

Schuldner, obschon er weiß, daß er eine Gegenforderung hat, Baarzahlung verspricht. In diesem Falle, d. h. wenn das Zahlungsverprechen des Schuldners mit der ausdrücklichen Erklärung abgegeben worden ist, daß die Zahlung in baarem Gelde erfolgen solle, besteht somit eine Rechtsvermutung dafür, daß auf die Verrechnung Verzicht geleistet werde, und es liegt danach dem Schuldner der Gegenbeweis ob, wenn er behaupten will, sein Versprechen habe diesen Sinn nicht gehabt. Nun ist aber in concreto ein solches Baarzahlungsverprechen nicht abgegeben worden. In dem Briefe vom 19. April 1892, in welchem die Klage die Verzichtserklärung erblickt, findet sich eine Erklärung Heuer's, daß er den Kaufpreis für die zurückbehaltenen Steine in baarem Gelde zahlen werde, nicht, sondern nur die Ermächtigung, für den dahierigen Betrag eine Tratte auszustellen. Es fehlt daher die Voraussetzung für die in Art. 139 Abs. 2 D.-R. aufgestellte Rechtsvermutung; danach liegt aber dem Kläger der Beweis dafür ob, daß Heuer auf die Geltendmachung seiner Gegenforderung habe verzichten wollen. Fragt es sich nun, ob aus den begleitenden Umständen die Ermächtigung zum Trassieren die Annahme dieses Verzichtswillens rechtfertige, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß Heuer am 8. April dem Loup gegenüber erklärt hatte, bevor er seinem Verlangen auf Rücksendung der Steine Folge leistete, wolle er wissen, wie dieser die auf 1. Mai fällige Schuld zu zahlen gedenke. Damit hatte Heuer seinen Standpunkt mit aller Deutlichkeit bezeichnet, und Loup konnte nicht im Zweifel sein, daß Heuer die Erfüllung seiner Verbindlichkeit von derjenigen Loup's abhängig machen wolle. Allerdings ist Heuer dann auf seine Gegenforderung bis nach Fälligkeit derselben nicht mehr zurückgekommen, allein daraus konnte Loup nicht den Schluß ziehen, daß er von seinem Standpunkt abgegangen sei; der Umstand, daß Heuer die Tratte auf den 15. Mai, also auf einen Zeitpunkt nach Fälligkeit der Gegenforderung, ausstellen ließ, zeigte ihm gerade, daß Heuer sich nicht etwa bedingungslos verpflichten, sondern gegenteils abwarten wollte, ob Loup die am 1. Mai fällig werdende Schuld aus dem Liegenschaftenkauf bezahlen werde. Dieser Möglichkeit begab sich Heuer durch die bloße Ermächtigung zum Ziehen einer Tratte nicht;

eine wechsellrechtliche Verbindlichkeit, die ihn in der Geltendmachung seiner Einreden beschränkt hätte, ging er dadurch nicht ein und versprach auch nicht, eine solche einzugehen; denn es wäre unrichtig, zu behaupten, daß er damit etwa stillschweigend auch zugefagt hätte, die Tratte zu acceptieren. Allerdings kann in der Ermächtigung zur Ausstellung einer Tratte unter Umständen zugleich die Zusage zum Accept liegen, allein im vorliegenden Falle fehlen die Anhaltspunkte, um einen solchen Schluß zu rechtfertigen. Die kaufmännische Übung, wonach die Zahlung an den auswärts wohnenden Gläubiger der Regel nach durch Wechsel geschieht, spricht dafür, daß mit der vereinbarten Trassierung nicht etwa eine Verschärfung der Verbindlichkeiten Heuer's bezweckt werden wollte; seiner Erklärung, er sei mit der Ausstellung einer Tratte auf den 15. Mai einverstanden, kann vielmehr keine größere Bedeutung beigemessen werden, als wenn er einfach erklärt hätte, auf diesen Tag Zahlung leisten zu wollen. Nun ist aber klar, daß ein derartiges Versprechen jede Art der Zahlung zuläßt, also auch diejenige auf dem Wege der Verrechnung.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 15. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

76. Urteil vom 7. Juni 1895

in Sachen Masse der Brienzer-Rothhornbahn gegen  
West Eckel & Cie. und Konsorten.

A. Durch Urteil vom 4. März 1895 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es werden West Eckel & Cie. zur Bezahlung von 36,504 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 6 %

von Fr. 1,083 30 seit 1. Dezember 1890;

„ „ 10,291 65 „ 1. Juni 1891, und

„ „ 25,129 15 „ 30. September 1891,

und E. Weill zur Bezahlung von 14,601 Fr. 66 Cts. und Zins zu 6%

von Fr. 433 33 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 4,116 66 " 1. Juni 1891, und  
 " " 10,051 67 " 30. September 1891,

verurteilt, sofern die Klagepartei ihnen die Aktien in entsprechendem Betrage aushändigt.

Mit der Mehrforderung wird Klägerin abgewiesen.

Die Klage gegen Alex. Bloch wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Massaderverwalter der Brienz-Rothhornbahn die Berufung an das Bundesgericht erklärt, und beantragt, daß alle Beklagten solidarisch zur Bezahlung von

1. Fr. 224,000 nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1890, und  
 2. Fr. 175,220 nebst Zins zu 6%

von Fr. 5,200 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 49,400 " 1. Juni 1891, und  
 " " 120,620 " 30. September 1891

verurteilt werden.

Eventuell für den Fall, daß das angefochtene Urteil grundsätzlich bestätigt werden sollte, wird beantragt, die Beklagten West Eckel & Cie. zur Bezahlung von 40,748 Fr. 80 Cts. nebst Zins zu 6%

von Fr. 1,209 30 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 11,488 35 " 1. Juni 1891, und  
 " " 28,051 15 " 30. September 1891,

und weiter eventuell zur Bezahlung von 37,280 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu 6%

von Fr. 1,106 40 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 10,510 65 " 1. Juni 1891, und  
 " " 25,663 85 " 30. September 1891;

den Beklagten E. Weill zur Bezahlung von 16,299 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 6%

von Fr. 483 70 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 4,595 50 " 1. Juni 1891, und  
 " " 11,220 50 " 30. September 1891,

und eventuell zur Bezahlung von 14,912 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 6%

von Fr. 442 45 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 4,204 25 " 1. Juni 1891, und  
 " " 10,265 55 " 30. September 1891,

beide unter Vorbehalt der weiteren Haftung für die Quoten der Mitgründer, soweit von diesen Zahlung nicht erhältlich sein sollte, zu verurteilen.

Ebenso hat Advokat Dr. Lemme in Basel gegen dieses Urteil Namens der Beklagten West Eckel & Cie. die Berufung erklärt und beantragt, daß das erwähnte Urteil, soweit es die Beklagten West Eckel & Cie. zur Bezahlung von 36,504 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 6% verurteilt, aufgehoben, im Übrigen in seinem Dispositiv gegenüber West Eckel & Cie. bestätigt, und demnach die Klage gegenüber West Eckel & Cie. in allen Teilen gänzlich abgewiesen werde. Eventuell wird Bestätigung des appellationsgerichtlichen Urteils beantragt.

