Die Unvereinbarkeit des Erwerbs eigener Aktien mit dem Einlage-Rückzahlungsverbot : ein Beitrag zur Revision des schweizerischen Handelsgesellschaftsrechtes

Autor(en): **Wieland, Alfred**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **56 (1937)**

PDF erstellt am: **22.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896316

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Die Unvereinbarkeit des Erwerbs eigener Aktien mit dem Einlage-Rückzahlungsverbot.

Ein Beitrag zur Revision des schweizerischen Handelsgesellschaftsrechtes.

Von Dr. Alfred Wieland, Basel.

I.

Während das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch aus den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts so wenig als das französische Recht von heute irgendeine Bestimmung über den Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft enthielt, hat die deutsche Novelle vom 11. Juni 1870 in Art. 215 III bestimmt: „Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben". In den Motiven zum Entwurf der Novelle wird u. a. erwähnt, dass der Ankauf von nur teilweise einbezahlten Aktien hinsichtlich des Erlasses des noch schuldigen Betrages unter den Begriff einer Rückzahlung an die Aktionäre falle, und dass dasselbe der Fall sei, wenn der Ankauf aus dem nicht zu dem Reinertrag gehörigen Vermögen erfolge.[1]) Diese Bestimmung ist vom OR in Art. 628, der heute noch gilt*), übernommen worden: „Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben". Schon weil indessen das absolute Verbot der deutschen Novelle in der Literatur von Anfang an als zu schroff kritisiert wurde, hat das OR im Gegensatz zu seinem deutschen Vorbild beigefügt: „Von diesem Verbot findet eine Ausnahme statt: 1. wenn die Erwerbung zum Zwecke einer in den

---

[1]) Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. S. 413.

*) Der Aufsatz ging der Zeitschrift im September 1936 zu. (Die Red.)

Statuten selbst vorbehaltenen Amortisation vorgenommen wird; 2. wenn dieselbe in Gemässheit des Art. 670, Abs. 1 und 2, zum Zwecke der teilweisen Rückzahlung des Grundkapitals vorgenommen wird; 3. wenn dieselbe im Exekutionswege zur Befriedigung eigener Forderungen der Gesellschaft erfolgt; 4. wenn dieselbe mit dem Betrieb eines nach den Statuten zum Gegenstande des Unternehmens gehörigen Geschäftszweiges verbunden ist". Ungefähr die gleichen Ausnahmen macht dann auch die deutsche Novelle vom 18. Juli 1884 in Art. 215 d: „Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im geschäftlichen Betrieb, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zu Pfand nehmen. Sie darf eigene Interimsscheine im Geschäftsbetrieb auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zu Pfand nehmen. Eine Amortisation der Aktien ist zulässig, sofern sie . . . etc.".

Der hier nur teilweise zitierte Schlusssatz verfolgt den gleichen Zweck wie die in OR Art. 226 vorgesehene erste und zweite Ausnahme, nämlich die Amortisation von Aktien und die Herabsetzung des Grundkapitals auf dem Wege des Erwerbes eigener Aktien zu ermöglichen. Der dritten Ausnahme des OR entspricht die Beschränkung des Verbotes des Erwerbes durch die deutsche Novelle auf den geschäftlichen Betrieb, wodurch gemäss den Motiven sowohl die schenkungsweise Erwerbung als auch diejenige im Zwangsvollstreckungsverfahren für zulässig erklärt werden sollten. Der vierten Ausnahme des OR endlich ist in der deutschen Novelle durch die Worte „Sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird" Rechnung getragen, um den Banken damit das Geschäft in eigenen Aktien auf fremde Rechnung zu ermöglichen. Dass im Gegensatze zum OR die Pfandnahme dem Erwerb gleichgestellt ist, bezweckt lediglich die Verhinderung von Umgehungen des Erwerbsverbotes. Ungleich wichtiger und für die Entwicklung der ganzen Lehre im deutschen Rechte von geradezu umwälzender Be-

deutung war dagegen der Ersatz des bisherigen Verbotes: „Darf nicht“ durch die Sollvorschrift: „Soll nicht“. Nach den Motiven sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Rechtsfolge des nicht gestatteten Erwerbes nicht mehr wie bisher nach einem grundsätzlichen Entscheid des Reichs-Oberhandelsgerichtes vom 7. Mai 1875[2]) in der Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes bestehen, vielmehr aus Gründen der Verkehrssicherheit auch der verbotswidrige Erwerb eigener Aktien rechtsgültig sein soll. Das HGB vom 10. Mai 1897 hat in dieser Materie keine wesentlichen Änderungen gebracht, auch wenn der Ausdruck: „Im geschäftlichen Betrieb“ durch einen andern: „Im regelmässigen Geschäftsverkehr“ ersetzt wurde, der dem deutschen Genossenschaftsgesetze entlehnt wurde, wonach Konsumvereine im regelmässigen Geschäftsverkehr Waren nur eigenen Mitgliedern oder deren Vertretern verkaufen dürfen. Nach der Denkschrift zum HGB vom 10. Mai 1897[3]) war diese Änderung übrigens nur als redaktionelle, nicht sachliche gedacht. Dagegen hat dann der jüngste gesetzgeberische Erlass: Die Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und Steueramnestie vom 19. September 1931, in HGB § 226 den Erwerb eigener Aktien einer gründlichen Revision unterzogen, so dass seine Anführung in extenso trotz seiner Länge von Interesse sein dürfte:

§ 226.

(1) Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien oder Interimsscheine erwerben, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist; der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien darf 10 v. H. oder einen etwa von der Reichsregierung fest-

---

[2]) R. O. H. 17 S. 383.
[3]) I S. 137; II S. 147.

gesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigen. Im übrigen darf die Aktiengesellschaft eigene Interimsscheine nicht, eigene Aktien nur erwerben, wenn auf sie der Nennbetrag oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser voll geleistet ist und wenn

1. die Gesellschaft damit eine Einkaufskommission ausführt oder
2. der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien zusammen mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, 10 v. H. oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt und die Aktien zur Einziehung erworben werden; als hierzu erworben gelten die Aktien nur, wenn sie binnen sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden.

(2) Die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien wird durch einen Verstoss gegen die Vorschriften des Abs. 1 nicht berührt, es sei denn, dass auf sie der Nennbetrag oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.

(3) Dem Erwerb eigener Aktien und eigener Interimsscheine steht es gleich, wenn eigene Aktien oder eigene Interimsscheine zum Pfand genommen werden oder wenn Aktien der Gesellschaft von einem andern für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben werden.

(4) Steht eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (abhängige Gesellschaft), so darf sie Aktien oder Interimsscheine der herrschenden Gesellschaft nur nach Massgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen der Abs. 1 bis 3 erwerben oder als Pfand nehmen. Sie darf ferner Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen; die Wirk-

samkeit einer solchen Zeichnung wird durch einen Verstoss gegen diese Vorschrift nicht berührt.

(5) Das Stimmrecht und der Anspruch auf den Reingewinn aus eigenen Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, ruhen."

Der für unsere Zwecke wichtigste Teil des neuen § 226, der im vorstehenden Zitate durch Sperrdruck hervorgehoben ist, liegt in der Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien und Interimsscheine, wenn er zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist, wobei immerhin der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien zehn vom Hundert oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz das Grundkapital nicht übersteigen darf. Sodann in der ausdrücklichen Feststellung, dass die Wirksamkeit des Erwerbes eigener Aktien durch einen Verstoss gegen die Vorschrift des Abs. 1 nicht berührt werde, es sei denn, dass es sich um nicht volleinbezahlte Aktien handle.

Um die Tragweite dieses, freilich wohl nur vorläufigen Abschlusses der Lehre vom Erwerb eigener Aktien im deutschen Rechte[4]) richtig würdigen zu können, ist nicht zu übersehen, dass nach wie vor die Bestimmung des früheren § 216 im heutigen § 213 HGB bis zur Stunde unverändert beibehalten worden ist: „Die Aktionäre können ihre Einlage nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder

---

[4]) Gegen die Notverordnung vom 19. September 1931, die sog. kleine Aktienreform, im Gegensatze zu der noch nicht vollendeten, umfassenden Revision des deutschen Aktienrechtes, hat in der deutschen Literatur eine lebhafte Kritik eingesetzt, auf die noch mehrfach einzutreten sein wird. Vollständige Literaturangaben bei Richard Rosendorff, Das neue deutsche Aktienrecht, 2. Aufl. 1932 S. 279 ff. (Über das Resultat des erst nach der Drucklegung dieses Aufsatzes erlassenen deutschen Aktiengesetzes vom 30. Januar 1937, das die Revision zum Abschluss bringt, vgl. A 112 unten.)

dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist.“ Derselbe Grundsatz ist im OR Art. 629 enthalten: „Solange die Gesellschaft besteht, hat jeder Aktionär einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil an dem reinen Gewinn, soweit dieser nach den Statuten zur Verteilung an die Aktionäre bestimmt ist.“ „Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär weder vor noch bei der Auflösung der Gesellschaft zu.“

Hiebei ist aber unbestritten, sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Rechte, dass nicht nur dem Aktionär kein Recht zustehen soll, seine Einlage zurückzuziehen, sondern dass ebensowenig die Gesellschaft ihrerseits, auch nicht freiwillig, eine Einlage zurückzahlen kann. Handelt es sich doch hier um einen fundamentalen Grundsatz nicht nur des Aktienrechts, sondern des Rechtes der Kapitalgesellschaften ganz allgemein, der tief in die wichtigsten Prinzipien über ein allen Kapitalgesellschaften gemeinsames Hauptproblem eingreift, den Schutz der Gesellschaftsgläubiger gegen Versuche der Gesellschafter, sich durch Verteilung des Gesellschaftsvermögens untereinander auf Kosten jener zu bereichern. Das Aktienrecht erblickt den wirksamsten Schutz der Gläubiger in der strengen Durchführung des Grundsatzes, dass der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen nichts beziehen darf, solange nicht mindestens das Grundkapital intakt vorhanden ist. Nur in diesem straffen Zusammenhalten des Gesellschaftsvermögens, mindestens bis zum Betrag des Grundkapitals zugunsten der Gläubiger, des „gage des créanciers“ in der französischen Rechtssprache, liegt im Sinne des Gesetzes bei der Kapitalgesellschaft der Ersatz für die persönliche Haftung der Gesellschafter bei der Personalgesellschaft. Allerdings vermag das Gesetz die Gläubiger nicht vor Verlusten des Gesellschaftsvermögens aus dem Gesellschaftsgeschäft zu bewahren, wohl aber „müssen sie gegen eine spezifische Gefahr, welche die Gesellschaftsform mit sich bringt, geschützt werden, gegen

die Gefahr, dass die Aktionäre unter irgendeinem Rechtsgrund oder auch ohne einen solchen ihre Einlage wieder herausziehen und überhaupt, dass das Gesellschaftsvermögen ganz oder teilweise, auf einmal oder allmählich, an die Aktionäre abfliesst und dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird"[5]). Daher bekanntlich neben dem Verbote der Herausgabe der Einlage die Vorschrift, dass Dividenden nur ausgeschüttet werden dürfen, wenn das Grundkapital gleichwohl intakt vorhanden bleibt und eine teilweise Rückzahlung oder auch nur eine nominelle Herabsetzung des Grundkapitals erst erfolgen darf, wenn die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Und zwar bedingen Übertretungen dieser Gebote nicht etwa nur die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, sondern in der Regel auch eine direkte Rückerstattungspflicht der Aktionäre. Das geht so weit, dass z. B. auch ein ausdrücklicher Verzicht der Gesellschaft auf ihr Forderungsrecht der Rechtsgültigkeit entbehren würde.[6])

---

[5]) Brodmann (Reichsgerichtsrat), Aktienrecht, Kommentar § 213 A Ia.

[6]) Brodmann a. a. O. § 213 A 2a. Das wird vielfach übersehen. Vgl. z. B. Guhl, der richtig ausführt (Das schweizerische Obligationenrecht, S. 276), dass die Verpflichtung des Aktienzeichners nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch ihren zukünftigen Gläubigern eingegangen wird. Die Praxis der Gerichte, zuerst des deutschen Reichsgerichts, dem das Bundesgericht später folgte, begründet gerade mit der in der Zeichnung liegenden, für die Öffentlichkeit bestimmten Erklärung die allgemein anerkannte Unzulässigkeit der exeptio und actio doli des Zeichners gegenüber der Aktiengesellschaft, auch wenn sie selbst durch Arglist ihn zum Beitritte veranlasst hat. Näher erklärt sich diese, dem Vertragsrecht scheinbar widersprechende Tatsache m. E. (Festschrift für Karl Wieland, S. 431) aus der doppelten Bedeutung der Zeichnung. Sie ist sowohl Abschluss des Gesellschaftsvertrages mit der Gesellschaft, als auch einseitiges Rechtsgeschäft im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern, nämlich ein mit dem Beitritte zu jeder Handelsgesellschaft verbundenes, einseitiges Versprechen direkt an die Gesellschaftsgläubiger, für die Gesellschaftsschulden in dem öffentlich kundgegebenen Umfange haften zu wollen. Dann entspricht es aber lediglich all-

Wie ist nun aber mit diesem Verbote, dem Aktionär seine Einlage zurückzuzahlen, diesem „Eckpfeiler des ganzen Systems der Kapitalgesellschaft, aufgebaut auf

---

gemeinen Rechtsgrundsätzen, wenn das direkte Recht der Gläubiger gegenüber dem Mitgliede von der Arglist der Gesellschaft, als eines Dritten im Verhältnis zu ihnen, nicht berührt wird. Dass ferner die Aktiengesellschaft selbst die Rechte ihrer Gläubiger auszuüben vermag, auch wenn sie allein hiezu vertraglich nicht berechtigt wäre, folgt aus der juristischen Natur der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft, welche im Gegensatze zur Personalgesellschaft, bei der ein Gesellschaftsvermögen nicht wesentlich ist und darum nur eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern besteht, die Gesellschaft grundsätzlich berechtigt, hinsichtlich der Bewahrung des Gesellschaftsvermögens vor Zugriffen der Mitglieder auch die Rechte ihrer Gläubiger auszuüben, resp. verpflichtet, denn eine Unterlassung macht eventuell die Organe persönlich haftbar. Darum liegt der Fall genau gleich, ob ein der Gesellschaftsgläubiger wegen nichtiger Vertrag zwischen Gesellschaft und Mitglied vorliegt, wie z. B. auf Erlass der geschuldeten Einlage, oder ob der zur Leistung der Einlage verpflichtende Beitritt des Mitgliedes auf einem der Gesellschaft gegenüber wesentlichen Willensmangel beruht, sofern er nur dem Gläubiger gegenüber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwesentlich ist. Das übersieht Guhl, wenn er (Die Rechtsstellung des betrogenen Aktienzeichners, Schweizerische Aktiengesellschaft 1934, S. 165 ff.) gegenüber meiner Auffassung einwendet, sie scheitere an der Tatsache, dass die Einrede des Zeichners nicht nur gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger, sondern auch gegenüber der Gesellschaft versage. Anders natürlich nach der Ansicht v. Tuhrs (Bürgerliches Recht I § 34, dem Wieland, Handelsrecht II S. 55, folgt), die aber Guhl nicht teilt, wonach entgegen der Auffassung des Reichsgerichts die Bedeutung der Zeichnung sich in dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages erschöpft. Dann muss allerdings zur Erklärung des dem Vertragsrecht offensichtlich widersprechenden Resultates ein spezieller Grund gefunden werden, den nach v. Tuhr nur die Interessenlage bilden kann. Indessen liegt hierin doch lediglich ein Notbehelf, zum mindesten für die Theorie, zu dem erst dann Zuflucht sollte genommen werden, wenn jede Möglichkeit einer Erklärung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die allein gegen Willkür zu schützen vermag, ausgeschlossen ist. Willkür ist es z. B. bereits, wenn ganz allgemein auch dem durch Drohung wie dem durch Arglist zum Beitritt veranlassten Mitgliede die An-

dem grundlegenden Gegensatz vom Stamm des Vermögens und Ertrag", um nochmals mit Brodmann zu sprechen, die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft vereinbar? Wenn beispielsweise eine Aktiengesellschaft, deren Vermögen nicht grösser ist als das Grundkapital, eine Aktie entgeltlich erwirbt, liegt tatsächlich in der Ausweisung des Kaufpreises die Rückgabe der Einlage an den verkaufenden Aktionär, und zwar der ganzen, wenn die Gesellschaft die Aktie zum Nominalwerte oder zu einem höheren Preise erwirbt, oder einer teilweisen, wenn der Kaufpreis hinter dem Nominalwerte zurückbleibt. Die Zahlung geht ja in diesem Fall zu Lasten des Grundkapitals, und der Gegenwert, den die AG. erhält, besteht nicht in einem ihr Vermögen vermehrenden Werte, sondern lediglich in einem Mitgliedschaftsrechte an ihr selbst, während der verkaufende Aktionär als Mitglied ausscheidet. Gewiss, die Gesellschaft kann eventuell die Aktie weiterverkaufen und damit die zurückerstattete Einlage ganz oder teilweise wieder einbringen; nichtsdestoweniger liegt aber zunächst im entgeltlichen Erwerb der Aktie nichts anderes als die Rückgabe einer Einlage an den verkaufenden Aktionär. Das wird ohne weiteres klar, wenn man z. B. bedenkt, dass die Entstehung der Aktiengesellschaft erst möglich wird, wenn alle Aktien gezeichnet und ganz oder zum Teil einbezahlt sind. So gut als in der Annullierung eines Zeichnungsscheines unter Rückgabe des einbezahlten Betrages an den Zeichner, ebensogut liegt daher im Kauf der Aktie

---

fechtung seiner Zeichnung versagt wird; denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird ein auf Drohung beruhender Willensmangel, wie z. B. auch Handlungsunfähigkeit, auch über die Parteien hinaus wirksam. Auch das Fortbestehen der Kapitalgesellschaft trotz Vereinigung sämtlicher Anteile in einer Hand erklärt sich z. B. nach Wieland a. a. O. I. S. 513 nur daraus, dass die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter betr. das Sondervermögen gebundene Rechte sind, d. h. der Gesellschaft nicht um ihrer selbst willen, sondern um der Gläubiger willen zustehen.

von einem spätern Erwerber und Bezahlung des Kaufpreises an ihn, die Rückzahlung einer Einlage. Hier wie dort besteht für die annullierte bzw. erworbene Aktie kein Zeichnungsschein mehr, welcher die Gesellschaft zur Einforderung der auf sie entfallenden Einlage berechtigt und beide Male ist dem Aktionär, dort dem Zeichner, hier dem späteren Erwerber, die auf die Aktie einbezahlte Einlage ganz oder teilweise, je nach dem Betrage des Kaufpreises, zurückgegeben worden. Dieser an sich so klare und doch so viel umstrittene Zusammenhang zwischen Erwerb eigener Aktien und Einlage-Rückzahlungsverbot lässt sich am einfachsten anhand solcher Rechte nachweisen, die über den Erwerb eigener Aktien überhaupt keine Bestimmung enthalten, so dass nur die allgemeinen Grundsätze des Aktienrechts, diese aber unverändert, zur Anwendung gelangen, wie z. B. im französischen Recht.

