

cantonale n'a donc violé ni méconnu aucune règle de droit fédéral et sa décision ne peut être que confirmée.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

**67. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Oktober 1925;
i. S. Hablützel gegen Schweiz. Gesellschaft
für elektrische Industrie.**

Aktienrecht: Art. 627 Abs. 1 OR. Prioritätsrechte einer Kategorie von Aktionären sind keine wohlverworbenen Rechte, sofern sich nicht aus den Statuten ergibt, dass sie ohne Zustimmung des einzelnen Aktionärs nicht entzogen werden können, sondern Mitgliedschaftsrechte, die, — wie durch Ausfüllung einer Lücke im Gesetz festzustellen ist, — dem Mehrheitswillen der privilegierten Gruppe unterliegen.

Begriff des handelsrechtlichen Reingewinnes (Art. 629 u. 630 OR). Unzulässigkeit der Verteilung eines durch Herabsetzung des Aktienkapitals freigewordenen Betrages als Dividende.

A. — I. Die Beklagte ist eine seit mehreren Jahren mit Sitz in Glarus eingetragene Aktiengesellschaft. Ihr Zweck umfasst alle Finanzgeschäfte, welche sich auf private oder staatliche Unternehmungen zur Anwendung der Elektrizität beziehen, sowie den Erwerb und Betrieb, die Verwertung und Finanzierung solcher Unternehmungen selbst. Bis zum 28. Januar 1921 betrug das Aktienkapital 20,000,000 Fr. Daneben waren vier verschiedene Obligationenanleihen im Gesamtbetrage von 60,000,000 Fr. ausstehend. Auf Grund der bundesrätlichen Verordnung betreffend die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen vom 20. Februar 1918 (Gl. Gem. V. O.) wurde in einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 28. Januar 1921

folgende Reorganisation beschlossen und in der Folge durchgeführt :

1. Umwandlung des Obligationenkapitals von 60,000,000 Fr. in 60,000 Vorzugsaktien zu 1000 Fr. und gleichzeitige Herabsetzung des bisherigen Aktienkapitals von 20,000,000 Fr. auf 4,000,000 Fr. unter Umwandlung der bisherigen Aktien von nominal 500 Fr. in Stammaktien von nominal 100 Fr. (§ 5 der Statuten vom 28. Januar 1921).

2. Den Prioritätsaktionären wurden in den Statuten folgende Vorzugsrechte eingeräumt :

a) Recht auf Rückzahlung des Aktienkapitals am 1. Juni 1940 zu 110 % des Nominalbetrages, zuzüglich rückständiger Dividenden, soweit das dannzumalige Gesellschaftsvermögen dazu ausreicht.

Vorbehalt des Rechts für die Vorzugsaktionäre, in einer besondern Generalversammlung die Rückzahlung der dannzumal noch im Umlauf befindlichen Aktien durch Mehrheitsbeschluss von $\frac{2}{3}$ der vertretenen Stimmen aufzuschieben oder ganz aufzuheben (§ 14 Abs. 1 und 2).

b) Recht auf eine jährliche kumulative Vorzugsdividende von 6 % nach Ausscheidung der statutarisch vorgeschriebenen Rückstellungen (§ 42 Abs. 1 Ziff. 2).

c) Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Liquidationsüberschuss für einen Betrag von 110 % des Nennwertes der Aktien, zuzüglich aller rückständigen Dividenden, sowie eines Zinses von 6 % für die Zeit zwischen dem letzten Bilanztermin und dem Datum des Liquidationsbeschlusses (§ 50 Abs. 1).

Bezüglich des Stimmrechts bestimmt § 23 der Statuten : « Jede Vorzugs- und jede Stammaktie hat das Recht auf eine Stimme in der Generalversammlung. Vorzugs- und Stammaktien bilden zusammen, vorbehaltlich der Bestimmungen der §§ 14 und 15, eine Stimmengemeinschaft. Soweit nicht die Statuten den Vorzugsaktionären bestimmte Vorrechte gegenüber den

Stammaktionären einräumen, unterliegen die Vorzugsaktionäre einem in Stimmengemeinschaft gefassten Beschluss wie gewöhnliche Aktionäre von Gesetzes wegen.»

Gemäss dem ihr in § 14 Abs. 3 der Statuten eingeräumten Recht kaufte die Gesellschaft im Jahre 1922 freihändig für nominal 4,000,000 Fr. Vorzugsaktien zurück, sodass das Aktienkapital per 31. Dezember 1922 noch 60,000,000 Fr. betrug, nämlich 56,000,000 Fr. Vorzugsaktien und 4,000,000 Fr. Stammaktien.

II. Trotz dieser Reorganisation sah sich die Beklagte, die beträchtliche ausländische Werte besass, genötigt, von der den Aktiengesellschaften und Genossenschaften durch den B. R. B. vom 26. Dezember 1919 betreffend die Folgen der Währungsentwertungen erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen und in die Bilanz einen fiktiven Aktivposten «Währungsausfall» einzustellen, in derjenigen per 31. Dezember 1922 figuriert er noch mit 25,236,208 Fr. 35 Cts. Die Geschäftsjahre 1921 und 1922 schlossen jeweils mit einem Verlust ab.

Durch Zirkular vom 12. Mai 1923 lud der Verwaltungsrat die Prioritäts- und Stammaktionäre zu einer neuen Generalversammlung auf den 29. Mai 1923 nach Basel ein. In diesem Zirkular war u. a. ausgeführt: Eine gesunde Situation der Gesellschaft könne nur erreicht werden, wenn der rein fiktive und ertragslose Aktivposten «Währungsausfall» in der Höhe von 25,236,208 Fr. 35 Cts., zuzüglich des noch vorhandenen Verlustsaldos von 744,076 Fr. 82 Cts., endgültig aus der Bilanz verschwinde und darüber hinaus noch namhafte Beträge in Reserve gestellt würden. Dieses Resultat aber sei nur erreichbar durch eine Herabsetzung des Aktienkapitals von 60,000,000 Fr. um 60 % auf 24,000,000 Fr. unter Aufhebung aller bisherigen Vorrechte der Vorzugsaktien gegenüber den Stammaktien. Demgemäss wurde den Aktionären folgender Reorganisationsplan II unterbreitet:

«Die Verpflichtung der Gesellschaft, die Vorzugsaktien am 1. Juni 1940 unter Entrichtung eines Zuschlages von 10 % zum Aktiennominale zurückzuzahlen, wird aufgehoben.

Alle sonstigen Vorrechte, welche die Vorzugsaktien gegenüber den Stammaktien besitzen: Anspruch auf kumulative Vorzugsdividende, vorzugsweise Befriedigung aus dem Liquidationsüberschuss, besonderes Stimmrecht und besondere Generalversammlungen etc. werden aufgehoben.

Das Vorzugs- und Stammaktienkapital wird in eine einzige Aktienart vereinigt, wobei die bisherigen Stammaktien als Aktien-Serie A und die bisherigen Vorzugsaktien als Aktien-Serie B bezeichnet werden.

Gleichzeitig wird der Nominalbetrag der bisherigen Stammaktien von 100 Fr. auf 40 Fr. und derjenige der bisherigen Vorzugsaktien von 1000 Fr. auf 400 Fr. herabgesetzt. Das vereinheitlichte Aktienkapital besteht alsdann aus 96,000 volleinbezahlten und auf den Inhaber lautenden Aktien von im ganzen 24,000,000 Franken; davon entfallen auf die Serie A 40,000 Aktien zu 40 Fr. nominal = total 1,600,000 Fr. und auf die Serie B 56,000 Aktien zu 400 Fr. nominal = total 22,400,000 Fr.

