

## S. 174 / Nr. 31 Obligationenrecht (d)

BGE 79 II 174

31. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Februar 1953 i. S. Samimpex A.-G. gegen Bosshard.

Regeste:

Aktienrecht.

Bargründung oder verschleierte Sacheinlagegründung? Rechtliche Würdigung des gegebenen Sachverhaltes unter der einen und anderen Voraussetzung. Haftung aus Aktienzeichnung. Abgrenzung gegenüber der Gründerhaftung. Missbräuchliche Einrufung der Bareinlage.

Société anonyme.

Fondation par apports en espèces ou fondation par apports en nature déguisée? Appréciation juridique de l'état de fait selon qu'on admet l'une ou l'autre. Responsabilité fondée sur la souscription d'actions. Différence avec la responsabilité des fondateurs. Réclamation abusive de l'apport en espèces souscrit.

Società anonima.

Costituzione mediante apporti in contanti o costituzione simulata mediante apporti in natura? Apprezzamento giuridico della situazione di fatto a seconda che si ammetta l'uno o l'altro caso. Responsabilità derivante dalla sottoscrizione di azioni. Differenza con la responsabilità dei fondatori. Abusiva diffida a versare in contanti l'apporto sottoscritto.

A. - Am 2. April 1949 wurde in Zürich die Samimpex A.-G. gegründet. Sie bezweckt laut Ziffer 1 der Statuten den Einkauf und Verkauf von wissenschaftlichen und medizinischen Apparaten. Das Aktienkapital beläuft sich

Seite: 175

auf Fr. 50,000.- und ist eingeteilt in 50 Inhaberaktien zu Fr. 1000.-. Gemäss notarieller Urkunde über die konstituierende Generalversammlung war es von den anwesenden drei Gründern voll gezeichnet, nämlich mit 29 Aktien von Hans Bosshard, mit 13 Aktien von Valentin Arnold Chabloz, mit 8 Aktien von Walter Schumacher, und zu 40 % mit Fr. 20,000.- bei der Zürcher Kantonalbank zur freien Verfügung der Gesellschaft einbezahlt. Für die erste Amtsdauer eines Jahres wurde Hans Bosshard als einziger Verwaltungsrat gewählt. Der Eintrag der Aktiengesellschaft im Handelsregister erfolgte am 4. Mai 1949.

B. - Das Gründungskapital war nicht von den drei Aktionären persönlich, sondern für ihre Rechnung nach Massgabe ihres Aktienbesitzes am 1. April 1949 von M. A. Zuest, dem Schwiegervater Chabloz', einbezahlt worden. Nach der Buchhaltung der Samimpex A.-G. übernahm diese ebenfalls am 1. April 1949 das in Lausanne betriebene Geschäft des Mitgründers Chabloz für insgesamt Fr. 33,512.-. Die Schuld wurde im Laufe des Jahres 1949 bis auf einen Rest von Fr. 42.44 beglichen. Eine erste Rate von Fr. 19,000.- liess der Verwaltungsrat am 19. Mai 1949 aus den bei der Kantonalbank liegenden Fr. 20,000.- entrichten. Die sonstige Verwendung des Kontoguthabens nebst Zinsen war die, dass Bosshard selber am 16. Mai 1949 Fr. 76.- bezog, während Fr. 1081.50 im Auftrage von Chabloz, der die Geschäfte der Gesellschaft besorgte, am 9. Juli 1949 an Zuest gesandt wurden.

Später gingen sämtliche Aktien der Samimpex A. -G. an Chabloz über. Dieser verkaufte 35 Stück davon am 16. September 1950 zum Preise von je Fr. 1000.- dem Werner Füllemann, der dann anstelle des austretenden Bosshard einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft wurde.

C. - Im November 1951 erhob die Samimpex A.-G., nach vorheriger Betreuung, gegen Bosshard Klage auf Zahlung von Fr. 11,600.-, gleich 40 % des Wertes der seinerzeit gezeichneten 29 Aktien, zuzüglich 5 % Zins ab 2. April 1949 und Kosten des Zahlungsbefehls.

Seite: 176

Sie brachte vor, die Aktionäre hätten nach aussen eine Bargründung vorgetäuscht, in Wirklichkeit aber eine Sacheinlagegründung gewollt und durchgeführt; das Gründungskapital sei nur zum Scheine einbezahlt worden; von Anfang an sei abgemacht gewesen, dass Chabloz sein Geschäft in die Gesellschaft einbringe und der Betrag von Fr. 20,000.- wieder an Zuest zurückflüsse; somit habe Bosshard seine Liberierungspflicht nicht erfüllt. Diese Darstellung wurde bestritten. Der Beklagte behauptete, es sei keineswegs eine Bargründung vorgeschoben worden, sondern Zuest habe das Kapital als Darlehen gegeben dass die Absicht zu einer dem Gesellschaftszweck entsprechenden Benützung des Geldes bestanden habe, sei nicht zu beanstanden.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 17. September 1952 ab.