II.

Französisches Recht.

Den die Praxis des französischen Rechtes beherrschenden Grundsatz hat z. B. der Kassationshof mit Urteil vom 13. Mai 1896 wie folgt formuliert:

„que dans une société en commandite par actions, le fonds social . . . devenant la propriété commune de tous les associés et le gage de tous les créanciers, ne peut être retiré qu'à la suite d'une liquidation, faite dans l'intérêt de tous; que la faculté accordée aux souscripteurs de transférer leurs actions, ne leur transfère que le droit de substituer un autre associé; que ce transfert ne peut s'opérer qu'au profit d'un tiers et non au profit de la société elle-même, qui, une fois constituée, ne peut, en rachetant ses actions, réduire le capital social affecté à la garantie des tiers; qu'il suit de là que toute convention intervenue entre le gérant de la société et l'un de ses actionnaires, ayant pour résultat direct ou indirect de res-

tituer à celui-ci la mise par lui versée ou de l'affranchir des versements restant à faire, doit être réputée nulle et de nul effet, comme contraire à la prohibition de la loi et à l'essence même de la société en commandite".[7])

In der Tat, da die Rückzahlung der Einlage an die Aktionäre dem Aktienrechte widerspricht, muss in Ermangelung einer den Erwerb eigener Aktien nach Art des deutschen Rechtes privilegierenden Norm das sie bewirkende Rechtsgeschäft nichtig sein. Anderseits wird daraus, dass über das Einlage-Rückzahlungsverbot hinaus keine spezielle Vorschrift den Erwerb eigener Aktien untersagt[8]), die Gültigkeit des Erwerbes in dem Falle gefolgert, da er nicht zu Lasten des Grundkapitals geht, sondern z. B. des Reingewinnes: „L'achat de ses propres actions, opéré par une société au moyen d'une partie des bénéfices, n'est prohibé par aucune loi et n'est contraire à aucune des règles générales qui régissent les sociétés par actions. Cette action est donc valable."[9]) Beim Erwerb zu Lasten der Reserven kommt es folgerichtig darauf an, ob der Erwerbspreis zu Lasten des gesetzlichen Reservefonds geht, d. h. des Zwangsreservefonds, den laut Art. 36 des Gesetzes vom 24. Juli 1867 jede Aktiengesellschaft mit 5% des Reingewinnes dotieren muss, bis er 10% des Kapitals erreicht hat, oder auf Rechnung eines von den Aktionären freiwillig gebildeten Reservefonds. Im letztern Fall ist der Erwerb gültig[10]), im erstern nichtig, da nach herrschender Meinung der Zwangsreservefonds nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gläubiger

---

[7]) Dalloz, Receuil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine 1896 I 38.

[8]) Moulin, Le rachat par une société de ses propres titres, Paris 1931 p. 27: „Il faut tout d'abord poser la règle suivante: tout ce qui n'est pas interdit par la loi est licite."

[9]) Lyon-Caën et Renault, Traité de droit commercial II 2 n⁰ 882.

[10]) Lyon-Caën et Renault, II 2 n⁰ 883; Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés civiles et commerciales I n⁰ 417.

vorgeschrieben ist, als eine für sie zusätzliche Sicherheit zum Grundkapital, dem gage des créanciers[11]). Besteht die Reserve aus dem Agio, das bei einer Aktienemission erzielt wurde, so gilt sie ebenfalls als frei, während z. B. das deutsche Recht das Agio dem Zwangsreservefonds einzuverleiben befiehlt, gerade wie Zuzahlungen, welche die Aktionäre etwa freiwillig zu Sanierungszwecken gemacht haben[12]). Wie das Erwerbsgeschäft selbst, ist auch die obligatorische Verpflichtung zum Erwerb nichtig, z. B. das Versprechen der Gesellschaft, einem Angestellten bei seinem Austritte die als Kaution hinterlegten Aktien gegen Entgelt abzunehmen, wenn dadurch das Grundkapital belastet wird[13]). Ebensowenig ist die Übernahme von Aktien an Zahlungsstatt durch die Gesellschaft zulässig, auch wenn der Schuldner über kein anderes Vermögen verfügt[14]). Dagegen ist der Erwerb auf Rechnung eines Dritten gültig[15]) und ebenso das Reportgeschäft in eigenen Aktien, denn da bereits im Momente des Erwerbes der Aktie die Forderung gegen den Verkäufer auf Wiederabnahme entsteht, diese Forderung also anstelle des von der Gesellschaft gezahlten Kaufpreises tritt, ist das Grundkapital nie durch das Kauf- und gleichzeitige Verkaufsgeschäft vermindert worden[16]). Die Beleihung eigener Aktien ist zulässig, nur dass die Gesellschaft das Pfand durch Verkauf an Dritte realisieren muss und nicht selbst übernehmen darf[17]). Der Erwerb nicht voll einbezahlter Aktien ist dagegen immer nichtig, da darin der Verzicht auf den nicht geleisteten Teil der Einlage liegen würde[18]).

---

[11]) Literatur bei Moulin S. 52 A 4.

[12]) D.H.G.B. § 262 Al. 3.

[13]) Cour de Cassation, 15 mai 1927, Journal des Sociétés civiles et commerciales 1928 p. 155.

[14]) Moulin, S. 121.

[15]) Moulin, S. 87.

[16]) Zweifellos die herrschende Meinung. Thaller et Percerou, Traité élémentaire du droit commercial n° 667.

[17]) Lyon-Caën et Renault, II 2 n° 884.

[18]) Houpin et Bosvieux, I n° 418.

Praktisch von grösster Wichtigkeit ist die Streitfrage, ob der Erwerb überhaupt nichtig ist oder nur, wenn der Verkäufer nicht guten Glaubens war, d. h. wusste, dass er an die Gesellschaft selbst verkaufe. Da die grosse Mehrzahl der Aktienkäufe durch die Gesellschaft an der Börse erfolgt, und hier der Käufer den Verkäufer in der Regel gar nicht kennen kann, ist die Entscheidung für die praktische Einwirkung des Einlage-Rückzahlungsverbotes auf den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft von grösster Bedeutung. In einem vom Senate bereits angenommenen, aber von der Deputiertenkammer nie behandelten Gesetze aus dem Jahre 1884 war ein Artikel 33 vorgesehen, der folgendermassen lautete[19]):

„Il est interdit aux sociétés d'acheter leurs propres actions, sauf dans les cas suivants: 1° Lorsque ce rachat est fait pour un amortissement prévu dans les statuts; 2° lorsque le rachat, se faisant en vue d'une réduction du capital social, toutes les conditions et formalités prescrites pour cette réduction ont été remplies. Les titres d'actions, ainsi achetés par une société, doivent être annulés. La nullité des achats, faits contrairement aux dispositions du présent article, ne peut être prononcée qu'autant que le vendeur a été de mauvaise foi."

Auch in der Doktrin wird diese Ansicht mehrfach vertreten.[20]) Sofern man sich nur auf den Standpunkt des Verkäufers stellt, hat sie in der Tat vieles für sich. Gleichwohl hat sich aber die Rechtsprechung durchweg geweigert, den guten Glauben des Verkäufers zu berücksichtigen[21]). Speziell der Kassationshof hat in einem Entscheid vom 27. Januar 1887[22]) erklärt, dass dem guten Glauben des Verkäufers keine Bedeutung zukomme, gleichgültig ob der Kauf direkt oder durch Mittelsperson

---

[19]) Moulin, S. 81 A 1.
[20]) Moulin, S. 79 und Literatur daselbst A 3.
[21]) Moulin, S. 78 A 3.
[22]) Dalloz, 1887 I 489.

oder auch an der Börse erfolgt sei, und hat auch in der Folge an dieser Praxis festgehalten.[23]) Nach Houpin et Bosvieux liegt die Rechtfertigung darin, dass jede zurückbezahlte Einlage zurückzuerstatten sei, auch wenn sie in die Form eines Verkaufes oder in eine andere gekleidet wurde.[24]) Nach Thaller et Pic, weil bei jedem Konflikt zwischen Gläubiger und Aktionär dem ersteren der Vorzug gebühre.[25]) Der Anspruch geht auf Rückgabe des Kaufpreises, soweit er aus dem Grundkapital bestritten wurde, sowie auf Zahlung eines Verzugszinses vom Tage des Verkaufes an, letzteres aber nur bei schlechtem Glauben des Verkäufers, d. h. wenn er wusste, dass die Gesellschaft selbst die Käuferin sei.[26]) Die Gesellschaft muss zwar dem Aktionär seine Aktie zurückgeben, aber nicht Zug um Zug, sondern, sofern diese etwa bereits weiterverkauft ist, genügt die Herausgabe des erzielten Verkaufspreises[27]). Hat die Gesellschaft freilich die Aktie ohne Verlust weiterverkauft, so ist die Nichtigkeit geheilt, da das Grundkapital wieder ergänzt ist[28]). Dasselbe gilt, wenn ein Gläubiger der Gesellschaft die von ihr gekaufte Aktie zum Werte des von ihr ausgelegten Kaufpreises an Zahlungsstatt angenommen hat[29]). Überall trifft aber die Beweislast, dass die Gesellschaft nicht geschädigt ist, den Aktionär[30]).

---

[23]) Cour de Cassation, 3 février 1913; Sirey, Recueil général des droits et des arrêts 1913 S. 415.

[24]) Houpin et Bosvieux I n⁰ 407.

[25]) Thaller et Pic, Traité général théorique et pratique du droit commercial III n⁰ 1160.

[26]) Die von Moulin S. 82 A 1 zitierten Urteile, wonach auch der gutgläubige Verkäufer Verzugszinsen schulde, sind wohl überholt durch das unter A 23 hievor zitierte Urteil des Kassationshofes vom 3. Februar 1913.

[27]) Cour de Cassation, 6 novembre 1865; Dalloz 1865 I 480.

[28]) Houpin et Bosvieux I n⁰ 411.

[29]) Lyon-Caën et Renault II 2 n⁰ 881: „Il y a là, non plus une réduction mais un emploi régulier d'une partie de ce capital à l'extinction d'un passif social."

[30]) Houpin et Bosvieux I n⁰ 411.

Nun wird freilich in der Literatur ausserhalb Frankreichs etwa der Anschein erweckt, als wenn die geschilderte französische Praxis keine einheitliche, sondern sehr bestritten wäre. Dieser Eindruck beruht aber wohl zum guten Teil auf der Darstellungsweise der Handbücher des französischen Handelsgesellschaftsrechtes, deren Verfasser sowohl die mit ihrer Auffassung übereinstimmenden Entscheide und Autoren anzuführen pflegen, als auch diejenigen ihrer Gegner, ohne aber im allgemeinen auf deren Argumente im einzelnen einzutreten. Das gilt zwar auch von der neuesten Monographie auf diesem Gebiete von Moulin 1931, doch macht diese immerhin den Eindruck einer weitgehenden Einheitlichkeit der französischen Lehre in dieser Materie. Jedenfalls ist aber die Praxis des Kassationshofes stets konsequent geblieben. So ist es irrtümlich, wenn Moulin unter Berufung auf zwei Urteile des Kassationshofes behauptet, dass auch dieses Gericht gelegentlich nicht unterschieden habe, ob der Erwerb eigener Aktien zu Lasten des Grundkapitals oder freien Gesellschaftsvermögens gehe, sondern ohne zu unterscheiden Nichtigkeit angenommen habe.[31]) Das eine dieser beiden Urteile ist das am Eingang dieses Abschnittes angeführte vom 13. Mai 1896.[32]) Da dieses aber nur von einem Kauf spricht, der geeignet sei, „réduire le capital social affecté à la garantie des tiers", was sehr wohl nur auf das Grundkapital bezogen werden kann, und von einem „restituer à celui-ci (dem Verkäufer) la mise par lui versée ou de l'affranchir des versements restant à faire", was wiederum auf eine Rückzahlung der Einlage zu Lasten des Grundkapitals bezogen werden kann, da eine Zahlung aus freiem Vermögen keine Rückgabe im Sinne des Einlage-Rückzahlungsverbotes darstellt, so spricht dieses Urteil zum mindesten nicht für die Behauptung Moulins. Der andere, von ihm angeführte Entscheid vom 3. Februar 1913 sagt dagegen klar und deutlich aus, dass der Erwerb

[31]) Moulin, S. 57.
[32]) Dalloz, 1896 I 38.

nur nichtig sei, wenn der Kaufpreis nicht aus fakultativen Reserven oder Reingewinn bezahlt werde.[33]) Auch die hervorragendsten Handelsrechtler stimmen dem Kassationshof durchaus zu. So sagt z. B. Lyon-Caën ausdrücklich nur vom Erwerb zu Lasten des Grundkapitals „cette opération enlève aux créanciers une portion de leur gage, elle est donc prohibée. L'achat fait contrairement à cette prohibition est nul",[34]) und Houpin et Bosvieux betonen unter Hinweis darauf, dass das Gesetz vom 24. Juli 1867 den Erwerb eigener Aktien nicht erwähne und darum die allgemeinen Rechtsgrundsätze anwendbar seien, dass diese verschieden wären „suivant qu'il (le rachat) a été effectué avec des fonds faisant partie du capital social ou au moyen des bénéfices ou réserves de la société"[35]). So hat also das französische Recht beim Fehlen einer Spezialnorm über den Erwerb eigener Aktien die Konsequenzen aus dem Einlage-Rückzahlungsverbot logisch und klar gezogen: Soweit der Erwerb eigener Aktien mit dem Verbote kollidiert, ist er nichtig; gültig nur soweit als eine Kollision nicht vorliegt. Das war übrigens auch der Standpunkt des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches und ist heute noch derjenige des österreichischen Rechtes, das in dieser Materie den Grundsätzen jenes treu geblieben ist.[36])

---

[33]) Cour de Cassation, 3 février 1913; Sirey, 1913 S. 415.

[34]) Lyon-Caën et Renault II 2 n° 880bis.

[35]) Houpin et Bosvieux I n° 404.

[36]) Zum A.D.H.G. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II S. 77; Bachmann in Busch's Archiv 31, 1. Zum Österr. Rechte Staub-Pisko, Kommentar zum A.D.H.G., Ausgabe für Österreich I S. 409. Irrtümlich wohl Morel, Eigene Aktien der AG., Zeitschr. f. schw. Recht 53 S. 170, wonach die österreichische Praxis Nichtigkeit nicht annehme. Dies bezieht sich wohl nur auf solche Erwerbsfälle, die gegen die vom österreichischen Aktienregulativ geforderten statutarischen Bestimmungen verstossen (Pisko, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts S. 401), während Verletzung des Gesetzes Nichtigkeit bedingt.

III.

Deutsches Recht.