Beide Aktienserien haben nach Speisung des statutarischen Reservefonds mit 5 % vom jährlichen Reingewinn ab 1. Juli 1923 in gleichem Rang Anspruch auf eine Jahresdividende bis zu 6 % auf ihr respektives Nominale...

Im Falle der Auflösung der Gesellschaft ist der Liquidationsüberschuss in erster Linie zur Rückzahlung des Grundkapitals von 24,000,000 Fr. im Verhältnis des Nominales der beiden Aktienserien zu verwenden.»

Im weitern wurde die Neuschaffung von 96,000 Stück Genussscheinen an Stelle der schon bestehenden vorgeschlagen.

Dem Zirkular waren 2 Bilanzen per 31. Dezember

1922 beigefügt, von denen die eine (Bilanz A) den Status ohne die geplante Sanierung II repräsentierte und die andere (Bilanz B) den Status nach durchgeführter Reorganisation. Letztere lautet:

Eintrittsbilanz nach durchgeführter Reorganisation.

(Werte per 31. Dezember 1922.)

AKTIVA

Konto Erworbene Titel	} Fr. 28,849,931.67
Konto Debitoren	
Konto Bürgschaftsdebitoren : pro memoria : Fr. 18,937,407.55.	
	<u>Fr. 28,849,931.67</u>

PASSIVA

Aktienkonto	Fr. 24,000,000.—
Reservefondskonto	» 4,800,000.—
Konto Kreditoren	» 49,931.67
Konto Bürgschaftskreditoren : pro memoria : Fr. 18,937,407.55.	
	<u>Fr. 28,849,931.67</u>

Aus der Vergleichung der beiden Bilanzen ergibt sich, dass der durch die Reduktion des Aktienkapitals von 60,000,000 Fr. auf 24,000,000 Fr. freigewordene Betrag von 36,000,000 Fr. verwendet wurde:

a) zur Tilgung

des Postens « Währungsausfall » von	Fr. 25,236,208.35
des Verlustsaldos von	» 744,076.82

b) zur Schaffung eines Reserve-

fonds von	» 4,800,000.—
	<u>Fr. 30,780,285.17</u>

Der noch übrig bleibende Betrag von 5,219,714 Fr. 83 Cts. entspricht genau der Minderbewertung der Aktivposten « Erworbene Titel » und « Debitoren » in der Bilanz B (28,849,931 Fr. 67 Cts.) gegenüber deren Einteilung in die Bilanz A (34,069,646 Fr. 50 Cts.).

Diese vorgeschlagene Reorganisation II wurde am

29. Mai 1923 zunächst von der Sondergeneralversammlung der Vorzugsaktionäre und sodann von der allgemeinen Generalversammlung beschlossen.

III. In der Folge focht eine Anzahl Aktionäre — worunter auch der heutige Kläger — diese Beschlüsse durch Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich an. Der Prozess wurde dann sistiert, nachdem eine gütliche Erledigung der zwischen der beklagten Gesellschaft und den Anfechtungsklägern bestehenden Differenzen in Aussicht gestellt worden war. In der Tat gelang es der Verwaltung der Beklagten, die Zustimmung sämtlicher Opponenten der Sanierung II, mit Ausnahme des Klägers, für die Durchführung des folgenden modifizierten Reorganisationsplanes III zu gewinnen:

« I. An der Reorganisation, wie sie aus den Beschlüssen der Generalversammlung der Vorzugsaktionäre und der ausserordentlichen Generalversammlung der Stamm- und Vorzugsaktionäre der Schweizerischen Gesellschaft für elektrische Industrie in Glarus vom 29. Mai 1923 hervorgegangen ist, werden die in den Ziffern II bis XI hiernach aufgeführten Änderungen vorgenommen.

II. Das Gesamtaktienkapital der Schweizerischen Gesellschaft für elektrische Industrie in Glarus im Nennwert von Fr. 24,000,000.—

wird eingeteilt in 56,000 Aktien
 Serie A von 400 Fr. Nennwert mit
 den hiernach unter Ziffern III
 bis VII umschriebenen Rechten Fr. 22,400,000.—
 40,000 Aktien Serie B von 40 Fr.
 Nennwert mit den hiernach unter
 Ziffern III bis VII umschriebenen
 Rechten » 1,600,000.—
Fr. 24,000,000.—

III. Für die 56,000 Aktien Serie A werden neue Aktientitel ausgegeben. Sie haben in den Generalversammlungen je 10 Stimmen. Ihre Ansprüche auf Dividende

und Liquidationsüberschuss bemessen sich nach den Bestimmungen der Ziffern V bis VII hiernach.

IV. Die 40,000 Aktien Serie B werden entweder durch die schon bestehenden Aktientitel dargestellt, welche einen entsprechenden Stempelaufdruck erhalten oder aber durch neue Aktientitel ersetzt. Sie haben in den Generalversammlungen je eine Stimme. Ihre Ansprüche auf Dividende und Liquidationsüberschuss bemessen sich nach den Bestimmungen der Ziffern V bis VII hiernach. Der Verwaltungsrat ist befugt, Zertifikate auszugeben, welche je 10 Aktien Serie B umfassen, um sie, mit Zustimmung der Zertifikatsinhaber, zu gelegener Zeit gegen Aktien Serie B von 400 Fr. Nennwert umzutauschen.

V. Für die Verwendung des künftigen Reingewinnes der Schweizerischen Gesellschaft für elektrische Industrie in Glarus, und zwar erstmals für das Geschäftsjahr 1923, gelten folgende Bestimmungen:

1. Ein Betrag von 5 % wird vorweg dem ordentlichen Reservefonds solange zugewiesen, bis dieser Fonds den fünften Teil des jeweils einbezahlten Aktienkapitals erreicht haben wird.

2. Sodann erhalten die Aktien Serie A eine nicht kumulative Jahresdividende bis zu 6 % ihres Nennwertes von 400 Fr.

3. Von dem alsdann noch verbleibenden Gewinn entfällt auf die Aktien Serie B eine nicht kumulative Jahresdividende bis zu 6 % ihres Nennwertes von 40 Fr.

4. Ein etwa noch verbleibender weiterer Rest des Reingewinnes steht zur freien Verfügung der Generalversammlung.

VI. Im Falle der Liquidation wird der Liquidationsüberschuss wie folgt verteilt:

1. Zuerst erhalten die Aktien Serie A einen Betrag bis zu 400 Fr. per Aktie.

2. Sodann erhalten die Aktien Serie B einen Betrag bis zu 40 Fr. per Aktie.

3. Der alsdann eventuell noch verbleibende Restbetrag wird auf die Aktien Serie A und Serie B gleichmässig im Verhältnis ihres Nennwertes verteilt.

VII. Haben während fünf aufeinanderfolgender Jahre, beginnend ab 1. Januar 1923, die Aktien Serie A und die Aktien Serie B je mindestens 6 % Jahresdividende erhalten, so werden beide Aktienserien im Verhältnis ihres Nennwertes gänzlich gleichberechtigt. Die ordentliche Generalversammlung, welche die Ausschüttung der letzten dieser Jahresdividenden von mindestens 6 % beschliesst, hat die dadurch bedingten Änderungen der Statuten mit einfacher Stimmenmehrheit festzustellen.

