

wurde, waren geeignet, das genaue Studium desselben und die Beurteilung der Tragweite der zu übernehmenden Verpflichtungen zum mindesten erheblich zu erschweren; das fällt umso schwerer ins Gewicht, als man es bei der Mehrzahl der Beteiligten wohl nicht mit besonders geschäftsgewandten Personen zu tun hat, und überdies die Bürgschaft in dem zwei Doppelbogen umfassenden, von Anfang bis Ende fortlaufend von Hand geschriebenen, nicht sehr leicht leserlichen Akt äusserlich in keiner Weise hervortritt, sondern mitten in dem grossen Umfang der Urkunde, welche eine Menge, die einzelnen Verpflichteten nicht direkt interessierender Einzelheiten enthält, in einem Nebensatz ausgedrückt, so zu sagen versteckt ist. Bei dieser Sachlage hätten Treu und Glauben es verlangt, dass die Kläger auf die in die Urkunde aufgenommene Bürgschaftsklausel aufmerksam gemacht und über die Tragweite der aus der Solidarbürgschaft sich ergebenden Verpflichtungen aufgeklärt worden wären, oder aber die Urkunde ihnen wenigstens zum eingehenden Studium aushingeggeben worden wäre. Weder da- eine, noch das andere ist geschehen; auch wurden die Bauinteressenten nicht etwa an der für die Unterschrift bestimmten Stelle auf ihre Eigenschaft als Bürgen hingewiesen, so wenig als in der Überschrift des Aktes die Bürgschaft erwähnt ist.

Diese Umstände sprechen mit solcher Wahrscheinlichkeit für die klägerische Darstellung, dass es Sache der Beklagten gewesen wäre, dem gegenüber ihrerseits darzutun, dass sie wirklich den Klägern von den Bedingungen der Solidarbürgschaft Kenntnis gegeben habe. Sie hat diesen Beweis nicht geleistet. Der Hinweis auf die vom Kläger Biderhost erwirkte Rückbürgschaft Dr. Bürchers, sowie auf die Anstrengungen einzelner Bauinteressenten, sich durch Zahlung ihres Anteils von der Solidarbürgschaft zu befreien, ist deshalb unbehelflich, weil die Kläger inzwischen, durch die am 13. Dezember 1921 angehobene Betreibung, von der Geltendmachung

der Solidarbürgschaft durch die Beklagte Kenntnis erhalten hatten. So erklärt es sich auch, dass Hauri bei seiner Steuerdeklaration pro 1922 den Schuldenabzug für volle 330,000 Fr. beansprucht hat.

7. — Danach kann nicht angenommen werden, dass die Kläger sich etwa den Zumutungen der Beklagten, im Bewusstsein der Unkenntnis derselben, blindlings unterwerfen wollten, sondern es drängt sich der Schluss auf, dass sie bei Unterzeichnung des Aktes vom 13. April 1920 tatsächlich in dem geltend gemachten Irrtum befangen waren, sodass die Anfechtung der Solidarbürgschaft nach Art. 24 Ziff. 1 OR als begründet erscheint.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Bezüglich der Widerklage wird auf die Berufung nicht eingetreten.

2. In Bezug auf die Aberkennungsklage wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 14. Dezember 1922 bestätigt.

## 26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. April 1923

### i. S. Kunz gegen Baumann & Vogt.

**Aktienrecht:** Voraussetzungen der persönlichen Haftbarkeit der vor Eintragung der Aktiengesellschaft Handelnden. Natur des Anspruches aus Art. 623 Abs. 2 OR. Berücksichtigung des Parteiwillens.

A. — Der Kläger Kunz beteiligte sich im Jahre 1919 an einem von einem gewissen Schwab in Biel betriebenen Fabrikationsgeschäft chem.-tech. Produkte durch Gewährung finanzieller Hilfe. In der Folge wurde dieses Geschäft unter Ausscheidung des Schwab vom Kläger gemeinsam mit den Beklagten Vogt und Baumann in Form einer einfachen Gesellschaft weiterbetrieben. Be-

reits im Sommer 1920 bestand die Absicht, auf Anfang September eine Aktiengesellschaft zu gründen, welches Vorhaben indessen auf diesen Zeitpunkt nicht ausgeführt werden konnte. Im August 1920 machten Vogt und Baumann Zahlungen von je 5000 Fr. auf Rechnung der Gesellschaft. Unterm 2. September 1920 stellten hierauf die drei Gesellschafter folgende Gegenseitigkeitserklärung aus :

« Die unterzeichneten Gründungsaktionäre der Alka A.-G. in Biel anerkennen hiermit gegenseitig ausdrücklich, dass der Aktionär Adolf Baumann von Basel in Biel und der Aktionär F. Kunz, Notar, von Meisberg in Biel, die von ihnen heute gezeichneten Aktienbeträge von zusammen 15,000 Fr. bereits für den bisherigen Betrieb des Geschäftes eingeschossen und in die Gesellschaftskasse in bar einbezahlt haben. Der Wert für diese Einzahlungen ergibt sich in der Buchhaltung. Auch geht aus den Büchern hervor, dass Herr Vogt seine gezeichneten Aktien vor der Gründungsversammlung voll einbezahlt hat. »

Am 7. Oktober 1920 erfolgte sodann durch Kunz, Vogt und Baumann die formelle Gründung der Alka A.-G., deren Zweck die Fabrikation chemisch-technischer Produkte und der Handel mit demselben war. Das Aktienkapital wurde auf 20,000 Fr. festgesetzt und in der öffentlichen Urkunde über die Gründung als voll einbezahlt erklärt. Laut Zeichnungserklärung vom gleichen Tage verpflichtete sich der Kläger 10 Aktien zu je 1000 Fr. zu übernehmen, « und deren Wert in die Gesellschaftskasse einzuschliessen ». Die beiden Mitgründer Vogt und Baumann zeichneten im gleichen Verpflichtungsschein anschliessend je 5 Stück zu 1000 Fr. Über den « Geschäftsankauf » wurde in Ziffer 7 des Protokolls über die konstituierende Versammlung vom 7. Oktober 1920 folgendes verurkundet :

« Die Aktionärversammlung beschliesst ferner in offener Abstimmung, das bisher von Herrn Gustav Schwab

betriebene und dem Herrn Fritz Kunz, Notar in Biel, gehörende Inventar des Fabrikationsgeschäftes chem.-techn. Produkte zwecks Weiterführung käuflich zu erwerben zum Preis von 34,000 Fr. (Betrag in Worten). Hievon sind bereits durch Aktienzeichnung 10,000 Fr. verrechnet und getilgt. Für den Restbetrag ist dem Verkäufer Kunz eine Obligation von 24,000 Fr. auszustellen mit folgenden Zins- und Abzahlungsverpflichtungen..... Diese Obligation steht als Schuld der Alka A.-G. im ersten Range. »

Die Obligation ist dem Kläger am gleichen Tage ausgestellt worden und hat folgenden Wortlaut :

« Die Alka A.-G. in Biel, vertreten durch ihre statutarische Verwaltung, anerkennt hiermit gemäss Aktionärversammlungsbeschluss vom 7. Oktober 1920 dem Herrn Friedrich Kunz, Notar in Biel, für einen Teil des Ankaufspreises der von Herrn Gustav Schwab betriebenen Fabrikation chemisch-technischer Produkte ein Kapital von 24,000 Fr. schuldig zu sein, mit der Verpflichtung, diese Schuld nach jeweiligem Verkauf des Warenlagers, namentlich der Rasiercrème, abzubezahlen und inzwischen das jeweilige Kapital zu dem bei der Schweizerischen Volksbank in Biel bestehenden Schuldnerzinsfuss und den übrigen Bedingungen dieser Bank von heute hinweg zu verzinsen und abzubezahlen. Diese Obligation steht als Schuld der Alka A.-G. im ersten Range. »

Der Eintrag der Alka A.-G. ins Handelsregister erfolgte erst am 14. Oktober 1920. Infolge des schlechten Geschäftsganges der neu gegründeten A.-G. entstanden bald Unstimmigkeiten zwischen dem Kläger und den übrigen Aktionären Vogt, Baumann und dem später hinzugekommenen Affolter. In der Aktionärversammlung vom 7. September 1921 beschlossen diese, den Kläger Kunz sofort für seine Aktienzeichnung von 10,000 Fr. zu betreiben. Mit Schreiben vom 13. September 1921 liessen sie ihm durch ihren Anwalt mitteilen, dass sie

das Zustandekommen eines Kaufvertrages über das Inventar bestreiten. Eventuell werde der Vertragsschluss wegen Irrtums und Betrugs angefochten. Eine gleiche Notifikation wurde ihm unterm 19. Oktober 1921 abermals zugestellt. Am 21. Oktober 1921 verkaufte sodann die A.-G. im Einverständnis des Kunz das Inventar ohne Präjudiz für die Eigentumsverhältnisse um den Preis von 10,000 Fr. an einen gewissen Sauvin.

