[AZA 0/2]
4C.324/2001/bmt

I. ZIVILABTEILUNG
****

7. Februar 2002

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler
und Gerichtsschreiber Dreifuss.

_____

In Sachen
A._____, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Carl Ulrich Mayer, Alemannengasse 64, Postfach 366, 4003 Basel,

gegen
B._____ AG, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Advokaten Dr. Bernhard Bodmer und Jan Bangert, St. Jakobsstrasse 41, Postfach 2348, 4002 Basel,

betreffend
Anfechtung GV-Beschluss, hat sich ergeben:

A.-Die B._____ AG (Beklagte) bezweckt den Vertrieb von Kies, Sand, Splitt usw. Ihr Aktienkapital beträgt Fr. 300'000.– und ist in Namenaktien zu je Fr. 1'000.– eingeteilt. Jede Aktie berechtigt zu einer Stimme an der Generalversammlung.

A._____ (Kläger) besitzt 72 Aktien und hält zusammen mit seinen Söhnen C._____ und D._____ (je 39 Aktien) die Hälfte des Aktienkapitals; sein Bruder E._____ besitzt 130 Aktien und hält zusammen mit seiner Ehefrau F._____ und seiner Tochter G._____ (je 10 Aktien) ebenfalls die Hälfte des Aktienkapitals der Beklagten.

E._____ ist Delegierter des Verwaltungsrats, C._____ Mitglied des Verwaltungsrats und D._____ Direktor der Beklagten.

B.- Am 27. August 2000 stellte der Kläger beim Handelsgericht des Kantons Aargau folgende Begehren:

"I. Es sei der Beschluss der Generalversammlung der
Beklagten vom 30. Juni 2000 über die Entlastung
des Verwaltungsrats aufzuheben.

II. Es sei festzustellen, dass die Aktionäre Frau F._____ und Frau G._____ anlässlich der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 nicht zur

Abstimmung berechtigt waren.. "

Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29. August 2001 ab, soweit darauf einzutreten war. Das Gericht verneinte ein rechtliches Interesse an der Feststellung gemäss Klagebegehren II. Es kam zum Schluss, die Aktionärinnen F._____ und G._____ seien an der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 stimmberechtigt gewesen, während die Stimmen des Klägers zu Recht für den Décharge-Beschluss unberücksichtigt geblieben seien: Der Vertreter des Klägers habe als Direktor der Beklagten selbst an der Geschäftsführung

teilgenommen und sei daher gemäss Art. 695 OR vom Stimmrecht ausgeschlossen; überdies sei der Kläger "materielles oder faktisches" Organ der Beklagten.

C.-Mit Berufung vom 14. Oktober 2001 stellt der Kläger die Rechtsbegehren, es sei das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 29. August 2001 aufzuheben und es sei der Beschluss der Generalversammlung der Beklagten vom 30. Juni 2000 über die Entlastung des Verwaltungsrates aufzuheben. Weiter sei festzustellen, dass den Damen G._____ und F._____ an der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 keine Aktionärseigenschaft zukam; dieser Punkt sei zur Sachentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.-Neue Begehren sind im Verfahren der Berufung unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. b OG). Nach dem angefochtenen Urteil stellte der Kläger vor der Vorinstanz das Begehren, es sei festzustellen, dass die Aktionäre Frau F._____ und Frau G._____ anlässlich der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 nicht zur Abstimmung berechtigt waren.
Soweit er nun darüber hinaus festgestellt haben will, dass diesen Personen keine Aktionärseigenschaft zugekommen sei, ist darauf von vornherein nicht einzutreten.

2.-Die Feststellungsklage ist bundesrechtlich zulässig, wenn der Kläger ein tatsächliches oder rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses hat. Ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellungsklage besteht grundsätzlich, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und die Fortdauer der Ungewissheit der klagenden Partei nicht zuzumuten ist. Es fehlt insbesondere, wenn eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht (BGE 123 III 49 E. 1b S. 51; 120 II 20 E. 3a S. 22 je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 III 279). Der Kläger verlangte in seinem Begehren, Ziff. II, keine allgemeine, auch für die Zukunft wirksame Feststellung. An der Feststellung, dass bestimmte Personen besonders an der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 nicht stimmberechtigt gewesen seien, hat er kein Interesse, da er wegen deren angeblich fehlenden Stimmberechtigung die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses verlangen kann und auch verlangt. Die Vorinstanz ist auf das Feststellungsbegehren des Klägers zu Recht nicht eingetreten.