D. - Die Klägerin legte Berufung an das Bundesgericht ein. Sie beantragt Gutheissung ihres

Rechtsbegehrens. Der Beklagte schliesst auf Bestätigung des kantonalen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Im ersten Teil seines Erkenntnisses führt das Handelsgericht aus, die Aktienzeichner hätten den gesetzlichen Bedingungen der statutarischen Bargründung nicht genügt. Mit dieser Auffassung setzt sich der Beklagte nicht im Rechtlichen auseinander, sondern er zieht lediglich die Verbindlichkeit der tatsächlichen Feststellungen in Zweifel, was ihm gemäss Art. 61 Abs. 1 OG verwehrt ist. Da aber im übrigen die eben genannte Bestimmung von den für die Berufung geltenden Vorschriften des Mt. 55 OG nur Abs. 1 lit. a und d als entsprechend auf die Antwort anwendbar erklärt, nicht auch lit. c, wonach darzulegen wäre, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie verletzt sind, hat das Bundesgericht doch die ganze Rechtsanwendung im vorinstanzlichen Urteil daraufhin zu überprüfen, ob der Antwortschluss begründet ist.

Seite: 177

2.- Die Vorinstanz lässt ausdrücklich offen, ob die Behauptung der Klägerin richtig sei, Zuest habe die Summe von Fr. 20,000.- den Gründern nicht ernstlich geliehen, sondern sie nur pro forma bei der Kantonalbank erlegt. Solange das nicht feststeht, muss die Einzahlung hingenommen werden als was sie erklärermassen gemacht worden ist, nämlich als Liberierung von 40 % des Aktienkapitals zu Händen der in Gründung begriffenen Gesellschaft. Hievon ausgegangen wurde die laut Statuten beabsichtigte Bargründung der Klägerin gesetzmässig vollzogen. Von einer verschleierte Apportgründung kann nur die Rede sein, wenn die Einzahlung bei der Bank auf die gezeichneten Aktien simuliert war, sie direkt oder indirekt an Zuest zurückgehen und der Gegenwert des zu liberierenden Kapitalbetrages tatsächlich in dem der Gesellschaft zugeführten Geschäft Chabloz liegen sollte.

Wirkliche Bargründung vorausgesetzt ist im weiteren die Rechtslage die, dass der Erwerb des Geschäftes von Chabloz durch die Gründer namens der zu bildenden Gesellschaft am 1. April 1949 als Sachübernahme (nicht Sacheinlage) ungültig war; gegenüber der Aktiengesellschaft darum, weil nicht im Wege des Art 645 Abs. 2 OR übernommen werden konnte, was gemäss Art. 628 Abs. 2 OR der Übernahmekundgebung in den Statuten bedurft hätte (vgl. BGE 59 II 447), und gegenüber den Gründern als persönlich und solidarisch Haftbaren deshalb, weil eine Verpflichtung unter ihnen und ein daraus erwachsender Anspruch des Gründers an die Mitgründer hier ebensowenig bejaht werden könnte, wie beispielsweise im Falle des BGE 49 II 192 ff. Ist das Geschäft doch an die gegründete Gesellschaft übergegangen, dann war es eine Vermögensverschiebung ohne gültigen Rechtsgrund (vgl. BGE 64 II 282 /3). Daher lässt sich nicht, wie die Vorinstanz es tut, das Vorliegen einer verschleierte Sacheinlagegründung daraus folgern, dass die Bareinzahlung zwar auf den Tag der Gründung geschah, aber an diesem Tage die Gesellschaft schon nicht mehr frei über das Kapital verfügen

Seite: 178

konnte, da es bereits vorher zur Anschaffung der einem Aktienzeichner gehörenden und für den Betrieb der Gesellschaft vorgesehenen Sachwerte benützt worden, bzw. mit einem Anspruch Chabloz gegen die Gründer auf Zahlung des Preises für die gekauften Sachwerte belastet war. Denn nach dem Gesagten bestand gar keine rechtliche Pflicht zu solcher Verwendung ernstlich gewollter Kapitaleinzahlung und auch keine Forderung gegen die Gründer persönlich.

Die fehlende Feststellung darüber, ob die Einzahlung bei der Kantonalbank simuliert war oder nicht, kann das Bundesgericht anhand der Akten nicht vornehmen. Das macht die Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Tatbestandes unvermeidlich (Art. 64 OG), sofern nicht die Sache aus sonstigem Grunde spruchreif ist.

3.- Sollte die Einbringung des Geschäftes durch Chabloz nur für seine eigene Aktienzeichnung Sacheinlage und darüber hinaus Sachübernahme gewesen, also von den anderen Aktionären Bareinzahlung erbracht und jenem seine Einzahlung als Teil der aus dem Bankkonto überwiesenen Fr. 19,000. erstattet worden sein, wäre die Klage abzuweisen. Das Handelsgericht betont, zur Leistung der Einlage in bar sei enden dem Sacheinleger auch jeder Aktienzeichner verpflichtet, der wissentlich an der Verschleierung einer Einlagegründung teilgenommen habe. Das trifft im Sinne des angeführten BGE 64 II 281 zwar dort zu, wo schlechtweg Sacheinlage an Stelle der Bareinzahlung trat, ist aber für den vorliegenden Fall unter der obigen Voraussetzung dahin zu präzisieren, dass eine Haftung des Beklagten sich nicht aus Aktienzeichnung (eines andern, nämlich des Sacheinlegers Chabloz) ergeben könnte, sondern höchstens aus Gründerverantwortlichkeit. Diese ist nach den Angaben im kantonalen Urteil nicht geltend gemacht worden.

Die Berufung wendet ein, Art. 753 OR hätte von Amtes wegen herangezogen werden müssen, da alle tatbeständlichen

Seite: 179

Elemente dafür gegeben seien. Das ist unrichtig. Der Anspruch aus Gründerhaftung ist Schadenersatzanspruch. Es muss also ein Schaden behauptet und nachgewiesen werden. Die Klägerin irrt, wenn sie glaubt, das sei geschehen, indem sie den Schaden einfach darin sieht, «dass die Gesellschaft um den Betrag, den er (sc. der Beklagte) gezeichnet hat bzw. hätte liberieren sollen, zu kurz gekommen ist». Statt des Bargeldes hat ja die Aktiengesellschaft die Sacheinlage erhalten. Aus diesem Vorgang könnte sie nur geschädigt sein, wenn die Sacheinlage für sie nicht den gleichen Wert wie die Barzahlung gehabt hätte. Das ist weder dargetan noch belegt. Wurden auch in anderem Zusammenhänge gewisse Behauptungen betreffend Überwertung der Sacheinlage aufgestellt, so gebietet es doch an irgendwie genügender Substanziierung, so dass es unmöglich ist, die Klage nach dieser Richtung zu behandeln, und sie deswegen sogar bei ausdrücklichem Hinweis auf Gründerverantwortlichkeit des Beklagten hätte abgewiesen werden müssen.

4.- Nimmt man an, es sei die Bargründung im ganzen Umfange nicht ernsthaft gewollt, die Einzahlung bei der Kantonbank simuliert und tatsächlich die Liberierung von 40 % der Aktien aller drei Gründeraktionäre durch Einlage des Geschäftes Chabloz beabsichtigt gewesen, kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie als unstatthaft verwirft, dass die Klägerin die Rückgängigmachung der Sacheinlage ausschliesslich gegenüber dem Beklagten betreibe. Diese Betrachtungsweise geht darin fehl, dass sie die Sacheinlagegründung für alle Einlegeraktionäre als eine Einheit sieht. In Wirklichkeit ist es so, dass der einzelne Aktienzeichner, dessen Bareinzahlungspflicht eine selbständige ist, seine Einzahlung durch Sacheinlage ersetzt hat. Der Umstand, dass alle Aktionäre die Sacheinlage gemeinsam geleistet haben, berührt nicht die Selbständigkeit der einzelnen Einzahlungsverpflichtung. Entsprechend kann die Gesellschaft den einen Aktionär belangen, den anderen nicht, falls sie dabei keinen Vorteil

Seite: 180

erblickt, weil sie ebensoviel aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung zufolge ungültiger Sacheinlage zurückzugeben hätte. Solchem Vorgehen steht der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung aller Aktionäre nicht entgegen. Seine Anwendung liefe darauf hinaus, dass sich der einzig Belangte auf die mittels Sacheinlage gemachte Leistung berufen könnte, die doch rechtlich gar nicht vorhanden ist. Auch im Falle des BGE 64 II 281 war für sämtliche zeichnenden Aktionäre einer Bargründung statt der Bareinlagen eine Sacheinlage erbracht worden, und das Bundesgericht hatte trotzdem keine Bedenken, die Klage auf Barzahlung gegenüber einem einzelnen Aktionär zuzusprechen.

5.- Indessen hält das hier streitige Begehren nicht stand vor Art. 2 ZGB. Zwar kann der Rechtsmissbrauch - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht darin gefunden werden, dass die Klägerin nicht auch Chabloz behaftet, der Initiant der verschleierte Sacheinlagegründung und daran in erster Linie interessiert war. Denn Chabloz ist spurlos ins Ausland verschwunden und darum nicht belangbar. Allein die Vorinstanz meint es wohl anders. Und andere Betrachtung lässt den Rechtsmissbrauch in der Tat als offenkundig erscheinen. Weil der abwesende Chabloz nicht zur Bareinzahlung verhalten werden kann, entfällt eine Rückerstattung der Sacheinlage an ihn aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung. Die übrigen Aktionäre aber können einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung nicht geltend machen. Er steht nach BGE 64 II 282 nur dem Aktionär zu, aus dessen Vermögen das Aktivum der Gesellschaft zugeflossen ist. Mit der Einforderung der Barzahlung von jenen lässt sich also ohne jedes Risiko zur übernommenen Sache auch noch ein Teil ihres Preises behändigen. Darauf ist unverkennbar das Trachten der Klägerin gerichtet. Wäre Chabloz im Lande, dann hätte es keinen Sinn, die Barzahlung von irgend einem der drei Aktionäre einzurufen, weil gleichviel als ungerechtfertigte Bereicherung

Seite: 181

an den Sacheinleger zurückgehen müsste. Freilich hat die Klägerin behauptet, von der seinerzeitigen Sacheinlage seien der Geschäftsfond fiktiv und die Vermögenswerte weit übersetzt verrechnet gewesen. Es ist jedoch ganz unwahrscheinlich, dass die Gesellschaft heute in der Lage wäre, die damals bestimmten Preise (für übernommene und längst verkaufte Artikel) ernsthaft zu bemängeln, zumal nach dem eigenen Eingeständnis der Klägerin die Kontrolle durch das Fehlen eines Inventars verunmöglicht war. Ausserdem ist in den Akten genügend Anhalt dafür, dass das Geschäft gut war und dass damit Geld verdient wurde. Unzweifelhaft geht auch die Vorinstanz davon aus, dass die in der Buchhaltung eingetragenen Übernahmen wertmässig der Anrechnung entsprachen. Das Erstreben solcher ungerechtfertigter Bereicherung ist aber mit Treu und Glauben unvereinbar. Es ist der Rechtsmissbrauch desjenigen, der verlangt, was zurückgegeben werden müsste (dolo facit qui petit, quod restiturus esset). Um nicht bereichert zu sein, hätte die Klägerin gegen Bareinzahlung des Beklagten und eventuell des zweiten Aktionärs Schumacher in der nämlichen Höhe Rückleistungen an Chabloz zu machen. Dass Zahlungsverpflichtige und Rückforderungsberechtigte nicht identisch sind, ist unerheblich, da eben letzterer für Rechnung der ersteren geleistet hatte und für deren Rechnung

ihm die Rückforderung zustände. Wenn die Klägerin praktisch den Erstattungsanspruch nicht zu gewärtigen braucht, nachdem Chabloz verschwunden ist, so ändert das nichts daran, dass sie mit der Einforderung dessen, was ihr im Ergebnis nicht zukommt, rechtsmissbräuchlich handelt.

Den vorstehenden Überlegungen kann nicht entgegengehalten werden, die Rückforderung wegen ungerechtfertigt er Bereicherung bestehe, als Folge der ohne Rechtsgrund geleisteten Sacheinlage, schon heute und unabhängig von der Bareinzahlung der Aktionäre. Es ist zu beachten, dass die in natura empfangene Sacheinlage im Umfange der zu liberierenden Aktienzeichnung gar nicht mehr

Seite: 182

da ist, weil sie von der Gesellschaft versilbert wurde. Die Klägerin hat die Verpflichtung zur Rückzahlung des Betrages von Fr. 20,000.- nur gegen Bareinzahlung der Aktionäre in gleicher Höhe. Art. 66 OR anzuwenden, wo sich die Rechtswidrigkeit in der blossen Nichteinhaltung einer Formvorschrift erschöpft, wäre eine verfehlt Überreibung des Grundsatzes.

Die Klage fusst auf einer zu missbilligenden Spekulation, die umso weniger hingenommen werden kann, als Füllemann der Rechtsnachfolger von Chabloz ist, dem als Alleinaktionär die Gesellschaft wirtschaftlich gehörte, und er anscheinend zu Lasten des Beklagten sich für den angeblich zu teuren Aktienpreis erholen will, den er Chabloz bezahlte. Mit den Interessen der Öffentlichkeit und dem Schutze der Gläubiger hat sein Gebaren nichts zu tun.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. September 1952 bestätigt