

12. Urteil vom 1. März 1902

in Sachen **Müller-Widmer**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Hofer**,
Bekl. u. Ber.=Bekl.

*Haftung des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft, Art. 671 Ziff. 2
und 3, 674 O.-R.; Art. 50 eod.*

A. Durch Urteil vom 18. Oktober 1901 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

„1. Es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage gutzuheissen, mithin der Beklagte zu verpflichten, an die Klägerin 36,963 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1898 zu bezahlen, abzüglich der dem Kläger aus der Konkursmasse der Gießerei und Maschinenfabrik Zürich und des Heinrich Ernst, Architekt in Zürich zufallenden Konkursdividenden.

„2. Eventuell: Es sei die Abnahme der von der Klägerin vor der Vorinstanz anerborenen Beweise zu verfügen, insbesondere: a) durch Einvernahme der angerufenen Zeugen, b) durch Anordnung einer Expertise in dem vor der ersten Instanz beantragten Sinn.“

C. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 17. Oktober 1896 wurde die Aktiengesellschaft „Gießerei und Maschinenfabrik Zürich“ in Altstetten-Zürich mit einem Grundkapital von 500,000 Fr., eingeteilt in 1000, laut den Statuten vom gleichen Tage, angeblich „voll einbezahlte“ Inhaberaktien von 500 Fr., gegründet. Zweck der genannten Gesellschaft war laut § 1 der — von Ernst als Präsidenten, und vom Beklagten als Protokollführer unterschriebenen — Statuten die Betreibung der Gießerei und Maschinenfabrikation; laut § 13 Ziff. 2 der Statuten war die Generalversammlung kompetent zur Beschlussfassung über Erwerbung vorhandener Fabrikationsgeschäfte. Die Subskrip-

tion auf das Aktienkapital erfolgte laut den gedruckten Scheinen „auf Grundlage der Statuten, des Kaufvertrages und des Prospektes“. Auf einem solchen Schein zeichnete der Beklagte am 29. August 1896 zehn Aktien. Für die entsprechende Summe von 5000 Fr. behändigte er H. Ernst am 16. Oktober 1896 eine auf Sicht zahlbare Anweisung seiner Firma Hofer & Burger auf die Schweizerische Volksbank, die am folgenden Tag eingelöst wurde. Der Kaufvertrag, auf den die Subskriptionscheine Bezug nahmen, datierte vom 17. Oktober 1896 und war namens der Gießerei und Maschinenfabrik Zürich von H. Ernst und G. Rabus unterzeichnet. Durch denselben kaufte die genannte Aktiengesellschaft von Berner & Cie. in Altstetten deren daselbst befindliche Fabrikanlage (Maschinenfabrik) um 750,000 Fr., sowie deren Gießerei in Rorschach für 150,000 Fr., alles nebst den maschinellen Einrichtungen. Vom gesamten Kaufpreis von 900,000 Fr. wurden der Aktiengesellschaft 617,500 Fr. an Hypotheken zur Übernahme überbunden (560,000 Fr. in Altstetten und 117,500 Fr. in Rorschach); 60,000 Fr. sollten „durch Ablösung der bestehenden Kommandite“ an A. L. La Roche-Passavant und G. Weillon in Basel, 100,000 Fr. an H. Ernst „infolge Überweisung“ bezahlt werden. Bezüglich des Restes von 62,500 Fr. wurde bemerkt, er sei „unter den Kontrahenten verrechnet und als bezahlt abzuschreiben.“

Die konstituierende Generalversammlung der Gießerei und Maschinenfabrik Zürich wurde durch H. Ernst einberufen und fand unter seinem Vorsitz am 17. Oktober 1896 vormittags 10 1/2 Uhr statt. Bei dieser Versammlung funktionierte der Beklagte als Protokollführer. Nach der vom zugezogenen Notar Boller aufgenommenen Urkunde wurde „von der Versammlung „auf Grund der vorliegenden Subskriptionscheine konstatiert, daß „das Gesamtkapital, 1000 Stück, gezeichnet sei, und daß „20% desselben, also 100,000 Fr., einbezahlt worden seien.“ Laut dem vom Beklagten verfaßten Protokoll „teilte Ernst mit, „daß die Aktien mit 20% einbezahlt seien.“ Der in den Statuten vorgesehene Verwaltungsrat wurde bestellt aus Eduard King in Zürich II als Präsident, Emil Rabus und dem Beklagten. Diese konstituierende Versammlung wurde laut dem Protokoll um 12 Uhr

geschlossen. Gemäß dem Protokoll des Verwaltungsrates besammelte sich dieser „sofort“ nachher zur Erledigung einiger dringlicher Traktanden, unter denen aber der Kaufvertrag mit Borner & Cie. nicht erwähnt ist. Noch am gleichen Vormittag 12 Uhr — wie das Protokoll einer am gleichen Tage abgehaltenen „Nachmittags-sitzung“ des Verwaltungsrates bemerkt, „unmittelbar nach der konstituierenden Generalversammlung“ — fand sodann eine außerordentliche Generalversammlung der Aktionäre der Gesellschaft statt, in der wiederum der Beklagte das Protokoll führte. Traktandum war namentlich die Genehmigung des Kaufvertrages mit Borner & Cie.; dieser wurde vom Präsidenten King vorgelesen, der Verwaltungsrat stellte den Genehmigungsantrag, der von der Versammlung angenommen wurde. Die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgte am 25. November 1896.

Auf das Aktienkapital waren bis 17. Oktober 1896 in Wirklichkeit nur 38,000 Fr. bar einbezahlt worden. Am Gründungstage selbst wurden dann weitere 160,000 Fr. in der Weise geleistet, daß die nach dem Kaufvertrage mit Borner an La Roche und Weillon, sowie an Ernst zu leistenden Zahlungen von 60,000 Fr. und 100,000 Fr. mit den von den Genannten geschuldeten Aktienzinszahlungen — La Roche und Weillon hatten 60 Aktien, Ernst 328 gezeichnet — verrechnet wurden. Ernst hatte ferner „als Syndikatsbeteiligter“ 400 Aktien gezeichnet. Es hatte sich nämlich unter Führung des Ernst für die Übernahme dieser 400 Aktien ein Syndikat gebildet, zum Teil aus den bisherigen Aktienzehnern, namentlich H. Ernst, bestehend, und es hatte der Schweizerische Bankverein sich gegen Bürgschaft von La Roche und E. Weillon verpflichtet, diese 400 Aktien zum Nominalwerte zu belehnen und namens des Syndikates die 200,000 Fr. der Sieberei und Maschinenfabrik Zürich zur Verfügung zu stellen. Der Rest des Aktienkapitals ist mit Ausnahme eines Betrages von 3200 Fr. bis 16. Dezember 1896 voll einbezahlt worden.

