

gestion d'affaires ou en matière de dommages-intérêts pour cause d'inexécution d'une obligation, il faut en effet se demander si la commission réclamée n'est pas due en exécution même du contrat.

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà relevé, un contrat entre commerçants doit être interprété à la lumière des usages commerciaux, ceux-ci constituant des *leges contractus* (RO 53 II 310). Or, depuis longtemps un usage s'est établi en Suisse d'après lequel l'agent au bénéfice d'une représentation exclusive (Bezirks- oder Rayonagent) a droit à la commission aussi bien pour les affaires qui ont été conclues sans son concours pour le représenté ou pour le compte de celui-ci que pour celles dont il a négocié la conclusion (cf. OSER-SCHÖNENBERGER, N. 20 ad art. 413 CO ; BOLLAG, Die Rechtstellung des Handelsagenten, Schw. Jur. Zeitung vol. X p. 165 et suiv. ; BLATTEB, Der Handelsagent nach schweizerischem Recht, p. 100 et suiv.). En adoptant la règle énoncée à l'art. 418 g de la loi fédérale sur le contrat d'agence, du 4 février 1949, la législature n'a fait que consacrer cet usage, tout comme l'avait fait également l'art. 10 al. 1 de la loi fédérale sur les voyageurs de commerce du 13 juin 1941, pour le cas où le voyageur de commerce se trouve au bénéfice de l'exclusivité pour une clientèle ou un rayon déterminés. Telle est d'ailleurs la solution adoptée par le législateur allemand (§ 89 HGB) et par le législateur italien (art. 1748 al. 2 CC). Bien que la loi du 4 février 1949 ne soit pas applicable en l'espèce, il est donc hors de doute qu'en vertu de cet usage bien établi, qui définit la portée de l'exclusivité et auquel le contrat en question ne déroge pas, la recourante principale a droit à la commission sur l'affaire Magalhaes comme si elle avait été conclue par l'entremise de Thion. La condition de causalité à laquelle le Tribunal cantonal a cru devoir subordonner la rémunération n'avait rien à faire en l'espèce. Si l'usage commercial en fait abstraction, c'est du reste pour de bonnes raisons. Le rapport de causalité n'est pas toujours

aisé à prouver, et l'agent exclusif, exposé aux risques que comporte cette preuve, c'est-à-dire en définitive au risque de perdre son salaire, ne consacrerait peut-être pas le temps et l'argent voulus pour développer comme il le faudrait le volume des affaires du représenté dans la zone ou avec la clientèle réservées s'il n'est pas assuré de toucher sa commission pour toutes les affaires traitées par le représenté dans la zone réservée. De son côté, le représenté a un intérêt évident à conserver la possibilité de traiter personnellement des affaires dans la zone réservée : il pourra le faire sans violer ses engagements envers l'agent exclusif du moment que ce dernier percevra de toute façon sa commission sur les affaires traitées par le représenté.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours joint est rejeté ; le recours principal est admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que la défendresse est condamnée à payer à la demanderesse, en sa qualité de cessionnaire d'Edmond Thion, la somme de 10 200 fr. avec intérêt à 5 % dès le 6 décembre 1947.

**9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. März 1950 i. S. F. X. gegen X. & Co. A.-G. und Mitbeteiligte.**

*Aktienrecht. Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen. Übertragung von Namenaktien.*

Verwaltungsratsbeschlüsse können im Gegensatz zu Generalversammlungsbeschlüssen nicht beim Richter angefochten werden. Eine Gesetzeslücke liegt nicht vor. Art. 706 OR, Art. 1 ZGB (Erw. 2 und 3).

Zulässigkeit der Erfüllungsklage gegenüber der A.-G. bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von Namenaktien. Voraussetzungen, Aktiv- und Passivlegitimation. Art. 684/86 OR (Erw. 4).

Begründetheit der Verweigerung auf Grund einer Statutenbestimmung, wonach die Zustimmung zu verweigern ist, wenn die Übertragung für die A.-G. von Nachteil sein könnte. Massgebend ist das Interesse der Gesellschaft, nicht das der einzelnen Aktionäre (Erw. 5).

*Société anonyme. Action en justice contre une décision du conseil d'administration. Transfert d'actions nominatives.*

A la différence des décisions de l'assemblée générale, les décisions du conseil d'administration ne peuvent pas être attaquées en justice. Il n'y a pas de lacune de la loi. Art. 706 CO, art. 1 CC (consid. 2 et 3).

Admissibilité d'une action en exécution contre la société anonyme qui refuse le transfert d'actions nominatives. Conditions, qualité pour agir et pour défendre. Art. 684 et 686 (consid. 4).

Légitimité d'un refus fondé sur une disposition statutaire aux termes de laquelle l'approbation doit être refusée dans le cas où le transfert pourrait être préjudiciable à la société anonyme. Ce qui est décisif, c'est l'intérêt de la société, non celui des divers actionnaires (consid. 5).

*Società anonima. Azione giudiziale contro una decisione del consiglio di amministrazione. Trasferimento d'azioni nominative.*

A differenza delle decisioni dell'assemblea generale, le decisioni del consiglio di amministrazione non possono essere impugnate giudizialmente. Non si è in presenza d'una lacuna della legge Art. 706 CO; art. 1 CC (consid. 2 e 3).

Ammissibilità d'un'azione di condanna contro la società anonima che rifiuta di trasferire azioni nominative. Condizioni, veste attiva e veste passiva. Art. 684 e 686 (consid. 4).

Fondatezza d'un rifiuto basato su una norma statutaria, secondo la quale l'approvazione dev'essere rifiutata nel caso in cui il trasferimento potesse essere pregiudicevole alla società anonima. Determinante è l'interesse della società, non l'interesse dei diversi azionisti (consid. 5).

A. — Die im Jahre 1925 gegründete X & Co. A.-G. besitzt ein volleinbezahltes Aktienkapital von 1 Million Fr., das in 450 Namenaktien und 550 Inhaberaktien eingeteilt ist. Die Aktien gehörten ursprünglich je zur Hälfte den beiden Brüdern A. und F. X. Jener ist der kaufmännische Leiter des Unternehmens, dieser hat die technische Leitung inne. Zwischen den beiden Brüdern besteht seit Jahren tiefgreifende Uneinigkeit, die sich auch auf die Führung des Unternehmens auswirkte. Infolgedessen erwiesen sich an der Generalversammlung für das Jahr 1943/44 die Beschlussfassung und die Bestellung der Gesellschaftsorgane als unmöglich. Die Vormundschaftsbehörde bestellte daher am 6. Januar 1945 der A.-G. einen Beistand, Y., Direktor einer Treuhand A.-G.

Um die Veröffentlichung dieser Beistandschaft zu vermeiden, schlossen die beiden Brüder X. am 19. März 1946 eine Vereinbarung, auf Grund deren noch gleichen Tags

an einer Universalversammlung der A.-G. ein dreigliedriger Verwaltungsrat bestellt wurde mit Y. als Präsident und den beiden Brüdern X. als Mitgliedern. In der erwähnten Vereinbarung wurde ferner festgelegt, dass an der Generalversammlung für das Jahr 1945/46 der Verwaltungsrat auf 5 Mitglieder erhöht werden solle, und zwar in der Weise, dass jeder der beiden Brüder verbindlich eines der neuen Mitglieder vorschlagen könne. Demgemäss wurde an der Generalversammlung vom 18. November 1946 auf Vorschlag von F. X. Direktor M., auf Vorschlag von A. X. Prof. Z. in den Verwaltungsrat gewählt. Die Aufgabe dieses neuen Verwaltungsrates sollte vor allem darin bestehen, Vorschläge für eine Reorganisation der A.-G. auszuarbeiten, um die schädlichen Auswirkungen der Feindschaft zwischen den beiden Brüdern X. auf die Geschäftsführung zu beseitigen. Die nach dieser Richtung unternommenen Bemühungen führten jedoch zu keinem Ziel, da keiner der gemachten Vorschläge die Zustimmung beider Brüder fand. Die eigentliche Geschäftsführung oblag dem aus dem Verwaltungsratspräsidenten Y. und den beiden Brüdern X. gebildeten Verwaltungsausschuss. Gemeinsame Sitzungen konnten aber nicht stattfinden, sondern die laufenden Geschäfte mussten so erledigt werden, dass der Präsident mit jedem der beiden Brüder einzeln verhandelte.

