

Beweis nicht einmal angetreten, geschweige denn geleistet haben, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht, in Gutheißung der Berufung des Klägers und Widerbeklagten, erkannt:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Baselland, vom 19. Dezember 1898, wird dahin abgeändert, daß die Widerklage abgewiesen wird.

#### 11. Urteil vom 24. Februar 1899

in Sachen Walliser Industriegesellschaft gegen Trost.

*Art. 671 Ziff. 2 und 673 O.-R. Gründervorteil.*

A. Durch Urteil vom 9. Dezember 1898 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin entweder in bar oder in liberierten Aktien der Gesellschaft den Betrag von 50,000 Fr. nebst Zins zu 5 % von der Klage an zu bezahlen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Klägerin diesen Berufungsantrag. Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 29. April 1896 übertrug die Firma Manz & Cie. in Bernayaz einem Konsortium, bestehend aus dem heutigen Beklagten N. Trost und vier weiteren Mitbeteiligten die ihr zustehende Konzession für die Nutzbarmachung der Wasserkräfte der Salanfe (Kanton Wallis) für den Kaufpreis von 250,000 Fr. Davon waren ursprünglich 50,000 Fr. am 1. September 1896 bar zu bezahlen und 100,000 Fr. den Verkäufern in liberierten Aktien „der von den Käufern zu gründenden Aktiengesellschaft“

auszuhändigen; gemäß Nachtrag vom 9. Mai 1896 wurde in dessen der Betrag der den Verkäufern als ihre Beteiligung zu überlassenden Aktien auf 50,000 Fr. reduziert und derjenige der am 1. September 1896 zu leistenden Barzahlung auf 100,000 Fr. erhöht. Dieser Vertrag sollte am 1. Mai 1896 in Kraft treten. Mit Vertrag vom 1. Juni 1896 verkaufte das erwähnte Konsortium die Konzession für den Preis von 250,000 Fr. weiter an E. Hardmeyer zu Händen der zu konstituierenden Walliser Industriegesellschaft, der heutigen Klägerin. Dieser Vertrag erhielt die Genehmigung der am 19. Juni 1896 zusammengetretenen konstituierenden Generalversammlung der Klägerin, in welcher 9 Aktionäre, die das ganze Aktienkapital repräsentierten, anwesend waren, darunter der damalige Präsident der Klägerin, E. Hardmeyer, J. F. Manz von der Firma Manz & Cie., sowie der Beklagte, der in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Nach diesem zweiten Vertrage sollte die letzte Rate des Kaufpreises im Betrage von 50,000 Fr. am 15. Oktober 1896 bar bezahlt werden. Zweck der klägerischen Aktiengesellschaft war nach den in dieser Generalversammlung angenommenen Statuten, § 1: Der Erwerb der Wasserrechtskonzession des Beklagten und der Mitbeteiligten und die Nutzbarmachung der bezüglichen Wasserkraft. Nach der Konstituierung der Klägerin gaben Manz & Cie. dem Beklagten 50,000 Fr. in liberierten Aktien im Nominalwerte von 1000 Fr. Mit Klage vom 2. Juli 1898 stellte nun die Klägerin das Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihr entweder in bar oder in liberierten Aktien ihrer Gesellschaft den Betrag von 70,000 Fr. zu bezahlen, samt Verzugszins zu 5 % von der Klage an. Sie stützte dieses Begehren auf Art. 671 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 619 Abs. 1, sowie auf Art. 673 D.-R. und brachte vor: Von Anfang an sei sie, die Klägerin, als die wirkliche Käuferin angesehen worden und das Konsortium nur der Formalität halber dazwischen getreten; das Konsortium habe aus den Gründern der klägerischen Aktiengesellschaft bestanden. Nun haben zwei dieser Gründer, der Beklagte und ein A. Schönenberger, mit Manz & Cie. eine geheime Abmachung getroffen, wonach ihnen zusammen die in liberierten Aktien zu verabsolgendenden 100,000 Fr. des Kaufpreises zu überlassen seien, und hievon