Schon in der außerordentlichen Generalversammlung vom 17. Oktober 1896 hatte der Präsident King darauf hingewiesen, daß das Betriebskapital nicht genüge, sondern eine baldige Erhöhung desselben in Aussicht genommen werden müsse. In der Verwaltungsratsitzung vom 21. Oktober 1896 verlangte er

Aufschluß, ob das in Aussicht genommene Betriebskapital von 200,000 Fr. vorhanden sei und H. Ernst wies darauf nach, daß noch rund 50,000 Fr. zur Verfügung seien; die übrigen 150,000 Fr. waren nach seiner Angabe von Ernst teils zur Übernahme von Borräten bei Borner & Cie., teils zur Ablösung von Verbindlichkeiten letzterer verwendet worden; Ernst, der inzwischen zum Vizepräsidenten gewählt worden war, stellte in Aussicht, daß letztere Summe in Bälde wieder eingehen und damit das genannte Betriebskapital wieder erreicht sein werde. In der gleichen Sitzung wählte der Verwaltungsrat einen besondern Ausschuß, bestehend aus King, Ernst und Borner. Bis zum 19. Mai 1897 hielt nur dieser Ausschuß, nicht aber der Verwaltungsrat Sitzung. Das Protokoll der Sitzung des Ausschusses vom 6. Mai 1897 konstatiert: „Hr. Hofer weigert sich beständig, in seiner Stellung als Mitglied des Verwaltungsrates zu unterzeichnen, was den ganzen Verkehr außerordentlich erschwert. Hr. Ernst beschwert sich, daß ihm auf diese Art eine gewaltige Arbeit aufgelegt werde, so daß er schließlich vorziehen würde, von der Leitung ganz zurückzutreten. Hofer ist insofern zu entschuldigen, als er nicht immer weiß, was geht, und wird daher beschloffen, ihm zu den Sitzungen des Ausschusses jeweils ebenfalls eine Einladung zugehen zu lassen. Karrer mahnt zum allseitigen treuen Zusammenhalten, da bei dieser Sache nicht nur unsere Finanzen, sondern auch unsere Ehre engagiert sind.“ In der Sitzung vom 13. Mai 1897 erschien dann der Beklagte und das Protokoll berichtet folgendes: „Im Anschluß daran (nämlich an die Verlesung des Protokolls der Sitzung vom 6. Mai) erklärt Hr. Hofer einen Protest gegen den Passus, in welchem ihm vorgeworfen wird, er habe sich beständig geweigert, Schriftstücke für die Gesellschaft zu unterzeichnen. Es sei das seines Wissens nur einmal vorgekommen, und dazu habe er allen Grund gehabt, weil er nicht wußte, ob der Obligo, um den es sich handelte, an Stelle eines früheren trete, oder ob mit demselben wieder ein neues Schuldverhältnis begründet werden sollte. Er könne sich niemals dazu hergeben, blindlings zu unterschreiben, wenn er nicht genau sich Rechenschaft geben könne. Seine diesfällige Anfrage sei unbeantwortet geblieben. Er wünscht daher und stellt den bestimmten

Antrag, daß die Mitglieder des Verwaltungsrates durch Zustellung monatlicher Bulletin's über den Stand des Geschäftes immer unterrichtet werden, namentlich aber dann, wenn den einzelnen Mitgliedern persönliche Verpflichtungen zugemutet werden Im Prinzip wird festgestellt, daß aus den verschiedensten Gründen dem Antrag des Hrn. Hofer keine Folge gegeben werden könne."

In der Sitzung des Verwaltungsrates vom 17. Juni 1897 wurde konstatiert, daß für den nächsten Zahltag kein Geld vorhanden sei; der Verwaltungsrat nahm in Aussicht, daß H. Ernst und Notar Karrer für die Gesellschaft Wechselverbindlichkeiten eingehen werden, in der Meinung, „daß dieses vor allem aus den Därliger Accepten gedeckt werden muß."

In seiner Sitzung vom 30. Juli 1897 lag dem Verwaltungsrat „als dringendstes Traktandum vor, die Beschaffung von 20,000 Fr. für den morgigen Zahltag,“ man ging aber darüber „ratlos auseinander“.

In der Verwaltungsratsitzung vom 25. August 1897 bildete wieder die Beschaffung „des Zahltages für den kommenden Zahltag“ im Betrage von 1900 Fr. „das Haupttraktandum,“ ferner waren der Thurgauer Kantonalbank 12,000 Fr. einzuzahlen. Diese Zustände wurden als „geradezu unhaltbar“ bezeichnet. Der Verwaltungsrat beschloß aber, alles aufzubieten, um eine Liquidation zu vermeiden. Am 26. August gab H. Ernst von einer Zuschrift der Thurgauischen Kantonalbank Kenntnis, womit diese bis 10. September „für 110,000 Fr. Deckung als Betrag von Nullerwechseln und unacceptierten Tratten verlangte.“ Hofer (der Beklagte) entschlug sich „schriftlich jeder weiteren Mithilfe für Geldbeschaffung“; wieder fehlte es am Geld für den Zahltag.

Am 18. September 1897 wurde zur Deckung einer fälligen von Ernst und Karrer behufs Beschaffung von Mitteln für den Zahltag unterzeichneten Tratte zwei Wechsel trassiert, worunter ein solcher von 10,000 Fr. auf die Gemeinde Därligen. In der Sitzung vom 28. September 1897 trat der Beklagte als Mitglied des Verwaltungsrates zurück. Am 20. November 1897 wurde unter vielen Schwierigkeiten mittelst eines von Ernst, Karrer und Hofer verbürgten Wechsels auf den Schweizerischen

Bankverein Geld aufgebracht und den Genannten hiefür Balkongeländer verpfändet; in ähnlicher Weise ergaben sich stets neue Zahlungsverlegenheiten. Am 29. November 1897 wurde mitgeteilt, daß der Schweizerische Bankverein nun keine Wechsel der Maschinenfabrik mehr diskontiere.

Die hierauf vom Verwaltungsrat einberufene erste ordentliche Generalversammlung vom 8. Dezember 1897 konstatierte auf Grund der Bilanz auf dem Gewinn- und Verlustkonto einen Passivsaldo von 94,230 Fr. 16 Cts. Ferner wurde hervorgehoben, daß sich unter den Aktiven dubiose Guthaben von 93,419 Fr. 33 Cts. befinden, „so daß gegen die Existenzfähigkeit des Geschäftes große Bedenken erhoben werden mußten.“ Auf den Antrag des Vicepräsidenten Ernst wurde eine Privatliquidation des Geschäftes beschlossen, der Konkurs sollte durch Bürgschaft von Aktionären abgewendet werden. In dieser Generalversammlung wurde ferner „der zurückgetretene“ Beklagte im Verwaltungsrat ersetzt. Am gleichen Tage wurden einigen Verwaltungsräten, die für den Zahltag Geld vorschossen, worunter H. Ernst (nicht aber dem Beklagten) als Gegenwert hiefür Forderungen auf die Gemeinde Därligen abgetreten.

Am 13. Dezember 1897 wurde von den Gläubigern ein sechsmonatliches Moratorium verlangt, um die freihändige Liquidation zu ermöglichen; die Zustimmung war aber nur teilweise erhältlich. Am 6. Januar 1898 erörterte der Verwaltungsrat die Frage der Umwandlung des Geschäftes in eine Ziegelei, der Plan wurde aber wieder fallen gelassen. Am 13. Januar 1898 wurde beschlossen, den Gesellschaftsgläubigern zur Tilgung ihrer Forderungen Prioritätsaktien anzubieten, was aber auch nicht den gewünschten Erfolg hatte. Am 24. Januar 1898 beantragte ein Mitglied des Verwaltungsrates die Konkurserklärung und am 9. Februar gl. Jz. beschloß der Verwaltungsrat, sofort die Insolvenzerklärung einzureichen.