Da die Statuten der A.-G. in einzelnen untergeordneten Punkten mit den Vorschriften des rev. OR. nicht in Einklang standen, war eine entsprechende Anpassung erforderlich. Versuche zur Vornahme einer solchen scheiterten jedoch. Die notwendige Stimmenmehrheit konnte nicht erreicht werden, weil die Bemühungen, den neuen Mitgliedern des Verwaltungsrates den für den Antritt ihres Amtes erforderlichen Aktienbesitz zu verschaffen, erfolglos geblieben waren, so dass sich wie bis anhin die Stimmen der beiden Brüder, bzw. der durch ihre Familienglieder gebildeten Gruppen die Wage hielten.

Am 31. März 1948 setzte das Handelsregisteramt der

A.-G. für die Statutenanpassung eine letzte Frist an mit der Androhung, dass sonst die Auflösung der Gesellschaft eingetragen würde. Daraufhin wurde an einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 15. Juli 1948 die Statutenanpassung mit 2 Stimmen Mehrheit beschlossen. Diese beiden Stimmen waren diejenigen des Verwaltungsratspräsidenten Y. und des Verwaltungsratsmitgliedes Z. A. X. hatte nämlich am 2. Juni 1948 je eine Namenaktie an Y. und Prof. Z. abgetreten; dieser Übertragung hatte der Verwaltungsrat ebenfalls am 2. Juni die hierfür nach Art. 6 Abs. 3 der Statuten erforderliche Zustimmung erteilt.

B. — Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist ein Beschluss auf Verweigerung der Zustimmung zu einer von F. X. vorgenommenen Übertragung von Namenaktien, der an der erwähnten Verwaltungsratssitzung vom 2. Juni 1948 gefasst wurde. Zu seiner Verständlichkeit sind vorerst die im genannten Zeitpunkt bestehenden Aktienbesitzverhältnisse und deren Entstehung darzulegen.

Wie bereits erwähnt, besass ursprünglich jeder der beiden Brüder je die Hälfte der beiden Aktienkategorien, also je 225 Namen- und 275 Inhaberaktien.

Am 8. Mai 1944 trat F. X. seine sämtlichen 275 Inhaberaktien an seine Kinder ab, nämlich 200 Stück an seinen Sohn und 75 an seine Tochter.

Gleichfalls im Jahre 1944 übertrug auch A. X. seine 275 Inhaberaktien auf seine Ehefrau (175 Stück) und seine Tochter (100 Stück).

Danach besass jeder der beiden Brüder im Jahre 1948 noch 225 Namensaktien. Da gemäss Art. 13 der Statuten ein Aktionär nicht mehr als  $\frac{1}{5}$  aller vertretenen Stimmen auf sich vereinigen darf, war bei Vertretung aller 1000 Stimmen an einer Generalversammlung jeder der beiden Brüder nur zur Abgabe von 200 Stimmen berechtigt, während die restlichen 25 Stimmen auf beiden Seiten praktisch unwirksam waren.

Am 13. März 1948 trat nun F. X. seiner Tochter 25

Namenaktien ab. Unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 3 der Statuten suchte er beim Präsidenten des Verwaltungsrates um die Zustimmung des Verwaltungsrates zu dieser Aktienübertragung nach. Gemäss dieser Statutenbestimmung bedarf die Übertragung von Namenaktien « in jedem Falle der Zustimmung des Verwaltungsrates, der sie zu verweigern hat, wenn die Übertragung für die Gesellschaft irgendwie von Nachteil sein könnte ».

Im Anschluss an dieses Begehren des F. X. ersuchte A. X. seinerseits um die Zustimmung des Verwaltungsrates zur Übertragung von 23 Namenaktien an seine Frau und je einer Namenaktie an den Verwaltungsratspräsidenten Y. und den Verwaltungsrat Z.

Zur Behandlung dieser verschiedenen Übertragungsbegehren wurde am 28. Mai 1948 eine Verwaltungsratssitzung auf den 2. Juni 1948 einberufen. Das Verwaltungsratsmitglied M. ersuchte wegen einer unaufschiebbaren Auslandsreise um Verschiebung der Sitzung. F. X. schloss sich diesem Begehren an. Der Verwaltungsratspräsident entsprach diesen Gesuchen jedoch nicht, weil die Abhaltung der Sitzung dringlich sei wegen der vom Handelsregisterführer angedrohten Eintragung der Liquidation der Gesellschaft, die nach der wiederholt bekundeten Auffassung der Mehrheit des Verwaltungsrates verhindert werden müsse.

An der Verwaltungsratssitzung vom 2. Juni, an der alle Mitglieder ausser M. teilnahmen, lehnte der Verwaltungsrat die Genehmigung der Antrags von F. X. auf Übertragung von 25 Namenaktien auf seine Tochter mit drei Stimmen (Präsident Y., A. X., Z.) gegen eine Stimme (F. X.) ab. Ebenso wurde die Genehmigung der Übertragung von 23 Namenaktien von A. X. auf seine Frau abgelehnt mit drei Stimmen (Präsident Y., F. X., Z.) gegen eine Stimme (A. X.). Genehmigt wurde dagegen die Übertragung je einer Namenaktie von A. X. auf Präsident Y. und Prof. Z. mit drei Stimmen (Präsident Y., A. X., Z.) gegen eine Stimme (F. X.).

C. — Gegen die Nichtgenehmigung der von ihm vorgenommenen Aktienübertragung erhob F. X. am 10. Juni 1948 beim Appellationshof des Kantons Bern Anfechtungsklage mit folgenden Rechtsbegehren :

« 1. Der Beschluss des Verwaltungsrates der X. & Co. A.-G. vom 2. Juni 1948, durch welchen der Antrag des Klägers auf Genehmigung der Übertragung von 25 Namenaktien an seine Tochter abgelehnt wurde, sei ungültig zu erklären.

2. Die Abtretung von 25 Namenaktien der X. & Co. A.-G. vom Kläger an seine Tochter sei durch das Gericht als rechtmässig und für die X. & Co. A.-G. als rechtsverbindlich zu erklären, eventuell sei der Verwaltungsrat der X. & Co. A.-G. unter Androhung der gesetzlichen Folgen zu verpflichten, dieser Abtretung die Genehmigung zu erteilen. »

In der Klageschrift bezeichnet der Kläger den angefochtenen Beschluss als gesetz- und statutenwidrig. Gemäss Art. 686 OR könne die Eintragung des Erwerbers von Namenaktien ins Aktienbuch nur aus den in den Statuten vorgesehenen Gründen verweigert werden. Die fragliche Übertragung sei für die Gesellschaft nicht nachteilig, weshalb sich der Verwaltungsrat für seine Weigerung nicht auf Art. 6 der Statuten berufen dürfe. Die Verweigerung sei einzig deswegen erfolgt, weil andernfalls der zweifellos abgekartete Plan von Präsident Y., Z. und A. X. auf künftige Majorisierung des Klägers missglückt wäre.

D. — Die Beklagten 1, 2 und 4, d. h. die A.-G. und die beiden neutralen Verwaltungsräte, beantragten in gemeinsamer Eingabe Abweisung der Klage. Sie bestritten grundsätzlich die Möglichkeit einer Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen. Falls eine solche an sich als zulässig betrachtet würde, fehle es an der Voraussetzung, dass dem Kläger ein Schaden drohe. Von einer Majorisierung und ungerechtfertigten Schädigung der Interessen des Klägers

könne keine Rede sein, weil die beiden neutralen Verwaltungsräte Präsident Y. und Z. unabhängig seien und ihr Stimmrecht einzig im Interesse der Gesellschaft ausüben werden. Selbst wenn man aber annehmen wollte, die Nichtgenehmigung der beabsichtigten Aktienübertragung gereiche dem Kläger zum Schaden, so würde die für die Anfechtung des streitigen Verwaltungsratsbeschlusses weiter erforderliche Statutenverletzung fehlen. Nach Art. 6 Abs. 3 der Statuten sei die Genehmigung zu versagen, wenn die Aktienübertragung wahrscheinlich oder auch bloss möglicherweise zur Gefährdung von Gesellschaftsinteressen führe. Diese Voraussetzung treffe zu ; denn im Falle der Genehmigung der vom Kläger für 25 Aktien und vom Beklagten A. X. für 23 Aktien eingeleiteten Übertragung an Familienangehörige hätte sich weiterhin eine Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrates und eine Lähmung der Gesellschaft ergeben. Alsdann hätte gegen die Stimmen des Klägers und seiner Familienangehörigen überhaupt kein Beschluss mehr gefasst werden können, was zur Zerstörung der Gesellschaft führen müsste, es wäre denn, dass der Verwaltungsrat sich in allem einfach dem Willen des Klägers unterzogen hätte. Die Interessen der Gesellschaft seien also gerade durch die Verweigerung der Zustimmung zu der vom Kläger und der vom Beklagten A. X. beantragten Aktienübertragung gewahrt worden. Jetzt verfügen die neutralen Verwaltungsräte über die entscheidenden Stimmen, was die der Gesellschaft und allen Beteiligten förderlichste Lösung darstelle. Auf alle Fälle sei die Anfechtung deshalb abzuweisen, weil nur Beschlüsse mit positivem Inhalt, nicht dagegen auch ablehnende anfechtbar seien ; denn kein Richter besitze die Kompetenz, einer A.-G. Weisungen zu erteilen, welche Beschlüsse ihre Organe zu fassen haben.

Der Beklagte 3 (A. X.) beantragte ebenfalls Abweisung der Klage. Nach seiner Ansicht hätte zwar die Übertragung von 23 Aktien an seine Frau der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht. Da aber er der Auffassung bei-

pflichte, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nicht gerichtlich angefochten werden können, verzichte er auf Anfechtung der ihn betreffenden Nichtgenehmigung und beantrage Abweisung der von F. X. erhobenen Anfechtungsklage wegen Unzulässigkeit derselben. Eventuell wäre sie abzuweisen, weil die vom Kläger verlangte Aktienübertragung für die Gesellschaft nachteilig wäre, da der Kläger letzten Endes nur die von ihm längst angestrebte Liquidation der Gesellschaft erreichen möchte. Eine solche sei aber sachlich nicht gerechtfertigt und liege in Niemandes Interesse.

*E.* — An der Hauptverhandlung vom 27. Februar 1949 vor dem Appellationshof erklärte der Kläger, nicht nur als Aktionär, sondern auch als überstimmtes Verwaltungsratsmitglied zu klagen. Ausserdem stellte er das weitere Rechtsbegehren :

« 3. Eventuell, d. h. im Falle der Abweisung der Rechtsbegehren 1 und 2, sei die Beklagte Nr. 1 ( X. & Co. A.-G.) zu verurteilen, seine Tochter als Eigentümerin der 25 Namenaktien Nr. 576-600 in das Aktienbuch einzutragen. »

Die Beklagten bestritten die prozessuale Zulässigkeit dieses Begehrens.

*F* — Mit Urteil vom 23. Juni 1949 wies der Appellationshof die Klage ab.

Er bejahte die grundsätzliche Anfechtungsmöglichkeit gesetz- und statutenwidriger Verwaltungsratsbeschlüsse, obwohl eine solche vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sei. Weiter nahm er an, eine Übertragung von Aktien durch den Kläger an seine Tochter würde der A.-G. nicht zum Nachteil gereichen und könnte daher ohne Verletzung von Art. 6 Abs. 3 der Statuten nicht verweigert werden. Dagegen fehle es an einer gültigen Aktienübertragung, da die dem Indossament zugrunde liegende Schenkung wegen Simulation nichtig sei. Mangels eines gültigen Übertragungsaktes komme eine Genehmi-

gung der Übertragung durch den Verwaltungsrat nicht in Betracht. Da auch Klagebegehren 3 aus diesem Grunde nicht geschützt werden könnte, erübrige sich eine Prüfung seiner prozessualen Zulässigkeit.

*G.* — Mit der vorliegenden Berufung erneuert der Kläger seine sämtlichen vor der kantonalen Instanz gestellten Anträge. Er ficht die Auffassung der Vorinstanz, dass die vorgenommene Aktienabtretung ungültig sei, als unrichtig an. Nach Art. 685 Abs. 2 OR setze die Eintragung ins Aktienbuch nur den Ausweis über die formrichtige Übertragung durch Indossament voraus. Eine Überprüfung des Grundgeschäfts stehe dem Verwaltungsrat dagegen nicht zu. Die Abtretung sei ein abstraktes Geschäft und darum auch bei Mangelhaftigkeit des Grundgeschäftes wirksam. Übrigens sei das Grundgeschäft entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht simuliert, sondern ernst gemeint gewesen und formrichtig vorgenommen worden, so dass die Übertragung selbst bei Überprüfbarkeit des Grundgeschäftes genehmigt werden müsste. Sofern man die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen verneinen und demgemäss Klagebegehren 1 und 2 abweisen wollte, müsste die Klage auf Grund des prozessual zulässigen Klagebegehrens 3 geschützt werden ; denn bei diesem handle es sich um einen Erfüllungsanspruch auf Eintrag des Erwerbers von Namenaktien in das Aktienbuch. Ein solcher Anspruch folge aus Art. 684/686 OR, sofern nicht statutarische Hindernisse entgegenstehen. Anspruchsberechtigt sei sowohl der Aktienerwerber, als auch der Aktienveräusserer, hier also auch der Kläger. Die der A.-G. nach Art. 6 Abs. 3 der Statuten zustehende Einrede, dass die Abtretung der Gesellschaft zum Nachteil gereiche, sei aus den beim Eintreten auf Klagebegehren 1 und 2 massgebenden Erwägungen unbegründet. Abschliessend erklärt der Kläger, er beanspruche nicht mehr Rechte als sein Bruder und halte es daher für selbstverständlich, dass der Verwaltungsrat auch die Abtretung der 23 Namenaktien des Beklagten A. X. an seine Frau nachträglich

genehmigen müsse. Gegebenenfalls könne sich der Kläger auch damit abfinden, dass der Verwaltungsrat verpflichtet werde, wenigstens die Abtretung von 2 Aktien an seine Tochter zu genehmigen, da er nichts anderes als die Herstellung der Parität zur Gruppe seines Bruders verlange.

*H.* — Die Beklagten tragen auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an. Sie halten daran fest, dass eine Anfechtungsklage gegen Verwaltungsratsbeschlüsse mit dem geltenden OR unvereinbar sei. Falls sie als zulässig betrachtet würde, habe der Verwaltungsrat die Übertragungsgenehmigung auf Grund von Art. 6 Abs. 3 der Statuten mit Recht verweigert. Eventuell wäre mindestens mit der Vorinstanz die Klage wegen Fehlens eines gültigen Grundgeschäftes abzuweisen.

*I.* — An der heutigen Berufungsverhandlung haben die Beklagten die Erklärung abgegeben, dass sie die gegen die prozessuale Zulässigkeit des Eventualbegehrens 3 erhobenen Einwendungen fallen lassen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Kläger beschwert sich darüber, dass der Verwaltungsrat der X. & Co. A.-G. seine Zustimmung zur Übertragung von 25 Namenaktien des Klägers auf seine Tochter verweigert hat. Er will sein Ziel erreichen durch gerichtliche Anfechtung des Weigerungsbeschlusses. Wie jedoch noch darzulegen sein wird, bedarf es zur Entscheidung der Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit der fraglichen Weigerung gar keiner Anfechtung des beanstandeten Verwaltungsratsbeschlusses, sondern es genügt eine Verurteilungsklage, die gegen die A.-G. zu richten ist, nicht etwa gegen den Verwaltungsrat oder gegen jene Mitglieder, welche die Zustimmung zur Übertragung verweigert haben. Da aber der Kläger sein Begehren in die Form der Anfechtungsklage gekleidet und die Vorinstanz es auch als solche beurteilt hat, erscheint es gleichwohl als geboten, die Frage zu prüfen, ob das Gesetz die gericht-

liche Anfechtung eines Verwaltungsratsbeschlusses überhaupt zulasse.

2. — Das rev. OR von 1936 spricht in Art. 706 lediglich von der Möglichkeit, Generalversammlungsbeschlüsse wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit durch Klage gegen die Gesellschaft beim Richter anzufechten ; eine entsprechende Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen ist dagegen nicht vorgesehen. Die Vorinstanz glaubt nun, es liege in dieser Beziehung eine Gesetzeslücke vor, die vom Richter ausgefüllt werden müsste, da sonst der einzelne Aktionär gegenüber gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen der Verwaltung nicht ausreichend geschützt sei. Sie stützt sich dabei hauptsächlich auf die Abhandlungen von SIEGWART : Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer A.-G. (SJZ 39, 1942/3, S. 421 ff.), sowie von STEBLER : Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrats der A.-G. (Diss. Freiburg 1944). Diese Autoren erachten die Anfechtungsmöglichkeit gegenüber Verwaltungsratsbeschlüssen als notwendig, weil durch die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse das Schwergewicht bei der A.-G. von der Generalversammlung auf die Verwaltung verlagert worden, und weil mit der grossen Machtfülle, die infolgedessen die Verwaltung in die Hand bekommen habe, für die einzelnen Aktionäre die Gefahr, durch Handlungen der Verwaltung in ihren Rechten verletzt zu werden, entsprechend grösser geworden sei.

Die Annahme der Vorinstanz, es bestehe eine Gesetzeslücke, erweist sich jedoch als unzutreffend. Aus den Gesetzesmaterialien ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen bewusst ausschliessen wollte. Das ergibt sich unmissverständlich aus den Ausführungen des Referenten Thalmann im Ständerat, wo als ganz selbstverständlich vorausgesetzt wird, dass Verwaltungsratsbeschlüsse nicht beim Richter angefochten werden können (vgl. StenBull StR 1931 S. 412 f., 576 ff., spez. 578 ; 1935 S. 106). Das hat auch die Vorinstanz nicht verkannt, und ebenso hat sie

nicht übersehen, dass das OR von 1936 eine noch relativ junge gesetzliche Regelung darstellt, welche die Vermutung für sich hat, den Bedürfnissen des heutigen Wirtschaftslebens noch genügend Rechnung zu tragen. Trotzdem hält die Vorinstanz das Bestehen einer Gesetzeslücke nicht für ausgeschlossen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht massgebend sei, was der Gesetzgeber gewollt hat, sondern was dem Gesetzeswortlaut auf Grund grammatikalischer und logischer Auslegung im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist (BGE 63 II 155 f., 68 II 124). Dabei lässt die Vorinstanz jedoch ausser acht, dass nach der Meinung des Bundesgerichts das Vorliegen einer Gesetzeslücke nicht leichtthin angenommen werden darf, dass Zweckmässigkeit einer bestimmten Regelung allein keinen entscheidenden Faktor für die Annahme einer Gesetzeslücke darstellt und dass namentlich dort keine solche angenommen werden darf, wo der Gesetzgeber in andern Zusammenhang Gelegenheit hatte, zur Frage der Notwendigkeit neuer Bestimmungen Stellung zu nehmen (BGE 74 II 109 f.). Gerade letzteres trifft aber hier zu. In den letzten Jahren vor dem Erlass des revidierten OR von 1936 wurde die Frage der Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen in der Fachliteratur diskutiert (vgl. z. B. EGGER, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45 S. 1 ff.), und auch die Expertenkommission und die eidgenössischen Räte befassten sich eingehend mit ihr. Im Zusammenhang damit musste der Gesetzgeber auch das Problem der Gesetz- und Statutenwidrigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen sehen. Gleichwohl fand er keinen Anlass, in dieser Beziehung eine Anfechtungsmöglichkeit zu gewährleisten. Er betrachtete offenbar die Frage des gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusses der A.-G. als ein bloss internes Problem der juristischen Person und ging von der Auffassung aus, der Aktionär sei genügend geschützt durch die Gewährung der übrigen zur Verfügung stehenden Mittel, nämlich durch die Ausübung der Mitglied-

schaftsrechte in der Generalversammlung (Abberufung der Verwaltung, Verweigerung der Entlastung), durch die Möglichkeit der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einschliesslich Entlastungsbeschlüssen, durch die Möglichkeit der Belangung fehlbarer Verwaltungsmitglieder auf Schadenersatz und schliesslich (wie später zu zeigen sein wird) durch die in gewissen Fällen offenstehende Erfüllungsklage gegenüber der A.-G., insbesondere bei unbegründeter Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien.

Zu Unrecht glaubt die Vorinstanz, die heutige Lage mit derjenigen vergleichen zu können, welche vor Inkrafttreten des rev. OR von 1936 mit Bezug auf die Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bestand, indem sie sich darauf beruft, dass das OR von 1881 eine solche Anfechtungsmöglichkeit nicht vorsah, dass aber die Rechtsprechung diese schon früh zugelassen hat, weil praktische Bedürfnisse sie erheischten. Die Vorinstanz übersieht jedoch die Verschiedenheit der Lage in der Gesetzgebung bei Erlass des OR von 1881 und derjenigen auf dem Gebiete des Aktienrechtes zur Zeit der Revision des OR im Jahre 1936. Als das OR von 1881 geschaffen wurde, stand man am Anfang der Aktienrechtsentwicklung und hatte erst geringe Erfahrungen auf diesem Gebiet. Im Jahre 1936 dagegen verfügte der Gesetzgeber über eine jahrzehntelange inländische und ausländische Erfahrung aus der Gesetzgebung und aus der Wirtschaftspraxis. Insbesondere hatte sich schon längst jene faktische Verschiebung der Gewalt von der Generalversammlung auf die Verwaltung, die weitgehende Konzentration der Macht- und Entscheidungsbefugnisse in der Hand des Verwaltungsrates herausgebildet, mit der die Notwendigkeit der Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen durch die Befürworter einer solchen begründet wird. Abgesehen hievon handelt es sich auch um zwei grundverschiedene Fragen. Das Problem der Anfechtungsmöglichkeit von statuten- oder gesetzwidrigen Beschlüssen

des obersten Organs juristischer Personen ist von viel grösserer Tragweite als die Frage, ob auch gegenüber Beschlüssen eines der Generalversammlung grundsätzlich untergeordneten Organs, eines Verwaltungsrates, eines Vereinsvorstandes, eines Genossenschaftsrates eine gerichtliche Anfechtung zugelassen werden soll. Denn das verwaltende Organ der juristischen Person kann stets von der Generalversammlung zur Rechenschaft gezogen, abgesetzt, nicht wiedergewählt werden, weshalb hier zum allermindesten nicht von einer Notwendigkeit oder von einem gleichen Bedürfnis nach gerichtlicher Anfechtbarkeit gesprochen werden kann wie bei gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen des obersten Organs. Es ist daher zum vornherein abwegig, von der Situation auszugehen, wie sie nach Erlass des OR von 1881 mit Bezug auf die Generalversammlungsbeschlüsse bestand und die damals getroffene Lösung auf das hier in Frage stehende Problem der Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen analog anzuwenden.

Die Vorinstanz beruft sich sodann auf BGE 27 II 235, wo ausgeführt wurde, der einzelne Aktionär sei kraft seines Rechtes auf gesetz- und statutengemässe Verwaltung befugt, gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse der Gesellschaftsorgane, speziell der Generalversammlung, durch gerichtliche Klage anzufechten. Daraus folgert die Vorinstanz, das Bundesgericht habe die Möglichkeit einer Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen offen gelassen, zum mindesten diese nicht ausgeschlossen. Demgegenüber ist jedoch hervorzuheben, dass das Bundesgericht aus diesem allgemeinen Satz nie jene Folgerung gezogen hat, welche die Vorinstanz daraus ableiten möchte. Das Bundesgericht hat nie die Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen bejaht, nie ein Bedürfnis nach solcher Anfechtbarkeit angenommen oder auch nur erwähnt, was sich doch wohl nur daraus erklärt, dass jene Urteilsstelle, richtig verstanden, sich lediglich auf das oberste Organ einer juristischen Person bezieht und dass

ein Bedürfnis nach Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen in der Praxis nie geltendgemacht wurde.

3. — Weist danach das geltende Aktienrecht in der hier in Frage stehenden Beziehung keine Lücke auf, so ist keine Möglichkeit zur gerichtlichen Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen vorhanden. Diese Regelung steht übrigens im Einklang mit der für das Vereinsrecht und das Genossenschaftsrecht getroffenen Ordnung. Auch dort ist die direkte gerichtliche Anfechtung von Beschlüssen verwaltender Organe (Vereinsvorstand, Genossenschaftsvorstand) nicht zulässig. Für das Vereinsrecht ist dies seit dem Bestehen des ZGB in Theorie und Praxis nie bezweifelt worden. Für das Genossenschaftsrecht hat das OR es in Art. 846 für den besonders wichtigen Fall des Ausschlusses eines Genossenschafters durch den Vorstand ausdrücklich festgelegt; gemäss Art. 846 Abs. 3 OR kann der durch den Vorstand Ausgeschlossene lediglich an die Generalversammlung rekurrieren und erst gegen deren Beschluss den Richter anrufen. Es ist nun nicht einzusehen, welche besondere Gründe im Aktienrecht die gegenteilige Lösung zu rechtfertigen vermöchten. Die Vorinstanz will mit Siegwart und Stebler eine solche Rechtfertigung darin erblicken, dass die Möglichkeit zur Anrufung der nur einmal jährlich stattfindenden Generalversammlung nicht genüge, um die Ausführung von gesetz- und statutenwidrigen Verwaltungsbeschlüssen zu verhindern; die für die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung erforderliche Quote von  $\frac{1}{10}$  des Grundkapitals zusammenzubringen, sei für den einzelnen Aktionär aber schwierig, und schliesslich sei es richtiger, den Eintritt von Schaden infolge von gesetz- oder statutenwidrigen Verwaltungsratsbeschlüssen zu verhüten, als nachträglich den Aktionär auf eine Schadenersatzklage zu verweisen. Diese Überlegung würden aber in gleicher Weise auch für das Vereinsrecht und das Genossenschaftsrecht zutreffen. Aber hier wie dort kennt das Gesetz kein direktes Anfechtungsrecht und beschränkt



das einzelne Mitglied auf die bereits erwähnten Rechtsbehelfe. Diese genügen auch praktisch, so dass kein Bedürfnis dafür besteht, die Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen zuzulassen. Eine solche hätte gegenteils erhebliche Unzukömmlichkeiten im Gefolge, da der Richter sich nicht auf die Aufhebung von Beschlüssen beschränken könnte, sondern notwendigerweise auch positive, an deren Stelle tretende Anordnungen treffen und damit in einer praktisch doch bedenklichen Weise in die laufende Geschäftsführung der Gesellschaft eingreifen müsste. Weiter schliesse das Recht zur Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen die Gefahr in sich, dass ein einzelner, vielleicht aus den Kreisen der Konkurrenz stammender Aktionär die Tätigkeit des Verwaltungsrates und damit diejenige der A.-G. weitgehend zu lähmen vermöchte.

Dass ein Bedürfnis für die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen nicht besteht, erhellt auch aus der Regelung dieser Frage in den ausländischen Aktiengesetzgebungen, die eine solche Anfechtbarkeit ebenfalls nicht kennen. Dies trifft insbesondere zu auf das deutsche Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, welches der jüngste Gesetzeserlass auf diesem Gebiete ist. Auch dieses sieht eine Anfechtung von Vorstandsbeschlüssen (also nach schweizerischer Benennung von Verwaltungsratsbeschlüssen) nicht vor, obwohl es bewusst und entschieden die Macht in der Hand des Vorstandes und seines Vorsitzenden konzentriert, also allen Anlass gehabt hätte, eine Anfechtung zuzulassen, wenn hiefür ein praktisches Bedürfnis ersichtlich gewesen wäre; es gibt vielmehr nur ein Anfechtungsrecht gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung (vgl. GADOW-HEINICHEN, Kommentar zum Aktiengesetz, § 195 Anm. 5, § 197 Anm. 2).

Ist somit die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen zu verneinen, so sind Klagebegehren 1 und 2 und die entsprechenden beiden Berufungsbegehren abzuweisen. Damit scheiden die Beklagten Y., A. X und

Z. aus, da sich nur diese beiden Begehren gegen sie richten, während das noch verbleibende Eventualbegehren Ziffer 3 einzig gegen die A.-G. gerichtet ist.

4. — Wie schon in Erwägung I ausgeführt wurde, besitzt der Aktionär unter Vorbehalt der Statuten einen grundsätzlichen Anspruch gegenüber der A.-G. auf Beachtung und Anerkennung einer Aktienübertragung, bei Namenaktien also einen Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch. Gemäss Art. 684 OR sind Namenaktien nämlich übertragbar, wenn nicht die Statuten etwas anderes bestimmen. Nach Art. 686 kann die Gesellschaft die Eintragung in das Aktienbuch aus den Gründen verweigern, die in den Statuten vorgesehen sind, es wäre denn, dass die Statuten die Verweigerung ohne Angabe von Gründen gestatten. Im vorliegenden Falle bestimmt Art. 6 Abs. 3 der Statuten: « Die Übertragung der Aktien bedarf in jedem Falle der Zustimmung des Verwaltungsrates, der diese zu verweigern hat, wenn die Übertragung für die Gesellschaft irgendwie von Nachteil sein könnte ». Die streitigen Namenaktien sind somit unter Vorbehalt dieser statutarischen Beschränkung grundsätzlich übertragbar.

Dieser Anspruch des Aktionärs auf Zustimmung der Gesellschaft zu einer statutarisch nicht ausgeschlossenen Aktienübertragung und folgerichtig dann auf Eintragung des Erwerbers ins Aktienbuch fusst auf dem Gesetz. Er ist mit der Aktieninhaberschaft verbunden und besteht gegenüber der Gesellschaft, gleichgültig welches ihrer Organe mit der Gewährung oder Verweigerung der Zustimmung betraut ist. Bei Namenaktien kommt dieser Anspruch auf jeden Fall dem im Aktienbuch eingetragenen Aktionär zu; er kann dieses Recht gegenüber der Gesellschaft geltendmachen. Denn sie ist zur Führung des Aktienbuches verpflichtet und kann die Eintragung nach Massgabe der Statuten verweigern, wie übrigens der Wortlaut von Art. 685/686 OR klar zum Ausdruck bringt. Ob der Verwaltungsrat über die Eintragung ent-

scheidet, wie dies in der Praxis regelmässig vorgesehen wird, oder ob dafür nach den Statuten die Generalversammlung zuständig sein soll, ist an sich belanglos; stets ist es die Gesellschaft als solche, welche durch ihre Organe zustimmt oder verweigert. Sie (nicht etwa bloss eines ihrer Organe) ist durch das Gesetz verpflichtet, die Aktienübertragung anzuerkennen, wenn und soweit diese nicht durch die Statuten ausgeschlossen oder beschränkt ist. Dieser Anspruch des Aktieninhabers ist ein Recht, das nicht in der Generalversammlung ausgeübt wird, wie gewisse andere Rechte. Es besteht schlechthin der A.-G. gegenüber. Diese ist nach Gesetz dem Aktionär zu entsprechendem Verhalten, zur Erteilung der Zustimmung und zur Eintragung des Aktienüberganges im Aktienbuch verpflichtet.

Verweigert die Gesellschaft entgegen Gesetz und Statuten diese Handlungen, so kann sie auf Begehren des Aktionärs, der im Aktienbuch eingetragen ist und Aktien an einen Dritten überträgt, zur Vornahme der entsprechenden Handlungen verurteilt werden. Geht die Verweigerung vom Verwaltungsrat aus, so muss der Aktionär nicht den Verwaltungsratsbeschluss als gesetz- oder statutenwidrig anfechten, also nicht einen Anfechtungsprozess anstrengen. Er kann einfach auf Erfüllung der gesetzlichen Leistung, auf Gewährung der gesetzlich vorgeschriebenen, durch die Statuten nicht ausgeschlossenen Zustimmung zur Übertragung, bezw. auf Vornahme der Eintragung des Erwerbers ins Aktienbuch, klagen. Im Verfahren, das diese Leistungsklage zum Gegenstand hat, wird dann geprüft, ob die Gesellschaft, bezw. das für sie handelnde Organ, sich zu Recht oder Unrecht unter Berufung auf Gesetz oder Statuten geweigert hat, die Übertragung anzuerkennen. Das Urteil aber lautet auf Abweisung oder Gutheissung einer Forderungs-, einer Leistungsklage gegenüber der Gesellschaft.

Diese Auffassung wird auch in der schweizerischen und in der ausländischen Literatur vertreten. So vgl. insbe-

sondere WEISS in einer Abhandlung über die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs (SJZ 39 S. 513 f., 533, 538), ferner HAHNLOSER, Die Namenaktie, Diss. Zürich 1903, S. 106; MERCIER, Le transfert de l'action nominative, Diss. Lausanne 1935 S. 156; PESTALOZZI, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948 S. 52, S. 132, S. 176. Für das deutsche Recht in Bezug auf das HGB von 1897: DÜRINGER-HACHENBURG III/1 3. Aufl. § 223 Anm. 5 am Ende; in Bezug auf das Aktiengesetz von 1937: Kommentar GADOW-HEINICHEN § 61 Anm. 13 und 15. Für das französische Recht RIPERT, Traité élémentaire de droit commercial 1948 Nr. 1118.

Anspruchsberechtigt und daher zur Erfüllungsklage legitimiert ist auf alle Fälle der Veräusserer, da er bisher im Aktienbuch eingetragen war. Das Bundesgericht hat denn auch in seinem Entscheid vom 23. Oktober 1945 i. S. Rüegg c. Munitor A.-G., Erw. 6 (SJZ 42 S. 58 Nr. 56) ausdrücklich den Veräusserer als zum Antrag auf Eintragung im Aktienbuch berechtigt bezeichnet. Im vorliegenden Falle ist der Kläger Aktienveräusserer, weshalb an seiner Klagelegitimation kein Zweifel möglich ist. Ob auch der Erwerber zur Klage berechtigt wäre, kann hier unerörtert bleiben. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob bei Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung durch den Verwaltungsrat der Veräusserer die Sache an die Generalversammlung weiterziehen und bei Bestätigung der Stellungnahme des Verwaltungsrates den Generalversammlungsbeschluss nach Art. 706 OR anfechten könne (so GUHL, OR 4. Aufl. S. 471). Jedenfalls ist der veräussernde Aktionär nicht zu einem solchen Vorgehen gezwungen, sondern es steht ihm die direkte Erfüllungsklage gegen die Gesellschaft wegen unberechtigter Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung und auf Eintragung ins Aktienbuch zu.

5. — Eine solche Erfüllungsklage auf Erteilung der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von 25 Namenaktien auf seine Tochter ist vom Kläger durch

sein an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz gestelltes Eventualbegehren Ziffer 3, das er auch vor Bundesgericht ausdrücklich wieder aufgenommen hat, erhoben worden. Da die Beklagten die anfänglich erhobene Einrede der prozessualen Unzulässigkeit dieses Eventualbegehrens an der Berufungsverhandlung fallen gelassen haben, kann darauf ohne weiteres eingetreten werden.

Es ist daher zu prüfen, ob der Verwaltungsrat durch seinen Weigerungsbeschluss vom 2. Juni 1948 den Art. 6 Abs. 3 der Gesellschaftsstatuten verletzt hat. Danach hat der Verwaltungsrat, d. h. die A.-G., die Zustimmung zur Übertragung von Aktien zu verweigern, wenn diese « für die Gesellschaft irgendwie von Nachteil sein könnte ». Aus dieser Vorschrift ist zu schliessen, dass die Zustimmung verweigert werden darf, ja sogar verweigert werden muss, wenn bei vernünftiger Betrachtung der Verhältnisse auch nur mit der Möglichkeit eines Nachteils zu rechnen ist. Nach der Auffassung der Vorinstanz, die vom Grundsatz der Übertragbarkeit der Namenaktie (Art. 684 OR) ausgeht, hat der Verwaltungsrat die Übertragung zu genehmigen, « wenn daraus für die Gesellschaft ein Nachteil nicht zu befürchten ist ». Aus der Formulierung der Bestimmung von Art. 6 Abs. 3 der Statuten geht jedoch hervor, dass man die gesetzliche Vermutung der Übertragbarkeit durch die gegenteilige Lösung ersetzen wollte und dass schon eine vernünftigerweise in Betracht kommende Möglichkeit einer Schädigung der Gesellschaft für die Verweigerung der Zustimmung genügen soll. Auf alle Fälle ist bei der Prüfung der Frage der Zulässigkeit der Übertragung ein strenger Massstab anzulegen, und im Zweifel muss dem Interesse der Gesellschaft der Vorzug gegeben werden.

Beweispflichtig dafür, dass die beabsichtigte Übertragung der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereiche, ist grundsätzlich der Kläger; denn er beruft sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die von ihm verlangte Zustimmung. Da es sich dabei aber um den Beweis für

das Nichtvorhandensein einer Tatsache handelt, der regelmässig äusserst schwer zu erbringen ist, so ist gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Gegenpartei nach Treu und Glauben gehalten, ihrerseits durch Gegenbeweis zur Abklärung des Sachverhaltes beizutragen (BGE 66 II 147). Danach hat die Beklagte darzutun, inwiefern die vom Kläger vorgenommene Aktienübertragung für sie nachteilige Folgen zeitigen könnte, während es dann Sache des Klägers ist, die Unbegründetheit der von der Beklagten gehegten Befürchtungen nachzuweisen.

