

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: 40 (1921)

Artikel: Aus dem schweizerischen Kartellrechte : ein Beitrag zur Frage nach der Wünschbarkeit der Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz

Autor: Wieland, Alfred

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896357>

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: 25.12.2025

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

Aus dem schweizerischen Kartellrechte.

(Ein Beitrag zur Frage nach der Wünschbarkeit der
Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung
in der Schweiz.)

Von Dr. ALFRED WIELAND, Advokat in Basel.

I.

In der schweizerischen Industrie werden die Fälle immer häufiger, da Konsumenten eines gewissen Artikels sich vereinigen, um ihn gemeinschaftlich zu produzieren. Dabei pflegen sie sich aber nicht etwa nur das Recht vorzubehalten, den gemeinsam produzierten Artikel zur Deckung ihres Bedarfes zu verwenden, vielmehr nehmen sie häufig auch noch die Pflicht auf sich, ihren Bedarf bei der gemeinsamen Produktionsstelle zu decken. Der Zweck, der hiebei verfolgt wird, liegt auf der Hand. Dem gemeinsam ins Leben gerufenen neuen Unternehmen soll für alle Zukunft eine gewisse Kundschaft gesichert werden, die ihm von Anfang an einen rentablen Betrieb garantiert.

Dahin gehören z. B. die Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen, eine in der Hauptsache von verschiedenen Schweizer Kantonen gegründete Aktiengesellschaft. Nach Art. 2 ihrer Statuten ist „der Zweck der Gesellschaft die Produktion von Salz namentlich für den Bedarf der Schweiz unter Beteiligung der Schweizer Kantone.“ Nach Art. 6 sind „die an der Aktiengesellschaft als Aktionäre beteiligten Kantone verpflichtet, ihren gesamten Bedarf an Speise-, Industrie-, Vieh- und Gewerbesalz, sowie Sole ausschliesslich bei der Gesellschaft und zwar zu dem

vom Verwaltungsrate für alle in gleicher Weise festzusetzenden Preise zu beziehen.“

Ferner die Schweizerische Sodafabrik, eine Aktiengesellschaft, welche von den Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen unter Beiziehung anderer Interessenten, z. B. Chemischer Fabriken, aber auch des Allgemeinen Konsumvereins, gegründet wurde. Art. 2 ihrer Statuten lautet: „Der Zweck der Gesellschaft ist die Ausbeutung des im Bezirk Zuzach liegenden Salzlagers. . . . In erster Linie soll dieses Salzlager zur Herstellung von Soda ausgebeutet werden, jedoch ist die Gesellschaft berechtigt, auch andere verwandte Produkte mit oder ohne Verwendung von Salz herzustellen und mit den vorerwähnten Produkten Handel zu treiben.“ Art. 9 lautet: „Alle der Gesellschaft als Aktionäre beitretenden Firmen sind verpflichtet, während der ganzen Dauer der Gesellschaft ihren gesamten schweizerischen Bedarf an den von der Gesellschaft hergestellten Sodaprodukten bei der Gesellschaft zu dem vom Verwaltungsrate festzusetzenden Verkaufspreise zu beziehen (vorbehaltlich besonderer vertraglicher Abmachungen). Diese Verpflichtung bleibt auch im Falle der Veräusserung der Aktien weiterbestehen. Die Bestimmungen dieses Artikels können nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre abgeändert werden.“ Ein weiteres Beispiel bietet etwa die Säurefabrik Schweizerhall, ebenfalls eine Aktiengesellschaft, deren Zweck Art. 2 ihrer Statuten folgendermassen umschreibt: „Der Zweck der Gesellschaft ist die Fabrikation von Produkten der Chemischen Grossindustrie, in erster Linie zur Deckung des Bedarfs der Aktionäre, in zweiter Linie zur Abgabe an alle anderen Konsumenten.“ Zwar enthalten diese Statuten keine Bestimmung, welche analog dem zitierten Art. 6 derjenigen der Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen und Art. 9 derjenigen der Schweizerischen Sodafabrik die Aktionäre verpflichtet, ihren Bedarf an den von der Gesellschaft hergestellten Produkten bei ihr zu decken. Wohl aber räumt Art 8 der Statuten den

Aktionären wenigstens folgendes Recht ein: „Die Säurefabrik ist verpflichtet, den Bedarf der Aktionäre in den von ihr hergestellten Produkten voll zu decken.“ Ausserdem zeigt Art. 5 der Statuten, dass höchst wahrscheinlich auch bei dieser Gesellschaft den Aktionären gewisse Bezugspflichten auferlegt sind, nur allerdings nicht in den Gesellschaftsstatuten, sondern in Separatverträgen: „Die Aktien können nur durch einstimmigen Beschluss des Verwaltungsrates übertragen werden; falls aber eine an der Säurefabrik als Aktionär beteiligte Firma liquidiert und einen Rechtsnachfolger hat, der Grosskonsument im Gebiete der in Art. 1 dieser Statuten vorgesehenen Produkte der Säurefabrik ist, so dürfen die Aktien auch ohne Genehmigung des Verwaltungsrats auf diesen Rechtsnachfolger übertragen werden, sofern derselbe in die bestehenden vertraglichen Verpflichtungen des ausscheidenden Aktionärs sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Aktionären eintritt.“ Ein weiteres Beispiel, allerdings aus etwas älterer Zeit, bietet ferner jene Gesellschaft Schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung, welche im Jahre 1899 dem Schweizerischen Bundesgerichte Gelegenheit zu einem bekannten interessanten Entscheide geboten hat. § 12 der Statuten dieser Gesellschaft, ebenfalls einer Aktiengesellschaft, lautete: „Dagegen verpflichtet der Besitz der Aktien regelmässig zur Lieferung von Talg, Häuten und Fellen gemäss den Bestimmungen des von der Generalversammlung festzusetzenden Reglements und eines besonderen Verpflichtungsscheines.“

Dass zum mindesten die Mehrzahl der hier als Beispiele angeführten Gesellschaften volkswirtschaftlich durchaus unanfechtbare Ziele verfolgen, liegt auf der Hand. Die Produktion von Salz, Soda, Schwefelsäure etc. im Inlande ist vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus nicht nur nicht zu beanstanden, sondern sehr zu begrüssen. Speziell nach den Erfahrungen des Weltkrieges

mit seinen, auch für die Neutralen äusserst schädlichen Ausfuhrverboten von Seiten kriegführender Staaten, ist ein anderes Urteil überhaupt nicht mehr denkbar. Aber auch das Bestreben, die Mitglieder zum Bezuge der Gesellschaftsprodukte zu verpflichten, ist vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus durchaus zu billigen. Liegt es doch entschieden auch im öffentlichen Interesse, wenn eine neu ins Leben gerufene Industrie so ausgestattet werden kann, dass der Absatz ihrer Produkte, und damit die Rentabilität ihres Betriebes, von Anfang an gewährleistet ist.

So sehr nun aber der volkswirtschaftliche Wert dieser neuen Bestrebungen, welche sich in der schweizerischen Industrie geltend machen, ausser Zweifel steht, so schwankend ist ihre rechtliche Basis. Hat doch bekanntlich das Bundesgericht bei der angeführten Gesellschaft Schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung gerade die Rechtsgültigkeit des zitierten § 12 der Statuten verneint und zwar in der Hauptsache mit folgender Begründung:

„Nicht so zweifellos ist dagegen, ob auch die statutenmässig bei der Konstituierung der Aktiengesellschaft festgesetzte Verpflichtung der Aktionäre zu weiteren als zur Einzahlung ihrer Aktien, insbesondere zu gewissen periodisch wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen dem Art. 633 OR gegenüber rechtsungültig sei. Diese Bestimmung des Gesetzes bezweckt doch gewiss zunächst und in erster Linie nur den Schutz des Aktionärs einmal gegen die weitere Inanspruchnahme durch die Gläubiger und sodann gegen die Möglichkeit einer späteren, nach der Konstituierung beschlossenen, Verpflichtung zu weiteren Beiträgen, wie z. B. im Falle der Erhöhung des Aktienkapitals gegen die Verpflichtung zur Abnahme weiterer (neuer) Aktien; dagegen erscheint durch diese Bestimmung an sich nicht ohne weiteres ausgeschlossen, dass schon bei der Konstituierung die Verpflichtung der Aktionäre weiter gefasst werden könne. Auch kann wohl nicht gesagt werden, eine derartige weitere Verpflichtung verstosse gegen das Wesen der Aktiengesellschaft als solcher; hat doch das neue deutsche Handelsgesetzbuch in § 212 (bekanntlich gerade mit Rücksicht auf die Prozesse der Rübenzuckeraktien-

gesellschaften) eine derartige Verpflichtung ausdrücklich anerkannt und näher geregelt, ohne dass deshalb solche Gesellschaften nun nicht mehr als Aktiengesellschaften zu bezeichnen wären. Dagegen mangelt allerdings nach dem schweizerischen Obligationenrecht die gesetzliche Grundlage für eine derart gestaltete Aktiengesellschaft und damit für eine derartige weitergehende Lieferungspflicht der Aktionäre. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften gehen ganz offenbar, wie aus ihren Einzelheiten erhellt, davon aus, dass der Aktionär nur seinen Aktienbetrag einzuwerfen hat; nur die Folgen der Unterlassung dieser Pflicht sind geregelt (Art. 634 und 635) und nur die Haft der Zeichner für die Einzahlung überhaupt ist berücksichtigt; dagegen sieht das Gesetz nirgends weitere Verpflichtungen der Aktionäre vor, während doch darüber, speziell betreffend die dafür allfällig zu entrichtende Gegenleistung und für deren Nichterfüllung Vorschriften gegeben sein müssten (vergl. §§ 212 und 216 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches). Hieraus muss der Ausschluss derartig gestalteter Gesellschaften um so eher geschlossen werden, als der Munzingersche Entwurf eines schweiz. Handelsrechtes in Art. 113 ausdrücklich für gewisse Aktiengesellschaften, namentlich für solche mit landwirtschaftlichem Charakter, speziell für Aktienkäsereien, die Befreiung von einzelnen Bestimmungen über die Aktiengesellschaften vorsah. Aus dieser Vorschrift, in Verbindung mit der ganzen geschichtlichen Entwicklung des Aktiengesellschaftswesens geht hervor, dass das schweizer. Gesetz unter einer Aktiengesellschaft nur eine solche Gesellschaft verstanden wissen will, bei welcher der einzelne Gesellschafter nur für einen fest bestimmten Geldbetrag haftet, und die Eingehung weiterer Verpflichtungen der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft ausgeschlossen wissen will. Da nun, wie in Erwägung 3 gezeigt, im vorliegenden Falle in der Tat eine aus der Stellung des Aktionärs als solchen entspringende Verpflichtung streitig ist, und diese Verpflichtung nach dem oben Ausgeführten nicht rechtsgültig ist, muss das angefochtene Urteil aus diesem Grunde bestätigt werden.“¹⁾

Im Resultate ist dieses Urteil zweifellos richtig, indessen trifft seine Begründung wohl kaum den Kern der Frage. Offenbar legt sie das Hauptgewicht auf das Verhältnis der Aktiengesellschaft gegenüber Dritten, im Gegensatz zu demjenigen gegenüber ihren Mitgliedern,

¹⁾ E. B. G. 25 II S. 14 fg.

wenn sie namentlich auf das Fehlen der §§ 212 und 216 des deutschen Handelsgesetzbuches im schweizerischen Obligationenrechte verweist. Und doch liegt hierin kaum der entscheidende Grund, wie schon eine kurze Betrachtung dieser zwei Paragraphen ergibt.

Die Erklärung des § 212 D. H. G. B.: „Neben den Kapitaleinlagen kann im Gesellschaftsvertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden, sofern die Übertragung der Anteilsrechte an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist,“ liegt bekanntlich in der Rübenzuckerindustrie, welcher in Deutschland volkswirtschaftlich grosse Bedeutung zukommt. Als nämlich diese Industrie zum ersten Male die deutschen Gerichte ernsthaft beschäftigte, hatten die Interessenten vornehmlich die Form von Aktiengesellschaften gewählt, deren Statuten die Mitglieder verpflichteten, der Gesellschaft Rüben zu liefern und sie durch die Gesellschaft verarbeiten zu lassen. Auch das deutsche Reichsgericht hatte sich schliesslich mit der Frage zu befassen, ob solche Naturallieferungsverpflichtungen, in der Regel „Nebenleistungen“ genannt, aktienrechtlich zulässig sind oder nicht. Mit dem, wenigstens später, offen zugestandenem Zwecke, die deutsche Zuckerrübenindustrie in ihrer damaligen rechtlichen Gestalt nicht allzusehr zu beunruhigen, hat nun das Reichsgericht eine solche Verpflichtung der Aktionäre für rechtlich haltbar erklärt. Allerdings könne die Rübenbauverpflichtung dem Aktionär nicht als gesellschaftliche Pflicht auferlegt werden, denn aktienrechtlich vermöge der Beitrag des Aktionärs nur aus einer Geldeinlage zu bestehen, dagegen sei der Ausweg eines Separatvertrags zwischen Gesellschaft und Mitglied möglich. Um einen solchen Separatvertrag handle es sich unter Umständen aber auch dann, wenn seine Bedingungen in die Gesellschaftsstatuten aufgenommen worden seien. Aus dieser Unterscheidung wurde z. B. der Schluss gezogen, dass die sogenannte

Nebenleistungspflicht rechtsungültig sei, wenn der Aktionär eine Vergütung für die von ihm gelieferten Rüben nur aus dem von der Gesellschaft erzielten Reingewinn erhalten soll, gültig dagegen, wenn ihm der Gegenwert unbedingt geschuldet ist, d. h. ohne Rücksicht auf einen allfälligen Reingewinn der Gesellschaft. In jenem Falle nämlich sei die Rübenlieferungspflicht in klarer Weise als eine Gesellschaftspflicht konstruiert, was aktienrechtlich unzulässig sei; in diesem dagegen handle es sich lediglich um einen Kauf- resp. Lieferungsvertrag, den die Aktiengesellschaft ebenso gut mit einem Mitglied als mit einem Dritten rechtswirksam abzuschliessen vermöge. Trotz dieser Theorie des deutschen Reichsgerichts²⁾ hat aber die Doktrin ihre Richtigkeit nie vorbehaltlos anerkannt,³⁾ sodass bei Anlass der Anpassung des H. G. B. an das D. B. G. B. im Jahre 1897 der zitierte § 212 eingefügt und damit erst die vom Reichsgerichte sanktionierte Praxis auf gesetzlichen Boden gestellt wurde.

Eine andere Bewandnis hat es dagegen mit § 216 D. H. G. B., der damals ebenfalls neu eingefügt wurde:

„Für wiederkehrende Leistungen, zu denen die Aktionäre nach dem Gesellschaftsvertrage neben den Kapitaleinlagen verpflichtet sind, darf eine den Wert der Leistungen nicht übersteigende Vergütung ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergibt.“

Nach einem bekannten Grundsatz des Aktienrechts darf der Aktionär von der Gesellschaft solange nichts erhalten, weder Dividende noch Kapitalabzahlung, als nicht zum mindesten das ganze Aktienkapital als gage des créanciers, wie die französische Jurisprudenz sich auszudrücken pflegt, intakt vorhanden ist. Wenn nun aber die Gesellschaft berechtigt ist, ihren Mitgliedern

²⁾ E. R. G. 21 S. 148 fg, 26 S. 85 fg, 17 S. 3.

³⁾ Dagegen namentlich Wolff, in Kohler und Rings Archiv für bürgerliches Recht 3 S. 334, unter Billigung von Staub, Kommentar zum Allg. D. H. G. B. 5. Aufl. S. 490 und in Goldschmidt Z. H. 32 S. 19 fg. Ferner Ebert, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft S. 3.

Rüben abzukaufen und zu bezahlen, so erhält der Aktionär eine Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen, obschon eventuell das den Gesellschaftsgläubigern reservierte Aktienkapital gar nicht mehr unversehrt vorhanden ist. Aus diesem Grunde wurde wohl vom D. H. G. B. in § 216 ausdrücklich bestimmt, dass die Rüben den Mitgliedern nur zu ihrem reellen Werte abgekauft werden dürften. Hieraus folgt nämlich, dass wenn mehr bezahlt wird, der Mehrbetrag rechtlich gleich zu behandeln ist, wie eine fiktive Dividende oder eine rechtswidrige Aktienrückzahlung, d. h. dass sowohl der Aktionär für den erhaltenen Betrag haftbar ist, als auch die Gesellschaftsorgane für den der Gesellschaft entstandenen Schaden verantwortlich sind.

An diese Bestimmung hat nun offenbar das Bundesgericht gedacht, als es in der zitierten Stelle darauf hinwies, dass dem OR eine Bestimmung analog derjenigen des D. H. G. B. darüber fehle, wie es mit der Vergütung der Gesellschaft für die Naturalleistungen des Mitgliedes zu halten sei. Diese Lücke, — so ist die Argumentation des Bundesgerichts offenbar auszulegen — könnte nur durch positivrechtliche Normen ausgefüllt werden. Da aber solche im OR im Gegensatz zum D. H. G. B. fehlen, bleibe nur die eine Erklärung übrig, dass nach OR andere Verpflichtungen als Geldeinlagen dem Aktionär rechtswirksam überhaupt nicht sollen auferlegt werden können.

Nun ist aber diese Würdigung des § 216 D. H. G. B. kaum zutreffend. Gewiss darf die Aktiengesellschaft den Aktionären ihre Einlagen weder verzinsen noch in irgend einer Form zurückzahlen, solange das Aktienkapital nicht intakt vorhanden ist. Das hindert aber nicht, dass sie auch mit ihren Mitgliedern wie mit Dritten, zwar nicht auf dem Wege mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten, wohl aber auf demjenigen eines speziellen Vertrags, alle möglichen Rechtsgeschäfte abschliessen kann: kaufen, verkaufen, mieten, vermieten etc., z. B. also auch Rüben abnehmen und bezahlen. Allerdings darf sie nicht, etwa

in der Gestalt des Kaufpreises für die Rüben, dem Aktionär ausser der Vergütung für seine Ware auch noch eine aktienrechtlich unzulässige Zahlung zuwenden, also z. B. seine Aktien verzinsen oder zurückzahlen. Dieses Verbot gilt aber ganz allgemein und in gleicher Weise für alle Geschäfte zwischen Gesellschaft und Aktionär. Auch wenn z. B. die Aktiengesellschaft dem Aktionär nur einmal, nicht periodisch, etwas abkauft oder ein Darlehen gewährt etc., entsteht oder kann doch jedenfalls die Frage entstehen, ob es sich dabei um ein ernstgemeintes reelles Geschäft handelt, oder nur um eine verkleidete, aktienrechtlich unzulässige Zahlung an den Aktionär. Und im letzteren Falle, da ja lediglich ein *agere in fraudem legis* vorliegt, sind die Rechtsfolgen genau dieselben, z. B. hinsichtlich Haftung des Aktionärs und Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, wie wenn die aktienrechtlich verbotene Zahlung direkt und nicht nur indirekt unter dem Deckmantel eines erlaubten Rechtsgeschäfts stattgefunden hätte. Demnach ist aber auch der zitierte § 216 D. H. G. B. keineswegs unentbehrlich. Allerdings lässt sich nicht sagen, dass er geradezu selbstverständlich und darum überhaupt überflüssig sei. Vielmehr kommt ihm immerhin die Bedeutung zu, dass er eine, auch praktisch wirksame Präsumption aufstellt. Ohne ihn müsste z. B. der Richter auch im Falle, da eine Überzahlung der Produkte der Mitglieder von seiten der Gesellschaft ausser Zweifel steht, immer noch zuerst untersuchen, ob und inwieweit hierin eine aktienrechtlich unzulässige Rückzahlung einer Einlage und nicht etwa nur ein für die Gesellschaft zwar unvorteilhaftes, immerhin aber noch reell gemeintes Kaufgeschäft vorliegt. Infolge des § 216 ist ihm dagegen diese Prüfung wenigstens etwas erleichtert, denn sobald ein Überpreis vorliegt, knüpft das Gesetz daran ohne weiteres die Präsumption eines *agere in fraudem legis*. Hierin, d. h. in dieser Präsumption liegt aber anderseits auch die einzige praktische Bedeutung des § 216. Sein Fehlen im OR rechtfertigt somit noch keineswegs den

vom Bundesgerichte gezogenen Schluss, dass schon diese Differenz zwischen OR und D. H. G. B. die Unzulässigkeit sogenannter Nebenleistungsaktiengesellschaften für das schweizerische Recht ergebe.

Wohl aber enthält das OR andere Gründe, und zwar solche zwingender Natur, die in der Tat dieses Resultat bedingen. Indessen treffen sie weniger das Verhältnis der Aktiengesellschaft gegenüber Dritten, als dasjenige gegenüber ihren eigenen Mitgliedern. Zu den Hauptgründen dürften etwa folgende zwei gehören:

Erstens einmal die vom Gesetze in ziemlich weitgehender Weise anerkannte Herrschaft der Majorität der Aktionäre. Während bei der Gesellschaft des Zivilrechts und auch bei den übrigen Handelsgesellschaften die Majorität der Mitglieder von Gesetzes wegen keine oder doch nur sehr unbedeutende Kompetenzen besitzt, ist bekanntlich ihre Macht bei der Aktiengesellschaft eine sehr weitgehende. Der Mehrheitswille — so sagt das Reichsgericht einmal — vermöge zwar in einer Aktiengesellschaft in der Regel den Umfang der Leistungspflicht nicht zu erweitern, aber die Herrschaft der Majorität bestimme doch in der Regel ganz wesentlich das Schicksal des zur Gesellschaft Geleisteten und eventuell noch nicht Geleisteten. Da mache es doch einen erheblichen Unterschied, ob der Aktionär nur einmal eine Kapitaleinlage zu leisten hat oder fortdauernd andere Leistungen als Geld schuldet.⁴⁾ Dieser vom deutschen Reichsgerichte bei einem anderen Anlasse ausgesprochene Satz ist zweifellos auch für unsere Frage entscheidend. In der Tat, so lange nur das Schicksal einer Geldeinlage auf dem Spiele steht, ist eine weitgehende Herrschaft der Majorität der Mitglieder in der Regel auch *de lege ferenda* nicht zu beanstanden. Wer einer Aktiengesellschaft als Mitglied beitrifft, muss von vornherein damit rechnen, dass sein Beitrag unwiderruflich im Vermögen der Aktiengesellschaft aufgegangen

⁴⁾ E. R. G. 21 S. 15.

ist, dass er also seine Aktien eventuell wohl veräussern, nicht aber seine Einlage wieder zurückziehen kann. Dazu kommt, dass gerade da, wo in der Regel die Herrschaft der Majorität für den Aktionär am drückendsten wirkt, nämlich wenn die Geschäfte der Gesellschaft schlecht gehen und den alten Aktionären zum Zwecke der Sanierung der Gesellschaft Opfer zugemutet werden, eine weitgehende Beschränkung der Sonderrechte des einzelnen Aktionärs auch im öffentlichen Interesse liegt. Hat doch für die Öffentlichkeit die Rettung des Unternehmens in der Regel mehr Bedeutung als das Bestreben des einzelnen Aktionärs, womöglich kein Opfer mehr bringen zu müssen, und sei es auch um den Preis einer forcierten Liquidation der Gesellschaft. So wird z. B., und wohl mit vollem Rechte, ein Vorzug der Entwicklung des Aktienrechts in den germanischen Ländern vor derjenigen in den romanischen gerade darin gefunden, dass das positive Recht dort mehr als hier darauf ausgeht, die Majorität mit so weitgehenden Rechten auszustatten, dass die im Interesse der Entwicklung der Gesellschaft gelegenen Massnahmen, wie Erhöhung des Aktienkapitals, Reduktion der Rechte der alten Aktionäre zugunsten der neuen etc., auch entgegen dem Willen einer Minorität durchgeführt werden können. Gerade weil aber bei der Aktiengesellschaft die Majorität der Mitglieder, sei es nun schon die einfache oder erst eine qualifizierte, zweckmässigerweise mit weitgehenden Rechten ausgestattet wird, so sind damit andere Verpflichtungen der Aktionäre als solche auf Einzahlung der von ihnen gezeichneten Aktien schwer vereinbar. Man denke etwa an das folgende ganz willkürlich herausgegriffene Beispiel.

Nach herrschender Meinung kann die einfache Majorität der Aktionäre die Fortsetzung einer Aktiengesellschaft auch dann beschliessen, wenn in den Statuten ein bestimmter Endtermin festgesetzt ist.⁵⁾ Dem Aktionär

⁵⁾ Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht S. 141.

wird also kein Sonderrecht zuerkannt auf Beobachtung des statutarischen Endtermins, obschon die Fortsetzung der Gesellschaft zur Folge haben kann, dass der Aktionär nun auf unabsehbare Zeit seine Einlage nicht mehr zurückziehen, ja, je nach der Fassung der Statuten, auch seine Aktien nicht einmal frei veräussern darf. Eine so weitgehende Macht der Majorität der Mitglieder ist nun aber zweifellos nur solange zu rechtfertigen, als der Aktionär nur Geldeinlagen zu leisten hat. Sobald ihm dagegen noch andere Verpflichtungen auferlegt werden können, müsste sie zu unerträglichen Konsequenzen führen. Beispielsweise sei an die oben zitierte Bestimmung aus den Statuten der schweizerischen Sodafabrik erinnert, wonach die Aktionäre verpflichtet sind, während der ganzen Dauer der Gesellschaft ihren ganzen Bedarf an Sodaprodukten bei der Aktiengesellschaft zu beziehen. Nehmen wir etwa an, einzelne Aktionäre hätten diese Verpflichtung nicht auf unabsehbare Zeit übernehmen, sondern zeitlich beschränken wollen, und gerade darum die Festsetzung der Dauer der Gesellschaft in den Statuten auf 20 Jahre verlangt und auch durchgesetzt, um nach Ablauf dieser Frist die Möglichkeit zu haben, die von der Gesellschaft hergestellten Produkte eventuell billiger bei der Konkurrenz beziehen zu können. In diesem Falle wäre es doch ausserordentlich stossend, wenn nun die Majorität der Aktionäre mit Rechtswirksamkeit auch für die ihre Freiheit verlangende Minorität einfach beschliessen könnte, dass die Gesellschaft nach Ablauf der 20 Jahre auf unbestimmte Zeit verlängert und gleichzeitig auch die Verpflichtung der Aktionäre zur Abnahme der Produkte der Aktiengesellschaft auf ebensolange erstreckt werden soll. Eine derartige Machtstellung der Majorität würde wohl direkt als unsittlich empfunden, weil sie zu einer nach heutiger Anschauung geradezu unerträglichen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen Aktionärs zu führen vermöchte. Schon dieses eine Beispiel genügt also wohl zum

Beweise dafür, dass einzig und allein schon die weitgehende Macht, welche das Aktienrecht der Majorität einräumt, mit Verpflichtungen der Aktionäre unvereinbar ist, die auf etwas anderes gehen als auf eine einfache Geldeinlage.

Ein anderer Hauptgrund, der allerdings mit dem eben genannten zusammenhängt, liegt in der Tatsache, dass das Aktienrecht dem Aktionär kein Austrittsrecht gewährt, ja der Gesellschaft nicht einmal gestattet, ihm ein solches freiwillig durch Vertrag oder Statuten einzuräumen. Auch dieser starre Grundsatz des Aktienrechts ist nur daraus zu erklären, dass die Aktiengesellschaft im Sinne des Gesetzes eine reine Kapitalgesellschaft darstellt, bei welcher andere Leistungen der Mitglieder als Geldeinlagen überhaupt ausgeschlossen sind. Jedenfalls charakterisiert er sich, wenigstens in Verbindung mit dem Prinzipie einer weitgehenden Herrschaft der Majorität der Aktionäre, als eine singuläre Ausnahme vom übrigen Gesellschaftsrechte. Bei der Gesellschaft des Zivilrechts und auch bei den übrigen Handelsgesellschaften, der Kollektivgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, und da, wo sie eingeführt ist, auch bei der G. m. b. H., gilt sonst überall der Grundsatz, dass die Pflichten des Mitgliedes ohne seine Zustimmung nicht verschärft werden können. Ausserdem gewährt das Gesetz bei allen diesen Gesellschaftsformen, mit einziger Ausnahme der G. m. b. H., dem Mitgliede bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch noch ein Austrittsrecht selbst entgegen dem Gesellschaftsvertrage. Bei denjenigen Gesellschaftsformen anderseits, bei welchen der Majorität eine ähnliche Macht zukommt wie bei der Aktiengesellschaft, so dass, wenigstens im praktischen Resultate, die Rechtsstellung des einzelnen Mitgliedes auch wider seinen Willen wesentlich verändert werden kann, wie bei der Genossenschaft und beim Vereine, gewährt das Gesetz dem Mitgliede als Ersatz wenigstens ein jederzeitiges Austrittsrecht. Dies gestattet ihm unter allen Umständen, selbst wenn ein vertragliches

oder statutarisches Austrittsverbot vorliegt, innerhalb kürzester Frist seinen Austritt zu nehmen und sich auf diese Weise zum mindesten von allen denjenigen Verpflichtungen loszusagen, die erst nach dem Termine seines Austritts fällig werden. Wenn dagegen bei der Aktiengesellschaft der Aktionär in weitgehendster Weise der Herrschaft der Majorität unterworfen ist, ohne dass ihm anderseits ein Austrittsrecht zur Seite steht, so liegt darin eine Abweichung von den allgemeinen Normen des Gesellschaftsrechts, die wiederum zwingenderweise zum Schlusse führt, dass die Aktiengesellschaft im Sinne des Gesetzes als reine Kapitalgesellschaft gedacht ist, die andere Leistungen der Mitglieder als Geldeinlagen überhaupt nicht zulässt.

Sogenannte Nebenleistungsaktiengesellschaften dagegen, welche andere Verpflichtungen der Aktionäre gestatten, könnten bei einfacher Unterstellung unter das Aktienrecht mit seinem Majoritätsprinzip in Verbindung mit seinem absoluten Austrittsverbote an die Mitglieder, eine Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Aktionäre bedingen, welche unter Umständen geradezu als unsittlich empfunden würde, wie bereits das oben angeführte einfache Beispiel ergeben hat. Dass das deutsche Aktienrecht gleichwohl den Versuch gemacht hat, ändert an diesem Resultate nichts. Einmal nämlich handelt es sich dabei lediglich um die gesetzliche Anerkennung einer gesetzwidrigen Praxis, die rein praktische Zwecke verfolgte, und auch von der deutschen Doktrin immer noch als Anomalie empfunden wird. Sodann aber wird die Tatsache, dass aus der Praxis der deutschen Nebenleistungsaktiengesellschaften nichts bekannt geworden ist, was die oben ausgesprochene Befürchtung rechtfertigen könnte, namentlich daraus zu erklären sein, dass jene Gesellschaftsform in der Hauptsache auf die Rübenbaugesellschaften beschränkt blieb, in anderen Verhältnissen aber auch die deutsche Praxis sich mit anderen Mitteln behalf, wie die folgende Darstellung ergeben

wird. Für das schweizerische Recht ist jedenfalls dem Bundesgerichte gleichwohl beizustimmen, dass solche Nebenleistungsaktiengesellschaften, wie z.B. jene Gesellschaft Schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung, rechtlich nicht zulässig sind, wenn auch der Begründung des Bundesgerichts nicht beigetreten werden kann.⁶⁾

II.

Eignet sich aber die Form der Aktiengesellschaft nicht für industrielle Unternehmungen wie die eingangs genannten, und steht anderseits fest, dass damit volkswirtschaftlich wichtige Zwecke verfolgt werden, so fragt es sich zunächst, ob nicht eine andere Gesellschaftsform zum Ziele führen kann. Die übrigen Handelsgesellschaften, Kollektivgesellschaft und auch Kommanditgesellschaft, können allerdings kaum als Ersatz in Betracht kommen. Zwar gestatten beide, im Gegensatze zur Aktiengesellschaft, auch andere Verpflichtungen der Mitglieder, nicht nur Geldbeiträge, als Mitgliedschaftspflichten rechtsgültig zu vereinbaren. Dagegen setzt die Kollektivgesellschaft die unbeschränkte Haftbarkeit sämtlicher Gesellschafter voraus, welche in der Regel allein schon als unüberwindliches Hindernis empfunden wird. Dazu kommt, dass sämtliche Gesellschafter beim Handelsregister eingetragen werden müssen, also öffentlich bekannt werden, während die Interessenten in der Regel wünschen im Hintergrunde zu bleiben. Endlich ist auch die innere Organisation, wenigstens bei einer grösseren Zahl von Mitgliedern, wenig praktisch. Zwar ist es nicht unmöglich, durch den Gesell-

⁶⁾ Nach dem Jahre 1897, d. h. nachdem die Nebenleistungsaktiengesellschaft im D. H. G. B. ausdrückliche Anerkennung gefunden hatte, hat auch das D. Reichsgericht anerkannt, dass eine Verpflichtung, wenn sie in den Statuten vorgemerkt sei, also eine Mitgliedschaftspflicht darstelle, aber dem Aktienrechte widerspreche, auch nicht durch Umdeutung als Separatvertrag gerettet werden könne E. R. G. 49 S. 80.

schaftsvertrag der Gesellschaft wenigstens intern eine ähnliche Gestalt zu geben, wie etwa der Aktiengesellschaft das Gesetz. Doch wäre ein solcher Vertrag reichlich kompliziert, während der Verkehr einfache Formen vorzieht und sich darum gerne an ein gesetzliches Schema möglichst enge anlehnt. Die Kommanditgesellschaft sodann verlangt allerdings nur die unbeschränkte Haftung eines einzigen Mitgliedes, während alle übrigen die ihrige analog derjenigen eines Aktionärs beschränken können. Im übrigen bietet aber auch sie genau dieselben Übelstände wie die Kollektivgesellschaft.

Eher wäre an die Form der Genossenschaft oder des Vereins zu denken. Bei beiden ist es rechtlich zulässig, den Mitgliedern auch andere Verpflichtungen, nicht nur einen Beitrag in Geld, als Gesellschaftspflichten aufzuerlegen.⁷⁾ Speziell auch für die Genossenschaft wird in der Schweiz diese Möglichkeit allseitig anerkannt, während sie für Deutschland allerdings bestritten ist.⁸⁾ Indessen räumt das Gesetz bei beiden, sowohl bei der Genossenschaft als auch beim Vereine, dem Mitgliede ein unentziehbares Austrittsrecht ein, und zwar nach der herrschenden Auffassung unter allen Umständen das gesetzliche, sehr kurzfristige, selbst wenn Verträge oder Statuten einen längeren Termin festsetzen.⁹⁾ Selbstverständlich wäre aber Gesellschaften, wie etwa der Schweizerischen Sodafabrik oder der Säurefabrik Schweizerhall, mit einem derartigen Austrittsrechte der Mitglieder wenig gedient, da bei ihrer Gründung gerade die Aussicht auf die dauernde Kundschaft ihrer Mitglieder eine entscheidende Rolle

⁷⁾ Hafner-Goll, Das Schw. OR. No. 3 zu Art. 684; Rossel, Manuel du Droit Civil Suisse 3 S. 743; Zölly, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz S. 95, 99.

⁸⁾ Leist a. a. O. S. 34; Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle S. 19.

⁹⁾ Blattner, Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft S. 66; Praxis des Bundesgerichts 1920 S. 59 fg.

spielte. Beim Vereine würde sodann ausserdem der Mangel eines idealen Vereinszweckes ein weiteres Hindernis bilden.¹⁰⁾

Demnach bliebe von allen Gesellschafts- und Korporationsformen nur noch die einfache Gesellschaft des Zivilrechts übrig, welche als Ersatz der Aktiengesellschaft in Frage kommen könnte. In der Tat setzt nun die einfache Gesellschaft im Gegensatze zur Kollektivgesellschaft weder die unbeschränkte Haftung noch den Eintrag der Mitglieder im Handelsregister voraus. Im Gegensatze ferner zu Genossenschaft und Verein kann das Austrittsrecht der Mitglieder durch den Gesellschaftsvertrag auf längere Zeit rechtsgültig ausgeschlossen werden. Und im Unterschiede endlich zur Aktiengesellschaft gestattet sie auch andere Verpflichtungen, nicht nur Geldbeiträge, als Gesellschaftspflichten zu konstruieren. Diesen Vorteilen stehen aber anderseits solche Nachteile gegenüber, dass auch die einfache Gesellschaft kaum als Ersatz der Aktiengesellschaft in Frage kommen kann.

So gestattet sie z. B. keineswegs eine gleich feste Bindung der Mitglieder wie die Aktiengesellschaft. Ist sie auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, so hat jedes Mitglied jederzeit ein Kündigungsrecht. Aber auch wenn eine bestimmte Zeitdauer im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, kann dennoch jedes Mitglied jederzeit aus einem wichtigen Grunde austreten. Das Vorliegen eines solchen wird aber im allgemeinen ausschliesslich nach den Interessen des Mitgliebes, nicht nach denjenigen der Gesellschaft beurteilt. Ferner ist die Gefahr nicht ausgeschlossen, oder wird doch wenigstens in der Praxis allem Anscheine nach tatsächlich befürchtet, dass der Richter auch dann die einfache Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen erklärt und den Mitgliedern ein Kündigungsrecht zuspricht, wenn sie, gerade um ihre Mitglieder möglichst fest zu binden, auf besonders lange Zeit,

¹⁰⁾ Zölly a. a. O. S. 85.

z. B. auf länger als auf 50 Jahre abgeschlossen ist. Dazu kommen die Schwierigkeiten der inneren Organisation, speziell beim Vorhandensein einer grösseren Anzahl von Mitgliedern, auf welche schon bei der Kollektivgesellschaft hingewiesen wurde. Nur ist bei der einfachen Gesellschaft noch der weitere Übelstand damit verbunden, dass sie nach Aussen nicht einmal selbständig auftreten, sondern nur im Namen ihrer Mitglieder handeln kann.

Unter diesen Umständen, da weder das Gesellschafts- noch das Korporationsrecht eine Rechtsform bietet, welche eine ebenso feste Bindung der Mitglieder gestattet, wie die Aktiengesellschaft, ist es durchaus verständlich, wenn industrielle Unternehmungen, wie die eingangs genannten, an der Form der Aktiengesellschaft festhalten, trotzdem sie in der Schweiz nur als reine Kapitalgesellschaft zulässig ist. In der Tat, wo von entscheidender Wichtigkeit ist, dass die Mitglieder möglichst fest, und namentlich auf lange Zeit hinaus an die Gesellschaft gebunden werden, ist die Form der Aktiengesellschaft in der Schweiz wohl immer noch die zuverlässigste. Auch von den deutschen Rübenbaugesellschaften ist übrigens neuerdings die Vermutung ausgesprochen worden, die sofort Anklang gefunden hat, dass auch bei ihnen nur das Interesse an einer möglichst festen Bindung der Mitglieder zur Wahl der Form der Aktiengesellschaft geführt habe.¹¹⁾

Allerdings, wo die Aktiengesellschaft, wie in der Schweiz, reine Kapitalgesellschaft ist, können diejenigen Pflichten der Mitglieder, welche auf etwas anderes lauten als auf einen Geldbeitrag, nicht als Gesellschaftspflichten rechtsgültig konstruiert werden. Und zwar gilt dies in

¹¹⁾ Rudolf Fischer, Das Sanierungsproblem S. 2 fg; Derselbe, Aktienrecht in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes S. 46 fg; Derselbe, Die Bedeutung des Zwecks für die Aktiengesellschaft, Iherings Jahrbücher 63 S. 329 fg. Flechtheim, a. a O. S. 98.

gleicher Weise, ob das Mitglied nur zur Abgabe seiner Produkte an die Gesellschaft verpflichtet werden soll, wie z. B. bei den deutschen Rübenbaugesellschaften, der obenerwähnten Aktiengesellschaft Schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung, oder ob es die Artikel der Gesellschaft soll beziehen müssen, wie z. B. bei der Schweizerischen Sodafabrik und bei der Säurefabrik Schweizerhall. In der Praxis hat man daher in der Regel zum Auswege gegriffen, alle diese Verpflichtungen in besonderen Verträgen unterzubringen, welche von der Aktiengesellschaft einerseits, und von jedem einzelnen Mitgliede anderseits, oder auch von der Aktiengesellschaft und den übrigen Mitgliedern einerseits und jedem einzelnen Mitgliede anderseits abgeschlossen werden, so, dass im letzteren Falle nicht nur die Aktiengesellschaft, sondern auch die übrigen Mitglieder die Gegenkontrahenten des Separatvertrags bilden. Damit wird nun in der Tat der Fehler vermieden, an welchem jene Gesellschaft Schweizerischer Metzgermeister für Haut- und Talgverwertung gescheitert ist. In den Statuten der Aktiengesellschaft wird nur dasjenige untergebracht, was aktienrechtlich zulässig ist, wie die Verpflichtung zur Einzahlung der gezeichneten Aktien. Alles übrige, speziell die Verpflichtung des Mitgliedes, seine Produkte an die Aktiengesellschaft abzugeben oder diejenigen der Aktiengesellschaft zu beziehen, wird dagegen in dem besonderen Vertrage vereinbart, bei welchem der Aktionär der Gesellschaft gegenüber nicht als Mitglied, sondern als Dritter kontrahiert.

Allerdings kann auf diesem Wege nur ein Teil von dem erreicht werden, was zu erzielen möglich wäre, wenn auch diese Verpflichtungen als Mitgliedschaftspflichten stipuliert werden könnten. Denn da nun die Pflichten der Mitglieder getrennt, teils in den Statuten der Aktiengesellschaft, teils in den Separatverträgen der einzelnen Mitglieder untergebracht sind, können beide Gruppen von Verpflichtungen auseinanderfallen. Der

Separatvertrag, wonach das Mitglied der Aktiengesellschaft zu liefern, bzw. bei ihr zu beziehen hat, wird rechtlich in der Regel einen Lieferungs-, also einen Kauf-, oder dann einen einfachen Gesellschaftsvertrag darstellen. In beiden Fällen ist es also möglich, dass das Mitglied sich von dem Separatvertrage losmachen kann, etwa wegen Verzugs der Aktiengesellschaft, wenn ein Kaufvertrag, oder aus einem wichtigen, in seiner Person liegenden Grunde, wenn ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, ohne dass es deshalb die Rechte und Pflichten eines Aktionärs verliert. Hier vermag also die Naturalleistungs- bzw. Lieferungspflicht des Mitgliedes aus Gründen zu erlöschen, aus denen dies nicht möglich wäre, wenn sie als Gesellschaftspflicht hätte stipuliert werden können.

Andererseits ermöglicht aber der Aktienbesitz des vertragsuntreuen Mitgliedes dem Gegenkontrahenten doch eine viel stärkere Rechtsstellung als er hätte, wenn er sich mit einer anderen Gesellschaftsform beholfen hätte. Einmal kann der Verkauf der Aktien statutarisch an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden werden, so dass das vertragsuntreue Mitglied zum mindesten riskiert, sein ganzes in Aktien angelegtes Kapital überhaupt nie mehr frei zu bekommen. Sodann aber kann das Mitglied auch verpflichtet werden, im Falle der Auflösung des Separatvertrags, seinen ganzen Aktienbesitz unter dem Werte, z. B. sogar unentgeltlich, seinem Vertragsgegner überlassen zu müssen. Dabei erreicht die Aktiengesellschaft eine Reihe von Vorteilen. Einmal wirkt der Verlust der Aktien im Sinne einer Konventionalstrafe, so dass das Mitglied jedenfalls nicht ungestraft dem Separatvertrage entfliehen kann, auch wenn die später eintretenden tatsächlichen Verhältnisse eventuell hiezu berechtigen. Sodann ist die Aktiengesellschaft von vornherein sicher, in Gestalt der Aktien des vertragsuntreuen Mitglieds eine je nach dem Betrage sehr erhebliche Entschädigung zu erhalten, wenn dem Mitgliede die Auflösung des Separatvertrags gelingt. Endlich sichert sich

die Aktiengesellschaft damit von vornherein gegen das Risiko, dass Aussenstehende, die nicht mehr dieselben Interessen haben wie sie, als Aktionäre dauernd Einblick in ihre Geschäfte erhalten.

Kurz, die Form der Aktiengesellschaft in Verbindung mit einem Systeme von Separatverträgen gewährt zwar nicht dieselben Vorteile, welche erzielt werden könnten, wenn alle Pflichten der Mitglieder als Gesellschaftspflichten konstruiert werden könnten. Ist doch der Separatvertrag für das Mitglied immerhin leichter lösbar als seine Stellung als Aktionär. Andererseits gewährleistet diese Rechtsform aber immer noch die stärkste Bindung des Mitgliedes an die Gesellschaft, welche mit den heutigen Formen des Schweizerischen Gesellschafts- und Korporationsrechts zu erreichen überhaupt möglich ist. Bindet doch der Separatvertrag den Kontrahenten hinsichtlich der Naturalleistungs- bzw. Bezugspflicht immerhin fester an die Aktiengesellschaft, als wenn z. B. die Form der Genossenschaft oder des Vereins gewählt wäre, bei denen beiden das Gesetz dem Mitgliede unter allen Umständen ein kurzfristiges Kündigungsrecht garantiert. Und ebenso ist es immerhin noch leichter, aus einer Kollektiv-, Kommandit-, oder einfachen Gesellschaft loszukommen, etwa aus wichtigen, in der Person des Gesellschafters liegenden Gründen, als aus dem Separatvertrage mit der Aktiengesellschaft, namentlich wenn dieser sich als Kauf- und nicht etwa als einfacher Gesellschaftsvertrag darstellt. Aber auch im letzteren Falle, da der Separatvertrag aus wichtigem Grunde kündbar ist, wird das vertragsuntreue Mitglied durch die Gefahr des Verlustes seines ganzen Aktienbesitzes immerhin noch wesentlich fester an die Gesellschaft gebunden als bei irgend einer anderen Gesellschaftsform. Dies selbst dann, wenn bei Verwendung einer solchen der Austritt des Mitgliedes an eine Konventionalstrafe gebunden wird, welche denselben Zweck erfüllen soll wie der Verlust des Aktienbesitzes bei Wahl der Form der Aktiengesellschaft. Wirkt

doch auch eine Konventionalstrafe aus Gründen, die später zu erörtern sind, immerhin weniger zuverlässig als hier der Verlust der Aktienbeteiligung. Sofern also die bisher betrachteten industriellen Unternehmungen die Form einer Aktiengesellschaft in Verbindung mit Separatverträgen verwendet haben, haben sie dasjenige Rechtsmittel gewählt, das sie auf dem Boden des heutigen schweizerischen Rechtes immerhin noch am zuverlässigsten gegen die Gefahr eines vorzeitigen Austritts einzelner Mitglieder schützt.¹²⁾

III.

Neuerdings ist nun aber auch die rechtliche Zulässigkeit dieses Ausweges bestritten worden, im wesentlichen — um nur die Hauptsache vorweg zu nehmen — mit der Begründung, dass was das Aktienrecht direkt nicht zulasse, auch nicht indirekt auf dem Wege von Separatverträgen mit den Aktionären erreicht werden könne. Ist dieser Angriff begründet, dann ist er aber von entscheidender Bedeutung nicht nur für die bisher erörterten Gesellschaften, sondern gleichzeitig auch für das ganze schweizerische Kartellrecht.

Wenn gleichwohl von Kartellen bisher nicht die Rede war, so lag ausschliesslich die Absicht zugrunde, eine möglichst unbefangene Prüfung der in dieser Abhandlung allein zur Diskussion stehenden Rechtsfragen zu ermöglichen. Vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus ist bekanntlich der Wert der Kartelle bis zur Stunde vielfach bestritten. Während sie auf der einen

¹²⁾ Allerdings wird die Gesellschaft dadurch nicht gegen die Gefahr geschützt, dass dem Mitgliede sein Aktienbesitz durch Pfändung oder im Konkurse entzogen wird und so auch wider ihren Willen an einen Dritten gelangt. E. R. G. 70, 64 fg und in Leipz. Ztschr. 3 S. 554; Staub-Hachenburg, G. m. b. H. Exkurs zu § 15 Anm. 17. Aber nicht unbestritten, Flechtheim a. a. O. S. 20. Immerhin hat das Mitglied im Falle der Pfändung oder des Konkurses als Konsument bzw. Lieferant auch nur noch wenig Wert für die Aktiengesellschaft.

Seite für unentbehrlich erklärt werden zur Rettung einer Reihe von Industrien, so werden sie auf der anderen Seite nicht minder häufig angefeindet, weil sie gegen die Interessen der Konsumenten gerichtet seien. Unter solchen Umständen liegt aber die Gefahr nahe, dass auch die Diskussion über die durch die Kartelle bedingten Rechtsfragen von volkswirtschaftlichen Vorurteilen beeinflusst wird. Darum wurden bisher ausschliesslich solche Gesellschaften als Beispiele gewählt, welche jedenfalls keinen kartell- d. h. keinen monopolartigen Zweck verfolgen, sondern einzig und allein darauf zurückzuführen sind, dass Konsumenten sich zusammenschliessen, um ein bestimmtes Produkt mit gemeinsamen Mitteln herzustellen, dessen Fabrikation auf alleinige Rechnung ihnen zu teuer wäre oder aus anderen Gründen nicht konvenieren würde; Gesellschaften, bei denen aber anderseits doch genau dieselben Rechtsfragen praktisch werden wie bei Kartellen. Haben doch auch die Kartelle, wie die bisher der schweizerischen Industrie entnommenen Beispiele anderer Art, in vielen Fällen ein vitales Interesse daran, ihre Mitglieder möglichst fest zu binden, und zwar speziell hinsichtlich derjenigen Verpflichtungen, welche auf etwas anderes gehen als nur auf einen Geldbeitrag zum Gesellschaftsvermögen, das ja in der Regel bei Kartellen praktisch überhaupt ohne grosse Bedeutung ist. Da aber jene Gesellschaften im Gegensatz zu den Kartellen auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus von keiner Seite beanstandet werden, so schien ihre Beiziehung bei der Untersuchung der ihnen und den Kartellen gemeinsamen Rechtsfragen von vornherein als geboten, um auch bei der Beurteilung des Kartellrechts den eventuellen Einfluss volkswirtschaftlicher Vorurteile von vornherein möglichst auszuschliessen.

Der rechtliche Begriff des Kartells bedarf im übrigen an dieser Stelle keiner weiteren Untersuchung. Da es keine zivilrechtlichen Normen gibt, die ausschliesslich oder auch nur speziell für Kartelle Gültigkeit beanspruchen,

so ist auch eine Definition dieses Begriffs für den Zweck unserer Abhandlung entbehrlich. Es genügt etwa an die Definition Flechtheims zu erinnern, wohl eines der gründlichsten Kenner des deutschen Kartellrechts, der sich derjenigen von Liefmann anschliesst:

„Unter Kartellen verstehen wir freie Vereinbarungen zwischen selbständig bleibenden Unternehmen derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes.“¹³⁾

Das bekannteste Beispiel eines deutschen Kartells in der Form einer Aktiengesellschaft mit Separatverträgen ist wohl das Rheinisch Westfälische Kohlensyndikat. Die Statuten sind ganz einfach gehalten und könnten ebenso gut bei einer beliebigen anderen Aktiengesellschaft Verwendung finden. Erst in den Separatverträgen mit den Aktionären finden sich diejenigen Bestimmungen, welche für den Kartellzweck wesentlich sind. Da verpflichten sich zum Beispiel die Aktionäre, d. h. die Zechen, ihre ganze Produktion an das Kartell abzugeben, damit das Kartell den Weiterverkauf besorgen soll, die Kartellorgane die Vergütung festzusetzen haben etc. Kurz alles dasjenige, was aktienrechtlich nicht zulässig, aber für das Kartell wesentlich ist, findet sich in den Separatverträgen, die so abgefasst sind, dass sie eine denkbar straffe Ordnung im Innern des Kartells garantieren.

Auch dieses deutsche Kartell wäre also in der Schweiz rechtlich nicht zulässig, so wenig als die Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen, die Schweizerische Sodafabrik und die Säurefabrik Schweizerhall in ihrer gegenwärtigen Form, wenn jener Angriff begründet wäre. Gleichwohl wären aber seine Folgen für das schweizerische Kartellrecht viel weittragender als für dasjenige der meisten anderen Staaten. Für das österreichische und für das französische Recht nämlich ist die Sachlage schon darum eine andere, weil hier die Kartelle zivil-

¹³⁾ Liefmann, Kartelle und Trusts S. 11, Flechtheim a. a. O. S. 5 vergl. auch E. R. G. 28 S. 244.

rechtlich überhaupt noch nicht freigegeben sind, ob-
schon sie in der Praxis allerdings eine sehr erhebliche
Rolle spielen.¹⁴⁾ Dasselbe gilt vom Rechte von Nord-
amerika, wo die Antitrustgesetzgebung die Kartell-
bildung ganz wesentlich beschränkt. In England ferner
spielen die Kartelle, bis heute wenigstens, volkswirtschaft-
lich noch nicht dieselbe Rolle wie in anderen Staaten.
Somit bliebe zum Vergleiche mit dem Kartellrechte
anderer Staaten für die Schweiz in der Hauptsache
eigentlich nur Deutschland übrig, weil nur hier die
wirtschaftlichen Voraussetzungen annähernd dieselben sind
wie in der Schweiz.

Nun enthält aber im Gegensatze zum schweizerischen
das deutsche Recht zwei Rechtsformen, deren sich die
Kartelle ohne weiteres als Ersatz bedienen könnten,
wenn ihnen der Ausweg der Aktiengesellschaft in Ver-
bindung mit Separatverträgen genommen würde. Einmal
die Nebenleistungsaktiengesellschaft gemäss den zitierten
§§ 212 und 216 des D. H. G. B., welche speziell zur Rettung
der Rübenbaugesellschaften eingeführt wurde. Aller-
dings werden gegenwärtig in Deutschland Kartelle nur
selten in dieser Form gebildet, was aber nicht ausschliesst,
dass sie wirksam verwendet werden könnten, wenn der
heute auch in Deutschland bevorzugte Weg der Aktien-
gesellschaft mit Separatverträgen wegfallen würde. So-
dann aber bietet namentlich die G. m. b. H. des deutschen
Rechtes den deutschen Kartellen eine Gesellschaftsform,
welche, wenn auch nicht allen, so doch jedenfalls gerade
den wichtigsten Anforderungen, und zwar in vollem
Umfange entspricht, im Hinblick auf welche unsere
Untersuchung zum Resultate gekommen ist, dass von den
Gesellschafts- und Korporationsformen des schweizerischen
Rechtes überhaupt keine genügt.

¹⁴⁾ Baumgarten und Meszlény, Kartelle und Trusts
S. 106 fg. hinsichtlich Österreich. Dass auch in Frankreich die
Kartelle in ziemlichem Umfange blühen, wird manchem Juristen
schon aus seiner Praxis bekannt sein.

Einmal gestattet die G. m. b. H. des deutschen Rechtes, dass alle möglichen Verpflichtungen der Mitglieder, nicht nur die Geldeinlageschuld zum Stammkapital, zu Gesellschaftspflichten erhoben werden können. Ferner kann das Mitglied der G. m. b. H., soweit wenigstens der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, wider den Willen der Gesellschaft so wenig ausscheiden als der Aktionär aus der Aktiengesellschaft. Gerade diese zwei Eigenschaften sind es aber, die in gleicher Weise für die Kartelle wie für die am Eingange dieser Abhandlung angeführten industriellen Unternehmungen von entscheidender Bedeutung sind. Kann doch hier wie dort die Möglichkeit, die Mitglieder auch hinsichtlich anderer Verpflichtungen, als nur in Bezug auf ihre Beitragspflicht zum Gesellschaftsvermögen, möglichst zuverlässig an sich zu binden, geradezu eine Lebensfrage bilden.

Hieraus folgt also ohne weiteres, dass für das schweizerische Kartellrecht die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Einkleidung des Kartells in die Form der Aktiengesellschaft in Verbindung mit Separatverträgen von ungleich grösserer praktischer Bedeutung ist als für das deutsche Recht. Denn weil das schweizerische Recht weder die Nebenleistungsaktiengesellschaft noch die G. m. b. H. des deutschen Rechtes kennt, blieben nach der Ausscheidung der Aktiengesellschaft für die Kartelle in der Schweiz als Ersatz überhaupt nur noch die anderen Handelsgesellschaften sowie die Genossenschaft und die einfache Gesellschaft übrig, deren sehr prekärer Wert oben nachgewiesen wurde. Umsomehr ist also für das schweizerische Recht eine erneute Prüfung dieser Frage schon ihrer grossen praktischen Tragweite wegen angezeigt.

IV.

In Deutschland geht der Angriff in der Hauptsache von Rudolf Fischer aus, der sich namentlich auf die

Bedeutung des Zweckmoments für die juristische Person beruft. Eine Verbandsperson ohne einen Zweck sei ein unmögliches Gebilde. Ein solches liege aber nicht nur dann vor, wenn die Statuten überhaupt keinen Zweck enthalten, sondern auch dann, wenn sie nicht den richtigen angeben. Darum müssten auch die Beziehungen zwischen Korporation und Mitglied, wenn sie für den Gesellschaftszweck wesentlich seien, in den Statuten selbst geregelt werden. Durch einen Separatvertrag könne dagegen der Gesellschaftszweck nicht bestimmt, bezw. ergänzt werden, vielmehr seien in einem solchen Falle sowohl die Verbandsperson als auch der Separatvertrag als nichtig zu erachten. Wohl sei in § 309 D. H. G. B. unter den Nichtigkeitsgründen der A. G. der Fall nicht erwähnt, da eine wesentliche Statutenbestimmung fehle. Indessen betrachte das Gesetz die Aufzählung der dort genannten Fälle nicht als eine erschöpfende. Die herrschende Meinung mache den Fehler, der juristischen in gleicher Weise wie der physischen Person, sobald sie rechtsfähig sei, die Ausübung aller möglichen Rechte zu gestatten. Tatsächlich sei aber eine Verbandsperson nur soweit Rechtssubjekt, als ihr Zweck reiche. Wohl stehe es den Interessenten frei, unter den vom Gesetze zur Verfügung gestellten Formen der Verbandsperson nach Belieben zu wählen, doch hätten sie dann auch alle Konsequenzen ihrer Wahl zu tragen.¹⁵⁾

Diese Argumentation dürfte aber kaum mit der Bedeutung vereinbar sein, welche das positive Recht dem Zweckmomente bei der Aktiengesellschaft beilegt. Nach aussen, Dritten gegenüber, ist ja der Zweck der Aktiengesellschaft praktisch ohnehin fast ohne jegliche Bedeutung. Art. 654 OR sagt z. B.: „Die Gesellschaft wird durch die von ihren Vertretern innerhalb der Grenzen ihres Auftrags abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verpflichtet; gutgläubigen Dritten gegenüber ist eine Be-

¹⁵⁾ Fischer, Iherings Jahrbücher 63 S. 333 fg und Aktienrecht in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts S. 374 fg.

schränkung der Befugnis der Vertreter mit Bezug auf den Umfang, die Art und die Zeit der einzelnen Rechtsgeschäfte rechtlich unwirksam.“ Nicht einmal über den Umfang der Vollmacht der Gesellschaftsorgane entscheidet also der Gesellschaftszweck. Dagegen ist er intern allerdings von Bedeutung, und zwar gemäss OR Art. 627 al. 3: „Eine Umwandlung des Gesellschaftszwecks kann der Minderheit durch die Mehrheit nicht aufgenötigt werden.“ Indessen liegt hierin auch die einzige praktische Bedeutung, welche das Gesetz dem Gesellschaftszwecke beilegt. Demnach haben allerdings die Aktionäre das Recht, die Beobachtung des Gesellschaftszwecks durch die Gesellschaftsorgane zu verlangen, sonst aber niemand, abgesehen von eventuellen polizeilichen Vorschriften, die aber zivilrechtlich ohne Bedeutung sind. Erst recht fehlt also die rechtliche Möglichkeit, und zwar schon dem Aktionär, noch mehr aber dem Dritten, sogar die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft unter Berufung darauf zu verlangen, dass der wirkliche Zweck der Aktiengesellschaft in den Statuten nicht oder nicht richtig angegeben sei. Demnach ist die Auffassung Fischers zum mindesten mit derjenigen Bedeutung nicht vereinbar, welche das positive Recht dem Zweckmomente bei der Aktiengesellschaft beilegt.

In der Schweiz, und wohl ganz unabhängig von Fischer, hat zuerst Zölly die Rechtsgültigkeit der Kartelle in der Form einer A. G. mit Separatverträgen in Zweifel gezogen.¹⁶⁾ Seine Argumente sind in der Hauptsache folgende: Da das Recht des freien Austritts des Mit-

¹⁶⁾ Zölly a. a. O. speziell S. 150 fg. Sonst gibt es in der Schweiz nur noch wenig Literatur über Kartellrecht. Ausser Zölly namentlich Schärer, Die Natur des Kartellvertrags nach Schweiz. Recht, in Gmürs Abhandlungen zum Schweiz. Recht. Auch für den Juristen, — namentlich zum Beweise dafür, dass heute die Kartelle auch in der Schweiz von grosser praktischer Bedeutung sind, — ist z. B. die nationalökonomische Dissertation von Flury, Kartelle und Fusionen in der Schweiz. Uhrenindustrie (Zürich 1919) von Interesse.

gliedes einen Grundsatz des gesamten Gesellschafts- und Körperschaftsrechts bilde, handle es sich bei der A. G. mit ihrem entgegengesetzten Prinzipie um eine singuläre Ausnahme, die sich nur daraus erkläre, dass der Beitrag des Mitgliedes ausschliesslich aus Geld bestehe. Vermöge aber die A.-G. dem Mitgliede durch Separatvertrag auch noch andere Leistungen aufzuerlegen, so könne sich eventuell der Aktionär hievon so wenig befreien als von seiner Geldeinlageverpflichtung. Die Pflichten aus den Statuten und diejenigen aus dem Separatvertrage liessen sich nämlich unter Umständen so verquicken, dass das Mitglied im praktischen Resultate von beiden nicht mehr loszukommen vermöge. Dieses Resultat verstosse aber gegen fundamentale Sätze des Korporationsrechts.

Auch diese Argumentation dürfte aber kaum zutreffen. Gewiss verfolgt das Kartell mit der Form der Aktiengesellschaft in Verbindung mit Separatverträgen den Zweck, das Mitglied fest an sich zu binden, und zwar speziell hinsichtlich derjenigen Verpflichtungen, die auf etwas anderes gehen als nur auf die Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrags. Gleichwohl richtet sich aber die Frage, in welchem Umfange das Mitglied an seine Verpflichtungen aus dem Separatvertrage gebunden ist, ausschliesslich nach diesem, also nach dem allgemeinen Zivilrechte und nicht nach dem Aktienrechte. Stellt der Separatvertrag z. B. einen einfachen Gesellschaftsvertrag dar, so kann sich das Mitglied aus einem wichtigen, in seiner Person liegenden Grunde davon befreien. Ist er ein Lieferungsvertrag, so kommt es z. B. infolge des Verzugs der Aktiengesellschaft los. Im einen wie im anderen Falle bleibt es allerdings mit seinem Aktienbesitze gebunden, aber diese Konsequenz enthält nichts Widerrechtliches. Sie widerspricht ja weder dem Aktienrechte, da dieses dem Aktionär kein Austrittsrecht gewährleistet, noch dem allgemeinen Zivilrechte. Denn diesem ist Genüge getan, wenn dem Mitgliede diejenige Freiheit gewahrt bleibt, die ihm das Zivilrecht garan-

tieren will. Dass das Mitglied über das Aktienrecht hinaus aus wichtigen Gründen auch noch seine Pflichten als Aktionär soll abschütteln können, verlangt auch das Zivilrecht nicht.

Allerdings ist es möglich, dass dem Aktienbesitze auch noch eine zivilrechtliche Bedeutung zukommt. Dass er z. B. im praktischen Resultate als Konventionalstrafe wirkt, wenn etwa das aus dem Separatvertrage ausscheidende Mitglied seines Aktienbesitzes ohne Entgelt verlustig geht. Aber auch in einem solchen Falle wird das Zivilrecht durchaus nicht durch das Aktienrecht ausgeschaltet, vielmehr bleibt auch hier der zivilrechtliche Grundsatz in Kraft, wonach eine übermässige Konventionalstrafe dem richterlichen Herabsetzungsrechte unterliegt. Nirgends ist also eine solche Verquickung der Verpflichtungen des Mitgliedes aus den Statuten der Aktiengesellschaft mit denjenigen aus dem Separatvertrage möglich, dass der aktienrechtliche Grundsatz, wonach dem Mitgliede kein Austrittsrecht zusteht, diejenigen Garantien für die wirtschaftliche Freiheit aufzuheben vermöchte, welche das Zivilrecht gewährleistet. Nur darf allerdings nicht die wirtschaftliche Seite der Frage mit der rechtlichen verwechselt werden. Gewiss sollen Aktiengesellschaft und Separatvertrag wirtschaftlich eine Einheit darstellen, nämlich das Kartell. Weil aber rechtlich diese Einheit nicht möglich ist, so erfolgt rechtlich eine Trennung in Aktiengesellschaft und Separatvertrag. Damit ist nun aber auch dem Rechte in der Tat genügt. In den Statuten werden nur diejenigen Verpflichtungen untergebracht, welche aktienrechtlich zulässig sind. Alles übrige kommt in den Separatvertrag, und ob dieser rechtlich zulässig ist oder nicht, richtet sich ausschliesslich nach Zivilrecht.

Mit dem eben widerlegten Argumente hängt ein zweites ziemlich nahe zusammen, auf das sich ausser Zölly auch Fischer beruft. Wenn nämlich der Separatvertrag eine Bindung des Aktionärs bezwecke, welche

das Aktienrecht nicht zulasse, d. h. eine andere Leistung bedinge, als nur die Verpflichtung zur Geldeinlage, so liege darin ein *agere in fraudem legis*. Dies sei aber nach bekanntem Grundsatz rechtlich ebenso wenig zulässig wie ein direkter Verstoss gegen das Aktienrecht. Auch dieses Argument trifft aber kaum zu. Die Frage, ob ein *agere in fraudem legis* vorliegt, hängt hier wie sonst überall, davon ab, wie weit der Zweck des gesetzlichen Verbots reicht. In der Tat ist nun die Aktiengesellschaft eine Kapitalgesellschaft, und zwar nach schweizerischem Rechte eine reine Kapitalgesellschaft. Nicht nur darf der Beitrag des Mitgliedes aus nichts anderem bestehen als aus Geld, vielmehr bestimmt das Gesetz noch darüber hinaus, dass z. B. das Mitglied nur in einem einzigen Falle seiner Mitgliedschaft verlustig erklärt werden darf, wenn es nämlich mit seiner Geldeinlage in Verzug gerät. Hieraus, d. h. aus der Bedeutung der Aktiengesellschaft als reiner Kapitalgesellschaft folgt aber nur, dass der Separatvertrag so weit in *fraudem legis*, also nichtig sein kann, als er die Geldeinlageverpflichtung des Aktionärs betrifft. Dies also beispielsweise dann, wenn er etwa bestimmt, dass der Aktionär wegen Ungehorsams gegen die Kartellorgane seiner Mitgliedschaft verlustig erklärt werden darf. Hierin liegt in der Tat ein Verstoss gegen zwingendes Aktienrecht, weil dieses bedingt, dass das Mitglied nur in dem einzigen Falle des Verzuges mit seiner Geldeinlageschuld, aus der Aktiengesellschaft ausgestossen werden darf. Über diese Schuld hinaus reicht aber der Charakter der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft hinsichtlich des einzelnen Mitgliedes nicht, so dass bei einer anderen Verpflichtung des Mitgliedes auch ein *agere in fraudem legis* nicht vorliegen kann. Ist doch im Gegenteil allgemein anerkannt, dass die Aktiengesellschaft mit ihren Mitgliedern so gut wie mit jedem Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen darf, z. B. kaufen und verkaufen, mieten und vermieten etc. Also ist sie auch befugt, ihnen z. B. ihre Rüben abzukaufen und sie zu

verpflichten, ihr auf Jahre hinaus ihre Rüben zu liefern, ihren Sodabedarf bei ihr zu decken etc. Derartige Rechtsgeschäfte sind zulässig und nicht in fraudem legis, solange es überhaupt der Aktiengesellschaft gestattet ist, mit ihren Mitgliedern ausserhalb des Rahmens des Gesellschaftsrechtes wie mit Dritten zu kontrahieren. Demnach wäre also der neuerdings erfolgte Angriff auf die rechtliche Zulässigkeit solcher Kartelle, welche die Form der Aktiengesellschaft in Verbindung mit Separatverträgen wählen, nicht begründet, vielmehr die entgegengesetzte bisher herrschende Meinung als richtig anzuerkennen.

V.

Immerhin ist mit diesem Resultate die Frage noch nicht erschöpft: Wie bindet ein Kartell seine Mitglieder am zuverlässigsten an sich? Wobei allerdings hier wie auch in der Folge nur der Kürze wegen die Untersuchung auf das Beispiel des Kartells beschränkt wird. Gilt doch das, was für die Kartelle zutrifft, genau gleich z. B. für die am Anfange dieser Abhandlung dem Industrierechte entnommenen Beispiele, bei denen dem Rechtsverhältnisse zwischen den Kontrahenten ebenfalls die Form der Aktiengesellschaft in Verbindung mit Separatverträgen zugrunde liegt. Wohl ergibt also unsere bisherige Untersuchung, dass diese Form nach schweizerischem Rechte immerhin noch die beste ist, um die Mitglieder auf die Dauer an die Gesellschaft zu binden. Aber auch sie birgt noch Gefahren mannigfacher Art.

1. Zunächst einmal bedarf das Heimfall- resp. Verwirkungsrecht des ausscheidenden Mitgliedes hinsichtlich seines Aktienbesitzes zugunsten der Aktiengesellschaft einer näheren Prüfung. Bei der Wahl der Form der Aktiengesellschaft für ein Kartell geht der Zweck in vielen Fällen dahin, dem Mitgliede eine Aktienbeteiligung zu oktroyieren, welche es ohne oder nur gegen ungenügenden Entgelt dem Kartelle zu überlassen hat, wenn es dem

Kartell untreu wird, d. h. den Separatvertrag mit oder ohne Recht aufhebt. Gerade in dieser Hinsicht bedingt aber das Aktienrecht ganz erhebliche Schranken. Einmal darf die Aktiengesellschaft selbst ihre Aktien jedenfalls nicht entgeltlich erwerben, da hierin der Kauf ihrer eigenen Aktien liegen würde, den bekanntlich das Gesetz untersagt. Allerdings hat das Bundesgericht einmal entschieden, dass der Kauf eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft nur in dem Sinne verboten sei, dass er eine Verantwortlichkeit der fehlbaren Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft bedinge,¹⁷⁾ das Kaufgeschäft an sich dagegen rechtsgültig sei. Indessen ist diese Auffassung für das schweizerische Recht jedenfalls unzutreffend. Im französischen und österreichischen Rechte beispielsweise, die beide in dieser Hinsicht mit dem schweizerischen übereinstimmen, ist allgemein anerkannt, dass das verbotene Kaufgeschäft nichtig ist.¹⁸⁾ Wenn für das deutsche Recht die herrschende Meinung eine andere Ansicht vertritt, so liegt die Ursache lediglich in der Aktiennovelle vom Jahre 1884, welche aber das schweizerische Recht nie rezipiert hat.¹⁹⁾ Daraus folgt, dass wenn z. B. der Separatvertrag bestimmt, dass die Kartellaktiengesellschaft die Aktien des aus dem Kartelle ausscheidenden Mitgliedes zu einem bestimmten Preise übernehmen darf, diese Verpflichtung nichtig ist, weil der Kauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft als Rückzahlung einer Einlage vom Gesetze verboten ist.

Ebenso, wenn schon aus anderem Grunde, kann auch ein unentgeltliches Heimfallrecht zugunsten der Aktiengesellschaft nicht vorbehalten werden, also z. B. die Pflicht des Mitgliedes, im Falle des Ausscheidens aus dem Kartelle seine Aktien unentgeltlich der Kartell-

¹⁷⁾ Praxis des Bundesgerichts 1917 S. 137.

¹⁸⁾ Lyon Caën und Renault, *Traité de Droit Commercial* II, S. 238; Staub-Pisko, *Kommentar z. Allg. D. H. G. B.* Ausgabe für Österreich, Exkurs z. Art. 248 Anm. 1.

¹⁹⁾ Schweiz. Jur.-Ztg. 14 S. 281 fg.

aktiengesellschaft zu überlassen. Allerdings ist dieses Verbot, im Gegensatze zu demjenigen über den Ankauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, nicht durch die Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger bedingt, denn in der unentgeltlichen Übernahme von eigenen Aktien durch die Gesellschaft liegt keine rechtswidrige Rückzahlung einer Einlage an den ausscheidenden Aktionär. Dagegen greift hier ein anderes aktienrechtliches Verbot ein, auf welches schon oben hingewiesen wurde und das sich aus dem Charakter der Aktiengesellschaft als einer reinen Kapitalgesellschaft ergibt, wonach nämlich der Aktionär seiner Mitgliedschaft nur dann verlustig erklärt werden darf, wenn er seine Einlage nicht rechtzeitig bezahlt. Hat er dagegen diese Verpflichtung einmal erfüllt, so kann er überhaupt nicht mehr aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Allerdings enthält das OR in Übereinstimmung mit dem D. H. G. B. kein ausdrückliches Verbot in dieser Richtung. Doch ergibt es sich per argumentum e contrario ohne weiteres aus Art. 635. Denn wenn der Aktionär, der mit der Zahlung seiner Einlage im Verzuge ist, nur unter den dort aufgestellten Bedingungen seiner Mitgliedschaft verlustig erklärt werden darf, folgt daraus ohne weiteres, dass wenn er mit seinem Geldbeitrage nicht im Verzuge ist, die vom Gesetze aufgestellte Bedingung keinesfalls erfüllt und seine Ausstossung dann überhaupt nicht zulässig ist.

Diese Konsequenz wird auch von der herrschenden Meinung vorbehaltlos anerkannt.²⁰⁾ Vielleicht mag sie auf den ersten Blick auffallen, weil wir gewohnt sind, dass das interne Gesellschaftsrecht im allgemeinen dispositiver Natur ist. Andererseits ist aber nicht zu übersehen, dass, soweit die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft in Frage kommt, das Aktienrecht fast durchweg zwingendes Recht darstellt. Eben

²⁰⁾ E. R. G. 21 S. 158; Leist a. a. O. S. 15; Ebert, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft S. 102.

darum aber, weil das Rechtsverhältnis zwischen A. G. und Mitglied, soweit es die Geldeinlage betrifft, im Gegensatze zu ihrem aussergesellschaftlichen Rechtsverkehre dem zwingenden Rechte angehört, hilft es hier auch nichts, die Verwirkungsklausel im Separatvertrage unterzubringen, denn hierin läge in der Tat ein *agere in fraudem legis*. Wenn nämlich das Aktienrecht verbietet, dass ein Mitglied, das seine Einlage einmal geleistet hat, ausgewiesen wird, darf dieses Verbot als eine Konsequenz der juristischen Natur der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft auch nicht auf dem Umwege eines Separatvertrags umgangen werden.

Allerdings wird etwa behauptet,²¹⁾ dass der Aktiengesellschaft immerhin noch der Ausweg einer Amortisation der Aktien des kartelluntreuen Mitgliedes verbleibe. Sofern nämlich die Amortisation in den Statuten vorbehalten werde, sei sie den Aktionären gegenüber gültig, und soweit sie aus dem Reingewinne erfolge, auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Also müsse es auch zulässig sein, eine Bestimmung in die Statuten aufzunehmen, wonach die Aktien derjenigen Mitglieder aus dem Reingewinne der Gesellschaft amortisiert werden dürften, welche die Gesellschaftsorgane bezeichnen. Auch diese Auffassung ist aber kaum richtig.

Allerdings ist die Amortisation von Aktien aus dem Reingewinne zulässig, aber doch nur zu dem Zwecke, der Aktiengesellschaft eine Einziehung ihrer Aktien zu ermöglichen, ohne dass sie des komplizierten Weges einer Herabsetzung des Grundkapitals bedarf. Wird die Amortisation hingegen dazu missbraucht, missliebige Aktionäre ihrer Mitgliedschaft verlustig zu erklären, so liegt hierin wiederum ein *agere in fraudem legis*, welches so gut als die unentgeltliche Verwirkung der Aktien zugunsten der Aktiengesellschaft unzulässig ist.

²¹⁾ Leist a. a. O. S. 104. Dagegen aber z. B. Staub, Kommentar § 227 No. 5; Fischer, Das Sanierungsproblem S. 105; Lehmann und Ring, Kommentar zum Aktienrecht S. 98.

Ist aber unser Resultat richtig, wonach weder der entgeltliche noch der unentgeltliche Erwerb der Aktien des aus dem Kartelle ausscheidenden Mitgliedes durch die Kartellaktiengesellschaft einwandfrei ist, so liegt der Ausweg nahe, das kartelluntreue Mitglied im Separatvertrage zu verpflichten, seine Aktien, statt auf die Aktiengesellschaft, auf andere Mitglieder des Kartells zu übertragen, sei es mit, sei es ohne Entgelt. Dieser Ausweg ist dann jedenfalls rechtlich völlig einwandfrei. Speziell kann hier nicht etwa von einem *agere in fraudem legis* die Rede sein. Verbietet doch das Aktienrecht nur, dass die Aktiengesellschaft selbst ihre Aktien kauft und ihre Mitglieder aus einem anderen Grunde ausschliesst, als weil sie mit ihrer Einlageschuld im Verzuge sind. Ob und unter welchen Bedingungen dagegen der Aktionär sich rechtswirksam verpflichten kann, seine Aktien auf einen anderen Aktionär zu übertragen, berührt das Aktienrecht nicht. Dies zu entscheiden ist vielmehr ausschliesslich Sache des allgemeinen Zivilrechts.²²⁾

2. Auch bei der Wahl dieses Weges ist aber das OR den Interessen der Kartelle ungleich weniger günstig als zum Beispiel das deutsche Recht. In der Verpflichtung des aus dem Kartelle ausscheidenden Mitgliedes, seine Kartellaktien gegen oder ohne Entgelt anderen Kartellmitgliedern zu überlassen, kann zum mindesten unter Umständen das Versprechen einer Konventionalstrafe liegen. Dann unterliegt aber auch sie, wie jede andere Konventionalstrafe, dem richterlichen Herabsetzungsrechte gemäss OR Art. 163, so dass das Kartell nicht mit Sicherheit darauf rechnen kann, dass das kartelluntreue Mitglied zum mindesten seinen Aktienbesitz im Stiche lassen muss. Nach § 348 D. H. G. B. dagegen kann eine Konventionalstrafe, „die von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, auf Grund der Vorschriften des § 343 des B. G. B. nicht herabgesetzt werden.“

²²⁾ So offenbar auch Staub, Kommentar Anm. 22 zu § 212.

Da nun Kartellverträge in der Regel diese Bedingung erfüllen, sind deutsche Kartelle hinsichtlich der Möglichkeit einer Herabsetzung von Konventionalstrafen nicht derselben Gefahr ausgesetzt wie schweizerische.

Aus diesem Grunde werden die schweizerischen Kartelle gut daran tun, die Verpflichtung des aus dem Kartelle ausscheidenden Mitgliedes zur Zurücklassung seiner Aktien so zu konstruieren, dass sie rechtlich nicht unter den Begriff der Konventionalstrafe fällt. Dieser Ausweg sollte nicht unmöglich sein, z. B. dadurch erleichtert werden, dass das Kartell jene Verpflichtung in erster Linie damit motiviert, jedem Nichtmitgliede den Einblick in seine inneren Verhältnisse versagen zu müssen, den der Besitz von Aktien der Kartellgesellschaft naturgemäss stets bis zu einem gewissen Grade erleichtert. Zweckmässig wird es dabei sein, sich nicht nur mit einer diesbezüglichen Motivierung im Texte des Kartellvertrags zu begnügen, weil diese stets dem Einwande ausgesetzt ist, dass sie tatsächlich nur den Charakter einer Konventionalstrafe verbergen wolle, sondern auch eine sachliche beizuziehen. Als solche dürfte es etwa dienen, wenn die Rechtsfolgen des freiwilligen Austritts aus dem Kartelle denjenigen gleichgestellt oder doch angenähert werden, die für den Fall gelten, da die Mitgliedschaft ohne Schuld des Mitgliedes, z. B. durch seinen Tod erlischt. Was nämlich laut Vertrag beim Austritte eines Mitgliedes unter allen Umständen gelten soll, auch wenn keinerlei Verschulden vorliegt, braucht auch dann nicht den rechtlichen Charakter zu ändern und zur Konventionalstrafe zu werden, wenn der Austritt ein Verschulden involviert.

3. Auffallenderweise sind die Kartelle bei der Redaktion der Kartellverträge gegenüber den eben besprochenen Gefahren sehr wenig vorsichtig. Nicht selten findet sich z. B. die Bestimmung, dass das austretende Mitglied seinen Aktienbesitz der Kartellaktiengesellschaft mit oder ohne Entgelt zu überlassen hat. Diese Erscheinung dürfte, zum Teile wenigstens, daraus zu erklären

sein, dass die meisten Kartellverträge eine Schiedsgerichtsklausel enthalten, und die Kartelle sich offenbar darauf verlassen, dass die vorgesehenen Schiedsgerichte schon für eine ihren Interessen entsprechende Rechtsprechung sorgen werden. Nun ist aber auch diese Hoffnung unter Umständen eine trügerische. Erstens einmal wird jedermann, der die Praxis kennt, mit ihrer grossen Zahl von Justizirrtümern, von vornherein nicht gerne wichtige Interessen einer einzigen Gerichtsinstanz anvertrauen. Ist doch Irren so sehr menschlich, dass auch das beste Schiedsgericht gelegentlich einmal gründlich daneben greifen kann. Jedenfalls ist es also empfehlenswert, auch im Schiedsgerichtsverfahren eine obere Instanz als Appellationsinstanz zu bezeichnen, wie dies in Deutschland bereits häufig geschieht. Sodann aber ist namentlich die Garantie für eine Exekution des schiedsgerichtlichen Urteils keine absolute. Das österreichische Recht²³⁾ sieht ausdrücklich vor, dass Schiedssprüche, welche gegen zwingendes Recht verstossen, nicht exequiert werden dürfen, und dasselbe wird in der Literatur etwa ganz allgemein behauptet.²⁴⁾ Ob diese Auffassung richtig ist oder nicht, braucht hier nicht untersucht zu werden, doch haben die Kartelle jedenfalls auch mit dieser Möglichkeit zu rechnen. Ein Schiedsspruch gegen zwingendes Recht liegt allerdings z. B. dann nicht vor, wenn ein Schiedsgericht nur eine Konventionalstrafe nicht herabsetzt, die voraussichtlich ein ordentliches Gericht herabgesetzt hätte, wohl aber dann, wenn z. B. das Schiedsgericht eine aktienrechtlich nichtige Übertragung der Aktien auf die Aktiengesellschaft gutgeheissen hat. Demnach haben die Kartelle allen Anlass, ungeachtet der Schiedsgerichtsklausel die Kartellverträge so abzuschliessen, dass sie auch dann zuverlässig wirken, wenn sie den ordentlichen Gerichten im Gegen-

²³⁾ Rundstein, Kartellrecht S. 56.

²⁴⁾ Leist, Schiedssprüche gegen zwingendes Recht S. 1 fg.

sätze zu den in den Kartellverträgen vorgesehenen Schiedsgerichten unterbreitet werden müssen.²⁵⁾

4. Damit wäre unsere Untersuchung schliesslich bei jener Frage angelangt, die zurzeit die bestrittenste im Kartellrechte ist, nämlich bei derjenigen nach der rechtlichen Natur des Separatvertrags, soweit er einen Lieferungsvertrag zwischen Kartellgesellschaft und Mitglied darstellt. Was für ein Vertrag liegt vor, wenn die Aktionäre durch Separatvertrag verpflichtet sind, der Kartellgesellschaft ihre Rüben zu liefern oder bei ihr ihren Bedarf an Soda, Schwefelsäure etc. zu decken? Während früher die herrschende Meinung fast ausnahmslos einen Lieferungs-, also Kaufvertrag annahm, gewinnt heute die Auffassung eines Gesellschaftsvertrags immer mehr die Oberhand. Danach läge also eine doppelte Gesellschaft vor, erstens eine Aktiengesellschaft, deren Aktionäre die Kartellmitglieder sind, zweitens eine einfache Gesellschaft, deren Mitglieder sowohl die Aktiengesellschaft, als auch die einzelnen Aktionäre sind. Als Mitglieder der ersten Gesellschaft, d. h. als Aktionäre, sind die Kartellmitglieder in der Regel nur zur Einzahlung ihrer Einlagen verpflichtet, als Mitglieder der zweiten Gesellschaft dagegen zum Bezuge der Gesellschaftsprodukte, bzw. zur Abgabe ihrer Produkte an die Aktiengesellschaft.²⁶⁾

²⁵⁾ Über die grosse Rolle, welche die Konventionalstrafe in Verbindung mit der Schiedsgerichtsklausel im Leben der Kartelle spielt, vergl. z. B. Leist a. a. O. S. 102; Bodmer, Die rechtliche Behandlung der Kartelle mit Geschäftsstelle (Dissertation, Leipzig 1913) S. 77; Liefmann, Unternehmerverbände S. 69.

²⁶⁾ Für die Auffassung als Lieferungsvertrag z. B. Wolff a. a. O. S. 50 fg; Hüttner, Das Recht der Kartelle in Deutschland S. 42 fg; Rundstein, Kartellrecht S. 30; Müller, Die Rechtsformen der Kartelle S. 33; Leist a. a. O. S. 41. Für die Auffassung als Gesellschaftsvertrag z. B. Flechtheim, und zwar für alle von ihm unterschiedenen Kartellarten, a. a. O. S. 32 fg, 39 fg, 74 fg, 103 fg; Zölly a. a. O. S. 114; Bodmer a. a. O. S. 91; Staub, Kommentar Anm. 6 z. § 216 und Anm. 11 z. § 292.

Nun ist ohne weiteres zuzugeben, dass der Separatvertrag sehr häufig einen Gesellschafts- und nicht einen Kaufvertrag darstellen wird. Dies speziell da, wo die Leistungen kontingentiert sind und nach einem bestimmten Schlüssel unter die Mitglieder verteilt werden, die Mitglieder ferner nicht nur gegenüber der Aktiengesellschaft, sondern auch untereinander zur Leistung verpflichtet sind. Liegt aber ein Gesellschafts- und nicht ein Kaufvertrag vor, so ergeben sich daraus rechtliche Konsequenzen sehr erheblicher Art. Beispielsweise verliert das Mitglied im Gesellschaftskonkurse seinen Anspruch auf den Gegenwert für das von ihm gelieferte Produkt. Ferner aber, und diese Folge ist für uns praktisch am wichtigsten, kann das Mitglied jederzeit aus einem wichtigen Grunde den Separatvertrag aufheben, wenn dieser einen Gesellschafts- im Gegensatze zu einem Kaufvertrage darstellt. Hierin liegt aber eine doppelte Gefahr für das Kartell. Erstens einmal verliert es eventuell ein Mitglied, ohne dessen Mitwirkung das ganze Kartell gefährdet ist. Beispielsweise wenn das austretende Mitglied ein Grosskonsument der Kartellprodukte war, und der Konsum der übrigen Mitglieder nicht mehr bedeutend genug ist, die Produktion durch die Kartellaktiengesellschaft rentabel zu gestalten. Ausserdem kann aber das freigewordene Mitglied sich nun eventuell bei der Konkurrenz billiger eindecken, wird also aus dem Kartellmitgliede eventuell ein erbitterter Konkurrent, der unter Umständen das ganze Kartell zersprengt.

Ganz anders, wenn der Separatvertrag einen Kauf- und nicht einen Gesellschaftsvertrag darstellt. Gewiss, auch in diesem Falle ist unter Umständen eine einseitige Auflösung durch ein Mitglied möglich, wenn etwa der Kartellvertrag seine wirtschaftliche Freiheit dergestalt beschränkt, dass der Fortbestand des Kartells geradezu unsittlich wirken würde. Immerhin ist es für ein Mitglied wesentlich leichter, aus einem Gesellschaftsvertrage loszukommen als aus einem Kaufvertrage. Wird doch dort,

beim Gesellschaftsvertrage die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, in der Hauptsache nach den Interessen des Austretenden beurteilt. Hier dagegen, beim Kaufvertrage, beurteilt sich die Möglichkeit eines einseitigen Rücktritts, sofern er überhaupt in Frage kommt, nicht ausschliesslich nach den Interessen des Mitgliedes, sondern ebenso sehr nach denjenigen des Kartells, dessen Bedürfnisse eventuell eine starke Bindung der Mitglieder vollauf rechtfertigen.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Kartelle häufig ein Interesse daran haben werden, den Separatvertrag so aufzufassen, dass er rechtlich einen Kauf- und nicht einen Gesellschaftsvertrag darstellt. Unmöglich ist diese Konstruktion keinesfalls. So hat sich z. B. das Reichsgericht in einem von Flechtheim²⁷⁾ freilich beanstandeten Urteile folgendermassen ausgesprochen:

„In vorliegendem Falle haben sich die Syndikatsmitglieder zu einer G. m. b. H. vereinigt und schon durch diesen Vertrag diejenige Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten vereinbart, die ihnen zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderlich erschien. Im Anschlusse daran wurde dann in einem zweiten, mit dem neuen Rechtssubjekte abgeschlossenen Vertrage das Lieferungsverhältnis, aber auch nur dieses, geordnet. Bei diesem zweiten Vertrage standen sich als Vertragsparteien nicht mehr gegenüber die einzelnen Mitglieder des Syndikats, vielmehr wurde der Vertrag, wie auch schon die Überschrift und die Bezeichnung der Vertragsparteien als Kontrahenten zu 1 (die G. m. b. H.) und Kontrahenten zu 2 (die beteiligten Zementwerke) ergibt, geschlossen zwischen der G. m. b. H. einerseits und den Mitgliedern des Syndikats andererseits. Damit ist also die Annahme, dass der Lieferungsvertrag als solcher ein Gesellschaftsvertrag des allgemeinen bürgerlichen Rechtes sei, unvereinbar. Die einzelnen Mitglieder des Syndikats sind in dem Lieferungsvertrage überhaupt in kein weiteres Vertragsverhältnis zu einander getreten, sondern haben sich nur der G. m. b. H. verpflichtet. In Frage könnte nur kommen, ob das zwischen der G. m. b. H. einerseits und dem einzelnen Syndikatsmitgliede oder der Gesamtheit der Syndikatsmitglieder andererseits Vereinbarte als ein

²⁷⁾ Flechtheim a. a. O. S. 83.

Gesellschaftsverhältnis des allgemeinen bürgerlichen Rechtes anzusehen ist, so dass entweder eine der Zahl der kontrahierenden Mitglieder entsprechende Reihe einzelner Gesellschaftsverträge vorhanden wäre oder ein einziger solcher Vertrag vorliegen würde, bei dem auf der einen Seite die G. m. b. H., auf der anderen die Gesamtheit der Mitglieder als Kontrahenten beteiligt wären. Aber auch das ist zu verneinen. . . Der Lieferungsvertrag als solcher ist nicht ein neben der G. m. b. H. selbständig bestehender weiterer Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlicher Vertrag; vielmehr dient sein Abschluss nur der Ausführung des in dem anderen Verträge Vereinbarten.“

Aber selbst wenn für den vom Reichsgerichte behandelten konkreten Fall die Kritik Flechtheims wirklich zutreffen sollte, dass tatsächlich ein Gesellschafts- und nicht ein Lieferungsvertrag vorliegt, so ändert dies an der Tatsache nichts, dass die Form des Lieferungsvertrages jedenfalls zugrunde gelegt werden kann. Man denke beispielsweise an die bekannten Bierlieferungsverträge zwischen den Brauereien und den Wirten. Diese sind normalerweise Lieferungs- und nicht Gesellschaftsverträge. Angenommen nun, die bei der Brauerei bezugspflichtigen Wirte selbst wären die alleinigen Aktionäre der Brauerei, so könnten dennoch die Bierlieferungsverträge im wesentlichen genau gleich, also wirkliche Lieferungsverträge bleiben und müssten nicht in Gesellschaftsverträge umgewandelt werden.²⁸⁾ Und doch weist eine solche Brauerei, deren Abnehmer gleichzeitig ihre einzigen Aktionäre sind, in der für uns wesentlichen Frage eine sehr grosse Ähnlichkeit mit einem Kartelle auf, das die Form der A. G. in Verbindung mit Separatverträgen gewählt hat.

Demnach ist das Resultat unserer Untersuchung über das schweizerische Kartellrecht folgendes:

Die Form der A. G. in Verbindung mit Separatverträgen ist rechtlich zulässig. Sie ist im schweizerischen

²⁸⁾ Flechtheim selbst weist darauf hin, dass solche Wege möglich sind a. a. O. S. 34, 48, 59 fg; vergl. auch Rundstein, a. a. O. S. 31; Bodmer a. a. O. S. 101 fg; Staub Kommentar Anm. 45 zu Exkurs zu § 346.

Rechte, das die G. m. b. H. nicht kennt, immer noch die wirksamste Form, um die Mitglieder möglichst fest an das Kartell zu binden. In den Statuten der Aktiengesellschaft können freilich nur diejenigen Pflichten der Mitglieder untergebracht werden, die aktienrechtlich zulässig sind, während alle anderen der Aufnahme in Separatverträge bedürfen. Dabei ist es zweckmässig, den Separatvertrag als Lieferungs- und nicht als Gesellschaftsvertrag zu konstruieren, ferner die Verpflichtung des aus dem Kartelle ausscheidenden Mitgliedes, seine Aktien zurückzulassen, so zu gestalten, dass sie nicht unter den Begriff der Konventionalstrafe fällt, weil diese dem richterlichen Herabsetzungsrechte unterliegt.

Dieses Resultat geht allerdings von zwei Voraussetzungen aus, die durchaus nicht für alle Kartelle zutreffen. Erstens, dass das Kartell ein wesentliches Interesse daran hat, seine Mitglieder möglichst fest zu binden und ihnen den Austritt nach Kräften zu erschweren. Dieses Bedürfnis ist aber naturgemäss durchaus nicht bei allen Kartellen vorhanden, so z. B. kaum bei den einfachen Preiskartellen. Nun eignet sich aber für losere Kartelle die Form der A. G. überhaupt nicht, jedenfalls viel weniger als irgend eine andere Gesellschaftsform, bei welcher der Austritt des Mitgliedes viel einfacher ist. Unsere Untersuchung geht dagegen von der Auffassung aus, dass wenn ein Kartell die Form der A. G. wählt, die Absicht namentlich auf eine möglichst feste Bindung der Mitglieder geht. Dann ist es aber nur konsequent, auch den Separatvertrag so zu gestalten, dass er im gleichen Sinne wirkt.

Die zweite Voraussetzung unserer Untersuchung geht dahin, dass diejenigen Kartelle, welche ihre Mitglieder möglichst fest an sich binden wollen, weniger Interesse haben an einem möglichst billigen Rechte, das allen Bedürfnissen zu entsprechen vermag, als an einem zuverlässigen Rechte. Dann müssen aber namentlich diejenigen Fälle möglichst vermieden werden, in denen erst der

Spruch des Richters ergeben kann, was Rechtens ist, also z. B. solche Gesellschaftsformen, bei denen das Mitglied aus wichtigem Grunde austreten kann, oder wo die Verpflichtung des Austretenden eine Leistung darstellt, welche dem richterlichen Herabsetzungsrechte unterliegt. Das Geschäftsleben der Kartelle verlangt eventuell gerade gegenüber einem vertragsuntreuen Mitgliede rasche und wichtige Entschliessungen. Dazu bedarf es aber einer rechtlichen Grundlage, die sofort übersehen werden kann und die nicht zuerst noch der Festsetzung durch den Richter bedarf.

VI.

Wenn heute vom Kartellrechte die Rede ist, so geschieht dies fast durchweg nicht nur *de lege lata*, sondern gleichzeitig auch *de lege ferenda*. Und zwar wird fast allgemein eine Verbesserung des geltenden Rechtes durch den Gesetzgeber verlangt. So sagt zum Beispiel Klein vom österreichischen Rechte:²⁹⁾

„Das Kartell ist damit, d. h. dass es keine auf seine speziellen Bedürfnisse zugeschnittene Gesellschafts- und Rechtsformen gibt, zum Lose des Kuckucks verdammt; es muss seine Schöpfungen in Nester legen, die für andere Kreaturen bestimmt sind, nicht für seine Kartelle.“

Ferner Rundstein vom deutschen Rechte:³⁰⁾

„Die geltende Gesetzgebung, ganz abgesehen davon, ob sie neue Normen im Gebiete des Kartellrechts schafft, oder ob sie sich auf den Standpunkt des *laissez faire* stellt, muss in jeder Hinsicht als ungenügend, lückenhaft und den Erfordernissen der Rechtspolitik nicht entsprechend bezeichnet werden.“

Speziell für das schweizerische Recht Zölly:³¹⁾

„Wir kommen so zu dem Resultate, dass in der Schweiz die Kartelle nicht die Möglichkeit haben, mit ihren Bedürfnissen

²⁹⁾ Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen der Erwerbsgesellschaften S. 60.

³⁰⁾ Rundstein a. a. O. S. 79.

³¹⁾ Zölly a. a. O. S. 201.

nach starker Bindung der Mitglieder sich rechtlich frei zu organisieren.“

Bei diesem Urteile spielt allerdings die Auffassung Zöllys mit, dass es rechtlich unmöglich sei, Verpflichtungen der Mitglieder im Separatvertrage unterzubringen, die aktienrechtlich, d. h. in den Statuten nicht zulässig seien.

Aber auch Schärer sagt vom schweizerischen Rechte:³²⁾

„Die A. G. ist daher (weil das Kapital beim Kartelle Nebensache ist) die gegebene Rechtsform für den Trust, nicht aber für das Kartell.“

Diesem Urteile gegenüber ist es nicht ohne Interesse, an die Auffassung Flechtheims zu erinnern, wohl eines der gründlichsten Kenner des Kartellrechts:³³⁾

„Zahlreiche Grundformen von Kartellen mit zahllosen Varianten sind möglich und gestatten, jedes wirtschaftlich berechnete Bedürfnis in rechtlich einwandfreier, wenn auch zuweilen etwas komplizierter Form zu befriedigen. Allerdings ist Kartellzivilrecht ein feines Instrument, das von kundiger Hand gespielt sein will. Die Notwendigkeit gesetzlicher Massregeln ist aus diesem Gesichtspunkte also nicht anzuerkennen: es ist vielmehr zu befürchten, dass eine Schablonisierung der Kartellverträge mehr Schaden stiften als Nutzen bringen wird. Ob und welche Massregeln das öffentliche Interesse verlangt, das ist eine Frage, die nicht Gegenstand dieser rein zivilistischen Untersuchung sein sollte und sein konnte. Dagegen dürfte der vorliegende Versuch wohl erwiesen haben, dass das Kartellwesen nicht eine Domäne des Volkswirtschaftlers bleiben darf, dass vielmehr auch der Jurist das Recht und die Pflicht hat, sich mit dieser Materie intensiver, als es bisher geschehen ist, zu befassen.“

Diese Ansicht dürfte wohl ungleich richtiger sein, wenigstens für das deutsche Kartellrecht, als die vielen entgegengesetzten Urteile. Namentlich spricht aber für sie eine Berücksichtigung derjenigen gesetzgeberischen Änderungen, welche jene Kritiken zur Verbesserung des

³²⁾ Schärer a. a. O. S. 86.

³³⁾ Flechtheim a. a. O. S. 143.

heutigen Kartellrechtes beantragen. Rundstein schlägt z. B. vor,³⁴⁾ die Kartelle zu zwingen, eine durch Normativvorschriften eng zu umschreibende Rechtsform anzunehmen, und ihnen zu verbieten, eine Gesellschaftsform des heutigen Rechts zu wählen. Dabei sei eine ganze Reihe von Materien als zwingendes Recht zu erklären, welche heute noch dem dispositiven Rechte angehören, so z. B. das Austrittsrecht des Mitgliedes, die Höhe der Konventionalstrafe, die Frage nach der Zulässigkeit von Schiedsgerichten etc. Kurz, wenn die Revision des geltenden Rechtes in dieser Richtung angestrebt werden sollte, so würden die Kartelle noch viel mehr als bisher gezwungen, zu Rechtsformen zu greifen, die gar nicht auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten sind, wenn sie nicht riskieren wollten, durch ein starres Gesetz eventuell von vornherein zur praktischen Wirkungslosigkeit verurteilt zu werden. Ein legislatorisches Mittel, das alle praktischen Schwierigkeiten beseitigt, wird schon darum nie gefunden werden können, weil die tatsächlichen Verhältnisse der Kartelle viel zu verschieden sind, um eine schablonenhafte Behandlung zu gestatten.

Für das schweizerische Recht allerdings dürfte dem Urteile Flechtheims nicht vorbehaltlos, sondern nur unter der Bedingung beizutreten sein, dass das schweizerische Recht dem deutschen folgt und die G. m. b. H. ebenfalls einführt. Die G. m. b. H. bietet nämlich im Vergleiche mit der A. G. den für das Kartellrecht ausserordentlich wichtigen Vorzug, dass auch solche Verpflichtungen der Mitglieder, die auf etwas anderes gehen als nur auf einen Beitrag in Geld, als Gesellschaftspflichten konstruiert werden können und nicht in einen Separatvertrag verwiesen werden müssen. Das hat z. B. die wichtige Folge, dass das bei der A. G. mit Separatverträgen mögliche Auseinanderfallen der Kartellpflichten vermieden werden kann, beispielsweise also der Fall, da das

³⁴⁾ Rundstein a. a. O. S. 99.

Mitglied aus irgend einem Grunde sich vom Separatvertrage befreien kann, gleichwohl aber Mitglied der A. G. bleibt. Andererseits ist aber die Macht der Majorität in der G. m. b. H. viel weniger gross als in der A. G., da die Verpflichtungen der Mitglieder einer G. m. b. H. ohne ihre Zustimmung überhaupt nicht, also auch nicht durch Majoritätsbeschluss erweitert werden können.

Diese beiden Konsequenzen des Rechtes der G. m. b. H. gestatten also gerade dasjenige Dilemma zu vermeiden, vor das sich der Gesetzgeber sofort gestellt sehen würde, wenn er etwa versuchen wollte, das Aktienrecht den Bedürfnissen der Kartelle mehr anzupassen. Wollte er nämlich auch bei der A. G. die Möglichkeit zulassen, etwa in Erweiterung der vom deutschen Aktienrechte eingeführten sogenannten Nebenleistungsgesellschaften, nicht nur die Geldeinlageschuld, sondern auch noch andere Pflichten des Aktionärs zu Mitgliedschaftspflichten zu erheben, so wäre hiermit nach dem oben Gesagten die das Aktienrecht beherrschende weitgehende Kompetenz der Majorität der Aktionäre nicht mehr vereinbar. Würde der Gesetzgeber dagegen jenem Ziele zu liebe als Korrektur gleichzeitig die Macht der Majorität der Aktionäre im Aktienrechte schmälern, so würde er damit die Entwicklungsmöglichkeit gerade derjenigen Aktiengesellschaften wesentlich erschweren, welche im Gegensatze zu den Kartellen reine Kapitalgesellschaften sind, also gerade derjenigen, auf deren Bedürfnisse das Aktienrecht in der Schweiz bisher ausschliesslich zugeschnitten war.

Auffallend ist es allerdings, dass trotz dieser wesentlichen Unterschiede zwischen A. G. und G. m. b. H. für die Bedürfnisse der Kartelle gerade Flechtheim der G. m. b. H. keinerlei wesentliche Vorzüge vor der A. G. zuerkennt. Dabei dürften ihn aber zwei Gründe bestimmen, die kaum als richtig anzuerkennen sind.

Einmal hält Flechtheim zum mindesten de lege ferenda auch bei der G. m. b. H. ein Austrittsrecht des Kartellmitgliedes aus wichtigem Grunde für wünschens-

wert. Dann allerdings ist naturgemäss die von uns als Nachteil empfundene Möglichkeit, dass das Mitglied leichter aus dem Separatvertrage loskommen kann, als aus einer gesellschaftlichen Mitgliedschaftspflicht, kein Nachteil mehr, sondern umgekehrt ein Vorzug. Indessen dürfte diese Würdigung kaum zutreffen, denn wo ein Austrittsrecht des Kartellmitgliedes aus wichtigen Gründen angezeigt ist, wird in der Regel ohnehin eine losere Gesellschafts- resp. Korporationsform genügen und es weder der G. m. b. H. noch der A. G. bedürfen. Daneben verlangen aber die Bedürfnisse des Kartellrechts gerade auch solche Rechtsformen, die eine möglichst zuverlässige Bindung der Mitglieder gestatten, und da ist zweifellos der G. m. b. H. vor der A. G. aus dem genannten Grunde der Vorzug zu geben.

Dazu kommt der weitere Umstand, dass in der Schweiz ohnehin eine so feste Bindung des Mitgliedes an das Kartell nicht möglich ist, dass bei allen Gesellschaftsformen die Einräumung eines Austrittsrechts aus wichtigem Grunde als Sicherheitsventil notwendig wäre. So kann speziell die Lehre, dass unerträglicher wirtschaftlicher Zwang unter allen Umständen gegen die guten Sitten verstösst und darum vom Rechte nicht geschützt wird, in der Schweiz als so befestigt gelten, dass sie gerade auch für das Kartellrecht das von Flechtheim für die G. m. b. H. in Abweichung vom heutigen deutschen Gesetze geforderte Austrittsrecht des Mitgliedes aus einem wichtigen Grunde wohl zu ersetzen vermag. Geht man z. B. den Gedanken auf den Grund, welche der gelegentlichen Berufung des Bundesgerichtes auf die sogenannte *clausula rebus sic stantibus* zugrunde liegen, so wird man in der Regel auf nichts anderes stossen als auf jene Lehre.

Der zweite Grund aber, der entgegen Flechtheim dafür spricht, dass die G. m. b. H. den Bedürfnissen der Kartelle nicht nur gleich gut, sondern wesentlich besser entspricht als die A. G., liegt weniger auf dem Gebiete der Theorie, als auf demjenigen der Praxis. Wenn Flecht-

heim sagt: „Allerdings ist Kartellzivilrecht ein feines Instrument, das von kundiger Hand gespielt sein will,“ so beachtet er wohl zu wenig, dass die Kartelle die Hände nicht auszuwählen vermögen, in welche sie eventuell geraten. Demjenigen aber, der im Kartellrechte nicht so zu Hause ist wie Flechtheim, und das werden nicht nur die juristischen Laien sein, sondern auch die Mehrzahl der Juristen, Richter und Anwälte, muss ein Kartell einen recht künstlichen Eindruck machen, das sich der von Flechtheim am meisten empfohlenen Form der Doppelgesellschaft bedient. Ergeben sich doch beispielsweise für ein Kartell, das die Form der A. G. in Verbindung mit Separatverträgen wählt, daraus folgende Konsequenzen. Die Kapitalbeteiligung, welche wirtschaftlich Nebensache ist, — denn die Kartelle wollen ja nicht selbst verdienen, sondern ihre Mitglieder verdienen lassen —, wird rechtlich zur Hauptsache, weil dem Mitgliede der Austritt aus dem Kartelle nur hinsichtlich seiner Aktienbeteiligung mit Sicherheit verwehrt werden kann. Die wirtschaftliche Hauptsache dagegen, d. h. die Verpflichtung des Mitgliedes, seine Produkte der A. G. abzugeben oder die Produkte der A. G. zu beziehen, kann nur in Separatverträgen untergebracht werden, die ausserdem nicht einmal einen unbedingt zuverlässigen Schutz gegen einen vorzeitigen Austritt des Mitgliedes zu gewähren vermögen, wird also rechtlich zur Nebensache.

Schon eine derartige Dissonanz zwischen wirtschaftlicher Grundlage und rechtlicher Form ist nicht normal. Dazu kommt aber ausserdem als weitere unerwünschte Konsequenz die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der beiden Arten von Pflichten. Da nämlich die Gesellschaft das Mitglied nur hinsichtlich des Aktienbesitzes zuverlässig an sich zu binden vermag, nicht auch hinsichtlich der übrigen Kartellpflichten des Separatvertrags, so kann das Mitglied sich eventuell aus dem letzteren befreien, obschon es gleichwohl Aktionär bleiben muss. Auch das ist eine wenig erfreuliche weitere Kon-

sequenz des heutigen Rechtszustandes der Kartelle in der Schweiz.

Damit ist aber gerade diejenige Seite der Frage berührt, welche u. E. für die Gestaltung des Kartellrechts in der Schweiz entscheidend sein sollte und die unmittelbar mit der eben konstatierten Dissonanz zwischen der wirtschaftlichen Grundlage des Kartells und den zur Verfügung stehenden Rechtsformen zusammenhängt. Werden nämlich die Kartelle einmal wirtschaftlich als zulässig anerkannt, und daran zweifelt heute in der Schweiz niemand mehr, so sollte der Gesetzgeber auch ein entsprechendes Rechtsmittel an die Hand geben, und das ist heute in der Schweiz nicht der Fall. Die Kartelle unterscheiden sich in einer Hinsicht wesentlich von den anderen Gesellschafts- und Korporationsformen, nämlich darin: Die dauernde Bindung der Mitglieder an das Kartell ist von entscheidender Wichtigkeit nicht nur hinsichtlich der Geldeinlagen, sondern auch hinsichtlich der übrigen Kartellpflichten, die wirtschaftlich viel wichtiger sind. Diesem Bedürfnisse genügt wohl die G. m. b. H., nicht aber die A. G. Darum, und wäre es auch nur der Kartelle wegen, wäre die Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz jedenfalls sehr zu begrüßen.

Der heutige Rechtszustand dagegen ist, wenn auch nicht für den mit dem Kartellrechte vertrauten Juristen, so doch für alle übrigen Kreise in hohem Grade unbefriedigend. Es ist allbekannt, dass Kartelle an sich zulässig sind. Nun gibt es aber nur eine einzige Gesellschaftsform, die A. G., welche den Austritt der Mitglieder mit Sicherheit zu verbieten gestattet. Diese Form werden also alle diejenigen Kartelle vorzugsweise wählen, welche auf eine dauernde Mitwirkung der Kartellmitglieder angewiesen sind. Bringen sie nun aber in bestem Glauben die für ihre Zwecke wesentlichen Beziehungen zwischen Kartell und Mitglied in den Statuten der A. G. unter, statt in Separatverträgen, so ist die ganze rechtliche Basis hinfällig, auf welche sie ihr Kartell aufgebaut

haben.³⁵⁾ Ein solcher Rechtszustand ist kein gesunder, denn wo ein wirtschaftlich einfacher und einheitlicher Tatbestand vorliegt, wie ein Kartell, sollte auch das Recht die Mittel gewähren, ihn rechtlich einfach und einheitlich zu erfassen, was nur die G. m. b. H., nicht aber auch die A. G. als reine Kapitalgesellschaft gestattet.

Dazu kommt, dass die G. m. b. H. heute in Deutschland schon länger als fünfundzwanzig Jahre besteht, so dass also ihre Einführung in der Schweiz kaum mehr viele, bisher nicht entdeckte Risiken mit sich zu bringen vermöchte. Wohl wird die deutsche G. m. b. H. vielfach kritisiert, aber diese Kritik liegt in einer ganz anderen Richtung. Sie bezieht sich in der Hauptsache fast nur darauf, dass die G. m. b. H. ungesunde Gründungen eher ermöglicht, als die A. G., und doch ist dies lediglich eine Folge davon, dass die G. m. b. H. hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, z. B. der strafrechtlichen, nicht mit denselben Cautelen ausgestattet ist wie die A. G. Diesem Übelstande könnte also bei Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz auf sehr einfache

³⁵⁾ Der Ausweg, den etwa Kartelle und verwandte Gesellschaften einzuschlagen pflegen, die auf etwas anderes als auf eine Geldleistung lautende Verpflichtung der Mitglieder sowohl in einem Separatvertrage als auch in den Statuten unterzubringen, ist von fraglichem Werte. Offenbar gedenken diese Gesellschaften gegebenenfalls, wenn das Mitglied sich darauf beruft, dass das Aktienrecht nur Geldeinlagen der Mitglieder gestatte und daher die entgegengesetzte Statutenbestimmung nichtig sei, sich darauf zu berufen, dass gleichwohl der Separatvertrag in Kraft bleibe. Ob aber diese Einrede durchdringen wird, ist fraglich, denn wenn ein und dieselbe Bestimmung sowohl in einem Separatvertrage, z. B. im Gründungsvertrage, untergebracht wird, als auch in den Statuten der A. G., liegt an sich gerade die entgegengesetzte Auslegung näher, dass nämlich diese Verpflichtung durch ihre Einverleibung in die Statuten ausdrücklich zur Mitgliedschaftspflicht erhoben werden sollte. Ist sie dann aber als solche von Gesetzes wegen nichtig, so ist es sehr fraglich, ob sie gleichwohl noch als Verpflichtung aus einem aussergesellschaftlichen Rechtsverhältnisse aufrecht erhalten werden kann.

Weise, nämlich dadurch abgeholfen werden, dass hinsichtlich aller für die Verhältnisse zu Dritten wesentlichen Beziehungen die G. m. b. H. der A. G. möglichst gleichgestellt würde. Den Wert der G. m. b. H. für das Kartellrecht dagegen hat ein Kenner von Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechts, wie es deren nur wenige gibt, nämlich Hachenburg, trefflich mit den Worten charakterisiert, mit denen er das fünfundzwanzigjährige Jubiläum der G. m. b. H. in Deutschland begrüsst hat:³⁶⁾

„Auf dem einen Satze des Gesetzes über die Verpflichtung der Gesellschafter zu anderweitiger Leistung baute die Praxis ein ganzes System von Gesellschaften mit individualistischem Einschlage auf. Es hat sich manches Bedenken ergeben. Der Reformgedanke ist laut geworden. Er wird nicht mehr zur Ruhe kommen. Die Form der G. m. b. H. will aber keiner aus unserem Rechtsleben mehr tilgen.“

Es wäre sehr wünschbar, wenn auch in der Schweiz zum mindesten dieser Gesichtspunkt zur Einführung der G. m. b. H. führen würde.³⁷⁾ Dazu kommt, dass es ohnehin, und zwar sowohl für den Juristen als auch für den

³⁶⁾ Hachenburg, Deutsche Jur.-Ztg. 1917 S. 393.

³⁷⁾ Der, erst nach der Drucklegung dieses Aufsatzes erschienene Entwurf zur Revision der Titel 24 bis 33 des OR., enthält hinsichtlich der G. m. b. H. alle drei Bestimmungen, welche für Kartelle mit dem Bedürfnisse nach einer möglichst zuverlässigen Bindung der Mitglieder von entscheidendem Werte sind. Art. 793e bestimmt, dass die Leistungen der Mitglieder beliebiger Art sein können, Art. 793 γ, dass die Verpflichtungen der Mitglieder ohne ihre Zustimmung nicht verschärft werden können, und Art. 793 η, dass die Mitglieder ein Auflösungsrecht aus wichtigem Grund besitzen. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, dass dieser letztere Artikel gleich auszulegen sei, wie der entsprechende des deutschen Gesetzes betr. die G. m. b. H., der ausdrücklich sagt: „Aus einem wichtigen in der Gesellschaft liegenden Grunde“. Immerhin wäre eine Ergänzung im Sinne des deutschen Gesetzes angezeigt, da sonst die Gefahr besteht, dass die Praxis hinsichtlich des Kriteriums für das Vorhandensein eines wichtigen Auflösungsgrundes entgegen dem deutschen Gesetze nur auf die individuellen Verhältnisse des einzelnen Mitgliedes abstellt.

Kaufmann nur vorteilhaft sein kann, wenn ihm neben den bestehenden Gesellschaftsformen noch eine weitere zur Verfügung gestellt würde. Gehört doch bei allen das Verhältnis der Gesellschaft resp. Körperschaft gegenüber Dritten fast ausschliesslich dem zwingenden Rechte an, so dass die Mitglieder in dieser Hinsicht nur wenig Modifikationen anzubringen vermögen, somit auf die einzelnen gesetzlichen Typen angewiesen sind, deren Vermehrung um einen daher nachgerade wohl angebracht sein dürfte.³⁸⁾

³⁸⁾ Weder dieser Grund, noch auch der andere, der in der vorstehenden Abhandlung namentlich aus dem Kartellrechte und verwandten Erscheinungen der schweizerischen Industrie abgeleitet wird, wird von Frick, die Frage der Einführung einer G. m. b. H. in der Schweiz, berücksichtigt.
