

RECHTSVERGLEICHENDE ABHANDLUNGEN
HERAUSGEGEBEN VON HEINRICH TITZE UND MARTIN WOLFF

VI

DIE SOFORTIGE
VERSCHMELZUNG (FUSION)
VON AKTIENGESELLSCHAFTEN
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER REFORMFRAGEN

VON

DR. ROBERT GOLDSCHMIDT
BERLIN



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1930

ISBN 978-3-642-88957-8

ISBN 978-3-642-90812-5 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-642-90812-5

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.
COPYRIGHT 1930 BY JULIUS SPRINGER IN BERLIN.

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1930

HERRN GEHEIMEN JUSTIZRAT
PROFESSOR DR. ERNST HEYMANN
IN DANKBARKEIT UND
VEREHRUNG

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Die heutige Wirtschaftsperiode, eine Periode des wirtschaftlichen Zusammenschlusses	1
	I. Kennzeichnung unserer wirtschaftlichen Entwicklung durch Zusammenschlüsse jederlei Art 1. — II. Die Zusammenschlüsse von Unternehmern im besonderen 1. — III. Überblick über die verschiedenen Systematisierungsversuche 2.	
§ 2.	Die Fusion im wirtschaftlichen Sinne als Mittel zum wirtschaftlichen Zusammenschluß (Wirtschaftlicher und juristischer Fusionsbegriff)	3
§ 3.	Die verschiedenen Fusionsperioden in Deutschland	4
	I. Bis zum Kriege 4. — II. Nach dem Kriege 5.	
§ 4.	Die wirtschaftlichen Gründe von Fusionen, insbesondere Fusion und Interessengemeinschaft	8
	I. Die Fusionsgründe im einzelnen im Anschluß an die Ausführungen SCHMALENBACHS 8. — II. Fusion und Interessengemeinschaft 10.	
§ 5.	Rechtliche Behandlung der Fusion von Aktiengesellschaften im allgemeinen	12
	I. Hinweis auf die öffentlichrechtliche Seite des Problems 12. — II. Die privatrechtliche Seite als Gegenstand dieser Arbeit, Überblick über die Gesetzgebung der einzelnen Staaten 13.	
§ 6.	Die rechtliche Regelung der Fusion von Aktiengesellschaften in Deutschland in ihrer historischen Entwicklung	17
	I. Das ADHGB. 17. — II. Die Novellen 19. — III. Das geltende Recht 19. — IV. Die Reformbestrebungen 21.	
§ 7.	Die Rechtsnatur der Fusion nach § 306 HGB. im allgemeinen	22
	I. Die Auffassung GIERKES 22. — II. Ihre Überspannung durch FISCHER und BRODMANN 24. — III. Ist die Fusion ein Gesamttakt? 25.	
§ 8.	Der sog. Fusionsvertrag: Parteien und Form. — Inaussichtnahme künftiger Fusionen in Interessengemeinschaftsverträgen	27
	I. Die Parteien des Fusionsvertrages 27. — II. Die Form des Fusionsvertrages 29. — III. Inaussichtnahme einer künftigen Fusion in einem Interessengemeinschaftsvertrag 33.	
§ 9.	Der materielle Inhalt des Fusionsvertrages, insbesondere die Gewährung von Aktien	38
	I. Die Übertragung des Vermögens im Ganzen 38. — II. Die Gewährung von Aktien 39.	
§ 10.	Reihenfolge der weiteren Tatbestandsstücke	49
	I. Der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden AG. und sein Verhältnis zum Fusionsvertrage 49. — II. Zeit-	

	Seite
punkt seiner Eintragung 50. — III. Die zweckmäßige Reihenfolge der einzelnen Akte 51.	
§ 11. Der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden AG.	53
I. Die erforderliche Mehrheit in rechtsvergleichender Übersicht 53. — II. Stimmrechtsfragen 54.	
§ 12. Erforderliche Maßnahmen der aufnehmenden AG.	61
I. Der Kapitalserhöhungsbeschluß 61. — II. Ist eine Kapitalserhöhung überhaupt erforderlich? 63.	
§ 13. Eintritt und Wirkungen der Verschmelzung im allgemeinen	71
I. Eintritt der Verschmelzung 71. — II. Die Wirkungen im allgemeinen 72.	
§ 14. Die Einwirkung der Fusion auf schwebende Verträge, insbesondere auf elastische Verbindlichkeiten.	75
I. Einwirkung auf Verträge im allgemeinen 75. Dienstvertrag und ähnliche Verträge. — Kreditverträge. — Gesellschaftsverträge. — Der Bierlieferungsvertrag. — Versicherungsverträge.	
II. Einfluß auf elastische Verbindlichkeiten 78. Fragestellung. — Einzelne Fälle. — Kartellverträge. Wettbewerbsverträge und ähnliche Verträge, insbesondere Verträge über ausschließlichen Geschäftsverkehr. Rückversicherungsverträge. Stille Gesellschaft. Genußscheine.	
§ 15. Die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 HGB.	90
I. Allgemeiner Überblick 90. — II. Die Trennung der beiden Vermögen 91. — III. Die Stellung des übernommenen Vermögens gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach § 306, IV, HGB. 95. — IV. Beendigung der getrennten Verwaltung 101. — V. Haftung der Organe 103. — VI. Die Auswirkungen der gesetzlichen Bestimmungen in der Praxis 103. — VII. Die Reformvorschläge und ihre Kritik 105.	
§ 16. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Fusionsbeschluß und Fusionsvertrag.	111
I. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Übertragungsbeschlusses 111. — II. Die Anfechtbarkeit des Fusionsvertrages 119. — III. Etwaige Schadensersatzansprüche 120 — IV. Reformvorschläge 123.	
Literaturverzeichnis	125

§ 1. Die heutige Wirtschaftsperiode, eine Periode des wirtschaftlichen Zusammenschlusses.

I. Wir befinden uns in einer Periode des wirtschaftlichen Zusammenschlusses in allen Wirtschaftszweigen, in einer Entwicklung, die schon längst die nationalen Grenzen überschritten hat¹, wie die Zusammenschlüsse in Gestalt von internationalen Kartellen, Interessengemeinschaften, Beteiligungen oder in einer der andern Formen, wie sie das Wirtschaftsleben der jüngsten Vergangenheit in so großer Zahl geschaffen hat, täglich beweisen. Noch sinnfälliger freilich ist diese Entwicklung innerhalb der Volkswirtschaften der einzelnen Länder geworden, so auch innerhalb der deutschen Volkswirtschaft selbst. Und zwar gehört nicht etwa allein der Zusammenschluß der einzelnen Unternehmer hierher, vielmehr fällt in diese Richtung auch der kollektivistische Gedanke, der, ebenfalls die nationalen Grenzen überschreitend, zum Zusammenschluß der Arbeitnehmer geführt hat, dem der Arbeitgeber, wie W. KASKEL im Gegensatz zu Unternehmern zu sagen pflegte, gefolgt ist. Welchen Einfluß gerade diese Zusammenschlüsse auf das Wirtschaftsleben unserer Zeit hervorgerufen haben, so daß man von hier aus den Untergang des liberalen Weltbildes erklären zu müssen glaubte, ist uns ja allen bekannt. Der Zusammenschluß von Unternehmern ist daher nur eine Teilerscheinung einer einheitlichen Entwicklung, der, um richtig gewürdigt zu werden, in diese großen Zusammenhänge eingeordnet werden muß.

II. Die Zusammenschlüsse von Unternehmern, ebenso übrigens wie die der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, haben nicht erst nach dem Kriege begonnen; um hierfür nur ein Beispiel zu geben, so sei darauf hingewiesen, daß nach der amtlichen Statistik allein 152 Zusammenschlüsse in Form von Fusionen im Sinne des HGB. in den Jahren 1907 bis 1914 erfolgten². Aber die Konzentrationsperiode, die der ganzen Wirtschaft ein neues Gesicht geben sollte, hat in dieser Stärke in der Tat erst nach dem Kriege eingesetzt. Sie ist eine Folge des Krieges, in dessen Verlauf

¹ Vgl. WIEDENFELD: Gewerbepolitik, S. 90; LIEFMANN: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 460 ff. Besonders charakteristisch hierfür sind die Zusammenhänge in der Petroleumindustrie.

² Vgl. v. COSEL: Fusion von Aktiengesellschaften (ungedruckte Würzburger Dissertation 1921), S. 191.

die Kriegslieferanten und andere Personen hinter der Front unterstützt durch die schleichende Inflation gewaltige Kapitalmassen zusammenballten¹, und der diesen abschließenden Friedensverträge, die den Verlust eines großen Teils des deutschen Volksvermögens ergaben, ohne andererseits der deutschen Wirtschaft die Möglichkeit einer Expansion ins Ausland zu eröffnen². Die Folge davon war, daß die Kapitalmengen in den Händen Einzelner, die sich während des Krieges angesammelt hatten, und zu denen noch die großen Entschädigungen kamen, die die Montan- und Schwerindustrie für ihre verlorenen Besitzungen in Luxemburg, Lothringen und an der Saar erhielten, ihre Expansion nach innen suchten. Begünstigt durch die steigende Inflation und sie überdauernd erfolgte eine immer stärkere Konzentration des Kapitals; die einzelnen Unternehmungen schlossen sich zusammen, soweit sie nicht zusammenbrachen. Die Stabilisierung und die ihr folgende Kapitalknappheit zwangen zu weiteren Zusammenschlüssen in vielerlei Form.

III. 1. a) Hier entstanden nun Gebilde teils bekannter, teils unbekannter Art, um deren Systematisierung sich nationalökonomische und juristische Schriftsteller bemühten und noch bemühen. Es kann nicht Zweck dieser Arbeit, die sich mit einer einzigen dieser Erscheinungen, nämlich der liquidationslosen Fusion von Aktiengesellschaften beschäftigen will, sein, ihrerseits den Versuch einer neuen Systematik zu geben. Jedoch sei, um diese Form des Zusammenschlusses in den richtigen Zusammenhang zu bringen, eine kurze Übersicht über die wichtigsten Einteilungen geboten. So teilt GEILER³ ein in Unternehmungs-, Verflechtungs- und Förderungsgemeinschaften. Zu den ersten, bei denen ein neues Unternehmen entsteht, gehört als stärkste Form die Fusion im wirtschaftlichen Sinne des Wortes⁴, zu den Förderungsgemeinschaften, deren Zweck die Förderung der Einzelunternehmungen durch Zusammenschluß ist, rechnet er die Genossenschaften und Kartelle, während Verflechtungsgemeinschaften, z. B. Interessengemeinschaft, Beteiligungen, Konsortium, in der Mitte stehen. — b) Der Ausdruck „Förderungsgemeinschaft“, umfassend Vereine, Kartelle und Genossenschaften, findet sich auch in dem System von LIEFMANN⁵. Ihnen stellt er gegenüber die finanziellen Betriebsverwaltungsgemeinschaften, die Konzerne, während er die Fusion, d. h. die völlige Verschmelzung von zwei oder mehreren Unternehmen zu einem

¹ Vgl. u. a. UFERMANN-HÜGLIN: Die AEG. 1922, S. 15.

² Vgl. Bericht der Reformkommission des Juristentages 1928, S. 5.

³ Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. 1922, S. 12.

⁴ Vgl. darüber im einzelnen § 2.

⁵ Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl., 1927, insbesondere S. 261.

einzig, einer besonderen Gruppe zuteilt. Auf seine Charakteristik der wirtschaftlichen Bedeutung der Fusion wird noch später einzugehen sein.

2. a) Diesen vor allem nationalökonomisch eingestellten Systematisierungsversuchen seien zwei m. E. mehr juristischer Natur gegenübergestellt. So hat HAUSSMANN¹, nachdem er vorher die Einteilung von GEILER abgelehnt hat, vorgeschlagen, folgendermaßen zu teilen:

A. Dingliche Vorgänge.

α) Erwerb von Gegenständen und Unternehmungen, z. B. Fusion.

β) Erwerb von Beteiligungen mit Sub- oder Koordination.

γ) Schaffung neuer Körperschaften zwecks Unternehmungszusammenfassung mit Sub- bzw. Koordination.

B. Obligatorische Vorgänge.

α) Zusammenfassungen mit Sub- oder Koordination, z. B. Kartelle.

β) Sonstige Vereinbarungen.

C. Gemischte Vorgänge.

b) Zum Schluß sei noch das System W. KASKELS² wiedergegeben, das er bei der Kritik des FRIEDLÄNDERSchen Konzernrechts aufgestellt hat.

W. KASKEL teilt ein wie folgt:

I. Die vorübergehende vertragliche Vereinigung für einzelne Aufgaben ohne Beschränkung der rechtlichen Selbständigkeit (Konsortium).

II. Die dauernde vertragliche Vereinigung unter Aufgabe der rechtlichen Selbständigkeit (Fusion).

III. Die dauernde vertragliche Vereinigung unter Erhaltung der rechtlichen Selbständigkeit.

A. Zur gemeinsamen Regelung von Erzeugung, Absatz, Preisgestaltung (Kartell).

B. Zu allen andern Zwecken, insbesondere zur Gewinngemeinschaft oder zur dauernden Sicherung von Rohstoffbezug und -absatz (Konzern).

Die Fülle der gebotenen Systematisierungsversuche, aus denen die skizzierten nur Beispiele sind, zeigt, wie sehr auf diesem Gebiete noch alles im Fluß ist.

§ 2. Die Fusion im wirtschaftlichen Sinne als Mittel zum wirtschaftlichen Zusammenschluß.

(Wirtschaftlicher und juristischen Fusionsbegriff.)

Wir haben bisher gesehen, in einer wie großen Mannigfaltigkeit der Formen der Zusammenschluß von Unternehmern erfolgen kann, und welche Versuche gemacht worden sind, dieselben in ein System zu bringen. In allen diesen Systemen spielt eine große Rolle die Fusion,

¹ Grundriß des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen, 1926, S. 125.

² JW. 1927, S. 1669.

d. h. die Verschmelzung mehrerer Unternehmungen, ein Vorgang, dessen nähere Betrachtung die Aufgabe dieser Arbeit ist.

Man pflegt im allgemeinen den wirtschaftlichen und den juristischen Fusionsbegriff zu scheiden; und zwar ist der juristische der engere Begriff. Unter ihm versteht man, obschon der Gesetzgeber den Ausdruck „Fusion“ gar nicht gebraucht, die Rechtsvorgänge der §§ 305, 306 HGB., d. h. die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien¹ derart, daß die eine Gesellschaft die andere mit oder ohne Liquidation aufnimmt. Der Begriff der Fusion im wirtschaftlichen Sinne geht so viel weiter, daß ein nationalökonomischer Schriftsteller² von der Unbrauchbarkeit des juristischen Begriffs für die Erscheinungen des Wirtschaftslebens und für die Wirtschaftswissenschaft gesprochen hat. Im wirtschaftlichen Sinne³ versteht man, zunächst ganz allgemein gesprochen, unter Fusion die Zusammenfassung mehrerer Unternehmungen unter einen einheitlichen Willen. Nicht entscheidend ist, ob die sich zusammenschließenden Unternehmungen Aktiengesellschaften sind, nur müssen es, wie SCHMALENBACH a. a. O. betont hat, größere Gesellschaften mit mobilisierten Anteilen sein, also z. B. auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Gewerkschaften; dagegen pflegt man bei dem Zusammenschluß von Einzelfirmen und offenen Handelsgesellschaften diesen Ausdruck in der Regel zu vermeiden. Ferner ist es gleichgültig, ob eine Aktiengesellschaft sich eine andere angliedert, oder ob zwei Aktiengesellschaften gemeinsam eine sie vereinigende dritte gründen. Entscheidend ist also lediglich, ob man wirtschaftlich von einer vollständigen Beherrschung sprechen kann, während deren juristische Form unerheblich ist; so ist die Beherrschung einer Aktiengesellschaft durch eine andere, die über ihre sämtlichen Aktien verfügt, als eine Fusion im wirtschaftlichen Sinne anzusehen.

§ 3. Die verschiedenen Fusionsperioden in Deutschland.

I. Es ist oben in § 1 bereits darauf hingewiesen worden, daß sich schon vor dem verlorenen Krieg und insbesondere auch im vorigen Jahrhundert wirtschaftliche Zusammenschlüsse aufweisen lassen, die nicht lediglich einen vereinzelt Charakter zeigen, ohne freilich an Intensität die augenblickliche Epoche zu erreichen. Das gleiche läßt sich sagen, wenn man speziell die Fusion im wirtschaftlichen Sinne als ein

¹ Vgl. § 320 III HGB.

² KAHN: Die Fusionen in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Fusionen der Jahre 1918/21 (ungedruckte Freiburger Dissertation 1924) S. 53.

³ Vgl. KAHN: S. 5; SCHMALENBACH: Finanzierungen, S. 120; LIEFMANN: a. a. O., S. 261.

Mittel zur wirtschaftlichen Konzentration ins Auge faßt. LIEFMANN¹ hat einen kurzen historischen Überblick gegeben. So weist er darauf hin, daß schon eine der ältesten deutschen Aktiengesellschaften, die Vereinigungsgesellschaft für Steinkohlenbau im Wurmgebiet 1836, aus einer Fusion zahlreicher Zechen entstanden ist, daß sich 1872 neunzehn rheinisch-westfälische Pulverfabriken zu einer Aktiengesellschaft vereinigten, aus der dann durch Verschmelzung mit der Pulverfabrik Rottweil-Hamburg die Vereinigten Köln-Rottweiler Pulverfabriken AG., die spätere Köln-Rottweil AG. entstand; bekanntlich ging diese im Juli 1926 in den I. G. Farben durch Fusion auf. Weiter weist LIEFMANN auf die Fusion der Nürnberger Pinselfabriken, der Ultramarinfabriken, der Elbschiffahrtsgesellschaften und der Stickstoffgesellschaften hin. Eine weitere Fusionsbewegung setzte 1900 ein, die die elektrische Industrie, die Montanindustrie und die Banken ergriff².

II. 1. Die große Fusionsperiode, in der wir heute noch stehen, setzte nach der Inflation und der der Stabilisierung folgenden Krise ein. Auf ihre Ursachen ist bereits oben in § 1 hingewiesen worden. Den Höhepunkt dieser Periode bildete das letzte Vierteljahr 1925 und das Jahr 1926. Aber bereits vorher waren Fusionen großen Stils erfolgt, es sei insbesondere an die Fusion der Darmstädter und der Nationalbank am 15. Juni 1922 erinnert; zwischen diesen beiden Banken war ursprünglich am 30. Oktober 1921 nur ein Interessengemeinschaftsvertrag geschlossen worden. Die Vollfusion erfolgte aus steuerlichen Gründen erst nach dem Inkrafttreten der Novelle zum Körperschaftssteuergesetz. Hier zeigt sich der Einfluß des Steuerrechts auf die rechtliche Form wirtschaftlicher Vorgänge, und so bildete auch ein Steuergesetz, nämlich das Steuermilderungsgesetz vom 31. März 1926 den Impuls zu vielen Fusionen bzw. zu Verwandlungen von Interessengemeinschaften in Fusionen, da das Gesetz die Gesellschaftssteuer auf 1% ermäßigte. Es würde zu weit führen, auf all die Fusionen dieser Jahre hinzuweisen. Es seien nur einige besonders wichtige hervorgehoben, so die Entstehung

¹ a. a. O., S. 308.

² Was die letzten anbelangt, so sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß bei den Banken in Deutschland im vorigen Jahrhundert Fusionen relativ selten waren. Als Grund wird von RIESSER (Die deutschen Großbanken und ihre Konzentration, 3. Aufl., 1910, S. 500ff.) angeführt, daß bei Bankfusionen dieser Zeit der Grund meist die Notwendigkeit der Errichtung von Filialen seitens der größeren Banken war, die sich die vorhandenen Lokalbanken angliederten, wobei jedoch stets ein Verlust von Beziehungen eintrat, wie dies bei dem Vertrauensverhältnis zwischen Bankier und Kunden ja auch natürlich ist. In England waren damals Bankfusionen weit häufiger; dort erfolgten zwischen 1877 und 1905 252 Fusionen. In Deutschland bevorzugte man große Beteiligungen, die erst kurz vor und vor allem nach dem Krieg in Fusionen umgewandelt wurden (vgl. FIX: Fusion von Aktiengesellschaften 1928, S. 7/9).

der I. G. Farbenindustrie AG. im November 1925 mit einem Aktienkapital von 646 Mill. RM., das sich inzwischen noch vergrößert hat, indem die Badische Anilin- und Soda-Fabrik Ludwigshafen a. Rh., die Farbfabriken vorm. Fr. Beyer & Co., Leverkusen, die Farbwerke vorm. Meister Lucius und Brüning, Höchst a. M., die AG. für Anilinfabrikation Berlin, die Chemische Fabrik Griesheim, Elektron, Frankfurt a. M. und die Chem. Fabriken Weiler ten Mer, Uerdingen in sich aufnahm; später folgte u. a. im Juli 1926 die Aufnahme der Köln-Rottweil AG. Wie der Name bereits verrät, war auch hier eine Interessengemeinschaft vorausgegangen, ferner aber deutet der Name auf die anfängliche Gliederung des Unternehmens hin, das¹ in vier Betriebsgemeinschaften (Ober-, Mittel-, Niederrhein und Mitteldeutschland) und fünf zentral und regional gegliederte Verkaufsgemeinschaften (Farbstoff - Stickstoff - Produkte, Pharmaceutica, Schädlingsbekämpfungsmittel, Photographica und Kunstseide, anorganische Zwischenprodukte) zerfiel. Diese Teilung hat sich aber nicht bewährt, so daß eine endgültige Zentralisation in Frankfurt a. M. erfolgte². Im Hinblick auf diese Unternehmung paßt das Wort LIEFMANN³, daß die Fusion ein Mittel der Entwicklung vom Groß- zum größeren Betriebe, zu einer größten einheitlichen Unternehmung sei.

Sehr zweifelhaft dagegen kann sein, ob man von einer Fusion im wirtschaftlichen Sinne bei der im Mai 1926 erfolgten Gründung der Vereinigten Stahlwerke AG. in Düsseldorf sprechen kann⁴, von deren Aktienkapital (800 Mill. RM.) die Rhein-Elbe-Union 39,5%, die Thyssen-Werke 26%, Phönix 23,65%, Rheinische Stahlwerke 8,5% und v. d. Zypen-Wissener Eisenhütte AG. 2,35% übernahmen. Denn die gründenden Gesellschaften blieben bestehen samt ihren Schulden, so daß sich, wie DERNBURG unter Billigung von VÖGLER im Enqueteauschuß ausgeführt hat⁵, folgendes Bild ergibt:

A. Vereinigte Stahlwerke AG.

Aktiv — die Werke; demgegenüber steht im Passivum das Aktienkapital. Dazu kommen auf der Aktivseite die Vorräte, denen auf der Passivseite die Obligationenschuld gegenübertritt.

B. Gründergesellschaften.

Auf der Aktivseite — Aktien der Vereinigten Stahlwerke, deren Geußscheine und Barabfindung für die übernommenen Vorräte; auf der Passivseite — ihre Schulden und das Aktienkapital.

¹ Vgl. HAUSSMANN: a. a. O., S. 110, Anm. 97.

² Vgl. BOSCH im Enqueteauschuß, S. 437.

³ a. a. O., S. 261.

⁴ So HARMS im Enqueteauschuß, S. 376; WEISBART, bei RINGSCHACHIAN, S. 505, spricht von Teilfusion.

Darüber, daß juristisch nicht einmal § 303 HGB. in Frage kommt, vgl. RG. JW. 1929, S. 1371, Nr. 8.

⁵ Enqueteauschuß, S. 378.

Der Zweck war die Konzentration der Erzeugung auf vier statt auf 14—16 Werke, Die Gründergesellschaften bestehen noch heute, obwohl die Frage der Liquidation in jeder Generalversammlung akut wird¹.

2. Charakteristisch für die Fusionsbewegung des Jahres 1926 war der sog. horizontale Zusammenschluß, d. h. es vereinigten sich Werke gleicher Produktionsstufe. Im Gegensatz hierzu steht der sog. vertikale Zusammenschluß, der mitunter auch als Kombination bezeichnet wird². Hier schließen sich Werke verschiedener Produktionsstadien zusammen; es sei nur auf den Konzern von HUGO STINNES, die Rhein-Elbe-Union hingewiesen. Auf diesen Gegensatz wird bei der Gegenüberstellung von Interessengemeinschaft und Fusion noch einzugehen sein. Dieser Horizontalzusammenschluß, dessen Hauptmittel die Fusion ist³, hatte in den Jahren 1927/28 etwas nachgelassen. Aber nur vorübergehend, denn gerade jetzt scheint die Flut der Fusionen wieder anzusteigen. So ist z. B. in den letzten Monaten die Fusion zwischen der Commerz- und Privatbank und der Mitteldeutschen Kreditbank erfolgt. Von besonderem Interesse ist fernerhin die Fusion zwischen der Stettiner Feldmühle und der Düsseldorfer Reisholz-AG.⁴, der beiden großen Papierfabriken mit einem Aktienkapital von 26 Mill. Reichsmark, die zusammen u. a. ein Viertel der gesamten deutschen Produktion an Druckpapier herstellen, und auf die im Druckpapierkartell ein Drittel der Lieferungen entfällt. Dieses neue Unternehmen hat also innerhalb seiner Branche fast eine stärkere Stellung als die Vereinigten Stahlwerke und die I. G. Farben in den ihren, da die Vereinigten Stahlwerke nur in einigen Zweigen der Halbzeugfabrikation einen quotenmäßigen Anteil von 40—50 %, und auch die I. G. Farben nur auf dem Gebiet der Stickstoffproduktion über die absolute Mehrheit verfügen. Aber, was noch wichtiger ist, es schließen sich gleich starke Unternehmungen zusammen, wie der Aufsichtsratsvorsitzende der Feldmühle, Dr. SENTENIS, geäußert hat, „im Gegensatz zu manch anderen Fusionen“, so daß diese Unternehmungen auf einen kartellmäßigen Verband nicht mehr angewiesen sind⁵. Wie es DELMONTE a. a. O. ausdrückt, es gilt nicht mehr der Satz: „Der Starke ist am mächtigsten allein“, sondern vielmehr: „Gleich zu gleich gesellt sich gern“. Die Richtigkeit dieses Satzes beweist die soeben bekanntgewordene Fusion zwischen der Deut-

¹ Vgl. Vossische Zeitung vom 2. und 3. Mai 1929.

² LIEFMANN: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 570; vgl. auch HEINSHEIMER: Handelsrecht, S. 104.

³ Vgl. LIEFMANN: Kartelle . . ., S. 306.

⁴ Vgl. LEWINSOHN: „Laßt Luft herein!“ (Vossische Zeitung vom 7. April 1929).

⁵ DELMONTE: „Zusammenschluß der Starken“ (Vossische Zeitung vom 30. April 1929).

schen Bank und der Discontogesellschaft, einer Fusion von ungeheurer Tragweite; die vereinigte Bank wird die Firma „Deutsche Bank und Discontogesellschaft“ führen und ein Aktienkapital von 285 Mill. RM. erhalten¹. Ferner ist in Aussicht genommen die Norddeutsche Bank in Hamburg, den A. Schaaffhausenschen Bankverein, AG. in Köln, die Rheinische Creditbank und die Süddeutsche Disconto-Gesellschaft AG. in Mannheim mit dem neuen Unternehmen zu verschmelzen. Welchen Einfluß diese Fusion auf den Rationalisierungsprozeß im übrigen Bankgewerbe und auch auf die Industrie haben wird, ist im Augenblick noch gar nicht abzusehen^{2, 3}.

§ 4. Die wirtschaftlichen Gründe von Fusionen, insbesondere Fusion und Interessengemeinschaft.

I. Welche wirtschaftlichen Gründe führen nun zur Fusion außer den bereits besprochenen allgemein wirtschaftlicher Natur, die allen Konzentrationserscheinungen zugrunde liegen? Sie können mannigfaltiger Art sein. In den verschiedenen nationalökonomischen Schriften sind sie unter leitende Gesichtspunkte geordnet worden⁴. Eine eingehende Schilderung gibt SCHMALENBACH a. a. O., der wir im wesentlichen folgen wollen. SCHMALENBACH teilt ein in:

1. Gründe technischer Natur.

Hierher gehört u. a. der Gedanke der technischen Rationalisierung, insbesondere der Zusammenlegung der Betriebe, wie z. B. bei den Vereinigten Stahlwerken die Zahl der Betriebe von 16 auf 4 verringert worden ist; dieser Gesichtspunkt spielt eine besondere Rolle bei horizontalen Zusammenschlüssen⁵.

¹ Es ist von Interesse darauf hinzuweisen, daß die Deutsche Bank als die übernehmende Gesellschaft auftritt, obwohl sie eine Aktiengesellschaft, die Discontogesellschaft aber eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, und bei dem heutigen Bestreben der Verwaltungen, ihre Macht zu stärken, die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien in dieser Hinsicht geeigneter als die der Aktiengesellschaft erscheint.

² Vgl. hierzu PAUL ELSBERG: Die Bank der Banken (Vossische Zeitung vom 29. September 1929.)

³ Gegenüber diesem Ereignis treten kleinere Zusammenschlüsse, wie die Fusion der Peters Union mit der Continentalen Caoutchouc und Gutta-percha Compagnie sowie der Firma Gummiwerke Titan B. Pollack AG., die Fusion der „Nordstern Allgemeine Versicherungs-AG.“ mit der „Vaterländischen und Rhenania Vereinigte Versicherungsgesellschaften AG.“, zurück. Hingewiesen werden mag nur noch auf die Fusion im ehemaligen deutschen Oberschlesien, durch die die Bismarckhütte unter Erhöhung ihres Aktienkapitals von 51 auf 100,30 Mill. Zloty die Silesiahütte und Kattowitzer AG. aufnahm (vgl. Vossische Zeitung vom 3. Juni 1929).

⁴ SCHMALENBACH: Finanzierungen, S. 121/22; LIEFMANN: Kartelle . . . , S. 306; KAHN: a. a. O., S. 22 ff.; FIX: a. a. O., S. 3 ff.

⁵ Vgl. im einzelnen FIX: S. 3.

2. Gründe wirtschaftlicher Natur.

Hierher gehört neben dem Gedanken der besseren Gestaltung der Verkaufsorganisation vor allem der Trustgedanke, d. h. das wirtschaftliche Machtstreben zur monopolistischen Marktbeherrschung¹. Im Zusammenhang hiermit steht das Bestreben der Beseitigung der Konkurrenz infolge des Ausbreitungsbedürfnisses der großen Unternehmungen, dem mitunter das Anlehnungsbedürfnis der kleineren Unternehmungen entgegenkommt. Wollen die größeren Werke die wirtschaftlich schwächeren nicht rücksichtslos niederkonkurrieren, so steht ihnen die Möglichkeit offen, sie mehr oder minder freiwillig zum fusionsweisen Anschluß zu veranlassen. Das ist z. B., worauf LIEFMANN a. a. O. hinweist, in verschiedenen Industrien wie Akkumulatoren, Mühlenbau, Jute der Fall, wo durch diese Art der Ausdehnung der billig produzierenden Werke eine Verbilligung des Gewerbes eintritt. Hierher gehört auch der Gedanke, sich durch fusionsweisen Zusammenschluß unabhängig von Verbänden wie den Kartellen zu machen². Schließlich sei auch noch ein Gesichtspunkt speziellerer Art erwähnt. Vor dem Kriege wollten eine Reihe von Kohlen-Hüttenwerken den Charakter des gemischten Werkes beim Eigengebrauch erhalten. Dieser Gedanke hat z. B. bei der Fusion Gelsenkirchen-Aachener Hütte-Schalker Gruben eine Rolle gespielt^{3, 4}.

3. Gründe finanztechnischer Natur.

Hier spielt häufig der Gedanke mit, Buchgewinne zu machen, oder die Bildung stiller Reserven zu ermöglichen⁵. Das Bestreben, sich großer Effektenbestände mit einem Schlage zu entledigen, soll bei der Fusion Deutsch-Luxemburg-Louise-Tiefbau 1908 auf seiten der Bergisch-Märkischen Bank, der Essener Kreditanstalt und HUGO STINNES' im Vordergrund gestanden haben. Mitunter will die vermittelnde Bank oder sonst eine dritte Person sich einen Maklerlohn verdienen. In diesen Zusammenhang gehört das Institut des amerikanischen Promotors, auf das noch später hinzuweisen sein wird⁶. Während diese Gründe volkswirtschaftlich nicht hoch zu bewerten sind, können auch volkswirtschaftlich wertvolle Gründe finanztechnischer Natur vorliegen, wenn etwa die übernehmende Aktiengesellschaft ihren Aktionären statt eines nicht an der Börse notierten ein notiertes Papier zwecks Erleichterung der Kapitalsbeschaffung verschaffen will. Hierfür gibt SCHMALENBACH a. a. O.

¹ Vgl. HEINSHEIMER: S. 105.

² Vgl. Feldmühle-Reisholz.

³ Vgl. die übrigen Beispiele bei SCHMALENBACH: a. a. O.

⁴ Vgl. endlich auch soeben die Sanierungsfusion zweier österreichischer Großbanken.

⁵ So bei der Deutschen Linoleum-Unternehmungen-AG.; vgl. Enqueteausschuß S. 452/53.

⁶ Vgl. über dieses Motiv im einzelnen LIEFMANN: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 318ff.

das Beispiel der Fusion der Remscheider Kredit- und Sparbank mit der Rheinisch-Westfälischen Diskontogesellschaft im Jahre 1907.

4. Schließlich können auch noch gesetzgeberische Eingriffe wie die Brausteuer in den Jahren 1905/06 zu Fusionen Anlaß geben¹.

Natürlich kann in dieser kurzen Übersicht nicht eine erschöpfende Übersicht über all die Ursachen gegeben werden, die zu Fusionen führen. Es sei im einzelnen auf die schon zitierten Werke verwiesen, insbesondere auf die leider ungedruckte Dissertation von KAHN, der unter der Einteilung in volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, technische und Gründe des Einzelbetriebes eine meines Erachtens vollständige Zusammenfassung bietet, ferner auf die Schrift von FIX, der in Motive der Industrie-, Bankenkonzentration und in spezielle Motive einteilt.

II. Dieser Abschnitt, der kurz die Ursachen der Fusion darstellen soll, wäre nicht vollständig, wenn nicht ein kurzer Blick auf die Frage geworfen würde, in welchem wirtschaftlichen Verhältnis stehen Fusion, d. h. der völlige Zusammenschluß, und Interessengemeinschaft, d. h. die losere Verknüpfung, welches sind die beiderseitigen Nachteile und Vorzüge? Denn bei der modernen deutschen Konzentrationsbewegung² werden beide Formen mit Vorliebe gebraucht. Es müssen bei dieser Betrachtung all die Momente vorübergehender Art ausscheiden, die zunächst nach dem Kriege bis zum Steuermilderungsgesetz von 1926 zu einer Bevorzugung der Interessengemeinschaft (I. G.) aus steuerlichen Gründen geführt haben; vielmehr müssen allein die Gründe allgemeiner wirtschaftlicher Natur zugrunde gelegt werden. Hier ist nun als allgemeine Tendenz festzustellen, daß man sich mehr und mehr von der Interessengemeinschaft abwendet und die Fusion bevorzugt, und zwar, weil die Interessengemeinschaft, die im einzelnen völlig verschieden ausgestaltet sein kann, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist und daher gemäß § 723 BGB. jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Gegen diese Tendenz hat sich vor allem mehrfach FLECHTHEIM³ ausgesprochen, der für die Interessengemeinschaft ins Feld geführt hat, daß sie „die Aufrechterhaltung der äußeren Selbständigkeit, insbesondere auch die Weiterführung der Firma und die Erhaltung des mit ihr verknüpften Rufes ermögliche und die Möglichkeit gewähre, tüchtigen Leuten eine verhältnismäßig selbständige Stellung zu gewähren“.

¹ Vgl. die übrigen Beispiele bei SCHMALENBACH: a. a. O., S. 122.

² Vgl. hierzu LIEFMANN: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften a. a. O., insbesondere S. 294, der ausführt, daß in Amerika, vor allem auch aus Spekulationszwecken, Beherrschung durch eine Kontrollgesellschaft oft der Fusion vorgezogen wird.

³ Vgl. Gutachten für den Enqueteausschuß, S. 17, ferner Beratungen desselben, S. 391.

Insbesondere hält er sie bei vertikalen Zusammenschlüssen, d. h. von Werken verschiedener Produktionsstufen für durchaus geeignet. Es ist interessant, aus den Beratungen des Enqueteausschusses festzustellen, daß die führenden Wirtschaftler durchweg die Interessengemeinschaft ablehnen. So sei auf eine Szene im Enqueteausschuß hingewiesen¹, wo dem Sachverständigen KLOTZBACH die Frage vorgelegt wurde, welche Form die empfehlenswertere sei, nachdem vorher FLECHTHEIM und HAUSSMANN sich dahin geeinigt hatten, daß der Interessengemeinschaftsbegriff nicht nur Verträge zwischen gleich starken, sondern auch zwischen starken und schwächeren Werken (etwa Krupp — Westfälische Drahtindustrie) umfasse. KLOTZBACH hat in seiner Beantwortung dieser Frage sich uneingeschränkt für die Fusion ausgesprochen, indem er betont hat, daß gerade zwischen starken und schwächeren Werken die Interessengemeinschaft nur ein Übergangsstadium zur Vorbereitung einer künftigen Fusion sei, und daß in diesen Interessengemeinschaftsverträgen meist den stärkeren Gesellschaften das Recht eingeräumt werde, in 30—40 Jahren die schwächeren zu übernehmen². In ganz derselben Richtung liegen die Äußerungen von SCHOELLER (Deutsche Linoleum-Unternehmungen AG.), S. 452, BOSCH (I. G. Farben), S. 437 und 462, von SIEMENS, S. 435 und DEUTSCH (AEG.), S. 405. Alle diese Wirtschaftsführer haben sich trotz aller Vorhaltungen HAUSSMANNs und FLECHTHEIMs für eine Vollfusion ausgesprochen, freilich nicht zuletzt, weil sie, wie es DEUTSCH S. 407 nachdrücklichst betont, einem vertikalen Aufbau prinzipiell feindlich gegenüberstehen. Besonders wertvoll sind in diesem Zusammenhange die Ausführungen von BOSCH, dessen Unternehmung sich ja von einer Interessengemeinschaft zur fusionierten Einheitsgesellschaft entwickelt hat; die Interessen, so führt er aus, seien eben doch nicht die gleichen. Zusammenfassend wird man als Meinung der Wirtschaftsführer die Worte von DEUTSCH S. 405 wiederholen können: „Es gibt nur eine Basis, das ist eine wirkliche Fusion, eine Gesellschaft, ein Interesse, eine Leitung.“

Weiter kann auf diese Frage im Rahmen einer juristischen Arbeit, die nur die wirtschaftlichen Tendenzen zeigen, nicht aber die verschiedenen Auffassungen kritisieren will, nicht eingegangen werden. Es sei nur hinzugefügt, daß selbst, wenn man mit FLECHTHEIM die Interessengemeinschaft als ein geeignetes Mittel zum vertikalen Zusammenschluß ansieht, ihre Bedeutung jetzt in einer Periode der horizontalen

¹ Vgl. S. 393.

² Vgl. auch BOSCH: S. 441, der ausführt, daß sich aus den natürlichen Verhältnissen heraus für die IG. Farben das Recht ergebe, von Dynamit-Nobel und der Rheinisch-Westfälischen Sprengstoff AG. die Fusion zu verlangen.

Konzentration zurücktritt¹. Jedoch darf man immer nur von einer überwiegenden Tendenz sprechen, da kaum die eine oder die andere Art des Zusammenschlusses rein vorhanden ist².

§ 5. Rechtliche Behandlung der Fusion von Aktiengesellschaften im allgemeinen.

I. Die vorliegende Arbeit soll aus dem großen Komplex der Fusionen im wirtschaftlichen Sinne ein Teilproblem behandeln, nämlich das der liquidationslosen Fusion von Aktiengesellschaften bzw. Kommanditgesellschaften auf Aktien; denn, wie bereits oben ausgeführt, ist diese Rechtsform heute eines der Hauptmittel zur wirtschaftlichen Konzentration. Und das ist bei der Bedeutung der Aktiengesellschaft als dem ausgeprägtesten Typus der Kapitalgesellschaft, in der ein großer Teil des Volksvermögens zusammengeballt ist, auch ganz selbstverständlich; die Aktiengesellschaft ist der vollendetste Ausdruck unseres gegenwärtigen Wirtschaftslebens, demgegenüber das Einzelunternehmertum fast völlig verschwunden ist. Das beste Beispiel hierfür ist, daß selbst eine so mächtige Firma wie die Firma Krupp gezwungen war, sich in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln³. Infolgedessen hat der Zusammenschluß dieser Gebilde ein ganz besonderes volkswirtschaftliches Interesse; die Rückwirkungen solcher Zusammenschlüsse können von der allergrößten Bedeutung sein, insbesondere mit Rücksicht auf die Preisgestaltung. Und so ist mit Recht im Enqueteausschuß⁴ von DEUTSCH und HARMS ausgeführt worden, daß eine Duldung der Fusionen nur möglich sei, wenn durch sie, wie es bei der chemischen Industrie geschehen ist, die Preise reduziert werden, da andererseits wie bei den Kartellen das Problem der staatlichen Aufsicht auftauchen müßte. Hier ist der Punkt, wo das Fusionsproblem nicht mehr privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Charakter annimmt. Hier stoßen wir auf all die Probleme, die bei der Kartellaufsicht⁵ und bei der amerikanischen Antitrust-Gesetzgebung zur Erörterung gestanden haben und noch stehen⁶. Denn es besteht auch hier die Gefahr der Ausnutzung der erlangten Machtstellung gegenüber Dritten, das Verhindern einer volkswirtschaftlich vielleicht erwünschten Konkurrenz usf. Und es sei auf das Wort von DEUTSCH a. a. O. S. 409 hingewiesen, das er trotz der schlechten Erfahrungen der amerikanischen Gesetzgebung ausgesprochen hat: „Ich glaube trotzdem, daß es bei uns nicht möglich sein wird, diese großen

¹ Vgl. LIEFMANN: Kartelle, S. 306. ² KAHN: a. a. O., S. 45.

³ Vgl. UFERMANN-HÜGLIN: Die AEG., S. 9.

⁴ Vgl. S. 405 und 408 daselbst.

⁵ Vgl. die sog. Kartellverordnung vom 2. November 1923.

⁶ Vgl. auch § 10 Kartellverordnung; ferner hierzu LIEFMANN: Kartell-Rdsch. 1928, S. 8; TSCHERSKY: S. 65, 66 das.

Konzentrationen aufrechtzuerhalten, wenn nicht der Beweis geliefert wird, daß dadurch eine Preissenkung eintritt.“

II. 1. Aber nicht dies öffentlichrechtliche Problem, das vielleicht de lege ferenda eine große Bedeutung gewinnen wird, will die vorliegende Arbeit behandeln, sondern lediglich die privatrechtliche Seite der Fusion von Aktiengesellschaften. Hierzu kann nun der Gesetzgeber einen verschiedenen Standpunkt einnehmen¹. Einige Länder, wie Frankreich, Belgien, Holland, regeln sie überhaupt nicht.

Vgl. etwa HOUPIN-BOSVIEUX Bd. 2, S. 106: „La législature française (à la différence de plusieurs législations étrangères), ne réglemente pas spécialement le contrat de fusion, sauf en ce qui concerne la négociation des actions d'apport (L. 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 [ces lois en réglementant la négociation des actions d'apport en cas de fusion, ont implicitement consacré la légalité de la fusion], ce contrat doit néanmoins être tenu pour licite en vertu du principe de la liberté des conventions, sous réserve de l'application de l'art. 419 C. pén., pour le cas où la fusion aboutirait à la coalition et au monopole prohibés et punis par cet article.“

Ausgehend von dem Grundsatz, daß die Fusion erlaubt sei, hat sich dann die Doktrin ausführlich mit der Fusion von Aktiengesellschaften beschäftigt. Es wird an den einzelnen Stellen noch auf die Ergebnisse der französischen Literatur und Judikatur, soweit sie für das deutsche Recht interessieren, einzugehen sein. Hier genügt es festzustellen, daß in Frankreich zwei Arten der Fusion unterschieden werden, nämlich die sog. Annexion, d. h. die Übernahme des Vermögens der einen Gesellschaft durch eine andere und die sog. Création d'une société nouvelle, d. h. die Gründung einer neuen dritten Gesellschaft². Auf beide Fusionsarten finden die allgemeinen aktienrechtlichen Regeln Anwendung.

2. Eine Reihe anderer Staaten, so insbesondere Italien (Art. 158, Art. 193ff., insbesondere Art. 195 Codice di Commercio) und die vom italienischen Recht beeinflussten Staaten wie Rumänien, regeln die Fusion von Handelsgesellschaften und so auch die von Aktiengesellschaften ganz eingehend³. Darin braucht keineswegs eine Erleichterung derselben zu liegen. Denn das italienische Recht erschwert die Fusion von Aktiengesellschaften vor allem durch die Vorschrift, daß die Gläubiger der sich vereinigenden Gesellschaften binnen drei Monaten nach Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses ein die Ausführung der Fusion hinderndes Widerspruchsrecht haben; ferner sei auch noch auf das

¹ Vgl. zum folgenden außer den Gesetzen der einzelnen Staaten vor allem: LEHMANN: Das Recht der AG. Bd. 2, S. 523ff.; ders.: Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen. ZHR. 50, S. 1ff.; HAMBURGER: im Rechtsvergl. Handwörterbuch, S. 59ff.; zum Teil auch SCHMITT (ungedruckte Tübinger Dissertation 1924) S. 42.

² Vgl. H.-B.: a. a. O., S. 107; THALLER: Traité élémentaire de droit commercial, 7. éd. 1925, revue et mise à jour par J. PERCEROU, N. 702.

³ Vgl. LEHMANN: a. a. O., S. 526, 530.

später zu besprechende Abfindungsrecht der Aktionäre (Art. 158, III), das sich u. a. auch in amerikanischen Statutarrechten findet, hingewiesen¹. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden; es sei nur hervorgehoben, daß sich diese Vorschriften im ganzen gut bewährt haben müssen, denn die italienischen Entwürfe von 1922 und 1925 haben an dem Rechtszustand nur wenig geändert², vielmehr sagt SCIALOJA zu dem Entwurf VIVANTES von 1922 S. 296: „Per la fusione il progetto non contiene modificazione alle vigenti disposizioni, all' infuori de quelle richieste dalle necessità di coordinamento.“

3. a) Eine mittlere Stellung nehmen eine Reihe von Staaten ein, die zwar Vorschriften über Fusionen geben, ohne aber wie Italien und die ihm folgenden Staaten die Fusion für alle Gesellschaften zu regeln, vielmehr sich darauf beschränken, die aktienrechtliche Fusion mehr oder minder eingehend zu ordnen. Zu dieser Gruppe gehören zunächst England und eine Reihe amerikanischer Statutarrechte³. Der englische Ausdruck für Fusion lautet amalgamation. Er umfaßt sowohl die Übernahme des Vermögens einer Gesellschaft durch eine andere gegen Hingabe von irgendwelchen Vermögenswerten (transfer the business of any company to another) als vor allem die gegen Schaffung von neuen Mitgliedschaftsrechten seitens der aufnehmenden Gesellschaft (eigentliche amalgamation). Jedoch muß gemäß der Ultravires-Theorie der aufnehmenden Gesellschaft, die entweder eine bestehende oder eine zu diesem Zweck neugegründete sein kann, ausdrücklich diese Befugnis in ihrem Memorandum eingeräumt sein. Sie muß eine englische, kann keine ausländische company sein⁴. Die maßgebende gesetzliche Bestimmung ist sec. 192 der Companies Consolidation Act von 1908⁵, jedoch ergänzt durch die soeben am 1. November 1929 in Kraft getretene Novelle vom August 1928 (Companies Act 1928), die vor allem deswegen von sehr großer Bedeutung ist, weil sie die Möglichkeit einer Vermeidung der Liquidation (winding up) bietet, die bisher überhaupt Voraussetzung des ganzen Verfahrens war; ferner dehnt sie die geltende Bestimmung des Gesetzes von 1908 auch auf die Übernahme durch eine ausländische Gesellschaft aus⁶.

¹ Vgl. aber hierzu SIMON: Der Entw. eines neuen ital. HGB. Auslandsrecht 1926, insbesondere Sp. 209, 214.

² Vgl. jedoch Anm. I sowie CRESTOWITSCH: Die ital. AG. Z. f. Ges. u. Rspr. d. Auslandes 2, S. 74 ff., insbesondere S. 78.

³ Vgl. LEHMANN: Das Recht der AG. Bd. 2, S. 526.

⁴ Vgl. sec. 285 der Companies Consolidation Act.

⁵ Vgl. hierzu PALMER-TOPHAM: Company Precedents Bd. I, S. 1372. 1910. Hinzuweisen ist auch hier auf das eventuelle Abfindungsrecht der dissentierenden Aktionäre.

⁶ Vgl. HANS GOLDSCHMIDT: Zusammenschlüsse nach englischem Recht (Köln. Ztg. v. 13. September 1926), insbesondere über die Versuche,

Im amerikanischen Recht muß beiden Korporationen ausdrücklich das Recht zur Fusion eingeräumt sein, by the state under whose laws it existing¹. Such power made be conferred either in a corporate charter or in a general enabling act or by a legislative ratification of an arrangement between corporations to consolidate. Diese Ermächtigung wird von den Einzelstaaten erteilt, denen in Amerika die Gesetzgebung für das Aktienrecht zusteht. Der englische Ausdruck amalgamation für Fusion wird nicht gebraucht, vielmehr sind üblich die Ausdrücke consolidation und merger. Der Ausdruck consolidation, eigentlich nur die Fusion durch Gründung einer neuen Gesellschaft bezeichnend — diese Form wird überhaupt vorzugsweise behandelt² —, gilt als der umfassendere, da er meist auch den Begriff merger, d. h. Aufgehen einer Gesellschaft in eine andere, in sich vereint³. Jedoch ist der Sprachgebrauch keineswegs einheitlich. Von den einzelnen Gesetzen seien hervorgehoben das von New York vom 24. Mai 1923, das scharf zwischen merger und consolidation trennt, ferner das von Delaware aus dem Jahre 1927, das den Ausdruck merger gebraucht. Hervorgehoben sei noch, daß ebenso wie in England kaum getrennt wird, ob Aktien oder andere Gegenwerte gewährt werden. Ein besonderes Charakteristikum der amerikanischen Gesetze ist auch, daß Liquidationsausschuß und Universalsukzession in weit höherem Maße vorgesehen sind als in Europa⁴.

b) Hierher gehören weiterhin auch die Gesetzgebungen Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und Ungarns, die ebenfalls nur einzelne Fragen regeln. Das deutsche Handelsgesetzbuch regelt in § 303 die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen, im § 304, den Fall der sog. Verstaatlichung, im § 305 die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen an eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien mit Liquidation (sog. uneigentliche Fusion) und im § 306 die sog. echte Fusion, d. h. diejenige unter Ausschluß der Liquidation; gemäß § 320, III gelten diese Bestimmungen auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Nicht

diese Bestimmung zu umgehen; ders.: Die Novelle zum englischen Aktienrecht. Magazin der Wirtschaft, 1928, S. 1804 ff.; vgl. ferner HAMBURGER: a. a. O.

¹ Vgl. Corpus juris 14 A: Corporations, § 3632.

² Vgl. LEHMANN: a. a. O., II, S. 526. So entstand z. B. 1867 die Firma Rockefeller, Andrews & Flagler, die sich 1870 zur Standard Oil Co. of Ohio umbildete aus einer Fusion von fünf Firmen (der Wm. Rockefeller & Co., R. Andrews, Rockefeller & Co., S. F. Harkness, H. M. Flagler). Vgl. hierzu insbesondere LIEFMANN: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 244.

³ Vgl. Corpus juris, § 3630.

⁴ Vgl. HAMBURGER: a. a. O.; LEHMANN: Das Recht der AG. Bd. 2, S. 536, Anm. 1, und auch S. 524; ferner SCHMITT: a. a. O., S. 40.

geregelt ist der Zusammenschluß zu einer neuen dritten Gesellschaft. Im einzelnen wird auf diese Bestimmungen im weiteren Verlauf der Arbeit einzugehen sein. In Deutsch-Österreich gilt das ADHGB. von 1861, das den Fall der Fusion von Aktiengesellschaften in den Artt. 215, 247 behandelt¹. Es kennt nur die liquidationslose Fusion in Form der Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen gegen Gewährung von Aktien. Der Begriff ist im Gegensatz zum deutschen insofern enger, als er nicht die Kommanditgesellschaft auf Aktien mit umfaßt²; er ist andererseits weiter, da im § 96 österr. GmbHGes. die Fusion zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelt ist³, während das deutsche GmbHGes. §§ 80/81 nur den Fall der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung behandelt. Nicht berücksichtigt wird ebenso wie im deutschen Recht der Fall der Fusion in Form des Zusammenschlusses zu einer neuen Gesellschaft⁴. In der Schweiz ist die Fusion geregelt in den Artikeln 627 und 669 SchwObligR. vom 30. März 1911, die namentlich vom ADHGB. beeinflußt sind. Strittig ist, ob nur der Fall der Übernahme durch eine andere Aktiengesellschaft — in der Schweiz oft Annexion genannt — hierunter fällt oder auch der Fall der sog. Kombination, d. h. der des Zusammenschlusses zu einer dritten neuen Gesellschaft⁵. Jedoch wird die Frage nach einer Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts⁶ meist dahin entschieden, daß beide Arten darunter fallen. Denn das Bundesgericht sagt a. a. O.: „Die Fusion mehrerer Aktiengesellschaften kann auf zweierlei Weise stattfinden: entweder so, daß alle Gesellschaften sich auflösen und zu einer neuen Gesellschaft vereinigen, oder so, daß eine Gesellschaft die andere mit dem gesamten Vermögen und den Mitgliedern in sich aufnimmt.“ Die schweizerischen Reformentwürfe⁷ trennen jedoch in Zukunft scharf diese verschiedenen Formen und stellen be-

¹ Über die Zusammenhänge zwischen dem ADHGB und dem deutschen HGB. vgl. § 6.

² Vgl. STAUB-PISKO: Art. 247, § 2.

³ Vgl. PISKO: Lehrbuch des österr. Handelsrechts 1923, S. 473: Auf die Aufnahme einer AG. durch eine G. m. b. H. wird die Vorschrift des § 96 analog angewendet.

⁴ Vgl. aber den Reformvorschlag von HOFMANNSTHAL: Entwurf eines neuen österr. Aktiengesetzes, § 140, im Anschluß an den Entwurf von GRANICHSTÄDTEN-CZERVA.

⁵ FICK: Die Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht, S. 4, und die dort angegebene Literatur. Zürich 1924.

⁶ Vgl. EBG. 25², 135 Erw. 5, zitiert bei FICK: a. a. O.

⁷ Vgl. hierüber WIELAND: Zu dem Gesetzentwurf zur Reform des schweiz. Aktienrechts. Z. f. ausl. u. intern. PrivR. 1929, S. 187ff.; FICK: a. a. O., S. 14; Bericht der Expertenkomm. 1926, S. 417ff.

sondere Regeln für beide auf. Nicht ganz unzweifelhaft ist es, ob Universalsukzession stattfindet, jedoch wird diese Frage überwiegend bejaht¹.

c) Schließlich müssen auch die neuen Gesetze Liechtensteins und Polens erwähnt werden. Das Liechtensteinsche Gesetz vom 20. Januar 1926 regelt in den Artikeln 351—53 ausführlich die Fusion durch Aufgehen in eine bereits bestehende Aktiengesellschaft, durch Gründung einer neuen Aktiengesellschaft und schließlich die Übernahme durch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Auch das neue polnische Aktienrecht (in Kraft getreten am 1. Januar 1929²) behandelt die Fusion eingehend und trennt ebenfalls die verschiedenen Fusionsarten scharf.

Der hier gegebene Überblick macht nicht den Anspruch auf Vollständigkeit, denn die vorliegende Arbeit will erst in zweiter Linie der Rechtsvergleichung dienen, vielmehr vor allem das sehr verwickelte deutsche Recht der liquidationslosen Fusion von Aktiengesellschaften im Zusammenhang mit der Reformbewegung zur Darstellung bringen. Daher wird im folgenden das ausländische Recht nur insoweit herangezogen werden, als es für das deutsche Recht *de lege lata* und vor allem *de lege ferenda* Anregungen bietet, insbesondere solche, die bei der kommenden Reform des Aktienrechts Berücksichtigung verdienen. Hierbei ist freilich zu beachten, daß, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse des einen Landes gut ist, darum noch nicht für die eines anderen gut zu sein braucht, so daß ohne ein eingehendes Studium an Ort und Stelle stets der Wert solch ausländischer Vorbilder als problematisch bezeichnet und dringend davor gewarnt werden muß, leichten Herzens fremde Gesetze zu übernehmen³. Auf diesen Punkt kann jedoch nicht weiter eingegangen werden, vielmehr ist jetzt die deutsche Regelung, nachdem sie in den Rahmen der Gesetzgebung der übrigen Länder eingeordnet ist, ins Auge zu fassen.

§ 6. Die rechtliche Regelung der Fusion von Aktiengesellschaften in Deutschland in ihrer historischen Entwicklung⁴.

I. Dem deutschen HGB. von 1897 ist vorausgegangen das ADHGB. von 1861, das noch heute in Deutsch-Österreich gilt. Wenn man die

¹ Vgl. FICK: a. a. O., S. 30; HAMBURGER: a. a. O., S. 59ff.

² Vgl. POHLE: Neuregelung des Aktienrechts in Polen. BankA. 1927, S. 420.

³ Vgl. FLECHTHEIM: Vom Aktienrecht in den Vereinigten Staaten. Z. ausl. u. intern. PrivR. 1929, zitiert nach dem Sonderabdruck, S. 2; LEHMANN, J.: Gutachten f. d. 34. DJT., S. 266/67; NUSSBAUM: Zbl. f. HR. 1926, S. 294; SCHMOELDER: JW. 1929, S. 1339/40.

⁴ Vgl. hierzu v. COSEL: Die Fusion von Aktiengesellschaften (ungedruckte Würzburger Dissertation 1921), S. 16ff.

Protokolle der 40. Sitzung der Nürnberger Kommission¹ liest, so zeigt sich, daß damals die Stimmung für eine gesetzliche Regelung der Fusion keineswegs eine günstige war. So wurde geäußert, das Vorkommen der Fusionen lasse sich zwar nicht leugnen, es wäre aber noch nicht entschieden, ob sie nicht bloß ephemerer Natur seien, ferner die Fusion stelle kein selbständiges Rechtsinstitut dar, das auf Anerkennung im Handelsgesetzbuch Anspruch machen könne. Schließlich gingen aber aus den Beratungen doch entsprechend dem preußischen Entwurf² die Art. 247 und 215 hervor; von denen Art. 247 die sog. eigentliche Fusion, d. h. die Übertragung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen gegen Gewährung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft ohne Liquidation allerdings nur insoweit regelte, als er einen Schutz für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft in Form einer Trennung der Vermögensmassen der beiden Gesellschaften während einer Sperrfrist bis zur Befriedigung der Gläubiger vorsah. Diese Trennung hatte freilich nach h. L.³ keine rechtliche Bedeutung, die Verpflichtung der aufnehmenden Gesellschaft war lediglich durch die Haftung des Vorstandes gesichert.

Betrachtet man nur diese Bestimmung, so könnte es scheinen, als ob das ADHGB. die Fusion begünstigte. Das war jedoch keineswegs der Fall. Denn einmal verlangte der Art. 215, IV für den Übertragungsbeschluß Einstimmigkeit, ferner aber stand in Übereinstimmung mit der sonstigen Tendenz dieses Gesetzes die Fusion unter dem Konzessionszwang. Heißt es doch in dem Protokoll der 40. Sitzung: „Die Notwendigkeit der staatlichen Genehmigung für die Fusion sei um so mehr rätlich, als durch eine solche Vereinigung von Aktienkapitalien bzw. durch Konzentration großartiger Kapitalkräfte in der Hand einer Gesellschaft einerseits wichtige staatliche Interessen betroffen würden, andererseits aber auch die Voraussetzungen, unter welchen die staatliche Genehmigung dieser Gesellschaften erfolgten, nicht mehr dieselben seien. Eine Fusion mehrerer Aktiengesellschaften sei eigentlich nichts anderes als die Errichtung einer neuen.“ Wir finden also hier zum Teil ganz dieselben Gedankengänge, die wir unter der Bezeichnung der öffentlichrechtlichen Seite des Fusionsproblems an die Spitze des vorigen Paragraphen gestellt haben. Nicht gestattet war die Fusion zwischen Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KaA.), so daß man, worauf STAUB a. a. O. § 2 und § 4 hinweist, bei dem Geschäftsübergang der Aktiengesellschaft Internationale Bank in Berlin auf die Aktienkommanditgesellschaft Berliner Handelsgesellschaft ge-

¹ LUTZ, J.: Prot. der Komm. eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, 1858—1863, S. 368 ff.

² Vgl. LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 526, Anm. 5.

³ Vgl. STAUB: Komm. z. ADHGB., 5. Aufl., 1897, zu Art. 247, § 9.

zwungen war, die Liquidation zu beschließen, die Liquidatoren zu beauftragen, das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf die andere Gesellschaft zu übertragen, und gleichzeitig durch einen Vertrag für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft das Recht des Aktienumtausches auszubedingen. Nicht geregelt war der Zusammenschluß zu einer neuen Gesellschaft zum Teil wohl deshalb, weil die damalige Zeit nur die Fusion im Wege der Aufsaugung und nicht als Zusammenschluß gleich starker Gesellschaften kannte. Die Vertreter der Meinung, daß Art. 669 des schweizerischen Obligationenrechts nicht den zweiten Fall mitumfasse, haben sich stets auf das ADHGB. berufen, weil dieses doch für das Obligationenrecht vorbildlich gewesen war¹.

II. Die Novelle von 1870 beseitigte das Konzessionssystem. Die Novelle von 1884 brachte zunächst einige kleine Änderungen des Art. 247, insbesondere statuierte sie unter Umständen eine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates für die Einhaltung der Sperrfrist. Wichtiger war, daß der Übertragungsbeschluß nach Art. 215 nicht mehr Einstimmigkeit, sondern nur eine Dreiviertelmehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals erforderte. Das HGB. von 1897 erstreckte diese Vorschriften auch auf die Aktienkommanditgesellschaft (305, I; 320, III) und führte die Fusion mit Liquidation ein.

III. 1. Der Aufbau der Bestimmungen im HGB. ist danach folgender: Zunächst wird behandelt die Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen im § 303, der Fall der sog. Barfusion². Hierfür ist Voraussetzung ein im Zweifel mit einer Mehrheit von Dreiviertel des vertretenen Grundkapitals gefaßter Beschluß der Generalversammlung, durch den spätestens die Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Im übrigen finden die Liquidationsvorschriften Anwendung mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen dürfen, die die Ausführung der beschlossenen Maßnahme mit sich bringt. Die Vermögensübertragung an die Übernehmerin darf frühestens nach einem Jahr, nachdem die dritte Aufforderung an die Gläubiger, ihre Ansprüche anzumelden, stattgefunden hat, erfolgen³. Dieser Fall ist in der Praxis als Fusionsform sehr selten; hierzu trägt heute auch der Mangel an baren Mitteln bei⁴. Für ihn besteht nach SCHMALENBACH a. a. O. im wesentlichen nur dann ein Bedürfnis, wenn neben Aktien Barmittel gewährt werden, da es dann⁵ zweifelhaft ist, ob die Vorschriften der §§ 305/6 Anwendung

¹ Vgl. FICK: a. a. O. ² Vgl. SCHMALENBACH: a. a. O., S. 153.

³ Vgl. § 297 und § 301 HGB.

⁴ Immerhin kommt es vor, wenn auch im Wege der Verrechnung, so seitens der Berliner Hochbahn-Gesellschaft bei der Übernahme der Berliner Nord-Süd-Bahn gegenüber der Stadt Berlin (vgl. RING-SCHACHIAN, S. 506).

⁵ Vgl. unten § 9.

finden können. Das gleiche gilt aber auch bei der Übertragung des Vermögens einer inländischen Aktiengesellschaft an eine ausländische, da nach durchaus herrschender Lehre die §§ 305/6 voraussetzen, daß beide Aktiengesellschaften ihren Sitz in Deutschland haben¹.

2. An den § 303 schließt sich systematisch an der § 305, der Fall der sog. uneigentlichen Fusion. Er regelt die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der Übernehmerin unter Liquidation der übertragenden Gesellschaft. Entsprechend den besonderen Erfordernissen dieses Falles gibt er als Ergänzung der Vorschriften des § 303 eine Reihe erleichternder Sonderregeln für eine Kapitalserhöhung seitens der aufnehmenden Gesellschaft, ordnet an, daß der Anmeldung der erfolgten Kapitalserhöhung zum Handelsregister der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag in bestimmter Form beizufügen ist und verweist für den Aktienumtausch auf § 290 HGB. Auch dieser Fall ist in der Praxis nicht häufig², denn eine Liquidation bedeutet eine Zerstörung des wirtschaftlichen Zweckes der Fusion; sie enthält eine Betriebsauflösung, nicht eine Betriebsfortsetzung³. Die Vorschrift war auch im ADHGB. nicht vorhanden, so daß SCHMALENBACH a. a. O., S. 124 ausführt: „Das neue HGB. hat diese Vorschriften (die über liquidationslose Fusion) ausgedehnt auch auf den ersten Fall der Fusion (mit Liquidation). Der Grund für diese Erweiterung ist nicht ersichtlich, ein praktisches Bedürfnis lag nicht vor; es scheint das Bestreben, den Fusionsvorschriften eine gewisse Abrundung zu geben, vorgewaltet zu haben.“ Die amtliche Statistik der Jahre 1910—19 ergibt, daß 228 Fusionen ohne Liquidation neun mit Liquidation gegenüberstehen; und die der Jahre 1920—26, daß 10 Fusionen mit Liquidation 479 ohne Liquidation entsprechen. Immerhin kommen auch solche Fusionen vor, so z. B. die im Juli 1926 erfolgte Fusion der Ver. Chem. Fabriken AG., Zeitz mit der Saccharin-Fabrik Fahlberg, List & Co. (Aktienkapital 10,57 Mill. RM.), wobei die erste liquidierte; ferner sei hingewiesen auf die im März 1926 erfolgte Fusion der Ostsee-Dampfschiffahrts-Gesellschaft mit der Stettin-Rigaer Dampfschiffahrts-Ges. Th. Griebel KaK.

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 305, Anm. 1; HORRWITZ: Recht der GV., S. 454. Aus der verschiedenen Staatszugehörigkeit ergeben sich überhaupt genug Schwierigkeiten, wenn es sich darum handelt, eine der Fusion entsprechende Bindung zu schaffen (so neuestens zwischen den Vereinigten Glanzstoff-Fabriken Elberfeld und der Holländischen Kunstseidenfabrik Enka; vgl. Voss. Ztg. v. 29. Mai 1929). Eine nähere Betrachtung dieser Formen dürfte eine reizvolle Aufgabe bieten.

² Vgl. SCHMALENBACH: a. a. O., S. 148/9.

³ Vgl. WANDSCHNEIDER: Fusion nach HGB. (Rostocker Dissert. 1910), S. 77.

(Aktienkapital 1,50 Mill. RM.) unter Liquidation der ersten. Als wirtschaftliche Gründe für eine solche Fusion lassen sich anführen¹, das Fehlen eines passenden Umtauschverhältnisses, ferner die Rücksicht auf die Erhaltung der Organisation der übertragenden Gesellschaft zwecks Veräußerung zurückbehaltener Gegenstände.

3. Der Fall aber, der allein in der Praxis eine wirkliche Bedeutung hat, ist der der liquidationslosen Fusion, auf den neben den im § 304, d. h. für den Fall der sog. Verstaatlichung, gegebenen Vorschriften eine Reihe besonderer Regeln Anwendung findet. Diese Form hat wirtschaftlich den Vorteil, daß eine Liquidation unterbleibt, und die beiden Vermögensmassen gemeinsam arbeiten können, auch wenn die gesetzliche Vorschrift, daß die Vermögen während einer Sperrfrist zum Schutz der Gläubiger getrennt zu halten sind, strenger eingehalten würde, als dies in der Praxis geschieht. Den hierfür grundlegenden § 306, den man ohne Übertreibung als die einzige Quelle des deutschen Fusionsrechts bezeichnen kann², will die vorliegende Arbeit näher betrachten.

IV. Bevor jedoch in diese Untersuchung eingetreten werden kann, muß noch folgendes vorausgeschickt werden. Bekanntlich befindet sich unser Aktienrecht in einem Zustand der Gärung. Die im Anfang dieser Arbeit skizzierten Ereignisse, insbesondere die Konzentration des Kapitals, haben ergeben, daß das deutsche Aktienrecht nicht überall den Anforderungen der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, der Strukturwandlung der Wirtschaft, wie es FLECHTHEIM in seinem Gutachten für den Enqueteausschuß bezeichnet hat, entspricht, wenn auch über den Umfang einer erforderlichen Reform die Ansichten mehr als geteilt sind. Die Reformbewegung, durch vielerlei Schriften vorbereitet, es sei insbesondere an die Arbeiten der Vereinigung für Aktienrecht erinnert, trat in ein entscheidendes Stadium, als auf dem 34. Deutschen Juristentag zu Köln auf Vorschlag von GEILER eine Kommission eingesetzt wurde, die die Frage einer etwa notwendigen Reform des Aktienrechtes prüfen sollte. Diese unter dem Vorsitz von HACHENBURG tagende Kommission hat über ihre Arbeiten dem 35. Juristentag zu Salzburg einen Bericht erstattet, der sich auf S. 36—40 auch mit einer Reform des Fusionsrechtes beschäftigt und bestimmte Vorschläge gemacht hat. Auch der bereits mehrfach zitierte Enqueteausschuß des Reichswirtschaftsrats, der die wirtschaftliche Seite der Reform prüfen

¹ Vgl. SCHMALENBACH: a. a. O. S. 148/9.

² Der Fall des Zusammenschlusses zu einer neuen Aktiengesellschaft kommt wegen der höheren Kosten und mangels einer gesetzlichen Regelung kaum vor; ein ähnlicher Zusammenschluß war die Bildung der Berliner Verkehrs-AG., die Straßenbahn, Hoch- und Untergrundbahn und Omnibusgesellschaft aufnahm (vgl. aber über die bestehenden Unterschiede WEISBART bei RING-SCHACHIAN: S. 505, Anm. 1).

sollte, hat sich mit diesen Fragen befaßt. Die vorliegende Arbeit will daher das Problem der liquidationslosen Fusion von Aktiengesellschaften unter besonderer Betonung der bei der Reform im Vordergrund stehenden Punkte behandeln. Das kann auch um so eher geschehen, als eine Reihe anderer sich an den § 306 knüpfender Fragen bereits öfter, vor allem allerdings in der Vorkriegszeit, erörtert worden sind. Es sei auf ULLMANN: Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen (Fusion) 1915 und von den zahlreichen Dissertationen auf die Rostocker Dissertation von WANDSCHNEIDER 1910 verwiesen¹; von den Dissertationen der Nachkriegszeit ist hervorzuheben die ungedruckte Tübinger Dissertation von SCHMITT: Die Fusion insbesondere die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht 1924². In diesen Arbeiten sind eine Reihe nicht durch die neuere wirtschaftliche Entwicklung aufgeworfener Probleme bereits ausführlich behandelt und zum Teil gelöst worden. Insoweit kann, da in diesem Umfang für die vorliegende Schrift kein Bedürfnis besteht, auf diese Arbeiten verwiesen werden. Aber auch abgesehen von den im Reformbericht genannten Punkten bestehen noch eine ganze Reihe völlig ungelöster Rechtsfragen, es sei insbesondere an die Frage der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Fusionsbeschluß und Fusionsvertrag, ferner an das Problem des Einflusses der Fusion auf Dauerverpflichtungen erinnert. Wenn daher auch für das deutsche Recht nicht das gilt, was JACOTTET 1884³ in bezug auf das schweizerische Recht gesagt hat und FICK⁴ noch 1924 in seinem Vorwort zitierte: „Tout cela est obscur“, so bleibt doch auch für das deutsche Recht eine große Zahl von Zweifelsfragen übrig.

§ 7. Die Rechtsnatur der Fusion nach § 306 HGB. im allgemeinen.

I. Eine Betrachtung der einzelnen Tatbestandsstücke, die in ihrer Gesamtheit die Fusion bewirken, setzt voraus, daß man sich klar ist über das Wesen der Fusion, insbesondere darüber, ob man mehr ihre korporationsrechtliche oder ihre vermögensrechtliche Seite zu betonen hat. Denn von hier aus ergeben sich allerlei Folgen, so für das Stimmrecht der aufnehmenden Gesellschaft in der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft gemäß § 252, III HGB, für die Frage, ob neben Aktien noch andere Werte gewährt werden dürfen, ferner, ob seitens der aufnehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung erfolgen muß usw. OTTO V. GIERKE⁵ hat in seinem klassischen Werk über die Genossenschaftstheorie den Vorgang der Fusion in den

¹ Vgl. im übrigen das Literaturverzeichnis.

² Vgl. Anm. I.

³ Manuel du droit fédéral des obligations.

⁴ a. a. O.

⁵ Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, S. 825 ff.

Rahmen seiner Unterscheidung zwischen Veränderung juristischer Personen einerseits und ihrer Auflösung und Neubildung andererseits eingeordnet. So hat er a. a. O. ausgeführt, daß eine Kombination von Veränderung und Auflösung vorliegen kann, indem eine Verbandsperson behufs ihrer Verschmelzung mit einer durch die Erweiterung veränderten anderen Verbandsperson aufgehoben wird. Hierfür nennt er neben verschiedenen Beispielen, so der Verschmelzung eines Dorfes mit einer dadurch erweiterten Stadt und den kirchlichen Inkorporationen^{1, 2}, die Fusion im Sinne der Art. 215, IV, 247 ADHGB., die der unseres § 306 entspricht. Die Fusion könne jedoch auch in einer anderen Form vorkommen derart, daß es sich bei der Verschmelzung der beiden Aktiengesellschaften lediglich um Auflösung und Neubildung handle, so daß sämtliche bisher vorhandenen Rechtssubjekte wegfallen, und an ihre Stelle ein aus ihren Elementen geschaffenes neues einheitliches Rechtssubjekt tritt. Das ist der Fall der Gründung einer neuen dritten Gesellschaft durch die beiden fusionierenden, ein Fall, den unser Gesetzgeber nicht besonders geregelt hat. Als äußeres Unterscheidungszeichen beider Typen bezeichnet er die Annahme eines neuen, im Gegensatz zur Fortführung eines höchstens durch einen Zusatz geänderten Namens, und in der Tat, obwohl natürlich die Grenze zwischen diesen beiden Typen labil ist, wird man zugeben müssen, daß in der Mehrzahl der Fälle dieses Unterscheidungsmerkmal durchaus zutreffend ist. Beispielsweise würde die Fusion, durch die die Badischen Anilinfabriken die übrigen chemischen Werke unter der Firma I. G. Farbenindustrie AG. aufnahmen, sich rechtlich nur als eine durch ihre Erweiterung erfolgte Veränderung einer Verbandsperson darstellen, während der Firmenwechsel andeutet, daß hier ein ganz neues Unternehmen entstanden, daß also auch eine neue Verbandsperson aufgetreten ist³. Maßgebend ist hier allein die wirtschaftliche tatsächliche Anschauung des Vorganges, nicht die rechtliche Gestaltung. Dieser Grundsatz, der uns beispielsweise bei der Behandlung von Dauerverträgen bei erfolgter Fusion noch gute Dienste leisten wird, wird von GIERKE a. a. O. in folgende Worte gekleidet: „Freilich scheidet oft auch hier in letzter Instanz eine unangemessene juristische Einkleidung eines Lebensvorganges an dessen realer Bedeutung, so daß die Kontinuität einer

¹ HINSCHIUS: System des KatholKirchR. 1878. Bd. 2, S. 436—455.

² Es ist nicht ohne Interesse, daß gerade der Ausdruck „Inkorporation“ mitunter für eine Fusion im Sinne der aufsaugenden Fusion gebraucht wird. So bei ROSSEL: Manuel du droit civil suisse III, S. 719, der die incorporation in Gegensatz zu der fusion propement dite, d. h. der Bildung einer neuen Gesellschaft, stellt (zitiert nach FICK: a. a. O.); vgl. auch LEHMANN: Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 2, S. 527.

³ Vgl. auch die Fusion der Danat und neuestens die der Deutschen Bank und Discontogesellschaft.

Gesamtpersönlichkeit sich trotz formeller Unterbrechung erhält, oder umgekehrt eine fiktive Identität nicht durchdringt.“

II. Diese GIERKESchen Gedankengänge sind für die Auffassung der Fusion als korporationsrechtliches Rechtsgeschäft überaus wertvoll. Trotzdem darf man an dieser Stelle nicht haltmachen, um zu vermeiden, daß aus einer einseitigen Betonung dieses korporationsrechtlich eingestellten Gedankenganges Folgerungen gezogen werden, die mit dem Gesetz nicht vereinbar sind. Das aber wird von einer Reihe von Schriftstellern getan, die immer nur schlagwortartig von der korporationsrechtlichen Natur der Fusion sprechen und dabei die vermögensrechtliche Seite dieses Rechtsgeschäfts zu kurz kommen lassen. Es fragt sich nun aber, ob nicht der Gesetzgeber der §§ 305 und 306 seinerseits gerade die vermögensrechtliche Seite besonders betont hat, und das dürfte nach dem Aufbau des Gesetzes nicht zu verneinen sein. Wird doch zunächst in § 303 die Veräußerung des Vermögens im ganzen gegen irgendwelche Werte, dann im § 305, der seinem ganzen Inhalt nach einen Unterfall von § 303 darstellt, die Übernahme des Vermögens im ganzen mit Liquidation geregelt, während § 306, in dem für den gleichen Fall die Liquidation ausgeschlossen ist, ein Unterfall von § 305 und damit von § 303 ist¹. Daraus aber ergibt sich, daß der Gesetzgeber ganz offenbar als das Primäre den Vermögensübergang aufgefaßt hat, dem der Unter- bzw. Übergang der Rechtspersönlichkeit nachfolgt²; er hat also bewußt das Vermögensrechtliche in den Vordergrund geschoben, und damit ausgesprochen, daß er das als Fusion bezeichnete Rechtsgeschäft, um uns vorsichtig auszudrücken, nicht einseitig als ein Geschäft des Korporationsrechts ansieht. Es handelt sich vielmehr um eine Vermögensübertragung gegen Gewährung von Aktien, an die der Gesetzgeber den Untergang der sich ihres Vermögens entledigenden Aktiengesellschaft als Folge knüpft. Es ist erforderlich, auf diesen Gedankengang des Gesetzgebers hinzuweisen, da eine Reihe von Schriftstellern³ ganz ausschließlich den korporations-

¹ STAUB-PINNER: Einleitung zu § 305; SCHMALENBACH: S. 126.

² Nach der GIERKESchen Auffassung verhält es sich genau umgekehrt. Vgl. D. PrivatR. I, S. 567: „Der körperliche Nachlaß fällt regelmäßig dahin, wohin die körperschaftliche Persönlichkeit selbst gefallen ist. Insbesondere erscheint sein Anfall als Folge des durch die soziale Lebensbewegung bewirkten Überganges der Elemente des aufgelösten Verbandes in ein anderes Leben.“ Vgl. hierzu auch KOHLER: ArchBürgR. 40, S. 410; aber andererseits v. GIERKE selbst in Festschrift v. MARTITZ: Schuldnachfolge und Haftung, S. 66, N. 2.

³ Vgl. FISCHER bei EHRENBERG: S. 417/18; BRODMANN: Zbl. f. HR. 1927, S. 124ff., sowie in seinem Kommentar zu § 306; HEYMANN (Bremen): ZHR. 1928, S. 217ff., und im Anschluß an FISCHER für das schweiz. Recht: FICK: S. 13; wie hier aber im wesentlichen SCHULTZE-v. LASAULX: Jher. Jb. 79, S. 354ff.

rechtlichen Gedanken der Fusion hervorheben und hieraus rein deduktiv Folgerungen ziehen. Nun ist diesen Schriftstellern zuzugeben, daß die Ansicht, die den vermögensrechtlichen Charakter der Fusion zu sehr betont, den Unterschied zwischen § 303 einerseits und §§ 305, 306 andererseits zu verwischen droht, daß sie dazu führen kann, die gewährten Aktien als eine Art Geldersatz zu betrachten. Voraussetzung für diese insbesondere von BRODMANN vertretene Auffassung ist aber, daß ein begrifflicher Unterschied von der behaupteten Schärfe überhaupt besteht. Und hier ist zu sagen, daß die Regelung in §§ 303 und 305 nicht sehr voneinander abweicht, so daß man kaum von einem derart offenkundigen begrifflichen Unterschied reden kann; und § 306 bildet nur einen Unterfall von § 305, freilich mit dem Unterschiede, daß hier Gesamtrechtsnachfolge eintritt. Das ist auch das Argument, das FISCHER a. a. O. hervorhebt, um den rein korporativrechtlichen Charakter der Fusion zu beweisen. Jedoch schlägt dieses Argument nicht durch, da im Falle des § 305, in dem ebenfalls Aktien gewährt werden, keine Gesamtrechtsnachfolge erfolgt¹. Mir scheint das Hervorheben eines solchen Gegensatzes a priori wenig glücklich zu sein; insbesondere erschwert sich BRODMANN, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, die juristische Rechtfertigung von zum Teil von ihm selbst wirtschaftlich gebilligten Ergebnissen. Vielmehr empfiehlt es sich, wie es GILBERT (JW. 1928, S. 2598) auch tut, zunächst lediglich festzustellen, daß der Gesetzgeber der Fusion den Charakter eines korporationsrechtlich vermögensrechtlich gemischten Rechtsgeschäftes gegeben hat. Man muß dann bei der Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Fusion zu erkennen suchen, was für ein Ergebnis im Einzelfall wirtschaftlich erstrebenswert ist, um danach das eine oder andere Element stärker zu betonen. Hierbei wird sich zeigen, daß die heutige Entwicklung² keineswegs in der Richtung der überwiegenden Betonung des korporationsrechtlichen Elementes liegt³.

III. Die Fusion setzt sich nun zusammen aus einer Reihe einzelner vom Gesetz aufgeführter Tatbestandsstücke, die mitunter⁴ gemeinsam als Gesamttakt bezeichnet werden. Auch bei der Anwendung dieses

¹ a. M. nur HEYMANN (Bremen): a. a. O., der seine Argumentation auf einem mißdeutigen Satz einer RG.-Entscheidung aufbaut, vgl. im einzelnen unten § 13.

² Vgl. insbesondere den Bericht der Kommission des Deutschen Juristentages.

³ Auf die Frage, ob man nicht überhaupt bei der Übertragung der korporationsrechtlichen Gedankengänge auf die modernen Kapitalgesellschaften mit einer gewissen Vorsicht verfahren sollte, kann hier nicht eingegangen werden.

⁴ GILBERT: a. a. O., S. 2598; SCHULTZE: Fusion eingetragener Genossenschaften 1927, S. 29.; ders.: Jher. Jb. 79, S. 359ff.

Begriffes ist eine gewisse Vorsicht geboten. Unter Gesamttakt ist nach h. L. nicht nur der korporationsrechtliche Akt der Gründung zu verstehen, mag auch dort sein Hauptanwendungsgebiet liegen¹. Vielmehr soll sein Charakteristikum sein, daß die Erklärung der Beteiligten sich nicht trafen, sondern parallel zueinander liefen, gerichtet auf einen gemeinsam erstrebten Erfolg; die Beteiligten ständen sich nicht als Parteien gegenüber, sondern als Parteigenossen, die ein bestimmtes Ereignis erstreben, nebeneinander². Nun kann im Rahmen dieser Arbeit nicht auf die Frage der Berechtigung oder Nichtberechtigung dieses Begriffes eingegangen werden; es sei nur bemerkt, daß Verfasser die gegen diesen Begriff erhobenen Einwendungen³ teilt, denn die Unterscheidung zwischen den Fällen des sog. Gesamttaktes, bei denen die Interessen parallel und denen des Vertrages, bis zu dessen Abschluß dieselben entgegengesetzt gerichtet sein sollen, ist meines Erachtens kaum berechtigt. Ist doch z. B. im Falle der Gründung einer Aktiengesellschaft, d. h. im typischen Falle des Gesamttaktes, das gemeinsam erstrebte Ziel zwar ein äußeres Ereignis, nämlich die Gründung der Aktiengesellschaft, aber auch hier bestehen die divergierensten Interessen, die gerade durch die Gründung ausgeglichen werden sollen, die, wie v. TUHR S. 476 mit Recht betont, nicht nur die juristische Person, sondern auch die Rechtsverhältnisse der Gründer zu derselben entstehen läßt. Andererseits wird auch beim Vertrage, der die gegenseitigen Interessen ausgleicht, von beiden Seiten ein äußeres Ereignis erstrebt und bewirkt wie beim dinglichen Vertrag, durch den das Eigentum übergehen soll, oder beim obligatorischen Dienst- oder Gesellschaftsvertrag, durch den ein Dienst- bzw. ein Gesellschaftsverhältnis begründet wird; ferner entsteht im letzten Falle das Gesellschaftsvermögen⁴. Auch im Falle des Vertrages zugunsten Dritter werden Rechtsverhältnisse zu anderen Personen als zwischen den Parteien geschaffen. Die Teilung zwischen Vertrag und Gesamttakt erscheint mir somit nicht erforderlich. Insbesondere ist in unserem Fall der Fusion kaum etwas mit ihm anzufangen. Hier stehen im Normalfall die beiden Aktiengesellschaften sicherlich nicht als Parteigenossen nebeneinander, sondern als Parteien gegenüber, der Fusionsvertrag, der meist nach den heftigsten wirtschaftlichen Kämpfen erfolgt,

¹ Jedoch ist auch das bestritten; vgl. im einzelnen v. TUHR: Allg. T., Bd. I, S. 477, Anm. 5.

² Vgl. KUNTZE: Leipz. Festschr. f. MÜLLER, S. 43; es gehört also z. B. hierher auch der Fall, daß Miteigentümer gemeinsam eine Servitut bewilligen.

³ Vgl. v. TUHR: a. a. O., S. 477; ferner ERICH KAUFMANN: Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, S. 160ff., gegen den ähnlichen TRIEPELSchen Begriff der Vereinbarung (TRIEPEL: Völkerrecht und Landesrecht, S. 43/5).

⁴ Vgl. v. TUHR: S. 478/9; KAUFMANN: S. 161/2.

bildet den Ausgleich der entgegengesetzten Interessen, er setzt den Preis für die Vermögensübernahme fest; ebenso liegt es meines Erachtens, obschon man hier eher zweifeln kann, wenn mehr als zwei Aktiengesellschaften sich zusammenschließen. Andererseits bewirkt dieser Vertrag nicht lediglich Verpflichtungen der Parteien, sondern in dem Augenblick, in dem er bindend wird, also im Falle des § 306 mit der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft, erfolgt die Auflösung der übertragenden Gesellschaft und mit dem letzten Tatbestandsstück, der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung, tritt der Vermögensübergang und damit der Untergang der übertragenden Gesellschaft gegen die gleichzeitige Gewährung von Mitgliedschaftsrechten ein (vgl. unten § 10). Insofern kann man von einem parallel gerichteten Willen der Parteien gerichtet auf Untergang der einen bzw. Veränderung der anderen Verbandsperson sprechen, obwohl eine solche Veränderung nur wirtschaftlich, nicht juristisch erfolgt. All das zeigt, daß eine besondere Betonung des Gesamtsbegriffes jedenfalls in unserem Falle keine neuen Erkenntnisse bietet. Für unsere Zwecke genügt es vielmehr festzustellen, daß sich die Fusion, ganz gleich, ob Vertrag oder Gesamtsakt, als ein Rechtsgeschäft des Privatrechts (die Mitwirkung des Staates durch die Eintragungen ins Handelsregister ändert daran nichts) darstellt¹, und daß, um den mit ihr beabsichtigten Erfolg zu erreichen, die Bewirkung mehrerer Tatbestandsstücke erforderlich ist, auf deren Beziehungen zueinander und im Rahmen des Rechtsgeschäfts bei der nun folgenden Einzelbetrachtung einzugehen sein wird.

§ 8. Der sogenannte Fusionsvertrag: Parteien und Form. — Inaussichtnahme künftiger Fusionen in Interessengemeinschaftsverträgen.

I. Die Parteien des als Fusion bezeichneten Rechtsgeschäfts können, wie bereits mehrfach ausgeführt worden ist, nur inländische Aktiengesellschaften und seit 1897 auch Kommanditgesellschaften auf Aktien sein (§ 305, I, 320, III). Die übertragende Aktiengesellschaft darf sich im Liquidationsstadium befinden, dann lautet der Vertrag dahin, daß die weitere Liquidation unterbleiben soll². Beide Aktiengesellschaften

¹ Vgl. hierzu auch SCHMITT: ZBH. II, S. 24 ff.; GILBERT: a. a. O., S. 2598.

² ULLMANN: S. 35; STAUB-PINNER: § 306, Anm. I, und neuestens RG. in JW. 1929, S. 2139 = RGZ. 124 S. 279 ff. Mit Recht jedoch betont das RG. a. a. O., daß eine Fusion nach §§ 305/6 HGB. nicht mehr möglich ist, wenn die Liquidation schon bis zur Versilberung der Masse vorgeschritten ist, dieselbe also im wesentlichen aus Bargeld besteht. Denn dann kann von einer Sacheinlage, wie sie die §§ 305/6 voraussetzen, nicht mehr die Rede sein.

dürfen sich nicht im Konkursstadium befinden¹. Bestritten ist, ob die aufnehmende Gesellschaft sich im Gründungsstadium befinden kann, während eine Fusion im umgekehrten Falle natürlich ausgeschlossen ist. Dieser Fall wird praktisch, wenn eine Fusion derart erfolgt, daß zwei oder mehrere Gesellschaften ihr Vermögen in eine zu diesem Zweck neu zu gründende dritte einbringen. Daß hier auf seiten der zu gründenden Gesellschaft die Gründungsvorschriften Platz greifen müssen, wird kaum bestritten; jedoch wenden einige Schriftsteller daneben die Vorschriften des § 306 analog an². Die Rechtslage ist hier die, daß neben jedenfalls drei anderen Personen die beiden einbringenden Aktiengesellschaften als Gründer auftreten³ und gegen die Einbringung der beiderseitigen Gesellschaftsvermögen als Sacheinlagen sämtliche Aktien bis auf drei übernehmen. Die Verschmelzung erfolgt⁴ mit der Eintragung der neuen Gesellschaft, in diesem Augenblick entstehen die Aktienrechte und gehen die Vermögen beider einbringenden Aktiengesellschaften auf die neue Aktiengesellschaft über⁵. Hier besteht nun die Schwierigkeit, daß die einbringenden Aktiengesellschaften, da sie in diesem Augenblick untergehen, die ihnen, nicht ihren bisherigen Aktionären, zustehenden Aktien nicht unter diese verteilen können. Man wird daher konstruktiv annehmen müssen, daß die einbringenden Aktiengesellschaften nicht für sich, sondern für ihre Aktionäre die Aktien übernehmen können; hiergegen bestehen wohl auch kaum sachliche Bedenken. Das Hauptbedenken gegen eine analoge Anwendung des § 306 ist jedoch meines Erachtens folgendes. Die analoge Anwendung von § 306 führt dazu, daß die auf diese Weise neu gegründete Aktiengesellschaft die als Sacheinlagen eingebrachten beiderseitigen Gesellschaftsvermögen getrennt

¹ GOLDSCHMIT: § 305, Anm. 5.

² So STAUB-PINNER: § 307, Anm. 3; MAKOWER: § 305, Ie; v. COSEL: a. a. O., S. 24; KORFF: Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen i. S. der §§ 305/6 HGB. (Erlanger Dissertation 1909), S. 12/3. Dagegen ULLMANN: S. 35, Anm. 1; v. ZIEGLER: Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem deutschen Recht bei HOLDHEIM 1905, S. 58, Anm. 2; VATER: Die Fusion unter Ausschließung der Liquidation nach § 306 HGB. (Leipziger Dissertation 1910), S. 11; WANDSCHNEIDER: a. a. O., S. 7ff.; HAFNER: Die Fusion i. S. des § 306 HGB. und ihre Wirkung (Erlanger Dissertation 1920), S. 11. Für das österreichische Recht STAUB-PISKO: Art. 247, § 5; für das schweizerische Recht FICK: S. 10; ZELLIKOFER: Fusion von Aktiengesellschaften nach schweiz. Recht (Züricher Diss. 1916), S. 45; zweifelnd LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 534, Anm. 4.

³ Darüber, daß juristische Personen als Gründer auftreten können, vgl. STAUB-PINNER: § 182, Anm. 5.

⁴ Vgl. STAUB-PINNER: § 307, Anm. 3.

⁵ Nicht etwa erfolgt der Vermögensübergang bereits mit der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der einbringenden Aktiengesellschaft, vgl. unten § 10; darüber, daß § 195, III bei Sacheinlagen nicht entgegensteht, vgl. STAUB-PINNER: § 195, Anm. 20.

verwalten muß und daß neue Gläubiger erst hinter den jeweils bevorzugten Gläubigern ihre Befriedigung finden können. Man wird jedoch dieses freilich sehr schwerwiegende Bedenken zurückstellen und die Vorschrift des § 306 hier analog anwenden müssen, weil unser Gesetzgeber keine besondere Form für den Zusammenschluß zu einer neuen Gesellschaft vorgesehen hat, und dies der einfachste Weg dafür ist¹. Nicht Partei kann sein eine offene Handelsgesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, während beispielsweise nach § 96 österreichischem GmbHGes. die liquidationslose Fusion zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung gestattet ist. Die Fusionsvorschriften sind auch auf andere Fälle nicht analog anwendbar, vielmehr gelten insoweit die Bestimmungen des § 303 HGB. Nimmt eine Gesellschaft mehrere andere auf, so liegen entsprechend viel Einzelfusionen vor.

II. 1. Wollen nun zwei Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sich nach § 306 verschmelzen, so setzt das nach durchaus herrschender Lehre² zunächst als erstes Tatbestandsstück den sog. Veräußerungsvertrag voraus, in dem die Vorstände der beiden Gesellschaften eine Vereinbarung dahin treffen, daß vorbehaltlich der erforderlichen Generalversammlungsbeschlüsse die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen unter Liquidationsausschluß an die aufnehmende gegen Gewährung von Aktien seitens der letzten überträgt. (Über die materiellen Bestimmungen dieses Vertrages im einzelnen im nächsten Paragraphen.) Wann dieser Vertragsabschluß erfolgt, ist nach ebenfalls h. L. durchaus gleichgültig; es kann vor oder nach den Generalversammlungsbeschlüssen geschehen. Zweifelhaft ist dagegen, ob dieser sog. Veräußerungsvertrag der Form des § 311 BGB. bedarf, während ziemlich unbestritten ist, daß die Vereinbarung über den Liquidationsausschluß, die sich übrigens auch aus dem übrigen Vertragsinhalt ergeben kann³, lediglich schriftlich abgeschlossen zu werden braucht; das ergibt sich aus § 306, I i. V. m. § 304, III⁴. Zwar gibt es auch hier eine durchaus herrschende Lehre, die die Anwendung des § 311 BGB. für den Veräußerungsvertrag bejaht. Sie hat sich aber kaum die Mühe genommen, auf die eingehenden Ausführungen von WITTMACK (ZHR. 71, S. 107), der den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, und dem sich neuestens GILBERT in der JW. 1928, S. 2597ff. wenn auch aus anderen Gründen

¹ Vgl. auch KORFF: a. a. O., S. 143.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 306, Anm. 5, Nr. 3a; RG. in JW. 1909, S. 509, Nr. 44.

³ Vgl. RG. 77, S. 270.

⁴ a. M. nur BRODMANN: § 304, Anm. 2b von seiner, meines Erachtens unrichtigen Einstellung aus, daß je nachdem, ob Liquidationsausschluß vereinbart ist oder nicht, zwei toto genere verschiedene Verträge vorliegen.

angeschlossen hat, einzugehen¹. Was zunächst die Ansicht von WITTMACK a. a. O. anlangt², so behauptet dieser, daß § 311 und § 310 BGB. (hierauf wird noch später einzugehen sein) auf juristische Personen keine Anwendung fänden. Begründet wird diese Ansicht damit, daß § 311 BGB. seinem Zweckgedanken nach auf juristische Personen nicht passe. Nun ist WITTMACK meines Erachtens darin unbedingt recht zu geben, daß man nicht sagen kann, daß, wo das Gesetz schweigt, grundsätzlich die Vorschriften über natürliche Personen auch auf juristische Anwendung finden müssen. Denn mit Recht betont WITTMACK a. a. O., S. 114, daß eine solche generelle Norm nicht existiert, und daß im übrigen eine solche Gleichstellung von juristischen und natürlichen Personen keineswegs selbstverständlich ist. Denn man kann zu der Frage, wie das Wesen einer juristischen Person zu erklären sei, stehen wie man will, sicher ist, daß keineswegs grundsätzlich die gleichen Regeln für beide gelten können, da ihr Wesen völlig verschieden ist. Hat doch GIERKE a. a. O., S. 825, Anm. 1 selbst gesagt, wie wenig sich das Wesen der Gesamtpersönlichkeit aus dem Vergleich mit der Einzelpersönlichkeit erkennen läßt. Es bedeutet daher nur eine Denkfaulheit, wenn man hier und in ähnlichen Fällen zu sagen pflegt, ja über den Wortlaut des Gesetzes sei doch nicht fortzukommen. Wenn man freilich nun prüft, ob § 311 auf juristische Personen Anwendung zu finden hat, so komme ich im Gegensatz zu WITTMACK zu einer Bejahung der Frage. Zwar gilt für die juristische Person nicht der Gedanke, man müsse sie vor Übereilungen schützen, wohl aber der zweite, daß die Formvorschrift der Befestigung der Rechtssicherheit dient. Es ist nicht überzeugend, was WITTMACK a. a. O., S. 114 dagegen ausführt, vielmehr handelt es sich auch bei juristischen Personen in diesem Falle um ein inhaltschweres Geschäft, auch ist es nicht richtig, daß im Gegensatz zu den Verhältnissen einer physischen die einer juristischen nicht so verwickelt sind, um den Formzwang zu rechtfertigen. Das dürfte sich durch die moderne wirtschaftliche Entwicklung von selbst widerlegen.

2. WITTMACKS Argumente erscheinen mir daher nicht durchschlagend³. Aus ganz anderen Gründen lehnt GILBERT a. a. O. die Anwendbarkeit des § 311 BGB. ab. Entgegen der in der Denkschrift zum HGB. (D. S. 179) ausdrücklich geäußerten Ansicht, daß der Vertrag nach § 304 HGB., der dem nach § 306 genau entspricht, der Form des § 311 BGB. bedürfe, kommt er ausgehend von der Natur der Fusion als Gesamttakt zu dem Ergebnis, daß der Vertrag gar kein Verpflichtungsgeschäft,

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 303, Anm. 15; BayObLG. in DJZ. 1925, S. 974; sowie fast sämtliche Dissertationen ohne jegliche Begründung; Begründung nur bei SCHULTZE: a. a. O., S. 21.

² Ebenso auch BAUER: Rechtliche Struktur . . ., S. 202.

³ Übereinstimmend SCHULTZE-V. LASAULX: Jher. Jb. 79, S. 357/8.

sondern die dingliche Einigung eines Verfügungsgeschäftes darstellt. Der sehr interessante Gedankengang ist folgender: Der Vertrag enthalte keine Verpflichtung der Aktiengesellschaft, ihr Vermögen durch ein späteres Rechtsgeschäft zu übertragen, vielmehr könne die Einigung der Parteien nur dahin gehen, daß das Vermögen der aufgelösten Aktiengesellschaft eben infolge dieser Einigung auf die andere Aktiengesellschaft übergehen soll; und die Einigung muß von dem Willen der Parteien getragen sein, daß der Übergang des Vermögens sich vollziehe, sobald der Gesamtakt der Fusion durch Vornahme sämtlicher Einzelakte, aus denen er sich zusammensetzt, vollendet sein werde. Er zieht dann die Parallele zu den Buchrechtsgeschäften des Grundbuchrechts: Einigung und Eintragung, die trotz der Mitwirkung des Grundbuchamtes ein einheitliches Verfügungsgeschäft des Privatrechts bildeten¹. Als Causa des Verfügungsgeschäftes sieht er die korporationsrechtlichen Elemente der Fusion an: „Rechtsgrund der Vermögensübertragung ist der Wille der Parteien, die aufgelöste Aktiengesellschaft in der übernehmenden fortleben zu lassen, ein Wille, der in der Gewährung der durch eine Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Aktiengesellschaft neu geschaffene Mitgliedschaftsrechte an die Aktionäre der aufgelösten Aktiengesellschaft seinen sichtbaren Ausdruck findet.“ Als weiteren Grund führt er an, daß gewöhnlich zwischen dem Vertrag und der Vollendung der Fusion geraume Zeit liege, in der das Gesellschaftsvermögen sich verändere, so daß, wenn man den Fusionsvertrag nicht in den Rahmen des Gesamtaktes einordne, ihn vielmehr als ein besonderes Verpflichtungsgeschäft ansehe, nicht § 311, sondern § 310 BGB. anzuwenden sei; er fordert daher gemäß § 306, I in Verbindung mit § 304, III HGB. für den Vertragsabschluß lediglich Schriftform. Diesen Ausführungen, die zweifellos etwas Bestechendes haben, dürfte jedoch nicht beizustimmen sein², und zwar liegt der Grundfehler der Lehre GILBERTS meines Erachtens darin, daß die von ihm benannte Causa des Fusionsgeschäftes keine solche ist. Denn wenn er als Causa den korporationsrechtlichen Willen der beiden Aktiengesellschaften, die aufgelöste Aktiengesellschaft in der Übernehmerin fortleben zu lassen, ansieht, und diesen Willen

¹ Vgl. M. WOLFF: SachR. § 38 II; SIBER: Buchrechtsgeschäfte, S. 122 ff.; v. TUHR: Allg. T. II, I, S. 151.

² Gegen GILBERT auch CITRON: JW. 1929, S. 620, der aber GILBERT m. E. nicht verstanden hat; denn dieser behauptet nicht, daß der Vertrag nicht unter § 311 BGB. falle, weil er Stück eines Gesamtaktes sei, sondern weil er keine Verpflichtung, vielmehr die dingliche Einigung, darstelle. Vgl. auch SCHULTZE-V. LASAULX: Jher. Jb. 79, S. 356 ff., der ebenfalls GILBERT ablehnt; seiner Ansicht freilich, daß durch den Vertrag, in Verbindung mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß und dem Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft vor dessen Eintragung zwischen den Vertragsparteien eine sofortige obligatorische Bindung eingetreten ist, vermag ich nicht zu folgen. Vgl. unten § 10.

manifestiert findet in Gewährung der durch die Kapitalserhöhung der übernehmenden Aktiengesellschaft neu geschaffenen Aktien, so ist dieser korporationsrechtliche Wille zweifellos keine Causa, da er nur intern wirkt. Er kann erst zur Causa werden, wenn der Wille beider Korporationen verbunden wird. Und das geschieht durch den Fusionsvertrag, der meines Erachtens ein Verpflichtungsgeschäft darstellt. Das wird noch klarer sein, wenn, wie in dem Kommissionsbericht vorgeschlagen, in Zukunft eine Aktiengesellschaft einer anderen eine ohne Zustimmung der Kontrahentin nicht zurücknehmbare Fusionsofferte für einen späteren Zeitpunkt machen kann. Das Reichsgericht in RGZ. 67, S. 201/2 hat ganz mit Recht ausgeführt, daß dem Fusionsvertrag nicht deshalb der Charakter eines aktienrechtlichen auf Veräußerung von Vermögenswerten gerichteten Gesellschaftsvertrages abzusprechen sei, weil er erst wirksam werde mit der Eintragung des die Liquidation ausschließenden Beschlusses. Es ließe sich nur sagen, daß der obligatorische Gesellschaftsvertrag von selbst in Verbindung mit der Eintragung der Beschlüsse die Wirkung der Vermögensübertragung habe. Es wird dann die Parallele zum Kaufvertrag gezogen, der nach früheren Partikularrechten zugleich das Eigentum verschaffte, womit aber die schuldrechtliche Seite des Vertrages nicht erschöpft war.

Es ist ferner auch nicht richtig, daß die herrschende Lehre hier § 310 BGB. anwenden müßte, weil in der Zwischenzeit zwischen Veräußerungsvertrag und Vollendung der Fusion geraume Zeit liege, und das Vermögen sich verändere. Vielmehr ist entscheidend, daß die Verpflichtung der übertragenden Aktiengesellschaft erst wirksam wird, wenn der erforderliche Beschluß ihrer Generalversammlung eingetragen ist, und diese Eintragung kann nach herrschender Lehre, wie noch unten auszuführen sein wird, erst nach der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses der aufnehmenden Aktiengesellschaft erfolgen; erst in diesem Augenblick tritt die Verpflichtung in Kraft und dann handelt es sich um die Veräußerung des gegenwärtigen Vermögens¹. Es ist daher an der herrschenden Lehre festzuhalten und der Veräußerungsvertrag grundsätzlich als obligatorischer Vertrag zu betrachten, der der Form des § 311 BGB. bedürftig und solange ein nudum pactum ist, bis jedenfalls auf seiten der übertragenden Aktiengesellschaft der Generalversammlungsbeschluß und dessen Eintragung hinzukommt. Ob es freilich nötig war, den Vertrag abweichend vom Art. 317 ADHGB. unter Formzwang zu stellen, kann zweifelhaft sein. Zur Vereinfachung empfiehlt sich der von PLOTKE² gezeigte Weg, nämlich, daß der Vor-

¹ Vgl. auch CITRON: a. a. O., der mit einer kaum zutreffenden Auslegung des § 310 helfen will. Im übrigen hilft z. T. auch die Anwendung des Surrogationsprinzips.

