

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 27 (1908)

Artikel: Die Besteuerung des Agios bei Aktienemissionen vor dem Bundesgericht

Autor: Speiser, Paul

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896547>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 23.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Besteuerung des Agios bei Aktienemissionen vor dem Bundesgericht.

Von Prof. Dr. PAUL SPEISER in Basel.

I.

Der Kanton Baselstadt hat seit dem Beginne der stärkern Entwicklung der anonymen Erwerbsgesellschaften (Aktiengesellschaften und Genossenschaften) für die Besteuerung dieser juristischen Personen Spezialgesetze aufgestellt und sie nicht den für die physischen Personen geschaffenen und ausgebildeten allgemeinen Vermögens- und Einkommensteuergesetzen unterworfen. Das geltende Gesetz betreffend die Besteuerung der anonymen Erwerbsgesellschaften von 1889 schreibt die Erhebung einer Kapitalsteuer auf dem Gesellschaftskapital und einer Ertragssteuer auf dem „jährlichen Reingewinne einschliesslich allfälliger Zuweisungen an Reserve- oder Amortisationsfonds“ vor.

Schon bei der erstmaligen Anwendung des neuen Gesetzes im Jahre 1890 war von den Steuerbehörden die Frage zu entscheiden, ob und wie weit der von einer Gesellschaft bei der Ausgabe neuer Aktien zu einem höheren als dem Parikurse erzielte Gewinn der Ertragssteuer unterliege, und sie entschieden dahin, dass die Steuerpflicht eintrete, soweit das Agio den Betrag übersteige, der zum Einkauf der neuen Aktien in die aus der Bilanz ersichtlichen Reserven erforderlich sei. Der Entscheid hielt also in dieser bekanntlich sehr bestrittenen Frage die Mitte zwischen der Auffassung des deutschen Reichsgerichtes und des preussischen Oberverwaltungsgerichtes, von denen ersteres den Emissionsgewinn von der Besteuerung als Einkommen ganz ausschloss, während letzteres den Emis-

sionsgewinn ohne jede Beschränkung der vollen Einkommensteuer unterwarf.

Obiger Entscheid der Basler Steuerbehörden wurde im Verwaltungsbericht der Regierung an den Grossen Rat veröffentlicht und blieb unangefochten; die Steuerbehörden verfahren infolgedessen weiter nach dem festgestellten Grundsatz.

Im Jahre 1900 erhob eine Aktiengesellschaft gegen den entsprechenden Entscheid der Steuerbehörden Rekurs an den Regierungsrat mit Berufung auf die Praxis des Reichsgerichtes. Der Regierungsrat wies den Rekurs ab mit der Begründung, dass die von den Steuerbehörden gehandhabte Praxis im Jahre 1890 ohne Einwendung geblieben sei und dass das Agio, soweit es nicht zur Aufrechthaltung der Reserven in dem bisherigen Verhältnisse von Aktienkapital zu Reservefonds verwendet werde, sich als ein Gewinn darstelle, der der Ertragssteuer unterliege, da nach dem Wortlaut des Gesetzes unter dem Reingewinn nicht nur das Ergebnis des ordentlichen Geschäftsbetriebes zu verstehen sei, sondern auch jeder Vermögenszuwachs, der die freien Mittel der Gesellschaft vermehre. Die Gesellschaft verzichtete auf die Weiterziehung der Sache an den Grossen Rat, der damals noch Rekursinstanz war. Der Entscheid wurde ebenfalls im Verwaltungsberichte an den Grossen Rat publiziert und blieb unbeanstandet. Die Steuerbehörden übten die bisherige Praxis weiter.

Im Jahre 1907 brachte nun der Schweizerische Bankverein in Basel die Frage noch einmal auf den Rekursweg, als die Steuerbehörden das Emissionsagio auf der von ihm im Jahre 1906 vollzogenen Aktienkapitalerhöhung der Ertragssteuer unterwarfen, soweit es den Einkauf der neuen Aktien in die sichtbaren Reserven (ordentlicher Reservefonds, Spezialreserve, Unterstützungsfonds, vorgetragener Gewinnsaldo) überstieg. Der Regierungsrat wies den Rekurs ab, und es gelangte die Sache an das seit 1906 mit den Kompetenzen eines Verwaltungsgerichtes ausgestattete Appellationsgericht. Die Rekursbegründung des Bankvereins enthielt neben einer einlässlichen Kritik der Rechtsauffassung der Verwaltungsbehörden zwei neue tatsächliche Momente; einmal hatte das

preussische Oberverwaltungsgericht durch Plenarbeschluss vom 21. Juni 1902 seine bisherige Rechtsauffassung aufgegeben und sich der Auffassung des Reichsgerichtes, also der völligen Steuerfreiheit des Emissionsagios, angeschlossen; sodann aber konnte die Rekurrentin auch einen (in die gedruckte Sammlung der Entscheidungen nicht aufgenommenen) Entscheid des Bundesgerichtes vom 29. Mai 1901 produzieren, wodurch eine Verfügung der Berner Steuerbehörden betreffend Einbeziehung des ganzen Agio in die Berner Einkommensteuer auf staatsrechtlichen Rekurs der Spar- und Kreditkasse Burgdorf als willkürlich aufgehoben worden war.

Mit Entscheid vom 6. Mai 1907 wies das Appellationsgericht, als Verwaltungsgéricht, gleichwohl den Rekurs ab und schützte die bisherige Praxis der Basler Steuerbehörden.

Der Bankverein wandte sich mit einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des verwaltungsgerichtlichen Urteils wegen Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung, mithin wegen Rechtsverweigerung oder Willkür.

Das Bundesgericht wies mit Entscheid vom 27. November 1907, der den Parteien Ende Februar motiviert mitgeteilt wurde, den Rekurs ab.

Wir lassen den Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen der Spar- und Kreditkasse Burgdorf von 1901 und die Entscheide des Appellationsgerichtes von Basel und des Bundesgerichtes in Sachen Bankverein von 1907 am Schlusse folgen.

Wie mitgeteilt, hat das Bundesgericht in dem Rekursentscheide in Sachen Bankverein seine im Rekursentscheide Spar- und Kreditkasse Burgdorf eingenommene Stellung aufgegeben und auf die Kassation des Steuerentscheides der Basler Behörden verzichtet. Das Bundesgericht begründete diese seine neue Auffassung aber nicht damit, dass es die Besteuerung des Agios in dem von den Basler Behörden festgestellten Masse als richtig erklärt; es hält vielmehr daran fest, dass die Besteuerung jedes Agios unzulässig sei, es gibt zu, dass die Berufung der Basler Behörden auf § 36 der Statuten des Bankvereins, wonach die Gesellschaft das erzielte Agio

dem Dividendenreservekonto zuweisen, mithin eventuell als Gewinn an die Aktionäre verteilen dürfe, einer gewissen wenigstens formellen Berechtigung nicht entbehre; namentlich aber legt das Bundesgericht nunmehr den Nachdruck darauf, dass auch das preussische Oberverwaltungsgericht die unrichtige Auffassung der Berner und Basler Steuerbehörden lange geteilt habe und dass „angesichts dieser Praxis des angesehenen auswärtigen Gerichtshofes die im Berner Falle von ihm vertretene Auffassung, wonach die Besteuerung des Emissionsagios mit Art. 4 der Bundesverfassung nicht vereinbar wäre, bei erneuter Prüfung schon in grundsätzlicher Hinsicht zu erheblichen Bedenken Anlass gebe.“ Das Bundesgericht deckt also die Berner und Basler Behörden gegen den Vorwurf der Willkür mit der Erwägung, dass auch das preussische Oberverwaltungsgericht lange Zeit geirrt habe.

Es ist anzuerkennen, dass das Bundesgericht offen zugibt, es sei im Jahre 1901 gegenüber den Berner Behörden mit der Annahme der Willkür zu weit gegangen; aber zur Beurteilung der Angelegenheit genügt die Berufung auf die Irrungen des preussischen Oberverwaltungsgerichts nicht. Wir möchten darum sowohl in Bezug auf die materielle Frage der Besteuerung des Agios, als in Bezug auf die konstitutionelle Frage des Einschreitens des Bundesgerichtes gegen kantonale Steuerentscheide uns einige Bemerkungen erlauben.

II.

Es ist gewiss auffallend, dass zwischen dem Reichsgerichte und dem preussischen Oberverwaltungsgerichte lange Zeit eine solche Differenz in der Rechtsauffassung bestehen konnte; der Umstand, dass letzteres Gericht im Jahre 1902 endlich durch einen Plenarbeschluss nachgab, nachdem im preussischen Abgeordnetenhaus auf die Kalamität hingewiesen worden war (Holdheims Zeitschrift für Handelsrecht, 10. Band, 1901, S. 66), beweist nicht, dass das Reichsgericht von Anfang an im Recht, das preussische Gericht von Anfang im Unrecht war; man kann sich sehr wohl denken, dass das letztere im Interesse der Wiederherstellung der Einheit der Rechtsprechung es für

gut fand, auch mittelst eines sacrificio del intelletto Uebereinstimmung zu schaffen; das wird wohl auch in andern Streitfragen hie und da vorkommen.