Ungleich verworrener ist die Rechtslage im deutschen Rechte, seit die Novelle von 1884 durch die Umwandlung der „darf nicht"- in eine „soll nicht"-Vorschrift auch den vom Gesetz nicht gestatteten Erwerb für rechtsgültig erklärt hat. Gewiss, soweit das Gesetz den Erwerb ausdrücklich gestattet, ist sein Verhältnis zum Einlage-Rückzahlungsverbot hier wie in jedem andern Rechte klar, nämlich dasjenige der Ausnahme zur Regel: In der Regel ist die Rückzahlung der Einlage nichtig, ausgenommen, wo sie durch einen vom Gesetz gestatteten Erwerb bedingt wird. Wie aber, wenn der Erwerb der zur Rückzahlung der Einlage führt, im konkreten Falle nicht gestattet ist? Was hat dann der dem französischen Rechte fremde Standpunkt des Gesetzes, dass gleichwohl der verbotene Erwerb rechtsgültig sei, rechtlich für eine Bedeutung? Die Frage ist bis heute bestritten und auch durch die Notverordnung nicht einwandfrei geklärt, sondern sogar um neue Kontroversen vermehrt worden. Stellen wir die Praxis des Reichsgerichts an die Spitze, da sie allein geltendes Recht darstellt.

Auffallenderweise hat es mehr als 20 Jahre seit Erlass der Novelle von 1884 gedauert, bis in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes der Gegensatz dieses Gesetzes zur Novelle von 1870, der Ersatz der „darf nicht"- durch eine „soll nicht"-Vorschrift zum Ausdruck gekommen ist. Den Anlass bot die Frage der Haftung der Aktiengesellschaft gegenüber einem Aktionär, der die Aktien von ihr oder einem Dritten, aber unter dem Einfluss arglistiger Angaben von Seite der Gesellschaft erworben hat, also eine Frage, die mit der in Anmerkung 6 angeführten Lehre von der Haftbarkeit der Aktiengesellschaft für dolus gegenüber dem Aktienzeichner im engsten Zusammenhang steht. Noch im Jahre 1903 hatte das Reichsgericht jede Haftbarkeit der Gesellschaft für arglistige Zusicherungen

anlässlich einer Kapitalerhöhung abgelehnt[37]) und ebenso im Jahre 1905, als ein Aktionär, infolge arglistiger Verschleierung der Lage durch die Gesellschaft, seine Aktien nicht verkauft, sondern weitere dazu erworben hatte[38]), und zwar beide Male im Hinblick auf das Einlage-Rückzahlungsverbot. Sowenig der Aktienzeichner durch die exceptio bzw. actio doli die Bezahlung der Einlage verweigern resp. ihre Rückgabe fordern könne, wenn er durch Arglist der Gesellschaft zum Beitritt veranlasst worden sei, sowenig stehe dem Aktienkäufer dieses Recht zu, wenn ihn die Gesellschaft durch Arglist zum Erwerb oder zum Verzicht auf einen Verkauf seiner Aktien bewogen habe. Im wirtschaftlichen Erfolge würde beides zu der Rückzahlung der Einlage an den Aktionär führen, da beide Male das Resultat eines erfolgreichen Anspruches die Übernahme der Aktien durch die Gesellschaft und die Rückgabe des Kaufpreises an den Aktionär wäre, also die Rückzahlung einer Einlage. Weder bei der Zeichnung noch beim Kauf könne ein Aktionär den Schaden, der ihm gerade aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft erwachse, von dieser selbst ersetzt verlangen. Oder, an anderer Stelle, es sei ausgeschlossen, dass der Aktionär durch seine Beteiligung an der Gesellschaft zugleich Gläubigerrechte gegen sie erlange, welche mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte der Aktionäre im Widerspruch stehen, und dadurch in Konkurrenz mit den Gesellschaftsgläubigern trete. Freilich nur bis zu demjenigen Betrag wird der Kaufpreis zur Einlage, den seinerzeit der Zeichner einzahlte, oder, bei Erwerb von Seite der Gesellschaft, den sie ihrerseits als Kaufpreis auslegte, aber in diesem Umfange ist er in der Tat den Gesellschaftsgläubigern nach den Grundsätzen des Aktienrechts wie eine Einlage verfangen.[39])

---

[37]) R. G. Z. 54 S. 128.

[38]) R. G. Z. 62 S. 29.

[39]) Näheres Z. H. R. 67 S. 1 ff.

Die grundsätzliche Änderung der Praxis des Reichsgerichtes erfolgte mit Urteil vom 28. April 1909[40]). Hier erklärte das Reichsgericht anlässlich eines Falles der Prospekthaftung, dass es zwar an seiner bisherigen Praxis für den Fall festhalte, da der Aktionär die Aktie gezeichnet habe, sie aber für den Fall aufgebe, da er sie durch Kauf von der Gesellschaft erworben habe, und zwar in der Hauptsache aus folgenden Gründen: Die Aktienzeichnung ist im Gegensatz zum Aktienkauf ein gesellschaftsrechtlicher polizeilicher Akt. Dadurch wird der Allgemeinheit das Vorhandensein des Grundkapitals erklärt, für welches das Gesetz im Interesse der Allgemeinheit besondere Garantien geschaffen hat. Diese reichen nun allerdings so weit, dass auch nach Entstehung der Aktiengesellschaft eine spätere Entfremdung des Grundkapitals von seinem Zwecke, etwa durch Auszahlung von Zinsen, Vereinbarung zwischen Gründer und Mitglied über Rückzahlung der Einlage etc., untersagt wird. Dagegen reichen sie nicht so weit, dass auch Verluste aus der Betätigung der Gesellschaft im Verkehrsleben ausgeschlossen werden. Im Rechtsverkehr muss vielmehr auch sie wie jedes andere Rechtssubjekt behandelt werden, also als Schuldner dem Aktionär in seiner Eigenschaft als Gläubiger seinen Kaufpreis eventuell zurückgeben, ohne die Einrede erheben zu können, dass darin die aktienrechtlich unzulässige Rückzahlung einer Einlage liege. Für die nach § 226 gültigen und offenbar einem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Kaufgeschäfte über eigene Aktien können nur die allgemeinen Rechtsregeln gelten.

Einen weiteren Satz aus der Begründung, wonach der Aktiengesellschaft im Rechtsverkehr keine Vorrechte gegenüber ihrem Aktionär zustehen, der ihr nur als Käufer gegenübertrete, nicht als Erstzeichner, hat das Reichsgericht selbst in einem späteren Entscheide korrigiert[41]): Es frage sich doch gerade, ob ein solches Vorrecht nicht

[40]) R. G. Z. 71 S. 97.
[41]) R. G. Z. 146 S. 84 ff.

aus § 213, dem Einlage-Rückzahlungsverbot folge, das ja weniger der Gesellschaft, als der Gesellschaftsgläubiger wegen erlassen sei. In der Tat, um ein Privileg der Aktiengesellschaft im Interesse ihrer selbst gegenüber dem Mitgliede, das als Dritter mit ihr kontrahiert, kann es sich keinesfalls handeln, sowenig als bei der Versagung von exceptio und actio doli gegenüber dem Aktienzeichner. An dieser Praxis hat das Reichsgericht seither unentwegt festgehalten, ohne aber, wenigstens in der Theorie, allgemein durchdringen zu können, so dass die Ansichten nach wie vor geteilt sind.

Der reichsgerichtlichen Auffassung diametral entgegengesetzt ist diejenige von Brodmann[42]), welcher der Umwandlung der „darf nicht"- in eine „soll nicht"-Vorschrift in § 226 durch die Novelle von 1884 überhaupt keine grundsätzliche Bedeutung beilegen will. Das Verbot, an den Aktionär etwas aus dem Vermögen, abgesehen von der Dividende, auszuweisen, ist eine Sondervorschrift, durch welche die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze da ausgeschlossen wird, wo diese zu einem Anspruch des Aktionärs auf eine solche Zahlung von Seite der Gesellschaft führen würde. Das kommt auch zur Geltung im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit der Gesellschaft über die Aktien selbst. Darum ist die frühere Praxis des Reichsgerichts richtig gewesen, die jeden Anspruch abgelehnt hat, der im wirtschaftlichen Resultat zu der Rückgabe einer Einlage führte. Bei der Novelle von 1884 hat es sich im Grunde um eine ziemlich scharf begrenzte Ausnahme von dem absoluten Verbote des Erwerbs eigener Aktien aus Opportunitätsgründen gehandelt, nämlich den Banken das Kommissionsgeschäft freizugeben. Aus den Motiven zur Novelle ergibt sich ferner klar, dass speziell drei Erwerbsfälle gestattet werden sollten: Im geschäftlichen Betrieb die Einkaufskommission, ausserhalb des geschäftlichen Betriebes die Schenkung und Zwangsvollstreckung.

---

[42]) Brodmann a. a. O. zu § 213 und 226.

Allerdings hat der Gesetzgeber bedauerlicherweise, statt diese konkreten Dinge zu nennen, seine Gedanken in einem Begriff auszudrücken versucht, der dasselbe sagen wollte, aber weit entfernt ist, es zu tun. Wobei zugegeben sei, dass ein erhebliches Bedenken gegen diese Auffassung aus der Tatsache erwächst, dass der Erwerb eigener Aktien, also die Rückgabe einer Einlage, zwar der Aktiengesellschaft untersagt ist, aber in einer Weise, die ergibt, dass an und für sich das Rechtsgeschäft wirksam sein soll.

Damit weist Brodmann selbst auf den Haupteinwand hin, den man in der Tat seiner Ansicht entgegenhalten kann: Wenn der Erwerb eigener Aktien zur Rückzahlung einer Einlage führt, und darum nach § 213, dem Einlage-Rückzahlungsverbot, nichtig ist, was soll dann damit gesagt werden, dass die Novelle von 1884 im Gegensatz zum bisherigen Recht den Erwerb für rechtsgültig erklären will? Entweder scheitert die Rechtsgültigkeit des Erwerbsaktes an dem Einlage-Rückzahlungsverbot, oder aber dieses muss jenem grundsätzlich weichen. Eine Ausgleichung der beiden Gegensätze ist logisch unmöglich.

Dieselbe Ansicht wie Brodmann vertritt Veit-Simon[43]). Jede Anfechtung und jeder Schadensersatzanspruch eines Aktionärs, die zur Rückzahlung des Preises für die Aktien und Rückgabe der Aktien an die Gesellschaft führen würden, ist aktienrechtlich unzulässig: „Die Bedeutung des § 213 besteht darin, dass er dem Aktionär zuruft: ‚Hand weg von der Kasse der Aktiengesellschaft'. Wird der Unterschied zwischen Aktionär und Gläubiger verwischt, so fällt damit eine Grundlage unseres ganzen Aktienwesens." Auch Fürst[44]) weist für den Spezialfall, da eine Aktiengesellschaft einem Aktionär die von ihm gezeichnete Aktie verbürgt, darauf hin, dass damit der Aktionär dem

---

[43]) Veit-Simon, Die Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens des Aktionärs auf die Aktiengesellschaft, Leipz. Zschr. 1913 S. 388 ff.

[44]) Fürst, Bürgschaft oder Garantie einer Aktiengesellschaft für ihre Aktienverpflichtung, Leipz. Zschr. 1914 S. 270 ff.

Gesellschaftsgläubiger gleichgestellt werde, was aktienrechtlich unzulässig sei, und dasselbe soll von einer entsprechenden Garantie gelten, welche die Gesellschaft gegenüber einem Aktienkäufer übernimmt.[45])

Hier sind auch solche Schriftsteller anzuführen, welche für das deutsche, wie für das französische Recht die Rückzahlung einer Einlage wenigstens in dem Erwerb eigener Aktien zu Lasten des Grundkapitals erblicken wollen. Wenn dieser Unterschied für das deutsche Recht sonst in der Regel nicht gemacht wird, so dürfte die Ursache eine doppelte sein. Einmal weil eine Ansicht dahin geht, so z. B. Brodmann[46]), dass sich aus § 213 und 215 in Verbindung mit 241 III 1 HGB ergebe, dass nach deutschem Recht, abgesehen von einer Dividende, aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft überhaupt keine Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre erfolgen dürfe, auch nicht aus Reingewinn oder freien Reserven. Sodann aber, weil unter der Herrschaft der Novelle von 1870 grundsätzlich jeder Erwerb eigener Aktien nichtig war, auch wenn er nicht zu Lasten des Grundkapitals ging, so dass damals der Gegensatz gar nicht praktisch werden konnte. Da diese Frage aber ausschliesslich das interne deutsche Recht berührt, ist sie an dieser Stelle nicht von Interesse. An sich schützt das Einlage-Rückzahlungsverbot allerdings nur vor Eingriffen in das Grundkapital. Soweit aber ein entsprechender Schutz auch beim Erwerb eigener Aktien angenommen wird, liegt darin eine Ablehnung der Ansicht des Reichsgerichtes. So richtig für das Allg.DHGB. Lehmann[47]): „Ist infolge schlechter Geschäftslage das Gesellschaftsvermögen auf den Betrag des Grundkapitals oder noch tiefer gesunken, so liegt in dem Ankauf einer vollbezahlten Aktie im Grunde eine Rückzahlung der Einlage. Freilich ist entgegenzuhalten, dass in allen

---

[45]) Brodmann a. a. O. § 213 A 2 d.

[46]) Brodmann a. a. O. § 213 A 1a. Ebenso Feine, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 247 ff.

[47]) Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II S. 78.

Fällen der letzten Art nicht ausgeschlossen ist, dass die Aktiengesellschaft das erworbene Aktienrecht wieder abstösst und dadurch den gezahlten Betrag wieder beibringt. Die Verkürzung des Grundkapitals findet nur so weit statt, als die Wiederveräusserung zu einem ungünstigeren Resultate führt. Aber da es zur Zeit des Ankaufes noch nicht feststeht, ob der Aktiengesellschaft die Wiederveräusserung gelingen wird, ist jedenfalls zunächst der Aktionär, dessen Aktienrecht angekauft ist, aus dem Grundkapital befriedigt."[48])

Ebenso aber auch noch für das Recht der Novelle von 1884 Breit[49]), der annimmt, dass das Einlage-Rückzahlungsverbot nicht weiter reichen könne, als das Interesse der Gesellschaftsgläubiger erheische. Dieses beschränke sich auf das Grundkapital. Soweit müsse man also allerdings der Gesellschaft gegenüber dem Anspruch des Aktienkäufers auf Rücknahme der Aktie durch die Gesellschaft den Beweis zubilligen, dass der seinerzeitige Erwerb durch sie nur zu Lasten des Grundkapitals erfolgen konnte. Im übrigen bliebe die Rechtslage dieselbe, ob der Aktionär die Aktien gezeichnet oder gekauft hat und ob er sie von der Gesellschaft oder einem Dritten erworben hat. Daher sollte die ganze Lehre vom Einlage-Rückzahlungsverbot auf den Gegensatz von Grundkapital und übrigem Gesellschaftsvermögen umgestellt werden.[50])

Anderseits sucht allerdings heute die Mehrzahl der deutschen Schriftsteller dem Standpunkt des Reichsgerichtes mehr oder weniger Rechnung zu tragen, wobei natürlich auch die Notverordnung vom 19. September 1931 nicht ohne Einfluss geblieben ist. Zunächst vermehrt diese ja im ganz wesentlichen Umfang die Fälle des gestatteten Erwerbs. Nach dem zitierten § 226 Al. 1 darf die Aktiengesellschaft zur Abwendung eines schweren

---

[48]) Dazu Wieland, Handelsrecht II S. 25.

[49]) Breit, Ansprüche des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus dem Erwerb der Aktien. Z.H.R. 70 S. 415 ff.

[50]) Jur. Wochenschrift 1916 S. 490.

Schadens eigene Aktien bis zum Betrage von $^1/_{10}$ des Grundkapitals erwerben und auch behalten. Nach § 227 ferner ist es jederzeit zulässig, zum Zwecke der Amortisation zu Lasten des Reingewinnes oder eines Reservefonds Aktien zu erwerben, sofern nur der Totalbestand aller eigenen Aktien 10% des Grundkapitals nicht übersteigt und die Amortisation innerhalb sechs Monaten durchgeführt wird. Damit wird also auch im deutschen wie im französischen Recht der Tatsache Rechnung getragen, dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Gläubiger an sich nur auf das Grundkapital einen festen Anspruch besitzen. Sodann sagt aber auch hinsichtlich der aufgenommenen Aktien, deren Erwerb nicht gestattet war, § 226 Al. 2 mit aller Deutlichkeit: „Die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien wird durch einen Verstoss gegen die Vorschriften des Abs. 1 nicht berührt, es sei denn, dass auf sie der Nennbetrag, oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.“

Freilich wird mit den letzteren Worten nichts anderes festgesetzt, als nach der Auffassung des Reichsgerichtes schon durch den Ersatz der „darf nicht“-Vorschrift der Novelle von 1870 durch eine „soll nicht“-Vorschrift der Novelle von 1884 bestimmt werden sollte, nämlich die Rechtsgültigkeit des Erwerbsgeschäftes auch im Falle eines gesetzwidrigen Erwerbs. Immerhin folgt aber aus § 226 Al. 2 in der neuen Fassung, dass zum mindesten die Novelle die Schwenkung der Reichsgerichtspraxis vom Jahre 1909 nicht missbilligen, sondern im Gegenteil ausdrücklich gutheissen wollte. Damit wird z. B. das von Brodmann gegen die Praxis des Reichsgerichts auf Grund des früheren Rechts vorgebrachte zutreffende Argument entkräftet, dass der Gesetzgeber mit seiner „soll nicht“-Vorschrift von 1884 keinesfalls beabsichtigt habe, das Einlage-Rückzahlungsverbot ganz allgemein im Falle des Handels der Aktiengesellschaft in ihren eigenen Aktien preiszugeben[51]).

