkt sich, wie die Begründung sagt, darauf, allgemein die Rechtsbeziehungen zwischen Gläubigern und Schuldern zu regeln. In diesem Zusammenhang sei jedoch auf § 2 Abs. 3 des Gesetzes über den Geldentwertungsausgleich bei bebauten Grundstücken vom 1. Juni 1926 verwiesen, der, wenigstens soweit die Zinserhöhung auf § 28 Abs. 1 Satz 4 Aufw.-Ges. beruht, den Interessen der Hauseigentümer schon jetzt gerecht werden dürfte.

Der Entwurf beschränkt sich, wie schon eingangs bemerkt, auf Hypotheken, Grundschulden und hypothekarisch gesicherte Forderungen. Er beschäftigt sich insbesondere nicht mit den Industrieobligationen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß hier die Verhältnisse nicht viel anders liegen wie bei den Tilgungshypotheken.

Es ist damit zu rechnen, daß der Entwurf noch vor den Sommerferien des Reichstags Gesetz wird. Der Reichswirtschaftsrat hat ihm schon seine Zustimmung erteilt. Die Beratungen des Reichsrats sollen ebenfalls noch vor Pfingsten stattfinden.

Die Handelsbilanz als Korrektiv der Steuerbilanz zum Nachteile des Steuerpflichtigen.

Ein Beitrag zu dem Problem: „Handelsbilanz und Steuerbilanz“.

Von Dr. Fritz Haußmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, Berlin.

I.

Je stärker im Laufe der letzten Jahre der steuerliche Druck des Gesetzgebers auf die Wirtschaft geworden ist, desto mehr wurde auch die Handhabung und Durchführung der Steuergesetze zu einem bedeutsamen wirtschaftlichen Problem. Denn auch eine besondere Schärfe oder Rigorosität in der Handhabung und Durchführung der Steuergesetze bedeutet praktisch eine Verschärfung des Steuerdrucks, die mitunter im Einzelfall noch fühlbarer werden kann als die Belastung, die schon nach dem Gesetz selbst auf der Wirtschaft ruht.

Bei dieser Sachlage gewinnt das alte Problem: „Handelsbilanz und Steuerbilanz“, in dem sich die Art der steuerlichen Ermittlung des Gewinns und damit das Ausmaß der Heranziehung zu allen Ertragssteuern widerspiegelt, eine immer größere praktische Bedeutung. Allerdings hat sich

der Begriff der „Steuerbilanz“ als solcher mehr und mehr verflüchtigt. Im Grunde genommen gibt es keine „Steuerbilanz“ oder womöglich sogar noch verschiedene Arten von Steuerbilanzen (Vermögenssteuerbilanz, Körperschaftssteuerbilanz, Gewerbesteuerbilanz usw.); vielmehr sind alle diese „Bilanzen“ in Wirklichkeit nur Zusammenstellungen der Abweichungen, die sich in Anwendung der verschiedenen Steuergesetze gegenüber der handelsbilanzmäßigen Beurteilung ergeben. Dies hat neuerdings auch der I. Senat des Reichsfinanzhofs in einer Entscheidung vom 11. Februar 1930¹⁾, auf die noch in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein wird, mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, indem er unter Bezugnahme auf Judikatur und Literatur²⁾ den Satz aufstellt:

„Die Steuerbilanz ist eine abgeleitete Bilanz. Sie ist die Handelsbilanz mit den durch das Steuerrecht bedingten Korrekturen.“

Diese grundsätzlich zutreffende Charakterisierung der sogenannten Steuerbilanz als einer Modifikation der Handelsbilanz wird schon deswegen in Wirtschaftskreisen allgemeine Zustimmung finden, weil damit das Primat der Handelsbilanz gegenüber der Steuerbilanz zum erstenmal so klar vom Reichsfinanzhof ausgesprochen worden ist. Die überragende Bedeutung der Handelsbilanz gegenüber der Steuerbilanz wird aber vom Reichsfinanzhof in der angeführten Entscheidung noch deutlicher unterstrichen, wenn der I. Senat weiter ausführt:

„Im übrigen sollte grundsätzlich das Auseinanderfallen von Steuerbilanz und Handelsbilanz auf das unbedingt Notwendige beschränkt, jedenfalls nicht gefördert werden.“

Dem Leitsatz, den der Reichsfinanzhof hier ausspricht, wird man voll und ganz zustimmen können. Aber es bedarf näherer Untersuchung, was dieses Prinzip im einzelnen besagt.

Die nächstliegende Folgerung aus dieser Grundauffassung des I. Senats des Reichsfinanzhofs wäre die, daß in allen denjenigen Fällen, in denen die steuerlichen Vorschriften dem pflichtgemäßen Ermessen und der Schätzung Raum geben, und die in der Praxis, namentlich bei Streitigkeiten mit der Buch- und Betriebsprüfung eine ganz außerordentliche Bedeutung haben, das Steuerrecht sich grundsätzlich pflichtgemäßen Schätzungen der Handelsbilanz zu fügen hat, es sei denn, daß das Steuerrecht andere Vorschriften gibt oder die Schätzungen von Erwägungen ausgehen, die im Sinne des Steuergesetzes als eine mißbräuchliche Anwendung des kaufmännischen Ermessens anzusehen sind. Die konsequente Durchführung dieses Standpunktes wäre um so naheliegender, als das Gesetz selbst in § 13 EStG. auf die Anpassung des Steuerrechts an die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ausdrücklich Bezug nimmt, und die Beachtung dieser Grundsätze der Steuer zur Pflicht macht. Man müßte bei dieser Sachlage also annehmen, daß, wenn es sich um die Buchung von Vorgängen handelt, die auf

¹⁾ Vgl. Reichssteuerblatt 1930 S. 153.

²⁾ Vgl. I A 213/29, RStBl. 1929 S. 660 und VI A 879/27, RStBl. 1929 S. 455, sowie ferner Lion, Deutsche Steuerzeitung 1928 Spalte 870 und 984 und Becker, Steuer und Wirtschaft 1929 Spalte 19 ff.

Schätzungen beruhen, wie z. B. des Eintritts einer ordentlichen oder außerordentlichen Entwertung, die Beurteilung der Unsicherheit eines Schuldners oder des Ausgehens von Prozessen oder sonstiger ungewisser künftiger Ereignisse, die Beurteilung des gemeinen Wertes von Gegenständen, über den der Natur der Sache nach stets mehr oder weniger Zweifel herrschen muß, die Feststellung der Selbstkosten von Waren usw., die Steuerbehörden nach dieser vom Reichsfinanzhof nunmehr klargestellten Grundauffassung sich in viel stärkerem Maße als bisher den kaufmännischen Gepflogenheiten fügen und diese zur Richtschnur nehmen müßten.

Doch eine solche Tendenz ist vielleicht in einigen Entscheidungen des Reichsfinanzhofs selbst, nicht aber in der Praxis der unteren Finanzbehörden, sowie auch der Buch- und Betriebsprüfungsorgane festzustellen. Im Gegenteil! Die steigende Verselbständigung der steuerlichen Beurteilung, die noch vielfach durch eine mißverständliche Handhabung des Begriffs der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ unterstrichen wird, führte in den letzten Jahren zu einer immer stärkeren Nichtachtung der kaufmännischen Bilanz- und Schätzungsgrundsätze und zu einer steigenden selbständigen Normung der Bewertungs- und Abschreibungsgrundsätze sowie einer eigenmächtigen Handhabung der sonstigen Ermessensfragen im Bilanzrecht. Hierbei nimmt man vielfach überhaupt nicht mehr auf das, was der Kaufmann in seiner eigenen Bilanz zu bewerten, abzuschreiben und abzubuchen pflegt, Rücksicht, sondern versucht in steigendem Maße auf das in der betreffenden Branche „Übliche“ oder „Normale“ zurückzugreifen und diese „Normalbegriffe“ der Bilanz des betreffenden Unternehmens steuerlich aufzuoktroieren.

Es wäre außerordentlich dankenswert, wenn die eingangs erwähnte nunmehr vom I. Senat des Reichsfinanzhofs mit aller wünschenswerten Deutlichkeit entwickelte Grundauffassung dazu führen würde, der Handelsbilanz gegenüber der sogenannten Steuerbilanz mehr Ansehen zu verschaffen, als dies bisher in der Praxis der Fall war. —

Aber auch der Reichsfinanzhof selbst stellte die vorher wiedergegebenen Grundsätze — wie sich beim näheren Zusehen ergibt — nicht etwa deswegen auf, um den kaufmännischen Gepflogenheiten, wie sie in der Handelsbilanz zum Ausdruck kommen, im Interesse des Steuerpflichtigen wieder Geltung zu verschaffen. Die erwähnte Entscheidung des I. Senats des Reichsfinanzhofs vom 11. Februar 1930 ist vielmehr nur ein Glied in einer langen Kette von Urteilen, deren Grundtenor der ist, daß die tatsächlich aufgestellte Handelsbilanz so weit die Grundlage der Steuerbilanz bilden muß, als die Handelsbilanz nicht gegen steuerrechtliche Grundsätze verstößt³⁾. Das Problem, das den Reichsfinanzhof im konkreten Falle beschäftigte, war nicht etwa das, der kaufmännischen Bilanz in allen Schätzungs- und Ermessensfragen den Vorrang vor der Steuerbilanz zu verschaffen und Abweichungen der Steuerbilanz von der Handelsbilanz in Schätzungsfragen grundsätzlich

zu vermeiden; vielmehr wenden sich die Gedankengänge des Reichsfinanzhofs in den erwähnten Entscheidungen gegen den Pflichtigen, indem man ihn steuerlich an Handelsbilanzgrundsätze in der Hauptsache dann binden will, wenn ihm dies für die Steuerbilanz nachteilig ist. Der normale Fall, um den hier gestritten wird, ist der des § 19 Abs. 2 EStG., wonach der Pflichtige steuerlich die Wahl hat, für einen Gegenstand am Ende des Jahres entweder den gemeinen Wert oder aber den Anschaffungs- oder Herstellungswert abzüglich der normalen Absetzungen einzusetzen, wobei der letztere Wert, der sich jeweils aus kontinuierlichen, auf eine gewisse Reihe von Jahren zu verteilenden Absetzungen ergibt, höher oder auch niedriger sein kann, als der gemeine Wert am Ende des betreffenden Jahres. Der Reichsfinanzhof meint nun: Hat der Steuerpflichtige handelsbilanzrechtlich ein Wahlrecht, entweder den gemeinen Wert oder den aus den regelmäßigen Abschreibungen sich ergebenden Endwert einzusetzen, und macht er in der Handelsbilanz von einem dieser Wege Gebrauch, so kann er steuerbilanzmäßig sich nicht auf die Zulässigkeit auch des anderen Weges berufen. Hier wird also die Handelsbilanz gegen die Steuerbilanz und dasjenige, was nach steuerlichen Grundsätzen abzuschreiben an sich zulässig wäre, gewissermaßen ausgespielt. Die Handelsbilanz wird dem Pflichtigen entgegengehalten, um ein höheres steuerliches Ergebnis zu erzielen, weil zwar rein steuerlich gesehen eine höhere Abschreibung oder die Einsetzung eines niedrigeren gemeinen Wertes zulässig gewesen wäre, diese aber in der Handelsbilanz nicht durchgeführt ist.

Damit ist grundsätzlich das Problem aufgeworfen, das ich mit der Ueberschrift dieses Aufsatzes: „Die Handelsbilanz als Korrektiv der Steuerbilanz zum Nachteile des Steuerpflichtigen“ zu kennzeichnen versucht habe.

Dieses Problem hat im Grunde genommen aber zwei Ausstrahlungen. Einmal wird, wie bereits dargelegt, die Handelsbilanz bei der Durchführung der Steuergesetze dem Pflichtigen in dem Sinne entgegengehalten, daß er in der Aufstellung der regulären Steuerbilanz durch die Handelsbilanz gehindert werden soll. Aber auch der Gesetzgeber selbst kennt einen Fall, in welchem die Handelsbilanz — oder genauer die in der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck gelangende kaufmännische Praxis — die normale Durchführung der steuerlichen Grundsätze durchkreuzt, nämlich den des § 10 Abs. 2 KorpStG., nach welchem, auch wenn nach steuerlichen Grundsätzen ein Gewinn in einem Jahre nicht vorhanden ist, in jedem Falle die etwaige Ausschüttung eines im steuerlichen Sinne nicht vorhandenen Gewinns zu einer Versteuerung führen kann. Obwohl der Fall des § 10 Abs. 2 KorpStG., welcher eine Ausschüttungsversteuerung trotz Vorhandenseins eines steuerlichen Verlustes oder Mindergewinns zuläßt, mit den Gedankengängen der vorerwähnten Entscheidung nicht in unmittelbarem Zusammenhange zu stehen scheint, sei nachstehend vorerst dieser Fall behandelt, weil sich bei näherer Betrachtung Zusammenhänge zwischen den beiden Problemkreisen ergeben werden, und jedenfalls in beiden Fällen der Grundgedanke des Festhaltens an der Handelsbilanz

³⁾ Vgl. insbesondere Reichsfinanzhof vom 12. November 1929, I A a 213/29, RStBl. 1929 S. 660.

und kaufmännischen Grundsätzen zum Nachteile des Steuerpflichtigen entgegen an sich dem Pflichtigen günstigeren steuerlichen Grundsätzen eine Rolle spielt.

II.

Nach § 10 Abs. 2 KörpStG. ist mindestens als Einkommen zu versteuern die Summe der Vergütungen jeder Art, die an Mitglieder des Aufsichtsrats für den Steuerabschnitt gewährt worden sind. Dem zu versteuernden Mindestbetrage kann hinzugerechnet werden die Summe

- a) der Gewinnanteile, die für den Steuerabschnitt ausgeschüttet worden sind, sofern sie nicht aus Vermögen stammen, das bei seiner Entstehung in den letzten drei Jahren der Besteuerung nach diesem Gesetz unterlegen hat;
- b) der Tantiemen, Entschädigungen und Belohnungen, die an Mitglieder des Vorstandes und Angestellte in leitender Stellung für den Steuerabschnitt gewährt worden sind, ohne daß sie vertraglich zugesichert waren.

Es handelt sich hier also um Fälle, in denen es gleichgültig ist, ob die steuerlichen Grundsätze über die Gewinnermittlung einen körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn ergeben oder nicht; selbst wenn ein Verlust festgestellt wird, sind Vergütungen an den Aufsichtsrat trotzdem der Körperschaftsteuer unterworfen, und diesem mindestens zu versteuernden Betrage können die Ausschüttungen und Tantiemen etc. hinzugerechnet werden.

Die gesetzliche Regelung der sogenannten Mindestbesteuerung des § 10 Abs. 2 KörpStG. geht, wie die Entstehungsgeschichte ergibt¹⁾, in ihrem ersten Teil auf den Wegfall der früher nach dem Reichsstempelgesetz und später nach dem Kapitalverkehrssteuergesetz erhobenen Sondersteuer von 20 pCt. zurück, der die Aufsichtsratsantienien etc. unterworfen waren; in der Hauptsache aus systematischen Gründen wurde diese Besteuerung später in das Körperschaftsteuergesetz hineingearbeitet. Die Besteuerung von Gewinnausschüttungen gemäß § 10 Abs. 2 a KörpStG. hat ihren Entstehungsgrund darin, daß nach dem früheren Körperschaftsteuergesetz von Gewinnausschüttungen ganz allgemein eine Zuschlagssteuer erhoben worden war, die nach dem neuen Gesetz in Wegfall kam und nach der ursprünglichen Absicht dieses Gesetzes durch die neue Steuer des § 10 Abs. 2 a ersetzt werden sollte. Ähnlich aber, wie die sogenannte „Aufwandsbesteuerung“ des jetzigen § 49 EStG. für Einzelpersonen im Laufe der parlamentarischen Beratungen in eine Kann-Vorschrift umgewandelt wurde, heißt es nunmehr in bezug auf die Mindestbesteuerung der Gewinnausschüttungen, daß die Ausschüttungen den zu versteuernden Aufsichtsratsvergütungen hinzugerechnet werden können. Es wurde also nach dem Gesetz nur die Möglichkeit geschaffen, die Ausschüttungen ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines steuerlichen Gewinns zur Steuer heranzuziehen; darüber, wann von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden sollte, sagte der Gesetzgeber nichts.

In eingehenden Erörterungen über die Tragweite dieser Bestimmung hat nun Evers²⁾ nach-

gewiesen, daß im Grunde genommen die Vorschrift des § 10 Abs. 2 bezüglich der steuerlichen Heranziehung der Mindestausschüttungen gar nichts mit der Frage einer besonderen Besteuerung der Leistungsfähigkeit solcher Gesellschaften zu tun hat, welche trotz steuerlicher Unterbilanz oder gegenüber der Handelsbilanz geringeren steuerlichen Gewinnergebnissen Ausschüttungen vornehmen. Vielmehr handelt es sich, wie Evers ausführt, bei der Besteuerung der Gewinnausschüttungen als solcher grundsätzlich um eine steuerliche Benachteiligung gesunder Dividendenpolitik von Gesellschaften, welche die Gewinne guter Jahre nicht restlos ausschütten, sondern sich durch teilweise Thesaurierung die Möglichkeit verschaffen, auch in schlechteren Jahren ihre Dividendenzahlungen aufrechtzuerhalten. An diesem Grundgedanken ändert auch nichts, daß § 10 Abs. 2 KörpStG. nur Ausschüttungen erfassen soll, welche in den letzten drei Jahren der Besteuerung nicht unterlegen haben; denn grundsätzlich ist, wie Evers zutreffend hervorhebt, die Doppelbesteuerung im vierten Jahre ebenso ungerechtfertigt wie im ersten. Evers kommt hiernach zu dem Ergebnis, daß im Prinzip die Besteuerung der Gewinnausschüttungen nach § 10 Abs. 2 KörpStG. entweder zu einer Doppelbesteuerung oder, was wirtschaftlich gleichbedeutend ist, zur erstmaligen Besteuerung einkommensteuerfreien Zuwachses (Schenkungen, steuerfreies Agio etc.³⁾) führt.

