

Hu Sunfuh in Hong-Kong weiterverkauft zum Preise von Fr. 20.50 das Stück. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern er überhaupt eine ihm günstigere Schadensrechnung aufstellen könnte, als er dies unmittelbar nach dem 10. Juni 1948 hätte tun können.

3. — War die Erklärung des Klägers vom 26. Juni 1948, mit der er auch nach der Meinung der Vorinstanz sicher auf nachträgliche Realerfüllung durch die Beklagte verzichtete, nicht verspätet, so muss im weiteren die von der Vorinstanz offen gelassene Frage entschieden werden, ob der Kläger damit Schadenersatz wegen Nichterfüllung (das positive Vertragsinteresse) verlangte, oder ob er sich damit für den Rücktritt vom Vertrag im Sinne von Art. 109 OR und für Geltendmachung des negativen Interesses entschied.

Im Schreiben vom 26. Juni erklärte der Kläger, er « trete vom Vertrag zurück », und im gleichen Satze legte er seine Schadenersatzbegehren dar. Wie jede rechtsgeschäftliche Erklärung muss auch die hier in Frage stehende nach ihrem wirklichen Sinn und aus der gesamten Sachlage heraus verstanden werden; vor allem darf man einen juristischen Laien nicht allzustreng beim Wortlaut behaften. Was der Kläger in Wirklichkeit sagen wollte, ergibt sich unmissverständlich aus der von ihm gleichzeitig mit der Wahlerklärung getroffenen Umschreibung seiner Schadenersatzansprüche. Er machte nämlich u. a. Fr. 5000.— für Verdienstausschlag geltend. Der entgangene Gewinn kann aber nur im Rahmen des Erfüllungsinteresses gefordert werden, niemals dagegen unter dem Gesichtspunkt des negativen Interesses (69 II 245 Erw. 4). Danach steht ausser Zweifel, dass der Kläger trotz der von ihm gebrauchten Wendung, er trete vom Vertrag zurück, nicht den Rücktritt im Sinne von Art. 107 Abs. 2/Art. 109 OR zu erklären beabsichtigte, sondern, wie auch der Beklagten erkennbar sein musste, einfach den Verzicht auf deren Leistung aussprechen wollte.

4. — Ist somit die Klage grundsätzlich begründet,

so muss die Sache zur Festsetzung der dem Kläger zustehenden Schadenersatzansprüche an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 27. April 1950 wird aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung der Klageforderung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1950
i. S. Moser A.-G. gegen Konkursmasse Hans Finger & Co. A.-G.

Art. 753 Ziff. 2 OR (Gründerhaftung).

Anwendung dieser Bestimmung im Falle einer verdeckten, kurzfristigen Darlehensgewährung zu Gründungszwecken. Gründerbegriff.

Ob eine für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister massgebende Bescheinigung richtig oder unrichtig ist, beurteilt sich nicht nach formellen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten.

Art. 753 ch. 2 CO (responsabilité des fondateurs).

Application de cette disposition dans le cas d'un prêt à court terme, accordé pour la forme en vue de la fondation. Notion de fondateur.

Pour décider si une attestation dont dépend l'inscription de la société sur le registre du commerce est exacte ou inexacte, il faut considérer non la forme, mais le fond.

Art. 753, cifra 2 CO (responsabilità dei promotori).

Applicazione di questo disposto nel caso di un mutuo a breve scadenza accordato « pro forma » in vista della costituzione della società.

Nozione di promotore.

Per decidere se un'attestazione da cui dipende l'iscrizione della società nel registro di commercio sia esatta o no, non devesi considerare la forma, ma la sostanza.

A. — Seit dem 30. April 1945 war im Handelsregister des Kantons Zürich die Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. eingetragen, mit Hans Finger-Moser als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und seiner Ehefrau Elsa Finger-Moser als Kommanditärin.

