

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. September 1938
i. S. Bollag gegen Konkursmasse "Die Dame" A.-G.

Aktienrecht, verschleierte Apportgründung;
 Nachlassvertrag.

Auslegung der Verzichtserklärung¹ eines Kapitalgläubigers beim Nachlassvertrag der A.-G.

Verschleierte, in die Form einer Bargründung gekleidete Apportgründung, a OR Art. 619, 623; Abgrenzung gegenüber der erlaubten Nachgründung. Heilung der Gründungsmängel durch den Eintrag im Handelsregister. Pflicht der Aktienseigner zur Bareinzahlung. Nichtigkeit des Apportvertrages. Auseinandersetzung nach Bereicherungsgrundsätzen.

A. — 1. Im Jahre 1931 wurde das bis dahin von Jules Bollag in Basel als Einzelfirma betriebene Damenbekleidungs-geschäft in eine Familien A.-G. umgewandelt. Am Aktienkapital von Fr. 250,000.— beteiligten sich gemäss den Zeichnungsscheinen insgesamt 7 Personen, darunter Jules Bollag mit Fr. 164,000.—, sein Sohn, der Kläger, mit Fr. 10,000.—, während die restlichen Fr. 76,000.— von weiteren Familienangehörigen sowie einem Anwalt gezeichnet wurden. Die Gründungsversammlung, die am 3. Juli 1931 stattfand, stellte fest, dass das Aktienkapital voll einbezahlt sei. Am 8. Juli erfolgte der Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister mit Jules Bollag als Präsident des Verwaltungsrates. Der Eintragung lag eine Bescheinigung der Bank X..... vom 2. Juli zu Grunde, dass bei ihr als Gegenwert für die gezeichneten Aktien für Rechnung der einzelnen Zeichner die entsprechenden Beträge, total Fr. 250,000.—, einbezahlt seien und der A.-G. zur Verfügung stehen. Diese Aktienliberierung durch die Bank geschah aber nicht etwa auf Grund von Einzahlungen, welche die Zeichner an sie gemacht hatten, sondern stützte sich auf einen in den Büchern der Bank der zu gründenden A.-G. gewährten Kredit, zu dessen Sicherstellung der Mitgründer Jules

Bollag auf einem als « Bürgschaftskonto D » bezeichneten Spezialkonto mit Fr. 250,000.— belastet worden war. Ebenfalls mit Schreiben vom 2. Juli 1931 hatte sodann Jules Bollag der Bank die Erklärung abgegeben, dass er allein über den der A.-G. eingeräumten Kredit verfügungsberechtigt sein werde und dass er sich verpflichte, darüber nicht anders zu verfügen, als durch Übertragung auf das auf seinen Namen lautende Bürgschaftskonto.

Nach der Eintragung im Handelsregister übernahm die A.-G., ohne dass darüber irgend eine Abmachung getroffen wurde, den gesamten Geschäftskomplex der Einzelfirma Jules Bollag und führte den Betrieb als A.-G. weiter. Die schon auf 30. Juni 1931 erstellte Eingangsbilanz weist Aktiven im Wert von Fr. 352,463.04 auf, denen auf der Passivseite zwei Schuldposten von zusammen Fr. 102,463.04 und das Aktienkapital von Fr. 250,000.— gegenüberstehen.

Mit Schreiben vom 27. August 1931 teilte die Bank dem Jules Bollag mit, dass sie sein Bürgschaftskonto von Fr. 250,000.— aufheben und auf das Kontokorrent « Die Dame » übertragen wolle, wie dies seinerzeit vorgesehen worden sei. Daraufhin wies Jules Bollag mit Schreiben vom 28. August die Bank an, ihn auf dem Bürgschaftskonto mit Fr. 250,000.— zu erkennen und den gleichen Betrag dem Kontokorrent der Firma « Die Dame » zu belasten, und ein entsprechendes Schreiben richtete auch « Die Dame » am gleichen Tage an die Bank. Dementsprechend verrechnete die Bank den der A.-G. eingeräumten Kredit mit dem persönlichen Bürgschaftskonto des Jules Bollag, womit der Kredit von Fr. 250,000.— ausgeglichen wurde, ohne dass die Bank je bares Geld zur Verfügung zu stellen gehabt hatte.