Wenn sich hieraus schon ergibt, daß die Analogie der Ausschüttungen mit der Aufwandsbesteuerung von physischen Personen fehlt, und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ein klares Bild von der eigentlichen Tragweite des Gesetzes nicht gibt, so ist durch die Ausführungsbestimmungen, die das Reichsfinanzministerium zu § 10 Abs. 2 a erlassen hat, die Situation in besonderem Maße zum Nachteile der Pflichtigen verschärft worden. Während nämlich grundsätzlich eine Kann-Vorschrift nur eine Ermächtigung gibt, von der die Steuerbehörde in besonderen Fällen Gebrauch machen sollte — auch die Aufwandsbesteuerung ist ja nicht eine regelmäßig anzuwendende Bestimmung —, schreibt der Sammelerlaß des Reichsfinanzministeriums vom 3. April 1926 — III e 1900 — in Bezug auf die Besteuerung der Gewinnanteile folgendes vor:

„Von dieser Möglichkeit ist, wenn die verlangten Voraussetzungen vorliegen, stets Gebrauch zu machen, es sei denn, daß im Einzelfall ein besonderer Billigkeitsgrund vorliegt, der eine Abstandnahme von der Besteuerung als geboten erscheinen läßt.“

Ein besonderer Billigkeitsgrund, der eine Abstandnahme von der Besteuerung zu rechtfertigen vermag, liegt nach Ansicht des Reichsfinanzministers zum Beispiel in einem Falle vor, in dem die Gesell-

¹⁾ Vgl. eingehend hierzu Evers, Kommentar zum KörpStG., 2. Aufl., zu § 10 III Anm. 11—56 S. 410 ff.

²⁾ Vgl. Evers a. a. O.

³⁾ Auch die Ausschüttung steuerfreier Tochtergesellschaftsdividenden durch die Muttergesellschaft könnte an sich hier in Frage kommen, wenn zwischen Vereinnahmung und Ausschüttung der Tochtergesellschaftsdividende durch die Muttergesellschaft mehr als 3 Jahre liegen (vgl. hierzu RFinH. Deutsche Steuerzeitung 1927 S. 808 und Strauss, ebenda 1928 S. 618 ff.). Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme des § 11 KörpStG. in § 10 Abs. 2 a wird aber anzunehmen sein, daß die Ausschüttung einer Tochtergesellschaftsdividende durch die Muttergesellschaft von der Mindestbesteuerung schlechthin frei ist.

schafter einer G. m. b. H. — in der Mehrzahl Witwen oder Töchter früherer Gesellschafter — auf regelmäßige jährliche Gewinnausschüttungen angewiesen sind. Schon hieraus ergibt sich, daß das Reichsfinanzministerium grundsätzlich nicht allgemein volkswirtschaftliche Gründe für Gewinnausschüttungen als durchschlagend erachten will, um von der Mindestbesteuerung abzusehen, sondern nur ganz besonders gelagerte Fälle, bei denen „soziale Gründe“, wie die Bedürftigkeit armer Gesellschafter etc., in Frage kommen. Man wird nicht sagen können, daß solche Richtlinien des Finanzministeriums der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Notwendigkeit von Gewinnausschüttungen unter gegebenen Umständen auch nur in etwa Rechnung tragen.

Die unteren Finanzbehörden verstanden diesen Hinweis des Reichsfinanzministeriums dahin, daß sie die Kann-Vorschrift des Gesetzes praktisch in eine Muß-Vorschrift umdeuteten, von der sie Ausnahmen nur in ganz besonderen Fällen und unter besonderen Schwierigkeiten zuließen. Sie verfuhrten vielfach so, daß sie zuerst versuchten, im fiskalischen Interesse ein möglichst über den Ausschüttungsbetrag hinausgehendes steuerliches Ergebnis herauszurechnen; wenn dieses aber hinter der tatsächlichen Ausschüttung zurückblieb, versteuerten sie ohne weitere Erörterungen und ohne sich über das Wesen einer „Kann-Vorschrift“ weiter Gedanken zu machen, schematisch den Mindestbetrag der Ausschüttungen. Gegen diese zweifellos dem Grundgedanken des Gesetzes widersprechende Auslegung wandte sich in dankenswerter Weise der Reichsfinanzhof, indem er versuchte, in Anknüpfung an die wirtschaftlich treffenden Ausführungen von Evers die uferlose schematische Anwendung der Mindestbesteuerung von Ausschüttungen einzudämmen. Einmal folgte er aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, daß in den drei auf die Geldentwertungszeit folgenden Geschäftsjahren grundsätzlich von einer Heranziehung der ausgeschütteten Gewinnanteile als Mindesteinkommen abzusehen war⁷⁾. Ferner stellte er in einer Entscheidung vom 4. März 1927⁸⁾ den Grundsatz auf, daß die Rechtsmittelbehörden von Amts wegen unter Beachtung des § 6 AO. zu prüfen haben, ob von der Ermessensvorschrift des § 10 Abs. 2 a KörpStG. Gebrauch zu machen ist, wobei er den erwähnten Finanzministerialerlaß mit Recht als nicht bindend und gegen den Grundgedanken des Gesetzes verstoßend beiseite schob. Weiter stellte er in dieser Entscheidung im Interesse des Pflichtigen fest, daß, auch wenn von dem Steuerpflichtigen besondere Billigkeitsgründe nicht geltend gemacht werden, die Behörden nicht der selbständigen Prüfung überhoben sind, ob von der Ermächtigungsvorschrift des § 10 Abs. 2 a KörpStG. richtig Gebrauch gemacht wurde. In dem letzterwähnten Falle war die Gewinnausschüttung nur 8 pCt. höher gewesen, als das steuerlich ermittelte Einkommen. Der Reichsfinanzhof bezeichnet es ziemlich unzweideutig als einen Mißbrauch der Ermessensvorschrift, wenn in derartigen Fällen, in denen die Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens verhältnismäßig nicht allzuweit hinter der Ausschüttung zurückbleibt, als-

dann automatisch und ohne nähere Prüfung der Mindestbetrag der Ausschüttung für die Besteuerung zugrunde gelegt wird.

In einer weiteren Entscheidung geht der Reichsfinanzhof davon aus, daß, wenn das Vermögen, das für die Ausschüttung der Gewinnanteile verwendet wird, ebenso gut in späteren wie in früheren Jahren entstanden sein kann, zu unterstellen ist, daß zur Ausschüttung von Gewinnanteilen solches Vermögen verwendet worden ist, dessen Verwendung zu Gewinnausschüttungen dem Steuerpflichtigen nach § 10 Abs. 2 a KörpStG. am günstigsten ist⁹⁾.

Vor allem aber versucht jetzt der Reichsfinanzhof in einer Entscheidung vom 29. August 1929¹⁰⁾ in Verfolg seiner ganzen Rechtsprechung Richtlinien aufzustellen, nach denen man bei der Anwendung der Erhebungsvorschrift des § 10 Abs. 2 KörpStG. vorzugehen hat. Er scheint hierbei in seiner — allerdings nicht ganz klaren — Begründung von dem Gesichtspunkt der Dividendenstabilität mit beeinflußt zu sein, und erkennt an, daß besonders bei Versicherungsgesellschaften u. U. auch in Verlustjahren Gewinne ausgeschüttet werden müssen, damit diese ihr Ansehen und Vertrauen nicht ganz verlören.

Dieses Urteil hat kürzlich Herrn Regierungsrat Dr. Wirkau Veranlassung gegeben, in einem Aufsatz im Bank-Archiv mit der Überschrift: „Steuerfreie Bilanzverschleierung“¹¹⁾ gegen die ganze Tendenz der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs Stellung zu nehmen. Die Polemik Wirkau gegen den Reichsfinanzhof unter Berufung auf die kaufmännische Moral verschiebt so grundlegend dasjenige, worauf es bei der Handhabung des § 10 Abs. 2 KörpStG. entscheidend ankommt, daß ein näheres Eingehen auf diese Ausführungen verstattet sein möge.

Wirkau argumentiert etwa so: Wenn der Reichsfinanzhof im vorliegenden Falle die Bestimmung des § 10 Abs. 2 a KörpStG. nicht für anwendbar erachtet habe, so begünstige er gewissermaßen

⁹⁾ Urteil des I. Senats vom 28. Januar 1930 — I A 532/28 —, Nr. 64 der neuesten Rechtssätze des Reichsfinanzhofs 1930 (vgl. auch Reichssteuerblatt 1930 S. 165/66).

Noch nicht vom Reichsfinanzhof unmittelbar entschieden erscheint aber folgende Frage: § 10 Abs. 2 a KörpStG. knüpft an die Höhe der Ausschüttung nach der Handelsbilanz an, nimmt aber andererseits die in den letzten drei vorangegangenen Jahren versteuerten Reserven aus. Wenn nun in einem dieser drei vorangegangenen Jahre steuerlich ein Gewinn errechnet ist, der in der Handelsbilanz nicht in Erscheinung tritt, und der steuerlich der Kapitalreserve zugeschlagen wird, so fragt sich, ob im Sinne des § 10 Abs. 2 a KörpStG. auch ein solcher Gewinn im Jahre der Ausschüttung als mitausgeschüttet anzusehen ist. In Verfolg der Entscheidung vom 28. Januar 1930 müßte man dies unterstellen. Die ganze Fragestellung zeigt aber, daß § 10 Abs. 2 a KörpStG. schon gesetzestechnisch deswegen nicht vollkommen durchdacht ist, weil hier einerseits an die Handelsbilanz angeknüpft wird, andererseits aber eine Anrechnung „versteuerter Reserven“ auf die Handelsbilanzausschüttung stattzufinden hat, worunter nur im rein steuerlichen Sinne festgestellte Reserven verstanden werden können.

Im übrigen vgl. über die Auswirkung der handelsbilanzmäßigen Ausschüttung eines Gewinns, der steuerlich nicht vorhanden ist, auf die nächstfolgende Steuerbilanz: Urteil des Reichsfinanzhofs vom 25. Februar 1930 — I A a 270/29 — in den Neuesten Rechtssätzen des Reichsfinanzhofs Nr. 454 für 1930.

¹⁰⁾ Vgl. RStBl. v. 10. 10. 1929 S. 545 Nr. 788, vgl. auch Reichsfinanzhof XX S. 280.

¹¹⁾ Vgl. Bank-Archiv XXIX S. 181.

⁷⁾ Vgl. Reichsfinanzhof XXI S. 128.

⁸⁾ Vgl. Reichsfinanzhof XX S. 280.

die Ausschüttung von Gewinnen, die gar nicht vorhanden seien. Nach seiner Ansicht wird, wie er sich ausdrückt, derjenige, der zweckbewußt eine Leistungsfähigkeit vortäuschen will, vom Reichsfinanzhof dadurch noch prämiert, daß er für diese Ausschüttung keine Steuern zu zahlen brauche.

Hier wird aber die Streitfrage, um die es sich im Grunde handelt, vollkommen schief dargestellt.

Ausgangspunkt des ganzen Fragenkomplexes ist nach den obigen Darlegungen, wie die bisherige Gesetzesverletzung in der Praxis der Finanzbehörden in Anwendung des § 10 Abs. 2 a KörpStG. auf ein richtiges Maß zurückgeführt werden kann; denn es war eine Gesetzesverletzung, wenn die Finanzämter bisher in der Praxis eine Bestimmung, die nur als Kann-Vorschrift für besondere Fälle in Betracht kam, verallgemeinern und schematisch auf jeden Fall anwenden wollten. Daß dieser einseitig fiskalischen Tendenz die Entscheidungen des Reichsfinanzhofs einen Riegel vorgeschoben haben, mag ein Gesichtspunkt sein, der hie und da als eine Hemmung fiskalischer Handhabung des § 10 Abs. 2 a ärgerlich empfunden worden sein mag. Die Ausführungen von Wirkau jedenfalls mit dem Motto: „Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten“ laufen praktisch auf nichts anderes heraus, als daß, wer ausschüttet, hierfür an sich schon Steuern zahlen muß, und zwar nicht etwa nur die normale Steuer, wie jeder andere, sondern entweder, wie oben schon dargelegt, eine doppelte Steuer auf denselben Gewinn, oder eine solche auf an sich steuerfreie Zuwendungen. Wirkau verkennt ganz, wie dies früher die ungesetzliche Praxis der Finanzämter tat, daß die Bestimmung des § 10 Abs. 2 a KörpStG. bewußtermaßen nicht den Sinn hat, denjenigen, der ausschüttet, schlechthin mit einer Doppelbesteuerung zu bestrafen, sondern nur in besonderen Fällen die Möglichkeit zu geben, eine Ausschüttung trotz Vorliegens eines steuerlich geringeren Gewinns mit einer doppelten Steuer zu belegen. In diesem Sinne führt auch der RFH. mit Recht in der Entscheidung vom 29. August 1929 aus:

„In jedem Falle muß vor Anwendung der Kann-Vorschrift die Billigkeit der Maßnahme geprüft werden.“

Nach alledem kann es sich nur darum handeln, diejenigen Fälle auszusondern, bei denen ausnahmsweise die Anwendung der Kann-Vorschrift des § 10 Abs. 2 a KörpStG. gerechtfertigt erscheint.

Es ist nun Wirkau ohne weiteres zuzugeben, daß der Fall, der ihm vorschwebt, und den er bekämpfen will, daß nämlich jemand in Täuschungsabsicht Dividenden ausschüttet, um auf diese Weise schwindelhaft Kredit zu erlangen, wohl Veranlassung geben kann, von der Ermächtigungsvorschrift des § 10 Abs. 2 a KörpStG. Gebrauch zu machen. Hierbei lasse ich mangels näherer Unterlagen den konkreten Fall, den Wirkau zum Anlaß seiner Polemik nimmt, außer Betracht¹²⁾. Aber es läge eine wirt-

schaftlich völlig falsch gesehene Verallgemeinerung dann vor, wenn man etwa annehmen wollte, daß derartige Fälle die typischen sind, um die es sich bei § 10 Abs. 2 a KörpStG. handelt, und daß daher gewissermaßen eine Vermutung dafür spräche, daß eine Ausschüttung von Dividenden trotz steuerlicher Unterbilanz oder Minderergebnisse zum Zwecke der schwindelhaften Erschleichung von Krediten oder aus anderen unlauteren Gründen erfolge.

Einer der Hauptgesichtspunkte, der, wie Evers zutreffend herausgearbeitet hat, bei § 10 Abs. 2 a KörpStG. beachtet werden muß, ist der der Dividendenstabilität. Es ist bekannt, daß die volkswirtschaftlich vornehmste Rechtfertigung der Aufsammlung von Reserven die ist, den Aktionär vor den Erschütterungen einer schwankenden Dividendenpolitik zu bewahren, und daß es im besonderen gerade in schwierigen Uebergangszeiten, wie sie gegenwärtig obwalten, Krisen außerordentlich beschleunigen könnte, wenn sich nicht manche Gesellschaften entschließen würden, ihre aufgesammelten Reserven zur Aufrechterhaltung der bisherigen Dividende vorübergehend mit heranzuziehen, solange sie die Hoffnung haben können, nach Ueberwindung der Krise wieder aus sich selbst heraus ausreichende Gewinne zu erzielen. Nichts wäre verkehrter, als diese Vorgänge volkswirtschaftlich als ungesund und gar als unlautere Vortäuschung einer Leistungsfähigkeit zwecks Krediterschleichung zu charakterisieren.

