

11. 1. Findet Art. 223 H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884 Anwendung, wenn unter der Herrschaft dieses Gesetzes Ansprüche aus einer früheren Geschäftsführung erhoben werden? Hat die Vorschrift des Art. 223 Abs. 1 a. a. D., daß es eines Generalversammlungsbeschlusses auf Erhebung des Anspruches bedürfe, die Bedeutung eines Legitimationserfordernisses für die Klagerhebung?

2. Ist die Angabe über die Beschaffenheit einer Sacheinlage, welche lediglich bei den Verhandlungen vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages von dem Einbringenden gegen die demnächstigen Mitkontrahenten, um dieselben zur Beteiligung zu veranlassen, gemacht worden ist, eine Zusicherung, aus welcher die Aktiengesellschaft Rechte herleiten kann? Kann aus einer böswilligen Wertübersetzung der Einlage seitens der Gründer die Aktiengesellschaft gegen diese einen Schadensanspruch mittels der *actio doli* herleiten? Liegt den Gesellschaftsorganen die Pflicht ob, zur Ermittlung, ob solcher Anspruch besteht, den Gründungshergang nachzuprüfen? (Früheres Recht.)

I. Civilsenat. Ur. v. 16. Oktober 1886 i. S. B. u. Gen. (Bekl.) w. Mälzerei-Aktiengesellschaft in Hamburg (Rl.). Rep. I. 264/86.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 26. Oktober 1881 wurde zu Hamburg unter der Firma „Mälzerei-Aktiengesellschaft in Hamburg“ zum Zwecke des Betriebes einer Malzfabrik eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapitale von 500 000 *M*, bestehend aus 1000 Aktien à 500 *M*, errichtet. Zehn Personen als die alleinigen Aktionäre vereinbarten das Gesellschafts-

statut, darunter ein gewisser S., der Kaufmann K., der Makler M., der Kaufmann D. und die drei Beklagten. Das Statut enthielt die Bestimmung, daß S. „die von ihm in Hamburg neu erbaute Malzfabrik“ mit sämtlichen Gebäuden, Maschinen und dem gesamten Inventar zum Preise von 625 000 *M* einbrächte und dafür 300 000 *M* Vorkassien zu erhalten hätte, während die übrigen 325 000 *M* auf eine auf den Fabrikgrundstücken ruhende hypothekarische Besicherung gleichen Betrages, welche die Aktiengesellschaft übernehme, angerechnet würden. Die drei Beklagten, von denen jeder 10 Aktien gezeichnet hatte, übernahmen die Funktionen des aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrates. Nach Eintragung der Aktiengesellschaft wurde am 22. November 1881 zwischen dem Vorstande der Aktiengesellschaft und dem S. ein besonderer, die Überlassung der Fabrik betreffender Kontrakt verlautbart, in welchem die einzelnen die Fabrik tragenden Grundstücke, sowie die Maschinen und Gerätschaften näher bezeichnet, auch die auf die einzelnen Objekte fallenden Teile des Gesamtpreises angegeben wurden. Die Fabrik war, wie alle Beteiligten wußten, zur Zeit erst im Rohbau fertig und ihre innere Einrichtung noch durchaus unvollendet. S. sollte sie bis zum Ende des Jahres 1881 fertig stellen und übergeben. Bereits am 15. November 1881 hatte der Bankier Emil M. in Hamburg mittels eines in den öffentlichen Blättern zum Abdrucke gebrachten Prospektes 800 Stück Aktien der Gesellschaft zum Kurse von 105 %, sowie ein Obligationenkapital von 325 000 *M*, durch dessen Erlös die hypothekarische Besicherung getilgt werden sollte, zum Kurse von 102 % zum Verkaufe im Wege der Subskription gestellt. In dem Prospekte war gesagt, daß die Fabrik im Rohbau vollständig fertig und die innere Einrichtung soweit gediehen sei, daß die Betriebseröffnung noch vor Schluß des Jahres erfolgen könne, sowie daß 625 000 *M* des Aktienkapitales für den Platz, die Gebäude, Maschinen, Geräte und Mobilien, Wagen und Pferde — unter Verteilung des Gesamtpreises in bestimmte Summen für die einzelnen Rubriken — zur Verwendung gelangt seien. In dem Prospekte war ferner eine Rentabilitätsberechnung auf Grundlage einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz mit dem Ergebnisse einer Dividende von 15 $\frac{1}{4}$ % enthalten und angegeben, daß dieselbe mit großer Vorsicht aufgestellt und von unbeteiligten Fachleuten eingehend geprüft sei. Der Verkauf der ausgetobenen Effekten gelang. Die drei Beklagten erfüllten ihre

Obliegenheiten als Aufsichtsratsmitglieder in der Richtung, daß sie auf rechtzeitige Fertigstellung der Fabrik und auf sorgfältige und vollständige Ausführung derselben und ihrer Ausrüstungsgegenstände drangen. Nach Erledigung verschiedener Erinnerungen wurde die Fabrik von ihnen im Januar 1882 übernommen, nachdem sich auf ihre Veranlassung der Kaufmann D. und der Bankier Emil M. für bestimmte Nachleistungen selbst verpflichtet hatten. Eine Untersuchung der Fabrik durch Sachverständige daraufhin, ob sie zu einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz befähigt sei, wurde von den Beklagten bei dieser Abnahme und vor Ausantwortung der 600 S.'schen Aktien bezw. des auf dieselben infolge des Verkaufes durch den Bankier Emil M. bei diesem eingegangenen Erlöses nicht veranlaßt. Im Jahre 1883 wurde auf Antrag von Aktionären eine strafrechtliche Untersuchung in bezug auf die Gründung der Gesellschaft und den Verkauf der Aktien mittels des Prospektes eingeleitet. Weiter ergab sich auf Grund der Gutachten von Sachverständigen, darunter von solchen, welche die Bauausführung und die Maschinenanschaffungen bewirkt hatten, daß der Wert der Einlage in vollendetem Zustande höchstens 370 000 *M* betrug und die Produktionsfähigkeit der Fabrik 34 000 Centner Malz pro Jahr nicht überstieg. Der Wert der Maschinen wurde auf höchstens 45 000 *M* geschätzt, während für diese zuzüglich der nicht erheblichen Geräte und Mobilien in dem Kontrakte und dem Prospekte von dem Gesamtpreise 95 000 *M* angefezt waren. Die bestellten Maschinen entsprachen nur einer Produktionsfähigkeit von jährlich 35 000 Centner Malz. Der Gründungsbergang hatte sich in der Weise zugetragen, daß ursprünglich der Kaufmann R. eine Mälzereifabrik in geringem Umfange hatte errichten wollen und sich wegen Verschaffung der Gelder für die Bebauung des dazu gekauften Terrains an den Makler M. gewandt hatte, letzterer, nachdem man das ursprünglich auf eine Produktionsfähigkeit von 24 000 Centner bemessene Projekt auf eine Produktionsfähigkeit von 32—34 000 Centner zu erweitern beschloffen, mit dem Kaufmanne D. in Verbindung getreten war, und nunmehr diese drei Personen die Gründung einer Aktiengesellschaft zur Übernahme der Malzfabrik unter Normierung eines Überlassungspreises, in welchem über den Betrag der wirklichen Aufwendungen für Areal, Baukosten und Maschinenanschaffungen hinaus für jeden von ihnen 40 000 *M* Provision und eine Provision von 50 000 *M* für den die Unterbringung der Aktien