B. — Am 20. März 1947 wurde in Zürich (neben der fortbestehenden Kommanditgesellschaft) die Hans Finger

& Co. A.-G. gegründet. Gemäss der notariellen Urkunde über die konstituierende Generalversammlung waren die folgenden Aktienzeichner als Gründer anwesend oder vertreten: Hans Finger-Moser mit 383 Aktien; Dr. Max Schläpfer mit 100 Aktien; Jean Hauert, Johannes Billeter und Ernst Graf mit je 5 Aktien; Otto Blattner und Dr. Lelio Bulano mit je 1 Aktie. Der Versammlung lag, ausser den Zeichnungsscheinen im Original, eine vom 19. März 1947 datierte Bescheinigung der Schweizerischen Kreditanstalt Glarus vor, wonach bei dieser als Depositenstelle im Sinne von Art. 633 Abs. 3 OR das in 500 Inhaberaktien zu Fr. 1000.— eingeteilte Grundkapital von Fr. 500,000.— durch die Gründeraktionäre entsprechend ihrem erwähnten Aktienbesitz einbezahlt worden war und der Gesellschaft nach Eintragung im Handelsregister und Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt zur Verfügung stand. Anhand der eingesehenen Belege stellte die Versammlung die vollständige Zeichnung und Liberierung des Grundkapitals der Aktien fest. Sodann genehmigte sie den vorgelegten Statutenentwurf und wählte Otto Blattner zum Präsidenten, Dr. Schläpfer und Dr. Bulano zu Mitgliedern, Hans Finger-Moser zum Delegierten des Verwaltungsrates.

C. — Wenige Monate später, am 6. Dezember 1947, wurde über die Hans Finger & Co. A.-G. der Konkurs eröffnet. Es ergab sich, dass das Grundkapital von Fr. 500,000.— nicht in der von der Depositenstelle angegebenen Weise aufgebracht, sondern beschafft worden war mittels zweier Kredite, welche die Schweizerische Kreditanstalt in Zürich dem Hauptaktionär Hans Finger teils gegen Verpfändung von Waren der Kommanditgesellschaft und Bareinzahlung von Fr. 173,000.—, teils blanko gewährt hatte. Der durch Finger erlegte Barbetrag stammte mit Fr. 100,000.— aus einem Darlehen der Bank Moser A.-G. in Luzern, mit Fr. 50,000.— aus einem Darlehen des Dr. Max Schläpfer, mit Fr. 23,000.— vermutlich aus Aktiven der Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. Die so bereitgestellten Fr. 500,000.— überwies die Kreditanstalt

Zürich an ihren Sitz in Glarus, damit dieser zu Händen der konstituierenden Generalversammlung die genannte Erklärung vom 19. März 1947 ausstelle. Nach Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. ging das ganze Kapital wieder an den Hauptsitz der Kreditanstalt in Zürich und gelangte dort in die Verfügung der Gesellschaft, die es innert kurzer Zeit vollständig aufbrauchte. Insbesondere musste das Darlehen der Bank Moser A.-G. von Fr. 100,000.—, für welches schon im voraus eine « Gewinnbeteiligung » von Fr. 15,000.— in bar ausgehändigt worden war, abredegemäss unmittelbar nach Publikation der Gesellschaftsgründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt zurückgezahlt werden. Die gleichfalls vorgesehene Erstattung des Darlehens Schläpfer unterblieb wegen dringender anderweitiger Verpflichtungen.

D. — Im April 1948 belangte die Konkursmasse Hans Finger & Co. A.-G. die Bankfirma Moser A.-G. nach Massgabe von Art. 753 Ziff. 2 OR, eventuell von Art. 41 OR, auf Bezahlung von Fr. 100,000.— nebst 5 % Zins ab 27. März 1947 oder ab 21. Januar 1948.

Die Gerichte des Kantons Luzern, das Obergericht mit Urteil vom 29. März 1950, hiessen die Klage gut. Sie bejahten die Haftung der Beklagten im Sinne des Art. 753 Ziff. 2 OR und bestimmten den zu ersetzenden Schaden auf Fr. 100,000.— nebst 5 % Zins seit 21. Januar 1948. Das Obergericht fügte hinzu, dass selbst bei Verneinung der Gründerverantwortlichkeit gemäss Art. 753 Ziff. 2 OR, die Beklagte jedenfalls im nämlichen Umfange nach Art. 41 OR haftbar wäre.

E. — Die Beklagte legte Berufung an das Bundesgericht ein mit dem Begehren um Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Gegenstand des Prozesses bilden die Fr. 100,000.—, welche Hans Finger bzw. die Kommanditgesellschaft Hans

Finger & Co. von der Beklagten als Darlehen erhalten und neben weiteren Fr. 73,000.— an die Schweizerische Kreditanstalt Zürich zur Erlangung eines der beiden Kredite für die Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. einbezahlt hatte. Dieses Darlehensgeschäft ist in den Akten bloss durch zwei Briefe belegt, die über die wirklichen Vorgänge nur unvollständig Aufschluss geben. Am 15. März 1947 schrieb die Hans Finger & Co. an die Beklagte:

« Wir nehmen Bezug auf die telephonischen Unterredungen von heute morgen zwischen Ihrem Herrn Moser und dem Unterzeichneten. Absprachegemäss senden wir Ihnen in der Beilage: Fr. 100,000.— in Prima-Wechsel (Eigenwechsel) No. 1321 a/Zch per 09. April 1947, dessen guten Empfang Sie uns der Ordnung halber bestätigen wollen. Wir erwarten also Ihren Herrn Moser nächsten Dienstag, den 18. März, in Zürich, möglichst vor 15 Uhr. »

Die Beklagte antwortete der Hans Finger & Co. am 18. März 1947:

« Wir sind im Besitze Ihrer Zuschrift vom 15. d. Mts. und haben entnommen: Fr. 100,000.— in einem Eigenwechsel No. 1321 a/Zürich, zahlbar am 9. April 1947, mit drei Avalunterschriften. Obigen Betrag haben wir heute persönlich an Sie ausbezahlt. »

Bei den persönlichen Vernehmungen durch den kantonalen Zivilrichter, durch die Konkursverwaltung sowie in einem durch zürcherische Behörden geführten Strafverfahren gegen Hans Finger machten dieser und Max Moser, Delegierter des Verwaltungsrates der Beklagten, teilweise widersprechende Angaben. Beweiswürdigend stellt die Vorinstanz auf die Aussagen Fingers ab und legt damit, für das Bundesgericht verbindlich, den Sachverhalt im wesentlichen fest wie folgt: Finger wandte sich an die Beklagte, um die ihm zur Gründung der A.-G. noch fehlenden Fr. 100,000.— aufzutreiben. Bei den mit Max Moser geführten Verhandlungen erklärte er, dass er die Gründung einer A.-G. mit voll und in bar einbezahltem Grundkapital beabsichtige, und dass er dafür noch Fr. 100,000.— haben müsse. Moser stellte die Bedingung, dass er das Geld bei Finger wieder abholen könne, sobald die Publikation der Gesellschaftsgründung im Schweizerischen Handelsamtsblatt erschienen sei. In diesem Sinne wurde eine

Einigung erzielt. Das in dem als Sicherheit gegebenen Eigenwechsel über Fr. 100,000.— genannte Verfalldatum vom 9. April 1947 bezeichnete lediglich den spätesten Rückzahlungstermin. Ferner liess sich Moser eine « Provision » oder « Gewinnbeteiligung » von Fr. 15,000.— versprechen, welche Summe er im voraus und ohne Quittung einkassierte, als er am 18. März 1947, zwei Tage vor der konstituierenden Generalversammlung, die Darlehenssumme persönlich nach Zürich brachte. Die Rückgabe der Fr. 100,000.— geschah dann unmittelbar nach der Publikation der Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. Max Moser, als handelndes Organ der Beklagten, war sich bei der Darlehensgewährung im klaren darüber, dass die Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. bzw. Hans Finger die Fr. 100,000.— zur Vervollständigung des Aktienkapitals für die Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. brauchte. Daher konnte ihm auch nicht entgehen, dass die Fr. 100,000.— als Teil des in Aussicht genommenen Grundkapitals von Fr. 500,000.— der A.-G. dauernd zur Verfügung stehen mussten. Gewährte er in Kenntnis dieser Verhältnisse das Darlehen nur für wenige Tage, so nahm er die Möglichkeit in Kauf, dass die A.-G. und deren Gläubiger durch sein Vorgehen geschädigt werden konnten.

2. — Nach Art. 753 Ziff. 2 OR wird, « wer bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig ist, . . . sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich: . . . wenn er absichtlich oder fahrlässig dazu beigetragen hat, dass die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde erlangt worden ist, die unrichtige Angaben enthält. » Es ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

3. — Die Beklagte bestreitet, *Gründerin* der Hans Finger & Co. A.-G. gewesen zu sein. Sie verweist auf das Marginale zu Art. 753 OR, lautend « Gründerhaftung ». Gründer sei jedermann, der die Initiative zur Gründung ergreife und die dazu erforderlichen Handlungen vornehme oder leite,

nämlich Statutenentwurf, Gründerbericht, Prospekte ausarbeite und unterzeichne, Zeichnungen vorbereite und entgegennehme, Einzahlungen empfangen und das Depot bei der kantonalen Depositenstelle schaffen, die Einberufung zur konstituierenden Generalversammlung veranlassen, sich an einer Simultangründung beteiligen. Es gehe nicht an, die ohnehin schon strenge Haftung des Art. 753 OR « noch dadurch ins Ungemessene » zu erweitern, dass man dem Gründerbegriff eine dem Gesetz sonst nicht bekannte Auslegung gebe. Zudem behauptet die Beklagte, es habe ihr jedenfalls der Wille gefehlt, durch ihr Darlehen die Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. erst zu ermöglichen, und zwar selbst wenn man zugeben wollte, sie habe gewusst, dass die Fr. 100,000.— bei der Gesellschaftsgründung irgend eine Rolle spielen würden.

a) Haftbar aus Art. 753 OR wären bei der von der Beklagten befürworteten Abgrenzung nur diejenigen Personen, welche man etwa als « Gründer in einem engeren Sinne des Wortes » bezeichnet. Nach dem Zweck der anlässlich der Gesetzesrevision von 1936 noch verschärften Vorschrift muss der Gründerbegriff jedoch weit gefasst werden; sonst wird das angestrebte Ziel nicht erreicht. Das Marginale « Gründerhaftung », das notwendigerweise knapp zu halten war, ist allein nicht massgebend und darf auch nicht allzu wörtlich genommen werden. Gemeint ist die « Gründungshaftung », die Haftung im Zusammenhang mit der Gesellschaftsgründung. Denn was im näheren unter dem Rand-Titel zu verstehen ist, sagt der Gesetzestext. Darnach besteht die Haftung für jeden, der « bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig ist », d. h. für alle, die in irgendwelcher Weise schöpferisch bei der Gründung mitwirken. Das entspricht der in der Schweiz seit Jahrzehnten gültigen Anschauung. Bezeichnend hierfür ist schon Art. 693a im OR-Entwurf von 1876/77. Dort waren der persönlichen und solidarischen Schadenshaftung unterstellt « auch solche Personen, welche nicht die Stellung eines Mitgliedes des Vorstandes oder Aufsichtsrathes eingenom-

men haben, sofern sie nur irgendwie, sei es als Gründer, Projektanten, Unterhändler, Banquiers, Experten, Notare, Rechtsanwälte, Mitglieder der Registerbehörde, oder in irgend einer anderen Stellung bei der Bildung einer Aktiengesellschaft mitgewirkt haben ». An Stelle einer langen und doch nicht erschöpfenden Aufzählung wurde bereits in Art. 683 des Entwurfes von 1879 die Formulierung gewählt: « wer bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig war ». Sie ist bis heute beibehalten worden. Literatur und Praxis haben sie stets im weiten Sinne aufgefasst, als Folgerung aus dem unverkennbaren Zweck des Gesetzes (vgl. BGE 59 II 442 sowie die von der Vorinstanz neben SIEGWART zitierten Autoren HENGGELER, BACHMANN, WILDI und GUHL). Im Rahmen des geltenden Aktienrechts ist das um so selbstverständlicher, als bei der Revision von 1936 eine Reihe von Massnahmen getroffen wurden, um schwindelhaften Gründungen zu begegnen und die Gesellschaft, die Aktionäre, die Gläubiger vor unlauteren Machenschaften und vor Schaden zu bewahren. Dass im Zuge solcher Vorkehren die Haftung aus Art. 753 Ziff. 1 und 2 OR auf Fahrlässigkeit ausgedehnt wurde, legt keineswegs eine zurückhaltende Anwendung der Bestimmungen nahe, wie die Beklagte glaubt, sondern spricht für das Gegenteil. Fehl geht auch die Befürchtung der Beklagten, es werde angesichts einer so umfassenden Verantwortlichkeit im Bankgewerbe eine nachteilige Unsicherheit bei der Darlehensgewährung für Gründungen entstehen. Nicht jeder Geldgeber braucht die Folgen des Art. 753 OR zu scheuen. Ihnen verfällt nur, wer wider Treu und Glauben, in unlauterer Weise bei der Gründung mitwirkt. Und diesen müssen sie treffen, zum Schutze der ehrlichen Geldgeber wie der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger.

b) Nun hat gewiss die Beklagte weder die Gründung der Hans Finger & Co. A.-G. angeregt, noch die dafür erforderlichen Handlungen vorgenommen oder geleitet. Aber sie hat der Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. bzw. dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter Hans Finger

die für eine vollständige Liberierung des Grundkapitals der künftigen A.-G. benötigten Fr. 100,000.— geliehen. Sie kannte die geplante Verwendung des Geldes. Und sie übergab den Betrag, unter kurzfristigen Rückzahlungsbedingungen, erst zwei Tage vor der konstituierenden Generalversammlung, nachdem alle anderen Vorbereitungen abgeschlossen waren. Wer so vorgeht, ist im dargelegten Sinne des Art. 753 OR bei der Gründung einer Aktiengesellschaft tätig gewesen und hat dafür, sofern die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, die Verantwortung zu tragen.