Ist hiernach der Grundgedanke der Rechtsprechung, der diesen Gesichtspunkt der Dividendenstabilität als wirtschaftlich beachtlich anerkennt, ein durchaus zutreffender, so vergißt Wirkau weiterhin das eingangs bereits skizzierte Grundproblem des Verhältnisses der Handelsbilanz zur Steuerbilanz überhaupt. Grundsätzlich wird heute — schon infolge der selbständigen Ermittlung der steuerlichen Ausgangswerte vom 1. Januar 1925 — die Bilanz kaufmännisch nach gänzlich anderen Grundsätzen aufgemacht, als dies die Steuerbehörde tut. Daß hier häufig Divergenzen in der steuerlichen Ermittlung des Gewinns gegenüber der handelsbilanzmäßigen Gewinnermittlung und Dividendenpolitik eintreten, liegt in der Natur der Sache. Solche Differenzen zwischen steuerlicher und handelsbilanzmäßiger Gewinnermittlung haben ihre verschiedensten Gründe. Man

nehmen wies per 1. 1. 1925 eine „Unterbilanz“ von 860 000 RM auf, diese ging 1925 auf 693 000 RM zurück, Ende 1926 auf 488 000 RM. Im Jahre 1927 erhöhte sie sich auf 749 000 RM. Die Gesellschaft hatte aber nur steuerlich eine Unterbilanz per 1. 1. 1925. Zahlreiche Gesellschaften, bei denen die Steuerbehörde per 1. 1. 1925 eine „Unterbilanz“ konstruiert (z. B. wegen des sinnwidrigen $\frac{1}{2}$ -Abzuges des § 107 II EStG, oder wegen zu niedriger Einheitswerte oder zu niedrigen Anfangsschätzungen aus sonstigen Gründen), sind innerlich vollkommen gesund; nur die steuerlichen Schätzungen der Anfangswerte waren, wirtschaftlich gesehen, zu niedrig. In den Jahren 1925 und 1926 hat das Unternehmen verdient. 1927 scheint ein vorübergehender Rückgang vorzuliegen. Keinesfalls gibt schon dieser Tatbestand allein, selbst bei einer Ausschüttung für 1927 in gleicher Höhe wie 1926, Anlaß, von „Bilanzverschleierungen“ u. dgl. zu sprechen. Auch die Erwägung des RFH., „weshalb das Unternehmen bereits seit vier Jahren trotz zweier Gewinnjahre die Unterbilanz nicht beseitigen konnte“, sind solange nicht nachprüfbar, als man nicht weiß, worauf die „Unterbilanz“ per 1. 1. 1925 zurückzuführen war. Beruhte sie, wie dies in vielen Fällen vorzukommen pflegt, auf den angegebenen rein steuerlichen Gründen, so ist sie handelsrechtlich und wirtschaftlich gänzlich irrelevant.

¹²⁾ Daß die tatbestandsmäßigen Unterlagen des Falles für eine erschöpfende Beurteilung nicht völlig ausreichen, ergibt sich schon aus folgender Erwägung: Das betreffende Unter-

braucht beispielsweise nur an einen Fall zu denken, in dem die Steuerbehörde einen Gewinn bereits im Jahre 1925 als entstanden ansieht, weil sie ein lang-jähriges Konsortialgeschäft schon zu dieser Zeit als abgewickelt betrachtet, während der Kaufmann der Auffassung ist, daß diese Abwicklung erst im Jahre 1929 eingetreten ist und dementsprechend bilanziert. Wenn auf Grund dieses Konsortialgewinns eine Gewinnausschüttung im Jahre 1929 vorgenommen wird, nachdem im Jahre 1925 dieser Gewinn schon versteuert worden ist, so besteht für die Anwendung des § 10 Abs. 2 a KorpStG., der zu einer völlig ungerechtfertigten Doppelbesteuerung desselben Konsortialgewinns führen würde, keinerlei innere Berechtigung. Aber man braucht nicht nur an solche besonderen Fälle zu denken, um die in der Praxis täglich auftretenden Verschiedenheiten zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz zu erklären. Diese Divergenzen sind vor allem darauf zurückzuführen, daß die Steuerbehörde andere, z. B. höhere als die handelsbilanzmäßigen Ausgangswerte per 1. Januar 1925 in die Körperschaftssteueranfangsbilanz einsetzt und infolgedessen auch entsprechend andere Abschreibungen für die kommenden Jahre zulassen muß, oder daß sie Abbuchungen über Betrieb, Materialienabbuchungen, handelsrechtliche Vorratsbewertungen etc. beanstandet, entsprechende Aktivierungen in der Steuerbilanz vornimmt und alsdann auf die steuerlich neu aktivierten oder erhöhten Posten in den nächsten Jahren Abschreibungen zulassen muß, die sich in der Handelsbilanz nicht finden können. Derartige Fälle, die sich beliebig vermehren lassen, müssen dazu führen, daß in der Praxis das Bild der Handelsbilanz ein gänzlich anderes ist, als dasjenige der Steuerbilanz, und daß infolgedessen das Handelsbilanzbild Gewinne aufweisen kann, die steuerlich in dem betreffenden Falle nicht oder nicht in dieser Höhe vorhanden sind. Wenn alsdann aber, wie dies bisher die Steuerbehörde zu tun pflegte, das steuerbilanzmäßige Ergebnis in der Regel dahin korrigiert wurde, daß in jedem Falle mindestens die Ausschüttung besteuert wird, so würde dies, wie Evers zutreffend in seinem Kommentar ausführt, zu den sinnwidrigsten Doppelbesteuerungen führen müssen¹³⁾.

Fragt man sich nach alledem, welche Gesichtspunkte bei der Anwendung der Kann-Vorschrift des § 10 Abs. 2 a KorpStG. in Betracht kommen, so ergibt sich folgendes Bild: Die Ermessensvorschrift des § 10 Abs. 2 a KorpStG. ist eine Ausnahmenvorschrift, von deren Anwendung grundsätzlich abgesehen ist, es sei denn, daß besondere Tatumstände diese Anwendung rechtfertigen. Die Sachlage ist also nicht die, daß der Pflichtige sich gegenüber der Anwendung der Mindestbesteuerung gewissermaßen exkulpieren muß, sondern daß umgekehrt die Steuerbehörde nachweisen muß, weshalb sie die besondere Härte einer Doppelbesteuerung in dem betreffenden Falle der Ausschüttung Platz greifen zu lassen für gerechtfertigt erachtet.

¹³⁾ Dies gilt ganz besonders in den Fällen, die Wirkau bei seiner Polemik außer acht läßt, und die in der Entscheidung des RFH. Band XX S. 181 eine Rolle gespielt haben, daß das steuerliche Gewinnergebnis nur um wenige Prozente hinter dem handelsbilanzmäßigen Gewinnergebnis zurückgeblieben ist, und daß sogar solche geringen, oft rein zufälligen Differenzen die Steuerbehörde dazu führen, eine Doppelbesteuerung durch Zugrundelegung der Ausschüttung vorzunehmen.

Die nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes naheliegende Analogie mit der Verbrauchsbesteuerung des § 49 EStG. versagt im Grunde genommen. Denn die Dividendenausschüttung ist kein Verbrauch. Sie gewährt nur dem Aktionär seinen Anteil am Reingewinn, und hält volkswirtschaftlich das Ansehen der Aktiengesellschaft, die Kurse ihrer Aktien und ihren Kredit aufrecht. Aber wenn man einmal die Analogie mit § 49 EStG. zu ziehen versucht, so kann man nur auf allgemeinerwirtschaftliche Erwägungen zurückgehen, wie dies der RFH. und im Grunde auch Wirkau — letzterer allerdings sehr einseitig — tatsächlich tun. Der RFH. will zwar mit Recht in dem betreffenden Falle nicht nachprüfen, ob die Gewinnausschüttung eine kaufmännisch einwandfreie Handlungsweise darstellte, vielmehr lediglich, ob es der Billigkeit entspricht, die ausgeschütteten Gewinne als fiktives Einkommen zu versteuern. Dies wird man insbesondere stets dann verneinen müssen, wenn überhaupt nur rein steuertechnische Gründe zu der Divergenz zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz geführt haben, oder die Dividendenausschüttung einer gesunden Unternehmenspolitik auf längere Sicht entsprach.

Eine unmittelbare Parallele jedenfalls, die man mit § 49 EStG. ziehen kann, ist die, daß § 49 EStG. ein offenes Mißverhältnis zwischen Einkommen und Verbrauch voraussetzt. Will man also an Fälle, wie sie Wirkau im Auge hat, nämlich solche einer Ausschüttung zwecks unlauterer Kreditschleichung anknüpfen, so muß jedenfalls ein offenes Mißverhältnis zwischen der Dividendenausschüttung und dem tatsächlichen Stande der Gesellschaft vorliegen, was nach allgemeinerwirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden ist; dann kann in der Tat die Ermächtigungsvorschrift des § 10 Abs. 2 a KorpStG. in Betracht kommen, obwohl oder gerade weil die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft eine Ausschüttung in keiner Weise vertretbar erscheinen läßt. In keinem Falle aber kann § 10 Abs. 2 a KorpStG. angewendet werden, wenn, nur durch die steuerliche Brille gesehen, ein Gewinn in Höhe der Ausschüttung nicht vorhanden ist; denn bei dem grundsätzlichen Auseinanderfallen von Handelsbilanz und Steuerbilanz, wie sie nun einmal in der Praxis leider die Regel geworden ist, besagt ein rein steuerlich errechneter Verlust oder Mindergewinn überhaupt noch nichts darüber, welche Dividendenpolitik eine Aktiengesellschaft einzuschlagen hat.

Nach alledem ist mit dem RFH. im Gegensatz zu dem Geiste und der Tendenz der Ausführungen von Wirkau daran festzuhalten, daß die Kann-Vorschrift des § 10 Abs. 2 a KorpStG. eine Ausnahmenvorschrift ist, die grundsätzlich zu einer Doppelbesteuerung führt und schon aus diesem Grunde der bisher üblich gewesenen extensiven Interpretation der unteren Finanzbehörden nicht standhält. Daß der RFH. in der erwähnten Entscheidung zutreffend von dieser Grundtendenz ausgeht, ist wichtiger, als daß er vielleicht in der Begründung des konkreten Falles Mißverständnisse hervorgerufen haben mag, welche zu den Wirkauschen Darlegungen geführt haben.

(Der Schluß des Aufsatzes folgt im nächsten Heft.)

Geh. Oberfinanzrat Dr. Karl von Lumm †.

Von Dr. Gustav Motschmann, Berlin.

Am 25. April d. J. wurde, wie bereits an leitender Stelle der Nummer des Bank-Archivs vom 1. Mai mitgeteilt worden ist, Geh. Oberfinanzrat Dr. Karl von Lumm aus diesem Leben abberufen, der 33 Jahre lang in der Reichsbank gewirkt hat, fast die Hälfte dieser Zeit als Mitglied des Reichsbank-Direktoriums, und der auch zu den ständigen Mitarbeitern dieser Zeitschrift gehört hat. Seine Persönlichkeit und seine Lebensarbeit verdienen eine besondere Würdigung.

Geboren am 6. April 1864 zu Krefeld am Niederrhein, widmete er sich dem Bankfach und trat 1886 in den Dienst der Reichsbank. Hier hat er zunächst an verschiedenen Bankanstalten seine praktische Ausbildung genossen, gleichzeitig aber mit großem Eifer sich volkswirtschaftlichen Studien zugewandt. Diese betrieb er in Freiburg i. B. bei Prof. von Philippovich und in Straßburg i. Els., wo er bei Prof. Knapp auf Grund seiner Arbeit „Das Bankwesen in Elsaß-Lothringen seit der Annexion“ promovierte. Mit beiden Lehrern ist er sein ganzes Leben in Verbindung geblieben und dankbar hat er oft bekannt, wie sie ihm Neigung und Verständnis für die großen Fragen der Volkswirtschaft, insbesondere des Geld- und Bankwesens geweckt hätten, deren Entwicklung mit der Entfaltung des deutschen Wirtschaftslebens immer weitere Kreise zog. In alledem lag es begründet, daß er bei der Reichsbank selbst alsbald in die vorderste Linie rückte und nach Berlin berufen wurde, wo er u. a. an der Denkschrift mitarbeitete, mit der die Reichsbank 1900 nach 25jährigem Bestehen über ihre Tätigkeit Rechenschaft ablegte, sowie an der Novelle zum Bankgesetz, die anlässlich der Erneuerung des Notenprivilegs an Regierung und Reichstag zu leiten war, und wo er vor allem die Statistische Abteilung begründen half, deren Dezernent er später im Reichsbank-Direktorium wurde und die sich unter seinem Einfluß zu dem eigentlich wissenschaftlichen Organ der Reichsbank entwickelte. Nach weiterer Ausbildung in leitenden Stellen des praktischen Dienstes, zuletzt als Erster Vorstandsbeamter der Reichsbankstelle Liegnitz, wurde er schon 1903 durch den Präsidenten Dr. Koch als Mitglied in das Reichsbank-Direktorium berufen. Hier fand er Gelegenheit zu reichhaltiger Beschäftigung, einmal als Bearbeiter für die Bankanstalten in Süddeutschland (Bayern, Württemberg, Elsaß-Lothringen, Hessen), ferner aber namentlich auf volkswirtschaftlichem und bankpolitischem Gebiet, auf dem sich immer neue wichtige Aufgaben für die Reichsbankleitung ergaben. Hatte schon die Periode wirtschaftlicher Hochkonjunktur, die etwa 1895 einsetzte und schließlich um die Jahrhundertwende zu schweren krisenhaften Erscheinungen und Zusammenbrüchen großer Bankinstitute führte, die allgemeinen wirtschaftlichen Zusammenhänge zum Brennpunkt der Bank- und Kreditpolitik gemacht, so war das in steigendem Maße der Fall, als eine neue wirtschaftliche Hochspannung in Deutschland eintrat,

die bald mit der großen, von Amerika ausgehenden Geldkrise des Jahres 1907 zusammenfiel.

Es war naturgemäß, daß das volkswirtschaftliche Dezernat in der Reichsbankleitung durch alle diese Dinge besonders stark in Anspruch genommen wurde, wobei der Verewigte sich persönlich mit Eifer und Energie betätigte. Die starke Kreditanspannung war auf den Wechselverkehr bei der Reichsbank nicht ohne Einfluß geblieben und hatte es mit sich gebracht, daß auch in ihren Bestand sich „illiquide“ Wechsel und „Prolongationen“ eingeschlichen hatten. v. L. hatte dies bei persönlicher Prüfung der Wechselbestände seiner Bankanstalten festgestellt und in einer Denkschrift strengere Vorschriften und genaue Ueberwachung vorgeschlagen, die dann durch das Reichsbank-Direktorium zur Ausführung gebracht wurden. Aber noch bedeutsamer wurden die Aufgaben, die mit der Anfrage des Grafen Kanitz über die hohen Zinssätze Anfang 1908 im Reichstage und durch die von der Regierung bald darauf veranstaltete Bank-Enquete an die Reichsbank herantraten. Die Leitung der Bank-Enquete wurde dem Präsidenten Havenstein übertragen, der hierbei neben dem Vizepräsidenten Dr. v. Glasenapp durch den volkswirtschaftlichen Dezernenten v. Lumm unterstützt wurde. Die dazu erforderlichen Arbeiten fielen in der Hauptsache dem letzteren und der ihm unterstellten, durch Reichsbankdirektor Dr. Arnold geleiteten Statistischen Abteilung zu. Für die Reichsbank selbst ergaben sich aus der Bank-Enquete manche neuen Aufgaben, z. B. auf dem Gebiete der Gold- und Devisenpolitik, zu deren Durchführung v. Lumm gemeinsam mit Geheimrat Schmiedicke Studienreisen nach Wien, Budapest und Brüssel unternahm, wo die Oesterreichisch-Ungarische Bank und die Belgische Nationalbank das Devisengeschäft schon lange besonders gepflegt hatten. Aus der Bank-Enquete erwuchsen ferner die Verhandlungen der Reichsbank mit den Privatbanken über die Veröffentlichung von Zwischenbilanzen sowie die Vorbereitung von Maßnahmen, die sich angesichts der wachsenden Anspannung unseres Kreditwesens als notwendig erwiesen.

v. Lumm war dauernd bestrebt, für die mannigfachen Berufspflichten durch ständige Fühlungnahme mit den Kreisen der Wirtschaft und der Wissenschaft gerüstet zu bleiben; deshalb verfolgte er mit starker Anteilnahme das Schrifttum des Geld- und Bankwesens und betätigte sich selbst dadurch, daß er in verschiedenen Zeitschriften zu wichtigen Fragen das Wort ergriff oder Vorträge vor größerem Kreise hielt. So wurde er auch Mitarbeiter dieser Zeitschrift und veröffentlichte u. a. Arbeiten über die „Diskontpolitik“, die die wichtigste Grundlage für die Maßnahmen der Notenbank bildet, sowie über die „Stellung der Notenbanken in der Volkswirtschaft“, die durch Vorgänge im Bankwesen, insbesondere die Konzentrationsbewegung, aber auch durch Wandlungen in der Wirtschaft selbst sich stark verändert hatte. Diese Arbeit fand auch im Ausland starken Beifall, und v. L. wurde durch Philippovich zu einem Vortrage hierüber in Wien eingeladen. In mündlichen Vorträgen behandelte er ferner die Aufgaben und Organisation der Reichsbank innerhalb der neu geschaffenen Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung

sowie Fragen der finanziellen Kriegführung vor den Offizierkorps verschiedener Regimenter usw. v. L. wurde auch damit betraut, den deutschen Kronprinzen in das Gebiet des Geld- und Bankwesens und der volkswirtschaftlichen Zusammenhänge einzuführen. Starke Anregungen empfing v. L. durch eine Persönlichkeit, die im Geld- und Bankwesen praktisch und theoretisch eine führende Rolle gespielt hat, das ist Karl Helfferich. Ihm ist er durch langjährige Freundschaft und gemeinsame Arbeit sein Leben hindurch verbunden geblieben, und ihm hat er auch in seinem Buche „Karl Helfferich als Währungspolitiker und Gelehrter“ ein unvergängliches Denkmal gesetzt. Das Schicksal, das beide Männer im Leben vielfach verknüpft hatte, wollte es schließlich, daß der Sterbetag v. Lums (25. April) mit dem Todestage Helfferichs fast zusammenfiel, der an Lebensalter etwa 8 Jahre jünger, ihm am 23. April 1924 im Tode vorangegangen ist.

