

dieser Art zu verhüten (Art. 55 OR). Nun steht fest, dass Hoch seit einiger Zeit im Besitze einer staatlichen Fahrbewilligung war ; dass aber die Art und Weise, wie er seither das Lastautomobil der Beklagten führte, zu irgendwelchen Beanstandungen Anlass gegeben hätte, behauptet der Kläger selbst nicht. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte die Führung ihres Lastautomobils für die in Frage stehende Fahrt, die keinerlei besondere Schwierigkeiten darbot, füglich Hoch anvertrauen. Die Hauptklage ist daher abzuweisen, ohne dass auf die Frage eingetreten zu werden braucht, wer den Zusammenstoss verursacht habe.

2. — Andererseits lässt sich aus Gründen gleicher Art ebensowenig beanstanden, dass der Kläger die Führung seines Automobils seinem Chauffeur überliess. Weil dieser aber nach der Feststellung der Vorinstanz im kritischen Zeitpunkt mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse unzulässig rasch gefahren ist, fragt sich weiter, ob der dem Kläger obliegende Exkulpationsbeweis nicht daran scheitert, dass er, obwohl selbst ebenfalls im Automobil befindlich, die Ueberschreitung der zulässigen Fahrgeschwindigkeit nicht verhindert hat. Nun ist aber davon auszugehen, dass die durchgreifende Beaufsichtigung des Chauffeurs eine kaum weniger angespannte Aufmerksamkeit erheischen würde als die Führung des Automobils selbst. Eine derartige Aufmerksamkeit aber kann dem Eigentümer des Automobils, der die Führung einem Chauffeur anvertraut hat, an dessen Zuverlässigkeit zu zweifeln wie hier kein Anlass besteht, auch dann, wenn er mitfährt, nicht zugemutet werden, zumal wenn er sich in Gesellschaft weiterer Personen befindet. Vielmehr genügt er seiner Pflicht, wenn er einschreitet, sobald er wahrnimmt oder ihm nicht hat entgehen können, dass der Chauffeur unkorrekt fährt. Im vorliegenden Falle ist nun aber nicht nachgewiesen, dass der Kläger sich bewusst gewesen sei, sein Chauffeur fahre unzulässig rasch, und es lässt auch nichts darauf schliessen, dass

er sich dessen habe bewusst sein müssen. Denn es ist nicht festgestellt, dass der Chauffeur im allgemeinen unzulässig rasch fuhr, sondern nur, dass er für die Fahrt durch ein Dorf, zumal auf abschüssiger Strasse und über eine wenig übersichtliche Strassenkreuzung, die Fahrgeschwindigkeit nicht angemessen verlangsamte und zudem keine Signale gab. Dies hätte der Kläger jedoch schon sofort bei der Einfahrt ins Dorf, zu einer Zeit also, da eine allfällige Weisung auf Verlangsamung des Tempos noch zur Vermeidung des Zusammenstosses beizutragen geeignet war, nur bei Anwendung eines ihm nach dem Ausgeführten nicht zumutbaren Grades von Aufmerksamkeit wahrzunehmen vermocht. Hat also auch der Kläger nichts unterlassen, was ihm die Sorgfaltspflicht zu tun gebot, so erweist sich die Widerklage ebenfalls als unbegründet, mag auch sein Chauffeur den Zusammenstoss verursacht haben, wie die Vorinstanz annimmt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin teilweise begründet erklärt, dass in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 26. April 1921 die Widerklage abgewiesen, im übrigen aber das angefochtene Urteil bestätigt wird.

58. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. September 1921

i. S. Oswald gegen Aluminium A.-G.

Emission von Gratisaktien zu Gunsten der Aktionäre. Recht des Verwaltungsrates, den Anspruch der Aktionäre auf Zuteilung der emittierten Aktien zu befristen.

