Urteilskopf

87 II 169

25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Juni 1961 i.S. Konkursmasse Frigotherm A.-G. gegen Pieren.
Regeste (de):
Aktienrecht. Aktienliberierung, Simulation, Verrechnung, Kapitalrückzahlung.

Beteiligung eines Gesellschaftsgläubigers an einer Kapitalerhöhung in der Weise, dass die A.-G. ihm für seine Forderung einen Wechsel ausstellt, den er diskontieren lässt und mit dem Erlös die gezeichneten Aktien liberiert.

In diesem Vorgehen liegt

- nicht eine simulierte Barliberierung, OR Art. 18 (Erw. 3);

- nicht eine Verrechnung von Liberierungsschuld und Gläubigeranspruch, die nach Art. 80 HRV in der öffentlichen Urkunde angegeben werden muss (Erw. 5, 6);

- nicht ein Sachverhalt, auf den Art. 80 HRV sinngemäss anwendbar ist (Erw. 7);

Regeste (fr):
Sociétés anonymes. Libération d'actions, simulation, compensation, restitution de capital.

Participation d'un créancier social à une augmentation de capital, en ce sens que la société lui délivre, pour sa créance, une lettre de change qu'il escompte et dont il consacre le produit à la libération des actions souscrites.

Ce procédé ne constitue

- ni une libération au comptant simulée, art. 18 CO (consid. 3);

- ni une libération par compensation avec une créance sur la société, opération qui devrait être indiquée dans l'acte authentique selon l'art. 80 ORC (consid. 5 et 6);

- ni une opération à laquelle l'art. 80 ORC est applicable par analogie (consid. 7);

Regesto (it):
Società anonime. Liberazione di azioni, simulazione, compensazione, restituzione di capitale.

Partecipazione di un creditore sociale a un aumento di capitale, nel senso che la società rilascia, per il credito, una cambiale che il creditore sconta e ne dedica il provento alla liberazione delle azioni sottoscritte.

Questo modo di procedere non costituisce

- nè una liberazione in contanti simulata, art. 18 CO (consid. 3);

- nè una liberazione mediante compensazione con un credito verso la società, operazione che dovrebbe essere indicata nell'atto pubblico secondo l'art. 80 ORC (consid. 5 e 6);

- nè un'operazione alla quale l'art. 80 ORC è applicabile per analogia (consid. 7);

Sachverhalt ab Seite 170

BGE 87 II 169 S. 170

A.- Im Jahre 1953 wurde die Frigotherm AG gegründet, die sich mit der Fabrikation und dem Verkauf von Kühlschränken befasste. Ihr Aktienkapital betrug Fr. 600'000.–. Hermann Pieren in Konolfingen, der Aktien der Gesellschaft im Nennwert von Fr. 30'000.– besass, belieferte das Unternehmen mit Metallen, Maschinen und Boilern. Aus diesen Lieferungen hatte er ein Guthaben von Fr. 30'000.–. Da die AG sich in finanziellen Schwierigkeiten befand, wurde das Guthaben Pierens mit Vertrag vom 15. Mai 1957 in ein Darlehen umgewandelt, das zu 4% verzinslich war und ab 30. April 1959 innert 30 Tagen zurückbezahlt werden sollte. Die finanzielle Bedrängnis der Gesellschaft dauerte jedoch weiterhin an. Die Bilanz per 30. September 1957 schloss mit einem Verlust von rund Fr. 330'000.– ab. Die Generalversammlung vom 29. Januar 1958 beschloss daher, das Aktienkapital von Fr. 600'000.– auf Fr. 300'000.– abzuschreiben und durch Beschaffung neuer Mittel wieder auf Fr. 600'000.– zu erhöhen. Pieren wurde als bisheriger Aktionär und Gläubiger ebenfalls um Beteiligung an der Kapitalerhöhung angegangen. Er war jedoch nicht gewillt, weitere Gelder in die Gesellschaft einzuschiessen, und erklärte sich lediglich bereit, seine bestehende Darlehensforderung