[51]) Mit der Ansicht von Brodmann stimmt meine in der Zeitschrift für Handelsrecht 67 S. 1 ff. und Schweizerische Ju-

Auffallenderweise ist allerdings die Praxis des Reichsgerichts zunächst auf Grund einer ganz anderen als seiner eigenen, auf die Bedürfnisse des Verkehrs hinweisenden Argumentation verteidigt worden, nämlich vom Begriff der Einlage aus. Schon vor der Schwenkung der reichsgerichtlichen Praxis im Jahre 1909 hat Rehm[52]) die Behauptung, dass das Gesetz der Aktiengesellschaft nur hinsichtlich der bei ihr gezeichneten, nicht aber auch hinsichtlich der von ihr verkauften Aktie eine Dividendengarantie verbiete, damit begründet, dass sonst jeder vom Erwerber der Aktiengesellschaft bezahlte Kaufpreis als Einlage aufgefasst werden müsse und doch niemand daran denke, im Erwerb eigener Aktien die Rückzahlung einer Einlage zu erblicken. Sodann vertritt heute hauptsächlich Staub-Pinner[53]) die Ansicht, dass „Einlage" ausschliesslich die Zahlung des Aktienzeichners bedeute, aber weder den Kaufpreis, den die Aktiengesellschaft ihrem Verkäufer, noch denjenigen, den ihr Käufer ihr entrichte. Danach wäre beim Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft also eine Kollision mit dem Einlage-Rückzahlungsverbot überhaupt nicht möglich, ausser wenn die Gesellschaft die Aktien direkt vom Zeichner erwirbt. Ihm folgt Heinz Pinner[54]), ohne aber ein anderes Argument beizubringen, als denselben Hinweis auf diese angebliche Bedeutung des Wortes „Einlage" im Rechtssinne. Indessen scheitert diese Theorie zwar nicht am Wortsinne, wohl aber an der materiellen Bedeutung, welche das Aktien-

---

ristenzeitung 14 S. 1 ff. vertretene Auffassung überein. Auch diese trifft aber für das heutige deutsche Recht nicht mehr zu, weil dieses der Rechtsgültigkeit des Erwerbsgeschäfts zweifellos in gewissem, wenn auch schwer abgrenzbarem Umfange, die Priorität vor dem Rückzahlungsverbote zuerkennen will.

[52]) Rehm, Fälle zulässiger Übernahme von Dividendengarantien, Z.H.R. 55 S. 460 ff.

[53]) Staub-Pinner, Kommentar zum H.G.B. § 213 A 1; ferner Nachtrag zur 12. und 13. Auflage S. 15.

[54]) Heinz Pinner, Erwerb eigener Aktien und Rückzahlung der Einlage. Festschrift Albert Pinner S. 613 ff.

recht der Einlage im Interesse der Gesellschaftsgläubiger beilegt. Was ihnen verfangen ist, ist das Grundkapital, und dieses besteht nur aus den von den Zeichnern bezahlten Einlagen. Diese bleiben aber in gleicher Weise dem Gesellschaftsgläubiger verhaftet, ob der Zeichner seine Aktie behält oder verkauft, und ebenso wenn die Aktiengesellschaft selbst sie erwirbt und weiterveräussert. Wohl zahlt sie in jenem Fall die erhaltene Einlage (ganz oder teilweise, je nach dem Verhältnis des Kaufpreises zum Emissionskurs) zurück, bringt sie aber durch Wiederveräusserung der Aktie wieder ein. Auch der Aktienkäufer ist also genau gleich wie der Aktienzeichner an das Einlage-Rückzahlungsverbot gebunden, so dass auch der von ihm der Gesellschaft oder einem Dritten bezahlte Kaufpreis im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern zur Einlage wird[55]).

Derselben Ansicht, dass die Rückzahlung einer Einlage bei dem Erwerb eigener Aktien von Seite der Aktiengesellschaft nicht in Frage komme, sind, wenn auch ohne spezielle Begründung, Rudolf Fischer[56]), allerdings nur bei einer nicht voll einbezahlten Aktie, und Goldschmit[57]). Dagegen sucht Nord[58]) dem Gedankengange des Reichsgerichtes im einzelnen nachzugehen und glaubt ihm folgende, wenn auch lückenhafte Grundsätze entnehmen zu können: „Als Ergebnis kann nur festgestellt werden, dass wohl Zahlungen auf die Einlage, bzw. auf Rechnung der Beteiligung an der Gesellschaft an den ersten Nehmer der Aktie als Rückzahlung der Einlage unzulässig sind, unter Umständen jedoch auch Zahlungen an spätere Aktionäre, besonders wenn diesen ein Vertrag der Aktiengesellschaft

[55]) Nähere Begründung in der in Anmerkung 51 hievor zitierten Abhandlung Z.H.R. 67 S. 1 ff.

[56]) Rudolf Fischer, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Ehrenbergs, H.B. des H.R. III Abt. 1 S. 163 ff.

[57]) Goldschmit, Das neue Aktienrecht A 3 zu § 213.

[58]) Nord, Kapitalrückzahlungen an Aktionäre, Zentralblatt für Handelsrecht 1931 S. 176 ff.

vorausging, der die Aktiengesellschaft zu solchen Zahlungen in einer späteren Zeit verpflichtet."

Denselben Gegensatz zwischen Erwerb und vorangehendem Vertrag hat schon Hachenburg[59]) vertreten auf Grund folgender Begründung: Nur wo der Gesellschaft als Käuferin der Aktie ein wirtschaftliches Gut zugeführt wird, liegt ein erlaubtes Kaufgeschäft vor, ein Umsatzgeschäft im Sinne des Reichsgerichts. Dies trifft zu, wenn die Gesellschaft einen sachgemässen, z. B. den kursmässigen Preis bezahlt, weil sie dann durch Weiterverkauf die Einlage wieder einbringen kann. Anders aber, wenn sie auf Termin kauft, denn dann entspricht eventuell der Wert der Aktie am Lieferungstermin nicht mehr dem vereinbarten Preise und bedeutet dann eventuell eine, wenigstens teilweise Rückzahlung der Einlage. Dem schliesst sich auch Brodmann[60]) an, dass nämlich — unter Wahrung seines sonstigen grundsätzlichen Standpunktes — der Erwerb eigener Aktien auch in den vom Gesetz gestatteten Fällen eine starke Singularität darstelle, eine Ausnahme, die nicht extensiv interpretiert werden dürfe. Darum müsse wohl der Erwerb als gültig angesehen werden, wenn es einmal dazu gekommen sei, nicht aber auch das auf den Erwerb hinzielende obligatorische Rechtsgeschäft.

Neuerdings hat diese Kontroverse vermehrte Bedeutung erhalten durch die Notverordnung vom 19. September 1931. Während das H.G.B. von 1897 bestimmt hatte, dass die Aktiengesellschaft eigene Aktien nicht erwerben soll und eigene Interimsscheine nicht erwerben kann, verfügt die Notverordnung, dass die Aktiengesellschaft eigene Interimsscheine nicht, und eigene Aktien nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben darf. Nach der einen Ansicht soll nun das Verbot durch die Notverordnung verschärft worden sein, was der Ersatz der „soll nicht"-durch eine „darf nicht"-Vorschrift und deren Gleich-

[59]) Hachenburg, Zum Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die G.m.b.H. Festschrift Georg Cohn S. 79 ff.

[60]) Brodmann, § 226 A 1a.

stellung mit einer „kann nicht"-Vorschrift beweise. Also müsse, wie unter der Herrschaft der Novelle von 1870, die Rechtsfolge der Übertretung des Verbotes die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes sein. Dann könne sich aber Al. 2 von § 226, wonach die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien durch einen Verstoss gegen Al. 1 nicht berührt werde, nur auf den Erwerb im engeren Sinne beziehen, nämlich auf das dingliche Rechtsgeschäft, während das obligatorische durch diese Vorschrift nicht geschützt werde, sondern als ein Verstoss gegen die „darf nicht"-Vorschrift nichtig sei[61]). Wäre das nicht der Fall, wird von anderer Seite beigefügt, sondern auch das obligatorische Rechtsgeschäft rechtsgültig, so müsste es auch zur Exekution gebracht werden können, was aber ausgeschlossen sei, da keine Behörde Hand bieten dürfe zur Exekution einer verbotswidrigen Handlung, hier des Erwerbs eigener Aktien[62]). Beim obligatorischen Rechtsgeschäft handle es sich tatsächlich um eine Naturalobligation, die wie eine Spielschuld zwar nicht klagbar, aber rechtsgültig erfüllbar sei[63]).

Nach der anderen Ansicht, welche die Rechtsgültigkeit sowohl des obligatorischen als auch des dinglichen Erwerbsgeschäfts behauptet, scheitert die Auffassung einer Naturalobligation an der Tatsache, dass wo das Gesetz sonst eine solche konstruiere, wie bei der Spielschuld, die Rückforderung des Geleisteten ausdrücklich ausgeschlossen werde, was im vorliegenden Fall nicht zutreffe. Wohl sei nach § 134 B.G.B. ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, nichtig, aber

---

[61]) Horrwitz-Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht § 226 A 4.

[62]) Quassowski, einer der Bearbeiter der Notverordnung von 1931, Jur. Wochenschrift 1931 S. 2921; Neufeld, ebendaselbst 1931 S. 3043.

[63]) Lehmann-Hirsch, Verordnung über Aktienrecht 2. Aufl. § 226 A 61. Für Nichtigkeit ausserdem z. B. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Verordnung über Aktienrecht, § 226 A 23.

nur wenn sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt. Das sei aber hier der Fall. Denn da die schuldigen Gesellschaftsorgane haftbar würden, liege hierin und nicht in der Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes im Sinne des Gesetzes die Sanktion für die Verbotsüberschreitung. Wäre ferner das obligatorische Rechtsgeschäft nichtig, so könnten trotz der vom Gesetz ausgesprochenen Wirksamkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes die Gesellschaft den Kaufpreis und der Käufer die Aktien kondizieren, denn die Bestimmung der Bereicherungsklage sei es gerade, eine ohne rechtlichen Grund vorgenommene Vermögensverschiebung wieder rückgängig zu machen. Die Wirksamkeitserklärung des Erwerbs durch § 226 gelte also sowohl für das dingliche als auch für das obligatorische Rechtsgeschäft, was auch im bisherigen Recht unter der „soll nicht"-Vorschrift der Novelle von 1884 nie bezweifelt worden sei[64]).

Für den Zweck unserer Untersuchung ist eine Stellungnahme zu dieser Kontroverse nicht erforderlich, da sie lediglich durch den Wortlaut der Notverordnung bedingt ist und nur für das interne deutsche Recht Bedeutung hat. Immerhin dürfte sie darüber hinaus symptomatisch sein für das Bestreben, wenigstens der Theorie, dem positivrechtlichen Dogma von der Rechtsgültigkeit auch des gesetzwidrigen Erwerbs, das durch die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft bedingte Einlage-Rückzahlungsverbot nicht weiter als unbedingt nötig zu opfern[65]).

---

[64]) Namentlich Flechtheim, Zur Aktienrechtsnovelle, eine Ergänzung. Bankarchiv vom 30. Oktober 1931 S. 65 ff. Ebenso: Staub-Pinner, Kommentar § 226 A 20; Friedländer, Aktienrecht § 226 A 10; Heinz Pinner a. a. O. S. 520; Netter, Über Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktien-Novelle, Zentralblatt für Handelsrecht 1931 S. 241 ff.

[65]) So entspricht z. B. nach Rosendorff, a. a. O. S. 303, die Ansicht Flechtheims zwar dem praktischen Bedürfnis, doch hält er ohne Intervention des Gesetzgebers den heutigen Wortlaut der Notverordnung für damit unvereinbar.

Im übrigen hat diese Kontroverse die Literatur über den Erwerb eigener Aktien auf Grund der Notverordnung dergestalt beansprucht, dass die Frage nach der durch die reichsgerichtliche Praxis gesetzten Grenzlinie zwischen dem Einlage-Rückzahlungsverbot und der Rechtsgültigkeit auch des verbotenen Erwerbs ziemlich in den Hintergrund getreten und ihre Beantwortung vielfach nur gelegentlichen Äusserungen zu entnehmen ist. So sagt z. B. Lehmann-Hirsch[66]), dass laut Reichsgericht nur beim Erwerb der Aktiengesellschaft vom Zeichner, nicht aber von späteren Aktionären, das Einlage-Rückzahlungsverbot noch praktisch wirksam werden kann, während Friedländer[67]) und Schlegelberger-Quassowski-Schmölder[68]) das Gegenteil annehmen, alle aber ohne ihre Auffassung näher zu begründen. Mit der Feststellung allein, dass wo § 226 anwendbar sei, § 213 zu weichen habe, ist aber die praktisch wichtigste Frage, wie weit § 226 reiche, noch nicht gelöst.

Unter diesen Umständen ist es im Interesse der Abklärung des heutigen Standes der Lehre vom Erwerb eigener Aktien nach deutschem Recht von grösstem Werte, dass das Reichsgericht in einem Entscheide vom 19. Oktober 1934[69]) Veranlassung genommen hat, seine ganze bisherige Rechtsprechung in dieser Materie zu überprüfen und näher zu begründen. Zunächst stellt es fest, dass die Schwenkung seiner Praxis auf dem Ausgleich beruht, den es zwischen § 213, dem Einlage-Rückzahlungsverbot und allgemeinen Rechtsvorschriften suchte, deren Anwendung sich für die Aktiengesellschaft namentlich dann ergab, wenn die Aktie auf Grund eines Kaufvertrages mit der Aktiengesellschaft erworben wurde. Sodann weist es anhand aller einschlägigen Entscheide nach, dass es nie einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Erstzeichner und

---

[66]) Lehmann-Hirsch a. a. O. § 226 A 62.

[67]) Friedländer a. a. O. § 213 A 1.

[68]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O., Zusatz 6 zu § 226.

[69]) E. R. Z. 146 S. 84 ff.

späterem Aktionär machte, so dass bei beiden die Frage nach der Rechtsgültigkeit des Erwerbs sich in gleicher Weise stellen könne. Wenn also einmal gesagt wurde[70]), „dass beim Erwerb unterschieden werden muss, ob das Versprechen auf Rücknahme der Aktie dem Aktionär in Verbindung mit der Gründung oder Kapitalerhöhung gemacht wurde oder ob es einem die Aktie betreffenden Umsatzgeschäft als Bestandteil angehört", so will das nur heissen, dass die Zusage in jenem Fall nichtig, in diesem letzteren gültig ist, ohne dass aber damit behauptet werden soll, dass jeder Erwerb vom Erstzeichner nichtig und jeder von einem späteren Aktionär rechtsgültig sei. Entscheidend ist nach dem Reichsgericht vielmehr ausschliesslich die Frage, ob ein reines Umsatzgeschäft vorliegt oder nicht, und zwar sowohl beim Zeichner als auch beim späteren Aktionär. Im ersteren Falle ist es gültig, und zwar mit Einschluss aller Nebenabreden, im letzteren Fall dagegen nichtig. Als beispielsweise eine Aktiengesellschaft eine Fabrik kaufte und mit eigenen Aktien bezahlte, unter der Verpflichtung zur Rücknahme derselben nach einer bestimmten Frist, wurde diese Rücknahmeverpflichtung als Bestandteil eines Umsatzgeschäftes für gültig erklärt, obschon sie zur Rückzahlung einer Einlage führte[71]). Wenn dagegen eine Aktiengesellschaft einem Direktor seinen Besitz an Aktien der Gesellschaft bei Beendigung des Dienstvertrages abzunehmen sich verpflichtet, oder einem Kartellmitglied im Falle seines Ausscheidens aus dem Kartell, so ist diese Verpflichtung nichtig als Verstoss gegen das Einlage-Rückzahlungsverbot, da kein Umsatzgeschäft vorliegt[72]). Ebenso ist eine Dividendengarantie gültig, welche die Aktiengesellschaft gegenüber ihrem Verkäufer anlässlich eines Grundstückskaufes für die von ihr als Kaufpreis überlassenen eigenen Aktien übernimmt, weil es sich dabei um ein Umsatzgeschäft handelt, während

[70]) E. R. Z. 87 S. 339.
[71]) E. R. Z. 87 S. 339.
[72]) E. R. Z. 77, 71 und Jurist. Wochensch. 1912, 875.

sie sonst nach Aktienrecht bekanntlich verboten ist[73]). Mit dieser Praxis stimmt also auch das erste Urteil überein, mit dem das Reichsgericht seine Schwenkung vollzogen hat, wonach zwar die Aktiengesellschaft ihrem Zeichner weder bei der Gründung noch bei der Kapitalerhöhung für Arglist haftet, wohl aber dem Aktienkäufer, sei es dass er von ihr oder einem Dritten seine Aktien erworben hat. Das Reichsgericht fügt ausdrücklich bei: „Die frühere Entscheidung des 1. Zivil-Senates ging nur darin zu weit, dass sie keinen Unterschied machte zwischen der ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft und einem mit ihr oder einem Dritten über den rechtlich bestehenden Anteil geschlossenen Kaufvertrag".[74]) Es rekapituliert dahin, dass „ein Unterschied zwischen erstem Aktionär und nachherigem Erwerber nur da gemacht wurde, wo die Aktiengesellschaft aus allgemeinen Rechtsgründen zu einer Massnahme verpflichtet war oder sich verpflichtete, die im Erfolg eine Ausschüttung aus Stammvermögen an die Aktionäre zu Folge haben musste oder hatte. Hier soll § 213 vorgehen, wenn eine solche Verpflichtung bei der ersten Begründung des Aktienrechtes geschaffen wurde, dagegen soll es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verbleiben, wenn die Verpflichtung erst später eingegangen wurde."[75]) Somit hat das Reichsgericht die Grenzlinie keineswegs so gezogen, wie vielfach in der diesem Entscheid vorangehenden Literatur behauptet wird[76]), dass jedes Erwerbsgeschäft mit dem Zeichner nichtig, mit einem späteren Aktionär dagegen gültig ist. Vielmehr kommt es nach dem Reichsgericht ausschliesslich darauf an, ob ein Umsatzgeschäft vorliegt, das einen effektiven Verkauf der Aktie bezweckt. Wenn ja, ist es gültig sowohl gegenüber Zeichner als auch späterem Aktionär,

---

[73]) E. R. Z. 121 S. 106.

[74]) E. R. Z. 88 S. 188.

[75]) E. R. Z. 146 S. 89.

[76]) Und zwar ist E. R. Z. 146 S. 84 ff. jüngeren Datums als die ganze, in dieser Abhandlung zitierte deutsche Literatur.

und zwar mit allen Nebenabreden, auch wenn das Rückzahlungsverbot verletzt wird. Wenn nein, bleibt dagegen das letztere in Kraft und bedingt nach wie vor die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes.

Um dieses Resultat, zu dem das deutsche Recht heute gelangt ist, das dem französischen Recht direkt widerspricht und das sich durch eine weitgehende Unterdrückung des Einlage-Rückzahlungsverbotes charakterisiert, beurteilen und gleichzeitig die Kritik, welche in Deutschland selbst daran geübt wird, würdigen zu können, ist ein Rückblick auf die massgebenden Motive unentbehrlich. Wenn zunächst die Novelle von 1870, entgegen dem A.D.H.G., das mit dem heutigen französischen Rechte übereinstimmte, den Erwerb eigener Aktien überhaupt und nicht nur denjenigen zu Lasten des Grundkapitals für nichtig erklärte, so war der Zweck offenbar nicht die Einführung des Einlage-Rückzahlungsverbotes, das sich ja bereits aus § 213 ergab, vielmehr sollte darüber hinaus der Aktiengesellschaft Besitz und Handel in eigenen Aktien in jeder Form, also auch zu Lasten von nicht gebundenem Gesellschaftsvermögen verunmöglicht werden. Sei es, um Spekulationen der Aktiengesellschaft in eigenen Aktien zu verhindern, sei es, sie vor Schaden und namentlich vor Illiquidität als Folge der Entwertung und Unverkäuflichkeit der erworbenen Aktien zu bewahren[77]). Als dann die Novelle von 1884 die allgemeine „darf nicht"-Vorschrift durch eine „soll nicht"-Vorschrift für die Aktien und eine „darf nicht"-Vorschrift für die Interimsscheine ersetzte und damit den nicht erlaubten Erwerb eigener vollbezahlter Aktien für rechtsgültig erklären wollte, wurde diese Änderung zunächst als wenig wesentlich empfunden und hat auch die Praxis vorerst kaum beeinflusst, welche vielmehr dem Einlage-Rückzahlungsverbot nach wie vor die Priorität gegenüber dem neuen Grundsatze von der Rechtsgültigkeit des verbotenen Erwerbsgeschäfts einräumte. Nicht

[77]) So richtig z. B. Feine, G.m.b.H. S. 415 und Rudolf Fischer a. a. O. S. 103.

der Gesetzgeber, sondern das Reichsgericht war es dann, das, und zwar erst 1909, also nach 25jährigem Bestand der Novelle von 1884, in seiner Praxis die grundsätzliche Schwenkung vollzog, die tatsächlich in allen Fällen eines Umsatzgeschäftes der Aktiengesellschaft in eigenen Aktien einer Unterdrückung des Einlage-Rückzahlungsverbotes gleichkommt und damit die Sanktion des Erwerbsverbotes auf die Verantwortlichkeit der schuldhaften Gesellschaftsorgane beschränkt. Massgebend war die Tatsache, dass nach Ansicht des Reichsgerichtes die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit die Anpassung des An- und Verkaufs eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft an die allgemeinen Rechtsgrundsätze und eine entsprechende Beschränkung des aktienrechtlichen Einlage-Rückzahlungsverbotes erforderte, eine allerdings sehr weitreichende Reform, zu der immerhin die „soll nicht"-Vorschrift der Novelle von 1884 den gesetzlichen Rahmen bot. In dieser Hinsicht hat die Notverordnung von 1931 nichts Neues, sondern nur eine Verdeutlichung gebracht. Dagegen hat sie in anderer Beziehung einen höchst bedeutsamen Grundsatz aufgestellt, den allerdings nur der Gesetzgeber einführen konnte. Indem sie nämlich nicht aus Gründen der Verkehrssicherheit, sondern ausschliesslich im Interesse der Gesellschaft selbst dieser gestattet, eigene Aktien bis zum Betrage von 10% des Grundkapitals, und zwar sogar zu Lasten des Grundkapitals, zur Verhütung von schwerem Schaden aufzunehmen, hat sie tatsächlich die Kurspflege eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft für berechtigt erklärt. Über die Zweckmässigkeit der Grenze von 10%, die dem dänischen Recht entnommen ist, kann man naturgemäss verschiedener Ansicht sein, da jeder Prozentsatz mehr oder weniger willkürlich ist[78]). Sie erklärt sich daraus, dass der Gesetzgeber

[78]) Interessant ist die von Morel in der in A 36 hievor zitierten Abhandlung S. 175 A 12 mitgeteilte Tatsache, dass schon in der Sitzung der ständerätlichen Kommission vom 13. März 1880 der Antrag gestellt wurde, den Erwerb eigener Aktien zur

glaubte, damit eine im Verhältnis zum Grundkapital relativ bescheidene Ziffer zu wählen, anderseits aber die Notverordnung weniger bezweckte, die Berechtigung der Kurspflege neu einzuführen, als vielmehr die vorangehende Praxis der deutschen Aktiengesellschaften einzudämmen, welche bei Ankauf eigener Aktien mit ganz anderen Ziffern zu rechnen gewohnt war.

Schon der Tatsache gegenüber, dass nicht allein der Gesetzgeber, sondern nicht weniger auch das Reichsgericht die Entwicklung des deutschen Rechts in dieser Materie beeinflusst hat, hält zunächst die Kritik nicht stand, wonach die Regelung des Verhältnisses von § 213 zu § 226 durch die Novelle von 1884 auf einer Unklarheit der Gedankengänge des Gesetzgebers beruht[79]). Allerdings hat der Gesetzgeber bei Erlass der Novelle von 1884 wohl nicht alle Konsequenzen vorausgesehen, welche das Reichsgericht später aus der neuen „soll nicht"-Vorschrift gezogen hat, aber dass der Grundsatz der Rechtsgültigkeit des Erwerbsaktes mit dem Einlage-Rückzahlungsverbot zum mindesten in Konflikt geraten könne, kann ihm unmöglich entgangen sein. Richtig ist dagegen an sich der Einwand, dass wenn das Mitglied hinsichtlich seiner Einlage als Gesellschaftsgläubiger zugelassen werde, was bei Ansprüchen des Aktionärs aus einem Umsatzgeschäft mit der Gesellschaft sehr wohl der Fall sein kann, damit das Verhältnis des Gesellschaftsmitgliedes zu dem Gesellschaftsgläubiger im innersten Gefüge getroffen wird"[80]). In der Tat: „Es könnte dazu kommen, dass annähernd die ganze Zahl der Aktionäre als Konkursgläubiger zu gleichen Rechten mit den Gläubigern der Aktiengesellschaft (im Gesellschaftskonkurs) zu Zuge kommt"[81]), z. B.

Verhütung von Schaden zu gestatten, und dass auch damals bereits an eine bestimmte Quote des Grundkapitals gedacht wurde.

[79]) So Nord a. a. O. S. 178 und Brodmann a. a. O. § 213 A 2d.

[80]) Simon-Veit a. a. O. S. 16.

[81]) Brodmann a. a. O. § 213 A 3d.

nur die Wahl bleibt, welches Interesse er für das wichtigere erachtet. Ursprünglich standen deutsches und französisches Recht auf demselben Boden, dem Grundsatze der unbedingten Priorität des Einlage-Rückzahlungsverbotes. Heute ist das deutsche Recht bei dem direkt entgegengesetzten Standpunkt angelangt. Bevor aber auf die Frage eingetreten werden kann, die im Hinblick auf das zukünftige schweizerische Recht am meisten interessieren muss, welchem der beiden Rechte der Vorzug gebührt, ist an den heutigen Rechtszustand der Schweiz in dieser Materie zu erinnern.

IV.

Schweizerisches Recht.

Gesetzlich gilt in der Schweiz immer noch Art. 628 OR: „Die Aktiengesellschaft darf (abgesehen von vier Ausnahmen) eigene Aktien nicht erwerben", der wörtlich der deutschen Novelle von 1870 entnommen ist. Gleichwohl hat die Praxis des Bundesgerichtes dieselbe Schwenkung vollzogen wie diejenige des Reichsgerichts. Mit Urteil vom 3. Juli 1903[85]) wurde die Nichtigkeit des nicht gestatteten Erwerbs eigener Aktien ausgesprochen, unter Berufung auf den Entscheid des Reichsoberhandelsgerichtes 17, S. 383, weil der Erwerb gegen zwingendes Recht verstosse, wie sich aus dem absoluten, imperativen Wortlaute des Verbotes ergebe. Mit Urteil vom 25. Mai 1917[86]), also nach der vom deutschen Reichsgerichte im Jahre 1909 vollzogenen Schwenkung, hat auch das Bundesgericht den vom Gesetze nicht gestatteten Erwerb eigener Aktien für rechtsgültig erklärt. Der Wortlaut „darf nicht" spreche, wenn nicht für, doch zum mindesten auch nicht entscheidend gegen die Rechtsbeständigkeit des verbotenen

[85]) Ein vom Bundesgericht bestätigter Entscheid des Zürcher Handelsgerichts in Blätter für Zürcher Rechtsprechung 2 (1903) S. 161, 260.

[86]) B.G. 43 Nr. 44.

Erwerbsaktes. Vielmehr lasse der Ausdruck „darf" die Möglichkeit offen, dass das Verbot nur eine Ordnungsvorschrift darstellen, nicht aber unbedingt die Nichtigkeit des untersagten Rechtsgeschäftes bedingen soll. Erlaube aber die grammatikalische Auslegung diese Auffassung, dann ergebe sich aus Sinn und Zweck des Verbotes, dass überwiegende Gründe für und nicht gegen sie sprechen. Sinn und Zweck des Verbotes liegen nämlich darin, die rechtliche Komplikation zu vermeiden, welche sich aus dem Besitz eigener Aktien für eine Aktiengesellschaft ergeben könne, eine missbräuchliche Verwendung der eigenen Aktien in der Generalversammlung auszuschliessen und ebenso eine den Beteiligten nachteilige Schwächung des Aktienkapitals. Das rechtfertige aber noch nicht die Annahme der Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes, die eine grosse Belästigung des Verkehrs bedeuten würde und welche die bisherige Rechtsprechung ohne eingehendere Prüfung behauptet habe.

Angenommen einmal, diese Argumentation sei an sich richtig[87]), so ist doch damit allein das Urteil noch keineswegs begründet, da es die Frage nach der Bedeutung des Einlage-Rückzahlungsverbotes, welches dem schweizerischen Rechte genau gleich angehört wie dem deutschen und französischen, ignoriert. Wie der Vergleich mit diesen beiden Rechten ergibt, können beim Erwerb eigener Aktien zwei Verbote, und zwar beide mit der Sanktion der Nichtigkeit des verbotenen Erwerbsgeschäftes in Frage kommen. Einmal das Einlage-Rückzahlungsverbot, das beiden Rechten gemeinsam ist, sodann das Verbot des Erwerbes eigener Aktien ganz allgemein, auch zu Lasten des den Gesellschaftsgläubigern nicht verfangenen Gesellschaftsvermögens, welches dem französischen Rechte von jeher fremd war, aber dem deutschen Rechte unter der Herrschaft der Novelle von 1870 sogar mit Nichtigkeitsfolge angehörte. Soweit das allgemeine

[87]) Kritik im Urteil des Aargauer Handelsgerichts i. S. Zentralschweizerische Kraftwerke gegen Burger & Co. VJS 31 S. 35.

wenn die Aktionäre ihre Aktien infolge arglistigen Verhaltens der Aktiengesellschaft erworben haben. Und ebenso ist an sich der Satz richtig: „Es muss bei der jetzigen Gelegenheit anerkannt werden, dass die Aktiengesellschaft, wenn sie eigene Aktien entgeltlich erwirbt, damit Einlagen zurückzahlt, und dass das Gesetz im § 226 H.G.B. ein Rechtsgeschäft gelten lässt, das es eben erst in den § 213, § 215 und § 221 H.G.B. verboten hat. Ein schreiender Widerspruch, mit dem wir uns seit 50 Jahren schleppen.“[82]) Alles das ist an sich richtig, aber durch die Verhältnisse bedingt, sobald das Gesetz einmal alle Erwerbsgeschäfte, auch diejenigen zu Lasten des Grundkapitals, für rechtsgültig erklärt. Erwerb eigener Aktien (zum mindesten zu Lasten des Grundkapitals) und Einlage-Rückzahlungsverbot sind miteinander unvereinbar. Entweder, so im französischen Recht, bildet das letztere die Regel und dann ist der Erwerb eigener Aktien nur soweit zulässig, als er der Regel nicht widerspricht, z. B. bei Ankauf aus freien Reserven. Oder aber der Rechtsgültigkeit des Erwerbsgeschäfts wird vom Gesetze die Priorität eingeräumt, so im deutschen Recht, und dann muss das Einlage-Rückzahlungsverbot entsprechend weichen. So sagt z. B. Flechtheim[83]), nur von der andern Seite aus gesehen: „Der § 226 (Erwerb eigener Aktien) unterwirft Tatbestände, die sonst unter § 213 (Einlage-Rückzahlungsverbot) fallen würden, einer Sondergesetzgebung.“ Richtig Hachenburg[84]): „Es bleibt bei der Gültigkeit des trotzdem erfolgten Erwerbs (trotzdem die Rückzahlung einer Einlage vorliegt). Man begnügt sich mit der Haftbarkeit der verantwortlichen Stelle. Auch hier hat sich der Gedanke der Sicherheit des Verkehrs durchgesetzt gegenüber dem Verlangen der Gläubiger der Aktiengesellschaft. Der Zwiespalt wird bestehen bleiben.“ In der Tat, der Interessenkonflikt ist durch den Tatbestand gegeben, so dass dem Gesetzgeber

[82]) Brodmann, Die Sanierung unseres Aktienwesens S. 22 ff.
[83]) Düringer-Hachenburg, H.G.B. 3. Aufl. § 226 A 14.
[84]) Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 67.

Erwerbsverbot mit Nichtigkeitsfolge besteht, das jeden Erwerb nichtig erklärt, kommt dem Einlage-Rückzahlungsverbot beim Erwerb eigener Aktien natürlich praktisch keine Bedeutung zu, da jenes als das umfassendere dieses bereits mitenthält. Wo aber nur dieses besteht, wie im französischen Rechte, ergibt sich schon aus ihm die Nichtigkeit des Erwerbes zu Lasten des Grundkapitals. Die auf Sinn und Zweck des allgemeinen Erwerbsverbotes gestützte Interpretation des Bundesgerichtes operiert aber ausschliesslich mit Argumenten für und gegen das allgemeine Erwerbsverbot, lässt dagegen das Einlage-Rückzahlungsverbot ganz beiseite. Bei diesem handelt es sich indessen um ein Grundprinzip des Aktienrechts, bei dem im Übertretungsfalle die Rechtsfolge der Nichtigkeit sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechtes ergibt, also von selbst versteht, sofern nicht, wie im deutschen Rechte, das Gesetz ausdrücklich das Gegenteil bestimmt. Dies trifft aber für das schweizerische Obligationenrecht keinesfalls zu.