VIII. Die 96,000 Genussscheine, welche gemäss der Reorganisation vom 29. Mai 1923 im Austausch gegen die früher bestandenen und entkräfteten Genussscheine in zwei Serien, nämlich 56,000 Genussscheine im Höchstbetrag von je 300 Fr. zu Gunsten der ehemaligen Vorzugsaktionäre und 40,000 Genussscheine im Höchstbetrag von je 200 Fr. zu Gunsten der ehemaligen Stammaktionäre, ausgegeben werden sollten, werden annulliert, so dass keine auf die Schweizerische Gesellschaft für elektrische Industrie in Glarus lautende Genussscheine mehr bestehen.

IX. Dieser modifizierte Reorganisationsplan wird auf den 1. Januar 1923 rückwirkend und bereits auf den Rechnungsabschluss für das Geschäftsjahr vom 1. Januar bis 31. Dezember 1923 anwendbar erklärt. Die sich solchermassen ergebende definitive Jahresbilanz samt Gewinn- und Verlustrechnung per 31. Dezember 1923 wird unter Abänderung der auf den Seiten 12—13 wiedergegebenen Jahresrechnungen in der hiernach folgenden Fassung genehmigt:

Bilanz per 31. Dezember 1923

(nach modifiziertem Reorganisationsplan).

AKTIVA

Konto Erworbene Titel	Fr.	5,517,875.—
Konto Debitoren	»	25,252,976.37
Konto Bürgschaftsdebitoren : pro		
memoria : 17,968,284 Fr. 60 Cts.		
		<u>Fr. 30,770,851.37</u>

PASSIVA

Konto Aktien Serie A Fr. 22,400,000	} Fr. 24,000,000.—
Konto Aktien Serie B Fr. 1,600,000	
Reservfondskonto	» 4,800,000.—
Konto Kreditoren	» 180,025.72
Gewinn- und Verlust-Konto :	
Gewinnsaldo	» 1,790,825.65
Konto Bürgschaftskreditoren: pro memoria: 17,968,284 Fr. 60. . .	
	<u>Fr. 30,770,851.37</u>

Gewinn- und Verlust-Konto per 31. Dezember 1923
(nach modifiziertem Reorganisationsplan).

Soll:		Haben:	
Geschäftskosten	Fr.	Geschäftsergeb-	Fr.
und Steuern	285,378.05	nis	2,076,203.70
Gewinnsaldo	1,790,825.65		
	<u>2,076,203.70</u>		<u>2,076,203.70</u>

X. Die infolge Durchführung des modifizierten Reorganisationsplanes gemäss Ziffern II bis IX notwendig werdende Revision der Statuten vom 29. Mai 1923 der Schweizerischen Gesellschaft für elektrische Industrie in Glarus wird in derjenigen Form genehmigt, welche sich aus der einen integrierenden Bestandteil des gegenwärtigen modifizierten Reorganisationsplanes bildenden Beilage ergibt.

XI. Durch die Annahme des modifizierten Reorganisationsplanes gemäss Ziffern II bis IX und der zugehörigen Statutenrevision gemäss Ziffer X werden die Reorganisationsbeschlüsse vom 29. Mai 1923 aufgehoben und ersetzt. »

Die Generalversammlung vom 4. April 1924 hiess diesen Reorganisationsplan III in getrennter Abstimmung der Inhaber der Aktien Serie A und B mit einem der Einstimmigkeit sich nähernden Mehr gut und nahm die entsprechenden Statutenänderungen vor.

Bezüglich der Verteilung des Reingewinnes beschloss

die Generalversammlung, dass der Gewinnsaldo per 31. Dezember 1923 von Fr. 1,790,825.65 wie folgt zu verwenden sei:

- a) zur Ausrichtung einer Dividende von 6 % auf den Aktien Serie A (nom. 22,400,000 Fr.) Fr. 1,344,000
- b) zur Ausrichtung einer Dividende von 6 % auf den Aktien Serie B (nom. 1,600,000 Fr.) Fr. 96,000
- Fr. 1,440,000.—

c) als Vortrag auf neue Rechnung Fr. 350,825.65
Durch Beschluss vom 16. Juni 1924 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich den erwähnten Anfechtungsprozess als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

B. — Unterm 5. Mai 1924 reichte der Kläger gleichen Orts Weisung ein über die Streitfragen:

«1. Sind die Beschlüsse der Generalversammlung der beklagten Gesellschaft vom 4. April 1924, durch welche:

a) die durch die Statuten vom 28. Januar 1921 geschaffenen 56,000 Vorzugsaktien à nominell 1000 Fr. mit Rückwirkung auf 1. Januar 1923 umgewandelt werden in 56,000 Aktien Serie A à nominell 400 Fr.;

b) die in den Statuten vom 28. Januar 1921 vorgesehene Verpflichtung der beklagten Gesellschaft zur Rückzahlung des Vorzugsaktienkapitals im Jahre 1940 und zwar zu 110 % des Nominalwertes zuzüglich der rückständigen Dividenden aufgehoben wird;

c) das Vorrecht der Vorzugsaktionäre auf eine 6 % kumulative Vorzugsdividende, mit Rückwirkung auf 1. Januar 1923, aufgehoben wird und an deren Stelle eine einfache Vorzugsdividende von 6 % des reduzierten Nominalwertes gesetzt wird, wobei auch diese wegfällt, sofern das ganze Aktienkapital während 5 aufeinanderfolgenden Jahren zu 6 % verzinst worden ist;

d) der Anspruch der Prioritätsaktionäre auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Liquidationsüberschuss und zwar für einen Betrag von 110 % des Nominalbetrages ihrer Aktien, zuzüglich aller rückständigen Dividenden, sowie eines Zinses von 6 % für die Zeit zwischen dem letzten Bilanztermin und dem Datum des Liquidationsbeschlusses aufgehoben wird, gerichtlich als ungültig zu erklären?

2. Ist der Beschluss der Generalversammlung der beklagten Gesellschaft vom 4. April 1924 über die Berechnung und Verteilung des Reingewinnes aufzuheben und,

a) sind die Aktivposten « Erworbene Titel » und « Debitoren » statt auf zusammen 30,770,851 Fr. 37 Cts. auf 35,770,851 Fr. 37 Cts. anzusetzen?

b) ist der Reingewinn, der sich so auf 6,790,825 Fr. 65 Cts. erhöht, zur Reduktion der fiktiven Aktivpost « Währungsausfall » im Sinne der Bundesratsverordnung vom 26. Dezember 1919 zu verwenden, eventuell ist, wenn die unter Ziffer 1 lit. a angefochtene Reduktion des Aktienkapitals als zulässig erklärt werden sollte, statt eines Betrages von 1,790,825 Fr. 65 Cts. ein Betrag von 6,790,825 Fr. 65 Cts. als Dividende pro 1923 unter die Aktionäre zu verteilen? »

In der Begründung stellt er sich im wesentlichen auf den Standpunkt, die den Vorzugsaktionären in den Statuten vom 28. Januar 1921 eingeräumten Prioritätsrechte seien wohlervorbene Rechte im Sinne von Art. 627 OR und als solche weder durch einen Mehrheitsbeschluss der allgemeinen Generalversammlung, noch durch einen Sondermehrheitsbeschluss der Prioritätsaktionäre entziehbar; dies ergebe sich auch aus Art. 23 der erwähnten Statuten. Anders verhalte es sich in denjenigen Staaten, wie Deutschland, Frankreich und England, deren neuere Kodifikationen die Möglichkeit der Beschränkung von Prioritätsrechten durch Mehrheitsbeschluss positivrechtlich vorsähen. In der Schweiz bleibe diese Regelung künftiger Gesetzgebung

vorbehalten; *de lege lata* seien Statutenänderungen, wie sie hier in Frage ständen, durch einen Mehrheitsbeschluss der Vorzugsaktionäre nicht erzwingbar.

Im weitern erblickt der Kläger eine Verletzung von Gesetz und Statuten in der Art und Weise der Berechnung und Verteilung des Reingewinnes pro 1923, indem er behauptet, dass die in der Bilanz per 31. Dezember 1923 angeführten Aktivposten « Erworbene Titel » und « Debitoren » willkürlich um mindestens 5,000,000 Fr. unterbewertet seien. Um diesen Betrag erhöhe sich der Reingewinn 1923 auf total 6,790,825 Fr. 65 Cts., die, falls die gleichmässige Herabsetzung des Prioritäts- und Stammaktienkapitals um 60% als unzulässig erklärt werde, zur Tilgung des fiktiven Aktivpostens « Währungsausfall » verwendet werden müssten, andernfalls aber als Dividende pro 1923 unter die Aktionäre zu verteilen seien.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt: Die Anerkennung des Mehrheitswillens der Prioritätsaktionäre in bezug auf die ihnen statutarisch eingeräumten Vorrechte entspreche der neuern Rechtsentwicklung, wie sie in verschiedenen ausländischen Kodifikationen und den Revisionsentwürfen zum schweiz. OR zum Ausdruck komme. Im geltenden Gesetz, das die Prioritätsaktien überhaupt nicht kenne, finde sich keine Bestimmung, die es dem Richter verunmöglichen würde, sich dieser neuern Entwicklung anzuschließen, und ebensowenig stehe § 23 der Statuten von 1921 dem entgegen. Wirtschaftlich werde die Vorzugsstellung der Prioritätsaktionäre durch die Reorganisation III weit besser gewahrt als durch die Sanierung I. Von insgesamt 600,000 Aktienstimmen kämen 560,000 den Vorzugsaktionären zu und nur noch 40,000 den Stammaktionären. Diesen sei bei der fast vollständigen Abschreibung ihrer Titel gerade noch soviel gelassen worden, als nötig war, um ihre Zustimmung zur Sanierung zu erhalten, nämlich ein Anteil von 1,600,000 Fr. am

Gesamtaktienkapital von 24,000,000 Fr. gegenüber einer Beteiligung der Prioritätsaktionäre mit 22,400,000 Fr.

Bezüglich der Bilanzaufstellung per 31. Dezember 1923 gibt die Beklagte zu, dass sie zwecks Konsolidierung des Unternehmens im Konto « Erworbenes Titel » und « Debitoren » Unterbewertungen vorgenommen und auf diesem Wege stille Reserven geschaffen habe, und zwar auf dem erstern Konto in der Höhe von 1,000,000 Franken, und auf dem letzteren in der Höhe von 6,398,125 Fr. 58 Cts. Darin liege kein Verstoß gegen Gesetz oder Statuten. Auf keinen Fall könnte gesagt werden, dass diese Rückstellungen einen verteilbaren Gewinn darstellen. Die Verteilung des vom Kläger als Superdividende herausverlangten Betrages würde gegen das Kapitalrückzahlungsverbot des Art. 629 Abs. 3 OR verstossen.

C. — Mit Urteil vom 27. November 1924 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Kompetenzfrage.)
2. — (Legitimationsfrage.)
3. — Das Klagebegehren 1 richtet sich gegen die von der Generalversammlung beschlossene Schmälerung der den Prioritätsaktionären durch die Statuten vom 28. Januar 1921 eingeräumten Vorrechte : Aufhebung des Rechts auf Rückzahlung der Vorzugsaktien im Jahre 1940 zu 110 % des Nominalbetrages nebst rückständigen Dividenden, Umwandlung des Anspruchs auf eine kumulative Vorzugsdividende von 6 % in einen solchen auf eine einfache Vorzugsdividende bis zu 6 %, die auch noch wegfällt, wenn das ganze Aktienkapital während 5 aufeinanderfolgenden Jahren zu 6 % ver-

zinst worden ist, und endlich Beschränkung des Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Liquidationsüberschuss mit 110 % des Nominalbetrages der Aktien, zuzüglich aller rückständigen Dividenden und eines Zwischenzinses von 6 %, auf 100 % nebst 6 % Zins seit dem letzten, dem Liquidationsbeschluss vorangegangenen Bilanztermin. Dass es sich dabei um typische Prioritätsrechte handelt, ist ohne weiteres klar. Mit dem Unterbegehren 1 a ficht der Kläger die Herabsetzung des Vorzugsaktienkapitals an, zwar nicht an sich, oder weil sie eine übermässige sei, sondern deshalb, weil durch die gleichmässige Reduktion des Stamm- und Vorzugsaktienkapitals ein Prioritätsrecht auf vorgängige vollständige Abschreibung des Stammaktienkapitals verletzt werde.

Das Handelsgericht hat den grundsätzlichen Standpunkt des Klägers, dass Prioritätsrechte als wohlverworbene Rechte im Sinne von Art. 627 OR ohne Zustimmung jedes einzelnen Vorzugsaktionärs nicht geschmälert werden könnten, also insbesondere auch nicht, wie hier, durch einen Sondermehrheitsbeschluss der Prioritätsaktionäre, mit folgender Begründung abgelehnt : Das OR enthalte über die Prioritätsaktien keine Bestimmungen ; es müsse deshalb die bestehende Gesetzeslücke vom Richter im Wege der freien Rechtsfindung, unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen, ergänzt werden. Dies führe zur Anerkennung des Mehrheitswillens der Prioritätsaktionäre in bezug auf die ihnen eingeräumten Vorrechte. Gewisse Anhaltspunkte hiefür seien in den Statuten vom Jahre 1921 insofern enthalten, als § 23 die Möglichkeit von Sondergeneralversammlungen der Vorzugsaktionäre vorsehe. Das Selbstbestimmungsrecht bestimmter Gruppen von Aktionären in bezug auf Interessen, die speziell sie berühren, sei aber auch ein gewohnheitsrechtliches Prinzip, das in Art. 715 Abs. 3 des Revisionsentwurfes I (1919) zum OR Anerkennung gefunden habe. Dem gleichen

Rechtsgedanken habe das schweiz. Recht bereits in der Gl. Gem. V. O. vom 20. Februar 1918, die in Art. 16 Ziffer 10 unter gewissen Kautelen die Umwandlung von Anleiheobligationen in Vorzugsaktien gegen den Willen einer oppositionellen Minderheit ermöglichen, gesetzgeberischen Ausdruck verliehen. Nur so sei auch praktisch eine zwecks Sanierung einer notleidenden A.-G. sachlich notwendige Massnahme, durch welche Rechte einer bestimmten Aktionärgruppe beeinträchtigt würden, überhaupt durchführbar.

Diese Lösung entspricht zweifellos der neuern Entwicklung der Gesetzgebung und erscheint *de lege ferenda* ohne Frage als zutreffend und einleuchtend, indem sie eine richtige Vermittlung zwischen den Interessen der Gemeinschaft und den Einzelinteressen der Mitglieder schafft.