habe der Beklagte 70,000 Fr. in bar oder in liberierten Aktien erhalten. Von dieser Abmachung sei weder den übrigen Mitgliedern des Konsortiums noch der Klägerin bei der Konstituierung oder später etwas mitgeteilt worden; die Sache sei erst im Sommer 1897, bei der Bestellung eines neuen Verwaltungsrates an den Tag gekommen; Schönenberger habe daraufhin seine 30 Stück Aktien zurückgegeben. Es handle sich hier um einen Gründervorteil, der vom Beklagten auf arglistige Weise erlangt, und der der Klägerin entgegen der Vorschrift des Art. 619 Abs. 1 verschleiert worden sei, weshalb der Beklagte zur Rückerstattung verpflichtet sei; zudem liege in seinem Gebahren eine Verletzung seiner Pflichten als Mitglied des Verwaltungsrates. Der Beklagte gab zu, von Manz & Cie. 50,000 Fr. in liberierten Aktien der klägerischen Gesellschaft empfangen zu haben, nahm aber den Standpunkt ein, daß berühre die Klägerin in keiner Weise und erscheine nicht als Gründervorteil, sondern als Provision, die von Manz & Cie. für die Ermöglichung der Bewertung der Konzession bezahlt worden sei. Das sei übrigens den übrigen Mitgliedern des Konsortiums und den mit ihnen größtenteils identischen Aktionären bekannt gewesen. Eventuell wären sämtliche Konsortialen und nicht der Beklagte allein zu belangen. Weiter eventuell erhob der Beklagte die Einrede der Verjährung, gestützt auf Art. 69 D.-R. In der Replik gab die Klägerin zu, daß der Beklagte nur 50 Aktien erhalten habe. Die Vorinstanz ist zu ihrem Eingangs mitgeteilten Urteile auf Grund folgender Erwägungen gelangt: Die Verträge vom 29. April und vom 1./19. Juni 1896 seien als durchaus getrennt zu betrachten und jeder habe für sich besondere Rechtsverhältnisse geschaffen und ausschließlich die dabei beteiligten Vertragspersonen verpflichtet und berechtigt. Nun sei nach Lage der Akten anzunehmen, daß die Zuwendung der 50,000 Fr. an den Beklagten in der That eine Provision für den Verkauf der Wasserrechtskonzession gebildet habe; der Beklagte habe daher diesen Betrag von Manz & Cie. und nicht von der Klägerin, nicht in seiner Eigenschaft als Gründer erhalten; davon haben auch die übrigen Mitglieder des Konsortiums Kenntnis gehabt. Überdies sei der Zweckbestimmung des Art. 619 D.-R. nicht zuwidergehandelt worden: dieser bezwecke

Vorgänge, welche eine Schwächung des Grundkapitals nach sich ziehen könnten, jedem, der einer zu errichtenden Aktiengesellschaft beitreten, oder mit ihr in Verbindung treten wolle, erkennbar zu machen; hier sei nun dieser Vorgang der Kauf der Konzession gewesen um den Kaufpreis von 250,000 Fr., und betreffend diesen Kaufpreis sei nichts verheimlicht worden.

2. Die Klage ist zu bezeichnen als Schadenersatzklage aus Art. 671 Ziff. 2 und Art. 673 D.-R., gerichtet von der klägerischen Aktiengesellschaft gegen den Beklagten als Person, die bei der Gründung der Gesellschaft thätig war, sowie als Mitglied des Verwaltungsrates, wegen Verletzung der dem Beklagten in dieser Eigenschaft obliegenden Pflichten. Zu dieser Klage ist die Klägerin formell unzweifelhaft legitimiert und es ist auch die Passivlegitimation des Beklagten gegeben, da er sowohl bei der Gründung der klägerischen Gesellschaft thätig gewesen ist, als auch nachher Mitglied des Verwaltungsrates war. Soweit die Klage sich indessen auf den zweitgenannten Klagegrund, die Verletzung der Pflichten des Beklagten als Mitglied der Verwaltung, stützt, kann sie von vornherein nicht gutgeheißen werden. Denn indem Art. 673 D.-R. die Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft dieser gegenüber verantwortlich erklärt für den Schaden, den sie infolge Verletzung oder Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten erleidet, versteht das Gesetz unter diesen Pflichten die speziellen aus der Stellung als Verwaltungsmitglied erwachsenden Pflichten, also die Pflichten der Vertretung, der Geschäftsführung und der Aufsicht, wie sie in den Art. 654 ff. D.-R. geregelt sind. Eine Verletzung dieser Pflichten kann nun in der Annahme eines Gründervorteils und der Verschleierung dieser Annahme, also in der Verletzung des Art. 619 Abs. 1 D.-R., gesetzt, sie liege vor, auf keinen Fall erblickt werden; vielmehr ist hiefür lediglich der Schadenersatzanspruch des Art. 671 Ziff. 2 eod. gegeben, auf welchen nunmehr einzutreten ist.

3. Die gesetzlichen Voraussetzungen dieses letzteren Anspruches nun sind folgende: Es muß bei der Gründung einer Aktiengesellschaft die Verschweigung oder Verschleierung einer Einlage oder einer Übernahme von Vermögensstücken oder einer Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen entgegen der Be-

stimmung des Art. 619 Abs. 1 D.-R. in den Statuten stattgefunden und hierbei der Belangte wesentlich mitgewirkt haben, und daraus der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Übernahmepreis der Konzession hier in den Statuten hätte festgesetzt werden müssen; jedenfalls kann die Klägerin aus dieser Unterlassung keinen Anspruch herleiten; es müßte vielmehr diese Nichteintragung auf einer Verheimlichung beruhen. Hievon nun kann offensichtlich keine Rede sein, da der Ankaufspreis allen Aktionären, die bei der konstituierenden Generalversammlung mitwirkten, genau bekannt sein mußte, schon weil ja die Übernahme der Konzession nach den Statuten der erste Zweck der Gesellschaft war. Fraglich kann also nur noch sein, ob ein besonderer Gründervorteil zu Gunsten des Beklagten verschwiegen oder verschleiert worden ist. Damit von einem Gründervorteil im Sinne der Art. 619 Satz 2 und 671 Abs. 2 die Rede sein könne, ist nun vor allem erforderlich, daß dieser Vorteil festgesetzt werde auf Kosten der Gesellschaft, daß dem Gründer Rechte gegen die Gesellschaft eingeräumt werden. Diese Einräumung kann begriffsgemäß nur stattfinden durch die bei der Gründung Mitbeteiligten, weshalb das Gesetz von einer „Mitwirkung“ spricht. Diese Mitbeteiligten müssen also im Einverständnis handeln, und es ist undenkbar, daß ein einzelner Gründer allein ohne Mitwirkung der Mitgründer sich einen Vorteil auf Kosten der Gesellschaft verschaffen könne. Wäre daher die Klagebegründung: Daß die Mitbeteiligten von dem dem Beklagten zu gewährenden Vorteile keine Kenntnis gehabt hätten, richtig, so könnte die Klage unmöglich gutgeheißen werden. Nun ist allerdings durch die Vorinstanz in mit den Akten übereinstimmender Weise festgestellt, daß die Mitbeteiligten von diesem Vorteile Kenntnis hatten. Entscheidend für das Schicksal der Klage ist nun, ob das Konsortium, dem der Beklagte angehörte, bei Abschließung des Vertrages mit Manz & Cie. nur formell im eigenen Namen, materiell dagegen für die (damals erst zu gründende) Klägerin gehandelt hat, oder ob die beiden Verträge als selbständige von einander unabhängige, die Rechte und Pflichten nur für die beiden jeweiligen Vertragsteile begründenden, anzusehen sind. Nach dem ganzen Inhalte der beiden Verträge ist nun,

mit der Vorinstanz, letzteres anzunehmen. Dafür sprechen folgende Umstände: Der Vertrag zwischen Manz & Cie. einerseits und dem Konsortium andererseits ist ohne jede Klausel, welche darauf schließen lassen würde, das Konsortium handle nicht in seinem eigenen Namen, abgeschlossen worden: es fehlt insbesondere der Vorbehalt einer Genehmigung durch die zu errichtende Aktiengesellschaft; der Vertrag war vielmehr definitiv und sollte am 1. Mai 1896 in Kraft treten. Ferner waren vom Kaufpreis 25,000 Fr. schon am 15. Mai 1896 in bar zu bezahlen und war auch hier kein Vorbehalt gemacht; die Bestimmung betreffend Zahlung eines Teiles des Kaufpreises in Aktien hatte nur Bedeutung für den Fall, daß die Aktiengesellschaft gegründet werden sollte, das Zustandekommen war aber nicht Bedingung der Rechtsgültigkeit des Vertrages. Endlich stipulieren die Statuten der Klägerin als Zweck der Gesellschaft in erster Linie den Erwerb der „Wasserrechtskonzession der Herren Trost und Mitbeteiligten.“ Zum Übergang der Konzession auf die Klägerin war ein neues Rechtsgeschäft nötig, und der erste Vertrag wäre nicht dahingefallen, wenn der zweite nicht zu Stande gekommen wäre. Übrigens sieht die Doktrin allgemein das Gründerkonsortium als einfache Gesellschaft, die auf eigene Gefahr handelt, an (vgl. Staub, Komm. Art. 209 § 16, S. 376; Rudorff, H.-G.-B. vom 10. Mai 1897, § 189, S. 133). Hiernach waren die 50,000 Fr., die dem Beklagten bezahlt wurden, in der That eine Provision, die ihm von Manz & Cie. geleistet wurde, und geschah diese Leistung nicht aus dem Vermögen der Klägerin, so daß ihr ein Schaden nicht entstanden ist. Sie kann daher auch unmöglich zur Rückforderung dieser Leistung berechtigt sein.

4. Unter diesen Umständen braucht die vom Beklagten eventuell erhobene Einrede der Verjährung nicht geprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und somit das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 9. Dezember 1898 in allen Teilen bestätigt.