

## S. 313 / Nr. 46 Obligationenrecht (d)

## BGE 60 II 313

46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. September 1934 i. S. «Gema», Aktiengesellschaft für Patentverwertung gegen Gerber.

Seite: 313

Regeste:

Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft. Aus dem Verbot des Art. 628 Abs. 1 OR folgt nicht die Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes. Bestätigung der Rechtsprechung.

A. - Der Kläger beteiligte sich im Jahre 1932 an der Gründung der beklagten Aktiengesellschaft, der Gema A.-G., die Patente für sogenannte Fixmobilbuchstaben verwertet. Er zeichnete und bezahlte 20 Aktien zu 500 Fr., übernahm die Geschäftsführung der Gesellschaft und gewährte ihr ein Darlehen von 5000 Fr.

In der Folge traten zwischen den Parteien Unstimmigkeiten auf, die am 23. Dezember 1932 zum Abschluss eines Vergleiches führten. Darin wurde u. a. bestimmt, dass die Beklagte die vom Kläger übernommenen Aktien zum Nennwert zurückkaufe. Die Beklagte anerkannte, dem Kläger demgemäss 10000 Fr. als Aktienkaufpreis, 5000 Fr. aus Darlehen sowie 2000 Fr. aus Gehalts-, Provisions- und andern Ansprüchen zu schulden. Davon wurden 2000 Fr. sofort bezahlt und die Rückzahlung des Restes von 15000 Fr. in der Weise geregelt, dass die Beklagte von jeder Schachtel Fixmobilbuchstaben, die sie verkaufe, dem Kläger spätestens innert 30 Tagen je 2 Fr. abzuliefern habe; erfolge die Bezahlung nicht innert dieser Frist, so werde die ganze Restforderung fällig.

Der Kläger erhielt jedoch keine weiteren Zahlungen. Als er von Lieferungen Kenntnis bekam, welche die Beklagte ausgeführt hatte, hob er anfangs Mai 1933 für den Betrag von 15000 Fr. nebst 5% Zins seit 29. April 1933 Betreibung an. Die Beklagte schlug gegen den Zahlungsbefehl Recht vor.

Seite: 314

B. - Daraufhin hat der Kläger am 5. September den in Betreibung gesetzten Betrag beim Bezirksgericht Zürich eingeklagt. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem sie die Fälligkeit der Forderung bestritt. Das Bezirksgericht hat in seinem Urteil vom 12. Dezember 1933 die Fälligkeit bejaht und die Klage demgemäss gutgeheissen.

Dieses Urteil ist vom Obergericht des Kantons Zürich am 9. Mai 1934 bestätigt worden. Die Beklagte hatte in der zweiten Instanz die Fälligkeit der Forderung nicht mehr bestritten, dagegen den Einwand erhoben, dass das mit dem Kläger über ihre eigenen Aktien abgeschlossene Kaufgeschäft der Vorschrift des Art. 628 OR zuwiderlaufe und daher ungültig sei. Das Obergericht hat die Einrede unter Hinweis auf die neuere bundesgerichtliche Praxis (BGE 43 II 293 ff.) verworfen und das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

C. - Gegen das obergerichtliche Urteil richtet sich vorliegende rechtzeitig eingereichte Berufung, mit welcher die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage erneuert.

Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Da die Einrede, die eingeklagte Forderung sei nicht fällig, von der Beklagten schon vor Obergericht fallen gelassen worden ist, hat auch das Bundesgericht nicht mehr darauf zurückzukommen.

Es bleibt also nur die andere Einwendung zu prüfen, dass der Kauf eigener Aktien durch die Beklagte nach Art. 628 OR ungültig gewesen sei. Dabei ist zum voraus zu bemerken, dass diese Frage nur die Forderung von 10000 Fr. aus dem Aktienkauf berührt, und nicht auch die Restforderung von 5000 Fr. aus Darlehen usw. Diese letztere muss also auf jeden Fall zugesprochen werden.