BGE 87 II 169 S. 171

von Fr. 30'000. in eine Aktienbeteiligung umzuwandeln. Der Direktor der AG, Buomberger, erklärte sich mit dieser Lösung einverstanden. Demgemäss wurde am 20. Mai 1958 zwischen Pieren und der Frigotherm AG eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach sich Pieren durch Einbringung seiner Darlehensforderung als Apport mit Fr. 30'000.– an der Kapitalerhöhung beteiligen sollte. Der Verwaltungsratspräsident der AG, Dr. Steger, stimmte jedoch diesem Vorgehen nicht zu und verlangte, dass die Kapitalbeteiligung in bar liberiert werde. Eine solche Barzahlung wollte Pieren indessen nur unter der Bedingung leisten, dass ihm sein erst Ende April 1959 fälliges Darlehen unverzüglich zurückbezahlt werde. Da die hiefür erforderlichen Mittel fehlten, schlug Direktor Buomberger vor, dass die AG Pieren ein Wechselakzept über Fr. 30'000.– ausstellen solle, das er dann diskontieren lassen könne, um Deckung für die Barliberierung der von ihm gezeichneten Aktien zu erhalten. Pieren war damit einverstanden. Er zeichnete für Fr. 30'000.– Aktien und verpflichtete sich zur Bareinzahlung dieses Betrages an die Luzerner Kantonalbank als Depositenstelle. Nachdem die ausserordentliche Generalversammlung der Frigotherm AG am 6. Juni 1958 die Erhöhung des Aktienkapitals von Fr. 300'000.– auf Fr. 600'000.– beschlossen hatte, stellte Direktor Buomberger namens der AG am 18. Juni 1958 zu Gunsten Pierens ein Akzept über Fr. 30'000.– mit Verfall auf den 30. Juni 1958 aus. Pieren diskontierte diesen Wechsel bei einer Bank und verwendete den Erlös zur Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien. Die ausserordentliche Generalversammlung der Frigotherm AG vom 25. Juni 1958 stellte fest, dass der Betrag der Kapitalerhöhung von Fr. 300'000.– gezeichnet und bei der Luzerner Kantonalbank voll einbezahlt worden sei und dass das Geld nach Erfüllung der handelsregisterlichen Erfordernisse zur freien Verfügung der Gesellschaft

BGE 87 II 169 S. 172

stehe. Die Kapitalerhöhung wurde im SHAB vom 4. Juli 1958 veröffentlicht, wobei entsprechend der Anmeldung beim Handelsregisteramt erklärt wurde, die Erhöhung sei in bar erfolgt. Das von der AG Pieren übergebene, am 30. Juni 1958 fällige Akzept wurde bis zum 10. Juli 1958 prolongiert und an diesem Tage durch die Schuldnerin aus Mitteln der Kapitalerhöhung eingelöst. Am 17. April 1959 fiel die Frigotherm AG in Konkurs.
B. - Mit Klage vom 25. August 1960 forderte die Konkursmasse der Frigotherm AG von Pieren die Bezahlung von Fr. 30'000.– nebst Zinsen. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C.- Der Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, hat mit Urteil vom 24. Januar 1961 die Klage abgewiesen.

D.- Mit der vorliegenden Berufung hält die Klägerin an ihrem vor der kantonalen Instanz gestellten Klagebegehren fest. Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Klägerin ist die Konkursmasse der Frigotherm AG Die Konkursmasse umfasst gemäss Art. 197 SchKG sämtliches Vermögen des Gemeinschuldners. Sie ist zwar nicht dessen Rechtsnachfolgerin (FRITZSCHE II S. 40;BGE 33 II 653f.), jedoch kann sie alle Rechte des Gemeinschuldners geltend machen, trägt aber auch seine sämtlichen Pflichten. Einreden, die ihm zustanden oder gegen ihn erhoben werden konnten, können nun von der Konkursmasse bezw. gegen sie erhoben werden. Hieraus folgt für den vorliegenden Fall, dass der eingeklagte Anspruch auf Zahlung von Fr. 30'000.– der Konkursmasse nur zusteht, wenn er auch der AG zugestanden hat.