§ 275 Abs. 3 DHGB sieht die Möglichkeit der Änderung des bisherigen Verhältnisses mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachteil einer Gattung durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss der benachteiligten Aktionäre, in Verbindung mit dem Beschlusse der allgemeinen Generalversammlung vor. Nach englischem Rechte (The Companies Consolidation Act von 1907) können Vorrechte einer Aktienkategorie abgeändert werden, wenn von der betroffenen Kategorie eine Mehrheit von Aktionären, die zugleich $\frac{3}{4}$ des Kapitals der betreffenden Kategorie besitzt, zustimmt, und nach französischem Recht (Gesetz vom 22. November 1913) kann die Generalversammlung alle statutarischen Bestimmungen abändern, wenn die Statuten es nicht anders bestimmen (EGGER, Dividendenbezugsrecht des Aktionärs S. 33 und 44). Auch der schweizerische Revisionsentwurf II vom Dezember 1913 enthält eine Regelung dahingehend, dass statutarische Sonderrechte, die Vorzugsaktien verliehen sind, vorbehaltlich einer gegenteiligen Ordnung in den Statuten, durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss der allge-

meinen Generalversammlung, in Verbindung mit demjenigen der Sondergeneralversammlung der Prioritätsaktionäre, abgeändert oder aufgehoben werden können (Art. 669 Abs. 2 und 3 und Art. 664). Er folgt damit der Entwicklungstendenz des modernen Aktienrechts, die nicht einseitig nur auf Schutz der Interessen der Aktionäre und Gläubiger, sondern vor allem auch auf Schutz der Aktienunternehmung selber geht, im Sinne der Erleichterung ihrer Bildung, Sicherung ihres Bestandes, Gewährleistung ihrer Bewegungsfreiheit und Existenz in schweren Zeiten, indem Mittel und Wege zur Erhaltung oder Wiedergewinnung der Leistungsfähigkeit zur Verfügung gestellt werden, was alles mit auf dem Gedanken beruht, dass mit dem Gedeihen der Unternehmung auch die Interessen der Mitglieder am besten gewahrt sind (vgl. EGGER, Schw. J.-Ztg. 21. Jg. S. 345 ff.).

4. — Auf dem Boden des geltenden Rechts ist indessen zu prüfen, ob die streitigen Prioritätsrechte, wie der Kläger behauptet, wohlervorbene Rechte im Sinne von Art. 627 Abs. 1 OR seien. In der Theorie und Praxis ist der Begriff des wohlervorbenen Rechts im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nicht abgeklärt. Man begreift darunter neben gewissen absoluten Einzelberechtigungen, welche durch die Gesetzgebung jedem Aktionär eingeräumt sind, wie das Mitgliedschaftsrecht überhaupt, Rechte auf Teilnahme an der Verwaltung: Stimmrecht und damit zusammenhängende Befugnisse, die Vertretungs- oder Minderheitsrechte und schliesslich auch das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse der Generalversammlung (vgl. BACHMANN, Komm. N. 2 b zu Art. 627 OR), häufig auch die sog. Sonderrechte einzelner Aktionäre und Aktionärgruppen. Die allgemeine Begriffsabgrenzung der Sonderrechte ist umstritten; sie bedarf indessen hier keiner nähern Prüfung, da ohne weiteres anzuerkennen ist, dass Prioritätsrechte der vorliegenden Art Sonderrechte sind,

handelt es sich doch um mitgliedschaftliche Vorzugsrechte einer Kategorie von Aktionären gegenüber den übrigen. Dagegen kann jener in der Doktrin vertretenen Auffassung, dass alle Sonderrechte auch wohlervorbene Rechte nach Art. 627 OR seien (vgl. BACHMANN, a. a. O. N. 2 c) nicht beigespflichtet werden. Denn das Sonderrecht charakterisiert sich durch seinen Inhalt als ein Vorrecht, das wohlervorbene Recht aber nach dem sprachlichen Sinn des Ausdruckes und der historischen Bedeutung des Begriffs durch seinen Erwerbstitel. Man müsste mithin den Begriff des wohlervorbenen Rechts extensiv über seine gewöhnliche Bedeutung hinaus deuten, um die Prioritätsrechte allgemein und ohne Rücksicht, in welchem Sinne sie in den Statuten gewährt sind, darunter zu bringen. Die Revisionsentwürfe, die, wie das geltende Gesetz, von wohlervorbenen Rechten, und nicht, wie § 35 BGB, von Sonderrechten sprechen, gehen nicht so weit. Gemäss Art. 661 Abs. 2 Entwurf II sind als wohlervorbene Rechte eines oder einzelner Aktionäre diejenigen gesetzlichen oder statutarischen Ansprüche anzusehen, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind, oder sich als Voraussetzung der Beteiligung an der Generalversammlung darstellen. Es soll darnach u. a. darauf ankommen, in welchem Sinne die Statuten ein Sonderrecht gewähren, ob im allgemeinen Sinne als gewöhnliches statutarisches Recht, das mit den Statuten abgeändert werden kann, oder aber gewissermassen als ein mit besonderem Titel ausgestattetes Recht. Nicht der Inhalt des Rechts soll ohne weiteres ausschlaggebend sein, sondern die Stärke, in der es gewährt ist, der Grad der individuellen Zugehörigkeit. Eine ausdehnende Interpretation des Begriffs des wohlervorbenen Rechts nach Art. 627 Abs. 1 OR in der gedachten Weise, dass auch Sonderrechte der vorliegenden Art, die in den Statuten nicht in jenem besondern Sinne gewährt sind, darunter fallen, widerspricht der ganzen Entwicklungstendenz des

Aktienrechts, die im Interesse der Bewegungsfreiheit des Verbandes auf eine Beschränkung und nicht auf eine Ausdehnung der wohlervorbenen Rechte geht. Wie gerade der vorliegende Fall zeigt, würde die Unterstellung auch ein höchst unbefriedigendes Resultat insofern ergeben, als ein einziger Prioritätsaktionär es in der Hand hätte, eine Sanierung zu hindern, die durch die finanzielle Situation der Gesellschaft dringend geboten und in ihren Modalitäten angemessen sein kann. Andererseits ist aber auch die Nichtunterstellung unbefriedigend, weil die Prioritätsrechte damit dem allgemeinen Mehrheitswillen, bei dessen Bildung unter Umständen gerade die Stammaktionäre ausschlaggebend sind, ausgeliefert wären, was ausgeschlossen ist.

Ermöglicht aber die Alternative des Art. 627 Abs. 1 OR dergestalt keine befriedigende Lösung, so zeigt das, dass hier eine Lücke im Gesetze vorliegt. Die Prioritätsrechte der vorliegenden Art stellen eben eine mittlere Kategorie von Aktionärrechten dar, indem es weder wohlervorbene Rechte sind, die nur mit Zustimmung jedes einzelnen Berechtigten aufgehoben werden können, noch gewöhnliche Mitgliedschaftsrechte, die dem allgemeinen Mehrheitswillen unterliegen. Die Annahme einer Lücke rechtfertigt sich umsomehr, als diese Rechte einem Institute angehören, das im Gesetz gar keine Regelung erfahren hat, das aber in der heutigen Praxis des Aktienwesens eine grosse Rolle spielt und deshalb einer gewissen gesetzlichen Ordnung bedarf. Der Schaffung von Prioritätsaktien steht zweifellos eine zwingende gesetzliche Bestimmung nicht entgegen; das ganze Institut hat sich aber *praeter legem* entwickelt und durch die Gl.-Gem. V. O. vom 20. Februar 1918 insofern eine Art gesetzlicher Sanktion erfahren, als Art. 16 Ziff. 10 der Verordnung die Möglichkeit vorsieht, dass die Gläubigergemeinschaft mit qualifizierter Mehrheit die Umwandlung von Anleiheobligationen in Vorzugsaktien beschliessen kann.