Mit Entscheid vom 9. November 1921 erteilte der Appellationshof des Kantons Bern der Alka A.-G. für den in Betreuung gesetzten Zeichnungsbetrag des Kunz von 10,000 Fr. provisorische Rechtsöffnung. Die von Kunz daraufhin eingereichte Aberkennungsklage wurde vom Bundesgericht in Bestätigung des Entscheides des Handelsgerichts des Kantons Bern mit Urteil vom 11. Juli 1922 abgewiesen. Den Einwand des Aberkennungsklägers Kunz, er sei von seiner Aktieneinzahlungspflicht durch die Einbringung des Inventars befreit worden, lehnte das Bundesgericht ab, weil die in Art. 619 Abs. 1 OR für die Behandlung dieses Inventars als Sacheinlage vorgeschriebene Förmlichkeit (Festsetzung des Übernahmeprices in den Statuten) nicht gewahrt worden sei. Die Frage, ob und inwieweit das in Ziffer 7 des Protokolls über die konstituierende Versammlung vom 7. Oktober 1920 verurkundete Rechtsgeschäft betreffend den « Geschäftsankauf » für die Parteien Recht schaffe, liess es offen.

B. — Schon vor Erledigung dieses Aberkennungsprozesses gegen die Alka A.-G. hat Kunz im Juni 1922 die vorliegende Klage gegen Baumann und Vogt angehoben mit dem Begehren, die Beklagten seien solidarisch zur Bezahlung von 24,000 Fr. nebst 6 % Zins seit 7. Oktober 1920 zu verurteilen. In der Begründung stellt er auf die Auffassung des bernischen Handelsgerichts ab, wonach einerseits das Inventar, weil nicht in den Statuten eingetragen, nicht als eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage in die A.-G. betrachtet werden

könne (Art. 619 Abs. 1 OR) und anderseits eine nachträgliche Übernahme im Sinne von Art. 623 Abs. 3 OR nicht erfolgt sei. Demzufolge qualifiziere sich die Obligation vom 7. Oktober 1920 als Verpflichtung nach Art. 623 Abs. 2 OR, für welche die persönliche und solidarische Haftbarkeit der Beklagten bestehe.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie sich im wesentlichen auf den Standpunkt stellten, dass die Schuldverpflichtung vom 7. Oktober 1920 auf die Alka A.-G. übergegangen sei. Eventuell sei der Vertrag für sie wegen Betrugs und Irrtums unverbindlich.

C. — Mit Urteil vom 24. November 1922 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Klägers mit dem Begehren um Gutheissung derselben.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Obligation gestützt auf die der Kläger die Beklagten belangt, bezeichnet als Schuldner die « Alka A.-G., vertreten durch ihre statutarische Verwaltung » und ist unterzeichnet « Alka A.-G. Biel, E. Vogt, A. Baumann. » Nun steht aber fest, dass diese Gesellschaft am 7. Oktober 1920, dem Tage der Ausstellung der Schuldverpflichtung, Persönlichkeit gemäss Art. 623 Abs. 1 noch nicht hatte, — der Eintrag ins Handelsregister erfolgte erst am 14. Oktober 1920, — sodass daher, wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, Abs. 2 von Art. 623 OR zur Anwendung kommt, es wäre denn, dass eine Übernahme der Verpflichtung gemäss Abs. 3 des gleichen Artikels durch die Aktiengesellschaft nachträglich erfolgt wäre. Dass letzteres der Fall sei, hat das Handelsgericht des Kantons Bern in seinem Urteil im Aberkennungsprozess verneint. Das heute angefochtene Urteil dagegen folgert eine solche Übernahme aus einer Eintragung im Kontokorrentbuch : « Aug. 20, unsere Verpflichtung 24,000 Fr. » in Verbindung mit der Tatsache, dass die A.-G. den « Gegenwert » der Verpflichtung, das In-

ventar, übernommen und später im Einverständnis mit dem Kläger an Sauvin verkauft habe. Nun ist allerdings der Vorinstanz grundsätzlich darin beizupflichten, dass die Übernahme nicht ausdrücklich zu geschehen hat, sondern auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen kann. Allein in den beiden von ihr angeführten Momenten kann eine schlüssige Kundgebung des Übernahmewillens der A.-G. nicht gefunden werden. Aus dem Eintrag im Kontokorrentbuch ist schon deshalb nichts herzuleiten, weil er in einem Zeitpunkt erfolgte (Aug. 1920), wo die A.-G. noch gar nicht zur Entstehung gelangt war, und der Verkauf des Inventars berechtigt zu einer derartigen Annahme nicht, weil er laut schriftlicher Vereinbarung vom 21. Oktober 1921 nur vorsorglich erfolgte, ohne Präjudiz für die Eigentumsverhältnisse, die ja gerade streitig waren, da die Alka A.-G. das Zustandekommen eines gültigen Kaufvertrages über das Inventar mit Notifikation vom 19. Oktober 1921 ausdrücklich in Abrede gestellt hatte. Allein selbst wenn aus diesem Verkaufe auf eine Übernahme geschlossen werden könnte, so wären die Beklagten von ihrer persönlichen Haftung ohne einen besonders darauf gerichteten Vertrag nicht befreit worden, da der Verkauf nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, sondern erst mehr als ein Jahr später erfolgt ist. Andere Anhaltspunkte aber, die den Schluss auf eine stillschweigende Übernahme der Schuldverpflichtung durch die A.-G. zu begründen vermöchten, sind in den Akten nicht enthalten, sodass daher eine solche nicht als nachgewiesen erachtet werden kann, und mithin Art. 623 Abs. 2 formell zutrifft.

2. — Frägt es sich daher, ob auch die materiellen Voraussetzungen für eine persönliche Haftung der Beklagten nach Art. 623 Abs. 2 OR gegeben seien, so ist davon auszugehen, dass es sich hiebei um eine Schutzbestimmung handelt, die den Zweck hat, ein Handeln

der rechtlich noch nicht zur Entstehung gelangten A.-G. möglichst einzuschränken und andererseits den Vertragsgegner, der sich mit den in ihrem Namen Handelnden einlässt, zu schützen. Die Tragweite dieser Bestimmung ist denn auch nach dem mit derselben verfolgten Zweck zu bemessen. Die in der Literatur über die Auslegung der analogen Vorschrift in § 200 DHGB bestehende Streitfrage, ob die persönliche Haftbarkeit der Handelnden nur dann eintrete, wenn dem Dritten das Bestehen der Eintragung vorgespiegelt wurde, bzw. die Nichteintragung derselben unbekannt gewesen sei, oder ob sie auch in dem Falle gegeben sei, wo der Dritte von der Nichtexistenz Kenntnis hatte, in welcher letzterem Sinne sich die herrschende Meinung ausspricht (vgl. STAUB, Komment. zum DHGB § 200 Anm. 10 b und dort. Zit.), und auf welchem Standpunkt sich auch das Reichsgericht stellt (RGE 55 S. 305; 70 S. 298 ff.), braucht hier nicht entschieden zu werden. Immerhin ist darauf zu verweisen, dass die vom Vertreter der Beklagten vertretene Auffassung, es handle sich bei Abs. 2 von Art. 623 OR um einen Anwendungsfall der in Art. 39 OR statuierten Haftung des *falsus procurator*, schon deshalb zweifelhaft erscheinen muss, weil der vollmachtlose Vertreter nur für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schaden, d. h. für das negative Vertragsinteresse haftet und nicht auf Erfüllung belangt werden kann, während Art. 623 Abs. 2 OR dem Dritten eine Klage auf Erfüllung, bzw. auf das Erfüllungsinteresse einräumt. Wie immer man sich aber auch zu der Streitfrage stellt, so kann nach Sinn und Zweck des Art. 623 Abs. 2 OR die persönliche Haftbarkeit der Handelnden nicht schlechthin absolut bestehen, sondern es wird immer auf den beidseitigen Parteiwillen bei Eingehung der Verpflichtungen und auf die Besonderheiten im einzelnen Falle abzustellen sein. Diese Berücksichtigung des Parteiwillens im konkreten Falle findet ihre Rechtfertigung in dem Umstande, dass die fragliche

Gesetzesbestimmung nicht eine solche zwingenden Rechts ist, was daraus zu schliessen ist, dass es an einem gesetzlichen Verbot des Ausschlusses dieser persönlichen Haftbarkeit durch Parteivereinbarung fehlt. Geht man aber hievon aus, so kann nach der Willensmeinung der Parteien eine persönliche Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger aus der Obligation vom 7. Oktober keinesfalls angenommen werden. Der Kläger Kunz war mit den Beklagten Vogt und Baumann Gründer der Alka A.-G., die zunächst nur für sie drei als Beteiligte vorgesehen war. Da die Errichtung nun gerade zum Zwecke der Benützung und Ausbeutung des bisher vom Kläger betriebenen Geschäftes mit allem Inventar erfolgen sollte, konnte es unmöglich die Willensmeinung beider Vertragsteile sein, für den Fall der Nichtübernahme der Verpflichtung durch die A.-G. die Beklagten persönlich verpflichten zu wollen. Diese hatten hiezu vernünftigerweise nicht die geringste Veranlassung und dem Kläger, der die ganze Gründungsangelegenheit betrieb, musste klar sein, dass eine derartige Verpflichtung von ihnen unmöglich gewollt sein konnte; denn wie aus den Aussagen des Zeugen Wenger hervorgeht, hatte Baumann ihm vor Unterzeichnung der Obligation ausdrücklich erklärt, er wolle nicht für mehr als den gezeichneten Aktienbetrag haften, was ihm Kunz bestätigte. Wenn dieser als Rechtskundiger daher in der irrigen Annahme, dass er sich durch die Obligation die A.-G. als Schuldner gesichert habe, es unterlassen hat, die Übernahme der Verpflichtung durch dieselbe nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu veranlassen, so hat er die ihm daraus erwachsenden Nachteile selbst zu tragen. Wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, wäre es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn der Kläger, der mit der Gründung beauftragt war und für die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften hätte besorgt sein sollen, — wobei an seine Sorgfaltspflicht zufolge seiner Stellung als Notar ein strenger Masstab anzulegen ist, — nun

nachträglich die Beklagten für die Folgen seiner mangelhaften Führung der Gründungsgeschäfte verantwortlich machen könnte.

Bei dieser Sachlage erübrigt sich eine Prüfung der von den Beklagten gegenüber der Schuldverpflichtung erhobenen Einrede des Betrugs und Irrtums.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 24. November 1922 bestätigt.

**27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Mai 1923**

**i. S. Leih- u. Sparkasse Ermatingen gegen Gewerbebank Ulm.**

Kauf gegen Bankakkreditiv; Natur und Wirkungen: wann darf die Bank das Akkreditiv gültig auszahlen ?

A. — Die Schwäbische Gewerbe-Handelsgesellschaft m. b. H. in Ulm beabsichtigte im März 1920, von der Deutsch-schweizerischen Handelszentrale in Zürich ein grösseres Quantum Tafel-Mischleim zu kaufen und nach Deutschland einzuführen. Zur Sicherstellung der Verkäuferin griff sie zum Mittel des Akkreditivs in der Weise, dass sie die Klägerin, Gewerbebank Ulm, beauftragte, bei einer schweizerischen Bank den ungefähren Kaufpreis der Verkäuferin zur Verfügung zu halten, wogegen diese in ähnlicher Weise die Lieferung sicherstellen sollte.

Demgemäss liess die Klägerin durch ihre Korrespondentin, Eidg. Bank in Zürich, der Beklagten, Leih- und Sparkasse Ermatingen, 35,000 Fr. als zinslose Hinterlage überweisen. Am 31. März 1920 machte sie der Beklagten brieflich Mitteilung von der Überweisung und deren Zweck; sie gab Aufschluss über den Inhalt des Geschäfts in Form eines Briefes der Gewerbe-Handels-