Der Unterschied zwischen der ältern und neuern Praxis des Bundesgerichts erklärt sich aus der verschiedenen Auffassung über die Frage, ob dem Obligationenrechte beide Verbote oder nur ein Verbot mit Nichtigkeitsfolge angehören. Das erste Urteil ging von der Auffassung aus, dass das OR beide Verbote enthalte, und zwar beide mit der Sanktion der Nichtigkeit im Falle der Übertretung, da die der deutschen Novelle von 1870 wörtlich entnommene „darf nicht"-Vorschrift in Deutschland in diesem Sinne aufgefasst wurde, und zwar auf Grund der Praxis des damals in Fragen des Handelsrechtes als allererste Autorität geltenden Reichsoberhandelsgerichtes. Das zweite Urteil glaubte dagegen der „darf nicht"-Vorschrift die Folge der Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes nicht zuerkennen zu müssen und nahm daher im praktischen Resultate an, dass das OR ein allgemeines Erwerbsverbot mit Nichtigkeitsfolge nicht kenne. Dabei übersah es indessen, dass auch in

diesem Falle das OR immer noch das Einlage-Rückzahlungsverbot enthalte, das zum mindesten die Nichtigkeit des Erwerbes zu Lasten des Grundkapitals bedinge; dass es also mit dieser Auslegung allerdings die durch die Novelle von 1870 bedingte Nichtigkeitsfolge für alle Erwerbsgeschäfte für das OR ablehne, dass gleichwohl aber noch die durch eine Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes bedingte zu berücksichtigen sei. Es hätte daher weiter untersuchen sollen, ob im konkreten Fall der Kaufpreis aus dem Grundkapital oder aus freiem Vermögen bezahlt worden ist. Nur im letztern Fall war der Erwerb gültig, im erstern aber nicht.

Einen dritten Entscheid vom 18. September 1934[88]) benützte das Bundesgericht, um sich gegen den anlässlich seines zweiten Urteils vom 28. Mai 1917 erhobenen Vorwurf, es habe damals das Einlage-Rückzahlungsverbot nicht beachtet, zu verteidigen. Tatsächlich habe es nämlich die Möglichkeit einer Nichtigkeit des Kaufs eigener Aktien aus diesem Grunde durchaus nicht übersehen, aber damals keine Veranlassung gehabt, auf die Frage einzutreten: „Weil in jenem Falle eine Einlagerückzahlung im Sinne des Art. 629 gar nicht behauptet worden war und tatsächlich auch nicht davon die Rede sein konnte.“ Letzteres nicht, weil auch der entgeltliche Erwerb eigener Aktien zu Lasten des Grundkapitals noch keine Einlage-Rückzahlung und keine Schwächung des Grundkapitals bedinge, sofern die Aktien ihrem innern Werte gemäss übernommen werden, weil sie in diesem Falle normalerweise ja immer wieder zum gleichen Preise verkäuflich sind. Ebensowenig lägen aber auch in diesem dritten Falle, Urteil vom 18. September 1934, Anhaltspunkte für eine Schwächung des Grundkapitals durch den Erwerb eigener Aktien vor.

Zum Verständnis dieser Argumente muss der Tatbestand mitgeteilt werden, der diesen beiden bundesgerichtlichen Urteilen zugrunde lag. Im zweiten Falle,

[88]) B.G. 60 II 46.

BGE 43 II 44, hatte ein Aktionär bei einem Aktienkapital von Fr. 250,000.—, eingeteilt in 250 Namenaktien à Fr. 1000.—, mit 50% einbezahlt, im Jahre 1909 fünf Stücke als Pflichtaktien erhalten. Im Jahre 1915, anlässlich seines Austrittes aus der Aktiengesellschaft, wurde ihm von der Gesellschaft die Abnahme seiner fünf Aktien um den einbezahlten Betrag von Fr. 500.— pro Stück vertraglich zugesichert. Als es zur Klage von Seite des Aktionärs kam, erhob die Aktiengesellschaft die Einrede, dass ein Vertrag auf Erwerb eigener Aktien nichtig sei, wurde aber damit vom Bundesgerichte aus den im Text oben angeführten Gründen abgewiesen. Ganz ähnlich lag der dritte Fall BGE 60 II 46. Hier hatte ein Aktionär 20 Aktien à Fr. 500.— gezeichnet, Fr. 10,000.— einbezahlt und gleichzeitig mit der Übernahme der Geschäftsführung der Gesellschaft ein Darlehen von Fr. 5000.— gemacht. Zwar ist im bundesgerichtlichen Urteil die Grösse des Aktienkapitals nicht angegeben, doch ist es kaum sehr erheblich gewesen, wenn die Gesellschaft sich von einem Geschäftsführer ein Darlehen von Fr. 5000.— geben liess. Noch im gleichen Jahre schloss die Gesellschaft einen Vertrag mit ihm ab, auf Rückzahlung des Darlehens und Rücknahme der Aktien um Fr. 10,000.—, erhob aber im Prozess die Einrede, dass der Erwerb eigener Aktien nichtig sei, welche das Bundesgericht wiederum verwarf.

Das für das Bundesgericht massgebende Motiv war also nach dem obigen Zitate ein doppeltes, einmal ein materiell-, sodann ein prozessrechtliches. Zum materiellrechtlichen ist folgendes zu bemerken. Gewiss kann eine Aktiengesellschaft, auch wenn sie in Ermangelung von Reserven eigene Aktien zu Lasten des Grundkapitals übernahm, diese eventuell ohne Verlust weiterveräussern. In diesem Falle ist dann allerdings die Einlage wieder beigebracht, das Grundkapital wieder komplettiert und damit die Nichtigkeit geheilt[89]). Solange das aber nicht

[89]) Vgl. die umfassenden Literaturangaben für diese im französischen Rechte unbestrittene Auffassung bei Moulin S. 85 A 2.

geschehen ist, sei es dass die Aktiengesellschaft ihre Aktien nicht weiterverkaufen konnte oder wollte, ist die Einlage zurückbezahlt und die Nichtigkeit nicht geheilt. Die blosse Möglichkeit allein, dass die Aktien eventuell ohne Verlust weiterverkauft werden könnten, ändert hieran nichts, um so weniger als zum verkaufen können, auch noch ein verkaufen wollen auf Seite der Aktiengesellschaft hinzutreten muss, zu dem sie von niemandem gezwungen werden kann. Selbst wenn z. B. in den beiden bundesgerichtlichen Fällen die Aktiengesellschaft nur darum ihre Aktien nicht weiterveräussert hätte, um nicht die Einrede der Nichtigkeit des Vertrages zu verlieren, hätte sie geschützt werden müssen, da die durch das Einlage-Rückzahlungsverbot bedingte Nichtigkeit zwingenden Rechtes ist. Gegen die Auffassung des Bundesgerichtes spricht sowohl das französische Recht (z. B. das in Anmerkung 13 oben zitierte Urteil des Kassationshofes), als auch die Literatur zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (z. B. die in Anmerkung 47 oben zitierte Stelle von Lehmann), das ebenfalls zwischen Erwerb zu Lasten von Grundkapital und freiem Gesellschaftsvermögen unterschied. Das heutige deutsche Recht allerdings macht diesen Unterschied nicht mehr, so dass hier der Erwerb nichtig ist, wenn er nicht Bestandteil eines Umsatzgeschäftes bildet, gültig aber, wenn das Gegenteil der Fall ist, gleichgültig aber, ob er zu Lasten des Grundkapitals oder des den Gläubigern nicht verfangenen Gesellschaftsvermögens geht. Gleichwohl hat gerade die deutschrechtliche Literatur zum Verbote des Erwerbs eigener Aktien die Gründe für die Unhaltbarkeit der Auffassung des Bundesgerichtes mit aller Deutlichkeit entwickelt, (Kommentar Brodmann zu §§ 213 und 226): „Erwirbt die Gesellschaft eigene Aktien zu einem Preise, welcher ihrem Werte entspricht, so sieht das so aus, als tausche sie lediglich Wert um Wert. In Wahrheit gibt sie den Preis aus, um dafür nur etwas zu erhalten, was sie schon besitzt. Ihr Vermögen wird um das Geld gemindert und was sie

dafür erwirbt, ist nichts als die Beteiligung an Werten, die ihr bereits voll gehören. Der Vorteil, der in einem solchen Erwerb liegt, kommt überhaupt nicht der Gesellschaft, sondern nur den Aktionären zugute. Erst wenn die Gesellschaft in die Lage kommt und sich entschliesst, die Aktie wieder zu verkaufen, fliesst der aufgewendete Preis — ganz oder zum Teil — in ihr Vermögen zurück, und nun zwar auf Kosten der Aktionäre.“ In der Tat, wenn eine Aktiengesellschaft, deren ganzes Vermögen in einer Liegenschaft im Werte von Fr. 110,000.— besteht, bei einem Aktienkapital von Fr. 110,000.—, zerfallend in 11 Aktien à Fr. 10,000.—, eine Aktie um Fr. 10,000.— erwirbt, erhält sie gar nichts, was sie nicht bereits besass, denn nach wie vor bildet die Liegenschaft ihr einziges Vermögen. Dagegen haben sich die zehn übrigen Aktionäre nun nur noch zu zehn, nicht mehr zu elf, in den Wert der Liegenschaft zu teilen. Erst wenn die Aktiengesellschaft ihre Aktie wieder verkauft, vermehrt sich ihr Vermögen um den erzielten Kaufpreis, und zwar zu Lasten der übrigen zehn Aktionäre, die nun wieder zu elf an dem Werte der Liegenschaft partizipieren. Und ebenso treffend wie für den Erwerb wurde z. B. für den Besitz eigener Aktien gesagt: „Es ist ein ganz eigentümlicher Gegenstand, der hier gehandelt wird, eigentümlich nicht in sich, sondern wegen der Persönlichkeit des Verkaufenden. Denn die Aktie in der eigenen Hand der Gesellschaft ist, solange dieser Zustand dauert, sozusagen tot. Sie führt nur in der Konstruktion ein Dasein und kommt erst wieder zum Leben, wenn der Zustand endet. Die Gesellschaft, wenn sie die Aktie verkauft, veräussert nicht ein Recht, wie sie es besitzt, sondern ein solches, das sie nun wieder schafft. Die eigene Aktie der Gesellschaft entspricht vollkommen der Eigentümerhypothek.“ Das stimmt im Resultat genau mit dem oben Gesagten überein, wonach die im Besitze der Aktiengesellschaft befindliche eigene Aktie schon darum nicht als Ersatz für die in Form des ausgelegten Kaufpreises zurückbezahlte Einlage gelten kann,

weil niemand die Gesellschaft zur Weiterveräusserung zu zwingen vermag, auch wenn eine solche an sich möglich wäre.

Aber auch das zweite Argument des Bundesgerichtes, wonach in beiden Fällen eine Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes gar nicht behauptet worden sei, und auch darum das Bundesgericht keine Veranlassung zum Eintreten auf dieses Verbot hatte, trifft kaum zu. Zwar gehört diese Frage mehr dem Prozessrechte an, so dass ihre Lösung für das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Erwerb eigener Aktien und Einlage-Rückzahlungsverbot unwesentlich erscheinen dürfte. Indessen ist auch sie geeignet, die materiellrechtliche Seite der Frage weiter zu klären, so dass auch das zweite Argument des Bundesgerichtes hier kurz behandelt werden mag. In dieser Hinsicht kann freilich das deutsche Recht keinen Weg weisen, weil ihm der Unterschied zwischen Erwerb eigener Aktien aus Grundkapital und freiem Vermögen unbekannt ist. An sich gehört es allerdings zu den Grundprinzipien des deutschen Aktienrechts, dass solche Verträge, wie sie den zwei bundesgerichtlichen Fällen zugrunde lagen, schlechthin nichtig sind: „Unter jedem Rechtsgrunde ist Rückforderung und Rückzahlung untersagt: Die Verpflichtung der AG., die Aktien gegen Entgelt zurückzunehmen, ist nichtig (RG 2, 130; 77, 71).“ Ferner: „Ungültig ist die Bestimmung im Anstellungsvertrag des Vorstandes, durch welche sich die AG. verpflichtet, im Falle der Kündigung eigene Aktien, die das Vorstandsmitglied zum Zwecke der Anstellung zu übernehmen hatte, zurückzunehmen.“[90]) Und zwar ist dieser Grundsatz zwingenden Rechts, so dass er vom Richter ex officio zu berücksichtigen ist, auch wenn die Parteien sich nicht darauf berufen haben[91]). Allerdings aber anders, wenn ein solches Versprechen einem Umsatzgeschäfte angehört, denn in diesem Fall kommen im deutschen Rechte ausschliesslich

[90]) Goldschmit, Die Aktiengesellschaft § 213 A 3.
[91]) z. B. E.R.Z. 149, 385.

die Grundsätze des Kaufvertrages zur Anwendung. Dagegen kann das französische Recht, das ebenfalls zwischen Erwerb zu Lasten des Grundkapitals und freien Vermögens unterscheidet, auch für das schweizerische mit Erfolg herbeigezogen werden. Nach diesem ist derjenige, welcher die Wiedereinbringung der Einlage und die Ergänzung des Grundkapitals durch Weiterveräusserung der Aktie behauptet, hiefür beweispflichtig und nicht die Gesellschaft für das Gegenteil, was ja in der Tat nur den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast entspricht[92]).

Hat nun in den beiden vom Bundesgericht behandelten Fällen die Aktiengesellschaft genug behauptet und genug bewiesen? Unseres Erachtens zweifellos. Einmal hat sie ja die Nichtigkeit des Kaufvertrages ausdrücklich eingewendet, allerdings, nach dem Bundesgericht zu schliessen, nur unter Berufung auf das allgemeine Erwerbsverbot eigener Aktien und nicht auch speziell auf das Einlage-Rückzahlungsverbot. Gleichzeitig bestand aber nach der Aktenlage kein Zweifel darüber, dass die Aktiengesellschaft über keine Reserven verfüge, so dass sie ihre Aktien jedenfalls zu Lasten des Grundkapitals hätte erwerben müssen. Dies geht schon aus der Argumentation des Bundesgerichtes hervor, die ausdrücklich betont, dass auch im Erwerb eigener Aktien zu Lasten des Grundkapitals an sich noch keine Rückzahlung einer Einlage liege. Damit war aber die Nichtigkeit des Kaufvertrages hinreichend nachgewiesen: einmal war die diesbezügliche Behauptung aufgestellt, zudem aber auch der Nachweis erbracht, dass die Gesellschaft über kein den Gläubigern nicht verfangenes Vermögen verfüge. Mehr brauchte es nicht. Ja, unter diesen Umständen hätte das Bundesgericht sogar von Amts wegen die Klage abweisen müssen, auch wenn die Aktiengesellschaft die Einrede der Nichtigkeit gar nicht erhoben hätte, weil die Ausschüttung von Grundkapital an Aktionäre in jeder Form durch zwingendes Recht ver-

[92]) Weitere Entscheide und Literatur bei Moulin S. 86 A 1.

boten ist. Im zweiten Falle, BGE 43 II 44, kam ausserdem hinzu, dass es sich um nicht voll einbezahlte, nämlich mit nur 50% liberierte Aktien handelte. Der Kaufvertrag einer Aktiengesellschaft über eigene nicht volleinbezahlte Aktien gilt aber durchweg — grundsätzlich sogar im deutschen Rechte, das in der Zurückdrängung des Einlage-Rückzahlungsverbotes von allen Aktienrechten bisher am weitesten gegangen ist — als nichtig, weil er von vorneherein den Verzicht auf eine Einlage in sich schliesst, der ja aktienrechtlich gleich verboten ist wie ihre Rückgabe. Wird doch damit der bisherige Aktionär aus seiner Haftung für den nicht einbezahlten Teil der Einlage entlassen und geht sie auf die Aktiengesellschaft selbst über, zwei Rechtsfolgen, die das Aktienrecht in gleicher Weise perhorresziert und für eine Kapitalgesellschaft auch perhorreszieren muss, da hierin eine typische Ausschüttung von Grundkapital an einen Aktionär liegt. Auch von der bundesgerichtlichen Auffassung aus wäre also zum mindesten hier Veranlassung gewesen, das Einlage-Rückzahlungsverbot zu berücksichtigen.

Was der bundesgerichtlichen Praxis bisher nicht gelungen ist, eine richtige Abgrenzung zwischen Einlage-Rückzahlungsverbot und Erwerb eigener Aktien, hat auch die Literatur zum schweizerischen Aktienrecht nicht gebracht, obschon anzuerkennen ist, dass diese Frage monographisch häufiger behandelt worden ist als manche andere Materie des schweizerischen Aktienrechtes. Morel[93]) würde aus einem allgemeinen Verbote des Erwerbes eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft mit Nichtigkeitsfolge eine schwere Schädigung des Verkehrs befürchten und hält als Remedur gegen Missbräuche eine strenge Haftung der Gesellschaftsorgane für genügend. Steiner[94]) übersieht

---

[93]) Morel, Eigene Aktien der Aktiengesellschaft, Ztsch. f. schw. Recht 53 S. 165 ff.