beim Publikum übernehmenden Bankier enthalten sein sollten, vereinbart hatten. Der Kaufmann D. hatte die Finanzierung des Unternehmens dem Bankier Emil M. angetragen, der sich dazu bereit erklärte, falls drei Kaufleute von Ansehen sich bereit finden ließen, dem Unternehmen beizutreten und die Funktionen als Mitglieder des Aufsichtsrates zu übernehmen. Der Kaufmann D. hatte hierauf die drei Beklagten nach Vorlegung einer Rentabilitätsberechnung, welche von einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz ausging, hierzu bewogen. S., der den Beklagten fälschlich als bisheriger Obermälzer einer bekannten Aktienbierbrauerei vorgestellt wurde, und als solcher von ihnen auch für das neue Unternehmen engagiert werden sollte, war ein vermögensloser Verwandter des Kaufmannes K., und von diesem nur vorgeschoben, um als Eigentümer des Areales und Bauherr zu figurieren, während er nur bestimmten Lohn von K. für die Bauaufsicht erhielt. S. war bereits im Januar 1881 in Hamburg nicht mehr anwesend, sodaß die Beklagten vor und bei Übernahme der Fabrik gar nicht mit ihm, sondern mit den drei Anderen verhandelten. Er hat Europa verlassen. Die übrigen Aktienzeichner waren von den drei anderen zugezogene Figuranten. Aus dem Erlöse der durch den Bankier Emil M. verkauften 600 S.'schen Aktien sind die vereinbarten Gründerprovisionen bezahlt worden. Die Ugiogewinne aus den verkauften Aktien und Obligationen wurden zwischen dem Kaufmann D. und dem Bankier Emil M. geteilt. Wider den Kaufmann K., den Makler M., den Kaufmann D. und den Bankier Emil M. wurde Anklage wegen Betruges erhoben, und dieselben sind rechtskräftig wegen dieses Vergehens verurteilt. Der Betrug wurde in den Angaben des Prospektes, daß 625 000 *M* für den Erwerb der Fabrik zur Verwendung gelangt seien, wobei verschwiegen worden, daß davon 170 000 *M* vereinbarte Gewinne für die Gründer waren, und daß die Jahresproduktion 54 000 Centner Malz betragen solle, gefunden. Die Aktiengesellschaft erhob nunmehr einen Anspruch auf Ersatz des für sie durch die erhebliche Wertübersehung der Einlage entstandenen Schadens gegen die drei Beklagten, davon ausgehend, daß dieselben bei Anwendung der ihnen als Aufsichtsrat obliegenden Sorgfalt vor Ausantwortung der S.'schen Aktien bezw. des Verkaufserlöses derselben den der Bankier Emil M. nur auf Grund ihrer Einwilligung nach Übergabe der fertigen Fabrik an S. und Genossen habe ausantworten dürfen, jenes

arglistige Verfahren hätten entdecken und durch Zurückhaltung der Aktien, bezw. ihres Erlöses, sein Gelingen vereiteln müssen. Insbesondere wurde ihnen zum Vorwurfe gemacht, daß sie nicht die Fabrik vor Ausantwortung des Preises auf die Produktionsfähigkeit von 54 000 Centner Malz pro Jahr, die als der Aktiengesellschaft seitens der Einbringenden zugesichert anzusehen sei, hätten durch Sachverständige untersuchen lassen. Die Beklagten, welche die dem Anspruche zu Grunde liegenden Auffassungen bekämpften, machten außerdem geltend, daß die Klage gegen sie auf Veranlassung des Bankiers Emil M. geführt werde, der infolge seiner Verurteilung wegen Betruges von einer Reihe von Aktienkäufern die Aktien habe zurücknehmen müssen, jetzt im Besitze von zwei Drittel der Aktien, die er zum Teil zu billigen Preisen zurückerworben habe, sei, und wenn dieser Prozeß von der Aktiengesellschaft gewonnen werde, von den Beklagten, den einzig Redlichen, das wiedererhalten würde, was er von seinem unberechtigten Gewinne habe herausgeben müssen. Die Beklagten erachteten aber auch dem Anspruche den Dechargebeschluß entgegenstehend, den für das erste Geschäftsjahr die nach Beendigung desselben zusammengetretene ordentliche Generalversammlung am 13. März 1883 gefaßt habe, wogegen Klägerin erwiderte, daß bei dieser Beschlußfassung die erhebliche Wertsüberfetzung und der später aufgedeckte Gründungshergang noch unbekannt gewesen, in der vorgeschlagenen Bilanz die Fabrik von den Beklagten zum Einlagepreise angesetzt gewesen wäre und es gerade die Beklagten gewesen wären, die sowohl in dem vorgelegten Geschäftsberichte wie in der Generalversammlung selbst das bisherige schwache Betriebsergebnis der kurzen Betriebszeit beigemessen und geäußerten Bedenken in betreff der Preisangemessenheit widersprochen hätten. Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz wurden, nachdem zunächst die Verhandlung auf den Grund des Anspruches zu beschränken beschloffen worden, die Beklagten solidarisch verurteilt, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden, daß Beklagte dem F. gegenüber die Rechte der Klägerin auf Lieferung einer Malzfabrik mit einer Produktionsfähigkeit von jährlich 54 000 Centner Malz nicht wahrgenommen haben. Auf die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„1. Zunächst mußte sich die Frage erheben, ob für die Geltend-

machung des vorliegenden Anspruches mit Recht der Nachweis, daß ein auf Verfolgung desselben gegen die Beklagten gerichteter Beschluß der Generalversammlung der Aktionäre gefaßt worden, für entbehrlich erachtet worden ist. Die Klage ist erhoben, nachdem das Gesetz vom 18. Juli 1884 betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften in Wirksamkeit getreten war. Der Art. 223 Abs. 1 H.G.B. in der Fassung dieses Gesetzes bestimmt, daß die Ansprüche aus der Gründung sowie gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates aus der Geschäftsführung zu erheben sind, wenn in der Generalversammlung dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals darstellen, verlangt wird. Demnach ist, wenn man die Besonderheit des Rechtes der qualifizierten Minderheit beiseite läßt, nach dem neuen Gesetze die Verfolgung solcher Ansprüche von einem darauf gerichteten Mehrheitsbeschlusse der Generalversammlung abhängig, und ist nicht dem bloßen Ermessen anderer Organe anheimgegeben. Wie in dieser Beziehung der Rechtszustand vor dem neuen Gesetze war, kann dahingestellt bleiben. Die Anwendung der Bestimmung des neuen Gesetzes ist nicht auf die Erhebung von Ansprüchen, die auf einer erst unter dem neuen Gesetze stattfindenden Geschäftsführung beruhen, zu beschränken. Der Wortlaut der Bestimmung bietet für eine solche Einschränkung keinen Anhalt. Die gesamte Fassung des neuen Gesetzes, vgl. §. 1 desselben, und seine Tendenz, sowie auch die richtigen Grundzüge in betreff des zeitlichen Herrschaftsumfanges eines neuen Gesetzes stehen einer solchen Einschränkung entgegen. Die betreffende Bestimmung ist eine die Machtvollkommenheit der Gesellschaftsorgane für die Erhebung bestimmter Ansprüche der Gesellschaft regelnde Organisationsbestimmung. Sie ist daher mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes für die Beschließung über die Erhebung aller Ansprüche der betreffenden Art in Kraft getreten, die zur Zeit des Eintrittes des neuen Gesetzes noch nicht erhoben waren. Ob eine andere Auffassung dann angezeigt sein möchte, wenn unter dem früheren Gesetze eine zur Prüfung der fraglichen Geschäftsführung zuständige Generalversammlung einen Beschluß im Sinne der Übertragung der Entschließung, ob der Anspruch zu verfolgen, an das Vertretungs- oder derzeitige Aufsichtsorgan bereits gefaßt hätte, kann dahingestellt bleiben. Ist die Bestimmung des neuen Gesetzes über die Erforderlichkeit des Generalversammlungsbeschlusses