Helfferich war es auch, der auf Grund seiner überragenden währungspolitischen und wirtschaftlichen Schulung die Bedeutung des Handelskrieges klar erkannte und von dem der Gedanke ausging, in dem besetzten Gebiete Belgiens eine besondere Stelle zur Ueberwachung des Geld- und Bankverkehrs unserer westlichen Gegner zu schaffen. Diese Stelle wurde v. L. übertragen, der Anfang September 1914 mit einigen Beamten der Reichsbank und anderen Vertretern der Wirtschaft nach Brüssel ging, wo er zunächst als Mitglied der Zivilverwaltung und bald als Generalkommissar für die Banken bis zum Ausgang des Krieges gewirkt hat. Die Tätigkeit, die v. L. als Leiter der mit den Aufgaben der Kriegführung gewachsenen Bankabteilung bei dem Generalgouverneur in Belgien entfaltet hat, stellt ein besonderes Kapitel seiner Lebensarbeit dar. Hier sei nur hervorgehoben, daß sich die große Energie und Arbeitskraft des Verstorbenen auch unter den schwierigen Verhältnissen bewährt haben, die der mehr als vierjährige Krieg und die Besetzung eines feindlichen Landes mit sich brachten, das zwar militärisch von uns besetzt war, politisch und wirtschaftlich aber durch Frankreich, England und Amerika beherrscht wurde. v. L. hat in besonderem Grade das Vertrauen der drei Generalgouverneure, namentlich des Freiherrn von Bissing, und das der Reichsregierung genossen, mit der er zahlreiche mündliche Verhandlungen über die immer neu auftretenden Fragen führen mußte. Mit der Dauer des Krieges ergaben sich freilich mancherlei Gegensätze zwischen Heimat und besetztem Gebiet. v. L. hat das oft schwer empfunden, aber den Standpunkt, zu dem ihn sein neues Amt zwang, mit Nachdruck vertreten, wobei er die Unterstützung Helfferichs fand, der inzwischen Staatssekretär des Innern geworden war. Die zunehmende Verschlechterung unserer Gesamtlage, deren Ernst v. L. frühzeitig erkannt hatte, erforderte eine starke Anspannung aller Kräfte auch in Belgien, während die dort geleistete Arbeit von ihrem Erfolg mehr und mehr einbüßte. Als schließlich der Umsturz, der von der Heimat ausging, in Belgien zu einer vollen Auflösung zu führen drohte, bedurfte es nochmals der ganzen Tatkraft v. L.s, um das Personal der ihm unterstellten Abteilung und das wertvolle Material an Akten usw. nach Deutschland zu bringen. Nach-

dem v. L. noch eine Zeitlang die Abwicklung seiner Verwaltung geleitet hatte, trat er 1919 in den Ruhestand, wobei neben einer zunehmenden Erkrankung wohl auch manche trüben Erfahrungen der Kriegsjahre für ihn maßgebend waren. Wie er dem Verfasser gegenüber wiederholt betont hat, sah er voraus, daß die Reichsbankleitung nach dem Kriegsende vor die allerschwersten Entscheidungen gestellt werden und infolge der Umwälzung des Staatswesens in scharfen Gegensatz zu der Regierung geraten würde. Ob die rücksichtslose Energie, die v. L. wiederholt bewiesen hatte, der Reichsbankleitung hierbei von Nutzen hätte sein können, mag dahingestellt bleiben. Daß die Hauptursachen für die unheilvolle Inflation außerhalb der Reichsbankleitung zu suchen sind, unterliegt keinem Zweifel. (Vgl. hierzu die Äußerungen des Verfassers im „Deutschen Oekonomist“ vom 20. 11. 1924: „Ein Gedenkblatt für Rudolf Havenstein“.)

Zum Schluß noch ein Wort über die Persönlichkeit des Verstorbenen. Er war ein Mensch mit Fehlern und Schwächen — wer wäre ohne solche? —, aber auch mit hohen Eigenschaften und großen Vorzügen. Zu ihnen gehörte vor allem seine mehrfach gerühmte Energie, die sich in den festen Zügen seiner klaren, bis zuletzt vorbildlichen Handschrift widerspiegelte, sowie die große Arbeitskraft und starke Anteilnahme, die ihn bis an sein Lebensende begleitet haben. So hatte er noch eine weitere Arbeit zum Andenken Helfferichs unter der Feder, worin er den Angriffen entgegentrat, die gegen dessen angeblich falsche Kriegsfinanzierung erhoben wurden. Erst im Oktober v. J. verlegte er seinen Wohnsitz von München, wo er seit seiner Militärzeit viele Freunde und gute Beziehungen hatte, nach Wiesbaden, womit er an den Rhein, den Strom seiner Heimat, zurückkehrte. Wie er dem Verfasser damals schrieb, gedachte er damit in die letzte Phase seines Lebens einzutreten, für die er sich noch mit mancherlei Plänen trug. Aber wie so oft im Menschenleben hatte es das Schicksal anders beschlossen, und als er diese Worte schrieb, stand schon die Parze hinter ihm bereit, seinen Lebensfaden durchzuschneiden. Dank seiner großen Willenskraft hat er sich zu einer hohen Stellung durchgerungen und diese mit Erfolg zu behaupten gewußt. Als Sohn seiner rheinischen Heimat besaß er eine heitere Lebensauffassung und verstand es, sein eigenes Leben mit glücklicher Hand zu gestalten und auch Lebensfreude um sich zu verbreiten. So wird sein Andenken fortleben bei allen denen, die ihm im Leben durch gemeinsame Arbeit und Interessen verbunden waren, und zugleich in der Geschichte der Reichsbank und des deutschen Bankwesens, zu deren bemerkenswerten Persönlichkeiten der Verewigte immer gehören wird.

Die verschleierte Sachgründung der Aktiengesellschaft.

Von Landgerichtspräsident Rospatt, Bielefeld.

§ 186 HGB. bestimmt über die Gründung der Akt.-Ges. (AG.) in Abs. 2 u. 4:

Werden auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, oder werden vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen, so müssen der Gegenstand der Einlage oder Uebernahme, die Person, von der die Ges. den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.

Jedes Abkommen über die vorbezeichneten Gegenstände, welches nicht die vorgeschriebene Festsetzung im Gesellschaftsvertrag gefunden hat, ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

In § 207 ist sodann bestimmt, daß binnen 2 Jahren nach Eintragung der AG. im Handelsregister Verträge, nach denen sie Betriebsanlagen oder Grundstücke für eine den 10. Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung übernimmt, der Zustimmung der Gen.-Vers. unter den dort angegebenen erschwerten Bedingungen der sog. Nachgründung bedürfen. § 207 erwähnt den Fall nicht besonders, daß die Uebernahme schon bei der Gründung beabsichtigt war, aber in dem Ges.-Vtrg. unerwähnt geblieben ist, und die Uebernahme nunmehr auf dem Wege des § 207 nachgeholt werden soll. Dieser in der Praxis nicht seltene Fall der verschleierten Sachgründung ist die Quelle der verschiedensten und für die Rechtslage der AG. sehr bedeutungsvoller Streitfragen geworden. Es handelt sich dabei vor allem um die Fragen:

Ist der Ges.-Vtrg. durch die Verschleierung nichtig geworden?

Ist — wenn die 1. Frage verneint wird — doch der Reg.-Richter berechtigt, die Eintragung abzulehnen?

Kann — wenn auch die Eintragung trotzdem erfolgt ist — die Nachgründung insoweit beanstandet werden?

Daran schließen sich sodann noch einige weitere Fragen an.

I. Auszugehen ist hierbei von der Frage, welche Einwirkung diese Verschleierung auf die rechtliche Gestaltung des Ges.-Vertrages überhaupt ausübt?

Nach der Fassung des § 186 Abs. 2 allein („müssen . . . festgesetzt werden“) würde an sich die Schlußfolgerung möglich sein, daß Gründungsverträge, die dem nicht entsprechen, nach § 134 BGB. (Verstoß gegen ein gesetzl. Verbot) oder 138 das. (Verstoß gegen die guten Sitten) nichtig wären. Die Folge der §§ 134, 138 kann aber nur dann in Frage kommen, wenn das Gesetz nicht selbst anders bestimmt. Das ist in diesem Fall geschehen durch den Abs. 4, der als Folge nur die Unwirksamkeit der getroffenen Abkommen der Ges. gegenüber vorschreibt, die Folge also klar hierauf beschränkt. Sollte der ganze Ges.-Vtrg. nichtig sein, so wäre die Fassung des Abs. 4 sinnlos. Aus der Unwirksamkeit der Abkommen der AG. gegenüber folgt weiter, daß trotz der beabsichtigten Sachübernahme der Ges.-Vtrg. gemäß seinem schriftlich darin zum Ausdruck gebrachten Inhalt vom Gesetz als reiner Bargründungsvertrag aufrecht erhalten wird mit allen bei reinen Bargründungen für alle Beteiligten erwachsenden Rechten und Pflichten. Insbesondere bleibt also auch die Barzahlungspflicht der Gründer trotz etwaiger Sacheinlagen bestehen ohne eine Berechtigung, gegen diese Pflicht mit dem Einlagenwert bzw. Uebernahmepreis aufzurechnen.

Insoweit ist die Rechtslage auch in der Rechtsprechung nirgends in Zweifel gezogen, so daß von ihrer Einzelerörterung zu diesem Punkt abgesehen werden kann. Bezüglich der Aufrechterhaltung der verschleierten Sachgründung als reiner Bargründung sei nur noch besonders verwiesen auf das KG. in ROLG. 42, 219 betreffend die gleichlautenden Bestimmungen — § 5⁴ Ges. — für die G.m.b.H. Zweifel könnte hinsichtlich der Einstellung zur Nichtigkeitsfrage auf den 1. Blick die Entscheidung des RG. in LZ. 1913, 940 erwecken, wenn sie Geschäfte, die auf Umgehung des § 186 abzielen, als nichtig erklärt. Was damit gesagt sein soll, ist, wie auch Brodman n (Akt.-Recht § 207 A. 7) hervorhebt, wenig klar, sicher aber wohl, daß der Ges.-Vtrg. selbst nicht damit gemeint ist. Auch die Literatur stimmt hiermit fast durchweg überein. So insbesondere Goldschmit, Akt.-Ges. § 186 A. 28 Abs. 2, 31, Brodman n a. a. O. § 186 A. 6a u. b, Hachenburg JW. 1924, 199ff. Note zu 1, Flechtheim JW. 29, 2105ff. Staub (Komm. z. HGB. 12/13. Aufl. § 186 A. 17a) dagegen nimmt an, daß die feste Vereinbarung von Sacheinlagen oder Uebernahmen neben dem seinem schriftlichen Inhalt nach auf reine Bargründung abgestellten Ges.-Vtrg. diesen und damit die AG. selbst — auch trotz erfolgter Eintragung — nichtig mache. Auf die Gründe Staubs und ihre Würdigung soll zur Vermeidung von Wiederholungen erst später (u. III) mit eingegangen werden, ebenso auf die teilweise auch abweichende Stellung von Fischer.

II. Geht man nach vorstehendem von der Rechtsgültigkeit des Ges.-Vertrages (als Bargründung) trotz der beabsichtigten Sachübernahme aus, so erscheint der Schluß ohne weiteres gerechtfertigt, daß dann auch sowohl gegen die Eintragung im Handelsregister wie gegen die spätere Nachgründung kaum rechtliche Hindernisse bestehen können. Gleichwohl sind auch von den Vertretern der Rechtsgültigkeit des Vertrages in beiden Punkten sehr erhebliche Bedenken erhoben worden. Träger dieser Bedenken sind vor allem die Rechtsprechung des KG., des RG. und des OLG. Dresden geworden, auf die deshalb zunächst einzugehen ist.

Das KG. hat vor allem grundlegend in Joh. 10, 29 (betr. §§ 209b, 213f HGB., alt. F.) die Ablehnung der Eintragung unter den angegebenen Umständen für gerechtfertigt und den § 213f (207) nur für einen Notbehelf erklärt, falls es nicht gelingen sei, die Beobachtung der Gründungsvorschriften zu erzwingen; so lange aber das noch möglich sei, habe der Reg.-Richter das Recht und die Pflicht der Ablehnung. Es hat ferner ausgesprochen, daß ein Uebernahme-Abkommen i. S. des § 186 Abs. 2 „nicht nur die nach allen Richtungen hin perfekte Uebereinkunft umfasse, sondern jedes Abkommen über den Erwerb durch die AG., gleichviel ob dessen Rechtsbestand von dem Eintritt einer Bedingung, Zeitbestimmung u. a. abhängig sei“, und daß es nicht zulässig sei, daß die AG. sich einstweilen ohne Rücksicht auf die Uebernahme konstituiere und letztere nur den Vorschriften über die Nachgründung unterwerfe. In Joh. 25 A 85 = ROLG. 7, 152 (v. 6. 10. 02) hat sodann das KG. unter Wiederholung dieser Grundsätze ein der Eintragung entgegenstehendes Uebernahme-Abkommen schon dann angenommen, wenn auch förmliche Verträge überhaupt noch nicht abgeschlossen seien, sondern nur „unter den Beteiligten Einverständnis über eine Gestaltung der künftigen Ges. bestehe, wonach diese eine vorhandene oder herzustellende Anlage oder sonstige Sache erwerben soll“. Diesen Standpunkt hat das KG. auch in seinen neueren Entscheidungen unverändert festgehalten, so in Ring, Jahrbuch I, 204ff u. ROLG. 43, 305 (aus 1922) u. JW. 24, 199ff. Inden beiden ersten Entscheidungen hat das KG. auch die Frage berührt, ob ein schon bestandenes Einverständnis über Sachübernahmen — außer der Eintragungsbeanstandung — auch der Nachgründung nach § 207 entgegenstehe, ohne aber zu der Frage Stellung zu nehmen. In JW. 29, 199ff. hat es sodann diese Frage im

verneinenden Sinne entschieden und ausgesprochen, daß nach Eintragung der verschleierte Sachgründung als Bargründung der Sachübernahme durch Nachgründung gemäß § 207 nichts entgegenstehe, der Gesetzgeber vielmehr für diesen Fall den Schutz des § 186⁴ aufgegeben habe.

Das RG. hat in RGZ. 121, 99ff. (v. 23. 4. 28) unter ausdrücklicher Billigung von Joh. 25 A 85 gleichfalls ausgesprochen, daß § 186 keine formgerechten Verträge voraussetze; zu der Verpflichtung zur Angabe im Ges.-Vtrg. genüge es, wenn bei den Gründern die feste Absicht und auf Grund schon getroffener wenn auch rechtsverbindlicher Abmachungen die sichere Aussicht des Einbringens oder der Uebnahme bestehe. Das RG. hat sodann weiter erklärt, daß infolge der Nichtigkeit dieser Abkommen auch nicht — entgegen dem KG., JW. 24, 199ff. — nach Eintragung der AG. ihr nochmaliger Abschluß nach § 207 wirksam erfolgen könne, sondern die Heilung der Unwirksamkeit nur im Wege der Satzungsänderung möglich sei.

Eine ebenso scharf ablehnende Stellung hat das OLG. Dresden schon in Joh. 33, 313 (RJA. 7, 248 v. 4. 7. 1906) eingenommen, und die Eintragung des Gen.-Vers.-Beschlusses über eine Nachgründung abgelehnt, weil der Erwerb schon bei der Gründung in Aussicht genommen war. Darüber, was unter einem Inaussichtnehmen in diesem Sinne zu verstehen ist, spricht sich die Entscheidung nicht aus. In der Entscheidung vom 27. 5. 24 (Ring II, 195ff.) unterscheidet das OLG. drei Fälle (S. 197):

1. Bei Abschluß des in Bargründungsförm geschlossen Ges.-Vertrages war schon ein bindender Vertrag zwischen den Gründern und dem Inhaber eines Unternehmens über dessen Uebnahme geschlossen.

2. Ein fester Vertrag bestand nicht, aber unter den Beteiligten war ein Einverständnis in der Weise erzielt, daß die Verhandlungen zu einer Einigung geführt hatten und nur der Abschluß des formalen Vertrages vorbehalten war.

3. Der Erwerb des Unternehmens lag zwar von vornherein im Gründungsplan der AG., es haben auch Uebnahmeverhandlungen unter den Beteiligten schon stattgefunden, so daß sie wohl in Aussicht steht, ein völliges Einverständnis liegt aber noch nicht vor.

In den beiden ersten Fällen erachtet das OLG. den Reg.-Richter in Uebereinstimmung mit dem KG. für berechtigt, die Eintragung der AG. abzulehnen und sogar nach Eintragung die Beteiligten zur nachträglichen Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus §§ 192, 193, 195 Abs. 2 Nr. 5 HGB. im Wege des § 132 RFRGG. anzuhalten. Es erklärt weiter mit dem RG. in diesen Fällen den Weg der Nachgründung nach § 207 für ausgeschlossen und Heilung nur durch Satzungsänderung für möglich. Im dritten Falle dagegen läßt es die Nachgründung zu und hat offenbar auch gegen die Eintragung der Gründung im Register keine Bedenken, und dies selbst für den Fall nicht, daß der Erwerb für die Erreichung des Gesellschaftszweckes unumgänglich notwendig war.

Zu erwähnen ist außerdem noch die Entsch. des OLG. Braunschweig ROLG. 43, 294, das (zu 2 dort) die Ablehnung der Eintragung für den Fall als gerechtfertigt erachtet, daß bei der Gründung schon bindende Abmachungen über Sacheinlagen vorlagen, sonst aber nicht.

In der Literatur erachtet M a k o w e r (HGB. 13. Aufl. § 208 A. I a u. b) den § 186 nur für anwendbar, wenn der Uebnahmevertrag sogleich mit der Errichtung der Ges. wirksam werden soll, nicht aber bei einer Vereinbarung, wonach die Ges. erst nach der Errichtung den Erwerbsvertrag abschließen soll. Demgemäß sieht er in letzterem Fall keinen Anlaß zur Ablehnung der Eintragung der AG. durch den Reg.-Richter und hat auch kein Bedenken gegen eine von vornherein vereinbarte Nachgründung nach § 207. S t a u b nimmt ein Abkommen i. S. des § 186 (A. 17 u. 17 a das.) nur an, wenn schon feste Vereinbarungen über die Uebnahme vorliegen.

Für diesen Fall erachtet er, wie schon erwähnt, sogar den auf Bargründung lautenden Ges.-Vtrg. für nichtig und demgemäß (A. 16) den Reg.-Richter für verpflichtet, die Eintragung abzulehnen; offenbar soll dann seiner Ansicht nach auch das Lösungsverfahren nach § 144 RFRGG. Platz greifen. Die Zulässigkeit der Nachgründung nach § 207 verneint er für diese Fälle und läßt Heilung der beabsichtigten Sachgründung nur mittels Satzungsänderung zu (A. 18). G o l d s c h m i t (§ 186 A. 27 u. 28) nimmt eine unzulässige verschleierte Sachgründung jedenfalls dann an, wenn schon ein festes Abkommen vorlag. Er neigt zu dieser Annahme aber auch schon für den Fall nur vorhandenen noch nicht rechtsverbindlichen Einverständnisses und bejaht auch für diesen Fall Recht und Pflicht des Richters zur Ablehnung der Eintragung. Unklar ist seine Stellung zur Nachgründung. In A. 27 schließt er sich ausdrücklich in der Unmöglichkeit der Heilung des nach § 186 nichtigen Abkommens durch Befolgung von § 207 S t a u b an, in A. 28 (S. 53) erklärt er, daß nach einmal erfolgter Eintragung der Reg.-Richter die Eintragung des Nachgründungsbeschlusses nicht ablehnen könne, da die Nachgründung nicht zu beanstanden sei (so auch wohl zu § 207 A. 1). F i s c h e r (LZ. 1912, 591ff.) bejaht das Ablehnungsrecht — ob auch die Pflicht, läßt er dahingestellt —, falls der Richter glaubhaft erfährt, daß die angebliche Bargründung in Wahrheit eine Sachgründung sei (S. 596), erachtet aber (S. 598) den Nachgründungserwerb gemäß § 207, auch bei unmittelbarem Anschluß an die Gründung, für rechtsgültig.

Zu einem wenig klaren Ergebnis kommt auffallenderweise — gegenüber seiner sonst durchweg so klaren und festen Stellungnahme — B r o d m a n n (§ 207 A. 1 u. 7). Er vertritt zwar grundsätzlich als seine Auffassung, daß der Weg des § 207 auch bei vornherein gewollter Sachübernahme vollkommen freigegeben sei. Es sei aber verständlich, wenn die Praxis, um die Aufnahme der Sachgründung in den Ges.-Vtrg. zu erreichen, nach einem Ausweg suche, und ziemlich allgemeine Anerkennung habe gefunden, daß der Reg.-Richter die Eintragung ablehne, wenn er erkenne, daß eine Nachgründung „in der Luft liege“, also ohne Rücksicht darauf, ob es schon zu bindenden Abmachungen gekommen sei. Er setzt dann aber selbst hinzu: „Gegenüber dem Gesetz, wie es nun einmal gilt, ist das einigermaßen gewaltsam.“ Die Wiederlöschung der einmal erfolgten Eintragung wegen verheimlichter Absicht einer Nachgründung erachtet er aber für ganz ausgeschlossen. F l e c h t h e i m (JW. 29, 2105 ff.) vertritt die unbedingte Zulässigkeit der Nachgründung des § 207 ohne Rücksicht darauf, ob die Uebnahme schon vor der Gründung verabredet war oder nicht, billigt aber andererseits — ohne nähere Begründung — die Ablehnung der Eintragung bei Verdacht beabsichtigter aber verheimlichter Sachgründung. Mit voller Entschiedenheit tritt dagegen sowohl gegen diese Ablehnung wie auch für die volle Freiheit der vorbeabsichtigten Nachgründung H a c h e n b u r g in JW. 1924, 199 ff. (Note) in eingehenden Ausführungen ein. H e i l b r u n (HansR. 22, 651 ff.) erachtet es zwar als richtig, daß in den Fällen, in denen bei Gründung bindende Sacheinlage-Abkommen vorliegen, die Sachgründungsbestimmungen beachtet werden, aber für ebenso zweifellos, daß dazu keine Notwendigkeit besteht, wenn die Uebnahme nur beabsichtigt war; in letzterem Falle ist seiner Ansicht nach der Weg der Nachgründung nach § 207 ganz einwandfrei, und besteht nicht die geringste Veranlassung, ihn als Gesetzesumgehung zu brandmarken und die Nachgründung über die klaren Bestimmungen des Gesetzes hinaus einzuschränken.

III. Grundlage der Bedenken gegen die Eintragung der AG. in den erörterten Fällen und die Zulassung der Nachgründung ist, daß dieses Verfahren mit § 186 im Widerspruch stehe und nur dazu dienen solle, seine Vorschrift zu umgehen, eine Umgehung des Gesetzes aber nicht geduldet werden könne. Richtig ist, daß die für Sachgründungen gegebenen besonderen Schutz-

vorschriften der §§ 191, 192 (Gründungsbericht und Revisorenprüfung) auf die Nachgründung nicht erstreckt sind; für die Unterwerfung der Nachgründung seitens des OLG. Dresden unter diese Bestimmungen (s. zu II) fehlt jede gesetzliche Grundlage. Eine Zuwiderhandlung gegen § 186 oder Umgehung aber würde in der Wahl des erleichterten Weges des § 207 doch nur dann liegen, wenn dieser Weg (statt dem des § 186) mit dem Willen des Gesetzes im Widerspruch und die Beobachtung der schärferen Sachgründungsbestimmungen für alle Fälle vorgesehener Sachübernahme zwingend vorgeschrieben wäre. Gerade das ist aber, wie schon zu I hervorgehoben, nicht der Fall, der Ausdruck „müssen“ in § 186 Abs. 2 vielmehr nur dahin zu verstehen: falls die Abkommen der Ges. gegenüber wirksam sein sollen! Das Gesetz hat die AG. nur davor schützen wollen, daß sie mit Verpflichtungen aus Abs. 2 ohne Klarlegung und genügende Prüfung belastet ins Leben träte, und dafür genügte auch vollständig die Unwirksamkeitserklärung aller dieser Abkommen in Abs. 4. Nach dem klaren Willen des Gesetzes bleibt die Gründung in diesem Falle trotz der Sacheinlage-Abkommen mit dem Rechtscharakter einer reinen Bargründung bestehen. Eine Umgehung des Gesetzes würde nur vorliegen, wenn auf dem Weg des § 207 doch noch aus der Bargründung eine Sachgründung würde bzw. die Ges. mit den Sachübernahmeverpflichtungen belastet ins Leben träte. Ersteres ist aber nicht möglich, und die Sachübernahmeabkommen sind unwirksam.

Die Zulässigkeit der Nachgründung auch in Fällen, in denen sie von Anfang an vorgesehen war, ergibt sich auch aus der Bestimmung des § 208 HGB.:

Erwirbt die Ges. vor Ablauf der in § 207 Abs. 1 bezeichneten Frist Vermögensgegenstände in Ausführung einer vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von Gründern getroffenen Vereinbarung, so kommen in Betreff der Rechte der Ges. auf Entschädigung und i. B. der ersatzpflichtigen Personen die Vorschriften der §§ 202, 205, 206 zur Anwendung.

Fischer (LZ. 12, 542) meint allerdings, die Folge der §§ 207, 208 sei der Wegfall der Geldeinlageverpflichtungen der Gründer, womit also der Charakter der Bargründung entfiele. Wie aber schon Flechtheim JW. 29, 2107 ausgeführt hat, ist diese Schlussfolgerung aus § 208 nicht zu entnehmen und scheitert vor allem an § 221, wonach eine Befreiung von der Geldeinlagepflicht nicht möglich ist. Für die Auslegung, insbesondere den Zusammenhang der §§ 207, 208 mit 186, sind auch die Motive zur Aktiennovelle von 1884 und

die Denkschrift zur Novelle von ¹⁸⁹⁸₁₉₀₀ nicht unberücksichtigt zu lassen, da die jetzigen Bestimmungen auf diese Novellen zurückgehen. In den Motiven zu 1884 ist (S. 199, 200) zunächst bemerkt, daß nach Eintragung der AG. im Register im allgemeinen Sacheinlagen und erhöhte Vergütungen an Gründer nicht mehr vorzukommen könnten. Dann fahren die Motive fort:

Dagegen bleibt der Erwerb bereits vorhandener oder noch zu errichtender Einlagen oder in anderer Weise auch nach jenem Zeitpunkt möglich, selbst wenn der Erwerb zur Erreichung des Gesellschaftszweckes von Anfang an unabweislich war. Hier besteht die Gefahr, daß der Erwerb schon vor Errichtung der Ges. von den Gründern geplant, der Abschluß des Vertrages aber nur hinausgeschoben war, um ihn später durch die von ihnen beherrschten Ges.-Organe bewirken zu lassen und dadurch die strengeren Erfordernisse des Art. 209b (jetzt 186) ... zu umgehen. Für den Entwurf lag deshalb die Notwendigkeit vor, einer solchen Umgehung in geeigneter Weise zu begegnen.

Deshalb, fahren die Motive fort, seien für Erwerbungen über den 10. Teil des Aktienkapitals hinaus in den ersten 2 Jahren besondere Bestimmungen vor-

gesehen. Und in der Denkschrift heißt es bez. des jetzigen § 208 (S. 151/152):

Ist von den Gründern eine Vereinbarung der fraglichen Art getroffen worden, so müßte sie bei richtigem Verfahren nach Maßgabe des Art. 209b in den Ges.-Vtrg. aufgenommen werden. ... Ist nun eine entsprechende Festsetzung im Ges.-Vtrg. unterblieben, weil die Gründer sich darauf verließen, daß ihr Einfluß auf die Ges. genügen werde, die Vereinbarung, auch ohne daß sie der Ges. gegenüber rechtsverbindlich geworden war, zur Ausführung zu bringen, so dürfen die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der Gründer nicht enger begrenzt werden, als wenn bei der Gründungsordnungsgemäß verfahren wäre.

Die Motive bezeichnen demnach allerdings die vorbeabsichtigte Nachgründung als eine Umgehung des Gesetzes. Diese Bezeichnung ist aber nach dem oben Ausgeführten nicht korrekt, da der Rechtscharakter der Begründung dadurch nicht verändert wird. Nur der vom Gesetz angestrebte Erfolg, tunlichst alle Uebernahmen zum Inhalt des Ges.-Vertrages und Objekt der verschärften Vorprüfung zu machen, wird dadurch vereitelt, und umgekehrt der von den Beteiligten angestrebte Erfolg unter Vermeidung des § 186 gleichwohl auf anderem Wege erreicht. Darin liegt aber eine Umgehung des Gesetzes nur, wenn der gewählte Weg und der erzielte Rechtserfolg dem Gesetz widersprechen, nicht aber, wenn das Gesetz selbst beide Wege gegeben hat. Das ist aber, wie auch Hachenburg JW. 24, 199 ff., gleichfalls unter Würdigung der Motive und der Denkschrift, dargelegt hat, hier der Fall. Gerade auch die Motive ergeben trotz des Wortes von der Umgehung deutlich, daß nur den möglichen Folgen der „Umgehung“ durch Sicherheitsvorschriften begegnet werden sollte, daß aber mit diesen Sicherheiten auch dieser Weg, „selbst wenn der Erwerb zur Erreichung des Gesellschaftszweckes von Anfang an unabweislich war“, frei stehen sollte. Und auch die obige Stelle der Denkschrift zu § 208 führt notwendig zu dem gleichen Ergebnis. § 186 betrifft offensichtlich nur Abschlüsse im Entstehungsstadium der Ges., die mit ihrer Entstehung unmittelbar auf sie berechtigt und verpflichtend übergehen sollen, die §§ 207, 208 dagegen Erwerbsgeschäfte, für die eine Genehmigung im Ges.-Vertrag nicht eingeholt wurde und die daher für die ins Leben tretende Ges. rechtlich nicht existieren, sondern Rechtexistenz erst durch erneuten Abschluß seitens der Organe der entstandenen Ges. gewinnen (vgl. außer Hachenburg auch Makower o. zu II). Wenn Fischer hiergegen (LZ. 12, 593) geltend macht: „Daß ein Gesetzgeber ohne weiteres die Umgehung einer von ihm aufgestellten Vorschrift an einer anderen Stelle ausdrücklich gutheißt, ist ausgeschlossen“, so läßt sich mindestens mit dem gleichen Recht mit Hachenburg sagen: „Es wäre ein sonderbares Gesetz, das zwar die Aufnahme in den Ges.-Vertrag erzwingen will, aber doch wieder, wenn es nicht geschieht, sich bescheidet und ein dann geltendes Verfahren vorschreibt“. Es besteht eben kein gesetzlicher Zwang zur Aufnahme in den Ges.-Vertrag, und weil das nicht der Fall ist, verstößt auch die Verschiebung der Uebernahme in das Nachgründungsverfahren nicht gegen das Gesetz. Im übrigen gelangt aber auch Fischer selbst zu dem Schluß, daß nach dem aus den Motiven zu entnehmenden Willen der Gesetzgeber den Schutz aufgegeben habe, den § 209b (186) gegenüber den der erweislichen Umgehung des Abs. 2 dienenden Geschäften gegeben habe, um dafür den Schutz des § 213f (207) einzutauschen. Um so weniger ist es hier nach gerechtfertigt, wenn Fischer gleichwohl mit Rücksicht auf manche unerfreuliche Vorkommnisse bei den späteren Uebernahmen dem Reg.-Richter wenn auch nicht die Pflicht auferlegen, so doch das Recht zugestehen will, die Eintragung des Ges.-Vertrages bei anzunehmender Nachgründungsabsicht abzulehnen. Wird

der angestrebte Erfolg mit einem Gesetz nicht erreicht, so mag ein Fehler in der Fassung und dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen vorliegen, wie ihn auch Fischer annimmt. Das gibt aber kein Recht, entgegen dem Ergebnis der nun einmal vorhandenen Bestimmungen ohne Gesetzesänderung andere an ihre Stelle zu setzen. Das KG. sucht sich in Joh. 10, 34 dem obigen Rückschluß aus den Motiven dadurch zu entziehen, daß es sagt, § 213 f (207) sei nur ein Notbehelf, falls es nicht gelungen sei, die Beobachtung der Gründungsvorschriften zu erzwingen; solange das aber noch möglich sei, könne das Rev.-Gericht nicht darauf verwiesen werden, daß weitere Schutzvorschriften beständen, die die Wirkung der Umgehung nach Möglichkeit zugunsten der verletzten Ges. ausgleichen. Diese Beweisführung krankt aber daran, daß sie auch zu Unrecht von einer Umgehung und Verletzung des Gesetzes ausgeht und als Entscheidungsgrund vorausstellt, was gerade erst bewiesen werden müßte. Mit Recht weist Heilbrunn a. a. O. darauf hin, daß es sich bei der vorbeabsichtigten Nachgründung um ein durchaus legitimes Bedürfnis des wirtschaftlichen Lebens handelt und eine wirtschaftsgemäße Rechtsbetrachtung es ablehnen muß, dem Rechtsverkehr eine Institution in Fällen aufzudrängen, in denen das Gesetz selbst sie nicht fordert.

Auch Brodmann (§ 207 A. 7) hat keinen Zweifel, daß § 207 gerade die vorbedachte Nachgründung im Auge hat und daher auch ihre Benutzung erlaubt ist, und daß somit für die Uebernahme von Sachwerten zwei Wege wahlweise zur Verfügung stehen, der des § 186 und des § 207. Nichts hat auch nach seiner Ansicht dem Gesetz ferner gelegen als hier nur einen Notbehelf zu schaffen, und auch er korrigiert den Ausdruck einer Umgehung des Gesetzes in den einer Vermeidung der strengeren Gründungsbestimmungen durch einen anderen vom Gesetz selbst als erlaubt gewiesenen Weg. Folgerichtig hätte er also auch zu einer glatten Ablehnung eines Beanstandungsrechts gelangen müssen, dessen Konstruktion er selbst gegenüber dem Gesetz, wie es nun einmal liege, für gewaltsam erklärt. Auch er ist daher, wenn er sich auch mit diesem von der Gerichtspraxis aufgestellten Recht abfindet, doch in die Reihe derer zu rechnen, die den Standpunkt vertreten, daß dieses Recht in den gesetzlichen Bestimmungen keine Stütze findet.

Staub stützt seine Verteidigung des Beanstandungsrechts gleichfalls auf die angeblich vorliegende Gesetzesverletzung (§ 186 A. 17) und darauf, daß der Richter Satzungen, die dem Gesetz widersprechen, nicht einzutragen habe. Wie dies nach dem Ausgeführten unzutreffend ist, so stützt er danach auch die von ihm angenommene Nichtigkeit (A. 17 a) zu Unrecht darauf, daß die Ges. auf gesetzwidriger Grundlage aufgebaut sei, weil in Wirklichkeit keine Bargründungs- sondern eine Einbringungs-Ges. vorliege. Richtig ist daran auch wieder nur, daß nach vollzogener Nachgründung der gleiche praktische wirtschaftliche Erfolg erreicht ist wie mit einer Sachgründung. Am Schluß des Abs. 1 A. 17 a sagt auch Staub selbst: „Die Ges. bleibt also Bargesellschaft“. Er fügt hinzu: „was den Absichten der Beteiligten unter allen Umständen widerspricht“. Das ist zunächst jedenfalls für die Fälle nicht richtig, in denen den Beteiligten bekannt ist, daß der Rechtscharakter der Bargründung durch die Abkommen unberührt bleibt, und sie also diesen Rechtscharakter auch wollen, unbeschadet der gleichen wirtschaftlichen Erfolgserstreben auf anderem Wege; im übrigen aber hat auch ein entgegenstehender Parteiwille keine Rechtserheblichkeit, wenn das Gesetz ihm diese abspricht und — ihm entgegen — die Aufrechterhaltung des Rechtsaktes mit anderem Inhalt vorschreibt. Auch in anderen Fällen hält das HGB. Verträge mit anderem als von den Beteiligten gewolltem Inhalt aufrecht, so in den §§ 62 ff., betreffend die Handlungsgehilfen. Dazu kommt hinsichtlich der Nichtigkeit, daß in § 309 HGB. die Nichtigkeitsgründe erschöpfend

behandelt sind, darunter aber der Fall der sog. verschleierten Sachgründung nicht fällt. Ebenso mit eingehender und gerade auch den letzteren Fall mit berücksichtigender Begründung RGZ. 114, S. 79—81; auch das KG. kommt in Ring 1, S. 208—211, wenn es auch die Frage, ob § 309 die Nichtigkeitsgründe erschöpfend regelt, dahingestellt läßt, doch für die verschleierte Sachgründung in ausdrücklichem Gegensatz zu Staub zu dem gleichen Ergebnis. Hachenburg sagt allerdings am Schluß seiner Ausführungen, JW. 24, 199 ff., in denen er die angebliche Unzulässigkeit der Verschweigung einer beabsichtigten Sachübernahme und ihrer Nachholung durch Nachgründung nachdrücklich zurückweist, daß Folge der gegenteiligen Auffassung die Unwirksamkeit des Gründungsaktes selbst und die Wiederlöschung der schon eingetragenen Ges. sei. Aber selbst wenn der Gründungsakt in der erörterten Weise eine Gesetzesverletzung darstellte, — nur auf diesen Fall bezieht sich die Schlußfolgerung — würde die Annahme der Unwirksamkeit doch, besonders mit Rücksicht auf § 309, noch den stärksten Bedenken unterliegen. Näher ist auch Hachenburg in der kurzen Schlußbemerkung auf diese Frage nicht eingegangen. Im übrigen ist, wie schon hervorgehoben, die gesamte Literatur und Rechtsprechung außer Staub in der Zurückweisung der Nichtigkeit der Gründung in den erörterten Fällen einig. In der Einleitung zu § 208 wendet sich sodann noch Staub gegen die Auffassung, daß sich gerade auch aus ihm die Zulässigkeit der planmäßigen Sachgründung ergebe, indem er sagt: „Ueber die Frage, ob Vereinbarungen, die vor den Eintragungen geschlossen wurden, gültig sind, sagt der Paragraph nichts und will nichts sagen, da hierüber § 185 bestimmt. Die Ges. kann die Verträge für nichtig erklären, sie kann sie auch in den Formen der Satzungsänderung genehmigen“. Gewiß bestimmt über die Gültigkeit der Abkommen § 186 und zwar nach Abs. 4 dahin, daß sie nichtig sind. Eben deshalb ist auch der 2. Satz nicht richtig: die Ges. kann nicht die Verträge für nichtig erklären, sondern sie sind ihr gegenüber nichtig, und sie kann sie auch nicht einfach in Form einer Satzungsänderung genehmigen, sondern sie muß, wenn die Uebernahme erfolgen soll, durch ihre nunmehr zuständigen Organe vollständig neue Verträge schließen, für die das Gesetz den Weg der §§ 207, 208 gerade freigibt. Und wenn auch § 207 selbst über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der vorbeabsichtigten Nachgründung nichts besagt, so doch § 208 umso mehr, denn wenn er ausdrücklich die Folgen — wenn auch nur hinsichtlich der Haftansprüche der Ges. — einer Nachgründung „in Ausführung einer vor Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung“ regelt, so ergibt sich doch daraus klar, daß ein solches Verfahren nicht unzulässig und die Nachgründung nicht ungültig sein kann. Was aber die angebliche Heilung der Nichtigkeit des Abkommens durch Satzungsänderung betrifft, so ist es das Verdienst von Flechtheim in JW. 29, 2105 ff. klar dargelegt zu haben, daß diese „Heilung“ gar nicht möglich ist. Vor allem steht ihr entgegen, daß § 141 BGB., auf den sich Staub, (§ 186 A. 18) bezieht und der die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts der erneuten Vornahme gleichstellt, Bestätigung durch die gleichen Personen voraussetzt, die Gründer aber, die die Abkommen geschlossen haben, die AG. nicht mehr vertreten können. Dazu kommt, daß eine Bargründung überhaupt nicht nachträglich, auch nicht durch Satzungsänderung, in eine Sachgründung umgewandelt werden kann, nebst den erheblichen weiteren von Flechtheim dort eingehend erörterten Bedenken.

Goldschmidt, der ja wohl die Zulassung der vorbeabsichtigten Nachgründung bejahen will (s. o. zu II), zugleich aber Recht und Pflicht des R.-Richters zur Ablehnung der Eintragung der Ges. für diesen Fall bejaht, führt zur Begründung seines Standpunkts aus (§ 186 A. 27): Wenn man bei vorhandenem Einverständnis der Beteiligten

(über die geplante Nachgründung) unterstelle, daß die AG. und die Gründer noch volle Freiheit des Handelns hätten, so lasse man den Schein über das Wahre siegen; das Einverständnis bilde die Grundlage für die Lebensbetätigung der Ges., und möchten auch die Beteiligten keine klagbaren Verpflichtungen gegeneinander haben, so hätten sie doch die AG. gegründet, um ihre Abreden in Wirksamkeit treten zu lassen, und den Weg der Bargründung gewählt, um sich den lästigen Gründungsschutzvorschriften zu entziehen, also ihren wahren Willen verschleierte. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß dabei der Schein über das Wahre siegt. Aus den Vertragsabreden erwächst der Ges. nicht die geringste Verpflichtung; erst ein neuer Abschluß durch ihre Organe und die Erfüllung der Voraussetzungen des § 207 kann diese begründen. Gewiß mag die geplante Uebnahme erst die notwendige Grundlage für die Betätigung und damit für die Existenz der AG. ergeben, und aus diesem Grunde mag die Freiheit der AG. nur eine äußerliche sein; dieser Fall ist aber, wie Motive und Denkschrift zeigen, von vornherein — ohne Offenlegung im Gründungsvertrag — als möglich unterstellt, also auch zugelassen, und kann demnach keinen Grund zur Ablehnung der Eintragung ergeben.

Von den in der Rechtsprechung zum Ausdruck gebrachten Gegengründen ist auf Joh. 10, 34 schon oben eingegangen. In den dort anschließend mitgeteilten weiteren Entscheidungen Joh. 25, 85, ROLG. 43, 305, Ring 1, 204 hat das KG. dem nichts neues hinzugefügt. Es hat nur immer wieder angeführt, daß doch entgegen dem Bargründungsvertrag von den Gründern in Wahrheit eine Sachgründung vorgenommen und dadurch gegen § 186 verstoßen sei, was nach dem ausgeführten der Rechtslage nicht entspricht. Im übrigen spricht das KG. in Ring 1, 204, selbst aus, daß § 186, indem er an die Nichtoffenlegung der beabsichtigten Sachübernahme die Folge der Unwirksamkeit der Uebnahme-Abkommen der Ges. gegenüber knüpfe, damit die weitergehende Folge der Nichtigkeit des Ges.-Vertrages ausschließe, gelangt aber nicht bis zu der damit schon nahegelegten Folgerung, daß dadurch überhaupt weitere Rechtsfolgen ausgeschlossen sind (ganz ähnlich hauch RG. im RGZ. 114, 81). In JW. 24, 199 ff. begründet das KG. das Beanstandungsrecht des R.-Richters im wesentlichen nur damit, daß die Schutzvorschriften des § 207 gegenüber unreellen Gründungen nicht denselben Schutz gewährten wie bei der in den Ges.-Vtrg. aufgenommenen Sachgründung. Das läßt sich wohl hören vom Standpunkt einer Gesetzesänderung aus, gibt aber kein Recht, der Auslegung der bestehenden Gesetze, wie es Brodmann richtig nennt, Gewalt anzutun. Daß im übrigen auch das KG. in dieser Entscheidung den Weg einer Heilung durch Satzungsänderung ablehnt, ist schon oben (zu II) hervorgehoben. Das RG. bezieht sich in RGZ. 121, 99 ff. zunächst dafür, daß vorbeabsichtigte Sachübernahmen in den Ges.-Vtrg. aufzunehmen seien, ohne eigene Begründung nur auf Joh. 25 A. 85 und Goldschmidt. Zur Begründung seines weiteren Standpunkts, daß Heilung nur durch Satzungsänderung zulässig sei, beschränkt es sich auf den Satz (S. 103 Schluß. zu 1): Wenn das Gesetz in § 18 b für den Fall solcher Abkommen die Aufnahme in den Ges.-Vtrg. für geboten erachte, so könne nicht angenommen werden, daß es im § 207 auch für diesen Fall eine ganz andere Form vorschreibe, wenn nur die Verträge nochmals nach der Eintragung abgeschlossen würden. Ganz abgesehen davon, daß nach den gemachten Ausführungen der Vordersatz nicht als Inhalt des Gesetzes anerkannt werden kann und damit die Prämisse für den Nachsatz entfällt, ist auch diese Gleichstellung beider Fälle nicht anzuerkennen, da im 2. Fall, wie schon wiederholt betont, die Gründung in ihren rechtlichen Auswirkungen doch stets Bargründung bleibt. Ganz unberücksichtigt sind dabei noch die aus den Motiven, der Denkschrift, und § 208 nach obigem sich ergebenden Gegengründe geblieben.

Das OLG. Dresden hat sich in der 1. der oben (zu II) mitgeteilten Entscheidungen (Joh. 33, 313) auch ziemlich kurz gefaßt. Es sagt zur Begründung nur, die Nichtangabe der geplanten Uebnahme im Ges.-Vertrag sei eine Umgehung des Gesetzes und daher sei auch die Nachgründung wegen mangelnder Anwendbarkeit der Schutzvorschriften der Sachgründung unwirksam; § 207 sei nur ein äußerstes Schutzmittel für den Fall, daß kein Verdacht der Gesetzesumgehung bestehe. In sehr eingehenden Ausführungen sucht dagegen das OLG. seinen Standpunkt — unter Ausscheidung unverbindlicher Vorbesprechungen — in Ring 2, 195 ff. zu rechtfertigen. Wesentliche Grundlage ist die Besorgnis, daß die Schutzvorschriften des § 207 gegenüber unlauteren Machenschaften nicht genügten. Dabei sagt das OLG. selbst S. 198:

Aus dem Zusammenhang der Vorschriften über die Sachgründung und die Nachgründung läßt sich allerdings nicht entnehmen, daß das Gesetz auf eine Beschränkung der Nachgründungen abziele. Denn das Gesetz stellt nur bestimmte Schutzvorschriften gegenüber verschiedenen gesetzlich erlaubten Gründungshergängen auf.

Ihren gleichwohl ablehnenden Standpunkt gegen vorvereinbarte Nachgründungen begründet die Entsch. sodann weiter mit den Sätzen:

Anderseits ergeben die Vorschriften nicht, daß die Gründer sich willkürlich den strengeren Erfordernissen der Sachgründung zu entziehen vermöchten. Obgleich die Vorschriften über die Nachgründung dazu bestimmt sind, den Gefahren zu begegnen, die einer Umgehung jener Erfordernisse entspringen, wird durch sie nicht jede Umgehung der letzteren gutgeheißen. Dies folgt auch nicht aus der Vorschrift des § 208.

Wenn aber aus dem Gesetz keine Beschränkung der Nachgründung entnommen werden kann, so ist sie eben gesetzlich nicht beschränkt, auch wenn die strengeren Erfordernisse der Sachgründung dadurch außer Anwendung bleiben, und eine „Umgehung jener Erfordernisse“ — richtiger mit Brodmann als Vermeidung der strengeren Bestimmungen bezeichnet — ist wie dargelegt, noch keine Gesetzesumgehung. Ähnlich ist es mit den Sätzen S. 202:

Eine Umgehung liegt auch dann vor, wenn die der Privatwillkür gezogenen Schranken, die in zwingenden Schutzvorschriften ihren Ausdruck finden, umgangen werden. Hier bestehen die Schutzvorschriften nicht allein in der Androhung der Nichtigkeit nicht festgesetzter Abmachungen, sondern auch in der Aufstellung rechtspolizeilicher Anordnungen.

Ob aber durch § 186 der Privatwillkür, wenn sie den Weg des § 207 wählt, Schranken gezogen sein sollen, und ob mit ihm außer der Nichtigkeit der Abkommen weitergehende den Weg des § 207 ausschließende Anordnungen rechtspolizeilicher Natur gegeben sein sollen, ist eben die Frage. Und wenn das OLG. weiter (S. 199/200) sagt, aus § 208 sei nichts zugunsten der unbeschränkten Zulassung der Nachgründung zu entnehmen, da er nur im Verhältnis der Ges. zu den Gründern deren Schadensersatzpflicht feststelle, so ignoriert es dabei den schon hervorgehobenen Umstand, daß § 208 doch eine rechtsgültige Nachgründung „in Ausführung einer vor Eintragung getroffenen Vereinbarung“ voraussetzt. Wegen des Schlusses von Abs. 1 auf S. 200, dessen Ausführungen sich gleichlautend bei Staub (§ 208 A. Einl.) finden, wird auf die obigen Ausführungen zu Staub verwiesen. Auch zur Frage der Heilung durch Satzungsänderung, die das OLG. auch fordert, gibt die Entsch. zu weiteren Ausführungen keinen Anlaß.

IV. Wie die Uebersicht zu II ergibt, betreffen die Meinungsverschiedenheiten auch z. T. die Frage, ob nur feste Verträge oder auch unverbindliche Abmachungen oder schon bloße Uebnahmepläne bei Verschweigung

am Ges.-Vertrag gegen § 186 verstoßen sollen. Bei dem hier vertretenen Standpunkt scheidet diese Frage aus, indem danach in allen Fällen die Gründung einwandfrei und die Nachgründung nicht zu beanstanden ist. Aber auch vom gegenteiligen Standpunkt aus dürfte eine Berechtigung dieses Unterschieds nicht anzuerkennen sein. Durch die Bestimmung des Abs. 4 stehen ja alle Abreden und Besprechungen der Ges. gegenüber darin gleich, daß sie ihr gegenüber rechtlich überhaupt nicht existieren. Auch ist, wenn man überhaupt einmal aus § 186 eine allgemeine rechtspolizeiliche Vorschrift herauslesen will und davon ausgeht, daß die Beobachtung der strengen Sachgründungsvorschriften geboten sei, um unreele Uebernahmen zu verhindern, kein Grund, unverbindliche Abmachungen oder auch bloße „Inaussichtnahmen“, zumal wenn sie für die Betätigung der AG. von Anfang an unabweislich sind, davon auszunehmen, da bei ihnen genau die gleichen Gründe in Frage kommen würden. Damit käme man dann freilich mit den Motiven (s. o. zu III) in unmittelbarem Widerspruch. Zutreffend sagt H a c h e n b u r g (JW. 24, 199), daß man bei den Versuchen, hier Unterschiede machen zu wollen, und bei der doch gleichzeitigen Unmöglichkeit einer festen, alle Fälle klar entscheidenden Grenzziehung geradezu in einen „kasuistischen Sumpf“ gerate. Ein treffendes Beispiel dafür ist gerade die zu II inhaltlich wiedergegebene und zu III am Schluß erörterte Entsch. des OLG. Dresden (Ring 2, 195 ff.). In dem dortigen Fall ist das OLG. davon ausgegangen, daß die Uebernahme zur Erreichung des Gesellschaftszweckes unumgänglich war und auch im Plan der Gründung lag, daß auch Uebernahmeverhandlungen bei der Gründung schon schwebten, und nur nicht gewiß ist, daß sie schon damals zu einer vollständigen Einigung geführt hatten. Es ist ferner bemerkt, daß zwischen der gegründeten AG. und der übernommenen G. m. b. H. enge Beziehungen bestanden und von den beiden Geschäftsführern der G. m. b. H. der eine in den A.-R. der AG. gewählt, der andere zu ihrem Vorstand bestellt ist und daß die G. m. b. H. die wirtschaftlich stärkere Ges. gewesen sei, die zu gründende schwächere Ges. aber nicht die stärkere aufzukaufen pflege. Dabei erfolgte die Uebernahme der G. m. b. H. nebst Genehmigung der Gen.-Vers. 5 Wochen nach Eintragung der AG. Das ist doch, wenn man überhaupt in der planmäßigen Vermeidung der Sachgründungsbestimmungen eine Gesetzesumgehung sieht, das Musterbild einer solchen, wobei es gar nicht zweifelhaft sein kann, daß jedenfalls in allen wesentlichen Punkten das erforderliche Einverständnis schon bei der Gründung vorhanden gewesen sein muß. Gleichwohl hat das OLG. das Verfahren nicht beanstandet, indem es nicht für sicher nachgewiesen erachtet, daß die geführten Verhandlungen schon im Zeitpunkt der Gründung zu einem völligen allseitigen Einverständnis geführt hätten, und daraufhin einen Fall verbotener Sachgründung nicht als gegeben erachtet. Offensichtlich hat hier das OLG. (anscheinend auch schon in einer vorausgegangen nicht veröffentlichten Entsch.) in Erkenntnis der Bedenken gegen die Ablehnung der sog. verschleierte Sachgründung und ihre Konsequenzen nach einem Ausweg gesucht, um, ohne das Prinzip preiszugeben, doch die Konsequenzen tunlichst zu beschränken, ein Ausweg, bei dem es aber die Grundlagen des Prinzips selbst untergräbt.

