

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 6. Mai 1910 in allen Teilen bestätigt.

79. Urteil vom 1. Dezember 1910 in Sachen

Basler Kantonalbank, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Basler Baugesellschaft, A.-G., Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 671 Ziff. 2 u. 3 OR: Verantwortlichkeit der Gründer einer Aktiengesellschaft. Die Mangelhaftigkeit der Statuten, im Sinne des Art. 671 Ziff. 2 OR, begründet die Schadenersatzpflicht der Gründer nur, sofern sie für das Verhalten des Geschädigten, das zu dessen Verlust führte, kausal war. Nichtzutreffen dieser Voraussetzung mit Bezug auf den vorliegenden Anspruch der Klägerin als Gesellschaftsgläubigerin. Mangelnder Schadensnachweis für den Anspruch der Klägerin als « Zessionarin » der Gesellschaft und ihrer Konkursmasse. — Haftung für unwahre Angaben über die Gesellschaftsgründung (Art. 671 Ziff. 3 OR)? Angebliche Mitwirkung blosser « Strohänner » als Gründer.

A. — Durch Urteil vom 24. Mai 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Beklagte zur Zahlung von 47,621 Fr. 35 Cts. samt 5 % Zins seit dem 17. Dezember 1908 an die Klägerin zu verurteilen.

2. Es sei die Beklagte zur Bezahlung weiterer 67,517 Fr. 30 Cts., eventuell 12,617 Fr. 90 Cts. samt 5 % Zins seit dem 15. November 1906 an die Klägerin zu verurteilen.

Als Nebenantrag ist ferner Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung angebeht worden.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der

Berufungsklägerin diese Anträge erneuert. Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Gasthof zum „Bären“ in Basel war seiner Zeit Eigentum des Hans Bürchler gewesen, der darauf folgende Hypotheken schuldete: 1. Zwei erste Hypotheken von je 100,000 Fr. zu Gunsten des Bürgerospitals Basel und des Professors Schief. 2. Eine weitere erste Hypothek von 400,000 Fr. zu Gunsten der Klägerin, der Basler Kantonalbank. 3. Eine zweite Hypothek von 292,500 Fr. zu Gunsten der Handwerkerbank. 4. Eine dritte Hypothek von 105,000 Fr. zu Gunsten der Beklagten. 5. Eine vierte Hypothek von 120,000 Fr. zu Gunsten des Gabriel Sedlmayr zum Spatenbräu in München. Bürchler kam in Konkurs und die Beklagte, die Basler Baugesellschaft A.-G., ersteigerte am 18. August 1906 den Gasthof zum Preise von 650,000 Fr. zu Händen einer noch zu konstituierenden Aktiengesellschaft. Der Zuschlag erfolgte „an Aktiengesellschaft zum Bären, falls diese nicht zustande kommt, an Basler Baugesellschaft“. Die A.-G. zum Bären wurde dann tatsächlich am 4. Oktober 1906 konstituiert und zwar von fünf Aktienzeichnern, nämlich der Beklagten, Gabriel Sedlmayr, zum „Spaten“ in München, und den Direktoren Wilhelm Siber, Georg Rappke und Adolf Vischer. In § 2 der Statuten wurde bestimmt: „Die Gesellschaft übernimmt als „Eigentümerin mit Wirkung vom 18. August 1906 das amtlich „auf 1,030,000 Fr. geschätzte, von der Basler Baugesellschaft in „ihrem Namen und Auftrag um 650,000 Fr. an gerichtlicher „Gant gekaufte Hotel Bären in Basel und als Schuldnerin die „bisher auf dem genannten Hotel bestehende Hypotheken von „600,000 Fr. im I. Rang und 292,500 Fr. im II. Rang, „durch deren Übernahme gleichzeitig der Gantkaufpreis zu decken „ist. Ferner übernimmt sie als Schuldnerin die bisherige III. Hypothek von 105,000 Fr. der Basler Baugesellschaft und die „bisherige IV. Hypothek des Spatenbräu in München von „120,000 Fr. Für die beiden letztgenannten Hypotheken erhalten „die Gläubiger Aktien der Gesellschaft, welche als durch Verrechnung voll einbezahlt zu behandeln sind, und zwar erhält die

„Basler Baugesellschaft 105, die Firma Gabriel Sedlmayr, „Brauerei zum Spaten in München, 120 Stück à je 1000 Fr.“ Außer diesen 225 Apportaktien bestand das Aktienkapital noch aus 100 Aktien von je 1000 Fr., die von den Direktoren Söber, Lappé und Wischer gezeichnet worden waren und von denen § 5 der Statuten sagt, daß sie voll in bar eingezahlt seien.