² Bei HOLDHEIM: X, S. 248 ff.

stand der einen Gesellschaft das Angebot macht, das die Generalversammlung genehmigt, der Vorstand der anderen aber dies Angebot ebenfalls unter Genehmigung der Generalversammlung annimmt; hierbei wäre wegen § 303, II zu beachten, daß der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft als letzter einzutragen ist.

III. I. a) In der modernen Konzentrationsbewegung hat sich des öfteren gezeigt, daß Aktiengesellschaften, die miteinander eine Fusion vereinbaren wollen, nicht sofort in Fusionsverhandlungen eintreten, sondern zunächst einen Interessengemeinschaftsvertrag schließen. Die Gründe können mannigfaltiger Art sein, so, wie SOLMSEN jüngst ausgeführt hat¹, stößt man sich an der Schwierigkeit, nicht den richtigen Schlüssel gefunden zu haben, weil jede Gesellschaft sich scheut, über ihre Verhältnisse reinen Wein einzuschenken, bevor sie sicher ist, daß die Verhandlungen nicht scheitern werden, oder weil sich die Schätzung des Wertes der beiderseitigen Unternehmungen bei erneuter Prüfung als falsch erweist. In solchen Fällen schließt man, selbst wenn man in absehbarer Zeit eine Fusion eingehen will, einen Interessengemeinschaftsvertrag derart, daß die Gewinne und Verluste zusammengeworfen und nach einem bestimmten Schlüssel verteilt werden, der später unter Umständen geändert werden kann. Derartige Interessengemeinschaften sind sehr häufig, es sei nur an die Interessengemeinschaft zwischen den I. G. Farben einerseits und dem Pulverkonzern und den Riebeckischen Montanwerken andererseits erinnert. Natürlich ist in solchen Fällen das Bestreben darauf gerichtet, das Auseinandergehen der beiden Gesellschaften für alle Zeit zu verhindern. Es fragt sich nun, inwieweit kann sich eine Aktiengesellschaft zwecks Vornahme einer künftigen Fusion binden?^{2,3} Bei der Erörterung dieser Frage empfiehlt es sich, sie ganz generell für alle Formen der Veräußerung des Gesellschafts-

¹ Bei RING-SCHACHIAN: S. 681.

² Es sei in diesem Zusammenhang auch auf die interessanten Ausführungen BAUERS: a. a. O., S. 205, über das amerikanische Rechtsinstitut der Option hingewiesen. Dort verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft gegenüber dem sog. Promotor — das ist Projektant — zur Vermögensübertragung gegen preferred stock (Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft) und gegen common stock (Vorwegnahme des aus der Fusion zu erwartenden Gewinnes). Den Zeitpunkt und die Person der übernehmenden Gesellschaft zu bestimmen steht im Belieben des Promotors. Dieser sucht ein Konsortium zu interessieren oder begründet eine neue Aktiengesellschaft zur Verwertung der Option. Alle an der Spekulation Beteiligten erhalten Aktien.

³ Nur diese Frage, nicht die Parallelfrage der bedingten Kapitalserhöhung, soll in dieser Arbeit geprüft werden; vgl. über sie KommBer., S. 13, Fragebogen des RJustMin. VII Fr. 48a, 50/1. Ihre Bedeutung ragt über das hier zu behandelnde Thema weit hinaus. Vgl. KommBer., S. 13.

vermögens im Ganzen zu erörtern, da insoweit kein Unterschied besteht.

b) Die Schwierigkeiten, die sich in dieser Beziehung ergeben, entspringen dem § 310 BGB. Dieser bestimmt, daß Verträge, in denen man sich verpflichtet, sein künftiges Vermögen zu übertragen, nichtig sind. Die Motive begründen diese Bestimmung damit, daß ein solcher Vertrag „gegen die öffentliche Ordnung verstoße, welche nicht zuläßt, daß jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begibt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliert“. Mit Recht betont WITTMACK a. a. O. S. 113, daß diese Bestimmung auf juristische Personen nicht passe, da diese jederzeit von den Mitgliedern aufgelöst werden können. Desgleichen ist WEISBART bei RING-SCHACHIAN, S. 511, durchaus zuzustimmen, wenn er ausführt, daß selbst bei entsprechender Anwendung nur Vermögensübertragungen bei Fortbestand der Rechtspersönlichkeit betroffen werden könnten, hier jedoch dieselbe die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe. BRODMANN (ZHR. 94, S. 78) verteidigt, obschon auch er gegen diese Vorschrift Bedenken hat, sie mit der Begründung, daß ein solcher Vertrag der vom Gesetz geforderten Bestimmtheit seines Gegenstandes ermangele. Das trifft jedoch in unserem Falle keineswegs zu, auch hat dem Gesetzgeber, wie die Motive ergeben, dieser Gedankengang völlig fernegelegen. Der einzige Grund, der für die Anwendung dieser Vorschrift auch auf juristische Personen anzuführen wäre, und von der durchaus herrschenden Lehre¹ auch immer angeführt wird, ist wiederum der, daß der Gesetzgeber nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheide, und daher § 310 auf beide Anwendung finde. Diesen Gedankengang, den BAUER a. a. O., S. 205 ff. mit Begriffsjurisprudenz bezeichnet, haben wir bereits oben bei der Erörterung des § 311 BGB. abgelehnt².

c) Die Ergebnisse, zu denen man vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus kommt, sind von ULLMANN in einem Aufsatz in der JW. 1927, S. 630 ff. „Interessengemeinschaft und Fusion“ gezeigt worden; dort findet sich auch die gesamte bis dahin erschienene Literatur zu dieser Frage. ULLMANN führt im Anschluß an ROSENDORFF a. a. O. aus, daß wenn eine derartige Fusionsabrede nichtig wäre, sich gemäß § 139 BGB. die Nichtigkeit des ganzen Interessengemeinschaftsvertrages ergebe; auch sei der zugrunde liegende Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft nichtig³. Aber selbst davon abgesehen, so führe ein derartiger Generalversammlungsbeschluß nach § 303, II HGB.

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 303, Anm. 15; ULLMANN: JW. 1927, S. 630.

² Vgl. auch ROSENDORFF: Berl. Tagbl. v. 2. August 1926; ders.: Rechtliche Organisation der Konzerne, S. 57.

³ Sein Hinweis auf LEHMANN: LZ. 1913, Sp. 666, paßt freilich in diesem Zusammenhang nicht, da dieser den § 310 BGB. gar nicht berücksichtigt.

die Auflösung der Aktiengesellschaft herbei, so daß auch insofern Bestimmungen über Dividendenverteilung in der Zwischenzeit bis zur Fusion hinfällig würden. Das letzte Bedenken freilich ließe sich dadurch vermeiden, daß der Generalversammlungsbeschluß bedingt gefaßt würde, was durchaus zulässig sei¹, etwa so: „Es wird dem Vorstand die Zustimmung zu dem konkreten — vorgelegten — Verträge (oder Vertragsangebot) unter der Bedingung erteilt, daß der Vertrag bis zum — (Frist) rechtsgültig zustande kommt und daß er von den Beteiligten bis zum — zur Durchführung gebracht wird.“ Dann führe der Beschluß die Auflösung der Gesellschaft erst mit dem Eintritt seiner Bedingungen herbei. Die Frage übrigens, ob dieser Generalversammlungsbeschluß zu seiner Wirksamkeit eintragungsbefürhtig ist oder nicht, hat mit dem hier zu behandelnden Thema nichts zu tun und beantwortet sich aus dem Gesetz je nach der Form der in Aussicht genommenen Fusion.

Jedoch, das tritt bei ULLMANN a. a. O. übrigens nicht klar hervor², interessiert diese Frage ja garnicht, solange die Bedenken aus § 310 BGB. bestehen, die, wie ULLMANN a. a. O. mit Recht betont, vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus nicht zu umgehen sind. So sind seine Ausführungen gegenüber ROSENDORFF a. a. O. insoweit berechtigt. Dieser hat vorgeschlagen, daß, wie es auch in der Praxis üblich ist, kein vollständiger Vertrag über die Verpflichtung zur künftigen Fusion geschlossen werden, vielmehr lediglich die eine Aktiengesellschaft eine befristete Fusionsofferte machen sollte; denn eine solche falle nicht unter § 310 BGB. Das ist jedoch entschieden unrichtig, da auf die Offerte, durch die ja die Bindung der Gesellschaft erfolgt, der gesetzgeberische Gedanke des § 310, wenn er nur überhaupt Anwendung findet, ebenso zutrifft wie auf den Vertrag selbst. Was ULLMANN'S Einwendungen gegen GEILER: Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, S. 63, Anm³. anlangt, so ist folgendes zu bemerken. GEILER behauptet, daß § 310 nicht anwendbar sei, weil in der Zeit bis zur Perfektion der Fusion der Jahresgewinn ausgeschüttet werden könne, und die veräußernde Aktiengesellschaft daher nichts von ihrer Erwerbs-

¹ Vgl. HORRWITZ: a. a. O., S. 72.

² Man hat fast den Eindruck, als ob er zwar einmal, S. 630, den Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft für nichtig hält, daß er aber trotzdem annimmt, daß dieser nichtige Generalversammlungsbeschluß die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt, S. 631/2. Das verträgt sich jedoch meines Erachtens nicht miteinander, vielmehr müßte man dann annehmen, daß der Generalversammlungsbeschluß, der überhaupt erst die Legitimation des Vorstandes schafft (Näheres unten, § 10) und diesen aus korporationsrechtlichen Gründen zum Handeln zwingt, nichtig sei, denn der Generalversammlungsbeschluß ist ein notwendiges, ja das wichtigste Tatbestandsstück des nach der h. L. gegen § 310 BGB. verstoßenen Rechtsgeschäftes.

³ Vgl. auch seinen Schüler BAUER: a. a. O.

fähigkeit einbüße; demgegenüber wendet ULLMANN a. a. O. ein, daß GEILER damit eine *petitio principii* begehe. Das ist nicht richtig, denn GEILER, wie es ja auch ULLMANN a. a. O., S. 632 oben tut, faßt den Generalversammlungsbeschluß der veräußernden Aktiengesellschaft als bedingt von dem rechtsgültigen Zustandekommen der beabsichtigten Veräußerung unter den vorgesehenen Bedingungen auf, so daß erst mit diesem Zeitpunkt die Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Dann aber ist Dividendenausschüttung möglich, und der Gedankengang des § 310 BGB. paßt nicht. Dagegen ist vom Standpunkt der herrschenden Lehre ULLMANNs zweiter Einwand gegenüber GEILER berechtigt, daß man den § 310 nicht darum ablehnen kann, weil es sich hier nicht um die Veräußerung eines künftigen Vermögens handelt. Denn um ein künftiges Vermögen handelt es sich, ganz gleich, ob in der Zwischenzeit Dividenden verteilt werden oder nicht.

ULLMANNs positive Vorschläge hingegen sind nur zum Teil beachtlich. Sein Vorschlag, durch ausdrückliche Klausel den § 139 BGB. aus den Interessengemeinschaftsverträgen für den Fall der Unwirksamkeit der Fusionsabrede auszuschließen, kommt kaum in Betracht, da dann eben nicht die gewünschte Bindung besteht. Es ist auch jedenfalls in dieser Allgemeinheit unrichtig, daß eine Bindung der aufnehmenden Gesellschaft dieselben Dienste leiste, wie eine solche der veräußernden. Denn diese ist sehr oft die wirtschaftlich stärkere, die ohnehin die Fusion will, man müßte dann schon die schwächere zur aufnehmenden Gesellschaft machen. Dagegen ist es richtig, wenn er betont, daß die Interessengemeinschaft praktisch die Möglichkeit einer so engen Verknüpfung bietet, daß eine Weigerung der Fusion kaum in Frage kommt. So berichtet WEISBART a. a. O., S. 512, daß in dem Verträge zwischen den I. G. Farben und dem Pulverkonzern und den Riebeckischen Montanwerken im Falle der Ablehnung der Fusion die I. G. Farbenindustrie AG. das Recht hat, die Liegenschaften, Gebäude, Apparate und Beteiligungen zum Buchwert der letzten Bilanz zu übernehmen.

2. Fassen wir zusammen, so scheidet die in einem Interessengemeinschaftsvertrag auf Grund eines bedingt gefaßten qualifizierten Generalversammlungsbeschlusses erfolgte Fusionsofferte seitens einer Aktiengesellschaft an eine andere nach h. L.¹ an der Bestimmung des § 310 BGB. Da aber wirtschaftlich hierfür ein Bedürfnis besteht, als „Sicherheitsventil für die einzelnen Gemeinschaftler gegen Schäden, die ihnen durch vorgenommene Rationalisierungsmaßnahmen und damit zusammenhängende Substanzverluste entstehen“², so will die Reformkommission

¹ Vgl. auch RGRKomm., § 310, N. 1; STAUB-PINNER: § 303, Anm. 15. Die Frage 53 des Fragebogens VII des RJustMin. ist daher zu bejahen.

² Vgl. KommBer., S. 37.

zur Vermeidung der aus § 310 BGB. entstehenden Schwierigkeiten die Möglichkeit schaffen, den Fusionsbeschluß mit Wirkung auf einen künftigen Zeitpunkt oder ein künftiges Ereignis zu fassen. Ferner hat sie eine Bestimmung vorgeschlagen, daß für den Fall, daß im Generalversammlungsbeschluß bestimmt ist, daß er nur mit Zustimmung des Erwerbers aufgehoben werden kann, ein entgegenstehender Beschluß diesem gegenüber unwirksam ist. Die vorgeschlagenen Bestimmungen lauten:

I. Zusatz zu § 303, I: „Es kann der Beschluß über die Verwertung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen auch mit Wirkung auf einen künftigen Zeitpunkt oder ein künftiges Ereignis gefaßt werden. Ist in dem Beschluß die Bestimmung aufgenommen worden, daß er nur mit Zustimmung des Bezugsberechtigten¹ wieder aufgehoben werden kann, so ist ein entgegenstehender Beschluß dem Erwerber gegenüber unwirksam.

II. Zusatz zu § 303, II: „Der Beschluß über die Vermögensverwertung auf einen künftigen Zeitpunkt oder ein künftiges Ereignis bewirkt die Auflösung der Gesellschaft erst auf den Eintritt des künftigen Zeitpunktes oder des künftigen Ereignisses².“

3. Mit dem ersten Zusatz will die Kommission die Schwierigkeiten aus § 310 BGB. aus dem Wege räumen. Diesen Zweck erfüllt die Vorschrift, wenngleich es vielleicht auch im Interesse der übrigen juristischen Personen besser ist, den § 310 BGB. durch eine Legalinterpretation dahin zu erweitern, daß dieser nicht für juristische Personen gilt. Gegen den zweiten Satz des ersten Zusatzes hat BRODMANN a. a. O. eingewandt³, daß er überflüssig sei. Denn der Generalversammlungsbeschluß als reines Internum bewirke ohnehin keine Bindung, vielmehr erst die auf Grund dieses Beschlusses dem Gegner gemachte Vertragsofferte, die ohnehin nicht widerrufen werden könne. Das ist, soweit ich die Kommission verstehe, nicht richtig. Denn die Fusion erfordert das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsstücke im Augenblick ihrer Perfektion. Wird daher der Fusionsbeschluß wieder aufgehoben, so fehlt ein Tatbestandsstück, und die Bindung gegenüber der Erwerberin kann nur Schadensersatzansprüche zur Folge haben, da, wie WEISBART a. a. O., S. 512 mit Recht betont, eine Fusion nicht auf Grund eines Richterspruches bewirkt werden kann. Ist es aber unmöglich, diesen Generalversammlungsbeschluß wieder aufzuheben, so ist die Fusion in der Tat gesichert, und darin scheint mir der Wert der Bestimmung zu liegen. Sie ist somit nicht überflüssig, wohl aber bedeutet sie, ebenso wie die

¹ Gegen diesen Ausdruck BRODMANN in seiner Kritik ZHR. 94, S. 78 ff. Er will statt dessen „Erwerber“ sagen.

² Vgl. hierzu Frage 61 des Fragebogens VII des RJustMin. Die Frage ist zu bejahen.

³ Gegen diese Bestimmung auch LIFSCHÜTZ: JW. 1929, S. 610, der das Verkehrsbedürfnis des betagten Fusionsbeschlusses leugnet; vgl. aber auch andererseits LUDWIG: Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 171.

entsprechende Bestimmung im § 283 betr. die Optionsaktien eine umstürzende Neuerung, deren sich die Kommission offenbar auch bewußt ist, heißt es doch S. 13: „Hier hat die Kommission einen völlig neuen Gedanken ins Aktienrecht eingefügt.“ Dieser Gedanke ist, daß der korporationsrechtliche Wille in gewissen Fällen nicht mehr frei ist, und daß ein Dritter in ihn eingreifen kann. Man wird jedoch dieser Bestimmung, die trotz ihrer Tragweite nur der wirtschaftlichen Entwicklung entspricht, zustimmen müssen. Hervorzuheben ist noch, daß im Kommissionsbericht ausdrücklich betont wird, daß diese Vorschriften das vorzeitige Kündigungsrecht des § 723 BGB. nicht berühren, d. h. nach wie vor ist ein Interessengemeinschaftsvertrag aus wichtigem Grunde kündbar und damit entfällt auch die Fusionsofferte¹. Alles in allem dürften die Kommissionsvorschläge das Institut der Interessengemeinschaft, das bei der Aufhebung der steuerlichen Erleichterungen für Fusionen nach dem Ablauf des Steuermilderungsgesetzes wieder in den Vordergrund treten kann, wesentlich verbessert haben².

§ 9. Der materielle Inhalt des Fusionsvertrages, insbesondere die Gewährung von Aktien.

I. Wir haben bisher gesehen, der Fusionsvertrag wird geschlossen zwischen den Vorständen zweier oder mehrerer Aktiengesellschaften bzw. den Komplementären der Kommanditgesellschaft auf Aktien vorbehaltlich der erforderlichen Generalversammlungsbeschlüsse und bedarf als Verpflichtungsgeschäft der Form des § 311 BGB. Sein materieller Inhalt besteht darin, daß sich die übertragende Aktiengesellschaft zur Übertragung ihres Vermögens im Ganzen^{3,4} gegen Gewährung von

¹ Vgl. hierzu Frage 59 und 60 des Fragebogens VII des RJustMin.

² Es ist der Kommission auch insofern zuzustimmen, als sie eine ganz allgemeine Bestimmung gibt, und diese nicht auf die Interessengemeinschaft beschränkt oder in anderer Weise einschränkt (vgl. die Fragen 55–58 des Fragebogens). Denn eine kasuistische Regelung würde doch nur Lücken lassen und zu Zweifelsfragen Anlaß geben. Man vergleiche hierzu etwa die Frage 57 a. a. O.

³ Vgl. über diesen Begriff STAUB-PINNER: § 303, Anm. 2; ULLMANN: S. 9: „Danach ist entscheidend, ob etwas zurückbehalten wird, was bestimmt und geeignet ist, die Gesellschaft, wenn auch auf veränderter Grundlage, als geschäftig-tätige fortzusetzen.“ Dieser Gedankengang scheidet im Falle der Fusion mit sofortiger Verschmelzung (§ 306) aus; ein Zurückbehalten einzelner Gegenstände kommt nicht in Frage. Dagegen ist es möglich, vorher einen Teil des Vermögens zu veräußern, um dann den Rest einschließlich des Kaufpreises nach § 306 an eine andere Aktiengesellschaft zu übertragen (vgl. TÜSCHER: Die Fusion und ihr Recht, S. 23; ungedruckte Dissertation Münster 1925).

⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen des RG. in JW. 1929, S. 2138, denen durchweg zuzustimmen ist. Für die dort bekämpfte Trennung zwischen

Aktien unter Ausschluß der Liquidation verpflichtet, und zwar gegen Gewährung von Aktien in einem bestimmten Umtauschverhältnis an die Aktionäre der untergehenden Aktiengesellschaft (§ 328 BGB.), da eine Liquidation nicht stattfindet; SCHMALENBACH, S. 125 spricht daher hier sogar ganz allgemein nicht von liquidationsloser Fusion, sondern von einer solchen gegen Gewährung von Aktien an die Aktionäre der übertragenden Aktiengesellschaft.

II. 1. Was aber unter Gewährung von Aktien zu verstehen ist, ist sehr zweifelhaft und äußerst bestritten. Vor allem fragt es sich, ob hierunter nur Aktien der übernehmenden Gesellschaft zu verstehen sind oder ob daneben auch andere Leistungen, insbesondere Barzahlungen zulässig sind. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen zunächst zwei damit zusammenhängende ausgeschieden werden, nämlich einmal die, ob den Aktionären ein Wahlrecht zwischen Aktien und Barentschädigung gewährt werden kann. Diese Frage ist mit der herrschenden Lehre¹ dahin zu entscheiden, daß, wenn alle Aktionäre sich für Aktien entscheiden und dies auch von vornherein ins Auge gefaßt war, die Fusionsvorschriften Anwendung finden können. Ebenso aber scheidet aus die Frage des sog. Spitzenausgleichs; denn gemäß § 305, III finden auf den Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft die Vorschriften des § 290, d. h. die über das Zwangsverfahren bei der Aktienzusammenlegung, Anwendung. Daraus aber ergibt sich, daß für den Fall, daß auf drei Aktien der übertragenden Gesellschaft eine der übernehmenden fällt, und ein Aktionär der übertragenden nur eine Aktie besitzt, dieser Aktionär entweder sich noch zwei Aktien zukaufen oder aber in Geld abfinden lassen muß. Seine zum Umtausch nicht genügenden Aktien werden für kraftlos erklärt, und die entsprechende Anzahl der Aktien der übernehmenden Aktiengesellschaft werden durch diese für Rechnung der Beteiligten verkauft. Dieses Recht der Übernehmerin ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz².

2. a) Es bleiben also die Fälle übrig, wo neben Aktien Barzahlungen vereinbart sind. Diese sind in der Praxis sehr häufig. So sei darauf hingewiesen, daß bei der im Dezember 1925 erfolgten Fusion der Rolandlinie AG., Bremen, der Hamburg-Bremen-Afrika-Linie AG., Bremen,

Substanz- und sonstigem Vermögen findet sich im Gesetz nicht der geringste Anhaltspunkt.

¹ Vgl. RG. 9, S. 19; STAUB-PINNER: § 305, Anm. 3; BRAND: Anm. 2a; MAKOWER: Anm. I f 1; HORRWITZ: a. a. O., S. 453; GOLDSCHMIT: Anm. 9; a. M. FISCHER bei EHRENBERG: S. 413; und für das schweiz. Recht FICK: S. 12 (vgl. aber auch ZELLIKOFER: S. 82). Für das österr. Recht STAUB-PISKO: Art. 247, § 4e.

² Vgl. GOLDSCHMIT: § 305, Anm. 19; RITTER: Anm. 2; STAUB-PINNER: Anm. 10. Das Zwangsverfahren fehlt im schweiz. Recht (über dadurch entstehende Schwierigkeiten vgl. FICK: S. 21).

der Dampfschiffahrts-Reederei Horn AG., Lübeck mit dem Norddeutschen Lloyd, Bremen (Aktienkapital 53,625 Mill. RM.), der Aktienumtausch wie folgt vorgesehen war: 1. 400 : 500 + 20 RM., 2. 100 : 100 + 5 RM., 3. 1200 : 1500 + 60 RM. Zahlreiche Beispiele, die allerdings schon etwas zurückliegen, gibt auch SCHMALENBACH a. a. O., S. 127 ff., aus denen folgendes hervorgehoben sei: Das Eisen- und Stahlwerk Hoesch gab 1907 den Aktionären des Limburger Fabrik- und Hüttenvereins für je M. 7500 Limburger mit Dividende 1906/07 M. 4500 Hoesch mit Dividende 1907/08, außerdem als Ersatz für die Dividende 1906/07 $7\frac{1}{2}$ und außerdem 5% in bar. Das wirtschaftliche Bedürfnis hierfür wird klar, wenn man diese Erscheinung einordnet in die Vertragsbestimmungen über die Regelung des Umtauschverhältnisses. Es kann insoweit auf die Ausführungen von SCHMALENBACH a. a. O., S. 127 ff. verwiesen werden. Er führt dort aus, daß, falls das Kursverhältnis an der Börse nicht einfach genug wäre, um dem Umtauschverhältnis zugrunde gelegt zu werden, verschiedene Wege ein passendes zu ermöglichen, denkbar seien, so durch Wertminderung der Aktien der Übernehmerin (Ausschüttung von Gewinn und verteilbaren Reserven oder Ausgabe neuer Aktien zu billigem Kurse zwecks Kapitalverwässerung) oder aber Erhöhung ihres Wertes (Kapitalreduktion ohne Auszahlung¹ und unter Umständen freiwillige Zuzahlungen der Aktionäre²). Eine Regulierung in engen Grenzen ließe sich aber auch erreichen, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaft keine³, geringere⁴ oder höhere⁵ Dividenden für das laufende bzw. folgende Jahr versprochen würden, oder ihnen aber, und damit kommen wir auf unseren Fall zurück, außer den Umtauschaktien ein gewisser Barbetrag gewährt würde.

Jedoch ist die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens mehr als zweifelhaft. Während früher die Registerrichter gegen derartige

¹ So bei der Fusion der süddeutschen Zuckerfabriken im April 1926 seitens der aufnehmenden Frankenthaler Gesellschaft (jetzt Süddeutsche Zucker-AG. Mannheim); ferner bei der im August 1926 erfolgten Fusion in der photographischen Industrie seitens der Firma Goerz (jetzt Zeiss Ikon AG. Dresden).

² So bei der Fusion der Süddeutschen Vereinsbank München mit der Allianz Versicherungsgesellschaft Berlin im Jahre 1906.

³ So bei den Fusionen zwischen dem Essener Bankverein und der Essener Kreditanstalt, der Berliner Bank mit der Commerz- und Discontobank, der Genossenschaftsbank mit der Dresdner Bank (hier für das vergangene Jahr); des Dortmunder Bankvereins mit dem Barmer Bankverein, der Niederrheinischen Westdeutschen Bank mit dem Schaaflhausenschen Bankverein (hier für das folgende Jahr); der Huldshinskyschen Eisenwerke mit der Oberschlesischen Eisenbahn-Bedarfs-AG. (hier für das vergangene und folgende Geschäftsjahr).

⁴ So bei der Fusion zwischen den Aktiengesellschaften Arthur Koppel und Orenstein & Koppel.

⁵ So bei der Fusion von Neuessen mit Altenessen (vgl. FIX: S. 88/9).

Bestimmungen keine Bedenken hatten (vgl. die Beispiele bei JUNCK, LZ. 1924, S. 488¹), steht die zur Zeit herrschende Lehre auf dem Standpunkt, daß derartige Zuzahlungen unzulässig sind. Diese Ansicht wird im Anschluß an den Kommentar von STAUB-PINNER, § 305, Anm. 3 von fast allen Kommentaren und auch sonst überwiegend, so in fast allen Dissertationen, vertreten². Bei der Erörterung dieses Problems³ empfiehlt es sich, auszugehen von den Aufsätzen von BRODMANN und JUNCK, da diese die konsequenteste Durchführung des beiderseitigen Standpunktes enthalten.

b) BRODMANN a. a. O. verteidigt das Verbot von Zuzahlungen mit etwa folgenden Argumenten. Nicht deshalb sei die herrschende Lehre richtig, weil man in den Text des Gesetzes ein „nur“ einschieben müsse, was eben die Frage sei, sondern deshalb, weil andernfalls nur eine Quote des Vermögens der aufzulösenden Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien übertragen, d. h. eingebracht, die andere aber verkauft werde, was nicht gelegnet werden könne. Es sei daher auch nicht zulässig, die Zuzahlungen nur als Nebenleistung (so HACHENBURG) zu gewähren. Die Bedenken gegen dieses Argument sind aber folgende. Mit Recht sagt BRODMANN, daß gerade die Frage ist, ob hier ein „nur“ eingeschaltet werden muß. Aber ebensowenig ist es sicher, ob der Gesetzgeber die Fusion tatsächlich als ein derartiges rein korporationsrechtliches Geschäft gewollt hat. Diese Frage darf nun aber, wie ich bereits oben ausgeführt habe, nicht a priori bejaht, vielmehr muß an Hand der

¹ So z. B. bei der Fusion der Nationalbank für Deutschland mit der Holstenbank Neumünster 1 : 1 plus 350 M. im Jahre 1921; weitere zahlreiche Beispiele der Vorkriegszeit finden sich bei FIX: S. 88 (Hoffmann-Linke Lollar-Buderus, Westdeutsche Bank — Schaaffhausenscher Bankverein — Niederrheinische Bank, Süddeutsche — Pfälzische Bank, Genossenschaftsbank — Dresdner Bank, Nordstern — Phönix).

² Vgl. u. a. BRAND: Anm. 2a; RITTER: Anm. 2; MAKOWER: Anm. I f, 1; LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 534; HORRWITZ: a. a. O., S. 453; ULLMANN: a. a. O., S. 38; im wesentlichen auch v. ZIEGLER: a. a. O., S. 57ff., trotz starker Bedenken; BRODMANN: zu § 306 Erl. 7a, und vor allem im Zbl. f. HR. 1927, S. 124; HEYMANN (Bremen): ZHR. 92, S. 217. Diesen Standpunkt vertritt im Grunde auch FISCHER bei EHRENBURG: S. 417, und ihm folgend FICK a. a. O. für das schweiz. Recht: S. 13; Entscheidend sei der korporationsrechtliche Gedanke, daher wäre unter Umständen die Gewährung von Genußscheinen neben Aktien möglich. Ganz entschieden aber gegen die h. L. SCHMALENBACH: S. 126; HACHENBURG in LZ. 1911: S. 646; JUNCK: ebenda 1924, S. 488; FRIEDLÄNDER: Konzernrecht, S. 88; SCHMITT: Die Fusion (insbesondere Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht (ungedruckte Tübinger Dissertation 1924), S. 30; für das schweiz. Recht ZELLIKOFER: S. 21 und S. 42.

³ Das nicht vom deutschen Recht beeinflusste Ausland kennt, da es zwischen der Gewährung von Aktien und anderen Vermögenswerten nicht scharf scheidet, diese Streitfrage kaum; vgl. auch LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 527.

einzelnen Tatbestandsstücke geprüft werden, ob eine derartige Konstruktion zu wirtschaftlich vernünftigen Ergebnissen führt. BRODMANN, darin FISCHER noch überbietend, begeht eine *petitio principii*, wenn er ausgehend von der angeblich rein korporationsrechtlichen Natur der Fusion seine Schlüsse zieht, vielmehr liegt hier das meines Erachtens nicht zu beweisende *thema probandum*. Denn, wie bereits ausgeführt, der Wortlaut und Aufbau des Gesetzes sprechen ganz eindeutig gegen BRODMANN, und SCHMALENBACH a. a. O. hat gerade für den uns hier beschäftigenden Punkt aus dem Gedanken heraus, daß § 306 ein Unterfall von § 305 und dieser von § 303 sei, die Unrichtigkeit der h. L. beweisen zu können geglaubt. Ohne auf dieses Argument entscheidendes Gewicht zu legen, so beweist jedenfalls dieser Gedankengang klar, daß man unmöglich wie BRODMANN einen derartigen Charakter der Fusion als unumstößliche Wahrheit hinstellen kann.

Das zweite Argument BRODMANNS geht dahin, daß die Gewährung von anderen Werten neben Aktien eine Umgehung der §§ 213, 215 HGB. enthalte. Er führt aus, daß wenn die übertragende Aktiengesellschaft ihre Grundstücke in der Weise verkauft, daß sie sich in der Rechtsform eines Vertrages zugunsten Dritter vom Käufer die Zahlung des Kaufpreises an die Aktionäre nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes versprechen läßt, darin eine Umgehung dieser Bestimmungen liegt. Das sei auch trotz der Auflösung der Gesellschaft der Fall, denn eine Zahlung an die Aktionäre sei bis zum Ablauf der Sperrfrist und im Falle des uns hier interessierenden § 306 überhaupt nicht zulässig. Auch das ist meines Erachtens nicht durchschlagend. Zunächst kommt das Verbot der Rückzahlung von Einlagen nur bei Bestehen der Aktiengesellschaft in Frage, dann wäre ein Vorgang nur von BRODMANN geschilderten Art sicherlich als eine Umgehung aufzufassen, da ein anderer Sinn des Geschäftes kaum erkennbar ist. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft dagegen kommt dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht, vielmehr soll über das Gesellschaftsvermögen verfügt, und die Aktionäre ihren Anteilen nach befriedigt werden, und zwar im Falle des § 303 in bar, in dem der §§ 305, 306 grundsätzlich in Aktien der aufnehmenden Gesellschaft. Es ist nun unrichtig, wenn BRODMANN behauptet, daß die Rechte der Gläubiger der übertragenden Aktiengesellschaft durch ein solches Vorgehen beeinträchtigt werden, denn das Gesellschaftsvermögen, das getrennt zu verwalten ist, bleibt ja unangetastet, und die Zuzahlungen erfolgen aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft. Und andererseits deren Gläubiger sind ebenfalls nicht geschädigt, denn auch hier erfolgt keine Rückzahlung an die Aktionäre in einem verbotenen Sinne. Vielmehr ist ja der Zweck des Geschäftes, daß durch die Zuzahlungen etwas, nämlich das Vermögen der übertragenden Aktiengesellschaft, erworben wird; so daß wie JUNCK a. a. O., S. 501 mit Recht

ausgeführt hat, die Zuzahlungen einen teilweisen Gegenwert für die Zuführung des Vermögens der einen an die andere Gesellschaft und für die Aufgabe ihrer Mitgliedschaftsrechte bei jener darstellen. Und das Verbot der Rückzahlung zum Schutze der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft hat nur dann einen Sinn, wenn keine Sachwerte, was hier aber der Fall ist, damit erworben werden. — Freilich hat BRODMANN gegen diesen Gedankengang eingewandt, es erfolge doch eine Gläubigerschädigung, und zwar derjenigen der übertragenden Gesellschaft. Hierbei führt er aus, daß die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 recht schwache seien, und sich der Gesetzgeber nur darum mit ihnen begnügt hätte, weil er die Fusion als ein Geschäft angesehen habe, das sich ausschließlich auf dem Gebiet des Innenverhältnisses beider Gesellschaften abspiele und von dem äußerlich außer der Gesamtnachfolge nichts zu verspüren sei. Nun ist der Satz, daß der Gesetzgeber von diesem Gedankengang ausgegangen ist, eine völlig unbewiesene Behauptung. Denn die Gläubigerschutzvorschriften sind, wie noch im einzelnen auszuführen sein wird (darauf hat JUNCK a. a. O. bereits mit Recht hingewiesen), jedenfalls theoretisch keineswegs schwach, wenn man sie nur innehält; und man kann unmöglich annehmen, daß der Gesetzgeber ihre Verletzung für selbstverständlich ansah. Vielmehr ist die Rechtslage die, daß die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft als weiteres Haftungsobjekt noch das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft hinzu erhalten. Das stellt aber lediglich ein Plus für sie dar, und man kann unmöglich so weit gehen, zu behaupten, daß die übernehmende Gesellschaft um ein genügendes Haftungsobjekt zu bieten, in Zukunft keinerlei Ausgaben, denn als solche stellen sich die Zuzahlungen dar, machen dürfe. Auch hat sich gezeigt, daß die Fälle der Gläubigerbenachteiligung durch Fusion verhältnismäßig gering sind¹. Wenn freilich JUNCK a. a. O., Sp. 504 darauf hinweist, daß sich die übernehmende Aktiengesellschaft auch insofern schwächen könne, als sie die Aktien der übertragenden Aktiengesellschaft überbewerte, so ist dies Argument, wie BRODMANN a. a. O. mit Recht betont, nicht durchschlagend, da dadurch nur die Aktionäre, nicht aber das Gesellschaftsvermögen, geschädigt werden. Aber es bedarf nach dem oben Gesagten auch dieses Argumentes nicht, der Gedankengang BRODMANN'S hat dem Gesetzgeber sicherlich völlig ferngelegen. Es muß auch darauf hingewiesen werden, daß BRODMANN schließlich selbst aus praktischen Gründen geringe Zuzahlungen gestatten will.

c) Meines Erachtens sind daher die Argumente der herrschenden Lehre nicht durchschlagend. Ich möchte vielmehr der allerdings sehr weitgehenden Ansicht von JUNCK a. a. O. folgen, wonach nur erforder-

¹ Vgl. KommBer., S. 41.

lich ist, daß planmäßig die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft werden können. Diese Auffassung scheint mir¹konsequenter zu sein, als die von HACHENBURG a. a. O., der den Zuzahlungen nur den Charakter einer Nebenleistung zubilligen will, weil man von einer Gegenleistung nur sprechen könne, wenn sie, was kasuistisch vom Registerrichter festzustellen sei, die Hauptleistung darstelle. Jedoch hat JUNCK a. a. O. recht, wenn er diese Scheidung für zu labil erklärt. Auch STAUB-PINNER a. a. O., der die herrschende Lehre vertritt, hat gegen HACHENBURG eingewandt, daß für seinen Standpunkt jeglicher Anhalt im Gesetz fehle, und die praktische Anwendung wegen der nicht möglichen Präzisierung äußerst erschwert sei. Vielmehr ist entscheidend, daß planmäßig, d. h. im Fusionsvertrage selbst, jedem Aktionär der untergehenden Aktiengesellschaft eine Aktie der aufnehmenden AG. zudedacht sein muß. Unerheblich hingegen ist, ob es bei der Ausführung der Fusion jedem Aktionär der übertragenden AG. gelingt, Aktionär der andern Gesellschaft zu werden². Dann aber ist der Fusionsbegriff gewahrt, und Zahlungen sind unbeschränkt zulässig. Auf die übrigen Ausführungen JUNCKs ist bereits bei der Kritik der BRODMANNschen Ansicht hingewiesen worden; es ist ihm insbesondere auch gegen STAUB-PINNER (§ 305, Anm. 3) zuzustimmen, daß §§ 305, 306 nicht strikt zu interpretierende Ausnahmenvorschriften für einen Sonderfall des § 303 darstellen, vielmehr der Aufbau des Gesetzes lediglich ein Fortschreiten vom Allgemeinen zum Besonderen zeigt; und selbst wenn man § 305 als eine Ausnahmenvorschrift ansieht, so ist doch eine ausdehnende Erweiterung einer solchen bei Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes möglich³. Diese ist aber gegeben, denn das Vermögen wird als Ganzes übertragen derart, daß alle Aktionäre der untergehenden Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft werden, und das ist das Charakteristikum dieses Unterfalls von § 303. Auch die letzte Voraussetzung, keine Gefährdung der Gläubiger, ist nach den obigen Ausführungen erfüllt. Dagegen geht JUNCK de lege lata erheblich zu weit, wenn er in einem Aufsatz „Über Umwandlung von Gesellschaften“ in Jher. Jb. 77, S. 319 die Liquidation stets dann ausschließen will, wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft unter deren Auflösung an eine andere Aktiengesellschaft übertragen werden soll. Er will damit die wertzerstörende Liquidation vermeiden. Das ist als gesetzgeberisches Motiv berechtigt, kann aber nicht als geltendes Recht anerkannt werden.

¹ Insofern auch übereinstimmend FRIEDLÄNDER: a. a. O.; STAUB-PINNER: § 305 Anm. 3.

² So, weil er nicht genügend Aktien besitzt oder keine Mittel hat, seinen Aktienbesitz zu ergänzen.

³ Vgl. die Rechtsprechung zu § 142 HGB.: RG. 65, 239.

d) Zusammenfassend wäre also festzustellen, daß nach herrschender Lehre, entgegen der auch hier vertretenen Ansicht, jederlei Zuzahlungen unzulässig sind, teils aus dem Gedanken heraus, daß in §§ 305, 306 das Wort „nur“ einzuschieben wäre, teils, weil es sich um eine restriktiv zu interpretierende Sondernorm handele, teils aus korporationsrechtlichen Gründen. Die Praxis mußte sich durch Umgehungen helfen, so sei hingewiesen auf den Vorschlag, den ULLMANN a. a. O., S. 40 macht: Vor der Fusion überträgt die untergehende Gesellschaft gewisse Bestandteile ihres Vermögens an einen Dritten gegen Werte, die nicht Aktien sind, so daß sie imstande ist, mit der übernehmenden Aktiengesellschaft ein bequemes Umtauschverhältnis zu vereinbaren. Der Vertrag mit dem Dritten wird zugunsten der Aktionäre der untergehenden Aktiengesellschaft (§ 328 BGB.) geschlossen, so daß diese unmittelbare Rechte erwerben. Der Dritte, der die ausgeschiedenen Vermögensbestandteile erwirbt, ist im Innenverhältnis beauftragter Treuhänder der erwerbenden Gesellschaft, der ihr alsdann die übernommenen Vermögensbestandteile gegen Zahlung oder Leistung der vereinbarten Entschädigung an die Aktionäre zuführt. Gegen diesen Weg hat sich BRODMANN, § 306, Anm. 7 a, ausgesprochen, da er eine Gesetzesumgehung enthalte; vom Standpunkt der herrschenden Lehre, nicht der hier vertretenen, wird ihm beizustimmen sein. Immerhin beweist der Fall, wie verfehlt die Auffassung des Gesetzes durch die herrschende Lehre ist, wenn man zu derartigen Umgehungen, die weder wirtschaftlich noch sonst irgendwie bedenklich sind, greifen muß¹.

e) Die Kommission des Juristentages will die Zuzahlung von Barbeträgen bis zu 10 % des Nennwertes der aufzunehmenden Aktiengesellschaft gestatten. In der Begründung erkennt man das wirtschaftliche Bedürfnis an, andererseits müßten diese Zuzahlungen den Charakter von Nebenleistungen behalten. Hiermit hat der Standpunkt HACHENBURGS, der ja auch Vorsitzender der Kommission war, gesiegt². Wenn auch meines Erachtens dem Begriff Haupt- und Nebenleistung gewisse Bedenken gegenüberstehen, und mir die Definition JUNCKS die glücklichere zu sein scheint, so ist damit doch zweifellos ein zu begrüßender Fortschritt erzielt. BRODMANN (ZHR. 94, S. 77) hat, von seinem Standpunkt aus ganz natürlich, hiergegen Bedenken und will das zulässige Maß nach dem inneren Wert der Aktien beider Gesellschaften

¹ Vgl. auch die Fusion der Deutschen Petroleum-AG. und der Deutschen Bank, wo für 1000 RM. Deutsche-Petroleum-Aktien 4000 RM. Deutsche-Bank-Aktien plus 600 RM. geleistet wurden. Die Zuzahlungen wurden aber im Vertrag gar nicht erwähnt, sondern von einem Dritten bewirkt.

² Vgl. aber auch Art. 142 des Polnischen Aktiengesetzes, danach dürfen Barzuzahlungen ein Zehntel des Nennbetrages der ausgegebenen Aktien nicht übersteigen.

berechnen, und 2—3% der Summe beider Werte nicht übersteigen lassen. Das dürfte als eine Einengung des ohnehin schon so zurückhaltenden Kommissionsvorschlages abzulehnen sein. Im übrigen zeigt der Kommissionsvorschlag sehr deutlich, wie stark die Tendenz zur Abkehr von der rein korporationsrechtlichen Auffassung der Fusion bereits geworden ist¹.

3. a) Keine besonderen Bestimmungen im Verträge sind erforderlich, wenn die untergehende Gesellschaft eigene Aktien oder solche der Übernehmerin besitzt. Vielmehr gehen beide Arten von Aktien nach Perfektion der Fusion ohne weiteres auf die Übernehmerin über. In soweit die Übernehmerin hierdurch eigene Aktien erhält, bestehen keine Bedenken, insbesondere steht § 226 HGB. nicht entgegen. Die Übernehmerin kann solche Aktien zugunsten stiller oder offener Reserve vernichten, sie können auch zum Umtausch verwandt werden. Jedoch betont SCHMALENBACH, S. 144 mit Recht: „Ob die übernehmende Gesellschaft für ihre eigenen Aktien etwas zahlt oder nicht, ist für den Aktionär gleichgültig, der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft kann dagegen verlangen, daß sich der Gegenwert unter den während der Sperrzeit getrennt verwalteten Vermögensgegenständen befindet.“ Wie sich das auswirkt, wird bei den Gläubigerschutzvorschriften noch näher zu erörtern sein.

Was die eigenen Aktien der übertragenden Gesellschaft anlangt, so ist mit ULLMANN a. a. O., S. 49 anzunehmen, daß im Falle des § 306 die Aktienrechte im Augenblick des Unterganges der übertragenden Aktiengesellschaft erlöschen derart, daß die auf sie entfallende Gegenleistung von der übernehmenden Gesellschaft nicht gewährt, die ihr entsprechenden neuen Aktien derselben nicht geschaffen zu werden brauchen.

b) Hat umgekehrt die aufnehmende Aktiengesellschaft Aktien der untergehenden Aktiengesellschaft, so können mehrere Fälle möglich sein. Einmal kann sie alle Aktien besitzen. Die Zulässigkeit einer solchen Einmanggesellschaft ist nach herrschender Lehre zu bejahen². Nach dem Kommissionsbericht soll die Zulässigkeit derselben im Gesetz verankert werden, was BRODMANN in seiner Kritik a. a. O. für überflüssig erklärt³. Dem ist nicht beizustimmen, insbesondere da im Ausland dieses Gebilde keineswegs überall anerkannt ist, und auch für

¹ Der Fragebogen VII des RJustMin. behandelt in den Fragen 62—64 diese Punkte. Die Antwort auf die Fragen 62 und 64 ergibt sich aus dem oben Gesagten. Zur Beantwortung der Frage 63, die nach der hier vertretenen Ansicht gar nicht auftaucht, dürfte die vorliegende Arbeit nicht die geeignete Stelle sein.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 292, Anm. 18; FRIEDLÄNDER: Zbl. f. HR. 1926, S. 22 und 134ff.; BRODMANN: § 292, Anm. 6ff.

³ Vgl. auch LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 512, Anm. 7.

Deutschland hat GIERKE: Genossenschaftstheorie, S. 835 und 839 die entgegengesetzte Ansicht mit vom korporationsrechtlichen Standpunkt aus sehr beachtlichen Gründen vertreten. Zwar wird die Einmanngesellschaft in Österreich¹, in Liechtenstein (Artikel 637—648), in England^{2,3} anerkannt, dagegen wird ihre Zulässigkeit in Frankreich und Belgien⁴ verneint, und auch der neue schweizerische Entwurf⁵ hat sich auf den ablehnenden Standpunkt gestellt. In Frankreich spricht man daher hier von einem besonderen Fall der Fusion: „La fusion par annexion résultera aussi parfois de l'achat et du groupement entre les mains d'une société de toutes les actions d'une autre société^{6,7}. Auf die Frage der Berechtigung der Einmanngesellschaft ist im Rahmen dieser Arbeit nicht einzugehen, vielmehr mit der herrschenden Lehre diese Form als zulässig zu unterstellen. Es fragt sich dann, ob eine Fusion nach § 306 vereinbart werden kann, denn es werden hier gar keine Aktien gewährt; jedoch wird man mit ULLMANN a. a. O., S. 47 den Verzicht auf Aktiengewährung der Aktiengewährung gleichsetzen müssen⁸. Es wäre auch unsinnig, hier, wo es sich lediglich um die Einhaltung von Formalitäten handelt, Liquidation zu verlangen⁹. Es fragt sich aber, ob nicht in solchen Fällen vereinbart werden darf, daß die aufnehmende Aktiengesellschaft ihr Kapital entsprechend erhöht und sich selbst die betreffenden Aktien zuteilt. Diese Ansicht wird insbesondere von SCHMALENBACH, S. 143 vertreten, der allerdings selber sagt, daß dieser Weg kaum beschritten wird¹⁰. Hiergegen hat sich ULLMANN S. 87 ausgesprochen, dessen Ansicht nur gebilligt werden kann. Zwar steht der § 226 HGB. nicht seinem Wortlaut, wohl aber seinem ganzen Sinne

¹ Vgl. PISKO: Lehrbuch des Handelsrechts, S. 56, 416, 454, 472.

² Vgl. FRIEDLÄNDER: a. a. O.

³ Vgl. auch die in dieser Richtung liegende Bestimmung der Novelle von 1928, wonach eine Aktiengesellschaft, die eine andere durch Aktienkauf sich angliedern will, wenn 90% der Aktionäre hierin einwilligen, den Rest zwingen kann.

⁴ Vgl. HOUPIN-BOSVIEUX: II, S. 108, gerade für den uns hier beschäftigenden Fall.

⁵ Vgl. WIELAND: Z. f. ausl. u. internat. PrivR. 1929, S. 195.

⁶ HOUPIN-BOSVIEUX: a. a. O.

⁷ a. M. ANGER: Revue des sociétés (Jurisprudence, doctrine, législation française et étrangère sur les sociétés) 1925, S. 51: il n'y a pas de fusion en ce cas à défaut de contrat.

⁸ Ebenso TÜSCHER: a. a. O., S. 22; vgl. auch BRODMANN: § 306, Anm. 7b.

⁹ Vgl. aber, freilich nicht für den Fall der Fusion, STAUB-PINNER: § 292, Anm. 18; ferner RFH. in JW. 1921, S. 1119, mit Anmerkung von FISCHER; KGJ. 1925 A, S. 129; KG. in OLGR. 19, S. 338, und vor allem allerdings auch RG. in JW. 1906, S. 46, Nr. 60.

¹⁰ Ebenso wie SCHMALENBACH auch TÜSCHER: a. a. O., S. 20/1; VATER: S. 22; v. ZIEGLER: S. 60f; BRODMANN: § 306 a 7, b; HEYMANN (Bremen): a. a. O., S. 235.

nach entgegen¹. Es ergibt sich das aus einem selbstverständlichen argumentum a maiori ad minus. Wenn die Aktiengesellschaft bereits begebene Aktien im normalen Geschäftsverkehr nicht erwerben soll, so erscheint es als gänzlich ausgeschlossen, daß sie bei einer Kapitalserhöhung als Übernehmerin eigener Aktien auftreten darf; ruht doch, falls sie eigene Aktien besitzt, das Stimmrecht, und ebensowenig darf sie ein etwaiges Bezugsrecht ausüben^{2,3}. Hierbei macht es auch keinen Unterschied, daß sie, wie HEYMANN (Bremen) a. a. O. es ausdrückt, die Rechte auf die neugeschaffenen Aktien durch das Medium der in ihr aufgehenden übertragenden Aktiengesellschaft erwirbt. Die entgegengesetzte Ansicht ist daher meines Erachtens abzulehnen, der Gegenwert besteht eben in der Vermögensübertragung, so daß nichts zu vergüten ist. Es gilt hier der Satz, den HACHENBURG⁴ in einem Vortrag in der Juristischen Gesellschaft in Darmstadt ausgesprochen hat: „Die logische Folgerung muß aufhören, wenn sie sich gegen den Geist des Rechts verständigt.“

Das Gesagte gilt entsprechend, wenn die Übernehmerin einen Teil der Aktien der aufzunehmenden Aktiengesellschaft besitzt. (Über die Stimmrechtsfragen vgl. unten § 11.) Gerade dieser Fall ist sehr häufig. So besaß die Deutsche Bank bei der Fusion mit der Württembergischen Vereinsbank 90% der Aktien der letzten, bei der Fusion mit der Bergisch-Märkischen Bank von einem Aktienkapital von 80 Mill. 32 Mill. Mark; ebenso besaßen bei den Fusionen Meguin-Bamag und R. Wolf-Grade die übernehmenden Gesellschaften $\frac{1}{2}$ bzw. $\frac{3}{4}$ des Aktienkapitals der aufzunehmenden Aktiengesellschaften; Linke-Hofmann-Lauchhammer AG. hatte von Obereisen einen großen Teil, von der Elag 75% des Aktienkapitals. Über die in solchen Fällen üblichen Vereinbarungen vgl. ULLMANN a. a. O., S. 46ff.; STAUB-PINNER, § 305, Anm. 5. In der Regel wird vereinbart, daß die aufnehmende Gesellschaft, insoweit sie Aktien der untergehenden besitzt, keine Umtauschaktien erhält. Es kann auch vereinbart werden, daß die entsprechenden Aktienurkunden vernichtet werden sollen, und zwar im Falle des § 305 durch die untergehende Aktiengesellschaft, sonst durch die aufnehmende Gesellschaft; aber diese Vernichtung kann unterbleiben, da entscheidend der Untergang der Aktienrechte, nicht der der Urkunden ist⁵.

4. Im übrigen enthält der Fusionsvertrag noch vielerlei Bestimmungen, die sich aus den Verhältnissen des Einzelfalles ergeben. Insbesondere

¹ a. M. HEYMANN (Bremen): a. a. O.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 226, Anm. 4.

³ Über die Folgen des Zuwiderhandelns vgl. unten § 12.

⁴ Vgl. JW. 1929, S. 1729.

⁵ Über die Rückwirkung aller dieser Maßnahmen auf die Kapitalserhöhung der übernehmenden Gesellschaft vgl. unten § 12.

werden Vereinbarungen über eine etwaige Übernahme der Mitglieder des Vorstandes der untergehenden Gesellschaft getroffen, ferner über die Zuwahl ihrer bisheriger Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft¹. Schließlich erfolgt auch stets eine Regelung über die Tragung der durch die Fusion verursachten Kosten.

