

8. Bedeutung der Zusicherung einer „Konfortialbeteiligung“ mit Beziehung auf die beabsichtigte Gründung einer Aktiengesellschaft.

I. Zivilsenat. Ur. v. 10. März 1900 i. S. H. u. B. (Bekl.) w. N. (Kl.).  
Rep. I. 478/99.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Geklagt war auf Grund eines Reverseß, den der Beklagte H. unter dem 13. September 1895 namens der Firma W. A. B. & Co. dem Kläger ausgestellt hatte. Unter dieser Firma bestand zur angegebenen Zeit eine inzwischen (5. Juli 1897) in eine Aktiengesellschaft umgewandelte offene Handelsgesellschaft. Deren alleinige Inhaber waren damals und bis zuletzt die beiden Beklagten.

In einem am 10. Oktober 1895 zwischen den beiden Beklagten und dem Dr. K. abgeschlossenen Vertrage war bemerkt, W. und H. (die Beklagten) seien die Inhaber, und Dr. K. sei stiller Gesellschafter der

Firma W. A. B. & Co.; diese Firma habe sich durch notariellen Vertrag vom 13. September 1895 mit A. D. und S. N. (Kläger) zur Herstellung von Akkumulatoren für Frankreich und Belgien in der Art vereinigt, daß die Firma W. A. B. & Co. stille Gesellschafterin an dem von D. zu errichtenden Handelsgeschäft werde. Weiter bestimmt dann dieser Vertrag vom 10. Oktober 1895, daß die Beteiligung der Firma W. A. B. & Co. an jenem Unternehmen ausschließlich für Rechnung von S. und Dr. K. geschehe.

Der Kläger hatte früher Akkumulatoren-Patente für Frankreich und Belgien von B. erworben. Diese Patente brachte er in die D.'sche Gesellschaft ein; und ihm dafür ein Entgelt zu gewähren war der Zweck des eingangs erwähnten Reverses vom 13. September 1895, der folgenden Inhalt hatte:

„Herrn S. N.

hier.

Sie haben in die Gesellschaft A. D. & Co. zu Paris das s. Z. von Herrn B. erworbene belgische und französische Patent ohne Aufschlag eingebracht.

Als Entgelt dafür gewährleisten wir Ihnen, daß, wenn während der Dauer des heute abgeschlossenen Vertrages, d. h. bis zum 1. Oktober 1907, unsere Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, Ihnen auf Ihr Verlangen eine Konjortialbeteiligung in Höhe von einhunderttausend Mark nom. zu den Originalbedingungen des die Aktien übernehmenden Konsortiums gewährt wird.

Berlin, den 13. September 1895.

(gez.) W. A. B. & Co.

durch E. S.“

Am 26. Mai 1897 wurde dann zwischen den Beklagten und dem Bankhause B. & S. in Frankfurt a./M. ein schriftlicher Vertrag geschlossen, in dessen Eingang bemerkt war, daß B. und S. als Inhaber der offenen Handelsgesellschaft „W. A. B. & Co.“ in Berlin und der Zweigniederlassung in A. „Süddeutsche Elektrizitätsgesellschaft A., W. A. B. & Co.“ beabsichtigten, die unter diesen Firmennamen betriebenen Geschäfte einer zu errichtenden Aktiengesellschaft zu übertragen, und zu diesem Zwecke mit dem Bankhause B. & S. folgende Vereinbarung getroffen hätten. Von den Bestimmungen dieser Vereinbarung interessieren hier folgende.

Unter I war zunächst bestimmt, daß B. & H. in Gemeinschaft mit der Firma Bz. & H<sub>z</sub>. und den Firmen, welche letztere zuzuziehen für gut finden werde, eine Aktiengesellschaft mit dem Sitze in Berlin errichten würden, ferner u. a., daß das Grundkapital der Gesellschaft auf den Betrag von 3 000 000 *M* festgesetzt werden solle, eingeteilt in 1500 Stück auf den Inhaber lautende voll eingezahlte Aktien, zu 1000 *M* jede, und 1500 Stück auf den Namen lautende Interimsaktien, zu 1000 *M* jede, welche vorerst nur mit 25 Prozent eingezahlt sein sollten.