Inzwischen hatte, unmittelbar nach der Ersteigerung des Gasthofes zum Bären, Dr. Alfred Wieland in Basel namens der zu gründenden Aktiengesellschaft die Klägerin ersucht, ihre Hypothek I. Ranges von 400,000 Fr. auf die neue Aktiengesellschaft zu übertragen. Die Klägerin antwortete zustimmend, worauf Dr. Wieland im weiteren anfragte, ob die Klägerin der neuen Gesellschaft als Hypothekendarlehen zu den bestehenden 400,000 Fr. noch weitere 200,000 Fr. bewilligen würde. Die Klägerin ließ sich von Dr. Wieland Auskunft geben über die Höhe des Aktienkapitals der zu gründenden Gesellschaft, der Bareinzahlungen an dieses Kapital und der Beteiligung der Beklagten und der Firma Gabriel Sedlmayr. Dr. Wieland übersandte ihr einen Statutenentwurf und teilte ihr dann am 5. Oktober mit, daß sich die Gesellschaft konstituiert habe und die Statuten in der Fassung jenes Entwurfes angenommen worden seien, abgesehen von einigen formellen Punkten (die hier nicht in Betracht kommen). Auf dies entsprach die Klägerin mit Schreiben vom 10. Oktober (unter bestimmten, nachher angenommenen Bedingungen) dem Darlehensgesuch. Am 15. November 1906 wurde, unter Ablösung der bisherigen I. Hypotheken Bürgerspital und Schieß von zusammen 200,000 Fr., zu Gunsten der Klägerin eine Hypothekarobligation von 600,000 Fr. im ersten Range, mit Zinspflicht vom 15. August 1906 an, begründet, welcher Titel den früheren von 400,000 Fr., für den die Klägerin der Konkursmasse Büchler eine Entlassungserklärung ausstellte, ersetzte. Der Betrag dieses früheren Titels samt den rückständigen Zinsen (30,178 Fr.) wurde mit dem Betrag des neuen Titels samt Zinsen vom 15. August bis 15. November verrechnet und der Barüberschuß (172,313 Fr. 65 Cts.) als Darlehensbetrag von der Klägerin der Beklagten ausbezahlt.

Laut einer Abrechnung des Dr. A. Wieland sind ferner durch

ihn für Rechnung der A.-G. zum Bären am 15. November auch die rückständigen Zinsen der bisherigen I. Hypotheken Bürgerspital (9494 Fr. 65 Cts.) und Schieß (9076 Fr. 90 Cts.) sowie die rückständigen Zinsen der der Handwerkerbank zustehenden II. Hypothek von 292,000 Fr. (18,767 Fr. 85 Cts.) bezahlt worden, sodas die Gesellschaft mit Inbegriff jener durch Verrechnung getilgten Zinsansprüche der Klägerin von 30,178 Fr. insgesamt 67,517 Fr. 30 Cts. zur Tilgung der rückständigen Zinsen verauslagt hat.

Ferner hat die A.-G. zum Bären der Beklagten einen Betrag von 14,700 Fr. am 13. Dezember 1906 gutgeschrieben und am 7. Januar 1907 ausbezahlt, als Ersatz für die Kosten einer Reihe von Instandstellungsarbeiten, die die Beklagte im Einverständnis mit der Firma Gabriel Sedlmayr im Hotel hatte vornehmen lassen. Endlich hat sie der Beklagten am 9. Februar 1907 3800 Fr. für Hotelmobiliar bezahlt, das diese aus der Konkursmasse Büchler zum dem gleichen Preise erworben hatte.

Im August 1908 ist über die A.-G. zum Bären der Konkurs eröffnet worden. An der Konkurssteigerung vom 17. Dezember 1908 hat die Klägerin das Hotel zum Bären um 600,000 Fr. erworben und dabei an ihrer Hypothekarforderung samt Zinsen und Kosten einen Verlust von 47,621 Fr. 35 Cts. erlitten.