§ 10. Reihenfolge der weiteren Tatbestandsstücke.

I. Der von den beiden Vorständen geschlossene Veräußerungsvertrag ist als solcher nicht wirksam, vielmehr bedarf es dazu des Hinzutretens der übrigen vom Gesetz erforderten Tatbestandsstücke. Bevor jedoch auf sie im einzelnen eingegangen werden kann, empfiehlt es sich, im Anschluß an den Kommentar von STAUB-PINNER, § 306, Anm. 6 kurz die Frage des Zusammenhanges der einzelnen Akte zu erörtern, und zwar einmal, ob sie nach dem Gesetz in einer bestimmten Reihenfolge erfolgen müssen, und ferner welche Reihenfolge sich innerhalb der vom Gesetz geforderten aus wirtschaftlichen Gründen empfiehlt. Hiermit ergibt sich dann die weitere Gliederung dieser Arbeit von selbst.

Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß der Veräußerungsvertrag die Vertretungsmacht des Vorstandes der untergehenden Gesellschaft überschreitet, und daß daher ein Generalversammlungsbeschluß erforderlich ist, der den Veräußerungsvertrag und den Ausschluß der Liquidation genehmigt. Sein Verhältnis zu dem Veräußerungsvertrag ist verschieden konstruiert worden. Sicherlich falsch ist es, wenn man² hier die §§ 182 ff. BGB. heranziehen will, denn mit Recht haben v. ZIEGLER S. 69, PLOTKE, S. 249, ULLMANN, S. 17, SCHULTZE, S. 126 hiergegen eingewandt, daß die Generalversammlung im Verhältnis zum Vorstand kein Dritter sei. Richtiger ist schon die Ansicht von ULLMANN, S. 17, der hier eine ähnliche Rechtslage wie im § 1829 BGB. für gegeben ansieht. Jedoch ist ihm wie auch dem Reichsgericht in JW. 1909, S. 509, Nr. 44 mit SCHULTZE a. a. O. entgegenzuhalten, daß damit die Bedeutung des Generalversammlungsbeschlusses unterschätzt wird. Denn dieser stellt nicht eine bloße Ermächtigung des Vorstandes dar, in dessen Belieben es steht, davon Gebrauch zu machen. Hiergegen spricht schon der Wortlaut des § 303 HGB., der ausdrücklich einen Generalversammlungsbeschluß, nicht lediglich die Genehmigung der Generalversammlung (der Ausdruck ist hier, wie in §§ 1643, 1812 ff., 1819 BGB., nicht im technischen Sinne zu verstehen) verlangt. Vielmehr ist mit SCHULTZE a. a. O. anzunehmen, daß der Generalversammlungsbeschluß, der die Vertretungsmacht des Vorstandes zum Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts überhaupt erst schafft, keine bloße

¹ Vgl. beispielsweise den soeben zwischen der Deutschen Bank und der Discontogesellschaft geschlossenen Vertrag.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 303, Anm. 8.

Ermächtigung bedeutet, der Vorstand vielmehr aus korporationsrechtlichen Gründen zum Handeln gezwungen ist, insbesondere nicht böswillig die Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung unterlassen darf. Seine Bedeutung zeigt sich auch äußerlich schon darin, daß er nicht lediglich eine allgemeine Ermächtigung, sondern genau denselben Inhalt wie der Vertrag selbst enthalten muß. So sind sowohl Vertrag wie Generalversammlungsbeschluß und alle übrigen Tatbestandsmerkmale, insbesondere eine etwaige Kapitalserhöhung der übernehmenden Aktiengesellschaft, Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, die gemeinsam die Fusionswirkungen hervorrufen.

II. Dieser Generalversammlungsbeschluß bedarf nun zu seiner Wirksamkeit der Anmeldung zum Handelsregister, §§ 306, I, 304, II—IV, 303, I HGB. Auf seiten der aufnehmenden Aktiengesellschaft überschreitet der Abschluß des Veräußerungsvertrages die Vertretungsmacht des Vorstandes nur, wenn eine Kapitalserhöhung erforderlich ist; jedoch ist das der normale Fall, von dem auch der Gesetzgeber ausgeht, so daß wir ihn zunächst unseren Betrachtungen zugrunde legen, und die umstrittene Frage, ob eine Kapitalserhöhung nicht überhaupt essentiell ist, zunächst unberührt lassen wollen. Es herrscht nun Streit darüber, ob die Anmeldung und Eintragung des Genehmigungs- und Liquidationsausschließungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft vor der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses erfolgen darf. Diese Frage wird von STAUB-PINNER, § 306, Anm. 6 bejaht, denn nach § 306, I fänden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung, dieser aber bestimme im Abs. III nur, daß der Vertrag mit vorzulegen sei. Daher könne die Eintragung geschehen, ohne daß der Nachweis der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses zu erfolgen brauche. Diese Ausführungen gehen fehl. Vielmehr ist der entgegengesetzten Ansicht, die diesen Nachweis erfordert, zuzustimmen. Sie wird im Anschluß an LEHMANN-RING, § 306, Nr. 3 von den meisten Kommentatoren und auch sonst, so in fast allen Dissertationen, vertreten¹. In Übereinstimmung mit der Denkschrift, S. 180, die allerdings davon ausgeht, daß für sämtliche Eintragungen dasselbe Registergericht zuständig ist, führen diese Schriftsteller aus, daß der Registerrichter die Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft, die deren Auflösung zur Folge habe, nur vornehmen dürfe, wenn ihm der Nachweis erbracht würde, daß der Vertrag für beide Teile bindend sei. Diese Bindung erfolgt aber auf seiten der aufnehmenden Aktiengesellschaft erst durch die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses, während im § 304 der Vertrag einfach mit der Eintragung

¹ Vgl. u. a. BRAND: Anm. 3e; MAKOWER: Anm. III a β; RITTER: Anm. 5; GOLDSCHMIT: Anm. 3e; BRODMANN: § 306, Anm. 6; ULLMANN: S. 69.

wirksam wird. Gerade die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 304 fordert, daß die Eintragung erst zu erfolgen hat, wenn auch der Vertragsgegner gebunden ist, d. h. nach der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses. Die Ansicht STAUB-PINNERS ist daher entschieden abzulehnen, und bei der klaren Rechtslage wirkt der Hinweis, daß sich die übertragende Aktiengesellschaft ja gegen die Gefahr der Auflösung trotz nicht gesicherter Rechtswirksamkeit des Übernahmevertrages durch einen bedingten Beschluß, evtl. durch § 307, helfen könnte, etwas scholastisch. Dagegen kann § 307 sowie ein etwaiger zivilrechtlicher Rücktritt eine Rolle spielen, wenn die aufnehmende Aktiengesellschaft die durchgeführte Kapitalserhöhung nicht eintragen läßt¹.

III. Im einzelnen empfiehlt sich folgende Reihenfolge:

1. Nach dem Fusionsvertrag erfolgt der Genehmigungs- und Liquidationsausschließungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft.

2. Sodann erfolgt auf seiten der aufnehmenden Gesellschaft der Kapitalserhöhungsbeschluß und dessen Eintragung, § 280, I in Verbindung mit § 277, III. Ob der Beschluß auch erforderlich ist, wenn die Gesellschaft genügend Umtauschaktien besitzt, wird noch später zu erörtern sein; es ist jedenfalls nicht der Normalfall. Häufig geschehen beide Generalversammlungsbeschlüsse hintereinander an einem Tage am gleichen Ort.

3. Jetzt erfolgt die Anmeldung und Eintragung des Genehmigungs- und Liquidationsausschließungsbeschlusses seitens der übertragenden Aktiengesellschaft unter Nachweis des eingetragenen Kapitalserhöhungsbeschlusses. Hierdurch wird der Fusionsvertrag wirksam und die übertragende Gesellschaft aufgelöst. Man kann hier nicht trennen und sagen, in § 304, III und IV sei nur von der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses die Rede; hieraus folge, daß die Gesellschaft schon mit der Fassung des Übertragungsbeschlusses aufgelöst sei. Denn dann müßte in der Zwischenzeit Liquidation erfolgen. (§ 303, II, § 293, IV). Andernfalls wäre zum mindesten mit MAKOWER, § 304, Anm. II² als Absicht der Parteien zu unterstellen, daß auch die erteilte Zustimmung der Generalversammlung zum Übertragungsvertrag betagt sein solle bis zur Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses. Aber meines Erachtens kann hier überhaupt nicht getrennt werden. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen Generalversammlungsbeschluß, der einzutragen ist, und mit dessen Eintragung die Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Das erscheint auch STAUB-PINNER a. a. O., § 304, A. 4 so selbstverständlich, daß sie nur kurz ausführen, der Zustimmungsbeschluß habe die Auflösung der

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 307, Anm. 4; VATER: S. 49.

² Vgl. auch LEHMANN-RING: N. 3; REHM: Bilanzen, I. Aufl., S. 395, N. 5a.

Gesellschaft zur Folge, jedoch in diesem Fall (dem des § 304) erst dann, wenn er eingetragen ist. Das ergebe sich aus Abs. III und IV des § 304¹. Wird freilich erst hinterher Liquidationsausschluß vereinbart und beschlossen, so wird damit nicht etwa die Auflösung rückwärts aufgehoben, bis der Liquidationsausschließungsbeschluß eingetragen ist².

4. Endlich muß gemäß § 284 die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals erfolgen, und zwar sind bei der Anmeldung (vgl. § 305, II) der Veräußerungsvertrag und Zustimmungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft beizufügen und seine Eintragung nachzuweisen (§ 304, IV); denn andernfalls ist dem Registerrichter gegenüber nicht der Nachweis geführt, daß eine beiderseitig bindende Vereinbarung vorliegt³. In diesem Augenblick tritt die Perfektion der Fusion ein, nicht vorher, mit der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft. Denn wie STAUB-PINNER, der hier auf einmal den § 304, V in der Tat entsprechend anwendet, ausführt, ist es erforderlich, daß Vermögensübergang und Erwerb der Aktionärsrechte zeitlich zusammenfallen; dieser aber geschieht erst mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung⁴. Auf die Frage, welches der entscheidende Zeitpunkt ist, wenn keine Kapitalserhöhung erfolgt, ist erst später im Anschluß an die Frage der Zulässigkeit einer solchen Fusion einzugehen (vgl. unten § 12).

Nunmehr, nachdem wir uns das Verhältnis der einzelnen Tatbestandsstücke in dem normalen Fusionsfall klargemacht haben, wollen wir zu ihrer Einzelbetrachtung übergehen.

¹ Vgl. auch D. 180.

² Vgl. v. ZIEGLER: S. 67.

³ Vgl. BayObLG., ROLG. 22, S. 31 und LZ. 1911, S. 74; RFH. 2, S. 211; STAUB-PINNER: Anm. 10; GOLDSCHMIT: Anm. 3e a. E.; BRAND: Anm. 4c.

⁴ Wie hier RFH. 13, S. 206; STAUB-PINNER: Anm. 12a; REHM: S. 398; BRAND: Anm. 5; GOLDSCHMIT: Anm. 5a; v. ZIEGLER: a. a. O.; ULLMANN: S. 68ff. und die meisten. Zweifelnd RG. 105, S. 96 unter Hinweis auf STAUB-PINNER. Vgl. auch RG. 62, S. 21/2. a. M.: MAKOWER: Anm. 3 III b 1; BRODMANN: zu § 306, der den Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft mit Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge erst nach Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung eintragen lassen will. Den Einwand, daß hierfür der Nachweis der Bindung der übertragenden Aktiengesellschaft erforderlich ist, diese aber erst mit der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses eintritt, läßt er nicht gelten, denn nach ihm erfolgt die erforderliche obligatorische Bindung schon vor der Eintragung. Jedoch läßt sich das mit dem Gesetz nicht in Einklang bringen, da das als Fusion bezeichnete Rechtsgeschäft zwar dingliche und obligatorische Elemente in sich vereint, nicht aber in solche Verträge teilbar ist. Das gleiche gilt auch gegenüber den sehr eingehenden Ausführungen von SCHULTZE-v. LASAULX: Jher. Jb. 79, S. 361ff., der in anderem Zusammenhang (vgl. oben § 8) zu ähnlichen Ergebnissen kommt.

§ 11. Der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft.

I. Der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft, in dem diese den Veräußerungsvertrag und den Ausschluß der Liquidation genehmigt, bedarf der Erfordernisse des § 303, I, wie sich aus § 306, I, § 304, II ergibt; und zwar muß der Beschluß im wesentlichen genau denselben Inhalt wie der Vertrag haben^{1,2}, insbesondere muß auch er die aufnehmende Aktiengesellschaft bezeichnen und das Verhältnis, in dem die Aktien umgetauscht werden sollen, angeben. Er bedarf einer Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals, jedoch kann das Statut noch weitere Erfordernisse aufstellen³. Wie weit das der Fall ist, wird aus der Sammlung der Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften von FLECHTHEIM-WOLFF-SCHMULEWITZ (vgl. S. 442 und 452ff.) ersichtlich. So bedarf der Generalversammlungsbeschluß mitunter einer $\frac{4}{5}$, $\frac{7}{8}$ oder gar $\frac{9}{10}$ -Mehrheit, oder es ist eine Beschlußfassung in zwei in bestimmten Fristen aufeinanderfolgenden Generalversammlungen erforderlich. Ferner finden sich Satzungsbestimmungen, wonach in der betreffenden Generalversammlung mindestens $\frac{1}{4}$ des Grundkapitals vertreten sein muß. Zahlreich sind auch die Bestimmungen, wonach in der Generalversammlung $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{2}$, $\frac{2}{3}$ oder $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals vertreten sein müssen, und sofern dies nicht der Fall ist, binnen einer in der Satzung bestimmten Frist eine zweite Generalversammlung zu berufen ist, die ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Grundkapitals beschlußfähig ist; der Beschluß bedarf nach den meisten Satzungen in beiden Generalversammlungen der $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Bei Kommanditgesellschaften auf Aktien ist außerdem die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter nötig (§ 320, III, § 327, II, IV, Satz 2)⁴.

In Österreich ist nach Art. 215 ADHGB. im Zweifel, d. h. bei Schweigen des Statuts, Einstimmigkeit der erschienenen Aktionäre erforderlich^{5,6}. Das schweizerische Obl.R. verlangt in Art. 627, II einen Generalversammlungsbeschluß, bei dem mindestens $\frac{2}{3}$ sämtlicher Aktionäre vertreten sind bzw. den einer zweiten Generalversammlung, in der nur $\frac{1}{3}$ vertreten sein muß; jedoch können nach schweizerischer Auffassung die Statuten diese Erfordernisse noch erleichtern⁷. In

¹ Vgl. im einzelnen STAUB-PINNER: § 303, Anm. 8; ULLMANN: S. 11.

² Ernennet die Generalversammlung aus Versehen Liquidatoren, so gilt § 305 (Einheitlichkeit des Beschlusses); vgl. RG. 77, S. 268.

³ Eine qualifizierte Mehrheit verlangen auch die nordischen Staaten (vgl. HAMBURGER: a. a. O.) und Polen.

⁴ Vgl. STAUB-PINNER: § 330 Anm. 23.

⁵ Vgl. STAUB-PISKO: Art. 215, Anm. I § 1; PISKO: Lehrbuch, S. 411.

⁶ Ebenso in Japan (vgl. HAMBURGER: a. a. O.).

⁷ Vgl. FICK: a. a. O., S. 19.

Frankreich wird geschieden zwischen Gesellschaften, die vor oder nach dem Gesetz vom 22. November 1913, das die Befugnisse der Generalversammlung erweiterte, gegründet worden sind¹. Was die ersten anlangt, so vertritt die wohl herrschende Lehre den Standpunkt, daß bei Schweigen des Statuts Einstimmigkeit erforderlich ist. Jedoch wird zum Teil auch das Recht der Generalversammlung, durch Mehrheitsbeschluß zu entscheiden bejaht, sei es ohne Einschränkung², sei es unter der Voraussetzung, daß die dissentierenden Aktionäre statt neuer Aktien Barabfindung nach dem Generalversammlungsbeschluß verlangen können³. Seit der Abänderung des § 1 des Art. 31 des Gesetzes von 1867 durch das Gesetz von 1913 gehört die Entscheidung über eine Fusion zu den Befugnissen der Generalversammlung, und zwar müssen in der ersten Generalversammlung $\frac{3}{4}$ des Aktienkapitals vertreten sein, von denen $\frac{2}{3}$, in der zweiten $\frac{1}{2}$, von denen $\frac{2}{3}$, in der dritten $\frac{1}{3}$, von denen $\frac{2}{3}$ zustimmen müssen. In England sind bei der amalgamation nach sec. 192 des Gesetzes von 1908 zu einer dahingehenden Ermächtigung des Liquidators zwei aufeinanderfolgende Generalversammlungsbeschlüsse erforderlich, deren erster $\frac{3}{4}$ Mehrheit voraussetzt^{4,5}. Jedoch haben die Aktionäre, die dagegen gestimmt haben, ein Abfindungsrecht derart, daß sie Auszahlung in bar verlangen können, wodurch die Gefahren eines Majoritätsbeschlusses stark vermindert werden⁶. Häufig anerkannt ist das Abfindungsrecht auch in den amerikanischen Statutarrechten, so in den neuen Gesetzen von New York und Delaware. Die erforderliche Mehrheit ist verschieden, häufig $\frac{2}{3}$ des Aktienkapitals⁷. Mangels gesetzlicher Bestimmung ist jedoch gemäß den Grundsätzen der Ultra-vires-theorie, die eine Veräußerung des Vermögens im Ganzen nicht gestattet, Einstimmigkeit erforderlich⁸. Es fragt sich meines Erachtens überhaupt, ob man diesen Abfindungsanspruch, der ein wichtiges Minderheitsrecht darstellen würde, bei der Reform nicht in das deutsche Recht einführen sollte, obschon dadurch natürlich eine gewisse Erschwerung der Fusionen erfolgen würde⁹.

II. 1. Bei der Betrachtung des Generalversammlungsbeschlusses stehen im Vordergrund die Stimmrechtsfragen. Zunächst ist der Fall,

¹ Vgl. HOUPIN-BOSVIEUX: N. 1324, S. 439, und N. 957, S. III.

² So WAHL: Journal des Sociétés 1900, S. 385.

³ So HOUPIN-BOSVIEUX: a. a. O.

⁴ Vgl. auch die Bestimmungen der Novelle von 1928.

⁵ Vgl. H. GOLDSCHMIDT: Köln. Ztg. vom 13. September 1926.

⁶ Über den ähnlichen italienischen Rechtszustand in diesem Punkte vgl. Art. 158 C. d. comm., dazu aber auch SIMON: Der Entwurf eines neuen italienischen Handelsgesetzbuches im Auslandsrecht 1926, Sp. 209. Von der älteren Literatur vgl. auch LEHMANN a. a. O.: Bd. 2, S. 503.

⁷ Vgl. etwa Delaware 1973 = sec. 59.

⁸ Vgl. HAMBURGER: a. a. O., Corp. iuris § 3640.

⁹ Vgl. hierzu auch § 81 II, GmbHGes.

daß auf seiten der übertragenden Aktiengesellschaft mehrere Gattungen von Aktien bestehen, ins Auge zu fassen. Es fragt sich, ob hier gemäß § 275, III bzw. § 278, II eine besondere Abstimmung erfolgen muß. Auszugehen ist von dem Gedanken, der § 275, III zugrunde liegt. Dieser Paragraph bezieht sich nach herrschender Lehre¹ nur auf die Fälle, in denen die Art oder das Maß der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten einer Gattung für die Zukunft abgeändert werden sollen, nicht aber auf diejenigen, in denen eine Satzungsänderung wegen der bereits bestehenden Verschiedenheit ihrer Rechtsstellung zur Aktiengesellschaft verschiedene Vorteile oder Nachteile bringt. § 278, II bestimmt weiter, daß im Falle der Kapitalerhöhung auf jeden Fall eine gesonderte Abstimmung erfolgen muß, ganz gleich, ob eine Benachteiligung eintritt oder nicht². ROSENDORFF³ hat nun in einem Aufsatz: „Stimmrechtsfragen bei der Fusion“ im Zbl. f. HandelsR. 1927, S. 209 den Standpunkt vertreten, daß bei dem die Fusion genehmigenden Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft auf jeden Fall eine gesonderte Abstimmung zu erfolgen habe, ganz gleich, ob eine besondere Benachteiligung eintrete oder nicht. Denn es müsse hier derselbe Gedanke gelten, wie in § 278, II. Gelangten doch auch durch den Fusionsbeschluß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft in einen anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Komplex und könnten sich dadurch bezüglich ihrer Vorrechte und Bedeutung vollkommen verändern, weil die ihnen zustehenden Mitgliedschaftsrechte nun auch in Beziehung zu den Rechten der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft gesetzt werden müßten. Auch handle es sich, was § 275, III angehe, nicht lediglich um eine mittelbare Benachteiligung, welche gerade wegen der bereits bestehenden Verschiedenheit der Rechtsstellung zur Gesellschaft eintrete.

Dieser Ansicht ROSENDORFFS ist meines Erachtens nicht zuzustimmen, und zwar kann man zunächst ganz davon absehen, wie § 275, III auszulegen ist. Denn sowohl in § 275, III als auch in § 278, II handelt es sich um Fälle der Satzungsänderung, stellt doch auch die Kapitalerhöhung nichts anderes dar. Fälle der Satzungsänderung setzen aber ein Fortbestehen der Gesellschaft voraus, hier jedoch geht sie unter. ROSENDORFF wendet nun aber die wirtschaftliche Betrachtungsweise, wonach es unter Umständen so erscheint, als ob die übertragende Aktiengesellschaft nicht unter-, sondern in der anderen aufgeht, statt der juristischen an, wonach die eine bestehen bleibt und die andere untergeht. Es fragt sich daher, ob man diese Bestimmungen, die für Fälle der Satzungs-

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 275, Anm. 4; LEHMANN-RING: N. 5; GOLDSCHMIT: Anm. 11; BRODMANN: Anm. 3b; a. M. RITTER: Anm. 4; MAKOWER: Anm. 3b.

² Vgl. KGJ. 35 A, S. 164.

³ Vgl. auch v. ZIEGLER: a. a. O., S. 71.

änderung geschaffen sind, analog auch für den Fall der Fusion anwenden will. Und da ist zwar einerseits in der Tat zuzugeben, daß die Interessenlage mit derjenigen in § 278, II weitgehend übereinstimmt. Andererseits läßt sich dagegen anführen, daß die Bestimmungen der §§ 275, III 278, II als typische Sondervorschriften erscheinen, so daß die Möglichkeit einer Analogie sehr zweifelhaft ist. Dazu kommt, daß, wie STAUB-PINNER, § 278, Anm. II betont, schon diese Bestimmungen wirtschaftlich zu großen Schwierigkeiten führen, insofern, als sie es unter Umständen einer verschwindenden Minderheit, so wenigen Stammaktionären, die keine Vorzugsaktien erworben haben, ermöglichen, eine Kapitalserhöhung zu verhindern. Andererseits kann jedoch nicht verkannt werden, daß die wirtschaftliche Entwicklung dazu geführt hat, Vorzugsaktien zu schaffen, deren Hauptvorteil in einem erhöhten Stimmrecht besteht, die also weniger ein Mittel der Finanzierung als des Schutzes darstellen, da sie sich in der Regel in den Händen der Verwaltung nahestehender Personen befinden. Hier besteht also die Gefahr, daß, wenn im Falle der Fusion eine gemeinschaftliche Abstimmung erfolgt, die Stammaktionäre vergewaltigt werden, eine Gefahr, die bei gesonderter Abstimmung nicht bestände. Dieser Gedankengang hat ja auch zur Aufrechterhaltung der Vorschriften über die getrennte Abstimmung gegenüber den oben gezeigten Bedenken STAUB-PINNERS im Kommissionsbericht¹ geführt; freilich läßt sich auch dieser Schutz *de lege lata* durch Schaffung von Vorrats-, Verwertungs- oder Schutzaktien, die kein erhöhtes Stimmrecht haben und lediglich im Interesse der Verwaltung gebunden sind, umgehen, da es sich dann nicht um eine besondere Aktiengattung handelt². Immerhin erscheint insofern eine Ausdehnung der Vorschriften über die getrennte Abstimmung für den Fall der Fusion empfehlenswert. Dagegen ist *de lege lata* gerade bei dem Umstrittensein aller dieser Stimmrechtsfragen eine Analogie zu § 278, II abzulehnen³. Damit fällt aber auch die Anwendung von § 275, III⁴. Das gleiche gilt auch, wenn der Generalversammlungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft zugleich eine Satzungsänderung enthält so, wenn die Fusion vor Ablauf der für die Dauer der Aktiengesellschaft im Statut bestimmten Zeit erfolgt. Zwar muß ein solcher Generalversammlungsbeschluß zugleich den Erfordernissen eines Satzungsänderungsbeschlusses genügen⁵, während ein besonderer Beschluß⁶ nicht er-

¹ Vgl. S. 24.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 185, Anm. IIC; FRANK-FAHLE: Die Stimmrechtsaktie 1923, S. 47ff.

³ Wie hier allerdings nur nebenbei in einem Satz FLECHTHEIM: Vorzugsaktien und Kapitalserhöhung. Bankarch. 26, S. 366.

⁴ Für diese Analogie WANDSCHNEIDER: S. 52ff.

⁵ Vgl. STAUB-PINNER: § 303, Anm. 9, § 293, Anm. 4.

⁶ So MAKOWER: § 292 Anm. I b.

forderlich ist. Aber eine getrennte Abstimmung ist nicht nötig, denn wie in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre anzunehmen ist, braucht eine solche bei nur mittelbarer Benachteiligung nicht zu erfolgen, und keine andere bewirkt die vorzeitige Auflösung. Eine unmittelbare Benachteiligung könnte höchstens durch die Fusion selbst geschehen¹. Trotzdem bilden die Vorzugsaktien noch immer bei einer Fusion ein großes Problem, da hier die Festsetzung des Wertverhältnisses große Mühen bereitet². Die Schwierigkeiten sind derart, daß sich eine vorherige Konsolidierung empfiehlt. So verwandelte das Regensburger Brauhaus vorm. Zahn vor der Fusion mit der Obermünsterbrauerei in Regensburg die 400 000 Stammaktien in Vorzugsaktien (Verhältnis 10 : 7 + Zuzahlung von 15 %); bei der Fusion Meguin-Bamag erfolgte die Abfindung der Vorzugsaktionäre der Bamag auf Grund besonderer Vereinbarung³.

2. a) Die schwierigste und interessanteste Frage jedoch, die bei der Betrachtung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft auftaucht, ist die, ob die Übernehmerin, die Aktien der übertragenden Aktiengesellschaft besitzt, bei dem Generalversammlungsbeschluß mitstimmen kann, oder ob sie gemäß § 252, III, S. 2 vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Hierbei scheidet der Fall, daß sie alle Aktien besitzt, aus; denn eine Verletzung von § 252, III, S. 2 würde den Generalversammlungsbeschluß nur gemäß § 271 anfechtbar machen, hier aber wäre niemand da, der anfechten könnte. Vielmehr kommen nur die sehr häufigen Fälle in Betracht, in denen die übernehmende Aktiengesellschaft einen großen Teil der Aktien der übertragenden besitzt. Kann sie bei dem Generalversammlungsbeschluß mitstimmen? Hier erhebt sich zunächst die Frage: Handelt es sich bei der Fusion um ein Rechtsgeschäft mit einem Aktionär? Diese Frage wird von der herrschenden Lehre ohne jedes Bedenken bejaht⁴. Dabei ist ihre Bejahung keineswegs so zweifellos, und zwar vom Standpunkt derjenigen aus, die in der Fusion ein rein korporationsrechtliches Geschäft sehen. Wenn man Sätze liest, wie z. B., daß der Gesetzgeber unter Fusion eine Transaktion verstanden hätte, welche sich von Anfang bis zu Ende ausschließlich auf dem Gebiet des Innenverhältnisses der Gesellschaft, und zwar beider Gesellschaften der aufnehmenden sowohl als der sich auflösenden zu ihren Gesellschaftern und dieser zueinander abspiele, von welcher äußerlich außer der Gesamtrechtsnachfolge nichts zu verspüren sei⁵, so sollte man denken, daß auf solche Fälle § 252, III, S. 2, der doch

¹ Vgl. auch STAUB-PINNER: § 292, Anm. 6.

² Vgl. SCHMALENBACH: S. 130; TÜSCHER: S. 17.

³ Frankf. Ztg. vom 3. April 1925.

⁴ Vgl. STAUB-PINNER: § 305, Anm. 6; RG. 85, S. 170 ff.

⁵ So BRODMANN: Zbl. f. HR. 1927, S. 124 ff.

offenbar individualrechtliche Rechtsgeschäfte im Auge hat, nicht anwendbar wäre. Aber weit gefehlt, gerade BRODMANN¹ ist der erbittertste Vorkämpfer einer weiten Auslegung dieser Bestimmung und zeigt dadurch, wie wenig eine konsequente Durchführung des korporationsrechtlichen Gedankens möglich ist. Wirklich folgerichtig dagegen ist im Gegensatz zu ihm FISCHER a. a. O., S. 188:

„Das Verbot des § 252 Abs. III bezieht sich nur auf Beschlüsse über individual-, nicht über sozialrechtliche Geschäfte. Treffen beide zusammen, z. B. Errichtung der Gesellschaft oder Kapitalserhöhung und Abschluß von Übernahmeverträgen, Bestellung zum Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliede und Abschluß des Anstellungsvertrages, Abberufung aus dem Amt und Lösung des Vertrages, so entscheidet das sozialrechtliche Geschäft infolge seines Vorwiegens, der beteiligte Aktionär darf mitstimmen.“

Danach dürfte also die übernehmende Aktiengesellschaft mitstimmen, ganz gleich, ob man wie FISCHER a. a. O. die Fusion als rein korporationsrechtliches Geschäft oder wie die hier vertretene Ansicht als ein gemischtes ansieht. Jedoch hat FLECHTHEIM: Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen, in JW. 1925, S. 564ff. hiergegen meines Erachtens mit Recht eingewandt, daß die FISCHERsche Formulierung eine unzulässige Verallgemeinerung enthalte, und daß gegen sie als einer rein deduktiv gezogenen Folgerung starke Bedenken sprächen. So ist auch gerade für den uns hier interessierenden Fall der Fusion die Gefahr einer Interessenkollision besonders stark, und man wird daher zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß die übernehmende Aktiengesellschaft gemäß § 252, III vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, und zwar gilt das auch für die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft auf Aktien².

Jedoch kommt man hiermit zu wirtschaftlich keineswegs befriedigenden Konsequenzen. Denn wenn das Stimmrecht der Übernehmerin, die sehr häufig die Großaktionärin der aufzunehmenden Aktiengesellschaft ist, nicht ausgeübt werden kann, so ergibt sich das unmögliche³ Ergebnis, daß u. U. eine verschwindende Minderheit den Willen der Gesellschaft bestimmt. Die strikte Durchführung dieser Bestimmung würde also eine bedeutende Erschwerung des Konzentrationsprozesses bedeuten. Nun kann man eine solche ja vielleicht wünschen, so etwa BUCHWALD: Gutachten für den Enqueteausschuß, S. 119:

„Meines Erachtens würde eine solche Verlangsamung wirtschaftlich eher nützlich als schädlich sein, und sie würde keineswegs Hemmung der wirtschaftlich notwendigen Rationalisierung bedeuten. Die Verwaltungen von Aktiengesellschaften würden, wie es in der Vorkriegszeit fast regelmäßig der Fall war, sich selbst zusammenfinden, wenn ihr

¹ Komm. § 252, Anm. 5c, ZHR. 94, S. 64/5.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 252, Anm. 27; BUSCH: a. a. O., S. 21.

³ a. M. BRODMANN: ZHR. 94, a. a. O.

privatwirtschaftliches Interesse es gebietet. Wenn persönliche Rücksichten bei der einen Gesellschaft dem Zusammenschluß mit der anderen entgegenstehen, kann diese die Aktionäre der zögernden Gesellschaft zu überzeugen suchen. Es ist meines Erachtens nicht wünschenswert, wenn die Zusammenschlüsse so häufig mit gewaltsamer Unterdrückung entgegenstehender Interessen erzwungen werden, wie es heute der Fall ist.“

Die Entscheidung hierüber ist naturgemäß zuletzt eine Folge der wirtschaftlichen Einstellung. Immerhin glaube ich, daß der deutsche Gesetzgeber bei dem heutigen Stand der deutschen Volkswirtschaft alles Interesse daran hat, die wirtschaftlichen Zusammenschlüsse zu erleichtern, da nur auf diese Weise eine Konkurrenzfähigkeit erzielt werden kann; es genügt, im einzelnen auf das im Anfang dieser Arbeit Gesagte zu verweisen. Es kommt hinzu, daß auch die Gesetzgeber aller übrigen Staaten dieselbe Absicht verfolgen, es sei nur an die englische Aktiennovelle erinnert; und was speziell den Fall des § 252, III, S. 2 anlangt, so sei darauf hingewiesen, daß in Amerika derartige Bestimmungen fehlen, daß vielmehr dort eine Grenzziehung dadurch gewonnen wird, daß Geschäften, die darstellen gegenüber der Minderheit an inference of fraud or unfairness, die rechtliche Sanktion versagt bleibt, indem solche Geschäfte anfechtbar sind; hierbei herrscht allerdings über die Beweislast Streit¹. Daher scheint mir BUCHWALDS Gedankengang nicht entscheidend zu sein. Aber auch hier sei betont, daß gegen die von ihm angeführten schädlichen Erscheinungen als Abhilfemittel ein Abfindungsrecht der Aktionäre einzuführen durchaus erwägenswert ist.

Steht man wie hier auf dem Standpunkt, daß die Vorschrift des § 252, III, S. 2 bei der Fusion infolge der heutigen Verschachtelung zu Mißständen führt, so fragt es sich weiter, wie rechtlich zu erreichen ist, daß die Mehrheit in der Generalversammlung ihren Willen durchsetzt. Hierbei versagt das sonst oft angewandte und allgemein als zulässig anerkannte Mittel, daß die Generalversammlung dem Vorstand nur die Ermächtigung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts mit dem Vertragsgegner erteilt, da hier ein den Vertrag genehmigender Generalversammlungsbeschluß erforderlich ist². Es gibt aber eine Reihe anderer Mittel, ein solches ist z. B. die Legitimationsübertragung³, die nach herrschender Lehre zulässig ist⁴. Jedoch wird der Legitimationszessionar nicht Eigentümer der Aktien, vielmehr übt er die Rechte zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Legitimationszendenten aus, so daß ihm alle

¹ Vgl. BAUER a. a. O.: S. 186; ferner über den ausländischen Rechtszustand in diesem Punkte im allgemeinen NUSSBAUM: JW. 1927, S. 675.

² Vgl. hierzu FLECHTHEIM: a. a. O., S. 565; Gutachten, S. 28.

³ Vgl. STAUB-PINNER: § 222, Anm. 16ff.

⁴ Vgl. STAUB-PINNER: § 222, Anm. 16ff. Das gleiche gilt in den meisten auswärtigen Staaten mit Ausnahme von vielleicht Schweden und Lettland, vgl. hierzu GIESECKE: Aktienstimmrecht der Banken, S. 23/37.

Einwendungen (also auch die aus § 252, III, S. 2) genau so wie dem Eigentümer entgegengesetzt werden können¹. Die Legitimationszession² reicht daher nicht aus, vielmehr ist volle Übereignung der Aktien erforderlich, was natürlich erhebliche Kosten verursachen kann. In der Regel wird die Übereignung an eine der übernehmenden Aktiengesellschaft nahestehende Seite erfolgen, so im Falle der Fusion der Kölnischen Maschinenbau-AG. mit der Berlin-Anhalt-Maschinenbau-AG.³. Das Reichsgericht hat dieses Vorgehen für zulässig erklärt, allerdings unter der Voraussetzung, daß der Erwerber nicht gegenüber dem Veräußerer rechtlich verpflichtet ist, nach dessen Willen zu stimmen. Mit Recht hat aber FLECHTHEIM a. a. O., S. 570 dagegen eingewandt, daß eine derartige Scheidung je nachdem, ob sich der Erwerber rechtlich verpflichtet oder ob bloß erwartet wird, daß er in einem bestimmten Sinne stimmt, praktisch nicht durchführbar sei; vielmehr habe als Grenze der (meines Erachtens allerdings als Strafbestimmung problematische) § 317 HGB. zu dienen. Danach wäre entscheidend, ob der Erwerber sich besondere Vorteile für die Abstimmung versprechen läßt, wobei der Begriff „Vorteile“ möglichst weit gespannt werden müßte. Unzulässig ist, wie er weiter ausführt, auch die Stimmrechtsausübung, die der Erwerber auf Grund eines Reportgeschäftes und wirtschaftlich gleichstehender Geschäfte vornimmt, da auch insoweit ein *fraudem legis agere* vorliegt⁴. Hinzuweisen ist auch noch darauf, daß ein bloßes Scheingeschäft, das den Erwerber ja gar nicht zum Aktionär macht, von den oben angedeuteten Fällen der Umgehung zu scheiden ist. Diese Ausführungen FLECHTHEIMS dürften im wesentlichen den heutigen Rechtszustand wiedergeben⁵ und eine praktischere Scheidung als die des Reichsgerichts a. a. O. ermöglichen.

b) Die Kommission des Deutschen Juristentages⁶ hat den § 252, III, S. 2 nicht nur für den Fall der Fusion, sondern überhaupt gestrichen, da diese Vorschrift, wie die Begründung sagt, jedenfalls, soweit sie die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten betreffe, keine wirtschaftliche und rechtliche Berechtigung habe und auch im übrigen

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 223, Anm. 19; § 252, Anm. 17a.

² Ebenso ist der Fall zu behandeln, daß man Aktien durch eine Zwischenperson erwerben und diesen dann stimmen läßt (vgl. FLECHTHEIM a. a. O.).

³ RGZ. 85, S. 170ff.

⁴ Vgl. auch RG. in LZ. 1907, S. 139; ebenso liegt es, wenn man kurz vor der Generalversammlung noch rasch Aktien erwirbt, ohne sich vorher das Eigentum übertragen zu lassen, und der Verkäufer im Interesse des Erwerbers stimmt. Auch hier ist der Gedanke des § 317 heranzuziehen.

⁵ Vgl. hierzu ferner NUSSBAUM: JW. 1927, S. 672; HAUSSMANN: Tochtergesellschaft, S. 64ff.; FRIEDLÄNDER: Konzernrecht, S. 298ff.; RUTH: Eigene Aktien und Verwaltungsaktien S. 72.

⁶ Vgl. Bericht, S. 30 und hierzu LUDEWIG: a. a. O., S. 81.

durch die Rechtsprechung völlig durchlöchert sei. Als Korrelativ hat sie eine Generalklausel S. 27 vorgeschlagen, die die Stimmrechtsausübung unzulässig und im Falle des Vorsatzes schadensersatzpflichtig macht, falls sie unter Verletzung der offenbaren Interessen der Gesellschaft gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt. Diese Klausel folgt in ihrer Richtung einer älteren Anregung HACHENBURGS^{1,2}. Auf den Wert der vorgeschlagenen Regelung kann in dieser Arbeit nur insoweit eingegangen werden, als sie die Fusion betrifft, und hier dürfte die Streichung des § 252, III, S. 2 aus den dargelegten Gründen zu begrüßen sein³, da die Majorität so ohne Umwege ihren Willen durchsetzen kann; jedoch würde sich meines Erachtens statt einer dehnbaren Generalklausel ein Abfindungsanspruch der dissentierenden Aktionäre empfehlen, mag auch hierin eine Erschwerung mancher Fusion liegen. Es sei abschließend auch darauf hingewiesen, daß in den Fragebogen des Reichsjustizministeriums auf diese Frage besonderes Gewicht gelegt wird (Fragebogen 4, Frage 92—94). Die dort gestellten Fragen hinsichtlich der Fusion dahin zu beantworten, daß § 252, III, S. 2 jedenfalls für die Fusion als wirtschaftlich überholt anzusehen ist, und daß durch die Rechtsprechung alle praktischen Schwierigkeiten nicht beseitigt sind; man denke an die Kosten, die eine Übereignung der Aktien erfordert. Außerdem empfiehlt sich eine derartige Regelung auch im Interesse der Sauberkeit unseres Rechtslebens.

§ 12. Erforderliche Maßnahmen der aufnehmenden Aktiengesellschaft.

I. 1. Der Gesetzgeber geht im § 305 HGB. grundsätzlich davon aus, daß auf seiten der aufnehmenden Aktiengesellschaft eine Kapitalserhöhung erfolgt. Erst mit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses wird der Vertrag für die Gesellschaft bindend, denn die in ihm gemachte Zusicherung der Ausgabe neuer Aktien ist gemäß § 283, II der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Das Gesetz erleichtert in diesem Fall die Kapitalserhöhung erheblich, indem es eine Reihe von Bestimmungen außer Anwendung setzt. So ist ausgeschlossen der § 278, I, wonach eine Kapitalserhöhung nicht vor der vollen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen soll, ferner § 280, II, der eine dahingehende Versicherung bei der Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung verlangt. Ferner sind ausgeschlossen die §§ 281, 282, 283, I; denn an die Stelle des Zeichnungsscheins tritt der Fusionsvertrag, und das Bezugsrecht der Aktionäre, das nur besteht, soweit die Generalversammlung nichts anderes beschließt, fällt hier begriffsnotwendig fort. Ferner ist ausgeschlossen der § 284, II, I und III, der die entsprechenden Folgerungen für die Anmel-

¹ Vgl. LZ. 1907, S. 466.

² Über die Entstehung der Generalklausel vgl. im einzelnen: SCHMOELDER: JW. 1929, S. 2093.

³ a. M. BRODMANN: ZHR. 94, a. a. O.

dung der erfolgten Kapitalserhöhung zieht. Im übrigen aber gelten die Vorschriften über die Kapitalserhöhung, es gelten also betreffs der Abstimmung die Vorschriften des § 278, II. Ferner ist § 278, III zu beachten, d. h. es ist für den Fall der Ausgabe über Nennwert erforderlich die Angabe über das Umtauschverhältnis der beiderseitigen Aktien¹. Insbesondere aber gilt der § 279, da es sich um eine Kapitalserhöhung mit Sacheinlagen handelt². Auf Einzelheiten des Kapitalserhebungsbeschlusses selbst kann hier nicht eingegangen werden, es ist jedoch zu betonen, daß die erleichternden Vorschriften nur für die Kapitalserhöhung zwecks Fusion gelten. Wird also das Kapital um einen höheren als den erforderlichen Betrag erhöht, so gelten die erleichternden Vorschriften für diesen Betrag nicht³; so erhöhten die Bremer Linoleumwerke Delmenhorst bei der Fusion mit den Bremer Linoleumwerken Cöpenik ihr Kapital um 1¹/₂ Mill. Mk., wovon sie nur 900 000 M. für die Fusion benötigten⁴, ferner sei an die Fusion Meguin-Bamag erinnert⁵. Für die in ihrem Besitz befindlichen Aktien der untergehenden Aktiengesellschaft darf sich die übernehmende, wie bereits oben in § 9 ausgeführt, überhaupt keine Aktien zuteilen, nicht nur nicht die erleichternden Vorschriften benutzen^{6, 7}.

¹ Vgl. hierzu BRODMANN: § 306, Anm. 6c, d und das dort gegebene Beispiel. BRODMANN empfiehlt, im Beschluß die der Feststellung des Umtauschverhältnisses zugrunde liegenden Werte anzugeben, um klarzustellen, daß keine Unterpariemiission vorliegt. Er betont dort, daß die Fusion zweier Aktiengesellschaften in der Regel dann ausgeschlossen ist, wenn beide Unterbilanz haben und diese nicht vorher durch Sanierung beseitigen.

² Vgl. hierzu RG. in JW. 1929, S. 2141.

³ Vgl. HORRWITZ: S. 461; SCHMALENBACH: S. 143.

⁴ Vgl. SCHMALENBACH: S. 145. ⁵ Frankf. Ztg. vom 3. Mai 1924.

⁶ Interessant ist der Weg, den die Deutsche Bank bei der Fusion mit der Bergisch-Märkischen Bank eingeschlagen hat. Sie besaß von deren Aktienkapital von 80 Mill. RM. 32 Mill. RM. Trotzdem erhöhte sie — das Umtauschverhältnis war 8 : 5 — ihr Aktienkapital um den ganzen Betrag von 200 auf 250 Mill. RM. Die in ihrem Besitz befindlichen Aktien der untergehenden Gesellschaft veräußerte sie an ein Konsortium zum Buchwert von 24 Mill. RM. Dieses tauschte sie gegen die neuen Aktien der Deutschen Bank um und bot sie deren alten Aktionären im Verhältnis 10 : 1 zu 210% unter sofortiger Zahlung des Bezugspreises an. Den von dem Erlös von 42 Mill. RM. nach Abzug des Kaufpreises und aller sonstigen Ausgaben übrigbleibenden Betrag von 1,125 Mill. RM. überwies dann das Konsortium der Deutschen Bank, die ihn der gesetzlichen Reserve zuwies. (Das Beispiel ist FIX: a. a. O. S. 118/19 entnommen.) Man wird hiergegen keine Bedenken haben, da eine Zuteilung eigener Aktien an die Gesellschaft selbst nicht erfolgt. Ferner darf allerdings nicht von den erleichternden Vorschriften Gebrauch gemacht werden, soweit die Kapitalserhöhung für die Fusion nicht erforderlich ist. Insbesondere ist das Bezugsrecht der Aktionäre zu beachten (§ 282). Vgl. ferner die allerdings problematische Bestimmung des § 278 I, vgl. KommBer., S. 17/18.

⁷ Tut sie es doch, so ist aber darum die Kapitalserhöhung nicht etwa nichtig, so mit Recht RG. in JW. 1929, S. 2141; wenn auch hervorgehoben

Die übertragende Aktiengesellschaft darf bei den Kapitalserhöhungen aus den oben (vgl. § 11) dargelegten Gründen nicht mitstimmen, dagegen haben ihre Aktionäre das Stimmrecht, steht es doch gar nicht fest, um was für Personen es sich im Augenblick des Umtausches handelt^{1, 2}.

Der Beschluß bedarf zu seiner Wirksamkeit der Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister (§ 280, I), die gemäß § 285 mit der Anmeldung und Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung verbunden werden kann³; jedoch wird das hier nicht möglich sein, da nach der hier vertretenen Ansicht die Eintragung des Beschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft, durch den diese gebunden wird, erst nach der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses erfolgen darf. Da aber bei der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung, wie bereits ausgeführt, der ganze Vorgang der Verschmelzung ins Auge zu fassen ist, dem Registerrichter also die Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft nachgewiesen werden muß, diese aber nicht vor der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses erfolgen darf, so scheidet der Fall des § 285 hier praktisch aus⁴. Die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses zum Handelsregister kann gemäß § 319, II nicht durch Ordnungsstrafe erzwungen werden.

II. 1. Soweit eine kurze Übersicht über den Normalfall. Es hat sich jedoch in der Praxis gezeigt, daß keineswegs immer eine Kapitalserhöhung erforderlich ist, vielmehr besitzt in vielen Fällen die aufnehmende Gesellschaft eigene, insbesondere Vorratsaktien, die sie den Aktionären der aufzunehmenden Gesellschaft gewähren kann. Insbesondere sind Vorratsaktien in der Inflation zahlreich zu diesem Zweck geschaffen worden, um, wie man es ausgedrückt hat⁵, „jederzeit für werden muß (vgl. oben § 9), daß der Grundsatz des § 226, I auch hier gilt; so wohl aber auch das RG. a. a. O. Zuzustimmen ist auch dem RG., wenn es betont, daß der Generalversammlung, die über das Maß der Erhöhung beschließen soll, über die gegenseitigen Beteiligungen der Gesellschaften reiner Wein eingeschenkt werden muß; andernfalls ist der Kapitalserhebungsbeschluß anfechtbar.

¹ Vgl. hierzu FLECHTHEIM: JW. 1925, S. 565; ferner aber auch FISCHER: a. a. O., S. 188.

² In Frankreich will man sogar dem Aktionär der übertragenden Aktiengesellschaft das Stimmrecht versagen (vgl. HOUPIN-BOSVIEUX: N. 974); jedoch hat der Kassationshof (5. November 1895) entschieden, daß die Vorstandsmitglieder der aufzunehmenden Gesellschaft für sich persönlich das Stimmrecht haben, womit wirtschaftlich dasselbe erreicht wird, wie wenn die aufzunehmende Aktiengesellschaft mitstimmt (vgl. gegen dieses Urteil HOUPIN-BOSVIEUX: a. a. O., N. 741).

³ Vgl. STAUB-PINNER: § 305, Anm. 16.

⁴ Vgl. ULLMANN: S. 57; aber auch BRODMANN: § 305, Anm. 4k.

⁵ Vgl. KALVERAM: Goldmarkbilanzierungen . . . , 2. Aufl., S. 196.

eine günstige Expansionsgelegenheit gerüstet zu sein“. Diese wurden einem Bankenkonsortium übergeben mit der Verpflichtung, sie zur Verfügung der Gesellschaft zu halten und, wenn sich eine Gelegenheit bot, wurde von ihnen Gebrauch gemacht. So besaß bei der nach der Stabilisierung erfolgten Fusion der Metallbank und Metallurgischen Gesellschaft AG. mit der Hedderneheimer Kupferwerke und Süd-deutschen Kabelwerke AG. die erste bereits einen großen Teil der Aktien der aufzunehmenden Aktiengesellschaft und verwandte für die erforderlichen Umtauschaktien 15690 Stück Vorratsaktien im Nennbetrag von 2510400 Goldmark¹. Ein anderer Weg ist, daß sich die aufnehmende Gesellschaft die erforderlichen Aktien von befreundeten Großaktionären leiht, so bei der Aufnahme kleiner Gesellschaften²; ferner geschieht dies, wenn die aufnehmende Gesellschaft einen großen Teil der Aktien besitzt, so bei der Fusion R. Wolf AG. — Grade Motorwerke AG., wo die erste drei Viertel der Aktien der aufzunehmenden Gesellschaft besaß³. Weitere Beispiele sind die Fusionen zwischen der Deutschen und der Württembergischen Vereinsbank Stuttgart am 19. Dezember 1924, der Deutschen Bank mit der Essener Kreditanstalt und Siegener Bank am 21. Juni 1925⁴. Im ersten Fall wurden der Deutschen Bank hierfür 1862000, im zweiten 7 $\frac{1}{2}$ Mill. Aktien zur Verfügung gestellt^{5,6}. Der Großaktionär erhält dann später, ohne in der Zwischenzeit auf seine Dividende zu verzichten, die Aktien zu einem höheren Kurse oder gegen Provision zurück.

2. a) Es fragt sich nun, ob eine solche Fusion als eine solche im Sinne der §§ 305/6 zu betrachten ist. Während früher im allgemeinen angenommen wurde, daß eine Kapitalserhöhung in den Fällen der §§ 305/6 nicht zu erfolgen brauche, haben sich neuerdings eine Reihe von Schrift-

¹ Vgl. FIX: S. 51. ² SCHMALENBACH: S. 146.

³ Frankf. Ztg. vom 7. April 1925. ⁴ Vgl. FIX: S. 50.

⁵ Vgl. auch die Beispiele, auf die MARQUARDT: Die Fusion nach § 306 (Jenenser Dissertation 1912), S. 19, hinweist, so 1908 Barmer Bankverein mit Bonner Privatbank, ferner mit Wermelskirchener Bank.

⁶ Bei der soeben erfolgten Fusion zwischen der Preußischen Pfandbriefbank und Preußischen Hypotheken-Aktien-Bank hat die Preußische Pfandbriefbank ihr Aktienkapital nur um 4 Mill. RM. erhöht, obschon 9 Mill. RM. Aktien für den Umtausch benötigt wurden; denn der Schwedentrust hat sich bereit erklärt, den größten Teil der Pfandbriefaktien, die er im Umtausch für sein Mehrheitspaket von Hypothekenbank-Aktien zu erhalten hat, in 7proz. kapitalertragssteuerfreie Pfandbriefe einzutauschen. — Ähnlich liegt es bei der Fusion „Nordstern Allgemeine Versicherungs-AG.“ Berlin mit der „Vaterländischen und Rhenania Vereinigte Versicherungsgesellschaften AG.“ Elberfeld. Auch hier erhöhte die Nordstern AG. ihr Aktienkapital nur von 3,4 auf 8 Mill. RM., um die 12 Mill. Aktienkapital der Vaterländischen zu übernehmen (Umtauschverhältnis 600 RM. Vaterländische Aktien: 300 RM. Nordsternaktien). Hier wie auch bei der Fusion zwischen der Deutschen Bank und Discontogesellschaft mit der Süddeutschen

stellern für die entgegengesetzte Ansicht erklärt¹. Diese Schriftsteller gehen aus von dem angeblich rein korporationsrechtlichen Gedankengang der §§ 305/6 und verlangen daher die Gewährung von Aktien, die auf Grund eines ad hoc erfolgten Kapitalserhöhungsbeschlusses ausgegeben werden.

