

S. 434 / Nr. 68 Obligationenrecht (d)

BGE 59 II 434

68. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5./6. Dezember 1933 i. S. Erben B. u. Kons. gegen T. und K.

Regeste:

Haftung der Gründer einer Aktiengesellschaft. Strohänner als Gründer (Erw. II 1).

Begriff der Sacheinlage- und Übernahmegründung; Übernahme von Anlagen oder Vermögensstücken vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, Änderung der Rechtsprechung. OR Art. 671 Ziff. 2, 619, 623 Abs. 3 (Erw. II 2).

Haftung wegen Eintragung auf Grund unwahrer Angaben. OR Art. 671 Ziff. 3 (Erw. II 3).

Missachtung der Apportbestimmungen bei der Erhöhung des Aktienkapitals? (Erw. II 4).

Kausalzusammenhang (Erw. II 5).

Haftung des Verwaltungsrates. OR Art. 674. Auch Strohänner haften als Mitglieder der Verwaltung (Erw. III 1).

Eine Ausnahme von dem Satz, dass der einzelne Aktionär nur auf Zusprechung des Ersatzes des sekundären Schadens an die Gesellschaft klagen kann, ist dann geboten, wenn sich die Gesellschaft in Liquidation befindet und keine praktischen Bedenken bestehen (Erw. III 2).

Grundsätze der Schadensbemessung (Erw. VIII).

Aus dem Tatbestand:

A. - Am 26. September 1918 fand die Gründung der Petroleum-Industrie-Aktiengesellschaft (PIAGL) mit Sitz

Seite: 435

in Glarus und einem Aktienkapital von 500000 Fr., eingeteilt in 500 Aktien im Nennwert von 1000 Fr. statt...

Die Gründungsversammlung wurde im Bureau des Beklagten, Dr. T., Rechtsanwalt in Zürich abgehalten. Nach dem Protokoll waren anwesend der Beklagte Dr. T., der Beklagte K., Prokurist des Bankhauses R. & C° und S. Dieser hatte 200, T. und K. hatten je 150 Aktien gezeichnet. Das Protokoll enthält folgende Feststellung über die vollständige Liberierung:

«Es wird Kenntnis genommen von dem Briefe der Firma R. & C° vom 25. September a. c., wonach zur Liberierung der von den Gründern übernommenen 500 Aktien 500000 Fr. bei derselben zugunsten der Gesellschaft einbezahlt sind, und gestützt hierauf wird konstatiert, dass das laut Statuten emittierte Kapital statutenkonform einbezahlt ist.»

Als Verwaltungsratsmitglieder ernannten sich in der gleichen Versammlung die drei anwesenden Gründer; Dr. T. wurde als Präsident gewählt. Als Revisoren wurden die Rechtsanwälte Dr. M. und Dr. G. bestellt.

Aus den Statuten sind folgende Bestimmungen hervorzubeben: Die ordentliche Generalversammlung der Gesellschaft sollte jeweilen vor Ablauf von sechs Monaten seit dem Jahresabschluss stattfinden (§ 10) und durch den Verwaltungsrat mittelst Bekanntmachung in bestimmten Blättern mindestens vierzehn Tage vorher einberufen werden (§ 10). Ausserordentliche Generalversammlungen sollten auf Begehren eines oder mehrerer Aktionäre stattfinden, welche mindestens den zehnten Teil des Gesellkapitals repräsentieren (§ 11). Als Geschäfte solcher ausserordentlicher Generalversammlungen sollten alle Vorschläge aufgenommen werden, welche mindestens vier Wochen vorher schriftlich eingereicht wurden, jedoch nur nach Hinterlegung des zehnten Teils der ausgegebenen Aktien (§ 13). Der Jahresabschluss sollte jeweilen am 31. Dezember stattfinden, erstmals am 31. Dezember 1919 (§ 24). Das offizielle Publikationsorgan der Gesellschaft sollte das Schweizerische Handelsamtsblatt sein (§ 26).

Seite: 436

In Wirklichkeit waren die drei Gründer der Gesellschaft jedoch nur die Strohänner des Bankhauses Kantor & C° in Wien und des Dr. Max Silberberg, ebenfalls in Wien, welche vermeiden wollten, dass die Gründung gegen aussen als nicht schweizerische in Erscheinung trat. Kantor & C° waren es, welche die Firma R. & C° bestimmt hatten, das Schreiben vom 25. September 1918 über die angebliche vollständige Liberierung der gezeichneten Aktien auszustellen. Diese Liberierung war aber nur eine fiktive. R. & C° hatten zwar der PIAG 500000 Fr. gutgeschrieben und Kantor & C° mit dem gleichen Betrag belastet, doch handelte es sich hierbei um «leere Gutschriften», d. h. blosser Buchungen ohne reale Vorgänge. Das wirkliche Guthaben von R. & C° gegen Kantor & C° betrug in dem Zeitpunkt, als diese Buchungen vorgenommen wurden, nur 25640 Fr. 65 Cts.

Schon am Tage der Gründung hielt der neugewählte Verwaltungsrat eine Sitzung ab und beschloss einstimmig, von Dr. Max Silberberg in Wien um den Preis von 450000 Fr. das petrolhaltige Terrain «Szczec Boze» in Hoszowczyk (Galizien), beziehungsweise die Konzession auf diesem Terrain, zu kaufen. Silberberg seinerseits hatte dieses Terrain, resp. diese Konzession erst am 14. September 1918 zum Preis von 62750 österreichischen Kronen von der Gesellschaft für bergmännische Unternehmungen Tepege G. m. b. H. erworben. In Wirklichkeit waren diese Transaktionen allerdings nur zur Hälfte auf die persönliche Rechnung von Silberberg gemacht worden; zur andern Hälfte waren Kantor & C^o beteiligt. Schon am 14. Oktober 1918 bestätigte Silberberg der PIAG den Verkauf. Auf Rechnung des Kaufpreises wurden den Verkäufern Aktien der PIAG abgetreten, und zwar unter Anrechnung zum Nennwert. Zu beachten ist ausserdem, dass Silberberg das Terrain resp. die Konzession am 14. September mit einer Belastung von bloss 13% an Bruttoprozentrechten erworben hatte, während diese Belastung beim Verkauf schon 21% betrug. Ein Bruttoprozentrecht ist das vom

Seite: 437

Eigentümer des Geländes oder Inhaber der Konzession einem Dritten eingeräumte Recht, einen bestimmten Prozentsatz der auf dem ganzen Terrain oder einem Teil desselben gewonnenen Ölmenge zu beziehen.

Am 8. Oktober 1918 wurde die PIAG in das schweizerische Handelsregister eingetragen, und am 11. Oktober wurde die Eintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht.

Später erwarb die PIAG von Dr. Silberberg eine Anzahl Bruttoprozentrechte auf galizischen Ölfeldern zum Preise von 300814 Fr. Ob auch an diesem Verkauf Kantor & C^o zur Hälfte beteiligt waren, ist ungewiss und geht aus den Akten des vorliegenden Prozesses nicht hervor. Dagegen steht fest, dass die Verkäufe dieser Rechte an die PIAG in Wirklichkeit erst im Jahre 1920 vorgenommen wurden. Nach den Protokollen der Verwaltungsratssitzungen der PIAG und den Bestätigungsschreiben Silberberg's hätten sie allerdings schon im Oktober 1918 stattgefunden. Allein sowohl die Protokolle des Verwaltungsrates vom 7. und 20. Oktober 1918, als die zehn Bestätigungsschreiben vom 15., 20. und 27. Oktober 1918 enthalten Rückdatierungen, welche Silberberg den Zins auf dem Kaufpreis für die betreffende Zeitspanne verschaffen sollten. Dieser Kaufpreis wurde Silberberg auf folgende Weise entrichtet: Kantor & C^o schrieben ihm zwei Posten von 259495 Fr. und 41319 Fr. gut und belasteten den entsprechenden Betrag dem Bankhaus R. & C^o, welches seinerseits die PIAG belastete, Valuta 22. Oktober und 4. November 1918.