2. — Mit der vorliegenden, von den beiden Vorinstanzen als unbegründet befundenen Klage hat sie zunächst das (nachträglich wieder fallen gelassene und daher nicht mehr zu prüfende) Begehren gestellt: Die Beklagte habe der Klägerin 647,081 Fr. 35 Cts. nebst 5 % Zins seit dem 17. Dezember 1908 zu bezahlen, sofern diese bereit sei, den Gasthof zum Bären der Beklagten hypothekenfrei, aber auf Kosten der Beklagten, zu übertragen. In eventueller Weise wurde das nunmehrige Hauptbegehren gestellt: Die Beklagte habe der Klägerin den erwähnten Steigerungsausfall von 47,621 Fr. 35 Cts. samt 5 % Zins seit dem 17. Dezember 1908 (Steigerungstag) zu bezahlen. Außerdem hat die Klägerin, und zwar als Zessionarin der Gesellschaft und der Konkursmasse der Aktiengesellschaft zum Bären, verlangt, die Beklagte habe ihr weitere 67,517 Fr. 30 Cts. samt 5 %

Zins seit dem 15. November 1906 (also den Betrag jener von der Gesellschaft entrichteten Hypothekarzinsen, mit Zins vom Tage ihrer Entrichtung an) zu bezahlen.

Das erste der noch streitigen Begehren wird wie folgt begründet: Die Zahlungen der Hypothekarzinse von 67,517 Fr. 30 Cts., der Reparaturen von 14,700 Fr. und der Möbel von 3800 Fr. stellten eine Erhöhung des Übernahmeypreises der Liegenschaft und besondere Vorteile der Gründer dar, die nach Art. 619 OR in den Statuten ausdrücklich hätten erwähnt werden sollen. Durch die Unterlassung dessen sei der Schein erweckt worden, als stehe der Aktiengesellschaft das nach den Statuten in bar einbezahlte Aktienkapital von 100,000 Fr. als Betriebskapital zur Verfügung. Gerade im Vertrauen hierauf habe die Klägerin das Darlehen bewilligt, während sie es nicht getan und somit auch keinen Verlust erlitten hätte, wenn sie aus den Statuten hätte ersehen können, daß das Aktienkapital von 100,000 Fr. durch die drei Zahlungen bereits aufgezehrt werde. Nach Art. 671 Ziff. 3 OR sei ihr die Beklagte als Gründerin ersatzpflichtig.

Hinsichtlich des zweiten Begehrens wird ausgeführt: Durch die fraglichen Verletzungen des Art. 619 OR sei sodann auch der Gesellschaft selbst ein Schaden entstanden, indem die Zinszahlungen von zusammen 67,517 Fr. 30 Cts. das Aktienkapital geschwächt hätten. Die Gründer hätten daher ebenfalls nach Art. 671 Ziff. 2 diesen Betrag der Gesellschaft zu ersetzen. Der Anspruch hierauf ergebe sich zudem auch aus der Ziffer 3 jenes Artikels: Von den fünf bei der Konstituierung beteiligten Aktionären seien nämlich in Wirklichkeit drei, die Direktoren Siber, Lappelle und Wischer, bloße „Strohänner“ der beiden andern, der Beklagten und der Firma Gabriel Sedlmayr, gewesen. Das erhelle aus einem Schreiben des Dr. Wieland vom 5. Oktober 1906, worin mitgeteilt wurde, daß die Beklagte und das Spatenbräu je 50,000 Fr. Aktien übernommen und bar einbezahlt hätten. Das gleiche müsse sich auch aus dem Gründungsvertrag und den Büchern der genannten zwei Firmen ergeben, deren Edition verlangt werde. Es habe so an der für die Konstituierung erforderlichen Mindestzahl von fünf Aktionären gefehlt und sei die Abstimmung über den

§ 2 der Statuten ungültig. Ohne jenes gesetzwidrige Vorgehen wäre die Gründung der Aktiengesellschaft gescheitert, hätte diese Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen werden können und wären alle ihre nunmehrigen ungedeckten Passiven nicht entstanden. Die sämtlichen Gründer seien sich dieser Gesetzwidrigkeit der Konstituierung bewußt gewesen und daher hätten sie, also namentlich auch die Beklagte, der Gesellschaft und der Klägerin als deren Zessionarin für die Deckung der erwachsenen Passiven einzustehen, die noch bedeutend höher seien als die eingeklagte Summe.