Nach den Bestimmungen unter II sollten die Beklagten bei Umwandlung ihrer Geschäfte in eine Aktiengesellschaft für ihre Einlage 1246 Stück Aktien erhalten.

Unter IV hieß es: „Die Herren Bz. & H<sub>z</sub>. und ihre Freunde werden die zur vollständigen Aufbringung und Deckung des Grundkapitals verbleibenden 1754 Stück Aktien im Nominalbetrage von 1 754 000 *M* bei der Gründung zeichnen, zu pari übernehmen, 254 Stück Aktien voll einzahlen und weitere 1500 Stück Aktien mit 25 Prozent einzahlen.“

Unter VIII: „Die Gründung der Gesellschaft nach den Bestimmungen dieser Vereinbarung vorausgesetzt, werden die Herren Bz. & H<sub>z</sub>. alsbald nach Erscheinen der definitiven Aktientitel von den Herren B. und H. 646 Stück Aktien zum Kurse von 132 Prozent zuzüglich vier Prozent Stückzinsen vom 1. Januar 1897 übernehmen und beziehen, zahlbar komptant bei Übernahme. — Die Herren B. und H. räumen dem Bankhause Bz. & H<sub>z</sub>. die Option auf weitere 400 Stück zum Kurse von 157 Prozent bis zum Ablauf von 6 Monaten nach Genehmigung der Bilanz des ersten Geschäftsjahres der Gesellschaft ein.“

Nach der Feststellung des Berufungsgerichtes wurde die Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von 3 000 000 *M* gegründet, und wurden laut des Gesellschaftsvertrages von den Beklagten 1246 Aktien in Anrechnung auf ihre Einlage „übernommen“, von den übrigen Gründern zusammen 1754 Aktien „gezeichnet und übernommen“.

Demnächst überließen Bz. & H<sub>z</sub>., nachdem inzwischen die zuletzt erwähnten 1754 Aktien sämtlich voll eingezahlt worden waren, dem Kläger 100 Aktien zum Kurse von 132 Prozent plus Zinsen. Er

zahlte dafür 135 544,45 *M.*, behielt sich dabei aber sowohl Bz. & H. wie den Beklagten gegenüber seine weiteren Rechte vor.

Der Kläger vertrat nun in seiner Klage mit Rücksicht auf den Inhalt des Reverses vom 13. September 1895 und die Bestimmungen des erwähnten Vertrages vom 26. Mai 1897 die Meinung, daß ihm die Beklagten, da das von Bz. & H. geleitete Konsortium 2400 Aktien, und zwar 1754 Stück zu pari, 646 Stück zum Kurse von 132 Prozent, übernommen habe, eine dementsprechende Konfortialbeteiligung zu gewährleisten hätten. Er forderte demgemäß von den Beklagten die Differenz zwischen demjenigen, was er für die ihm überlassenen 100 Aktien gezahlt hatte, und demjenigen, was er nur hätte zu zahlen brauchen, wenn ihm  $\frac{1}{24}$  von 646 Aktien zum Kurse von 132 Prozent und von 1754 Aktien zum Pariturse überlassen worden wäre.

Das Landgericht verurteilte die Beklagten der Klage gemäß, und die Berufung hatte nur den Erfolg, daß die vom Kläger geforderte Summe wegen eines Fehlers in seiner Berechnung um etwas herabgesetzt wurde.

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

#### Gründen:

„Bei der Auslegung des Reverses vom 13. September 1895 hat man sich zunächst gegenwärtig zu halten, daß die Errichtung einer Aktiengesellschaft tatsächlich fast stets entweder im Wege der Simultangründung, oder, wenn etwa im Wege der Successivgründung, doch so erfolgt, daß zu den wenigen Gründern nur wenige Zeichner von Aktien hinzutreten, wovon dann die Folge ist, daß sich für die Überleitung von Aktien an das große Publikum ein Konsortium zu bilden pflegt. Begrifflich zu unterscheiden von einem solchen Begebungskonsortium, wenn auch vielfach aus denselben Personen bestehend, ist das Gründerkonsortium, dessen Teilnehmer sich zu dem Ende verbinden, die Errichtung der Aktiengesellschaft ins Werk zu setzen. Der Revers spricht von dem „die“ Aktien „übernehmenden“ Konsortium. Im Sinne des Gesetzes werden Aktien „übernommen“ von den Gründern der Aktiengesellschaft, alle Aktien bei der Simultangründung (Artt. 209, 209d *H.G.B.*), ein Teil der Aktien bei der Successivgründung (Art. 209e *H.G.B.*). Eine Zeichnung von Aktien im eigentlichen Sinne des Wortes findet nur statt bei der Successivgründung.

Daraus könnte gefolgert werden, daß mit dem die Aktien übernehmenden Konsortium des Reverses das Gründerkonsortium gemeint war, und demnach dem Kläger für den Betrag von 100 000 *M* Aktien die gleichen Rechte, wie sie die Gründer haben würden, gewährleistet werden sollten. Unbestritten ist indes bei den der Ausstellung des Reverses vorausgegangenen Verhandlungen, an denen neben den Parteien auch der damals an der Firma W. A. B. & Co. als stiller Gesellschafter beteiligte Dr. R. teilgenommen hat, das Verlangen des Klägers, 100 000 *M* Aktien *al pari* zu erhalten, abgelehnt worden. Mit Recht hat der als Zeuge vernommene Dr. R. dieses Verlangen dahin aufgefaßt, daß der Kläger bei der Gründung der Aktiengesellschaft mit 100 000 *M* Aktien beteiligt sein wollte. Die erfolgte Ablehnung des Verlangens stellt somit außer Zweifel, daß man bei der Ausstellung des Reverses mit dem Konsortium nicht das Gründerkonsortium im Auge hatte. Alsdann scheint nur übrig zu bleiben, daß die Sache so gedacht war, daß die zur Begebung an das Publikum bestimmten Aktien einem Konsortium zu einem bestimmten Annahmekurse überlassen werden würden, und dem Kläger freistehen sollte, von diesen Aktien 100 Stück zu demselben Kurse für sich zu erwerben. Damit rechtfertigt sich aber nicht die von den Beklagten vertretene Auffassung über den Umfang ihrer Verpflichtung, und noch weniger läßt sich daraus die von der Revision angeedeutete Folgerung ziehen, daß es für den Fall, wenn ein Begebungskonsortium die zu begebenden Aktien teils übernahm, teils kaufte, an einer Verpflichtung der Beklagten überhaupt gefehlt habe. Aus dem seinem Wortlaute nach diesen Fall keineswegs ausschließenden Revers ergibt sich klar, daß das Gewährleistungsversprechen der Beklagten ein bedingtes nur insofern sein sollte, als es von dem Zustandekommen einer Umwandlung der Firma W. A. B. & Co. in eine Aktiengesellschaft abhängig gemacht wurde. Als die alleinigen Inhaber dieser Firma hatten die Beklagten es in der Hand, die Errichtung der Aktiengesellschaft nur in der Weise stattfinden zu lassen, daß die von den Gründern übernommenen Aktien, soweit sie zum Gegenstand einer Emission gemacht werden sollten, einem Konsortium zu einem bestimmten Kurse überlassen würden, und man dabei dem Konsortium die Verpflichtung auferlegte, 100 Aktien zu dem gleichen Kurse wiederum dem Kläger zu überlassen. Thaten die Beklagten das nicht, machten