Bald nach der Gründung der PIAG verkauften Kantor & C^o ihren Aktienbesitz von 249 Stück (d. h. die Hälfte aller Aktien weniger eine) an Dritte. Unter anderen erstanden

- a) Graf Heinrich B. zwischen dem 16. November und dem 10. Dezember 1918 202,
- b) Frau Clementine von W. am 16. November 1918 8,
- c) Reichsfreiherr Theodor von L. am 31. Oktober 1918 12,
- d) und Dr. Rudolf S. am 17. Dezember 1918 7 Stück.

Seite: 438

Diese vier Käufer bezahlten an Kantor & C^o den Nennwert der Aktien sowie Zins seit dem 26. September 1918, dem Tag der Gründungsversammlung. Die deutschen Mark oder österreichischen Kronen wurden ihnen zum Tageskurs angerechnet. Die Aktientitel wurden erst am 18. April 1923 gedruckt. Trotzdem wurde vereinbart, dass die Käufer ihre «Aktien» bei Kantor & C^o im «Depôt» liessen.

Im Jahre 1920 begann die Situation der Gesellschaft den Grafen B., Frau von W. und von L. zu beschäftigen. Von L. der die andern Beiden seinerzeit als Verwandter zum Kauf der Aktien bestimmt hatte, übernahm nun ihre Vertretung gegenüber der Gesellschaft. Als Folge der von ihm unternommenen Schritte wurde er durch die Generalversammlung vom 10. Juni 1922 mit Dr. Silberberg in den Verwaltungsrat gewählt, der also fortan aus fünf Mitgliedern bestand.

In einer vorangegangenen Generalversammlung vom 9. Oktober 1920 war die Bilanz des Jahres 1919 genehmigt worden, die mit einem Verlust von 66940 Fr. 75 Cts. abschloss, und es war die vollständige Liberierung einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals um 500000 Fr. auf 1000000 Fr., die vom Verwaltungsrat beschlossen worden war, auf Grund eines Briefes des Bankhauses R. & C^o festgestellt worden; die Aktien dieser Kapitalerhöhung waren wiederum von T., K. und S. gezeichnet worden, die dabei neuerdings als Strohmänner entweder von Dr. Silberberg und Kantor & C^o oder doch von Kantor & C^o allein handelten. Die genannten Käufer der Aktien erster Emission, Graf B., Frau von W., Reichsfreiherr von L. und Dr. S. hatten keine Kenntnis von dieser Generalversammlung gehabt, da die Einladung dazu nur im Schweizerischen Handelsamtsblatt und auch dort nur am 28. September 1920, also bloss 11 Tage der Versammlung, publiziert worden war. Die einzigen Teilnehmer waren die drei ursprünglichen Verwaltungsräte gewesen, welche Decharge erteilten.

Die schon erwähnte Generalversammlung vom 10. Juni

Seite: 439

1922 genehmigte die Bilanzen von 1920 und 1921, welche mit Verlusten von 123521 Fr. 70 Cts. und 143880 Fr. 40 Cts. abschlossen, wobei aber der Verlust des Vorjahres jeweilen im Verlust einer Bilanz enthalten war. Diese Generalversammlung war lediglich durch einen eingeschriebenen Brief des K. an Kantor & C° einberufen worden. Eine Publikation im Handelsamtsblatt war nicht erfolgt, und die vorerwähnten Aktienkäufer und heutigen Kläger hatten keine Kenntnis davon. Einzige Teilnehmer waren diesmal T. und K., die wiederum die Decharge-Erteilung beschlossen.

Am 5. Oktober 1923 fand dann eine Generalversammlung statt, an der auch Reichsfreiherr von L. teilnahm, und zwar in eigenem Namen und als Vertreter des Grafen B. und der Frau von W. An dieser Generalversammlung wurde die Bilanz des Jahres 1922 genehmigt, deren Gewinn- und Verlustrechnung mit einem Fehlbetrag von 234619 Fr. 15 Cts. abschloss. In der folgenden Generalversammlung vom 11. Oktober 1924 musste für 1923 ein Verlust von 527180 Fr. festgestellt werden; gleichzeitig wurde das Aktienkapital auf die Hälfte reduziert. Die Generalversammlung vom 30. September 1925 endlich genehmigte die Bilanz von 1924 mit einem Verlust von 125857 Fr. 80 Cts. und beschloss mehrheitlich, gegen die Stimmen der die Kläger vertretenden Rechtsanwälte Dres C. & Me., die Liquidation der Gesellschaft.

Schon am 8. Mai 1925 hatten von L. und Graf B. in Wien Strafklage wegen Betrug gegen Stefan Kantor vom Bankhaus Kantor & C° und gegen Dr. Max Silberberg eingereicht. Sie dehnten ihre Strafklage in der Folge auch gegen Dr. T. und gegen R. aus dem Bankhaus R. & C° aus, indem sie geltend machten, diese seien der Teilnahme am Betrug der andern schuldig. Am 22. November 1926 verfügte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich die Einstellung der Strafuntersuchung gegen T. und R. bis nach Beurteilung der in Wien gegen Kantor und Silberberg eingereichten Strafklage. Am 7. Februar 1931 stellte das

Seite: 440

Oberlandesgericht Wien die Strafuntersuchung gegen Kantor und Silberberg wegen Ablebens der Strafkörper von L. und Graf B. ein. Ein Begehren der Frau von W. um Fortsetzung des Strafverfahrens für sie wurde durch das Oberlandesgericht Wien am 14. April 1931 abgelehnt.

B. - Am 13. November 1925 haben Graf B., Frau von W., Reichsfreiherr Feldmarschalllieutenant von L. und Dr. S. gegen Dr. T. und K. Klage über folgende Streitfrage erhoben:

«Sind die Beklagten solidarisch verpflichtet, an den Kläger Graf B. resp. dessen Erben 202000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 26. September 1918, an die Klägerin Frau von W. 8000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 26. September 1918, an den Kläger resp. dessen Erbin Fräulein Antoinette L. von L. 12000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 26. September 1918 und an den Kläger Dr. S. 7000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 26. September 1918 zu bezahlen?»

Die Kläger haben geltend gemacht, die Beklagten seien mitschuldig an dem von Kantor und Silberberg verübten Betrug und ihnen daher gemäss Art. 41 OR verantwortlich. Ihre Haftbarkeit ergebe sich aber auch aus Art. 619 und 671 Ziff. 2 und 3 OR; die Beklagten hätten nämlich als Gründer der PLAG wissentlich in den Statuten die vorgenommene Apport- oder Übernahmegründung verschleiert und umgangen und die Eintragung der Gesellschaft auf Grund unwahrer Angaben über die Einzahlung des Aktienkapitals bewerkstelligt. Endlich sei die Schadenersatzpflicht der Beklagten auf Grund von Art. 674 OR gegeben; sie hätten wiederholt absichtlich ihre Pflichten als Mitglieder der Verwaltung verletzt.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt.

Dem Dr. Max Silberberg und dem Stefan Kantor ist durch die Beklagten der Streit verkündet worden.