3. — Das erste der noch streitigen beiden Rechtsbegehren, wonach die Klägerin den im Konkurse der A.-G. zum Bären erlittenen Verlust ersetzt wissen will, erhebt sie, gestützt auf Art. 671 Ziff. 2 OR, als frühere Gläubigerin der durch den Konkurs aufgelösten Aktiengesellschaft gegen die Beklagte als deren einstige Mitgründerin. Die Verletzung der genannten Ziffer 2 und des Art. 619 Abs. 1 OR, auf den diese verweist, erblickt die Klägerin darin, daß die Statuten die Übernahme dreier Forderungsposten — der rückständigen Zinsen von zusammen 67,517 Fr. 30 Cts., des Ersatzes der Reparaturkosten von 14,700 Fr. und des Preises für die Möbel von 3800 Fr. — verschwiegen oder verschleierte hätten.

Vor allem fragt es sich nun, ob die behauptete Mangelhaftigkeit der Statuten, und im besondern ihres § 2, für den Entschluß der Klägerin, das Darlehen zu gewähren, überhaupt bestimmend gewesen sei oder ob die Klägerin es nicht auch dann gewährt hätte, wenn die Statuten hinsichtlich der fraglichen drei Punkte die gerügte Undeutlichkeit und Unvollständigkeit nicht aufwiesen.

Bei der Prüfung dieser Frage darf nicht einzig auf den Wortlaut und Inhalt der Statuten abgestellt werden. Vielmehr ist, wenigstens soweit es sich um die angefochtenen Zinszahlungen handelt, mitzuerwägen, daß die Klägerin als frühere Hypothekargläubigerin des Büchler und als Gläubigerin in dessen Konkurs, sowie infolge der Verhandlungen mit der Beklagten über die Gewährung des Darlehens in gewissem Umfange über die Verhältnisse aufgeklärt sein mußte und deshalb nicht in der

gleichen Stellung war, wie ein fernstehender Dritter, der sich sein Urteil lediglich aus den Statuten selbst zu bilden gehabt hätte. Und wenn allfällig ein Dritter durch die Fassung der Statuten hätte irregeleitet werden können, so war dies nicht notwendig auch bei der Klägerin der Fall. Darauf allein aber kommt es für die Schadenersatzpflicht nicht an, daß an den Statuten objektiv eine gesetzwidrige Verschleierung oder Verschweigung gerügt werden kann, sondern diese muß auch subjektiv gegenüber dem angeblich Geschädigten als solche gewirkt haben. Nun hat hier die Klägerin als Konkursgläubigerin selbstverständlich, und wie sie auch nicht bestreitet, gewußt, daß nicht nur sie, sondern auch die andern Hypothekargläubiger, rückständige Zinsen zu fordern hatten und daß die Liegenschaft der zu gründenden Aktiengesellschaft zum Bären — und, falls sie nicht zustande komme, der Beklagten — für 650,000 Fr. zugeschlagen worden ist. Schon angesichts dessen konnte sie den § 2 der Statuten nicht dahin verstehen, daß, wenn dieser nur die Kapitalbeträge der Hypotheken nenne, damit die Zinsen nicht als übernommen gelten sollen. Zunächst war ja die Gesellschaft zum Bären als Ersteigerin zur Bezahlung des Sautpreises von 650,000 Fr. verpflichtet und es hatten dabei die Hypothekengläubiger, soweit sie ihrem Range nach durch den Sautpreis gedeckt wurden, Anspruch auf Befriedigung nicht nur ihrer Kapital-, sondern auch ihrer Zinsforderungen. Wer das wußte, der mußte, bei der Prüfung des Inhalts des § 2, zu der Ansicht kommen, oder mindestens zum vornherein als höchst wahrscheinlich ansehen, daß, wenn darin von der Übernahme „des um 650,000 Fr. an gerichtlicher Saut gekauften Hotels Bären“ und von der „Deckung des Sautkaufpreises“ durch die Übernahme der „bisher“ auf dem Hotel lastenden Hypotheken ersten und zweiten Ranges gesprochen wird, das auch auf die im Konkurse gedeckten Hypothekenzinsen Bezug habe. Um das Gegenteil mit Zug annehmen oder mutmaßen zu können, mußten sich dem die Frage Beurteilenden bestimmte Anhaltspunkte dafür bieten, daß diese Zinsen ausnahmsweise nicht von der sie schuldenden Sautkäuferin selbst bezahlt würden, sondern daß ihr gegenüber ein Dritter aus irgend einem besonderen Grunde zur Bezahlung verpflichtet sei. Daß aber die Klägerin Anlaß zu einer solchen Annahme gehabt habe, ist nicht dargetan. Wohl aber steht umgekehrt fest, daß sich die