[94]) Steiner, Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft. Die Schweizerische Aktiengesellschaft 1932 S. 89 ff.

nicht, dass nach allgemeinen Grundsätzen eine Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes Nichtigkeit des Erwerbes bedingen muss. Er hält aber die Nichtigkeitsfolge für überflüssig und schlägt zur Abhilfe eventuell vor, dass nach Analogie von Art. 23 ff. OR der Generalversammlung das Recht eingeräumt werden soll, den Kauf eigener Aktien für unverbindlich zu erklären. Doch dürfte dies kaum mit dem Rechte des Gegenkontrahenten auf eine klare Rechtslage vereinbar sein, da auf Seite der Aktiengesellschaft ein Willensmangel fehlt, der im Sinne von OR 23 ff. allein die einstweilige einseitige Bindung eines Vertragsteiles zu rechtfertigen vermag. Auch Furrer[95]) in seiner Monographie, welche auch die fremden Rechte eingehend behandelt, entgeht es nicht, dass die Praxis des Bundesgerichtes die Frage nach der Wirkung des Einlage-Rückzahlungsverbotes unbeantwortet gelassen hat. Seinerseits regt er eine Lösung analog der von Hachenburg vorgeschlagenen an. Die Entscheidung soll davon abhängen, ob die Gesellschaft einen sachgemässen oder einen übersetzten Preis für ihre eigenen Aktien bezahlt hat. Nur im letztern, nicht auch im erstern Falle ist das Einlage-Rückzahlungsverbot verletzt. Damit treffe man den typischen Fall der Aktionärflucht, und zwar auch bei Aufnahme der Aktien durch die Gesellschaft an der Börse, denn gerade bei der Flucht der Aktionäre aus ihrem Aktienbesitz liege die Gefahr nahe, dass die Aktiengesellschaft zur Abnahme zu übersetzten Preisen veranlasst werde. Ausserdem sei der Verkauf dem Aktionär gegenüber unanfechtbar, wenn dieser nicht wusste, dass er an die Aktiengesellschaft selbst verkaufe. Auf diese Weise treffe die Nichtigkeitsfolge nicht das Publikum, sondern nur die in die Verhältnisse der Gesellschaft eingeweihten Aktionäre, die Unternehmeraktionäre, was durchaus der Billigkeit entspreche. Nach

---

[95]) Adelrich Furrer, Der Erwerb eigener Aktien. Das Verbot und die zusätzlichen Vorschriften. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 38.

Guhl[96]) ist nicht nur das Grundkapital, sondern das ganze Vermögen der Aktiengesellschaft den Gläubigern verfangen, so dass jeder Kauf einer Aktie die Rückzahlung einer Einlage darstellt. Er fügt ohne weitere Kritik bei, dass gleichwohl das Bundesgericht den Kauf für rechtsgültig erachte. Graner[97]) behandelt zwar die Frage der Rechtsgültigkeit des Erwerbs eigener Aktien sehr ausführlich, folgt aber einfach der Praxis des Bundesgerichtes, ohne das Einlage-Rückzahlungsverbot zu berücksichtigen. Das heutige Recht charakterisieren dagegen richtig zwei Basler Dissertationen, die zwar nicht gedruckt, aber nach den Usanzen der Basler Juristischen Fakultät im Manuskript bei der Basler Universitätsbibliothek deponiert sind. Feilchenfeld[98]) kommt zum Resultat, dass ein Erwerb der nicht ausdrücklich gestattet ist, nichtig ist, wenn er zu Lasten des Grundkapitals geht. Rechtsgültig, wenn auch untersagt, ist dagegen der Erwerb aus nicht gebundenem Gesellschaftsvermögen, wie Gewinn und Reserve. Das entspricht in der Tat dem heutigen Rechtszustand in der Schweiz, sofern wenigstens das „darf nicht"-Verbot im Sinne des Bundesgerichtes ausgelegt, anderseits aber auch die richtige Konsequenz aus dem Einlage-Rückzahlungsverbot gezogen wird. Derselben Ansicht ist Haas[99]), der diese Auffassung auch für das deutsche Recht vertritt, dass nämlich ein Kauf nach § 226 H.G.B. nur so weit rechtsgültig sei, als er dem Einlage-Rückzahlungsverbot des § 213 nicht widerspreche, rechtsgültig sei also nur der Erwerb aus Reingewinn oder freien Reserven.

---

[96]) Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, S. 289.

[97]) Dr. Paul Graner, Die Kapitalherabsetzung. Anhang zu Rossy und Reimann, Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl. S. 190 ff.

[98]) Referendar Hermann Feilchenfeld, Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft im deutschen und schweizerischen Rechte. Dissertation Basel 1933.

[99]) Richard Haas, Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und Kapitalherabsetzung. Dissertation Basel 1935.

Dass die schweizerische Literatur zum Aktienrechte die Abgrenzung der beiden Erwerbsverbote nicht eingehender behandelt hat, ist darum besonders bedauerlich, weil wohl auch der Gesetzgeber des zukünftigen Handelsgesellschaftsrechtes dadurch in die Irre geführt wurde. Der sogenannten grossen Expertenkommission war die Dualität der beiden Verbote nicht entgangen. Da sie sich aber für die Herstellung des „darf nicht"-Verbotes im ursprünglichen radikalen Sinne entschied und dieses dahin formulierte: „Die Aktiengesellschaft kann eigene Aktien nicht erwerben. Rechtsgeschäfte, die dieser Vorschrift widersprechen, sind nichtig", hatte sie natürlich keine Veranlassung, den Einfluss des Einlage-Rückzahlungsverbotes auf den Erwerb eigener Aktien zu berücksichtigen. Die ständerätliche Kommission dagegen, welche unter Berufung auf das Interesse der Verkehrssicherheit den bisherigen Text beibehielt: „Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien weder zu Eigentum erwerben, noch zu Pfand nehmen", hätte allen Anlass gehabt, noch weiter zu gehen und zu prüfen, ob nicht im Sinne des modernen deutschen Rechtes dem Interesse an der Verkehrssicherheit auch das Einlage-Rückzahlungsverbot, wenigstens in gewissem Umfange, zu opfern sei. Jedenfalls musste der Gesetzgeber, sobald er sich einmal von dem klaren, aber einseitigen Standpunkt der Nichtigkeit aller Erwerbsgeschäfte in eigenen Aktien entfernen wollte, sich klarmachen, dass angesichts der Entwicklung des deutschen Rechtes für jeden modernen Gesetzgeber heute die Hauptfrage dahin lauten muss: Wem gehört die Priorität, dem Einlage-Rückzahlungsverbot oder der Rechtsgültigkeit des Erwerbsaktes? Dem französischen Rechte, das den Gläubigerschutz in erste Linie stellt, oder dem deutschen Rechte, das ihn dem Interesse an der Verkehrssicherheit in weitgehendem Masse opfert? Demgegenüber ist die weitere Frage von sehr sekundärer Bedeutung, ob einmal, wenn das Einlage-Rückzahlungsverbot durchweg beibehalten wird, Erwerbsgeschäfte, welche das den Gläubigern

nicht verfangene Gesellschaftsvermögen betreffen, nichtig sind oder nur durch Ordnungsvorschrift untersagt oder überhaupt freigegeben werden. Am praktischsten wäre wohl das letztere, wie schon das Beispiel des französischen Rechtes beweist, obschon gerade es an dem aktienrechtlich klassischen Standpunkt der unbedingten Priorität des Einlage-Rückzahlungsverbotes festgehalten hat. Nun hat aber tatsächlich der schweizerische Gesetzgeber jene entscheidende Hauptfrage gar nicht untersucht, sondern sich ausdrücklich nur mit der nebensächlichen Frage nach der Tragweite der „darf nicht"-Vorschrift befasst. Demnach hat es grundsätzlich der Entwurf beim bisherigen Rechtszustande belassen: Nichtigkeit des Erwerbes zu Lasten des Grundkapitals wie im französischen Recht, aber im Gegensatz zum französischen Recht auch Verbot jeden andern Erwerbs, immerhin entgegen der deutschen Novelle von 1870 ohne die Sanktion der Nichtigkeit im Übertretungsfalle.

Indessen dürfte es fraglich sein, ob der Entwurf wirklich dieses Resultat herbeiführen wollte, oder ob er nicht vielmehr der Ansicht war, damit im Sinne der neuesten Entwicklung des deutschen Rechtes den verbotswidrigen Erwerb überhaupt gegen jede Nichtigkeitsgefahr, auch gegen die aus dem Einlage-Rückzahlungsverbot drohende, zu schützen. Wenigstens lässt dies die Berufung auf das Verkehrsinteresse vermuten, mit dem die ständerätliche Kommission ihren Standpunkt begründet, da ja das Interesse des Gegenkontrahenten der Aktiengesellschaft an der Rechtsbeständigkeit des Erwerbes dasselbe ist, ob die Aktiengesellschaft ihre Aktien zu Lasten des Grundkapitals oder freien Vermögens kauft. Bedingt doch das Einlage-Rückzahlungsverbot bei jedem Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft für den Verkäufer die Gefahr der Nichtigkeit. Doch, was immer die Absicht des Gesetzgebers war, jedenfalls ist diese Auffassung im Entwurf nicht Recht geworden.

Das neue deutsche Recht seit 1884 hat allerdings den Schritt getan und nicht nur das allgemeine Erwerbsverbot

mit Nichtigkeitsfolge aufgehoben, sondern darüber hinaus gewisse Erwerbsfälle, nach der Auffassung des Reichsgerichtes die Umsatzgeschäfte, soweit privilegiert, dass bei ihnen auch die durch das Rückzahlungsverbot bedingte Nichtigkeit wegfallen soll. Hiezu bedarf es aber naturgemäss einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes. Eine solche sollte für das deutsche Recht die Einführung der Sollvorschrift der Novelle von 1884 darstellen, oder präziser gesagt, der Ersatz der bisherigen für Aktien und Interimsscheine gemeinsamen „darf nicht"-Vorschrift der Novelle von 1870, durch eine „soll nicht"-Vorschrift für Aktien und eine „darf nicht"-Vorschrift für Interimsscheine durch die Novelle von 1884. Ein Ersatz, der nach den Motiven in der ausgesprochenen Meinung erfolgte, damit, nach der Sprache des HGB, die verbotenen Erwerbsgeschäfte eigener Aktien ausdrücklich für rechtsgültig zu erklären, und zwar nach der spätern, freilich bestrittenen Auffassung des Reichsgerichts auch solche zu Lasten des Grundkapitals. Unzweideutig abgeklärt wurde freilich auch für das deutsche Recht die Frage erst durch die Worte der Notverordnung von 1931: „Die Wirksamkeit des Erwerbes eigener Aktien wird durch einen Verstoss gegen die Vorschrift des Abs. 1 (d. h. des Erwerbsverbotes eigener Aktien) nicht berührt."

Eine solche Vorschrift enthält nun aber das OR nicht. Wohl mag seine „darf nicht"-Vorschrift die Auslegung zulassen, dass das OR das allgemeine Verbot des Aktienerwerbes nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit belegen will, aber unmöglich die weitere, dass es auch das durch das Einlage-Rückzahlungsverbot untersagte und darum nichtige Erwerbsgeschäft in der Weise des neuesten deutschen Rechtes privilegieren will, wie ja auch das Bundesgericht grundsätzlich anerkennt. Dies um so weniger, als die „darf nicht"-Vorschrift des OR sowohl die voll- als auch die nur teilweise einbezahlten Aktien und Interimsscheine in gleicher Weise umfasst, die Rechtsgültigkeit des Erwerbes einer nicht voll einbezahlten eigenen Aktie

aktienrechtlich aber die grösste Singularität darstellt, die niemals präsumiert werden darf und erstmals in der deutschen Notverordnung von 1931 für einen vereinzelten Fall, nämlich zur Abwendung von schwerem Schaden, gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Somit kann diese „darf nicht"-Vorschrift, die ausser dem durch das Einlage-Rückzahlungsverbot untersagten und darum nichtigen Erwerbsgeschäfte auch noch den Ankauf von Aktien aus freiem Gesellschaftsvermögen untersagen will, wohl zur Folge haben, dass die Verletzung dieses zusätzlichen Verbotes nicht die Nichtigkeit des untersagten Erwerbsgeschäftes bedingt, aber unmöglich die weitere Folge, dass dadurch auch die dem Einlage-Rückzahlungsverbot widersprechenden und darum nichtigen Erwerbsgeschäfte rechtsgültig werden. Vielmehr muss die Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes nach wie vor zu der aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden Nichtigkeit des Erwerbes eigener Aktien führen, gleichgültig ob das zusätzliche Verbot für die vom Einlage-Rückzahlungsverbot nicht betroffenen Erwerbsgeschäfte deren Nichtigkeit verfügt oder nicht. Jede andere Interpretation, welche das „darf nicht"-Verbot des Erwerbes eigener Aktien zu Lasten des den Gesellschaftsgläubigern nicht verfangenen Vermögens wie die Soll-Vorschrift des deutschen Rechtes umdeuten wollte in eine Rechtsgültigerklärung auch eines das Grundkapital, das den Gesellschaftsgläubigern verfangen ist, belastenden und darum nichtigen Erwerbes, würde den Sinn des Verbotes geradezu auf den Kopf stellen. Nur eine ausdrückliche Feststellung durch das Gesetz analog § 226 Al. 2 der deutschen Notverordnung von 1931, dass trotz der verschiedenen „darf nicht"-Verbote des Al. 1 „die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien durch einen Verstoss gegen die Vorschriften des Abs. 1 nicht berührt werde", hätte bei Beibehaltung der bisherigen „darf nicht"-Vorschrift des OR das schweizerische dem deutschen Rechte in dieser Hinsicht gleichstellen können.

V.

De lege ferenda allerdings wäre es wohl für den Entwurf richtiger gewesen, heute diesen Schritt zu tun, den das deutsche Reichsgericht schon 1909 und nicht etwa unter dem Drucke besonderer Verhältnisse getan hat, nämlich das verbotene Erwerbsgeschäft, auch bei Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes, wenigstens in einem gewissen Umfange für rechtsbeständig zu erklären. Vor Beginn der grossen Wirtschaftskrise von 1929 mag das noch anders gewesen sein. Heute aber, nachdem die Erfahrung gelehrt hat, dass in Zeiten einer allgemeinen Vertrauenskrise, wie sie das Jahr 1929 und die folgenden mit sich brachten, auch die solideste Aktiengesellschaft genötigt sein kann (nicht nur Banken, sondern auch Versicherungs- und Industriegesellschaften, die aus irgendeinem Grunde auf das Vertrauen des Publikums angewiesen sind), im wohlverstandenen Interesse nicht nur ihrer Aktionäre, sondern auch ihrer Gläubiger, zur Erhaltung des Gesellschaftsgeschäftes eigene Aktien in grossem Umfange aufzunehmen, ist die Gefährdung der Rechtsgültigkeit solcher Käufe infolge einer Verletzung des Einlage-Rückzahlungsverbotes mit den Anforderungen von Treu und Glauben im Verkehr kaum mehr vereinbar, auch wenn damit das Risiko für die Gläubiger vermehrt wird.

Geradezu zur Notwendigkeit würde aber dieser Schritt für das schweizerische Recht in demjenigen Momente, in dem er es auch für das deutsche Recht geworden wäre, wenn ihn das Reichsgericht nicht schon früher gemacht hätte, da nach dem Vorbild der deutschen Notverordnung von 1931 der Gesellschaft das ausdrückliche Recht eingeräumt würde, selbst zu Lasten des Grundkapitals ihre eigenen Aktien bis zu einem bestimmten Prozentsatz (im deutschen Rechte bis 10%) unter gewissen Voraussetzungen aufzukaufen. Denn bei dieser Rechtslage kann dem Kontrahenten der Aktiengesellschaft erst recht die Prüfung nicht mehr zugemutet werden, ob der Erwerb für die Gesellschaft legal ist oder nicht, wenn

Aktien in diesem Umfange, selbst zu Lasten des Grundkapitals, von der Gesellschaft legalerweise aufgekauft werden dürfen. Gleichwohl drängt sich die Frage auf, ob der Entwurf nicht einen weitern Fehler begangen hat, als er dem deutschen Rechte auch auf dieser Bahn nicht folgte.