2. Die Klägerin begründet die Klageforderung in erster Linie als Einforderung der vom Beklagten gezeichneten

Beteiligung an der Kapitalerhöhung. Ein solcher Anspruch stünde der Klägerin zu, wenn der Beklagte zwar im Hinblick auf die beschlossene Kapitalerhöhung der AG für Fr. 30'000.– neue Aktien gezeichnet, aber sie nicht liberiert hätte und dies daher durch Zahlung des Betrages an die Klägerin nunmehr nachholen müsste. Der Beklagte hat aber die Zahlung von Fr. 30'000.– als Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien an die Luzerner Kantonalbank zu Handen der AG geleistet. Somit steht der Klägerin unter diesem Titel gegen ihn kein weiterer Anspruch mehr zu.

3. Die Klägerin macht nun aber geltend, die Einzahlung an die Luzerner Kantonalbank sei wegen Simulation unbeachtlich. Sie anerkennt zwar mit Recht, dass die Bareinzahlung als Verfügung nicht simuliert sein könne. Denn Simulation ist ein Begriff des Vertragsrechts, speziell der den Inhalt von Verträgen betreffenden Bestimmungen (Art. 18 OR). Eine Zahlung kann nicht simuliert, sondern nur erfolgt oder nicht erfolgt sein. Die Klägerin ist jedoch der Auffassung, die Vereinbarung über die Liberierung sei simuliert gewesen. In Wirklichkeit sei eine Verrechnung der Darlehensforderung (richtig: der gestundeten Kaufpreisforderung) des Beklagten mit dessen Schuld aus der Aktienzeichnung gewollt gewesen, die durch Barliberierung und Darlehensrückzahlung verschleiert worden sei; für die Verrechnung fehle es aber an der in Art. 80 HRV aufgestellten

Sicherungsform, nämlich dass sich aus der öffentlichen Urkunde über die Kapitalerhöhung ergebe, dass und wie die Existenz der verrechneten Forderung nachgewiesen worden sei, und dass in der Handelsregistereintragung der Betrag desjenigen Teils des Grundkapitals genannt werde, der durch Verrechnung liberiert wurde. Beides sei hier nicht der Fall gewesen. Die Klägerin behauptet, es sei vom Beklagten anerkannt und im Urteil der Vorinstanz festgehalten, dass eine Verrechnung gewollt war. Diese Behauptung trifft nicht zu.

BGE 87 II 169 S. 174

Richtig ist lediglich, dass ursprünglich eine Verrechnung beabsichtigt war. In der Vereinbarung vom 20. Mai 1958 über die Beteiligung des Beklagten an der Kapitalerhöhung wurde nämlich in Ziff. 2 vorgesehen, das von ihm mit Vertrag vom 15. Mai 1957 gewährte "Darlehen" von Fr. 30'000.– werde "als Apport in die Kapitalerhöhung eingebracht"; demzufolge habe er "entgegen dem Wortlaut des Zeichnungsscheines keine Bareinlage zu leisten". Zusätzlich wurde in Ziff. 3 bestimmt, sobald die Kapitalerhöhung Rechtskraft erlangt habe, falle der am 15. Mai abgeschlossene Darlehensvertrag dahin. Wäre nach dieser Vereinbarung vorgegangen worden, so hätte es sich ohne Zweifel um eine Verrechnung der Liberierungsschuld mit der "Darlehens"-Forderung des Beklagten gehandelt, und in diesem Falle hätten die Vorschriften des Art. 80 HRV erfüllt werden müssen. - Diese Vereinbarung vom 20. Mai 1958 wurde dann aber tatsächlich nicht durchgeführt. Wie nicht streitig ist, hat vielmehr der Verwaltungsratspräsident der AG diese Art der Liberierung abgelehnt und Barliberierung verlangt, worauf der Beklagte eine (bare) Beteiligung an der Kapitalerhöhung unter der Bedingung zusicherte, dass das erst am 30. April 1959 fällig werdende "Darlehen" von Fr. 30'000.– unverzüglich zurückbezahlt werde. In diesem letzteren Sinne wurde man einig. Die vom Beklagten gestellte Bedingung wurde durch die Ausstellung und Einlösung des Wechselakzepts seitens der AG erfüllt. Eine Verrechnung liegt also zweifellos nicht vor; Der Beklagte hat einerseits die gezeichneten Fr. 30'000.– bar einbezahlt und ist anderseits für seine "Darlehens"-Forderung befriedigt worden. Zwar ging die Befriedigung (durch Wechseldiskont) der Barliberierung (aus dem Diskonterlös) zeitlich etwas voraus. Das ist aber keine Verrechnung, bei welcher der Beklagte nichts einbezahlt, aber auch keine Zahlung für seine "Darlehens"-Forderung erhalten hätte. Dass in diesem Vorgehen eine Verschleierung einer eigentlich gewollten Verrechnung und darum eine Simulation