Aus dieser Lücke erklärt sich auch jene andere, dass

nämlich das Gesetz keine Bestimmung über die Frage enthält, ob und wie Prioritätsrechte entzogen werden können.* Rein logisch könnte ja freilich dem Art. 627 Abs. 1 OR eine Vorschrift entnommen werden, indem man die streitigen Rechte entweder als wohlerworbene anerkennt oder aber nicht und sie je nachdem als dem Mehrheits- oder Einzelwillen unterstellt betrachtet. Allein die Feststellung einer Lücke im Gesetz nach Art. 1 ZGB ist keine rein logische Operation, sondern sie erfolgt, wie die Auslegung überhaupt, mit nach der teleologischen Methode. Nicht erst bei der Ausfüllung der Lücke, sondern schon bei der Frage ihres Vorhandenseins hat sich der Richter mit von legislativ-politischen Gesichtspunkten leiten zu lassen.

Die bestehende Gesetzeslücke nun kann nach dem in Erw. 3 über die neuere Gesetzgebung und über die Entwürfe zum OR Gesagten nicht anders als im Sinne der Anerkennung des Mehrheitsverbandes der Prioritätsaktionäre und ihrer Zuständigkeit, über die Prioritätsrechte mit Mehrheit zu beschliessen, ausgefüllt werden, umso mehr, als der Gedanke, gleichmässig berechnete Personen zu Mehrheitsverbänden zusammenzuschliessen, wie erwähnt, positiv-rechtlich bereits in der Gl.-Gem. V. O. vom Jahre 1918 sanktioniert worden ist. Dabei kann es sich freilich nicht darum handeln, die in den Revisionsentwürfen enthaltene Regelung, wie grundsätzlich, so auch in der Ausgestaltung im einzelnen, insbesondere bezüglich der vorgesehenen Erschwerungen der Beschlussfassung (Entwurf II Art. 670 u. 664), vorwegzunehmen. Denn der Richter, der eine Lücke ausfüllt, kann nicht positive Detailvorschriften aufstellen, wie der Gesetzgeber, da sein Entscheid keine formelle Bedeutung über den konkreten Fall hinaus besitzt. Es genügt vielmehr die Aufstellung des Prinzips, dass die Gruppe der Vorzugsaktionäre mit Mehrheit auf die Prioritätsrechte verzichten kann, und es verschlägt deshalb hier nichts, dass bei Fassung des angefochtenen

Beschlusses nicht ganz $\frac{2}{3}$ der Prioritätsaktien vertreten waren.

5. — Zu prüfen bleibt noch, ob sich nicht aus den Statuten der Beklagten eine vom objektiven Recht abweichende Ordnung ergibt. Massgebend hierfür sind die Statuten vom 28. Januar 1921, da die Sanierung II vom 29. Mai 1923 und die entsprechenden Statuten von diesem Datum mit der Annahme des Reorganisationsplanes III, der rückwirkend auf den 1. Januar 1923 in Kraft gesetzt wurde, dahingefallen sind. In Betracht kommt dabei § 23, der in Abs. 3 bestimmt: « Soweit nicht die Statuten den Vorzugsaktionären bestimmte Vorrechte gegenüber den Stammaktionären einräumen, unterliegen die Vorzugsaktionäre einem in Stimmengemeinschaft (der Vorzugs- und Stammaktionäre) gefassten Beschluss wie gewöhnliche Aktionäre von Gesetzes wegen. » Darnach wird für die Prioritätsrechte nur der Mehrheitsbeschluss der allgemeinen Generalversammlung ausgeschlossen, nicht aber Stellung genommen zur Frage, ob nicht dafür ein Mehrheitsverband der Prioritätsaktionäre zuständig sei. Eine extensive Interpretation der Bestimmung im Sinne der Ausdehnung auch auf das letztere ist deshalb unzulässig, weil ein Mehrheitsbeschluss einer privilegierten Gruppe, sei es in einer Sondergeneralversammlung oder durch getrennte Abstimmung in der allgemeinen Generalversammlung, etwas wesentlich verschiedenes vom Mehrheitsbeschluss der allgemeinen Generalversammlung ist. Die Statuten sehen den Mehrheitsverband der Prioritätsaktionäre ausdrücklich in § 14 Abs. 2 vor, wo diesen das Recht vorbehalten ist, in einer besondern Generalversammlung die Rückzahlung der am 1. Juni 1940 noch im Umlauf befindlichen Vorzugsaktien durch Mehrheitsbeschluss von $\frac{2}{3}$ der vertretenen Stimmen aufzuschieben, oder ganz oder teilweise aufzuheben. Davon aber, dass mit Zustimmung des Mehrheitsverbandes allgemein die Prioritätsrechte modifiziert werden könnten, ist in den

Statuten nicht die Rede, und zu argumentieren, dass, weil sie diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsehen, sie sie eben ausschliessen, ist nicht zwingend. Vielmehr ist aus ähnlichen Gründen, wie hinsichtlich der objektiv-rechtlichen Regelung, die Annahme zulässig, dass auch die Statuten eine Lücke enthalten, die mit der Ausfüllung der entsprechenden gesetzlichen Lücken im dargelegten Sinne zugleich auch ergänzt wird.

Sind danach aber die Gegenstand der Unterbegehren 1, *b—d* bildenden gewöhnlichen Prioritätsrechte weder von der objektiven Rechtsordnung, noch nach den Statuten gegenüber dem Mehrheitsverband der Prioritätsaktionäre als unentziehbar garantiert, so konnten sie rechtswirksam durch den Sondermehrheitsbeschluss der privilegierten Gruppe vom 4. April 1924 aufgehoben, bezw. geschmälert werden, sofern nur die Beeinträchtigung keine willkürliche war, d. h. nicht etwa bloss im einseitigen Interesse der Stammaktionäre, sondern im Gesamtinteresse der Gesellschaft lag, was auf Grund der Akten nicht zweifelhaft sein kann. Da die Kognition des Richters hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit der Sanierung der Natur der Sache nach eine ganz beschränkte ist, könnte jedenfalls ein Eingreifen nur im Falle einer eigentlichen Willkür erfolgen.

Mit der Abweisung der Unterbegehren 1, *b—d* fällt auch dasjenige sub 1, *a* dahin. Es ist klar, dass auch die Prioritätsaktien sich eine Herabsetzung ihres Nominalwertes gefallen lassen müssen, wenn das Gesellschaftskapital nicht mehr intakt ist. Ob dabei, wie der Kläger geltend macht, den Prioritätsaktionären ein Vorrecht darauf zustehe, dass zuerst die Stammaktien voll abgeschrieben werden, und nicht, wie es hier geschehen ist, beide Aktienkategorien gleichmässig, braucht nach dem Gesagten nicht weiter geprüft zu werden, da ein solches gegebenenfalls auch dem Mehrheitsbeschluss der privilegierten Gruppe unterstellt wäre.

6. — Mit dem Begehren 2 ficht der Kläger den Be-

schluss der Generalversammlung vom 4. April 1924 betreffend Festsetzung der Jahresbilanz per 31. Dezember 1923 und Verteilung des Reingewinnes pro 1923 an, indem er in einem Unterbegehren *a* eine Höherbewertung der Aktivposten « Erworbene Titel » und « Debitoren » um 5,000,000 Fr. verlangt, wobei der um diesen Betrag auf total 6,790,825 Fr. 65 Cts. erhöhte Reingewinn, — unter der Voraussetzung der Nichtzulassung der beschlossenen Kapitalreduktion um 60% — gemäss Unterbegehren *b* in erster Linie zur Tilgung des fiktiven Aktivpostens « Währungsausfall » Verwendung finden, andernfalls aber als Dividende pro 1923 verteilt werden soll. Dieses prinzipale Begehren 2, *b* — Abschreibung auf Währungsausfall — fällt jedoch mit der Abweisung des Klagebegehrens 1 dahin, da der Währungsausfallkonto ein solcher nach der ersten Reorganisation vom Jahre 1921 ist, der nur wieder aufleben könnte, wenn bei Gutheissung des Begehrens 1 dann in der Folge die Reorganisation II, auf Grund welcher er vollständig abgeschrieben worden ist, richterlich aufgehoben würde. Mit der Abweisung des Klagebegehrens 1 aber ist er definitiv als abgeschrieben bestätigt, und es bleibt somit von Begehren 2, *b* nur noch das eventuelle um Verteilung der 5,000,000 Fr. als weitere Dividenden. Im Verhältnis zu diesem Eventualbegehren nun kommt dem Begehren 2, *a* keine selbständige Bedeutung zu, indem die Anfechtung jener Unterbewertung lediglich eine Voraussetzung der verlangten Verteilung bildet. Denn an der Erhöhung des Reingewinnes allein um 5 Millionen, wie sie aus der Gutheissung des Begehrens 2, *a* folgen würde, kann der Kläger noch kein rechtliches Interesse haben, sondern nur daran, was mit diesem Gewinnsaldo geschieht, sei es, dass er als Dividende verteilt, als offene Reserve verwendet oder auf neue Rechnung vorgetragen wird. Von diesen 3 Möglichkeiten kommt gemäss Begehren 2, *b* nur die erste in Betracht, und wenn eine Änderung der Bilanz nach dieser Rich-

tung sich als unzulässig erweist, so wird das Begehren 2, a gegenstandslos. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn der Kläger weiter eventuell eine andere Verwendung des erhöhten Gewinnes verlangt hätte.

7. — Die Beklagte anerkennt, dass in der Bilanz per 31. Dezember 1923 stille Reserven in der Höhe von ca 7,4 Millionen Franken vorhanden sind, nämlich eine Million auf Konto « Erworbenes Titel » und ca 6,4 Millionen auf Konto « Debitoren » sog. Kursreserve. 5,219,714 Fr. 83 Cts. waren jedenfalls schon in der anlässlich der zweiten Reorganisation aufgestellten und von der Generalversammlung am 29. Mai 1923 genehmigten Bilanz vorhanden, indem durch die damalige Herabsetzung des Grundkapitals ausser den zur Abschreibung des Währungsausfallkontos und Verlustsaldos, sowie zur Schaffung eines offenen Reservefonds verwendeten Summen, mindestens dieser Betrag als stille Reserve frei wurde (vgl. Fakt. A II i. f.). Während nach der Darstellung der Beklagten diese 5,2 Millionen Franken in der von ihr anerkannten Kursreserve inbegriffen sind, behauptet der Kläger, dass sie neben der letztern bestehen, und die stillen Reserven infolgedessen das zulässige Mass um mindestens 5 Millionen Franken überschreiten.

Die Vorinstanz ist, ohne die von den Parteien hierüber angefragte Expertise zu erheben, aus folgenden Erwägungen zur Abweisung des Klagebegehrens 2 gelangt: Stille Reserven seien nicht grundsätzlich, sondern nur insoweit unzulässig, als sie vom Standpunkte der Wahrung der Sicherheit des Unternehmens schlechterdings nicht mehr gerechtfertigt erscheinen. Einer Expertise über deren Höhe bedürfe es hier einmal deshalb nicht, weil der Kläger seine Behauptung, es sei neben der Kursreserve von zirka 6,4 Millionen noch eine stille Reserve von 5,2 Millionen Franken vorhanden, nicht genügend substantiiert habe, sodass nicht näher untersucht zu werden brauche, ob stille Reserven in

dem von ihm behaupteten Umfange zulässig wären, — in dem von der Beklagten anerkannten Betrage seien sie es jedenfalls, — und welche Bedeutung der Nichtanfechtung des Bilanzfeststellungsbeschlusses vom 29. Mai 1923 durch den Kläger zukomme, und sodann deshalb nicht, weil die verlangte Gewinnverteilung unzulässig wäre, da die angeblich zu hohen Abschreibungen nicht aus dem Betriebsergebnis gemacht, sondern durch die Herabsetzung des Grundkapitals ermöglicht worden seien. Die Auszahlung der verlangten Dividende würde daher einer Rückzahlung von Aktienkapital gleichkommen, wie sie durch Art. 629 Abs. 3 OR ausdrücklich untersagt sei. Dieser letztern Erwägung ist beizupflichten.

Die Frage, ob sogenannte stille Reserven, speziell in der Form einer Unterbewertung von Aktiven, nach geltendem Recht (Art. 656 OR) überhaupt zulässig sind, bedarf, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, hier keiner Erörterung und soll daher auch offen bleiben. (Der Kläger ficht übrigens die in der Unterbewertung gewisser Aktiven liegende stille Reserve nicht als solche, sondern nur dem Masse nach an.)

Insoweit das Handelsgericht davon auszugehen scheint, es dürfe nur der Betriebsgewinn einer A.-G. zur Dividendenzahlung verwendet werden, ist diese Annahme rechtsirrtümlich. Wie sich aus den in Art. 656 OR für die Bilanzziehung aufgestellten Grundsätzen klar ergibt, ist der handelsrechtliche Reingewinn im Sinne der Art. 629 und 630 OR Vermögensstand, nicht Betriebsgewinn: es ist der Überschuss der Aktiven über die Passiven, wenn Grundkapital, Reserven und ähnliche Fonds unter die letztern eingestellt werden. Woher dieser Überschuss stammt ist gleichgültig; er kann aus dem Betrieb herrühren oder aus Vermögenszuwachs (z. B. durch Spekulationsgewinne), oder aber aus blossen Buchoperationen sich ergeben, wie z. B. bei Umwandlung von Reserven in Neuvermögen, in welchem Fall

man von sog. Buchgewinn spricht. Auch solcher kann den Aktionären in Form von Dividenden zugeführt werden; erfolgt doch die Äufnung von Reserven häufig gerade zum Zwecke, Dividenden ausschütten zu können auch in Jahren, wo weniger verdient wird. Die Verteilung der streitigen 5 Millionen Franken als Buchgewinn, herrührend aus der Aufgabe stiller Reserven, wäre daher an sich nicht unzulässig. Allein diese stillen Reserven wurden ihrerseits in keiner andern Weise als durch Herabsetzung des Aktienkapitals auf 24 Millionen Franken gewonnen. Dass schon in den jeweiligen mit einem Verlust abschliessenden Bilanzen der Geschäftsjahre 1921 und 1922 eine stille Reserve von 5 Millionen vorhanden gewesen sei, behauptet der Kläger selbst nicht. Sein Begehren geht vielmehr gerade dahin, dass ein durch die Kapitalreduktion freigewordener Betrag in dieser Höhe als Reingewinn in Form von Dividenden ausbezahlt werde, wobei die Herabsetzung und Verteilung gleichzeitig beschlossen würden. Bei rein formeller Betrachtung möchte dies insofern als zulässig erscheinen, als man argumentieren könnte, dass sich zwar durch die am 4. April 1924 mit Rückwirkung auf 1. Januar 1923 beschlossene Kapitalreduktion in der Eingangsbilanz 1923 eine stille Reserve von mindestens 5 Millionen Franken ergeben, dass es sich aber in der Schlussbilanz 1923 nur noch um eine stille Reserve schlechthin gehandelt habe, deren Provenienz keine Rolle mehr spiele, und infolgedessen nichts im Wege stehe, sie per Ende 1923 in einen Buchgewinn umzuwandeln und zu verteilen. Dass das in künftigen Geschäftsjahren zulässig wäre, kann nicht zweifelhaft sein. Materiell aber darf nicht übersehen werden, dass die Kapitalherabsetzung und Verteilung gleichzeitig beschlossen wurden, die Rückwirkung des ersteren Beschlusses und damit der Durchgang der 5 Millionen durch die stillen Reserven also nur etwas Formelles ist. In Wirklichkeit würde die Schlussnahme darauf

hinauslaufen, dass das Kapital herabgesetzt und der dadurch frei gewordene Betrag von 5 Millionen als Dividende ausgeschüttet werde. Das wäre aber nichts anderes als die Verteilung von Aktienkapital in Form von Dividenden, was gesetzlich unzulässig ist (Art. 630 Abs. 1 und 629 Abs. 3 OR).

Angenommen aber auch, die vom Kläger verlangte Mehrdividende wäre nicht unzulässig, so folgt daraus nur, dass die Generalversammlung deren Auszahlung hätte beschliessen können, keinesfalls aber, dass der Kläger dies im Wege der Anfechtungsklage verlangen kann.

Der Aktionär wird sich freilich Abschreibungen des Grundkapitals nicht weiter gefallen lassen müssen, als es die Lage des Unternehmens, auch bei höchst vorsichtiger Würdigung, rechtfertigt. Wegen Übermasses ficht jedoch der Kläger die Kapitalreduktion nicht an; sein gegen die Herabsetzung des Vorzugsaktienkapitals gerichtetes Begehren 1, a insbesondere stützt sich lediglich auf eine Verletzung von Prioritätsrechten im Verhältnis zu den Stammaktionären.

Ein Anspruch auf Verteilung der angeblich übermässigen stillen Reserven von 5 Millionen als Dividende kann endlich auch nicht aus den Statuten hergeleitet werden, indem die bei Fassung des angefochtenen Bilanzfeststellungsbeschlusses massgebenden vom 29. Mai 1923, auf die abzustellen ist, in § 37 bestimmen, dass ein nach Vornahme der statutarischen Rückstellungen und Auszahlung der ordentlichen Dividende verbleibender Rest des Reingewinnes zur einen Hälfte in den Tilgungsfonds des § 14 Abs. 6 einzulegen sei, und zur andern Hälfte zur freien Verfügung der Generalversammlung stehe.

Vom Standpunkt einer soliden Geschäftsführung aus wäre es denn auch unsinnig, wenn eine Gesellschaft, die, wie hier, ihr Grundkapital zwecks Sanierung ihrer wirtschaftlichen Lage um mindestens 55 % hat redu-

zieren müssen, den vielleicht darüber hinaus ohne Not abgeschriebenen Betrag in Form einer übermässigen Dividende von 26 % verschleudern würde. Nachdem einmal zuviel abgeschrieben ist, muss der frei gewordene Betrag vernünftigerweise als Reserve Verwendung finden, was auch den Statuten nicht widerspricht. Verlangen könnte der Kläger vielleicht höchstens, dass dieser Betrag aus einer stillen in eine offene Reserve umgewandelt werde. Ein dahingehendes Begehren hat er jedoch nicht gestellt.

Ist darnach aber das Eventualbegehren 2, b abzuweisen, so wird damit die Frage nach der Höhe der stillen Reserven und ihrer Zulässigkeit gegenstandslos, da, wie ausgeführt dem Klagebegehren 2, a keine selbständige Bedeutung zukommt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. November 1924 bestätigt.

68. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1925

i. S. Barquet gegen Fuster.

Konkurrenzverbot bei einem Mietverhältnis. Kriterien für die Beurteilung der Gültigkeit: Nichtanwendbarkeit der Vorschriften in OR 356 ff. Übertretung des Verbots durch indirekte Anteilnahme an einem Konkurrenzunternehmen. Herabsetzung der für den Fall der Übertretung vereinbarten Konventionalstrafe nach OR 163 Abs. III.

A. — Durch Vertrag vom 30. Oktober 1918 vermietete der Kläger Barquet die ihm gehörende Spanische Weinhalle in Biel an den Beklagten Fuster. Im Hinblick darauf hatte der Beklagte vier Tage vorher mit dem Kläger eine weitere Vereinbarung abgeschlossen, aus welcher folgende Bestimmung hervorzuhelien ist (Art. 3 Abs. III):

« Il est interdit pour tous les temps à M. Fuster d'ouvrir et de gérer un Café ou un commerce de concurrence, ou de s'intéresser à un commerce pareil sur la place de Bienne et des environs. S'il ne tiendrait pas cette défense, il serait tenu à payer sans autre une indemnité de 20 000 fr. »

Am 28. Juni 1922 kündigte der Kläger den Mietvertrag auf den 1. Februar 1923. Der Beklagte erwarb hierauf die Weinhandlung Sellares in Aarberg, die er seit dem 1. Februar 1923 unter der Firma Fuster & Müller mit Walter Müller, einem ehemaligen Reisenden des Klägers, betreibt.

Die Firma Fuster & Müller lieferte Getränke an mehrere Bieler Wirte, u. a. an Walter Simon, einen früheren Angestellten des Beklagten, dem Sellares durch Gewährung eines Darlehens von 10,000 Fr., für das Fuster & Müller Bürgschaft leisteten, beim Erwerb des Cafés « Fleur de Lys » in Biel behilflich gewesen war, gegen Eingehung der Verpflichtung durch Simon, den ganzen Wein- und Likörbedarf der Wirtschaft auf die Dauer von 10 Jahren von Fuster & Müller zu beziehen.

B. — Der Kläger erblickte im Gebaren des Beklagten eine Zuwiderhandlung gegen das vereinbarte Konkurrenzverbot und belangte ihn vor dem bernischen Handelsgericht auf Bezahlung der Konventionalstrafe von 20,000 Fr., eventuell eines richterlich zu bestimmenden Betrages.

C. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er in erster Linie bestritt, das Konkurrenzverbot verletzt zu haben; eventuell machte er geltend, das Verbot sei nichtig, ferner, der Kläger könne infolge der Kündigung des Mietvertrages nicht wegen Übertretung des Verbots klagen.

D. — Durch Urteil vom 3. Juli 1925 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung