

ont commencé, soit de ceux remis ultérieurement. La distinction faite par la Cour entre ces deux catégories de titres ne se justifie pas : que la dette de jeu à garantir eût déjà pris naissance lors de la remise des titres ou qu'elle ne fût pas encore née, peu importe ; dans les deux cas, il s'agissait de la constitution d'un gage et non d'un paiement. Le paiement n'est intervenu qu'ensuite de la réalisation des titres et il a eu lieu non seulement sans la volonté, mais contre la volonté du demandeur. La Banque n'est par conséquent pas fondée à invoquer l'art. 514 CO pour refuser la restitution des titres. Par contre c'est avec l'assentiment, au moins tacite, du demandeur qu'elle a encaissé les coupons des titres remis en nantissement et qu'elle en a affecté le montant au paiement de sa créance ; le demandeur n'a dès lors pas le droit de répéter ces paiements, qui doivent être considérés comme volontairement effectués.

D'autre part il y a lieu d'observer que la créance que la Banque a fait valoir contre Pommey n'a pas sa source uniquement dans les opérations de jeu conclues entre parties ; dans la mesure où elle résulte d'autres opérations licites, soit d'avances consenties au demandeur, elle échappe naturellement à l'exception de jeu. Aussi bien Pommey ne demande-t-il la restitution des titres que sous imputation d'une somme de 3547 fr. 45 qu'il reconnaît devoir à la Banque. On ne voit pas par quels calculs il est arrivé à ce chiffre qu'il n'a pas tenté de justifier et que de son côté la défenderesse n'a pas discuté. Mais on doit tenir cette offre pour satisfaisante, car si, à l'aide des comptes fournis par la Banque, on calcule le solde dont Pommey se trouvait débiteur le 15 janvier 1909 — date à laquelle ont commencé les opérations de jeu — et si l'on y ajoute les sommes que la Banque lui a versées depuis, on obtient une somme inférieure à celle que le demandeur offre de payer.

Enfin, dans l'éventualité où les titres ne seraient pas restitués en nature, c'est à tort que l'instance cantonale a autorisé la Banque à en restituer la valeur au cours du jour. Le demandeur a évidemment le droit d'en exiger la valeur calculée à la date à laquelle il a formé sa demande.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

1. Le recours principal est écarté.
2. Le recours par voie de jonction du demandeur est admis et l'arrêt de la Cour de Justice est réformé en ce sens que :
 - a) la Banque fédérale est tenue de restituer à Pommey, contre paiement de la somme de 3547 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 6 octobre 1910
 - a) 15 oblig. 5 % Mexique d'une valeur nominale de 100 Pesos, portant les n°s 182 740-41, 184 538-43, et 184 545-561 ;
 - b) 16 oblig. 4 % Brésil 1902 de 20 £ chacune portant les n°s 214 532-547 ;
 - c) 40 actions la Union y el Phoenix Español, valeur nominale 200 fr., portant les n°s 9848-74, 30 150, 45 366-77 ;
 tous ces titres avec coupons attachés dès le 6 octobre 1910, la Banque étant condamnée, faute de restitution de ces titres, à en payer à Pommey la valeur au cours du 6 octobre 1910 avec intérêts à 5 % dès cette date.

94. *Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juli 1913*
in Sachen *Bach*, Bfll. u. Ber.-Kl., gegen
Spar- und Leihkasse Steckborn in Sig., Kl. u. Ber.-Bfll.

Art. 617 OR. Bestreitung der Einzahlungspflicht durch den Aktienzeichner, weil die betreffende Aktienemission (Kapitalerhöhung) nicht zu Stande gekommen sei, ein anderer Aktienzeichner als Verwalter der A.-G. nicht habe zeichnen können und dieser zudem zahlungsunfähig sei. — Die Zeichnungserklärung ist, auch im Falle der Kapitalerhöhung und hinsichtlich der noch nicht einbezahlten Aktienquoten, wegen Betruges nicht anfechtbar. — Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch den Einzahlungspflichtigen, weil ihm wegen Liquidation der Gesellschaft nicht mehr die volle Stimm- und Dividendenberechtigung zustehe.

A. — Durch Urteil vom 15. April 1913 hat das Obergericht des Kantons Thurgau in vorliegender Streitfache erkannt:

„1. Die Rechtsfrage wird bejahend entschieden.“ 2. und 3. (Kostenpunkt und Mitteilung).

