

Schaffung der neuen Aktien bezeichnet, sind Erfüllungshandlungen des Übernehmers, die dieser vorzunehmen hat, um dem Veräusserer die Eigentumsübertragung, die den Gegenstand des Übernahmevertrages bildet, zu ermöglichen.

b) In Art. 35, Abs. 1 StG, wird denn auch die Übernahme von Wertpapieren zum Zwecke der Emission als umsatzabgabepflichtiges Rechtsgeschäft ausdrücklich erwähnt. Dass sich diese Vorschrift entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin in erster Linie auf Fälle bezieht, in denen Wertpapiere unmittelbar vom Aussteller übernommen werden, folgt aus der Tatsache, dass die Bildung besonderer Emissionskonsortien neben Übernahmekonsortien in der Schweiz äusserst selten ist (Kommentar LANDMANN, IM HOF, JÖHR S. 283). Dagegen spricht nicht, dass auch derivative Eigentumsübertragungen zum Zwecke der Emission möglich sind und tatsächlich vorkommen. Die häufigsten und wichtigsten Fälle, die den Anlass zu einer Sonderregelung im Gesetze geboten haben, sind doch die Umsatzgeschäfte zwischen den Ausstellern und den Banken, die sich mit der Durchführung der Emission befassen und die Titel zu diesem Zwecke übernehmen.

2. — Die Auffassung der Beschwerdeführerin, es seien von der Umsatzabgabe die Rechtsgeschäfte ausgeschlossen, die sich auf die erste Übernahme neuer Aktien aus einer Kapitalerhöhung beziehen, ist demnach nach den erwähnten Gesetzesbestimmungen nicht haltbar. Die Einwendung, es werde auf diese Weise der nämliche Rechtsvorgang zugleich mit der Emissions- und der Umsatzabgabe belastet, steht dem nicht entgegen, da die Stempelgesetzgebung Doppelbelastungen, soweit sie wie hier in der Natur der abgabepflichtigen Rechtsgeschäfte begründet sind, nicht vermeidet. Das Stempelgesetz erklärt ausdrücklich als einziges von der Abgabe ausgenommenes Umsatzgeschäft die Zuteilung und Lieferung der Aktien anlässlich der Emission oder Börseneinführung, also Verbreitung der Titel beim anlagestuchenden Publikum. Der

Billigkeit ist Rechnung getragen, wenn bei der Ausgabe stempelpflichtiger Urkunden ein Umsatzgeschäft von der Umsatzabgabe befreit bleibt (VSA 1920, S. 52).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

II. REGISTERSACHEN

REGISTRES

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1931 i. S. Lauf gegen Keller und Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zürich.

Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister.

Zu deren Beurteilung sind die Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkte der vom Handelsregisteramt gemäss Art. 26 Abs. 1 HRRegV erlassenen Aufforderung bestanden haben (Erw. 1):

Wenn das Bundesgericht einen von der kantonalen Aufsichtsbehörde verfügten Eintrag als rechtswidrig erklärt, ist es nicht befugt, statt dessen einen andern Eintrag anzuordnen (Erw. 2).

Eintragungspflicht, wenn eine Fabrik, deren Betrieb durch eine zu gründende Aktiengesellschaft übernommen werden soll, schon vor der Gründung in Betrieb gesetzt wird? (Erw. 2.)

A. — Der Beschwerdeführer, Hans Lauf, Fabrikant in Magdeburg, erwarb am 6. Mai 1929 die Maschinenfabrik Hinwil in der Absicht, das Unternehmen durch eine zu gründende Aktiengesellschaft betreiben zu lassen. Er trat daher in der Folge mit verschiedenen Personen, u. a. auch mit Ernst Keller in Gibswil, in Verbindung. Es wurde ein Statutenentwurf, sowie der Entwurf für ein Verwaltungsreglement ausgearbeitet, welches letzteres vorsah, dass Lauf Präsident und Keller Vizepräsident und zugleich Delegierter des Verwaltungsrates der Gesellschaft sein

solle. Im fernern wurde ein Kaufvertragsentwurf erstellt, wonach Lauf der zu gründenden Gesellschaft seine Fabrik- liegenschaft samt Inventar zum Preise von 615,000 Fr. veräusserte, welcher Betrag zum Teil durch Übernahme von Apportaktien zu tilgen war. Keller zeichnete seinerseits 190 Baraktien à 1000 Fr., nämlich 100 für sich und 90 für andere Teilhaber. Als weitere Aktionäre sollten sich F. Kornfeld, Ingenieur H. Laier und Dr. Hintermeister verpflichten. Die Gründung der Gesellschaft wurde auf 1. August 1930 vorgesehen, kam dann aber, weil das nötige Kapital nicht aufgebracht werden konnte, nicht zustande. Trotzdem schrieb Lauf als «Präsident des Verwaltungsrates der Maschinenfabrik Lauf A.-G.» dem Keller am gleichen Tage, dass er, Keller, vom Verwaltungsrate der Maschinenfabrik Lauf A.-G. zum Delegierten des Verwaltungsrates der Gesellschaft bestimmt worden sei, als welcher er mit Wirkung ab 1. August 1930 in die Direktion der Gesellschaft eintrete. Sodann bemerkte er: «Sie übernehmen die Gesamtleitung gemeinsam mit dem technischen Direktor und zeichnen die Firma jeweils gemeinschaftlich mit einem Direktor, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten». Die Vertragsdauer wurde bis 30. September 1933 festgesetzt. Als Salär wurden Keller monatlich 1500 Fr. zugesichert. Diese Ernennungs- urkunde bestätigte Keller mit einem am 4. August 1930 an die «Maschinenfabrik Lauf A.-G., Hinwil» gerichteten Schreiben, in welchem er sich mit sämtlichen Bedingungen einverstanden erklärte und beifügte: «Ich werde meine ganze Kraft dem Unternehmen zur Verfügung stellen, und würde es mich freuen, wenn es uns durch gemeinsame, intensive Arbeit gelingen würde, ein erfolgreiches Resultat zu erzielen». In der Folge betätigte er sich auch leitend im Betriebe (der schon im April 1930 aufgenommen worden war) und bestritt aus eigenen Mitteln die Auslagen des Unternehmens. Die Korrespondenz führte er immer im Namen der «Lauf-Maschinenfabrik A.-G.» unter Verwendung von Firmapapier mit bezüglichem Kopf, wobei

er jeweils allein oder zusammen mit einem gewissen Heynau unterzeichnete. Ebenso wurden Prospekte, die auf den Namen der Aktiengesellschaft lauteten, versandt.

Am 17. November 1930 teilte Dr. Hintermeister, der mit der Gründung der Aktiengesellschaft betraut worden war und deren Finanzierung hätte besorgen sollen, den Herren Lauf und Keller mit, dass es ihm nicht gelungen sei, das für den Betrieb der Fabrik notwendige, in den Statuten vorgesehene Grundkapital zu beschaffen. Daraufhin wurde der technische Betrieb am 21. November 1930 eingestellt. Das kaufmännische Personal dagegen wurde erst am 16. Dezember 1930 entlassen.

B. — Am 24. November 1930, d. h. also in einem Zeitpunkte, da der kaufmännische Betrieb noch nicht eingestellt worden war, beantragte Keller, der am 14. November 1930 gegen Lauf für ein Guthaben von 85,000 Fr. einen Ausländerarrest erwirkt hatte, beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Lauf sei als Einzelfirma ins Handelsregister einzutragen. Das Handelsregisteramt gab diesem Begehren durch eine am gleichen Tage an Lauf erlassene Aufforderung Folge. Letzterer widersetzte sich dieser jedoch, mit dem Bemerkten, der Betrieb der Fabrik in Hinwil sei nicht auf seinen Namen und seine Rechnung, sondern auf Rechnung der zu gründenden Aktiengesellschaft aufgenommen, inzwischen aber bereits wieder eingestellt worden.

C. — Mit Verfügung vom 26. Februar 1931 hat die Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zürich, der die Angelegenheit gemäss Art. 26 der Handelsregisterverordnung zur Entscheidung überwiesen worden war, in Gutheissung des Antrages von Keller den Lauf aufgefordert, seine Firma innert fünf Tagen ins Handelsregister eintragen zu lassen, mit der Androhung, dass die Eintragung im Nichtbeachtungsfalle von Amtes wegen erfolgen werde.

D. — Hiegegen hat Lauf am 4. März 1931 die verwaltungsgerichtliche Beschwerde an das Bundesgericht erklärt

mit dem Begehren, es sei die fragliche Verfügung im vollen Umfange als unbegründet aufzuheben.

Die Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zürich beantragt die Abweisung, das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement jedoch die Gutheissung der Beschwerde in dem Sinne, dass die Angelegenheit zur Entscheidung der Frage der Eintragungspflicht einer Kollektivgesellschaft Lauf und Keller an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Als Zeitpunkt der endgültigen Einstellung des Betriebes der hier in Frage stehenden Fabrik ist der 16. Dezember 1930 zu erachten, d.h. der Tag, an welchem das kaufmännische Personal entlassen worden ist. Da die Eintragungspflicht einer Einzelfirma mit der Einstellung des Betriebes entfällt, wäre somit Lauf, wenn er die Fabrik wirklich persönlich, auf eigene Rechnung betrieben haben sollte, nur bis zu diesem Tage eintragungspflichtig gewesen. Diese Pflicht hätte daher wohl im Zeitpunkt, da ihn das Handelsregisteramt zur Eintragung aufforderte (am 24. November 1930), noch bestanden, dagegen bereits nicht mehr im Momente, als die vorinstanzliche Verfügung erging (am 26. Februar 1931). Es muss daher in erster Linie untersucht werden, welche Verhältnisse für die Beurteilung der Eintragungspflicht massgebend sind. Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat in seiner Praxis (vgl. STAMPA No. 15 S. 10) auf diejenigen im Zeitpunkte der Aufforderung des Handelsregisteramtes abgestellt, während das Bundesgericht in seinem Urteil in BGE 56 I S. 370 ff. E. 4 gewisse Zweifel in die Richtigkeit dieser Auffassung gehegt, die Frage damals jedoch — da die Beurteilung des betreffenden Falles deren Entscheidung nicht erforderte — offen gelassen hat. Nach erneuter Prüfung gelangt das Bundesgericht jedoch zur Bestätigung der Auffassung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes. Wohl hat diese Praxis zur Folge, dass, wenn in der Zwischenzeit, seit Erlass der bezüglichen

Aufforderung, die Voraussetzungen für einen Eintrag dahingefallen sind, unmittelbar nach Erlass des Urteils wieder dessen Löschung verlangt werden kann. Das bedeutet nun aber nicht, dass deshalb einem solchen Eintrag nur eine formale Bedeutung zukomme und dass dieser infolgedessen keinem praktischen Bedürfnis entspreche. Eine der Hauptwirkungen des Handelsregistereintrages besteht darin, dass die eingetragene Person bzw. Gesellschaft hiedurch der Konkursbetreibung unterstellt wird, während vor dem Eintrag eine Handelsgesellschaft überhaupt nicht betreibbar ist (vgl. BGE 56 III S. 132 ff.) und eine Einzelperson nur der Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung untersteht. Diese Konkursfähigkeit bleibt nun aber gemäss Art. 40 SchKG auch nach Streichung des Eintrages noch während 6 Monaten, nachdem diese im schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt gemacht worden ist, bestehen. Die Gläubiger einer eintragungspflichtigen Person haben daher ein wichtiges Interesse daran, dass dieser Eintrag selbst dann noch erfolge, wenn er unmittelbar darauf wieder gelöscht werden muss. Es erscheint somit angezeigt, den für die Beurteilung der Eintragungspflicht massgebenden Zeitpunkt nicht über den Moment der vom Handelsregisteramt erlassenen Eintragungsaufforderung hinauszuschieben, da sonst einem Eintragungspflichtigen unter Umständen ermöglicht würde, durch eine allfällige noch vor Erlass der Eintragungsverfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde bzw. des bundesgerichtlichen Urteiles vorgenommene Betriebseinstellung oder Liquidation den Eintrag zu verhindern und sich dadurch in ungerechtfertigter Weise, zum Schaden der Gläubiger der Generalexekution zu entziehen. Durch diesen Ausschluss der Berücksichtigung nachträglicher Änderungen der Verhältnisse wird zugleich für die kantonalen Aufsichtsbehörden und für das Bundesgericht eine klare Rechtslage geschaffen und verhindert, dass durch trölerhafte Einreden, deren Unbegründetheit oft nicht ohne Beweiserhebungen festgestellt werden kann, das Verfahren ungebührlich in die Länge gezogen werde.

2. — Die Eintragungspflicht des Lauf ist daher zu bejahen, wenn dieser im Zeitpunkt, als das Handelsregisteramt ihn hiezu aufforderte, d. h. am 24. November 1930, die in Frage stehende Fabrik persönlich, auf eigene Rechnung betrieben hat. Das kann nun aber, entgegen der Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde, nicht angenommen werden. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, wie die Verhältnisse vor dem 1. August 1930 sich gestalteten, da auf alle Fälle von diesem Zeitpunkt an der Betrieb nicht mehr auf Rechnung des Lauf ging. An diesem Tage hätte die Gründung der geplanten Aktiengesellschaft erfolgen sollen. Diese unterblieb dann allerdings. Doch wurde die Fabrik von nun an dennoch in einer Weise betrieben, als ob die Aktiengesellschaft schon bestünde. Keller wurde von Lauf namens des Verwaltungsrates dieser Gesellschaft zum Verwaltungsratsdelegierten in die Direktion bestellt, in welcher Stellung er das ganze Geschäft im Namen der Aktiengesellschaft leitete. Auch schoss er dem Unternehmen aus eigenen Mitteln das nötige Betriebskapital vor. Die Frage, was für ein rechtliches Gebilde vorliegt, wenn die Gründer einer Aktiengesellschaft den Betrieb aufnehmen, bevor die Gründung zustande gekommen ist, braucht hier nicht untersucht zu werden (sie wird sich auch nicht in einheitlicher Weise lösen lassen, sondern von den Umständen des einzelnen Falles abhängen). Denn jedenfalls kann angesichts dieser durchaus selbständigen Rolle, die Keller spielte, nicht mehr davon die Rede sein, dass der Betrieb in Tat und Wahrheit doch immer noch auf ausschliessliche Rechnung Laufs gegangen sei. Es liegt nicht der geringste Anhaltspunkt dafür vor, dass die Meinung der Parteien dahin ging, Keller solle bis zur Gründung der Aktiengesellschaft lediglich Angestellter des Lauf sein. Dem steht nicht nur der Wortlaut der Ernennungsurkunde, sowie die Tatsache, dass Keller in der Folge nach aussen immer als Organ der Aktiengesellschaft aufgetreten ist, entgegen, sondern insbesondere auch der Umstand, dass Keller für

seine dem Unternehmen geleisteten Vorschüsse sich nie von Lauf bezügliche Bescheinigungen hat ausstellen lassen. Offenbar war, wie Lauf in seiner Beschwerdeschrift erklärte, die Liquidation des zwischen Lauf und Keller bestehenden Rechtsverhältnisses so gedacht, dass bei der Gründung der Aktiengesellschaft die Aktiven und Passiven von dieser rückwirkend übernommen werden sollten, unter Anrechnung der Auslagen der Gesellschafter auf ihre Verpflichtungen aus den Aktienzeichnungen und dem Gründungsvertrag. Der Betrieb ging daher zweifellos auch auf Rechnung Kellers und nicht nur auf diejenige des Lauf. So hat denn auch Dr. Hintermeister seinen Absagebrief vom 17. November 1930, worin er erklärte, sich nicht mehr weiter mit der Gesellschaftsgründung befassen zu können, ausdrücklich gemeinsam an Lauf und Keller gerichtet. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und demgemäss die angefochtene Verfügung aufzuheben. Von einer Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Untersuchung der Frage, ob allenfalls die Eintragung einer Kollektivgesellschaft Lauf & Keller vorzunehmen wäre, kann jedoch nicht die Rede sein, da es sich hierbei um einen von der angefochtenen Verfügung vollständig unabhängigen, neuen Verwaltungsakt handelt, den anzuordnen dem Bundesgerichte, das nicht Aufsichtsbehörde ist, nicht zusteht.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen und demgemäss die Verfügung der Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zürich vom 26. Februar 1931 aufgehoben.