auf Anspruchserhebung anwendbar geworden, sobald unter dem früheren Gesetze noch gar kein Beschluß der Generalversammlung über die Angelegenheit gefaßt worden, so muß dies erst recht der Fall sein, wenn, wie hier, ein Generalversammlungsbeschluß im Sinne der Nichtverfolgung, nämlich der Decharge, ergangen war und nunmehr die Erhebung des Anspruches unter Absehen von jenem Beschlusse, weil derselbe auf Grund unvollständiger und unrichtiger Vorlagen gefaßt worden und deshalb der Gesellschaft nicht entgegenstehe, erfolgen soll. Indessen ist von dem Erfordernisse eines Generalversammlungsbeschlusses auf Erhebung des vorliegenden Anspruches seitens der Instanzrichter deshalb mit Recht abgesehen worden, weil die Erklärung der Beklagten in bezug auf diesen Punkt nach dem Thatbestande des Zwischenurtheiles erster Instanz nur dahin gegangen ist, „sie verkündeten es übrigens, weil ihnen daran läge, daß in der Sache selbst entschieden werde, und deshalb in formeller Hinsicht ein Einwand nicht erhoben werden solle, zum richterlichen Ermessen, ob den formellen Vorschriften des insoweit anwendbaren Art. 223 des neuen Aktiengesetzes genügt sei“. Die Bestimmung des Art. 223 Abs. 1 hat es aber nicht mit der Legitimation für die Verfolgung des Anspruches, sondern nur mit den materiellen Befugnisgrenzen innerhalb der Gesellschaft zu thun. Die Legitimation des Vorstandes der Aktiengesellschaft, namens derselben Ansprüche zu verfolgen, beruht auf Art. 227 H.G.B., der durch Art. 223 Abs. 1 keine Einschränkung erfährt. Natürlich erzeugt der Art. 223 Abs. 1 auch für den zu Verfolgenden das Recht, den Nachweis, daß die Voraussetzungen dieses Gesetzes erfüllt sind, zu fordern, und es kann ein solches Verlangen, wenn ein Generalversammlungsbeschluß nicht ergangen ist und auch nicht nachgeholt wird, zur Abweisung der Klage, bezw., wenn die Anspruchserhebung, statt auf einen Generalversammlungsbeschluß, auf das im Art. 223 Abs. 1 vorgesehene Verlangen der Minderheit gestützt werden soll, und, was hier ungeprüft bleiben kann, nachdem einmal eine Generalversammlung die Decharge beschloffen hatte, wirksam gestützt werden könnte, zur Notwendigkeit, die Erfordernisse des Art. 223 Abs. 2 a. a. O. zu erfüllen, und zwar alsdann unter richterlicher Prüfung ihrer Erfüllung von Amts wegen, führen. Allein das Erfordernis, daß ein Anspruch, wie der vorliegende, einen Generalversammlungsbeschluß oder das qualifizierte Minderheitsverlangen zur Voraussetzung haben solle, ist im Verhältnisse der Gesellschaft zu dem

zu Verfolgenden in dem Sinne ein verzichtbares, daß sich der in Anspruch Genommene auf den vom regelmäßigen Vertretungsorgane der Gesellschaft erhobenen Anspruch ohne Rücksicht auf die Erfüllung jener Voraussetzung einlassen und dadurch in ein wirksames Prozeßrechtsverhältnis zu der Gesellschaft treten kann. Weder aus dem Wortlaute des Gesetzes noch aus dessen Tendenz ist etwas Gegenteiliges zu entnehmen. Die Erklärung der Beklagten ist aber eben dahin gegangen, daß sie aus dem Mangel eines Generalversammlungsbeschlusses auf Anspruchserhebung keinen Einwand gegen den Anspruch herleiten wollten, weil ihnen an der Erlangung einer den Anspruchsgrund treffenden Entscheidung läge.

2. Ohne Gesetzesverletzung hat das Berufungsgericht im Anschlusse an die Gründe des Urtheiles erster Instanz angenommen, daß dem klägerischen Ansprüche die Beklagten den Dechargebeschuß der Generalversammlung vom 13. März 1883 nicht entgegenstellen könnten, weil dieser Beschluß auf Grund theils unvollständiger, theils irreführender Vorlagen der Beklagten, insbesondere unter Zurückhaltung von Thatsachen, welche das Ergebnis erheblicher Unterwertigkeit der Fabrik gegenüber dem für deren Erwerb verwendeten Aktientapital nahe legten, erfolgt sei. Das Gericht erster Instanz zieht offenbar im Hinblick auf die Ausführungen des III. Civilsenates des Reichsgerichtes in Entscheidungen in Civilsachen Bd. 12 S. 77 die Folgerung aus diesen Thatsachen dahin, daß die Decharge auf die Frage des Verhaltens der Beklagten in bezug auf die Wahrnehmung der Rechte der Gesellschaft gegen die Gründer wegen der Minderwertigkeit bezw. geringeren Produktionsfähigkeit nicht zu beziehen sei. Ob der hierin im Einklange mit jenem Urtheile bethätigten Auffassung eines Dechargebeschlusses der Generalversammlung in dem einschränkenden Sinne einer sich bloß auf die aus den gemachten Vorlagen erkennbare Geschäftsführung beziehenden und die Entscheidung über die daraus nicht erkennbare Geschäftsführung offen lassenden Entlastungserklärung diesseits beizutreten wäre, kann unentschieden bleiben. Auch wenn man den Dechargebeschuß der Generalversammlung für eine bestimmte Geschäftsperiode auf die gesamte Geschäftsführung während dieser Geschäftsperiode erstreckt und die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Vorlagen wegen des unrichtigen Urtheiles, das sie über die Pflichten, welche den zu Entlastenden oblagen, und deren Erfüllung hervorrufen, nur als zur An-

fechtung dieses Beschlusses wegen Irrtumes oder Dolus geeignete Umstände betrachtet, so entspricht die Beurteilung der Thatfachen seitens der Instanzgerichte dem Vorhandensein solcher Anfechtungsberechtigung.

3. Die Revision mußte aber deshalb für begründet erachtet werden, weil das Urteil, soweit es eine seitens der Gründer erteilte Zusicherung einer bestimmten Produktionsfähigkeit annimmt, deren Erfüllung nicht geprüft zu haben, es den Beklagten zur Last legt, zu der Annahme einer solchen Zusicherung, auf welche die Aktiengesellschaft Rechte auf Gewährung sollte stützen können, ohne Auseinanderhaltung einerseits einer für die Geltendmachung seitens der Aktiengesellschaft bestimmten Zusage, andererseits einer bloß die Erwirkung einer Aktienzeichner- oder Mitgründerbeteiligung gegen den einzelnen Beteiligten gemachten falschen Angabe, in ihren verschiedenen Bedeutungen und Wirkungen, sowie ohne eine ausreichende Würdigung aller nach den Thatbeständen und ihrer Berichtigung in Betracht kommenden Thatfachen gelangt ist, soweit es aber davon ausgeht, daß ein Betrug oder Dolus verübt sei, aus welchem die Aktiengesellschaft hätte gegen die Gründer Rechte geltend machen können, den Beklagten die Nichtgeltendmachung dieser Rechte ohne weiteres als Verschuldung zur Last legt, ohne zu untersuchen, ob denn die Beklagten Anlaß zum Verdachte der geschehenen Verübung solcher Arglist, und demnach zu denjenigen Prüfungen hatten, infolge deren Unterlassung ihnen die Entdeckung der Arglist entgangen sein soll.

Das Verfassungsgericht nimmt an, daß, nachdem die Aktiengesellschaft einmal entstanden war, es nicht mehr in dem freien Ermessen ihrer Organe stand, ob und unter welchen Bedingungen das Fabriketablissemment zu übernehmen wäre. Vielmehr entstand die Aktiengesellschaft mit der festen Verpflichtung, das Fabriketablissemment unter Übernahme der hypothekarischen Belastung gegen Gewährung von 300 000 *M* Aktien, entsprechend der im Statute enthaltenen Festsetzung, zu übernehmen. Bei der Dürftigkeit dieser Festsetzung in bezug auf den Leistungsgegenstand und der gegenüber der wirklichen damaligen Sachlage, nach welcher der Bau der Fabrik noch gar nicht vollendet war, offenbaren teilweisen Unrichtigkeit, die in der Bezeichnung der Fabrik als „der neu erbauten Malzfabrik“ beruhte, sah das Verfassungsgericht als die zu übernehmende Anlage die bestimmte in der Herstellung begriffene Fabrik nach Maß-

gabe der zu Grunde gelegten Pläne und auf den Namen des J. geschlossenen Bau- und Lieferungskontrakte an. Diese Auffassung war vollkommen zutreffend. Da ein wesentlicher Teil des Grundkapitales durch die zur Einlage auf dasselbe bestimmte Fabrik, entsprechend Art. 209 b H.G.B. in der Fassung der Novelle vom 11. Juni 1870, gebildet wurde, so mußte das in der in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Festsetzung nicht Enthaltene sowohl aus den darüber hinaus getroffenen, zur Mitgeltung für das Einbringungs-geschäft bestimmten ausdrücklichen Festsetzungen, wie aus den für die Auffassung und eventuelle Ergänzung des Willens der Beteiligten maßgebenden derzeitigen thatsächlichen Verhältnissen ergänzt werden. Die Annahme von Lücken in dem Sinne, daß wesentliche Punkte erst noch einer späteren Vereinbarung geharret hätten, mußte auch nach dem Willen der Beteiligten ausgeschlossen erscheinen, da in solchem Falle, sofern es zu dieser Vereinbarung nicht kam, die Bildung des betreffenden Teiles des Grundkapitales, trotz der daraufhin bereits erfolgten Entstehung der Gesellschaft, ungewiß geblieben wäre. Es lag daher ein bereits feststehendes Vertragsverhältnis vor, sodaß die Gesellschaftsorgane die Vertragserfüllung seitens der Einbringenden, freilich unter Prüfung ihrer Vertragsgemäßheit, entgegenzunehmen und die der Gesellschaft obliegende Vertragserfüllung zu leisten hatten. Inwieweit der Aufsichtsrat, wenn man bloß die ihm nach Art. 225 a H.G.B. in der Fassung der Novelle vom 11. Juni 1870 zugewiesene gesetzliche Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung in Betracht zieht, sich hierbei zu beteiligen gehabt hätte, kann dahingestellt bleiben, da nach der Stellung, welche der Aufsichtsrat hier thatsächlich im Verhältnisse zum Vorstande eingenommen hat, er die Entgegennahme der Erfüllung und Leistung des der Gesellschaft Obliegenden an sich gezogen hat, was dem Funktionsumfange, in welchem der §. 13 des Gesellschaftsstatutes gemeint war, entsprach. Daß seine Mitglieder dabei die Sorgfalt ordentlicher Geschäftsführer anzuwenden hatten, kann keinem Bedenken unterliegen. Insbesondere läßt sich aus Art. 225 b a. a. O. nichts Gegenteiliges entnehmen, da derselbe keine limitative Bedeutung in bezug auf die Haftung im allgemeinen, am allerwenigsten in Fällen eigener Übernahme der Geschäftsführung seitens des Aufsichtsrates, hat, vielmehr nur für bestimmte Fälle der Pflichtverletzung bei der Aufsicht eine bestimmte Art der Ersatzleistung vorschreibt.

a) Das Berufungsgericht legt es nun den Beklagten als eine Pflichtverletzung zur Last, daß sie, ohne zu prüfen, ob die Fabrik eine Produktionsfähigkeit von jährlich ca. 54 000 Centner Malz hatte, die Fabrik abgenommen, und die dafür stipulierten Aktien ausgieantwortet hätten, indem es eine Zusicherung solcher Produktionsfähigkeit, auf deren Erfüllung die Aktiengesellschaft ein Recht gehabt hätte, als erteilt ansieht. Prüft man aber, worauf die Annahme einer solchen Zusicherung beruht, so erscheint der Vorwurf begründet, daß derselben der Mangel der Auseinanderhaltung zwischen Angaben, die über die Beschaffenheit einer Einlage einem oder mehreren zur Errichtung der Aktiengesellschaft Zuziehenden zum Zwecke ihres Beitrittes gemacht werden, und solcher, welche den Inhalt des Einbringungsgeschäftes selbst im Sinne einer zusätzlichen Gewährleistungspflicht für solche Beschaffenheit gegenüber der Aktiengesellschaft betreffen, zu Grunde liegt. Bei der eigentümlichen rechtlichen Natur der Vorgänge, mittels deren die Errichtung der Aktiengesellschaft zustande kommt, folgt durchaus nicht aus Angaben der erstgedachten Art die Wirkung im Sinne der zweitgedachten. Wo bei einer Austauschobligation kontrahiert wird, um für sich zu erwerben, da ist dem betreffenden Kontrahenten, was ihm von der Gegenseite in bezug auf die Beschaffenheit des Objektes zugesichert ist, eben für das Erwerbsgeschäft zugesichert. Der bei der Errichtung der Aktiengesellschaft sich beteiligende Einzelne erwirbt aber die von anderen Beteiligten zu machende Sacheneinlage weder für sich, noch als Vertreter der Aktiengesellschaft, noch zu deren Vorteil. Die Errichtung der Aktiengesellschaft ist im Sinne des hier maßgebenden Rechtes als Begründung eines selbständigen Organismus entsprechend der Konstituierung einer Körperschaft zu erachten. Jeder einzelne Beteiligte setzt sich zum Gliede der Körperschaft und alle setzen dadurch zusammen das Ganze. Jeder scheidet aus seinem Vermögen einen Bestandteil aus und weist ihn der zu begründenden Körperschaft zu, und jeder genehmigt die Verfassung, welche seine Mitgliedschaft regelt. Dies geschieht allerdings auf dem Wege gegenseitiger Bindung aller Beteiligten, so daß aus solcher, mag man sie nun einen Vertrag oder einen allseitigen Konsens nennen, die Aktiengesellschaft ihre Existenz herleitet. Was aber als Erklärung des Einzelnen durch Entgegennahme seitens aller Anderen derartig gebunden wird, daß es den Umfang der Zuwendung an die Aktiengesellschaft bestimmt, das sind nicht beliebige einzelne Erklä-

rungen desselben an die einzelnen Anderen, auch wenn sie die Beschaffenheit der Zuwendung betreffen, das ist vielmehr nur eine solche Erklärung, die sich als zur Bestimmung der der Aktiengesellschaft zu gewährenden Rechte dienende entweder durch einen dahin ausdrücklich gehenden Ausspruch oder durch ihre Bestimmung für die Gesamtheit der anderen Beteiligten kennzeichnet. Die richtige Stelle für Erklärungen dieses Charakters ist gemäß dem angeführten Art. 209 b H.G.B. der Gesellschaftsvertrag. Allerdings wird durch die Nichtaufnahme in diese Urkunde das rechtswirksame anderweitige Vorhandensein solcher Erklärungen, die die Rechte der Aktiengesellschaft nicht vermindern, sondern vermehren sollen, noch nicht ausgeschlossen, insbesondere, wenn, wie hier, bei der Dürftigkeit des auf die Einlage der Fabrik bezüglichen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages doch auf darüber hinausgehende Verhältnisse zurückgegangen werden muß. So lassen sich Rundgebungen von solcher Wirkung bei der Konstituierungsverhandlung denken. Es kann auch die Erklärung außerhalb derselben und an einzelne Beteiligte genügen, wenn sie entweder die Rechtsseinräumung an die Aktiengesellschaft zum Ausdruck bringt oder sich als zur Mitteilung an die Gesamtheit der Beteiligten bestimmt darstellt. Dagegen läßt sich der Äußerung, welche der Einlegende nur den Einzelnen als solchen behufs ihrer Beteiligung macht, die Bedeutung einer solchen Erklärung nicht beimessen. Der Einzelne als solcher nimmt der Regel nach nicht für die Aktiengesellschaft und nicht für die Gesamtheit der sich Beteiligenden, sondern für sich die sich an ihn wendenden Äußerungen entgegen. Sein individuelles Interesse an dem über die Beschaffenheit der Einlage Geäußerten erschöpft sich in seiner Beteiligung. Wird ihm ersetzt, was seine Aktien wert sein würden, wenn die Einlage die behauptete Beschaffenheit hätte oder für die Einlage ein geringerer Betrag an Grundkapital bemessen worden wäre, oder was er behalten hätte, wenn er sich gar nicht beteiligt haben würde, so ist dem ihm aus der Äußerung zustehenden Rechte genügt. Die Äußerung hat damit ihre rechtliche Bedeutung erfüllt. Daraus, daß die Aktiengesellschaft ohne den Beitritt desjenigen, der durch die Äußerung zu solchem veranlaßt worden, mutmaßlich nicht zustande gekommen sein würde, folgt kein Recht der Aktiengesellschaft, die Äußerung auf sich zu beziehen und ein Entstehen für die Äußerung ihr gegenüber zu verlangen. Diese Grundsätze gelten nicht bloß, wenn eine Äußerung in betreff der Beschaffenheit der Ein-