Klägerin selbst als Hypothekargläubigerin von der Gesellschaft zum Bären für einen dieser Zinsbeträge (30,178 Fr.) hat befriedigen lassen — durch Verrechnung ihrer bisherigen Hypothek inklusive Zinsen mit der neuen von 600,000 Fr. —, und daß ihr die Beklagte vor der Konstituierung der Gesellschaft zur Prüfung des Darlehensgesuches den Statutenentwurf, dessen § 2 dann unverändert angenommen wurde, unterbreitet hat. Es muß sich ihr unter diesen Umständen bei der Kreditbewilligung die Meinung aufgebrängt haben, daß auch die anderen Hypothekargläubiger, wenigstens soweit sie ebenfalls durch den Zuschlag gedeckt waren, gleich behandelt würden, da ja nicht nur deren Zinsen, sondern auch ihre eigenen im § 2 keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hätten. Soweit es sich aber um die durch den Sauterlös nicht gedeckte Zinsquote von 12,617 Fr. 90 Cts. der II. Hypothek handelt, ist zu beachten, daß der § 2 bei der I. und der II. Hypothek in gleicher Weise die Zinsen unerwähnt läßt, daß er bei der II. hinsichtlich der Übernahme durch die Gesellschaft nicht zwischen der gedeckten und der ungedeckten Quote unterscheidet und endlich, daß nirgends ein Anfangstermin für die Verzinsung bestimmt ist, was doch notwendig gewesen wäre, sobald lediglich die Kapitalbeträge übernommen worden wären. Bei dieser Sachlage mußte sich die Klägerin sagen, die Zinsübernahme erstreckte sich voll auf die beiden ersten Hypotheken, und jedenfalls war sie sich sogleich klar, daß der gegenteiligen Aufassung gewichtige innere Gründe entgegenstehen, die eine Übernahme auch hinsichtlich dieses Zinsbetrages als höchst wahrscheinlich erscheinen ließen. Nach all dem kann die Klägerin, durch die Fassung der Statuten hinsichtlich der Übernahme dieser Zinsen und ihrer Bezahlung aus dem Gesellschaftsvermögen in keinen Irrtum versetzt worden sein.

Es fragt sich somit nur noch, ob sie das Darlehen dann, und bloß deshalb, nicht gewährt hätte, wenn ihr — was sie bestreitet — bekannt gewesen wäre, daß aus den vorhandenen Varmitteln die Reparaturkosten von 14,700 Fr. und der Erwerbspreis für Möbel von 3800 Fr. bezahlt würden. Was zunächst die Reparaturkosten betrifft, so ist mit der ersten Instanz (die sich allein hierüber äußert) anzunehmen und wird übrigens von der Klägerin selbst nicht bestritten, daß die Gesellschaft einen entsprechenden

Gegenwert erhalten hat, daß also der geschaffene Mehrwert im Verhältnis zur Auslage in einem richtigen Verhältnis steht. Nach den Akten darf zudem füglich davon ausgegangen werden, daß man es mit Aufwendungen zu tun hat, die für eine richtige Weiterführung des Hotels geboten waren, wie sich denn auch die Gründer hinsichtlich der weiteren Investierung eigener Kapitalien in das Hotel wohl auf das Notwendige beschränken mochten. Berücksichtigt man nun noch, daß diese Auslage vor allem eine Wertvermehrung der Liegenschaft bedeutete und den Hypothekargläubigern vor den andern Gläubigern zugute kommen mußte, so kann als erstellt gelten, daß sich die Klägerin dadurch von der Darlehensbewilligung nicht hätte abhalten lassen. Ähnliches trifft aber auch für den Erwerb der Möbel zu: Daß sie überzahlt worden seien, wird ebenfalls nicht behauptet und ihr Erwerb war notwendig, um die mit dem Hotel verbundene Gartenwirtschaft betreiben zu können. Bei beiden Posten, namentlich bei dem letztern, handelt es sich übrigens, im Verhältnis zur Höhe der Kreditsumme betrachtet, um nur geringfügige Beträge. Freilich wird die Klägerin, als sie sich fragte, ob sie den bisherigen Darlehensbetrag von 400,000 Fr. auf 600,000 Fr. erhöhen wolle oder nicht, ihr Augenmerk auch darauf gerichtet haben, ob für die Weiterführung des Betriebes ein genügendes Barkapital vorhanden sei. Aber abgesehen davon, daß auch nach der Ausrichtung der Zinse und nach der Bezahlung dieser beiden Auslagen noch rund 14,000 Fr. Barmittel übrig blieben und daß es sich nicht um eigene, sondern um pachtweise Fortsetzung des Betriebes handelte, konnten diese Verhältnisse doch für die Klägerin als Hypothekargläubigerin immerhin nur nebensächlich in Betracht kommen. Der entscheidende Punkt für sie war offenbar der Umfang der dinglichen Sicherheit, die die Liegenschaft auf alle Fälle, trotz vorübergehender Hemmung ihrer Ertragsfähigkeit, ihr als Inhaberin der ersten Hypothek bieten würde; und hier mußte nun für die Klägerin den Ausschlag geben, daß die Liegenschaft den die Kreditsumme weit übersteigenden amtlichen Schätzungswert von 1,030,000 Fr. aufwies und daß der bisherige Hypothekarkredit sich bis auf 1,117,000 Fr. belaufen hatte. Angesichts dieser Lage der Verhältnisse läßt sich auch nichts dagegen einwenden,

daß die Vorinstanz die Abhörung der Bankräte als Zeugen über diesen Punkt abgelehnt hat.

Ist somit davon auszugehen, daß die Klägerin in ihrem Entschlusse, das Darlehen zu gewähren, durch die gerügte Fassung der Statuten nicht bestimmt wurde, so brauchen die übrigen, dieses Rechtsbegehren betreffenden Streitfragen nicht mehr erörtert zu werden, also namentlich nicht, ob und inwieweit die gemachten Zahlungen überhaupt unter den Art. 619 Abs. 1 OR fallen und ob, soweit das zu bejahen ist, sie im Sinne von Art. 671 Ziff. 2 in den Statuten verschleiert oder verschwiegen worden seien und ob die Beklagte im Sinne dieser Bestimmung wesentlich dazu mitgewirkt habe.

4. — Das zweite noch streitige Rechtsbegehren, das die Klägerin als „Zessionarin“ der aufgelösten Gesellschaft und ihrer Konkursmasse stellt, geht auf Zahlung von 67,517 Fr. 30 Cts. samt Zins zu 5 % seit dem 15. November 1906, also auf Bezahlung des Betrages jener von der Gesellschaft entrichteten Hypothekarzinsse mit Zins vom Tage ihrer Auszahlung an. Dieses Begehren ist deshalb abzuweisen, weil die ihm zu Grunde liegende Behauptung, es sei durch die angebliche Verletzung des Art. 619 OR der Gesellschaft ein Schaden entstanden, nicht als ausgewiesen erscheint. Da sich hier die Klägerin auf die Einforderung eines Schadensbetrages von der Höhe der bezahlten Hypothekarzinsse beschränkt, will sie offenbar auch nur diese Zinszahlungen als die den Erfahanspruch begründenden, die Gesellschaft schädigenden Handlungen aufgefaßt wissen. Solche Handlungen können sie aber nur sein, wenn sie sich für die Gesellschaft als unnütze und vermeidbare Auslagen darstellen. Das ist zum vornherein ausgeschlossen, soweit die durch den Ganterlös gedeckten Zinsbeträge von zusammen 54,899 Fr. 40 Cts. berichtigt wurden. Denn dazu war die Gesellschaft aus dem auf sie lautenden Gantzuschlage mit ihrer nachherigen Konstituierung ohne weiteres rechtlich verpflichtet; und es läßt sich nicht einsehen und fehlt mindestens jede nähere Angabe darüber, wie sie sich hätte konstituieren können, ohne gleichzeitig diese Verbindlichkeiten aus dem Gantkaufe zu übernehmen. Letzteres trifft aber auch für die nichtgedeckte Zinszahlung von 12,617 Fr. 90 Cts. zu Gunsten der Gläubigerin

der zweiten Hypothek zu, indem ein Nachweis darüber fehlt, daß nach den der Gründung vorangegangenen Rechtsbeziehungen für die Gesellschaft keine Pflicht zur Übernahme und Entrichtung dieser Zinsschuld bestand. Ob endlich durch die Bezahlung der Reparaturkosten und der Möbel das Gesellschaftsvermögen geschwächt worden sei, kann nach dem Gesagten, weil das vorliegende Klagebegehren hierauf nicht abstellt, ungeprüft bleiben. Es wäre übrigens ohne weiteres aus den oben erörterten Gründen zu verneinen, wonach diese Auslagen durch eine entsprechende Wertvermehrung des Gesellschaftsvermögens aufgewogen wurden. Erledigt sich somit das vorliegende Begehren damit, daß der erforderliche Schadennachweis fehlt, so braucht auf die Einwendung nicht eingetreten zu werden, die die Klägerin gegenüber der vorinstanzlichen Erledigung dieses Begehrens erhoben hat, wonach auf eine Billigung jener Auslagen durch sämtliche Aktionäre und daher auch durch die Gesellschaft selbst abgestellt wird: auf die Einwendung nämlich, daß eine solche Entlastung die Rechte der Gläubigerin nicht berühre und daß daher die Konkursmasse als Vertretung der Gläubigergesamtheit Ansprüche auf Ersatz des widerrechtlich verkürzten Aktienkapitals haben könne, auch wenn die Gesellschaft oder der Einzelaktionär ihn verwirkt habe.

Hinsichtlich der Behauptung endlich, die Gesellschaft sei gesetzwidrig von zwei statt von fünf Aktionären gegründet worden, weil die drei andern Beteiligten lediglich als „Strohänner“ mitgewirkt hätten, ist im Anschluß an die vorinstanzliche Urteilsbegründung zu sagen: Die als „Strohänner“ bezeichneten Aktionäre haben laut den eingelegten Zeichnungsscheinen tatsächlich Aktien gezeichnet und sind gegenüber der Gesellschaft und den Gläubigern als Zeichner haftbar. Damit waren sie auch qualifiziert, als Aktionäre bei der Konstituierung gültig mitzuwirken. Ob sie sich von ihren Verpflichtungen als solchen bei andern erholen können, tut nichts zur Sache.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 24. Mai 1910 in allen Teilen bestätigt.

80. Urteil vom 16. Dezember 1910 in Sachen

Wuhrmann, Kl. u. Ber.-Kl.,

gegen Hypothekarbank Winterthur, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Berufungsstreitwert. Nichtberücksichtigung von Zinsen (Art. 54. Abs. 1 OG). — Art. 215 OR: Verpfändung einer gewöhnlichen (den Gläubiger mit Namen bezeichnenden) Bankobligation. Zulässigkeit der Pfandbestellung an der noch nicht fälligen Bankobligation zu Gunsten der Obligationsschuldnerin. — Pfandgabe zu eigenem Recht durch eine Drittperson mit Ermächtigung des Obligationsgläubigers: Diese Ermächtigung (Uebertragung des Verpfändungsrechts) bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit nicht der für den Verpfändungsakt selbst erforderlichen « schriftlichen Beurkundung » (Art. 9 Abs. 1 OR).

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Im Frühjahr 1907 übergab der Kläger Wuhrmann seinem Schwager Bürgisser, einem Teilhaber der Kollektivgesellschaft Bürgisser & Cie. in Zürich, der wegen finanzieller Schwierigkeiten an ihn gelangte, die mit Zinscoupons versehene Obligation Nr. 46,697 der beklagten Hypothekarbank Winterthur für 4000 Fr., datiert vom 9. September 1906, laut welcher die Bank anerkannte, von Herrn Pfarrer Wuhrmann in Ober-Winterthur den erwähnten Betrag als Darlehen empfangen zu haben, und sich verpflichtete, dasselbe mit 4 % per Jahr zu verzinsen. Diese Obligation verpfändete Bürgisser mit Akt vom 4. April 1907 der Filiale Zürich der Beklagten zur Sicherung eines ihm von der Bank gegen Ordre-Obligo gewährten Darlehens im Betrage von 3885 Fr. 50 Cts., Wert 17. März 1909. Als nun Bürgisser Anfangs 1909 in Konkurs fiel, meldete die Beklagte darin diese Darlehensforderung gestützt auf eine Abtretung der Filiale Zürich als faustpfandversichert an. Der Kläger aber bestritt ihren Pfandrechtsanspruch und fordert von ihr im vorliegenden Prozesse die unbeschwerte Herausgabe der auf seinen Namen lautenden Obligation nebst den noch nicht eingelösten Zinscoupons, von 1909 an.