Unseres Erachtens allerdings. Im deutschen Rechte hat die Frage, wie die Kurspflege der eigenen Aktien durch eine Aktiengesellschaft auf legalen Boden gestellt werden könne, schon lange vor der Notverordnung in der Praxis eine Rolle gespielt. Zum Beispiel wurde auf Grund von § 226 Abs. 1: „Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im regelmässigen Geschäftsbetrieb, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, weder erwerben noch zu Pfand nehmen", geltend gemacht, dass der Interventionskauf zur Kurspflege nicht zum regelmässigen Geschäftsbetrieb gehöre und darum gestattet sei[100]). Natürlich nicht unbedingt und willkürlich, aber da und soweit als er durch das Interesse der Aktiengesellschaft, resp. des Gesellschaftsgeschäftes erfordert werde. Nun entsprach freilich diese Auslegung sicherlich nicht der Absicht des Gesetzgebers, der vielmehr bei Aufnahme jener Worte an ganz andere Fälle dachte, wie Erwerb auf dem Wege der Schenkung, Zwangsvollstreckung etc.[101]). Immerhin hätte der Wortlaut die Ausbildung einer Lehre in dieser Richtung vielleicht so gut gestattet als z. B. die Soll-Vorschrift der Novelle von 1884 dem Reichsgericht im Jahre 1909 seine grosse Schwenkung in der Rechtsprechung der Rechtsgültigkeit des Erwerbes eigener Aktien ermöglichte. Angesichts der zweifellos aus Rand und Band geratenen Praxis der deutschen Aktiengesellschaften im Aufkauf eigener Aktien, hat aber der deutsche Gesetzgeber vorgezogen, durch gesetzliche Regelung einerseits Übertreibungen auszuschliessen, anderseits aber auch

---

[100]) Hachenburg in der Köln. Zeitung vom 17. Mai 1931; Rosendorff a. a. O. S. 283; Staub-Pinner, Nachtrag zur 12. und 13. Aufl. zu § 226; Flechtheim, Bankarchiv 1931 S. 11.

[101]) Brodmann a. a. O. § 226 A 3a.

die sich als notwendig erwiesene Möglichkeit einer Kurspflege auf einen gesetzlichen Boden zu stellen. Dies ist der Zweck der Erlaubnis an die Aktiengesellschaft, zur Abwendung von schwerem Schaden Aktien bis zu 10% ihres Grundkapitals zu erwerben, und zwar auch zu Lasten des letzteren, nicht etwa nur des Reingewinnes oder freier Reserven.

Zur Abwendung schweren Schadens kann die Kurspflege etwa in folgenden Fällen geboten sein. Nach der halbamtlichen Erläuterung zur Notverordnung z. B., „um schwere Baisse-Angriffe und damit Kursstürze in den Aktien anzuhalten"[102]). Nach andern in der Literatur angeführten Beispielen, um einen einmaligen Kurseinbruch, im Gegensatz zu einem dauerhaften, zu verhindern[103]). Oder bei Depositenbanken, um bei stark weichenden Aktienkursen überstürzte Geldrückzüge zu verhindern[104]). Ferner bei internationalen Industriegesellschaften, um ihr internationales Ansehen zu wahren[105]). Weiter, wenn die Konkurrenz den Kurs angreift, um die Stellung der Gesellschaft zu untergraben, oder während schwebender Fusionsverhandlungen, wenn der künftige Partner auf den Aktienkurs zu drücken sucht[106]). Überhaupt aber, wenn durch Kurssturz der Aktien schwebende Vertragsverhandlungen gefährdet werden. Auch die Gefahr der Überfremdung wird unter Umständen als genügend erachtet[102]). Kurz überall, wo der Kurs nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern der Gesellschaft selbst gehalten werden soll.

Nun hält es natürlich nicht schwer, sowohl dieses Prinzip als auch die mehr oder weniger willkürliche Be-

[102]) Rosendorff a. a. O. S. 288.

[103]) Flechtheim, Bankarchiv 1931 S. 11.

[104]) Schlegelberger-Quassowsky-Schmölder a. a. O. A 11 zu § 226.

[105]) Düringer-Hachenburg, a. a. O. S. 188 (Hachenburg).

[106]) Flechtheim, Bankarchiv 1931 S. 12; Netter, Zentralblatt für Handelsrecht 1931 S. 245; Lehmann-Hirsch a. a. O. A 47 zu § 226.

grenzung auf 10% des Grundkapitals zu kritisieren, da in der Tat der Aufkauf eigener Aktien im Falle ihrer spätern Entwertung sowohl die Gesellschaft schädigen als auch namentlich ihre Liquidität gefährden kann. Immerhin trifft z.B. die Kritik Brodmanns[107]) nicht zu: „Entweder ist das Weichen des Kurses ohne Grund, dann liegt auch kein Grund vor, sich darüber zu beunruhigen, oder er ist in den Verhältnissen der Gesellschaft begründet, dann ist das Unternehmen, die Kurse höher zu treiben, unmoralisch.“ Vielmehr weiss jeder, der die Verhältnisse kennt, dass wenn einmal eine Vertrauenskrise ausgebrochen ist, der Aktienkurs ganz sinnlos fallen kann, einzig und allein schon darum, weil dem Verkäufer, der um jeden Preis verkaufen will, kein Käufer gegenübersteht. Das kann aber jedenfalls solche Gesellschaften, welche auf das Vertrauen Dritter unbedingt angewiesen sind, schwer schädigen, auch wenn der innere Wert der Aktie den herabgedrückten Kurswert, der die Folge solcher Angstverkäufe ist, weit übersteigt.

Aber auch die Kritik an dem gerade auf 10 % des Grundkapitals festgesetzten Maximum der zulässigen Aktienkäufe ist zum guten Teil unberechtigt. Gewiss ist diese Grenze so willkürlich wie jeder andere Prozentsatz, hat aber immerhin den Vorteil, zwei entgegengesetzte Interessen auszugleichen. Einmal ist diese Ziffer nach Ansicht des Gesetzgebers nicht so bedeutend, um die Aktiengesellschaft ernstlich gefährden zu können[108]). Sodann aber ist der Betrag von 10 % des Grundkapitals immerhin ein ganz erheblicher, wenigstens wäre er es jedenfalls für schweizerische Verhältnisse, um eine wenigstens beschränkte Kurspflege zu ermöglichen. Wenn beispielsweise eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von hundert Millionen bis zu zehn Millionen des Grundkapitals zur Abwendung von schwerem Schaden in eigenen Aktien anlegen dürfte, so könnte sie damit schon

[107]) Brodmann, Bankarchiv 1932 S. 48.

[108]) Rheinstrom, Das neue Aktienrecht 1932 A 8 zu § 226.

eine ganz erhebliche Intervention ausüben, jedenfalls in viel grösserem Umfange, als wenn sie ausschliesslich auf die Hilfe Dritter angewiesen ist.

An diesem Problem ist nun allerdings der schweizerische Gesetzgeber, im Gegensatze zur Frage des Verhältnisses zwischen Einlage-Rückzahlungsverbot und Erwerb eigener Aktien, nicht mehr oder weniger achtlos vorübergegangen, sondern hat es wohl im vollen Bewusstsein auf der Seite gelassen. Wenigstens ergibt sich das aus dem Bankengesetz vom 8. November 1934, in welchem die im Entwurf vorgesehenen Bestimmungen über das Aktienrecht für die Banken bereits zum guten Teil vorweggenommen sind. Nun enthält dieses aber keinerlei einschlägige Bestimmung, und doch wäre, wenn einmal, im Bankengesetz der Ort gewesen, dieses Problem zu lösen, nämlich „wie man aus der Gesellschaft heraus der Aktiengesellschaft zu Hilfe kommt, wie man im Falle einer auch vorübergehenden Schwäche das Abgleiten der Kurse verhindert", das ein so hervorragender Kenner von Theorie und Praxis des Aktienrechtes wie Hachenburg neuerdings als „eines der grössten Probleme des Aktienrechtes überhaupt" bezeichnet hat[109]). Sind es doch speziell die Banken, die ohne eine gewisse Kurspflege ihrer Aktien gar nicht existieren können. Diese Haltung der schweizerischen Gesetzgebung ist aber um so auffallender, als in der Schweiz gerade wie in Deutschland während der Krise einzelnen Banken ganz erhebliche Subventionen im Betrage zwischen hundert und zweihundert Millionen Franken zugewiesen wurden, weil von ihrem Falle eine allgemeine Vertrauenskrise gegenüber allen Banken befürchtet wurde. Wäre es da nicht viel richtiger gewesen, den Banken wie in Deutschland auch ein gesetzliches Mittel an die Hand zu geben, um sich aus eigener Kraft gegen die Ungunst der Zeit mit Erfolg wehren zu können? Statt dem hat aber der schweizerische Gesetzgeber im Entwurfe zum OR gerade den gegenteiligen Weg eingeschlagen.

[109]) Hachenburg, Deutsche Juristenzeitung 1932 S. 534.

Einmal dadurch, dass er auch hinsichtlich des Erwerbs eigener Aktien zu Lasten des Reingewinnes oder freier Reserven das bisherige Erwerbsverbot beibehalten hat, wenn freilich auch ohne Sanktion der Nichtigkeitsfolge im Übertretungsfalle. Sodann dadurch, dass er überdies die in den Statuten vorgesehene Amortisation von Aktien aus dem Reingewinn oder freien Reserven ohne vorherige Erfüllung der für die Kapitalherabsetzung neu eingeführten Bedingungen ausgeschlossen hat. Damit ist selbst der für die Gläubiger vollständig unschädliche Weg der Kurspflege versperrt worden, der darin bestand, eigene Aktien aus freiem Gesellschaftsvermögen aufzukaufen, sie nachher entweder weiter zu veräussern oder zu amortisieren, natürlich aber gleichwohl das volle Grundkapital in den Passiven weiterzuführen, was z. B. das deutsche Recht ausdrücklich als zulässig anerkennt.

Während also das französische Recht den Schutz gegen den Erwerb eigener Aktien auf das Grundkapital beschränkt, und das deutsche darüber hinaus ihn bis zu 10 % des Grundkapitals gestattet, ist es dem neuesten schweizerischen Rechte vorbehalten geblieben, den Erwerb eigener Aktien auch zu Lasten freien Gesellschaftsvermögens ganz zu verbieten, obschon die Schweiz gerade wie Deutschland sehr erhebliche Subventionen zur Rettung einiger Banken aufwenden musste. Muss da nicht die widerspruchsvolle Haltung der Schweiz den Eindruck erwecken, als wenn der ihr vielfach zugeschriebene Zickzackkurs in ihrer Wirtschaftsführung zur Zeit der Krise auch auf die gesetzliche Behandlung des Aktienrechtes zurückgewirkt hätte? Denn was hat es für einen Sinn, auf der einen Seite gewisse Aktiengesellschaften, z. B. die Banken volkswirtschaftlich für so lebenswichtig zu erachten, dass sie grosser Subventionen würdig gehalten werden, auf der andern Seite ihnen aber keine gesetzlichen Mittel an die Hand zu geben, ja die bisher vorhandenen noch zu schmälern, welche ihnen ermöglichen könnten, sich aus eigener Kraft zu verteidigen?

Brodmann sagt einmal[110]): „Die meisten Juristen haben nicht die Zeit und zum grössten Teil auch keine Neigung, sich in die Materie (der Reform des Aktienrechtes) zu vertiefen, und von der Geschäftswelt gilt das vollends.“ Das trifft aber für Deutschland, mit Autoritäten wie Staub, Hachenburg und Flechtheim, schon im allgemeinen kaum zu, keinesfalls aber für Reichsgericht und Gesetzgeber. Denn wie man sich nun auch sachlich zu der Stellungnahme dieser zwei Behörden stellen will, jedenfalls ist es ein Ruhmesblatt für das deutsche Reichsgericht, das Augenblicksbedürfnissen keineswegs zugänglich ist[111]), wenn es sich nicht gescheut hat, als ihm aus volkswirtschaftlichen Gründen der Augenblick dazu gekommen schien, sogar ein Grundprinzip des Aktienrechts, das Einlage-Rückzahlungsverbot, dem Interesse des Verkehrs an der Rechtsgültigkeit des Erwerbs eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft kurzweg zu opfern, immerhin nur im Rahmen des Gesetzes. Und ebenso verdient es volle Anerkennung, wenn der Gesetzgeber, als ihn die Bedürfnisse der Wirtschaft zum Erlass seiner Notverordnung veranlassten, speziell auch zu einem Eingriff in die in der Praxis eingerissenen Missstände bei der Kurspflege der eigenen Aktien, sich wohl hütete, wenn der triviale Ausdruck gestattet ist, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Vielmehr hat er, gleichzeitig mit dem generellen Verbote der Auswüchse bei der Kurspflege, der Aktiengesellschaft auch ein gesetzliches Mittel an die Hand gegeben, um im Rahmen des volkswirtschaftlich Gebotenen den Kurs ihrer Aktien mit eigenen Mitteln zu stützen.

---

[110]) Brodmann, Bankarchiv 1932 S. 46.

[111]) Wie es in der Inflationszeit bewiesen hat, als es bis zum äussersten an dem Satze festhielt: pacta sunt servanda, und ebenso neuerdings, als es mit Urteil vom 12. März 1936 die Aufhebung der Goldklausel durch die Gesetzgebung der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika für deutsche Schuldner gegenüber einem deutschen Gläubiger in Deutschland als ungültig erklärte, was dem Deutschen Reiche so wenig passte, dass dieses Urteil sofort auf dem Gesetzgebungswege aufgehoben wurde.

Die Lehre von dem Verhältnis zwischen Einlage-Rückzahlungsverbot und Erwerb eigener Aktien erträgt offenbar aus volkswirtschaftlichen Gründen keine Starrheit. Beides miteinander ist unvereinbar. Entweder wird jenes gewahrt und dann ist der Erwerb eigener Aktien nur aus freiem Gesellschaftsvermögen gestattet, derjenige zu Lasten des Grundkapitals dagegen nichtig. Oder aber diesem wird die Priorität zuerkannt und dann muss jenes entsprechend weichen. Der Repräsentant des einen Systems ist das französische Recht, das mit seiner logisch auf dem Einlage-Rückzahlungsverbot aufgebauten Lehre einen imponierenden, geschlossenen Eindruck macht. Repräsentant des andern ist Deutschland, das sukzessive, zuerst im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Dritten, später auch in demjenigen der Aktiengesellschaft selbst, das Einlage-Rückzahlungsverbot mehr und mehr beim Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft preisgegeben hat[112]). Diese verschiedene Entwicklung beruht aber kaum auf Zufall, sondern hängt offensichtlich mit der verschiedenen wirtschaftlichen Entwicklung in beiden

---

[112]) Das erst nach Drucklegung dieser Abhandlung erlassene deutsche „Aktiengesetz vom 30. Januar 1937", das die definitive Revision des deutschen Aktienrechtes bringt und am 1. Oktober 1937 in Kraft tritt, hat den Erwerb eigener Aktien im allgemeinen im Sinne der Notverordnung vom 19. September 1931 in § 65 geregelt. Darnach darf die Aktiengesellschaft zur Abwendung von schwerem Schaden eigene Aktien bis zum Betrage von 10 % des Grundkapitals erwerben. Auch der nicht gestattete Erwerb ist bei vollbezahlten Aktien rechtsgültig, aber nicht das darauf gerichtete schuldrechtliche Rechtsgeschäft, so dass also die oben bei A. 61—65 angeführte Kontroverse im Sinne der Ausdehnung des Einlagerückzahlungsverbotes entschieden ist. In § 52 wird sodann zutreffend beigefügt: „Als Rückgewähr von Einlagen gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien." Somit behält auch die reichsgerichtliche Praxis, welche nur bei einem Umsatzgeschäfte das verbotene Erwerbsgeschäft für rechtsgültig erachtet, ihre volle Bedeutung, obschon die Unterscheidung zwischen Umsatz- und andern Erwerbsgeschäften oft keine leichte ist.

Ländern zusammen. In Frankreich mit seiner im Vergleich mit der deutschen weniger expansiven Wirtschaft, bildet die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger nach wie vor das Leitmotiv. In Deutschland mit seinem starken Drängen nach wirtschaftlicher Ausdehnung hat umgekehrt das Bedürfnis nach der Rechtssicherheit des wachsenden Aktienumsatzes und dem Schutze der Aktiengesellschaft gegen Vertrauenskrisen zu einer weitgehenden Beschränkung des Einlage-Rückzahlungsverbotes und damit auch des Gläubigerschutzes geführt. Hat die Schweiz gut daran getan, in ihrem viel kleinern Wirtschaftsraum als demjenigen Frankreichs sich mit dem Entwurf auf das französische System festzulegen? Zum Teil vielleicht allerdings unbewusst, irregeleitet durch die schweizerische Doktrin und bundesgerichtliche Praxis, was aber am Resultat nichts ändert. Die Frage ist in erster Linie eine volkswirtschaftliche und erst in zweiter eine juristische. Vielleicht haben aber bisher die Juristen zu viel und hat die Geschäftswelt zu wenig bei ihrer Beantwortung mitgewirkt, wohl weil auch die schweizerische Geschäftswelt, wie nach Brodmann die deutsche, weder Zeit noch Neigung für solche Fragen der Aktienreform besitzt, vielleicht aber auch, weil sie zu wenig intensiv zur Mitarbeit herangezogen wurde. Jedenfalls ist das Resultat wenig erfreulich, dass nämlich in der volkswirtschaftlich so wichtigen Frage des Erwerbs eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft der schweizerische Gesetzgeber aller Wahrscheinlichkeit nach weder die Konsequenzen der verschiedenen, möglichen Lösungen richtig erkannt, noch die seiner mutmasslichen Intention am meisten entsprechende Lösung tatsächlich gewählt hat.