Unseres Erachtens ist weder die absolut verneinende Haltung des Reichsgerichts, noch die absolut bejahende frühere Haltung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes richtig; beide Auffassungen sind unrichtig, und der Streit beweist, dass im Steuerrechte die Anschauungen in Bezug auf wichtige Punkte noch nicht abgeklärt sind.

Es hat aber die Differenz der beiden höchsten deutschen Gerichtshöfe auch die wissenschaftliche Erörterung der Streitfrage dominiert; da hiess es immer: hie Reichsgericht, hie Preussisches Oberverwaltungsgericht, oder: hie Steuerfreiheit des Agio, hie Steuer auf dem ganzen Agio, und die Frage, ob nicht der richtige Entscheid in der Mitte liege, wurde nicht einmal gestellt. Auch das Schweizerische Bundesgericht fand bei der Erörterung des Berner Rekurses keinen andern Boden.

Und doch liegt diese Lösung sehr nahe.

Wenn eine Aktiengesellschaft ihr Aktienkapital durch Ausgabe neuer Aktien vergrössert und diese mit Agio ausgibt, so liegt auf der Hand, dass für die Frage der Besteuerung unterschieden werden muss zwischen dem Teil des Agio, der erforderlich ist, um die neuen Aktien in die aus der Bilanz ersichtlichen Reserven einzukaufen, und dem Teil des Agio, der darüber hinausgeht.

Offenbar würden die rechnungsmässigen Verhältnisse der Aktiengesellschaft verschlechtert, wenn nach der Vermehrung des Aktienkapitals die Reserven im Verhältnisse zum Aktienkapital geringer wären als vorher; es würde dies unter Umständen die Aktiengesellschaft nötigen, zur Aeufnung der Reserven (wenn dieselben nach den Statuten eine gewisse Höhe haben müssen) bei spätern Rechnungsabschlüssen einen Teil des Geschäftsgewinns vorweg zu nehmen zu Lasten der Dividende der neuen wie der alten Aktionäre. Man kann also nicht sagen, dass das zum Einkauf in die Reserven verwandte Agio einen Zuwachs zu den zu Gunsten der Aktionäre verwendbaren freien Mitteln darstellt.

Anders stellt sich aber die Frage für den Teil des Agios, der über den zum Einkauf in die sichtbaren Reserven erforderlichen Betrag hinausgeht. Die Gegner der Besteuerung wenden ein, es sei unstatthaft, zwischen sichtbaren und versteckten Reserven zu unterscheiden; die Aktiengesellschaft, welche eine Emission mit einem höhern als dem zum Einkauf in die sichtbaren oder bilanzmässigen Reserven erforderlichen Agio wage, vermöge das nur zu tun, weil sie eben auch versteckte Reserven habe, in die sich einzukaufen der neue Aktionär ebensogut verpflichtet sei, wie er sich in die sichtbaren Reserven einkaufen müsse; und eine Emission mit Agio über die sichtbaren Reserven hinaus gelinge nicht, wenn nicht versteckte Reserven vorhanden seien. Es wird dem Steuergesetzgeber und der Steuerbehörde nicht als Unrecht belastet werden können, wenn sie angesichts des Art. 656 des Obligationenrechts, der da vorschreibt, „es sei die Bilanz so klar und übersichtlich aufzustellen, dass die Aktionäre daraus einen möglichst sichern Einblick in die wirkliche Vermögenslage der Gesellschaft erhalten,“ einen Unterschied zwischen sichtbaren und versteckten oder stillen Reserven zu machen sich erlauben, und in der Verwertung der stillen Reserven bei der Emission der neuen Aktien ein spekulatives Element erblicken, das bei der steuerlichen Behandlung dieses Teils des Agio in Betracht zu fallen hat. Das Bundesgericht hat im Berner Falle festgestellt, dass der Agiogewinn „nur den wirklichen Stand des Unternehmens und den darauf beruhenden innern Wert der Aktien zum Ausdruck bringe, es wäre denn, dass die Aktienemission über pari lediglich zum Zwecke der Kursspekulation erfolge,“ und hat den hieraus für die richtige Beurteilung der Streitfrage entscheidenden Schluss nur darum nicht gezogen, weil nach seiner Ansicht „die Kursspekulation nicht zu vermuten sei und vom Rekursbeklagten auch nicht behauptet werde.“

Muss man nun zugeben, dass die Verwertung von Vermögenselementen der Aktiengesellschaft, die aus der Bilanz nicht ersichtlich sind und die sich darum auch der ordentlichen und regelmässigen Besteuerung als Kapital leicht ent-

ziehen, die Emission mit Agio vom Boden einer rein rechnungsmässigen Ausgleichung zwischen alten und neuen Aktien auf das Gebiet einer spekulativen Operation hinüberträgt, so folgt daraus auch, dass eine andere steuerliche Behandlung wohl denkbar ist. Und es stellt sich nun die Frage, ob es gestattet sei, die von der Aktiengesellschaft gewonnene Einnahme an Agio, soweit es nicht den Einkauf in die sichtbaren Reserven darstellt, als steuerbaren Ertrag zu behandeln.

Es ist klar, dass bei der Entscheidung dieser Frage mit dem Begriffe des steuerbaren „Einkommens“ nichts anzufangen ist; anonyme Erwerbsgesellschaften haben kein Einkommen; das haben nur physische Personen, und bei physischen Personen kann eine Geschäftsoperation, wie die Emission neuer Aktien, nicht vorkommen; es bietet also die Untersuchung des Begriffs des steuerbaren Einkommens physischer Personen keinerlei nützliche Analogie für die Lösung der vorliegenden Frage.

Wohl aber ergibt sich aus der Betrachtung dieses geschäftlichen Vorgangs, dass sich die Aktiengesellschaft mittelst desselben (man kann das Agio, das über die sichtbaren Reserven hinaus erzielt wird, vielleicht Ueberagio heissen) eine Einnahme verschafft, die einen andern Charakter hat, als das zum Einkauf in die sichtbaren Reserven erforderliche Agio; die Gesellschaft kann es nach Schweiz. Obligationenrecht frei verwenden; sie kann es in die allgemeinen Reserven verweisen, sie kann es aber auch durch Zuweisung in die Dividendenreserve als Gewinn behandeln.

Warum soll diese freie Einnahme nun nicht Ertrag, steuerbarer Geschäftsertrag sein? Es ist doch eine *bloße petitio principii*, wenn man, um diese Frage zu verneinen, unter Ertrag nur das verstehen will, was durch das laufende, ordentliche Geschäft gewonnen wird. Beim Worte Einkommen denkt man allerdings an eine gewisse Regelmässigkeit; wenn jemand durch eine einmalige Spekulation oder durch den günstigen Verkauf seines Hauses sich in einem Jahr eine ausserordentliche Einnahme verschafft, so wird er nicht sagen, er habe in diesem Jahre ein besonders grosses Einkommen, sondern

er habe neben seinem Einkommen eine Extraeinnahme. Mit dem Worte Ertrag oder Geschäftsertrag ist dieser Gedanke der Regelmässigkeit nicht verbunden; im Geschäftsertrage steckt eben alles, was dem Geschäftstreibenden im betreffenden Jahre das Geschäft abgeworfen hat, und dazu gehört für die Aktiengesellschaft doch sicherlich auch der Nutzen aus der Emission mit Ueberagio. Wenn Aktiengesellschaften durch hohe Fixierung des Emissionskurses der neuen Aktien sich den Gewinn in die Gesellschaftskasse leiten, statt den alten Aktionären die neuen Aktien zu einem geringern Kurse anzubieten und ihnen das Ueberagio zu überlassen — letzteres Vorgehen ist bei den Aktiengesellschaften, die Namenaktien haben, das regelmässige — so dürfte es doch sehr schwierig sein, zu bestreiten, dass der aus dieser Operation erzielte Gewinn Geschäftsertrag sei und darum der Besteuerung anheimfalle.

Auch die Betonung des Ausdruckes „Reinertrag“ ist nicht geeignet, gegen die Besteuerung des Ueberagios etwas auszurichten. Der Ausdruck „Reinertrag“ wie der Ausdruck „Reineinkommen“ steht doch in der Steuersprache nicht im Gegensatze zu den Ausdrücken „Ertrag“ oder „Einkommen“ (wir werden uns übrigens später noch eine Bemerkung über die Mangelhaftigkeit der deutschen Terminologie im Steuerrechte gestatten), sondern es soll durch die Beigabe des Wörtleins „rein“ lediglich dem Gedanken Ausdruck verschafft werden, dass Ertrag oder Einkommen nur steuerbar ist nach Abzug aller den Ertrag oder das Einkommen mindernden negativen Faktoren; solche mindernde Faktoren stehen aber dem aus dem Ueberagio sich ergebenden Ertrage keine gegenüber, während man allerdings sagen kann, dass das Agio, soweit es zum Einkaufe in die sichtbaren Reserven dient, eben keinen Reinertrag oder kein Reineinkommen darstellt, weil es nur den Ausgleich für die durch die Vermehrung des Aktienkapitals geminderten Reserven bildet.