D. - Am 14. Januar 1931 hat das Bezirksgericht Zürich die Klage abgewiesen.

E. - Das Obergericht des Kantons Zürich hat die gegen

Seite: 441

diesen Entscheid gerichtete Appellation der Kläger teilweise gutgeheissen und ihnen am 29. November 1932 unter Solidarhaft der Beklagten folgende Beträge nebst 5% Zins seit 13. November 1925 zugesprochen:

- a) den Erben B... Fr. 24745.-
- b) den Erben L... Fr. 1470.-
- c) der Frau von W... Fr. 980.-
- d) dem Dr. S... Fr. 857.50

F. - Gegen dieses Erkenntnis haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen; die Kläger haben um vollständige Gutheissung der Klage, die Beklagten um deren Abweisung ersucht.

G...

Aus den Erwägungen:

I. Nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien vor Bundesgericht sind à conto

Liquidationsanteil 40 Fr. pro Aktie ausbezahlt worden. Soweit nicht noch eine weitere geringfügige Auszahlung aus der Liquidation in Aussicht steht, haben die Aktien der PIAG, welche die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger in der Zeit zwischen dem 16. November und dem 17. Dezember 1918 von Kantor & C°, die auch für Dr. Silberberg handelten, erworben hatten, nach der tatsächlichen, in der Berufungserklärung der Beklagten nicht als aktenwidrig angefochtenen und daher gemäss Art. 67 Abs. 2 und 81 OG für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung heute jeden Wert verloren. Es ist nun im Einzelnen zu untersuchen, ob die Beklagten den Klägern, wie diese geltend machen, als Gründer der Aktiengesellschaft, als deren Verwaltungsratsmitglieder und gestützt auf Art. 41 ff. OR, aus unerlaubter Handlung, für den erlittenen Schaden ersatzpflichtig seien.

II. Die Gründerhaftung.

1.- Die Verantwortlichkeit auf Grund von Art. 671 OR kann, wie es dort heisst, sowohl von der Gesellschaft, als von den einzelnen Aktionären und

Seite: 442

Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden. Im vorliegenden Fall waren die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger durch den Kauf der Aktien von Kantor & C° resp. Kantor & C° und Silberberg Aktionäre geworden. Dass die Aktientitel im Augenblick des Aktienkaufes noch nicht gedruckt waren, tut dem sofortigen Erwerb der Mitgliedschaft keinen Eintrag (BGE 15 S. 624 ff.). Die Kläger sind sodann nach einer wiederum für das Bundesgericht massgebenden Feststellung der Vorinstanz heute noch Eigentümer der damals erstandenen Aktien, sodass die Rechtsfrage nicht geprüft zu werden braucht, ob das Klagerecht auf Grund von Art. 671 durch Veräusserungen der Aktien eingebüsst wird. Die Aktivlegitimation ist daher hinsichtlich der Gründerhaftung zu bejahen.

Auf der andern Seite haben die Beklagten ihre Eigenschaft als Gründer der Gesellschaft in Abrede gestellt. Sie seien nicht im Sinne des Art. 671 OR bei der Gründung der Aktiengesellschaft tätig gewesen. Diese Bestreitung steht jedoch in einem merkwürdigen Widerspruch zu ihrem frühern Verhalten und zu ihren frühern Äusserungen. Im Protokoll der Gründungsgeneralversammlung vom 18. September 1918, das sie und S. unterschrieben haben, gingen sie sogar soweit, sich selbst und S. als Gründer zu bezeichnen. Sodann hat sich der Beklagte Dr. T. eine Honorarrechnung vom 27. September 1918 von 12500 Fr. für «Gründungsspesen» von der PIAG vergüten lassen. Die Gründerqualität der Beklagten kann denn auch mit Fug nicht bestritten werden. Bei der Simultangründung der Aktiengesellschaft - und um eine solche handelte es sich bei der PIAG - sind notwendig diejenigen die Gründer, welche die sämtlichen Aktien übernehmen (vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes, S. 24/25). Auch auf ihr Strohmannertum können sich die Beklagten nicht berufen. Das Bundesgericht hat mehr als einmal erkannt, dass derjenige, der als Strohmann eines andern Aktien zeichnet juristisch selbst als Zeichner zu behandeln ist

Seite: 443

und den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern haftbar werden kann (BGE 15 S. 627; 39 II S. 533). Übrigens gehört auch das Eintragungsbegehren beim Handelsregisteramt zur Gründertätigkeit (BGE 33 II S. 256); dieses Begehren ist hier zweifellos von den Beklagten und S. unterzeichnet (OR Art. 622 Abs. 2) und gestellt worden. Darauf, ob die Beklagten auch die für die Vorbereitung der konstituierenden Generalversammlung notwendigen Formalitäten vorgenommen haben, braucht somit im Gegensatz zur Vorinstanz nicht einmal abgestellt zu werden. Wenn, wie die Beklagten dartun wollen, sämtliche Instruktionen von Kantor & C° und Silberberg gestammt hätten und sie nur deren Werkzeuge gewesen wären, müssten allerdings auch Kantor und Silberberg als Gründer im Sinne der Haftungsbestimmung angesehen werden. Die Beklagten aber würden deswegen nicht aufhören, Gründer zu sein; wer auf Anstiftung hin bei einer Gründung tätig geworden ist, bleibt Gründer. Auch ist keineswegs Voraussetzung der Gründerhaftung, dass sämtliche Gründer in's Recht gefasst werden. Vielmehr stand es durchaus in der freien Wahl der Geschädigten, welche von ihnen sie belangen wollten; die Gründerverantwortlichkeit ist eine Form der deliktischen Haftung (BGE 32 II S. 277; 34 II S. 27; 45 II S. 532) und es besteht auf Seiten der Verantwortlichen Solidarität, sei es echte bei gemeinsamen Verschulden (OR Art. 50), sei es Konkurrenz bei nicht gemeinsamem Verschulden.

2.- Bei der Untersuchung, ob eine Verantwortlichkeit der Beklagten gestützt auf Art. 671 Ziff. 2 gegeben ist, muss nunmehr geprüft werden, ob in den Statuten der PIAG eine Einlage oder die Übernahme von Vermögensstücken (die in Art. 671 Ziff. 2 ebenfalls erwähnte Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen fällt ausser Betracht) entgegen der Bestimmung des Art. 619 Abs. 1 OR verschwiegen oder verschleiert worden ist und ob die Beklagten dabei, und zwar wissentlich, mitgewirkt haben.

Seite: 444

Wenn ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in barem

Gelde besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen, so ist nach Art. 619 OR in den Statuten genau der Übernahmepreis und eventuell die Zahl der an Zahlungsstatt genommenen Aktien festzusetzen. Es fragt sich also im vorliegenden Falle, ob, trotzdem die Statuten kein Wort von Apports und dergleichen verlauten lassen, ein Aktionär eine nicht in barem Gelde bestehende, auf das Grundkapital anzurechnende Einlage gemacht hat oder ob die Gesellschaft Anlagen oder sonstige Vermögensstücke hat übernehmen sollen. Bei Beantwortung dieser Frage ist von der tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz auszugehen - und die Feststellung ist in der Berufungserklärung der Beklagten nicht als aktenwidrig angefochten worden -, dass eine Bareinzahlung nur fingiert worden sei: «Aus dieser Korrespondenz (gemeint ist diejenige zwischen Kantor und Rosenberg) geht mit aller Deutlichkeit hervor, dass von Anfang an eine Fiktion der Einzahlung des Aktienkapitals beabsichtigt war, welche Transaktion laut der Buchexpertise auch tatsächlich dann fiktiv und nicht als Bareinzahlung durchgeführt wurde». Die Feststellung des Obergerichtes gründet sich übrigens nicht nur auf die Buchexpertise Schnorf und die im Wiener Strafverfahren beschlagnahmte und eingezogene Korrespondenz zwischen Kantor und R., sondern auch auf die Zugeständnisse Kantor's in der Strafuntersuchung in Wien. In einem Schreiben vom 9. Juli 1918 hat übrigens Kantor an R. ausdrücklich geschrieben: «Du sollst nämlich die Einzahlungsstelle für nicht eingezahltes Stammkapital sein»; angesichts dieser zynischen Zugabe wüsste man nicht, wie die Vorinstanz zu einer andern Feststellung hätte gelangen können. Die Berufung auf weitere Conti neben dem Conto ordinario ist neu und überdies unerheblich; ein Widerspruch zwischen Gutachten und Urteil der Vorinstanz ist nicht vorhanden. Die Aktien