C. In der heutigen Hauptverhandlung beantragt der Massaderverwalter der Brienz-Rothhornbahn-Gesellschaft Gutheißung seiner schriftlich gestellten Berufungsanträge; eventuell bittet er für den Fall, als das Bundesgericht finden sollte, daß die Aktientitel wirklich geliefert werden müssen, um Ansetzung einer Frist, um den Beklagten dieselben zu beschaffen. Advokat Dr. Lemme wiederholt Namens der Beklagten West Eckel & Cie. seine schriftlich gestellten Anträge und beantragt Namens des Beklagten Bloch Bestätigung des Urteils des Appellationsgerichtes. Der Beklagte E. Weill ist zur Verhandlung nicht erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Bundesbeschluß vom 20. Dezember 1889 wurde dem E. Brück, Fabrikant in Brienz, Namens einer zu bildenden Aktiengesellschaft die Konzession für den Bau und Betrieb einer Bahnradbahn von Brienz auf das Brienzener Rothhorn erteilt. Am 26. Mai 1890 wurde dann zwischen E. Brück als Vertreter einer „Vorbereitungsgesellschaft“ zu Händen der zu konstituierenden Aktiengesellschaft und der Bernischen Bodenkreditanstalt ein Finanzierungsvertrag abgeschlossen, nach welchem die Letztere die Gründung der Aktiengesellschaft für Ausführung und Betrieb des

Unternehmens übernahm. Laut Art. 1 dieses Vertrages hatte die Bernische Bodenkreditanstalt alle auf die Konstituierung und Organisation der Gesellschaft bezüglichen Arbeiten zu besorgen und das vorgefehene Aktienkapital durch Emission der Obligationen und Aktien zu beschaffen. Dazu wurde ihr die Konzession nebst den darauf bezüglichen Vorarbeiten abgetreten. In Art. 2 übernahm die Bodenkreditanstalt die Beschaffung des Baukapitals von 2,200,000 Fr. durch die Emission von Obligationen im Betrag von 1,000,000 Fr. und von Aktien von 1,200,000 Fr. Beide Sorten Titel sollten auf den Inhaber gestellt und al pari ausgegeben werden. Mit Bezug auf die Aktien wurde in Art. 3 bestimmt: „Da die Aktien in echelonierten Raten einbezahlt werden, die Zeichner der Inhaberaaktien aber nach Art. 636 D.-R. bis zur vollständigen Überierung haftbar bleiben, so ist die Verpflichtung der Bernischen Bodenkreditanstalt betreffs der Beschaffung des Aktienkapitals als erfüllt anzusehen, sobald nach vollständiger Zeichnung die erste Einzahlung von 20% des Nominalbetrages der Aktien nebst den Zeichnungsscheinen an die Gesellschaft überwiesen sein wird.“ Nach Art. 4 hatte die Bernische Bodenkreditanstalt sämtliche Kosten der Konstituierung und der Emission zu tragen. Art. 5 lautet: „Mit der Konstituierung der Aktiengesellschaft wird ihr die Bundeskonzession nebst den darauf bezüglichen Vorarbeiten Seitens der Bernischen Bodenkreditanstalt gegen eine Vergütung von 54,000 Fr. übertragen. Für die sämtlichen übrigen Arbeiten, Leistungen und Auslagen hat genannte Anstalt von der Rothhornbahn-Gesellschaft eine Vergütung von 170,000 Fr. zu beziehen. Beide Summen werden fällig nach Ablieferung des Obligationenkapitals und der ersten Einzahlung auf den Aktien.“ Durch Ratifikation des Vertrages sollte die Aktiengesellschaft an Stelle des Initiativkomites treten (Art. 7). Am gleichen 26. Mai war zwischen der Bodenkreditanstalt und der Allgemeinen Kreditbank in Basel ein Vertrag abgeschlossen worden bezüglich gemeinschaftlicher Beschaffung des Aktien- und Obligationenkapitals und mit der Bestimmung, daß von den 224,000 Fr. erhalten sollen:

das Initiativkomite . . .	Fr.	4,000
die Bodenkreditanstalt . . .	„	80,000
die Allgemeine Kreditbank . . .	„	140,000

wovon 20,000 Fr. dem C. Brück, Präsidenten des Initiativkomites und des Verwaltungsrates, verabfolgt werden sollen. Am 29. Mai traten in Bern zur konstituierenden Generalversammlung zusammen: Oberst Hofer für die Bernische Bodenkreditanstalt, C. Brück als Bevollmächtigter der Bankfirma Stähling & Cie. in Basel, H. Wiest für die Allgemeine Kreditbank in Basel und für die Bankfirma Grob & Cie. in Zürich, E. Weill in Basel für sich und als Bevollmächtigter von Alexander Bloch in Basel, und endlich Ingenieur Lindner in München als Bevollmächtigter von Th. Bertschinger in Lenzburg. Diese Generalversammlung konstatierte, daß 20% des Aktienkapitals mit 240,000 Fr. einbezahlt seien, wählte den Verwaltungsrat, die Rechnungsrevisoren und einen Suppleanten, genehmigte die ihr vorgelegten Statuten mit einigen kleinen Änderungen, sowie den erwähnten Vertrag vom 26. Mai 1890 zwischen der Vorbereitungs-gesellschaft und der Bernischen Bodenkreditanstalt und nahm den Entwurf eines Vertrages mit Alexander Lindner und Th. Bertschinger betreffend die Erstellung der Bahn an. Am gleichen Tage fanden die schriftlichen Subskriptionen auf die Aktien der Gesellschaft statt. Es wurden gezeichnet:

Von der Bernischen Bodenkreditanstalt . . .	1000	Aktien.
„ Stähling & Cie. in Basel . . . . .	500	„
„ Grob & Cie. in Zürich . . . . .	250	„
„ E. Weill in Basel . . . . .	200	„
„ der Allgemeinen Kreditbank in Basel . . . . .	200	„
„ Th. Bertschinger in Lenzburg . . . . .	200	„
„ Alexander Bloch in Basel . . . . .	50	„

Total 2400 Aktien,

zu je 500 Fr., entsprechend dem Gesamtkapital von 1,200,000 Fr. Die Subskriptions-scheine haben folgenden Wortlaut: „Der (die) Unterzeichnete subscribiert hienit auf Grund der von der heutigen Generalversammlung der Aktionäre der Brienz-Rothhornbahn-Gesellschaft festgesetzten Statuten . . . . . Stück Aktien à 500 Fr. dieser Gesellschaft; zugleich ist der Vorweiser dieses Zeichnungsscheines zur Vertretung des (der) Unterzeichneten bei den Verhandlungen dieser Generalversammlung ermächtigt.“ (Unterschrift.)

Nach Vorlegung dieser Subskriptions-scheine und der Zeichnungs-

verzeichnisse der nachfolgenden öffentlichen Subskription, sowie einer Bescheinigung der Eidgenössischen Bank in Bern vom 29. Mai, wonach die Bodenkreditanstalt 20% des Aktienkapitals bei dieser Bank deponiert habe, ferner eines eingereichten Kostenvoranschlags von 2,200,000 Fr. wurden am 20. Februar die Statuten und am 24. Februar der Finanzausweis vom Bundesrate genehmigt.