2. Der Klägerin war von der „Gießerei und Maschinenfabrik Zürich“ die Erstellung der für die von der genannten Gesellschaft für die Gemeinde Därligen, Kanton Bern, zu bauende Ziegelei nötigen Ofenbauten und Zubehörden zum Gesamtpreis von 59,300 Fr. übergeben worden, und zwar schon durch mündliche

Vereinbarung vor dem 17. Juni 1897 (der schriftliche Vertrag datiert vom 3. September gl. J.). Im Konkurse über die Gesellschaft meldete die Klägerin ihre Restforderung von 36,963 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1898 an; in diesem Konkurse ist eine Dividende von 5695 Fr. 20 Cts. erhältlich. Die Klägerin verlangte sodann für den an der Gesellschaft erlittenen Schaden im Betrage von 36,963 Fr. nebst Zins à 5% seit 1. Januar 1898 mit Klage vom 10. Januar/22. Februar 1899 Ersatz von dem Präsidenten des Verwaltungsrates, Ernst, über den am 25. November 1899 der Konkurs eröffnet wurde. In diesem Konkurse anerkannte das Konkursamt die Forderung der Klägerin wegen Mangels eines Interesses der Konkursmasse an der Prozeßführung, da die unvericherten Gläubiger der V. Klasse in keinem Falle etwas erhalten.

Mit der heutigen — im Juli 1901 eingeleiteten — Klage belangt die Klägerin den Beklagten, als angeblichen Gründer der Aktiengesellschaft Sieberei und Maschinenfabrik Zürich und als gewesenes Mitglied ihres Verwaltungsrates, auf Zahlung ihres Verlustes an der genannten Aktiengesellschaft im oben bezifferten Betrage, abzüglich der im Gesellschaftskonkurse, sowie im Konkurse Ernst erhältlichen Dividende als Schadenersatz auf Grund des Art. 671 Ziff. 2 und 3, in Verbindung mit Art. 619, sowie gemäß Art. 674 D.-R.

3. Die Klägerin hat ihre Schadenersatzklage folgendermaßen begründet:

a) Mit Bezug auf Art. 671 Ziff. 2 und 3 des D.-R. machte sie geltend: Der Kauf des Fabrikgeschäftes von Borner & Cie. qualifiziere sich als eine „Übernahme von Vermögensstücken“ im Sinne des Art. 619 Abs. 1 D.-R., d. h. als Apportgeschäft; entgegen dieser Vorschrift sei aber diese „Wachenschaft“ in den Statuten nicht erwähnt und der konstituierenden Generalversammlung nicht zur Beschlußfassung vorgelegt worden. Bei der ganzen Gründung habe es sich nur darum gehandelt, dem H. Ernst, der auf der Altstetter Liegenschaft von Borner & Cie. Hypotheken im Betrage von 423,000 Fr., ferner solche auf der Filiale in Norrschach, sowie bei jener Firma ein erhebliches laufendes Guthaben namentlich aus Wechselengagementen gehabt habe, hiefür zu decken,

da Borner & Cie. damals vor dem Konkurse gestanden seien; hiefür wurden eine Reihe von Zeugen angerufen. Die Gründungsversammlung vom 17. Oktober 1896 habe allerdings vormittags 11¹/₂ Uhr aufgehört, um 11³/₄ Uhr sei aber eine Fortsetzung derselben erfolgt und hiebei sei der Kaufvertrag mit Borner & Cie. genehmigt worden, was aus dessen Unterzeichnung durch Ernst und Rabus namens der Aktiengesellschaft hervorgehe; dies beweise auch, daß der Beklagte vom genannten Apport Kenntnis gehabt habe, übrigens wäre dessen Unkenntnis unerheblich. Die Konstatierung des Notar Boller, daß bei der Konstituierung der Aktiengesellschaft am 17. Oktober 1896 20% des Aktienkapitals eingezahlt gewesen seien (Art. 671 Ziff. 3 D.-R.), sei unwahr; denn damals sei noch gar nichts einbezahlt worden; Boller sei hierüber von Ernst getäuscht worden. Hiefür verwies die Klägerin „auf die Akten“, besonders auf Akt. 17, einen im Konkurs der Aktiengesellschaft angefertigten Buchauszug über die Aktieneinzahlungen, der dem „Aktieneinzahlungskonto“ entspricht, sowie Akt. 27, Kontokorrent der Aktiengesellschaft bei H. Ernst, der aber hierüber ebenfalls nichts neues enthält. Ferner berief sie sich hiefür auf einzufordernde Rechnungsauszüge des Bankvereins, von Burkhard & Cie., der Thurgauischen Hypothekbank, sowie auf die Bücher von Ernst, welche zeigen werden, daß dieser seinen Syndikatsanteil gar nicht einbezahlt habe, letzterer vielmehr auf andere Weise gedeckt worden sei, endlich auf Expertise und auf H. Borner, E. Rabus, gewesene Verwaltungsräte, D. Camenzind, und Bolliger, gewesene Buchhalter der Gesellschaft, als Zeugen. Nicht als Einzahlungen, weil nicht in barem Gelde bestehend, seien insbesondere zu betrachten die „Einlagen“ von La Roche und Beillon mit 60,000 Fr.; mit den Genannten sei nämlich vereinbart worden, daß sie ihre Kommandite bei Borner & Cie. mit der Aktieneinzahlung verrechnen, wofür Beweis angeboten werde; man habe einfach den Kaufpreis um 60,000 Fr. erhöht, um La Roche und Beillon für ihr verlorenes Kommanditkapital Deckung zu verschaffen. Ähnlich verhalte es sich bei H. Ernst bezüglich der von ihm persönlich gezeichneten 328 Aktien. Ernst habe für sein Guthaben von 100,000 Fr. auf Borner sich zunächst durch den im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis decken

lassen und habe dann dieses Guthaben auf das Kaufobjekt als Einlage eingeworfen, durch eine Rückdatierung vom 5. November 1897 auf den 30. Juni 1897 seien diese 100,000 Fr. ihm im Aktionärkonto gutgeschrieben worden (für 200 Aktien). Diese 200 wie auch seine übrigen Aktien habe Ernst überhaupt nicht einzuzahlen beabsichtigt, vielmehr von vornherein „zum Teil“ mit seinem Guthaben kompensieren wollen. Auch Borner, der als Mitglied des Syndikates Aktien übernommen habe, sei auf ähnliche Weise begünstigt worden, indem der Verwaltungsrat in der Nachmittags-sitzung vom 17. Oktober 1896 von ihm an Stelle der Barzahlung für die Aktien Waren u. dgl. im Betrage von 62,500 Fr. entgegengenommen habe. Solche Verrechnungen seien nach Art. 618 des D.-R. unstatthaft, wie sie auch im Konkurse unzulässig seien. Auch in den eben genannten Vorgängen seien Apports im Sinne des Art. 619 D.-R. gelegen, die der statutarischen Festsetzung und des Beschlusses der konstituierenden Generalversammlung bedurft hätten. In allen diesen Richtungen habe der Beklagte den Sachverhalt gekannt. Der Prokurist des Geschäftes der Klägerin, Architekt Müller, habe sich vor Abschluß des Geschäftes betreffend die Ofenbaute über die Gießerei und Maschinenfabrik Zürich beim Direktor der Gewerbebank Zürich informiert. Dieser habe ihm geantwortet, man könne das Geschäft schon machen, es sei noch eine junge Gesellschaft da, und diese besitze nach den Statuten und der Ausschreibung ein bar einbezahltes Aktienkapital von 500,000 Fr., also müsse Geld vorhanden sein. Wäre nun die Sache bei der Gründung der Gesellschaft und ihrer Weiterführung richtig behandelt worden, so wäre die Klägerin voraussichtlich bezahlt worden, da sich alsdann das am 21. Oktober 1896 noch vorhandene Betriebskapital von 50,000 Fr. um die Apports von La Roche, Weillon und Ernst auf 160,000 Fr., somit auf 210,000 Fr. erhöht hätte und Ende Oktober 1897, zur Zeit als die Klägerin mit ihren Arbeiten fertig geworden sei, statt des damals konstatierten Defizites von 94,230 Fr. 16 Cts. ein Aktivsaldo von 115,769 Fr. vorhanden gewesen wäre.