V. Umstritten ist ferner die Frage, welcher Rechtszustand sich ergibt, wenn ein Nachgründungsvertrag zunächst ohne die im § 207 vorgesehene Zustimmung der Gen.-Vers. geschlossen wird. Da die Nachgründungsverträge der ersten 2 Jahre zum großen Teil vorbeabsichtigte Sachübernahmen betreffen, ist diese Frage hier mit zu erörtern, wenn sie auch alle Nachgründungen betrifft, und die Frage, ob sie vorbeabsichtigt waren, nach dem hier vertretenen Standpunkt rechtlich bedeutungslos ist.

Im allgemeinen herrscht Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung, daß vor dem Zustimmungsbeschluß die

Verträge nicht nichtig sind, sondern nur ein Schwebezustand bedingter Unwirksamkeit Platz greift, der durch den Zustimmungsbeschluß behoben wird und in den der vollen Rechtswirksamkeit übergeht. So besonders Bayr. Oberstes Landesger. in JW. 1925, 1646 f. unter Hinweis sowohl auf den offensichtlich nachträgliche Zustimmung als Regel voraussetzenden Wortlaut des § 207 wie auch darauf, daß der Vertragsschluß nicht gegen ein Verbot verstößt; ferner KG. in Ring 1, 376, RG. JW. 29, 2944 ff., Goldschmitt II Note das., Goldschmitt Akt.-Ges. § 227 A. 3 Abs. 5, Brodmann § 207 A. 4a usw. Allerdings hat sich für Nichtigkeit früher Staub (§ 207 A. 5) ausgesprochen jetzt (12./13. Aufl. das.) aber auch das Wort nichtig durch unwirksam ersetzt. Auch in den früheren Auflagen (s. 8. Aufl. A. 6) ist aber schon angenommen, daß die Zustimmung auch nachfolgen könne, was bei Nichtigkeit nach § 141 BGB. durch einen bloßen Zustimmungsbeschluß der Gen.-Vers. nicht möglich wäre. Denselben Standpunkt wie Staub hat auch in beiden Punkten — Nichtigkeit, aber Heilung durch Gen.-Vers.-Beschluß — Lehmann-Ring (§ 207 A. 5b u. 7); zu besonderen Bemerkungen geben ihre Ausführungen keinen Anlaß.

Die Annahme eines Schwebezustandes läßt aber noch die Frage offen, von welchen Rechtsregeln dieser Zustand im übrigen — abgesehen von seiner Beendigung durch die Zustimmung der Gen.-Vers. — beherrscht wird. Das RG. hat in JW. 29, 2944 angenommen, daß die Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB. über Rechtsgeschäfte mit Vertretern ohne Vertretungsmacht Anwendung fänden, und daß daher auch gemäß § 178 der Vertragsgegner bis zur Zustimmung der Gen.-Vers. zum Widerruf berechtigt sei, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei Vertragsschluß kannte. Die Anwendbarkeit der §§ 171 ff. wird auch, ohne aber auf das Widerrufsrecht einzugehen, bejaht vom Bayr. OLG. JW. 25, 1646, Brodmann § 207 A. 4a und Goldschmitt AG. § 207 A. 3 Abs. 5. Auch Goldschmitt II (JW. 25, 1646 Note zu 4) bejaht sie, wobei er zu der Frage des Widerrufsrechts meint, es sei grundsätzlich nicht ausgeschaltet, werde es aber tatsächlich meist sein, indem der Gegner den Mangel der Vertretungsmacht des Vorstands kenne.

Gegen das Widerrufsrecht wie überhaupt gegen die allgemeine Anwendbarkeit der §§ 171 ff. haben in JW. 29, 2924 und 2944 gleichzeitig Geiler und Flechtheim sehr entschieden Stellung genommen. Sie machen übereinstimmend geltend, daß es sich hier um den Vertragsschluß eines Vertreters ohne Vertretungsmacht gar nicht handle, vielmehr gerade der Vorstand, und nur er allein, die Ges. beim Abschluß, auch für Nachgründungsverträge, vertrete, und daß nur für diesen Fall zu der Vertretung noch die Zustimmung eines anderen Organs der Ges. hinzukommen müsse; die Sachlage entspreche also vielmehr dem Vertragsschluß eines Vormunds ohne die notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wobei auch regelmäßig kein allgemeines Widerrufsrecht besteht. Beide heben auch die Unmöglichkeit der Anwendung des § 177 selbst — Fristsetzung seitens des Vertragsgegners zur Erklärung der Genehmigung binnen 2 Wochen — hervor, da die Genehmigung durch die Gen.-Vers. gar nicht in dieser Zeit erfolgen kann (§ 255 HGB.), und daß auch die anderen Bestimmungen der §§ 177 ff. vielfach gar nicht passen. Endlich weisen beide noch auf die üblen Konsequenzen dieser Rechtsprechung hin: sie führe dazu, daß die vielfach nicht beobachtete Form des § 207 jetzt nach Jahren von den Vertragsgegnern aufgegriffen würde, um die Ungültigkeit der abgeschlossenen Verträge zum Nachteil der Ges. geltend zu machen, besonders in Verbindung mit der vom RG. gleichzeitig bejahten Nichtigkeit auch der in Erfüllung der Verträge getätigten Auffassungen (s. hierüber u. zu VI). Der praktische Erfolg ist also nicht der durch § 207 bezweckte mögliche Schutz der Aktionäre, sondern das gerade

Gegenteil. Dem Standpunkt von Flechtheim und Geiler kann nur durchaus beigetreten werden. Daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 177 ff. nicht angeht, erkennen auch Brodmann und Goldschmitt an; sie wollen nur „entsprechende“ Anwendung, wobei Brodmann auch erklärt, ob und wie lange der Gegner gebunden sei, lasse sich nicht allgemein sagen.

Verneint man hiernach die gesetzliche Unterstellung des Rechtsverhältnisses unter die §§ 177 ff., so fehlt es überhaupt an einer unmittelbaren Vorschrift für diese Fälle, denn die für den Vormund gegebenen Sonderbestimmungen sind natürlich auch nicht ohne weiteres auf sie übertragbar. Die Lücke muß aber auf irgend eine Weise ausgefüllt werden. Sie fällt auch für § 178 nicht durch die Erwägung von Goldschmitt II fort, der Vertragsgegner werde meist die mangelnde Vertretungsmacht des Vorstands gekannt haben; denn eines teils trifft das keineswegs als Regel zu, da vielfach sogar die Vorstände selbst die Beschränkung nicht kennen — so gerade der Fall in JW. 29, 2944 —, andererseits ist damit auch die Frage nicht gelöst, bis wann die Zustimmung der Gen.-Vers. erfolgen muß und unter welchen Voraussetzungen mangels rechtzeitiger Zustimmung der Gegner frei wird. Flechtheim und Geiler kommen hier nicht zu ganz gleichen, in der praktischen Auswirkung sich aber doch nahe berührenden Ergebnissen. Geiler erklärt die wörtliche Anwendung des § 177 zwar für verfehlt, eine „vernunftgemäße und entsprechende“ aber als angängig und verwirft nur vollständig die des § 178, Flechtheim erklärt beide für unanwendbar, lehnt aber die etwaige Folgerung ab, daß der andere Teil unbeschränkt an den Vertrag gebunden sei und die Ges. die Genehmigung beliebig hinausschieben könne. Er verweist hierfür auf die Aus führung des RG. in RGZ. 121, 105, daß die schwebende Unwirksamkeit in den Zustand endgültiger Nichtigkeit übergegangen sei, weil die Ges. trotz Aufforderung jahrelang untätig geblieben sei, und auf die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben. Die Bestimmung des § 157 BGB., wonach Verträge so auszulegen sind, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, ist in der Tat auch m. E. die einzige Grundlage, auf der die Lösung der obigen Fragen zu finden ist. Die Annahme eines jederzeitigen Widerrufsrechts des Gegners gemäß § 178, wie das RG. will, steht damit in unvereinbarem Widerspruch; weder haben die Beteiligten ein solches Recht gewollt, noch entspricht es für diese Fälle der Verkehrssitte. Wohl aber entspricht es einer solchen Auslegung, dem Vertragsgegner das Recht zu geben, die Ges. zur Beibringung des Zustimmungsbeschlusses in angemessener Frist aufzufordern und bei fruchtlosem Ablauf zurückzutreten. Das ist ein Ergebnis, das gewiß dem Inhalt des § 177 ähnlich ist, aber doch nicht von dessen Bestimmungen beherrscht wird, und insbesondere der Fristbemessung unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verhältnisse den notwendigen Spielraum läßt.

VI. Es fragt sich weiter, ob die Abhängigkeit des Nachgründungsvertrages von der Zustimmung der Gen.-Vers. gemäß § 207 auch das Erfüllungsgeschäft, die Auflassung, umfaßt. Das Bayr. OLG. in JW. 25, 1646 hat diese Frage unter Zustimmung von Goldschmitt II (Note zu 4 dort) bejaht mit der Schlußfolgerung, daß grundbuchlich ein solcher Vertrag vor Genehmigung nicht vollzogen werden könne. Das RG. hat in JW. 29, 2946 denselben Abhängigkeitsgrundsatz ausgesprochen ohne die Frage, ob der Grundbuchrichter in solchen Fällen die Auflassung oder Eintragung abzulehnen habe, weiter zu erörtern. Staub (§ 207 A. 5) nimmt an, daß der Richter zwar die Auflassung entgegnzunehmen, die Eintragung aber bis zur Behebung der Unwirksamkeit zu versagen habe. Auch Brodmann (§ 207 A. 4b) überträgt die Unwirksamkeit auch auf das Erfüllungsgeschäft mit dem

Ergebnis, daß der Richter die Auflassung nur unter dem Vorbehalt der nachfolgenden Genehmigung der Gen.-Vers. beurkunden dürfe und daß die Umschreibung ohne die Genehmigung das Grundbuch unrichtig mache. Er begründet dieses Ergebnis mit der Erwägung: übersteige das Kausalgeschäft die Machtbefugnis des Vorstands, so gelte das von dem Verfügungsgeschäft erst recht, und die Auflassung sei doch gerade der Vertrag, den zu schließen der Vorstand nicht die Macht besitze. Diese Sätze sind aber ebensowenig eine Begründung wie der Satz Goldschmitts, die Auflassung sei in diesem Fall abhängig gemacht von der Zustimmung der Gen.-Vers. als gesetzlichem Erfordernis für den Eintritt der Wirksamkeit der dinglichen Einigung. Die Sätze enthalten vielmehr wieder einmal, wie auch Geiler a. a. O. hervorhebt, gerade die *petitio principii*: was sie als gegeben hinstellen ist das, was erst bewiesen werden soll. Umgekehrt stehen auf dem Standpunkt der Beschränkung der Unwirksamkeit auf das Grundgeschäft Makower § 207 A. II, Güthe-Triebel GBO. 5. Aufl. § 33 A. 16, Lehmann-Ring § 207 A. 7 (Nr. 9) und Geiler a. a. O.. Auch das KG. hat in Ring 1, 372 ff. (= ROLG. 43, 307) die Ablehnung der Eintragung der Eigentumsänderung seitens des Grundbuchrichters (nach offenbar notariell erklärter Auflassung) für ungerechtfertigt erklärt.

Gegen die Erstreckung der Unwirksamkeit auf das dingliche Erfüllungsgeschäft spricht in erster Linie die Fassung des § 207, nach dem der Genehmigung nur unterworfen sind: „Verträge, nach denen sie . . . erwerben soll“. Darunter können nur die der Erfüllung vorausgehenden schuldrechtlichen (Verpflichtungs-) Verträge verstanden werden. Durch einen Mangel des Verpflichtungsgeschäfts wird aber, wie das KG. a. a. O. (ebenso Güthe-Triebel § 19 A. 27) zutreffend bemerkt, grundsätzlich die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts nicht berührt, auch nicht wenn beide in einer Urkunde zusammengefaßt sind, sondern nur wenn derselbe Grund beide Geschäfte betrifft, wie z. B. bei Geschäftsunfähigkeit eines Teils, Schein, Verstoß gegen gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, oder wenn nach dem Willen der Beteiligten die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts von der Gültigkeit des Grundgeschäfts abhängig gemacht wird. Letzterer Fall scheidet für die Auflassung, die nach § 925 Abs. 2 BGB. die Abhängigmachung von einer rechtsgeschäftlichen Bedingung ausschließt, ganz aus. Anzuerkennen ist allerdings ihre mögliche Abhängigkeit von notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen des Rechtserfolges als Rechtsbedingungen. Woraus soll aber entnommen werden, daß für die Auflassung bei Nachgründungen die Zuständigkeit der Gen.-Vers. eine solche Rechtsbedingung bildet? Aus der Fassung des § 207, wie schon bemerkt, sicherlich nicht. Auch Goldschmitt a. a. O. erkennt an, daß der Wortlaut des § 207 jedenfalls nur den schuldrechtlichen Vertrag trifft. Die Rechtslage läßt sich auch nicht, wie er meint (ähnlich auch Brodmann a. a. O.) dem Fall gleichstellen, daß die Auflassung an einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erfolgt ist, da — wie zu IV dargelegt — der Vorstand kein Vertreter ohne Vertretungsmacht ist. Das RG. sagt in JW. 29, 2946: „Ebensowenig kann der Mangel der Wirksamkeit durch die nachträgliche Eigentumseintragung als ausgeglichen gelten, denn sonst würde der Umgehung des Gesetzes Tür und Tor geöffnet sein. Vielmehr ist . . . auch die dingliche Einigung durch die Zustimmung der Gen.-Vers. bedingt“. Hierin — der Verhütung vermeintlich drohender Gesetzesumgehung — steckt offenbar auch hier wieder der wesentlichste Grund für die Stellung des RG. Das Bestreben, Gesetzesumgehungen zu verhüten, ist gewiß nur zu billigen; es darf aber nicht, wie schon hervorgehoben, zur Aufstellung von Rechtssätzen führen, für die das Gesetz nun einmal keine Grundlage bietet. Hinsichtlich der praktischen Folgen der Erstreckung der Unwirksamkeit auf das Erfüllungsgeschäft

weist auch Geiler noch mit Recht auf die außerordentliche Rechtsunsicherheit mit ihren unerfreulichen Auswirkungen hin, wenn vielleicht Jahre durch das Eigentumsverhältnis ganz in der Schwebe bleibt.

VII. In JW. 30, 308 ist Hagelberg für den Fall verschleierte Sachgründung unter Bezugnahme auf die Geilerschen Ausführungen über den Nachgründungsvertrag für die Beschränkung auch der Nichtigkeit der nach § 186 Abs. 4 nichtigen Abkommen auf den schuldrechtlichen Vertrag eingetreten. Er macht geltend, daß schon nach dem Wortlaut unter „Abkommen“ nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft verstanden sein kann, und auch nur solche Abkommen nichtig sind, die nach Abs. 2 in den Ges.-Vtrg. aufzunehmen gewesen wären, zu denen das Auflassungsgeschäft nicht gehöre, das auch im Gründungsstadium noch gar nicht getätigt werden könne; er hebt ferner hervor, daß eine Unwirksamkeit nur der Ges. gegenüber (§ 186⁴) eintreten solle, was mit dem Charakter der Auflassung und des Eigentums nicht vereinbar sei, daß auch der Schutzzweck des Abs. 4 die Erstreckung nicht erfordere, da durch die Auflassung die Ges. nicht belastet werde. Seinen Ausführungen ist m. E. beizutreten. Von Bedeutung ist auch, daß die Auflassung als abstraktes Rechtsgeschäft sich vollständig unabhängig von dem Kausalgeschäft vollzieht, die dingliche Einigung aber trotz Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts sehr wohl vorhanden sein kann. Wenn allerdings Hagelberg als Folge dieses Standpunkts erwartet, daß dem Vertragsgegner die Möglichkeit, wegen Ungültigkeit des Sacheinlage-Abkommens die übereignete Sache — unter Umständen nach Jahren — zurückzufordern, zum mindesten stark beschnitten wird, so erscheint diese Erwartung kaum begründet. Denn die Nichtigkeit des Abkommens gibt dem Gegner nach § 812 BGB. das Rückforderungsrecht wegen rechtloser Bereicherung der Ges. Die Nichtigkeit kann auch nicht wie die schwebende Unwirksamkeit durch Zustimmung der Gen.-Vers. geheilt werden, das Rückforderungsrecht kann vielmehr nur durch erneuten Abschluß auch des schuldrechtlichen Vertrages und die Zustimmung der Gen.-Vers. nach § 207 beseitigt werden. Dieses Rückforderungsrecht verkennt auch Hagelberg nicht, wie der Schlußabsatz ergibt. Er will ihm aber die Bestimmungen der §§ 814, 817 BGB. entgegenhalten, wonach es fortfällt, wenn der Leistende wußte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder die Leistung einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, oder ihm bei der Leistung ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten zur Last gefallen ist. Diese Voraussetzungen dürften aber in den seltensten Fällen gegeben sein. Kenntnis der Nichtigkeit gemäß § 186 Abs. 4 wird man über den Kreis von Juristen oder mit Gründungen häufiger befaßten Personen hinaus nicht ohne weiteres voraussetzen und zumeist jedenfalls schwer mit genügender Sicherheit nachweisen können. Eine sittliche oder Anstandspflicht ist gegenüber § 186⁴ objektiv wohl kaum anzuerkennen; ihre subjektive Annahme genügt aber nicht. Andererseits stempelt aber die Nichtigkeit der Abkommen selbst die Uebertragung noch nicht zu einem unsittlichen oder verbotenen Akt. Dagegen hat die Beschränkung der Nichtigkeit auf das Grundgeschäft die — von Hagelberg nicht berührte — Folge, daß auch hier wie bei der noch nicht genehmigten Nachgründung der Grundbuchrichter die Auflassung und Eintragung nicht ablehnen kann.

Schl u ß b e m e r k u n g.

Die Fülle der Streitfragen, die sich an die verschleierte Sachgründung in Verbindung mit der Nachgründung knüpfen, die Stärke der Meinungsverschiedenheiten und große Bedeutung der anschließenden rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen lassen es dringend geboten erscheinen, bei der bevorstehenden Aktienrechtsreform auch diese Fragen gesetzlich zu regeln. Sehr

zu bedauern ist daher der Standpunkt der Kommission des Juristentages, diese Fragen der Rechtsprechung zu überlassen. Für die Praxis wird natürlich in 1. Linie die Rechtsprechung der oberen Gerichte maßgebend sein. Der steigende Widerspruch, dem die bisherige Rechtsprechung in so schwerwiegenden Punkten gemäß den obigen Ausführungen begegnet, läßt aber doch vielleicht hoffen, daß die genannten Gerichte Veranlassung nehmen werden, ihren Standpunkt nochmals zu überprüfen und tunlichst einer Revision zu unterziehen.

Gerichtliche Entscheidungen.

Bürgerliches Recht.

1. Zu § 930 BGB.

Bei der Sicherungsübereignung muß, wenn das übereignete Gut im Besitz des Schuldners belassen werden soll, das vereinbarte Rechtsverhältnis völlig unzweideutig bezeichnet werden.

Urteil des Reichsgerichts vom 22. Oktober 1929 — VII 128, 29 — T.

Die Beklagte hat im April 1928 bei ihrem Schuldner Friedrich B. für eine ausgeklagte Forderung ein Oelgemälde pfänden lassen. Der Kläger begehrt mit der Klage, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, da er das Eigentum an dem Gemälde mittels Besitzkonstituts auf Grund Vertrags vom 10. Juli 1927 erworben habe. Die Beklagte macht außer anderen Einwendungen besonders geltend, daß die Uebertragung nicht in gültiger Weise nach § 930 BGB. erfolgt sei.

Das Landgericht wie das Oberlandesgericht haben diese Einwendung für berechtigt angesehen und deshalb die Klage abgewiesen bzw. die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach dem Klagantrage zu erkennen, wogegen die Beklagte in erster Linie um Verwerfung der Revision als unzulässig, in zweiter Linie um ihre Zurückweisung bittet. Auf Grund der Urteile der Vorinstanzen ist der gesamte Streitstoff vorgetragen worden.

Die Revision ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Da eine Uebergabe des Bildes an den Kläger nicht erfolgt ist, handelt es sich nach § 930 BGB. darum, ob zwischen ihm und B. ein Rechtsverhältnis vereinbart worden ist, vermöge dessen er den mittelbaren Besitz erlangte. Nach dem hierfür in Betracht kommenden § 868 BGB. ist zwar der Kreis dieser Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf die allgemeine Schlußklausel „und ähnliche Verhältnisse“ weit zu fassen, auch bedarf es nicht der ausdrücklichen Bezeichnung eines solchen, besonders nicht mit dem Namen eines im BGB. näher geregelten Rechtsverhältnisses. Aber immer muß es sich doch nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts um ein einzelnes bestimmtes schuldrechtliches oder dingliches Rechtsverhältnis handeln, das ein Nutzungsrecht oder ein Verwaltungsverhältnis des Veräußerers begründet und den fortdauernden unmittelbaren Besitz des Veräußerers nicht mehr als Eigenbesitz erscheinen läßt. Dagegen genügt nicht ein bloß abstraktes Besitzkonstitut. In der von B. ausgestellten Urkunde vom 10. Juli 1927 konnte aber das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit dem Landgericht frei von Rechtsirrtum die Vereinbarung eines bloß abstrakten Besitzvorbehalts finden, dagegen verneinen, daß damit ein Leiheverhältnis vereinbart worden sei. Denn der Satz, daß der Kläger das Gemälde vorläufig im Besitz des B. belasse, könnte ebensowohl auch auf einen Verwahrungsvertrag hindeuten, so daß sich also ein bestimmtes Rechtsverhältnis aus der Urkunde nicht entnehmen läßt; der weitere Halbsatz, daß der Kläger „aber zu jeder Zeit das Recht habe, unumschränkt zu jeder Zeit über das Gemälde zu verfügen“, entbehrt aber auch durchaus der nötigen Klarheit des rechtlich damit Gewollten (vgl. besonders Urteil vom 24. März 1925 VI 400/24, Warn. Rspr. 1925 Nr. 166 und die dort angezogene Entscheidung).

Nun würde es allerdings an sich möglich sein, daß die Vertragsteile tatsächlich ein Leiheverhältnis gewollt hätten, und dies würde auch beachtlich sein, obgleich es in der Urkunde nicht genügend zum Ausdruck gekommen ist, wenn es nur aus sonstigen Umständen ersichtlich geworden wäre. Der Kläger hat einen solchen übereinstimmenden Willen der Vertragsteile ausdrücklich behauptet und nach dem angefochtenen Urteile auch Beweis dafür angeboten, daß bei Abschluß des Ver-

trags ausdrücklich besprochen worden sei, daß der Schuldner B. das Gemälde vorläufig leihweise behalten solle. Daß die Ablehnung mit einer sachlich-rechtlich unzutreffenden Beurteilung der Rechtslage zusammenhängt, ist dem Urteil nicht zu entnehmen, insbesondere steht das Berufungsgericht nicht etwa auf dem Standpunkt, daß eine solche mündliche Beredung gegenüber der Fassung der Urkunde rechtlich bedeutungslos sein würde.

Da hiernach eine mündliche Abrede neben der Urkunde nicht in Betracht zu ziehen ist, erscheint nach dem Ausgeführten das Klagbegehren nicht gerechtfertigt und die Revision ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

2. Zu §§ 1925, 1825, 1812 BGB.

Darf eine Bank den Auftrag des Nachlaßpflegers zum Verkauf von Wertpapieren ohne besondere vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ausführen, wenn der Pfleger gerade zur Aufteilung des Nachlasses bestellt ist?

Urteil des Reichsgerichts vom 15. Februar 1930 — I 235, 29 — T.

Die Kläger und der Kaufmann R. sind die Erben des am 8. Dezember 1923 zu Hi. verstorbenen B. Am 11. Dezember 1923 hat das Amtsgericht Hi. den genannten R. zum Pfleger für diejenigen, die Erben des B. werden würden, bestellt und hinzugefügt, sein Wirkungskreis umfasse die Verwaltung des Nachlasses. In einer Verhandlung vom 17. Dezember 1923 hat das Amtsgericht den R. ermächtigt, auf Grund einer Besprechung vom gleichen Tage die Verteilung des Nachlasses in die Wege zu leiten und soweit möglich durchzuführen. — Bei der Filiale der bekl. Bank in Hi. bestanden ein Depositen- und ein Effektenkonto für den Nachlaß. Ueber beide hat der Pfleger verfügt. Im Juli 1928 ist R. seines Pflegeramtes entbunden worden, weil er Unterschlagungen begangen haben sollte. Unter der Behauptung, die bekl. Bank habe im geschäftlichen Verkehr mit R. die Sorgfalt außer acht gelassen, die die Bekl. den Kl. als Erben ihres Kunden B. schuldete, haben die Kl. Schadenersatzansprüche erhoben. Das OLG. hat den Klageanspruch in Höhe von 276 046 RM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Rev. der Bekl. hat das RG. das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das BerG. zurückverwiesen.

Die Bekl. hat unstreitig eine Reihe von Wertpapieren, die zum Nachlaß des B. gehörten, im Auftrag des Pflegers R. als Kommissionärin verkauft. Die Klage ist in erster Linie darauf gestützt, daß die Bekl. dadurch schuldhaft gegen die Pflichten, die ihr aus dem Bankvertrag gegenüber den Kl. als Erben oblagen, verstoßen habe; denn sie habe gewußt oder aus Fahrlässigkeit nicht gewußt, daß R. zu der Verfügung, die in der Erteilung der Verkaufsermächtigung liegt, nicht befugt gewesen sei. Voraussetzung dieser Klagbegründung ist, daß R. die Befugnis weder an sich hatte noch durch Erklärungen des Nachlaßgerichts erworben hat. Das BerG. hat diese Voraussetzung bejaht. Es führt aus: Auf die Nachlaßpflegschaft fänden die für die Pflegschaft geltenden Bestimmungen Anwendung. Nach § 1925 BGB. gelten für die Pflegschaft die Bestimmungen über die Vormundschaft, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergebe. Zu den anwendbaren Bestimmungen gehöre auch § 1812 BGB., der u. a. bestimme, daß der Vormund über ein Wertpapier des Mündels nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder, in Ermangelung des Gegenvormunds, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen könne. Das gelte auch für den Nachlaßpfleger; daß ihm kein Gegenvormund bestellt zu werden brauche, ändere nichts. Die einzelnen Verfügungen des R. seien unstreitig nicht genehmigt. Die Bekl. behaupte aber eine allgemeine Ermächtigung, was zulässig sei, § 1825 BGB. Eine solche liege indessen in der Uebertragung der Verwaltung nicht. Auch dem Vormund stehe in allen Fällen die Verwaltung zu, § 1793 BGB.; trotzdem beständen die Vorschriften der §§ 1812, 1821, 1822 BGB., die seine Vertretungs- und Verfügungsmacht einschränkten. Aus der Uebertragung der Verwaltung folge daher nicht, daß er von den Beschränkungen des § 1812 BGB. entbunden sei. — Auch die vom Nachlaßgericht erteilte Ermächtigung zur Verteilung des Nachlasses habe nicht eine solche zur Verfügung über das Effektendepot in sich geschlossen. Die Ermächtigung sei an sich unzulässig gewesen. Sie stelle aber auch nur ein allgemeines Programm für die künftige Auseinandersetzung dar; für deren einzelne, von dem Nachlaßpfleger dem Gericht vorzuschlagende Verfügungshandlungen sei noch besondere Genehmigung vorbehalten geblieben. Denn wenn eine Verteilung auch vielfach ohne Veräußerung von Erbschaftsstücken nicht möglich sei, so gebe es doch auch solche Fälle, die eine Teilung in Natur zuließen, besonders wenn der Nachlaß in Bankforderungen

und Wertpapieren bestehe. — Allerdings behaupte die Bekl., der Nachlaßrichter habe im August 1926 der Filiale auf fernmündliche Anfrage mitgeteilt, er habe den R. ermächtigt, den Nachlaß zu verkaufen, wenn nur soviel übrig bliebe, um die Gerichtskosten zu decken. Darin würde aber eine neue Ermächtigung nicht gelegen haben, da das Gericht die Genehmigung nur dem Vormund, also auch nur dem Nachlaßpfleger gegenüber aussprechen dürfe, § 1828 BGB.

Die Rev. beanstandet diese Rechtsausführungen als irrig. Sie meint, die zweckmäßige Verwaltung eines aus zahlreichen Wertpapieren bestehenden Vermögens lasse sich ohne An- und Verkäufe nicht durchführen, noch weniger aber eine Teilung unter 22 Erben. In der Uebertragung der Verwaltung, jedenfalls aber in der Anweisung, die Teilung durchzuführen, müsse daher die Ermächtigung zu Veräußerungen gesehen werden. — Das BerG. hat indessen mit Recht angenommen, daß nach § 1915 BGB. der Pfleger, dem die Verwaltung eines Vermögens übertragen ist, nicht freier gestellt sein kann als der Vormund, dem die Verwaltung des Mündelvermögens von selbst zusteht. Ebensovienig ist zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter in der Anweisung an den Pfleger, die Teilung des Nachlasses vorzunehmen, keine allgemeine Ermächtigung zu Veräußerungen erblickt hat. Ob die Anordnung zulässig war oder nicht, kann dahinstehen, da die Bekl. mit ihrer Zulässigkeit rechnen durfte. Zutreffend hebt aber der Berufungsrichter hervor, daß die Teilung des Nachlasses keineswegs immer zu Veräußerungen nötige. Das Gesetz geht von der Teilung in Natur aus, § 752 BGB. Auch war bei der Art des Nachlasses eine Teilung in Natur in gewissem Umfang sicherlich möglich.

Weiter macht die Rev. geltend, der Berufungsrichter habe der Behauptung der Bekl. über die Auskunft des Nachlaßrichters im August 1926 rechtsirrigerweise keine Bedeutung beigelegt. In der Behauptung habe zugleich ein Beweisantritt dafür gelegen, daß dem Pfleger gegenüber die Ermächtigung zum Verkauf des Nachlasses erteilt sei. Notfalls habe der Berufungsrichter gemäß § 139 ZPO. auf die Benennung des Nachlaßrichters als Zeugen hinwirken müssen. — Dieser Rüge ist der Erfolg nicht zu versagen. Nicht zu beanstanden ist allerdings die Ansicht des Berufungsrichters, daß das behauptete Gespräch mit dem Nachlaßrichter, für sich allein betrachtet, bedeutungslos sei. Aber da dies auf der Hand lag, mußte sich dem Berufungsrichter der Gedanke aufdrängen, daß hier eine ungenügende Angabe der geltend gemachten Tatsachen vorliege, daß der Sinn der Behauptung über ihren Wortlaut hinaus gehe. Er hätte daher auf eine klare und vollständige Erklärung hinwirken müssen. Darin, daß dies unterblieben ist, liegt ein Verstoß gegen § 139 ZPO. Für die Rev.-Instanz ist zu unterstellen, daß die Behauptung dahin gegangen ist, daß der Nachlaßrichter den R. ermächtigt hat, den Nachlaß zu verkaufen; ferner, daß hierfür Beweis angetreten ist und daß notfalls der Richter dafür als Zeuge benannt werden sollte. Diese Behauptung der Bekl. kann in verschiedener Richtung von Bedeutung sein. Zunächst würde eine nach § 1825 BGB. zulässige allgemeine Ermächtigung des Pflegers zum Verkauf der Wertpapiere vorliegen, welche ihre Wirkung in die Zukunft geäußert hätte, so daß die nach ihr liegenden Verfügungen des R. wirksam gewesen sein würden. Es kann in ihr aber auch möglicherweise eine Genehmigung der etwa bereits vorher erfolgten Verfügungen gefunden werden; allerdings wäre diese Genehmigung dem andern Teil, der Bekl., gegenüber erst wirksam geworden, wenn sie ihr durch den Pfleger mitgeteilt worden wäre, § 1829 BGB. Endlich könnte die Ermächtigung eine durch den Richter selbst erfolgte Auslegung seiner Verfügung vom 17. Dezember 1923 in dem Sinne darstellen, daß er schon damals den R. zur Veräußerung des Nachlasses habe ermächtigen wollen. In diesem Falle könnte schwerlich ein Verschulden der Bekl. angenommen werden; ihr könnte es nicht zum Vorwurf gereichen, wenn sie die Verfügung so aufgefaßt hat, wie der Richter sie gemeint hatte, um so weniger, als sie im Falle einer Anfrage bei Gericht eine ihre Auffassung bestätigende Auskunft erhalten hätte.

Da in dieser Richtung Feststellungen und Erörterungen fehlen, ist das angefochtene Urteil nicht geeignet, die Entscheidung zu tragen, und mußte aufgehoben werden.

Berichtigung.

Das Datum des auf S. 301 abgedruckten Urteils des Reichsfinanzhofs zu § 57 KVG. muß (statt 10. 9. 29) richtig lauten 4. März 1930.