Die Beklagte hält nun die Verweigerung der Zustimmung sowohl hinsichtlich der Übertragung von 25 Aktien vom Kläger auf seine Tochter, als auch derjenigen von 23 Aktien von A. X. auf seine Frau für begründet, weil die Übertragung zur sofortigen Lahmlegung der Gesellschaft führen würde, indem Wahlen und Beschlüsse nur noch mit Zustimmung des Klägers und seiner Gruppe möglich wären. Das hätte die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, die für diese selbst, die Aktionäre und die Arbeiterschaft von grossem Nachteil wäre.

Der Kläger nimmt demgegenüber den Standpunkt ein, die von ihm geforderte Zustimmung sei überhaupt nicht im Interesse der Gesellschaft verweigert worden, sondern um der Gegenseite die Möglichkeit zu verschaffen, ihn zu majorisieren. Er habe aber auf Grund seiner von jeher bestehenden Beteiligung zu 50 % am Unternehmen ein wohl erworbenes Recht auf Stimmgleichheit; die zur Wahrung dieses Rechts vorgenommene Aktienübertragung könne daher unmöglich eine Schädigung der Gesellschaft bedeuten; denn die Stimmgleichheit und deren allfällige Folgen seien bei der Gründung der Gesellschaft gewollt oder mindestens in Kauf genommen worden, und daran habe auch die Vereinbarung vom 19. März 1946 nichts geändert.

Die Vorinstanz erachtet die Voraussetzungen für eine Zustimmungsverweigerung als nicht gegeben. Sie geht davon aus, dass nach dem im Aktienrecht allgemein

anerkannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre jeder der beiden Brüder Anspruch auf Beibehaltung der von jeher bestehenden Stimmgleichheit, bezw. auf Wiederherstellung derselben habe. Das gelte selbst dann, wenn dadurch die Existenz der Gesellschaft gefährdet werde, was im vorliegenden Falle allerdings möglich wäre. Der Sinn des Aktienrechtes sei aber nicht, die A.-G. als Unternehmen an sich, als juristische Person zu schützen. Man dürfe der Existenz der A.-G. nicht einen höheren Wert beimessen, als ihrer Zweckbestimmung, die doch in der Wahrung der Interessen der Aktionäre liege. Diesen letzteren komme vielmehr der Vorrang zu vor dem Interesse der abstrakten A.-G. Die allenfalls drohende Auflösung könne daher nicht als ein Nachteil gelten, den die Parteien mit der Stimmgleichheit und deren möglichen Folgen nicht schon hingenommen hätten, zumal ein konkreter wirtschaftlicher Schaden im Falle der Auflösung nicht dargetan und für die einzelnen Aktionäre auch nicht ohne weiteres anzunehmen sei.

Die Auffassung der Vorinstanz erweist sich jedoch als unhaltbar.

Wie auch die Vorinstanz anerkennt, treibt die A.-G. unter dem System gleicher Stimmenzahl der beiden feindlichen Brüder höchst wahrscheinlich der Auflösung und damit der Liquidation entgegen, weil sie beschlussunfähig wird. Die Vorinstanz meint indessen, daraus brauche den Aktionären und andern am Unternehmen Interessierten nicht notwendig ein Schaden zu erwachsen. Sie hofft, das Unternehmen werde nicht stillgelegt, sondern von irgendjemand weitergeführt werden. Sie wagt sogar zu sagen, ein konkreter wirtschaftlicher Schaden im Falle der Auflösung sei nicht dargetan und für die einzelnen Aktionäre auch nicht ohne weiteres anzunehmen. In einer solchen Vorhersage liegt jedoch keine tatsächliche, für das Bundesgericht verbindliche Feststellung. Es handelt sich vielmehr um blosse, von der allgemeinen Lebenserfahrung getragene Vermutungen. Die in Art. 6 Abs. 3 der Statuten für die

Verweigerung einer Aktienübertragung geforderte Voraussetzung, nämlich die Möglichkeit eines Nachteils für die Gesellschaft, verlangt andererseits naturgemäss nicht den Nachweis, dass ein bestimmter wirtschaftlicher Schaden im Falle der Gesellschaftsauflösung eintrete. Noch weniger verlangt jene Voraussetzung, dass ein solcher Schaden für die einzelnen Aktionäre « ohne weiteres » anzunehmen wäre. Art. 6 Abs. 3 der Statuten hat einen andern Gesichtspunkt festgehalten: Der Verwaltungsrat muss die Zustimmung verweigern, wenn die Übertragung « für die Gesellschaft irgendwie von Nachteil sein könnte ».

Diese Voraussetzung ist hier aber unzweifelhaft erfüllt....

Eine Aktienübertragung, welche mit einiger Sicherheit zu einer Auflösung der A.-G. führt, muss also als nachteilig gelten, selbst wenn man die Frage ausgesprochen vom Gesichtspunkt des Eigennutzes des Aktionärs aus betrachtet, den die Vorinstanz als massgebend ansieht. Die Verweigerung der Zustimmung wäre also schon bei dieser Betrachtungsweise entgegen der Ansicht der Vorinstanz begründet.

Dazu kommt nun aber, dass nicht der ausschliesslich persönliche Vorteil und Eigennutz der Aktionäre der massgebende Gesichtspunkt sein kann. Es muss vernünftigerweise auf das wohlverstandene Interesse *aller* Aktionäre ankommen, auf das Interesse, wie es vernünftig denkende und wirtschaftlich sinnvoll handelnde Aktionäre einer Gesellschaft von der vorliegenden Art verstehen würden. Darum stellt Art. 6 Abs. 3 der Statuten schon nach seinem Wortlaut darauf ab, ob die Aktienübertragung für die *Gesellschaft* irgendwie von Nachteil sein könnte. Sieht man die Sache aber so an, so kann kein Zweifel darüber obwalten, dass die Zustimmung zu einer Aktienübertragung, die aller Voraussicht nach zu einer Auflösung der A.-G. führen wird, verweigert werden durfte und musste.

Soweit in diesem Rahmen das Interesse der Aktionäre veranschlagt werden kann, muss es das Interesse aller

zusammen sein ; was dieses Interesse darstellt, sagt aber die Mehrheit. Dafür, dass im vorliegenden Fall diese Mehrheit das Interesse missbräuchlich verstanden habe, fehlt jeder Anhaltspunkt.

Wenn die Vorinstanz das Hauptgewicht auf den Gesichtspunkt der Stimmgleichheit der beiden feindlichen Brüder und denjenigen der Gleichbehandlung der Aktionäre legt, so ist dies verkehrt. Selbst wenn man von der ursprünglichen Gleichstellung der beiden Brüder ausgeht, und wenn man weiter aus der Übereinkunft vom 19. März 1946 ableiten wollte, dass die Brüder auf diese Gleichberechtigung nicht verzichtet haben, so kann das doch offenbar nicht dazu führen, dass man im Namen dieser Parität die Gesellschaft zu Grunde richtet, dass man also gewissermassen als Gesellschaftszweck die sture Anwendung und Übersteigerung dieses Prinzips bezeichnet. Es wäre gegen alle Vernunft, die Gleichstellung der beiden Hauptaktionäre derart zu verstehen und zu handhaben, dass man die Gesellschaft selber und damit die wirtschaftliche Quelle für den Aktienertag vernichtet. Diesen Sinn kann die Beteiligungsgleichheit der beiden Brüder vernünftigerweise schon ursprünglich nicht gehabt haben. Das haben sie übrigens auch dadurch zugegeben, dass sie nach der Bestellung des Beistandes für die A.-G. diesen als unparteiischen Verwaltungsratspräsidenten beigezogen und hernach durch Beizug von zwei weiteren neutralen Verwaltungsratsmitgliedern der Lahmlegung und Auflösung der Gesellschaft vorgebeugt haben. Und wenn sie dies auch mit allen möglichen, aus ihrem unüberwindlichen Misstrauen fliessenden Vorbehalten umgaben, so ändert das doch am Sinn jener Vorkehren nichts : Auch sie wollten die Gesellschaft und das Unternehmen vor der Vernichtung und die Aktionäre vor nicht wieder gutzumachendem Schaden bewahren ; nur über den Weg dazu waren sie sich teilweise nicht einig, wohl aber über das allgemeine Ziel.