Hervorzuheben ist, daß in den Statuten der Vertrag mit der Bernischen Bodenkreditanstalt und die der Aktiengesellschaft daraus erwachsenen Finanzierungsverpflichtungen nicht erwähnt sind. Die Eintragung in's Handelsregister erfolgte auf Grund einer notariellen Bescheinigung, daß am 29. Mai 1890 die Statuten genehmigt, das Aktienkapital gezeichnet und 20% des Aktienkapitals laut der erwähnten Bescheinigung der Eidgenössischen Bank einbezahlt seien, am 17. Februar 1892. Am 30. Mai 1890 fand die erste Sitzung des Verwaltungsrates statt; das Protokoll enthält die Mitteilung, daß in derselben ein gedruckt vorliegender „Prospekt für die Emission des Obligationen- und Aktienkapitals“ genehmigt worden sei. Hierauf erfolgte durch die Bernische Bodenkreditanstalt eine öffentliche Einladung zur Subskription des Aktien- und Obligationenkapitals. Der bezügliche Prospekt ist betitelt „Brienzt-Rothhornbahn-Gesellschaft“ und ist unterzeichnet vom Verwaltungsrath derselben. An der Spitze wird bemerkt, es habe sich unter dieser Firma am 29. Mai 1890 eine Aktiengesellschaft gebildet zum Bau und Betrieb der genannten Bahn. Der Prospekt enthält unter anderem eine Rentabilitätsberechnung, sowie die Mitteilung, daß von dem Gesamtkapital 450,000 Fr. in Aktien und 150,000 Fr. in Obligationen als feste Anlage reserviert seien. Die verbleibenden 750,000 Fr. Aktien und 850,000 Fr. Obligationen erster Hypothek gelangen hienit auf Grund des Prospektes zur Subskription. Die Interimscheine wurden direkt auf den Namen der nachherigen Subskribenten ausgestellt. Die Emission hatte den Erfolg, daß sowohl das Aktienkapital als das Obligationenkapital mehrfach überzeichnet wurde. Das Obligationenkapital wurde ganz einbezahlt, während auf die Aktien nur die erste Einzahlung von 20% mit 240,000 Fr. vollständig geleistet wurde. Die Bernische Bodenkreditanstalt bezog resp. erhielt auf Grund dieser Einzahlung die ihr vertraglich zugesicherte Summe von 224,000 Fr. Zur Zeit der zweiten Einzah-

lung auf die Aktien, Ende November 1890, waren bereits Zweifel über die Rentabilität des Unternehmens aufgelaucht, und ein Teil der Zeichner machte keine Einzahlung mehr; die folgenden Einzahlungen wurden immer spärlicher, so daß Ende 1891 statt eines Kapitals von 2,200,000 Fr. nur 1,000,000 Fr. an Obligationenkapital und 847,900 Fr. an Aktienkapital, also 1,847,900 Fr. einbezahlt waren. Zu dieser Zeit geriet die Allgemeine Kreditbank in Basel in Konkurs und Anfangs 1892 stellte die Hauptstülke der Gesellschaft, die Bernische Bodenkreditanstalt, ihre Zahlungen ein. Zufolge der bezüglichen gerichtlichen Publikation meldete der Verwaltungsrat der Brienzt-Rothhornbahn beim Sachverwalter der Bernischen Bodenkreditanstalt eine Forderung von 352,100 Fr., entsprechend den ausstehenden Aktieneinzahlungen, an. Gegen die säumigen Aktienzeichner wurde Schuldbetreibung eingeleitet, allein mit geringem Erfolg. Im Jahre 1892 wurden noch 167,100 Fr. einbezahlt; es standen somit noch 185,000 Fr. aus. Am 15. April 1892 schloß der Verwaltungsrat der Brienzt-Rothhornbahn-Gesellschaft mit der Bernischen Bodenkreditanstalt in Liquidation einen Vertrag ab, wonach diese aus allen Verpflichtungen aus der ursprünglichen Aktienzeichnung und aus der Garantie, die sie für die Zeichnung des Hauses Stähling & Cie. geleistet hatte, entlastet wurde, dagegen aus der Aktien-Emission die Einzahlung der Raten 3—5 auf 402 Aktien durch Verrechnung ihrer Conto-Corrent-Forderung mit 120,600 Fr. und die Einzahlung der Raten 4 und 5 auf 135 Aktien baar mit 27,000 Fr., zusammen 147,600 Fr., leistete. Dieser Vertrag wurde von der Generalversammlung der Brienzt-Rothhornbahn-Gesellschaft am 16. April 1892 genehmigt. Am 15. Dezember 1892 beschloß der Verwaltungsrat der Brienzt-Rothhornbahn-Gesellschaft, das Bankhaus Stähling & Cie. unter Vorbehalt der Genehmigung der Generalversammlung aus der Haftung aus der ursprünglichen Aktienzeichnung zu entlassen. Dieser Vorbehalt wurde nachher fallen gelassen mit der Begründung, daß die Entlassung von Stähling & Cie. materiell schon durch die Übereinkunft vom 15./16. April 1892 erfolgt sei, welche die Entlassung der Bernischen Bodenkreditanstalt aus ihrer Garantie für den Zeichnungsschein von Stähling & Cie. ausgesprochen hatte.

Die erste Generalversammlung, an der die Subskribenten der

öffentlichen Subskription Teil nehmen konnten, fand am 1. Februar 1892 statt. Über dieselbe liegt kein Protokoll vor. Die nächste Generalversammlung vom 16. April 1892 genehmigte den Bericht des Verwaltungsrates und erteilte diesem für seine Rechnung und Geschäftsführung Decharge. In dem Bericht (zweite Ausgabe des Geschäftsberichtes pro 1890/1891) war den Aktionären zum ersten Mal von dem Finanzierungsvertrag zwischen dem Initiativkomitee und der Bernischen Bodenkreditanstalt Kenntnis gegeben worden.

Am 5. Januar 1893 änderte die Firma Stähling & Cie. infolge Austritts des unbeschränkt haftenden Geranten Alfred Stähling ihre Firma in West Eckel & Cie. um.

Am 23. Juni 1893 wurde vom Bundesgericht die Liquidation der Brienz-Rothhornbahn-Gesellschaft ausgesprochen.

2. Der Massaverwalter erhob nun am 20. April 1894 beim Zivilgericht Basel gegen West Eckel & Cie., E. Weill und Alexander Bloch, sämtliche in Basel, Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten seien solidarisch zur Bezahlung von 224,000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1890 und von 175,220 Fr. nebst Zins zu 6% von 5200 Fr. seit 1. Dezember 1890, von 49,400 Fr. seit 1. Juni 1891 und von 120,620 Fr. seit 30. September 1891 und zu sämtlichen ordentlichen und außerordentlichen Kosten zu verurteilen. Die Klage stützt sich in erster Linie darauf, daß die der Bernischen Bodenkreditanstalt zugesicherten und bezahlten 224,000 Fr. einen besondern Vorteil zu Gunsten einer bei der Gründung beteiligten Person ausgemacht haben, der nach Art. 619 D.-R. in den Statuten der Gesellschaft hätte festgesetzt und in einer nach der Zeichnung des Grundkapitals abgehaltenen Generalversammlung genehmigt werden müssen. Beides sei nicht geschehen. Hieraus ergebe sich die solidarische Schadenersatzpflicht der Gründer gemäß Art. 671 D.-R. Der Schaden, den die Gesellschaft erlitten habe, bestehe zunächst darin, daß ihr dieser Betrag mit den Zinsen seit 1. Juli 1890 entzogen worden sei, und im Weiteren darin, daß die rückständigen, sich auf 175,220 Fr. belaufenden Aktienbeträge von den Zeichnern der öffentlichen Subskription nicht eingefordert werden können. In zweiter Linie macht die Klage geltend, daß die Beklagten als Subskribenten für die Einzahlungen auf die von

ihnen am 29. Mai 1890 gezeichneten Aktien haften. Diese Haftung sei durch die spätere, öffentliche Subskription nicht aufgehoben worden. Eine solche Entlastung hätte gemäß Art. 636 D.-R. nur erfolgen können, wenn sie in den Statuten vorgesehen gewesen wäre, und dies sei nicht der Fall. Es sei daher auch völlig unerheblich, daß Stähling & Cie. durch den Verwaltungsrat ihren Verpflichtungen enthoben worden seien.

3. Die Beklagten West Eckel & Cie. beantragten Abweisung der Klage, eventuell sei dieselbe höchstens im Betrage von 36,504 Fr. 10 Cts. nebst Zins zu 6% von

Fr. 1,083 30 seit 1. Dezember 1890; von  
 " 10,291 65 " 1. Juni 1891, und von  
 " 25,129 15 " 30. September 1891

gutzubeißen, unter Ausschluß der Solidarität und überhaupt jeder Mithaftung für dasjenige, wozu die andern Beklagten verurteilt werden könnten. Sie bestritten zunächst die Legitimation des Massaverwalters zur gegenwärtigen Klage, indem sie ausführten, nach dem Bundesgesetze über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen habe die Liquidation der Bahn, wie der übrigen Vermögensgegenstände einer Eisenbahngesellschaft auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung zu geschehen. Nach Art. 36 werden die Aktiven der Gesellschaft (worunter die Guthaben verstanden seien) vom Massaverwalter soweit möglich einkassiert, was aber bis zur Versteigerung nicht eingehe, sei an derselben zu verkaufen. Die Versteigerung der Bahn habe am 25. April 1894 stattgefunden. Die behaupteten Guthaben der Gesellschaften auf die Beklagten hätten also, da sie bis zu diesem Zeitpunkt nicht hatten einkassiert werden können, damals verkauft werden sollen, und der Massaverwalter sei nicht berechtigt, zum Zwecke ihrer Einkassierung nachher Prozesse zu führen, welche die Beendigung der Liquidation, deren prompte Durchführung das Bundesgesetz im Auge habe, auf lange Zeit hinauschieben. Eventuell betonten sie, daß der Massaverwalter nur berechtigt sein könne, die Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, nicht aber Schadenersatzansprüche, welche nach Art. 671 f. D.-R. den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern gegen die Beklagten zustehen könnten. Zur Sache selbst führten sie aus: Die Zuwen-

zung der 224,000 Fr. an die Bernische Bodenkreditanstalt sei kein besonderer Vorteil im Sinne des Art. 619 D.-R. gewesen, sondern eine Vergütung für die Überlassung der Konzession und der Vorarbeiten, sowie für die Beschaffung des Obligationen- und Aktienkapitals; sie gehöre zu den Gründungs- und Organisationskosten, welche in Art. 656 Ziff. 1 D.-R. und im Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahngesellschaften, Art. 2 Abs. 3, vorgesehen seien. Es habe denn auch der Bundesrath die Statuten genehmigt, obgleich in denselben von diesen Gründungskosten keine Erwähnung getan worden und die doch in dem dem Bundesrath vorgelegten summarischen Kostenvorschlage, speziell in dem Posten von 335,000 Fr. implicite enthalten gewesen seien. Sodann sei eine Verantwortlichkeit der Beklagten aus Art. 671 D.-R. auch deswegen nicht vorhanden, weil hiezu gehören würde, daß sie wesentlich dabei mitgewirkt hätten, daß eine Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen in den Statuten verschwiegen worden, während die Beklagten weder an der Festsetzung der Statuten oder an der Generalversammlung sich persönlich beteiligt, noch von dem Finanzvertrag eine Kenntnis gehabt haben. Eventuell könnte nur der Schaden in Berücksichtigung gezogen werden, den die Gesellschaft dadurch erlitten habe, daß die Zuwendung der 224,000 Fr. an die Bernische Bodenkreditanstalt nicht in die Statuten aufgenommen wurde. Ein solcher Schaden sei gar nicht entstanden, da die Gesellschaft von Anfang an volle Kenntnis von dieser Zuwendung gehabt habe. Aus ihrer Subskription haften die Beklagten ebenfalls nicht. Die Zeichnung vom 29. Mai 1890 habe nur die Bedeutung einer teilweisen Garantie dafür gehabt, daß bei der öffentlichen Emission die Aktien der Gesellschaft gezeichnet würden. Den Beklagten seien auf diese Zeichnung keine Aktien zugeteilt worden, und es sei demnach auch nicht nachgewiesen, daß die ihnen zugeteilten Aktien uneingezahlt geblieben seien. Im Gegenteil seien sämtliche Aktien der Gesellschaft in der öffentlichen Emission anderweitig begeben und zugeteilt worden. Zeichner im Sinne von Art. 636 D.-R. seien im vorliegenden Falle die Zeichner bei der öffentlichen Emission, diese haften im ganzen Umfange für den Betrag der gezeichneten Aktien. Stähling & Cie. seien zudem von ihrer eventuellen Ver-

pflichtung aus dem Zeichnungsschein entbunden worden; eine derartige Befreiung sei jedenfalls statthaft, wenn sie als Vergleich über zweifelhafte und bestrittene Einzahlungspflicht statfinde. Eventuell könnten die Beklagten aus ihrem Zeichnungsschein nicht für das ganze ausstehende Aktienkapital, sondern nur für denjenigen Teil desselben in Anspruch genommen werden, welcher dem Verhältnis ihrer Aktienzeichnung zum Gesamtkapital entspreche, also für  $\frac{5}{24}$ .

4. Der Beklagte Alexander Bloch beantragte ebenfalls Abweisung der Klage, eventuell Gutheißung derselben bloß im Betrage von 3650 Fr. 35 Cts. nebst Zins. Er hob hervor, daß er weder an der Festsetzung der Statuten, noch an der konstituierenden Generalversammlung vom 29. Mai 1890 mitgewirkt, noch vom Finanzvertrage mit der Bernischen Bodenkreditanstalt Kenntnis gehabt habe, und machte sodann geltend, daß ihm nach Einzahlung der ersten 20% die übernommenen 50 Aktien mit den Nummern 2301 bis 2350 zugeteilt worden seien. In der öffentlichen Aufforderung der Brienzer-Rothhornbahn-Gesellschaft an die zahlungssäumigen Aktienzeichner seien diese Nummern nicht aufgeführt. Er selbst habe die zweite Einzahlung für 50 Stück, die dritte für 48 Stück und die vierte und fünfte Einzahlung für 53 Stück geleistet. Die übrigen 7 Aktien habe er verkauft.

5. Auch der Beklagte Weill beantragte Abweisung der Klage, unter Berufung auf die von den beiden andern Beklagten erhobenen Einreden; er gab zu, der konstituierenden Generalversammlung beigewohnt zu haben, behauptete aber, die eigentliche Gründung habe bereits vorher stattgefunden. Die Statuten hätten schon gedruckt vorgelegen und der Finanzierungsplan sei jedenfalls nicht in extenso vorgelesen worden. Von der Zuwendung an die Bernische Bodenkreditanstalt habe er erst durch die Klage Kenntnis erhalten.

6. In der mündlichen Verhandlung vor Zivilgericht anerkannte der klägerische Vertreter, daß der Beklagte Bloch bei der öffentlichen Emission 50 Aktien zugeteilt erhalten und dieselben bezogen habe.

Die Beklagten machten sodann noch geltend, daß sie aus dem fernern Grund von jeder Einzahlung zu befreien seien, weil die

Massaverwaltung nicht in der Lage sei, ihnen entsprechende Aktienrechte einzuräumen. Um das möglich zu machen, müßte ein Caduzierung der nicht völlig einbezahlten Aktien vorausgehen. Das sei bis jetzt nicht geschehen und hätte nur von den Gesellschaftsbehörden erwirkt werden können, die nicht mehr existieren. Dem Massaverwalter fehle diese Kompetenz.

7. Die erste Instanz wies die Klage gegenüber sämtlichen Beklagten ab, und zwar, soweit sich dieselbe auf Art. 671 Ziff. 2 D.-R. stützte, deshalb, weil von keinem der Beklagten eine wissenschaftliche Mitwirkung bei der Verschweigung der Zuwendung der 224,000 Fr. nachgewiesen sei; soweit sie sich dagegen auf die Aktienzeichnung stützte, mit der Begründung, daß die Geltendmachung der Zeichnungsscheine voraussetze, daß den Zeichnern die Aktien angeboten werden, was seitens der Klagepartei nicht geschehen, und wozu dieselbe auch nicht im Stande sei. Bezüglich des Beklagten Bloch konstatierte die erste Instanz, daß der zweite Teil der Klage ihm gegenüber fallen gelassen worden sei. Die zweite Instanz schloß sich hinsichtlich des ersten Teils der Klage der ersten Instanz an. Hinsichtlich der, einzig noch gegenüber den Beklagten Best Eckel & Cie. und Weill in Betracht kommenden Klage auf Einzahlung der rückständigen Aktienbeträge bemerkte sie: Diese Klage finde ihre Begründung in Art. 636 D.-R., wonach der Zeichner von Inhaberaktien haftbar bleibt, und zwar für den vollen Betrag der Aktien, sofern eine Entlastung von dem über 50 % hinausgehenden Betrag in den Statuten nicht vorgesehen war. Das sei aber nicht der Fall und es sei eine solche Entlastung nicht erfolgt. Die Einwendung der Beklagten, daß die neu eröffnete Subskription, und die vollständige Zeichnung der Aktien in dieser, die Beklagten von ihrer Einzahlungspflicht befreit habe, sei eben durch diesen Artikel 636 widerlegt, der eine solche Befreiung nur auf dem Wege der Statutenbestimmung möglich mache. Auch die Einwendung, daß die Klägerin nicht im Stande sei, den Beklagten für ihre Zahlung Aktienrechte anzubieten, sei nicht stichhaltig. Verstehe man unter Aktienrechte den Anspruch der Aktionäre auf die allfällig in der Konkursliquidation sich ergebende proportionale Dividende, so sei die Klagepartei jederzeit im Stande, das den Beklagten auch ohne Übergabe von wirklichen

Aktientiteln zu gewähren, indem hiefür einfache Quittungen genügen. Wolle man aber formell strenger sein, und die Haftpflicht der Beklagten davon abhängig machen, daß sie wirklich Aktientitel gegen ihre Nachzahlung erhalten, so stehe auch dem ein Hindernis nicht entgegen. Denn die Klägerin sei durch ihre Statuten berechtigt, sofort die nicht voll liberierten Aktien als verwirkt zu erklären, und dann den ursprünglichen Zeichnern eine entsprechende Anzahl Aktien in natura zu liefern. Es stehe daher nichts entgegen, die Beurteilung der Beklagten unter der Voraussetzung auszusprechen, daß die Klagepartei ihnen Aktien in entsprechendem Betrage aushändige. Die Höhe der Haftpflicht sei nach den eventuellen Anträgen der Beklagten zu bestimmen, indem sie nicht für das gesamte Aktienkapital, sondern bloß im Verhältnis ihrer Beteiligung an der ersten Subskription, d. h. Best Eckel & Cie. für  $\frac{1}{24}$  und E. Weill für  $\frac{2}{24}$  der fehlenden Beträge haften.

8. Die Legitimation des Massaverwalters zur Anhebung der vorliegenden Klage ist heute nicht mehr streitig. Die hiegegen erhobene Einrede aus Art. 37 des Bundesgesetzes über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen ist vor den kantonalen Gerichten nur vom Beklagten Weill aufrecht erhalten, von beiden Instanzen dagegen zurückgewiesen worden, und fällt nunmehr endgültig dahin, da der Beklagte Weill sich bei dem letztinstanzlichen kantonalen Urteil beruhigt hat. Da sodann der Massaverwalter nicht etwa im Namen einzelner Gläubiger, sondern im Namen der Aktiengesellschaft in Liquidation, bezw. der Gesamtgläubigerschaft auftritt, liegt auch keine Überschreitung seiner Vertretungsbefugnis vor. Zweifellos wäre der Massaverwalter als solcher nicht berechtigt, die Interessen einzelner Gläubiger zu wahren; er könnte nicht etwa Ersatz eines Schadens fordern, der einem einzelnen Gläubiger z. B. dadurch entstanden wäre, daß er sich infolge von Verheimlichungen bei der Gründung zur Aktienzeichnung hätte verleiten lassen. Vielmehr kann er nur die Rechte der Gesellschaft selbst geltend machen und daher einen Schaden, den die Gläubigerschaft erlitten hat, nur insoweit einklagen, als derselbe die Folge der Schädigung der Gesellschaft ist. Nun beschränkt sich aber die vorliegende Klage auf die Geltendmachung

des der Gesellschaft und damit mittelbar der Gesamtgläubigerschaft entstandenen Schadens, und es ist daher gegen die Legitimation des Massaverwalters nichts einzuwenden.

9. Mit dieser Klage werden zwei verschiedene Ansprüche geltend gemacht. Es wird zunächst ein Schadenersatzanspruch erhoben wegen Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch Zuwendung einer Summe von 224,000 Fr. an die Bernische Bodenkreditanstalt, und sodann werden die Beklagten auf Grund ihrer Aktienzeichnung zur Einzahlung des ausstehenden Aktienkapitals angehalten.

10. Die Schadenersatzklage stützt sich darauf, daß die Beklagten bei der Verheimlichung der genannten Zuwendung an die Bodenkreditanstalt durch Nichtaufnahme in die Statuten mitgewirkt und dadurch die Schädigung mitverursacht haben. Der Kläger beruft sich diesfalls auf Art. 671 Ziff. 2 O.-R., welcher bestimmt, daß sowohl der Gesellschaft selbst, als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für Schadenersatz haftet, wer bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig war, wenn er wissentlich dabei mitgewirkt hat, daß eine Einlage oder die Übernahme von Vermögensstücken, oder eine Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen entgegen der Bestimmung des Art. 619 Abs. 1 in den Statuten verschwiegen oder verhehelt worden ist. Die Bestimmung dieses Art. 619 Abs. 1 geht dahin, daß in den Statuten genau der Übernahmepreis festzusetzen ist, wenn ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Aktiengesellschaft übernommen werden sollen; sowie, daß in den Statuten gleichfalls jeder besondere Vorteil festzusetzen ist, welcher zu Gunsten eines Aktionärs oder einer andern, bei der Gründung beteiligten Person bedungen wurde. Das Gesetz hebt damit besondere, bei der Gründung von Aktiengesellschaften mögliche Vorgänge, die eine Schwächung des Grundkapitals in sich schließen können, hervor, und verlangt, daß dieselben Jedem, der der zu errichtenden Gesellschaft beitreten oder mit ihr in Verbindung treten will, erkennbar gemacht werden, indem sie in die Statuten aufgenommen werden müssen. Derartige Vereinbarungen

sind nicht etwa verboten; allein da in denselben eine Schwächung des Grundkapitals und damit der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft liegen kann, muß jedem Interessenten die Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu informieren. Ob im einzelnen Fall eine solche Schädigung erfolge oder nicht, ist für die Pflicht der Festsetzung in den Statuten ohne Bedeutung; der legislative Grund der fraglichen Vorschrift liegt darin, daß bei diesen Vereinbarungen überhaupt eine Gefahr der Schwächung des Grundkapitals besteht und eine solche Schwächung erfahrungsgemäß gewöhnlich auch eintritt.

11. Die Zuwendung der 224,000 Fr. an die Bernische Bodenkreditanstalt bestand einerseits in der Festsetzung eines Übernahmepreises von 54,000 Fr. für die Konzession, und sodann in der Zuerkennung eines Honorars von 170,000 Fr. für Organisationsarbeiten und Kapitalbeschaffung, welche Summen aus dem Aktienkapital entrichtet werden mußten. Bei der Übernahme der Konzession könnte sich fragen, ob es sich hier um die Übernahme eines Vermögensstückes handle, dessen Übernahmepreis nach Art. 619 Abs. 1 O.-R. in den Statuten festzusetzen war, oder aber um eine Zuwendung, die sich als besonderer Vorteil im Sinne dieses Artikels darstellt. Da die Überlassung der Konzession immerhin einen gewissen Vermögenswert für die Gesellschaft repräsentierte, wird richtiger das erstere anzunehmen sein; indessen ist diese Unterscheidung praktisch ohne Bedeutung, indem für beide Fälle die Festsetzung in den Statuten vorgeschrieben ist. Was sodann das Honorar von 170,000 Fr. anbetrifft, so kommt lediglich in Frage, ob darin ein besonderer Vorteil zu Gunsten eines Aktionärs oder einer andern Person liege, der nach den genannten Gesetzesbestimmungen in den Statuten hätte festgesetzt werden sollen. Die Beklagten behaupten nun, die Zuwendung der 224,000 Fr. falle unter die Kategorie der Gründungskosten, und diese haben mit der Vorschrift des Art. 619 Abs. 1 O.-R. nicht betroffen werden wollen. Allein dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Fassung der Art. 619 Abs. 1 und Art. 671 Abs. 2 des eidgenössischen Obligationenrechtes läßt einen Zweifel darüber nicht zu, daß auch das Entgelt, das einem Gründer für dessen Leistungen bei der Gründung gewährt wird, unter die daselbst



enthaltenen Vorschriften fällt. Einmal beschränkt sich diese Vorschrift nicht auf die Einräumung gesellschaftlicher Vorteile, d. h. solcher Vorteile, welche dem einzelnen Aktionär als solchem gewährt werden. Wie aus dem Wortlaut des Art. 671 Ziff. 2 D. N. hervorgeht, wird davon ganz allgemein jede Begünstigung eines Aktionärs oder einer andern bei der Gründung beteiligten Person betroffen, und nicht etwa bloß die Einräumung einer Sonderstellung gegenüber den andern Aktionären. Der Ausdruck „besonderer Vorteil“, der in Art. 619 Abs. 1 D. N. gebraucht ist, darf daher nicht in diesem Sinne enge interpretiert werden, er umfaßt vielmehr jede Zuwendung, die irgend eine Begünstigung solcher Personen enthält. Es kann somit nicht darauf abgestellt werden, daß hier nicht ein gesellschaftlicher Vorteil eingeräumt, sondern lediglich eine Kapitalzuwendung bedungen worden sei. Sodann macht das Gesetz keinen Unterschied bezüglich der materiellen Rechtfertigung der Begünstigung. Aus dem Umstande, daß dasselbe nicht, wie die deutsche Aktiennovelle vom Jahre 1884, die Festsetzung des Aufwandes besonders vorschreibt, welcher zur Entschädigung an Aktionäre oder Andere für die Gründung oder deren Vorbereitung verwendet wird, darf nicht geschlossen werden, daß diese Gründungskosten überhaupt nicht in den Statuten festgesetzt zu werden brauchen. Die Berufung darauf, daß das frühere deutsche Aktiengesetz vom Jahre 1870, das dem eidgenössischen Obligationenrecht in den Bestimmungen über Aktienrecht vorbildlich war, die erwähnte Vorschrift des spätern noch nicht enthalten habe, ist für die Interpretation der Art. 619 und 671 D. N. schon deswegen nicht stichhaltig, weil das letztere gerade hier in seinem Wortlaut von dem Vorbilde abweicht. Während Art. 209 b des deutschen Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 sich dahin ausdrückt, es sei jeder zu Gunsten eines Aktionärs bedungene besondere Vorteil im Gesellschaftsvertrag festzusetzen, verallgemeinert das eidgenössische Obligationenrecht diese Bestimmung dahin, daß es dieser Vorschrift jede Begünstigung unterstellt, und zwar nicht nur die einem Aktionär, sondern auch die jeder dritten, an der Gründung beteiligten Person gewährte. Wäre daher auch richtig, daß auf Grund des deutschen Aktiengesetzes vom Jahre 1870 die Gründerbelohnung in den Statuten nicht festgestellt zu

werden brauchte, welche Ansicht übrigens angeichts der deutschen Doktrin und Praxis mindestens als zweifelhaft erscheint, so dürfte dieser Umstand für die Auslegung des eidgenössischen Rechtes nicht als maßgebend genommen werden. Daraus folgt im weitern, daß die Berufung auf Art. 656 Ziff. 1 D. N. und auf das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, Art. 2, ohne Behelf ist. Denn diese Gesetzesvorschriften beschäftigen sich nicht mit der Frage, ob und inwiefern Gründungskosten in die Statuten aufzunehmen seien, und welche Folgen sich an die Unterlassung knüpfen, sondern sie enthalten nur Bestimmungen, wie solche Kosten, ihre Zulässigkeit vorausgesetzt, in der Bilanz zu behandeln und zu amortisieren seien. Ebenföwenig ist die Genehmigung der Statuten durch den Bundesrat von Belang, indem derselbe keinen Entscheid über die Voraussetzungen und Wirkungen des Art. 619 zu geben hatte.

12. Ein weiteres objektives Erfordernis der Verantwortlichkeitsklage ist, daß durch die Beachtung der erwähnten Vorschriften ein Schaden entstanden sei. Nun kann kein Zweifel darüber obwalten, daß die Aktiengesellschaft tatsächlich einen Schaden erlitten hat; derselbe besteht darin, daß die der Bernischen Bodenkreditanstalt zugewendete Summe der Gesellschaft entzogen, ohne daß dieselbe dafür ein nennenswertes Äquivalent erhalten hatte, und daß dadurch ihr Grundkapital geschwächt worden ist. In dieser Beziehung stellt die Vorinstanz fest, daß die gesamten Emissions- und Gründungsstellen bei weitem nicht den Betrag ausmachten, den die Bernische Bodenkreditanstalt sich hiefür ausbedungen hat, nämlich bloß 14,814 Fr. 75 Cts., abgesehen von einer Gratifikation von 20,000 Fr., welche C. Brück erhielt, und von 4000 Fr., welche der Vorbereitungsgesellschaft für ihre Vorarbeiten bezahlt wurden. Es könnten also höchstens diese 14,814 Fr. 75 Cts., sowie eine etwaige Risikoprämie in Abzug gebracht werden.

13. In subjektiver Beziehung setzt die Haftbarkeit der auf Grund von Art. 671 Ziff. 2 belangten Personen voraus, daß dieselben bei der Verschweigung wissentlich mitgewirkt haben. Daß sie Vereinbarungen, deren Festsetzung in den Statuten vorgeschrieben ist, haben kennen müssen, genügt nicht; indem das

Gesetz wissenschaftliche Verschweigung voraussetzt, wollte es gerade die Haftbarkeit für fahrlässiges Nichtwissen, d. h. für bloß fahrlässige Übertretung der einschlägigen Vorschriften ausschließen. Dagegen genügt es für die Verantwortlichkeit der beteiligten Personen, daß sie Kenntnis von Vorgängen gehabt haben, die der Festsetzung in den Statuten bedurften, und es wird nicht erfordert, daß sie sich der Folgen der Verschweigung oder Verschleierung bewußt gewesen seien, oder daß die Verschweigung oder Verschleierung ihrerseits in böser, schädigender Absicht geschehen sei. Nun hat die Vorinstanz tatsächlich festgestellt, daß bei keinem der drei Beklagten eine Kenntnis von der Abmachung mit der Bernischen Bodenkreditanstalt nachgewiesen sei. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich, da sie weder auf einem Rechtsirrtum, noch auf aktenwidriger Annahme beruht. Bei den Beklagten West Eckel und Bloch, die sich bei der konstituierenden Versammlung, in welcher die Statuten genehmigt wurden, haben vertreten lassen, muß sich jedoch weiter fragen, ob denselben eine allfällige Kenntnis ihrer Vertreter anzurechnen sei. Bloch war vertreten durch den Beklagten Weill; bezüglich dieses letzteren ist festgestellt, daß er von den fraglichen Vorgängen, trotz seiner Anwesenheit an der Generalversammlung, keine Kenntnis gehabt habe. Dagegen ist kein Zweifel, daß der Vertreter der Beklagten West Eckel & Cie., C. Brück, in die in Betracht kommenden Verhältnisse vollständig eingeweiht war, denn er hatte ja selbst den Finanzvertrag mit der Bernischen Bodenkreditanstalt abgeschlossen. Ob nun den Vertretenen die Kenntnis ihres Stellvertreters ebenso anzurechnen sei, wie wenn sie diese Kenntnis selbst gehabt hätten, hängt davon ab, ob es sich hier um ein kontraktliches oder ein außerkontraktliches Verschulden handle. Im erstern Falle hätten die Beklagten für das schuldhafte Verhalten ihres Stellvertreters einzustehen, da in Vertragsverhältnissen die Willenserklärung des Vertreters auch für den Vertretenen verbindlich ist. Für außerkontraktliches Verschulden des Vertreters haftet dagegen der Vertretene der Regel nach nicht, und es könnte eine Haftbarkeit dieses letztern nur insoweit angenommen werden, als das Gesetz dieselbe ausnahmsweise vorschriebe. Dies ist jedoch mit Bezug auf die vorliegende Frage nicht der Fall; insbesondere kann von der An-

wendung des Art. 62 D.-R., der die Haftbarkeit des Geschäftsherrn für außerkontraktliches Verschulden seiner Angestellten oder Arbeiter regelt, hier nicht die Rede sein, da keine solchen Angestellten vorhanden sind. Nun handelt es sich im vorliegenden Fall offenbar nicht um ein kontraktliches Verschulden. Durch die Übertretung der Vorschrift des Art. 619 Abs. 1 D.-R. wurde keine vertragliche Verpflichtung verletzt. Man könnte hierbei nur an eine Vertragsverletzung gegenüber der Gesellschaft selbst denken; allein ein Vertrag zwischen den Gründern und der Aktiengesellschaft bestand nicht; denn diese letztere existierte noch gar nicht, sie sollte vielmehr erst gegründet werden und erhielt Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister. Das Verschulden des Brück stellt sich daher als ein außerkontraktliches dar, für dessen Folgen seine Vollmachtgeber nur insoweit haften würden, als ihnen ein Einverständnis mit der Handlungsweise ihres Vertreters nachgewiesen wäre, was aber, wie bereits bemerkt, nicht der Fall ist.

14. Ist somit in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen die Verantwortlichkeitsklage abzuweisen, so bleibt noch zu untersuchen, ob und in welchem Umfange die Beklagten aus ihrer Aktienzeichnung für die Einzahlung des ausstehenden Aktientkapitals haften. Hier können dieselben zunächst mit ihrer Einwendung, daß ihre Aktienzeichnung keine ernstgemeinte gewesen sei, nicht gehört werden. Wer durch Zeichnung von Aktien die Erklärung abgibt, sich bei der Gründung einer Aktiengesellschaft beteiligen zu wollen, haftet, wenn die Gesellschaft zu Stande gekommen ist, auf Grund dieser Erklärung schlechthin für die Einzahlung des von ihm übernommenen Beitrags zur Bildung des Gründungskapitals, und es kommt dabei auf eine gegenseitige Vereinbarung unter den Gründern nicht an. Auch die Aktiengesellschaft selbst kann den Zeichner einer Inhaberaktie von dieser Pflicht nur bis zur Hälfte des Nominalbetrages der Aktie befreien, und auch dies nur dann, wenn diese Entlastung in den ursprünglichen Statuten vorgesehen worden ist (Art. 636 D.-R.). Da eine derartige Bestimmung in den Statuten der Brienz-Rothhornbahn-Gesellschaft nicht enthalten ist, ergibt sich denn auch im weitern die Hinsälligkeit der von den Beklagten West Eckel & Cie. erhobenen Einrede, daß ihr

Rechtsvorgänger, die Firma Stähling & Cie., von der Verwaltungsbehörde der Bahngesellschaft seinen Verpflichtungen aus dem Zeichnungsschein enthoben worden sei; eine solche Entlassung seitens der Organe der Gesellschaft war angesichts des Art. 636 D.-R. vollständig rechtsumwirksam. Auf Grund der gleichen Gesetzesbestimmung muß auch die Einwendung als unrichtig zurückgewiesen werden, daß die Haftung der ursprünglichen Zeichner durch die nachträgliche, auf Grund der öffentlichen Subskription erfolgte Zeichnung aufgehoben worden sei. Die Aktiengesellschaft ist nicht etwa erst durch diese zweite Zeichnung gegründet worden, sondern auf Grund der ersten. Gestützt auf diese erste Zeichnung hat die konstituierende Versammlung vom 29. Mai 1890 stattgefunden, in welcher die Statuten genehmigt und die Verwaltungsorgane bestellt wurden, und die Eintragung der Gesellschaft in's Handelsregister erfolgte dann auch auf Grund der in dieser Versammlung genehmigten Statuten. Danach stellt sich somit die nachher erfolgte Weiterbegebung der Aktien auf dem Wege der öffentlichen Subskription rechtlich einfach als ein Verkauf derselben seitens der ursprünglichen Zeichner an die neuen Zeichner dar. Der Umstand, daß die Emission unter dem Namen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft erfolgte, ist dabei ohne Erheblichkeit; denn die Gesellschaft wäre nach Art. 628 D.-R. gar nicht berechtigt gewesen, die Aktien zu erwerben, und konnte daher auch nicht rechtsgültig über dieselben verfügen. Handelte es sich aber bei dieser Emission einfach um eine Übertragung der Aktienrechte seitens der ersten Zeichner an Dritte, so kann nach Art. 636 D.-R. kein Zweifel darüber bestehen, daß durch die zweite Zeichnung die Haftbarkeit der ersten Zeichner auf Einzahlung der übernommenen Aktienbeträge nicht aufgehoben werden konnte.

15. Auch die Einrede der Beklagten, sie müssen aus dem weitem Grunde von der Aktieneinzahlung befreit werden, weil die Massaverwaltung ihnen die entsprechenden Aktienrechte infolge bereits erfolgter Begebung der Aktientitel nicht einräumen könne, kann nicht geschützt werden. Denn in dem Falle, wo die zwangsweise Liquidation über die Aktiengesellschaft eingetreten, und der Massaverwalter veranlaßt ist, die rückständige Aktieneinzahlung zur Deckung der Passiven einzufordern, hat die Ein-

räumung von Aktienrechten überhaupt keine praktische Bedeutung mehr, da der Massaverwalter zu dieser Einforderung eben nur insoweit berechtigt erscheint, als dies zur Deckung der Passiven erforderlich ist. Für den ausnahmsweise möglichen Fall, daß die eingeforderten Aktienrückstände einen Überschuß über die Passiven hinaus ergäben, würde dieser Überschuß einfach verhältnismäßig an diejenigen Personen zurückzuzahlen sein, welche denselben einbezahlt haben. Die Aktienrechte der einzahlenden Zeichner werden daher in diesem Falle genügend gewahrt, wenn ihnen für ihre Einzahlung einfach Quittung ausgehändigt wird, welche ihnen als Legitimation für die Rückforderung des allfällig zu viel eingeforderten Betrages dienen würde.

16. Die Beklagten haften somit für die vollständige Liberierung der von ihnen gezeichneten Aktien. Dieser Verpflichtung ist einzig der Beklagte Bloch nachgekommen. Was die beiden andern Beklagten betrifft, so hat nicht festgestellt werden können, in welchem Betrage auf ihre Aktien Einzahlungen stattgefunden haben; unter diesen Umständen müssen die Einzahlungen auf die Gesamtzahl der gezeichneten Aktien berechnet werden, mit Ausnahme der Einzahlungen des Beklagten Bloch, welche einzig auf seine Aktien gemacht worden sind. Danach ist der Ausfall auf 2350 Aktien zu berechnen. Für denselben haften die Beklagten West Eckel & Cie. und Weill im Verhältnis ihrer Beteiligung an der ersten Subskription, und es trifft somit, gemäß dem eventuellen Antrag der Klagepartei, auf West Eckel & Cie. einen Betrag von 37,280 Fr. 90 Cts., nebst Zins zu 6 % von 1106 Fr. 40 Cts. seit 1. Dezember 1890, von 10,510 Fr. 65 Cts. seit 1. Juni 1891 und von 25,663 Fr. 85 Cts. seit 30. September 1891, und auf E. Weill einen solchen von 14,912 Fr. 25 Cts., nebst 6 % Zins von 442 Fr. 45 Cts. seit 1. Dezember 1890, von 4204 Fr. 25 Cts. seit 1. Juni 1891 und von 10,265 Fr. 55 Cts. seit 30. September 1891.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Beklagten West Eckel & Cie. wird als unbegründet abgewiesen, dagegen diejenige der Klägerin als teilweise begründet erklärt, und daher das Urteil des Appellationsgerichtes

des Kantons Baselstadt vom 4. März 1895 in dem Sinne abgeändert, daß zu bezahlen haben:

- a. West Eckel & Cie. 37,280 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu 6% von Fr. 1,106 40 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 10,510 65 " 1. Juni 1891, und  
 " " 25,663 85 " 30. September 1891;  
 b. E. Weill 14,912 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 6% von Fr. 442 45 seit 1. Dezember 1890;  
 " " 4,204 25 " 1. Juni 1891, und  
 " " 10,265 55 " 30. September 1891.

Mit ihrer Mehrforderung wird die Klägerin abgewiesen. Ebenso hat es bei der Klageabweisung gegenüber dem Beklagten Bloch sein Bewenden.

#### 77. Urteil vom 8. Juni 1895 in Sachen Noth gegen Sommer.

A. Durch Urteil vom 7. Februar 1895 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Dem Kläger Kaspar Noth ist sein Vorklagsbegehren in einem Betrage von 6192 Fr. 45 Cts. zugesprochen, unter Vorbehalt des Entscheides über die Widerklage.

2. Derselbe ist mit seinem peremptorischen Widerklagsbegehren abgewiesen.

3. Der Beklagten, Firma Johannes Sommer, ist ihr Widerklagsbegehren für einen Betrag von 1200 Fr. zugesprochen.

4. Danach hat die Beklagte dem Kläger einen Saldo von 4992 Fr. 45 Cts. zu bezahlen, zinsbar zu 5% seit 14. Februar 1893.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Berufung an das Bundesgericht und stellte folgende Abänderungsbegehren: a. Zuspruch seiner peremptorischen Einreden gegenüber dem Widerklagsbegehren; b. Vollständige Abweisung der Widerklage. Die Beklagte stellte in einer Eingabe vom 14. April 1895 den Antrag, es sei auf die Berufungserklärung des Klägers

nicht einzutreten, weil in derselben nicht angegeben sei, inwieweit das Urteil angefochten werde und welche Abänderungsanträge gestellt werden. Eventuell schloß sich die Beklagte der Berufung an und stellte folgende Anträge: 1. Es sei das Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils in der Weise abzuändern, daß der bei klagten Firma Johannes Sommer ihr Widerklagsbegehren für einen Betrag von 2877 Fr., eventuell für einen Betrag von wesentlich mehr als 1200 Fr. zugesprochen werde. 2. Es sei das Dispositiv 4 entsprechend abzuändern und der Saldo, den die Beklagte dem Kläger zu bezahlen hat, auf höchstens 3315 Fr. 45 Cts., unter Abrechnung der zuzubilligenden Preisdifferenz (Dispositiv 3) zu bestimmen.

C. Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt des Klägers und Widerbeklagten seine schriftlich gestellten Anträge und beantragt Abweisung der Anschlußberufung. Der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin läßt seinen Antrag, auf die Berufungserklärung des Klägers nicht einzutreten, fallen, mit der Bemerkung, daß seine Annahme, es seien darin die Abänderungsanträge nicht enthalten, auf Irrtum beruhe. Sodann hält er an seinen in der Anschlußberufung gestellten Anträgen fest, und beantragt Abweisung der Berufung des Klägers.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 22. September 1891 verkaufte der Kläger Kaspar Noth in Gofau der Beklagten, Firma Sommer in Langenthal, circa 600 Stück seiner fetten Käse von Niederdorf und Andwyl aus der Zeit vom 1. Mai bis 30. September 1891, franko Station Gofau, in gesundem Zustande geliefert, zum Preise von 152 Fr. per 100 Kilo mit 6% Ausgewicht. Überdies war ein Trinkgeld für Primawaare verabredet. Die Zahlung hatte jeweilen sofort nach Empfang der Käse zu geschehen. In dem Bestätigungsschreiben des Verkäufers wird weiters bestimmt, daß die Käse auszustechen seien, Gäsler, Risser, Vorbrüchler und geblähte oder sonst von schlechter Milch zeugende, sowie schadhafte und harte Käse sollten als Ausschuf gelten, so daß der Käufer nur schöne großgelochte Kaufmannswaare anzunehmen verpflichtet war. Der Verkäufer garantierte noch besonders für das gute Ausfallen der Käse vom August und September. Endlich wird