Aus dem Berner und dem Basler Urteile des Bundesgerichtes ist ja auch ersichtlich, dass beide rekurrierenden Aktiengesellschaften nach ihren Statuten befugt waren, das Ueberagio in den Dividendenreservenkonto zu legen, mithin

als Ertrag den Aktionären zu verteilen, und somit selber in einem gewissen Zeitpunkte der Ansicht waren, es handle sich bei solchen Emissionsoperationen um verteilbaren Gewinn, der den Aktionären direkt zugewiesen werden dürfe.

III.

Das Bundesgericht begrenzt in dem Berner Rekursentscheide seine Befugnis, gegen kantonale Steuerentscheide auf Grund des Art. 4 der Bundesverfassung einzuschreiten, wie folgt: „(diese Befugnis) hängt von der Frage ab, ob die dem bernischen Einkommensteuergesetze und dem Vollziehungsbeschlusse vom Regierungsrate gegebene Auslegung derart gegen Wortlaut und Geist dieser Bestimmungen verstösst, dass sie geradezu eine materielle Rechtsverweigerung enthält.“ Es braucht in solchen Fällen auch den Ausdruck, die kantonale Behörde habe sich der „Willkür“ schuldig gemacht.

Man wird zugeben, dass der Vorwurf der Rechtsverweigerung oder der Willkür ein sehr schwerer ist; und es wird darum nicht ohne Wert sein, bei dieser Frage etwas länger zu verweilen.

Vorerst wird ohne Widerspruch festgestellt werden können, dass zur Kassation eines kantonalen Steuerentscheides die blosser Erklärung, dass nach der Ansicht des Bundesgerichtes der Entscheid ein unrichtiger sei, nicht genügt. Das Bundesgericht ist nicht eine oberste Rekursinstanz in kantonalen Steuerstreitigkeiten, abgesehen von den ihm verfassungsmässig zugewiesenen Doppelbesteuerungskonflikten.

Das Bundesgericht wird also zum mindesten seine Kompetenz beschränken müssen auf das Einschreiten gegen offensichtliche Irrtümer. Allein auch bei einer solchen Beschränkung wird Vorsicht zu üben sein. Der vorliegende Fall, der den hartnäckigen Widerstreit der Ansichten der zwei höchsten deutschen Gerichte gezeigt hat, beweist, dass im Steuerrechte die Wissenschaft noch weit von allgemeiner Klarheit entfernt ist und dass demnach mancher Entscheid zwar unrichtig, aber darum nicht offensichtlich irrtümlich sein kann.

Es bietet auch wenig Beruhigung, wenn das Bundesgericht glaubt, mit Berufung auf deutsche Autoren absolutes Recht weisen zu können. Die deutsche Wissenschaft des Steuerrechtes ist noch in den Anfängen, weil sich zwar die deutsche Nationalökonomie schon lange mit Steuerwesen, die deutsche Jurisprudenz aber noch nicht lange mit Steuerrecht beschäftigt. Infolgedessen mangelt dem deutschen Steuerrechte vor allem schon eines, was die Vorbedingung für scharfe Rechtserfassung ist, nämlich eine klare und allgemein anerkannte Terminologie. Man ist allmählich dazu gekommen, die Begriffe Steuer und Gebühr von einander klar abzugrenzen; aber der Unterschied zwischen direkten und indirekten Steuern ist noch immer streitig; der fatale Ausdruck „Steuerobjekt“ wird zwar viel gebraucht, entbehrt aber jeder juristischen Fixierung; den Wörtern Einkommen, Ertrag, Erwerb mangelt eine Präzision, wie sie im Zivilrechte etwa die Wörter Eigentum und Besitz haben, u. s. w.

Bei dieser Sachlage ist es gewiss bedenklich, Steuerstreitigkeiten auf Grund einer blossen Auslegung eines im Gesetze gebrauchten Terminus zu entscheiden. Um zu einem richtigen Entscheide zu kommen, wird man vielmehr das in Betracht kommende Gesetz des Kantons und dessen Handhabung in der Praxis genau kennen müssen. Das Steuerrecht der Kantone hat sich sehr mannigfaltig und zum Teil sehr originell entwickelt, und es liegt kein innerer Grund vor, für seine Auslegung die deutsche Wissenschaft und die deutsche Steuerrechtsprechung als massgebend zu erklären. Es gilt dies ganz besonders für das Basler Steuerrecht, dessen schon in den vierziger und sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts aufgestellten Grundsätze der progressiven Einkommensteuer auf der Gesamtheit aller Einkommensquellen und der dazutretenden Vermögenssteuer auf allen Vermögensobjekten, die Vorbilder der preussischen Einkommenssteuer und der preussischen Ergänzungssteuer der neunziger Jahre und, da die preussische Steuergesetzgebung inzwischen in den meisten deutschen Staaten nachgebildet worden ist, auch der deutschen Steuergesetzgebung geworden sind.

Ist es nun an sich von fraglicher Richtigkeit, zur Interpretation unserer älteren schweizerischen Steuergesetze die neue deutsche Doktrin und Praxis heranzuziehen, und von ihr aus die Irrtümlichkeit oder gar die Willkürlichkeit kantonaler Steuerentscheide zu statuieren, so ist dies namentlich dann der Fall, wenn in einem kantonalen Steuerrechte offenbare Abweichungen von der *communis opinio Doctorum* bestehen. So liegt es bei der Basler Einkommensteuer im Vergleiche zur preussischen in Bezug auf die Ausgestaltung des Begriffs des steuerbaren Einkommens in einzelnen Punkten. Basel besteuert als Einkommen nicht nur die ordentlichen Jahreseinnahmen des Steuerpflichtigen, die ja der allgemeine Sprachgebrauch in der Tat als Einkommen bezeichnet, sondern jeden, auch den einmaligen und den ausserordentlichen Vermögenszuwachs, also auch den Gewinn aus dem Verkaufe von Liegenschaften oder Wertpapieren und sogar den Vermögenszuwachs aus der blossen Höherwertung von Vermögensobjekten, auch wenn solcher Gewinn nicht durch Verkauf schon realisiert worden ist; dieser Satz ist im geltenden Gesetze deutlich enthalten; er wurde aber vom Beginn unserer Einkommensteuer an so durchgeführt. Wollte man nun aus der blossen Auslegung des Wortes „Einkommen“ diese Praxis rechtfertigen, so würde man Mühe haben. Es ist aber gerade hier ein Beispiel für den Satz, dass unsere Steuergesetze nicht aus der blossen Interpretation einzelner Wörter erklärt werden können, sondern dass auch auf die Entwicklung gesehen werden muss.

Betrachtet man diese Handhabung der Basler Einkommensteuer, so zeigt sich auch, wie misslich es wäre, die Richtigkeit des Basler Entscheides in der Agiofrage nach der Auslegung des Begriffes „Einkommen“, wie er im preussischen Einkommensteuergesetze ausgestaltet worden ist, zu beurteilen. Das Basler steuerbare Einkommen umfasst jeden Vermögenszuwachs, das preussische steuerbare Einkommen unterliegt einer viel engeren Umschreibung; aber mit welchem Rechte würde man das Basler Einkommensteuergesetz aus der deutschen oder preussischen esetzhandhabung auslegen?

Aus dieser Entwicklung des Begriffs Einkommen im Basler Steuerrechte erklärt sich nun auch, dass die Einbeziehung des Agios in die Ertragssteuer der Basler Aktiengesellschaften keineswegs eine so abnorme Handhabung des Steuerrechtes war; denn dem Basler Steuerwesen liegt eben die Besteuerung einer einmaligen, ausserordentlichen Einnahme nicht so ferne, wie dem preussischen Einkommensteuergesetz, das „ausserordentliche Einnahmen aus dem nicht gewerbsmässigen oder zu Spekulationszwecken unternommenen Verkauf von Grundstücken und ähnliche Erwerbungen“ nicht als steuerbares Einkommen, sondern als Vermehrung des Stammvermögens behandelt.

Wir folgern hieraus, dass die Beurteilung kantonaler Steuerentscheide eine sehr genaue und eingehende Prüfung des kantonalen Steuerrechtes erheischt und dass die Entwicklung in der Praxis nicht ignoriert werden darf. Es ist oben mitgeteilt worden, dass die vom Bankverein angefochtene steuerliche Behandlung des Agiogewinns in Basel seit Beginn des Inkrafttretens des Aktienbesteuerungsgesetzes sich gleich geblieben ist und dass die Entscheide der Steuerbehörden jeweiligen publiziert und vom Grossen Rat bei der Prüfung der Verwaltungsberichte, allerdings stillschweigend, akzeptiert worden sind. Unseres Erachtens ist es nun aber ausgeschlossen, dass eine von Anfang an sich gleich bleibende und öffentlich gehandhabte Praxis, gegen die in der höchsten kantonalen Behörde kein Widerspruch erhoben worden ist, nach einer Uebung von anderthalb Jahrzehnten als willkürlich vom Bundesgericht umgestossen werden könne. Dürfte man doch eher dann von einer Willkür sprechen, wenn eine Behörde ihre gegen so viele Steuerpflichtige geübte Praxis nach längerer Zeit plötzlich wieder ändern würde.