Seite: 445

sind dann an Kantor & C^o und Silberberg übertragen worden, welche bald darauf 249 Stück veräusserten; die Abtretung an Kantor & C^o und Silberberg ist durch die Beklagten zugegeben worden (Protokoll des Obergerichtes S. 11), und sie erklärt sich auch ohne weiteres durch das Strohmännertum der Beklagten und des S. Diese haben die Einzahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft übernommen, und die Schuldübernahme wurde die Gesellschaft zweifellos genehmigt, da sie ja nur aus den Altschuldnern als Aktionären bestand. Die Schuld ist dann aber teilweise erloschen, indem mit der Schuld der Gesellschaft aus dem Kauf des Petroleumterrains Szczec Boze verrechnet wurde, und die Streitfrage geht demnach dahin, ob eben in diesen Vorgängen die Verschweigung oder Verschleierung einer gegen Art. 619 verstossenden Apport- oder Sachübernahmegründung liegt.

Der Preis, den die Gesellschaft für das Terrain Szczec Boze zu entrichten hatte, wurde nun nicht etwa in Aktien derselben festgesetzt, sondern in bar. Er betrug 450000 Fr. Das schliesst aber nicht aus, dass es sich um eine auf das Grundkapital anzurechnende Sacheinlage handelte. Von einer solchen muss auch gesprochen werden, wenn der Preis zwar in bar stipuliert, gleichzeitig aber abgemacht wird, dass er mit der Schuld der Liberierung einer bestimmten Anzahl Aktien verrechnet werde (STAUB'S Kommentar zum HGB, § 186 N 9 b der 12. u. 13. Aufl.). Eine Sacheinlage muss in casu nur deshalb verneint werden, weil Kantor und Silberberg nicht zu den Aktienzeichnern gehörten; von einem Apport kann nur die Rede sein, wenn er durch den Gründungsvertrag geschuldet ist, d. h. eben durch einen ursprünglichen Aktienzeichner. Dass die Beklagten und S. als Mandatare von Kantor & C^o und Silberberg handelten, tut nichts zur Sache, da sie im Momente der Gründung gegen aussen immerhin allein als Aktienzeichner erschienen.

Dagegen muss nun angenommen werden, die zu errichtende Gesellschaft habe im Sinne des Art. 619 Abs. 1

Seite: 446

Anlagen oder sonstige Vermögensstücke (das Terrain in Szczec Boze) übernommen. Entscheidend ist dabei, dass die Eintragung der PIAG in das Handelsregister, also der Erwerb der juristischen Persönlichkeit (OR Art. 623 Abs. I), erst am 8. Oktober stattgefunden hat, der Beschluss, das Terrain zu kaufen, aber schon am 26. September 1918 durch den Verwaltungsrat gefasst worden war. In seinem Urteil i. S. Willi gegen Heinemann vom 10. Mai 1932 hat das Bundesgericht freilich erkannt, es mache nichts aus, dass der Kaufvertrag, mit dessen Preis die Verrechnung stattfand, vor der Eintragung der Gesellschaft geschlossen wurde, nachdem feststehe, dass jedenfalls die Gründungsversammlung mit der Konstatierung der Zeichnung und Einzahlung vorausgegangen war (BGE 58 II S. 156). An dieser Lösung kann jedoch bei erneuter Prüfung nicht festgehalten werden: Entscheidend ist die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister, womit freilich nicht schon gesagt sein soll, dass der Abschluss des Kaufvertrages nach der Eintragung die Annahme einer Übernahmegründung schlechthin ausschliesse. Auf das Datum der Eintragung im Handelsregister wird auch durch die im juristischen Schrifttum des Ni- und Auslandes herrschende Meinung abgestellt (vgl. BACHMANN, Kommentar S. 118, DE FÉLICE, Apports en nature dans la

fondation de la Société anonyme, Ztschr. f. Schw. Recht n. F. 42 S. 204 a, A. WIELAND, Die Apportgründung der Aktiengesellschaft, daselbst S. 25 a, STAUB Kommentar, 12. u. 13. Aufl. N 9 b zu § 186). Die Entscheidung ergibt sich aber aus dem Gesetz selbst. Vor der Eintragung in das Handelsregister kann eine Aktiengesellschaft Anlagen und andere Vermögensstücke übernehmen und diesbezüglich Rechte und Pflichten eingehen, aber gemäss Art. 623 Abs. 3 nur unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 619. Art. 623 Abs. 3 OR ordnet an, dass ausdrücklich im Namen der zu bildenden Aktiengesellschaft eingegangene Verpflichtungen nur durch die Gesellschaft innerhalb von drei Monaten seit der Eintragung übernommen

Seite: 447

werden können, wenn sie nicht unter die Bestimmungen des Art. 619 fallen. Wenn also die vor Eintragung ausdrücklich im Namen der zu errichtenden Aktiengesellschaft kontrahierten Verpflichtungen aus der Übernahme von Anlagen oder andern Vermögensstücken herrühren, ist nicht Art. 623 Abs. 3 OR anwendbar, sondern ausschliesslich Art. 619. In seinem Urteil i. S. Willi gegen Heinemann hat das Bundesgericht freilich unter Hinweis auf eine Ausführung in der Literatur (K. WIELAND, Handelsrecht II S. 69 N 15) bemerkt, dass sich beim Fehlen von Vorschriften über die sog. Nachgründungen die Kautelen der meisten Geetze neuern Datums für Apports und Übernahmen als ein Schlag in's Wasser erwiesen hätten. In der Tat kann die Gleichstellung der Übernahme mit der Sacheinlage durch das Gesetz von den (Gründern dadurch umgangen werden, dass sie die Übernahme statt vor erst nach der Eintragung der Gesellschaft stipulieren, aber vorher schon in Aussicht nehmen, sodass vor der Eintragung keinerlei Bindung der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung besteht, wohl aber eine ökonomische Situation, welche zwangsläufig auf die nachträgliche Eingehung der Übernahmeverpflichtung hinausläuft. Der Umstand, dass die Bestimmungen für die Übernahme von Anlagen und Vermögensstücken umgangen werden können, darf jedoch ihre Anwendung in den Fällen nicht hindern, wo sie nicht umgangen, sondern verletzt worden sind. In diesen letztern Fällen erfüllen sie ja ihren Zweck. Die Überbewertung von Sacheinlagen und übernommenen Vermögenswerten in den Statuten bedeutet eine Gefahr für alle Barzeichner, spätern Erwerber. von Aktien und Gesellschaftsgläubiger. Welche Bestimmungen aber geeignet wären, auch den Umgehungen zu begegnen, braucht hier nicht erörtert zu werden; es genügt, dass der Richter gegen eigentliche Verletzungen die grösstmögliche Strenge walten lässt (vgl. in diesem Sinne auch die Kritik an dem zitierten Urteil von GUHL, Ztschr. d. bern. Jur. Vereins 1933 S. 476 und E. WOLF, Die Schweiz. Aktiengesellschaft 1933, 5. Jahrgang S. 73 ff.).

Seite: 448

Wenn man, wie es das Bundesgericht in seinem Urteil S. Willi gegen Heinemann getan hat, statt auf den Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, auf den Zeitpunkt der Gründungsversammlung abgestellt hätte, wäre die Entscheidung übrigens hier nicht anders ausgefallen, denn die Übernahme war sogar schon vor der Gründungsversammlung beschlossene Sache gewesen. Daraus, dass das Schreiben, mit dem Silberberg den Verkauf des Terrains Szczec Boze bestätigte, mit dem 14. Oktober 1918 datiert ist, also sogar erst nach der Eintragung der PIAG in das Handelsregister abgesandt wurde, können die Beklagten keinen Einwand ableiten. Silberberg hat in seiner Einvernahme im Strafverfahren zugegeben, dass er sich am 26. September 1918, dem Tag der Gründungsversammlung, in der Schweiz aufgehalten habe, dass er an einer Zusammenkunft mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates nach der Gründungsversammlung, aber am selben Tag, mündlich sein Einverständnis mit dem Verkauf des Petroleumterrains in Galizien erteilt und dass er mit der Versendung seines Bestätigungsschreibens nur auf ausdrücklichen Wunsch des Verwaltungsrates bis zum 14. Oktober zugewartet habe. In Wirklichkeit beruhte die Übernahme auf einer festen Vereinbarung, welche sogar vor der Gründungsversammlung abgeschlossen worden war; Silberberg hat ausgesagt (kant. Akt. 80 /3 S. 11): «Der Verwaltungsrat war schon vor dem Gründungsakt durch Stefan Kantor dahin verständigt worden, dass das Terrain Hoszow-Hoszowczyk (das ist ein anderer Namen für Szczec-Boze) und verschiedene Naphta-Anteile erworben werden sollten; auch die Preise waren schon festgesetzt.» Ohne diese vorausgegangene Vereinbarung wäre die bloss fiktive Bareinzahlung übrigens nicht verständlich, denn wenn der Eintragung und der Gründungsversammlung nur unverbindliche Vorbesprechungen vorausgegangen wären, hätte es für den Fall des Nichtzustandekommens der Übernahme einer wirklichen Bareinzahlung bedurft. Man gab also der PIAG

Seite: 449

den Anschein einer Bargründung, während in Wirklichkeit der ganze Plan der Gründer, sowohl der Anstifter in Wien, als ihrer Strohänner in der Schweiz, dahin ging, einen bestimmten Vermögenswert, eben das Terrain Szczec-Boze, schon im Gründungsstadium durch die Gesellschaft übernehmen zu lassen und jenen die durch die gegen aussen als Barzeichner auftretenden

Strohmänner scheinbar liberierten 450 Aktien zukommen zu lassen. Die Frage der Verschleierung einer Übernahmegründung muss daher bejaht werden.

Die Mitwirkung der Beklagten bei dieser Verschleierung kann nicht zweifelhaft sein, da sie ja zusammen mit S. die Statuten aufgestellt und angenommen haben, und es ist nun nur noch zu prüfen, ob die Mitwirkung wissentlich im Sinne des Art. 671 Ziff. 2 war. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes, die in der Berufungserklärung nicht als aktenwidrig gerügt worden und die daher für das Bundesgericht verbindlich sind, hatte K. schon vor der Gründung der PIAG Kenntnis von der zwischen Kantor und R. gewechselten Korrespondenz. In dieser Korrespondenz war aber, wie schon erwähnt wurde, ausdrücklich davon die Rede, dass die Bareinzahlung nur fingiert werden sollte. Hinsichtlich Dr. T. hat die Vorinstanz konstatiert: «Das Wissen Dr. T.'s von der Durchführung der Gründung auf fiktivem Wege liegt damit auf der Hand». Er war es übrigens gewesen, der das Bankhaus R. & Co «speziell in der Frage jener Gefälligkeitserklärung» beraten hatte. Es wäre auch ganz unwahrscheinlich gewesen, dass K. als Bankprokurist und T. als in Gründungsgeschäften gewiegter Anwalt keine Ahnung vom Wesen und Zweck der Rolle gehabt hätten, welche ihnen durch Kantor und Silberberg zugebracht worden war.

3.- Die Verantwortlichkeit der Beklagten ist aber auch auf Grund von Art. 671 Ziff. 3 gegeben. Sowohl K., als Dr. T. haben wissentlich dazu beigetragen, dass die Eintragung der PIAG im Handelsregister auf Grund einer

Seite: 450

Bescheinigung oder Urkunde mit unwahren Angaben erfolgte. Unwahr, und zwar den Beklagten bewusst unwahr, war das dem Handelsregisterführer vorgelegte Protokoll über die konstituierende Generalversammlung, insofern es die Angabe enthielt, das Aktienkapital sei vollständig einbezahlt worden.

4.- Vor Obergericht haben die Kläger geltend gemacht, die Beklagten die Vorschriften des Art. 619 OR auch anlässlich der Erhöhung des Grundkapitals der PIAG verletzt; sie hätten eine Liberierung der neuen Aktien durch Bareinzahlung vorgetäuscht, während in Wirklichkeit von Silberberg Bruttoprozentrechte übernommen worden seien. Die Vorinstanz ist jedoch davon ausgegangen, Art. 619 OR sei bei Erhöhung des Grundkapitals einer eingetragenen Gesellschaft nicht anwendbar. Das Bundesgericht hat unmittelbar über diese Frage bis jetzt nicht entschieden. In seinem Urteil i. S. Grenier c. Société de Mines et Salines de Bex vom 30. Juni 1900 (BGE 26 II S. 437) hat es nicht etwa die Anwendbarkeit des Art. 619 bei einer Kapitalerhöhung abgelehnt, sondern konstatiert, es sei im konkreten Fall eine Bareinzahlung erfolgt. In seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 1919 i. S. Meier und Genossen gegen Konkursmasse der Spar- und Leihkasse Bremgarten (BGE 41 II S. 717 ff.) hat es erklärt der Art. 618 OR sei im Falle einer Kapitalerhöhung nicht anwendbar, m. a. W. es sei nicht notwendig, dass anlässlich einer Kapitalerhöhung die Generalversammlung beschliesse, dass das neue Kapital vollständig gezeichnet und dass mindestens 20% auf jede Aktie einbezahlt seien, sondern es genüge, dass der Verwaltungsrat darüber Beschluss fasse und dass auf Grund seiner Bescheinigung die Eintragung der Emission im Handelsregister erfolge. Über die Anwendbarkeit des Art. 619 hat es sich nicht ausgesprochen. Die Frage, die im Schrifttum zumeist entgegen der Ansicht des Obergerichtes beantwortet wird (STRÄULI, Veränderungen des Grundkapitals, Zeitschr. f. Schweiz. Recht n. F. 14 S. 26 ff., für die Anwendbarkeit des Art. 618

Seite: 451

SIGRIST, Die Erhöhung des Grundkapitals S. 32 ff.; auch BACHMANN, Kommentar, N 5 ZU Art. 619 ist durch die Vorinstanz zu Unrecht für ihre Auffassung zitiert worden) kann jedoch offen gelassen werden, zumal die im Wurf liegende Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes voraussichtlich eine ausdrückliche Bestimmung bringen wird, und zwar im Sinne der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die qualifizierte Gründung (Art. 649 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes vom 21. Februar 1928; für Deutschland vgl. § 279 Abs. 1 HGB). Jedenfalls wäre die Verantwortlichkeit der Beklagten selbst im Falle der Anwendbarkeit des Art. 619 bei einer Kapitalerhöhung und bei Annahme einer Verletzung im vorliegenden Falle nicht auf Grund von Art. 671 OR gegeben, denn als die Kapitalerhöhung der PIAG beschlossen wurde, befand sich diese längst nicht mehr im Gründungsstadium, die Beklagten handelten somit hier nicht als Gründer, sondern als Mitglieder der Verwaltung. Die angebliche Verletzung des Art. 619 bei der Erhöhung des Aktienkapitals auf 1000000 Fr. ist daher bei Anwendung des Art. 674 OR zu untersuchen.

5.- In diesem Zusammenhang muss nun aber noch geprüft werden, ob zwischen dem von den Klägern erlittenen Schaden und den Handlungen der Beklagten, die ihre Haftung gemäss Art. 671 Ziff. 2 und 3 begründen, ein Kausalverhältnis besteht. Auszugehen ist dabei von der Erwägung, die das Bundesgericht in seinem Urteil vom 25. Mai 1921 i. S. B. und Konsorten gegen A. und Konsorten (BGE 47 II S. 293) angestellt hat: 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. In casu hatten die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger jedenfalls den Glauben, es sei am 26. September 1918 das Aktienkapital in bar einbezahlt worden. Es wäre sonst nicht erklärlich. wieso sie zum

Seite: 452

Nominalbetrag der erstandenen Aktien noch Zins seit dem 26. September entrichteten. Selbst wenn man etwelche Geschäftsunerfahrenheit der Kläger oder ihrer Rechtsvorgänger in Betracht zieht, kann nach dem ordentlichen Gang der Dinge im praktischen Leben nicht angenommen werden, dass sie die Aktien auch und zwar auch zum Nominalwert gekauft hätten, wenn sie vom wahren Sachverhalt Kenntnis gehabt hätten, insbesondere davon, dass Kantor & C° und Silberberg für das Petroleumterrain während der Gründungsperiode 450000 Fr. oder neun Zehntel des ganzen Kapitals an Aktien bezogen hätten. Sie hätten das grösste Interesse gehabt, die Aktien nicht oder doch nicht zu diesem Preis zu kaufen: Die restlichen 50000 Fr. wären ihnen, selbst wenn sie in bar einbezahlt worden wären, und selbst wenn nicht noch die Gründungsspesen davon abzuziehen gewesen wären, als gänzlich ungenügend erschienen, um den Gesellschaftszweck zu verfolgen. Zweitens und vor allen Dingen ist zu beachten, dass derjenige, der Aktien einer neugegründeten Aktiengesellschaft kauft, welche in bar einbezahlt worden sind, weiss, dass sie einen dem Nominalbetrag entsprechenden Wert repräsentieren, der in der Gesellschaftskasse effektiv vorhanden ist und mit dem die Gesellschaft unter der Leitung verantwortlicher Verwaltungsmitglieder, wenn auch mit mehr oder weniger Erfolg, arbeiten wird; wer dagegen Apportaktien (im engem oder weitem Sinne) einer neugegründeten Gesellschaft kauft, kann sich über deren Wert nur unterrichten, wenn er sich über den Wert der eingelegten oder übernommenen Güter oder Anlagen erkundigt. Wenn sich nun die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger über den Wert des der PLAG um 450000 Fr. verkauften Terrains in Szczec-Boze hätten aufklären lassen, hätten sie erfahren, dass es erst 12 Tage vor der Gründung der PIAG und damals mit wesentlich weniger Belastung an Prozentrechten den Gegenstand eines Verkaufes um sage und schreibe 62750 österreichische Kronen gebildet hatte und dass sein Wert, wie die Vorinstanz

Seite: 453

in verbindlicher Weise konstatiert hat, auf ca. 90000 Fr. anzusetzen war...

Nach der schon erwähnten Feststellung des Obergerichtes betrug die Überwertung des übernommenen Terrains 360000 Fr. (450000 Fr. minus 90000 Fr.). Dieser Betrag stellt den Schaden dar, der der Gesamtheit der Aktionäre erwachsen ist. Die Kläger haben Anspruch auf denjenigen Teil dieser Summe, der ihren Aktienpaketen entspricht.

III. Haftung des Verwaltungsrates.

1.- Gegenüber der Belangung auf Grund von Art. 674 OR, als Mitglieder der Verwaltung wegen absichtlicher Verletzung der ihnen obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten, haben die Beklagten in erster Linie ihre Passivlegitimation bestritten. Sie seien in Wirklichkeit nur Beauftragte von Kantor & C° und Silberberg, nicht Mitglieder der Verwaltung der PIAG gewesen. Die mit der Verwaltung betrauten Personen im Sinne des Art. 674 sind die als solche im Handelsregister eingetragenen Personen. Schon die formelle Stellung als Mitglied der Verwaltung einer Aktiengesellschaft unterwirft die betreffende Person grundsätzlich den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen. Indem die Beklagten und S. die Eintragung ihrer Ernennung als Mitglieder der Verwaltung nachsuchten, gaben sie die öffentliche Erklärung ab, dass sie die Verpflichtungen gegenüber der PIAG übernehmen wollten, welche das Gesetz und niemand anders den mit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft betrauten Personen auferlegt. Die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger durften sich auf das Handelsregister verlassen, und private Abmachungen zwischen Kantor & Cie und Silberberg einerseits und ihren Stroh Männern andererseits können ihnen nicht entgegengehalten werden (vgl. auch GUTSTEIN, Das Stroh Männertum im Aktienrecht S. 11). Die Eintragung der Beklagten als Verwaltungsratsmitglieder beruhte übrigens auf einem regelrechten Beschluss der Generalversammlung, d. h.

Seite: 454

der Gründungsversammlung vom 16. September 1918. In diesem Moment waren die Beklagten und S. als Aktienzeichner die einzigen Aktionäre, und es stand ihnen zu, den Verwaltungsrat zu bestellen (BGE 39 II S. 533, GUTSTEIN a.a.O. S. 16). Dass sie die Aktien eigentlich nur fiduziarisch gezeichnet hatten, ist im Verhältnis gegen aussen durchaus gleichgültig. Die Zeichner konnten sich übrigens nicht verhehlen, dass ihre Auftraggeber die Aktien auf den Markt werfen würden, und insbesondere K. wusste genau, dass die beiden Wiener ihre Opfer dann unter Dritten suchen würden; nach der Feststellung des Obergerichtes hatte K. ja schon vor dem 16. September 1918 Kenntnis von der zwischen Kantor und R. gewechselten Korrespondenz genommen, und was T. betrifft, gibt er

selber zu, vor dem 16. September 1918 einen Brief des Dr. Lanzer gelesen zu haben, den dieser an R. & C° gerichtet hatte, und in welchem gesagt war, dass die Aktienzeichner «Treuhänder der Firma Kantor & C°» seien, welche hiebei als Bevollmächtigte der definitiven Aktionäre handeln. Das Risiko, das sie durch Annahme der Wahl in den Verwaltungsrat auf sich luden, musste ihnen also durchaus bewusst sein, und es lässt sich nicht einmal sagen, sie seien selbst ahnungslos, sozusagen über Nacht, die Opfer ihrer formellen Stellung und ihrer Ausnützung durch Kantor und Silberberg geworden und ihr Fehler sei deshalb wenigstens moralisch nicht als gravierend einzuschätzen. Ob auch die Wiederwahl des Verwaltungsrates am 5. Oktober 1923 regelrecht vor sich gegangen ist, braucht nicht geprüft zu werden, da die Tatsachen, die den Beklagten als Mitgliedern des Verwaltungsrates heute noch vorgeworfen werden, sich vorher ereignet haben. Die Passivlegitimation ist daher zu bejahen.

2.- Die Beklagten haben weiterhin eingewendet, auf Grund von Art. 674 OR könnten sie allenfalls nur zu einer Entschädigung an die Aktiengesellschaft selbst, nicht zu einer solchen an einzelne Aktionäre, gehalten

Seite: 455

werden. Durch die Verletzung der Verwaltungspflichten kann den Aktionären auf zweierlei Weise ein Schaden entstehen: entweder indirekt dadurch, dass die Vermögensinteressen der Gesellschaft geschädigt werden und infolge dieser Schädigung der Gesellschaft auch den Aktionären ein Nachteil erwächst (der sog. sekundäre Schaden) oder direkt in der Weise, dass zwar die Gesellschaft selbst keinen Schaden erleidet, aber die Handlung des Verwaltungsorgans unmittelbar in die Sphäre des Aktionärs eingreift (der sog. primäre Schaden). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die allerdings in der Literatur nicht durchwegs gebilligt wird (BACHMANN, Die Sonderrechte des Aktionärs S. 148 ff., anders dann aber Derselbe, Kommentar N 3 zu Art. 674), von der abzuweichen ein Grund heute aber nicht besteht, kann der einzelne Aktionär Ersatz sowohl des sekundären, als des primären Schadens verlangen, sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 674 erfüllt sind (BGE 23 S. 1071 ff.; 24 II S. 692; 44 II S. 43; 49 II S. 245). Soweit es sich um den sekundären Schaden handelt, fragt es sich aber, welches das Verhältnis der Klage des einzelnen Aktionärs zu derjenigen der Gesellschaft sei. In seinem Urteil vom 18. Januar 1918 i. S. Brodtbeck gegen Rosenmund (BGE 44 II S. 38) hat das Bundesgericht die im Schrifttum herrschende Meinung verworfen, wonach der einzelne Aktionär den sekundären Schaden nur einklagen kann, wenn die Gesellschaft selbst auf die Klage gemäss Art. 673 verzichtet hat (ROSSEL, Kommentar S. 730, BÉGUÉLIN, Journal des Tribunaux 1901 S. 54, WELTI, Organisation der Aktiengesellschaft S. 104, BACHMANN, N 3 ZU Art. 674, N 6 zu Art. 675). Es hat dann weiter ausgeführt: «Diese... Meinung erweckt aber in ihrer praktischen Durchführung Bedenken. Vor allem gilt das für die Berechnung des Anspruches des einzelnen Aktionärs. Er kann natürlich nicht den ganzen Schaden ersetzt verlangen, weil er sich sonst auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger bereichern

Seite: 456

könnte. Darnach muss für jeden einzelklagenden Aktionär eine Anspruchsquote berechnet werden. Die Berechnung dieser Quote ist aber äusserst schwierig...» Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid dann der Auffassung von Alfred Wieland angeschlossen (vgl. Ztschr. f. Schweiz. Recht n. F. 45 S. 260 ff.), wonach der einzelne Aktionär nur darauf klagen kann, dass der sekundäre Schaden der Gesellschaft ersetzt wird. Der Autor hatte dargetan, dass theoretisch die Gesellschaft und der einzelne Aktionär als Solidargläubiger zu betrachten seien, soweit der sekundäre Schaden in Frage stehe. Das Bundesgericht hat immerhin nicht untersucht, ob die juristische Konstruktion als solche befriedigend und ob insbesondere wirklich Gläubigersolidarität anzunehmen sei; es hat sich darauf beschränkt, festzustellen, dass die Lösung auf alle Fälle den praktischen Anforderungen am Besten entspreche «indem sie alle jene, zu den beiden andern Lösungsversuchen angeführten Unzukömmlichkeiten vermeidet. Das muss hier mit Rücksicht darauf entscheidend sein, dass die zu allgemeine Fassung des Art. 674 weder die eine noch die andere Lösung ausschliesst. Zudem ist nur so der bereits erwähnte allgemeine Grundsatz des Aktienrechtes, dass der einzelne Aktionär während des Bestandes der Gesellschaft grundsätzlich keine Kapitalleistungen fordern kann, zu wahren». An dieser Praxis ist auch im vorliegenden Fall festzuhalten, umso mehr, als sie voraussichtlich in den revidierten Titeln XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes gesetzlich verankert werden wird (vgl. Art. 750 des bundesrätlichen Entwurfes). Immerhin darf nun nicht übersehen werden, dass die Lösung dann nicht gerechtfertigt ist und dass einer Klage auf Zuspreehung des sekundären Schadens direkt an den klagenden Einzelaktionär nichts entgegenstehen soll, wenn die praktischen Bedenken in Anbetracht des konkreten Tatbestandes nicht vorhanden sind. Diese praktischen Bedenken rühren, wie schon angedeutet wurde, aus den Interessen der Gesellschaft einerseits, der

Seite: 457

Gesellschaftsgläubiger andererseits her. Die Gesellschaft kann ein Interesse daran haben, dass die

Forderung nicht unter die Aktionäre verteilt wird, welche sie gemäss Art. 673 hat, sondern dass sie in's Gesellschaftsvermögen fällt (WIELAND a.a.O. S. 272 /73). Dieses Interesse fällt aber weg, wenn sich die Aktiengesellschaft wie im vorliegenden Fall in Liquidation befindet: Die Generalversammlung der PIAG hat am 30. September 1925, vor der Sühneverhandlung des vorliegenden Prozesses, die Liquidation der Gesellschaft beschlossen. Die Zuspreehung des sekundären Schadens direkt an die Aktionäre vermag, wenn die Gesellschaft sich in Liquidation befindet, diese eher zu erleichtern. Aber auch das Interesse der Gläubiger steht in casu dieser Zuspreehung nicht entgegen. Widerrechtlich ist gegenüber den Gläubigern allerdings jede Zahlung, welche der Aktionär auf Kosten des Gesellschaftsvermögens erhält, sofern nicht trotz der Zahlung das Gesellschaftsvermögen zum mindesten dem Betrag des nominellen Grundkapitals gleichbleibt (WIELAND a.a.O.). Wo aber keine Gesellschaftsgläubiger vorhanden sind, gibt es auch keine Gläubigerinteressen zu wahren. Die Darstellung beider Parteien vor Bundesgericht stimmt darin überein, dass die PIAG im Zeitpunkt der obergerichtlichen Verhandlung, also ca. 7 Jahre nach Beginn der Gesellschaftsliquidation, in Gestalt eines Bank-Konto-Korrentguthabens noch ein Aktivum von 85000 Fr. bis 90000 Fr. besass, aus dem dann, wie schon erwähnt wurde, 40 Fr. pro Aktie ausbezahlt wurden. Daraus muss geschlossen werden, dass allfällige Gläubiger früher befriedigt worden sind...

VIII. Schadenersatzhöhe.

Wie schon dargetan wurde, haben die Kläger Anspruch auf einen ihrem Aktienbesitz entsprechenden Anteil am Gesamtschaden von 360000 Fr. und 30000 Fr. = 390000 Fr. Die Verteilung gestaltet sich folgendermassen

Seite: 458

Erben B., 202 Aktien (20,2%) Fr. 78780.-

Erbin von L. 12 Aktien (1,2%) Fr. 4680.-

Frau von W. 8 Aktien (0,8%) Fr. 3120.-

Dr. S. 7 Aktien (0,7%) Fr. 2730.-

Zusammen 22,9% Fr. 89310.-

Nach der Behauptung der Beklagten hätten die Kläger einen solchen Schaden aber trotzdem nicht erlitten, weil sie zur Leistung des Preises für die Aktien genötigt waren, deutsche Mark und österreichische Kronen in Schweizer Franken umzuwandeln, und weil sie diese deutschen Mark und österreichischen Kronen sonst zur Inflationszeit doch, zufolge Geldentwertung, verloren hätten. Es müsse nämlich angenommen werden, sie hätten sie sonst nicht in eine wertbeständige Valuta umgewandelt. Dieser Einwendung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Es darf nicht einfach vermutet werden, die Kläger hätten bei Unterlassung des Aktienkaufes Valutaverluste erlitten. Ihre Absicht, ihre Mark und Kronen in Aktien in Schweizer Währung anzulegen, beweist im Gegenteil, dass sie ihre Mark und Kronen umwandeln wollten, und zwar sogar in Aktien, deren Kurswert in der Regel bei Entwertung des Geldes des betreffenden Landes noch steigt.

Das Obergericht hat die Beklagten jedoch nur zum Ersatz eines Viertels des den Klägern erwachsenen Schadens verpflichtet, da ersatzpflichtig in erster Linie Silberberg und Kantor seien und den Beklagten nur ein Mitverschulden zur Last gelegt werden könne. Dieser Lösung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Art. 671 jedenfalls sieht eine Form der deliktischen Haftung vor, wie schon betont wurde. Also ist auch Art. 50 OR anwendbar, und die Gründer, auch die Strohmänner, haften solidarisch, sofern sie ein gemeinsames Verschulden trifft (BGE 55 II S. 310). Art. 674 sodann schreibt selbst ausdrücklich solidarische Haftung vor. Besteht aber Solidarität, so kommt es im Verhältnis zum Geschädigten nicht auf die Schwere des Verschuldens an, sondern derjenige, den ein geringeres Verschulden trifft, haftet für den vollen

Seite: 459

Schaden, so gut wie derjenige, dessen Verschulden schwerer ist; d. h. es gibt bei der echten Solidarität keine Berufung auf ein geringes Mass des Verschuldens im Verhältnis zum Geschädigten (BGE 55 II S. 314 ff.). Es ist demnach weiter zu untersuchen, ob Solidarität auch zwischen Kantor und Silberberg und den Beklagten anzunehmen ist. Wenn diese Frage verneint werden müsste, wären die Grundsätze anzuwenden, die das Bundesgericht in seinem Urteil vom 14. Februar 1915 i. S. Métein c. Péliissier (BGE 41 II S. 223) und in demjenigen vom 26. September 1933 i. S. Héritiers Hess c. Descoedres (BGE 59 II S. 364 ff.) aufgestellt hat.

Solidarität mit den Beklagten besteht nun auf Seiten Silberberg's und Kantor's jedenfalls nicht hinsichtlich der Haftung gemäss Art. 674 OR, denn Kantor und Silberberg gehörten ja dem Verwaltungsrat nie an. Wenn sie die Mitglieder der Verwaltung zur Verletzung ihrer Pflichten anstifteten, mögen sie der Gesellschaft haftbar sein, aber nach Art. 41 ff., nicht nach Art. 674 OR.

Hinsichtlich der Gründerhaftung müsste Solidarität angenommen werden, wenn auch Kantor und Silberberg als Gründer zu behandeln wären. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden. Selbst

wenn sie nämlich verneint werden müsste, könnten sich die Beklagten gegenüber den Klägern als Geschädigten nach den eben zitierten bundesgerichtlichen Urteilen auf das grössere Verschulden Kantors und Silberbergs nur berufen, wenn ihre eigene Schuld dadurch gemildert würde oder wenn der Kausalzusammenhang zwischen den ihnen vorgeworfenen Handlungen und dem Schaden durch das Verschulden Silberberg's und Kantors unterbrochen worden wäre. Keine von beiden Voraussetzungen trifft jedoch hier zu. Von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges kann ohnehin keine Rede sein. Da die Beklagten mit den beiden Anstiftern bewusst zusammengewirkt haben, kann aber auch nicht gesagt werden, ihr Fehler werde gemildert durch die Schuld der Anstifter.

Seite: 460

Dennoch rechtfertigt es sich nicht, die Beklagten für den vollen Schaden ersatzpflichtig zu erklären. In erster Linie ist anzunehmen, dass die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger die Aktien auch gekauft hätten, wenn bei korrekter Gründung - dem Dr. Silberberg ein höherer Preis als derjenige von 90000 Fr. bewilligt worden wäre, denn erfahrungsgemäss werden bei Apports und Übernahmen oft solche erhöhte Preise gewährt, wobei allerdings jede ziffermässige Schätzung auf Schwierigkeiten stösst, zumal da es sich um ein Spekulationsobjekt handelte. Gerade diese letztere Erwägung, dass das ganze Geschäft an sich und auch für die Kläger spekulativen Charakter besass, muss aber selbst auch einen Grund zur Reduktion des Schadenersatzes bilden. Über den Erfolg der Petroleumbohrungen auf dem Terrain Szczec-Boze und auf den mit Bruttoprozentrechten belasteten Feldern herrschte Ungewissheit. Wenn auch der spekulative Charakter eines Geschäftes kein Freibrief für betrügerische Handlungen ist, indem der Käufer eines Spekulationspapiers solchen weitem Risiken immerhin nicht ausgesetzt werden will, darf der spekulative Charakter doch nicht ganz ausser Acht gelassen werden: Auch wenn die Übernahme von Szczec-Boze in den gesetzlichen Formen und zu einem vernünftigen Preis vor sich gegangen wäre, und wenn dem Silberberg nicht zwei nicht geschuldete Jahreszinsen gewährt worden wären, hätte der Wert der Aktien sogar bis auf Null sinken können; jedenfalls muss die fallende Tendenz auf dem Effektenmarkt seit dem Aktienkauf, auch was Petroleumpapiere betrifft, in Anschlag gebracht werden.

Dagegen kann als dritter Reduktionsgrund nicht die Eigenschaft der Beklagten als Strohmänner berücksichtigt werden. Wer sich für eine solche Tätigkeit hergibt, soll die Gefahren tragen, besonders wenn er sich dafür noch bezahlen lässt.

Unter Würdigung aller Umstände ist die Schadenersatzpflicht der Beklagten auf die Hälfte des oben

Seite: 461

festgestellten Schadens von insgesamt 89310 Fr. anzusetzen. Eine weitere Reduktion rechtfertigt sich nicht, da den Beklagten eine wissentliche Verletzung ihrer Pflichten als Verwaltungsräte zur Last fällt.

Der Regress unter den solidarisch haftenden Beklagten endlich braucht nach der Rechtsprechung durch den Richter nicht von Amtes wegen bestimmt zu werden (BGE 58 II S. 538). In casu besteht umso weniger Anlass dazu, als Kantor und Silberberg möglicherweise regresspflichtig sind, am Prozess aber nicht teilgenommen haben, obwohl ihnen der Streit verkündet worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.
2. Die Berufung der Kläger wird teilweise gutgeheissen und die Beklagten werden verpflichtet, den Klägern unter Solidarhaft folgende Beträge zu bezahlen:
 - a) an die Erben B... Fr. 39390.- nebst Zins zu 5% seit 13. Nov. 1925
 - b) an Frl. Antoinette von L... Fr. 2340.- id. id.
 - c) an Clementine von W. verw... Fr. 1560.- id. id.
 - d) an Dr. Rudolf S. Fr. 1365.- id. id.

zusammen... Fr. 44655.- nebst Zins.

Im Übrigen wird auch die Berufung der Kläger abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 1932 bestätigt