„Würde die übernehmende Gesellschaft außerhalb der hier für Gewährung einer andersartigen Gegenleistung festgestellten Grenzen zwar eigene Aktien, jedoch solche gewähren, die sie zwar auf Grund individualrechtlichen Geschäftes von bisherigen Mitgliedern, also qua Wertpapiere, erworben hätte, so würde gleichfalls nur ein Geschäft individual-, nicht körperschaftsrechtlicher Natur zustande kommen“ (FISCHER: a. a. O.). Da nun aber die Fusion ein rein körperschaftrechtliches Geschäft darstelle, so sei ein derartiges Geschäft keine Fusion im Sinne der §§ 305/6.

Demgegenüber vertritt die durchaus herrschende Lehre den Standpunkt, daß eine Kapitalserhöhung nicht erforderlich ist². Diese Entscheidung erschien überhaupt so selbstverständlich, daß in den zahlreichen Dissertationen über Fusion hierfür kaum eine Begründung gegeben wird³. Auch mir erscheint die entgegengesetzte Ansicht ein typisches Beispiel für eine Art der Konstruktion zu sein, wie sie nicht sein soll, nämlich von einem unbewiesenen Axiom, d. h. der rein korporationsrechtlichen Natur der Fusion, wie diese Schriftsteller sie auffassen, aus Schlüsse zu ziehen.

b) Geht man an die einzelnen Argumente heran, so fragt es sich zunächst, hat der Gesetzgeber dadurch, daß er den Fall der Kapitalserhöhung im § 305 ausdrücklich regelt, eine Kapitalserhöhung verlangt? Dieses Argument ist durch die ausführlichen Ausführungen von ULLMANN, S. 41/2, auf die insoweit verwiesen werden kann, bereits widerlegt worden. Mit Recht führt ULLMANN⁴ aus, daß § 305 nicht bestimmt, daß eine Kapitalserhöhung erfolgen muß, sondern daß die Aktiengesellschaft, soweit sie zu diesem Zweck ihr Kapital erhöht, die im § 305 vorgesehenen Erleichterungen genießen soll; und der gesetzgeberische Gedanke des § 306 steht dem keineswegs entgegen, denn er sagt lediglich, daß, wenn beide Parteien aus wirtschaftlichen Gründen

Discontogesellschaft und der Rheinischen Kreditbank wird der Rest der erforderlichen Aktien von Großaktionären zur Verfügung gestellt (vgl. Voss. Ztg. vom 25. u. 27. September 1929).

¹ So insbesondere FISCHER bei EHRENBERG: S. 417; BRÖDMANN: § 306, Anm. 7b und auch sonst; HEYMANN (Bremen): ZHR. 92, S. 230ff. für das schweiz. Recht unter dem Einfluß von FISCHER FICK: S. 12ff.

² STAUB-PINNER: § 305, Anm. 14; ULLMANN: S. 41; LEHMANN: Bd. 2, S. 524; REHM: S. 395; HORRWITZ: S. 453; v. ZIEGLER: S. 64; KG. in KGJ. 38A, S. 230; BayObLG. 22, S. 33; MÜLLER-ERZBACH: Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. 1928, S. 314; und neuestens auch das RG. in JW. 1929, S. 2139/40 = RG. 124, S. 279ff.

³ Vgl. etwa GEYER: S. 4; LÖBENSTEIN: S. 9.

⁴ Vgl. auch KGJ. 38 A, S. 230.

wollen, in ihrem Interesse von einer Liquidation abgesehen werden kann. Richtig ist meines Erachtens an der gegnerischen Ansicht nur, daß der Gesetzgeber annahm, es würde stets eine Kapitalserhöhung erfolgen, da die Aktiengesellschaft infolge des § 226 HGB. kaum eigene Aktien besitzen würde¹. Und in der Tat steht § 226 einem Erwerb von eigenen Aktien zu Fusionszwecken entgegen. Die entgegengesetzte Ansicht ist von REHM: Bilanzen . . ., S. 395, und RUNKEL-LANGSDORFF: Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, 1906, S. 49, und ihnen folgend von zahlreichen Dissertationen² vertreten worden; die Begründung ist die, daß der Aktienerwerb zu Fusionszwecken nicht in den Rahmen des regelmäßigen Geschäftsbetriebes falle. Diese Ansicht ist abzulehnen. Zwar betont BRODMANN, § 226, Anm. 3a mit Recht, daß die Bestimmung des § 226 denkbar unklar sei³. So definiert sie RITTER, § 226, Anm. 2 dahin, daß nur der normale geschäftliche Erwerb verboten, STAUB-PINNER, § 226, Anm. 2, daß der Erwerb verboten sei, dessen nächster und eigentlicher Zweck wäre, durch den Erwerb der Aktien ein gewinnbringendes Geschäft zu machen⁴. Meines Erachtens ist damit jeder Erwerb verboten, der im freien Belieben der Gesellschaft steht (so auch STAUB-PINNER) und den sie geschäftlich betrieben hat, d. h. es fällt nicht darunter der Erwerb, den sie vornehmen muß, um einen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden; ebenso nicht der, auf den sie keinen Einfluß hat, weil er⁵ einen Glücksfall darstellt. Keineswegs aber wird dadurch gestattet der Aktienerwerb zu Fusionszwecken, d. h. für eine geschäftliche Transaktion, der nicht auf einmal, sondern nach und nach erfolgt. Außerdem ist es ja keineswegs sicher, daß die Fusion zustande kommt, und daß die Aktien nicht für andere Zwecke verwandt werden⁶. Immerhin sei darauf hingewiesen, daß das neue polnische Aktiengesetz im Art. 142 für den Fall der Fusion ohne Kapitalserhöhung der aufzunehmenden Gesellschaft ausdrücklich gestattet, zu diesem Zweck eigene Aktien bis zu einem Zehntel des Grundkapitals zu erwerben⁷. Wenn somit auch die Aktiengesellschaft keine eigenen Aktien zu Fusionszwecken erwerben soll, so hat der Gesetzgeber doch keinen wirtschaftlichen Grund, die Verwendung von Vorratsaktien bzw. das Leihen der Aktien von Großaktionären zu verbieten und somit lediglich überflüssige

¹ So auch RG. in JW. 1929, S. 2140.

² Vgl. STEINBECK: S. 10; ROECKERATH: S. 3, Anm. 7; v. COSEL: S. 38; BUSCH: S. 26/7; KORFF: S. 45; SAUERBREY: S. 19; richtig WANDSCHNEIDER: S. 37.

³ Vgl. auch BRODMANN: ZHR. 94, S. 73 zur Reform.

⁴ Wieder anders LEHMANN-RING: § 226, Anm. 2.

⁵ Vgl. STAUB-PINNER: a. a. O.

⁶ Vgl. auch v. ZIEGLER: S. 64, Anm. 38.

⁷ Vgl. POHLE: Bankarch. 27, S. 420.

Kosten zu verursachen. Mit Recht führt daher das Reichsgericht a. a. O. aus, daß, nachdem die Vorratsaktien durch die Goldbilanzverordnung mit Durchführungsverordnung ausdrücklich anerkannt worden wären, nicht einzusehen sei, warum nicht mit ihrer Hilfe eine Fusion gemäß § 306 HGB. durchgeführt werden könnte. Denn andernfalls würde die Kapitalserhöhung, die dem Gesetzgeber bei der Abfassung der §§ 305/6 zur Ermöglichung der „Gegenleistung“ als unentbehrlich erschien, zur bloßen Form¹.

Es liegt daher kein Anlaß vor, das Gesetz im entgegengesetzten Sinne auszulegen. Entschiede man anders, so käme man auch zu einer Reihe von Fällen, bei denen man nicht wüßte, wohin sie gehören. So berichtet KRAEMER a. a. O., S. 17, daß es früher sogar vielfach üblich gewesen sei, den Kapitalserhebungsbeschluß vom Fusionshergange zeitlich zu trennen und aus zuvor erfolgter Erhöhung vorhandene neue Aktien als Gegenleistung zu verwenden. Trotzdem habe niemand daran gezweifelt, daß hier eine Fusion vorliege².

Wenn somit die allgemeinen Erwägungen der Gegenseite nicht durchschlagen, so gilt das auch mit den besonderen. So behauptet BRODMANN a. a. O., daß hier die Gefahr eines Substanzverlustes der aufnehmenden Aktiengesellschaft vorhanden sei. Hierauf ist schon bei der Frage, ob Barzahlungen neben Aktiengewährung zulässig sind, eingegangen und darauf hingewiesen worden, daß die aufnehmende Aktiengesellschaft als Gegenwert das Vermögen der untergehenden erhält, und die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft durch Schutzvorschriften gesichert sind. Die BRODMANNsche These, daß das Wesen der Fusion darin besteht, daß die Gesellschaftsvermögen ohne Substanzverlust zusammenfließen und die Gewährung von Aktien auf Kosten der Aktionäre erfolge, ist, wie bereits öfters betont, eine unbewiesene Behauptung, der der Aufbau des Gesetzes geradezu widerspricht; sie ist überhaupt nur verständlich als Ausdruck seiner rein korporationsrechtlichen Einstellung. Das gleiche gilt für seinen Hinweis, daß hier die Übernahme der Aktien nach herrschender Lehre wegen Irrtums usw. angefochten werden könne, was bei einer Kapitalserhöhung unmöglich sei. Das ist zweifellos richtig, und niemand wird behaupten, daß beide Fälle völlig übereinstimmen. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß das Gesetz nicht unter Fusion auch diejenige ohne Kapitals-

¹ Vgl. hierzu Frankf. Ztg. vom 19. Mai 1929, die gegen das RG. ausführt, daß der Richter das Gesetz auszulegen, nicht es zu verändern habe. Hierauf braucht nicht eingegangen zu werden, da es sich nach den obigen Ausführungen weder um eine willkürliche Gesetzesveränderung, noch um eine Gesetzesanpassung handelt. Es liegt lediglich eine richtige Gesetzesanwendung vor.

² Vgl. auch WALLICH: Die Konzentration im deutschen Bankwesen, 1905, S. 47.

erhöhung versteht. Hier von zweierlei Rechtsgeschäften zu sprechen und Gesellschaften, die eine Kapitalserhöhung nicht benötigen, zu einer solchen, um die Gesamtrechtsnachfolge herbeizuführen, ohne Not zu zwingen, ist wirtschaftlich ein Unding und sollte BRODMANN zeigen, daß er auf dem falschen Wege ist.

Es ist daher an der herrschenden Lehre festzuhalten, und eine Fusion nach §§ 305/6 ohne Kapitalserhöhung für möglich anzusehen. Es ist dann ein Generalversammlungsbeschluß überhaupt nicht erforderlich. Vielmehr kann der Vorstand selbst den Vertrag für die Aktiengesellschaft bindend abschließen. Nur für den Fall, daß durch die Aufnahme der untergehenden Aktiengesellschaft eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens erfolgt, sind die darauf bezüglichen Vorschriften zu beachten¹. Davon aber abgesehen ist ein Generalversammlungsbeschluß nicht notwendig², denn auch § 253, II GB. steht grundsätzlich nicht entgegen³. Infolge der Gesamtrechtsnachfolge ist dieses Ergebnis nicht unbedenklich⁴. Im übrigen wird der Fusionsvertrag in diesem Falle bindend mit der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft. Strittig ist, wann die Verschmelzung eintritt. Logisch würde der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung die Aushändigung der letzten Aktien an die Aktionäre der übertragenden Aktiengesellschaft entsprechen⁵. Jedoch kann dieses Ergebnis nicht befriedigen, da dieser Zeitpunkt schwer fixierbar ist, und manche⁶ haben von hier aus die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre darzutun versucht. Das ist keineswegs richtig, da diese ja zum größten Teil theoretische Frage zu Schwierigkeiten noch nicht geführt zu haben scheint, und im übrigen die herrschende Lehre die wirtschaftlich erwünschten Ergebnisse für sich hat. Um andererseits das obige Ergebnis zu vermeiden, bleibt nichts anderes übrig, als mit STAUB-

¹ Vgl. hierzu RG. in JW. 1929, S. 2141.

² Vgl. ULLMANN: S. 52; STAUB-PINNER: § 305, Anm. 14; KG. in OLG. 32, S. 119, wo der in KGJ. 38 A, S. 232 vertretene Standpunkt verlassen wird.

³ Hier bestand früher eine Streitfrage; vgl. hierzu v. COSEL: S. 51, gegen eine vereinzelt gebliebene Entscheidung des RGs, HOLDHEIM: XI, S. 266 und XII, S. 197.

⁴ Daß freilich auch ein Generalversammlungsbeschluß nicht diese Gefahren beseitigt, beweist die Fusion der NAG. mit den Prestowerken (vgl. Voss. Ztg. vom 13. Mai 1929).

⁵ So auch REHM: S. 398; SCHMITT: Dissertation, S. 63, im Zbl. f. HR. II, S. 24; HAFNER: S. 30; SAUERBREY, S. 45. Vgl. zu diesem Punkt auch v. ZIEGLER: S. 67, Anm. 58, der annimmt, daß mit Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft die Aktionäre auch ohne Aushändigung der Aktien ipso iure Aktionäre der aufnehmenden Aktiengesellschaft werden.

⁶ So BRODMANN: § 306 A 7b; HEYMAN (Bremen): ZHR. 92, S. 231 ff.

PINNER, § 306, Anm. 10¹ anzunehmen, daß in diesem Fall die Fusionswirkungen an den Augenblick der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft zu knüpfen sind. Das ist, wie anerkannt werden muß, mit der von STAUB-PINNER und auch hier vertretenen Ansicht, daß die korporations- und vermögensrechtliche Verschmelzung gleichzeitig zu erfolgen hat, nicht in Einklang zu bringen, hat aber den Vorzug der leichteren Fixierbarkeit für sich. An dieser Stelle hat denn auch die Reformkommission eingegriffen.

3. Die Reformkommission hat in dieser Richtung verschiedene Vorschläge gemacht. Zunächst, wenn man von den Bestimmungen über Optionsaktien², deren Behandlung unser Thema sprengen würde, abieht, will sie in einem Abs. II von § 305 festlegen, daß auch in den Fällen, in denen auf seiten der übernehmenden Aktiengesellschaft keine Kapitalserhöhung notwendig ist, ein Generalversammlungsbeschluß zu erfolgen hat, er soll der gleichen Mehrheit wie ein Kapitalserhöhungsbeschluß bedürfen. Als Begründung wird S. 39 ausgeführt, daß bei der Fusion, insbesondere der unter Ausschluß der Liquidation, wegen der hier erfolgenden Universalsukzession für die übernehmende Aktiengesellschaft und ihre Aktionäre eine außergewöhnliche Gefahr bestände. Daher sollten die Aktionäre mittels einer Nachprüfung verhindern können, durch Verschmelzung mit einer stark verschuldeten und mit besonderen Risiken belasteten Gesellschaft geschädigt zu werden. Diesem Vorschlag ist zuzustimmen, ebenso der Ansicht der Kommission, daß ein solcher Generalversammlungsbeschluß nur für die Übernahme von Aktiengesellschaften infolge der besonderen Tragweite dieses Geschäftes; nicht auch für die Übernahme von Einzelfirmen oder Personalgesellschaften, selbst gegen Gewährung von Aktien, erforderlich ist. Weiterhin hat die Kommission vorgeschlagen, zur Vermeidung der oben dargestellten Schwierigkeiten den Zeitpunkt der Verschmelzung auf den Augenblick der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft zu fixieren. Die Eintragung darf aber erst erfolgen, wenn dem Registerrichter der Generalversammlungsbeschluß der übernehmenden Aktiengesellschaft vorliegt, sowie ferner durch einen im Generalversammlungsbeschluß der untergehenden Gesellschaft genannten Treuhänder nachgewiesen wird, daß dieser sich im Besitz der zum Umtausch erforderlichen Aktien befindet. Auch diesem Vorschlag ist durchaus beizustimmen, da er aus den oben gezeigten Schwierigkeiten einen brauchbaren Ausweg bietet, denn wie die Kommission S. 39 ausführt:

¹ So auch LÖBENSTEIN: S. 27; KRAEMER: S. 31; zweifelnd, aber offenbar dieser Ansicht zuneigend, RG. in JW. 1929, S. 2140.

² Vgl. KommBer., S. 12/3; Fragebogen VII, Fragen 48a, 50, 51.

„Es wird dadurch erreicht, daß die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft erst dann ihre Aktienrechte an der untergehenden Gesellschaft verlieren, wenn die Aktien der übernehmenden Gesellschaft, die sie im Wege des Umtausches zu erhalten haben, auch wirklich sämtlich zu ihrer Verfügung stehen. Erst wenn dieser Umtausch durch Übergabe der erforderlichen Stücke an den Treuhänder gesichert ist, kann den Aktionären der untergehenden Gesellschaft zugemutet werden, auf ihre bisherigen Aktienrechte zu verzichten¹.“

4. In seiner Kritik des Kommissionsberichtes in ZHR. 94, S. 81 hat BRODMANN zwar diese Vorschläge gebilligt, gleichzeitig aber wieder betont, daß diese, wie er sagt, uneigentliche Fusion, lediglich ein Kaufgeschäft mit Hingebung der Aktien an Zahlungsstatt oder ein Tauschgeschäft, § 515 BGB., darstelle, das bisher nicht unter §§ 305/6 HGB. gefallen sei. Diese Bestimmung hätte daher nicht bei § 305, sondern bei § 231 bzw. § 235 HGB. stehen müssen. Der Vorschlag der Kommission bedeute aber, daß in Zukunft für dieses Geschäft überhaupt die Regeln über Fusion, d. h. insbesondere im Falle des § 306 die über den Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge, gelten sollten. Infolgedessen müsse es in § 306 nicht heißen: „Im Falle des § 305“, sondern: „In den Fällen des § 305“. Diese Ausführungen sind nach dem bereits an verschiedenen Stellen Gesagten zwar ein Ausdruck der folgerichtigen Durchführung der Ansicht BRODMANNS, aber keineswegs richtig; und es ist hier der passende Ort, um noch einmal zusammenfassend auf all das Unbefriedigende der BRODMANNSchen Ausführungen hinzuweisen. Zunächst, wenn man den Kommissionsbericht unbefangen betrachtet, so ergibt sich ganz klar, daß die Kommission, wie auch die vorliegende Arbeit, durchaus keinen Zweifel hat, daß auch Fusionen ohne Kapitalserhöhung unter §§ 305/6 fallen; sie geht von dieser Tatsache als von einer Selbstverständlichkeit aus, um dann gewisse Unklarheiten und Mißstände, an die der Gesetzgeber von 1897 noch nicht gedacht hat, zu bereinigen; daher muß es selbstverständlich heißen „im Falle des § 305“ und nicht „in den Fällen des § 305“². Nun ist bereits des öfteren gezeigt worden, daß der Aufbau der §§ 303, 305, 306 eher gegen als für die BRODMANNSche Auffassung von der rein korporationsrechtlichen Struktur der Fusion spricht, daß insbesondere die Gesamtrechtsnachfolge nur im Falle des § 306, nicht dem des § 305, eintritt, daß weiter die wirtschaftlichen Ergebnisse der BRODMANNSchen Ansicht durchaus nicht befriedigen, was auch BRODMANN selbst einsieht, wenn er die Gewährung von Barzuzahlungen in geringem Umfange gestattet; denn prinzipiell ist er auch gegen die geringsten Zuzahlungen, da angeblich bei der Fusion kein Substanzverlust der beiderseitigen Gesell-

¹ Vgl. auch Fragebogen VII des RJustMin., Frage 68.

² Es fällt daher um so mehr auf, daß der Fragebogen des RJustMin. VII, Frage 66, offenbar die BRODMANNSche Anschauung zugrunde legt.

schaftsvermögen erfolgen darf. Daß dieser Satz keinen Anhalt im Gesetz hat, ist ebenso betont worden, wie daß das Verbot von Rückzahlungen an die Aktionäre hier garnicht in Betracht kommt. Weiter verlangt BRODMANN, um die Universalsukzession herbeizuführen, in Fällen, wo dies überflüssig ist, eine Kapitalserhöhung. Statt nun aus alledem zu erkennen, daß sein Ausgangspunkt falsch ist, denn der Wert einer Konstruktion zeigt sich lediglich am Ergebnis, nimmt er alle diese Ergebnisse in Kauf und behauptet angesichts der Reformvorschläge, daß sie einen neuen Fall der Fusion regelten. Demgegenüber ist noch einmal hervorzuheben, daß die Fusion im Sinne der §§ 305/6 einen korporations- und vermögensrechtlich gemischten Charakter hat, und daß einmal die eine, einmal die andere Seite mehr hervortritt. Und darin hat BRODMANN sicherlich recht, daß im Falle der Fusion mit Kapitalserhöhung die korporationsrechtliche Seite augenfälliger wird; aber diese ist keineswegs die einzige des Fusionsgeschäftes. So zeigen gerade die Kommissionsvorschläge, wie sehr eine rein korporationsrechtliche Betrachtung der Fusion zu Fehlschlüssen führen muß.

§ 13. Eintritt und Wirkungen der Verschmelzung im allgemeinen.

I. Ist eine Kapitalserhöhung erforderlich, so erfolgt nach der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses die Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft, bei dessen Anmeldung der Veräußerungsvertrag und der Zustimmungsbeschluß beizufügen, sowie die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses nachzuweisen sind. Ein Zwang zur Anmeldung besteht nur aus korporationsrechtlichen Gründen, insbesondere kann nach § 319, II die Anmeldung zum Hauptregister (anders bei Zweigniederlassungen) nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Die Eintragung hat gemäß § 306, I, § 304, IV, § 303, II die Wirkung der Auflösung der Gesellschaft, was aber lediglich bedeutet, daß sie aufhört, ihre bisherigen Tätigkeitszwecke zu verfolgen¹. Ihr Untergang tritt erst mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalserhöhung ein². Bei der Anmeldung zur Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung sind der Veräußerungsvertrag und Zustimmungsbeschluß der übertragenden Aktiengesellschaft beizufügen, sowie seine Eintragung nachzuweisen (§ 305, II, § 304, IV). Denn der Registerrichter muß prüfen, ob ein alle Teile bindender Veräußerungsvertrag vorliegt³. Auch hier besteht kein Anmeldezwang zum Hauptregister⁴. Jetzt ist die Verschmelzung vollzogen, das Vermögen übergegangen, die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft Aktionäre der aufnehmenden mit sofortiger

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 292, Adm. I. ² Vgl. oben § 10.

³ Vgl. oben S. 52; STAUB-PINNER: § 306, Anm. 10.

⁴ Vgl. § 319, II; STAUB-PINNER: § 305, Anm. 19, und § 306, Anm. 10.

Dividendenberechtigung für den Gesamtgewinn geworden¹. Ist keine Kapitalerhöhung erfolgt, so entspricht nach der hier vertretenen, allerdings nicht ganz folgerichtigen, Ansicht diesem Augenblick der der Eintragung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Aktiengesellschaft.

II. 1. Die erfolgte Verschmelzung hat nach § 306, I in Verbindung mit § 304, V die Wirkung, daß der Übergang des Vermögens einschließlich der Schulden als erfolgt gilt. Es tritt, wie nirgends bestritten wird, Gesamtrechtsnachfolge ein². Und zwar gleicht die Fusion dem Erbganze; da die übertragende Gesellschaft untergegangen ist, tritt die übernehmende in jeder Beziehung an ihre Stelle; so geht gemäß § 857 BGB. sogar der Besitz auf sie über^{3,4}. Die Gesamtrechtsnachfolge erfolgt sofort, nicht erst nach Ablauf der Sperrfrist⁵. All das ist zu anerkannt, als daß es eines weiteren Eingehens hierauf bedarf⁶.

2. Die Firma der übertragenden Gesellschaft ist ohne weiteres erloschen. Soll sie auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, so ist das möglich⁷, erfordert aber einen Satzungsänderungsbeschluß. Oft wird auch der Name beider Gesellschaften vereint, so aus Prestige-Gründen, indem die aufnehmende Gesellschaft ihre Firma ändert; jedoch bleibt damit ihre Rechtspersönlichkeit unverändert⁸. Das war z. B. bei der Fusion, aus der die Danat hervorging, der Fall, und ebenso liegt es bei der jüngsten Fusion zwischen der Deutschen Bank und der Disconto-Gesellschaft. Werden ganze Branchen zusammengefaßt, so

¹ Vgl. RG. 9, S. 19; über das Umtauschzwangsverfahren vgl. oben § 9 und STAUB-PINNER: § 305, Anm. 10, und § 306, Anm. 13.

² Vgl. etwa STAUB-PINNER: § 306, Anm. 13; KOHLER: ArchbürgR. 40, S. 310; v. SCHWERIN: Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, S. 78.

³ Vgl. SOHM: Gegenstand, S. 40, Anm. 4.

⁴ Für schwebende Prozesse gelten daher §§ 239ff. ZPO.; vgl. RG. 56, S. 331; a. M. LEHMANN: ZHR. 50, S. 43; hinzuweisen ist auch auf § 727 ZPO.

⁵ Vgl. KG. in OLGR. 32, S. 121.

⁶ Daß im Falle des uns hier nicht interessierenden § 305 von Gesamtrechtsnachfolge nicht die Rede sein kann, ist ebenso sicher; es zu bestreiten ist allein HEYMANN (Bremen): ZHR. 92, insbesondere S. 223 ff., gelungen. Seine Beweisführung basiert auf RG. 62, S. 72, wo das RG. in einer Nebenbemerkung von Gesamtrechtsnachfolge bei § 305 spricht (kein Druckfehler — so v. ZIEGLER: S. 60 ff.), ferner auf der unbewiesenen Behauptung, daß die Erwähnung von § 304 in § 306, I sich nur auf § 304, II und III bezöge, da Abs. IV und V bei jeder Fusion selbstverständlich seien. Er übersieht dabei völlig, daß die Liquidation sowohl zu dem wirtschaftlichen Zweck der Fusion, der Betriebsfortsetzung, nicht Betriebsauflösung (vgl. WANDSCHNEIDER: S. 77), ist, als auch zu der Idee der Gesamtrechtsnachfolge im schroffen Widerspruch steht.

⁷ Vgl. § 23 HGB.

⁸ Vgl. RFH. in JW. 1922, S. 1617, Nr. 15.

nimmt man allgemeine Bezeichnungen, wie z. B. I. G. Farbenindustrie, Süddeutsche Zuckergemeinschaft. Wird die übertragende Firma als Zweigniederlassung fortgeführt, was bei Bankfusionen, die Filialbildung bezwecken, sehr häufig ist, so muß die Firma kenntlich machen, daß die untergegangene Gesellschaft jetzt nur noch eine Abteilung der aufnehmenden ist¹, so z. B. Süddeutsche Bank, Abteilung der Pfälzischen Bank oder Norddeutsche Bank, Filiale der Deutschen Bank und Disconto-Gesellschaft. Das ist ferner auch bei der großen Fusion, aus der die I. G. Farben hervorgingen, geschehen. Der Name kann auch so wertvoll sein, daß nach vollzogener Fusion die übernehmende Gesellschaft sofort dieselbe Firma wieder gründet, so bei den Fusionen der Disconto-Gesellschaft mit der Norddeutschen Bank in Hamburg und dem Schaaffhausenschen Bankverein². Um sich den erloschenen Firmennamen auf alle Fälle zu sichern, kann man eine G. m. b. H. mit dieser Firma gründen (so bei der Fusion: Deutsche Bank—Bergisch-Märkische Bank, Essener Bankverein—Essener Kreditanstalt).

3. a) Auf die allgemeinen Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge einzugehen, ist nicht erforderlich, da diese in einer Reihe von Dissertationen³ eingehend und erschöpfend behandelt sind, und es nicht die Aufgabe dieser Abhandlung ist, die Arbeiten über Fusion lediglich um eine neue zu vermehren, sondern die zweifelhaften Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Reform, zu erörtern. Die Rechte gehen über, soweit sie nicht höchst persönlicher Natur sind. So gehen persönliche Dienstbarkeiten und Nießbrauch unter. Für den Fall des Nießbrauchs ist diese Frage viel behandelt und verschieden beantwortet worden⁴. Es ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, daß die §§ 1061, S. 2, 1090, II BGB. auch hier Anwendung finden müssen⁵; denn es ist jedenfalls nicht im juristischen Sinne richtig, wenn KOHLER a. a. O. sagt, die Persönlichkeit gehe über, nicht unter und lebe in der Übernehmerin fort. Denn juristisch geht die eine Aktiengesellschaft unter, die andere verändert nicht ihre Persönlichkeit⁶. Auch ist es durchaus nicht immer richtig, daß die untergehende Gesellschaft nach

¹ RG. DNotZ. 1916, S. 575.

² FIX: S. 108.

³ Vgl. vor allem v. PLOETZ, v. COSEL, SCHMITT, SAUERBREY, WAND-SCHNEIDER.

⁴ Wie hier KGJ. 51, S. 262; PLOETZ: S. 35; HAFNER: S. 47; v. COSEL: S. 27; STAUB-PINNER: § 306, Anm. 13; BRODMANN: § 306, Anm. 1 b; BLUM: Zbl. f. HR. 1927, S. 323, und die meisten. a. M. SCHMITT: S. 87; KOHLER: S. 310; FRIEDLÄNDER: Konzernrecht, S. 107; SCHULZE: S. 40; JOSEF bei HOLDHEIM: 28, S. 133 für den Fall des Sicherungsnießbrauches.

⁵ JOSEF: a. a. O., übersieht, daß der Gedanke des § 401 BGB. gegenüber § 1061 zurücktritt.

⁶ Vgl. RFH. in JW. 1922, S. 1617, Nr. 18.

der Verkehrsanschauung als Glied der aufnehmenden deren Wesen verändert und so in ihr fortlebt. Man müßte dann nach der Größe der sich zusammenschließenden Gesellschaften unterscheiden, und da hält man sich schon besser an den *ius cogens* enthaltenden Inhalt des Gesetzes¹. Grundstücke gehen ohne Auflassung über². Es ist nur Grundbuchberichtigung erforderlich gemäß § 22 GBO. Fraglich ist, ob § 41 GBO. anwendbar ist; es ist meines Erachtens wegen Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes zu bejahen³. Bei Hypotheken, die der übertragenden Aktiengesellschaft zustehen, ist lediglich berichtigungsweise Umschreibung erforderlich⁴. Bewegliche Gegenstände gehen, wie sie stehen und liegen, in Eigentum und Besitz der übernehmenden Aktiengesellschaft über (§ 857 BGB.). Ebenso gehen die Forderungen über, bei Orderpapieren ist kein Indossament erforderlich; für Patent- und Warenzeichenrechte gelten § 6, S. 1 PatG. und § 7, Abs. I S. 1 WarenzG. analog.

b) Fraglich ist, ob gutgläubiger Erwerb von Mobilien und Immobilien möglich ist. Die grundsätzliche Frage ist die, ob hier Erwerb kraft Rechtsgeschäft oder kraft Gesetz erfolgt. Nun tritt die Gesamtrechtsnachfolge unzweifelhaft kraft Gesetz ein. Derartige Wirkung können die Parteien gar nicht hervorrufen. Andererseits ist die *Causa* für diesen gesetzlichen Erfolg der im Fusionsvertrag zum Ausdruck gebrachte rechtsgeschäftliche Wille der Parteien, der insofern die Fusion vom Erbgang scheidet. Jedoch umfaßt die Einigung nur den Vermögensübergang im ganzen, nicht liegt eine Einigung über den Übergang des einzelnen Vermögensstückes vor. Und was Mobilien anlangt, so würde, da gemäß § 857 der Besitz ohne weiteres übergeht, eines der Momente fehlen, die nach §§ 932 ff. BGB. gutgläubigen Eigentumserwerb ermöglichen. Auch ist bei der Vermögensübernahme im ganzen ein geringeres Schutzinteresse vorhanden als bei dem Erwerb einzelner Gegenstände durch besondere Akte, die jedesmal eine Prüfung der Berechtigung des Veräußerers erfordern. Wer ein ganzes Vermögen erwirbt, muß damit rechnen, daß unter Umständen fremde Sachen dazugehören; verzichtet er auf besondere Prüfung in Form der Übertragung des Einzelgegenstandes, so erscheint die Wahrung der Rechte der Eigentümer dieser Sachen berechtigter. Gegenüber den großen Vorzügen, die eine Verschmelzung nach § 306 für die übernehmende Gesellschaft bietet,

¹ Vgl. außer den schon Genannten noch AUERBACH: S. 116, und neuestens RG. 123, S. 295.

² KGJ. II, S. 129.

³ Vgl. WOLFF: SachR., § 34. Anm. 6; SCHMITT: S. 85; jedoch auch Schweiz. Expertenkommission 1926: S. 417 ff., und LIECHTENSTEIN: Gesellschaftsrecht, Art. 351, Nr. 9.

⁴ KGJ. 53 A, S. 289.

müssen diese Nachteile, die § 305 ersparen würde, in Kauf genommen werden¹.

4. Ebenso wie die Rechte gehen grundsätzlich auch die Verpflichtungen unverändert über, aber ohne daß die Forderungen der Gläubiger fällig werden². Jedoch ergeben sich eine Reihe von Zweifelsfragen, auf die im einzelnen bei der Behandlung von schwebenden Verträgen und den Gläubigerschutzvorschriften einzugehen sein wird. Hier kann nur als allgemeiner Grundsatz vorausgeschickt werden, daß die Fusion die Rechtsstellung der Gläubiger nur insoweit ändert, als sie für sie einen Schuldnerwechsel herbeiführt³.

§ 14. Einwirkung der Fusion auf schwebende Verträge, insbesondere auf elastische Verbindlichkeiten.

I. 1. Die Rechte und Pflichten aus den von der untergehenden Gesellschaft geschlossenen Verträgen gehen grundsätzlich unverändert auf die übernehmende über, sofern sich nicht aus der Natur des Vertrages etwas anderes ergibt⁴. Um nur einzelne Fälle herauszugreifen, so gehen die Ansprüche aus Dienstverträgen trotz § 613, S. 2 BGB. über. Denn eine Aktiengesellschaft ist etwas Unpersönliches, so daß im Zweifel gleichgültig ist, welcher Aktiengesellschaft die Dienste zu leisten sind; daher sind hier grundsätzlich die Ansprüche auf die Dienstleistungen übertragbar⁵. Das gilt nicht nur für Arbeiter und Angestellte⁶,

¹ Wie hier: PLOETZ: S. 36; KOHLER: S. 313; SCHULZE: S. 14; vgl. auch v. TUHR: AllgT. II, 1, S. 86; MARTIN WOLFF: SachR., § 45, I 3 b und Anm. 13, der den ähnlich liegenden Fall des Ehevertrages anführt. a. M. ECKHARDT: ZHR. 92, S. 477; HAFNER bei HOLDHEIM: 22, S. 234 für Immobilien, jedoch erfolgt nach ihm der gutgläubige Erwerb erst nach Ablauf des Sperrjahres. Das ist sicher falsch, da der Erwerb, wenn überhaupt, sofort erfolgt. Vgl. auch SCHMITT: S. 90/94.

² Vgl. RG. 9, S. 19. ³ Vgl. § 419 BGB.; RG. 71, S. 380.

⁴ Vgl. etwa § 514 BGB.

⁵ So auch BLUM: Zbl. f. HR. 1927, S. 326, der hier von einer Umkehrung der Beweislast spricht; SCHMITT: S. 103 und die meisten; vgl. jedoch auch FRIEDLÄNDER: S. 106; KASKEL: ArbR., S. 111 und 160.

⁶ Hier mag auf einige arbeitsrechtliche Fragen hingewiesen werden. Insbesondere ist zu betonen, daß laufende Einzelarbeitsverträge unter der Herrschaft eines Tarifvertrages unverändert bleiben, auch wenn die übernehmende Aktiengesellschaft nicht tarifgebunden ist. Denn, wenn sie es auch nicht ist, solange sie nicht dem betreffenden Arbeitgeberverband beitrifft, so behalten doch die Verträge ihren bisherigen Inhalt (vgl. KASKEL: S. 39 und Anm. 3 für den Fall der Veräußerung und der Erbschaft). Ob die Arbeitnehmer der übernommenen Aktiengesellschaft eine neue Betriebsvertretung wählen müssen, ist überhaupt keine Folge der Fusion, sondern der Betriebsverschmelzung (vgl. KASKEL und HUECK: Betriebsvertretung und Fusion, NZfA. 1928, Sp. 659ff.). So führt KASKEL (Sp. 664) mit Recht aus: „Geht ein Betrieb in dem andern

sondern grundsätzlich auch für die Mitglieder des Vorstandes¹. Hier kann jedoch der Fall so liegen, daß diesen, nicht etwa der Gesellschaft, gemäß § 675 in Verbindung mit § 626² ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde gegeben ist, d. h. wenn ihnen infolge der veränderten Umstände die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, so etwa bei der Aufnahme durch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, wenn der Vorstand unter die Komplementäre gestellt wird³. Natürlich kann die Vertretungsmacht (§ 231, III HGB.) jederzeit widerrufen werden, unbeschadet des Lohnanspruches. Im übrigen sind diese Fragen rein theoretischer Natur, da gerade dieser Punkt in allen Verträgen besonders eingehend geregelt wird. Andererseits entfällt für die Mitglieder des Aufsichtsrats mit dem Untergang der Gesellschaft auch der Vergütungsanspruch⁴. Der gemäß § 243, IV HGB. erforderliche Generalversammlungsbeschluß liegt in dem Übertragungsbeschluß der untergehenden Aktiengesellschaft⁵.

2. Ist die übertragende Aktiengesellschaft Auftraggeberin, so kommt § 672, Satz 1 BGB. entsprechend zur Anwendung, d. h. der Auftrag erlischt im Zweifel nicht. Ist umgekehrt die übertragende Aktiengesellschaft die Beauftragte, so würde § 673 bestimmen, daß der Auftrag im Zweifel erlischt. Das wird man jedoch nur dann annehmen können, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt, und man kann auch hier mit BLUM a. a. O. von einer Umkehrung der Beweislast sprechen. In diesem Zusammenhang ist strittig geworden, ob ein gemäß § 1189 BGB. bestellter Vertreter diese Stellung durch eine Fusion auf die übernehmende Aktiengesellschaft überträgt; jedoch braucht im Innenverhältnis hier keineswegs immer ein Auftragsverhältnis vorzuliegen. Die herrschende Lehre nimmt an, daß die Vertreterstellung nicht übergeht⁶; ihr ist beizustimmen, weil es für eine derartige Vertrauensstellung auch gerade auf die Selbständigkeit der Rechtspersönlichkeit des Vertreters ankommt. Jedoch kann der Einzelfall zu einem anderen Ergebnis führen.

auf, so geht seine Betriebsvertretung unter, die der aufnehmenden bleibt unberührt. Bilden mehrere Betriebe einen neuen Betrieb, so gehen alle bisherigen unter.“ (Keine analoge Anwendung des § 43 BRG.) Vgl. aber auch RArbG. in JW. 1928, S. 2649 bis 2650, mit Anm. von OPPERMANN.

¹ STAUB-PINNER: § 306, Anm. 14; SCHMITT: S. 106.

² Vgl. auch § 628, II.

³ STAUB-PINNER: § 306, Anm. 14, § 231, Anm. 32; MÜNSTER: Einfluß der Fusion auf bestehende Vertragsverhältnisse. Heidelberger Dissertation 1911, S. 62, N. 4; ROSENDORFF: Rechtliche Organisation der Konzerne, S. 117.

⁴ STAUB-PINNER: § 306, Anm. 14, § 243, Anm. 8.

⁵ Vgl. RG. 81, S. 154.

⁶ Vgl. WOLFF: SachR. § 152, Anm. 11; FRIEDLÄNDER: S. 106; OLG Rsp. 34, S. 217; a. M. PREDARI bei GRUCHOT 58, S. 101; BLUM: S. 326.

3. Hatte sich die übertragende Aktiengesellschaft verpflichtet, einem Dritten in gewisser Höhe Kredit zu geben, so geht diese Verpflichtung über. Ob umgekehrt ein ihr eingeräumter Kredit auf die übernehmende Aktiengesellschaft übergeht, ist Frage des Einzelfalles. Hierbei ist nicht lediglich¹ zu berücksichtigen, ob die von der übertragenden Aktiengesellschaft geleisteten Sicherheiten genügend sind, und ob gegebenenfalls (§ 240 BGB.) höhere Sicherheit zu gewähren ist. Vielmehr spielt auch hier eine Rolle, ob die Kreditgewährung aus Gründen, die die Selbständigkeit der übertragenden Aktiengesellschaft zur Voraussetzung hatten, erfolgt ist, so aus dem Vertrauen zu den bisherigen Organen, die vielleicht nicht mit übernommen sind², oder weil es dem Kreditgeber aus anderen Gesichtspunkten auf die Selbständigkeit des Unternehmens ankam. Liegen solche Gründe nicht vor, so geht im Zweifel der Anspruch auf weitere Kreditgewährung über³. Eine von der übertragenden Gesellschaft übernommene Bürgschaft wirkt auch gegen die aufnehmende Gesellschaft. Ist andererseits ihr gegenüber eine Bürgschaft für die Schulden des Hauptschuldners aus laufender Geschäftsverbindung übernommen worden, so ist es Lage des Einzelfalles, ob diese auch für die nach der Fusion im Geschäftsverkehr mit der Übernehmerin gemachten Schulden gelten soll⁴.

4. War die aufgenommene Aktiengesellschaft Gesellschafterin einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, so gilt im Zweifel § 727, I BGB. analog; jedoch wird hier meist Abweichendes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, sei es, daß die übernehmende Aktiengesellschaft an die Stelle der untergegangenen tritt, sei es, daß § 736 eingreift. War sie Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, so gelten die entsprechenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches. In diesen Zusammenhang gehört weiter die interessante neue Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1929, S. 1242, Nr. 41 = RGE. 123, 289ff., wonach § 177 HGB. bei einer Fusion nach § 306 zur Anwendung kommt, d. h. die neue Gesellschaft tritt in die Rechte der untergegangenen als Kommanditistin ein. Ist das Gegenteil vereinbart, so gilt nicht, so aber das Reichsgericht, die Aktiengesellschaft betreffs des Kommanditanteils als fortbestehend, vielmehr ist mit HACHENBURG a. a. O. anzunehmen, daß eine solche Vereinbarung das Ausscheiden der Aktiengesellschaft für den Fusionsfall und das Fortbestehen der Gesellschaft unter den anderen Gesellschaftern zum Inhalt hat, und daß der Auseinandersetzungsanspruch auf die übernehmende Gesellschaft übergeht.

¹ So MÜNSTER: S. 62, N. 4.

² Der hiergegen erhobene Einwand BLUMS: S. 326, beweist höchstens, daß auch das von ihm gezeigte Ergebnis bedauerenswert ist.

³ Vgl. auch SCHMITT: S. 106ff. ⁴ Vgl. STAUB-PINNER: § 306, Anm. 14.

5. Eine interessante Streitfrage ist auch hinsichtlich des Schicksals der sog. Bierlieferungsverträge im Falle der Fusion aufgetaucht¹. Während das Reichsgericht in LZ. 1908, S. 298, N. 6 entschieden hat, daß, wenn die übernehmende Brauerei gleich gutes Bier herstellt, der Wirt weiter zur Abnahme verpflichtet bleibt, hat es in JW. 1913, S. 539, aus dem Gedanken heraus, daß Bier keine vertretbare Sache ist, auch für den Fall der völligen Gleichheit des Bieres die entgegengesetzte Ansicht vertreten; denn die Biertrinker wollten eben ihre Marke haben, auch etwaige Vorurteile müßten in Betracht gezogen werden (Kindlbräu—Union). MÜNSTER spricht hier von renommierten Genußwaren. Es ist jetzt herrschende Lehre, daß der Abnehmer in diesem Falle von seiner Verpflichtung frei wird². KÜNSTLER a. a. O. will das auch gelten lassen, wenn ausdrücklich bestimmt ist, daß vom Rechtsnachfolger im Falle der Fusion bezogen werden soll, da eine solche Bestimmung sittenwidrig sei³. Dem ist nicht zuzustimmen, vielmehr anzunehmen, daß jedenfalls für den Fall der Klausel der Wirt weiter verpflichtet bleibt, da meines Erachtens für die Annahme einer Sittenwidrigkeit hier kein Raum ist.

6. Bei Versicherungsverträgen hat der Versicherungsnehmer trotz Genehmigung des Aufsichtsamtes (§ 14 PrVUGes.) ein Recht auf Sicherheitsleistung; werden durch die Fusion die Grundlagen des Versicherungsvertrages verändert, z. B. bei der Veräußerung an eine ausländische Gesellschaft, so besteht nach Treu und Glauben ein Rücktrittsrecht⁴.

II. 1. Alle diese Verträge treten aber an Wichtigkeit zurück gegenüber den sog. elastischen Verbindlichkeiten. Das sind solche, die je nach der Größe des Geschäftsumfanges einen weiteren oder engeren Umkreis haben⁵, oder⁶ es handelt sich um Verträge, die den Schuldner nicht zu regelmäßig wiederkehrenden Leistungen von ziffernmäßig feststehendem Umfange verpflichten, die vielmehr einen Leistungsinhalt haben, der von schwankenden Faktoren abhängt; und zwar können es Verpflichtungen zu Leistungen wie auch zu Unterlassungen sein. Das Schicksal dieser Rechte und Pflichten ist eine der interessantesten Fragen des Fusionsrechts. Sie ist vor dem Krieg von KOHLER⁷ zuerst berührt worden. Während des Krieges (1916) spielte eine gewisse Rolle die Frage,

¹ Vgl. MÜNSTER: a. a. O.; FRIEDLÄNDER: S. 105; KÜNSTLER: JW. 1929, S. 1105, mit weiterer Literatur.

² Vgl. auch MÜNSTER: S. 62, N. 4.

³ Dagegen BayObLG. vom 20. Juni 1924, in zwei Entscheidungen, zitiert bei KÜNSTLER: a. a. O.

⁴ Vgl. RG. 69, S. 56ff., 72, S. 16ff.; OLG. Düsseldorf bei BAUER: 16, S. 8; GUMBEL in LZ. 09, S. 130; FULD bei HOLDHEIM: 16, S. 1; KOHLER: S. 314; FRIEDLÄNDER: S. 108.

⁵ KOHLER: S. 310. ⁶ So FLECHTHEIM: JW. 1927, S. 1060.

⁷ ArchBürgR. 40, S. 310ff.

wie die Fusion auf Rückversicherungsverträge einwirkt. Das Problem ist dann ausgehend von der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 89, S. 354ff. viel erörtert und auf eine breitere Grundlage gestellt worden; insbesondere haben sich KIPP, FRIEDLÄNDER, FLECHTHEIM¹ eingehend mit ihm befaßt. Das Ergebnis aller dieser Erörterungen ist im wesentlichen ein negatives, nämlich die Erkenntnis, daß ein für alle Fälle einheitlicher Grundsatz nicht zu finden, vielmehr kasuistisch vorzugehen ist. Das wird verständlich, wenn man sich klar macht, welche Rechtsverhältnisse in Frage kommen. So zählt FRIEDLÄNDER, Konzernrecht S. 94 auf: Wettbewerbsverträge mit gegenseitiger Abgrenzung der Interessensphären, Meistbegünstigungsklauseln, Untersagungsrechte hinsichtlich bestimmter Artikel, Rechte zum Alleinverkauf, ferner Kartell-, Konsortialverträge, Dividendengarantien, Gesellschaftsverhältnisse wie die stille Beteiligung, Rückversicherungsverträge, Vorbenutzungs-, Lizenzrechte im Patent- und Warenzeichenrecht usf. Es wird sich daher empfehlen, von einzelnen typischen Fällen auszugehen. Hinsichtlich der Literatur sei außer auf die noch zu nennende Spezialliteratur auf WIELAND: Handelsrecht I, S. 294, verwiesen, ferner auf die ähnliche Fragen behandelnde Literatur über Dienstbarkeiten². Zwar bestehen zwischen den Dienstbarkeiten und den hier zu behandelnden Rechtsverhältnissen grundlegende Unterschiede. Dort handelt es sich um dingliche, hier um obligatorische Rechtsverhältnisse; hier richtet sich der Umstand der Verpflichtung nach den Verhältnissen des verpflichteten Unternehmens, dort der Grad der Beanspruchung nach den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks; vor allem aber, darauf hat FLECHTHEIM a. a. O., S. 1064, mit Recht hingewiesen, handelt es sich hier wirtschaftlich meist um ein neues Unternehmen, nicht lediglich um eine Entwicklung des alten. Sieht man aber von alledem ab, so lassen sich doch Parallelen aufweisen, die sich aus der Elastizität der Berechtigung bzw. der Verpflichtung ergeben. Dagegen scheinen mir die Hinweise FRIEDLÄNDERS (S. 97) auf die Grundsätze über Staatensukzession und kommunales Eingemeindungsrecht reichlich fernliegend zu sein, bezeichnenderweise zieht er auch hieraus keinerlei Folgerungen.

2. a) Es empfiehlt sich zunächst von den Kartellverträgen auszugehen, und zwar von den Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 89, S. 354ff. = JW. 1917, S. 469 und RG. 108, S. 20ff.; hierbei sollen die Bedenken, die FRIEDLÄNDER S. 100 aus der besonderen Natur der Gesellschaft für Teerverwertung als einer Verarbeitungsgemeinschaft, die kein eigentliches Syndikat sei, herleitet, beiseite bleiben. Denn mit Recht führt FLECHTHEIM, S. 1062 aus, daß das Reichsgericht hierauf nicht im gering-

¹ Zuletzt JW. 1927, S. 1060ff.

² Vgl. KOHLER: S. 314; FRIEDLÄNDER: S. 96.

sten abstelle, vielmehr dieselbe als Syndikat betrachte, und daß nur daher die Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung sei. Der Entscheidung in Bd. 89 lag nun folgender Tatbestand zugrunde: Ein dem Syndikat angehörendes Unternehmen ging gemäß § 306 HGB. auf einen Außenseiter, der seinen Teer in eigenen Anlagen verarbeitete, über. Die Frage war nun, ob die übernehmende Aktiengesellschaft verpflichtet war, ihren gesamten Teeranfall, auch den aus den eigenen Werken, dem Syndikat zu überlassen. Das Reichsgericht a. a. O. hat die Frage verneint, da im Augenblick der Fusion sich die bisher elastische Natur der Verpflichtung auf die vorhandenen Anlagen fixiere. Somit sei die übernehmende Gesellschaft nur verpflichtet, den dort gewonnenen Teer dem Syndikat zu überlassen. Hiergegen hat sich FLECHTHEIM in seiner Anmerkung zur Entscheidung ausgesprochen¹. Nach FLECHTHEIM kann das fusionierende Werk nicht zugleich Syndikatsmitglied und Außenseiter sein; es sei wirtschaftlich unmöglich, daß der Konkurrent Mitglied des Syndikats sei. Auch verkenne das Reichsgericht den Begriff der elastischen Verbindlichkeiten, indem es unter Überschätzung des Begriffes der Anlage die Lieferungspflicht abschließend fixiere. Denn dadurch werde sie zu einer Verbindlichkeit mit festem Inhalt². Man müsse vielmehr annehmen, daß die übernehmende Aktiengesellschaft die Verpflichtung als eine entwicklungsfähige³ übernehme; da eine Trennung unmöglich sei, so werde sie mit ihrer ganzen Produktion Syndikatsmitglied. Dies Ergebnis sei auch durchaus billig, da sie ja freiwillig die Fusion vornehme. Da aber, wie FLECHTHEIM es ausdrückt, eine anorganische Störung des normalen Entwicklungsganges des Unternehmens vorliege, so könne sie eine Erhöhung ihrer Beteiligungsziffer verlangen⁴; würde ihr diese nicht zugestanden, so habe sie gemäß § 8 KartVO. ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde.

Der Ansicht FLECHTHEIMS ist beizustimmen. Grundsätzlich geht die Kartellverpflichtung auf das gesamte Unternehmen über, weil hier, das braucht aber nicht generell der Fall zu sein, eine Beschränkung auf die Anlagen wirtschaftlich nicht möglich ist. Andererseits ist der aufnehmenden Gesellschaft in der Tat nicht zuzumuten, mit der bisherigen, den neuen Verhältnissen nicht entsprechenden, Beteiligungsziffer dem Kartell weiter anzugehören. Sie hat daher, falls das Kartell die Beteiligungsziffer nicht erhöht, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde, obwohl sie diesen

¹ Vgl. ferner ders.: Rechtliche Organisation der Kartelle, S. 306; JW. 1927, S. 1061/62; ebenso ISAY: Allg. BergG. II, S. 416; ISAY-TSCHERSKY: KartellVO. § 8, Anm. 61; STAUB-PINNER: § 306, Anm. 14; für das RG. offenbar: FRIEDLÄNDER: S. 100; sowie ferner BRODMANN: § 306, Anm. 1 b, und WEISBART bei RING-SCHACHIAN: S. 513.

² Zustimmend neuestens auch HAUSSMANN: Unternehmenszusammenfassung, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 6, S. 258. 1929.

³ KIPP: JW. 1926, S. 1809. ⁴ Vgl. JW. 1927, S. 1066.