b) Unter Berufung auf Art. 674 D.-R. hat die Klägerin ausgeführt: Schon am 21. Oktober 1896 sei konstatiert gewesen, daß anstatt des vorgesehenen Betriebskapitals von 200,000 Fr.

nur ein solches von 50,000 Fr. vorhanden gewesen sei. Von Anfang an habe die Gesellschaft sich nur durch Wechselkreiterei über Wasser halten können. Zur „Illustration“ hierfür verwies die Klägerin lediglich auf verschiedene Faszikel von zusammen 147 Briefen zwischen H. Ernst, H. Borner und der Aktiengesellschaft, sowie eine Notiz im Protokoll der Generalversammlung vom 8. Dezember 1897, daß bis 3. Juli 1897 für Diskonto 6608 Fr. 41 Cts. ausgegeben worden seien; die „Nullerwechsel“ seien bei der Thurgauischen Kantonalbank diskontiert worden. Nachdem sodann am 17. Juni 1897 der Mangel an Deckung für den Zahltag konstatiert worden sei, und die Gesellschaft — wofür Expertise auf Grund der Bücher, Geschäftspapiere und des Konkursinventars angerufen wurde — damals insolvent gewesen sei, hätte der Verwaltungsrat sofort eine Bilanz ziehen, eventuell eine Sanierung versuchen oder der Generalversammlung die Frage der Insolvenzerklärung vorlegen oder das Gericht im Sinne des Art. 657 Abs. 2 D.-R. benachrichtigen sollen. Diese Pflicht sei speziell auch dem Beklagten als Mitglied des Verwaltungsrates obgelegen; im genannten Falle aber wäre sehr wahrscheinlich der Vertrag mit der Klägerin nicht abgeschlossen worden und hätte diese den eingeklagten Schaden nicht erlitten. Die Klägerin berief sich auf die erwähnten Zeugen und Expertise dafür, daß am 17. Juni 1897 schon mehr als die Hälfte des Aktienkapitals verschwunden gewesen sei; in allen Fällen habe der Beklagte in den genannten Richtungen grobe Pflichtverletzungen begangen. Es sei aber von seiner Seite, wie des Verwaltungsrates überhaupt, geradezu dolos gewesen, damals mit der Klägerin über die Ofenlieferungen zu unterhandeln und diese zur Kreditierung eines Betrages von 59,300 Fr. zu veranlassen, den Gegenwert aber von der Gemeinde Därligen einzuziehen. Vollends sei der Abschluß des Vertrages mit der Klägerin, am 3. September 1897, dolos gewesen, nachdem am 25. August vorher die Lage der Gesellschaft als unhaltbar erklärt worden sei. Die Zahlungen der Gemeinde Därligen seien successiv zu leisten gewesen; dieselben seien bei Eingang vorweg in die Taschen der Verwaltungsräte und so auch des Beklagten geflossen, auf Grund der von ihnen für die Aktiengesellschaft gezeichneten, bei den Banken diskontierten Wechsel. Der

Beklagte hafte wegen dieses Benehmens auch gemäß Art. 50 ff. D.-R., da er in gewinnsüchtiger Absicht auf eine Schädigung der Klägerin ausgegangen sei; eventuell hafte er endlich wegen culpa in contrahendo.

4. Der Beklagte hat, unterstützt durch seine Litisdenunziaten Ring und Karrer, Abweisung der Klage beantragt. In erster Linie erhob er die Einrede der Verjährung, da die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 D.-R. zur Anwendung komme (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 15, S. 469). In der Sache selbst hat der Beklagte eingewendet:

a) Bei der Gründung der Gießerei und Maschinenfabrik Zürich seien Apports im Sinne des Art. 619 nicht vorgekommen. Der Kaufvertrag mit A. Borner & Cie. sei ein solcher nicht; denn er sei erst nach der Konstituierung der Aktiengesellschaft in der von ihr am 17. Oktober nachmittags unter dem Vorsitz von Ring abgehaltenen, teilweise aus andern Leuten zusammengesetzten außerordentlichen Generalversammlung kontrahiert worden auf Grund eines vorläufigen, inzwischen vom Verwaltungsrat abgeschlossenen Vertrages. Die Firma Borner & Cie., Eigentümerin des gekauften Etablissements, sei nie Aktionärin gewesen, ebensowenig A. Borner persönlich, dagegen habe letzterer allerdings dem Syndikat für die 400 Aktien angehört. Es sei durchaus zulässig, eine Aktiengesellschaft mit dem zum voraus bekannten Zwecke des Ankaufes und Betriebes eines bestimmten Etablissements zu gründen, bezw. sofort nach der Gründung ein derartiges Geschäft zu erwerben. Im übrigen sei die Borner'sche Fabrik durchaus preiswürdig gewesen, sie sei später im Konkurs mit einer den Kaufpreis übersteigenden Summe eingeschätzt worden. Ernst, der zur Zeit der Gründung noch durchaus solvent gewesen, sei für seine Zeichnung von 328 Aktien belastet worden; dagegen seien ihm die laut dem Kaufvertrag mit Borner & Cie. auf Rechnung des Kaufpreises auszurichtenden 100,000 Fr. gutgeschrieben worden. Außerdem seien dem H. Ernst gegenüber seiner Einzahlungspflicht seine im Laufe des Jahres 1896 an die Gießerei und Maschinenfabrik Zürich durch Vorschüsse erworbenen Guthaben im Betrage von 111,975 Fr. 20 Cts. zur Kompensation zugestanden, und in der Sitzung des Verwaltungsrates vom 18. Januar 1897

habe daher konstatiert werden können, daß er seiner Einzahlungspflicht vollständig nachgekommen sei. Im übrigen sei die Klage, soweit sie auf die angeblich unstatthafte Kompensation der 100,000 Fr. durch Ernst gestützt werde, nicht mehr zulässig, weil dieser Anspruch durch die von der Klägerin gegen Ernst resp. dessen Konkursmasse erhobene Klage erschöpft worden sei. Die Konstatierung des Notars, daß bei der Gründungsversammlung 20 % des Aktienkapitals einbezahlt gewesen seien, entspreche der Wahrheit. Die 400 vom Syndikat übernommenen Aktien haben nämlich, weil vom Bankverein voll belehnt, als voll einbezahlt angesehen werden können. Dieser habe bis 26. November 1896 laut dem Aktieneinzahlungskonto 104,507 Fr. 90 Cts. einbezahlt. Ebenso habe Ernst vor der konstituierenden Generalversammlung seine Einzahlungspflicht sicher gestellt durch Hinterlegung eines Schuldbriefes von 100,000 Fr. bei Burthardt & Cie. und die letzteren haben dann für ihn successive 71,000 Fr. einbezahlt mit Einschluß der 5000 Fr. des Beklagten; mittelst seiner Accepte habe Ernst der Gesellschaft ferner 93,800 Fr. verschafft. Alles dies sei dem Notar Boller in der Gründungsversammlung klargelegt worden. Im Sinne des Art. 618 D.-R. habe es an der vorhandenen Deckung an Stelle der Einzahlung genügt. Zweifellos sei die Kompensation letzterer gleichzustellen, da sie nur eine Abkürzung der gegenseitigen Zahlungen involviere und die Kompensation vom Gesetz überhaupt, vorbehaltlich der in Art. 132 des D.-R. genannten Ausnahmen, gestattet werde, ausgenommen im Konkurs (Art. 136 D.-R. und Art. 210 Schuldbetr.- und Konk.-Ges.). Am 21. November 1896, bei der Eintragung ins Handelsregister, seien 181,622 Fr. 40 Cts. und mit Einrechnung der durch Kompensation getilgten 160,000 Fr. 341,622 Fr. 40 Cts. einbezahlt gewesen. Sofern aber auch zur Zeit der Konstituierung der Aktiengesellschaft die 20 % des Grundkapitals nicht vollständig einbezahlt gewesen wären, so sei dies für die Klage gleichgültig, da späterhin das ganze Aktienkapital, ausgenommen eine Restanz von 3200 Fr. (bei dem zahlungsunfähig gewordenen Scheuermeier) einbezahlt worden sei; Art. 671 D.-R. habe eine Verkürzung des Aktienkapitals zur Voraussetzung. Weiterhin stehe der eingeklagte Schaden mit der angeblichen Mißachtung des