sie vielmehr die zur Emission bestimmten Aktien einem Begebungskonsortium in anderer Weise zugänglich, dann müssen sie sich gefallen lassen, daß der Inhalt der von ihnen übernommenen Gewährleistungspflicht der von ihnen selbst geschaffenen veränderten Sachlage angepaßt wird.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichtes ist nun die Gründung der Aktiengesellschaft eine Simultangründung gewesen, die am 5. Juli 1897 stattgefunden hat. Vorhergegangen war der Vorgründungsvertrag vom 26. Mai 1897, inhalts dessen, wenn zunächst von dem Optionsrecht abgesehen wird, die Beklagten für ihre Einlage 1246 Aktien erhalten, Bs. & Hg. 1754 Aktien „zeichnen und zu pari übernehmen“ (richtiger: übernehmen), außerdem aber Bs. & Hg. berechtigt und verpflichtet sein sollten, von den Aktien der Beklagten diesen 646 Stück zum Kurse von 132 Prozent abzunehmen. Aus dem Vertrage ist zugleich ersichtlich, daß Bs. & Hg. für Rechnung eines entweder schon gebildeten, oder doch in der Bildung begriffenen Konsortiums handelten. Thatsächlich wurden mithin diesem Konsortium 2400 Aktien zum Durchschnittskurse von etwa 108,61 Prozent zur Verfügung gestellt, während die Beklagten für ihre Einlage 800 Aktien und 852720  $\mathcal{M}$  bar (Preis für die ihnen abzunehmenden 646 Aktien) erhalten sollten. Zu dem gleichen Ergebnis würde es geführt haben, wenn etwa der Vertrag bestimmt hätte, daß die Beklagten für ihre Einlage 923 Aktien erhalten, Bs. & Hg. (für das Konsortium) 2077 Aktien übernehmen, zugleich aber berechtigt und verpflichtet sein sollten, den Beklagten von ihren Aktien 323 Stück zum Kurse von 264 Prozent abzunehmen. Mit demselben Recht, mit welchem die Beklagten jetzt den Kläger auf den Erwerb von 100 Aktien zum Kurse von 132 Prozent glauben verweisen zu können, hätten sie dann behaupten dürfen, daß sie ihrer Verpflichtung genügten, wenn sie dem Kläger ermöglichen, 100 Aktien zum Kurse von 264 Prozent zu erwerben. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, in welchen Rechtsformen dem Bs.-&-Hg.'schen Konsortium die 2400 Aktien zugänglich gemacht wurden. Ein objektiver, von der Willkür der Beklagten unabhängiger Maßstab für das, was sie dem Kläger zu gewährleisten hatten, war allein mit dem sachlichen Inhalte des Vorgründungsvertrages gegeben. Die Revision hat auszuführen versucht: auf den Inhalt des Vorgründungsvertrages komme es überhaupt nicht an, sondern auf den

Inhalt des Gründungsvertrages; nach diesem seien von den Beklagten 1246 Aktien in Anrechnung auf ihre Einlage, von W., dem alleinigen Inhaber der Firma W. & H., nur 1500, von E., dem Direktor der Bank für industrielle Unternehmungen, 246, von R. 6 Aktien, endlich von C. N. eine Aktie, und von den beiden Beklagten noch je eine Aktie übernommen worden; aus dem Gründungsvertrage ergebe sich also nichts von einem Konfortium, das 1754 Aktien übernommen habe. Es ist indes nicht einzusehen, was damit für den von den Beklagten eingenommenen Standpunkt gewonnen sein soll. Allerdings stimmt der Inhalt des Gesellschaftsvertrages vom 5. Juli 1897, soweit ihn das Berufungsgericht feststellt, mit dem Angeführten überein. Das Berufungsgericht hat jedoch auch festgestellt, daß sich zur Begebung von 2400 Aktien ein Konfortium aus dem Bankhause W. & H., dem Bankhause v. R. & Co. (Inhaber Dr. R.) und der Bank für industrielle Unternehmungen, gebildet hat, und daß diesem Konfortium — neben den den Beklagten abgenommenen 646 Aktien — diejenigen 1754 Aktien zur Verfügung gestanden haben, die W. & H. nach dem Vorgründungsvertrage übernehmen sollten. Demgegenüber ist es belanglos, welche Personen, und für welche Aktienbeträge diese Personen bei der Errichtung der Aktiengesellschaft als Gründer aufgetreten sind. Von Bedeutung könnte es höchstens sein, wenn etwa das Bankhaus W. & H. den beiden anderen Mitgliedern des Konfortiums für den Erwerb der Aktien ungünstigere Bedingungen auferlegt hätte, als sie ihm selbst durch den Vorgründungsvertrag gewährt worden waren. Eine dahingehende Behauptung haben indes die Beklagten gar nicht aufgestellt, und das Berufungsgericht hatte daher keine Veranlassung, mit jener Möglichkeit zu rechnen. Überdies hat der Zeuge Dr. R. bekundet, daß er seine Aktien unter denselben Bedingungen erhalten habe, unter welchen W. & H. sie erworben hatten. Von der Revision ist freilich darauf verwiesen worden, eine von Dr. R. für seine Aktien gewährte Gegenleistung liege noch darin, daß von ihm auf das Vorkaufsrecht verzichtet worden sei, das ihm bezüglich der Geschäfte der Firma W. A. B. & Co. zugestanden habe. Dies kann aber als zutreffend nicht anerkannt werden. Ohne den Verzicht war es überhaupt nicht möglich, die Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen. Wenn also Dr. R., anstatt von dem Vorkaufsrecht Gebrauch zu machen und die Geschäfte der Firma W. A. B. & Co. selbst zu

übernehmen, es vorzog, die Firma in eine Aktiengesellschaft umwandeln zu lassen und sich als Aktionär an dieser Gesellschaft zu beteiligen, so kann nicht wohl davon die Rede sein, daß er durch seinen Verzicht der Firma B. & H. für die ihm überlassenen Aktien eine Gegenleistung gewährte.

Hinfällig ist auch die Revisionsbeschwerde, das Berufungsgericht habe mit Unrecht den darüber dem Kläger zugeschobenen Eid für unerheblich erklärt, daß bei den Verhandlungen über die Ausstellung des Reverses dem Kläger nur zugesagt sei, daß er 100 000 *M* Aktien der von den Beklagten zu zeichnenden (richtiger: zu übernehmenden) Aktien zu demselben Kurse kaufen könne, wie das die Aktien den Beklagten abnehmende Konsortium."

(Es wird dann ausgeführt, daß das Berufungsgericht den Gegenbeweis ohne Gesetzesverletzung für geführt erachtet habe.)

„Nicht verkannt werden kann überdies, daß der behauptete Vertragsinhalt, wonach sich das Gewährleistungsversprechen nur auf die von den Beklagten zu übernehmenden Aktien, soweit sie zum Gegenstand eines Verkaufes gemacht werden würden, bezogen hätte, unvereinbar ist mit der Fassung des Reverses.

Dem allem nach ist dem Berufungsgerichte darin beizutreten, daß der Kläger den Bedingungen des Vorgründungsvertrages gemäß berechtigt war, zu verlangen, daß ihm  $\frac{1}{24}$  von 1754 Aktien zum Parikurse und  $\frac{1}{24}$  von 646 Aktien zum Kurse von 132 Prozent überlassen würden. Die im Vorgründungsvertrage der Firma B. & H. eingeräumte Option auf 400 Aktien zum Kurse von 157 Prozent kann zu einer Einschränkung der Berechtigung des Klägers jedenfalls deshalb nicht führen, weil, wie feststeht, das Optionsrecht nicht für das Konsortium ausgeübt worden ist." . . .