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: 1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klageforderung abzuweisen. 2. Eventuell sei unter Aufhebung des kantonalen Urteils die Streitsache an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen behufs Aktienvervollständigung durch Beiziehung der Strafuntersuchungsakten gegen a. Leihkasserverwalter A. Füllemann vom Verhörrichteramt des Kantons Thurgau im Sinne der vom Beklagten gestellten Beweisangebote, speziell wegen Nichtzustandekommens der Aktienemission vom Jahr 1911.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 23. März 1911 hat die Generalversammlung der Leih- und Sparkasse Steckborn die Erhöhung ihres Aktienkapitals von 1,000,000 Fr. auf 2,000,000 Fr. beschlossen. Am 8. April erließ die Gesellschaft einen Emissionsprospekt, laut dem 2000 neue Aktien von 500 Fr. zum Kurse von 550 Fr. zur Zeichnung angeboten wurden und dem ein Abdruck einer gefälschten Schlussbilanz beigegeben war, die über den wirklichen Vermögensstand der bereits finanziell schlecht stehenden Gesellschaft unwahre Angaben enthielt. Innert der Zeichnungsfrist vom 15. April bis 1. Juni 1911 wurden 2036 Aktien gezeichnet, also etwas mehr als das aufgelegte Kapital. Unter den Zeichnern befindet sich der Beklagte mit 22 und der Verwalter der Bank, Füllemann, mit 859 Aktien. Am 24. Oktober 1911 wurde notariell verkündet, daß die Emission der 2000 neuen Aktien von 550 Fr. zu Stande gekommen und die Hälfte des Kapitals einbezahlt worden sei. Am 9. November erschien die Veröffentlichung der Kapitalserhöhung auf 2,000,000 Fr. im schweiz. Handelsamtsblatt. Im Frühjahr 1912 brach dann über die Bank die Krise herein und es wurde am 24. April die Liquidation des Instituts beschlossen und deren Durchführung einer von der Aktionärversammlung gewählten Liquidationskommission übertragen. Da der Beklagte die Einzahlung der noch ausstehenden, am 30. Juni 1912 verfallenen Hälfte des Gesamtbetrages der gezeichneten Aktien, 5500 Fr., verweigerte, hat ihn die Gesellschaft in Liq. auf Bezahlung dieser Summe nebst 5 % Verzugszinsen belangt und sie

ist von beiden kantonalen Instanzen mit ihrem Begehren geschützt worden.

2. — Der Beklagte bestreitet seine Zahlungspflicht in erster Linie damit, daß die Aktienemission, bei der er sich als Zeichner beteiligt hatte, nicht zu Stande gekommen sei: Der Verwalter Füllemann der emittierenden Bank habe nämlich, indem er 859 Aktien zeichnete, nur als „Strohmann“ der Bank gehandelt. Demgegenüber stellt die Vorinstanz gestützt auf eine bundesrechtlich unanfechtbare Würdigung des Beweisergebnisses fest, daß die persönlichen Interessen Füllemanns mit denen seines Bankinstitutes eng verknüpft gewesen seien, so daß er offenbar nicht als bloßer „Strohmann“ gehandelt haben könne. Wäre dem übrigens auch anders, hätte also Füllemann die Aktien nicht für seine, sondern für Rechnung der Bank gezeichnet, so wäre er dennoch rechtlich Zeichner und als solcher den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet (vergl. BG 15 S. 627, Staub, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch 8. Aufl. § 189 N. 25). Im weitern stand auch die Eigenschaft Füllemanns als Verwalter der Bank einer rechtsgültigen Zeichnung nicht entgegen, da den Gesellschaftsorganen der Erwerb von Aktien der Gesellschaft gesetzlich nicht verboten ist. Auch die Behauptung, Füllemann sei bei der Zeichnung bereits zahlungsunfähig gewesen, ist rechtlich unerheblich; an der Wirksamkeit seiner Zeichnung in Hinsicht auf das Zustandekommen der Emission ändert das nichts. Diese wäre ferner auch zustande gekommen, wenn er, wie weiter behauptet wird, seine Pflicht zur Einzahlung der gezeichneten Beträge unerfüllt gelassen hätte. Nach alledem kann sich also der Beklagte nicht auf den Art. 617 Abs. 1 OR berufen.

3. — In zweiter Linie erhebt er die Einrede, er sei durch betrügerische Vorpiegelungen zur Zeichnung verleitet worden und seine Zeichnungserklärung sei daher für ihn nach Art. 24 aOR unverbindlich. In dieser Beziehung ist der Bundesgerichtsentscheid in Sachen Darmstädter gegen Chemische Fabrik Schlieren A.-G. in Liq. (BG 32 II S. 102/3 Erw. 6) für den vorliegenden Fall präjudizell. Das Bundesgericht hat hier im Anschluß an die deutsche Doktrin und Rechtsprechung als auch für das schweizerische Recht geltend folgendes ausgeführt: Die Zeichnungserklärung bedeute eine

Rundgebung nach außen, den Gläubigern und den Aktionären gegenüber (hinsichtlich der Letztern geht die französische Praxis freilich weniger weit: SIREY, Recueil des lois et des arrêts I p. 268). Daher könne bei der Auseinandersetzung mit den Gläubigern und bei der Verteilung des Liquidationsergebnisses unter die Aktionäre nicht ein einzelner Aktionär seine Einzahlung mit der Behauptung zurückfordern, er sei durch Betrug zum Beitritt zur Gesellschaft veranlaßt worden. Denn nicht nur den Gläubigern, sondern auch den Mitaktionären gegenüber sei das Aktienkapital intakt zu erhalten. — Geht man von dieser Auffassung aus, so greifen die vom Beklagten angerufenen allgemeinen Bestimmungen über die Vertragsanfechtung wegen Betruges nicht Platz. Gegen die Richtigkeit jener Darlegung hat aber der Vertreter des Beklagten irgend etwas Erhebliches nicht anzuführen vermocht: Wenn er geltend macht, die Folge davon müßte sein, daß auch eine von einem Handlungsunfähigen abgegebene Zeichnungserklärung verbindlich sei, so übersieht er den Unterschied zwischen der absoluten, um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Unwirksamkeit rechtlicher Erklärungen von Handlungsunfähigen und der bloß relativen, von einer Anfechtung abhängigen Ungültigkeit der wegen Betruges mangelhaften Willenserklärung. Da nach dem Gesagten der Beklagte aus seiner Zeichnung nicht nur gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern auch gegenüber seinen Mitaktionären haftet, ist die Aktivlegitimation der Klägerin und die Passivlegitimation des Beklagten sowohl dann gegeben, wenn, wie der Beklagte mit der Vorinstanz annimmt, die Liquidationskommission als Organ der Gesellschaft in Liquidation die ausstehenden Aktienbeträge einfordert, als auch dann, wenn sie es als Vertreterin der Gläubigerschaft tut, wie die Klägerin geltend macht. Endlich bezieht sich die Haftung auch auf die noch nicht einbezahlten Aktienquoten, da die Ansprüche der Gesellschaft auf Einzahlung ebenfalls Bestandteil des im Handelsregister veröffentlichten Grundkapitals sind. Jeglicher Begründung entbehrt die Annahme des Beklagten, auf die Erklärung über den Umfang des Aktienkapitals, wie sie mit der Veröffentlichung nach außen abgegeben wird, könnten sich die beteiligten Dritten nur hinsichtlich des schon einbezahlten Betrages verlassen. Endlich ist bei der Gleichheit der in Betracht kommenden Verhält-

nisse selbstverständlich, daß die Erhöhung des Grundkapitals, um die es sich hier handelt, rechtlich gleich zu behandeln ist, wie die Beschaffung des Kapitals bei der Gesellschaftserrichtung, die bei jenem Bundesgerichtsentscheid in Frage stand. Dieser hat das auch beinebens (auf S. 102) schon ausgesprochen.

4. — Der Beklagte will endlich unter Berufung auf Art. 95 aM die Zahlung deshalb ablehnen, weil ihm die Klägerin ihrerseits nicht Erfüllung anbiete, ihm namentlich nicht die volle Stimm- und Dividendenberechtigung gebe und geben könne. Nun hat aber der Liquidationsbeschluß zur Folge, daß die bisherigen Mitgliedschaftsrechte des Beklagten, wie aller andern Aktionäre, kraft Gesetzes und der Statuten in der Weise sich verändert und auf diejenigen Befugnisse sich vermindert haben, wie sie im Liquidationsstadium bestehen. Daß dem Beklagten diese, ihm gegenüber der Liquidationsgesellschaft als solcher zustehenden Befugnisse, zu denen freilich das Dividendenrecht nicht mehr gehört, irgendwie bestritten oder geschmälert würden, hat er selbst nicht behauptet; es liegt daher eine Nichterfüllung ihm gegenüber nicht vor. Andererseits hört mit dem Liquidationsbeschluß die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung nicht eingeforderter Aktienbeträge nicht etwa ganz oder teilweise auf, sondern da das gesamte Aktienkapital, auch die von den Mitgliedern nicht einverlangten Quoten der Aktien für die Gesellschaftsschulden haften, ist der Aktionär auch im Liquidationsstadium bis zur Deckung dieser Schulden nachschußpflichtig. Daß dazu im gegebenen Falle der uneinbezahlte Aktienbetrag nicht ganz erforderlich sei, ist nicht dargetan worden, sondern kann nach der Sachlage wohl als ausgeschlossen gelten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 15. April 1913 in allen Teilen bestätigt.