Zustand selbst herbeigeführt hat. Dieses Ergebnis ist auch gegenüber dem Kartell keineswegs unbillig, denn es hat den Vorteil, daß ein bisheriger Außenseiter fortfällt, und es ist durchaus gerechtfertigt, diesen Vorteil durch eine Erhöhung der Beteiligungsziffer auszugleichen.

Im übrigen kann auf die bei FLECHTHEIM a. a. O., S. 1067 gegebenen Beispiele verwiesen werden. So erwähnt er den Fall, daß ein Werk, das seinen Bedarf an Syndikatsprodukten selbst erzeugt, von einem Kartellmitglied übernommen wird. Auch hier besteht ein Kündigungsrecht, wenn der Selbstverbrauchsanteil nicht erhöht wird. Ferner weist er auf Fälle hin, die sich bei den sog. Konventionen ergeben, so übernimmt eine Aktiengesellschaft, die einem Konditionenkartell für einen bestimmten Artikel nicht beigetreten ist, eine dem Syndikat angehörende Aktiengesellschaft; auch hier erfolgt eine Verpflichtung des ganzen Werkes, u. U. ist nach FLECHTHEIM bei ganz besonders liegenden Verhältnissen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde anzuerkennen, so z. B., wenn dem vereinten Unternehmen eine derartige Bindung nicht zuzumuten ist.

Es entsteht nun aber die Frage, gilt all das auch für den Fall, daß die aufnehmende Aktiengesellschaft verpflichtet ist? Diese Frage scheint absurd, da doch die aufnehmende Gesellschaft sich juristisch nicht verändert, daher also die bestehenden Verpflichtungen sich ohne weiteres auch auf das übernommene Unternehmen erstrecken¹. Hiergegen hat sich FLECHTHEIM², der ursprünglich³ auf demselben Standpunkt stand, ausgesprochen. Er führt aus, daß der Gedankengang der herrschenden Lehre zutreffend sei für eine Periode der Aufsaugung, d. h. wenn das größere das kleinere Unternehmen übernehme. Heute jedoch in der Periode der horizontalen Konzentration, wo sich Gleichstarke zusammenschließen, könne dieser Grundsatz nicht gelten; denn es hänge nur vom Zufall ab, welche Gesellschaft die aufnehmende, welche die aufgenommene sei. Hierfür gibt er zahlreiche Beispiele und wendet nun hierauf gleichfalls seinen Schlüssel zur Behandlung derartiger Verträge an, nämlich: bedeutet die Fusion eine anorganische Störung des Vertrages, d. h. haben die Parteien diesen Fall in den Bereich ihrer Erwägungen gezogen? Bei Verneinung dieser Frage müsse der Richter nach Treu und Glauben die vorhandene Lücke ausfüllen. Gegen diesen Gedankengang bestehen nun zwar grundsätzlich starke Bedenken. Es ist gewiß richtig, daß wirtschaftlich in zahlreichen Fällen keine Identität der Persönlichkeit der übernehmenden Gesellschaft vorliegt, juristisch liegt sie zweifellos vor. Man kann auch nicht ohne weiteres sagen, daß eine Fusion der aufnehmenden Gesellschaft stets eine anorganische

¹ So auch RG. 89, S. 357; STAUB-PINNER: § 306, ANM. 14; KOHLER: S. 316; FRIEDLÄNDER: S. 349.

² a. a. O., S. 1063.

³ Kartellrecht, S. 306.

Störung solcher Vertragsverhältnisse ist, wie eine solche der übertragenden, die damit untergeht. Man müßte dann nach der Größe der beiden Gesellschaften trennen. Mit unserer bisherigen juristischen Anschauung, insbesondere mit der Regelung des Handelsgesetzbuchs, daß eine Aktiengesellschaft die andere aufnimmt, nicht zwei sich zu einer dritten vereinigen, steht all das kaum in Einklang. Trotzdem wird man aus wirtschaftlichen Gründen zu dem Ergebnis FLECHTHEIMS gelangen müssen, sofern nicht wie im Falle des Nießbrauches (vgl. oben § 13) zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Immer ist jedoch erforderlich, daß nach der Verkehrsanschauung wirtschaftlich ein neues Unternehmen vorliegt. Dieses Ergebnis würde freilich juristisch mehr befriedigen, wenn in Zukunft auch der Zusammenschluß zu einer neuen Aktiengesellschaft gesetzlich geregelt wird.

b) Eine zweite typische Gruppe dieser Fälle sind die sog. Wettbewerbsvereinbarungen. Auch hier liegt eine grundsätzliche Reichsgerichtsentscheidung vor, die viel Staub aufgewirbelt hat¹. Der Tatbestand war, daß der aufgenommenen Gesellschaft, einem Elektrizitätswerke, ein bestimmtes Versorgungsgebiet zugewiesen, die Versorgung anderer Gebiete untersagt war. Jetzt wurde sie von einem anderen Werk, das keinerlei Beschränkungen unterlag, aufgenommen. Ist diese Gesellschaft in vollem Umfange an die Wettbewerbsregelung gebunden? Das Reichsgericht hat die Frage verneint, vielmehr entschieden, daß die aufnehmende Gesellschaft an die Wettbewerbsregelung nur für die Anlagen der übernommenen Gesellschaft in der Form, wie sie sie übernommen hat, gebunden sei. Diese Entscheidung wird von KIPP in seiner Anmerkung abgelehnt. Er spricht von entwicklungsfähigen Verbindlichkeiten und nimmt an, daß die Übernehmerin für ihre gesamten Anlagen verpflichtet sei, jedoch erst nach Ablauf der Sperrfrist. Denn die Unterlassungspflicht als eine rein persönliche Verpflichtung gehe nur über, soweit sie sich auf das Vermögen beziehe. Sofern sie allgemein gefaßt sei, erstrecke sie sich daher auf alle mit dem Vermögen zu erwerbenden Unternehmungen in ihrem wechselnden Bestande. Das ergebe die erbrechtliche Analogie. Daher sei während der Sperrfrist eine Trennung möglich, nachher aber, wenn die Vermögen verschmolzen seien, nicht mehr, und das müsse zu Lasten der übernehmenden Gesellschaft gehen, die mit ihrem gesamten Vermögen verpflichtet sei.

Diese Ansicht ist theoretisch im Gegensatz zu der des Reichsgerichts durchaus zutreffend, jedoch hat FLECHTHEIM a. a. O. dagegen eingewandt, daß die getrennte Verwaltung praktisch nicht vorkomme². Und FRIEDLÄNDER (S. 103) sieht durch KIPPS Ausführungen die grundsätzliche Frage als umgangen an. Das letzte trifft nicht zu, da ja KIPP

¹ Vgl. JW. 1926, S. 1809 mit Anm. von KIPP.

² Vgl. darüber im einzelnen unten § 15.

grundsätzlich Erstreckung der Verpflichtung auf das gesamte Unternehmen annimmt. Dem Einwand FLECHTHEIMS hingegen ist zuzustimmen, vor allem, weil er mit Recht betont, daß die getrennte Verwaltung, soweit sie überhaupt durchgeführt wird, sich im wesentlichen auf eine gesonderte Buch- und Kassenführung beschränkt, im übrigen aber bereits alle wirtschaftlichen Folgen der Fusion einsetzen.

FLECHTHEIM wendet sich vor allem gegen die Bedeutung, die der Begriff der Anlage in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gewonnen hat. Abgesehen davon, daß mitunter so bei Verständigung von Schiffahrtsgesellschaften über bestimmte Linien oder bei Gebietsabgrenzungen zwischen Banken keine Anlagen vorhanden wären, so seien überhaupt Anlagen lediglich etwas Mechanisches. Entscheidend seien die Kapitalkräfte und die Menschen, die dahinter ständen. Die übertragende Gesellschaft triebe daher auch nach Stilllegung ihrer Anlagen durch die aufnehmende Gesellschaft Wettbewerb; geändert habe sich lediglich die Form. Andererseits sei die aufnehmende Gesellschaft aus diesem unwirtschaftlichen Grunde unter Umständen genötigt, die übernommene Fabrik stillzulegen und eine neue zu bauen. Es müsse daher auch hier im Wege der Vertragsauslegung geholfen werden¹. Und diese ginge dahin, daß grundsätzlich jeder Wettbewerb verboten sei, ganz gleich, ob die übernehmende oder übernommene Aktiengesellschaft die betreffende Wettbewerbsregelung eingegangen wäre². Zeigten sich späterhin Härten, so sei unter Umständen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde einzuräumen. Habe freilich die eine Gesellschaft bereits vorher in das betreffende Gebiet geliefert, so sei es unbillig, wenn der Gegner durch die Fusion einen Vorteil erlangen würde. Hier will FLECHTHEIM der neuen Einheitsgesellschaft ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde geben, aber nur, wenn der Gegner sich einer billigen Vertragsregelung widersetzt. Diese sieht er in einer Regelung der Konkurrenz nicht nach Anlagen, sondern nach elastischen Quoten, berechnet nach Produktion und Absatz. Hat die eine Aktiengesellschaft bereits derartige Verpflichtungen gegenüber Dritten übernommen, daß die kontrahierten Mengen die Quote übersteigen, so seien solche Verträge, falls keine Schiebung vorliege, zu beachten, und in die Quote einzurechnen.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen durchaus beizustimmen, insbesondere darin, daß sich die Beantwortung aller dieser Fragen aus dem Vertragsverhältnis von selbst ergibt. Nur der Ausdruck „Vertragsauslegung“ ist hier nicht ganz am Platze (vgl. S. 1064). Um eine

¹ Ähnlich auch FRIEDLÄNDER: S. 103, unter Hinweis auf §§ 1024, 1060, 1090, II BGB., was freilich, wie FLECHTHEIM mit Recht betont, nicht einmal erforderlich ist.

² Vgl. BLUM: S. 327.

solche handelt es sich nicht, betont doch FLECHTHEIM selbst, daß die Parteien für den uns interessierenden Fall nichts gewollt haben, und mit Recht führt v. TUHR, Allg. T. Bd. I, S. 537 § 64 Nr. 19 aus, daß vom wirklichen der hypothetische Wille zu scheiden sei, und auf diesen § 133 BGB. keine Anwendung finde¹. Vielmehr liegt es hier so, daß der Grundsatz des § 242 BGB. dazu führt, daß der Richter eine Ergänzung der Willenserklärung vornehmen muß². Aus der Erkenntnis heraus, daß von einer Willenserklärung des Vertragsgegners keine Rede sein kann, ergibt sich dann auch, daß überaus strenge Anforderungen an das Kündigungsrecht der Fusionsgesellschaft, die die Vertragsänderung, denn eine solche ist eine derartige Ergänzung, herbeiführt, zu stellen sind, während das Kündigungsrecht des Vertragsgegners im Zweifel bei jeder noch so geringen Schlechterstellung, auf die er bei Vertragsabschluß nicht zu rechnen brauchte, gegeben ist. Insbesondere ist es wirtschaftlich für ihn keineswegs dasselbe, ob die untergegangene Gesellschaft keinen, oder die übernehmende einen durch Festsetzung von Quoten beschränkten Wettbewerb treibt. Denn ihr stehen neben ihrer bisherigen Absatzorganisation jetzt auch die Kapitalmassen und gesammelten Erfahrungen der übernommenen Gesellschaft zur Verfügung, so daß sie mit stärkerer Kraft für die Zeit nach Ablauf des Vertrages den Wettbewerb in einem Gebiet, in dem sie bereits Fuß gefaßt hat, betreiben kann, während der Vertragsgegner weiter gebunden bleibt, in einem andern Bezirk keinen Wettbewerb zu treiben, und nicht instande ist, für die Zeit nach Ablauf des Vertrages Vorbereitungen zu treffen.

Ähnliches wie für Wettbewerbsregelungen³ gilt für Verträge über ausschließlichen Geschäftsverkehr⁴, die auch oft genug mit Wettbewerbsverabredungen verbunden sind. So gibt FLECHTHEIM den Fall einer Bankfusion, bei der eine Bank verpflichtet war, ihre gesamten Bankgeschäfte in einem bestimmten Bezirk einer dortigen Bank zu übertragen; auch hier haben die Parteien mit einer Erweiterung der Verpflichtung gerechnet derart, daß die Geschäfte der Bank steigen würden. Auch hier geht im Falle der Fusion die Verpflichtung völlig über, aber auch hier kann die neue Gesellschaft den Vertrag kündigen, wenn ihr die Vertragsgegnerin, die sonst durch die Fusion ohne Grund einen Vorteil erlangen würde, eine Vertragsänderung in angemessener Weise verweigert. Auch hier sind Quoten zum Ausgleich geeignet. In anderen Fällen wird das nicht möglich sein, so nennt FLECHTHEIM als Beispiel, daß die eine Gesellschaft sich einer ausländischen Firma gegenüber ver-

¹ Vgl. LENEL: ArchZivPr. 79, S. 60; ZITELMANN: ebenda Bd. 99, S. 103; RGZ. 70, S. 393.

² v. TUHR: S. 545.

³ Über einzelne Fälle vgl. auch noch FRIEDLÄNDER: S. 104/5.

⁴ FLECHTHEIM: S. 1067.

pflichtet hat, ihr alle zukünftigen Patente und Erfindungen zur Verwertung in ihrem Lande zu überlassen. Auch diese Verpflichtung geht über, aber nach FLECHTHEIM nur für die Gebiete, die innerhalb des Geschäftsbereichs der bisherigen Schuldnerin liegen. Das ist richtig, aber schon darum, weil nach dem Sinn eines solchen Vertrages sich diese Verpflichtung nur auf derartige Patente und Erfindungen beziehen wird. Wie ist es aber, wenn — diesen Fall erwähnt FLECHTHEIM nicht — die übernehmende Gesellschaft bereits eine derartige Verpflichtung eingegangen war. Es liegen dann zwei übereinstimmende Verträge vor, die nicht beide gleichzeitig erfüllt werden können; auch ist eine Trennung zwischen den Erfindungen und Patenten der bisher getrennten Gesellschaften technisch undenkbar. Andererseits kann eine Halbierung keiner der beiden ausländischen Firmen zugemutet werden. In diesem Falle muß die übernehmende Aktiengesellschaft zunächst den von ihr geschlossenen Vertrag erfüllen. Da sie bzw. die untergegangene Gesellschaft aber vor der Fusion sich unter diesen Umständen mit der ausländischen Vertragsgegnerin der übernommenen Aktiengesellschaft hätte auseinandersetzen müssen, so liegt dieser gegenüber ein Vertragsbruch vor, der analog den Regeln über Unmöglichkeit zu behandeln ist. Denn tatsächlich ist zwar die Leistung nicht unmöglich, wohl aber ist die Leistung nicht zumutbar, da sie nur unter Bruch eines andern früher geschlossenen Vertrages erfolgen könnte. Andererseits ist diese Lage, die gleichzeitige gutgläubige doppelte Verpflichtung, nur möglich durch die Fusion, die im Rahmen des Vertragsverhältnisses somit einen zum Schadensersatz, berechnet nach der organischen Weiterentwicklung des untergegangenen Unternehmens, verpflichtenden Umstand darstellt. Es ist meines Erachtens völlig unrichtig, wenn davon gesprochen wird¹, daß die Fusion etwas Erlaubtes, nie ein zum Schadensersatz verpflichtender Umstand sei, und der Vertragsgegner den Schaden tragen müsse, da er nicht durch entsprechende Vertragsbestimmungen vorgesorgt habe. Denn ein Ereignis wie die Fusion ist weder erlaubt noch unerlaubt in isolierter Betrachtung. Es fragt sich stets, ob sie im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses ein zu vertretender Umstand ist oder nicht, und das ist hier zu bejahen². Die Fixierung des Schadensersatzes freilich dürfte nicht einfach sein, es ist insoweit zu betonen, daß bei seiner Berechnung nur die normale Entwicklung der ursprünglich verpflichteten Gesellschaft in

¹ So MÜNSTER: S. 62, N. 2; v. COSEL: S. 144; vgl. hierzu auch RG. in JW. 1926, S. 1809.

² Vgl. auch den ähnlich liegenden Gedankengang bei PLANCK-SIBER: Vorb. III 3c zu §§ 275—292 BGB. über die Heranziehung der Grundsätze über Unmöglichkeit bei Befreiung des Schuldners infolge wichtiger Gegeninteressen oder überobligationsmäßiger Schwierigkeit auf Grund eines von ihm zu vertretenden Umstandes.

Betracht kommt, also alle Vorteile aus der Fusion nicht zu berücksichtigen sind. Fixiert man den Wert, den die Leistung der ursprünglich verpflichteten Gesellschaft für die ausländische Firma hatte, mit 1, der andern Aktiengesellschaft ebenfalls mit 1, des gesamten Unternehmens mit 3, so wird der Schadensersatz auf Grund von 1, nicht von $1\frac{1}{2}$ berechnet. Im übrigen lassen sich natürlich hierfür keine allgemeinen Regeln aufstellen.

c) In diesem Zusammenhang geht FLECHTHEIM, S. 1067 auf die Frage ein, wie laufende Rückversicherungsverträge im Falle der Fusion zweier Versicherungsgesellschaften zu behandeln sind. Der Tatbestand¹ ist folgender: Ein Rückversicherer R. hat mit einer Versicherungsgesellschaft A. einen Rückversicherungsvertrag auf längere Zeit geschlossen. A. wird im Wege der liquidationslosen Fusion von einer Gesellschaft D. übernommen, die damit als Gesamtrechtsnachfolgerin in alle Rechte und Pflichten der A. eintritt; die D. ist nun aber auch ihrerseits durch vorher geschlossene Rückversicherungsverträge gebunden. Hier hat nun REHM² gemeint, daß die Rückversicherungsverträge der übernommenen Gesellschaft erlöschen, v. MILTNER^{3,4} und KISSKALT⁵ nehmen Übergang der Verträge an, und ferner daß bei Kollision der beiderseitigen Rückversicherungsverträge eine zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Dem steht auch JOSEF⁶ nahe, der ausführt, daß, wenn die übernehmende Gesellschaft denselben Geschäftszweig betreibe wie die aufgenommene, sie zur Überweisung der durch die auf sie übergegangene Agenturorganisation der aufgenommenen Gesellschaft abgeschlossenen Versicherungen verpflichtet sei; lasse sich eine solche Sonderung nicht durchführen, so greife § 325 BGB. ein. DRUMM⁷ nimmt ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde und u. U. eine Schadensersatzverpflichtung an. FLECHTHEIM a. a. O., S. 1068⁸ will auch hier eine Quote für den Rückversicherer der übertragenden Gesellschaft einschieben. Hiergegen hat sich DRUMM a. a. O.⁹ gewandt und ausgeführt, daß sich FLECHTHEIMS Vorschlag wohl mitunter wirtschaftlich als praktisch erweise, nicht dagegen als Rechtsregel gelten könne, da

¹ Vgl. DRUMM: JW. 1927, S. 2976.

² ZVersWiss. 1916, S. 23 ff.; LZ. 1916, S. 584 ff.

³ LZ. 1916, S. 442 ff.

⁴ Zustimmung STÖLZER in der Festschrift für PRANGE: S. 298 ff.

⁵ LZ. 1916, S. 990 ff.

⁶ RückversZ. 1924, Nr. 1. und JW. 1928, S. 547/48.

⁷ LZ. 1916, S. 885 ff.; JW. 1927, S. 2976 (gegen ihn: EHRENBURG: LZ. 1916, S. 989 ff.).

⁸ Weitere Ansichten noch bei RITTER: Das Recht der Seeversicherung 1924, S. 1187; ferner bei WEISBART: a. a. O., S. 513, der den § 745 BGB. analog anwenden will.

⁹ Vgl. auch JOSEF.

auf die Rückversicherer rechtlich kein Zwang auszuüben sei, denn der durch die Fusion entstandene Zuwachs bedeute qualitativ keinen Ausgleich für die Verringerung des Anteils. Ferner brauche der Geschäftsumfang des gesamten Unternehmens nicht der Summe der bisherigen Unternehmungen zu entsprechen, im Gegenteil bei Versicherungsgesellschaften könne man infolge ihrer wirtschaftlichen Besonderheiten leicht ein Abbröckeln feststellen. Außerdem, zu welchen Bedingungen sollte die Quote übertragen werden, zu denen der A. oder der D.? Denn diese könnten sehr verschieden sein. Andererseits wolle FLECHTHEIM bei den sog. Konventionen (Kartelle ohne Kontingentierung) selbst in gewissen Fällen ein Kündigungsrecht geben, aber berücksichtigen, daß die Gesellschaft sich selbst in die Lage gebracht habe; das aber führe zur Schadensersatzpflicht. FLECHTHEIM übersehe die Interessen der beiderseitigen Rückversicherer, da er nur erörtere, wie die übernehmende Gesellschaft sich ihren Verpflichtungen gegenüber den Rückversicherern der A. und D. entledigen könne. DRUMM schließt, indem er meint, daß auch sonst oft durch die von FLECHTHEIM angeregte Quoteneinschiebung eine derartige Verschiebung eintrete, daß den Beteiligten die Fortsetzung des Verhältnisses nicht zugemutet werden könne.

Ich bin grundsätzlich der Ansicht, daß auch hier die Verpflichtung übergeht. Von einem rechtlichen Zwange für die Rückversicherer, sich auf eine derartige Quoteneinschiebung einzulassen, kann auch nach FLECHTHEIM nur die Rede sein, soweit eine solche Regelung im Rahmen des § 242 BGB. liegt. Das wird von FLECHTHEIM für den Regelfall bejaht, während ich es im Anschluß an die überzeugenden Ausführungen DRUMMS verneinen möchte; jedoch kommt es natürlich im wesentlichen auf den Einzelfall an. Ist eine Einschiebung nicht möglich, so ist in erster Linie JOSEF a. a. O. beizustimmen, wenn er die Verpflichtungen der übernehmenden Gesellschaft auf die durch die Agenturorganisation der aufgenommenen Gesellschaft vermittelten Versicherungen beschränken will, da so die Elastizität der Verbindlichkeit unverändert bleibt. Ist auch das nicht möglich, so ist JOSEF auch weiter darin zuzustimmen, daß hier die Regeln über Unmöglichkeit analog Anwendung finden müssen, und zwar aus ähnlichen Erwägungen, wie wir sie gefunden haben, wenn bei der Fusion zwei gleichartige Verträge auf ausschließlichen Geschäftsverkehr miteinander kollidieren. Auch hier liegen zwei gleichlautende einander widersprechende Verträge vor, auch hier können nicht beide gleichzeitig erfüllt werden, auch hier ist wirtschaftlich nach den oben gemachten Ausführungen ein Ausgleich nicht möglich. Daher müssen auch hier in erster Linie die Verträge der übernehmenden Gesellschaft erfüllt werden, während gegenüber den Rückversicherern der aufgenommenen Gesellschaft eine Schadensersatzpflicht gegeben ist, da

eine Fusion ohne vorherige Verständigung bei einer derartigen Lage eine Vertragsverletzung darstellt, die in analoger Anwendung der Unmöglichkeitssätze zum Schadensersatz verpflichtet.

d) Schließlich behandelt FLECHTHEIM, nachdem er vorher noch auf die Lizenzverträge eingegangen ist, a. a. O. die Beteiligungsverhältnisse. Soweit er sich über Tantiemeverträge der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder äußert, kann ihm restlos zugestimmt werden. Mit Recht hebt er hervor, daß, wenn diese Personen einen gewissen Prozentsatz vom Gewinne des Unternehmens erhalten, der Prozentsatz unter Berücksichtigung der Durchschnittsgewinne der sich vereinigenden Gesellschaften neu zu bestimmen ist (vgl. die übrigen Fälle a. a. O.). Zweifelhaft kann sein, wie ein stiller Gesellschafter im Falle einer Fusion behandelt werden muß. FRIEDLÄNDER, S. 107 meint, daß im Gegensatz zur Veräußerung des Handelsgeschäftes im Falle der Fusion die stille Gesellschaft bestehen bleibe, und buchmäßig der übernommene Betrieb getrennt zu halten sei. Auch dürfe der Gewinn nicht böswillig zugunsten des andern Betriebes gemindert werden. Demgegenüber hat FLECHTHEIM¹ ausgeführt, daß die Fusion die stille Gesellschaft auflöse. Denn, obwohl das Handelsgewerbe von der Übernehmerin weiter betrieben werde und alle Verpflichtungen auf sie übergängen, könne sich die stille Gesellschaft nach dem Sinn des Geschäftes weder auf das gesamte Unternehmen noch auf einen Bruchteil desselben beziehen vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen. Er weist auf § 727, I, § 726 BGB. hin. Jedoch habe der Stille einen Schadensersatzanspruch, falls keine wichtigen Gründe für den Auflösungsbeschluß vorliegen. Dem ist durchaus zuzustimmen. Denn eine Klage auf Fortbetrieb des Handelsgewerbes gibt es nicht, und der Untergang des Komplementärs löst die stille Gesellschaft auf, da sie ein von ihm betriebenes Handelsgewerbe voraussetzt. Man wird jedoch andererseits nicht allzu ängstlich sein dürfen, einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, denn es liegt auch hier meines Erachtens so, daß zwar der Aktiengesellschaft nicht zugemutet werden kann, mit Rücksicht auf den Stillen von einer wirtschaftlich gebotenen Fusion Abstand zu nehmen, andererseits aber kann der Stille Schadensersatz verlangen, da sonst seine Interessen unberücksichtigt bleiben. Man wird daher den Schadensersatzanspruch nur dann versagen dürfen, wenn die aufnehmende Gesellschaft beweist, daß die übertragende Gesellschaft aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen, um vor überwiegenden Schäden bewahrt zu werden, eine Fusion mit ihr eingehen mußte. Den Anspruch bei einer wirtschaftlich vorteilhaften Fusion auszuschließen, liegt kein Anlaß vor.

¹ a. a. O. und bei DÜRINGER-HACHENBURG: S. 339, Anm. 8; vgl. auch STAUB-PINNER: § 335, Anm. 2, § 339, Anm. 11; HEYMANN (Bremen): ZHR. 92, S. 228/29.

e) Sehr schwierig ist die Rechtslage, wenn die übertragende Aktiengesellschaft Genußscheine ausgegeben hat, ohne bei ihrer Schaffung Bestimmungen über ihr Schicksal im Falle einer Fusion zu treffen¹. Denn ohne eine Bestimmung über die Einlösung können die Genußscheininhaber als Gläubiger nur mit ihrer Zustimmung abgelöst werden². FRIEDLÄNDER, S. 107/8 sieht hier zwei mögliche Wege, entweder unverändertes Bestehenlassen oder Beschränkung ihrer Rechte auf den Gewinn des Betriebes. Dagegen hat FLECHTHEIM a. a. O., S. 1069 m. E. nicht mit Unrecht eingewandt, daß eine einheitliche Entscheidung bei der Vielgestaltigkeit der Genußscheine kaum möglich sei; so fielen einmal auf sie 25% des Gewinns des Unternehmens, ein anderes Mal sei der Gewinnanteil abhängig von der auf die Aktien entfallenden Dividende. Man wird daher die Frage nicht einheitlich beantworten können, jedoch darf auch hier grundsätzlich das Recht der Genußscheininhaber nicht beeinträchtigt werden. Soweit also insbesondere ihre Rechte nicht auf den Gewinn des bisherigen Betriebes beschränkt werden können, und das dürfte hier die Regel sein, so muß eine Erweiterung der Rechte auf den Gewinn des gesamten Unternehmens erfolgen. Das erfordert vor allem auch die Sicherheit des Börsenverkehrs, soweit derartige Genußscheine dort gehandelt werden. Denn mit Recht betont HEYMANN (Bremen), a. a. O. S. 229, daß auch durch eine etwaige Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch der Börsenverkehr schwer geschädigt werde. Das gilt ganz gleich, ob die Genußscheine Gesellschafts- oder Gläubigerrechte darstellen³. Zutreffend weist STAUB-PINNER, § 179, Anm. 21, darauf hin, daß auch die den Aktionären gegebenen Genußscheine Träger von Gläubigerrechten seien. Dagegen erscheinen die Ausführungen von HEYMANN (Bremen), S. 229/30, wonach beim Bestehen von Genußscheinen nur eine Fusion nach § 305 möglich sei, andernfalls jedem Genußscheininhaber gegen die Fusion die Nichtigkeitsklage einzuräumen wäre, als reines Freirecht^{4,5}. Man wird also hier versuchen müssen, vor der Fusion zu einer Verständigung zu gelangen, was bei

¹ Vgl. PASSOW: S. 305.

² Vgl. hierüber STAUB-PINNER: § 179, Anm. 23 ff., insbesondere Anm. 27; SCHMALENBACH: S. 130 ff.; FLECHTHEIM: S. 1069.

³ Vgl. WEISBART bei RING-SCHACHIAN: S. 514.

⁴ Vgl. hierzu auch STAUB-PINNER: a. a. O., Anm. 27.

⁵ Es sei auch auf eine französische Parallele hingewiesen betr. die Rechte der parts de fondateurs = parts bénéficiaires. (C'est un titre, le plus souvent négociable, donnant droit à une quote-part des bénéfices de la société sans faire partie de son capital et sans permettre aucune immixtion dans son administration.) An einer gesetzlichen Regelung fehlt es. (Vgl. HOUPIN-BOSVIEUX: Bd. 1, N. 512, S. 533.) — Es wird den Inhabern keine Klage auf Nichtigkeit der Fusion gewährt, wohl aber eine Schadensersatzklage, wenn die Fusion erfolgt aus anderen Gründen, que par la simple convenance des actionnaires. (Vgl. HOUPIN-BOSVIEUX: Bd. 1, N. 559, S. 580 und Anm. 2.)

der Vielheit der Gläubiger nicht ohne Schwierigkeit ist, sofern nicht die Genußscheininhaber satzungsgemäß zu Verbänden zusammengefaßt sind, welche Mehrheitsbeschlüsse mit bindender Kraft fassen können¹. Es empfiehlt sich daher dringend, vorsorglich Bestimmungen zu treffen. So berichtet PASSOW: Die Aktiengesellschaft, S. 113, daß im Statut der Gesellschaft für elektrische Hoch- und Untergrundbahnen eine Bestimmung über das Schicksal von Genußscheinen im Falle der Fusion enthalten war, wonach ein Wahlrecht der Verwaltung bestand zwischen unverändertem Fortbestehen der Genußscheine unter Ausdehnung ihrer Rechte auf die neue Gesellschaft oder aber einer Entschädigung mit dem zwanzigfachen Betrage des Gewinnanteils der letzten fünf Jahre, mindestens aber 1000 RM.

Aus all diesen Beispielen aber ergibt sich, daß FLECHTHEIM recht hat, wenn er davor warnt, diese Frage wie das Reichsgericht nach Grundsätzen zu entscheiden, daß vielmehr bei der Mannigfaltigkeit dieser Erscheinungen es erforderlich ist, jeden Fall gesondert ins Auge zu fassen und nach seinem wirtschaftlichen Gehalt zu lösen.

§ 15. Die Gläubigerschutzvorschriften des § 306 HGB.

I. Ein besonderes Problem bei der Fusion ist die Frage des Gläubigerschutzes; denn mit vollzogener Fusion geht die übertragende Aktiengesellschaft unter, und ihre Gläubiger verlieren damit die bisherige Schuldnerin, an deren Stelle eine neue tritt, die vielleicht weniger zahlungskräftig und vertrauenswürdig ist. Die Frage ist nun, wie die Gläubiger gegen die hierin liegenden Gefahren geschützt werden, ohne andererseits ein Recht zu haben, die Fusion zu hindern². Und neuerdings in der Periode des Zusammenschlusses gleich starker Gesellschaften ist sogar das Problem aufgetaucht, ob nicht auch die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft zu schützen sind, da es heute bei den meisten Fusionen Zufall zu sein pflegt, welche Gesellschaft die Rolle der aufnehmenden spielt.

Geht man vom geltenden Recht aus, so ergeben sich bei der Fusion nach § 305, in Folge der Liquidation keinerlei Gefahren. Mit Recht betont STAUB-PINNER, § 305, Anm. 23, daß nach der Verschmelzung die Frage der Haftung nur selten praktisch wird und nur bei unbekannt gebliebenen oder lediglich sichergestellten Forderungen hervortritt. Daraus ergibt sich, daß für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft keine Gefahren bestehen, auch haftet die Gesellschaft hier grundsätzlich nur mit dem Bestande des übernommenen Vermögens (§ 419 BGB.)³. Und die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sind gleich-

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 179 Anm. 24.

² Höchstens können sie, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, einen Arrest herausbringen; vgl. WIENER: ZHR. 27, S. 381.

³ Oft freilich wird sie voll haften, so bei Fortführung der Firma oder Anzeige der Übernahme der Verbindlichkeiten an die Gläubiger.

falls nicht gefährdet, da die Vereinigung der Vermögen erst nach ihrer Befriedigung erfolgt. Gefahren für die Gläubiger entstehen erst, wenn eine Liquidation unterbleibt. Ihre Sicherung kann auf verschiedene Weise erfolgen. Einmal können sie gegen die Vornahme der Fusion ein Widerspruchsrecht haben; das ist der Standpunkt des italienischen Rechts, der auch in den Entwürfen, wie bereits erwähnt, aufrecht erhalten ist¹. Danach müssen vor der Durchführung der Fusion die Gläubiger durch Zahlung oder Hinterlegung befriedigt werden, oder aber sie müssen ihre Zustimmung zur Fusion erteilen (Art. 194/95). Andernfalls haben sie, und zwar auch die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft, innerhalb einer bestimmten Frist ein Widerspruchsrecht; bis zur rechtskräftigen Entscheidung über dasselbe hat die Durchführung der Fusion zu unterbleiben. Neben der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses ist eine solche der Bilanz erforderlich, und seitens der untergehenden Gesellschaft auch ein Plan über die Art der Schuldentilgung. Hier ist also der Gläubigerschutz sehr ausgedehnt, insbesondere, da auch den Gläubigern der aufnehmenden Gesellschaft ein Widerspruchsrecht eingeräumt ist, während umgekehrt die amerikanischen Statutarrechte besondere Gläubigerschutzvorschriften nicht aufweisen. Das deutsche Recht und seine Tochterrechte² schlagen einen Mittelweg ein, und geben Schutzvorschriften nur für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft. Danach erfolgt zwar die Befriedigung der Gläubiger nicht im Wege der Liquidation, jedoch muß bis zu ihrer Befriedigung bzw. Sicherstellung das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft getrennt verwaltet werden, sei es, daß diese getrennte Verwaltung eine rein tatsächliche³, sei es, daß sie eine tatsächliche und rechtliche Bedeutung hat. Das letzte ist im § 306 HGB. der Fall, der im Abs. II eine tatsächliche und in Abs. IV eine rechtliche Trennung vornimmt; damit ergänzt er bewußt das ADHGB.⁴, oder räumt jedenfalls die bestehenden Zweifel aus dem Wege.

II. 1. Es ist zunächst auf die tatsächliche Trennung der Vermögen einzugehen, die sich aus § 306, II ergibt⁵. Es ist hierbei zu beachten,

¹ Vgl. hierüber auch von der älteren Literatur LEHMANN: Bd. 2, S. 531/32.

² Vgl. auch neuestens Polen und Liechtenstein.

³ So nach herrschender Lehre Art. 247 ADHGB. (vgl. STAUB zu Art. 247, § 9c; STAUB-PISKO: Art. 247, § 9c; LEHMANN: ZHR. 50, S. 1ff.; a. M. WIENER: ZHR. 27, S. 376); das gleiche gilt für das Schweizer Recht (vgl. FICK: S. 36).

⁴ Vgl. Denkschrift, S. 181.

⁵ Über Besonderheiten bei der Fusion von Hypothekenbanken vgl. PINNER: BankArch. 26, S. 332; vgl. in diesem Zusammenhang auch (Voss. Ztg. vom 15. Juni 1929) die Fusion der Preußischen Pfandbriefbank mit der Preußischen Hypotheken-Aktien-Bank mit Rückwirkung auf den 1. Januar 1929.

daß der wirtschaftliche Zweck der liquidationslosen Fusion dahin geht, die geeinte Gesellschaft mit beiden Vermögen arbeiten zu lassen, und daß die getrennte Verwaltung diesen Zweck nicht vereiteln soll. Daher darf sie der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der übernehmenden Gesellschaft nur so weit entgegenstehen, als es der Gläubigerschutz unbedingt erfordert. Die Vorschrift ist also restriktiv zu interpretieren, sie beschränkt sich, wie FLECHTHEIM (JW. 1927, S. 1064) ausgeführt hat, im wesentlichen auf eine gesonderte Buch- und Kassenführung¹, so muß insbesondere während der getrennten Verwaltung gesonderte Bilanzierung erfolgen²; jedoch geschieht es in der Praxis oft, daß beide Bilanzen in eine zusammengeschoben werden, wobei jedoch erkennbar bleibt, welche Vermögensstücke zu jeder der beiden Vermögensmassen gehören. So weist AUERBACH a. a. O., S. 31 auf den Geschäftsbericht der Phönix 1906/7 nach der Fusion von Phönix—Nordstern—Hörder Bergwerks- und Hüttenverein hin.

2. Sonst aber treten alle Folgen der Fusion ein³. Es ist nicht erforderlich, daß die aufnehmende Gesellschaft räumliche Änderungen unterläßt, vielmehr kann sie solche ganz nach Belieben vornehmen, da sie wirtschaftlich freie Hand haben muß. Es ist sogar zulässig, daß das Geschäft der übertragenden in denselben Räumen geführt wird wie das der übernehmenden Gesellschaft. Werden von dem Vermögen der übernommenen Gesellschaft Stoffe zur Verarbeitung an das Vermögen der übernehmenden geliefert, und das geschieht bei vertikaler Konzentration sehr häufig, so liegt darin keineswegs ein Widerspruch zu der getrennten Verwaltung⁴. Es müssen nur die gegenseitigen Ausgleichsforderungen gebucht werden, und zwar figurieren diese Ausgleichsforderungen nicht etwa lediglich in den Büchern, vielmehr bestehen sie in der Tat, was insbesondere im Falle des Konkurses praktisch werden kann. Es besteht hier das Problem, ob Rechte jemandes gegen sich selbst denkbar sind. Diese Frage hat neuerdings RÜHL⁵ eingehend behandelt. Es ist hier nicht der Ort, diese Frage grundlegend zu erörtern;

¹ Vgl. hierzu auch BRODMANN: § 306, N. 2. Hierbei ist es übrigens zulässig, worauf STAUB-PINNER: § 306, Anm. 20, hinweist, daß mit Zustimmung der Gläubiger der übernommenen Gesellschaft das Konto der übernommenen auf das der übernehmenden übertragen, und unter Aufhebung des alten ein neues Schuldverhältnis begründet wird.

² Vgl. hierüber SCHMALENBACH: S. 131ff.; REHM: Bilanzen, 2. Aufl., S. 455; FIX: S. 114ff.

³ Grundstücke können jederzeit umgeschrieben werden, da es sonst an einem legitimierten Gläubiger der Grundstücksrechte fehlen würde, und die Gläubigerrechte dadurch nicht beeinträchtigt werden (KGJ. 46 A, S. 190).

⁴ So aber SCHNITZLER: Gläubigerschutz bei Fusionen, S. 42, der das Beispiel der Fusion von Spinnerei und Weberei gibt.

⁵ Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Behörden. 1926.

es sei nur gesagt, daß meines Erachtens im Gegensatz zur herrschenden Lehre RÜHL durchaus zu folgen und anzunehmen ist, daß beim Vorhandensein von Sondervermögen stets Rechte gegen sich selbst möglich sind¹. Denn das positive Recht gibt hierfür genug Beispiele; so weist RÜHL, S. 93 ff. auf die Rechtslage des Nachlasses bei Nachlaßverwaltung², auf die Rechtslage bei § 1417 BGB. und auf diejenige bei § 58, Ziff. 3 KO. und auf die evtl. Ansprüche des Gemeinschuldners gemäß § 59 Ziff. 1 KO. hin. Und es ist RÜHL durchaus zuzustimmen, wenn er diese Fälle in der oben angegebenen Weise verallgemeinert, denn „es entspricht . . . durchaus der Grundaufgabe unseres Rechts, anerkannten Interessen Schutz zu verleihen, wenn es aus diesen Vermögensverschiebungen Rechtsbeziehungen zwischen Sondervermögen und Hauptvermögen . . . entstehen läßt, und damit durch Ermöglichung von Ausgleichs- und Ersatzansprüchen dem wirtschaftlichen Gegensatz auch die entsprechende Rechtsform verleiht.“ Daher sind auch in unserem Fall tatsächliche Ansprüche zwischen den Vermögensmassen entstanden.

3. Natürlich kann die Gesellschaft im Rahmen der Verwaltung über die Gegenstände des Sondervermögens verfügen^{3,4}, da dem wirtschaftlichen Sinne der Fusion entsprechend kein Veräußerungsverbot gemäß § 135 BGB. besteht; aber derartige Verfügungen müssen sich von denen über das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft möglichst abheben⁵, was freilich nicht immer möglich sein wird. Denn es dürfen keine Gegenstände des übernommenen Vermögens im ausschließlichen wirtschaftlichen Interesse des übernehmenden Vermögens verwandt werden (so keine Verpfändung von Hypotheken für Schulden der übernehmenden Gesellschaft⁶). Andernfalls ist eine solche Verpfändung

¹ Vgl. RÜHL: a. a. O., S. 105.

² Vgl. §§ 1984, 1976 BGB., ferner § 1978, III.

³ Aus der Möglichkeit der Veräußerung einzelner Gegenstände zieht KAHN a. a. O., S. 80, analog den Schluß, daß dem Verschwinden einzelner Konten aus der Bilanz der übertragenden Gesellschaft diese Bestimmung des § 306 nicht entgegensteht. „Denn wenn durch Veräußerung beispielsweise das Warenkonto der übertragenden Gesellschaft verschwinden kann, dann ist nicht einzusehen, warum dasselbe nicht auch für das Kassakonto und vor allem die anderen Konten der Zahlungsreihe gelten soll, da, wo zwar keine Veräußerung stattfindet, wo aber in der Praxis eine Vereinigung der Vermögensgegenstände nach erfolgter Fusion sofort eintritt, und die Fortschreibung der Konten im einzelnen Betriebe hinderlich, vielleicht manchmal fast unmöglich ist. Einem Verschwinden dieser Konten steht dann einfach das entsprechende Gegenkonto, in dem die übernehmende Gesellschaft als Schuldnerin auftritt, gegenüber.“ Dem ist zuzustimmen (vgl. aber auch STAUB-PINNER: § 306, ANM. 17; v. ZIEGLER: S. 176) mit dem Hinzufügen, daß die Gesellschaft nicht nur als Schuldnerin auftritt, sondern es tatsächlich ist.

⁴ Vgl. RG. 84, S. 246. ⁵ Vgl. BRODMANN: § 306, N. 2.

⁶ Vgl. RG. und BRODMANN: a. a. O.

oder Veräußerung zwar wirksam, aber unter Umständen den Gläubigern gegenüber anfechtbar (vgl. unten)¹.

Erfolgt eine Verarbeitung nach § 950 BGB. im Rahmen des Sondervermögens, so gehören auch die neuen Gegenstände zum Sondervermögen. Was mit Mitteln des Sondervermögens erworben wird, wird grundsätzlich Bestandteil des Sondervermögens². Denn mit Recht betont das RG. a. a. O., daß der in §§ 2019, 2111 BGB. zum Ausdruck gelangte gesetzgeberische Wille wegen Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes auch hier gelten müsse. Ebenso ist ihm zuzustimmen, wenn es andererseits Bedenken trägt, den Grundsatz der §§ 1370, 1473, 1524, 1638, 2041, 2074 BGB. heranzuziehen, in denen davon die Rede ist, daß in das betreffende Vermögen gelangt, was durch ein auf das Sondervermögen bezügliche Rechtsgeschäft erworben wird. Denn da hier das Sondervermögen keine Aufwendungen mache, erscheine es bedenklich, diese speziellen Regeln anzuwenden. Auch erfordern die Gläubigerinteressen eine derartige weite Auslegung nicht. Zu dem Sondervermögen gehörende Forderungen werden diesem nicht dadurch entfremdet, daß die übernehmende Gesellschaft ein Kontokorrentsaldo zieht, und der Kunde dies anerkennt³. Denn die erfolgende Novation, die, wie das RG. a. a. O. ausführt, lediglich eine gedankliche Abstraktion darstellt, ist im Interesse der Verkehrsbedürfnisse erfolgt und darf diesen nicht Zwang antun. Das würde aber der Fall sein, wenn entgegen dem wirtschaftlichen Zwecke des § 306 dadurch die einzelnen Forderungen dem übernommenen Vermögen entfremdet werden. Nicht zulässig ist es, mit Forderungen des Sondervermögens gegenüber Forderungen gegen die aufnehmende Gesellschaft aufzurechnen⁴. Strittig ist es, ob der Jahresgewinn, der sich nach Abschluß des Geschäftsjahres für das übernommene Vermögen ergibt, unter die Aktionäre verteilt werden kann⁵. Meines Erachtens ist die Frage zu bejahen, wenn die Mittel zur Gewinnauszahlung neben dem ungeschmälernten Bestande des übernommenen Vermögens bar vorhanden sind, weil dann die Einflußlosigkeit solcher Dividendenzahlungen auf die Gläubigerrechte klar zutage liegt⁶.

4. Eine weitere Folge der tatsächlichen Trennung ist die im Abs. III bestimmte Regelung, daß der Gerichtsstand der untergegangenen Ge-

¹ a. M. v. ZIEGLER: S. 177.

² Vgl. RITTER: § 303, N. 6; GOLDSCHMIT: Anm. 7, N. 1: RG, 87, S. 434 ff.

³ Vgl. § 356 HGB.

⁴ RG. bei GRUCHOT: 57, S. 1033.

⁵ Dafür SCHNITZLER: S. 30; SCHMITT: S. 132; v. COSEL: S. 153; WIENER: S. 372; und wohl auch RG. 9, S. 19. Dagegen LEHMANN-RING: Anm. 8; GOLDSCHMIT: Anm. 7, N. 1; MAKOWER: III c 1, der den Gewinn bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften als einen notwendigen Reservefonds bezeichnet; und wohl auch BRODMANN: Anm. 2.

⁶ So ULLMANN: S. 87.

sellschaft während der Sperrfrist erhalten bleibt. Die Gläubiger können also am Gerichtsstand der übernehmenden Gesellschaft, die ja ihre Schuldnerin geworden ist, wie auch an dem der übernommenen klagen¹.

III. 1. Bei der tatsächlichen Trennung ist es aber nicht geblieben, vielmehr ist im § 306, IV eine besondere Stellung dieses Vermögens gegenüber den verschiedenen Gläubigern hinzugekommen. Das Handelsgesetzbuch geht insoweit über das ADHGB. hinaus. In der Denkschrift, S. 181 heißt es:

„Das Handelsgesetzbuch enthält keinerlei Vorschriften dahin, daß den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen zusteht, und es läßt sich bezweifeln, ob den Bestimmungen der Konkursordnung gegenüber ein derartiges Recht angenommen werden kann. Wäre die Frage zu verneinen, so hätte die getrennte Vermögensverwaltung für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft keinerlei praktische Bedeutung. Die Vorschrift des § 297, VI (= § 306, IV) beseitigt diesen Zweifel.“

Es fragt sich nun, wie diese Bestimmung konstruktiv zu verstehen ist, insbesondere, ob durch sie die Fortdauer der Rechtspersönlichkeit der untergegangenen Gesellschaft fingiert werden soll. Diese Frage ist zu verneinen, vielmehr anzunehmen, daß es sich lediglich um ein Sondervermögen der übernehmenden Gesellschaft handelt². OTTO v. GIERKE³ hat hier von einem körperschaftlichen Nachleben gesprochen, dem aber keineswegs die Fortdauer einer Verbandspersönlichkeit mit veränderter Zweckbestimmung gleichzusetzen wäre⁴.

„Denn in Wirklichkeit kann eine Person unmöglich sich selbst überleben, um die Regulierung ihres eigenen Nachlasses zu besorgen. Zur Fiktion einer solchen Fortdauer aber fehlt hier jeder positive Anhalt und jedes Bedürfnis. Vielmehr handelt es sich um die Nachwirkung der ehemaligen Persönlichkeit.“

GIERKE spricht dann von der objektiven Einheit des Verbandsvermögens, während subjektiv das Sondervermögen eigenen Schicksalen folge. An diesen Ausführungen, die sich auf Art. 247 ADHGB. beziehen, ist trotz des jetzt anscheinend entgegenstehenden Wortlautes von § 306, IV HGB. festzuhalten. Denn der Zweck dieser Vorschrift ist lediglich der, den Gläubigern ein besonderes Haftungsobjekt zu bieten,

¹ So STAUB-PINNER: Anm. 18; GOLDSCHMIT: Anm. 8; BRODMANN: Anm. 3; a. M. nur MAKOWER: III c 2, wonach die Gläubiger nur am Gerichtsstand der übernommenen Aktiengesellschaft klagen können; das ist jedoch abzulehnen, da die Zulässigkeit der Klage am Gerichtsstand der übernehmenden Gesellschaft selbstverständlich ist, und daher eine Sondervorschrift nur hinsichtlich des Gerichtsstandes der untergegangenen Gesellschaft erforderlich war; damit aber wird dieser keineswegs zum ausschließlichen.

² Vgl. auch SCHNITZLER: S. 13.

³ a. a. O., S. 884ff., insbesondere S. 885, Anm. 1.

⁴ Vgl. auch RG. 9, S. 11 ff.

um ihnen innerhalb und außerhalb des Konkurses Schutz zu gewähren. Insofern hat man durch die Fiktion dem Sondervermögen gegenüber den Gläubigern eine besondere Stellung gegeben. Damit bleibt es aber ein Sondervermögen der übernehmenden Gesellschaft, nicht bewirkt die Fiktion, daß die Rechtspersönlichkeit der untergegangenen Gesellschaft fortlebt. Hierfür besteht auch heute kein Bedürfnis, und begrifflich ist es, wie GIERKE durchaus zutreffend ausführt, ein Unding. Hieran ist bei der folgenden Erörterung dieser Vorschrift mit aller Entschiedenheit festzuhalten.

2. Es fragt sich nun, welche Rechte die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gegenüber diesem Sondervermögen haben. Zunächst ist zu betonen, daß die Forderungen dieser Gläubiger hinsichtlich des Sondervermögens allen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft vorgehen, auch wenn deren Forderungen nach der Fusion entstanden sind. Es heißt in der Denkschrift, S. 181 ausdrücklich.

„Was die Frage betrifft, ob das Recht der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegenüber allen sonstigen Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft oder nur gegenüber denjenigen anerkannt werden soll, deren Forderungen bereits vor der Vereinigung beider Gesellschaften begründet waren, so entscheidet der Entwurf diese Frage in ersterem Sinne; denn auch die Forderungen, welche erst nach dem gedachten Zeitpunkt entstanden sind, würden für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft außer Betracht geblieben sein, wenn die Liquidation stattgefunden hätte.“

Die umgekehrte Frage, ob hier nur Sonderrechte für die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft bis zur Verschmelzung oder auch für spätere statuiert werden, behandelt BRODMANN, § 306, Anm. 4c. Er betont, daß das Sondervermögen nicht etwas Starres sei, vielmehr sich im Fluß befände und durch Surrogation verändert werde; alte Gläubiger gingen, neue kämen. „Es ist nicht wohl denkbar, daß alle diese Gläubiger sich nicht sollen in gleichen Rechten mit den älteren Gläubigern an das Vermögen halten können, für welches sie geliefert haben, nicht an den Gegenstand, für welchen ihnen die Gesellschaft der Preis schuldig geblieben ist.“ Daher hätten diese Gläubiger zwar keinen Anspruch auf Trennung; solange sie jedoch erfolge, ständen ihnen die gleichen Rechte wie den alten Gläubigern zu. Diese Ausführungen sind meines Erachtens unrichtig. Denn von Gläubigern der übertragenden Gesellschaft kann nach der Fusion keine Rede sein; diese ist vielmehr untergegangen. Schuldnerin neuer Verbindlichkeiten wird allein die übernehmende Gesellschaft. Ob die neuen Gläubiger derart leisten, daß die bestellten Waren für das Sondervermögen oder für das übrige Vermögen der übernehmenden Gesellschaft geliefert werden, ist völlig gleichgültig. BRODMANN gerät in die Gefahr, tatsächlich die untergegangene Rechtspersönlichkeit als bestehend zu fingieren; davon kann aber keine Rede sein, und ein Vermögen als solches macht keine Schulden.

Auch besteht nicht das geringste Schutzbedürfnis. Denn die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sollen geschützt werden, weil sie ihre Schuldnerin verlieren und nicht wissen können, ob ihnen die neue gleiche Sicherheit bietet; diese Gläubiger aber wissen, mit wem sie kontrahieren. Eine Sonderstellung steht ihnen in keiner Weise zu.

3. Es ist nun zu scheiden zwischen den Sonderrechten der so abgegrenzten Gläubiger außerhalb des Konkurses und im Falle des Konkurses. Hier entsteht außerhalb des Konkurses die Frage, ob gegenüber einer Zwangsvollstreckung in das übernommene Vermögen den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO. zu gewähren ist, oder ob hier § 805 ZPO. Anwendung findet; und schließlich, ob ein derartiges Recht vielleicht gar nicht von den Gläubigern, sondern von dem Vorstand der aufnehmenden Gesellschaft selbst geltend zu machen ist. Hierbei ist zu erwägen, daß das Sondervermögen als Vermögen der untergegangenen Gesellschaft gegenüber den Gläubigern gilt, daß also die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers der übernehmenden Gesellschaft in einen nicht der Schuldnerin gehörenden Gegenstand erfolgt, so daß der in seiner Rechtssphäre verletzte Dritte¹ nach § 771 ZPO. intervenieren kann. Dieser Dritte ist aber die aufnehmende Gesellschaft, die somit eine Doppelstellung einnimmt². Daher ist zur Klage nach § 771 der Vorstand in seiner Eigenschaft als Vertreter der untergegangenen Gesellschaft berechtigt und verpflichtet³.

Andererseits haben die Gläubiger keinerlei Rechte an den einzelnen Gegenständen des getrennt zu haltenden Vermögens. Es besteht nur eine in ihrem Interesse gegebene gesetzliche Verpflichtung der übernehmenden Gesellschaft zur getrennten Vermögensverwaltung. Von einem Recht an dem Vermögen kann daher keine Rede sein; es besteht nur ein Recht auf dasselbe⁴. Gemäß § 771 ist aber erforderlich ein dingliches Recht am Gegenstand oder obligatorische Rechte, die in der Regel mit einem mittelbaren Besitz verbunden sind, oder, wie man auch sagt, obligatorische Rechte auf Herausgabe, nicht auf Verschaffung⁵. Hiervon kann aber seitens der Gläubiger nicht gesprochen werden; weder besitzen sie ein dingliches Recht an den einzelnen Gegenständen, noch haben sie ein obligatorisches auf Herausgabe eines einzelnen Gegenstandes. Vielmehr haben sie nur das allgemeine Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, nur daß wegen der Besonderheiten des vorliegenden

¹ Vgl. JAMES GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht 1929, S. 238.

² Vgl. hierzu auch RÜHL: a. a. O., S. 107, Anm. 5.

³ Vgl. auch LÖBENSTEIN: a. a. O., S. 35.

⁴ Vgl. STEIN-JONAS: § 778, N. 5.

⁵ Vgl. im einzelnen JAMES GOLDSCHMIDT: a. a. O., S. 236/7.

Falles zu ihrer Sicherung das Vermögen getrennt zu verwalten ist. Ein Widerspruchsrecht nach § 771 kommt daher nicht in Frage, aber auch kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO., da von einem dinglichen Befriedigungsrecht, wie gezeigt, an dem einzelnen Gegenstand nicht gesprochen werden kann. Mit Recht betont auch BRODMANN, § 306, Anm. 4b, daß wirtschaftlich das Interesse der Gläubiger lediglich darin besteht, daß das übernommene Vermögen ungestört weiter arbeiten kann, da der einzelne Gläubiger im Augenblick nichts zu fordern hat und nur hinsichtlich der Möglichkeit seiner rechtzeitigen Befriedigung gesichert sein will. Dagegen haben die Gläubiger neben dem Vorstand das allgemeine Recht der Erinnerung gemäß § 766 ZPO., da sie hieran ein berechtigtes Interesse besitzen. Mit Recht weist STEIN-JONAS, § 778, V darauf hin, daß dieselben Grundsätze gelten müßten, wie wenn auf Grund eines gegen den Erben lautenden Titels in den Nachlaß vor Annahme der Erbschaft vollstreckt würde (§ 778, II). Auch dort habe der Erbe die Interventionsklage nach § 771, da er mit dem Nachlaß nicht hafte, außerdem stände ihm und den Nachlaßgläubigern — diese seien aber hierauf allein angewiesen — das Recht der Erinnerung gemäß § 766 zu, das zur Aufhebung der Vollstreckung führe¹. Dieselben Grundsätze müssen wegen Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes auch hier gelten.

4. Noch erheblich verwickelter gestaltet sich die Rechtslage im Konkurse. Es fragt sich zunächst, was für Konkursfälle hier denkbar sind. Gehen wir von der Denkschrift, S. 181 aus, so sagt diese:

„Die im Entwurf vorgesehene Regelung verdient den Vorzug vor der Einräumung eines Konkursvorrechts, denn ein solches, auf einen Teil des Vermögens der übernehmenden Gesellschaft beschränktes Vorrecht würde mit den Grundsätzen der Konkursordnung nicht im Einklang stehen. — Die im Entwurf vorgesehene Regelung ermöglicht gegebenenfalls auch die Eröffnung eines besonderen Konkurses über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.“

Danach erscheint die Möglichkeit eines Sonderkonkurses ohne weiteres gegeben, wenn die Konkursgründe auch nur für das übernommene Ver-

¹ Vgl. auch SEUFFERT: ZZP. 22, S. 370; PLANCK-FLAD: § 1958 N 5 c; a. M. RIESENFELD: Erbenhaftung I, S. 55. Für den Fall der Fusion wie hier außer STEIN-JONAS: a. a. O., im wesentlichen BRODMANN: § 306 Anm. 4b; im Ergebnis ähnlich LEHMANN-RING: Anm. 10, der den Vorstand jedoch irrig als Vertreter der Gläubigerschaft ansieht (dagegen GOLDSCHMIT: Anm. 9a); zweifelnd RG. 84, S. 248; a. M. FÖRSTER-KANN: § 771 ZPO. N. 3 c aa; STAUB-PINNER: § 306, Anm. 19; BRAND: Anm. 6 c aa; RITTER: Anm. 8; GOLDSCHMIT: a. a. O.; ULLMANN: S. 78, die nur den Gläubigern gemäß § 771 ZPO. das Recht der Interventionsklage geben wollen; MAKOWER: Anm. III c 3, der Vorstand und Gläubiger intervenieren lassen will; SCHNITZLER: S. 53 ff., der zugunsten der Gläubiger §§ 772/3 ZPO. analog. JAEGER (vgl. §§ 207/8 KO.), der § 805 ZPO. anwendet.

mögen vorliegen¹. Es fragt sich aber, ob das in dieser Allgemeinheit richtig ist, und hier erscheinen die Ausführungen ULLMANNs, S. 83/84, wonach ein Sonderkonkurs nur im Rahmen des Gesamtkonkurses möglich ist, als durchaus beachtlich². Wenn wir zunächst den Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit ins Auge fassen, so ist zu beachten, daß Schuldnerin der Verbindlichkeiten die übernehmende Gesellschaft als solche ist. Nur von ihr kann Zahlung gefordert werden. Solange sie daher zahlen kann, ist Zahlungsunfähigkeit nicht gegeben; diese richtet sich also stets nach dem Status des Gesamtvermögens. Ob das übernommene Vermögen für sich isoliert betrachtet zahlungsunfähig ist oder nicht, erscheint unerheblich. Denn das Vermögen als solches schuldet nicht, sondern allein die übernehmende Gesellschaft, da die übertragende untergegangen ist. Hieran ändert auch die Fiktion nichts. Denn diese sagt nicht, daß die untergegangene Gesellschaft als Schuldnerin neben der übernehmenden weiter fingiert wird, sondern lediglich, daß das übernommene Vermögen weiter als das der untergegangenen gilt, und somit dem Zugriff der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft in erster Linie unterworfen ist. Die Selbständigkeit des Vermögens dient allein dem Interesse der Gläubiger, diese haben jedoch kein Interesse an einem Sonderkonkurs wegen Zahlungsunfähigkeit außerhalb des Gesamtkonkurses, da sie ja von der übernehmenden Gesellschaft befriedigt werden, und deren Verpflichtung von der Zahlungsunfähigkeit des Sondervermögens unberührt bleibt. Solange sie befriedigt werden, und das ist der Fall, solange das gesamte Vermögen zahlungsfähig ist, ist auch kein Konkursgrund für das Sondervermögen gegeben. Es ist also ULLMANN a. a. O. durchaus zuzustimmen, wenn er ausführt, daß der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit stets zum Gesamtkonkurse führt.

Ist das Sondervermögen überschuldet, so gilt folgendes. Für die Annahme eines Sonderkonkurses in diesem Fall spricht zwar der Wortlaut des Gesetzes, wenn man die Fiktion wörtlich nimmt; auch gehen die Ausführungen der Denkschrift zweifellos von dieser Annahme aus. Andererseits kann aber auch hier die Überschuldung des Sondervermögens zunächst den Gläubigern gleichgültig sein. Denn Schuldnerin ist nicht die untergegangene, sondern die übernehmende Gesellschaft, die ihrerseits nicht überschuldet ist. Die Stellung der Gläubiger wird durch die Überschuldung des Sondervermögens

¹ So auch die herrschende Ansicht. Vgl. BETT: Konkurs der Aktiengesellschaft, S. 12, 81; JAEGER: Konkursordnung, § 207, Anm. 2; STAUB-PINNER: § 306, Anm. 19; RG. 84, S. 247 usf.; vgl. aber auch GOLDSTEIN: Hirths Ann. 1901, S. 742, der nur ein Vorzugsrecht i. S. des § 61 KO. annimmt.

² Vgl. auch WIENER: ZHR. 27, S. 380.

nicht gefährdet, da nach erfolgter Verschmelzung keine neuen bevorrechtigten Gläubiger mehr auftauchen können, und eine Konkurrenz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft für sie hinsichtlich dieses Vermögens nicht besteht (anders im Falle des § 216, I KO.). Die Frage kann zweifelhaft sein, jedoch möchte ich auch in diesem Fall die Möglichkeit eines Sonderkonkurses verneinen¹.

Kommt es zum Gesamtkonkurse, so ist zu prüfen, ob das Sondervermögen in die Konkursmasse fällt oder nicht. Meines Erachtens ist die Frage zu verneinen, denn das folgt aus dem wirtschaftlichen Zwecke der Fiktion². Daher hat der Vorstand der in Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft, nicht aber der Konkursverwalter (§ 6 KO. kommt insoweit nicht zur Anwendung), ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. gegenüber der Konkursmasse; keineswegs aber steht ein solches Recht den Gläubigern zu³. Reicht das Sondervermögen zur Befriedigung der Separatgläubiger aus, so erfolgt diese im Wege der Liquidation des Sondervermögens. Die Liquidation ähnelt, wie JAEGER: Konkursordnung, §§ 207/8, Anm. 21, betont, der Nachlaßverwaltung. Der sich ergebende Überschuß fällt in die Konkursmasse⁴. Ist nun freilich auch das Sondervermögen überschuldet, so erfolgt hier im Rahmen des Gesamtkonkurses ein Sonderkonkurs⁵. Insoweit würde das Aussonderungsrecht dem Konkursverwalter des Sonderkonkurses zustehen⁶. Zur Konkursmasse gehören auch etwaige Ansprüche gegen die übernehmende Gesellschaft⁷, jedoch nicht die Schadenersatzansprüche aus § 306, VI⁸. Der Konkursverwalter hat, wie das Reichsgericht in RGE. 84, S. 251 ausführt, nicht das Recht, Gegenstände, die vor der Sonderkonkursöffnung von der übernehmenden Gesellschaft zur Sicherung an Dritte übereignet worden sind, zur Konkursmasse zu ziehen, da § 306, IV nicht zugunsten der Gesellschaft selbst gilt. Wohl aber können solche Rechtshandlungen anfechtbar sein, wenn die Voraussetzungen der konkursrechtlichen Anfechtung vorliegen. Die Gläubiger

¹ Folgt man der herrschenden Lehre, so ist zu betonen, daß die Gläubiger durch den Sonderkonkurs nicht gehindert werden, auf das übrige Vermögen der übernehmenden Aktiengesellschaft zu greifen, da § 14 KO. nicht entgegensteht (vgl. JAEGER: a. a. O.).

² Ebenso v. ZIEGLER: S. 152; zweifelnd, aber wohl mehr a. M. RG. in JW. 1913, S. 334²¹.

³ So aber STAUB-PINNER: § 306, Anm. 19; GOLDSCHMIT: Anm. 7b; BRAND: Anm. 6c; MAKOWER: Anm. III c 3; wie hier aber STEINBECK: S. 52.

⁴ Vgl. JAEGER: a. a. O.

⁵ Vgl. ULLMANN: a. a. O.; JAEGER: a. a. O.; STAUB-PINNER: a. a. O.; RG. 84, S. 242.

⁶ Vgl. MENTZEL: § 43 KO. Anm. 6.

⁷ Vgl. die obigen Ausführungen im Anschluß an die Theorie RÜHLS.

⁸ Vgl. hierzu RGE. 84, S. 251; aber auch JAEGER: a. a. O. Vgl. unten unter V.

dürfen ihre Forderungen natürlich auch gleichzeitig im Hauptkonkurse der übernehmenden Gesellschaft geltend machen; jedoch ist fraglich, ob insoweit § 68 oder § 64 KO. zur Anwendung kommt. Meines Erachtens gilt hier das Prinzip des § 64 KO. zwar nicht unmittelbar, wohl aber analog. Denn unmittelbar sind beide Paragraphen nicht anwendbar, § 64 nicht, weil die Gläubiger kein Absonderungsrecht haben, § 68 nicht, weil nur ein Verpflichteter da ist, und die Fiktion die untergegangene Gesellschaft nicht als Gemeinschuldnerin wieder aufleben läßt. Immerhin steht der Fall § 64 näher, und ein Zugriff auf beide Vermögensmassen könnte leicht zu Unbilligkeiten gegenüber den übrigen Gesellschaftsgläubigern führen. Es trifft daher den Kern nicht, wenn BRODMANN a. a. O. die Anwendung des § 68 für gerechtfertigt ansieht, weil die Gesellschaft die unbeschränkte Haftung für fremde Schuld übernommen hat. Die analoge Anwendung des § 64 KO. läßt sich auch unmittelbar auf eine Bestimmung der KO. stützen, zwar nicht auf § 212¹, wohl aber auf § 234². Denn dem Konkursverfahren über das Vermögen des Erben entspricht das Konkursverfahren über das Hauptvermögen der übernehmenden Gesellschaft, dem über den Nachlaß das über das Sondervermögen. Und auch hier findet auf Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, § 64 entsprechende Anwendung. Meines Erachtens muß hier das gleiche gelten³.

IV. 1. Die im § 306, IV normierten Wirkungen der getrennten Verwaltung bestehen, solange dieselbe dauert, also bis zur endgültigen Vereinigung der beiden Vermögen. Diese darf nach Abs. V erst erfolgen, wenn die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft gemäß § 297 zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert sind⁴. Ferner sind die Vorschriften des § 301 zu beobachten, d. h., es ist ein Sperrjahr abzuwarten, innerhalb dessen die Gläubiger sich melden müssen, um befriedigt zu werden. Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so erfolgt Hinterlegung. Ist die Berichtigung der Verbindlichkeit nicht ausführbar, oder ist sie bestritten, so ist Sicherheit zu leisten. Die Leistung von Sicherheit muß, wie das Reichsgericht Bd. 72, S. 16ff. ausgeführt hat, auch erfolgen bei der Fusion von Versicherungsgesellschaften, da die gemäß § 14 PrivVersUntG. erforderliche Prüfung und Genehmigung der Fusion durch die Aufsichtsbehörde nur die öffentlich-rechtliche Seite der Fusion berührt und in die Vorschriften des Handelsgesetzbuches nicht eingreift. Ebenso wenig genügt die Prämienreserve

¹ So MAKOWER: a. a. O.

² So WANDSCHNEIDER: S. 108ff.

³ So auch JAEGER: a. a. O., der aber § 64 direkt anwendet, da er ein Absonderungsrecht für gegeben ansieht.

⁴ D. h. dreimalige Aufforderung in den Gesellschaftsblättern; vgl. aber auch § 7 der VO. vom 14. Februar 1924.

als Sicherheitsleistung, da sie eine andere Sicherheit darstellt, als es das Gesetz verlangt. Ist die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger geschehen, so kann nach Ablauf des Sperrjahres die Vereinigung der beiden Vermögen erfolgen. Es kann aber auch bei der getrennten Verwaltung verbleiben, jedoch wird das kaum vorkommen, da die Tendenz in durchaus entgegengesetzter Richtung liegt, wie noch zu zeigen sein wird¹. Nach der Vereinigung besteht kein Unterschied zwischen den Gläubigern mehr; die Gesellschaft haftet allen mit ihrem ganzen Vermögen².

2. Es fragt sich weiter, was geschieht, wenn vor Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften die Vereinigung der Vermögen erfolgt, und somit gegen das Verbot des § 306, V verstoßen wird. Das Reichsgericht³ hat entschieden, daß eine vorherige Vereinigung den Gläubigern gegenüber unwirksam ist, und daraus die weitere Folgerung gezogen, daß in etwaigen Prozessen, die die Gläubiger gegen die übernehmende Gesellschaft anstrengen, nicht sie dafür beweispflichtig sind, daß der umstrittene Gegenstand zum Sondervermögen gehört, sondern umgekehrt die übernehmende Gesellschaft für die gegenteilige Tatsache; denn für die Gläubiger werde durch die unzulässige Vereinigung die Beweislast erschwert. So selbstverständlich ist jedoch die Annahme von der Unwirksamkeit einer vorherigen Vereinigung keineswegs. Denn aus dem Gesetz ergibt sich nur, daß die eigentümliche rechtliche Wirkung an die tatsächliche Trennung geknüpft wird, die erst unter gewissen Voraussetzungen aufgehoben werden darf. Dieses Nichtdürfen, wohlgemerkt, von einem Nichtkönnen ist nicht die Rede, wird gesichert durch die Haftung der Organe der übernehmenden Gesellschaft gemäß § 306, VI HGB., wonach die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates gesamtschuldnerisch für die Einhaltung der getrennten Verwaltung verantwortlich sind; die Mitglieder des Aufsichtsrates jedoch nur, soweit die Vereinigung beider Vermögen mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist. Man kann nun sehr wohl der Ansicht sein, daß der Gesetzgeber das Gebot des § 306 Abs. V nur durch die von jedem Gläubiger geltend zu machen den Schadensersatzansprüche des Abs. VI gesichert hat, im übrigen aber eine vorzeitige Vereinigung wirksam ist⁴. Das Reichsgericht hat aber bereits in RG. 72, S. 21 mit Recht betont, daß derartige Ersatzansprüche ihrem Erfolg nach unsicher seien, und daher a. a. O.⁵

¹ Vgl. hierzu BRODMANN: § 306, N. 5; STAUB-PINNER: Anm. 20; LEHMANN-RING: Anm. II; vgl. aber auch v. COSEL: S. 168, betr. die Versicherungsgesellschaften.

² Über Fälle, wo das praktisch wird, vgl. STAUB-PINNER: § 306, Anm. 20.

³ Vgl. RGZ. 84, S. 247; 87, S. 440.

⁴ Vgl. auch BRODMANN: § 306, Anm. 4e; v. ZIEGLER: S. 176.

⁵ In Übereinstimmung mit dem ROHG. 23, S. 152; 24, S. 251.

einem Gläubiger das Recht zugesprochen, gegenüber der Gefahr einer vorzeitigen Vereinigung Sicherungsmaßregeln zu treffen, insbesondere darauf zu klagen, daß das Gericht der Gesellschaft die vorzeitige Vereinigung ohne vorherige Sicherheitsleistung verbietet¹. Ferner hat es entschieden, daß gemäß § 259 ZPO. für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Verbot eine Verurteilung zur Sicherheitsleistung erfolgen kann. Man wird aber auch mit dem Reichsgericht in RG. 84, S. 247 einen weiteren Schritt machen müssen, und eine bereits erfolgte vorzeitige Vereinigung als unwirksam gegenüber den Separatgläubigern anzusehen haben. Denn solange die Schutzvorschriften bestehen, gilt es, sie ihrem Sinne nach auszulegen, und da muß man anerkennen, daß eine genügende Sicherung in derartigen Ersatzansprüchen nicht gesehen werden kann. Daher ist dem Reichsgericht aus dem Sinne des § 306, V heraus zuzustimmen, wenn auch der Wortlaut nicht eindeutig ist.

V. Über die Haftung der Organe vgl. im einzelnen BRODMANN, § 306 Anm. 6. Es ist hervorzuheben, daß es sich hier um einen Schadensersatz-, nicht um einen Ersatzanspruch handelt². Der Anspruch ist insofern subsidiär, als er nur geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger von der Gesellschaft nicht befriedigt wird, da er nur dann einen Schaden erleidet. Im Sonderkonkurse steht dieser Anspruch nicht dem Konkursverwalter des Sonderkonkurses zu³. Hinsichtlich der Verjährung der Schadensersatzansprüche nimmt BRODMANN, § 306, a. a. O. an, daß sie nach 30 Jahren erfolge, da der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung der §§ 241, V, 249, IV HGB. nicht vorgesehen habe; nach RITTER, § 306, Anm. 10 verjähren sie gemäß § 852 BGB. in 3 Jahren, da eine unerlaubte Handlung vorliege. Das letzte ist mit BRODMANN a. a. O. abzulehnen, jedoch dürfte meines Erachtens die Analogie zu §§ 241, V, 249, IV, da es sich offenbar um ein Versehen handelt, nicht zu kühn, und eine fünfjährige Verjährungsfrist anzunehmen sein.

VI. Nachdem wir so ein Bild des geltenden Rechtszustandes gewonnen haben, ist weiter anläßlich der Reform zu prüfen, wie die

¹ Vgl. auch § 938, II ZPO.

² So auch die herrschende Lehre STAUB-PINNER: § 241. Anm. 9; a. M. BRODMANN: § 306 Anm. 6 und § 241, Erl. 3b. (Selbst wenn man bei § 241 zweifeln sollte, ist hier meines Erachtens nicht der geringste Grund dafür vorhanden)

³ a. M. STAUB-PINNER: § 306. Anm. 21, § 241, Anm. 16. Zwar hat das RG. das Gegenteil für den Fall des § 241 aus der Analogie zu §§ 171, 217 HGB. ausgesprochen (vgl. RG. 39, S. 64; RG. 74, S. 429; a. M. u. a. JAEGER: Konkursordnung. § 208 Anm. 30). Jedoch kann diese Analogie in unserem Falle nicht gelten, da hier diese Ansprüche nur den Gläubigern, nicht aber auch der Gesellschaft selbst zustehen (vgl. RGE. 84, S. 251).

gesetzlichen Bestimmungen sich wirtschaftlich ausgewirkt haben. Hier haben sich nun starke Mißstände gezeigt, die in vielen Fällen zur Nichtbeobachtung dieser Vorschriften geführt haben. So ist insbesondere bei Bankfusionen zwar theoretisch denkbar, alle erforderlichen Buchungen vorzunehmen; jedoch erfordert das einen ungeheuren Aufwand an Personal und Arbeit und ist praktisch wertlos, da es ganz im Belieben der Gesellschaft steht, über welche Konten sie die einzelnen Geschäfte gehen lassen will. Vor allem aber bestehen bei der modernen wirtschaftlichen Konzentration gegen diese Vorschrift überhaupt starke Bedenken. Denn der Zweck von Fusionen in der heutigen Zeit, insbesondere in Deutschland, ist der der sofortigen Rationalisierung, d. h. es sollen sofort die Betriebe zusammengeworfen, die einen mehr ausgenutzt, die anderen sofort stillgelegt werden. Die Folgen sind Ersparnisse bei der Produktion und solche in der Verwaltungsorganisation, die möglichst schnell verkleinert werden soll. Diese wirtschaftlichen Gründe aber, die die Fusionen veranlassen und zum Teil erzwingen, stehen dem Gedanken einer Sperrfrist von mindestens einem Jahre durchaus entgegen. Denn dadurch wird ein Zwang ausgeübt, den Einzelbetrieb in seiner Selbständigkeit bestehen zu lassen und die sofort erforderliche Rationalisierung hinauszuschieben. Hierdurch entstehen unnötige Kosten, an denen weder die Gläubiger, noch die Aktionäre ein Interesse haben. Es hat sich daher in der Praxis der Zustand entwickelt, daß, wie es FLECHTHEIM: JW. 1927, S. 1064 offen ausgesprochen hat, die getrennte Verwaltung überhaupt nicht durchgeführt wird. Kennzeichnend für die Art, wie in Wirtschaftskreisen über die Sperrfrist gedacht und wie sie beachtet wird, ist folgender Vorfall aus dem Enqueteausschuß, S. 450/1, der wörtlich wiedergegeben sein mag.

Sachverständiger Dr. HACHENBURG:

Haben Sie denn bei der Fusion (der der I. G. Farben) die gesetzlichen Vorschriften über die Trennung des Vermögens während eines Jahres beobachtet?

Sachverständiger Geheimrat BOSCH:

Das weiß ich wirklich nicht. Wir haben, glaube ich, eine Extrabilanz für die Zwischenzeit aufmachen müssen.

Sachverständiger Prof. Dr. FLECHTHEIM:

Nach meiner Information ist es nicht geschehen, und insbesondere bei der Fusion mit Köln-Rottweil nicht. Eine solche Trennung des Vermögens würde ja auch dem Zweck dieser Fusion geradezu im Wege gestanden haben.

Sachverständiger Dr. HACHENBURG:

Ich wollte fragen, ob diese Bestimmung überhaupt aufrechterhalten werden kann, und interessiert es mich, ob man bei diesem typischen Fall der großen Fusion daran gedacht hat. Es war mir interessant festzustellen, daß man das nicht machen kann.

Man sieht hieraus, daß in der Praxis diese Vorschriften jedenfalls bei großen Fusionen nicht eingehalten werden. Und so heißt es beispiels-

weise auch in dem von FLECHTHEIM dem Enqueteausschuß erstatteten Bericht, S. II:

„Neuerdings hat sich in der Praxis gezeigt, daß die Gläubigerschutzbestimmungen im Falle der Fusion bei Großunternehmungen nicht durchführbar sind. Das gilt insbesondere von dem Gebot getrennter Vermögensverwaltung nach § 306, II HGB. Man nimmt die im § 306, VI statuierte Verantwortlichkeit nicht allzu ernst.“

Zu diesem Gesichtspunkt kommt noch ein zweiter. Man hebt hervor, daß das Kennzeichen der heutigen Fusionen nicht die Aufsaugung eines schwachen Unternehmens durch ein großes ist, daß vielmehr gleich starke Gesellschaften sich zusammenschließen. Bei einer solchen Fusion sei es nun aber Zufall, welches Unternehmen das andere aufnehme, so wäre mitunter entscheidend, daß das eine Unternehmen an der Börse zugelassene Aktien besitzt, das andere nicht. Es sei nicht einzusehen, warum nur die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft geschützt würden, weil man die beispielsweise in Amerika viel häufigere Form der Konsolidation, d. h. des Zusammenschlusses zu einer neuen Gesellschaft, aus Kostenersparnisgründen und mangels gesetzlicher Regelung nicht wählen könnte. Man müsse daher, wenn man die geltende Bestimmung aufrechterhalten wollte, auch an den Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft denken. So hat z. B. HACHENBURG in seinem Bericht für den Enqueteausschuß, S. 49, ausgeführt:

„Die Bestimmung zum Schutz der Gläubiger der aufgelösten in die aufnehmende übergehende Gesellschaft (§ 306 HGB.) wird jetzt entbehrlich sein. Andernfalls müßte man auch an die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft denken. Es hängt oft von Zufälligkeiten ab, welcher Gesellschaft die eine oder die andere Rolle zufällt.“

VII. 1. Die Kommission des Deutschen Juristentages¹ hat sich diesen Gedankengängen im weitesten Maße zugänglich gezeigt, indem sie vorgeschlagen hat, die Abs. II—VI des § 306, also die Bestimmungen, die von der getrennten Verwaltung handeln, zu streichen. Auch sie wiederholt in ihrer Begründung die oben dargelegten Gedankengänge, daß diese Bestimmungen nicht durchführbar seien, und daß, wenn sie es wären, heute auch ein Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft gefordert werden müsse. Hierfür sehe sie jedoch keinen geeigneten Weg, daher empfehle sie die Streichung dieser Bestimmungen um so mehr, als Gläubigerschädigungen durch Fusionen verhältnismäßig selten erfolgt wären. Es genüge vielmehr grundsätzlich die Verantwortlichkeit der Organe. Jedoch müßten auch die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft imstande sein, derartige Ansprüche geltend zu machen; sie sollte daher insoweit als fortbestehend gelten. Die

¹ Vgl. Bericht S. 40/1.

Kommission schlägt demgemäß folgende Bestimmung vor, die an Stelle der Abs. II—VI des § 306 treten soll:

„Die Geltendmachung der Ansprüche der durch Fusion erloschenen Gesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates wegen Verletzung der ihnen bei der Fusion obliegenden Sorgfalt kann auch nach der Fusion seitens der Aktionäre erfolgen. Dies kann nur durch einen für alle Aktionäre auf Antrag eines oder mehrerer derselben durch den Handelsregisterrichter der Hauptniederlassung zu bestellenden Treuhänder geschehen. Dieser hat nach Erledigung seiner Aufgaben den erzielten Betrag zunächst zur Befriedigung der Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft, soweit diese aus der verschmolzenen Gesellschaft nicht sichergestellt oder befriedigt werden, zu verwenden. Der Rest ist unter die Aktionäre zu verteilen. In Betracht kommen nur Gläubiger und Aktionäre, die sich auf öffentliche Aufforderung des Treuhänders innerhalb einer von diesem zu bestimmenden angemessenen Frist melden. Die Frist ist mindestens 1 Monat.“

2. Bei der Beurteilung dieser Vorschläge ist davon auszugehen, daß in der Tat Gläubigerschädigungen durch Fusionen nicht allzu häufig sind, so daß die Bonner Dissertation von SCHNITZLER aus dem Jahre 1924, die sich ausschließlich mit der Frage des Gläubigerschutzes bei der Fusion beschäftigt, zur Erklärung der Tatsache, daß diese Vorschriften so selten behandelt würden, auf S. 4 ausführt: „Erklären mag dies die überaus große Seltenheit der Fälle, in denen diese Bestimmungen praktische Bedeutung erlangt haben.“ Das ergibt sich aus der einfachen Erwägung, von der SCHMALENBACH, S. 126, a. a. O. mit Recht ausgeht, daß eine Gesellschaft in der Regel nicht ihr Vermögen hingibt an eine solche, die nicht einmal den Gläubigern, viel weniger den Aktionären sicher ist. Immerhin haben sich auch solche Fälle bereits ereignet; aber im Normalfalle, Betrugereien können natürlich immer vorkommen, wird eine Gesellschaft sicher nicht in einer anderen aufgehen, lediglich um die Gläubiger zu schädigen, da insoweit Gläubiger- und Aktionärsinteressen sich decken. Von hier aus könnte man nicht ohne Grund besondere Gläubigerschutzvorschriften für überflüssig erklären. Man könnte sich hierfür auch auf die amerikanischen Statutarrechte, so auf die neuesten von New York und Delaware, berufen, die in den Fällen von merger (Fusion wie in § 306) oder der in Amerika häufigeren consolidation (Zusammenschluß zu einer neuen dritten Gesellschaft), keine besonderen Gläubigerschutzvorschriften aufweisen, obwohl auch dort eine Liquidation nicht stattfindet. Doch hat LEHMANN a. a. O. II, S. 534 meines Erachtens mit Recht hiergegen erhebliche Bedenken geäußert. Und in der Tat die meisten übrigen Staaten sind erheblich mehr auf Sicherung der Gläubiger bedacht¹. Am weitesten geht darin wohl das englische Recht, das bis zu der soeben am 1. November

¹ In der Schweiz will man gerade jetzt die tatsächliche auch zu einer rechtlichen Trennung erweitern. Vgl. FICK: S. 55.

1929 in Kraft getretenen Augustnovelle von 1928 gemäß sec. 192 des Aktiengesetzes von 1908 überhaupt nur eine amalgamation kannte, deren Voraussetzung die Liquidation war. Aber auch die Novelle, die die liquidationslose amalgamation einführt, verlangt hierzu eine Bestätigung des Gerichts, wobei in dem Fusionsplan ausdrücklich Bestimmungen über den Schutz der Gläubiger der sich zusammenschließenden Gesellschaften vorgesehen sein müssen. Und das italienische Recht und seine Tochterrechte, hierauf ist bereits hingewiesen worden, geben den Gläubigern aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften ein Widerspruchsrecht, über das rechtskräftig zu entscheiden ist, es sei denn, daß die Gläubiger vor Durchführung der Fusion durch Zahlung befriedigt oder sichergestellt werden.

Wenn somit eine rechtsvergleichende Übersicht keineswegs für den Wegfall jeglicher Gläubigerschutzvorschriften spricht, so ist auch bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte eine gewisse Vorsicht geboten. Zunächst muß grundsätzlich ein Bedenken erhoben werden, was auch an anderer Stelle des Kommissionsberichtes sich, um es vorsichtig auszudrücken, nicht ganz unterdrücken läßt, nämlich, daß die Kommission etwas einseitig von den Bedürfnissen des Großunternehmens ausgeht. Und es mag richtig sein, daß man hier leichter die Verantwortlichkeit auf sich nehmen kann, die getrennte Verwaltung nicht einzuhalten¹, obwohl der Zusammenbruch der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-AG. gezeigt hat, daß es mit der sog. Kontrolle der großen Unternehmungen durch die Öffentlichkeit nicht weit her ist und daher ein Schutz der Gläubiger auch dieser Unternehmungen in jeder Hinsicht als angebracht erscheint. Dazu kommt, daß unser Aktienrecht kein Recht für das Großunternehmen allein ist und es nach Ansicht der Kommission auch nicht werden soll. Erkennt man das aber, so muß man von einer normalen Aktiengesellschaft ausgehen, um gegebenenfalls an den Stellen, wo die gewöhnlichen Bestimmungen auf das Großunternehmen durchaus nicht passen, abweichende Sondernormen zu statuieren^{2,3}. Und dann noch ein zweites. Man hat bei der Reform nicht laut genug betonen können, daß etwas Dauerhaftes

¹ Vgl. auch BRODMANN: ZHR. 94, S. 84.

² Vgl. hierzu auch RATHENAU: Vom Aktienwesen, S. 40/I.

³ In diesem Zusammenhang ist von Interesse, auf die Ordnung der Aktiengesellschaften nach Größenklassen hinzuweisen (vgl. Wirtschaft und Statistik 1929, S. 169ff.; Fragebogen VII des RJustMin.):

	der Anzahl nach	dem Kapital nach
kleinere Gesellschaften (weniger als 500000 RM.)	56,0%	4,2%
mittlere Gesellschaften (500000 bis 5 Mill. RM.)	33,2%	25,0%
759 große Gesellschaften (5 Mill. bis 50 Mill. RM.)	6,0%	70,0%
davon 63 Riesengesellschaften (von 50 Mill. RM. aufwärts)		35,5%

geschaffen werden müßte, und daß nicht wegen einzelner Mißbräuche und Erscheinungen der jetzigen Zeit Bestimmungen geschaffen werden dürften, die sich doch bald überlebt haben würden. Nun ist ohne weiteres klar, daß der Zusammenschluß von gleich starken Unternehmungen ganz besonders bedingt ist durch die heutige schlechte wirtschaftliche Lage, die zu Zusammenschlüssen nötigt, um dadurch wirtschaftlich einigermaßen kräftig dazustehen. Diese Periode braucht aber keineswegs fortzudauern, und es kann durchaus wieder eine Aufsaugungsperiode einsetzen. Wegen einer augenblicklichen, hoffentlich wieder vorübergehenden, Erscheinung das Gesetz derartig grundlegend zu ändern, kann mehr als fraglich erscheinen, das um so mehr, als diese ganze Art der Fusion ihrem Wesen nach gar nicht unter § 306 HGB., sondern unter den Begriff der Fusion fällt, wonach zwei Gesellschaften sich zu einer dritten vereinigen (Konsolidation). Dann sollte man eine diese Form der Fusion regelnde Bestimmung einführen, wie es auch in dem österreichischen Entwurf von HOFMANNSTHAL vorgesehen ist, und ihr in steuerlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten in den Weg legen. Aber auch dann kann es sehr zweifelhaft sein, ob man für diesen Fall nicht ebenfalls irgendwelche Gläubigerschutzvorschriften gibt, wobei dann die Gläubiger beider Gesellschaften in gleicher Weise geschützt werden könnten.

Solange man aber an der Form des § 306 festhält und ausdrücklich¹ ein Bedürfnis für die Schaffung einer derartigen Bestimmung verneint, ist meines Erachtens eine Streichung der Gläubigerschutzvorschriften nicht in dem Umfange, wie es die Kommission vorschlägt, zu empfehlen. Denn das Argument, es kämen selten Gläubigerschädigungen durch Fusion vor, schlägt nicht durch. Mit Recht hat RATHENAU² einmal gesagt, daß der Wert vieler Vorschriften in being bestände; sie wirkten durch ihr Dasein. Es ist nicht einzusehen, daß der Wert einer Bestimmung dadurch geringer wird, weil nicht oft genug Schäden eintreten. Es kommt hinzu, daß gerade unsere augenblickliche Wirtschaftsperiode durchaus nicht dazu angetan ist, etwaige Befürchtungen in dieser Hinsicht zu zerstreuen. Denn wir sind in einer Entwicklung begriffen, die in vielen Zügen der amerikanischen ähnelt, und die dort angewandten Praktiken und Mittel, die einen Schutz dringend wünschenswert erscheinen lassen, hat ja LIEFMANN in seinem Buch: *Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften*, eindringlich genug geschildert³. Der gegenwärtige Zeit-

¹ KommBer.: S. 42; vgl. auch Fragebogen VII, Frage 74.

² Vom Aktienwesen, S. 55.

³ Vgl. auch die Beurteilung der heutigen kaufmännischen Geschäftsbearbeitung in dem Geschäftsbericht der Hermes, Kreditversicherungsbank AG. Berlin (Voss. Ztg. vom 11. Juni 1929). Der Zusammenbruch der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs-AG. ist ebenfalls keineswegs dazu

punkt erscheint daher für ein Fallenlassen der in fast allen Staaten zu findenden Gläubigerschutzvorschriften denkbar ungeeignet. Andererseits dürfen die Vorschriften natürlich nicht derart sein, daß sie nicht durchführbar sind. Hierbei haben wir oben gesehen, daß es in einer Reihe von Fällen, so bei Bankfusionen, die größten Schwierigkeiten bereitet, eine getrennte Buchung durchzuführen, ohne daß damit praktisch etwas erreicht wird, ferner daß heute in sehr vielen Fällen der Rationalisierungsgedanke einer Trennung der Vermögen entgegensteht. Jedoch ist hierbei zu betonen, daß die zweite Erscheinung ein vorübergehendes Moment ist und theoretisch der Möglichkeit einer Sperrfrist nichts entgegensteht. Ferner aber muß auch darauf hingewiesen werden, daß die Fusion großer industrieller Werke nicht derart geschieht, daß die sämtlichen Betriebe von einem Tag auf den anderen zusammengeworfen werden, vielmehr nimmt die Neuorganisation einige Zeit in Anspruch, um alle erforderlichen Vorbereitungen zur stärkeren Ausnutzung einzelner und Stilllegung anderer Betriebe zu treffen sowie den Abbau von Arbeitskräften in die Wege zu leiten.

Aus all diesen Momenten aber ergibt sich meines Erachtens, daß die generelle Abschaffung der Sperrfrist zu weit geht, da diese wohl in einer Reihe von Fällen, und zwar besonders unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Wirtschaftslage, nicht einzuhalten ist, daß dies aber keineswegs für die Mehrzahl der Fälle und für jede Wirtschaftsperiode gilt, so daß es voreilig wäre, die geltende Bestimmung, die einen durchaus gesunden Gedanken enthält, ganz zu streichen. Jedoch muß für die Fälle, in denen eine Durchführung der getrennten Verwaltung der aufnehmenden Gesellschaft nicht zugemutet werden kann, ein Ausweg gefunden werden. Hierbei empfiehlt sich nun zwar nicht die von verschiedenen Seiten vorgeschlagene Herabsetzung der Sperrfrist etwa auf 3 Monate (so BRODMANN a. a. O., S. 85)¹. Denn damit dürfte in den betreffenden Fällen wenig gedient sein. Vielmehr ist meines Erachtens grundsätzlich an der Sperrfrist von einem Jahr festzuhalten, jedoch ist diese Bestimmung dahin zu erweitern, daß die aufnehmende Gesellschaft mit Zustimmung des Registerrichters von der getrennten Verwaltung absehen kann; die Zustimmung wäre nur dann zu erteilen, wenn dem Registerrichter auf Grund eines schriftlich ausgearbeiteten Gutachtens der Handelskammer dargetan wird, daß eine Innehaltung der Sperrfrist

angetan, die vorhandenen Bedenken aus dem Wege zu räumen. Über die Lehren dieses Falles für die Aktienrechtsreform vgl. Frankf. Ztg. vom 23. August 1929.

¹ Diese Frist gilt in Österreich; dort darf gemäß Art. 247, Abs. II, Ziff. 5 in Verbindung mit Art. 245 und der kaiserlichen VO. vom 21. Juni 1873 (RGBl. 144) die Vereinigung des Vermögens frühestens 3 Monate nach der übrigens fakultativen öffentlichen Aufforderung der Gläubiger erfolgen. Vgl. STAUB-PISKO: Art. 247, § 13; PISKO: Handelsrecht, S. 471.

nicht möglich erscheint, und eine Gefährdung der Gläubiger nicht zu erwarten steht. Eine derartige Mitwirkung des Gerichts hat nichts Außergewöhnliches, findet sich z. B. auch, wie bereits oben betont, neuestens in England, und würde den Gläubigern immerhin einen gewissen Schutz gewähren. Eine solche Vorschrift würde auch die richtige Mitte innehalten zwischen einer völligen Streichung der bisherigen Bestimmungen des § 306 HGB. und dem ebenfalls möglichen Vorschlag¹, den Gläubigern einen Anspruch auf Sicherstellung zu geben; der letzte Vorschlag würde allzu einseitig die Interessen der Gläubiger, der Kommissionsvorschlag die der Gesellschaft berücksichtigen.

Es fragt sich schließlich, ob nicht ebenso wie die Gläubiger der übernommenen die der übernehmenden Gesellschaft geschützt werden müssen. Nun ist zwar zuzugeben, daß auch diese Gläubiger durch Übernahme einer insolventen Gesellschaft gefährdet werden, jedoch liegt hier die Rechtslage anders. Wenn die übernommene Gesellschaft untergeht, wobei es ihren Gläubigern gleichgültig ist, warum sie, nicht die andere Gesellschaft untergeht, so verlieren die Gläubiger damit ihre Schuldnerin und müssen hiergegen geschützt werden. Werden die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft durch die Fusion gefährdet, so liegt darin nur eine stärkere Verschuldung ihrer Schuldnerin, wovor die Gläubiger ohnehin nicht gesichert sind². Der Gedankengang, daß es lediglich Zufall sei, welche Gesellschaft die aufnehmende wäre, ist nur von Interesse für die Beziehungen der beiden Gesellschaften zu einander, nicht im Verhältnis zu ihren Gläubigern. Für diese besteht nur die Frage, ist meine Schuldnerin noch vorhanden oder nicht. Das den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht Unbefriedigende dieses Ergebnisses liegt aber nicht an den Schutzvorschriften des § 306 zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, sondern an dem Fehlen einer Vorschrift über den Zusammenschluß zu einer neuen Gesellschaft, wie bereits oben gezeigt worden ist. Aber selbst wenn man annimmt, was meines Erachtens unrichtig ist, daß beide Gläubigerarten gleich zu behandeln sind, so leuchtet es keineswegs ein, daß die Kommission, weil sie für die eine Gruppe keinen geeigneten Schutz findet, auch den für die andere streichen will. Italien gibt auch den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft ein Widerspruchsrecht, und nach den Entwürfen scheinen sich keinerlei Mißstände hieraus entwickelt zu haben³. Auch ich halte die Einführung des Widerspruchsrechts bei dem Interesse, die Fusionen zu erleichtern, nicht für glücklich⁴, glaube aber

¹ Vgl. BRODMANN: a. a. O. ² Vgl. auch BRODMANN: S. 84.

³ Vgl. dagegen LEHMANN: a. a. O., Bd. 2, S. 532, der die Gefahr von Verschleppungen und Schikanen hervorhebt.

⁴ So aber GERN: S. 62/63, jedenfalls für die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft.

in Übereinstimmung mit BRODMANN a. a. O., daß hier ein Schutz nicht erforderlich ist, da auch sonst die Gläubiger gegen neue Schulden ihrer Schuldner nicht geschützt sind.

Kann man somit in negativer Richtung der Kommission nicht zustimmen, so kann man es noch viel weniger in positiver. Durchaus mit Recht betont BRODMANN a. a. O., daß, abgesehen davon, daß ein Anspruch gegen die Organe stets ein Verschulden voraussetzt, auch keineswegs stets die schuldigen Organe finanziell kraft ihrer Vermögensverhältnisse imstande sind, Ersatz zu leisten. Hat doch das Reichsgericht, wenn es den § 306, V dahin auslegt, daß eine vorzeitige Vereinigung den Gläubigern gegenüber unwirksam sei, das darum getan, weil ihm die Ansprüche gegen die Organe als keine genügende Sicherung erschienen. Vor allem aber gibt die Kommission überhaupt keinen Gläubigerschutz, sondern einen Schutz der Aktionäre, die ja auch allein das Recht haben, die Bestellung eines Treuhänders zu erwirken. Nun wird noch unten in § 16 darzutun sein, daß auch für eine solche Vorschrift ein Bedürfnis besteht; das hat aber nichts mit der Frage des Gläubigerschutzes zu tun (übereinstimmend BRODMANN a. a. O.). Zutreffend weist auch BRODMANN darauf hin, daß nach dem Vorschlag keine Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden, um sichergestellt oder befriedigt zu werden, zu erfolgen braucht, und daß darum die Bestimmung im Kommissionsvorschlag, wonach der erzielte Betrag der Gläubigerbefriedigung dienen soll, soweit die verschmolzene Gesellschaft sie nicht befriedigt oder sicherstellt, in der Luft schwebt. Man rechnet hier offenbar mit dem guten Willen der Gesellschaft.

Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, daß dem Kommissionsvorschlag nicht zu folgen, vielmehr mit den oben gezeigten, allerdings sehr wesentlichen Abweichungen am geltenden Recht festzuhalten ist.

§ 16. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Fusionsbeschluß und Fusionsvertrag.

I. 1. Der Gesetzgeber hat in § 308 HGB. bestimmt, daß nach erfolgter Fusion eine Anfechtung des den Übergang betreffenden Generalversammlungsbeschlusses gegen die übernehmende Gesellschaft zu richten ist; und das Reichsgericht hat entschieden, daß das auch gelten müsse für die Feststellungsklage auf Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses (RG. 75, S. 271; 115, S. 381), sowie für alle Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit auch früherer Generalversammlungsbeschlüsse (RGE. 115, S. 381)¹. — Das letzte dürfte abzulehnen sein, jedoch soll hier nicht näher darauf eingegangen werden². Es fragt sich nun,

¹ Das gleiche muß auch für das Lösungsverfahren gemäß § 144 FGG. gelten; vgl. LEHMANN-RING zu § 308; STAUB-PINNER: § 308, Anm. 3.

² Übereinstimmend BRODMANN: § 308, Anm. 1a.

welche Rechtswirkungen die erfolgreiche Anfechtung des Übertragungsbeschlusses der untergegangenen Gesellschaft hat. Hierüber bestehen große Unklarheiten. Als erster hat sich wohl FLECHTHEIM¹ mit dieser Frage eingehender befaßt². Er meint, daß zwar dann die Auflösung der Gesellschaft als nicht erfolgt gelte, dies aber lediglich für die inneren Beziehungen der Gesellschaft Bedeutung habe. Dem steht § 308 nicht entgegen, da die Passivlegitimation der übernehmenden Gesellschaft nur in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin, nicht aber als Vertreterin der Gesamtorganisation der Gesellschaft gegeben sei; er spricht hier von einer Aushilfsvertretung wegen der bereits erfolgten Löschung. Die Folge wäre also nicht die Rückgängigmachung der Vermögensübernahme, Kapitalserhöhung und Ausantwortung der Aktien. Andererseits jedoch hätten die Aktionäre der wiederauflebenden Gesellschaft dieser die ihnen gewährten Aktien und eine eventuelle Barentschädigung zurückzuübertragen. Hieraus und aus etwaigen Regreßansprüchen bestände dann das Gesellschaftsvermögen.

Diese Auffassung ist in Übereinstimmung mit den überzeugenden Ausführungen von HUECK^{3,4} abzulehnen. Denn FLECHTHEIM wird der rechtlichen Bedeutung des Generalversammlungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft nicht gerecht. Es ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, daß sich die Fusion als ein Rechtsgeschäft darstellt, das sich aus einer Reihe unbedingt erforderlicher Tatbestandsstücke, von denen keines fehlen darf, zusammensetzt. Es ist ebenso bereits betont worden, daß dieser Generalversammlungsbeschluß den Vorstand zum Abschluß des Fusionsvertrages überhaupt erst legitimiert und ihn andererseits aus korporationsrechtlichen Gründen zum Handeln zwingt. Es kann insoweit auf das oben Gesagte verwiesen werden. Daraus aber ergibt sich, daß, wenn nach erfolgreicher Anfechtung der Generalversammlungsbeschluß wegfällt, die gesamte Fusion, da ein Tatbestandsstück fehlt, ebenfalls hinfällig wird⁵. Es braucht insoweit also gar nicht weiter darauf eingegangen zu werden, daß auch der Wortlaut des § 308 FLECHTHEIM entgegensteht. Denn die Organe der über-

¹ Festschrift für ZITELMANN: Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses, S. 26/27.

² Vgl. vor ihm STAUB: § 308 Anm. 2; GOLDMANN: § 308, Ziff. 2; RITTER: Anm. 1; v. ZIEGLER: S. 178.

³ Anfechtbarkeit und Nichtigkeit bei Generalversammlungsbeschlüssen von Aktiengesellschaften, 1924, S. 216 ff.

⁴ Übereinstimmend BRODMANN: § 308, Anm. 1 b A I a I; hingegen scheint die neueste Entscheidung des RGs in JW. 1929, S. 2136/7 der Ansicht FLECHTHEIMS zuzuneigen, ohne freilich klar Stellung zu nehmen.

⁵ So auch die herrschende Lehre. Vgl. STAUB-PINNER: § 308, Anm. 2; GOLDMANN: Anm. 2; LEHMANN-RING: Anm. 4; RITTER: Anm. 1; BRODMANN: Anm. 1 b A I a I.

nehmenden Gesellschaft vertreten diese in ihrer Totalität, nicht die untergegangene, da deren Rechtspersönlichkeit tot ist, also auch nicht vertreten werden kann¹.

2. Neuerdings ist von STAUB-PINNER, § 308, Anm. 3a im Anschluß an einen Aufsatz von FLECHTHEIM im Zbl. f. HR. 1926, S. 46/47 der Standpunkt vertreten worden, daß eine Anfechtung des Übertragungsbeschlusses im Falle einer durchgeführten Fusion mit Kapitalserhöhung seitens der aufnehmenden Gesellschaft nicht in Frage komme, da die Grundsätze anzuwenden wären, die wegen der in der Übernahme neuer Aktien liegenden Erklärung an die Allgemeinheit das Anfechtungsrecht versagen. Dieser Gedanke, der vom Reichsgericht² für die Aktienübernahme bei Gründung und Kapitalserhöhung vertreten wird, müsse hier wegen Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes ebenfalls gelten. FLECHTHEIM a. a. O. hat diesen Satz nur hinsichtlich der Anfechtung des Fusionsvertrages ausgesprochen, da nach seinen oben wiedergegebenen Ausführungen die Anfechtung des Übertragungsbeschlusses überhaupt nur interne Wirkung hat, und erst STAUB-PINNER hat ihn auch für die Frage der Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses herangezogen. Es empfiehlt sich meines Erachtens zu trennen und zunächst die Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses ins Auge zu fassen.

3. a) Hierbei ist davon auszugehen, daß das Gesetz im § 308 zweifellos die Möglichkeit einer Anfechtung voraussetzt, und man nicht als Absicht des Gesetzgebers unterstellen kann, daß eine derartige Anfechtung nur bei der Fusion ohne Kapitalserhöhung in Frage kommen sollte³. Denn der Gesetzgeber von 1897 ging, wie wir bereits gesehen haben, davon aus, daß in der Regel eine Kapitalserhöhung erfolgen würde. Der von STAUB-PINNER, § 308, Anm. 3a⁴ im Anschluß an FLECHTHEIM gezogene Schluß scheint mir daher einer sehr sorgfältigen Nachprüfung zu bedürfen. Nun ist richtig, daß Literatur und Judikatur fast einstimmig sowohl bei der Gründung als auch bei der Kapitalserhöhung auf dem Standpunkt stehen, daß eine Zeichnung von Aktien (das gleiche gilt auch für die G. m. b. H.) wegen der darin liegenden Erklärung an die Allgemeinheit nicht angefochten werden kann⁵. Es ist auch richtig, daß im Falle der Fusion mit Kapitalserhöhung die Kapitals-

¹ Schließlich hat BRODMANN, a. a. O., darauf hingewiesen, daß, da nach FLECHTHEIM die alte Gesellschaft ihr Vermögen nicht zurückerhält, sie praktisch nur als Liquidationsgesellschaft besteht, so daß sie im Grunde genommen die eingezogenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft wieder auf die Aktionäre zu verteilen hat.

