

## DIE SCHEINEINZAHLUNG VON AKTIEN

**Prof. Dr. iur. Peter Jäggi**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 48. Jahrgang (1952), S. 297-306. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 387 ff.

### I

[297] Immer wieder kommt es vor, daß bei der Bargründung einer Aktiengesellschaft Aktien nur zum Schein liberiert werden<sup>1</sup>. Die *Grundform* dieses Tatbestandes kann wie folgt umschrieben werden: Ein Gründeraktionär<sup>2</sup> (der Scheineinzahler) nimmt eine Zahlung an die Depositenstelle vor, wobei er erklärt, er liberiere damit seine Aktie(n). Nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und der Aushändigung der hinterlegten Einzahlungen an die Verwaltung zahlt ihm die Gesellschaft den "liberierten" Betrag zurück. Zahlung und Rückzahlung stützen sich auf eine zum voraus getroffene Abrede zwischen dem Scheineinzahler und einem Mitaktionär, der nach der Gründung namens der Gesellschaft die Rückzahlung vornimmt<sup>3</sup>.

Im folgenden wird versucht, die Scheineinzahlung rechtlich zu qualifizieren (II) und die Rechtswirkungen zu skizzieren, die sich bei ihr gesellschaftsrechtlich (III) und unter dem Gesichtspunkt der Gründerhaftung (IV) ergeben. Vorweg ist klarzustellen:

1. Der Nahzweck der Scheineinzahlung besteht in der Erwirkung einer sie berücksichtigenden Liberierungsbescheinigung der Depositenstelle, ihr *Endzweck* in der Gründung einer AG von bestimmtem Grundkapital ohne wirkliche Leistung der vom Gesetz geforderten Mindesteinzahlung oder der in den Statuten vorgesehenen und im Handelsregister einzutragenden höhern

<sup>1</sup> Vgl. den Tatbestand von BGE 76 II 307. Um "die bloße formelle Einzahlung beim Gründungsakt und sofortige Rücknahme des Geldes" zu erschweren, hat der Gesetzgeber die Einzahlung bei einer Depositenstelle vorgeschrieben (Sten.Bull. NR 1934 S. 263; vgl. dazu Sten.Bull. StR 1934 S. 274, und *Henggeler*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen schweiz. Aktienrecht, Zürich 1937, S. 29).

<sup>2</sup> Hier wie im folgenden wird einzig die Simultangründung in Betracht gezogen.

<sup>3</sup> In den *praktischen Erscheinungsformen* der Scheineinzahlung kann die Grundform etwa wie folgt abgewandelt sein: 1. An der Abrede wirken mehrere (vielleicht alle) Aktionäre als Scheineinzahler oder auf Seite der Gesellschaft mit; oder es ist umgekehrt der Scheineinzahler mit dem Gesellschaftsvertreter identisch. 2. Der Scheineinzahler leistet nicht an die Depositenstelle, sondern an eine Mittelsperson (Zahlstelle, Mitgründer), welche die Zahlung zusammen mit den übrigen Zahlungen, die zur scheinbaren oder wirklichen Einzahlung des Grundkapitals geleistet werden, an die Depositenstelle weiterleitet. In diesem Fall wird der Depositenstelle gewöhnlich nur erklärt, daß der Gesamtbetrag zur Liberierung diene, nicht aber, in welcher Weise er von den einzelnen Gründern oder für deren Rechnung einbezahlt wurde. 3. Ein Dritter (Mit- oder Nichtaktionär) leiht dem Scheineinzahler das zur Scheineinzahlung benötigte Geld (vielleicht in der Weise, daß er selber die Zahlung an die Depositenstelle oder die Mittelsperson vornimmt) und erhält nach der Gründung das Darlehen zurück (vom Scheineinzahler oder unmittelbar von der Gesellschaft; vgl. die instruktiven Tatbestände in BGE 76 II 307 ff. und BIZR Bd. 27 N. 133). 4. Ein Dritter zahlt für Rechnung eines Aktionärs (z. B. des "Strohmannes", der für ihn fiduziarisch Aktien übernehmen soll) den von diesem geschuldeten Betrag ein und vereinbart ohne dessen Wissen mit einem Gesellschaftsvertreter, daß die Zahlung nach der Gründung an ihn (den Dritten) zurückerstattet werden solle. – Im Text wird einzig die Grundform berücksichtigt.

Gründungseinzahlung. Dieser Endzweck erfordert eine zweite Unlauterkeit: Die Gründer stellen in ihrer Liberierungserklärung (Art. 638 Abs. 2 Ziff. 2 OR) die Scheineinzahlung unwahrerweise als wirkliche Einzahlung hin<sup>4</sup>,<sup>5</sup>. Scheineinzahlung und unwahre [298] Liberierungserklärung bilden die Hauptelemente eines Gesamtvorganges, der als *Bargründung mit verschleierter Nichtliberierung* bezeichnet werden kann<sup>6</sup>.

2. Die Scheineinzahlung kann verbunden sein mit einer Simulation der Zeichnung. Eine solche liegt dann vor, wenn der Scheineinzahler (für alle oder einzelne Mitgründer erkennbar) gar nicht den Willen hat, die Aktie(n), die er zu übernehmen erklärt, jemals zu liberieren. Diese Komplikation kann hier außer acht gelassen werden. Denn eine simulierte Zeichnung hat aktienrechtlich dieselbe Wirkung wie eine ernstgemeinte<sup>7</sup>. Eine besondere Wirkung äußert sie höchstens im Verhältnis der Gründer unter sich, das aktienrechtlich unerheblich ist.

## II

1. Zur Prüfung der *Rechtsnatur* der Scheineinzahlung sind vorerst die einzelnen Elemente des Tatbestandes auseinanderzuhalten:

a) Das wichtigste Element bildet das zeitlich erste, die *Abrede der Scheineinzahlung*<sup>8</sup>. Parteien sind der Scheineinzahler und die zu gründende, durch einen Gründer vertretene Gesellschaft<sup>9</sup>. Die Abrede hat folgenden Inhalt: Der Scheineinzahler erklärt, er werde an die Depositenstelle für Rechnung der Gesellschaft eine bestimmte Zahlung leisten und diese zum einzigen Zweck der Erwirkung der Liberierungsbescheinigung als Liberierung seiner Aktie(n) bezeichnen. Die Gesellschaft erklärt, sie werde diese Zahlung sogleich nach der Gründung zurückerstatten<sup>10</sup>.

b) Das zweite Element besteht in der *Zahlung des Scheineinzahlers an die Depositenstelle*<sup>11</sup>. Sie ist begleitet von einer Erklärung<sup>12</sup> des Scheineinzahlers von doppeltem Inhalt: In erster Linie erklärt der Scheineinzahler, er zahle *für Rechnung der Gesellschaft*. Damit gibt er den Rechtsgrund der Zahlung an, soweit sein Verhältnis zur Depositenstelle in Frage steht<sup>13</sup>. Der Rechtsgrund besteht

<sup>4</sup> Möglicherweise geben einige (niemals aber alle) Gründer die unwahre Erklärung irrtümlich ab, getäuscht von den an der Scheineinzahlungsabrede beteiligten Mitgründern.

<sup>5</sup> Umgekehrt kann der genannte Endzweck ohne Scheineinzahlung erreicht werden, wenn die Depositenstelle wissentlich eine Falschbeurkundung vornimmt. Von diesem Fall wird hier abgesehen.

<sup>6</sup> Zur Unterscheidung von der verschleierte Apportgründung. Bei dieser wird eine Bargründung vorgetäuscht – regelmäßig ebenfalls durch eine Scheineinzahlung im dargestellten Sinne –, während in Wirklichkeit eine Sacheinlage eingebracht wird; im Gegensatz zur Bargründung mit verschleierter Nichtliberierung findet also immerhin eine Liberierung statt, nur nicht eine von der kundgegebenen Art. Im folgenden wird die Scheineinzahlung insoweit, als ihr Endzweck in der Verschleierung einer Apportgründung besteht, außer acht gelassen, da ihre Rechtswirkungen wesentlich andere sind als bei einer Bargründung.

<sup>7</sup> BGE 64 II 281; *Wieland A.*, Die verschleierte Apportgründung, Basel 1949, S. 26 f.

<sup>8</sup> Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden.

<sup>9</sup> Daß die Gesellschaft noch nicht besteht und der für sie handelnde Gründer zu diesem Handeln nicht befugt ist, kann hier außer acht gelassen werden, da einzig ein Tatbestand (das Handeln namens der Gesellschaft und der Inhalt der Abrede) zu beschreiben ist. Über die Rechtsfolgen dieses Tatbestandes vgl. hienach sub III, 2. Im Einzelfall wird unter den Beteiligten kaum ausdrücklich von einem Handeln namens der Gesellschaft die Rede sein. Aber ein solches Handeln liegt zwangsläufig immer vor, wenn eine nach der Gründung im Namen der Gesellschaft vorzunehmende Handlung (z. B. eine Zahlung aus Gesellschaftsmitteln) verabredet wird.

<sup>10</sup> Eine Abrede in diesem Sinn liegt auch dann vor, wenn die Parteien die Zahlung an die Depositenstelle intern ebenfalls als Liberierung bezeichnen, aber darüber einig sind, daß die "Liberierung" sogleich nach der Gründung rückgängig gemacht werden soll. Denn auch in diesem Fall ist keine Liberierung im Rechtssinn gewollt. Für den Beweis der Scheineinzahlungsabrede kommt es daher nicht so sehr auf die verwendeten Ausdrücke als darauf an, ob die sofortige Rückzahlung nach der Gründung vereinbart wurde.

<sup>11</sup> Sie wird durch Übereignung von Geld oder bargeldlos durch Verschaffung eines Guthabens vorgenommen.

<sup>12</sup> Sie wird ausdrücklich oder stillschweigend, direkt oder über eine Mittelsperson (Zahlstelle) abgegeben.

<sup>13</sup> Eine Erklärung des Zahlenden über den Rechtsgrund und eine Einigung hierüber mit dem Empfänger ist bei jeder Zahlung notwendig; v. *Tuhr/Siegwart* § 55, V.

einzig darin, daß die Depositenstelle Mittelsperson der Gesellschaft ist und daher durch die Entgegennahme der Zahlung verpflichtet wird, das Empfangene der Gesellschaft zur (späteren) freien Verfügung zu halten. Die Zahlung an die Depositenstelle ist somit mittelbar eine Zahlung an die Gesellschaft<sup>14</sup>. Eine selbständige Rechtsbeziehung zwischen Scheineinzahler und Depositenstelle besteht nicht<sup>15</sup>. Sodann erklärt der Scheineinzahler, die Zahlung diene *zur Liberierung* seiner Aktie(n). Damit äußert er sich über den Rechtsgrund seiner (mittelbaren) Zahlung an die Gesellschaft. Diese Äußerung hat notwendigerweise zwei Adressaten: Sie ist mittelbar an die Gesellschaft gerichtet, da diese als endgültige Empfängerin der Zahlung über deren Rechtsgrund unterrichtet sein muß<sup>16</sup>. Sie richtet sich aber auch an die Depositenstelle, nicht zwar deshalb, weil diese Mittelsperson der Gesellschaft ist (denn der Empfänger einer Zahlung für fremde Rechnung braucht über deren [299] Rechtsgrund im Verhältnis des Zahlenden zum mittelbaren Empfänger nicht unterrichtet zu sein), wohl aber darum, weil die Depositenstelle in ihrer Bescheinigung den Rechtsgrund der Zahlung an die Gesellschaft anzugeben hat und ihn aus diesem Grunde kennen muß. Denn in der Bescheinigung ist zu erklären, daß Zahlungen "auf jede Aktie", also zur Liberierung (und nicht aus einem andern Grunde) geleistet wurden (Art. 638 Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 639; deutlicher Art. 635 Abs. 2).

c) Das letzte Element besteht in der *Zahlung*, welche die Gesellschaft *nach der Gründung* an den Scheineinzahler vornimmt. Auch sie ist von Äußerungen über den Rechtsgrund begleitet. Die zwei Beteiligten sind sich darüber einig, daß mit der Zahlung die auf Grund der Scheineinzahlungsabrede an die Depositenstelle geleistete Zahlung zurückerstattet wird.

2. Die dargestellten Tatbestandselemente lassen sich unschwer in die bekannten Kategorien des *Simulationsrechtes* einreihen<sup>17</sup>:

a) Die Erklärung des Scheineinzahlers über die Liberierung weist insofern, als sie an die Gesellschaft gerichtet ist (hievore sub 1, b), alle Merkmale eines *Scheingeschäftes* (Außengeschäftes) auf (vgl. BGE 72 II 155): Der Scheineinzahler als Erklärender und die Gesellschaft als (mittelbare) Erklärungsempfängerin sind sich bei der Abgabe bzw. beim Empfang der Erklärung darüber einig, daß der Geschäftswille (der Wille zur Liberierung) nur erklärt wird, um einen die Erklärung wahrnehmenden Dritten (die Depositenstelle) zu täuschen und daß daher die Rechtsfolgen, die der Erklärung an sich entsprechen (die Liberierung mit ihren Einzelwirkungen), nicht eintreten sollen. Diese Einigung stützt sich auf die Scheineinzahlungsabrede. Diese stellt also insofern, als darin die Liberierungserklärung vorgesehen wird (hievore sub 1, a), eine *Simulationsabrede* dar.

Indessen sind zwei Besonderheiten festzuhalten: Das Scheingeschäft besteht in einer *einseitigen* Erklärung (die allerdings als Erklärung über den Rechtsgrund einer zustimmenden Gegenerklärung ruft), während der Regelfall eines Scheingeschäftes in zwei vertragsmäßigen Scheinerklärungen erblickt wird (so in Art. 18 Abs. 1 OR, BGE 71 II 99 und 72 II 281 sub c). Doch ist unbestritten, daß das Scheingeschäft auch in einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung bestehen kann<sup>18</sup>.

Sodann wird die simulierte Erklärung nicht nur, wie dies die Regel ist, *vor* dem zu täuschenden Dritten, sondern zugleich *an* diesen Dritten abgegeben (hievore sub 1, b). Als Erklärung an die Depositenstelle ist sie aber kein Scheingeschäft im simulationsrechtlichen Sinn, sondern einfach eine unwahre Aussage über den Rechtsgrund der Zahlung im Verhältnis

<sup>14</sup> Vgl. v. Tuhr/Siegwart S. 191 und 193.

<sup>15</sup> Dadurch unterscheidet sich die Scheineinzahlung vom Fall, da sich die Depositenstelle selber an der Finanzierung der Gründung beteiligt und einem Aktionär den zu liberierenden Betrag kreditiert (und zwar ernsthaft, nicht zum Schein; vgl. Siegwart N. 13 zu Art. 633). In diesem Fall liegt eine Liberierung ohne Zahlung, bei der Scheineinzahlung eine Zahlung ohne Liberierung vor.

<sup>16</sup> Vgl. hievore N. 13.

<sup>17</sup> Vgl. dazu allgemein v. Tuhr/Siegwart § 35 III und Ehrenzeller, Die Simulation von Verträgen nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1951.

<sup>18</sup> v. Tuhr/Siegwart S. 265 f.

Scheineinzahler/Gesellschaft<sup>19</sup>.

b) Neben dem Scheingeschäft liegt ein *dissimuliertes Geschäft* vor. Es ist gerichtet auf die Zahlung zur Erwirkung der Liberierungsbescheinigung und auf die spätere Rückzahlung. Dieses Geschäft ist von den Simulanten wirklich gewollt, freilich nur deshalb, weil die Gründung anders nicht zu erreichen ist. Abgeschlossen wird es, als obligatorischer Vertrag, mit der Scheineinzahlungsabrede (hievon sub 1, a), die also nicht einzig die Bedeutung einer Simulationsabrede hat. Erfüllt wird das Geschäft durch die Vornahme der Zahlung und Rückzahlung. Je nach der Interessenlage handelt es sich um einen Zahlungsauftrag, ein Darlehen oder eine einfache Gesellschaft. Dabei ist zu beachten: Dissimuliert im unmittelbaren Sinn ist nicht das dargestellte Gesamtgeschäft, sondern nur das erste der beiden Erfüllungsgeschäfte: Indem der Scheineinzahler unwahrerweise erklärt, die Zahlung an die Depositenstelle diene zur Liberierung, verheimlicht er, daß sie in Wirklichkeit nur in Erfüllung der Scheineinzahlungsabrede vorgenommen wird. Daraus geht zugleich hervor, daß sich die Dissimulation, wie die Simulation, nur auf den Rechtsgrund der (mittelbaren) Zahlung an die Gesellschaft bezieht, nicht auf die Zahlung selbst. Diese ist wirklich gewollt (wenn auch nicht zum Zwecke der Liberierung, wie vorgetäuscht wird) und wird nicht verheimlicht (vgl. hienach sub c). Da nun in der erwähnten Dissimulation des Rechtsgrundes mittelbar eine Verheimlichung des gesamten von den Simulanten wirklich gewollten Geschäftes liegt (auch der Scheineinzahlungsabrede und der beabsichtigten Rückzahlung), kann dieses zwanglos als dissimuliertes Geschäft im Sinne der Simulationslehre aufgefaßt werden.

[300] c) Die Depositenstelle ist an der Scheineinzahlung nicht nur passiv beteiligt, als Opfer der Simulation, sondern auch aktiv, als Mittelsperson der Gesellschaft, die für diese eine Zahlung entgegennimmt (hievon sub 1, b). In dieser Eigenschaft tritt sie zum Scheineinzahler und zur Gesellschaft in Vertragsbeziehungen, die weder simuliert noch dissimuliert sind. Die Scheineinzahlung umfaßt somit auch simulationsrechtlich *indifferente Vorgänge*, die aber für ihre rechtliche Qualifizierung weiter nicht von Bedeutung sind.

3. Mit der Feststellung, daß die Scheineinzahlung zur Hauptsache aus einem Scheingeschäft und einem dissimulierten Geschäft besteht, werden andere rechtliche Qualifizierungen ausgeschlossen. Einmal liegt *keine Mentalreservation* vor. Zwar ist Gegenstand der Verheimlichung einzig der Rechtsgrund einer Zahlung, also nur die innere Bedeutung eines von allen Beteiligten wirklich gewollten Vorganges. Aber der verheimlichte Rechtsgrund ist nicht nur einem Einzigen bekannt. Er bildet den Inhalt von Willenserklärungen, nämlich der Scheineinzahlungsabrede. Dies genügt zur Ablehnung der Mentalreservation<sup>20</sup>. Zudem findet nachher eine Rückzahlung statt, die bei Annahme einer Mentalreservation nicht erklärt werden könnte.

Bei der Scheineinzahlung liegt auch *kein fiduziarisches Rechtsgeschäft* vor. Zwar erhält die Gesellschaft (die scheinbare Fiduziarin) durch die Leistung des Scheineinzahlers eine für diesen gefährliche Rechtsmacht. Der Scheineinzahler entäußert sich zu ihren Gunsten eines Vermögenswertes und ist daher ganz darauf angewiesen, daß sich die Gesellschaft an die Scheineinzahlungsabrede hält, wider die eigene Liberierungserklärung des Scheineinzahlers und in Nichtbeachtung ihres Anspruches auf Liberierung. Die vollständige Entäußerung entspricht aber der internen Interessenlage, die beim Scheineinzahler und der Gesellschaft besteht. Denn die

<sup>19</sup> Bei einer unwahren Aussage ist eine Simulation ausgeschlossen. Denn sie stellt eine Wissensklärung dar. Gegenstand der Simulation kann aber nur eine Willenserklärung sein, da das Scheingeschäft wesentlich in der Vortäuschung eines Geschäftswillens besteht (vgl. BGE 72 II 155). Eine Äußerung über den Rechtsgrund stellt insofern eine Willenserklärung dar, als sie an denjenigen gerichtet ist, mit dem eine Einigung über den Rechtsgrund zustandekommen muß. Das ist in casu (mit Bezug auf die Liberierung) einzig die Gesellschaft, nicht aber die Depositenstelle. Dieser ist die Rechtsbeziehung des Zahlenden zur Gesellschaft fremd, trotzdem sie die Zahlung als Mittelsperson entgegennimmt (vgl. im Text sub 1, b); daher ist die Erklärung des Scheineinzahlers an die Depositenstelle über den Rechtsgrund dieser Beziehung eine Wissens-, nicht eine Willenserklärung.

<sup>20</sup> Wenn der Scheineinzahler (oder sein Vertreter) zugleich namens der Gesellschaft handelt (hievon N. 3 Ziff. 1), so wird allerdings der wirkliche innere Wille über den Rechtsgrund nicht geäußert. Doch muß dieser Wille dann kraft der Vertretungsverhältnisse als zwei verschiedenen Beteiligten bekannt gelten, was zur Ablehnung der Mentalreservation ebenfalls genügt.

Liberierungsbescheinigung läßt sich nur dadurch erreichen, daß der Depositenstelle ein Betrag für Rechnung der Gesellschaft einbezahlt wird und daß diese (und nur sie) nach der Gründung frei darüber verfügen kann. Somit erhält die Gesellschaft keine über den Zweck des internen Rechtsverhältnisses hinausgehende Rechtsmacht. Wohl aber wird dieser Zweck schon mit der Gründung (und der Aushändigung der Einzahlungen an die Gesellschaft) erreicht, so daß die Gesellschaft nach der internen Abrede verpflichtet ist, die Zahlung sogleich nach der Aushändigung zurückzuerstatten. Diese Pflicht betrifft aber die *Beendigung* der internen Rechtsbeziehung und darf daher nicht verwechselt werden mit der *während* eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses bestehenden Pflicht des Fiduziars, die ihm eingeräumte überschießende Rechtsmacht nicht zu gebrauchen.

Die Scheineinzahlung stellt auch *keine Gesetzesumgehung* dar<sup>21</sup>. Allerdings wird bei ihr die Anwendung einer Norm erschlichen (und damit die Eintragung in das Handelsregister sowie der Erwerb der Persönlichkeit). Aber dies geschieht nicht auf dem Umweg, daß ein dem Normtatbestand (Liberierung) künstlich angeglicher Sachverhalt herbeigeführt und so die zweckwidrige Anwendung der Norm veranlaßt wird, sondern auf dem direkten Weg einer Gesetzesverletzung, nämlich dadurch, daß der Eintritt des gewöhnlichen Normtatbestandes vorgetäuscht wird.

### III

Hinsichtlich der *gesellschaftsrechtlichen Wirkungen* der Scheineinzahlung ist zu unterscheiden:

1. Auf die *Entstehung* und den *Bestand der Gesellschaft* ist die Scheineinzahlung ohne unmittelbaren Einfluß. Nach Art. 643 Abs. 2 erwirbt die Gesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister das Recht der Persönlichkeit, ohne Rücksicht darauf, daß der auf ihre Rechnung bei der Depositenstelle hinterlegte Betrag in Wirklichkeit ganz oder teilweise nicht zur Liberierung bezahlt wurde. Diese Rechtslage bleibt bestehen, wenn der zum Schein liberierte Betrag nach der Gründung zurückbezahlt wird.

Die Scheineinzahlung bildet aber einen Grund zur Auflösungsklage im Sinne von Art. 643 Abs. 3<sup>22</sup>. Doch ist dieses Rechtsmittel nur dann wirksam, wenn ein Klageberechtigter innert der Frist des Art. 643 Abs. 4 von der Rückerstattung an den Scheineinzahler Kenntnis erhält<sup>23</sup>.

2. Die Rechtslage im *Verhältnis des Scheineinzahlers zur Gesellschaft* ergibt sich aus allgemeinen Regeln des Obligationenrechts: Das [301] Scheingeschäft (hievon sub II, 2, a) ist nichtig (Art. 18 Abs. 1), das dissimulierte Geschäft (hievon sub II, 2, b) ebenfalls, zwar nicht aus einem simulationsrechtlichen Grunde, wohl aber wegen des widerrechtlichen Zweckes (Art. 20)<sup>24</sup>. Daraus folgt im einzelnen:

a) Im *Regelfall*, daß das dissimulierte Geschäft in allen Teilen vollzogen wird (also nach der Gründung die Rückzahlung stattfindet), ist dessen Nichtigkeit ohne Bedeutung. Denn nach der Abwicklung des Geschäftes besteht für alle Beteiligten ohnehin wieder die ursprüngliche Vermögenslage<sup>25</sup>. Bedeutsam ist nur die Nichtigkeit des Scheingeschäftes. Aus ihr ergibt sich, daß

<sup>21</sup> Vgl. Egger N. 38 ff. zu Art. 2 ZGB.

<sup>22</sup> Siegwart N. 14 zu Art. 643.

<sup>23</sup> Erhält ein Klageberechtigter von der Scheineinzahlungsabrede Kenntnis, bevor die Rückerstattung stattfindet, so kann er diese richterlich verbieten lassen (Art. 643 Abs. 3 Satz 2). Wird dem Verbot nachgelebt, so behält die Gesellschaft die Scheineinzahlung dauernd zurück, was einer Beseitigung des Gründungsmangels (fehlende Liberierung) gleichkommt. Ist damit der Auflösungsklage der Boden entzogen? Wohl nicht ohne weiteres, denn das Interesse an der Auflösung einer schwindelhaft gegründeten Gesellschaft kann bestehen bleiben.

<sup>24</sup> Wegen der Nichtigkeit beider Geschäfte braucht die Frage, welche Bedeutung das Handeln namens der Gesellschaft bei der Scheineinzahlungsabrede überhaupt haben kann (vgl. hievon N. 9), nicht weiter erörtert zu werden.

<sup>25</sup> Die Vermögenslage ist nur dann eine andere, wenn der Scheineinzahler ein Entgelt erhalten hat. Dessen Rückforderung ist durch Art. 66 OR ausgeschlossen.

der Scheineinzahler durch die Zahlung an die Depositenstelle die *Liberierungspflicht nicht erfüllt* und daher von ihr nicht befreit wird. Diese Zahlung ist also nicht etwa – entsprechend dem simulierten Willen – als Liberierung zu behandeln. Eine solche simulationsrechtliche Sonderbehandlung des Scheingeschäftes wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es (wie im Falle der simulierten Zeichnung, hievord sub I, 2) im Interesse der Gläubiger der AG läge, die Simulanten bei ihrer Erklärung zu behaften. Dies trifft aber nicht zu. Würde nämlich die Scheineinzahlung als wirkliche Einzahlung behandelt, so müßte die Rückzahlung an den Scheineinzahler folgerichtig als verbotene Rückerstattung der Aktionäreinlage aufgefaßt werden. Dann befände sich aber die Gesellschaft in einer ungünstigeren Lage als im Falle der Nichtliberierung. Denn gegen den Empfänger einer solchen Rückerstattung kann sie nur unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung vorgehen<sup>26</sup>, während sie die Erfüllung der Liberierungspflicht jederzeit ohne inhaltliche Beschränkung verlangen und bei Nichterfüllung die Aktie kaduzieren kann<sup>27</sup>.

b) Für den *Ausnahmefall*, daß sich die Gesellschaft nicht an die Scheineinzahlungsabrede hält und dem Scheineinzahler nichts zurückbezahlt, ist zunächst festzuhalten, daß das Depositum, das der Scheineinzahler leistet, trotz der Nichtigkeit des dissimulierten Geschäftes der Gesellschaft gehört. Zwar erfolgt die Leistung ohne gültigen Grund. Da sich aber ein Mangel im Rechtsgrund bei der Übereignung einer Geldsumme (bzw. bei der bargeldlosen Verschaffung eines Guthabens) nicht auswirken kann<sup>28</sup>, bewirkt die Leistung trotzdem, daß das Geleistete in das Vermögen der Gesellschaft übergeht (und demgemäß dem Zugriff der Gläubiger der Gesellschaft, nicht des Scheineinzahlers offensteht). Die Nichtigkeit des dissimulierten Geschäftes bewirkt daher zum vorneherein nur einen Bereicherungsanspruch des Scheineinzahlers. Aber auch diese Wirkung kommt nicht zur Geltung. Denn dem Bereicherungsanspruch steht auf jeden Fall der (sich aus der Nichtigkeit des Scheingeschäftes ergebende) Anspruch der Gesellschaft auf Liberierung entgegen, so daß der Scheineinzahler nie etwas zu fordern hat<sup>29</sup>.

## IV

Hinsichtlich der aktienrechtlichen *Verantwortlichkeit* ist soviel sicher, daß die Rückzahlung an den Scheineinzahler eine absichtliche Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 darstellt und daher die Haftung der namens der Gesellschaft handelnden Person(en) auslöst. Führt die Scheineinzahlung aber auch zu einer *Gründerhaftung* nach Art. 753? Die Frage ist bedeutsam, da Art. 753 einen weiteren Personenkreis erfaßt als Art. 754.

1. Mit Bezug auf die *Anwendbarkeit des Art. 753* ist festzuhalten, daß Art. 753 die Scheineinzahlung nicht erwähnt, desgleichen nicht den Gesamtatbestand der Bargründung mit verschleierter Nichtliberierung (hievord sub I, 2). Doch schließt der umfassende Normtatbestand von Art. 753 Ziff. 2 die Scheineinzahlung ein. Denn:

a) Die Bescheinigung der Depositenstelle enthält bei der Scheineinzahlung eine *unwahre Angabe*. Sie hält die Einzahlung "auf die Aktie" des Scheineinzahlers fest (oder allgemein eine Einzahlung "auf das Aktienkapital"), während in Wirklichkeit eine Zahlung stattfand, die eine derartige Einzahlung nur vortäuschen sollte. Eine solche falsche Angabe über den Rechtsgrund **[302]** der

<sup>26</sup> *Bürgi* N. 6 zu Art. 678.

<sup>27</sup> Der Scheineinzahler (oder dessen Erben) schuldet den scheinliberierten Betrag auch dann, wenn die Aktie durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übergeht. Die Beschränkung des Art. 687 Abs. 2 greift nicht Platz, da sie nur für Beträge gilt, die nach der Gründung fällig werden. Der rechtsgeschäftliche Erwerber ist dagegen nur zur Zahlung dieser Beträge verpflichtet. Gegenüber der Nachforderung des scheinliberierten Betrages kann er sich auf den Eintrag im Handelsregister berufen, es sei denn, er habe bösgläubig an der Scheineinzahlung mitgewirkt.

<sup>28</sup> Das übereignete Geld kann wegen der Vermengung mit dem Geld des Empfängers nicht mehr vindiziert werden (*Leemann* N. 17 zu Art. 727 ZGB). Im bargeldlosen Verkehr ist für die Anwendung des auf Sachen beschränkten Grundsatzes der kausalen Übereignung zum vorneherein kein Raum (vgl. auch BGE 67 II 127).

<sup>29</sup> Ob dem Scheineinzahler die Rückforderung nicht auch wegen Art. 66 OR verwehrt wäre, kann dahingestellt bleiben.

Zahlung ist "unrichtig" im Sinne von Art. 753 Ziff. 2. Denn diese Bestimmung bezieht sich offenbar auf Angaben über Sachverhalte, die nach den Vorschriften über die Gründung der AG Gegenstand einer (wahren) Erklärung zu bilden haben. Nun verlangt das

Gesetz, daß die Einzahlung "auf jede Aktie" festgestellt bzw. bescheinigt werde (Art. 638 Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 639; vgl. hievor sub II, 1, b). Es fordert also ausdrücklich die Angabe des Rechtsgrundes der bei der Depositenstelle für Rechnung der Gesellschaft geleisteten Zahlungen. Die bloße Feststellung, daß eine Zahlung für Rechnung der Gesellschaft geleistet worden sei (aus irgendeinem Grunde), wäre ungenügend<sup>30</sup>.

b) Art. 753 Ziff. 2 fordert weiter, daß die *Eintragung* im Handelsregister *auf Grund der unrichtigen Angabe* erlangt worden ist<sup>31</sup>. Dieses Erfordernis ist bei der Scheineinzahlung immer erfüllt<sup>32</sup>.

2. Das *haftungsbegründende Verhalten* besteht nach Art. 753 Ziff. 2 darin, daß zur Eintragung auf Grund einer unrichtigen Angabe "beigetragen" wird. Bei einer Scheineinzahlung fallen als "Beiträge" in Betracht: Das Mitwirken als Scheineinzahler, Vertreter der Gesellschaft oder Kreditgeber des Scheineinzahlers; das Verurkunden der Scheineinzahlung als wirkliche Einzahlung; das Mitwirken bei der unrichtigen Liberierungserklärung der Gründer (hievor sub I, 1) oder bei deren Verurkundung. Damit sind zugleich die (möglicherweise) *haftbaren Personen* bestimmt. Jeder, der auf die genannte Art "beiträgt", fällt unter Art. 753 Ziff. 2. Er braucht nicht überdies die besondere Eigenschaft eines Gründers zu haben, also zur Gesellschaft in einem bestimmten Rechtsverhältnis zu stehen<sup>33</sup>.

3. Wer zur Eintragung "beiträgt", ist "für den Schaden verantwortlich" (Art. 753 Satz 1). Das Gesetz spricht sich weder über den *Schaden* noch über den *Kausalzusammenhang* zwischen dem haftungsbegründenden Verhalten und dem Schaden näher aus. Es hält einzig fest, daß ein Schaden sowohl die einzelnen Aktionäre und Gläubiger als auch die Gesellschaft treffen kann (Art. 753 Satz 1 in Verbindung mit Art. 755). Worin besteht bei einer Scheineinzahlung der unmittelbare und der mittelbare Schaden?

a) *Unmittelbar* (ohne primäre Schädigung der Gesellschaft) können Aktionäre und Gläubiger wohl nur dadurch geschädigt werden, daß sie sich auf den falschen Eintrag im Handelsregister hinsichtlich des bei der Gründung liberierten Betrages verlassen und im Vertrauen darauf Aktien<sup>34</sup> erwerben (oder nicht veräußern) bzw. der Gesellschaft Kredit gewähren (oder zu günstigeren Bedingungen kreditieren). Der *Schaden* besteht darin, daß die erworbenen Aktien weniger wert sind als auf Grund des Eintrages angenommen werden konnte bzw. daß die Kreditierung zu Verlust führt. Adäquate *Schadensursache* ist direkt der falsche Eintrag, indirekt die Gesamtheit des Verhaltens der Gründer, durch das dieser zustandekommt<sup>35</sup>. Der *Kausalzusammenhang* zwischen dem Eintrag und dem Schaden ist relativ *locker*. Denn der Eintrag verursacht den Schaden zum

<sup>30</sup> Die Bescheinigung der Depositenstelle ist bei der Scheineinzahlung immer insoweit richtig, als darin eine Zahlung für Rechnung der Gesellschaft festgestellt wird. Das Bundesgericht spricht deshalb von einer "formell" richtigen Bestätigung (BGE 76 II 316 f.). Die Bemerkung, daß die Gesellschaft das Grundkapital voll erhalte, trifft allerdings nicht ganz zu. Richtig ist nur, daß die Gesellschaft aus einem andern Rechtsgrund einen gleich hohen Betrag erhält und diesen zur Liberierung zurückbehalten darf (hievor sub III, 2, b).

<sup>31</sup> Der genaue Sinn des nicht ganz präzise gefaßten Art. 753 Ziff. 2 ist wohl der folgende: Die Eintragung muß erlangt worden sein auf Grund einer unrichtigen Angabe, die in einer für die Eintragung erforderlichen Bescheinigung oder Urkunde enthalten ist und einen nach den Gründungsvorschriften zu verurkundenden Sachverhalt betrifft.

<sup>32</sup> Denn bei wahrheitsgemäßer Angabe des liberierten Betrages würde sich zeigen, daß entweder die vom Gesetz oder doch die von den Statuten verlangte Mindesteinzahlung nicht geleistet wurde. Im einen wie im andern Fall dürfte die Eintragung nicht stattfinden.

<sup>33</sup> Durch BGE 76 II 311 ff. ist erneut festgestellt worden, daß die Gründerhaftung des schweizerischen Rechts eine "Gründungshaftung" ist und keine besondern persönlichen Voraussetzungen erfordert; vgl. *Henggeler*, a.a.O. S. 16; anders bekanntlich das deutsche Recht (§§ 21, 39 Abs. 1 und 5 sowie § 40 des Aktiengesetzes von 1937).

<sup>34</sup> Gemeint sind hier wie im folgenden Aktien, die selber nicht scheinliberiert sind. Aus dem Erwerb einer scheinliberierten Aktie erwächst dem Erwerber aber kein weiterer Schaden, da er den scheinliberierten Betrag nicht nachzahlen hat (hievor N. 27).

<sup>35</sup> Damit ist zugleich gesagt, daß der Schaden durch gemeinsames Zusammenwirken der Gründer entsteht. Dem Verhalten des einzelnen Gründers entspricht nicht ein bestimmbarer Anteil des Schadens.

vorneherein nur zusammen mit dem Vertrauen des Aktionärs oder Gläubigers auf seine Richtigkeit. Dieses kann unberechtigt sein (z. B. weil die Scheineinzahlung nach den Umständen trotz des Eintrages erkennbar ist), so daß auch das Selbstverschulden als rechtserhebliche Teilursache in Betracht fällt. Sodann erwirbt ein Aktionär die Aktie regelmäßig nicht einzig mit Rücksicht auf die Höhe der (auf die andern Aktien vorgenommenen) Liberierung, und ein Gläubiger kreditiert nicht einzig aus diesem Grunde. Andere Umstände (z. B. die Erfolgsaussichten des Unternehmens) sind bei diesen Entschlüssen [303] mitbestimmend. Schließlich bedarf es erst noch weiterer Umstände, damit für den Aktionär ein Minderwert, für den Gläubiger ein Verlust gegeben ist. Denn die Nichtliberierung im kundgegebenen Umfange bewirkt nicht notwendigerweise eine ungünstige Finanzlage der Gesellschaft. Damit ein Schaden entsteht, müssen weitere Kausalelemente (wie schlechter Geschäftsgang) hinzukommen. Aus dieser Komplexität der Kausalverhältnisse folgt zugunsten der Geschädigten, daß an den Beweis des Kausalzusammenhanges keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen<sup>36</sup>, zugunsten der Haftpflichtigen aber, daß bei der Schadensberechnung nicht einfach auf den Minderwert bzw. den erlittenen Verlust abgestellt werden darf. Diese Beträge werden regelmäßig nur die obere Grenze des möglichen Schadens darstellen, während der wirkliche Schaden darunter liegt, aber nicht ziffernmäßig festgestellt werden kann und daher nach Art. 42 Abs. 2 OR abzuschätzen ist<sup>37</sup>.

b) Worin besteht bei der Scheineinzahlung *der mittelbare Schaden*? Bei der Antwort auf diese Frage zeigt es sich, daß der im Gesetz nicht näher umschriebene Begriff des mittelbaren Schadens bei der Gründerhaftung allgemein näher geprüft werden muß. Zwei Lösungen sind möglich:

aa) Dem Art. 753 wird auch insoweit, als er vom mittelbaren Schaden handelt, der (hievor sub a verwendete) *gewöhnliche Schadensbegriff* des außervertraglichen und vertraglichen Schadenersatzrechtes zugrunde gelegt. Bei dieser Auslegung besteht der mittelbare Schaden in einer durch das haftungsbegründende Verhalten (hievor sub 2) adäquat verursachten Verminderung des Vermögens der Gesellschaft. Alsdann ergibt sich für die Scheineinzahlung folgendes: Der unrichtige Eintrag fällt als Schadensursache außer Betracht. Denn einmal wird die Gesellschaft durch ihn nicht getäuscht<sup>38</sup>. Die Scheineinzahlung besteht ja gerade darin, daß Personen, die nach der Gründung der Verwaltung angehören, schon vorher darüber im klaren sind, daß die einzutragende Liberierung nur vorgetäuscht werden soll. Dieses Wissen ist der Gesellschaft anzurechnen<sup>39</sup>. Sodann kann der unrichtige Eintrag der Gesellschaft auch sonst nicht schaden. Im Gegenteil: Solange seine Unrichtigkeit Dritten nicht bekannt ist, erwächst ihr aus seiner täuschenden Wirkung sogar Nutzen (zum Nachteil der Gläubiger, hievor sub a). Ist diese dagegen bekannt, so schadet nicht der Eintrag als solcher, sondern die mit seiner Unrichtigkeit kundgewordene Tatsache der Nichtliberierung.

Als direkte *Ursache* mittelbaren Schadens kommt somit nur die Nichtliberierung in Betracht, also der verheimlichte Sachverhalt, nicht (wie beim unmittelbaren Schaden) die Verheimlichung als solche. Indirekte Ursache ist dann aber wiederum (wie beim unmittelbaren Schaden) die Gesamtheit der Gründerhandlungen, durch welche die Eintragung erreicht wird. Denn durch sie wird bewirkt, daß die Gesellschaft entsteht ohne Liberierung in dem von Gesetz und Statuten

<sup>36</sup> Mit Rücksicht auf die spätern Ausführungen (hienach sub b) ist zu betonen, daß dieser in BGE 76 II 319 für einen Fall mittelbaren Schadens ausgesprochene Grundsatz aus Entscheidungen übernommen wurde, in denen die Haftung für unmittelbaren Schaden in Frage stand (BGE 59 II 451, 47 II 293).

<sup>37</sup> Für die *Verjährung* des Ersatzanspruches bei unmittelbarem Schaden folgt aus dem Gesagten, daß die relative Frist von fünf Jahren frühestens dann zu laufen beginnt, wenn der Minderwert bzw. der Verlust feststeht. Denn erst in diesem Zeitpunkt, nicht schon mit dem Erwerb der Aktie oder der Begründung der Forderung, ist der Schaden eingetreten. Die absolute Frist beginnt mit der Anmeldung der Eintragung, also für alle Gründer gemeinsam, nicht etwa individuell mit dem Tage, da der einzelne Gründer seine "Beitragshandlung" abgeschlossen hat. Denn die schädigende Handlung im Sinne von Art. 760 Abs. 1 besteht, da der Schaden gemeinschaftlich verursacht wird (hievor N. 35), in der Gesamtheit der Gründerhandlungen. Diese werden mit der Anmeldung zur Eintragung abgeschlossen.

<sup>38</sup> Vgl. *Wehrli*, Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1940, S. 120.

<sup>39</sup> Wird die Verwaltung (programmwidrig) mit Personen besetzt, die von der Scheineinzahlungsabrede nichts wissen, so wird zwar die Gesellschaft durch den falschen Eintrag getäuscht; aber es tritt dann kein Schaden ein, da ja die Gesellschaft die Rückzahlung verweigern kann (hievor sub III, 2, b).

vorgeschriebenen Umfang.

Wie kann aber die Gesellschaft durch die Nichtliberierung geschädigt werden? Als adäquate *Wirkungen* lassen sich etwa denken: Schlechter Geschäftsgang, soweit er bedingt ist durch das Fehlen flüssiger Mittel, die bei Liberierung im kundgegebenen Umfang vorhanden wären; Kosten für Fremdkapital, das den scheinliberierten Betrag ersetzen muß; Ausfälle, die wegen nachträglicher Zahlungsunfähigkeit von Scheineinzahlern entstehen. Bei diesen Schadensmöglichkeiten ist (mit Ausnahme des letzten Beispiels) der *Kausalzusammenhang* zwischen Ursache (Nichtliberierung) und Schaden locker. Damit die Gesellschaft deswegen, weil ihr Kapital nicht im kundgegebenen Umfang liberiert wurde, geschädigt wird, müssen regelmäßig noch weitere Umstände hinzukommen, die mit der Differenz zwischen kundgegebener und wirklicher Liberierung nichts zu tun haben (wie Mißwirtschaft, allgemeine Wirtschaftskrise). Dementsprechend besteht für den Beweis des Kausalzusammenhanges und für die Schadensberechnung die gleiche Lage wie beim unmittelbaren Schaden (hievore sub a).

Demgegenüber könnte vorgebracht werden, der mittelbare Schaden entstehe mit der Rückzahlung an den [304] Scheineinzahler (so BGE 76 II 319<sup>40</sup>) oder er trete schon mit der Gründung ein und bestehe darin, daß der Gesellschaft das in diesem Zeitpunkt Geschuldete vorenthalten werde. Diese Ansichten sind aber unrichtig, sofern man sich an den gewöhnlichen Schadensbegriff hält. Denn nach diesem ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung<sup>41</sup>. Die Gesellschaft nimmt aber die Rückzahlung freiwillig vor, und sie ist auch zum voraus damit einverstanden, daß mit der Zahlung an die Depositenstelle die Liberierungspflicht nicht erfüllt wird. Mit der Zurückweisung der beiden Ansichten ist aber zugleich anzuerkennen, daß die *Verwendung des gewöhnlichen Schadensbegriffes* zu einem durchaus *unbefriedigenden Ergebnis* führt. Die vorhin angeführten Beispiele mittelbaren Schadens, die diesem Begriff entsprechen, liegen abseits der Erwartungen, die Art. 753 hervorruft. Richtig erscheint dagegen die zweite mögliche Lösung:

bb) Dem Art. 753 wird insoweit, als er die Haftung für mittelbaren Schaden regelt, ein *besonderer Schadensbegriff* zugrunde gelegt, gestützt auf spezifisch aktienrechtliche Überlegungen: Zum Wesen der AG gehört die Kundgebung des Grundkapitals nach außen<sup>42</sup>. Dementsprechend stellen die vom Gesetz vorgeschriebenen Erklärungen der Gründer über die Höhe, die Übernahme und die Liberierung des Grundkapitals (Art. 638 Abs. 2) Erklärungen "an die Öffentlichkeit" dar, vor allem an die (späteren) Aktionäre und Gläubiger<sup>43</sup>. Auf deren Richtigkeit muß sich der Rechtsverkehr verlassen können, was im vollen Umfang nur dann zutrifft, wenn die Gründer bei Unrichtigkeit der Erklärungen verpflichtet sind, zugunsten der (späteren) Aktionäre und Gläubiger denjenigen Zustand herzustellen, der den Erklärungen entspricht. Dieses aus den Grundgedanken des Aktienrechts folgende Postulat ist nun offenbar in Art. 753 verwirklicht, und zwar insofern, als Art. 753 die Haftung für den "der Gesellschaft" erwachsenden Schaden vorsieht.

Mißt man dem Art. 753 diese allgemeine Bedeutung bei, so folgt daraus: 1. Unter Schaden, welcher der Gesellschaft erwächst, versteht Art. 753 nicht eine unfreiwillige Verminderung des Gesellschaftsvermögens, sondern einfach die *wertmäßige Differenz zwischen dem von den Gründern kundgegebenen und dem wirklichen Zustand bei der Gründung*. Das Gesetz verwendet somit bei der Gründerhaftung für mittelbaren Schaden einen besondern (uneigentlichen) Schadensbegriff, während es sich bei der ebenfalls in Art. 753 geregelten Gründerhaftung für unmittelbaren Schaden, aber auch bei der in Art. 754 geregelten Haftung der Organe für

<sup>40</sup> Die Argumentation in BGE 76 II 317 ff. ist nicht ganz folgerichtig. Wenn nämlich der Schaden mit der Rückzahlung eintritt, so ist seine Größe durch deren Umfang eindeutig bestimmt, so daß die spätere Feststellung, der Schaden sei ziffernmäßig nicht bestimmbar (Erw. 7), nicht zutrifft.

<sup>41</sup> v. Tuhr/Siegwart S. 76; Otfinger, Haftpflichtrecht S. 28; die von diesen Autoren angeführten Ausnahmen treffen in casu nicht zu.

<sup>42</sup> Siegwart N. 13 zu Art. 620.

<sup>43</sup> Sogar in unmittelbarer Weise als die individuellen Zeichnungserklärungen der Gründer, von denen die Rechtsprechung festgestellt hat, sie seien an die Öffentlichkeit gerichtet (BGE 64 II 281). Denn die gemeinschaftlichen Gründererklärungen werden (im Gegensatz zu den Zeichnungen) durch die Eintragung in das Handelsregister öffentlich kundgegeben (Art. 641 Ziff. 4 und 6).

unmittelbaren und mittelbaren Schaden, an den gewöhnlichen Schadensbegriff hält<sup>44</sup>. 2. Wegen des besondern Schadensbegriffs stellt die Gründerhaftung für mittelbaren Schaden eine *Haftung eigener Art* dar. Dies zeigt sich zunächst darin, daß von einem Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Verhalten (Bewirken der Eintragung durch unrichtige Angaben) und dem Schaden nicht die Rede sein kann. Es wäre unsinnig zu sagen, die Gründer hätten die Nichtübereinstimmung zwischen ihren Erklärungen und dem wirklichen Zustand "verursacht". Die Unwahrheit ist eine Eigenschaft, nicht eine Folge der Gründererklärungen. Demgemäß haften die Gründer nicht (wie bei einer außervertraglichen Schadenersatzpflicht) für etwas, was sie selber (oder Personen, für die sie einstehen müssen) verursacht haben, sondern sie haben einzustehen für die Wahrheit ihrer Erklärungen. Ihre Haftung hat somit einen *rechtsgeschäftlichen Einschlag*. Daraus folgt, daß die Gründer nicht einen früheren Vermögensstand wieder herzustellen, sondern einen nur vorgetäuschten, noch nie vorhanden gewesenem Zustand erstmals herzustellen haben. Andererseits ist ihre Haftung keine rein rechtsgeschäftliche wie etwa diejenige eines Garanten. Denn sie besteht nur bei Verschulden (hienach sub 4) und ihr Ausmaß unterliegt der richterlichen Bestimmung auf Grund der Art. 43 f. OR<sup>45</sup>.

[305] Die dargestellte Auffassung ist weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Rechtsprechung zum alten und neuen OR über die Gründerhaftung ausdrücklich niedergelegt. Sie steht aber mit diesen Auslegungsmitteln auch nicht in Widerspruch<sup>46</sup>. Zudem befindet sie sich im Einklang mit der feststehenden Rechtsprechung über die Haftung der Gründeraktionäre für ihre Zeichnungserklärungen<sup>47, 48</sup>.

<sup>44</sup> Insbesondere ist festzuhalten, daß der mittelbare Schaden bei der Organhaftung nach Art. 754 im Gegensatz zur Gründerhaftung in einer unfreiwilligen Verminderung des Gesellschaftsvermögens besteht. So stellt gerade die Rückzahlung an den Scheineinzahler unter dem Gesichtspunkt des Art. 754 einen mittelbaren Schaden im gewöhnlichen Sinn dar. Es gibt also im System der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zwei Arten mittelbaren Schadens.

<sup>45</sup> Folgerichtig müssen aber bei der Anwendung von Art. 43 f. alle Umstände außer Betracht fallen, die im gewöhnlichen Schadenersatzrecht für die Intensität des Kausalzusammenhanges von Bedeutung sind. Beispiel: Die Gesellschaft X, bei der einige Aktien nur zum Schein liberiert wurden, gelangt zu großem Vermögen, verliert dieses aber nachher wegen Mißwirtschaft und gerät in Konkurs. Die Gläubiger können den nichtliberierten Betrag im vollen Umfang als mittelbaren Schaden geltend machen. Der Umstand, daß der Konkurs offenbar gar nicht mit der Scheinliberierung zusammenhängt, rechtfertigt es nicht, die Ersatzpflicht gestützt auf Art. 43 f. auf einen geringeren als den scheinliberierten Betrag festzusetzen.

Ausnahmsweise mag es vorkommen, daß der Schaden (im gewöhnlichen Sinne), den die Gesellschaft infolge eines in Art. 753 umschriebenen Verhaltens (z. B. wegen der Scheineinzahlung) erleidet (vgl. die Beispiele im Text sub aa), höher ist als die dem besonderen Schadensbegriff entsprechende Wertdifferenz. Alsdann ist es wegen des Deliktscharakters des haftungsbegründenden Verhaltens am Platze, die dem Geschädigten günstigere Schadensberechnung anzuwenden. Mit andern Worten: Die Gründer sollen in erster Linie das Versprochene leisten (rechtsgeschäftliche Haftung!), ein Mehreres insoweit, als die durch ihr Verhalten verursachte Verminderung des Gesellschaftsvermögens das Versprochene übersteigt (ergänzende Deliktshaftung!).

<sup>46</sup> In BGE 76 II 320 wird zwar die Gründerhaftung, wie schon in früheren Urteilen, ausdrücklich als Deliktshaftung bezeichnet, aber nicht um den rechtsgeschäftlichen Einschlag abzulehnen oder ein mit diesem Einschlag unvereinbares Ergebnis zu begründen. Die Bezeichnung der Gründerhaftung als Deliktshaftung ist auch nach der hier vertretenen Ansicht insofern berechtigt, als das haftungsbegründende Verhalten eine unerlaubte Handlung darstellt und als die Ausgestaltung der Haftung in bestimmten Punkten (Solidarität, Verjährung, Bemessung der Schadenersatzpflicht) dem Deliktsrecht folgt (vgl. hievon N. 45 a. E.).

<sup>47</sup> Darnach haben die Gründeraktionäre der Gesellschaft im Interesse der (späteren) Aktionäre und Gläubiger das zu leisten, was ihren Zeichnungserklärungen entspricht. Sogar die Berufung auf Willensmängel ist ihnen verwehrt (BGE 39 II 533, 64 II 281). A fortiori ist es am Platze, daß die Gründeraktionäre und die weiteren Gründer gemeinschaftlich das zu leisten haben, was den von ihnen abgegebenen bzw. mitveranlaßten Erklärungen über die Höhe und die Liberierung des Grundkapitals entspricht. Denn diese Erklärungen werden der Öffentlichkeit unmittelbar kundgegeben (vgl. hievon N. 43), und sie leiden in den eine Haftung auslösenden Fällen (bei Verschulden) nicht an einem Willensmangel, es sei denn an einem selbstverschuldeten Irrtum.

<sup>48</sup> Hervorzuheben ist der Unterschied in der Fassung der Gründerhaftungsbestimmungen des schweizerischen und des deutschen Rechts. Er geht auf das alte OR und das HGB zurück. Das deutsche Recht behandelt die (allerdings auf einen engern Personenkreis begrenzte) Gründerhaftung zwar als Deliktshaftung, bestimmt aber ausdrücklich, daß die Gründer für fehlende Einzahlungen aufzukommen haben (Aktiengesetz § 39, HGB § 202). Dieser rechtsgeschäftliche Einschlag wird in der Literatur betont (*Düringer/Hachenburg*, Komm. z. HGB, Anm. 1 und 10 f. zu § 202). Aus dem Fehlen einer

Nach dem Gesagten ist bei der Scheineinzahlung<sup>49</sup> der *mittelbare Schaden gleich hoch wie der scheinliberierte Betrag* (wobei aber nachträglich liberierte Beträge abzurechnen sind). Diesen Betrag haben die Gründer zu ersetzen. Ihre Ersatzpflicht ist von der fortbestehenden Liberierungspflicht (hievore sub III, 2, a) zu unterscheiden. Sie trifft grundsätzlich (soweit ein Verschulden vorliegt) alle Gründeraktionäre (nicht nur den Scheineinzahler) und darüber hinaus auch die weitem Gründer (z. B. den Kreditgeber des Scheineinzahlers), besteht aber nur im Umfang der richterlichen Festsetzung gemäß Art. 43 f. OR und unterliegt der Verjährung nach Art. 760<sup>50</sup>. Die Liberierungspflicht trifft dagegen nur den Scheineinzahler, diesen aber im vollen Umfang der Nichtliberierung; sie unterliegt während des Bestandes der AG keiner Verjährung; ihre Nichterfüllung kann als besondere Folge die Kaduzierung nach sich ziehen<sup>51</sup>.

4. Sowohl für den unmittelbaren als für den mittelbaren Schaden haften die Gründer nur bei *Verschulden*, also nur dann, wenn sie absichtlich oder fahrlässig dazu beitragen, daß die Eintragung auf Grund unrichtiger Angaben zustandekommt. Bei der Scheineinzahlung liegt *Absicht* immer vor bei den an der Scheineinzahlungsabrede Beteiligten – da die Eintragung auf Grund unrichtiger Angaben gerade das Ziel dieser Abrede ist –, außerdem aber auch bei den [306] weitem Gründern, die zur Zeit ihrer Mitwirkung von der Abrede (und insbesondere von der Absicht der sofortigen Rückzahlung) Kenntnis haben. *Fahrlässig* handeln die an der Scheineinzahlungsabrede nicht beteiligten Gründer, die diese Kenntnis nicht haben, aber nach den Umständen bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt haben könnten. Nicht nötig ist, daß die Gründer eine Schädigung der Gesellschaft oder ihrer Gläubiger beabsichtigen oder diese Möglichkeit fahrlässigerweise nicht beachten (wie dies das Bundesgericht anzunehmen scheint, BGE 76 II 318). Eine solche Einengung des Verschuldensbegriffes ist beim mittelbaren Schaden schon deshalb ausgeschlossen, weil hier kein Kausalverhältnis zwischen dem haftungsbegründenden Verhältnis und dem Schaden besteht (hievore sub 3, b, bb). Aber auch beim unmittelbaren Schaden ist sie nicht geboten, weder aus Gründen des allgemeinen Schadenersatzrechtes<sup>52</sup>, noch aus einem speziell aktienrechtlichen Grunde<sup>53</sup>.

---

entsprechenden Bestimmung im schweizerischen Recht kann nicht gefolgert werden, daß dieses inhaltlich vom deutschen abweiche. Die Materialien bieten hiefür keinen Anhaltspunkt. Vgl. *Rüegg*, Die Haftung der Gründer von Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1914, der annimmt, daß die "Schadensermittlung" nach schweizerischem Recht mit § 202 HGB übereinstimme (S. 133).

<sup>49</sup> In dem hier nicht zur Diskussion stehenden Fall des Art. 753 Ziff. 1, der die Literatur weit mehr beschäftigt hat als die Scheineinzahlung, ist die Höhe des mittelbaren Schadens schwieriger zu bestimmen. Dies spricht aber nicht gegen den befürworteten Begriff des mittelbaren Schadens. Denn wie die Ausführungen von *Wehrli* (a.a.O. S. 119 ff.) und von *Hotz* (La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme, Diss. Neuenburg 1945 S. 186 ff.) zeigen, führt die Anwendung des gewöhnlichen Schadensbegriffes auf den Fall des Art. 753 Ziff. 1 überhaupt zu keiner befriedigenden Lösung, soweit der mittelbare Schaden in Frage steht.

<sup>50</sup> Die relative Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis der Scheineinzahlung (da diese den "Schaden" darstellt) und der Person des Ersatzpflichtigen, die absolute Frist mit dem Abschluß des haftungsbegründenden Verhaltens, also schon mit der Anmeldung zur Eintragung (hievore N. 37), nicht erst mit der Rückzahlung an den Scheineinzahler; diese stellt unter dem Gesichtspunkt des Art. 753 nicht die schädigende Handlung im Sinne von Art. 760 Abs. 1 dar (wohl aber unter dem Gesichtspunkt des Art. 754).

<sup>51</sup> Die Gründerhaftung ist im Verhältnis zur Liberierungspflicht subsidiär, in dem Sinne, daß sich der mittelbare Schaden um den Betrag vermindert, der nachträglich vom Scheineinzahler erhältlich gemacht werden kann.

<sup>52</sup> v. *Tuhr/Sieghart* S. 365.

<sup>53</sup> "Das Bewußtsein der einen Schaden herbeiführenden Kausalität des Handelns" wurde zwar nach dem alten OR gefordert bei der Organhaftung, da Art. 674 aOR "absichtliche" Pflichtverletzung forderte, nicht aber bei der Gründerhaftung, die nach Art. 671 aOR durch "wissentliches" Handeln ausgelöst wurde (BGE 14, 696; 59 II 449 f.; *Bachmann*, Anm. 5 zu Art. 671 aOR). Da die aktienrechtliche Verantwortlichkeit im neuen Recht nicht mehr auf dem Gegensatz zwischen wissentlichem und absichtlichem Handeln beruht, und da ferner dem neuen Recht das Bestreben zugrunde liegt, die subjektiven Voraussetzungen der Verantwortlichkeit zu Lasten der Haftpflichtigen abzuschwächen, muß das "absichtliche" Handeln in Art. 753 gleich ausgelegt werden wie früher das "wissentliche" Handeln, während fahrlässiges Handeln dem Wissenkönnen gleichzusetzen ist (vgl. Botschaft 1928, S. 60 f.). Der in Art. 753 Ziff. 3 noch verwendete Ausdruck "wissentlich" besagt somit dasselbe wie "absichtlich" in Ziff. 1 und 2.