A. — Die Beklagte, Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft, erhöhte auf Antrag ihres Verwaltungsrates

rates im April 1918 ihr Aktienkapital von 35 auf 42 Millionen durch Ausgabe von 7000 aus dem Geschäftsgewinn des Jahres 1917 liberierter Aktien, die, neben einer Dividende von 6 % und einer Superdividende von 14%, im Verhältnis von einer neuen auf fünf alte Aktien gratis an die Aktionäre abgegeben wurden. Ueber die Formalitäten dieser Kapitalerhöhung findet sich im Protokoll der Generalversammlung vom 8. April 1918 folgender Passus: « Um der gesetzlichen Vorschrift der Art. 615 und 618 OR zu genügen, hat die uns nahe stehende Schweizerische Kreditanstalt unter der Bedingung, dass die bezüglichen Beschlüsse von der heutigen Generalversammlung gefasst werden, 7000 neue Aktien gezeichnet und mit 7,000,000 Fr. voll einbezahlt und zwar in dem Sinne, dass ihr die geleistete Einzahlung von der Gesellschaft ersetzt wird, während die Schweizerische Kreditanstalt, gemäss besonderer Abmachung, die Verteilung der « Freiaktien » unter die Aktionäre besorgt. » Der Kapitalerhebungsbeschluss wurde in der Folge vom Verwaltungsrat publiziert und dabei den Aktionären zur Kenntnis gebracht, sie können ihr « Bezugsrecht » vom 15. April bis 1. Juli 1918 und diejenigen Aktionäre, die nachweisbar hiezu nicht in der Lage gewesen seien, bis 31. Dezember 1918 ausüben, nach Ablauf dieser Frist werden die nicht bezogenen Aktien zu Gunsten der Gesellschaft bestmöglichst veräussert werden.

B. — Mit zufolge Kompromisses beim Bundesgericht direkt eingereichter Klage vom 6. Dezember 1920 verlangt die Firma Oswald & C^{ie}, Bankgeschäft in Basel, als Inhaberin von 16 alten Aktien, die sie im April 1920 erworben hatte, und für die das Bezugsrecht noch nicht ausgeübt worden war, Ersatz des mit 9240 Fr. berechneten Erlöses der auf die 15 alten Aktien entfallenden, von der Beklagten veräusserten drei neuen Aktien, sowie des Wertes des auf die 16. Aktie entfal-

lenden Bezugsrechtes mit 616 Fr., beides abzüglich der Stempelkosten von 48 Fr. Eventuell beansprucht die Klägerin Herausgabe der drei neuen Aktien *in natura*. Sie macht geltend, der Verwaltungsrat der Beklagten sei nicht berechtigt gewesen, die den Aktionären aus dem Kapitalerhebungsbeschluss erwachsenen Rechte zu befristen und an die Nichtbeachtung der Frist Verwirkungsfolgen zu knüpfen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, eventuell Zuspreehung nur in dem Sinne, dass sie zur Herausgabe der drei Aktien bzw. zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Soweit sich die Klage darauf stützt, dass die Ausgabe neuer Aktien einer weiteren Dividendenauszahlung äquivalent sei, und dass daher für den Anspruch auf Zuteilung der neuen Aktien die für Dividendenansprüche geltende Verjährungsbestimmung des Art. 128 OR massgebend, die Ansetzung einer besonderen Verwirkungsfrist dagegen unzulässig sei, genügt es, auf das Urteil des Bundesgerichts i. S. Schmid gegen Schmid (AS 46 II 475) hinzuweisen. Das Bundesgericht hat in jenem Entscheide für die gleichen Gratisaktien der Beklagten festgestellt, dass sie, obschon aus dem Gewinn liberiert, rechtlich nicht einer Dividendenauszahlung gleichgestellt werden dürfen.

2. — Was sodann den von der Klägerin in zweiter Linie eingenommenen Standpunkt anbelangt, — die Generalversammlung habe die neuen Aktien vorbehaltlos und ohne jede Beschränkung und Befristung den alten Aktionären zur Verfügung gestellt und ihnen damit einen unentziehbaren Anspruch auf die neuen Titel eingeräumt, den der Verwaltungsrat nicht mehr habe beeinträchtigen können, — so ist in erster Linie davon auszugehen, dass die Generalversammlung selbst nach den Statuten (§ 22) befugt war, völlig frei über

den die Minimaldividende übersteigenden Jahresgewinn zu verfügen. Sie war berechtigt, den Aktionären diesen weiteren Jahresgewinn ganz zu entziehen, sie durfte ihn ihnen auch unter einer besonderen Form und unter jeder ihr gutscheinenden Beschränkung und Befristung zuweisen, soweit sie dabei wenigstens den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre nicht verletzte. Endlich aber stand der Generalversammlung zweifellos auch das Recht zu, derartige Beschränkungen dem Ermessen des Verwaltungsrates zu überlassen, d. h. ihm ihre Kompetenzen, wenigstens teilweise, zu delegieren.

Rein äusserlich betrachtet begnügte sich der Generalversammlungsbeschluss vom 8. April 1918 damit, die Kapitalerhöhung zu beschliessen, die Volleinzahlung der neuen Aktien zu konstatieren und das Zuteilungsverhältnis festzusetzen. Allein gerade diese Beschränkung auf die Richtlinien, nach denen die den Aktionären zugedachte Zuwendung erfolgen sollte, weist darauf hin, dass alle Einzelheiten dieser Zuwendung der Entschliessung des Verwaltungsrates vorbehalten wurden. Dazu kommt ferner noch, dass das Protokoll der Versammlung immerhin ausdrücklich feststellt, die Zuteilung solle im übrigen «gemäss besonderen Abmachungen» mit der Kreditanstalt vor sich gehen. Dieser Passus zeigt klar, dass die Generalversammlung sich mit diesen Einzelheiten nicht befassen, sondern die Verwaltung ermächtigen wollte, im Einvernehmen mit der Kreditanstalt den Verteilungsmodus zu bestimmen. Es fragt sich daher einzig, ob die Ansetzung einer Verwirkungsfrist zu diesen nach dem Sinn und Geist des Beschlusses der Regelung durch den Verwaltungsrat vorbehaltenen Details der Aktienzuteilung gehörte.

Wäre den Aktionären ein eigentliches Bezugsrecht eingeräumt worden, so müsste diese Frage ohne weiteres bejaht werden. Einmal ergibt sich schon aus der Natur der Sache, dass eine Aktien-Emission nicht auf

unbestimmte Zeit in der Schwebe bleiben kann, und sodann ist in Doktrin und Praxis allgemein anerkannt und entspricht auch einer allgemeinen Übung, dass der Verwaltungsrat gegebenenfalls eine Befristung vornehmen darf. (FISCHER bei EHRENBERG III S. 327; STAUB, Anm. 6 zu § 282; GOLDMANN, Anm. 16 zu § 282; Denkschrift zum Entwurf eines HGB S. 157.)

Mit Recht hat jedoch die Klägerin ausgeführt, dass es sich im vorliegenden Falle nicht um die Einräumung eines Bezugsrechtes handle. Die Emission war mit der Zeichnung des genannten Kapitals durch die Kreditanstalt und dem nachfolgenden Generalversammlungsbeschluss durchgeführt, was den Aktionären zugewiesen wurde, war somit nicht der Anspruch auf Teilnahme an der Emission, sondern ein Anspruch auf Zuteilung bereits emittierter Titel. Allein auch hier lag es im Interesse der geschäftlichen Ordnung nahe, das Zuteilungsgeschäft auf eine bestimmte Zeitspanne zu beschränken. Es ist nicht zutreffend, wenn die Klägerin den Standpunkt einnimmt, beim Bezugsrecht bedürfe es der Geltendmachung durch den Berechtigten, weshalb sich eine Befristung rechtfertigen lasse, hier aber sei die Zuteilung in der Generalversammlung bereits perfekt geworden, sodass in der Einführung der Befristungsklausel eine Aenderung eines bereits erworbenen Rechtes zu erblicken sei. Auch für die Perfizierung der den Aktionären durch den Generalversammlungsbeschluss eingeräumten Rechte bedurfte es einer rechtsgeschäftlichen Erklärung der Aktionäre. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, dass je nur auf fünf alte Aktien eine neue Aktie zugeteilt wurde. Die Zuweisung setzte somit eine Gruppierung der Aktien und sodann seitens der Aktionäre den Ausweis über den Gruppenbesitz voraus. Bis zur Geltendmachung dieses Gruppenbesitzes bestand also auch hier ein Schwebezustand, ähnlich wie er besteht bei Einräumung eines Bezugsrechtes.

Dazu kommt, dass, wie die Klägerin mit Recht sel-

ber zugibt, die Einschubung der Kreditanstalt in den Emissionsvorgang von der Generalversammlung lediglich als Formsache aufgefasst wurde. Das Generalversammlungsprotokoll sagt dies ausdrücklich, indem es auf die Vorschriften der Art. 615 und 618 OR hinweist. Ferner lässt es keinen Zweifel darüber bestehen, dass der Kreditanstalt effektiv nicht etwa die Rolle eines unabhängigen Zeichners und ebensowenig etwa die Rolle eines Treuhändlers der Aktionäre zugeordnet wurde. Es sagt vielmehr ausdrücklich, sie habe die Verteilung zu besorgen « gemäss besonderer Abmachung », d. h. entsprechend den Weisungen, die ihr von der Gesellschaft bzw. in deren Namen von der Verwaltung zukommen werden oder schon zugekommen seien.

Wollte aber die Generalversammlung durch die Einschubung der Kreditanstalt den Aktionären nicht ein besonderes, d. h. ein gegenüber der Einräumung eines Bezugsrechtes sichereres Recht einräumen, und werden die Ansprüche der Aktionäre bei Aktien-Emissionen übungsgemäss befristet, so darf auch im vorliegenden Falle unbedenklich angenommen werden, der Verwaltungsrat habe sich im Rahmen der ihm übertragenen Kompetenzen gehalten, als er das Recht der Aktionäre auf Zuteilung der neuen Aktien zeitlich limitierte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

59. Arrêt de la 1^{re} section civile du 30 octobre 1921
dans la cause **Société Electrothermique Buchs-Zurich** contre
Comptoir d'Escompte de Genève, S. A.

Cautionnement d'une dette garantie par gage. La renonciation au bénéfice de discussion peut résulter de faits concluants.

Lorsqu'il est avéré que le gage est détruit, la caution ne peut opposer au créancier le bénéfice de discussion, mais doit faire valoir comme un moyen libératoire au fond l'exception tirée du fait que la destruction du gage est imputable au créancier.

A. — La Société anonyme « L'Oxylithe » à Levallois-Perret (France) a conclu les 17/19 avril 1917 avec la Société des Fours Electriques de Glattbrugg (Zurich), aux droits de laquelle se trouve la Société Electrothermique de Buchs-Zurich, avec siège à Lausanne, une convention aux termes de laquelle la Société des Fours Electriques vend à l'Oxylithe 4000 tonnes de carbure, livrables à raison de 300 tonnes par mois au minimum dès le 15 juillet 1917. Le prix était fixé à 450 fr. (argent suisse) la tonne, pris à la fabrique, sur wagon, emballé dans des bidons fournis par l'acheteur.

L'art. 4 de la convention stipule : « Les paiements se feront dans une banque suisse le 15 de chaque mois pour les fournitures de la dernière quinzaine du mois précédent et le 30 pour celles de la première quinzaine du mois. »

Art. 5 : « L'acheteur fournira chaque mois à la Société, dès le 1^{er} juillet 1917, et jusqu'à la fin du marché :

» a) le tonnage d'électrodes nécessaires à la fabrication du carbure faisant l'objet du présent marché... à 450 fr. la tonne, la consommation étant évaluée à 10-12 tonnes pour 300 tonnes de carbure ;

» b) 200 tonnes de coke français... à 700 fr. les 10 tonnes... ;

» c) tous les emballages gratuitement.