BGE 87 II 169 S. 175

gelegen hätte, ist mit der Vorinstanz zu verneinen. Wie diese unter Hinweis aufBGE 72 II 281f. zutreffend ausführt, wäre Simulation nur anzunehmen, wenn der übereinstimmende Wille der Parteien dahin gegangen wäre, mit dem angeblichen Scheingeschäft, d.h. der Barbeteiligung, ein von ihnen wirklich gewolltes Vertragsverhältnis, nämlich die Beteiligung des Beklagten an der Kapitalerhöhung durch Einbringung seiner "Darlehens"-Forderung und Verrechnung derselben mit der Zeichnungsschuld zu verdecken. Dies traf nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht zu. Hierin hat man eine die Berufungsinstanz bindende tatsächliche Feststellung bezüglich sog. innerer Tatsachen zu erblicken; denn welches beim Abschluss eines Vertrages die Willensmeinung der Parteien gewesen sei, ist Tatfrage (BGE 72 II 158Erw. 3). Somit ist davon auszugehen, dass keine Simulation vorliegt, dass also die Vereinbarung der Parteien betr. Barliberierung unter der Bedingung sofortiger Rückzahlung des "Darlehens" ihrem beidseitigen Willen entsprach. Damit scheidet eine Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Simulation aus.

4. Die Klägerin wendet weiter ein, beim Vorgehen der Parteien handle es sich um einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg. Die Vorinstanz hat diesen Einwand verworfen. Sie versteht unter einem "Schleichweg" den Fall, dass die Vertragsparteien ein an sich erlaubtes Rechtsgeschäft schliessen, um einen von der Rechtsordnung verpönten wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolg zu erzielen und eine vom Gesetz aufgestellte Schutzvorschrift

zu umgehen. Die Vorinstanz stellt nun fest, der Wille der Vertragsparteien sei dahin gegangen, dass der Beklagte sich an der Kapitalerhöhung beteilige, aber keine neuen Mittel zu investieren habe. Dieser wirtschaftliche Zweck hätte nach der Ansicht der Vorinstanz auf zwei Arten erreicht werden können, nämlich entweder durch Einbringung der Darlehensforderung als Sacheinlage und Verrechnung, oder dann durch Barliberierung der Aktien

verbunden mit Rückzahlung des Darlehens; beide Rechtsgeschäfte seien an sich erlaubt, nur sei für das erstere eine bestimmte Art und Weise des Vorgehens vorgeschrieben, nämlich die Erfüllung besonderer Formvorschriften; somit liege kein Zielverbot, sondern lediglich ein Wegverbot vor und stelle die Wahl des zweiten Weges zur Erreichung des an sich nicht verbotenen Zweckes keine unzulässige Gesetzesumgehung dar. Abgesehen hievon sei der zweite Weg von den Vertragsparteien nicht gewählt worden, um Formvorschriften zu umgehen - denn dem Beklagten seien die besonderen Vorschriften für Sacheinlagen gar nicht bekannt gewesen -, sondern weil der Verwaltungsratspräsident der AG dem ursprünglich in Aussicht genommenen Vorgehen nicht zugestimmt und Barliberierung verlangt habe. In der Berufungsschrift wird demgegenüber geltend gemacht, die Vorinstanz stelle zu stark auf das subjektive Moment ab; Gesetzesumgehung könne nicht nur bei vorhandener Absicht vorliegen. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben; denn eine - beabsichtigte oder unbeabsichtigte - Gesetzesumgehung liegt hier überhaupt nicht vor, weil die in Betracht fallenden Formvorschriften (Art. 628 OR, Art. 80/81 HRV) auf den von den Parteien angestrebten Erfolg nicht anwendbar sind, wie im folgenden darzulegen sein wird. Im weiteren macht die Klägerin geltend, es liege entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht bloss ein Wegverbot vor, sondern ein Zielverbot; denn "ohne Erfüllung der Vorschriften mit Einschluss der Publizitätsformen" dürfe nach Gesetz keine Kapitalerhöhung durch Barliberierung durchgeführt werden, wenn diese Barmittel der Gesellschaft nicht tatsächlich zuflössen. Dies betrifft indessen nicht die Frage, ob ein Schleichweg vorliege, sondern damit wird zur Diskussion gestellt, ob Barliberierung, verbunden mit gleichzeitiger Rückzahlung einer Schuld der AG an den Zeichner, aktienrechtlich überhaupt zulässig sei.

5. Bei der Beurteilung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die Umwandlung von Gläubigeransprüchen in Aktien, die namentlich bei Sanierungen häufig vorkommt, keineswegs gesetzwidrig ist. Insbesondere wird die Verrechnung von Gläubigerforderungen mit der Verpflichtung aus Aktienzeichnung im schweizerischen Recht als zulässig betrachtet (SIEGWART, Art. 633 OR N. 14; v. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 2. Aufl., S. 101;BGE 26 II 437,BGE 58 II 155). Sie ist denn auch in Art. 80 HRV ausdrücklich anerkannt. Im deutschen Recht (Aktiengesetz § 60) ist sie dagegen verboten, was die Heranziehung der von der Klägerin angerufenen deutschen Literatur und Judikatur selbstverständlich ausschliesst. Die nach schweizerischem Recht zulässige Verrechnung einer Gläubigerforderung mit der Liberierungsschuld des betreffenden Gläubigers stellt übrigens - entgegen der Annahme der Vorinstanz und der Klägerin - keine Sacheinlage dar. Denn als solche ist gemäss Art. 628 Abs. 1 OR ein Vermögenswert zu betrachten, den ein Aktionär in die Gesellschaft einbringt und der alsdann zu bewerten und dem Einleger anzurechnen ist, während er der AG als Aktivum verbleibt. Die Gläubigerforderung des Zeichners wird aber im Falle der Verrechnung nicht eingebracht; denn sie erlischt ja in dem Moment, wo an sich die Liberierung stattzufinden hätte, d.h. bevor die AG zur rechtlichen Existenz gelangt (Art. 643 Abs. 1 OR). Es handelt sich daher nicht um eine Sacheinlage. Dem trägt auch die HRV Rechnung, indem sie den Fall der Verrechnung nicht mit den Sacheinlagen zusammen behandelt, sondern in Art. 80 unter dem Marginale "Einzahlung durch Verrechnung" besonders regelt, während die Sacheinlagen in Art. 81 Abs. 1 behandelt werden (SIEGWART, Art. 633 OR N. 14). Allerdings stellt Art.

80 HRV, wie bereits erwähnt, auch für die Verrechnung gewisse Publizitätsvorschriften auf, und zwar andere, als Art. 81 für die Sacheinlagen. Auf den vorliegenden Fall ist Art. 80 HRV indessen nicht

BGE 87 II 169 S. 178

anwendbar, weil, wie dargelegt wurde, eine Verrechnung nicht stattfand. Wie die Verrechnung gesetzlich an sich durchaus zulässig ist, muss es auch die mit der Bedingung der Rückzahlung einer bestehenden Forderung des Zeichners an die AG "vorbelastete" Barliberierung sein. Die Frage ist nur, ob sie einer gewissen Publizität bedarf. In der Berufungsschrift wird hiezu ausgeführt: Die äusserst wichtige Tatsache, dass das gezeichnete Kapital nicht bar, sondern in Sachen u.ä., z.B. wie hier zugunsten des Einzahlers vorbelastet eingebracht worden ist, muss den Aktionären zur Beschlussfassung unterbreitet und den aktuellen oder künftigen Aktionären, sowie den Gläubigern, in Statuten und im Handelsregister bekannt gegeben werden. Dies deshalb, weil derart eingebrachte Werte für die Gesellschaft weniger gesichert sind, als frei verfügbares Bargeld, und die Bewertung naturgemäss unsicher und oft willkürlich ist. In dieser Hinsicht steht hier im Vordergrund die unsichere Darlehensforderung des Beklagten mit Fälligkeit am 30.4.1959, also an einem weit nach der effektiven Rückzahlung liegenden Datum. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass hier das gezeichnete Kapital nicht "in Sachen u.ä." eingebracht, sondern bar einbezahlt wurde; es war also "frei verfügbares Bargeld", und keineswegs "weniger gesichert" als solches. Die angebliche "Unsicherheit" der Darlehensforderung konnte unter dem Gesichtspunkt des Art. 628 OR keine Rolle spielen; denn die Darlehensforderung wurde ja nicht eingebracht und war daher für die Bewertung der Aktiven der AG durch andere Aktionäre und Gläubiger ohne Bedeutung. Allerdings war die Bedingung vereinbart, dass das "Darlehen" zurückbezahlt und die Barliberierung aus diesem (durch Wechselakzept und Diskont flüssig gemachten) Geld entrichtet werde. Dieses "Darlehen" schuldete die AG dem Beklagten unstreitig, und sie konnte sich gewiss nicht darauf berufen, sie sei eine unsichere Darlehensschuldnerin und das Darlehen darum nicht vollwertig. Denn dieser Umstand hätte ihr natürlich nicht das Recht verliehen, dem Beklagten nicht den vollen Betrag zurückzuzahlen (oder im Falle der Verrechnung nicht mit dem vollen Betrag zu verrechnen).

BGE 87 II 169 S. 179

6. Grosses Gewicht wird in der Berufungsschrift auf den Umstand der Vorzeitigkeit der Rückzahlung gelegt, die nach der Vereinbarung vom 15. Mai 1957 auf den 30. April 1959 vorgesehen war, tatsächlich aber im Juli 1958, also 10 Monate zu früh, erfolgt sei. Dies kann jedoch von der Klägerin nicht beanstandet werden, nachdem die AG selbst diese Vorverlegung des Rückzahlungstermins zugestanden hatte. Übrigens war ja zuerst der Beklagte seinerseits am 15. Mai 1957 der AG entgegengekommen, indem er seine fällige Kaufpreisforderung durch Umwandlung in ein "Darlehen" bis zum 30. April 1959, also auf fast 2 Jahre, gestundet hatte. Die AG durfte ihm nun wohl auch ihrerseits durch Reduktion dieser Stundung um 10 Monate entgegenkommen. Es erscheint übrigens als fraglich, ob überhaupt von einem Entgegenkommen der AG gesprochen werden könne, wenn man berücksichtigt, dass die dem Beklagten zustehende Forderung von Fr. 30'000.–, statt am 30. April 1959 rückzahlbar zu werden, überhaupt (als Aktienkapital) nicht mehr rückzahlbar wurde, und der Beklagte, statt Gläubiger der AG zu bleiben, Aktionär wurde, mit der Folge, dass er mit allfälligen Ansprüchen an das Vermögen der Gesellschaft hinter alle andern Gläubiger zurück gesetzt wurde. Die Vereinbarung vom 20. Mai 1958 kann also (vorbehältlich einer hier nicht vorliegenden Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG) materiell nicht beanstandet werden.

7. Es könnte sich daher einzig noch fragen, ob Art. 80 HRV (obwohl es sich nicht um eine Verrechnung handelt), allenfalls sinngemäss auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden sei. Auch dies ist indessen zu

verneinen. Art. 80 HRV will verhüten, dass die Liberierungsschuld eines Aktienzeichners durch Verrechnung mit zweifelhaften oder gar vorgetäuschten Ansprüchen gegenüber der AG getilgt und auf diese Weise das Aktienkapital geschwächt wird. Um Machenschaften solcher Art vorzubeugen, schreibt Art. 80 HRV vor, aus der öffentlichen

Urkunde müsse ersichtlich sein, "dass und wie die Existenz dieser Forderungen nachgewiesen worden ist". Damit soll den Handelsregisterbehörden und weiteren Interessenten ermöglicht werden, sich über die Rechtmässigkeit der erfolgten Verrechnung Klarheit zu verschaffen. Im vorliegenden Fall ist nun nicht bestritten und kann auch nicht angezweifelt werden, dass die Forderung des Beklagten tatsächlich bestand: Die Frigotherm AG schuldete ihm den Betrag aus Warenlieferungen, und er hatte ihr mit Rücksicht auf ihre finanzielle Bedrängnis die Kaufpreisforderung gestundet und in eine "Darlehensforderung" umgewandelt. Da somit jeder Zweifel über die Rechtmässigkeit der Forderung ausgeschlossen war, stand ihrer Tilgung durch die Schuldnerin nach erfolgter Barliberierung der vom Gläubiger gezeichneten Aktien nichts im Wege. Art. 80 HRV hat nur den Zweck, Interessenten wissen zu lassen, dass ein bestimmter Teil des Grundkapitals nicht bar einbezahlt wurde, was hier nicht zutraf. Da die Schuld schon vor der Kapitalerhöhung bestand und die Gesellschaft zu ihrer Tilgung früher oder später verpflichtet war, wurde durch ihre Begleichung das Grundkapital nicht in unzulässiger Weise geschwächt. Dass die Tilgung früher erfolgte, als bei der Stundung der Kaufpreisforderung und ihrer Umwandlung in ein "Darlehen" vereinbart worden war, ändert nichts. Das könnte allenfalls unter dem Gesichtspunkte einer Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG von Belang sein; eine solche liegt hier aber nicht vor. Selbst wenn man übrigens mit Rücksicht darauf, dass das Vorgehen der Beteiligten im Endergebnis einer Verrechnung nahe kam, die Vorschriften von Art. 80 HRV als sinngemäss anwendbar ansehen wollte, so wäre auf jeden Fall die Folge der Nichtigkeit der ganzen Transaktion abzulehnen, da sie über den von der Bestimmung angestrebten Schutzzweck weit hinausgehen würde. Es ist zu beachten, dass der AG aus dem Vorgehen der Beteiligten kein Schaden entstanden ist: sie war vorher Schuldnerin

des Beklagten für die Fr. 30'000.– aus dem "Darlehen" und ist es nun nicht mehr; sie hat ihm zwar die Fr. 30'000.– bezahlt, sie aber als Barliberierung wieder erhalten. Eine Schädigung ist objektiv nicht gegeben, und subjektiv kann sich die Klägerin um so weniger beklagen, als die AG dieses Geschäft und sein Ergebnis gerade so gewollt und vereinbart hat. Ob allenfalls Gläubiger der AG sich beschweren und ob die Gründer, bezw. die Mitglieder der Verwaltung, belangt werden könnten, ist nicht Gegenstand des Prozesses. Sind nach dem Gesagten die Vorschriften des Art. 80 HRV auf den vorliegenden Sachverhalt weder unmittelbar noch auch sinngemäss anwendbar, so braucht die in der Literatur angezweifelte Gesetzmässigkeit der genannten Bestimmung (vgl. z.B. JÄGGI, SAG 1958/59 S. 59) nicht geprüft zu werden.

8. Soweit die Klage auf die Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages durch den Beklagten gerichtet ist, erweist sie sich daher als unbegründet.

9. In der Berufungsschrift nimmt die Klägerin sodann erstmals den Standpunkt ein, die Wechselbegebung durch die AG habe eine vom Gesetz verbotene Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär dargestellt. a) Dass die Klägerin diesen Standpunkt nicht bereits im kantonalen Verfahren geltend gemacht hat, schadet ihr nicht;

denn es handelt sich bloss um eine neue rechtliche Betrachtungsweise, nicht um unzulässiges neues Vorbringen im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG. Es ist aber natürlich nur der durch die Vorinstanz festgestellte Tatbestand unter diesem neuen rechtlichen Gesichtspunkt zu beurteilen. b) Nach Art. 680 Abs. 2 OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär (ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR) unzulässig, und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden. Dies entspricht dem in der Berufungsschrift wiederholt hervorgehobenen Kapitalschutzgedanken.

BGE 87 II 169 S. 182

Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch nicht um eine Kapitalrückzahlung. Der Beklagte war seit 1957 Aktionär mit Fr. 30'000.–; diese alten Aktien spielen aber im vorliegenden Falle keine Rolle. Sodann war er unbestreitbar Gläubiger der AG für Fr. 30'000.– aus Lieferungen, bezw. aus dem "Darlehensvertrag" vom 15. Mai 1957, gestundet bis 30. April 1959. Dieses Darlehen" hat ihm die AG zurückbezahlt (allerdings etwa 10 Monate vor dem Fälligkeitstermin), indem sie ihm einen Wechsel im entsprechenden Betrag ausstellte, den er diskontieren liess und den die AG dann aus den durch die Kapitalerhöhung eingegangenen Mitteln einlöste. Aktienkapital, nämlich neues, auf Grund des Kapitalerhöhungsbeschlusses vom 29. Januar 1958 geschaffenes Kapital, wurde dadurch aber nicht zurückbezahlt. Das wäre auch gar nicht möglich gewesen; denn den Wechsel hat die AG dem Beklagten übergeben, bevor er die neu gezeichneten Aktien liberiert hatte; er sollte die Liberierung ja gerade aus dem Diskonterlös vornehmen. c) Die Einlösung des Ende Juni fälligen Akzeptes durch die AG erfolgte allerdings erst am 10. Juli, mithin nach vollzogener, durch Generalversammlungsbeschluss vom 25. Juni 1958 festgestellter und am 4. Juli im SHAB veröffentlichter Kapitalerhöhung. Aber die Schuld der AG war seit der Wechselbegebung nicht mehr eine solche aus dem "Darlehen" gegenüber dem Beklagten, sondern eine wechselrechtliche gegenüber dem Wechselinhaber, und diese wurde durch die Wechseleinlösung beglichen. Die AG hat dem Beklagten auf diese Weise abmachungsgemäss das "Darlehen", aber nicht seine Kapitaleinzahlung zurückbezahlt. Es wäre für die Vermögenslage der AG praktisch auf das Gleiche herausgekommen, wenn sie diese Darlehensrückzahlung schon früher vorgenommen hätte, oder erst später, am vertraglichen Fälligkeitstermin; im letzteren Falle wäre lediglich noch der vertragliche Zins von 4% jährlich für 10 Monate hinzugekommen.

BGE 87 II 169 S. 183

d) Auch die Berufung auf das Kapitalrückzahlungsverbot versagt daher. Damit erübrigt sich ein Eintreten auf die Ausführungen der Berufungsschrift zu der Frage, ob es der AG erlaubt sei, Kapitaleinlagen aus freien Reserven zurückzuzahlen. Ebenso braucht nicht Stellung genommen zu werden zu der von der Klägerin weiter erörterten Frage nach den Folgen einer unzulässigen Kapitalrückzahlung.

10. Die Vorinstanz hat von sich aus - ohne dass die Klägerin sich darauf berufen hätte - noch geprüft, ob die Klage allenfalls unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Gründervorteils geschützt werden müsste, und sie hat dies auf Grund einlässlicher Erwägungen verneint. Die Berufungsschrift bemerkt hiezu lediglich:
Soweit unzulässige Gründervorteile zur Diskussion stehen, beruft sich die Berufungsklägerin auf den zivilprozessualen Grundsatz, dass für die Rechtsanwendung das angerufene Gericht massgebend ist. Für die in diesem Fall anwendbaren Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung gelten die Ausführungen im vorstehenden Art. 11. Der von der Klägerin angerufene Grundsatz, dass der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden habe (Art. 63 Abs. 3 OG), gilt jedoch nur für den Fall, dass auf eine Berufung überhaupt eingetreten werden kann. Voraussetzung hiefür ist aber laut Art. 55 Abs. 1 lit. c OG, dass der Berufungskläger darlege, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt seien. Diesem Erfordernis ist die Klägerin nicht nachgekommen, da sie keinerlei Ausführungen darüber gemacht hat, wieso die Vorinstanz zu Unrecht das Vorliegen eines unzulässigen Gründervorteils verneint habe. Damit hangen die in der Beru-

fungsschrift in anderm Zusammenhang gemachten Ausführungen über die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung, auf welche die Klägerin verweist, in der Luft. Denn sie betreffen lediglich die Folgen eines allfälligen unzulässigen Gründervorteils, dessen Vorliegen die Berufungsschrift nicht näher

begründet hat. Auf diesen Punkt ist daher mangels genügender Begründung nicht einzutreten.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern, I. Zivilkammer, vom 24. Januar 1961 bestätigt.