3.- Nach Art. 695 Abs. 1 OR haben Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei Beschlüssen über die Entlastung des Verwaltungsrates kein Stimmrecht. Die Vorinstanz schützte den Ausschluss der klägerischen Stimmen von der Beschlussfassung über die Décharge-Erteilung des Verwaltungsrates u.a., weil er seinen als Direktor der Beklagten tätigen Sohn mit der Vertretung betraut hatte. Der Kläger rügt, damit habe die Vorinstanz Art. 695 OR verletzt. Er hält dafür, der erfolgte Ausschluss gehe über den Wortlaut von Art. 695 OR hinaus, verkenne die zentrale Bedeutung des Stimmrechts - das gemäss Art. 689 Abs. 2 OR auch durch einen Vertreter ausgeübt werden könne - und sei unvereinbar mit der neurechtlich in Art. 689b OR vorgesehenen Weisungsbefolgungspflicht des Vertreters.

a) Nach herrschender älterer Lehre gilt der gesetzliche Ausschluss vom Stimmrecht auch für den (gewillkürten) Vertreter (Bürgi, Zürcher Kommentar, N 11 zu Art. 695 OR; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 425; Walter R. Schluep, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1955, S. 134 f.). Daran wird zum Teil auch unter dem revidierten Aktienrecht ausdrücklich festgehalten (Länzlinger, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 695 OR; Patrick Schleiffer, Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Bern 1993, S. 210, 216 f.). Ein anderer Teil der Doktrin vertritt dagegen die Ansicht, der Stimmrechtsausschluss desjenigen, der als Organ von einem nicht mit der Geschäftsführung befassten Aktionär zur Vertretung bei der Décharge-Erteilung bevollmächtigt wird, sei mindestens dann nicht angezeigt, wenn der vertretene Aktionär eine Spezialvollmacht mit ausdrücklicher Weisung erteilt habe (Böckli, Schweizer Aktienrecht,
2. Aufl. 1996, N 1360 h/i; Rolf Watter/Dieter Dubs, Der Déchargebeschluss, in: AJP 2001 S. 919; Herbert Wohlmann, Zur Organvertretung im neuen Schweizerischen Aktienrecht, in: SJZ 90/1994 S. 116/119; von Büren,

Erfahrungen schweizerischer Publikumsgesellschaften mit dem neuen Aktienrecht, in: ZBJV 131/1995 S. 67 f.).

b) Der Entlastungsbeschluss lässt allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen. Zustimmende Aktionäre können mit dem Beschluss, nicht zustimmende nach sechs Monaten ebenfalls nicht mehr auf Leistung an die Gesellschaft klagen (Art. 758 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 131 ff.; Böckli, a.a.O., N 2016 f.). Der Déchargebeschluss gehört zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR). Die Generalversammlung kann ihre Beschlüsse nach einhelliger Lehre nur anlässlich einer tatsächlich gesetzeskonform einberufenen Versammlung der Aktionäre fassen; Zirkularbeschlüsse oder Urabstimmungen sind unzulässig (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 23 N 9/11; Böckli, a.a.O., N 1262a; Eric L. Dreifuss/André E. Lebrecht, Basler Kommentar, N 6 f. zu Art. 698 OR; Bürgi, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 698 aOR). Der Aktionär kann somit weder auf dem Zirkularweg noch schriftlich stimmen. Sein Vertreter ist daher nicht blosser Bote, sondern hat - auch wenn er weisungsgebunden handelt - in der Versammlung und aufgrund der dort vermittelten Informationen die vertretenen Stimmen abzugeben.
Seine Stimme ist gültig, auch wenn er weisungswidrig handelt (Böckli, a.a.O., N 1264a S. 624; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 24 N 127 ff.). Ist er gleichzeitig Geschäftsführer der Gesellschaft, so ist er damit seinerseits dem Interessenkonflikt ausgesetzt, den Art. 695 OR im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und des Minderheitenschutzes verhindern soll (BGE 118 II 496, insbes. E. 5a und b S. 498 f.; Patrick Schleiffer, a.a.O., S. 210 f.; vgl. auch von Büren, a.a.O., S. 68). Die praktischen Erwägungen, welche für die Stimmberechtigung der Organvertretung auch bei der Décharge-Erteilung sprechen (vgl. insbes. Herbert Wohlmann, a.a.O., S. 118 f.), vermögen nicht dagegen aufzukommen, dass auch nach geltendem Recht die Aktionäre ihr Stimmrecht an der Generalversammlung nur persönlich oder durch eine an der Versammlung teilnehmende Person, welche die Stimmen gültig vertritt, ausüben kann.
Dem Sinn und Zweck des Stimmrechtsausschlusses gemäss Art. 695 Abs. 1 OR entsprechend sind alle an der Versammlung anwesenden Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen, die als Organe vom Entlastungsbeschluss betroffen sind.

c) Die Vorinstanz hat den Ausschluss der klägerischen Stimmen vom Décharge-Beschluss mit der Begründung geschützt, dass diese 72 Stimmen an der Generalversammlung vom 30. Juni 2000 durch den Sohn des Klägers, D._____, vertreten waren, der seinerseits als Direktor der Beklagten mit deren Geschäftsführung betraut ist. Der Kläger bestreitet nicht, dass sein Vertreter in dieser Eigenschaft vom gesetzlichen Stimmrechtsausschluss grundsätzlich erfasst und jedenfalls mit eigenen Aktien nicht stimmberechtigt ist.
Dessen Ausschluss vom Stimmrecht gilt darüber hinaus aber auch für die Vertretung eines nicht an der Geschäftsführung beteiligten Aktionärs. Die Vorinstanz hat den Ausschluss der vom Organ der Beklagten vertretenen Stimmen des Klägers daher zutreffend geschützt und den Generalversammlungsbeschluss insofern zu Recht als gültig erachtet. Es kann unter diesen Umständen offen bleiben, ob sich der Kläger selbst derart in die Belange der Beklagten eingemischt hat, dass er faktisch Organstellung bekleidete und seine Stimmen auch aus diesem Grund gemäss Art. 695 OR vom Entlastungsbeschluss auszuschliessen waren, wie die Vorinstanz eventualiter angenommen hat.

4.-Der Kläger hält daran fest, dass der angefochtene Déchargebeschluss vom 30. Juni 2000 ungültig sei, weil er mit den 20 Stimmen der Ehefrau und der Tochter seines Bruders zustande gekommen sei. Diese hätten ihre Aktien von seinem Bruder ohne Stimmrecht geschenkt erhalten und daher am Entlastungsbeschluss unbefugt mitgewirkt. Der Kläger geht dabei selbst davon aus, dass die Ehefrau und die Tochter seines Bruders als Aktionärinnen im Aktienbuch der Beklagten eingetragen sind. Er hält jedoch dafür, nach dem der Aktienübertragung zugrundeliegenden Verfügungsgeschäft hätten sie kein Stimmrecht erworben. Andernfalls sei von der Nichtigkeit des Schenkungsvertrages und damit auch der Übertragung der Aktien auszugehen.

Die Vorinstanz hat dargelegt, dass ein allfälliger Vorbehalt des Schenkers betreffend Übertragung des Stimmrechts gegenüber der Beklagten keine Gültigkeit hat. Dagegen bringt der Kläger nichts vor. Er beanstandet allein, dass die Vorinstanz den Schenkungsvertrag wegen dieser ungültigen Klausel nicht überhaupt als nichtig erachtet hat. Die Vorinstanz hat in dieser Hinsicht festgehalten, dass die Parteien des Schenkungsvertrags

im Sinne von dessen salvatorischer Schlussbestimmung die unwirksame Bestimmung nachträglich aufgehoben haben. Sie hat damit aus dem nachträglichen Parteiverhalten den tatsächlichen Parteiwillen erschlossen, was der Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 118 II 365).

5.-Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe mit der Verteilung der Prozesskosten Art. 706a Abs. 3 OR verletzt. Er beanstandet, dass sie ihm sämtliche Kosten auferlegt habe, mit der Begründung, dies rechtfertige sich angesichts der massvollen Festsetzung des Streitwerts, zumal das Kostenrisiko durch die bundesrechtliche Vorschrift nicht schlechterdings beseitigt werden solle.

Die Vorinstanz hat im Ergebnis ihr Ermessen bundesrechtskonform ausgeübt. Art. 706a Abs. 3 OR gebietet nicht unter allen Umständen, vom allgemein geltenden Grundsatz der Kostenverteilung nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens abzuweichen. Insbesondere kann - wie die Beklagte in der Antwort zutreffend bemerkt - berücksichtigt werden, dass der Kläger an der Beklagten nicht unwesentlich beteiligt und daher kaum als Kleinaktionär zu bezeichnen ist (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 25 N 83; Böckli, a.a.O., N 1914). Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen ein Abweichen vom allgemein geltenden Grundsatz der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen nicht als angebracht angesehen hat, hält sich im Rahmen des Ermessens nach Art. 706a Abs. 3 OR.

6.-Die Vorinstanz hat den Streitwert mit Fr. 100'000.– geschätzt. Davon abzuweichen besteht kein Anlass. Gerichtsgebühr und Parteientschädigung sind danach zu bemessen. Auch im vorliegenden Verfahren rechtfertigt sich nicht, von der Ermächtigung in Art. 706a Abs. 3 OR Gebrauch zu machen und die Kosten abweichend vom Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 29. August 2001 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird dem Kläger auferlegt.

3.- Der Kläger hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.– zu entschädigen.
4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Februar 2002

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: