

construction de cette porcherie. N'ayant pas abouti, il intenta, par écriture du 22 juillet 1905, une action à la commune de Saint-Gingolph en exécution de la convention et en paiement de dommages-intérêts.

B. — Après une procédure fort longue, dans le détail de laquelle il est inutile d'entrer, le demandeur a formulé dans ses écritures des 5 et 9 février 1908, les conclusions suivantes :

« 1° . . . . .

« 2° La Commune de Saint-Gingolph est tenue d'exécuter » et de tenir l'engagement pris dans l'acte du 1<sup>er</sup> juin 1898.

« 3° Elle est tenue de tous dommages-intérêts pour les » ennuis et pertes résultat de la non-exécution de l'engage- » ment pour le temps durant lequel la grange Richon a sub- » sisté et subsistera telle qu'actuellement.

« 4° Au cas où l'enlèvement de la grange Richon serait » impossible, la commune paiera à M. Chaperon la somme » de 20 000 fr. à titre d'indemnité globale et définitive pour » tout le tort causé, avec intérêts au 5 % dès la demande en » justice. »

5° (Frais.)

La défenderesse a conclu, avec dépens, à libération.

C. — Par jugement du 17 juin 1908, le Tribunal de district de Saint Maurice a débouté le demandeur, et le 12 novembre suivant, la Cour d'appel du Valais a confirmé le jugement de la première instance quant au fond.

D. — C'est contre ce prononcé, communiqué aux parties le 12 janvier 1909, que, par acte déposé le 2 février suivant, le demandeur a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral et a repris ses conclusions originaires.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

La demande s'appuie uniquement sur la convention du 1<sup>er</sup> juin 1898. Elle en déduit l'obligation de la commune défenderesse de tenir les engagements pris par la municipalité ou bien de payer des dommages-intérêts pour inexécution des obligations découlant du contrat. Or, l'engagement pris par la municipalité de Saint-Gingolph concerne des mesures qui ont trait à la police des constructions. Il s'agit donc d'intérêts

généraux de la commune et l'acte du 1<sup>er</sup> juin 1898 ne constitue pas une convention passée par la municipalité, représentant la commune comme sujet de droit privé. En conséquence, la question de savoir si et dans quelle mesure l'engagement du 1<sup>er</sup> juin 1898 est valable et lie la défenderesse, relève du droit public ou administratif cantonal et non du droit civil fédéral. Le Tribunal fédéral est, par suite, incompétent tant au point de vue de la nature de l'action intentée, qu'à celle du droit applicable (art. 56 OJF). La circonstance que les tribunaux du Valais ont connu de l'action et qu'ils ont fait, sur certains points, application du droit fédéral, est sans influence sur la nature du litige.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

## 22. Urteil vom 5. März 1909

in Sachen **Schilling-Wenk und Egli**, Bess. u. Ver.-KL, gegen  
**Konkursmasse der Eisenwerkzeug-  
und Glashandlung Adolf Probst**, KL u. Ver.-Bessl.

*Anwendbarkeit eidg. Rechts: Art. 56 OG? Abschluss eines Gesellschaftsvertrages im Ausland, zur Gründung einer ausländischen Gesellschaft, durch bevollmächtigte Stellvertreter von in der Schweiz wohnhaften Gesellschaftern: Ansprüche gegen diese Gesellschafter aus ihrer Mitgliedschaft beurteilen sich nach dem ausländischen Recht. — Nachprüfung der Aktenwidrigkeit des Tatbestandes (Art. 81 OG) steht dem Bundesgericht nur zu, sofern es zur rechtlichen Beurteilung der Streitsache kompetent ist.*

A. — Am 21. Juni 1900 gründete sich, mit Sitz in St. Ludwig im Elsaß, durch einen notariell verschriebenen, in Hünningen errichteten Gesellschaftsvertrag unter der Firma „Eisenwerkzeug- und Glashandlung Adolf Probst, G. m. b. H.“, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Gesellschaft ist am 30. Juni 1900 in

das Handelsregister zu Mülhausen eingetragen worden. Am 6. und 19. Juni hatten Albert Schilling-Wenk, Tierarzt in Basel, und Anton Egli, Versicherungsagent daselbst, Blankovollmachten zur Gründung der Eisenwerkzeug- und Glashandlung Adolf Probst, G. m. b. H., (in St. Ludwig im Elsaß, Junterzeichnet, die dem Gründungsvertrag beigeheftet wurden; gleichzeitig hatten sie sich zur Übernahme eines Anteilscheins von je 1000 Mark verpflichtet, die dann auch einbezahlt wurden. Das Stammkapital betrug 120,000 Mark. Am 29. Juni 1901 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter erhob gegen Albert Schilling-Wenk und Anton Egli vor den Basler Gerichten Klage mit dem Begehren:

1. Es seien die Beklagten zur Bezahlung von je 1868 Mk. 62 Pf. nebst 5% Zins seit 1. August 1900, eventuell 29. Juni 1901 an Klägerin zu verurteilen.

2. Der Klägerin sei das Nachlagrecht gegen die beiden Beklagten vorzubehalten für allfällige weitere auf Art. 24 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 sich stützende Forderungen, die dadurch entstehen, daß von den Gesellschaftern Berner, Groß, Hess, Pfister, Ballaster und Weiß die gemäß dieser Klage auf sie entfallenden Beiträge aus dem Stammeinlagenausstand nicht zu erlangen sind.

3. Die Beklagten seien in solidum für die ordentlichen und außerordentlichen Kosten dieses Verfahrens haftbar zu erklären.

Die Klage stützte sich auf § 24 des deutschen Reichsgesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892, der lautet: „Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen, noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen. Beiträge, welche von den einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.“ Die Beklagten widersetzten sich der Klage; sie machten geltend, sie seien nicht Mitglieder der Gesellschaft geworden, da sie nach den Angaben des Hauptbeteiligten, Adolf Probst, geglaubt hätten, es handle sich um die Gründung einer Aktiengesellschaft; ferner sei die Gesellschaft nicht in rechtsförmlicher Weise

begründet worden, und jedenfalls seien die Klageforderungen zu hoch. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt hieß die Klage in einem Betrage von je 280 Mk. 29 Pf. gegen jeden der Beklagten gut. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannte mit Urteil vom 22. Januar 1909: Die Beklagten werden verurteilt zur Zahlung von je 1728 Mk. 26 Pf. nebst 5% Zins seit 1. Mai 1905 an die Klägerin. Die Mehrforderung ist abgewiesen. Die Beklagten tragen die ordentlichen Kosten beider Instanzen mit einer zweitinstanzlichen Urteilsgebühr von 150 Fr. und einem Expertenonorar von 10 Mk.

B. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung an das Bundesgericht eingelegt; sie stellen vor Bundesgericht folgende Anträge:

1. Hauptantrag:

Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichts Baselstadt vom 22. Januar 1909 und gänzliche Abweisung der Klage unter Verfallung der Rekursbeklagten zur Tragung der sämtlichen Kosten aller drei Instanzen.

2. Eventualantrag:

Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichts Baselstadt vom 22. Januar 1909 bezüglich des Postens Besserer und a) Bestätigung des Urteils des Zivilgerichts (1. Instanz) vom 5. November 1908, eventuell b) Rückweisung des Falles an die kantonale Instanz, ebenfalls unter Verfallung der Rekursbeklagten zur Tragung sämtlicher Kosten der drei Instanzen.

Die begründende Rechtschrift bezeichnet es als rechtsirrtümlich und aktenwidrig, daß die Vorinstanzen die Beklagten als Mitglieder der Gesellschaft betrachteten, wobei bemerkt wird, daß für die Frage der Verbindlichkeit ihrer Beitrittserklärungen schweizerisches Recht maßgebend sei, was die Vorinstanzen offen gelassen hätten. Ferner beruhe das appellationsgerichtliche Urteil auch hinsichtlich eines bestimmten Postens auf einer aktenwidrigen Annahme, die vom Bundesgericht zu korrigieren sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die eingeklagten Ansprüche werden aus der Mitgliedschaft der Beklagten bei der in Konkurs geratenen klägerischen Gesellschaft hergeleitet. Diese ist in Deutschland gegründet worden, und die

Rechte und Pflichten der Mitglieder beurteilen sich zweifellos nach deutschem Rechte. Nun bestreiten aber die Beklagten, wenigstens in der Berufungserklärung, daß sie je Mitglieder der Gesellschaft geworden seien, da sie einer Aktiengesellschaft, nicht einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hätten beitreten wollen, und sie meinen, für die Beurteilung dieser Einwendung sei schweizerisches Recht maßgebend. „Denn hier in Basel haben die beiden Beklagten „ihren ordentlichen Wohnsitz, hier wurde der Beitrittschein von „A. Schilling, Antwortbeleg 4, unterzeichnet; hier in Basel hat „am 25. April 1900 die Generalversammlung zur Gründung „einer Gesellschaft stattgefunden; hier ist die Vollmacht des Beklagten Egli vom 6. Juni mit dem Namen des Bevollmächtigten « en blanc » ausgestellt und dessen Unterschrift hier vom hiesigen „Notar Dr. Ründig beglaubigt worden. Es handelt sich also um „die rechtliche Bedeutung der im Inland abgegebenen Erklärung „einer im Inland wohnenden Partei und hiefür muß das inländische Recht als maßgebend bezeichnet werden (s. BGE 21 „S. 630 Erw. 2 i. S. Funke und Hueck gegen Marti vom „21. Mai 1895).“ Nun ist im vorliegenden Falle der Gesellschaftsvertrag in Deutschland abgeschlossen worden; es bedurfte dazu nach § 2 des Reichsgesetzes vom 26. April 1892 der gerichtlichen oder notariellen Form und der Unterzeichnung durch sämtliche Gesellschafter. Entscheidend für die Frage des Beitritts zu der Gesellschaft sind sonach die am 21. Juni 1900 von den Beklagten oder in ihrem Namen beim Vertragsabschluß in Hünningen abgegebenen Erklärungen. Ob diese verbindlich seien oder nicht, würde sich nun zweifellos in jeder Beziehung nach deutschem Recht beurteilen, wenn die Beklagten an der konstituierenden Versammlung teilgenommen und den Gesellschaftsvertrag selbst unterzeichnet hätten; denn Deutschland ist nicht nur der Ort des Vertragschlusses, sondern dort soll auch der Gesellschaftsvertrag ausgeführt werden. Hieran vermag aber der Umstand nichts zu ändern, daß sich die Beklagten beim Vertragsabschluß durch einen Bevollmächtigten vertreten ließen, dem sie Blanko-Vollmachten ausgestellt hatten, sobald es sich lediglich um die Gültigkeit bzw. Wichtigkeit oder Unfechtbarkeit der vom Vertreter übermittelten Willenserklärung der Beklagten handelt. Diese ist an ihrer Stelle von ihrem Bevoll-

mächtigten abgegeben worden, muß also als ihre Erklärung gelten, sofern nicht etwa die Übermittlung eine fehlerhafte oder auftragswidrige war. Für die Beurteilung des Auftrags- und Vollmachtsverhältnisses zwischen den Beklagten und ihrem Vertreter könnte man vielleicht schweizerisches Recht als maßgebend betrachten, wenn der Vertretungsauftrag in der Schweiz erteilt und angenommen worden wäre. Allein einmal fehlt für eine solche Annahme die tatsächliche Unterlage, da nur bezüglich der Vollmacht des Beklagten Egli behauptet ist, daß sie in Basel ausgestellt sei, und da der Vollmachtträger überhaupt nicht genannt wird. Und sodann ist zu bemerken, daß die Unverbindlichkeit der Beitrittserklärungen von den Beklagten in keiner Weise auf eine fehlerhafte Übermittlung derselben oder auf eine unrichtige Ausführung des Auftrags durch den Bevollmächtigten zurückgeführt wird, sondern einzig darauf, daß ihre, von einem Vertreter abgegebene Beitrittserklärung ungültig bzw. anfechtbar sei, weil ihr Wille auf etwas anderes gerichtet gewesen sei. Von Anwendung eidgenössischen Rechts kann daher nicht die Rede sein. Die Berufung auf den Fall Funke und Hueck gegen Marti ist verfehlt, da die tatsächlichen Verhältnisse durchaus verschiedene sind. Die Behauptung der Aktenwidrigkeit gewisser Feststellungen der Vorinstanz sodann vermag selbständig die Berufungsfähigkeit der Streitfache nicht zu begründen. Die Übereinstimmung des festgestellten Tatbestandes mit den Akten kann vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nur nachgeprüft werden, wenn sonst seine Kompetenz zur Beurteilung der Streitfache gegeben ist (vergl. Art. 56, 57 und 81 OG).

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.