2.- Nach Art. 628 OR darf eine Aktiengesellschaft, vier näher umschriebene Fälle ausgenommen, keine eigenen Aktien erwerben. Dass hier eine der Ausnahmen

Seite: 315

zutreffe, behauptet die Beklagte selber nicht. Infolgedessen fragt es sich, welche Bedeutung dem Verbote zukommt.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 25. Mai 1917 in Sachen Schelling gegen Brueck & Wilson A.-G. (BGE 43 II 293 ff.) und in der seitherigen Praxis angenommen, dass das Verbot den Erwerb eigener Aktien nicht nichtig mache, sondern lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift habe. Die Gründe, welche für diese Auffassung angeführt wurden, sind im wesentlichen folgende:

Aus der Natur der Bestimmung als eines «Verbotsgesetzes» folgt nicht schon die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes. Es können für den Gesetzgeber Gründe vorliegen, die zivilrechtliche

Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes in voller oder in beschränkter Weise anzuerkennen und durch anderweitige Mittel (zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeiten usw.) auf Beobachtung des Verbotes zu dringen. Insoweit hat dann der Vertrag auch keinen widerrechtlichen Inhalt im Sinne von Art. 20 OR. Massgebend sind der Wortlaut sowie der Sinn und Zweck des Verbotes. Der Wortlaut «darf nicht erwerben» ist jedoch nicht eindeutig. Immerhin lässt er eher eine blosser Einschränkung der Handlungsfreiheit vermuten, im Gegensatz zum Ausdruck «Nichtkönnen», der auch die Möglichkeit ausschliesst, die gewollte rechtliche Wirkung hervorzubringen. Aus dem Wort «darf» ist somit zum mindesten nichts gegen die Rechtsbeständigkeit des Erwerbsaktes herzuleiten. Nur nebensächliche Bedeutung haben unter diesen Umständen der französische und der italienische Text, wo es heisst «... ne peuvent acquérir que...» bzw. «... non può acquistare...» Was den Sinn und Zweck des Verbotes betrifft, so sprechen überwiegende Gründe gegen die Nichtigkeitsfolge. Zur Aufstellung des Verbotes hat hauptsächlich die Erwägung geführt, dass es der Natur der Aktiengesellschaft widerspricht, ihr eigener Aktionär

Seite: 316

zu sein, und dass daraus leicht Missbräuche und ungesunde Verhältnisse entstehen können. Namentlich kann sich daraus eine für die Beteiligten nachteilige Schwächung des Aktienkapitals und eine unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung durch die Gesellschaftsorgane ergeben. Alles das rechtfertigt aber noch nicht, den verbotswidrig vorgenommenen Aktienwerb als nichtig zu behandeln. Sowie das Gesetz davon absieht, dem Anwendungsgebiet nach ein unbedingtes und allgemeines Verbot aufzustellen, sondern im Interesse der internen Verhältnisse der Gesellschaft und der Verkehrsbedürfnisse eine grössere Anzahl wichtiger Fälle des Erwerbes eigener Aktien vom Verbote ausnimmt - welchen Ausnahmefällen wohl noch der des unentgeltlichen Erwerbes beizuzählen ist - so sprechen Interessen gleicher Art dafür, ein solches Verbot auch nach seinem Inhalt nicht in der zivilrechtlich strengsten Weise zu erlassen, also nicht so, dass der verbotswidrig vorgenommene Aktienwerb nichtig ist. Das würde eine grosse Belästigung des Verkehrs bedeuten und vielfach Geschäfte treffen, bei denen die für das Verbot massgebenden gesetzgeberischen Gründe praktisch keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen. Wo sie aber ihr volles Gewicht besitzen, da vermag das Verbot auch als Ordnungsvorschrift den zu wahren Interessen ausreichenden Schutz zu gewähren. Der dem Verbot zuwider vorgenommene Erwerb bleibt eine rechtswidrige Handlung, welche die Schadenersatzpflicht der handelnden Organe begründet, und auch der Veräusserer, der bei der Übertretung mitgewirkt hat, kann für den Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen über die unerlaubte Handlung haftbar gemacht werden.