Wir machen diese Bemerkung ganz besonders mit Rücksicht auf den Satz im Urteil des Bundesgerichtes vom 30. Oktober 1907, Erben V. gegen Zürich, wo es heisst: „. . . dass der Regierungsrat sich somit auch nicht auf eine konstante Praxis berufen kann, ganz abgesehen von der Frage, ob vom Standpunkte des Art. 4 der Bundesverfas-

sung aus eine dem klaren Gesetzestexte widersprechende ständige Praxis den streitigen Anspruch zu begründen vermöchte.“

Die Verneinung der hier formulierten Frage würde doch die Autonomie der Kantone im Steuerwesen in einem kaum erträglichen Masse einschränken. Auch die kantonalen Behörden werden für die grossen ihnen anvertrauten Interessen eine Ausgestaltung des Rechtes durch die Gewohnheit in Anspruch nehmen dürfen. Gewohnheit aber ist das Gegenteil von Willkür.

Beilagen.

I.

Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Spar- und Kreditkasse Burgdorf gegen den Regierungsrat des Kantons Bern betreffend Rechtsverweigerung, vom 29. Mai 1901.

Die Rekurrentin, Aktiengesellschaft Spar- und Kreditkasse Burgdorf beschloss im September 1897 die Erhöhung ihres Aktienkapitals von Fr. 500,000 auf Fr. 800,000 durch Emission von 600 neuen Aktien im Nominalwerte von Fr. 500. Den alten Aktionären wurde für die Zeichnung der neuen Aktien ein Vorrecht eingeräumt; der Emissionskurs wurde auf Fr. 600 festgesetzt. Von dem aus den neuen Aktien zu erzielenden Agio von Fr. 60,000 sollten Fr. 10,000 dem ordentlichen Reservefonds zugeteilt, die übrigen Fr. 50,000 zur Bildung eines Dividendenreservefonds verwendet werden. Die ganze Emission wurde von den bisherigen Aktionären gezeichnet und übernommen und das Agio in der in den Emissionsbedingungen angegebenen Weise verwendet. Die Posten von Fr. 10,000 und Fr. 50,000 wurden in der Bilanz laut Geschäftsbericht vom Jahre 1897/98, abgelegt auf 30. Juni 1898, im „Haben“ unter dem der Rekurrentin zustehenden Betriebskapital aufgenommen.

Bei der Revision der Einkommenssteuerregister im Frühling 1899 gab die Rekurrentin ihre Selbstschätzungserklärung ab auf Grundlage der Bilanz pro 30. Juni 1898; sie schätzte sich demnach ein wie folgt:

in Klasse I. Fr. 32,800 und
in Klasse III. Fr. 12,700.

Während die Gemeinde- und die Bezirkssteuerkommission die Selbstschätzung annahmen, erhöhte die Centralsteuerkommission das steuerpflichtige Einkommen der Rekurrentin

in Klasse I. auf Fr. 92,800 und

in Klasse III. auf Fr. 13,800.

Die Erhöhung des erstern Betrages wurde dadurch herbeigeführt, dass die Fr. 60,000 Agio aus der Aktienemission als steuerpflichtiges Einkommen erklärt wurden. Die Rekurrentin führte über diese Taxation beim Regierungsrate Bern Beschwerde. Dieser hat durch Beschluss vom 29. August 1900 die Beschwerde gutgeheissen, soweit sie sich auf die Heraufsetzung des Einkommens III. Klasse bezog, dagegen abgewiesen mit Bezug auf das Einkommen I. Klasse, bezw. die Fr. 60,000 Agio; letzteres mit folgender Begründung: Auch in der Form der Einlage in den ordentlichen Reservefonds und der Zuteilung an einen Dividendenreservefonds kommen die Fr. 60,000 den Aktionären zu gut, sie bilden nun ein durch die Gesellschaft erzielter und in den ordentlichen Reservefonds so wie den Dividendenreservefonds geflossenes Vermögensobjekt, das nach der Vorschrift der Vollziehungsverordnung zum Einkommenssteuergesetz der Einkommenssteuer I. Klasse unterworfen sei, indem hievon sonst keine andere Vermögenssteuer bezahlt würde. Das veranlagte Agio sei das Ergebnis einer geschäftlichen Operation und der hieraus erzielte Gewinn, der der Anstalt als solcher zugeflossen, sei in dem Jahr, in welchem er erzielt worden, auch noch nicht als Bestandteil des Vermögens derselben versteuert worden.

B. Gegen diesen Beschluss hat nun die Rekurrentin rechtzeitig und in richtiger Form den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage: der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, soweit er die Bestätigung der Schätzung der Centralsteuerkommission hinsichtlich des steuerbaren Einkommens I. Klasse der Rekurrentin pro 1899 enthalte. Die Rekursschrift macht drei Rekursgründe geltend. Zunächst enthalte der angefochtene Beschluss eine materielle Rechtsverweigerung, indem der Regierungsrat das Bernische Einkommensstenergesetz (vom 18. März 1865) in durchaus ungesetzlicher, willkürlicher, mit dessen Sinn und Geist nicht im Einklang, mit der Vollziehungsverordnung vom 2. August 1866, § 3, und dem diese ersetzenden Regierungsratsbeschluss vom 22. März 1878 im Widerspruch stehender Weise ausgelegt habe. Das Einkommensteuergesetz erkläre nämlich in § 3 Ziffer 1 steuerpflichtig: den Erwerb irgend einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit, und Art. 1 des genannten Regierungsbeschlusses bestimme: „Aktiengesellschaften, deren Sitz im Kanton sich befindet, bezahlen die Einkommens-

steuer I. Klasse von dem zur Verteilung kommenden und dem in den Reservefonds fließenden Reinertrag, soweit derselbe nicht bereits der Vermögenssteuer unterliegt (§ 3, Ziffer 1 des Einkommensteuergesetzes); damit haben die betreffenden Aktionäre ihrer Einkommensteuer hinsichtlich dieser Aktien ein Genüge geleistet.“ Nun könne das Agio aus einer Emission neuer Aktien nicht, wie die Rekursbeklagte es tue, als „Reinertrag“ bezeichnet werden; es stelle sich vielmehr dar als Kapitaleinlage. Auch seien die bezüglichen Beträge schon bezahlt worden, nämlich für das Jahr 1897 von den Aktionären und für das Jahr 1898 von der Rekurrentin (in Folge der dadurch herbeigeführten Vermehrung des Reinertrages). Auch als Kursgewinn könne das Agio nicht angesehen werden. In zweiter Linie liege im angefochtenen Entscheide eine ungleiche Behandlung vor dem Gesetze, da der Rekursbeklagte früher — seit fast 30 Jahren — und bis in die neueste Zeit derartige Agios nie zur Besteuerung herangezogen habe, auch gegenüber der Rekurrentin nicht. Hiefür beruft sich die Rekurrentin auf eine ganze Anzahl von Fällen aus den Jahren 1873—1900. Eine ungleiche Behandlung sei es auch, dass das Agio von Aktienemissionen besteuert werde, nicht aber die Eintrittsgelder bei Genossenschaften, die doch mit diesen denselben wirtschaftlichen Charakter gemein hätten. Endlich gebe der Rekursbeklagte dem Einkommensteuergesetz eine derartige neue Interpretation, dass diese als authentische zu bezeichnen sei, so dass auch ein Eingriff der vollziehenden in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt vorliege.

C. Der Rekursbeklagte trägt auf Abweisung des Rekurses an. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend: Das Agio stelle sich dar als geschäftlicher Reinertrag, zwar nicht aus dem täglichen Geschäftsbetriebe, aber aus einer besondern geschäftlichen Operation, die nach Art. 626 OR mit dem Gewerbebetriebe der Rekurrentin im Zusammenhang stehe. Das Agio sei der Ertrag der Aktienemission und damit auch ein Ertrag des Unternehmens der Rekurrentin überhaupt. Jedenfalls sei diese Auslegung nicht willkürlich zu nennen. Früher schon besteuert worden sei dieses Objekt nicht; es arbeite erst seit 1898 im Unternehmen der Rekurrentin mit. Richtig sei sodann allerdings, dass der Rekursbeklagte früher mit Bezug auf die in Frage stehenden Operationen eine andere Praxis befolgt habe; wenn er aber auch noch in neuester Zeit nicht alle Aktien-Emissionen in gleicher Weise behandelt habe, so sei das lediglich aus Unkenntnis geschehen. Das Eintrittsgeld der Genossenschaften aber könne mit dem bei Aktien-Emissionen erzielten Agio nicht auf gleiche Linie gestellt werden. Endlich handle es sich nicht um eine authentische Interpretation, sondern um eine Anwendung des Gesetzes.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zwischen den Parteien herrscht kein Streit darüber, dass das Agio sich als „Reinertrag“ aus der Unternehmung der Rekurrentin darstellen muss, um als Einkommen I. Klasse besteuert werden zu können; streitig ist nur, ob es unter jenen Begriff des Reinertrags subsumiert werden könne. Bei dieser Sachlage und bei der Stellung des Bundesgerichts als Staatsgerichtshof hängt die Entscheidung des Rekurses in erster Linie von der Frage ab, ob die dem bernischen Einkommenssteuergesetz und dem regierungsrätlichen Vollziehungsbeschluss dazu vom rekursbeklagten Regierungsrat gegebene Auslegung derart gegen Wortlaut und Geist dieser Bestimmungen verstösst, dass sie geradezu eine materielle Rechtsverweigerung in dem vom Bundesgericht in feststehender Praxis entwickelten Sinne enthält. Ist diese Frage zu bejahen, so ist der Rekurs als begründet zu erklären, ohne dass es nötig wäre, auf die übrigen Beschwerdegründe einzutreten; diese sind erst nach allfälliger Verneinung jener Frage zu prüfen.

2. Die Frage, ob das bei der Emission neuer Aktien erzielte Agio sich als Reinertrag aus der Unternehmung darstelle, beantwortet sich nach dem Begriffe Reinertrag und nach dem Wesen der Aktienemission. Was nun zunächst letzteres, das Wesen der Aktienemission betrifft, so wird die Emission neuer Aktien richtiger Weise nicht als Verkauf der Aktien seitens der Gesellschaft an die Zeichner angesehen (vergl. die Motive zur deutschen Aktiennovelle vom 18. Juli 1889; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd 32, S. 244 flgde, speziell S. 248), sondern als eine Art neuer Gründung, durch welche das Grundkapital, das Betriebskapital erhöht wird. Der hierbei erzielte sogen. Agiogewinn kann daher vorab nicht als Gewinn aus einem Kaufgeschäft bezeichnet werden. Ebenso wenig fällt er unter den Begriff des Reinertrags des Unternehmens. Unter diesen Begriff kann nur subsumiert werden der Ertrag aus der ordentlichen geschäftlichen Tätigkeit der betreffenden Unternehmung nach Abzug der Aufwendungen. Dass aber die Erhöhung des Grundkapitals nicht zu den geschäftlichen Unternehmungen einer Spar- und Kreditbank gehört, ist klar; sie stellt sich dar als Hilfsoperation zum Geschäftsbetrieb, als Mittel zur Ermöglichung ausgedehnterer geschäftlicher Tätigkeit. Allerdings spricht das Schweiz. Obligationenrecht von der Aktienemission nur in Art. 626, und vom Agiogewinn gar nicht. Allein es darf wohl unbedenklich¹⁾)

¹⁾ Ist es wirklich unbedenklich, das schweizerische Obligationenrecht von 1881 aus später erlassenen fremden Gesetzen zu interpretieren, die gerade in Bezug auf den streitigen Punkt sich zum ältern schweizerischen Gesetze in Gegensatz stellen?

zur Bestimmung des Charakters des Reingewinns auf die deutsche Aktiennovelle von 1884 und das neue deutsche Handelsgesetzbuch verwiesen werden. Nach diesen Bestimmungen — welche bekanntlich im Gegensatze zum Schweiz. OR (Art. 631) die Bildung eines Reservefonds gesetzlich vorschreiben — (Art. 239b in Verbindung mit Art. 185a des alten deutschen Handelsgesetzbuches, § 262 neues deutsches Handelsgesetzbuch) wird genau unterschieden zwischen dem jährlichen Reingewinn und dem Agiogewinn. Nur erstern kann auch die regierungsrätliche Vollziehungsverordnung von 1878 verstehen, wenn sie vom „Reinertrag“ spricht; „Reinertrag“ ist identisch mit „Ueberschuss der Aktiven über die Passiven“, der sich ergibt aus dem Geschäftsbetriebe unter Abzug der Aufwendungen. Der sogen. Agiogewinn fällt nicht hierunter; er bringt nur den wirklichen Stand des Unternehmens und den darauf beruhenden innern Wert der Aktien zum Ausdruck, es wäre denn, dass die Aktienemission über pari lediglich zum Zwecke der Kursspekulation erfolgt, was nicht zu vermuten ist und vom Regierungsrate auch gar nicht behauptet wird. Zu diesen Erwägungen kommt noch die weitere, dass ein Agiogewinn auch vor Beginn der geschäftlichen Tätigkeit einer Aktiengesellschaft, nämlich bei ihrer Gründung möglich ist, wobei offensichtlich von einem „Reinertrag“ nicht die Rede sein kann; die rechtliche Natur des Agiogewinns ist aber im Falle einer weiteren, späteren Aktienemission ganz dieselbe, wie bei der Gründungsemission.

3. Sonach erweist sich denn die vom rekursbeklagten Regierungsrat dem Begriff „Reinertrag“ in Anwendung auf den sogen. Agiogewinn gegebene Auslegung als durchaus rechtsirrtümlich, und fraglich kann nur noch sein, ob sie auch als willkürlich bezeichnet werden kann, so dass wirklich eine materielle Rechtsverweigerung vorliegt. Auch diese Frage muss indessen bejaht werden. Mag man auch zugeben, dass der Agiogewinn vielleicht unter den Begriff „Einkommen aus beruflicher Tätigkeit“ ohne Verletzung allgemein anerkannter Grundsätze subsumiert werden könnte, so geht es doch jedenfalls nicht an, ihn als „Reinertrag“ zu bezeichnen; nur den Reinertrag aber sollen Aktiengesellschaften nach dem das Einkommensteuergesetz näher ausführenden Regierungsratsbeschlüsse von 1878 als „Einkommen“ versteuern; die Subsumierung des Agiogewinns unter dem Begriff „Reinertrag“ verstösst derart gegen das Wesen des Agiogewinns und den Begriff Reinertrag, dass sie als gänzlich unhaltbar bezeichnet werden muss.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und somit der Entscheidung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 29. August 1900 aufgehoben.

II.

Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgerichts in der Beschwerdesache des Schweizerischen Bankvereins A. G. gegen einen Beschluss des Regierungsrates betr. Besteuerung des Agiogewinns, vom 6. Mai 1907.

Tatsachen :

Der schweizerische Bankverein, Aktiengesellschaft in Basel, gab 1905 behufs Erhöhung des Aktienkapitals von 40 auf 50 Millionen Franken 20,000 neue Aktien aus, nominell auf Fr. 500 lautend, emittiert zum Kurse von Fr. 660, so dass sich nach Abzug der Emissionskosten ein Agio von Fr. 150 per Aktie ergab, also Fr. 3,000,000 auf den 20,000 Aktien. Dieses Aufgeld wurde gemäss § 7 der Gesellschaftsstatuten ausschliesslich dem statutenmässigen ordentlichen Reservefonds und der ebenfalls in den Statuten vorgesehenen Spezialreserve zugewiesen.

Streitig ist nun geworden, ob und wie weit dieses Aufgeld mit der Ertragssteuer gemäss Gesetz über die Besteuerung der anonymen Erwerbsgesellschaften vom 14. Oktober 1889 zu belegen sei. Der Staatskassier erklärte den Agiogewinn, soweit er den Einkauf in die buchmässigen Reserven übersteigt (in casu Fr. 500,000) als steuerpflichtig. Das Finanzdepartement, bei dem der Rekurrent lidgegen Einsprache erhob, reduzierte bloss den versteuerbaren Agiogewinn von Fr. 500,000 auf Fr. 383,258.50, indem es ausser dem ordentlichen Reservefonds und dem Spezialreservefonds auch den Unterstützungsfonds und den nicht verteilten Gewinnsaldo zur Verhältnisrechnung zwischen Gesellschaftsreserven und Agiogewinn heranzog, hielt aber prinzipiell fest, dass das Agio, soweit es sich nicht als Einkauf in die buchmässigen Reserven darstelle, zu versteuern sei. Auch die Steuerkommission und der Regierungsrat hielten auf erhobene Rekurse an dieser Anschauung fest. Der Rekurrent gelangt nun an das Verwaltungsgericht mit dem Antrage, es sei zu erkennen, dass eine Ertragssteuer von dem Agio auf den 1905 neu emittierten Aktien überhaupt nicht zu entrichten sei. Er begründet das folgendermassen:

Aus § 3 des Gesetzes über Besteuerung der anonymen Erwerbsgesellschaften, wonach die Ertragssteuer auf dem jährlichen Reingewinne einschliesslich allfälliger Zuweisungen an Reserve- oder Amortisationsfonds berechnet wird, ergibt sich, dass das Aufgeld auf neu emittierten Aktien nur dann zur Ertragssteuer kann herangezogen werden, wenn es zum jährlichen Reingewinn der Gesellschaft gehört. Dies ist nicht der Fall. Das Agio entspringt nicht der produktiven Tätigkeit der Gesellschaft in dem betreffenden

Geschäftsjahre, sondern repräsentiert in Verbindung mit dem Nominalbetrag der Aktie die Einlage des Zeichners behufs Erwerb der Mitgliedschaft, und ist eine Vermehrung des Gesellschaftskapitals aus Einlagen der Gesellschafter, nicht aus Reingewinn, wird darum auch nicht als Dividende verteilt oder zu Tantiemen verwendet.

Die Steuerbehörde beruft sich dem gegenüber darauf, dass, wie schon i. J. 1900 anlässlich eines Rekurses entschieden worden, das Aufgeld, soweit es nicht zur Aufrechterhaltung der Reserven in dem bisherigen Verhältnisse von Aktienkapital zu Reservefonds verwendet wird, sich als einen Gewinn darstellt, welcher der Ertragssteuer unterliegt, da nach dem Wortlaut des Gesetzes unter Reingewinn nicht bloss das Ergebnis des ordentlichen Geschäftsbetriebes zu verstehen ist, sondern auch jeder Vermögenszuwachs, welcher die freien Mittel der Gesellschaft vermehrt. Soweit also das Agio dazu verwendet wird, die neuen Aktien in die bestehenden Reserven einzukaufen, bzw. diese Reserven so zu erhöhen, dass ihr Bestand dem vergrösserten Aktienkapital die gleiche Sicherheit bietet wie dem früheren kleineren Aktienkapital, liegt kein steuerbarer Geschäftsgewinn der Gesellschaft vor; soweit dagegen das Agio die für den Einkauf in die Reserven erforderliche Summe übersteigt, ist dieser Betrag als Gewinn zu versteuern; denn er ist nicht mehr Ausgleich für buchmässig vorhandene Werte, sondern frei verfügbarer und die liquiden Mittel der Gesellschaft vermehrender Gewinn.

In der Replik macht Rekurrent gegen diese Argumentation geltend, dass sie für den Entscheid nicht massgebend sei, der einzig von der Frage abhängt, was Reingewinn sei. Das sei der Ueberschuss der Aktiven über die Passiven, der sich aus der Jahresbilanz ergebe. Da das ganze Agio statutengemäss sofort in den Reservefonds fliesse, müsse es nach OR 656 schon in der Bilanz über das Geschäftsjahr, in welchem es eingehe, unter die Passiven aufgenommen werden. Es gelange also weder als Gewinn in die Gewinn- und Verlustrechnung noch unter die zur freien Verfügung der Gesellschaft stehenden Mittel.

Rekurrent beruft sich für die Richtigkeit seiner Rechtsauffassung auf Entscheide des deutschen Reichsgerichts, welche die Zulässigkeit der Besteuerung jedes Agiogewinnes verneinen, denen aber ein Entscheid des preuss. Oberverwaltungsgerichts entgegensteht, wodurch das gesamte Agio, nicht nur dessen Mehrbetrag über den Einkauf in die buchmässigen Reserven zur Einkommenssteuerberechnung herangezogen wird; ferner produziert Rekurrent den Entscheid des Bundesgerichtes vom 29. Mai 1901, worin die Einbeziehung eines Agiogewinnes, den die Spar- und Kreditkasse Burgdorf bei Emission neuer Aktien erzielt, in die Einkommenssteuer seitens der Berner Behörden vom Bundesgerichte als will-

kürlich und gänzlich unhaltbar erklärt und der bezüglichliche Entscheid des Regierungsrates von Bern aufgehoben wird.

in Erwägung:

Zur Erledigung des Rekursfalles bedarf es nicht einer Erörterung der in Deutschland zwischen Reichsgericht und preussischem Oberverwaltungsgericht streitigen und in der Literatur vielfach besprochenen Frage, ob das von einer Aktiengesellschaft bei der Emission von neuen Aktien erzielte Aufgeld allgemein und unbeschränkt als steuerbares Einkommen der Einkommenssteuer unterliege; auch können die zitierten Entscheide der genannten Instanzen nicht als Präjudizien dienen; weder das deutsche Aktienrecht, noch die deutsche Einkommenssteuergesetzgebung finden in Baselstadt, das ein Spezialgesetz für die Besteuerung anonymer Erwerbsgesellschaften besitzt, Anwendung, und der in Rekurs gezogene Entscheid will das vom Rekurrenten erzielte Aufgeld nicht im gesamten Umfange, sondern nur, soweit es den Einkauf der neuen Aktien in die bisherigen Reserven übersteigt, in Besteuerung ziehen. Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch, dass der nicht in die gedruckte Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide aufgenommene Entscheid des Bundesgerichtes von 1901, welcher auf Grund der Berner Steuergesetzgebung die Einbeziehung des gesamten Aufgeldes in die Einkommenssteuer als willkürlich und unhaltbar erklärt, zur Erledigung des vorliegenden Falles nicht dienen kann.

Streitig ist, ob das vom Rekurrenten erzielte Aufgeld, soweit es den Einkauf in die bestehenden Reserven übersteigt, im Sinne des § 3 des Basler Gesetzes über die Besteuerung anonymer Erwerbsgesellschaften von 1889/1902 in den steuerbaren Reingewinn zu rechnen und der Ertragssteuer zu unterwerfen sei oder nicht.

Der Ausdruck „Reingewinn“ unseres Gesetzes wird ergänzt durch die Beifügung „einschliesslich allfälliger Zuweisungen an Reserve- oder Amortisationsfonds.“ Hieraus ergibt sich, dass der Ertragssteuer jedenfalls nicht nur das unterliegt, was als Reingewinn unter die Aktionäre verteilt wird, sondern auch das, was in der Form von Reservierungen, Rückstellungen oder Amortisationen die Mittel der Gesellschaft vermehrt und nur indirekt den Aktionären zu gute kommt. Rekurrent kann also jedenfalls von dem Standpunkte aus, dass der streitige Betrag gemäss den Statuten nicht an die Aktionäre ausgezahlt werden dürfe, sondern in eine Spezialreserve gelegt werden müsse, den Entscheid des Regierungsrates nicht anfechten. Ueberdies ist es gar nicht richtig, dass mit der Einlegung in die Spezialreserve gemäss § 7 der Statuten den Aktionären der Bezug des Aufgeldes während des Bestehens der Gesellschaft entzogen sei. Denn § 38 der Statuten, der von der

Spezialreserve handelt, bestimmt, dass der Verwaltungsrat über dieselbe beliebig verfügen könne und dass sie auch „auf Vorschlag des Verwaltungsrates zur Ausrichtung oder Ergänzung von Dividenden an die Aktionäre verwendet werden“ könne; es ist also diese Spezialreserve, soweit sie nicht über die ordentliche Reserve hinaus zur Deckung von Verlusten oder zur Sicherung zweifelhafter Posten Verwendung findet, eine Dividendenreserve, und es ist nicht richtig, wenn Rekurrent ausführt, dass eine Verwendung der Spezialreserve zu Dividenden dem Art. 630 OR widersprechen würde; nach schweizerischem Aktienrechte ist allerdings verboten die Verteilung von Aktiengesellschaftsgeld, das nicht als Gewinn in die Gesellschaftskasse eingegangen ist, aber es ist gestattet, erzielten Gewinn vorzutragen und für spätere Dividendenverteilung zu reservieren. Wenn nun Rekurrent einen Teil des Aufgeldes statutengemäss in eine Spezialreserve einlegt, den dieselben Statuten als Dividendenreserve behandeln, wenn mithin Rekurrent in den Statuten selber die Möglichkeit vorsieht, dass im Verlaufe des Gesellschaftsbestandes ein Teil des Aufgeldes als Dividende an die Aktionäre zurückkomme, so ergibt sich hieraus ohne weiteres, dass auf Grund der Statuten des Schweizerischen Bankvereins dem Aufgelde, so weit es gemäss dem angefochtenen Entscheide des Regierungsrates zur Ertragssteuer herangezogen wird, der Charakter als Reingewinn nicht bestritten werden kann, und es bedarf der Erörterung der Frage nicht, ob im Allgemeinen und abgesehen von den Statuten einer einzelnen Aktiengesellschaft das Aufgeld in der Beschränkung, welche die Basler Steuerpraxis seit dem Inkrafttreten des Gesetzes von 1889 aufgestellt hat, der Ertragssteuer als Reingewinn unterworfen werden dürfe.

Es mag indessen beigefügt werden, dass die Behandlung des in die Gesellschaftskasse eingehenden Aufgeldes, soweit es den blossen Einkauf der neuen Aktien in die bestehenden Reserven betrifft, als steuerbaren Geschäftsgewinnes, als durchaus richtig erscheint, denn es werden durch eine solche geschäftliche Operation die frei verfügbaren Geschäftskapitalien (Betriebsfonds, § 38 der Statuten) ohne Belastung der Aktiengesellschaft vermehrt; die Qualität dieser Einnahme als einer einmaligen, nicht jährlich regelmässig wiederkehrenden, entzieht ihr den Charakter eines Gewinnes nicht, und ebenso wenig ist die Art der Buchung und der auf dieser beruhenden Bilanzierung geeignet, ihr die Steuerfreiheit zu verschaffen; es würde sich mit einer richtigen Buchhaltung nicht vertragen, dass eine solche ausserordentliche Operation mit der buchmässigen Behandlung des ordentlichen Geschäftsbetriebes vermengt würde. Was endlich die Einwendung betrifft, dass der streitige Teil des Aufgeldes grundsätzlich nicht anders behandelt

werden dürfe, als der Teil desselben, der als Einkauf in die Reserven steuerfrei gelassen werde, da der letztere Einkauf in die sichtbaren, der erstere Einkauf in die versteckten, unsichtbaren Reserven sei, so liegt auf der Hand, dass eine solche Argumentation nicht durchschlagen kann, weil es unmöglich ist, nachzuweisen, dass der streitige Teil des Aufgeldes genau den wirklich vorhandenen, aber in der Buchhaltung nicht zur Erscheinung kommenden Reserven entspricht; erfahrungsgemäss richtet sich der Kurs der Aktien nicht ausschliesslich nach objektiven Faktoren, sondern es wirken spekulative Erwägungen mit.

Erkannt:

Es wird der Rekurs als unbegründet abgewiesen.

III.

Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Schweizerischer Bankverein A.-G. in Basel gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt betreffend Rechtsverweigerung. Vom 27. November 1907.

(Die ausführliche Darstellung des Tatsächlichen kann hier weglassen; dafür genügt das bisher Mitgeteilte. Wir bringen daraus bloss die Begründung der Beschwerde durch den Bankverein zum Abdruck, weil sie den vom Appellationsgerichte verworfenen Standpunkt so gut als es möglich war zu rechtfertigen sucht.)

Gegen das vorstehende Urteil des Appellationsgerichtes hat die Aktien-Gesellschaft „Schweizerischer Bankverein“ rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und Aufhebung des Urteils wegen Verletzung des Art. 4 BV beantragt, mit wesentlich folgender Begründung: Wenn das baselstädtische Steuergesetz für Aktiengesellschaften in § 3 den jährlichen Reingewinn „einschliesslich allfälliger Zuwendungen an Reserve- oder Amortisationsfonds“ der Ertragssteuer unterwerfe, so ergebe sich hieraus ohne weiteres, dass es solche Zuweisungen nur umfasse, soweit dieselben in den Begriff des Reineinkommens eingeschlossen werden könnten. Das Gesetz subsumiere also, wie der zugehörige „Ratschlag“ des Regierungsrates ausdrücklich erkläre und wie ferner die Praxis bezüglich des inhaltlich identischen § 16 des preussischen Einkommenssteuergesetzes vom 24. Juni 1891 stets angenommen habe, unter dem steuerpflichtigen Ertrag den Reingewinn: sowohl den unter die Aktionäre verteilten, als auch denjenigen, welcher durch Zuwendungen an den Reservefonds getragen werde. Für die Begriffsbestimmung des Reingewinnes aber gebe das Gesetz keine positiven Anhaltspunkte; folglich sei dieselbe aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten. Danach könne

jedoch das hier streitige Emissionsagio schlechterdings nicht darunter fallen; die gegenteiligen Ausführungen des Appellationsgerichtes seien nicht nur rechtsirrtümlich, sondern geradezu willkürlich und involvierten somit den Tatbestand einer materiellen Rechtsverweigerung. Wenn das Appellationsgericht den Gewinncharakter dieses Agios zunächst aus den Gesellschaftsstatuten des Bankvereins herleite, so verkenne es völlig die Bedeutung des § 38 daselbst. Die dort geregelte Spezialreserve sei allerdings seiner Zeit gegründet worden durch Einlage von Gewinn-Beträgen, und es sei deshalb naturgemäss die Möglichkeit vorgesehen worden, sie zur Dividendenergänzung in Anspruch zu nehmen. Später aber sei dann, um die Anlage einer zweiten Spezialreserve zu vermeiden, festgesetzt worden, dass auch weitere Beträge in gleicher Weise zu buchen seien, nämlich die Beträge, welche in die Gesellschaftskasse eingehen, ohne dass gleichzeitig ein bestimmter Gegenwert ob Geld oder andere Aktiven ausfliesse, die aber, weil ihrer Natur nach nicht Reingewinn, nicht zur Verteilung unter die Aktionäre geeignet, sondern als werbendes Gesellschaftsvermögen in die Passiven einzustellen seien. Nur dieser rein buchhalterische Grund habe die Aufnahme des streitigen Agios in die Spezialreserve des § 38 der Statuten veranlasst, und keineswegs die Absicht, es zu Dividendenzahlungen zu benutzen. Uebrigens beruhe das in Rede stehende Argument des Appellationsgerichtes selbst auf einem offensichtlichen Trugschlusse. Denn wenn auch ursprünglich aus Agio herstammende Beträge durch Beschluss der Generalversammlung einmal zur Dividendenverteilung verwendet werden könnten, so würde daraus nur folgen, dass die Statuten unter Umständen die Ausschüttung von Dividenden aus den Einzahlungen von Aktionären, also aus Mitteln gestatteten, die sich begrifflich nicht als Reingewinn kennzeichneten, wobei zudem durchaus fraglich bliebe, ob eine solche Statutenbestimmung nach dem Wortlaut des Art. 630 O. R. zulässig wäre; dagegen würde das Agio hiedurch jedenfalls nicht den Charakter von Reingewinn erhalten. Und selbst wenn es wirklich durch einen solchen Beschluss zum Reingewinn im Sinne des baselstädtischen Steuergesetzes werden könnte, so würde dies doch erst im Momente der Beschlussfassung der Generalversammlung eintreten, nicht aber schon jetzt, da noch in keiner Weise feststehe, ob ein derartiger Beschluss je erfolgen werde, da vielmehr das gesamte Agio in den Passiven der Bilanz figurieren und weder nach dieser Stellung in den Büchern, noch nach der Art seiner Verwendung als Reingewinn aufgefasst werden könne. Wie willkürlich die Argumentation des Appellationsgerichtes sei, zeige sich schon darin, dass das Gericht nicht das ganze Agio, sondern bloss den, den Einkauf in

die buchmässigen Reserven übersteigenden Betrag als Reingewinn betrachte; denn wäre dasselbe — nach der Annahme des Appellationsgerichts — aus dem Grunde Reingewinn, weil die Spezialreserve zur Ausschüttung von Dividenden verwendet werden könne, so würde das für seinen ganzen Betrag, nicht nur für einen Teil desselben, zutreffen, und wenn das Appellationsgericht das Agio dennoch nur teilweise für steuerpflichtig erkläre, so widerlege es damit sich selbst. Das weitere Motiv des angefochtenen Urteils sodann, wonach das in die Gesellschaftskasse eingehende Agio, soweit es nicht bloss den Einkauf der neuen Aktien in die bestehenden Reserven betreffe, deshalb steuerbaren Geschäftsgewinn darstelle, weil dadurch die frei verfügbaren Geschäftskapitalien ohne Belastung der Gesellschaft vermehrt worden seien, beruhe auf einer falschen und gegen allgemein anerkannte Grundsätze verstossenden Auffassung vom Emissionsgeschäft, auf einer Verwechslung desselben mit Kauf, Darlehen u. s. w., die nicht bloss sachliche Unrichtigkeiten, sondern Willkür bedeute. Bei der Aktienemission werde die Aktiengesellschaft den neuen Aktionären nicht nur den Nominalbetrag der Aktien, etwa vergleichbar dem Kaufpreise oder der Darlehensvaluta bei Rechtsgeschäften, die sie mit dritten, von ihr unabhängigen Personen abschliesse, schuldig, sondern nehme die neuen Aktionäre gegen Entrichtung des durch den Emissionskurs bestimmten Betrages als anteilberechtigt auf. Folglich müsse sie, wenn sie nicht mit Verlust gearbeitet haben wolle, in der Lage sein, den Aktionären diesen ganzen Beteiligungswert wieder zurückzugewähren, und könne daher über diese Einzahlung nicht frei, sondern nur mit der Beschränkung verfügen, dass an Stelle des einbezahlten Geldes andere Werte treten, die bei einer Liquidation zur Rückgewährung der Einzahlungswerte dienen könnten. Für die Aktiengesellschaft bedeute also alles, was ihr bei Ausgabe neuer Aktien bezahlt werde, nicht bloss der Nominalbetrag der Aktien, Erhöhung des Gesellschaftsvermögens; die Gesellschaft werde, wirtschaftlich gesprochen, den Aktionären für ihre ganze Einlage verantwortlich, diese ganze Einlage belaste sie und stelle sich buchmässig als Passivposten dar. Es wurde in dieser Hinsicht verwiesen auf die Präjudiz des Bundesgerichts in Sachen der Spar- und Kreditkasse Burgdorf gegen den Regierungsrat des Kantons Bern, vom 29. Mai 1901. Durchaus unhaltbar sei endlich auch die Argumentation des Appellationsgerichts, wenn es den nach dem gesagten ohne weiteres klaren Einwand, dass der den Einkauf in die buchmässigen Reserven übersteigende Teil des Agios grundsätzlich nicht anders behandelt werden dürfe, als jener steuerfrei gelassene Einkaufsbetrag — da auch dieser Agioteil ein Aequivalent für die Anteilsberechtigung

an der Gesellschaft, namentlich an ihren stillen Reserven, am industriellen und kommerziellen Wert des Geschäftes, darstelle —, mit der Begründung verwerfe, es sei nicht möglich nachzuweisen, dass der fragliche Teil des Agios wirklich solchen stillen Reserven entspreche, indem der Aktienkurs erfahrungsgemäss nicht ausschliesslich von objektiven Faktoren, sondern auch von spekulativen Erwägungen bestimmt werde. Es sei tatsächlich unrichtig, dass der vorliegende Aktienemissionskurs von Fr. 660.— nicht dem wirklichen Werte der Gesellschaftsbeteiligung entsprochen hätte. Die Aktien der Gesellschaft seien zur Zeit der neuen Emission (Februar 1905) auf rund Fr. 700.— (Fr. 735—740 mit Einschluss der Koupons pro 1904 von Fr. 40.—) gestanden, folglich könnte von spekulativen Erwägungen bei dieser Aktienemission schlechterdings nicht die Rede sein, und es erscheine die gegenteilige Ansicht des Appellationsgerichts, welche nach dem mehrerwähnten Präjudiz des Bundesgerichtes nicht vermutet werden dürfe, als rein willkürlich, weil durch die Akten in keiner Weise motiviert. Allein selbst wenn der fragliche Emissionskurs den wirklichen Wert der den Zeichnern angebotenen Gesellschaftsbeteiligung überstiegen hätte, so würde die Gesellschaft gleichwohl aus der Aktienemission keinen Reingewinn erzielt haben. Denn für sie würde auch unter diesen Umständen der ganze Emissionsbetrag die Einlage der neuen Gesellschafter bedeuten, welche sie denselben gegebenenfalls, sollte sie nicht mit Verlust liquidieren, zurückzugewähren hätte. Begünstigt wäre in diesem Falle nicht die Gesellschaft, sondern bloss die alten Aktionäre, indem dadurch, dass die vom Zeichner jeder neuen Aktie gemachte Einlage den gegenwärtigen wahren Wert einer alten Aktie übersteige, allerdings das gesamte Gesellschaftsvermögen in einem grösseren Verhältnis als die Zahl der gleichmässig berechtigten Aktien wachse, und damit die in den alten Aktien verkörpertten Beteiligungsrechte an Wert gewännen (zu vergl. Neukamp, in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, I. Jahrgang, S. 44 ff.). Auch in diesen Punkten leide der appellationsgerichtliche Entscheid wiederum an der bereits dargelegten Verkennung der Aktienemission.

Sowohl das Appellationsgericht selbst, als auch der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, welchem ebenfalls Gelegenheit zur Vernehmlassung auf den Rekurs gegeben worden ist, haben unter Hinweis auf die Motive des appellationsgerichtlichen Urteils Abweisung des Rekurses beantragt.

in Erwägung:

Die Bestimmung des Basler Gesetzes betreffend die Besteuerung der anonymen Erwerbsgesellschaften von 1889/1902, wonach (§ 3, Abs. 1) die Ertragssteuer dieser Gesellschaften vom jährlichen

Reingewinn „einschliesslich“ allfälliger Zuweisungen an Reserven- oder Amortisationsfonds zu berechnen ist, zwingt, wie die Rekurrentin zutreffend betont, zu der Auslegung, dass Zuweisungen an Reserve- und Amortisationsfonds nicht schlechthin, sondern nur insoweit ertragssteuerpflichtig sein sollen, als sie dem jährlichen Reingewinn entnommen werden. Hievon scheint denn auch das Appellationsgericht auszugehen, wenn es die zur Beurteilung stehende Frage dahin formuliert, ob das von der Rekurrentin erzielte Emissionsagio im streitigen Betrage „zum steuerbaren Reingewinn im Sinne jener kantonalen Gesetzesbestimmung“ zu rechnen sei. Massgebend für die Tragweite der fraglichen Steuervorschrift im allgemeinen und speziell für ihre Anwendung im vorliegenden Falle ist somit der Begriff des Reingewinns, und zu dessen Ermittlung ist, in Ermangelung einer besonderen Definition des Basler Steuergesetzes, auf die allgemeine Auffassung der juristischen Doktrin und Praxis abzustellen. Nun hat allerdings das Bundesgericht in seinem (nicht publizierten) Urteil in Sachen der Spar- und Kreditkasse Burgdorf, vom 29. Mai 1901, die Subsumtion des Emissionsagios unter den ebenfalls nicht besonders definierten Begriff des „Reinertrages“ der bernischen Steuergesetzgebung als mit dem Wesen von Agio und Reinertrag schlechterdings unvereinbar und die hieraus abgeleitete Besteuerung des Emissionsagios als willkürlich, gegen die Garantie des Art. 4 BV verstossend, erklärt. Es hat dabei des näheren ausgeführt, dass die Emission neuer Aktien nicht zu den in den Rahmen der ordentlichen geschäftlichen Tätigkeit einer Aktiengesellschaft fallenden Operationen gehöre, aus denen allein, nach Abzug der Aufwendungen der „Reinertrag“ resultiere, insbesondere kein Kaufgeschäft der Gesellschaft mit den Aktienzeichnern darstelle, sondern vielmehr als eine blosser Hilfsoperation zur Ermöglichung erweiterter geschäftlicher Tätigkeit, als eine Art Neugründung der Gesellschaft, mit den als Emissionskurs der neuen Aktien bezahlten Beträgen als Geschäftseinlagen der Zeichner aufzufassen sei, wobei das Agio lediglich den wirklichen Stand des Aktienunternehmens, den inneren Wert der neuen Aktie, zum Ausdruck bringe. Diese sachliche Argumentation des Bundesgerichts stützt sich auf die damals schon und auch seither wiederum vom deutschen Reichsgericht vertretene Auffassung (vergl. *Entsch. in Zivilsachen*: Bd 32, S. 244 ff.; Bd 46, S. 265; Bd 50, S. 105 f.). Ihr entspricht auch die allgemeine Stellungnahme der deutschen Doktrin (vergl. z. B. Staub, in der *deutschen Juristen-Zeitung* IV S. 391 ff. und VII S. 122 ff.; Dernburg, *Deutsches Bürgerl. Recht*, Bd I, S. 228, Anm. 5; Rehm, *Bilanz der Aktiengesellschaft etc.* S. 352 ff.; Ziemssen, *Einkommensteuerpflicht des Agio* [Tübinger Dissertation, Berlin 1900],

S. 9 ff. und neuestens auch Silbernagel, Gründung der Aktiengesellschaft, S. 161 ff.). Dagegen hat sich das Preussische Oberverwaltungsgericht bei Anwendung des § 16 des preussischen Einkommenssteuergesetzes vom 24. Juni 1891 — welcher die „Ueberschüsse“ aus dem Geschäftsbetriebe der Aktiengesellschaften „unter Hinzurechnung“ u. a. der zur Bildung von Reservefonds verwendeten Beträge als steuerpflichtiges Einkommen erklärt — in langjähriger konstanter Praxis (vergl. Fuisting, Kommentar des zit. Gesetzes zu § 16: Ziff. 8, C. a, S. 187 [im Gegensatz zu seiner persönlichen Auffassung S. 188]; Staub, Ziemssen und Silbernagel, a. a. O.) mit Zustimmung auch eines Schriftstellers, Bendixen, den Silbernagel zitiert, für die Einkommenssteuerpflicht des Emissionsagios ausgesprochen, indem es stets dessen rechtliche Verschiedenheit von dem durch den Aktien-Nominalbetrag gebildeten Grundkapital verfochten hat. Das Gericht ist erst durch Plenarentscheid vom 21. Juni 1902 (Deutsche Juristen-Zeitung, VII, S. 312) von diesem Rechtsstandpunkte abgegangen. Angesichts dieser Praxis des angesehenen auswärtigen Gerichtshofes aber gibt die in Sachen der Spar- und Kreditkasse Burgdorf vertretene Auffassung, wonach die Besteuerung des Emissionsagios auch nach dem hier in Frage stehenden Basler Ertragssteuerrecht mit Art. 4 BV nicht vereinbar wäre, bei erneuter Erwägung immerhin schon in grundsätzlicher Hinsicht zu erheblichen Bedenken Anlass. Danach kann nämlich die Unterstellung jenes Agios unter den steuerpflichtigen Reingewinn, wenn sie auch mit der dagegen angeführten, nun auch vom preussischen Oberverwaltungsgericht angenommenen Rechtsanschauung als sachlich durchaus verfehlt bezeichnet werden muss, doch wohl kaum als geradezu willkürlich, mit objektiver, ernstgemeinter Begründung überhaupt nicht vertretbar, erklärt werden. Jedenfalls aber vermag die Auffassung des bundesgerichtlichen Entscheides vom Jahre 1901 im vorliegenden Falle nicht durchzudringen. Denn hier stützt sich die angefochtene Bejahung der Steuerpflicht in erster Linie nicht auf die allgemeine Natur des Emissionsagios, sondern auf die spezielle Behandlung, die dasselbe durch die Bestimmungen über seine Verwendung in den Statuten der Rekurrentin erfahren hat. Zwar könnte auch dieses Argument den hierauf bezüglichen Ausführungen der Rekursschrift bei sachlicher Prüfung wohl nicht stand halten, den Vorwurf der Willkür aber verdient es jedenfalls nicht, da ihm immerhin zufolge der allgemeinen Regelung der fraglichen „Spezialreserve“ nach dem Wortlaute des § 38 der Statuten eine gewisse wenigstens formelle Berechtigung nicht abgesprochen werden kann;

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.