2. Im Laufe des Jahres 1933 geriet die « Dame » in finanzielle Schwierigkeiten. Der Kläger gewährte ihr am 14. August 1933 ein Darlehen von Fr. 10,000.—. Im Herbst 1933 schloss die A.-G. mit Zustimmung aller Gläubiger einen aussergerichtlichen Nachlassvertrag ab. Gemäss dem Nachlassvertragsentwurf, der von den Gläu-

bigern unverändert angenommen wurde, sollten die mit Jules Bollag verwandten Darlehensgläubiger, darunter der Kläger, ausscheiden, da sie für den Fall des Zustandekommens des Nachlassvertrages zu Gunsten der Gesellschaft auf ihre Forderung zu verzichten erklärten, wobei jedoch eine ganze oder teilweise Umwandlung ihrer Forderungen in Stammaktien vorbehalten bleiben sollte. Für die übrigen Gläubiger war eine Nachlassvertragsdividende von 40 % vorgesehen, die in vierteljährlichen Raten von je 10 % ausbezahlt werden sollte. Als Sicherheit für die Nachlassdividende sollte ein Schuldbrief von Fr. 100,000.— im 2. Rang, mit einem Vorgang von Fr. 700,000.—, lastend auf der Liegenschaft des Jules Bollag, Freistrasse 54, Basel, dienen. Die A.-G. geriet jedoch bald in neue Schwierigkeiten, und noch vor Erfüllung des Nachlassvertrages, nämlich nach Auszahlung der zweiten Rate, geriet sie am 5. September 1934 in Konkurs.

3. Das Konkursamt lehnte die Kollokation der vom Kläger angemeldeten Darlehensforderung ab mit der Begründung, dass sein Verzicht ein endgültiger gewesen sei. Sodann forderte die Konkursmasse den Kläger auf, ihr den Nachweis dafür zu erbringen, dass er die von ihm gezeichneten Aktien im Betrage von Fr. 10,000.— tatsächlich einbezahlt habe. Der Kläger berief sich darauf, dass laut der Bescheinigung der Bank das gesamte Aktienkapital bei ihr auf das Konto der zu gründenden Gesellschaft voll einbezahlt gewesen sei.

B. — Mit Klage vom 4. Mai 1935 stellte der Kläger das Begehren, er sei im Kollokationsplan der Konkursmasse « Die Dame » A.-G. in 5. Klasse mit einer Forderung von Fr. 10,000.— nebst 5 % Zins seit 15. August 1933 zuzulassen. Zur Begründung machte er geltend, der Verzicht auf die Darlehensforderung habe auf der Voraussetzung beruht, dass der Nachlassvertrag nicht nur zu Stande komme, sondern auch vollzogen werde.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Begehren, der Kläger sei zur Bezahlung

von Fr. 10,000.— nebst 5 % Zins seit Erhebung der Widerklage an die Konkursmasse zu verpflichten. Die Widerklage wurde damit begründet, dass der Kläger die von ihm gezeichneten Aktien nie liberiert habe. Es habe sich um eine verschleierte Apportgründung gehandelt. Die Kreditgewährung durch die Bank sei ein reines Buchungsmanöver gewesen. Alle Beteiligten seien von der Annahme ausgegangen, dass die Liberierung des Aktienkapitals ausschliesslich durch die auf Fr. 250,000.— geschätzte Sacheinlage des Jules Bollag erfolgen solle. Diese sei aber höchstens Fr. 164,000.— wert gewesen. In diesem Betrage werde sie auf die Liberierungsschuld des Jules Bollag in gleicher Höhe angerechnet, so dass der Kläger den vollen von ihm gezeichneten Betrag von Fr. 10,000.— noch zu erbringen habe.

Der Kläger beantragte Abweisung der Widerklage, da eine rechtlich zulässige Bargründung mit nachheriger Erwerbung des von Jules Bollag betriebenen Geschäftes (sog. Nachgründung) vorliege.

C. — Das Zivilgericht Basel-Stadt wies mit Urteil vom 30. Dezember 1937 die Klage ab und verpflichtete in Gutheissung der Widerklage den Kläger zur Bezahlung von Fr. 10,000.— nebst 5 % Zins seit 9. November 1935 an die Konkursmasse.

D. — Das Appellationsgericht von Basel-Stadt bestätigte mit Urteil vom 6. Mai 1938 die Klageabweisung. Die Widerklage dagegen wurde nur in dem Sinne geschützt, dass der Kläger zur Bezahlung von Fr. 3440.— nebst 5 % Zins seit 9. November 1935 verpflichtet wurde. Die Abweichung vom erstinstanzlichen Urteil rührt daher, dass das Appellationsgericht annahm, die von Jules Bollag gemachte Sacheinlage, deren Wert auf höchstens Fr. 164,000.— veranschlagt werden könne, sei für sämtliche Aktienzeichner vorgenommen worden und daher verhältnismässig auf die Liberierungsschuld jeden Aktienzeichners anzurechnen.

E. — Gegen das Urteil des Appellationsgerichts haben

beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger beantragt Gutheissung seiner Kollokationsklage und Abweisung der Widerklage, die Beklagte Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage im vollen Umfang.

In der Berufungserklärung hat der Kläger den Passus des vorinstanzlichen Urteils, dass die von der Bank an der Gründerversammlung vom 3. Juli 1931 abgegebene Erklärung, die Fr. 250,000.— seien bei ihr einbezahlt, unwahr und nicht ernsthaft gemeint gewesen sei, als aktenwidrig gerügt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

I.

1. — Mit der Hauptklage verlangt der Kläger die Kollokation des Darlehens von Fr. 10,000.—, das er der A.-G. gewährt hatte. Er nimmt den Standpunkt ein, dass ihm die im Hinblick auf den Nachlassvertrag abgegebene Verzichtserklärung entgegen der von den beiden kantonalen Instanzen vertretenen Auffassung nicht entgegengehalten werden könne. Denn wenn diese Verzichtserklärung vom Zustandekommen des Nachlassvertrages abhängig gemacht worden sei, so habe das den Sinn gehabt, dass der Nachlassvertrag nicht nur durch die Zustimmung aller Gläubiger perfekt werden, sondern dass er auch vollzogen werden müsse. Der gänzliche Verzicht eines Gläubigers sei nicht anders zu behandeln als der in der Zustimmungserklärung der übrigen Gläubiger liegende Teilverzicht, der nach allgemein anerkannter Auffassung mit dem Konkurs des Nachlassschuldners vor der Erfüllung des Nachlassvertrages dahinfalle, sodass die Forderung im ursprünglichen Umfang wieder auflebe.

2. — Bei dieser Argumentation lässt der Kläger jedoch ausser Acht, dass seine Stellung von derjenigen eines gewöhnlichen Nachlassgläubigers grundverschieden ist. Im allgemeinen stimmt ein Gläubiger deshalb dem Nachlass-

vertrag zu und verzichtet damit auf einen Teil seiner Forderung, weil er befürchtet, im Falle eines Konkurses noch weniger zu erhalten. Es ist also in erster Linie das eigene Interesse, das ihn zur Zustimmung veranlasst, während der für den Schuldner massgebende Zweck, seine Verhältnisse zu sanieren und sein Geschäft weiterführen zu können, für den Gläubiger von sekundärer Bedeutung ist. Für den Kläger war dagegen die Erhaltung des seiner Familie gehörenden Unternehmens das primäre, ja da einzig massgebende Moment. Wenn er auf seine Darlehensforderung verzichtete, so geschah dies, um die zu der anderen Kategorie gehörenden Gläubiger zur Zustimmung zum Nachlassvertrag zu veranlassen, dessen Zustandekommen für die Sanierung und die Weiterführung des Geschäftes unumgänglich notwendig war. Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit der Beweggründe geht es daher nicht an, beim nachträglichen Scheitern des Nachlassvertrages die beiden Gläubigerkategorien nach demselben Gesichtspunkte zu behandeln. Vielmehr muss auch in dieser Situation die Verzichtserklärung gemäss den zutreffenden Bemerkungen der Vorinstanz so ausgelegt werden, wie sie von den zu der andern Kategorie gehörenden Gläubigern aufgefasst werden durfte. In dieser Hinsicht fällt nun, wie die beiden kantonalen Instanzen mit Recht ausführen, in Betracht, dass diese Gläubiger bei der Zustimmung zum Nachlassvertrag ein nicht unbedeutliches Risiko zu übernehmen hatten, das Risiko nämlich, dass während der über ein volles Jahr sich erstreckenden Abwicklungsdauer des Nachlassvertrages eine Verschlechterung der Vermögenslage der Schuldnerin eintrete, sei es zufolge Verschleuderung von Aktiven, sei es infolge schlechten Geschäftsganges. Die Sicherstellung durch den Schuldbrief auf der Liegenschaft des Jules Bollag beseitigte dieses Risiko nicht; denn wie die Vorinstanzen feststellen, war schon damals zu erwarten, dass dieser Schuldbrief bei einer Verwertung der Liegenschaft zu Verlust komme, wie es später tatsächlich der Fall war. Durch den

Forderungsverzicht der Kapitalgläubiger wurde den übrigen Gläubigern die Übernahme dieses Risikos insofern erleichtert, als dieser Verzicht eine gewisse Kompensation darstellte: Verkleinerte sich auch die zu ihrer Befriedigung dienende Masse, so mussten sie diese doch wenigstens nicht noch mit den Kapitalgläubigern teilen, wie dies bei einer Ablehnung des Nachlassvertrages und sofortiger Durchführung des Konkurses der Fall gewesen wäre. Dass der Verzicht nun gerade dann nicht wirksam sein sollte, wenn er praktisch von der grössten Bedeutung war, nämlich eben bei Verwirklichung des genannten Risikos, konnten die Gläubiger nicht herauslesen aus der von den Kapitalgläubigern gewählten Formulierung, nach welcher der Verzicht schlechthin vom Zustandekommen des Nachlassvertrages abhängig gemacht wurde.

3. — Dass die in der Verzichtserklärung beiläufig ins Auge gefasste Umwandlung der Forderungen der Kapitalgläubiger in Stammaktien zur Bedingung des Verzichtes gemacht worden sei, hat der Kläger heute mit Recht selber nicht mehr behauptet.

4. — Ist somit der Verzicht als ein endgültiger zu betrachten, so ist der Entscheid der Vorinstanz hinsichtlich der Klage zu bestätigen und demgemäss die Berufung des Klägers gegen die Abweisung seiner Klage abzuweisen.

II.

1. — *a)* Bei der Beurteilung der Widerklage sind die beiden kantonalen Instanzen übereinstimmend von der Annahme ausgegangen, dass man es bei der Gründung der Aktiengesellschaft mit einer verschleierten, in die Form einer Bargründung gekleideten Apportgründung zu tun habe. Demgegenüber hält der Kläger daran fest, es habe sich um eine rechtlich erlaubte Nachgründung gehandelt, bei der eine im Wege der gewöhnlichen Bargründung zustandegekommene Aktiengesellschaft durch Generalversammlungsbeschluss Sachwerte erwirbt und zu deren Bezahlung das ganze Aktienkapital oder einen Teil desselben verwendet.

b) Damit eine solche Nachgründung, für die das schweizerische Recht im Gegensatz zum deutschen HGB keine besonderen Vorschriften aufstellt, angenommen werden könnte, müsste jedoch eine ernstgemeinte Bargründung wirklich vorliegen, d. h. es hätte das für eine Bargründung erforderliche Kapital bei der Gründung tatsächlich vorhanden gewesen sein müssen. Dies war indes hier nicht der Fall, wie aus den eingangs geschilderten tatsächlichen Vorgängen bei der Gründung ohne weiteres ersichtlich ist. Keiner der Zeichner und Aktionäre hat direkt oder indirekt einen Barbetrag aufgewendet. Der Gesellschaft ist bei der Gründung kein Bargeld zugeflossen. Das Grundkapital bestand gemäss der Eingangsbilanz von der Gründung an ausschliesslich aus dem Geschäftswert der zu übernehmenden Einzelfirma. Die Aktienzeichnung sah zwar Geld-einlagen vor, aber diese wurden nie einverlangt, sondern an ihre Stelle traten entsprechende Teile des Geschäftsvermögens der umzuwandelnden Einzelfirma. Diese Art der Erledigung der Einzahlungspflicht war von Anfang an zwischen den miteinander verwandten Gründern verabredet. Von Anfang an stand fest, dass das Geschäft und Vermögen der Aktiengesellschaft aus nichts anderem als dem Geschäft und Vermögen der bisherigen Einzelfirma bestehen werde. Dementsprechend wurde auch das Grundkapital der Aktiengesellschaft in der Höhe des Aktivüberschusses festgesetzt, der sich bei Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven der Einzelfirma ergab. In Inhalt und Aufbau entsprach somit das Vermögen der Aktiengesellschaft genau demjenigen der früheren Einzelfirma, mit dem Unterschied, dass der betreffende Wert nicht mehr dem Jules Bollag allein gehörte, sondern in Aktien aufgeteilt war.

Der ganze Gründungsplan, wie er vor der Entstehung der Aktiengesellschaft gefasst worden war, zielte also darauf ab, die Gesellschaft ausschliesslich auf der Grundlage der zu übernehmenden Sachwerte zu errichten und zu betreiben. Dies war für alle Beteiligten derart klar, dass sich die erforderlichen Transaktionen ohne weitere

Besprechungen und Übereinkünfte, ja sogar ohne eine schriftliche Abmachung über die Übernahme und die Festsetzung eines Übernahmepreises vollzogen.

Danach kann von einer Nachgründung, wie der Kläger sie behauptet, nicht die Rede sein. Es wurde vielmehr nach aussen eine Bargründung simuliert, während in Wirklichkeit eine Apportgründung beabsichtigt war und unter Missachtung der gesetzlichen Vorschriften für eine solche, durchgeführt wurde (vgl. BGE 59 II 446 ff.).

c) An dieser Feststellung ändert die Bereithaltung des Aktienkapitals durch die Bank..... gemäss ihrem Schreiben vom 2. Juli 1931 nichts. Denn mit der Anforderung des Kapitals durch die Gesellschaft wurde nie ernst gemacht. Nach dem Gründungsplan dachte zum vornherein niemand daran. Es ist auch gar nicht vorstellbar, dass die Bank, die von den Gründern weder Geld hatte noch eine Verpflichtung, solches an sie einzuzahlen, einzig gestützt auf die Bürgschaft des Hauptgründers Jules Bollag die Fr. 250,000.— wirklich ausbezahlt hätte. Die Erklärung der Bank vom 2. Juli beruhte vielmehr auf einem blossen, zum vornherein abgekarteten Buchungsmanöver, wie die Schreiben des Jules Bollag vom 2. Juli 1931 an die Bank und deren Schreiben vom 31. August 1931 an Bollag mit aller Deutlichkeit beweisen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz darf deshalb festgestellt werden, dass die Erklärung der Bank, die Fr. 250,000.— stünden der Gesellschaft zur Verfügung, nicht ernstgemeint und unrichtig war. Die Aktenwidrigkeitsrüge, die der Kläger in diesem Zusammenhang erhoben hat, ist gegenstandslos. Denn es handelt sich hierbei nicht um Tatfragen, sondern um Rechtsfragen, die vom Bundesgericht frei zu überprüfen sind.

2. — a) Was die rechtlichen Konsequenzen anbelangt, die sich daraus ergeben, dass unter Verletzung der für die Apportgründung geltenden Vorschriften eine Bargründung vorgetäuscht wurde, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieses Vorgehen der Gründer nicht etwa die Ent-

stehung der Aktiengesellschaft verunmöglichte. Nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung aus Gründen der Verkehrssicherheit vertretenen sog. Heilungstheorie ist vielmehr der Bestand der Aktiengesellschaft durch die erfolgte Eintragung im Handelsregister trotz allfälligen Gründungsmängeln gesichert (BGE 15 S. 629, 33 II 161, 39 II 533, 41 II 590). Auch das neue OR steht auf demselben Standpunkte, wenn es in Art. 643 bei Gefährdung oder Verletzung von Aktionär- oder Gläubigerrechten durch Umgehung der Gründungsvorschriften ein befristetes Klagerecht auf Auflösung der Gesellschaft vorsieht.

b) Ebenfalls aus Gründen der Verkehrssicherheit muss der Aktienzeichner, der sich zu einer simulierten Bargründung hergegeben hat, bei seiner Zeichnung behaftet werden. Die Zeichnung ist eine Willenserklärung, die nicht nur gegenüber der zukünftigen Aktiengesellschaft, sondern auch gegenüber der Öffentlichkeit abgegeben wird, welche sich darauf soll verlassen können. Wer als Aktionär oder Gläubiger in Zukunft mit der Gesellschaft in Verbindung tritt, soll darauf bauen können, dass die kundgegebenen Grundlagen der Gesellschaft der Wahrheit entsprechen. Die Zeichner können sich daher nicht darauf berufen, dass sie unter sich durch Nebenverabredungen die Pflicht zur Bareinzahlung aufgehoben oder stillschweigend an Stelle der Bareinlagen eine Sacheinlage in Form einer Geschäftsübernahme gesetzt haben (vgl. LEHMANN, Das Recht der Aktiengesellschaft I S. 334; SILBERNAGEL, Die Gründung der Aktiengesellschaft, S. 134; SCHULTHESS, Die verschleierte Apportgründung der Aktiengesellschaft, S. 38). Danach ist auch der Kläger auf Grund seines Zeichnungsscheines zur Bareinzahlung verpflichtet.

c) Die Vorinstanz hat entschieden, dass durch die tatsächliche Einbringung von Sachwerten wenigstens eine teilweise Befreiung des Klägers anzunehmen sei, und zwar entfalle bei einem Aktienkapital von Fr. 250,000.— auf seine Zeichnung von Fr. 10,000.— 1/25 des wirklichen

Wertes der von Jules Bollag für alle Zeichner gemachten Sacheinlage, der Fr. 164,000.— betrage, also Fr. 6560.—.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Einbringung von Vermögenswerten bei der dissimulierten Apportgründung stellt keine Sacheinlage im Rechtssinn dar. Der dieser Einbringung zu Grunde liegende Vertrag, der nicht den gesetzlichen Vorschriften über die qualifizierte Gründung entspricht, ist nach allgemein anerkannter Auffassung gegenüber der ins Leben getretenen Aktiengesellschaft unwirksam. Weder Zeitablauf, noch Erfüllung, noch einfache Genehmigung durch die Gesellschaft kann den Vertrag gültig machen (vgl. STAUB-PINNER, Kommentar zum HGB, 12./13. Aufl., Anm. 16 zu § 186; SILBERNAGEL, a.a.O., S. 337). Allerdings ist der Mangel heilbar durch das Nachholen bestimmter Vorkehren, wie grundsätzlich allgemein anerkannt wird. Über Art und Umfang dieser Vorkehren gehen dagegen die Meinungen auseinander (vgl. SCHULTHESS, a.a.O., S. 87 ff.). Diese Frage kann im vorliegenden Fall indessen unentschieden bleiben. Denn die Gründer und späteren Organe der Gesellschaft haben in dieser Richtung überhaupt nichts unternommen.

Ist aber mit der Einbringung des Geschäftes des Jules Bollag in die Aktiengesellschaft keine rechtliche Verpflichtung eingelöst worden, so kann darin auch keine Sacheinlage im Rechtssinne liegen, sondern es besteht nur ein rein tatsächlicher Vorgang, eine Vermögensverschiebung. Durch diese letztere ist in der Höhe des wirklichen Geschäftswertes bei der Aktiengesellschaft eine Bereicherung ohne Rechtsgrund eingetreten, und es steht dem Einbringenden bestenfalls eine Bereicherungsklage zu. Anspruchsberechtigt auf Rückerstattung der Bereicherung ist indessen in jedem Falle nur derjenige, aus dessen Vermögen das Aktivum der Aktiengesellschaft zugeflossen ist. Das ist hier einzig Jules Bollag, da ihm das Geschäft früher gehörte und da nicht behauptet ist, dass dem Kläger irgendwelche Rechte daran zugestanden hätten. Der Kläger führt vielmehr selbst aus, die Aktien, also sein Anteil am Geschäfts-

wert, seien ihm von seinem Vater aus Anlass und zum Zwecke der Gründung geschenkt worden. Der Bereicherungsanspruch des Jules Bollag stand der Forderung der Gesellschaft auf Einzahlung der von ihm gezeichneten Fr. 164,000.— gegenüber; durch die im Prozess abgegebene Verrechnungserklärung der Konkursmasse ist er in der vollen Höhe des von der Vorinstanz verbindlich auf Fr. 164,000.— bestimmten Geschäftswertes zur Verrechnung gebracht worden. Auch eine Verrechnungsmöglichkeit aus Bereicherung besteht also für den Kläger nicht.

Wenn die Vorinstanz glaubt, aus Billigkeitsrücksichten die Verrechnung des Sacheinlagewertes mit den Zahlungsverprechen sämtlicher Zeichner zulassen zu sollen, so verkennt sie die Bedeutung des Gebotes, dass der Richter im Interesse der Verkehrssicherheit mit Strenge über die Erfüllung der von den Gründern nach aussen übernommenen Pflichten zu wachen hat. Die von der Vorinstanz zugelassene proportionale Anrechnung bis auf den Betrag, in welchem Sachwerte wirklich eingebracht worden sind, liefe auf eine mittelbare Zulassung der grundsätzlich abgelehnten Sachgründung in der Hülle der Bargründung hinaus.

d) Hat somit der Kläger seiner Liberierungspflicht gemäss seiner Zeichnung nachzukommen, so ist in Gutheissung der Berufung der Beklagten und in Abweisung der Berufung des Klägers die Widerklage im vollen Umfang zu schützen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen, die Berufung der Beklagten gutgeheissen, und demgemäss wird in teilweiser Abänderung des Urteils des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 6. Mai 1938 die Klage abgewiesen und der Kläger und Widerbeklagte in Gutheissung der Widerklage verpflichtet, an die Widerklägerin Fr. 10,000.— nebst 5 % Zins seit 9. November 1935 zu bezahlen.