3.- Diese Auslegung von Art. 628 OR ist in Praxis und Schrifttum teils beifällig aufgenommen worden (vgl. z. B. STEINER in der «Schweizerischen Aktiengesellschaft» IV. Jahrg. S. 89 ff.; FURRER, Erwerb eigener Aktien, S. 153 ff.), teils wurde an ihr Kritik geübt, so namentlich

Seite: 317

in einem Urteil des aargauischen Handelsgerichtes vom 4. Dezember 1930 (zu dem Stellung zu nehmen das Bundesgericht nicht Gelegenheit hatte, weil die dagegen erklärte Berufung nachträglich zurückgezogen worden ist), sowie von Alfred WIELAND in der Schweizerischen Juristenzeitung, Bd. 14 S. 281 ff.

Das aargauische Handelsgericht hält die bundesgerichtliche Auffassung, dass bei Art. 628 Abs. 1 OR die sogenannte grammatikalische Auslegung zu keinem sichern Ergebnis führe, für unrichtig und leitet die Nichtigkeitsfolge gerade aus dem Wortlaut des Verbotes ab. Es macht geltend, dass nach von TUHR, Allg. Teil des BGB, Bd. III S. 2 Anm. 13, und ENNECCERUS, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 13. Bearbeitung, Bd. I/1 § 51 Anm. 2, im ältern Sprachgebrauch der Ausdruck «dürfen» oft im Sinne von «können» verwendet worden sei; ferner verweist es auf die oben zitierten romanischen Gesetzestexte, die dem deutschen gleichwertig seien.

Sowohl VON TUHR wie ENNECCERUS verstehen jedoch unter dem «ältern Sprachgebrauch» im wesentlichen nur denjenigen vor dem Erlass des BGB, also auch vor Erlass des OR, während sie mit Bezug auf das BGB und die in der Folgezeit erlassenen Gesetze in der Verwendung des Ausdruckes «Nichtkönnen» einerseits und «Nichtdürfen» andererseits eine vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung erblicken, und das «Nichtdürfen» bloss als Sollvorschrift gelten lassen, sofern sich die stärkere Wirkung, nämlich die Nichtigkeit des verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäftes, nicht anderweitig ergebe. Diese Unterscheidung ist auch im übrigen deutschen Schrifttum unbestritten; vgl. insbesondere PLANK, 4. Aufl., Bd. I, Einleitung LII, und STAUDINGER, 9. Aufl. Bem. 6 b zu § 134. Will man also schon mit dem aargauischen Handelsgericht davon ausgehen, dass sich der schweizerische und der deutsche Sprachgebrauch decken, so spricht der Wortlaut von Art. 628 Abs. 1 OR nicht nur nicht für die Nichtigkeitsfolge, sondern gegen dieselbe. In der Tat hat der

Seite: 318

eidgenössische Gesetzgeber im alten wie im neuen Obligationenrecht die Nichtigkeit und Ungültigkeit von Rechtshandlungen, die einem Verbot zuwiderlaufen, in einer Reihe von Fällen ausdrücklich ausgesprochen (z. B. in aOR Art. 40, 114, 177, 222, 237, 244, 333, 335, 541, 623 und in neu OR Art. 34, 100, 157, 192, 199, 265, 293, 314, 323, 356, 541, 623). Es wäre deshalb nicht verständlich, wieso er in der wichtigen Frage des Erwerbes eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft sich mit der ohne Zusatz zum mindesten missverständlichen Formulierung «Die Aktiengesellschaft darf nicht...» begnügt hätte, wenn er diesen Erwerb hätte als ungültig behandelt wissen wollen.