Art. 618 O.-R. auch deswegen nicht im Kaufszusammenhang, weil die bei der Gründung vorhanden gewesenen Mittel später ohnedies für die Erwerbung des Etablissements, die Tilgung der im Kaufvertrag übernommenen Verbindlichkeiten bei Ernst, La Roche und Weillon, sowie für den Betrieb des Unternehmens verausgabt worden wären, insbesondere auch für die Tilgung der Vorschüsse der Verwaltungsräte, welche ein Fünftel des Aktienkapitals weit überstiegen haben, jener ursprüngliche Fonds also der Klägerin keine Deckung mehr verschafft hätte. In jedem Falle aber sei der Klagegrund deswegen nicht gegeben, weil der Beklagte von allfälligen Unregelmäßigkeiten bei der Gründung nichts gewußt habe. Er sei von Architekt Ernst mit Rücksicht auf Familienbeziehungen in diese Sache hineingezogen worden, Ernst habe damals noch großes Ansehen genossen, sei in derartigen Dingen versiert gewesen; er habe dem Beklagten versichert, daß er finanziell nichts zu riskieren habe. Die ganze Finanzierung sei von Ernst besorgt worden, der Beklagte habe sich um dieselbe nicht bekümmert; da er seine Aktien sofort liberiert, habe er angenommen, dies sei auch seitens der übrigen Aktionäre geschehen. Er sei nicht Gründer im Sinne des Gesetzes gewesen, während nur solche, nicht aber die bloßen Aktienzeichner, gemäß Art. 671 haften; seine Mitwirkung habe sich auf die Anwesenheit bei der Gründungsversammlung beschränkt. Zu Ernst habe er blindes Vertrauen gehabt, derart, daß er später für die Aktiengesellschaft für bedeutende Summen Bürgschaften und Wechselverbindlichkeiten eingegangen habe. Über die Vorgänge bei der Gründung und die Finanzierung des Unternehmens sei er im einzelnen nicht unterrichtet gewesen; die Verantwortlichkeit nach Art. 671 setze aber nicht bloß objektive Unregelmäßigkeiten, sondern ein Wissen von den dort genannten Thatsachen voraus, auch bloße Fahrlässigkeit vermöchte die Klage nicht zu begründen.

b) Jrgend ein Verschulden im Sinne des Art. 674 O.-R. treffe den Beklagten nicht. Der schlechte Ausgang des Unternehmens beruhe wesentlich darauf, daß das Grundkapital von Anfang an durchaus unzulänglich gewesen sei und sodann auf einer unrichtigen kaufmännischen und technischen Leitung; im übrigen wäre dasselbe lebensfähig gewesen, wie durch verschiedene Gutachten, die vor der

Gründung bei E. Ring, Ingenieur A. Fegher und Maschineningenieur Schmid eingezogen worden seien, dargethan sei. Beim Abschlusse des Vertrages sei die Gesellschaft keineswegs insolvent gewesen, vorübergehende Geldverlegenheiten kommen auch bei soliden Unternehmungen vor; der Zusammenbruch des Geschäftes habe damals nicht vorausgesehen werden können und eine Verpflichtung zur Abgabe der Insolvenzerklärung sei daher nicht vorgelegen. Der Vorwurf der Wechselreiterei werde als unwahr zurückgewiesen, nur Wechsel mit richtigem Schuldverhältnis, hauptsächlich Kundenwechsel, seien diskontiert worden. Auch später seien die Voraussetzungen, unter denen laut Art. 657 O.-R. eine Generalversammlung einzuberufen und dem Gericht von der Sachlage Kenntnis zu geben gewesen wäre, nicht vorhanden gewesen; laut der Jahresbilanz sei nur ein verhältnismäßig unbedeutender Teil des Aktienkapitals verloren gewesen. Die Verwaltungsräte haben immer noch geglaubt, das Unternehmen halten zu können, dies gehe aus dem großen Umfang der Verpflichtungen hervor, die sie in dieser Hoffnung für das Geschäft gebracht haben; so habe der Beklagte selbst für die Gesellschaft gemeinsam mit Ring, Ernst und Karrer am 10. April 1897 bei der Kantonalbank Weinfelden Bürgschaft für 50,000 Fr., am 18. August 1897 gemeinsam mit Karrer, Ernst, Rabus und Borner bei Burkhardt & Cie. Bürgschaft für 84,500 Fr. und noch am 19. November 1897 gemeinsam mit Ernst und Karrer beim Bankverein solche für 18,000 Fr. geleistet und er habe überall die auf ihn entfallenden Beträge zahlen müssen. Ein eigenes Urteil über den Wert der Fabrik habe der Beklagte nicht gehabt und sich daher auf das sachmännische Urteil des Präsidenten Ring verlassen müssen; erst im Laufe der Zeit habe er einen Einblick in die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens bekommen, die ersten Kenntnisse über dessen Stand habe er erst gegen Ende September 1897 erhalten; dies habe ihn veranlaßt, am 28. September als Mitglied des Verwaltungsrates zurückzutreten. Ganz unrichtig sei, daß der Verwaltungsrat die Zahlungen der Gemeinde Därligen für sich verwendet habe, dieselben seien vielmehr stets für den Geschäftsbetrieb verwendet worden, der Beklagte habe keinen Rappen davon erhalten. Die von der Klägerin behaupteten Informationen werden

befritten, eventuell, daß sie für die Klägerin das Motiv zum Vertragsabschlusse gewesen seien; sie wären gar nicht schlüssig dafür gewesen, daß das Aktienkapital damals noch intakt gewesen sei.

5. Die Klägerin hat die Einrede der Verjährung in jeder Richtung bestritten und insbesondere geltend gemacht, daß nicht die einjährige Verjährung des Art. 69 D.-R., vielmehr die gewöhnliche zehnjährige Verjährung in Anwendung komme, da es sich bei der Klage um vertragliches Verschulden handle. Endlich hat sie bestritten, daß die Klage mit Bezug auf die Kompensation der 100,000 Fr. durch Ernst verwirkt sei, indem nach Art. 671 D.-R. jeder Gläubiger seinen Schadenersatz selbständig einlagern könne; übrigens habe die gestellte Klage im wesentlichen ein anderes Fundament.

6. Die Vorinstanz hat die Einrede der Verjährung mit Bezug auf die Klage aus Art. 674 D.-R. als unbegründet erklärt, da es sich hier jedenfalls um einen vertraglichen Anspruch handle und also die zehnjährige Verjährungsfrist zur Anwendung komme, — und sie mit Bezug auf Art. 671 nicht entschieden, da sie überall zur sachlichen Abweisung der Klage gelangte. Soweit diese Entscheidung sich auf die rechtliche Natur des Anspruches aus Art. 674 D.-R. stützt, ist ihr ohne weiteres beizustimmen. Dieser Anspruch stellt sich, wie das Bundesgericht mehrfach entschieden hat (vgl. zuletzt Urteil vom 25. November 1898 in Sachen Borel und Konf. gegen Renaud und Konf., Amtl. Sammlung, Bd. XXIV, 2. Teil, S. 816 f., Erw. 3), als Anspruch vertraglicher Natur dar; er beruht auf der vertraglichen Stellung der Mitglieder der Verwaltung zur Gesellschaft, auf der Verletzung der vertraglichen Pflichten der Mitglieder der Verwaltung und Kontrolle als solcher, und enthält eine gesetzliche Ausdehnung der Wirkungen dieser vertraglichen Stellung gegenüber den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern. Was sodann die Verjährung nach Art. 671 D.-R. betrifft, so empfiehlt es sich, diesen Punkt zunächst ebenfalls unentschieden zu lassen und die materielle Begründetheit der Klage aus diesem Klagefundament zu prüfen, weil die für die Entscheidung der Frage in Betracht kommenden Tatsachen durch die Vorinstanz nicht festgestellt sind.

7. Was nun zunächst die auf Art. 671 D.-R. gestützte Klage im allgemeinen anbelangt, womit der Beklagte als „Gründer“ der Aktiengesellschaft Gießerei und Maschinenfabrik Zürich belangt wird, so kann es fraglich sein, ob auf den Beklagten die Eigenschaft eines Gründers oder wenigstens einer bei der Gründung tätigen Person zutrifft. Die tatsächlichen Anbringen der Klägerin sind in dieser Beziehung sehr ungenügend und zum Teil ist darüber kein Beweis erhoben worden. Würde man die Frage bejahen müssen, so würde der Beklagte der Klägerin als Gesellschaftsgläubigerin für Schadenersatz haften, wenn er wissenentlich „dabei mitgewirkt hat, daß eine Einlage oder die Übernahme von Vermögensstücken oder eine Begünstigung einzelner Aktionäre oder anderer Personen entgegen der Bestimmung des Art. 619 Abf. 1 in den Statuten verschwiegen oder verschleiert worden ist“ (Art. 671 Ziff. 2), sowie, „wenn er wissenentlich dazu beigetragen hat, daß die Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde vorgenommen worden ist, welche tatsächlich unwahre Angaben enthält“ (eod. Ziff. 3). Der Beklagte würde danach, wenn seine Eigenschaft als Gründer konstatiert wäre, der Klägerin haftbar sein, wenn erstens objektiv der Tatbestand der vorher citierten Ziff. 2 und 3 des Art. 671 D.-R. hergestellt ist; wenn ihn zweitens ein wissenentliches Mitwirken bei diesen Handlungen trifft und wenn drittens durch diese Handlungen der Klägerin Schaden verursacht worden ist.

8. Mit Bezug auf die Klage aus Art. 671 Ziff. 3 D.-R., — die sie zuerst untersucht hat, — stellt nun die Vorinstanz zunächst fest, daß vor und bis zum 17. Oktober 1896 Fr. 38,600 wirklich einbezahlt worden sind. Sie nimmt demnach an, daß die Angabe im Protokoll des Notars Boller, 20 % der Aktien seien einbezahlt, im Momente der Ausstellung der Erklärung nicht richtig gewesen sei. Dagegen gelangt sie dann dazu, zu erklären, diese Erklärung sei für den Abend des 17. Oktober 1896 richtig gewesen: Bei der sogenannten Berechnung der 120 Aktien von La Roche und Veillon handle es sich in Wirklichkeit um eine von diesen beiden Aktionären zur Tilgung ihrer Aktieneinzahlungsverbindlichkeit an die Gesellschaft erteilte Anweisung auf Borner & Cie.; diese Anweisung sei aber, da sie völlig sicher gewesen,

einer Barzahlung gleichzustellen. Das nämliche gelte auch für die der Aktiengesellschaft durch den Kaufvertrag zur Zahlung an Ernst „überwiesenen“ 100,000 Fr., die nach der Angabe der Parteien sofort an die Einzahlung der vom genannten persönlich subskribierten 328 Aktien angerechnet worden seien. Damit ergebe sich für den Abend des 17. Oktober 1896 eine an das Aktienkapital einbezahlte Gesamtsumme von 198,000 Fr., also weit mehr als der in Art. 618 D.-R. verlangte Fünftel des Aktienkapitals. Nun sei aber die Gründung der Aktiengesellschaft erst durch die Genehmigung des Kaufvertrages perfekt geworden, so daß der Kauf mit zur Gründung gehöre. Im fernern sei jedenfalls nicht erwiesen, daß der Beklagte „wissentlich“ zur Aufnahme einer unwahren Angabe über die Einzahlung in der notariellen, bei der Konstituierung erhobenen Urkunde mitgewirkt habe. Denn der Beklagte habe jedenfalls in gutem Glauben annehmen können, daß der Kauf mit zur Konstituierung gehöre und die 160,000 Fr. daher als Einzahlung auf das Aktienkapital anzurechnen seien. Endlich stellt die Vorinstanz zum Schlusse noch darauf ab, daß es für die Klage aus Art. 671 Abs. 3 D.-R. an dem hiefür erforderlichen Nachweise eines ursächlichen Zusammenhanges des der Klägerin entstandenen Schadens mit einer unwahren Angabe in der mehrerwähnten notariellen Urkunde überall fehle.

Nun mag dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen der Vorinstanz über die Perfektion der Gründung der fraglichen Aktiengesellschaft und über die Einzahlung von 198,000 Fr. überall richtig sind. Es mag einzig daran erinnert werden, daß nach Art. 618 D.-R. 20% auf „jede“ Aktie einbezahlt sein sollen, weil verhindert werden will, daß Aktien in den Verkehr gebracht werden, auf welche nichts einbezahlt ist. Ausschlaggebend für die Entscheidung erscheinen die von der Vorinstanz in zweiter und dritter Linie angeführten beiden Gründe: daß der Beklagte nicht wissentlich zu einer unwahren Angabe in der notariellen Urkunde mitgewirkt hat, und daß es am Kausalzusammenhange des der Klägerin entstandenen Schadens mit der unwahren Angabe fehlt. Was den ersten Punkt betrifft, so ist durch das vom Beklagten geführte Protokoll der ersten Generalversammlung festgestellt, daß Ernst es war, der mitgeteilt hat, 20% seien einbezahlt. Die

Annahme liegt nun sehr nahe, daß sich der Beklagte lediglich auf diese Mitteilung verlassen hat und daß er nicht weitere Nachforschungen darüber angestellt hat, ob diese Mitteilung der Wahrheit entsprach. Mag nun auch in einem derartigen Vertrauen eine Fahrlässigkeit erblickt werden, so liegt doch nichts dafür vor, daß der Beklagte wissentlich, d. h. mit dem Bewußtsein der Unwahrheit, zu jener Feststellung mitgewirkt hätte. Dies ist umso weniger anzunehmen, als der Beklagte die von ihm gezeichneten Aktien voll einbezahlt hatte. Übrigens trifft die Verantwortlichkeit aus Art. 671 Ziff. 3 D.-R. den Beklagten nicht in seiner Eigenschaft als Zeichner, sondern nur in derjenigen als Gründer; so weit er daher nur als Zeichner teilgenommen und am Beschlusse mitgewirkt hat, trifft seine Verantwortlichkeit nicht zu. Auf das Verhalten des Beklagten bei der Eintragung der Aktiengesellschaft aber hat die Klägerin nicht abgestellt. Der Mangel des Kausalzusammenhanges des Schadens der Klägerin mit der unrichtigen Angabe in der mehrerwähnten notariellen Urkunde sodann ist von der Vorinstanz in so zutreffender Weise dargelegt worden, daß lediglich auf ihre Ausführungen verwiesen werden kann.

9. Zur Klage aus Art. 671 Ziff. 2 D.-R. führt die Vorinstanz zunächst aus, die Ausrichtungen von 60,000 Fr. und 100,000 Fr. auf Grund des Kaufvertrages an La Roche, Beillon und Ernst stellen sich nicht als Begünstigung bezw. Einräumung irgend eines besondern Vorteils an die genannten Aktionäre dar, haben vielmehr lediglich einen Bestandteil des von der Aktiengesellschaft an Borner & Cie. zu vergütenden Kaufpreises gebildet; hieran werde dadurch nichts geändert, daß die genannten Summen den letztern nicht direkt ausgerichtet, sondern in ihrem Einverständnis und auf ihren Wunsch zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten bei den Genannten verwendet worden seien. Für die Aktiengesellschaft aber stehe die Entgegennahme dieser Anweisungen der Barzahlung für die Aktien, wie schon ausgeführt, gleich; in dieser Operation könne daher auch nicht eine Einlage jener Aktionäre auf Rechnung ihrer Aktien im Sinne des Art. 619 D.-R. erblickt werden. Daß aber der Kaufpreis der Bornerischen Fabrik lediglich im Interesse von Ernst, La Roche und Beillon um die Summe von 160,000 Fr. erhöht worden sei, entbehre jeden Nach-

weises und jeder Wahrscheinlichkeit; die Klägerin habe ja selbst nicht behauptet, daß der Kaufpreis übersezt gewesen sei. Eine „Übernahme von Vermögensstücken“ im Sinne der Art. 671 Ziff. 2 und 619 D.-R. könne dagegen vielleicht im Ankaufe des Bornerischen Geschäftes überhaupt gefunden werden, wenn man davon ausgehe, daß der Kaufvertrag gleichzeitig mit der Konstituierung der Aktiengesellschaft abgeschlossen worden sei; denn Borner & Cie. seien offenbar bei der Gründung der Aktiengesellschaft beteiligt gewesen. Nun sei aber klar, daß der eingeklagte Schaden mit jenem Erwerb in keinem ursächlichen Zusammenhange stehe. Zweifellos sei nämlich die Tatsache, daß die Statuten von der Übernahme des Bornerischen Geschäftes nichts enthalten, für die Klägerin in keiner Weise die Veranlassung zum Abschlusse des sie in der Folge schädigenden Lieferungsvertrages gewesen. Es sei ja klar, daß die Klägerin wußte, daß die Aktiengesellschaft Inhaberin des Bornerischen Geschäftes sei, da sie mit ihr überhaupt nur wegen dieser wirtschaftlichen Stellung in Beziehung getreten sei. Das Stillschweigen der Statuten über diesen „Apport“ erscheine somit für die Klage als völlig unerheblich, und das nämliche wäre auch zu sagen, wenn in der Generalversammlung vom 17. Oktober 1896 die Genehmigung des Kaufvertrages nicht mit der in Art. 619 D.-R. vorgeschriebenen qualifizierten Mehrheit beschlossen worden sein sollte, was übrigens von der Klägerin nicht einmal behauptet wurde.

Auch hier mag wiederum dahingestellt bleiben, ob sämtlichen Ausführungen der Vorinstanz beigetreten werden könnte; zum mindesten zweifelhaft erscheinen die Ausführungen im Eingang betreffend die Überweisungen an Ernst und an La Roche und Veillon. Dagegen ist auch hier entscheidend, daß es am Kausalzusammenhang zwischen den Gründungsvorgängen und dem der Klägerin entstandenen Schaden fehlt. Die Klägerin kann nicht geltend machen, daß besondere Tatumstände vorliegen, die den Schaden verursacht haben, wie betrügerische Vorspiegelungen u. dgl. beim Abschluß des Vertrages. Die Klägerin will durch Informationen zum Abschluß des Werkvertrages veranlaßt worden sein. Allein dieses Anbringen wird dadurch widerlegt, daß sie im Momente des Vertragsabschlusses wußte, daß die Aktiengesellschaft

ein großes Fabrikgeschäft in Mistetten und Norschach erworben hatte; es war ihr also bekannt, daß das Aktienkapital in eine andere Substanz umgekehrt sei. Sie hat nun ganz unterlassen, nachzuweisen, daß das Grundkapital eine Verminderung erlitten, oder daß die erworbene Fabrik nicht den ihr im Kaufvertrag beilegelegten Wert besitze, daß mit andern Worten der Kaufpreis übersezt sei, oder daß andere Momente mitunterlaufen seien, die eine Schädigung bewirkt haben (wie z. B. zu hohe Angabe der Hypotheken). Allerdings liegt eine gewisse Schwächung der finanziellen Leistungskraft der Aktiengesellschaft darin, daß das Aktienkapital nicht, wie es in den Statuten angegeben war, ganz bar einbezahlt, sondern zum Teil durch Verrechnung getilgt wurde. Allein sobald feststeht, daß der Kaufpreis der Fabrik als realer angesehen werden muß, kommt auf diesen Umstand für den der Klägerin erwachsenen Schaden nichts an. Da sonach Abweisung der Klage aus diesem Grunde des mangelnden Kausalzusammenhangs zwischen dem eingeklagten Schaden und den Vorgängen bei der Gründung erfolgen muß, können die von der Klägerin anerbundenen Beweise für das Wissen des Beklagten außer Betracht bleiben.

10. Aus Art. 674 D.-R. ist der Beklagte der Klägerin, als Gesellschaftsgläubigerin, direkt haftbar, sofern ihr durch absichtliche Verletzung der dem Beklagten obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten der eingeklagte Schaden entstanden ist; denn daß der Beklagte wenigstens während einer gewissen Zeit und speziell zur Zeit des Vertragsabschlusses mit der Klägerin, Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin war, ist festgestellt, und er haftet daher für diese Zeit sowie für die Wirkungen seiner Handlungen nach der Zeit seines Austrittes aus dem Verwaltungsrate. Zu prüfen ist vor allem, ob dem Beklagten absichtliche Pflichtverletzung zur Last gelegt werden könne. Absichtliche Pflichtverletzung im Sinne des Art. 674 D.-R. ist nun, wie das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 12./13. Oktober 1888 in Sachen Solothurn gegen Kaiser, Amtl. Samml., Bd. XIV, S. 696, grundlegend ausgesprochen hat, nicht jeder wissentliche Verstoß gegen gesetzliche oder reglementarische Pflichten, sondern nur ein im Bewußtsein der schädigenden Kausalität der Handlung erfolgter Verstoß; der Handelnde muß den Eintritt eines Schadens als Folge

seiner Handlung vorausgesehen und daher, wenn auch vielleicht bloß eventuell, gewollt, beabsichtigt haben, während allerdings die Vorinstanz wohl zu weit geht, wenn sie geradezu ein arglistiges Verhalten fordert. Zur Haftbarerklärung des Beklagten genügt aber namentlich nicht bloße fahrlässige Pflichtverletzung, auch wenn sie in grober Fahrlässigkeit bestehen würde. Nachgewiesen müßte vielmehr sein, daß die Klägerin durch Handlungen, in denen absichtliche Pflichtverletzungen des Beklagten liegen, zur Eingehung des Lieferungsvertrages bestimmt worden ist, oder daß der Beklagte nach Abschluß des Vertrages durch absichtliche Pflichtverletzungen die Befriedigung der Forderung der Klägerin vereitelt hätte. Weder vom einen noch vom andern kann hier die Rede sein. Allerdings kann nicht bestritten werden, daß die Aktiengesellschaft von Anfang an nicht über genügende Mittel verfügte, daß sich bald Geldverlegenheiten zeigten, sowie offenbar auch, daß in gewissem Maße Wechselreiterei getrieben wurde. Allein alle diese Tatsachen sind von der Vorinstanz richtig dahin gewürdigt worden, daß eine Verpflichtung zur Insolvenzerklärung nicht vorgelegen habe und namentlich, daß nicht erwiesen sei, daß der Beklagte den vollen Einblick in den Stand des Unternehmens gehabt habe und daß er vorausgesehen habe, daß durch den Abschluß des Vertrages mit der Klägerin dieser ein Schaden, wenn auch nur eventuell, entstehen könne. Der von der Klägerin auch vor Bundesgericht wieder beantragte Beweis dafür, daß die Gesellschaft schon am 18. Juni 1897 insolvent gewesen sei, ist nicht abzunehmen, weil dadurch die entscheidende Tatsache: daß dieser Stand dem Beklagten bekannt gewesen sei, noch nicht bewiesen würde, und weil im Gegenteil eine ganze Reihe in den Akten liegender Momente für den guten Glauben des Beklagten sprechen. So zunächst die Tatsache, daß der Beklagte nicht Fachmann in Finanzsachen und in technischen Angelegenheiten von der Art der von der Aktiengesellschaft betriebenen Fabrik ist und daher in den Gang des Geschäftes nicht den vollen richtigen Einblick hatte; so die weitere, aus diesen Umständen sich ergebende, daß er sich in finanziellen Dingen völlig auf den — in dergleichen Sachen nach Feststellung der Vorinstanz vollständig verjirrten und damals noch allgemeines Vertrauen genießenden — Verwaltungsrat Ernst, und in den technischen Ange-

legenheiten auf King verließ. Sodann weiter die Tatsache, daß der Beklagte vor und nach Eingehung des Vertrages der Gesellschaft mit der Klägerin bedeutende Intercessionen zu Gunsten der Gesellschaft eingegangen ist. Endlich fällt in Betracht, daß in der Verwaltungsratsitzung vom 21. Oktober 1896 ein spezieller Ausschuß gewählt wurde, dem der Beklagte nicht angehörte, so daß er vom 10. Dezember 1896 bis zum 13. Mai 1897 an den Verwaltungsratsitzungen nicht teilzunehmen hatte, und daß aus den Protokollen dieses Ausschusses vom 6. und 13. Mai 1897 (die in Erw. 1 in den hier in Betracht kommenden Partien wörtlich mitgeteilt sind) klar hervorgeht, daß der Beklagte über den Stand des Geschäftes nicht genügend unterrichtet war, daß er aber mehr Einsicht und zu diesem Zwecke monatliche Bulletins verlangte. Speziell aus diesen Tatsachen geht der volle gute Glaube des Beklagten hervor, so daß von einer Begründeterklärung der Klage aus Art. 674 O.-R. nicht die Rede sein kann, soweit die Eingehung des Lieferungsvertrages in Betracht kommt. Und für die spätere Zeit muß gesagt werden, daß gar nichts dafür vorliegt, daß der Beklagte die Klägerin im Bewußtsein der Insolvenz der Gesellschaft um ihre Forderung hätte bringen wollen.

11. Was endlich noch die von der Klägerin zur Begründung der Klage ebenfalls herangezogenen Art. 50 ff. O.-R. betrifft, so ist allerdings richtig, daß den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber den Mitgliedern der Verwaltung und Aufsicht neben der vertraglichen, in ihren Voraussetzungen eng umschriebenen Klage aus Art. 674 O.-R. auch die Klage aus widerrechtlicher Handlung zusteht; dies dann, wenn den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern Schaden entsteht dadurch, daß die Mitglieder der Verwaltung und der Aufsicht abgesehen von ihren vertraglichen Pflichten als solchen Verletzungen der Rechtsordnung begehen (wie z. B. bei betrügerischen Vorpiegelungen); vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juli 1897 in Sachen Spar- und Leihkasse Bern gegen Berner, Amtl. Samml., Bd. XXIII, S. 1074, Erw. 5. In dieser Beziehung hat die Klägerin dem Beklagten einzig vorgeworfen, er habe, mit den andern Verwaltungsräten, die Zahlungen der Gemeinde Därligen in seine eigenen Taschen gesteckt. Allein von der Vorinstanz ist festgestellt einmal, daß die

Überweisung der Därliger Accepte an gewisse Mitglieder der Verwaltung erfolgte zur Deckung der von diesen für die Gesellschaft gleichzeitig eingegangenen Intercessionen, und sodann, daß überhaupt nicht erwiesen ist, daß dem Beklagten eine derartige Deckung zugekommen wäre.

12. Erscheint sonach die Klage nach allen Richtungen materiell als unbegründet, und können die von der Klägerin angebotenen Beweise an diesem Resultate nichts ändern, braucht auf die (in Erw. 6 offen gelassene) Frage der Verjährung des Anspruches aus Art. 671 O.-R., sowie auf die Frage der Kompensation der 100,000 Fr. durch Ernst durch deren frühere Erhebung seitens der Konkursmasse der Aktiengesellschaft nicht eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 1901 in allen Teilen bestätigt.

V. Erfindungspatente. — Brevets d'invention.

13. Urteil vom 28. Februar 1902 in Sachen

Großwylser, Kl. u. Ber.-Kl.,

gegen Guyer-Zellers Erben, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Werkvertrag, Dienstvertrag, oder Verkauf einer Erfindung und eines Erfindungspatentes? Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Geltendmachung der Kaufpreis-Forderung. Einrede der Nichtneuheit der Erfindung, bezw. der Nichtigkeit des Erfindungsprozesses. Stellung des Bundesgerichts gegenüber Expertisen in Patentstreitigkeiten.

A. Durch Urteil vom 27. November 1901 hat die II. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen:

1. Die Beklagten seien zu verpflichten, die Forderung des Klägers gegenüber dem Nachlasse Guyer-Zeller im Betrage von 20,000 Fr. nebst Zins zu 5 % von 10,000 Fr. seit Ende Februar 1899 und von 10,000 Fr. seit Ende August 1899, anzuerkennen und den ihrer Erbquote entsprechenden Teil derselben zu bezahlen.

2. Eventuell seien die Beklagten zu verpflichten, eine Forderung des Klägers an den Nachlaß Guyer-Zeller in einem gerichtlich festzusetzenden Betrage unter 20,000 Fr. nebst Zins anzuerkennen und davon den ihren Erbquoten entsprechenden Betrag zu bezahlen.

3. Weiter eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, speziell durch Anordnung einer Oberexpertise und Einvernahme der Zeugen Schmid und Kinderknecht darüber, daß bei den Unterhandlungen mit Guyer-Zeller der Betrag von 20,000 Fr. nicht für die Patentfähigkeit des zu konstruierenden Regulators versprochen worden sei, sondern für die Herstellung eines Regulators zu dem ganz speziellen Zweck, bei dem Guyer-Zeller gehörenden Aerogengasapparat ein gleichmäßiges ruhiges Brennen des Aerogengases zu bewirken.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt und begründet der Vertreter des Klägers diese Berufungsanträge.

Der Vertreter der Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Erblasser der Beklagten, A. Guyer-Zeller, der für einen Aerogengasapparat Patente in der Schweiz und in Italien erworben hatte und Ende des Jahres 1898 praktische Versuche mit einer solchen Aerogengas-Einrichtung machte, trat zu dieser Zeit mit Maschineningenieur Schmid in Zürich, bei dem der Kläger als Werkführer angestellt ist, in Verbindung, zur Konstruktion einer Vorrichtung, durch welche der Zufluß von Gasolin zum Apparat reguliert werden sollte. Das Resultat der Bespre-