lage in ausdrücklicher Versprechensform in Frage steht, sondern auch, wenn nur eine die Beschaffenheit konstatierende, für die Entschließung erhebliche Angabe gemacht ist, gleichviel ob man den Grund der aus derselben sich ergebenden Haftungspflicht in einem auch hier anzunehmenden Einstehenwollen, oder einem im Interesse von Treue und Glauben dem Dolus gleichgestellten Wissenmüssen findet. In diesem letzteren Falle liegt eine andere Auffassung sogar noch ferner. Denn während bei der Angabe in Versprechensform, sobald nicht ausdrücklich der Angeredete als der, dem versprochen wird, bezeichnet wird, immerhin zweifelhaft sein kann, ob nicht ihm erklärt werde, daß man der Aktiengesellschaft einstehen wolle, ist bei der konstatierenden Angabe zu einer Beziehung über denjenigen, dem sie gemacht wird, und über seine Entschließung hinaus kein Anlaß. In dem Gesetze vom 18. Juli 1884 ist durch die vorgeschriebene Gründererklärung (Art. 209 g) und die Prüfungspflicht des Vorstandes und Aufsichtsrates, bezw. der Revisoren (Art. 209 h), dafür Sorge getragen, daß die Beschaffenheit der Einlage an das Licht gezogen und eine vorhandene Ungewißheit in betreff derselben durch eine Zusage des Einbringenden gedeckt werden kann. Insbesondere ist die Gründererklärung des Art. 209 g eine zur Kennzeichnung der Erklärungen über die Beschaffenheit der Einlage als Zusagen und Angaben gegenüber der Aktiengesellschaft bestimmte Stelle (vgl. Artt. 213 a Abs. 1, 210 Abs. 2 Ziff. 1). Der Mangel entsprechender Vorkehrungen nach dem früheren Gesetze kann nicht dazu führen, Erklärungen an Einzelne eine Bedeutung beizumessen, die ihnen weder nach dem Willen der Beteiligten, noch nach ihrer Stellung innerhalb der Struktur der Errichtungshergänge zukommt.

Das Berufungsgericht hat nun nichts weiter festzustellen vermocht, als daß der Kaufmann D., der mit den Beklagten wegen ihres Beitrittes zu dem Unternehmen und der Übernahme der Stellung als Aufsichtsratsmitglieder verhandelte, ihnen eine Rentabilitätsberechnung vorgelegt hat, die auf einer Produktionsfähigkeit der Fabrik von circa 54 000 Centner Malz jährlich basierte, die der Bankier M. aufgestellt hatte und die auf Daten beruhte, welche dieser durch Vermittelung des Kaufmannes D. von dem Kaufmanne K. und dem Makler W. erhalten hatte. Das Berufungsgericht sagt selbst, diese Berechnung sei den Beklagten allerdings zunächst nur zu dem Zwecke mitgeteilt worden, um dieselben zu bewegen, die Stellung als Aufsichtsräte der zu gründenden

Gesellschaft anzunehmen. Aber was an dieses „zunächst“ geknüpft wird, um der Vorlegung eine Bedeutung über jenen Zweck hinaus zu geben, ist lediglich die Erwägung, daß jene Vorlegung für das Einbringungsgeſchäft entscheidend gewesen sei, weil die Beklagten nur daraufhin jene Stellung acceptiert hätten und dem Konstituierungsvertrage beigetreten seien, von ihrem Beitritte aber wesentlich das Zustandekommen der Gesellschaft und damit des erwähnten Geschäftes abgehangen habe. Diese objektive Kausalität ist aber nicht zureichend. Es sind keine Umstände dargelegt, wonach das Vorlegen jener Berechnung an Beklagte oder irgend eine spätere Bezugnahme auf dieselbe gegenüber den Beklagten als eine namens der Einbringenden zu einer Geltung für die Aktiengesellschaft bestimmte Beschaffenheitsanfrage zu kennzeichnen wäre. Daß bei den betreffenden Verhandlungen die Beklagten nicht zum Beitritte zu dem Unternehmen schlechthin, sondern zur Bereiterklärung, die Stellung als Aufsichtsratsmitglieder zu übernehmen, bewogen werden sollten, vermag die Bedeutung jener Vorlegung, die ja nicht an die Beklagten als die designierten Aufsichtsratsmitglieder, also als in Antizipation ihrer Stellung gedachte Vertreter der Aktiengesellschaft erfolgte, nicht zu ändern. Sene Vorlegung läßt sich nicht einmal als Mitteilung an Beklagte, daß die Einbringenden das Geschäft unter solcher Beschaffenheitsgarantie einzugehen willens seien, auffassen.“ ...

(Es wird sodann ausgeführt, daß es den Beklagten nicht auf Zusicherungen der nach Namen und Vermögen gewichtlosen Gründer, aus welchen die Aktiengesellschaft gegen diese Rechte herleiten könnte, sondern nur darauf ankam, daß die Rentabilität des Unternehmens mit den dafür erforderlichen Unterlagen von nicht bei der Einbringung beteiligten Personen geprüft und als vorhanden angesehen war, daß Beklagte in diesem Sinne darauf Gewicht legten, daß der Bankier M. die Rentabilitätsberechnung aufgestellt hatte und der Kaufmann D. sie durch Vorlegung vertrat, während diese beiden nach ihrem damaligen Auftreten nicht als zu den Einbringern oder deren Genossen gehörig zu erkennen waren, auch aus ihrem Verhalten gar nicht zu erkennen war, daß jene Produktionsfähigkeit überhaupt Gegenstand der Behauptungen des Kaufmannes R. oder des Maklers M. oder des F. gewesen wäre. Es wird ferner dargethan, daß die Annahme, es sei die fragliche Produktionsfähigkeit das notwendige Ergebnis von Daten gewesen, welche der

Kaufmann R. und der Makler M. gegeben, durch die feststehenden Thatsachen nicht gerechtfertigt werde.)

„b) Das Berufungsgericht qualifiziert aber das Verhalten des F., des Kaufmannes R. und des Maklers M. nicht bloß als eine Zusicherung, sondern auch als einen Dolus, als ein betrügerisches Versehen der Beteiligten in den Glauben an eine Produktionsfähigkeit von circa 54 000 Centner und bezeichnet die Rechte der Gesellschaft, deren Ausübung Beklagte verschuldeterweise unterlassen hätten, auch als Rechte aus diesem Dolus bezw. als Doluseinrede. Auf diese Begründung hin allein ließe sich schon der Tenor des Berufungsurtheiles nicht rechtfertigen, da der Dolus an sich kein Recht der Gesellschaft auf Gewährung der fraglichen Produktionsfähigkeit, sondern, wenn man von der Frage der Möglichkeit der Aufhebung des ganzen Einbringengeschäftes bei einer bereits daraufhin bestehenden Aktiengesellschaft absieht, nur ein Recht auf Erstattung dessen, was an Aktien mehr, als der wirklichen Leistungsfähigkeit der Fabrik entsprochen hätte, gewährt worden, begründet haben würde. Allein ganz abgesehen hiervon enthält die Annahme eines Anspruches der Aktiengesellschaft aus dem Dolus in der Art, wie ihn das Berufungsgericht auffaßt, dieselbe Vermischung des Rechtes des Einzelnen mit dem der Aktiengesellschaft, die bei der Annahme der Zusicherung stattgefunden hat. Wie bereits hervorgehoben, ist es nicht die Aktiengesellschaft, welche das Einbringungsgeschäft mit den Einbringern abschließt. Die Personen, welche das gesamte Grundkapital aufbringen und unter ein bestimmtes Verfassungsgesetz stellen, verbinden sich, und vermöge dieser Verbindung entsteht die Aktiengesellschaft. Wird von Einzelnen nicht Geld, sondern eine Sache zur Einlage bestimmt und dies von den Anderen unter Zubilligung eines bestimmten Anteilsbetrages hierfür bewilligt, so entsteht die Aktiengesellschaft mit dem Rechte auf die Sache gegen Gewährung der entsprechenden Anzahl Aktien. Von einem dolus in contrahendo seitens der Einbringenden kann hier nur den Einzelnen gegenüber die Rede sein, welche sich zur Teilnahme an dieser Verbindung entschlossen, und dafür ihrerseits Geld oder Sachen unter Zubilligung des bestimmten Anteilsverhältnisses jener Einlage zu der ihrigen bindend bestimmt haben. Dagegen ist nicht ersichtlich, wie die Aktiengesellschaft diesen Betrug soll für sich geltend machen können, auch wenn er gegen alle diejenigen Beteiligten, welche nicht zu den Einbringenden gehören, verübt ist. Wäre die Aktien-

gesellschaft im Wege einer Successivgründung, also auf Grund eines konstituierenden Generalversammlungsbeschlusses, entstanden, so ließe sich denken, daß man im Wege der Anfechtung dieses Beschlusses, wenn er in bezug auf die Genehmigung der Einlage durch betrügerische Angaben zustande gebracht, zu einer Wiederaufhebung der Gesellschaft zu gelangen vermöchte, bei der alsdann in der äußeren Form der Auflösung und Liquidation der bestanden Gesellschaft die Zurücknahme der Einlage gegen Rückgewähr der Aktien in irgend einer mit den Vorschriften des Gesetzes betreffend die Liquidation einmal registrierter Aktiengesellschaften vereinbaren Weise zu erlangen wäre. Im vorliegenden Falle ist aber die Aktiengesellschaft mittels Abschlusses des Gesellschaftsvertrages seitens sämtlicher Aktionäre im Sinne des Schlusssatzes des Art. 209 a Abs. 1 H.G.B. (vgl. den Schlusssatz des Art. 209 b Abs. 2 a. a. O.) entstanden. Es handelt sich also nur um eine Individualbethätigung der Einzelnen zur Gesellschaftserrichtung Zusammengetretenen. Diesen Vertragsschluß kann die Aktiengesellschaft nicht anfechten, und die Einzelnen können die Entstehung der Gesellschaft nicht mehr ungeschehen machen, sondern wegen des Betruges ein Interesse nur nach dem Maße des von ihnen durch ihr Hinzutreten gebrachten individuellen Opfers geltend machen.

Damit soll indessen nicht behauptet werden, daß sich nicht ein Anspruch der Aktiengesellschaft gegen arglistige Inferenten bezw. Gründer auch nach dem Rechtszustande vor dem Gesetze von 1884 denken lasse. Nur kann dies nicht aus dem Gesichtspunkte des Betruges beim Kontrahieren mit den zum Hinzutreten Aufgeforderten unter isolierter Betrachtung der diesen gemachten täuschenden Beschaffenheitsangaben, sondern aus dem weiteren Gesichtspunkte der *actio doli* als eines gegen jede arglistige Veranstaltung zum Nachteile Anderer gerichteten Rechtsbehelfes unter zusammenfassender Betrachtung des ganzen Gründungsherganges und des bei demselben verfolgten Zweckes geschehen. Der Begriff des Dolus, wie er in l. 1 §. 2 Dig. 4, 3 definiert ist, reicht über den des Betruges hinaus und umfaßt jede böswillige Beschädigung, auch ohne daß sie durch Wahrheitsentstellung dem Beschädigten gegenüber erfolgt.

Vgl. l. 7 §. 6. l. 20 pr. l. 31 Dig. 4, 3; Brinz, Pandekten 1. Aufl. Abt. 1. S. 526; Pernice, Labov. Bd. 1 S. 102.
Jede Normierung der Nominalziffer des Aktienkapitales über den Wert

des für die Bildung der Aktiengesellschaft verwendeten Vermögensobjektes hinaus erfolgt zu Lasten der Aktiengesellschaft. Sie muß zunächst diese Differenz erarbeiten, ehe von einer Rente die Rede sein kann. Solche Übernormierung schlechtthin erzeugt freilich keine Verantwortung. Wenn aber die Nominalziffer des Aktienkapitales bewußterweise so übermäßig über jeden Wert des zur Bildung des betreffenden Kapitales verwendeten Vermögensobjektes hinaus normiert wird, daß eine Rentabilität der so begründeten Aktiengesellschaft für absehbare Zeit ganz ausgeschlossen ist, und die Errichtung der Aktiengesellschaft in dieser Weise nur zu dem Zwecke geschieht, um durch Schaffung einer Masse von Aktien eines weit über die Aufwendungen hinausgehenden Nominalbetrages und Verkauf derselben unter dem täuschenden Scheine ihrer Ziffer als einer Wertsziffer einen über die Aufwendungen weit hinausgehenden Gewinn zu machen, so läßt sich dies allerdings als eine arglistige Veranstaltung zum Schaden der Aktiengesellschaft erachten. Der unberechtigte Vorteil wird durch den Defekt, den die Gestaltung der Aktiengesellschaft aufweist und zur Erreichung jenes Vorteiles aufweisen muß und soll, erzielt. Gerade, daß die Aktiengesellschaft selbst gar nicht in der Lage ist, die Grundlagen für solche Normierung als bloße Angebote von anderer Seite vom Standpunkte ihres Interesses aus zu prüfen, daß sie vielmehr mit der Unterwertigkeit der Vermögensobjekte entsteht, die ihr entweder der böse Wille aller, die sich an ihrer Entstehung beteiligen, oder auch nur der eines Teiles der Beteiligten in Verknüpfung mit der Übereinstimmung anderer, die durch Veranstaltungen jener, insbesondere durch Verdeckungen ihrer Eigenschaft als Haupt- oder Mitperzipienten an jenem Gewinne, irreführt sind, auferlegt, läßt die Beurteilung des Verhaltens als *calliditas, machinatio ad circumveniendum* gerechtfertigt erscheinen. Insbesondere läßt sich nicht behaupten, daß als das Angriffsobjekt des bösen Vorsatzes nur die Nacherwerber solcher Aktien zu erachten seien und die Errichtung der Aktiengesellschaft nur das Mittel zu deren Beschädigung wäre. Inwiefern auch die einzelnen Auktiennerwerber aus solcher Arglist gegen die böswilligen Urheber, ohne daß letztere ihnen als Verkäufer unter unrichtigen Angaben gegenüberstehen, Ansprüche geltend machen können, kann hier dahingestellt bleiben. Dieselbe arglistige Handlung kann in ihrer Richtung auf verschiedene Personen Schädigungen von verschiedener Art bewirken. Wo aber der Schade dieselbe Richtung hat, indem

derfelbe Schade eine Gesamtheit unmittelbar, den einzelnen an derselben Mitbeteiligten auf seinen Anteil mittelbar trifft, kann man keinesfalls den unmittelbar Betroffenen den Anspruch versagen. Während die Beziehung der Arglist auf alle einzelnen, die irgend einmal, solange die arglistige Veranstaltung noch nicht enthüllt ist, Aktien erwerben, eine nicht unbedenkliche Unbestimmtheit hat, ist es gerade die Aktiengesellschaft selbst, die das Unternehmen für Rechnung der nur generell bestimmten, wechselnden Mitglieder betreibt, mittels der Unterwertigkeit ihres Vermögens die Unterwertigkeit der Anteile der Mitglieder bestimmt und entsprechend erfolgreicher Betreibung eines Ersatzanspruches den Wert dieser Anteile hebt. Eine gewichtige Bestätigung der Möglichkeit, einen solchen Anspruch der Aktiengesellschaft zu konstruieren, liefert der Art. 213 a des Gesetzes von 1884, indem er einen Anspruch der Aktiengesellschaft gegen die Gründer wegen bösslicher Schädigung durch Einlagen der in Art. 209 b bezeichneten Art zuläßt. Weder der Gesetzestext noch seine Motive — vgl. S. 184 der Begründung zu Entwurf I: „Sie (die Aktiengesellschaft) ist es, welche in ihren Grundlagen fehlerhaft in das Leben gerufen ist, sie ist die unmittelbar Geschädigte“ — lassen erkennen, daß die Annahme, bei Übersetzungen des Wertes der Einlage sei die Aktiengesellschaft der unmittelbar Geschädigte, auf einer willkürlichen neuen Konstruktion beruhen solle. Es würde auch mit dem Wesen und der Tendenz der actio doli in Widerspruch stehen, wenn sich die Aktiengesellschaft, trotzdem die arglistige Absicht erkannt ist und sie noch dazu in der Lage wäre, sogar die Realisierung derselben noch zu hindern, der Zumutung der arglistig Handelnden, ihnen das zu Lasten der Gesellschaft Ausbedungene voll auszuantworten, ohne Widerspruch fügen müßte. Hat die Aktiengesellschaft im entsprechenden Falle einen solchen Anspruch auf Schadenersatz, so hat sie ihn gegen alle diejenigen, die sich zu solchem arglistigen Handeln verbunden hatten. Dazu würde auch derjenige gehören, der, auch ohne sich selbst bei den Errichtungsverhandlungen zu beteiligen, in Kenntnis solcher arglistigen Absicht der über das einzubringende Vermögensobjekt Verfügenden und unter Beteiligung an dem zu Lasten der Gesellschaft projektierten Gewinne dieselben in der Ausübung ihres Vorhabens durch Mitwirkung bei der Unterbringung der Aktien unterstützt hätte, ohne daß es übrigens darauf ankäme, ob er die Sachlage schon vor oder erst nach Abschluß der Errichtungsverhandlungen durchschaut hätte, da auch im letzteren Falle

in der trotzdem erfolgten, den Nachteil erst zu einem endgültigen machenden Mitwirkung bei der Unterbringung der Aktien unter Anteil an jenem Gewinne die thätige Billigung des ganzen Vorhabens auch in seiner Richtung gegen die Aktiengesellschaft zu finden wäre. Es würden daher, falls die Beteiligung des Maklers M. in diesem Sinne aufzufassen wäre, die Beklagten, da sie, soweit sie selbst der Aktiengesellschaft Schadenersatz wegen Ausantwortung der Aktien trotz der der Gesellschaft zustehenden Ansprüche zu leisten hätten, entsprechende Abtretung der Rechte der Gesellschaft gegen alle diejenigen, die ihr für den Schaden als arglistige Verüber verantwortlich sind, zu fordern hätten, sich wegen des von ihnen geleisteten Erfages an den Bankier M. regressieren können. Damit erlebigen sich die von den Beklagten geltend gemachten Konsequenzen, die gemäß ihrer Behauptung, daß der vorliegende Prozeß für Rechnung des Bankiers M. geführt werde, im Falle eines Unterliegens ihrerseits angeblich eintreten würden und von ihnen als abnorm bezeichnet werden.

Dieser Gesichtspunkt der Rechte der Aktiengesellschaft aus einer Arglist vermag indessen nicht zur Aufrechterhaltung des Berufungsurteiles, sei es auch unter Modifikation des Tenors, zu führen, weil es an jeder Feststellung fehlt, daß den Beklagten während der Zeit ihrer Geschäftsführung bis zur Übernahme der Fabrik und Ausantwortung des vertragsgemäßen Gegenwertes Umstände zur Kenntnis gelangt sind, welche bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bei ihnen den Verdacht, daß die Errichtung der Aktiengesellschaft in solcher Arglist erfolgt sei, begründen mußten. Dieser Mangel stand auch der von der Annahme eines Rechtes aus einer Zusicherung absehenden Bewertung des Betruges, wie ihn das Berufungsgericht auffaßt, entgegen. Das Berufungsgericht prüft die Verschuldungsfrage in betreff der Beklagten überall nur von der für selbstverständlich erachteten Unterstellung aus, daß die Beklagten bei Ausführung ihrer Aufgabe, über die Erfüllung des Einbringungsvertrages zu wachen, vor Ausantwortung der Aktien prüfen mußten, ob die Fabrik die Produktionsfähigkeit von circa 54 000 Centner Malz hatte. Dies ist richtig, wenn in betreff solcher Produktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft ein Recht aus einer Zusage oder Ansage zustand. Alsdann gehörte die Gewährung dieser Beschaffenheit zur Erfüllung der Vertragsobligationen von S. und Gen. Wüßte aber diese Produktionsfähigkeit kein positives Moment der Vertrags-

erfüllung, weil der Aktiengesellschaft nur die nach Grund und Boden, Bau- und Ausrüstungsumfang näher gekennzeichnete Fabrik zu gewähren, aber keine bestimmte Produktionsfähigkeit zugesagt oder auch nur angedeutet war, so lag auch den Beklagten nicht schlechtthin für die Erfüllung des Rechtsverhältnisses der Aktiengesellschaft zu S. und Gen. die Pflicht ob, das Vorhandensein jener Produktionsfähigkeit zu untersuchen. Freilich konnte die Aktiengesellschaft aus verübter Arglist Einwendungen gegen die volle Erfüllung ihrer Verpflichtungen herleiten, und es kann bei Berücksichtigung der thatsächlich den Beklagten, gleichviel mit welcher rechtlichen Wirkung, vor ihrem Beitritt zu dem Unternehmen über die Produktionsfähigkeit gemachten Angaben sowie des Inhaltes des später ausgegebenen Prospektes als durchaus möglich zugegeben werden, daß auch eine Ermittlung, wonach die Produktionsfähigkeit nach dem Umfange der Anlage nur eine erheblich geringere sein konnte, einen Verdacht, daß bei der Gründung mit Arglist verfahren war, hätte erregen können. Der Aufsichtsrat hatte aber nicht die Verpflichtung, ohne besonderen Anlaß Ermittlungen zu dem Zwecke anzustellen, ob sich ein solcher Verdacht ergeben würde. Nach dem gesetzlichen Zustande, wie er der Novelle vom 11. Juni 1870 entsprach, war dem Aufsichtsrate eine Prüfung des Herganges der Gründung mit der Wirkung, daß von deren Vornahme die Wirkung jenes Herganges, die Aktiengesellschaft zur Existenz zu bringen, abhängen sollte, nicht übertragen. Zu den Pflichten der Geschäftsführung der Organe der Aktiengesellschaft kann es aber nicht gerechnet werden, ohne besonderen Anlaß nun nachträglich die Prüfung vorzunehmen, ob die Aktiengesellschaft so, wie geschehen, hätte errichtet werden sollen und ob nicht der Errichtung etwa ein Verhalten zu Grunde liegt, welches die Weigerung der Erfüllung der Rechtsgeschäfte, durch welche die Gesellschaft zustande gekommen ist, als im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheinen ließe. Die Revisionskläger weisen mit Recht darauf hin, daß bei solcher Auffassung die Stellung des Aufsichtsrates nach dem alten Rechte eine viel schwierigere und prekärere gewesen wäre, als sie es nach dem Gesetze von 1884 ist. Denn, während die Lage jemandes, der mitzusprechen hat, ob ein projektiertes Verhältnis zustande kommen soll, und dem die an dem Zustandekommen Interessierten zur Auskunft und zur Gestattung von Ermittlungen erbötig sein müssen, natürlich und verhältnismäßig einfach ist, läßt sich dies durchaus nicht von demjenigen sagen, der, in ein

fertiges Verhältnis, in welchem für die Gesellschaft und für die Einbringenden die Rechte und Pflichten normiert sind, gestellt und dazu berufen, dieses Verhältnis baldigst in Aktualität zu bringen und die Inbetriebsetzung herbeizuführen, doch zugleich auch wiederum nachzuprüfen hätte, ob nicht etwa die Begründung des Verhältnisses eine Verletzung des Interesses der Gesellschaft enthält. Damit soll nicht gesagt sein, daß, wenn Thatsachen zur Kenntnis des Aufsichtsrates kommen, welche mit dem beurkundeten oder sonstigen offiziellen Inhalte der grundlegenden Rechtsgeschäfte oder den nach Treue und Glauben dabei zu unterstellenden tatsächlichen Voraussetzungen in erheblichem Widerspruche stehen, der Aufsichtsrat sich diesen soll verschließen dürfen und nicht, wenn sie den Verdacht eines arglistigen, der Gesellschaft ein Recht auf Abwehr verleihenden Verhaltens zu begründen geeignet sind, die Rechte der Gesellschaft soll wahrnehmen müssen. Setzt sich der Aufsichtsrat durch schuldvolle Unterlassung der Erfüllung von Pflichten, die ihm nach seinem Amte obliegen, außerstande, solche Thatsachen zu erfahren, die er anderenfalls erfahren hätte, so kann ihm dies natürlich nicht zur Entschuldigung gereichen. Aber es wäre ein fehlerhafter Zirkel, eine solche Pflichtverletzung in der Nichtvornahme einer bestimmten Handlung — wie hier der Nichtuntersuchung der Fabrik auf ihre Produktionsfähigkeit — bloß deshalb anzunehmen, weil das Ergebnis solcher Untersuchung einen Verdacht verübter Arglist hätte begründen können. Dem Aufsichtsrate lag möglicherweise die Pflicht ob, eine Untersuchung über den Umfang der Produktionsfähigkeit vor der Betriebseröffnung vorzunehmen. Aber nicht um Unterlassung solcher Untersuchung, sondern um Unterlassung derselben vor oder bei Übernahme der Fabrik und Ausantwortung der Aktien, also in der Richtung der Erfüllung des Vertrages mit S. und Gen., handelt es sich. Und zu solcher Unterlassung lag eine Pflicht eben nur vor, wenn die Gewährung solcher Produktionsfähigkeit zu den Vertragsleistungen der Einbringer gehörte oder bereits ein Verdacht der Arglist, der zu solcher Prüfung herausforderte, vorhanden war. An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, daß, wie das Berufungsgericht ausführt, die Beklagten bei der Prüfung der Solidität des Unternehmens, als es sich um ihren Beitritt zu demselben und zur Übernahme des Amtes als Mitglieder des Aufsichtsrates handelte, nicht mit genügender Vorsicht gehandelt hatten. Hieraus erwuchs für die Beklagten gegen die Aktien-

gesellschaft keine Verantwortlichkeit. Hat aber der an die Übernahme der Geschäfte herantretende Aufsichtsrat, weil ihm, wie oben ausgeführt, keine Nachprüfung des Gründungsherganges obliegt, keine Veranlassung, Erörterungen darüber anzustellen, ob die Primitivbeteiligten bei der Zustimmung zu dem Errichtungshergange eine sorgfältige Erwägung haben walten lassen, so liegt seinen Mitgliedern auch eine rückschauende Kritik über das Maß ihrer eigenen bei ihrer Zustimmung zu den Unternehmen als Primitivbeteiligte bethätigten Vorsicht nicht ob. Nur wenn damals bereits Thatsachen zu ihrer Kenntnis gekommen wären, welche den Verdacht einer Arglist hätten begründen müssen, könnte es sich fragen, ob, nachdem sie in die Funktion als Mitglieder des Aufsichtsrates getreten, das fortgesetzte Bewußthalten dieser Thatsachen sie zu einer nochmaligen Prüfung derselben hätte veranlassen können und sollen. Allein nicht die Erlangung der Kenntnis solcher Thatsachen zur Zeit, als sie sich zum Beitritte entschlossen, sondern, daß sie sich damals mit unzulänglichen Informationen begnügten, wird ihnen vorgeworfen. Dies aber konnte nur die Bedeutung haben, daß die Aufsichtsratsmitglieder später bei Prüfung der Verdächtigkeit auftauchender Thatsachen in den früheren Hergängen, soweit sie dabei beteiligt gewesen, vielleicht keinen entscheidenden Anhalt dagegen hätten finden dürfen oder, daß ihnen jene Hergänge nun in einem anderen, den Verdacht positiv stärkenden Lichte hätten erscheinen müssen. Kamen während ihres Funktionierens als Aufsichtsratsmitglieder den Beklagten Thatsachen zur Kenntnis, welche für sie den Verdacht einer in der gekennzeichneten Art verübten Arglist begründen mußten, so würde ihnen die Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage, ob daraus die Aktiengesellschaft Rechte, insbesondere Einwendungen gegen die geforderte Ausantwortung der Aktien, herleiten könne, nicht haben zur Entschuldigung gereichen können, wenn ihnen diese Zweifelhaftigkeit gar nicht zum Bewußtsein kam, sie vielmehr infolge eines Mangels sorgfältiger Beachtung und Beurteilung die Verdächtigkeit dieser Thatsachen nicht erkannten oder infolge eines Mangels an energischem Willen daraufhin weitere Schritte unterließen. Überhaupt kann es für einen Laien, sobald er die Verübung eines „Betruges gegen die Aktiengesellschaft“ — um hier die gekennzeichnete Arglist in der Weise, wie sie dem Laien geläufig erscheinen wird, zu kennzeichnen — einmal als vorliegend ansehen muß, nicht als ein nahe liegendes Bedenken angesehen werden, daß das Gesetz den Schutz gegen die Realisierung dieses Betruges versagen sollte.

Auch hätten Erwägungen in der Abstraktion, daß ein lange andauernder Rechtsstreit, während dessen die Übergabe der Fabrik ausgesetzt blieb, ein empfindliches Übel für die Aktiengesellschaft geblieben wäre, nicht geeignet erscheinen können, von der Verantwortung für die Nichtberücksichtigung eines Verdachtes der Arglist zu entlasten, zumal es sich bei der Schadenserfajspflicht der Beklagten insbesondere gerade darum handeln dürfte, nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, ob nicht schon die nachdrückliche Geltendmachung eines erheblich fundierten Vorwurfes der Arglist den Gründern gegenüber diese zu einem erheblichen Nachlasse am Preise, an dem es sich alsdann in Berücksichtigung der Sachlage Beklagte hätten genügen lassen dürfen, auch wenn solcher Nachlaß nicht das ganze eventuell nachweisbare Übermaß deckte, bestimmt haben würde.

Freilich aber bedurfte es, um wegen des Eintrittes oder Bekanntwerdens bestimmter Thatsachen die Unterlassung der Geltendmachung von Einwendungen aus der Arglist den Beklagten als Verschulden anzurechnen, des Eintrittes oder Bekanntwerdens solcher Thatsachen, welche entweder schon für sich oder doch in Verknüpfung mit durch dieselben nahe gelegten, nicht weit aussehenden Ermittlungen den dringenden Verdacht solcher Arglist begründeten. Es kann nicht übersehen werden, daß die Gesellschaft, die durch Verfolgung eines auftauchenden Verdachtes geschützt werden soll, andererseits durch Erhebung eines Konfliktes mit den Gründern, insolge dessen die Übergabe der Fabrik zur vorgesehenen Zeit unterblieb, auf bloße Vermutungen hin, die sich nachher als unbegründet herausstellen konnten, oder auf ein Material hin, dessen tatsächliche Würdigung im Sinne solcher Arglist unsicher war, auf das Empfindlichste geschädigt werden konnte, und daß dieser Schaden nicht bloß die Gründer als die ersten Erwerber der 300 000 *M* Aktien, sondern, da die Emission dieser Aktien sowie überschießender 100 000 *M* und der Prioritätsobligationen bald nach Errichtung der Gesellschaft in vollen Gang gekommen war, auch andere Aktienerwerber und die Obligationenerwerber getroffen haben würde.“ . . .

(Es wird sodann ausgeführt, daß gewisse, von der Klägerin behauptete Thatsachen in dieser Richtung noch der Prüfung bedürften.)