Der Einwand der Beklagten, sie habe das Darlehen am 18. März 1947 gewährt während die A.-G. am 20. März gegründet worden sei, und darum sei sie nicht « bei », sondern « vor » der Gründung tätig gewesen, ist unhaltbar. Von der gesamten Gründungstätigkeit, namentlich auch soweit die Beklagte selber sie dem Art. 753 OR unterstellt, fällt mindestens bei der Sukzessivgründung ein grosser Teil unvermeidlicherweise in die Zeit vor der konstituierenden Generalversammlung. Solche Vorbereitungshandlungen oder Vorkommnisse der hier erörterten Art, die im direkten Zusammenhang mit der Gründung einer A.-G. stehen, darf man von der Gründungshaftung nicht ausnehmen; sonst würde der Zweck des Art. 753 OR weitgehend vereitelt. Unerheblich ist sodann, dass die Beklagte die Fr. 100,000.— nicht an die Depositenstelle einbezahlt und ihr Darlehen auch nicht Hans Finger, sondern der Kommanditgesellschaft gewährt hat. Das Geld wurde nichtsdestoweniger für die Gründung der A.-G. und nur dafür übergeben. Hans Finger, der es empfing, vereinigte in seiner Person sowohl die beherrschende Stellung innerhalb der Kommanditgesellschaft wie die Eigenschaften des Initianten und Mehrheitsaktionärs der zu gründenden A.-G. Demgegenüber darf sich die Beklagte nicht auf formalrechtliche Unterschiede berufen, als ob sie deren tatsächliche Belanglosigkeit nicht erkannt hätte.

4. — Die *Bescheinigung* der Schweizerischen Kredit-

anstalt Glarus vom 19. März 1947 war wesentlich für die Eintragung der Hans Finger & Co. A.-G. im Handelsregister. Ob sie dem Eintragungsgesuch beilag oder nicht, ist gleichgültig. Ihr hauptsächlicher Inhalt wurde in die öffentliche Urkunde über die Gründungsversammlung aufgenommen. Dass der Handelsregisterführer darauf abstellte, liegt auf der Hand, gehört doch die Bestätigung über die Bareinzahlung zu den wichtigsten Erfordernissen der Gründung und Registereintragung.

Das alles zieht die Beklagte nicht in Zweifel. Sie macht aber geltend, es liege keine unrichtige Bescheinigung vor. Die Depositenstelle habe bestätigt, dass bei ihr Fr. 500,000.— zur Volliberierung von 500 Aktien à Fr. 1000.— einbezahlt worden seien und dass das Kapital der Gesellschaft nach Eintragung im Handelsregister und Publikation im Handelsamtsblatt zur Verfügung stehe. Das eine wie das andere sei wahr gewesen. Wenn Art. 633 OR bezwecke, fiktive Einzahlungen zu verhindern, so könne und wolle das Gesetz doch nicht eine Sicherstellung des einmal vorhandenen Grundkapitals für alle Zukunft gewährleisten.

a) Es ist weder behauptet noch erforderlich, dass die Depositenstelle bewusst unrichtige Angaben machte. Nach Sinn und Zweck der Art. 753 Ziff. 2, 633, 635 und 638 Ziff. 2 OR genügt schon die objektive Unrichtigkeit. Und objektiv war die Bescheinigung der Depositenstelle Glarus zumindest insofern unwahr, als darin gesagt ist, die Beteiligungsbetreffnisse der einzelnen Aktionäre seien durch diese einbezahlt worden, während in Wirklichkeit die Kreditanstalt Zürich aus Auftrag Fingers oder der Kommanditgesellschaft die gesamten Fr. 500,000.— kreditiert und überwiesen hatte. Hieraus sind für die Auseinandersetzung zwischen den Parteien keine Schlüsse zu ziehen.

b) Dagegen ist zu prüfen, ob die Bescheinigung der Depositenstelle deswegen als objektiv unrichtig erscheint, weil im Aktienkapital Fr. 100,000.— inbegriffen waren, die (über die Bareinzahlung Fingers an die Kreditanstalt Zürich) aus dem Darlehen der Beklagten stammten und

ihr abredgemäß nach Veröffentlichung der Gesellschaftsgründung zurückerstattet werden mussten. Dass letzteres (am 25. März 1947) aus den bei der Depositenstelle hinterlegten und von dort zu Händen der A.-G. wieder nach Zürich geschickten Mitteln geschah, ist nie in Abrede gestellt worden.

Es steht nun freilich fest, dass die Fr. 500,000.— bei der Depositenstelle lagen und der Gesellschaft nach der Gründung bei der Kreditanstalt Zürich zur Verfügung gehalten wurden. Das Geld gehörte tatsächlich der A.-G. und die Beklagte hatte (falls überhaupt an die A.-G. und nicht nur an die Kommanditgesellschaft oder an Hans Finger persönlich) lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung ihres Darlehens von Fr. 100,000.—. Wenn ihre Forderung dann befriedigt wurde, so ändert das nichts daran, dass zuvor die A.-G. das eingezahlte Grundkapital voll erhalten hatte. Rein formell besehen lässt sich daher in diesem Punkte, abweichend von der Annahme der Vorinstanz, nicht von einer unrichtigen Bescheinigung sprechen, es wäre denn, dass die Rückzahlungsverpflichtung im Sinne des Art. 645 OR zu Lasten der künftigen A.-G. eingegangen wurde, was weder aus dem kantonalen Urteil noch ohne weiteres aus den Abmachungen zwischen Finger und Moser hervorgeht.

Indessen drängt sich, angesichts des verwerflichen Verhaltens der Beklagten, die Frage auf, ob eine Beurteilung nach dem blossen Wortlaut der Bescheinigung dem Zweckgedanken des Art. 753 Ziff. 2 OR gerecht wird. Der gegebene Sachverhalt zeigt grosse Ähnlichkeit mit jenem verpönten Gründungsverfahren, das durch die Gesetzesrevision von 1936 ein für allemal ausgeschaltet werden sollte. Der einzige, rechtlich wie praktisch bedeutungslose Unterschied liegt in der für die vorübergehende Geldbeschaffung gewählten Methode. Während es früher möglich war, die nötigen Mittel für wenige Stunden auszuborgen um sie in der Gründungsversammlung aufzulegen, wurde hier der Vorgang durch entsprechende Gestaltung

der Darlehens- und Rückerstattungsvereinbarung den neuen Vorschriften angepasst, welche die Bareinzahlung an die Depositenstelle und die Aushändigung des Kapitals an die Gesellschaft erst nach deren Eintragung im Handelsregister vorsehen. Im einen wie im anderen Falle ist das wirtschaftliche Endergebnis dasselbe. Und hievon ausgehend muss man mit der Vorinstanz sagen, dass die Bescheinigung, soweit die Fr. 100,000.— aus dem Darlehen der Beklagten betreffend, ungeachtet der formellen Richtigkeit ihrem materiellen Inhalte nach unrichtig war. Denn die Beklagte hatte zwar dem Gründungsinitianten Finger den Betrag zur Liberierung von Aktien überlassen, gleichzeitig aber die Rückgabe sofort nach Veröffentlichung der Gesellschaftsgründung ausbedungen. Also handelt es sich in Wirklichkeit, trotz des korrekten äusseren Anscheins, eben doch um eine fingierte Kapitaleinzahlung. Wollte man solche Machenschaften dulden, nur weil sie durch eine formell richtige Bestätigung der Depositenstelle gedeckt sind, so würde Art. 633 OR wirkungslos, und es wäre der Weg für eine beliebige Umgehung der Gründungshaftung geöffnet. Diese Folge zeigt, dass bei Würdigung der Richtigkeit der dem Handelsregistereintrag einer Gesellschaft zugrundeliegenden Bescheinigung nicht auf formelle, sondern auf materielle Gesichtspunkte abgestellt werden muss. Alsdann ist vorliegend die Anwendbarkeit des Art. 753 Ziff. 2 OR zu bejahen.

5. — Den Ausführungen des Obergerichtes über das *Verschulden* der Beklagten ist beizutreten. Jedem Geldgeber, auch dem Darlehensgeber als allfälligem Gründer im weiteren Sinn, obliegt es, aufmerksam zu überlegen, ob seine Mitwirkung bei der Gründung einer A.-G. nicht unstatthafter Unternehmungen Vorschub leiste. Die Beklagte hat diese Pflicht gröblich missachtet. Wie sehr sie sich über die Fragwürdigkeit ihres Geschäftes mit Finger im klaren war, erhellt schon daraus, dass eine schriftliche Festlegung der Abmachungen vermieden wurde. Diesen Umstand ausnützend hat zwar Max Moser nachträglich versucht,

die wirklichen Geschehnisse durch falsche Angaben zu verschleiern. Da aber erwiesenermassen die Beklagte wusste, wozu ihr Darlehen verwendet wurde, konnte ihr als einer Bankfirma unmöglich entgangen sein, dass wegen der sofort nach der Gründung vorzunehmenden Ausscheidung der von ihr beigesteuerten Fr. 100,000.— das Grundkapital der Gesellschaft nicht voll zur Verfügung stand. Dann musste sie auch die Unrichtigkeit einer gegenteiligen Bescheinigung durch die Depositenstelle einsehen. Andererseits bedurfte es dieser Bescheinigung für die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Und die Eintragung hinwiederum war Voraussetzung für die Rückzahlung des Geldes, daher in der Darlehensvereinbarung als auch von der Beklagten gewollt miteingeschlossen. Dergestalt hat die Beklagte dazu beigetragen, dass die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister auf Grund einer unrichtigen Bescheinigung erlangt wurde. Die damit offensichtlich verbundene Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft und ihrer Gläubiger nahm die Beklagte in Kauf, um einen unverhältnismässig hohen Gewinn einzustreichen. Sie handelte also, wie schon die Vorinstanz erkannte, mit Eventualvorsatz.

Der Hinweis auf günstige Informationen über die finanziellen Verhältnisse der Kommanditgesellschaft Hans Finger & Co. vermag die Beklagte nicht zu entlasten. In jedem Falle bleibt die Tatsache bestehen, dass die Beklagte schuldhaft dazu Hand geboten hat, ein voll einbezahltes und im Zeitpunkt der Gründungs publikation vorhandenes Aktienkapital vorzutauschen. Wer sich übrigens für ein kurzfristiges Darlehen von Fr. 100,000.— im voraus eine « Provision » oder « Gewinnbeteiligung » von Fr. 15,000.— auszahlen und zudem noch Wechselsicherung geben lässt, zeigt damit, dass er in die Solvenz des Borgers kein grosses Vertrauen hat und das Risiko als erheblich betrachtet.

6. — Hinsichtlich der *Schadensverursachung* ist auszugehen von der tatbeständlichen Angabe der Vorinstanz, dass, zufolge der im vorneherein versprochenen und sofort nach Veröffentlichung der Gesellschaftsgründung vorge-

nommenen Rückerstattung des Darlehens der Beklagten, die Mittel der Gesellschaft von Anfang an um Fr. 100,000.— vermindert wurden und dieser Betrag zur Befriedigung der Gläubiger dann fehlte. Überprüfbare Rechtsfrage ist nur, ob der damit festgestellte Kausalzusammenhang adäquat war. Hier gilt, was in BGE 59 II 451 ausgesprochen wurde: « Es ist nicht statthaft, einen strengen und absoluten Beweis des Kausalzusammenhanges zu fordern, sondern der Richter hat sich mit jener Gewissheit zufrieden zu geben, welche ihm die Erfahrung des Lebens verleiht und welche mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnet. » Dass nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge das Verhalten der Beklagten geeignet war, eine Schädigung der Gesellschaft und der Gläubiger herbeizuführen, kann nicht bezweifelt werden. Das von der Beklagten hervorgehobene und nach einer Bemerkung der Vorinstanz in mehrfacher Beziehung zu beanstandende Geschäftsgebahren der Gesellschaftsorgane, insbesondere Hans Fingers, schliesst eine adäquate Ursachenfolge nicht aus. Soweit es um den aus der Mitwirkung der Beklagten erwachsenen Schaden geht, ist er für die Gesellschaft schon mit der Rückzahlung des Darlehens, d. h. gleich nach der Veröffentlichung der Gründung, eingetreten. Durch spätere Misswirtschaft, selbst wenn sie an sich die Möglichkeit eines anderweitigen Verbrauchs der Fr. 100,000.— bergen sollte, konnte daher der Kausalzusammenhang nicht mehr unterbrochen werden. Dass mit dieser Frage die von der Beklagten herangezogene gesetzliche Bestimmung über die zulässige Mindesteinzahlung von 20 % des Grundkapitals nichts gemein hat, bedarf keiner weiteren Darlegung.

7. — Für den Fall einer Ablehnung ihres grundsätzlichen Prozesstandpunktes ficht die Beklagte die *massliche Gutheissung* der Klage an. Dabei wiederholt sie zum Teil ihre bereits von der Vorinstanz zutreffend widerlegten Vorbringen. Allerdings ist der Schaden nicht ziffernmässig ausgewiesen. Er kann es nach der Natur der Sache auch nicht sein. Daher muss Art. 42 Abs. 2 OR Platz greifen. Und eine Schätzung anhand der dort gegebenen Weg-

leitung führt zur Annahme, dass wegen der Machenschaften der Beklagten die Aktiven der A.-G. zur Zeit des Konkursausbruches um die vorweg zurückgezahlten Fr. 100,000.— geringer waren, als sie sonst gewesen wären. Zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes nach Massgabe der Art. 43 und 44 OR besteht kein Anlass. Das Verschulden der Beklagten ist schwer. Ihre Handlungsweise verstösst gegen grundlegende Regeln des Aktienrechts, gegen die kaufmännische Redlichkeit, gegen Treu und Glauben. Ob andere, an der Gründung und Verwaltung der Gesellschaft Beteiligte ein Mitverschulden trifft und ob sie ins Recht gefasst wurden oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Bestimmung des von der Beklagten zu erbringenden Schadenersatzes. Einmal wird dadurch die eigene Gründerverantwortlichkeit der Beklagten nicht berührt. Sodann lag es im freien Belieben der geschädigten A.-G. bzw. ihrer Konkursmasse, welchen unter mehreren Haftbaren sie belangen wollte. Denn die Gründerverantwortlichkeit ist eine Form der Deliktshaftung und es besteht auf Seiten der Verantwortlichen Solidarität, sei es echte bei gemeinsamem oder Konkurrenz bei nicht gemeinsamem Verschulden (BGE 59 II 443). Die Behauptung der Beklagten endlich, sie würde durch Verpflichtung zu ungekürzter Ersatzleistung in eine Notlage versetzt, ist weder substantiiert noch in bezug auf eine Bankfirma glaubhaft.

8. — Ist der Klageanspruch aus Art. 753 Ziff. 2 OR gegeben und zu schützen, so kann offen bleiben, ob die Beklagte auch aus Art. 41 OR haften würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 29. März 1950 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 40, 45. — Voir aussi nos 40, 45.

V. MOTORFAHRZEUGVERKEHR

CIRCULATION ROUTIÈRE

Vgl. Nr. 45. — Voir n° 45.

VI. EISENBAHNHAFTPFLICHT

RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

45. Urteil vom 7. Dezember 1950 i. S. Schweiz. Bundesbahnen gegen Ruppen.

Eisenbahnhaftpflicht. Haftung für den Schaden infolge der Körperverletzung, die ein Motorfahrzeughalter beim Zusammenstoss seines Fahrzeugs mit der Eisenbahn erlitten hat. Konkurrenz der Kausalhaftpflicht nach MFG mit derjenigen nach EHG. Selbstverschulden des Verunfallten. Verschulden der Bahn. Erhöhte Betriebsgefahr.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer. Responsabilité en raison du dommage résultant d'une lésion corporelle subie par le détenteur d'un véhicule automobile à la suite d'une collision de ce véhicule avec un chemin de fer. Concours de la responsabilité causale instituée par la LA avec celle découlant de la LRC. Faute de la victime. Faute de l'entreprise. Risque d'exploitation aggravé.

Responsabilità delle imprese di strade ferrate. Responsabilità a dipendenza del danno che risulta da una lesione corporeale subita dal detentore d'un autoveicolo in seguito ad uno scontro tra questo autoveicolo e un treno. Concorso della responsabilità causale istituita dalla LA con quella derivante dalla LRC. Colpa della vittima. Colpa dell'impresa ferroviaria. Rischio aggravato dell'esercizio.

A. — Bei der Kapelle von Riti (Gemeinde Eyholz) zweigt von der Kantonsstrasse Visp-Brig eine Strasse II. Klasse ab, die in nördlicher Richtung über die Rhone nach Brigerbad führt. Vor der Brücke kreuzt diese Strasse im rechten Winkel drei nebeneinander verlaufende Bahn-