Was sodann den französischen und den italienischen Gesetzestext betrifft, so ist richtig, dass sie mit dem deutschen im gleichen Range stehen und nicht bloss Übersetzungen darstellen. Etwas anderes wurde auch in BGE 43 II 297 nicht gesagt. Allein das französische «ne peut» und das italienische «non può» haben nicht immer den strengen Sinn des deutschen «kann nicht», sondern drücken häufig bloss das aus, was im deutschen unter dem schwächeren «darf nicht» verstanden wird. Nach den romanischen Texten kann also Art. 628 Abs. 1 ebensowohl die Bedeutung einer blossen Sollvorschrift wie diejenige einer lex absoluta haben. Was gilt, muss in solchen Fällen aus dem Zusammenhang ermittelt werden. Dafür nun, dass bei Art. 628 Abs. 1 mit den Ausdrücken «ne peuvent» bzw. «non può» dem Geschäfte die Rechtswirksamkeit habe versagt werden wollen, fehlen in den romanischen Texten alle Anhaltspunkte. Die deutsche Formulierung aber, welche unter diesen Umständen zur Auslegung der französischen und italienischen heranzuziehen ist - nicht umgekehrt - deutet im Gegenteil eher auf eine blossen Sollvorschrift hin. Zu keinem andern Ergebnis käme man übrigens selbst dann, wenn der französische und der italienische Text auf Nichtigkeit des Geschäftes schliessen lassen würden: denn bei Verschiedenheit der Texte wäre auf

Seite: 319

den in der Beschränkung am wenigsten weitgehenden, hier also auf den deutschen abzustellen. Das ist vom Bundesgericht bereits für öffentlichrechtliche Verbote ausgesprochen worden (BGE 51 II 161) und muss in gleicher Weise für zivilrechtliche Beschränkungen der Handlungsfreiheit gelten.

Alfred WIELAND anerkennt denn auch, dass aus dem Gesetzestext für die Nichtigkeitsfolge nichts herzuleiten ist. Dagegen macht er geltend, dass im Erwerbe eigener Aktien, woran das Bundesgericht in BGE 43 II 293 ff. achtlos vorübergegangen sei, eine durch Art. 629 Abs. 3 OR verbotene Rückzahlung der Einlage an den Aktionär liegen könne und dass ein solcher Erwerb aus diesem Grunde nichtig sein müsse. Das ist aber vom Bundesgericht durchaus nicht übersehen worden. Wieland selber geht davon aus, dass es sich bei Art. 628 Abs. 1 und Art. 629 Abs. 3 um zwei verschiedene Verbote handelt und dass nicht jeder Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft auch eine verbotene Einlagerückzahlung darstellt. Es kann sich also nur fragen, unter welchen Voraussetzungen ein Tatbestand nach Art. 628 Abs. 1 zugleich denjenigen des Art. 629 Abs. 3 erfülle. Diese beiden Vorschriften endgültig gegeneinander abzugrenzen, hatte aber das Bundesgericht in BGE 43 II 293 ff. keine Veranlassung, weil in jenem Falle eine Einlagerückzahlung im Sinn des Art. 629 gar nicht behauptet worden war und tatsächlich auch nicht davon die Rede sein konnte. Denn entgegen der Ansicht Wielands liegt auf jeden Fall darin, dass eine Aktiengesellschaft, deren Vermögen das Grundkapital nicht übersteigt, eigene Aktien zu pari (bzw. um den einbezahlten Betrag) ankauft, nicht ohne weiteres schon eine verbotene Einlagerückzahlung. Das Rückzahlungsverbot verfolgt den Zweck, das Grundkapital als Garantiefonds der Gesellschaft zu erhalten. Wenn nun eine Gesellschaft eigene Aktien ihrem innern Werte entsprechend zu pari ankauft, so bedeutet das an sich noch nicht eine Schwächung des

Seite: 320

Grundkapitals, da ja die Aktien normalerweise wieder zum gleichen Preise veräussert werden können und das Vermögen der Gesellschaft somit effektiv nicht vermindert ist. Es müssen vielmehr Umstände dazu kommen, denen zu Folge der Ankauf in Wirklichkeit doch auf eine Schwächung des Grundkapitals hinausläuft, was z. B. dann der Fall ist, wenn trotz des dem Nominalwert entsprechenden innern Wertes der Aktien keine Aussicht besteht, sie wieder zu diesem Betrag absetzen zu können (vgl. hiezu FURRER, a.a.O. S. 134 ff. und die daselbst unter Anm. 18 angeführte Literatur). Solche Umstände haben aber im Falle BGE 43 II 293 ff. nicht vorgelegen, vielmehr handelte es sich dort um Pflichtaktien, welche die Gesellschaft von dem aus ihrem Dienste austretenden Geschäftsführer zurückkaufte und welche offenbar sofort zum gleichen Preise auf seinen Nachfolger hätten übertragen werden können.

Gleich wie in jenem Falle sind auch im vorliegenden keinerlei Anhaltspunkte für eine Schwächung des Grundkapitals durch das umstrittene Kaufgeschäft vorhanden. Es braucht deshalb auch hier auf das allgemeine Verhältnis des Art. 628 Abs. 1 zu Art. 629 Abs. 3 nicht näher eingetreten zu werden.

4.- Die gegen die bundesgerichtliche Praxis erhobenen Einwendungen können unter diesen Umständen nicht als begründet anerkannt werden. Abgesehen hiervon, besteht aber noch

umsoweniger Grund, von dieser Praxis abzugehen, als nach der gegenwärtig im Gange befindlichen Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes aller Voraussicht nach auch die künftige gesetzliche Ordnung damit im Einklang stehen wird.

Die Revisions-Expertenkommission hatte mit Stichentscheid des Präsidenten vorgeschlagen, den Erwerb eigener Aktien in Abweichung von der heutigen bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich als nichtig zu erklären und demgemäss den heutigen Art. 628 folgendermassen zu formulieren (Protokoll der Expertenkommission S. 245 ff.):

Seite: 321

«Die Aktiengesellschaft kann eigene Aktien nicht erwerben, noch zum Pfande nehmen.

Rechtsgeschäfte, die dieser Vorschrift widersprechen, sind nichtig.»

Dieser Vorschlag ist in den bundesrätlichen Entwurf vom 21. Februar 1928 aufgenommen worden (BBl. 1928 I 235 f. und 384 f.). Der Ständerat beschloss jedoch auf Antrag seiner Kommission, die bisherige Fassung beizubehalten und zwar in dem Sinne, wie sie durch das Bundesgericht in der heutigen Praxis ausgelegt wird, nämlich im Sinne einer blossen Sollvorschrift, ohne Nichtigkeitsfolge für verbotswidrig abgeschlossene Geschäfte. Die nationalrätliche Kommission beantragte Zustimmung zu diesem Beschluss, der dann vom Nationalrat, nachdem der Bundesrat seinen eigenen Vorschlag inzwischen fallen gelassen hatte, auch zu dem seinigen gemacht worden ist (siehe Sten. Bull., 1931, Ständerat, S. 362, 366, 369; 1934, Nationalrat, S. 88 ff. und 92 f.).

Diese Beschlüsse werden also, da nicht zu erwarten ist, dass die eidgenössischen Räte darauf zurückkommen, voraussichtlich Gesetz werden. Infolgedessen ist es auch im Interesse der Rechtskontinuität geboten, an der bisherigen, durch BGE 43 II 293 ff. eingeleiteten Praxis festzuhalten.

5.- Hieraus ergibt sich, dass die Klage in vollem Umfange gutzuheissen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. Mai 1934 bestätigt