Urteilskopf

90 II 164

21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Juni 1964 i.S. Meier gegen Fischer.
Regeste (de):
Aktiengesellschaft.

1. Anspruch auf Einzahlung ausstehender Aktienbeträge. Verwertung dieses Anspruchs im Konkurs der Gesellschaft (Art. 256 SchKG; Art. 79 Abs. 2 KV). Rechte des Ersteigerers. (Erw. 1).

2. Veräusserung nicht voll einbezahlter Namenaktien. Der Übergang der Einzahlungspflicht auf den Erwerber setzt die gültige Übertragung der Aktien und die Zustimmung der Gesellschaft voraus; die Eintragung im Aktienbuch wirkt nicht konstitutiv (Art. 687 Abs. 1 und 3, 685 Abs. 2 und 4, 686 Abs. 3 OR). (Erw. 2-4)...

3. Übertragung von Namenaktien (Ordrepapieren) durch Übergabe des nicht indossierten Titels, verbunden mit einer Abtretungserklärung auf einer besondern Urkunde (Art. 684 Abs. 2 und 967 Abs. 2 OR). Die schriftliche Verpflichtung zur Übertragung der Aktien kann die schriftliche Abtretungserklärung nicht ersetzen. (Erw. 5-9).

Regeste (fr):
Société anonyme.

1. Droit au paiement du montant non versé des actions. Réalisation de ce droit dans la faillite de la société (art. 256 LP; art. 79 al. 2 OOF). Droits de l'enchérisseur. (Consid. 1).

2. Aliénation d'actions nominatives non entièrement libérées. Le transfert à l'acquéreur de l'obligation de faire des versements suppose le transfert valable des actions et le consentement de la société; l'inscription au registre des actions n'a pas d'effet constitutif (art. 687 al. 1 et 3, 685 al. 2 et 4, 686 al. 3 CO). (Consid. 2-4).

3. Transfert d'actions nominatives (titres à ordre) par la remise du titre non endossé, jointe à une déclaration de cession faite sur un document séparé (art. 684 al. 2 et 967 al. 2 CO). L'engagement écrit de transférer les actions ne peut remplacer la déclaration de cession écrite. (Consid. 5-9).

Regesto (it):
Società anonima.

1. Diritto al pagamento dell'ammontare non versato delle azioni. Realizzazione di questo diritto nel fallimento della società (art. 256 LEF; art. 79 cpv. 2 RUF). Diritti dell'aggiudicatario (consid. 1).

2. Alienazione di azioni nominative non interamente liberate. Il trasferimento all'acquirente dell'obbligo di effettuare versamenti presuppone il trasferimento valido delle azioni e il consenso della società; l'iscrizione nel libro delle azioni non ha effetto costitutivo (art. 687 cpv. 1 e 3, 685 cpv. 2 e 4, 686 cpv. 3 CO). (Consid. 2 a 4).

3. Trasferimento di azioni nominative (titoli all'ordine) mediante consegna del titolo non girato, unita a una dichiarazione di cessione fatta su un documento separato (art. 684 cpv. 2 e 967 cpv. 2 CO). L'impegno scritto di trasferire le azioni non può sostituire la dichiarazione di cessione scritta. (Consid. 5 a 9).

Sachverhalt ab Seite 165

BGE 90 II 164 S. 165

A.- Am 15. Dezember 1954 gründeten Léon Meier, Frau Waelti und Frau Hudig die Marunion SA mit Sitz in Zürich, die das See- und Luftfrachtgeschäft betreiben sollte. Das zu 40% einbezahlte Grundkapital betrug Fr. 50'000.–, eingeteilt in 100 Namenaktien zu Fr. 500.–. Art. 6 der Statuten bestimmte u.a., die Übertragung der Aktien bedürfe der Zustimmung des Verwaltungsrats. Die Gründungsversammlung wählte Meier zum einzigen Verwaltungsrat. Am 14. Dezember 1954 hatte Meier 70 Aktien der zu gründenden Gesellschaft gezeichnet. Eine vom gleichen Tag datierte, ihn als Aussteller nennende "Revers-Erklärung" für den britischen Staatsangehörigen Charles Laming, deren von ihm vorgelegte Ausfertigung jedoch nicht seine, sondern nur Lamings Unterschrift trägt, besagt u.a., er habe 60 Aktien als Treuhänder Lamings gezeichnet; es gelte als vereinbart, dass diese Aktien nicht sein Eigentum, "sondern Eigentum von Herrn Charles Laming mit allen daraus fliessenden Rechten und Pflichten werden"; dementsprechend verpflichte er sich, "auf seinen Namen lautende Zertifikate über die gezeichneten Aktien sofort an Herrn Charles Laming auf erstes Begehren auch formell zu zedieren"; anderseits garantiere ihm Laming "die Freihaltung von allen finanziellen Verpflichtungen zur Nachliberierung der restlichen 60%" und anerkenne diese Verpflichtungen als seine eigenen. Am 22. Dezember 1954 stellte die Marunion SA für die 70 von Meier gezeichneten Aktien ein Zertifikat aus.

BGE 90 II 164 S. 166

Am 17. Februar 1955 wurde Laming als Direktor mit Einzelunterschrift ins Handelsregister eingetragen.

B.- Am 5. September 1958 berief Meier auf den 20. September 1958 eine ausserordentliche Generalversammlung ein zur Beschlussfassung über die Frage der Aufrechterhaltung oder Liquidation der Gesellschaft und zur Neubestellung des Verwaltungsrats und der Kontrollstelle. Gleichzeitig schrieb er Rechtsanwalt Dr. L. als Vertreter der Frau Hudig und als Anwalt Lamings, er sei bereit, sein Treuhandverhältnis mit Laming aufzuheben, doch habe dies seine absolute Schadloshaltung und die Regelung aller aus seinem Verwaltungsratsmandat und seiner Beteiligung bei der Marunion SA sich ergebenden Folgen zur Voraussetzung. Dr. L. antwortete ihm am 11. September 1958 im Namen Lamings, gemäss der Revers-Erklärung vom 14. Dezember 1954 seien 60 von den 70 auf seinen Namen lautenden Aktien Eigentum Lamings; er fordere ihn auf, die Zertifikate über diese 60 Aktien "sofort auch formell zu zedieren", wozu er laut Revers verpflichtet sei. Nach durchgeführter Generalversammlung schlossen Meier und Laming am 1. Oktober 1958 einen Vertrag, dessen Art. 2 lautet: "Herr Laming verpflichtet sich, Herrn Meier als Entschadigung für seinen Aktienbesitz sowohl als auch für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat, für seine Anwaltskosten und für seine anderen Auslagen und Bemühungen, sowie auch für nicht erhaltene Dividenden, einen Globalbetrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen. Herr Laming anerkennt, Herrn Meier die vorgenannte Summe von Fr. 5'000.– schuldig zu sein. Herr Meier seinerseits anerkennt, Zug um Zug gegen die Fr. 5'000.– sämtliche in seinem Besitz befindlichen Aktien der Marunion SA Herrn ... Laming auszuhändigen bezw. auf ihn zu übertragen."
Am 20. November 1958 liess Meier das Zertifikat über die 70 Namenaktien dem Anwalt Lamings zusenden, damit er es diesem gegen Zahlung von Fr. 5'000.– aushändige. Ende November 1958 verliess Laming Zürich unter Mitnahme sämtlicher Akten der Marunion SA Am 31. Dezember 1958 zahlte er den Betrag von Fr. 5'000. -. Am 7. Juli 1959 wurde im Handelsregister eingetragen, Meier

BGE 90 II 164 S. 167

sei aus dem Verwaltungsrat der Marunion SA ausgeschieden; seine Unterschrift sei erloschen; der Verwaltungsrat sei zur Zeit nicht besetzt.

C.- Auf Begehren der Mitsui Steamship Co. Ltd., der die Marunion SA gemäss Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 15. Januar 1960 mehr als Fr. 370'000.– schuldete, eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Zürich am 3. März 1960 über die Marunion SA wegen Zahlungseinstellung den Konkurs. Mit Schreiben vom 27. April 1960 forderte das Konkursamt Altstetten-Zürich Meier auf, für die von ihm gezeichneten 70 Aktien den nicht einbezahlten Betrag von Fr. 21'000.– (60% des Nennwerts von Fr. 35'000.–) einzuzahlen. Meier lehnte diesen Anspruch ab, weil seine Aktien gemäss Vertrag vom 1. Oktober 1958 an Laming übergegangen seien. Da die Konkursgläubiger auf die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs durch die Masse verzichteten und innert der dafür gesetzten Frist kein Gläubiger die Abtretung nach Art. 260 SchKG verlangte, wurde der Anspruch am 3. Mai 1961 öffentlich versteigert. Den Zuschlag erhielt zu Fr. 350.– Heinrich Fischer.

D.- Am 10. Oktober 1961 erhob Fischer gegen Meier Klage auf Zahlung von Fr. 21'000.– nebst Zins und Kosten. Mit Urteil vom 4. Dezember 1962 verpflichtete das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt den Beklagten, dem Kläger Fr. 21'000.– nebst 5% Zins seit 27. April 1960 zu zahlen. Das Appellationsgericht hat dieses Urteil am 11. Februar 1964 bestätigt.

E.- Gegen das zweitinstanzliche Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Der Kläger beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte macht geltend, der Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung ausstehender Aktienbeträge

könne, da er zur Deckung der Verpflichtungen der Gesellschaft bestimmt sei, höchstens gegen Vergütung des vollen Gegenwerts abgetreten werden; dies gelte auch im Falle des Konkurses der Gesellschaft; die streitige Forderung sei daher durch den Zwangsverkauf zu einem weit unter ihrem Nennwert liegenden Preise nicht oder nur im Umfang des Steigerungspreises auf den Kläger übergegangen. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine aufrechtstehende Gesellschaft ihre Einzahlungsansprüche abtreten kann. Heute scheint die Auffassung vorzuherrschen, eine solche Abtretung sei nur unter Wahrung des Grundsatzes, dass alle Aktionäre gleichmässig zur Einzahlung aufzufordern sind, und nur gegen ein vollwertiges Entgelt zulässig (FISCHER in GADOW/HEINICHEN, 2. Aufl. 1961, Anm. 21 ff. zu § 60 des Aktiengesetzes, mit zahlreichen Hinweisen). Ob diese Auffassung auch für das schweizerische Recht zutreffe, kann dahingestellt bleiben; denn der Beklagte macht mit Recht nicht geltend, die Einzahlung der ausstehenden Aktienbeträge sei nur vom ihm, nicht auch von den andern Aktionären verlangt worden (vgl. die konkursamtliche Verteilungsliste, wonach die von den andern Aktionären geschuldeten Fr. 9'000.– eingegangen sind), und von der Leistung eines vollwertigen Entgelts darf die Abtretung eines Einzahlungsanspruchs,

wie auch für das deutsche Recht anerkannt ist, im Falle des Konkurses der Gesellschaft nicht abhängig gemacht werden, selbst wenn man annimt, dieses Erfordernis gelte für die Abtretung durch eine aufrechtstehende Gesellschaft (E. JAEGER, Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Aufl. 1936, Anm. 28 zu §§ 207/208, S. 804; MENTZEL, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 5. Aufl. 1937, Anm. 8 zu § 207, S. 645; gleicher Meinung wohl BÜRGI, der in N. 5 zu Art. 687 OR vorbehaltlos erklärt, im Falle der konkursamtlichen Liquidation sei die Konkursverwaltung zur Abtretung des Einzahlungsanspruchs zuständig). Für die

Verwertung der Einzahlungsansprüche gelten die gleichen Vorschriften wie für die Verwertung anderer Guthaben der in Konkurs gefallenen Gesellschaft. Es besteht kein Grund, die Befugnisse der Konkursverwaltung und der Gläubiger, in deren Interesse die Einzahlungspflicht besteht, hinsichtlich dieser Ansprüche irgendwie zu beschränken. Streitige Einzahlungsansprüche sind also, wenn die Mehrheit der Gläubiger wegen Fehlens der für die Prozessführung nötigen Mittel oder wegen ungünstiger Beurteilung der Prozessaussichten oder der Zahlungsfähigkeit des zu belangenden Aktionärs auf die Geltendmachung durch die Masse verzichtet und kein Gläubiger die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verlangt, nach Art. 256 SchKG und Art. 79 Abs. 2 KV durch die Konkursverwaltung öffentlich zu versteigern (oder, falls die Gläubiger es beschliessen, freihändig zu verkaufen), wobei kein Mindestpreis gilt. Ein geringer Erlös ist für die Gläubiger besser als gar keiner. Dürfte die Konkursverwaltung einen solchen Anspruch nur gegen volles Entgelt verkaufen, so würde die Verwertung in vielen Fällen verunmöglicht und der betreffende Aktionär in ungerechtfertigter Weise begünstigt.
Die Zwangsversteigerung lässt den Einzahlungsanspruch wie eine andere Forderung der Gemeinschuldnerin im vollen Umfang, nicht etwa bloss im Umfang des Steigerungspreises, auf den Erwerber übergehen, und es kann auch dann, wenn dieser Preis im Verhältnis zum Nennwert des ersteigerten Anspruchs gering ist, keine Rede davon sein, dass dessen Durchsetzung gegen Art. 2 ZGB verstosse, wie der Beklagte behauptet. Die Aussicht auf den beträchtlichen Gewinn, den der Ersteigerer in einem solchen Falle erzielt, wenn er im Prozess gegen den seine Zahlungspflicht bestreitenden Aktionär obsiegt und den ihm zugesprochenen Betrag einbringt, ist das Gegenstück zu der ihm drohenden Gefahr, einen Einsatz an Mühe und Kosten zu verlieren, den sonst niemand gewagt hat. Dürfte der ersteigerte Anspruch nur bis zur Höhe des Steigerungspreises

geltend gemacht werden, so fände sich zum Schaden der Gläubiger kein Käufer. Der Anspruch auf Einzahlung der ausstehenden Aktienbeträge unterliegt im Falle des Konkurses der Gesellschaft der Höhe nach nur einer Beschränkung: es darf nicht mehr eingefordert werden, als zur Zahlung der Schulden nötig ist. Diese Beschränkung - die praktisch nur selten zur Geltung kommen dürfte - spielt im vorliegende Falle keine Rolle, da die ungedeckten Schulden der Marunion SA die ausstehenden Aktienbeträge um ein Vielfaches übersteigen.

2. Der Beklagte behauptet mit Recht nicht, infolge der Tatsache, dass er 60 Aktien als Treuhänder Lamings zeichnete, sei hinsichtlich dieser Aktien von Anfang an nicht er, sondern Laming gegenüber der Gesellschaft zur Einzahlung des ausstehenden Betrags verpflichtet gewesen. Er macht dagegen geltend, die Einzahlungspflicht sei für alle 70 von ihm gezeichneten Aktien auf Laming übergegangen, weil er durch den Vertrag vom 1. Oktober 1958 alle seine Aktien an diesen übertragen habe. Mit der Frage, wer der Gesellschaft bei Veräusserung einer nicht voll einbezahlten Namenaktie für den ausstehenden Betrag haftet, befasst sich Art. 687 OR. Absatz 1 dieser Vorschrift bestimmt, der Erwerber einer solchen Aktie sei der Gesellschaft gegenüber zur Einzahlung verpflichtet, sobald er im Aktienbuch eingetragen ist. Die Absätze 2 und 3 behandeln die Stellung des

Veräusserers. Veräussert der Zeichner die Aktie, so kann er nach Absatz 2 für den nicht einbezahlten Betrag belangt werden, wenn die Gesellschaft binnen zwei Jahren seit ihrer Eintragung in das Handelsregister in Konkurs gerät und sein Rechtsnachfolger seines Rechts aus der Aktie verlustig erklärt worden ist. Der Veräusserer, der nicht Zeichner ist, wird nach Absatz 3 durch die Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch von der Einzahlungspflicht befreit. Diese Bestimmung muss unter Vorbehalt von Absatz 2 auch für den Veräusserer gelten, der Zeichner ist; denn es

besteht kein Grund, den seine Aktie veräussernden Zeichner ausserhalb des Anwendungsbereichs von Absatz 2 anders zu behandeln als einen Veräusserer, der nicht Zeichner ist. Von den erwähnten drei Absätzen des Art. 687 OR kommen im vorliegenden Falle nur der erste und der dritte in Betracht. Absatz 2 ist nicht anwendbar, weil der Konkurs über die Marunion SA mehr als zwei Jahre nach ihrer Eintragung ins Handelsregister eröffnet worden ist.

3. Damit die Einzahlungspflicht im Verhältnis zur Gesellschaft vom Veräusserer auf den Erwerber übergeht, ist nach dem Wortlaut von Art. 687 Abs. 1 und 3 OR notwendig und genügend, dass der Erwerber im Aktienbuch, das die Gesellschaft gemäss Art. 685 Abs. 1 OR über die Eigentümer der Namenaktien zu führen hat, eingetragen wird. Anders gesagt: bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes ist die Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch für den in Frage stehenden Schuldnerwechsel schlechthin massgebend; sie bewirkt, und nur sie kann bewirken, dass fortan der Erwerber der Gesellschaft den ausstehenden Betrag schuldet und dass der Veräusserer gegenüber der Gesellschaft von seiner Schuldpflicht befreit wird. Diese Auslegung von Art. 687 Abs. 1 und 3 OR steht im Einklang mit der frühern Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 685 Abs. 4 OR, der bestimmt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär betrachtet wird, wer im Aktienbuch eingetragen ist. In den Fällen BGE 65 II 225 ff., BGE 69 II 313 ff. und BGE 75 II 348 ff., wo streitig war, ob die Kläger als Eigentümer von Namenaktien zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung oder zur Klage auf Auflösung der Gesellschaft befugt seien, obwohl sie nicht im Aktienbuch eingetragen waren, hat das Bundesgericht nämlich erklärt, die Gesellschaft könne nur den Eingetragenen, niemals eine nicht oder nicht mehr eingetragene Person als Aktionär behandeln; die Eintragung schaffe einen Rechtstitel besonderer Art,

der sogar dem Gegenbeweis widerstehe (BGE 65 II 230); sie begründe nicht bloss eine Vermutung der Aktionäreigenschaft, sondern habe für die Legitimation gegenüber der Gesellschaft konstitutive Bedeutung (BGE 69 II 316, BGE 75 II 352 oben). In BGE 65 II 230 fügte es bei, der Eingetragene schliesse den nicht eingetragenen wirklichen Aktionär von der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte aus, könne aber auch berufen sein, die Pflichten eines Aktionärs zu erfüllen, namentlich der Gesellschaft den für seine Aktien geschuldeten Betrag einzuzahlen. Die Lehre hat diese Auffassung über die Tragweite der Eintragung im Aktienbuch jedoch abgelehnt (JÄGGI in "Die schweiz. Aktiengesellschaft" 1950/51 S. 153 ff., 173 ff. und 193 ff., namentlich S. 179 ff.; CARRY in "Recueil de travaux" für den Schweiz. Juristentag 1952, S. 163 ff.; BÜRGI N. 9 zu Art. 685 und N. 43 zu Art. 686 OR), und das Bundesgericht hat daran nicht festgehalten. Schon im nicht veröffentlichten Urteil vom 26. November 1941 i.S. Zubler gegen SA Macchine addizionatrici e classificatrici Powers hatte es vom Grundsatz, dass die Gesellschaft nur die eingetragenen Personen als Aktionäre behandeln könne, eine Ausnahme gemacht, indem es erklärte, falls die Gesellschaft kein Aktienbuch führe, seien diejenigen Personen, die beim Bestehen eines solchen Buches die Eintragung hätten verlangen können, als zur Ausübung der

Aktionärrechte befugt zu betrachten. Im Falle BGE 83 II 297 ff., wo es sich darum handelte, welche Folgen die Nichtzustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Namenaktien habe, führte es dann aus, ungeachtet der Tatsache, dass in Art. 627 Ziff. 8 OR vom Verbot oder der Beschränkung der Übertragung von Aktien, in Art. 685/86 OR dagegen von der Verweigerung der Eintragung die Rede sei, stehe immer das Verhältnis des Aktionärs bzw. Erwerbers zur Gesellschaft in Frage. "Der Entscheid über die Zulassung oder Abweisung des Erwerbers liegt im Beschluss des dafür nach den Statuten zuständigen Organs. Der Vornahme oder Verweigerung

der Eintragung im Aktienbuch kommt keine selbständige Bedeutung zu. Sie stellt lediglich die Vollzugsmassnahme des bereits getroffenen Entscheides dar" (S. 301). Im Falle BGE 87 II 249 ff., wo von der Generalversammlung vorgenommene Wahlen wegen Mitwirkung einer mangels Übertragung der Aktien zu Unrecht im Aktienbuch eingetragenen Person angefochten wurden, stellte es fest, die Eintragung in das Aktienbuch bewirke den Übergang des Eigentums an der Aktie nicht, sondern setze ihn voraus (S. 256). Mit diesen Entscheiden hat das Bundesgericht seine frühere Auffassung über die Bedeutung der Eintragung aufgegeben. Diese Änderung der Rechtsprechung ist wohlbegründet. Die Eintragung oder Nichteintragung einer Person im Aktienbuch kann in der Tat für die Beantwortung der Frage, wen die Gesellschaft als Aktionär behandeln darf und zu behandeln hat, nicht unbedingt massgebend sein. Dies folgt schon daraus, dass die Eintragung in das Aktienbuch gemäss Art. 685 Abs. 2 OR einen Ausweis über die formrichtige Übertragung der Aktie voraussetzt. Auf eine Eintragung, die sich nicht auf einen solchen Ausweis stützt, können sich also weder der Eingetragene noch die Gesellschaft mit Erfolg berufen. Anderseits ist ein Erwerber, der den nach Art. 685 Abs. 2 OR erforderlichen Ausweis vorgelegt (und, soweit nach Art. 686 OR und den Statuten notwendig, die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung an ihn erhalten) hat, als Aktionär zu behandeln, selbst wenn die Eintragung aus irgendeinem Grunde unterblieben ist. Art. 685 Abs. 4 OR, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft der Eingetragene als Aktionär betrachtet wird, ändert hieran nichts. Diese Vorschrift ist auf den Normalfall zugeschnitten, dass das Aktienbuch ordnungsgemäss geführt wird. In diesem und nur in diesem Falle erlaubt die Eintragung den Schluss, dass der Eingetragene sich gehörig ausgewiesen und die Gesellschaft (soweit nötig) der Übertragung der Aktien an ihn zugestimmt hat und

dass seither niemand anders an seine Stelle getreten ist. Dieser Schluss ist jedoch nicht unwiderlegbar. Die Eintragung in ein im allgemeinen ordnungsgemäss geführtes Aktienbuch begründet vielmehr nur eine Vermutung, die dahinfällt, wenn dargetan wird, dass die in Frage stehende Person unter Verletzung von Art. 685 Abs. 2 OR eingetragen wurde oder dass seither ein Rechtsnachfolger derselben den nach dieser Vorschrift erforderlichen Ausweis vorgelegt hat und (wo nötig) von der Gesellschaft als neuer Aktionär angenommen worden ist. Die Gesellschaft darf sich im Verkehr mit den Aktionären nur an eine Eintragung halten, gegen die kein solcher Einwand erhoben werden kann. Der Eintragung im Aktienbuch im Sinne der frühern Rechtsprechung konstitutive Bedeutung beizumessen, verbietet sich um so mehr, als das Aktienbuch ein rein privates Verzeichnis ist, das nicht einmal den Aktionären unbeschränkt offen steht und dessen Führung sie nicht überwachen können (vgl. JÄGGI a.a.O. S. 180; BÜRGI N. 8 und 27/28 zu Art. 685 OR). Wo es sich nicht darum handelt, die Gesellschaft im Vertrauen auf die Berechtigung einer vorschriftsgemäss als Aktionär ausgewiesenen Person zu schützen, kann im übrigen stets die wirkliche Rechtslage zur Geltung gebracht werden. Die Gesellschaft hat also, selbst wenn sich die Eintragung im Aktienbuch auf einen Ausweis über die formrichtige Übertragung der

Aktie stützt und seither kein Ausweis über eine weitere Übertragung dieses Titels vorgelegt wurde, so dass der Eingetragene als Aktionär legitimiert erscheint, immer die Möglichkeit, auf ihre Gefahr hin die Aktionäreigenschaft des Eingetragenen zu bestreiten, wenn sie glaubt, er sei entgegen dem äussern Schein in Wirklichkeit nicht Aktionär. Dringt sie im Prozess mit ihrem Standpunkt durch, so erwächst ihr aus ihrer Bestreitung kein Nachteil (vgl. JÄGGI a.a.O. S. 157/158, 176/177). Ebenso kann die Gesellschaft auf ihre Gefahr hin eine Person als Aktionär behandeln, die keinen Ausweis vorgelegt hat und

daher auch nicht ins Aktienbuch eingetragen worden ist. Auch in diesem Falle entsteht ihr kein Nachteil, sondern ist ihre Handlungsweise rechtmässig, wenn ihre Auffassung darüber, wer in Wirklichkeit Aktionär sei, sich als richtig erweist (vgl. JÄGGI S. 175).

4. Es bleibt zu prüfen, ob und wie sich die veränderten Anschauungen über die Tragweite der Eintragung im Aktienbuch auf die Auslegung von Art. 687 OR auswirken. Ein vom Beklagten eingeholtes Rechtsgutachten weist zutreffend darauf hin, dass die Lehre und die Rechtsprechung die Bedeutung der Eintragung im Aktienbuch bisher fast ausschliesslich im Hinblick auf die Rechte des Aktionärs geprüft haben. Entgegen der Ansicht des Gutachters, die freilich den Wortlaut von Art. 687 OR für sich hat, darf jedoch die Eintragung im Aktienbuch für den Übergang der Pflicht zur Einzahlung des ausstehenden Aktienbetrags so wenig wie für den Übergang der Aktionärrechte als konstitutiv betrachtet werden. Hiegegen spricht neben dem Zusammenhang zwischen Art. 687 und Art. 685/686 OR schon die Überlegung, dass die Einzahlungspflicht und die Mitgliedschaftsrechte als die beiden Seiten eines und desselben Rechtsverhältnisses zusammengehören. Es lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, dass die Eintragung im Aktienbuch im einen Punkt konstitutiv wirken, im andern dagegen nur die Bedeutung eines widerlegbaren Beweises haben soll. Hiezu kommt, dass der rein interne, für die Beteiligten nicht ohne weiteres feststellbare Vorgang der Eintragung in ein privates Verzeichnis der Gesellschaft, auf dessen Führung die Aktionäre keinen Einfluss haben und das häufig nicht zuverlässig (oder überhaupt nicht) geführt wird, schlechterdings ungeeignet ist, im Falle der Veräusserung nicht voll einbezahlter Namenaktien den Übergang der Schuldpflicht herbeizuführen. Dieser kann vielmehr entsprechend den allgemeinen Grundsätzen über die Schuldübernahme mit befreiender Wirkung (Art. 176 OR) nur dadurch zustande kommen, dass die Aktie, mit welcher die Einzahlungspflicht verknüpft ist, gültig an den

Erwerber übertragen wird und dass die Gesellschaft dieser Übertragung zustimmt (welche Zustimmung nach Art. 686 Abs. 3 OR von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann). Indem das Gesetz in Art. 687 Abs. 1 und 3 OR die Eintragung im Aktienbuch als für den Übergang der Einzahlungspflicht massgebend bezeichnet. verwendet es eine vereinfachende Ausdrucksweise, die sich daraus erklärt, dass die Eintragung zwar nicht immer, aber doch in der Regel auf einer gültigen Übertragung der Aktie beruht und die vom zuständigen Gesellschaftsorgan wirksam erteilte Zustimmung zu dieser Übertragung dartut. Die Eintragung hat demnach im Streit darüber, wer den nicht einbezahlten Betrag schuldet, nur die Bedeutung eines Beweismittels, das durch andere Beweismittel sowohl ersetzt als auch entkräftet werden kann. Sie bildet nicht die Form, in welcher die Zustimmung der Gesellschaft erteilt werden müsste, um gültig zu sein, und schafft keinen Rechtstitel besonderer Art, der die Einzahlungspflicht des Eingetragenen, selbst wenn dieser in Wirklichkeit nicht Aktionär ist, im Sinne von BGE 65 II 230 unwiderlegbar dartun würde.
Der Eintragung im Aktienbuch mit Bezug auf den Übergang der Einzahlungspflicht konstitutive Bedeutung

beizumessen, lässt sich nicht etwa mit dem Bedürfnis der Gesellschaft nach klaren, für sie leicht feststellbaren Verhältnissen rechtfertigen. Dieses Bedürfnis ist im Falle der Veräusserung nicht voll einbezahlter Namenaktien nicht stärker als im Falle eines sonstigen Schuldnerwechsels. Es bildet keinen stichhaltigen Grund dafür, eine nicht durch Eintragung im Aktienbuch, sondern in anderer Form erfolgte Zustimmung zum Übergang der Einzahlungspflicht auf den Erwerber der Aktie als unbeachtlich zu erklären oder zugunsten der Gesellschaft die Eintragungen in dem von ihr selber geführten Aktienbuch als für die Ermittlung der Schuldner der noch nicht einbezahlten Aktienbeträge schlechthin massgebend zu betrachten und auf diese Weise

den Belangten die Einrede abzuschneiden, dass die Eintragungen der wirklichen Rechtslage nicht entsprechen. Diese Erwägungen gelten auch für den Fall des Konkurses der Gesellschaft. Die Konkursmasse kann zwar ein wesentliches Interesse daran haben, auf möglichst einfache Weise feststellen zu können, wer die ausstehenden Aktienbeträge schuldet. Allein abgesehen davon, dass die Konkursmasse grundsätzlich (unter Vorbehalt von Art. 756 OR und Art. 285 ff. SchKG) nicht mehr Rechte haben kann als die aufrechtstehende Gesellschaft, bildet auch das erwähnte Interesse der Masse keinen genügenden Grund, die gestützt auf das Aktienbuch belangten Personen daran zu hindern, sich auf die wahre Rechtslage zu berufen; dies um so weniger, als die Masse die Verwaltung für Schaden aus fehlerhafter Führung des Aktienbuches haftbar machen kann (Art. 754 OR). Der Beklagte ist also von der Einzahlungspflicht, die er mit der Zeichnung von 70 nicht voll einbezahlten Namenaktien übernommen hatte, befreit worden, wenn er diese Aktien gültig an Laming übertragen und die Gesellschaft dieser Übertragung zugestimmt hat, und zwar gilt dies auch dann, wenn er im Aktienbuch als Aktionär eingetragen blieb. Ist dagegen auch nur eine der beiden erwähnten Bedingungen (gültige Übertragung der Aktien, wirksame Zustimmung der Gesellschaft) nicht erfüllt, so ist der behauptete Schuldnerwechsel nicht zustandegekommen, sondern trifft die streitige Einzahlungspflicht auch heute noch den Beklagten, selbst wenn im Aktienbuch Laming an seiner Stelle als Aktionär eingetragen worden sein sollte. Die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe als Rechtsnachfolger der Gesellschaft bzw. ihrer Konkursmasse mit dem Aktienbuch zu beweisen, dass er (der Beklagte) immer noch Aktionär sei, ist aus dem doppelten Grunde unrichtig, weil nicht der Kläger den Fortbestand der durch die Aktienzeichnung begründeten Einzahlungspflicht des Beklagten, sondern dieser das Erlöschen seiner

nachgewiesenermassen entstandenen Schuld zu beweisen hat (vgl. KUMMER N. 146 ff., 156, 160/161 und 302-304 zu Art. 8 ZGB; BGE 54 II 280 /281) und weil die Eintragungen im Aktienbuch nicht einmal als Beweismittel wesentlich sind, wenn der für die Anwendung des materiellen Rechts massgebende Sachverhalt im wesentlichen abgeklärt ist, wie es hier zutrifft. Deshalb kann dahingestellt bleiben, zu wessen Ungunsten die Ungewissheit über die Eintragungen im Aktienbuch - das der Beklagte dem seither verschwundenen Laming übergeben hat - nach Art. 8 ZGB ausschlagen müsste, wenn auf diese Eintragungen etwas ankäme.

5. Die Übertragung der streitigen Aktien an Laming ist nach der Auffassung des Beklagten dadurch erfolgt, dass er mit Laming nach dem Briefwechsel mit dessen Anwalt und nach der Generalversammlung vom 20. September 1958 den Vertrag vom 1. Oktober 1958 schloss (vgl. lit. B hievor) und dem Anwalte Lamings hernach das Zertifikat über seine Aktien zusandte und dass Laming in der Folge die im Vertrag vom 1. Oktober 1958 vereinbarte Zahlung von Fr. 5000.– leistete. Diese Tatsachen stehen fest. Anderseits ist verbindlich festgestellt, dass der Beklagte das Aktienzertifikat, das einen seine 70 Aktien zusammenfassenden Sammeltitel

darstellt (vgl. BÜRGI N. 46 der Vorbemerkungen zu Art. 683-687 OR), nicht indossiert hat. Weitere Tatsachen, die für den Entscheid über das Zustandekommen einer gültigen Übertragung dieser Aktien von Bedeutung sein könnten, sind von keiner Seite behauptet und von der Vorinstanz nicht festgestellt worden. Unter diesen Umständen ist in erster Linie zu prüfen, ob die feststehenden Tatsachen den Schluss erlauben, der Beklagte habe seine Aktien gültig an Laming übertragen. Ist dies zu verneinen, so stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft der Übertragung an Laming - gültig - zugestimmt habe, nicht mehr, sondern ist die Berufung, mit welcher der Beklagte seine Einzahlungspflicht bestreitet, ohne weiteres abzuweisen.

6. Die Übertragung von Namensaktien, die nach BGE

83 II 304 ff. auch im Falle der (hier durch Art. 6 der Statuten angeordneten) Vinkulierung grundsätzlich Ordrepapiere darstellen, kann nach Art. 684 Abs. 2 OR durch Übergabe des indossierten Aktientitels an den Erwerber erfolgen. Wie schon erwähnt, fehlt im vorliegenden Falle ein Indossament. Die in Art. 684 Abs. 2 OR genannte Art der Übertragung ist jedoch nicht die einzig mögliche. Vielmehr können Namenaktien jedenfalls dann, wenn die Statuten dies nicht ausschliessen, auch durch Übergabe des Titels in Verbindung mit einer auf einer andern Urkunde angebrachten schriftlichen Erklärung im Sinne von Art. 967 Abs. 2 OR, die nichts anderes als eine Abtretungserklärung im Sinne von Art. 165 Abs. 1 OR ist (vgl. Art. 1001 Abs. 2 OR), übertragen werden (BÜRGI N. 16 zu Art. 684 OR; JÄGGI N. 90 ff. und 98 zu Art. 967 OR). Die Übertragung der streitigen Aktien an Laming ist also, soweit sie nicht von der Zustimmung der Gesellschaft abhängt, mit dem Abschluss des Vertrags vom 1. Oktober 1958 und der nachfolgenden Übergabe des Aktienzertifikats an den Vertreter Lamings zustande gekommen, wenn jener Vertrag eine Abtretungserklärung enthält. Andernfalls ist die Übertragung trotz der Übergabe des Zertifikats nicht gültig erfolgt.

7. Die Abtretung bedarf nach Art. 165 Abs. 1 OR zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Die Verpflichtung zum Abschluss eines Abtretungsvertrages kann nach Art. 165 Abs. 2 OR formlos begründet werden. Art. 165 OR unterscheidet also deutlich zwischen der Abtretung und der Verpflichtung zur Vornahme einer solchen. Um als Abtretungserklärung im Sinne von Art. 165 Abs. 1 OR gelten zu können, braucht eine schriftliche Erklärung das Wort Abtretung nicht zu enthalten. Es genügt, wenn ihr der Wille, die Forderung (bzw. das abzutretende sonstige Recht) mit der Unterzeichnung und Übergabe der Erklärung auf deren Empfänger zu übertragen, durch Auslegung entnommen werden kann. Wenn ihr dagegen der Empfänger weder nach Treu und Glauben entnehmen darf,

noch in Übereinstimmung mit dem Urheber tatsächlich entnimmt, dass dieser mit ihrer Abgabe die Abtretung als vollzogen betrachtet, sondern wenn darin nur das Versprechen zu finden ist, die Abtretung später vorzunehmen, so liegt keine Abtretung, sondern nur eine Verpflichtung dazu vor (vgl. BGE 88 II 21).

8. Art. 1 des Vertrags vom 1. Oktober 1958 sieht vor, Laming verpflichte sich, bis zum 4. Oktober 1958 für die Marunion SA einen neuen Verwaltungsrat zu bestimmen; von ihm und vom neuen Verwaltungsrat werde dem Beklagten Entlastung erteilt; der Beklagte erkläre sich bereit, sein Verwaltungsratsmandat "nach Erfüllung der soeben genannten Voraussetzungen" niederzulegen. Art. 1 des Vertrags begründet also Verpflichtungen der

Vertragsparteien, künftig bestimmte Rechtshandlungen vorzunehmen.
Das gleiche gilt auch für Art. 2, der nach der Auffassung des Beklagten die für die Übertragung der streitigen Aktien erforderliche Abtretungserklärung enthält. Im Anschluss an die Bestimmung, dass Laming sich zur Zahlung von Fr. 5000.– an den Beklagten verpflichte und ihm diesen Betrag schuldig zu sein anerkenne, steht hier, der Beklagte seinerseits anerkenne, Zug um Zug gegen die Fr. 5000. - die in seinem Besitz befindlichen Aktien an Laming auszuhändigen bzw. auf ihn zu übertragen. Das Wort "seinerseits" kennzeichnet die vom Beklagten ausgesprochene "Anerkennung" als Gegenstück zum vorausgehenden Schuldbekenntnis Lamings. Deswegen und weil die "Anerkennung" des Beklagten eine Leistung zum Gegenstand hat, die Zug um Zug gegen die noch nicht erfolgte, sondern erst versprochene Zahlung von Fr. 5000.– zu erbringen war, durfte Laming jene Erklärung nach Treu und Glauben nur in dem Sinne auffassen, dass der Beklagte sich zur Aushändigung bzw. Übertragung der Aktien gegen Zahlung des Betrags von Fr. 5000.– verpflichte. Er durfte daraus nicht schliessen, dass ihm der Beklagte seine Aktien schon mit der Unterzeichnung des Vertrags abtrete, d.h. sogleich darüber verfüge.

Die Vorgeschichte des Vertrags vom 1. Oktober 1958 kann hieran nichts ändern. Der Anwalt Lamings hatte den Beklagten zwar mit Schreiben vom 11. September 1958 zur sofortigen Abtretung der auf ihn lautenden Aktien aufgefordert. Mit diesem Begehren drang er aber eben nicht durch, sondern der massgebende Vertrag sah vor, dass der Beklagte seine Aktien erst Zug um Zug gegen die von Laming versprochene Zahlung abzutreten habe. Ob eine Abtretung an eine aufschiebende oder auflösende Bedingung geknüpft werden dürfe, wie dies in BGE 67 II 127 und BGE 84 II 363 angenommen wurde, kann dahingestellt bleiben; denn sowenig wie eine unbedingte Abtretungserklärung ist im Vertrag vom 1. Oktober 1958 eine Erklärung des Inhalts zu finden, dass die Abtretung mit der Zahlung des Betrags von Fr. 5000.– durch Laming ohne weiteres vollzogen sein solle. Der Umstand, dass angesichts der heute bekannten spätern Entwicklung der Dinge eine sofortige Abtretung der Aktien im Interesse des Beklagten gelegen hätte, kann bei der Auslegung des Vertrags vom 1. Oktober 1958 nicht in Betracht fallen. Es bleibt somit dabei, dass dieser Vertrag, nach Treu und Glauben ausgelegt, hinsichtlich der streitigen Aktien nur die Verpflichtung zur Abtretung gegen Zahlung der Entschädigung von Fr. 5000. - begründet. Dass die Parteien ihm übereinstimmend eine weitgehende Bedeutung beigemessen hätten, ist nicht dargetan. Das angefochtene Urteil enthält keine tatsächliche Feststellung, die einen solchen Schluss erlauben würde, und der Vorinstanz wird nicht vorgeworfen, sie habe in diesem Punkte einen Beweisantrag übergangen und damit Bundesrecht verletzt.

9. JÄGGI ist der Auffassung, wenn das - an sich formfreie - Verpflichtungsgeschäft die für das Verfügungsgeschäft erforderliche Schriftform aufweise, brauche der Verfügungswille nicht "noch einmal" schriftlich geäussert zu werden; sonst würde die - den Parteien häufig nicht bewusste und in erster Linie wissenschaftlichen Zwecken

dienende - Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungswillen überspitzt; die Verurkundung des Verpflichtungswillens sei also formgenügend, auch für das Verfügungsgeschäft; wenn z.B. in einem Erbteilungsvertrag die Zuweisung eines Namenpapiers an einen Miterben (schriftlich) vereinbart werde, sei diese mit der Übertragung des Besitzes am Papier vollzogen; die Verurkundung des Übertragungswillens sei zur Gültigkeit nicht mehr notwendig, doch sei der Veräusserer verpflichtet, sie vorzunehmen, um die Legitimation des

Erwerbers herzustellen (N. 104 zu Art. 967 OR); für die Ordrepapiere gelte hier das gleiche wie für die Namenpapiere (N. 108 zu Art. 967 OR). Diesen Überlegungen kann nicht beigestimmt werden.
Es mag zwar zutreffen, dass der Unterschied zwischen einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsgeschäft den Beteiligten entgehen kann. Gerade im vorliegenden Falle scheinen die Anwälte, die bei der Übergabe des Aktienzertifikats mitwirkten, angenommen zu haben, eine weitere Vorkehr sei für die am 1. Oktober 1958 vereinbarte Übertragung der Aktien nicht nötig. Dies ist jedoch kein genügender Grund dafür, sich über den nicht bloss von der Wissenschaft, sondern (vgl. Erwägung 7 hievor) auch vom Gesetz und von der Rechtsprechung gemachten Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft hinwegzusetzen. Vielmehr besteht gerade im Wertpapierrecht aller Anlass, diesen Unterschied zu beachten. Durch die Wertpapiere soll vor allem ein leichter und sicherer Umlauf der darin "verkörperten" Rechte ermöglicht werden. Bei Wertpapieren, für deren Übertragung neben der Übergabe des Titels eine schriftliche Erklärung des Veräusserers nötig ist, muss diese daher den Willen, die Übertragung hiemit vorzunehmen, klar zum Ausdruck bringen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn es sich nicht um eine Erklärung auf dem Titel selber, sondern um eine solche in einer besondern Urkunde handelt. Eine Erklärung,

die nur besagt, dass der Aussteller sich zur künftigen Übertragung verpflichte, kann also nicht genügen. Der Wille auf Vollzug der Übertragung kommt darin nicht zum Ausdruck. Ihn aus der Tatsache der Übergabe des Titels abzuleiten, geht nicht an, wo vorgeschrieben ist, dass er schriftlich erklärt werden muss. Die schriftliche Verpflichtung zur Übertragung als Abtretungserklärung gelten zu lassen, ist im übrigen auch wegen der Schwierigkeiten, die in diesem Falle bei der Weiterveräusserung des Papiers entstünden, mit dem Erfordernis der Sicherheit des Wertpapierverkehrs nicht vereinbar. Da jeder spätere Erwerber des Papiers in der Lage sein muss, seine Berechtigung durch eine ununterbrochene Kette von Abtretungen nachzuweisen, müsste, wenn die schriftliche Verpflichtung die Abtretungserklärung ersetzen könnte, der jene Verpflichtung enthaltende Vertrag bei jeder weitern Veräusserung des Titels mit diesem übergeben werden. Ein solcher Vertrag kann die Verpflichtung zur Übertragung von Bedingungen und Gegenleistungen abhängig machen, über deren Erfüllung er keine Auskunft gibt. Für die spätern Erwerber wäre es daher unter Umständen sehr schwierig, die Berechtigung des Veräusserers zu prüfen und ihre eigene Berechtigung darzutun. Das Hilfsmittel, das JÄGGI vorschlägt, indem er dem Erwerber einen Anspruch auf Verschaffung der Legitimation gewährt (N. 104 und 108, je am Ende, sowie N. 118 zu Art. 967 OR), ist nicht zuverlässig; denn es kann leicht vorkommen, dass der Vormann, der nachträglich eine Abtretungserklärung ausstellen sollte, nicht mehr erreichbar ist. Aus diesen Gründen kann nicht anerkannt werden, dass die schriftliche Niederlegung des Verpflichtungswillens eine schriftliche Abtretungserklärung unter dem Gesichtspunkte von Art. 967 Abs. 2 OR überflüssig mache. Wegen Fehlens einer solchen sind also die streitigen Aktien nicht aufLaming übergegangen und ist der Beklagte nicht von seiner Einzahlungspflicht befreit worden.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 1964 bestätigt.