² Vgl. RGE. 82, S. 378.

³ Vgl. hierzu RG. in JW. 1929, S. 2137.

⁴ Vgl. aber auch schon WANDSCHNEIDER: a. a. O., S. 71.

⁵ Vgl. STAUB-PINNER: § 189, Anm. 25; RG. 54, S. 129; 79, S. 112; 82, S. 378.

erhöhung sich als eine solche gegen Sacheinlage darstellt und daß der Zeichnungsschein durch den Fusionsvertrag ersetzt wird¹. Bleibt man hier stehen, liegt in der Tat, wie STAUB-PINNER a. a. O. behauptet, Gleichheit des wirtschaftlichen Grundes vor. Aber der von der Rechtsprechung entwickelte Satz, der im Gesetz nicht enthalten ist, beruht auf dem Gedanken der Interessenabwägung und geht dahin, daß die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Gesellschaft in geschäftlichen Verkehr tritt, stärker sind als die des einzelnen geschädigten Aktienzeichners. Die entscheidende Frage, die STAUB-PINNER a. a. O. gar nicht stellt, lautet daher: Welche Interessen müssen hier gegeneinander abgewogen werden?

Hier stehen nun auf der einen Seite nicht etwa nur die Interessen eines einzelnen Aktienzeichners, sondern die der übertragenden Gesellschaft und ihrer sämtlichen Aktionäre, die unter Umständen dazu verurteilt wären, auf Grund eines anfechtbaren Generalversammlungsbeschlusses unterzugehen, wodurch die Aktionäre ihre vielleicht weit wertvolleren Aktien gegen minder wertvolle der übernehmenden Gesellschaft eintauschen müßten. Es darf von einem so wichtigen Rechtsakt, wie von der Fusion, die den Untergang einer Verbandspersönlichkeit mit sich bringt, doch zum mindesten verlangt werden, daß seine sämtlichen Tatbestandsstücke rechtlich einwandfrei erfolgt sind. Man stelle sich etwa vor, daß die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben ist, trotzdem aber die Fusion von beiden Gesellschaften schnell vollzogen wird, ehe es zu einer Entscheidung über die Anfechtungsklage gekommen ist. Man kann den einzelnen Aktionär nicht nötigen, neben der Erhebung der Anfechtungsklage noch schnell eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der weiteren Ausführung der Fusion zu erwirken, obwohl das praktisch natürlich sehr empfehlenswert ist². Ferner weist HUECK a. a. O. mit Recht darauf hin, daß die Fusion auch rückgängig gemacht werden muß, wenn der Übertragungsbeschluß unheilbar nichtig, nicht lediglich anfechtbar ist. Das läßt sich de lege lata gar nicht vermeiden, und damit ergibt sich eindeutig die Möglichkeit einer Rückgängigmachung. Es ist durchaus unbefriedigend, wenn FLECHTHEIM und ihm folgend anscheinend auch das Reichsgericht in JW. 1929, S 2136/7 einerseits und STAUB-PINNER a. a. O. andererseits, mag auch ihre Begründung voneinander abweichen, lediglich Schadensersatzansprüche gegen die beiderseitigen Organe gewähren wollen. Abgesehen davon, daß derartige Ansprüche ein Verschulden voraussetzen, so fragt es sich sehr, ob die Organe genügende Mittel zur Schadensdeckung haben. Aber nicht nur die Interessen der Aktionäre der Gesellschaft sind ins Auge zu fassen, sondern auch die ihrer

¹ Vgl. FLECHTHEIM: a. a. O.

² Vgl. HUECK: a. a. O., S. 219.

Gläubiger und damit die der Allgemeinheit, die mit ihr in Verkehr getreten ist. Auch diese können, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt worden ist, durch die Fusion geschädigt werden, durch die unter Umständen an Stelle eines solventen und vertrauenswürdigen Schuldners ein insolventer und unzuverlässiger tritt. Wir haben bereits oben gesehen, daß ein Schutz für sie nur im beschränkten Umfange möglich ist. Wenn sie nun aber schon in den Schuldnerwechsel ohne weiteres einwilligen müssen, so ist jedenfalls zu verlangen, daß die Fusion sich in rechtlich einwandfreier Weise abspielt.

Betrachten wir auf der anderen Seite die Interessen der aufnehmenden Gesellschaft. Hier würde das Hinfälligwerden der Fusion bedeuten, daß Aktien ausgegeben worden sind, und die dafür eingebrachten Werte der Gesellschaft wieder verlorengehen. Jedoch weiß sie jedenfalls für den Hauptfall des § 27I, III, ob eine Anfechtung droht oder nicht, d. h. ob Protest in der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zu Protokoll gegeben worden ist. Es steht daher durchaus in ihrer Macht, bis zur Durchführung einer bereits anhängig gemachten Anfechtungsklage bzw. bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist mit der Durchführung der Fusion zu warten¹. Daß die Möglichkeit einer Schikane seitens der anfechtenden Aktionäre gegeben ist, trifft zu, muß aber wie auch sonst in Kauf genommen werden². Was die Interessen der Allgemeinheit anlangt, so ist für etwaige Gläubiger vor der Fusion entscheidend der Zeitpunkt, in dem sie Gläubiger geworden sind; wenn die Aktiengesellschaft sich hinterher schädigt, so kommt ein Schutz für sie nicht in Frage. Was aber neue Gläubiger betrifft, so ließe sich zunächst sagen, daß ihnen, wenn sie mit der Aktiengesellschaft in geschäftliche Beziehungen treten, die Pflicht gegen sich selbst obliegt, zu beachten, warum eine Kapitalserhöhung erfolgt. Zwar ist ihnen nicht zuzumuten, zu wissen, aus was für Motiven jeder einzelne Zeichner von Aktien dieselben übernommen hat. Sie müssen daher insoweit durch Versagung des Anfechtungsrechts geschützt werden. Erfolgt aber die Kapitalserhöhung zum Zwecke der Fusion, so wissen sie, daß eine Anfechtung des Übertragungsbeschlusses nach Maßgabe des § 27I HGB. möglich ist, und können und müssen das berücksichtigen. Aber davon ganz abgesehen, so fragt es sich, ob es nicht möglich ist, die Interessen dieser Gläubiger zu schützen, ohne doch die Interessen der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft unberücksichtigt zu lassen. Und hier ist auf den Gedankengang hinzuweisen, der soeben von SCHULTZE-V. LASAULX in Jherings Jb. 79, S. 349 ff.: „Zur Fusion von Aktiengesellschaften und Genossenschaften“ zur Erörterung gestellt worden

¹ Vgl. HUECK: a. a. O., S. 219. ² Vgl. auch KommBer.: S. 27 und 31.

ist¹. Er behandelt dort den Fall, daß der Fusionsvertrag in Ermangelung der Form des § 311 BGB. gemäß § 125 BGB. nichtig ist, und damit die Fusion hinfällig wird, und führt aus, daß dann der Übergang des Vermögens als nicht erfolgt gilt². Um jedoch die Gläubiger, und zwar diejenigen, die im Vertrauen auf die Kapitalserhöhung mit der übernehmenden Gesellschaft in Beziehung getreten sind, zu schützen, schlägt er eine analoge Anwendung des § 311, III HGB. vor derart, daß die wiederauflebende übertragende Gesellschaft gleichfalls mit ihrem Vermögen für diese Schulden haftet. Diese analoge Anwendung des § 311, III HGB. für den Fall der nichtigen Kapitalserhöhung findet sich bereits angedeutet in RGE. 85, S. 311, und RGE. 120, S. 370, vor allem aber bei FLECHTHEIM in der Festschrift für ZITELMANN: S. 28³. Diesem Gedankengang ist zuzustimmen und daher anzunehmen, daß der Generalversammlungsbeschuß wohl angefochten werden kann, daß jedoch die übertragende Gesellschaft auch ihrerseits für solche Schulden haftet. Denn dieses Ergebnis wird allen Interessen gerecht, und ist daher dem in der neuesten Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1929, S. 2136/7 angedeuteten vorzuziehen. Denn, wenn auch das Reichsgericht im Gegensatz zu STAUB-PINNER die Möglichkeit der Durchführung der Anfechtungsklage bejaht, so macht es doch dieses Ergebnis wieder illusorisch, wenn es andererseits im Anschluß an FLECHTHEIM anscheinend den Vermögensübergang nicht rückgängig machen will. Freilich ist die betreffende Stelle des Urteils sehr vorsichtig gefaßt, so daß man von einer endgültigen Stellungnahme des Reichsgerichts noch nicht sprechen kann.

b) Wohl zu scheiden von der Stellung der Gläubiger, die im Vertrauen auf die Kapitalserhöhung mit der übernehmenden Gesellschaft in Verkehr getreten sind, ist die derjenigen Personen, die die auf Grund der Kapitalserhöhung neugeschaffenen Aktien im Umtauschwege erhalten haben. Die Kapitalserhöhung, die ja nur ein Tatbestandsstück des Fusionsgeschäftes ist, wird, wie wir bereits oben gesehen haben, mit der erfolgreichen Anfechtung des Übertragungsbeschlusses gemäß § 139 BGB. ebenfalls hinfällig⁴, und es fragt sich nur, was mit den neugeschaffenen Aktien wird. Diese Frage ist äußerst bestritten. Eine Reihe von Schriftstellern nehmen an, daß die auf Grund eines nichtigen Kapitalserhöhungsbeschlusses ausgegebenen Aktien ebenfalls

¹ Vgl. auch derselbe in JW. 1929, S. 2167.

² Daß durch die Eintragung in das Handelsregister nicht etwa der Mangel der nach § 311 BGB. erforderlichen Form geheilt wird, vgl. SCHULTZE v. LASAULX: a. a. O., S. 367/8.

³ Vgl. auch BRODMANN: § 311, Anm. 3 b.

⁴ Vgl. auch MAKOWER: § 308, A 4; v. COSEL: S. 184; a. M. HUECK: a. a. O., S. 218, der meines Erachtens dem Charakter der Fusion als eines zusammengesetzten Rechtsgeschäftes nicht gerecht wird.

nichtig sind¹, während das Reichsgericht² entschieden hat, daß die dem zugrunde liegenden Akt innewohnenden Mängel die Gültigkeit der Aktien nicht berühren. Meines Erachtens ist der ersten Ansicht der Vorzug zu geben. Denn, wie STAUB-PINNER a. a. O. mit Recht betont, wenn eine Aktie auf Grund eines nichtigen Beschlusses ausgegeben wird, so ist auch das, was er geschaffen hat, nämlich das Aktienrecht, nicht entstanden³. Die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit kann nicht dazu führen, die grundlegendsten Begriffe zu sprengen, hier um so weniger, als alle anderen Lösungsversuche unmöglich zu begründen sind. Sind nun die ausgegebenen Aktien nichtig, so tritt eine Schädigung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nicht ein. Zwar sind sie nicht Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft geworden, aber sie sind solche der übertragenden geblieben und können von derselben Aushändigung der alten Aktien oder von Ersatzaktien verlangen. Dritte gutgläubige Erwerber werden gleichfalls nicht Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft. Auch wird man ihnen keinen Anspruch gegen die übertragende Gesellschaft auf Aushändigung von Aktien geben können. Denn dieses Recht der alten Aktionäre der übertragenden Gesellschaft haben sie nicht erworben; wollten doch diese, die von ihrem Recht nichts wußten, es gar nicht übertragen und haben vielleicht die Aktien der übernehmenden Gesellschaft aus Unzufriedenheit mit der Fusion veräußert. Wohl aber haben die dritten Erwerber, falls es sich etwa um einen Kauf- oder sonstigen Veräußerungsvertrag handelt, gemäß §§ 437, 445 BGB. Ansprüche gegen die Vormänner.

4. Alle anderen Lösungsversuche, die von der Gültigkeit der ausgegebenen neuen Aktien ausgehen, sind meines Erachtens gescheitert. So nimmt HUECK a. a. O. an, daß die Aktien zwar nicht nichtig sind, wohl aber ein Kondiktionsanspruch der übernehmenden Gesellschaft auf die Aktien besteht (evtl. § 818, II BGB.). Das trifft zu, soweit es sich um bereits gegebene Aktien handelt, scheidet aber in unserem Falle daran, daß die Bereicherung nicht auf Kosten der Gesellschaft erfolgt ist; vielmehr hat sich lediglich die Stellung ihrer alten Aktionäre verschlechtert. Ebenso wenig ist der Ansicht HEYMANNS (Bremen) beizustimmen, der ebenfalls von der Gültigkeit der Aktien ausgehend der übertragenden Aktiengesellschaft nur dann einen Anspruch auf Rückgabe ihres Vermögens einräumt, wenn sie die ausgegebenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft zurückgewährt. Der Hauptfehler HEYMANNS (Bremen) ist,

¹ So FLECHTHEIM in der Festschrift für ZITELMANN: S. 28; HUECK: a. a. O., S. 220; STAUB-PINNER: § 287, Anm. 3.

² Vgl. insbesondere RG. 40, S. 147, und auf Umwegen auch RG. 79, S. 115; 85, S. 312; vgl. auch HEYMANNS (Bremen): S. 251.

³ Ubereinstimmend v. COSEL: S. 184; SCHMITT: S. 155.

daß er lediglich von Konditionsansprüchen spricht und übersieht, daß der übertragenden Aktiengesellschaft ipso iure wieder ihre sämtlichen Rechte zustehen, da der Vermögensübergang als nicht erfolgt gilt. Aber auch wenn man richtiger fragt, ob der übernehmenden Gesellschaft ein Rückbehaltungsrecht an einzelnen Gegenständen zusteht, so müßte die Antwort verneinend lauten. Denn eine Verpflichtung der übertragenden Gesellschaft auf Rückgewähr der Aktien, die nicht ihr, sondern ihren Aktionären direkt gewährt worden sind, besteht gar nicht, und die Durchführung der Fusion unter diesen Umständen geschieht auf eigene Verantwortung der übernehmenden Gesellschaft¹. HEYMANN (Bremen) kommt denn auch zu den merkwürdigsten Konsequenzen², so daß er schließlich selbst S. 252 von „fast unlöslichen Schwierigkeiten“ redet. Endlich hat BRODMANN³ ausgeführt, daß hier nicht lediglich § 311, III HGB. in der oben angegebenen Weise Anwendung finden müßte, sondern daß in konsequenter Durchführung dieses Gedankens die nichtige Kapitalserhöhung wie die nichtige Gesellschaft zu behandeln sei. Es habe daher eine entgeltliche Amortisation der ausgegebenen Aktien und eine entsprechende Kapitalherabsetzung zu erfolgen. BRODMANN sagt nun aber nicht, wie er sich diese entgeltliche Amortisation vorstellt, und sie ist auch meines Erachtens nicht vorstellbar. Denn der Gegenwert für die ausgegebenen Aktien, d. h. das Vermögen der übertragenden Gesellschaft, steht dieser ipso iure wieder zu. Sollen nun die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auch noch ein Entgelt für die Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten oder nur dritte Erwerber? Ich halte daher diesen Gedankengang zur Lösung des Problems für wenig geeignet.

Nach all dem erscheint mir das Schreckgespenst der nichtigen Aktie noch das rechtlich brauchbarste Ergebnis zu liefern, wenn auch die Möglichkeit, eine bereits vollzogene Fusion wieder rückgängig zu machen, praktisch kaum gegeben sein dürfte. Damit ist noch nicht gesagt, daß diese Fragen rein theoretischer Natur sind; denn die neueste Entscheidung des Reichsgerichts im Falle der Fusion Gelsenkirchen-Bochumer Verein, Deutsch-Luxemburg (JW. 1929, S. 2134 ff.) zeigt, wie zweifelhaft in solchen Fällen die Rechtslage sein kann.

5. Die oben entwickelten Grundsätze gelten auch für den Fall, daß der Übertragungsbeschluß nicht lediglich anfechtbar, sondern unheilbar

¹ a. M. STAUB-PINNER: a. a. O.; vgl. auch v. ZIEGLER: S. 178, der einen Ersatzanspruch gegen die übertragende Gesellschaft aus § 823, II BGB. (?) geben will.

² Er meint, daß die übernehmende Gesellschaft das Vermögen zu einem Drittel, Viertel, Achtel entsprechend der Anzahl der zurückgewährten Aktien herauszugeben verpflichtet ist.

³ Vgl. Anm. zu § 308 und zu § 311, Anm. 3 b.

nichtig ist^{1,2}. Auch hier treten die gleichen Folgen ein³. Das Ergebnis ist hier zweifellos besonders unerfreulich, da nach langer Zeit die größten Schwierigkeiten entstehen können. Diese lassen sich aber nicht vermeiden. Mit Recht hat HUECK a. a. O. gegenüber FLECHTHEIM betont, daß eine Rückgängigmachung der Fusion selbst von dessen Standpunkt aus hier erfolgen müßte, und was den Kapitalserhöhungsbeschluß anlangt, so vertritt ja sogar FLECHTHEIM⁴ die Ansicht, daß im Falle seiner Nichtigkeit die Aktien ihre Gültigkeit verlieren. Dem kann man auch nicht, wie es das Reichsgericht in den oben zitierten Entscheidungen tut, mit einer grundsatzwidrigen Rechtsprechung, sondern allein mit einer Änderung der Gesetzgebung abhelfen, die dahin gehen muß, die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit möglichst einzuschränken. Die Kommission des Juristentages, S. 31/32, hat in dieser Richtung Vorschläge gemacht, die im wesentlichen auf eine Abschaffung der Nichtigkeitsklage überhaupt hinauslaufen. Ob man so weit gehen kann oder nur eine Befristung der Nichtigkeitsklage ins Auge fassen soll, kann hier nicht im Vorübergehen geprüft werden⁵.

II. Es ist anschließend die Frage zu behandeln, wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn zwar der Übertragungsbeschluß der Generalversammlung keinerlei Mängel aufweist, wohl aber der Fusionsvertrag, insbesondere, wenn die Organe der übernehmenden Gesellschaft bei Abschluß des Fusionsvertrages betrügerisch gegen die der übertragenden Gesellschaft vorgegangen sind. Ist dann der Fusionsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechtbar? Dieses Problem ist in dem bereits erwähnten Aufsatz von FLECHTHEIM (Zbl. f. HandelR. 1926, S. 45 ff.) ausführlich untersucht worden. Er betont zunächst, daß eine wirksame Fusion auch einen wirksamen Fusionsvertrag voraussetzt, und hält dann eine Anfechtung für möglich, sofern auf seiten der aufnehmenden Gesellschaft keine Kapitalserhöhung erfolgt ist; im Falle der Kapitalserhöhung jedoch sei eine Anfechtung wegen der darin liegenden Erklärung gegenüber der Allgemeinheit ausgeschlossen. Seine Ausführungen sind oben bereits ausführlich behandelt worden, da sie STAUB-PINNER auf den Fall der Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses übernommen hat, während FLECHTHEIM, der dessen Anfechtbarkeit überhaupt nur intern wirken läßt, hierfür keiner

¹ Über derartige Fälle vgl. STAUB-PINNER: § 273, Anm. 16—18.

² Vgl. hierzu HEYMANN (Bremen): S. 240, der annimmt, daß die Nichtigkeitsklage nicht gegen den Generalversammlungsbeschluß, sondern gegen die Fusion als solche gegeben sei; ähnlich auch v. ZIEGLER: S. 179. Das gilt jedoch meines Erachtens nur, wenn der Fusionsvertrag (§§ 311, 125 BGB.) nichtig ist.

³ Vgl. HUECK: S. 239, und SCHULTZE: S. 77.

⁴ ZITELMANN-Festschrift: S. 28.

⁵ Vgl. hierzu SCHMOELDER: JW. 1929, S. 2095.

derartigen Konstruktion bedurfte. Es entsteht nun zunächst die Schwierigkeit, wer eigentlich anfechten soll. Denn ein Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs kommt nicht in Frage^{1,2}, vielmehr lediglich ein solches der übertragenden Gesellschaft. Nun ist diese aber untergegangen und kann nicht anfechten. Ob eine Kapitalserhöhung erfolgt ist oder nicht, ist daher insofern gleichgültig³. Der Hinweis von FLECHTHEIM auf § 307 HGB. und auf das ähnlich liegende Beispiel bei STAUB-PINNER, § 307, Anm. 4 ist meines Erachtens unzutreffend. Denn § 307 setzt voraus, daß die Gesellschaft zwecks Fusion aufgelöst ist, und der erstrebte Zweck, nämlich die Fusion, nicht erreicht wird, also z. B., wie STAUB-PINNER a. a. O. mit Recht betont, wenn die übernehmende Gesellschaft die durchgeführte Kapitalserhöhung nicht zur Eintragung anmeldet. Aber in diesem Fall ist die Gesellschaft lediglich aufgelöst, nicht untergegangen, ihre Organe sind noch vorhanden. In dem von FLECHTHEIM zur Erörterung gestellten Fall ist sie aber bereits untergegangen, und ihre Organe sind mit ihr verschwunden. Daher ist eine derartige Anfechtung wohl möglich, solange die durchgeführte Kapitalserhöhung der aufnehmenden Gesellschaft noch nicht eingetragen ist, denn nach herrschender Lehre tritt erst dadurch der Untergang der übertragenden Gesellschaft ein, während die Auflösung schon mit der Eintragung des Übertragungsbeschlusses erfolgt⁴, aber nicht später; und das von FLECHTHEIM zitierte Beispiel bei STAUB-PINNER a. a. O., das sich auf § 304 bezieht, betrifft gar nicht unsern Fall, vielmehr den umgekehrten, daß die Körperschaft (= aufnehmende Gesellschaft) wegen Betruges anfecht. Aber auch das ist falsch, da es dann an einem Anfechtungsgegner fehlt, während in unserem Falle eine Anfechtung mangels eines Anfechtenden nicht möglich ist, ganz gleich, ob eine Kapitalserhöhung erfolgt ist oder nicht.

III. Mit Recht betont nun aber FLECHTHEIM a. a. O., daß es unter diesen Umständen um so wichtiger sei, festzustellen, ob hier irgendwelche Schadensersatzansprüche gegeben sind. Was zunächst die Ansprüche der ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft anlangt, so bestehen solche gegen die übernehmende Gesellschaft wegen des dolosen Verhaltens ihrer Organe nur, wenn keine Kapitalserhöhung erfolgt ist, da sonst die Gesellschaft ihre Kapitalgrundlage verliert⁵. Denn der Anspruch ginge gemäß § 249 BGB. auf Wiederherstellung des

¹ Vgl. RG. 115, S. 384, und in JW. 1929, S. 2137.

² Der Aktionär kann vielmehr, wie das RG. betont, nur seine eigene Abstimmung in der Generalversammlung anfechten, die, wenn erfolgreich, zu einer Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses führen würde, wenn das Abstimmungsergebnis auf seiner Abstimmung beruht.

³ Vgl. auch HEYMANN (Bremen): S. 249; SCHULTZE: S. 80.

⁴ Nur wenn keine Kapitalserhöhung erfolgt, tritt schon in diesem Augenblick der Untergang der Gesellschaft ein.

⁵ Vgl. FLECHTHEIM: S. 47; STAUB-PINNER: § 189, A 25.

Zustandes, der bestehen würde, wenn die betrügerische Fusion nicht erfolgt wäre, d. h. also auf Wiedereinräumung des früheren Mitgliedschaftsrechts; das aber ist unmöglich, und der statt dessen zu gewährende Geldersatz würde die Kapitalsgrundlage der Gesellschaft in unzulässiger Weise schmälern. Man könnte zwar daran denken, daß der Schadensersatzanspruch sich darauf richtet, dem Aktionär so viel Aktien zuzuteilen, wie dem wirklichen Verhältnis der beiden Gesellschaftsvermögen entspricht. Doch wird das *de lege lata* nicht möglich sein. Denn damit, daß ein Betrug diese Fusion veranlaßt hat, ist noch nicht gesagt, daß ohne ihn eine den Vermögensverhältnissen entsprechende Fusion zustandegekommen wäre. Vielleicht wäre gar keine Fusion erfolgt¹. Hingegen besteht ein Anspruch der Aktionäre gegen die aufnehmende Gesellschaft, wenn keine Kapitalserhöhung vorgenommen worden ist, wegen des betrügerischen Verhaltens ihrer Organe (§ 31 BGB.), ferner Ansprüche gegen dieselben persönlich aus § 826 BGB.

Es fragt sich weiter, ob auch Ansprüche der untergegangenen Gesellschaft anzuerkennen sind, so absurd diese Frage auch erscheint. Denn FLECHTHEIM a. a. O. hat vorgeschlagen, daß zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche die Gesellschaft wieder ins Leben zurückzurufen sei. Er hat zunächst darauf hingewiesen, daß zwar nicht der Übertragungsvertrag als solcher angefochten werden könnte, wohl aber die Vereinbarung über den Ausschluß der Liquidation, da dadurch keinerlei Interessen gefährdet würden. Das ist aus zweierlei Gründen nicht richtig, Einmal ist bereits oben betont worden, daß niemand da ist, der anfechten könnte, da die übertragende Gesellschaft untergegangen ist. Ferner aber lassen sich, wie BRODMANN, § 308, Anm. I b B Ia 2 mit Recht betont hat, Übertragungs- und Liquidationsausschließungsvertrag nicht trennen. Denn die Gesamtrechtsnachfolge ist es, welche auch die Möglichkeit einer Liquidation ausschließt. Fällt daher die dahingehende Vereinbarung, so fällt damit auch die Gesamtrechtsnachfolge. Dagegen ist der zweite Vorschlag FLECHTHEIMS durchaus erwägenswert, nämlich analog zu § 302, IV HGB. zur Geltendmachung etwaiger Ansprüche die Gesellschaft als fortbestehend gelten zu lassen. Zwar ist die Rechtslage hier anders als im Falle des § 302, IV HGB.² Denn dort ist die Gesellschaft erst untergegangen, wenn kein Vermögen mehr vorhanden ist, während hier ihr Untergang bereits durch die Verschmelzung erfolgt ist. Immerhin führt die Konstruktion zu vernünftigen Ergebnissen³. Denn legt man sie zugrunde, so kann diese vorübergehend wieder ins Leben

¹ Vgl. hierzu auch *de lege ferenda* BRODMANN: ZHR. 94, S. 85.

² Vgl. STAUB-PINNER: § 302, Anm. 5.

³ FLECHTHEIM haben sich angeschlossen STAUB-PINNER: § 308, A 3; GOLDSCHMIT: § 308, A 3; BRODMANN: a. a. O.; a. M. HEYMAN (Bremen): a. a. O., S. 249.

zurückgerufene Gesellschaft Schadensersatzansprüche erheben gegen die Organe der aufnehmenden Gesellschaft §§ 823, II, 826 BGB., gegen die Gesellschaft selbst, wenn keine Kapitalserhöhung erfolgt ist. § 31 BGB., und gegen ihre eigenen Organe, §§ 241, 249 HGB., während den Aktionären nach herrschender Lehre bei bloßer Fahrlässigkeit dieser Personen kein Anspruch zusteht¹. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß es sich hierbei um Schadensersatzansprüche im Interesse Dritter handelt, denn geschädigt ist nicht die untergegangene Gesellschaft, sondern sind lediglich ihre ehemaligen Aktionäre. Der Vorteil dieser Konstruktion zeigt sich in zweierlei Weise. Einmal ermöglicht sie erst die Geltendmachung der Ansprüche gegen die eigenen fahrlässigen Organe, da ein Anspruch der Aktionäre nach herrschender Lehre gegen dieselben nicht gegeben, andererseits aber die untergegangene Gesellschaft nicht geschädigt ist; will doch auch FLECHTHEIM durch seine Konstruktion sie nicht wieder endgültig ins Leben zurückerufen. Da aber ein Vorgehen gegen die Organe möglich sein muß, so ist der Vorschlag FLECHTHEIMS durchaus am Platze, wenn man nur betont, daß es sich um einen Schadensersatzanspruch im Interesse Dritter handelt. Viel zweifelhafter kann sein, ob diese vorübergehend wieder bestehende Gesellschaft auch die Ansprüche gegen die Organe der übernehmenden Gesellschaft und unter Umständen gegen sie selbst geltend machen darf, da insoweit die Aktionäre selbst vorgehen können. Jedoch betont FLECHTHEIM a. a. O. mit Recht, daß die Gesellschaft zur Geltendmachung dieser Ansprüche weit mehr als die einzelnen Aktionäre befähigt ist. Man wird daher trotz starker theoretischer Bedenken auch eine derartige Klage für möglich halten müssen.

Somit stimme ich mit FLECHTHEIM im Ergebnis durchaus überein; was jedoch seine Begründung anlangt, so läßt sie nicht erkennen, wie er die Schadensersatzansprüche auffaßt. Denn er scheint fast anzunehmen, daß die Gesellschaft selbst, nicht lediglich ihre Aktionäre geschädigt sind. Meines Erachtens hingegen handelt es sich sowohl bei den Ansprüchen gegen die übernehmende Gesellschaft und ihre Organe, als auch bei den Ansprüchen gegen die eigenen Organe um Schadensersatzansprüche im Interesse Dritter; denn die Gesellschaft ist untergegangen und soll auch nicht wieder aufleben. Ruft man sie daher vorübergehend ins Leben zurück, lediglich um diese Ansprüche geltend zu machen, so kann es sich nur um die Ansprüche der geschädigten lebenden Aktionäre handeln.

Hat umgekehrt die übertragende Gesellschaft betrogen, so kommt eine Anfechtung mangels Anfechtungsgegners nicht in Frage und ebenso wenig ein Schadensersatzanspruch. Es bestehen also auch hier nur

¹ Vgl. STAUB-PINNER: § 241, A 25, 28.

Ansprüche aus Delikt gegen die schuldigen Personen für die alten Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft und wohl auch für die Gesellschaft selbst. Und zwar stehen ihr diese Ansprüche sicher zu, wenn keine Kapitalserhöhung erfolgt ist, da sie dann Aktien aus dem Gesellschaftsvermögen gegeben hat, während für den Fall der Kapitalserhöhung die oben ausgeführten Gesichtspunkte gelten (Schadensersatz im fremden Interesse)¹.

IV. Die gewonnenen Ergebnisse erscheinen keineswegs überall befriedigend, insbesondere ist die Analogie zu § 302, IV HGB. etwas gekünstelt. Die Kommission des Juristentages hat sich S. 40 mit diesen Fragen befaßt, soweit es sich um die Ansprüche gegenüber den Organen der übertragenden Aktiengesellschaft handelt. Sie hat vorgeschlagen, daß ein von dem Handelsregisterrichter der Hauptniederlassung auf Antrag eines oder mehrerer Aktionäre zu bestellender Treuhänder etwaige Ansprüche geltend machen soll. Diese Bestimmung haben wir bei der Erörterung der Gläubigerschutzvorschriften bereits kennengelernt und dort als unzureichend abgelehnt. Hier ist sie am Platze, höchstens wäre zu erwägen, ob es sich nicht aus den oben gezeigten praktischen Gründen empfiehlt, sie auch auf die Ansprüche gegen die Organe der aufnehmenden Gesellschaft und unter Umständen gegen diese selbst auszudehnen. Meiner Meinung nach ist die vorgeschlagene Vorschrift folgendermaßen zu fassen:

„Die Verpflichtung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei ihrer Geschäftsführung, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beobachten, besteht im Falle der Fusion auch gegenüber den einzelnen Aktionären. Die Geltendmachung dieser Ansprüche sowie der Ansprüche der Aktionäre gegen die aufnehmende Gesellschaft und ihre Organe, die aus Anlaß der Fusion entstehen, kann nur durch einen für alle Aktionäre auf Antrag eines oder mehrerer derselben durch den Handelsregisterrichter der Hauptniederlassung zu bestellenden Treuhänder geschehen“ usw.

Ferner muß klargestellt werden, daß diese Bestimmung nicht auch dem Schutz der Gläubiger dient; denn diese sind, wie im § 15 zu zeigen versucht worden ist, auf andere Weise zu schützen. Die vorgeschlagene Vorschrift würde auch der Vermeidung einer Reihe von Einzelprozessen dienen. Hinzuweisen ist weiterhin auf den Vorschlag von BRODMANN (ZHR. 94, S. 85), wonach einer bestimmten Prozentzahl von Aktionären die Möglichkeit gegeben werden soll, darauf zu klagen, daß das Beteiligungsverhältnis der damaligen wahren Vermögenslage der Gesellschaften entsprechend umgestellt wird; damit will er einen Schutz der Aktionäre beider Gesellschaften erreichen. Dieser Vorschlag erscheint durchaus prüfenswert. Schließ-

¹ Vgl. hierzu auch BRODMANN: a. a. O.

lich hat BRODMANN a. a. O., S. 87 noch auf ein technisches Moment hingewiesen. Er meint, daß die Aktionäre, die nach dem Kommissionsvorschlag die Einsetzung eines Treuhänders verlangen könnten, nur feststellbar seien, wenn ihnen neue Aktien, nicht wenn ihnen bereits begebene gegeben würden. Andernfalls müßten die berechtigten Aktionäre auf irgendeine Weise namhaft gemacht werden. Dem ist zuzustimmen, aber auch für den Fall, daß neue Aktien gegeben werden. Denn BRODMANN hat meines Erachtens unrecht, wenn er annimmt, daß dieses Recht Bestandteil des Aktienrechts sei. Kann doch dieses Recht nur den Umtauschaktionären zustehen, da nur sie hieran ein berechtigtes Interesse haben. Selbst wenn sie die Umtauschaktien (vielleicht gerade aus Unzufriedenheit mit der Fusion) bereits veräußert haben, können sie das ihnen hier eingeräumte Recht geltend machen. Der Vorschlag der Kommission kann unter Aktionären nur diejenigen Personen verstehen, die zur Zeit der Fusion Aktionäre der übertragenden Gesellschaft waren; ihre Person muß aber in der Tat auf irgendeine Art festgestellt werden¹.

¹ Vgl. auch Fragebogen VII, Frage 71.

Literaturverzeichnis.

AUERBACH: Die Wirkungen einer Fusion nach § 306 HGB. Gießen, Diss. 1911.

BAUER: Die rechtliche Struktur der Truste. 1927. — „Betriebsvertretung und Fusion“, NZfAR. 1928, Sp. 59ff. (Gutachten von KASKEL und HUECK). — **BLUM:** „Fusion und Vertragsuntergang“, ZBH. 1927, S. 323. — **BRODMANN:** Aktienrecht (Komm.). 1928. — Ders.: „Warum sind bei Fusionen Zuzahlungen wider das Gesetz?“ ZBH. 1927, S. 124ff. — Ders.: „Über den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages“, ZHR. 54, S. 78ff. — **BUCHWALD:** „Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts“ (Gutachten für den Enquêteausschuß), S. 89ff. — **BUSCH:** Die Fusion der Aktiengesellschaften. Leipzig, Diss. 1908.

CITRON: „Zur Form des Verschmelzungsvertrages bei Genossenschaften“. JW. 1929, S. 620. — Corpus iuris being a complete and systematic statement of the whole body of the law. (Mack and Hall) 1921. XIVa. — **COSEL,** v. Die Fusion von Aktiengesellschaften. Würzburg, Diss. 1921. — **CRESTOWITSCH:** „Die italienische Aktiengesellschaft“, Z. f. Gesetz u. Rspr. des Auslandes 2, S. 74ff.

DÄBRITZ: Fusion von Aktiengesellschaften nach § 306 HGB. Leipzig, Diss. 1908. — **DELMONTE:** „Zusammenschluß der Starken“, Vossische Ztg. vom 30. April 1929. — **DRUMM:** „Rückversicherungsvertrag und Fusion“. JW. 1927, S. 2976.

ECKHARDT: Besprechung des Buches von **SCHULTZE:** „Fusion eingetragener Genossenschaften“ ZHR. 92, S. 477. — Enquêteausschuß-Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuß); 3. Arbeitsgruppe. Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen. II; I. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne. 1928.

FICK: Die Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht. Zürich 1924. — **FISCHER:** „Die Personenvereinigungen“. Leipzig 1916; in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts Bd. III, Abt. I, Abschn. 1: Die Aktiengesellschaft. — **FIX:** Fusionen von Aktiengesellschaften. Stuttgart 1928. — **FLECHTHEIM:** „Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses“; in der Festschrift für Zitelmann. 1913. — Ders.: Die rechtliche Organisation der Kartelle. 1923. — Ders.: „Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen“, JW. 1925, S. 564. — Ders.: „Schadensersatzansprüche bei schuldhafter Fusion“, ZBH. 1926, S. 45ff. — Ders.: „Fusion und Dauer Verpflichtung“, JW. 1927, S. 1060ff. — Ders.: „Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht“, Gutachten für den Enquêteausschuß, S. 5ff. — Ders.: „Vom Aktienrecht in den Vereinigten Staaten“. Sonderabdruck aus der Z. f. ausl. u. intern. PR. 1929. — **FLECHTHEIM-WOLFF-SCHMULEWITZ:** Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften. 1929. —

FRANK-FAHLE: Die Stimmrechtsaktie. Berlin 1923. — FRIEDLÄNDER: Konzernrecht. 1927.

GEILER: Gesellschaftsrechtliche Organisationsreformen des neuen Wirtschaftsrechts. 2. Aufl. 1922. — Ders.: „Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts“, Gutachten für den Enquêteausschuß, S. 52 ff. — GERN: Fusion der Aktiengesellschaft. Würzburg, Diss. 1907. — GEYER: Fusion zweier Aktiengesellschaften. Leipzig, Diss. 1907. — GIERKE: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887. — Ders.: Deutsches Privatrecht. 1895—1917. — GIESECKE: Aktienstimmrecht der Banken. Berlin 1926. — GILBERT: „Formzwang für Fusionsverträge?“, JW. 1928, S. 2597. — GOLDMANN: Kommentar zum HGB. 1901, 1905, 1906. — HANS GOLDSCHMIDT: „Zusammenschlüsse nach englischem Recht“, Köln. Ztg. vom 13. September 1926. — Ders.: Die Novelle zum englischen Aktienrecht, Magazin der Wirtschaft 1928, S. 1804 ff. — JAMES GOLDSCHMIDT: Zivilprozeßrecht 1929. — GOLDSCHMIDT: Die Aktiengesellschaft. Handelsgesetzbuch § 178 bis § 319. Handausgabe mit Erläuterungen. München 1927. — GOLDSTEIN: „Der Konkurs der Aktiengesellschaft“, Hirths Annalen 1901, S. 742.

HACHENBURG: „Sind bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig?“ LZ. 1911, S. 646 ff. — Ders.: „Die Beziehungen zwischen dem geltenden Aktienrecht und der heutigen deutschen Wirtschaft“, Gutachten für den Enquêteausschuß, S. 44 ff. — HAFNER: Die Fusion im Sinne des § 306 HGB. und ihre Wirkungen. Erlangen, Diss. 1910. — Ders.: „Ist ein gutgläubiger Erwerb von Grundstücken bei Fusion von Aktiengesellschaften ohne Liquidation möglich?“, bei HOLDHEIM 22, S. 234. — HAMBURGER: „Aktiengesellschaft“, im rechtsvergl. Handwörterbuch. — HAUSSMANN: Grundriß des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen. 1926. — Ders.: „Unternehmungszusammenfassung“, im Handwörterbuch der RW. Bd. VI, 1929, S. 258. — Ders.: Die Tochtergesellschaft. Berlin 1923. — HEINSHEIMER: Handelsrecht. 2., erweiterte Aufl. Berlin 1927. — HEYMAN (Bremen): „Aktienrechtliche Fusion“, ZHR. 92, S. 217. — HINSCHIUS: System des katholischen Kirchenrechts. 1878. — HOFMANNSTHAL: Entwurf eines neuen österreichischen Aktiengesetzes. 1926. — HORRITZ: Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1913. — HOUPIN-BOSVIEUX: Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés civiles et commerciales et des Associations. 6. Aufl. 1927/28. — HUECK: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften. 1924.

ISAY: Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten unter besonderer Berücksichtigung des Gewerkschaftsrechts. 1919/20. — ISAY-TSCHERSKY: Kartellverordnung. 1925.

JAEGER: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1916. — JOSEF: „Rückversicherungsvertrag und Fusion“, JW. 1928, S. 547. — JUNCK: „Sind bei der Fusion (Verschmelzung) zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig?“, LZ. 1924, Sp. 489 ff. — Ders.: „Über Umwandlungen von Gesellschaften“ Jher. Jahrb. 77, S. 319.

KAHN: Fusionen in Deutschland. Freiburg, ungedr. nationalökonomische Diss. 1924. — KALVERAM: Goldmarkbilanzierungen und Kapitalumstellung. 2. Aufl. 1925. — KASKEL: Besprechung des Buches von FRIEDLÄNDER: „Konzernrecht“, JW. 1927, S. 1669. — Ders.: Arbeitsrecht. 3. Aufl.

1928. — ERICH KAUFMANN: Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus. 1911. — KOHLER: „Die Fusion der Aktiengesellschaft“, Arch. f. bürgerl. Recht 40, S. 309ff. — KommBer. = Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission 1928. — KORFF: Fusion (Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Sinne der §§ 305 und 306 HGB.). Erlangen, Diss. 1909. — KRAEMER: Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung nach dem Handelsgesetzbuch. Leipzig, Diss. 1910. — KÜNSTLER: „Eine aktuelle Frage aus dem Recht des Bierlieferungsvertrages“, JW. 1929, S. 1905ff. — KUNTZE: Der Gesamakt, ein neuer Rechtsbegriff. Leipz. Festgabe für Müller. Leipzig 1892.

LEHMANN, J.: „Soll bei einer zukünftigen Reform des Aktienrechts eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht in grundlegenden Fragen stattfinden?“, Gutachten für 34. Juristentag, S. 258ff. — LEHMANN, K.: „Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen“, ZHR. 50, S. 1ff. — Ders.: Das Recht der Aktiengesellschaften Bd. II. 1904. — LEHMANN-RING: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1902. — LEWINSOHN: „Laßt Luft herein!“ Voss. Ztg. vom 7. April 1929. — LIEFMANN, R.: Kartelle, Konzern und Trusts. 7. Aufl. 1927. — Ders.: Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften. 4. Aufl. 1923. — LIFSCHÜTZ: „Der Bericht der Aktienrechtskommission“, JW. 1929, S. 610. — LÖBENSTEIN, S.: Die Fusion der Aktiengesellschaften nach geltendem deutsches Recht. Straßburg, Diss. 1909. — LUDEWIG: Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts. 1929.

MAKOWER: **Kommentar** zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1906/7. — MARQUARDT: Fusion nach § 306 HGB. Jena, Diss. 1912. — MENTZEL: Kommentar zum KO. 1928. — MÜLLER-ERZBACH: Deutsches Handelsrecht 2./3. Aufl. 1928. — MÜNSTER: Einfluß der Fusion auf bestehende Vertragsverhältnisse. Heidelberg, Diss. 1911.

NUSSBAUM: „Stimmrechtsaktie und Aktienreform“, ZBH. 1926, S. 288ff.

PALMER-TOPHAM: Company Precedents I. 1922. — PASSOW: Die Aktiengesellschaft. 2. Aufl. 1922. — PINNER: „Fusion von Hypothekenbanken“, Bank-Archiv XXVI, S. 332. — PISKO: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts. 1923. — PLANCK-SIBER: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Allg. Teil. — PLOTKE: „Form des Fusionsvertrages“, bei HOLDHEIM X, S. 248ff. — PLOETZ, v.: Die Rechtsverhältnisse der fusionierten Aktiengesellschaft. Geifswald, Diss. 1916. — POHLE: „Neuregelung des Aktienrechts in Polen“, Bank-Archiv XXVII, S. 420ff.

RATHENAU, W.: Vom Aktienwesen. Berlin 1922. — REHM: Bilanzen der Aktiengesellschaften. 1. Aufl. 1903. — RIESSER: Die deutschen Großbanken und ihre Konzentration. 3. Aufl. 1910. — RING-SCHACHIAN: Die Praxis der Aktiengesellschaft. 1929. — RITTER: Das Recht der Seeversicherung. 1924. — RITTER: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1910. — RÖCKERATH: Fusion im Aktienrecht. Leipzig, Diss. 1908. — ROSENDORFF, R.: Die rechtliche Organisation der Konzerne. 1927. — Ders.: „Stimmrechtsfragen bei der Fusion“, ZBH. 1927, S. 209. — RÜHL: Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Behörden, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den „Rechten jemandes gegen sich selbst“. 1926. — RUNKEL-LANGSDORFF: Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. 1906. — RUTH: Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. Berlin 1928.

SAUERBREY: Die Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem Handelsrecht. Greifswald, Diss. 1914. — SCHMALENBACH, E.: Finanzie-

rungen. 3. Aufl. 1922. — SCHMITT: „Fusion ohne Kapitalserhöhung“, ZBH. 1927, S. 24ff. — Ders.: Die Fusion (insb. die Wirkungen der liquidationslosen Fusion nach Aktienrecht). Tübingen, ungedruckte Diss. 1924. — SCHMOELDER: „Die amtliche Enquête zur Vorbereitung der Reform des Aktienrechts“, JW. 1929, S. 1339. — SCHNITZLER, O.: Gläubigerschutz bei Fusionen. Bonn, ungedruckte Diss. 1924. — SCHULTZE: Fusion eingetragener Genossenschaften. Leipzig, 1927. — SCHULTZE-V. LASAULX: „Zur Fusion von Aktiengesellschaften u. Genossenschaften“, Jher. Jb. 79, S. 349ff. — SCHWERIN, v.: Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht. München 1905. — SIMON: „Der Entwurf eines neuen italienischen Handelsgesetzbuches“, Auslandsrecht 1926, insb. Sp. 209, 214. — SOHM: „Der Gegenstand (ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches)“, in der Leipziger Festschrift für DEGENKOLB. 1905. — STAUB: Kommentar zum ADHGB. 5. Aufl. 1897. — STAUB-PINNER: Kommentar zum HGB. 12./13. Aufl. 1926. — STAUB-PISKO: Kommentar zum ADHGB. Ausgabe für Österreich. 2. Aufl. 1908. — STEINBECK: Fusion nach §§ 305 und 306 HGB. Leipzig, Diss. 1911. — STEIN-JONAS: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1928. — STELZER: „Die Einwirkung der Fusion von Versicherungsaktiengesellschaften auf bestehende Versicherungs- und Rückversicherungsverträge“, in der Festschrift für PRANGE, S. 298ff.

THALLER, E.: *Traité élémentaire du droit commercial* 7 édit. 1925, revue et mise à jour par J. Percerou. — TRIEPEL, H.: Völkerrecht und Landesrecht. 1899. — TUHR, v.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910—18. — TÜSCHER: Die Fusion und ihr Recht. Münster, ungedruckte Diss. 1925.

UFERMANN-HÜGLIN: Die AEG. Berlin 1922. — ULLMANN: Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen. München 1915. — Ders.: „Interessengemeinschaft und Fusion“, JW. 1927, S. 630ff.

VATER: Die Fusion unter Ausschließung der Liquidation nach § 306 HGB. Leipzig, Diss. 1910. — Verhandlungen der Expertenkommission zwecks Beratung des 2. Entw. zu einem Bundesges. betr. die Abänderung der Titel 24—33 des Schweiz. Obl.-Rechts. 1926.

WANDSCHNEIDER: Fusion nach HGB. Rostock, Diss. 1910. — WEISBART: „Fusion und Verpachtung“, bei RING-SCHACHIAN, S. 504ff. — WIEDENFELD: Gewerbepolitik. Berlin 1927. — WIELAND: „Zu dem Gesetzentwurf zur Revision des schweiz. Aktienrechts“, Z. f. ausl. u. intern. PR. 1929, S. 187ff. — WIENER: „Umwandlung und Fusion von Gesellschaften“, ZHR. 27, S. 334ff. — WITTMACK: „Findet der § 311 BGB. auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung und auf Aktiengesellschaften Anwendung?“ ZHR. 71, S. 107. — WOLFF, M.: Sachenrecht. 8. Bearbeitung. Marburg 1929.

ZIEGLER, v.: „Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem deutschen Recht“, bei HOLDHEIM 1905, S. 57ff., 113ff., 139ff., 169ff.

Verlag von Julius Springer / Berlin

Rechtsvergleichende Abhandlungen

herausgegeben von

Dr. **Heinrich Titze** und Dr. **Martin Wolff**

Professor an der Universität Berlin

Professor an der Universität Berlin

Band I

Das Recht der Staatsangehörigkeit in Deutschland und im Ausland seit 1914.

Von Dr. jur. **Gustav Schwartj.**
VIII, 296 Seiten. 1925. RM 15.—

Band II

Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte.

Eine rechtsvergleichende Unter-
suchung. Von Dr. jur. **Hans Werner Weigert.** IV, 71 Seiten. 1925.
RM 3.90

Band III

Die Verwaltungsaktie.

Herrschafts- und Vorratsaktie.
Ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen. Von Dr. jur. **Maximilian
Schmulewitz.** VII, 189 Seiten. 1927. RM 15.—

Aus den Besprechungen:

Eine außerordentlich subtile und klare Monographie. Die wirtschaftlichen Zwecke der Herrschafts- und der Verwaltungsaktie gehen weit auseinander, gemeinsam ist ihnen ihr rechtliches Charakteristikum, die Bindung. Die dingliche Bindung, der Bindungsvertrag und die Bindung durch tatsächliche Verhältnisse werden eingehend erörtert, ebenso die Rechtsgültigkeit der Schaffung und des Vertrags. Eine Untersuchung des Auslandsrechts zeigt, daß die Vorratsaktie im Ausland unbekannt ist, dagegen die Verwaltung durchweg einen erheblichen Einfluß durch Herrschaftsaktien aller Art und sonstige Einrichtungen besitzt . . . Auch wenn es zweifelhaft erscheint, ob diese Reformen allein den Klagen über unsere augenblicklichen aktienrechtlichen Zustände abhelfen würden, ist die inhaltsreiche Monographie für die Klärung der Diskussion sehr begrüßenswert.

„Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin“.

Band IV

Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag

in rechtsvergleichender Darstellung. Von Dr. jur. **Georg Eisser,** Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Gießen. III, 61 Seiten. 1927. RM 4.50

Band V

Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb

in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung. Von Dr. jur. **Eugen Ulmer,** Privatdozent an der Universität Tübingen. III, 120 Seiten. 1929. RM 10.50

Verlag von Julius Springer / Berlin

Die Englische Aktien-Gesellschaft nach neuem Recht

Systematische Darstellung und Gesetz
vom 10. Mai 1929

Von

Dr. Arthur Curti, Zürich

XXII, 308 Seiten. 1929. RM 16.80; gebunden RM 18.40

Das neue englische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 10. Mai 1929, the Companies Act, 1929, rechtskräftig vom 1. November 1929 an, ist von weitestgehender Bedeutung, da dieses Gesetz alle Vorschriften älterer Gesetze, soweit sie noch anwendbar sind, und die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Aktienrechts mit einer großen Zahl neuer Vorschriften in grundlegender Kodifikation zusammenfaßt. Bis auf die kleinsten Einzelheiten ist darin alles geordnet, was irgendwie auf die Aktiengesellschaft Bezug hat. Der neue Companies Act wird auch über Großbritannien hinaus für den internationalen Handel von größtem Interesse sein. Der Verfasser hat deshalb das Gesetz in die deutsche Sprache übertragen. Da es sich nur um eine möglichst wörtliche Übersetzung handeln konnte, muß er die Verantwortung für das unklassische Deutsch dem englischen Gesetzgeber überlassen. Die unübersichtliche Systematik, der weit-schweifige Stil, die vielen unnötigen Wiederholungen und das periodenreiche Satzgefüge machen selbst in der englischen Originalsprache auch gebildeten Engländern manches nur schwer verständlich. Zum besseren Verständnis ist deshalb dem Gesetze eine kurze systematische Darstellung, ein alphabetisches Sachregister und eine Liste der hauptsächlich technischen Ausdrücke beigegeben. Von besonderem Werte sind die Formulare von Gründungsurkunden, Statuten usw., die auch der englische Gesetzgeber als Anhang dem Gesetz folgen läßt.

Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs

Von

Dr. jur. J. G. Egger, Zürich

Etwa 320 Seiten. Etwa RM 18.—

Da die Aktienreform in Deutschland zur Zeit eine aktuelle Frage ist und die Berücksichtigung ausländischer Vorbilder eine große Rolle dabei spielt, wird die zweite Auflage des erstmalig 1924 in Zürich erschienenen Buches, das auch den Entwurf zu einem neuen schweizerischen Aktienrecht berücksichtigt, weite Kreise interessieren. Die zusammenfassende Darstellung und Begründung der Auffassung der guten Geschäftspraxis in der Bilanz- und Dividendenpolitik, — ein Thema, das die Lebensinteressen der Aktiengesellschaften, der gesamten Industrie und des Handels sowie die Grundfragen der Kapitalanlage berührt, — ist nicht nur nach der juristischen, sondern auch nach der wirtschaftlichen Seite behandelt. Das herangezogene Schrifttum ist fast ausschließlich deutsch. Da die wirtschaftlichen Momente in der Schweiz und in Deutschland die gleichen sind und das hier behandelte deutsche und geltende schweizerische Recht in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen, wird das Buch, das auf gedrängtem Raum die wichtigsten Fragen des Aktienrechts erörtert, für beide Länder von gleichem Interesse sein.