Aus dem angeblichen Anspruch auf gleiche Stimmkraft

und dem aktienrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung können die beiden Brüder vernünftigerweise nur ableiten, dass unter gleichen Umständen keiner schlechter behandelt werden darf als der andere ; verboten ist mit andern Worten lediglich die willkürliche Schlechterstellung des einen gegenüber dem andern. Danach kann also keiner der beiden Brüder verlangen, dass ihm Aktienübertragungen bewilligt werden, welche ihm und seiner Gruppe mehr Stimmen verschaffen, als die andere Gruppe besitzt. Deshalb hat der Verwaltungsrat mit guten Gründen die Anträge der beiden Brüder auf Zustimmung zu Aktienübertragungen an Familienangehörige abgelehnt. Die beiden Anträge, so wie sie gestellt waren, hätten nämlich notwendigerweise zu einer verschiedenen Zahl von Gruppenstimmen geführt. Hieraus folgt, dass es nicht gegen das Interesse der Gesellschaft wäre, wenn jeder Bruder eine gleiche Zahl von Aktien auf Familienangehörige übertragen würde. Eine solche Übertragung würde nämlich das oben festgehaltene Interesse der Gesellschaft und aller Aktionäre am Fortbestehen der Gesellschaft und des Unternehmens nicht berühren. Selbst wenn man nun aber annimmt, das Begehren des Klägers auf Zustimmung zur Übertragung von 25 Aktien auf seine Tochter schliesse auch ein solches auf Übertragung von nur 23 Aktien in sich (d. h. gleichviel wie A. X. an seine Frau abtreten wollte), so könnte auch dieses Begehren heute nicht zugesprochen werden, weil der Verwaltungsrat auch das Begehren des A. X. abgewiesen hat. Dagegen steht es den Parteien frei, beidseits ein Begehren auf Übertragung von gleichviel Aktien auf ihre Familienangehörigen an den Verwaltungsrat zu stellen.

Dem Begehren des Klägers auf Genehmigung der Übertragung von 2 Aktien an seine Tochter kann ebenfalls nicht entsprochen werden. Denn auch eine solche Übertragung würde dem Kläger und seiner Gruppe mehr Stimmen verschaffen, als A. X. und seine Gruppe besitzen. Die Behauptung des Klägers, auf diese Weise würde die Gleichheit beider Gruppen hergestellt, trifft nicht zu, da die

beiden neutralen Verwaltungsräte Präsident Y. und Z. gerade zu keiner Gruppe gehören und ihre Stimme nach eigenem Wissen und Gewissen abgeben. Aus diesem Grunde besteht auch kein Anlass, der Aktienübertragung an sie die Genehmigung zu verweigern. Daher wäre auch der Kläger befugt, je eine seiner nicht stimmberechtigten Aktien auf den von ihm vorgeschlagenen Verwaltungsrat M. und den Verwaltungsratspräsidenten Y. zu übertragen. Denn das würde keine Schlechterstellung der Gruppe A. X. mit sich bringen. Weder diese letztere Frage, noch die Übertragung von je einer Aktie des Beklagten A. X. an den Verwaltungsratspräsidenten Y. und Z. ist übrigens Gegenstand des heutigen Prozesses.

6. — Hat somit der Verwaltungsrat, d. h. also die beklagte A.-G., mit Bezug auf den Kläger die Bestimmung von Art. 6 Abs. 3 der Statuten nicht verletzt, so ist die vom Kläger eventuell erhobene Erfüllungsklage ebenfalls abzuweisen.

Damit erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob trotz Ausweis der formrichtigen Übertragung der Aktien des Klägers an seine Tochter der Richter im Rahmen einer Erfüllungsklage der vorliegenden Art die materielle Gültigkeit des der Abtretung von Aktien zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts (hier einer Schenkung) überprüfen dürfe, und weiter, ob im vorliegenden Falle dieses Kausalgeschäft formgültig oder simuliert sei.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 23. Juni 1949 wird bestätigt.

**10. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 28 mars 1950 dans la cause Boulevard Actualités S.A. et consorts contre Cinéac Lausanne S. A.**

*Protection internationale du nom commercial* (art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> al., 2 et 8 de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle).

Sous réserve des exceptions prévues par l'art. 8 de la Convention, c'est la loi du pays où la protection est invoquée qui dit si l'on est en présence d'un nom commercial et qui détermine l'étendue et le mode de la protection (consid. 3).

*Protection du droit exclusif à la raison de commerce d'une société anonyme* (art. 956 et 951 al. 2 CO).

Qualité pour agir : emploi de la désignation comme raison, non comme enseigne ou à des fins de publicité (consid. 4 litt. a).

Appréciation de la force distinctive d'une raison de commerce suisse par rapport à des raisons de commerce d'entreprises sises à l'étranger. Importance des désignations locales et du genre d'activité (consid. 4 litt. b).

Notion du préjudice de l'art. 956 al. 2 CO (consid. 4 litt. c).

*Protection du nom* (art. 28 et 29 CO) en sus de la protection de la raison sociale.

Le droit au nom-enseigne (Geschäftsbezeichnung) est limité dans l'espace (consid. 5).

*Protection des marques de fabrique et de commerce.*

Qualité pour agir (consid. 6 litt. a).

Condition de l'action : emploi du signe comme marque (consid. 6 litt. b).

*Répression internationale de la concurrence déloyale* (art. 10bis de la Convention d'Union de Paris). *Loi fédérale sur la concurrence déloyale.*

Application de cette loi concurremment avec les dispositions sur les raisons de commerce et la LMF. Qualité pour agir (art. 2 al. 1). Risque de confusion (art. 1<sup>er</sup> al. 2 litt. d). Consid. 7.

*Internationaler Schutz des Handelsnamens* (Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums, Art. 1, 2 Abs. 2, 8).

Unter Vorbehalt der in Art. 8 der Übereinkunft vorgesehenen Ausnahmen ist das Recht des Landes, wo der Schutz verlangt wird, massgebend für die Frage, ob ein Handelsname vorliegt, sowie für den Schutzbereich und die Art des Schutzes (Erw. 3).

*Schutz des ausschliesslichen Rechtes an der Firma einer A.-G.* (Art. 956 und 951 Abs. 2 OR).

Legitimation : Verwendung der Bezeichnung als Firma, nicht als « Enseigne » oder zu Reklamezwecken (Erw. 4 lit. a).

Bewertung der Unterscheidungskraft einer schweizerischen Firma-bezeichnung im Verhältnis zu Firmen von im Ausland gelegenen Unternehmungen. Bedeutung von Ortsangaben und Angaben über die Art der Geschäftstätigkeit (Erw. 4 lit. b).

Begriff der Beeinträchtigung im Sinne von Art. 956 Abs. 2 OR (Erw. 4 lit. c).