Obergericht
des Kantons Bern

Handelsgericht

Cour suprême
du canton de Berne

Tribunal de commerce

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 18 65

Bern, 4. Oktober 2019

Besetzung

Oberrichter Josi (Präsident), Handelsrichter Bangerter und Handelsrichter Rom
Gerichtsschreiberin Zwahlen

Verfahrensbeteiligte

Dr. A._____
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. B._____
Kläger

gegen

C._____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt D._____
Beklagte

Gegenstand

Klage vom 2. Juli 2018

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 2. Juli 2018 (Eingang beim Handelsgericht am 4. Juli 2018) stellte der Kläger folgende Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

   1. Es sei der unter Traktandum Nummer 4 gefasste Beschluss der Generalversammlung vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 aufzuheben.
   2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 152'504 zu zahlen.
   3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 320'258.40 zu zahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2016.
   4. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, folgende Generalversammlungsbeschlüsse zu fassen:
      - Ausschüttung einer Vorzugsdividende für die Partizipanten für das Geschäftsjahr 2012 in der Höhe von CHF 0.7 pro Partizipationsschein;
      - Ausschüttung einer Vorzugsdividende für die Partizipanten für das Geschäftsjahr 2013 in der Höhe von CHF 0.7 pro Partizipationsschein;
      - Ausschüttung einer Vorzugsdividende für die Partizipanten für das Geschäftsjahr 2014 in der Höhe von CHF 0.7 pro Partizipationsschein;
      - Ausschüttung einer Vorzugsdividende für die Partizipanten für das Geschäftsjahr 2016 in der Höhe von CHF 1 pro Partizipationsschein.
   5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zulasten der Beklagten.

2. Die Beklagte reichte am 5. Oktober 2018 (Eingang beim Handelsgericht am 9. Oktober 2018) ihre Klageantwort ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren (pag. 50 ff.):

   1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
   2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten des Klägers.

3. Mit Replik vom 10. Januar 2019 (Eingang beim Handelsgericht am 14. Januar 2019) änderte der Kläger das Rechtsbegehren 3 wie folgt (pag. 97 ff.):

   3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 472'762.40 zu zahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2016.

4. Die Beklagte reichte am 14. März 2019 (Eingang beim Handelsgericht am 15. März 2019) ihre Duplik ein (pag. 153 ff.).

5. Am 15. April 2019 reichte der Kläger eine als «Spontanreplik» bezeichnete Stellungnahme zur Duplik ein (pag. 204 ff.). Mit Verfügung vom 17. April 2019 wurde die «Spontanreplik» aus dem Recht gewiesen und mitgeteilt, dass sie bei der Beurteilung der Streitsache nicht berücksichtigt wird (pag. 214 f.).

6. Mit Verfügung vom 8. Mai 2019 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 4. Oktober 2019 vorgeladen (pag. 216 ff.).

7. Am 4. Oktober 2019 fand die Hauptverhandlung statt (pag. 221 ff.). Es erging die Beweisverfügung (pag. 232 f.). Im Anschluss an die Schlussvorträge fand die Entscheidberatung statt. Die Parteien verzichteten auf die Teilnahme (pag. 230).

II. Formelles

8. Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Bern, womit die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben ist (Art. 10 Abs. 1 Bst. b der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

9. Gemäss Art. 6 Abs. 4 Bst. b ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) fallen Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften mit einem Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 in den zwingenden sachlichen Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts. Unter den Begriff «Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften» fallen sämtliche Klagen, die ihre Grundlage in den Art. 552 – 926 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR; SR 220) haben, so z.B. die Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung (vgl. VOCK/NATER, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N 16 zu Art. 6 ZPO). Vorliegend handelt sich um eine in der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts liegende Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.00 (vgl. E. X.47.2 unten). Die Zuständigkeit nach Art. 6 Abs. 4 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ ist gegeben.

10. Bei handelsgerichtlicher Zuständigkeit entfällt ein Schlichtungsverfahren (Art. 198 Bst. f i.V.m. Art. 6 ZPO).

11. Mit Replik vom 10. Januar 2019 änderte der Kläger den mit Rechtsbegehren 3 geltend gemachte Betrag von CHF 320'258.40 auf CHF 472'762.40. Wie der Kläger ausführt, beruhe die Erhöhung der Forderung auf einem Rechnungsfehler. Offensichtliche Rechnungsfehler im Klagebegehren können berichtigt werden (vgl. WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N 21 zu Art. 227 ZPO). Unabhängig davon, ob es sich tatsächlich um einen offensichtlichen Rechnungsfehler handelt, sind vorliegend auch die Voraussetzungen für eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO erfüllt. Der Kläger konnte demzufolge den Forderungsbetrag des Rechtsbegehrens 3 entsprechend erhöhen.

12. Die weiteren Prozessvoraussetzungen (vgl. Art. 59 Abs. 2 ZPO) sind erfüllt, so dass auf die Klage einzutreten ist.

III. Sachverhalt und Streitgegenstand

13. Sachverhalt

13.1 Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 750'000.00, aufgeteilt in (vgl. Art. 3 der Statuten, Klagebeilage [KB] 4):

- 693'400 Namenaktien zu CHF 0.30 der Serie A (Stimmrechtaktien)
- 180'660 Namenakten zu CHF 3.00 der Serie B (Stammaktien)

und einem Partizipationskapital von CHF 702'000.00, aufgeteilt in (vgl. Art. 9 der Statuten):

- 234'000 Inhaberpartizipationsscheine zu CHF 3.00.

13.2 Die Beklagte führte im Jahr 1987 Partizipationsscheine mit einem Nennwert von CHF 20.00 ein (vgl. Klage Rz. 18; Klageantwort Rz. 22; KB 7). Im Anschluss an die Aktienrechtsrevision von 1991 hat sie ihre Statuten 1992 überarbeitet, die Rechte der Partizipanten statutarisch geregelt und Art. 31 Abs. 4 in die Statuten aufgenommen. Die Bestimmung sieht vor, dass die Partizipanten bei Ausschüttung des Liquidationserlöses bevorzugt behandelt werden (vgl. Klage Rz. 20; Klageantwort Rz. 35). 1996 fand eine partielle Statutenrevision von Art. 29 Abs. 2 statt (KB 11). Der Wortlaut von Art. 29 der Statuten lautet seither wie folgt (KB 3):

(1) Vom Jahresgewinn sind 5% der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese die Höhe von 20% des Aktienkapitals erreicht hat.

(2) Vom restlichen Jahresgewinn erhalten die Partizipanten eine Vorzugsdividende bis zu 5% des Nominalwertes der Partizipationsscheine. Der noch verbleibende Rest des Gewinnes steht unter Vorbehalt der gesetzlichen Bestimmungen über weitere Zuweisungen an die allgemeine Reserve zur freien Verfügung der Generalversammlung. Weitere Gewinne sind jedoch gleichmässig im Verhältnis zum Nennwert der Wertpapiere an die Aktionäre und die Partizipanten auszuschütten.

(3) Die Generalversammlung kann neben dem gesetzlichen Reservefonds die Anlage besonderer Reserven beschliessen, die zu ihrer freien Verfügung stehen.

13.3 Die Nennwerte der Aktien und der Partizipationsscheine der Beklagten wurden mehrmals gleichmässig herabgesetzt (KB 2 und 19 – 31):

Geschäftsjahr	Reduktion um	Nennwert Stimmrechtaktien	Nennwert Stammaktien	Nennwert Partizipationsscheine
bis 2005		CHF 10.00	CHF 100.00	CHF 20.00
2004/05	10%	CHF 9.00	CHF 90.00	CHF 18.00
2005/06	16.67%	CHF 7.50	CHF 75.00	CHF 15.00
2006/07	20%	CHF 6.00	CHF 60.00	CHF 12.00
2007/08	25%	CHF 4.50	CHF 45.00	CHF 9.00
2008/09	33.34%	CHF 3.00	CHF 30.00	CHF 6.00
2013		CHF 0.60	CHF 6.00	CHF 6.00

2015	25%	CHF 0.45	CHF 4.50	CHF 4.50
2016	33.34%	CHF 0.30	CHF 3.00	CHF 3.00

Die Kapitalherabsetzungen wurden anlässlich der ordentlichen Generalversammlungen der Beklagten beschlossen (KB 12 – 23, 30 und 31) und in der Folge durchgeführt. Wurde zusätzlich zu den Kapitalherabsetzungen eine Dividendenausschüttung beschlossen, so berechneten sich die Dividenden im Verhältnis zum Nennwert, der während des jeweiligen Geschäftsjahres gegolten hatte, d.h. zum Nennwert vor Herabsetzung. Eine besondere Versammlung der Partizipanten hat im Zusammenhang mit den Kapitalherabsetzungsbeschlüssen nicht stattgefunden und es erfolgte keine Zustimmung der Partizipanten.

Bei der Nennwertreduktion der Aktien 2013 hat es sich nicht um eine Kapitalherabsetzung gehandelt. Gemäss Geschäftsbericht 2013 wurden anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung vom 15. Oktober 2013 114'320 Stimmrechtaktien in 11'432 Stammaktien umgewandelt. Anschliessend wurde ein Split der Aktien durchgeführt, indem jede Stammaktie und jede Stimmrechtaktie in je fünf neue Stamm- bzw. Stimmrechtaktien umgewandelt wurden, welche einen Fünftel des bisherigen Nennwerts aufwiesen (vgl. Geschäftsbericht 2013, S. 22; Replik Rz. 25; Duplik Rz. 46).

13.4 Für die vorliegend massgebenden Geschäftsjahre 2012 – 2017 wurden folgende Generalversammlungsbeschlüsse über die Vorzugsdividende zugunsten der Partizipanten gefasst (KB 27 – 31 und KB 2, Geschäftsberichte 2012 – 2017):

Geschäftsjahr	Vorzugsdividende	massgebender Nennwert der Partizipationsscheine	pro Partizipationsschein ausbezahlt	Jahresgewinn
2012	3.33%	CHF 6.00	CHF 0.20	CHF 237'000.00
2013	5%	CHF 6.00	CHF 0.30	CHF 1'544'000.00
2014	5%	CHF 6.00	CHF 0.30	CHF 2'223'813.00
2015	Keine	CHF 6.00	-	Verlust
2016	Keine	CHF 4.50	-	CHF 443'452.00
2017	Keine	CHF 3.00	-	CHF 2'976'190.00

13.5 Am 30. April 2018 fand die ordentliche Generalversammlung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2017 statt. Gemäss Einladung vom 3. April 2018 stellte der Verwaltungsrat unter Traktandum 4 «Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017» den Antrag, den Bilanzgewinn zur Ausschüttung einer ordentlichen Dividende und auf Vortrag auf neue Rechnung zu verwenden (KB 33).

Der Kläger, vertreten durch E._____, hat als Aktionär der Beklagten an der Generalversammlung vom 30. April 2018 teilgenommen und folgenden Antrag zu Traktandum 4 gestellt (KB 35):

Antrag: Der Antrag zur Ausschüttung einer Dividende von 166.7% bzw. CHF 5 pro PS soll ergänzt werden. Zusätzlich zu dieser ordentlichen Ausschüttung der Dividende von CHF 5 pro PS soll gemäss Art. 29 Ziffer 1 eine Vorzugsdividende von CHF 0.15 pro PS ausbezahlt werden, bei 234.000 PS CHF 35'100.

Der Verwaltungsrat der Beklagten hat den Antrag des Klägers nicht zur Beratung und Abstimmung zugelassen. Die Generalversammlung hat den Beschluss über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 entsprechend dem Antrag des Verwaltungsrates gefällt.

13.6 Der Kläger hat den unter Traktandum 4 gefasste Beschluss der Generalversammlung vom 30. April 2018 mit vorliegender Klage angefochten. Die Beschlüsse der Generalversammlung über die Herabsetzung des Aktien- und Partizipationskapitals (vgl. E. III.13.3 oben) und über die Verwendung der Geschäftsergebnisse 2012 – 2016 (vgl. E. III.13.4 oben) wurden nicht angefochten.

13.7 Unbestritten ist, dass der Kläger im Zeitpunkt der Generalversammlung vom 30. April 2018 Stammaktien der Beklagten hielt (vgl. Beweisverfügung Ziff. 1e) und er auch weiterhin Aktionär der Beklagten ist (vgl. KB 5 und 40).

13.8 Die Beklagte bestreitet nicht, dass dem Kläger mit Zessionsurkunden vom Juni 2018 (KB 39) Forderungen aus 152'444 Partizipationsscheinen abgetreten worden sind (vgl. KB 39), der Kläger und seine Ehefrau, F._____, gemäss Depotauszug per 21. Juni 2018 (KB 5) 60 Partizipationsscheine hielten und F._____ ihre Forderungen an den Partizipationsscheinen im gemeinsamen Depot mit Zessionserklärung vom 13. Dezember 2018 an den Kläger abgetreten hat (KB 41). Die Beklagte behauptet nicht, dass sich seit Juni 2018 an diesen Tatsachen etwas geändert hat bzw. sie bringt lediglich vor, dass der Kläger noch während des hängigen Verfahrens vor dem Handelsgericht Partizipationsscheine dazugekauft habe (vgl. Replik Rz. 53). Dass der Kläger seine Partizipationsscheine oder die Zedenten ihre Partizipationsscheine nach der Abtretung an den Kläger verkauft hätten, wird von der Beklagten nicht geltend gemacht.

14. Streitgegenstand

14.1 Der Kläger beantragt einerseits die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 (Rechtsbegehren 1) und andererseits die Ausschüttung einer Vorzugsdividende gemäss Art. 29 Abs. 2 der Statuten für die Partizipanten für die Geschäftsjahre 2012 – 2014, 2016 und 2017 (Rechtsbegehren 2 und 3).

14.2 Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage und bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers im Zusammenhang mit den Forderungsklagen (Rechtsbegehren 2 und 3). Sie macht geltend, dass der Kläger nicht korrekt dargetan habe, in welcher Anzahl er bzw. die Personen, die ihm ihre Dividendenforderungen abgetreten haben, an den Fälligkeitsterminen Partizipationsscheine der Beklagten hielten (vgl. Klage Rz. 26; Duplik Rz. 32 f. und 164).

14.3 Im Übrigen ist der für die rechtliche Subsumtion erforderliche Sachverhalt nicht bestritten.

IV. Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses der Beklagten vom 30. April 2018 (Rechtsbegehren 1)

15. Voraussetzungen der Anfechtung

15.1 Gemäss Art. 706 OR kann jeder Aktionär Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten. Legitimiert zur Anfechtung ist auch der Partizipant, aufgrund seiner grundsätzlichen Gleichstellung mit dem Aktionär gemäss Art. 656a Abs. 2 OR (vgl. DUBS/TRUFFER, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 706 OR, m.w.H.). Das Recht auf Anfechtung erlischt, wenn die Klage nicht spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung angehoben wird (Art. 706a Abs. 1 OR).

15.2 Anfechtungsobjekt ist der Generalversammlungsbeschluss vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017. Der Kläger war bei Klageeinleitung Aktionär und Partizipant der Beklagten und damit grundsätzlich zur Anfechtung legitimiert (vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl. 2009, § 16 Rz. 104). Die Frist von 2 Monaten für die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses hat der Kläger eingehalten. Die Generalversammlung hat am 30. April 2018 stattgefunden, womit die Frist am 30. Juni 2018 abgelaufen wäre. Da der 30. Juni 2018 auf einen Samstag gefallen ist, wurde die Frist mit Einreichung der Klage am 2. Juli 2018 eingehalten (Art. 78 OR i.V.m. Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen [SR 173.110.3]).

15.3 Der Kläger macht geltend, dass der Beschluss über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 gemäss Punkt 4 der Traktandenliste (KB 33) den Statuten und dem Gesetz in folgenden Punkten widerspreche:

- Verletzung von Art. 29 der Statuten,
- Verletzung von Art. 700 OR und Art. 15 der Statuten.

16. Verletzung von Art. 29 Abs. 2 der Statuten

16.1 Für die Klagelegitimation ist ein Anfechtungsinteresse Voraussetzung (vgl. TANNER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N 49 zu Art. 706 OR; BGE 133 III 453). Die Beklagte bestreitet nicht, dass dem Kläger als Partizipant in Bezug auf eine mögliche Verletzung von Art. 29 der Statuten ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung zusteht (vgl. Klageantwort Rz. 108).

16.2 Partizipationsscheine können mit Vorrechten verbunden werden (vgl. etwa RAMPINI/SPILLMANN, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, N 5 zu Art. 656f OR). Fraglich ist vorliegend, ob den Partizipanten der Beklagten gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Statuen ein Vorrecht zukommt und sie einen Anspruch auf Ausrichtung einer Vorzugsdividende haben. Falls ein solcher Anspruch besteht, stellen sich zudem Fragen bezüglich Höhe und Bemessungsgrundlage der Vorzugsdividende.

16.3 Der Kläger macht geltend, dass nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 der Statuten eine Vorzugsdividende ausbezahlt werden müsse, das Ermessen der Generalversammlung sei auf die ordentliche Dividende beschränkt. Es sei eine klare Rangfolge in der Gewinnverwendung vorgesehen und es bestehe ein fester Anspruch der Partizipanten, der einzig von der Existenz eines Jahresgewinns abhänge. Wenn der Gewinn (nach Abbuchung für die Reserven) nicht genüge, um 5% des Nominalwerts auszuschütten, müsse ein geringerer Betrag ausgeschüttet werden. Würde die Ausschüttung im Ermessen der Generalversammlung liegen, würde es sich nicht mehr um eine Vorzugsklausel handeln. Die Aktionäre hätten keine Veranlassung, gegen die eigenen finanziellen Interessen einer solchen Dividende zuzustimmen. Zudem spreche auch der Zweck, der 1996 mit der Einführung von Art. 29 verfolgt worden sei, für einen Anspruch. Mit der Bestimmung hätten die Partizipationsscheine attraktiver gemacht und das Fehlen des Stimmrechts kompensiert werden sollen. Die Beklagte habe diese Ansicht ausserdem in früheren Jahren selber vertreten, wie aus den Geschäftsberichten 2003/04 (KB 37, S. 22), 2005/06 (KB 20, S. 21) und 2014 (vgl. KB 29, S. 20) hervorgehe (vgl. Klage Rz. 35 ff.).

16.4 Die Beklagte macht geltend, dass der Beschluss über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 in Übereinstimmung mit der Praxis der Gesellschaft hinsichtlich der Dividendenausschüttung erfolgt sei. Die Rechtmässigkeit des Antrages sei von der Revisionsstelle auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten geprüft und bestätigt worden. Es bestehe kein Rechtsanspruch auf eine Vorzugsdividende. Die Auslegung nach Wortlaut und Systematik würde ergeben, dass eine Maximalgrenze, bis zu welcher die Generalversammlung Besserstellung gewähren dürfe, vorgesehen worden sei. Ein Minimalwert lasse sich der Bestimmung nicht entnehmen. Im Gegensatz zu Art. 29 der Statuten enthalte Art. 31 Abs. 4 eine klare numerische Kaskadenordnung und eine klare Bestimmung der Höhe der Rückzahlung. Dieser Bestimmung lasse sich eine prioritäre Behandlung der Partizipanten im Falle einer Liquidation entnehmen. Die Auslegung nach Sinn und Zweck würde ergeben, dass die Generalversammlung als oberstes Organ bestimme, ob und falls ja, in welchem Umfang eine Dividende ausgeschüttet werde. Die Vorzugsdividende sei ein freiwilliges Plus, welches die Generalversammlung gewähren könne. Zum selben Ergebnis komme man auch mit der Auslegung nach der Entstehungsgeschichte. Anlässlich der Kotierung 1987 seien Partizipationsscheine den Aktien noch komplett gleichgestellt gewesen. Das fehlende Stimmrecht sei 1992 in einem ersten Schritt mit einer bevorzugten Behandlung bei der Ausschüttung des Liquidationserlöses ausgeglichen worden. Hinsichtlich der Gewinnverteilung sei weiterhin Gleichbehandlung mit den Aktionären vorgesehen gewesen. In einem zweiten Schritt sei 1996 eine allfällige Besserstellung ins Ermessen der Generalversammlung gestellt worden. Dies sei dann tatsächlich so gelebt worden. Die Beklagte habe 2005 – 2007 genügend hohe Bilanzgewinne gehabt und stets unterschiedliche Vorzugsdividenden zwischen 0 – 5% genehmigt (vgl. Klageantwort Rz. 61 ff.).

16.5 Der Inhalt einer statutarischen Bestimmung ist durch Auslegung zu ermitteln. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Gesellschaftsstatuten wie Willenserklärungen, die bei Schuldverträgen abgegeben werden, nach dem Ver-

trauensprinzip auszulegen. Bei Gesellschaften, die sich zur Aktienzeichnung an das breite Publikum wenden, rechtfertigt sich zudem eine analoge Anwendung der Grundsätze, die für die Interpretation von Gesetzesrecht entwickelt worden sind und ebenfalls zu einer objektiven Auslegung nach Treu und Glauben führen. Das heisst nicht, die Entstehungsgeschichte einer Norm sei methodisch unbeachtlich. Der wirkliche Wille von Aktionären, welche die Statuten ausarbeiteten, dürfte indes nur dann im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR den Vorrang verdienen, wenn sich nur wenige damit zu befassen hatten (BGE 107 II 179 E. 4c; vgl. auch BGE 140 III 349 E. 2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 E. 3.4.2).

Demnach können je nach Art der Gesellschaft bei der Auslegung der Statuten unterschiedliche Methoden Anwendung finden: Für die Auslegung der Statuten von Publikumsgesellschaften sind eher die Auslegungsmethoden für Gesetze, für die Auslegung der Statuten kleinerer Gesellschaften sind eher die Auslegungsmethoden für Verträge heranzuziehen, das heisst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Eine subjektive Auslegung kommt nur in Betracht, wenn die Zahl der Gesellschafter sehr klein ist. Auch für die Statuten von kleineren Gesellschaften gilt aber, dass diese einheitlich, für alle Beteiligten gleich auszulegen sind. Zahlreiche Auslegungsgrundsätze gelten unabhängig davon, ob mehr auf die Regeln der Vertrags- oder der Gesetzesinterpretation abgestellt wird. So ist zwar der Wortlaut Ausgangspunkt jeder Interpretation, doch ist eine formalistisch allein darauf abstellende Auslegung abzulehnen. Die einzelne Statutenbestimmung ist vielmehr aus dem Zusammenhang heraus, in Berücksichtigung der Gesamtheit der statutarischen Ordnung auszulegen (systematisches Element), wobei insbesondere dem Gesellschaftszweck (teleologisches Element) eine hervorragende Bedeutung auch für das Verständnis der übrigen Bestimmungen zukommen kann (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl. 2018, § 2 N 149).

16.6 Bei der Beklagten handelt es sich zwar nicht um eine Publikumsgesellschaft, sondern um eine familienbezogene Gesellschaft, deren Aktien gemäss Statuten vinkuliert sind. Die Partizipationsscheine und die Namenaktien der Serie B werden aber auf der Handelsplattform OTC-X der Berner Kantonalbank gehandelt. Die Statutenbestimmungen sind somit nach den Methoden der Gesetzesauslegung zu interpretieren. Ohnehin würden für eine Feststellung des wirklichen Willens der Aktionäre die Behauptungen fehlen. Die Beklagte unterlässt es, nähere Ausführungen zur Zusammensetzung und Anzahl der Aktionäre im Zeitpunkt der Einführung der Statutenbestimmung von Art. 29 Abs. 2 zu machen, d.h. wer, wann und wie dieser Wille gebildet und übereinstimmend geäussert worden ist. Dem Protokoll zur Statutenänderung kann einzig der neue Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 entnommen werden, und dass die partielle Statutenrevision einstimmig genehmigt worden ist (KB 11). Angaben zur Willensbildung und dem Verständnis von Art. 29 Abs. 2 gehen aus dem Protokoll nicht hervor. Der wirkliche Wille bei Einführung der Bestimmung ist nicht eruierbar.

16.7 Gemäss Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 der Statuten «erhalten» die Partizipanten eine «Vorzugsdividende» «bis zu 5%» des Nennwertes. Das Wort «Vorzugsdividende» deutet auf eine Besserstellung der Partizipanten hin und das Wort «erhalten» auf die Verbindlichkeit dieser Besserstellung, welche «bis zu 5%» betragen kann, d.h. sie beträgt mehr als null, aber höchstens 5%. Dass die Ausschüttung der Vorzugsdividende im freien Ermessen der Generalversammlung liegt, kann dem Wortlaut nicht entnommen werden. Erst im zweiten Satz von Art. 29 Abs. 2 wird auf die Verfügungsmöglichkeit der Generalversammlung hingewiesen und zwar in Bezug auf den «noch verbleibende Rest des Gewinns». Die Auslegung nach dem Wortlaut spricht demzufolge für eine Pflicht zur Ausrichtung einer Dividende an die Partizipanten von mehr als null, höchstens aber 5%.

16.8 In systematischer Hinsicht handelt es sich bei Art. 29 um die einzige in den Statuten enthaltene Bestimmung zur Gewinnverteilung. Der Artikel besteht aus drei aufeinanderfolgenden Absätzen, die eine Reihenfolge im Zusammenhang mit der Gewinnverteilung vorsehen: 1. Zuweisung an die gesetzliche Reserve (Abs. 1), 2. vom restlichen Jahresgewinn erhalten die Partizipanten eine Vorzugsdividende (Abs. 2, erster Satz) und 3. der noch verbleibende Rest des Gewinns steht zur freien Verfügung der Generalversammlung, wobei die weiteren Gewinne gleichmässig im Verhältnis zum Nennwert auszuschütten sind (Abs. 2, zweiter Satz). Die Wendung in Abs. 2, zweiter Satz, «der noch verbleibende Rest des Gewinns» deutet an, dass die Vorzugsdividende den verfügbaren Gewinn ganz beanspruchen kann, sofern er ausreicht. Das bedeutet, dass es unter Umständen im Zusammenhang mit der ordentlichen Dividende nichts mehr zu verteilen gibt. In Abs. 2, zweiter Satz, ist von der «freien Verfügung der Generalversammlung» die Rede. Wie ausdrücklich festgehalten wird, steht die Verwendung des «noch verbleibenden Rests» im freien Ermessen der Generalversammlung. Im Umkehrschluss weist dies darauf hin, dass die Verteilung des Gewinns in Abs. 2, erster Satz, d.h. die Vorzugsdividende, gerade nicht zur freien Verfügung der Aktionäre steht. Aus der Systematik der Bestimmung geht hervor, dass zuerst, wie gesetzlich vorgeschrieben, eine Zuweisung an die allgemeinen Reserven zu erfolgen hat (Art. 671 Abs. 1 OR) und vor Ausschüttung einer ordentlichen Dividende noch jemand, die Partizipanten, etwas erhalten. Es besteht eine Pflicht zur Auszahlung der Vorzugsdividende, der Rest, sofern ein solcher verbleibt, kann unter Berücksichtigung der Gleichstellung von Partizipanten und Aktionären frei verteilt werden.

Dieses Auslegungsergebnis wird durch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bekannte Fälle gestützt. Im Entscheid des Bundesgerichts 29 II 452 ging es um den Dividendenanspruch von Prioritätsaktionären. Die Statuten sahen folgende Bestimmung vor (Hervorhebungen durch das Gericht):

> Von einem Überschuss **erhalten** zuerst die Prioritätsaktien **bis auf 4½% Dividende** jährlich, und zwar erstmals für das Rechnungsjahr schliessend mit 31. Dezember 1889; etwaige Ausfälle in einem Jahre sind denselben jeweilen aus dem Reinertrag des folgenden Jahres, jedoch ohne Zinsvergütung, zu ersetzen. Es folgt sodann die **Auszahlung einer Dividende bis auf 5%** an die Stammaktionäre. Ein etwa **noch verbleibender Rest** wird unter die Stamm- und Prioritätsaktionäre gleichmässig pro rata des Kapitals verteilt (E. A, S. 452).

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regeln würden (E. 5, S. 469). Die Statuten sahen im Zusammenhang mit der Höhe der Dividende zugunsten der Prioritätsaktionäre die Formulierung «bis auf 4½%» vor. Diese Formulierung legt nahe, dass gemeint ist, «bis 4½% erreicht ist». Im Entscheid war auch vom «noch verbleibenden Rest» die Rede, was darauf hinweist, dass in erster Linie die Dividende für die Prioritätsaktionäre auszubezahlen ist. Das Bundesgericht ging auch im Entscheid 53 II 250 davon aus, dass die Statuten das Mass der Dividenden genau regeln würden (E. 5). Die Statuten sahen folgende Formulierung vor (Hervorhebungen durch das Gericht):

> Der nach Dotierung des Erneuerungsfonds, Abschreibung der zu amortisierenden Verwendungen und Speisung des Reservefonds vom Betriebsüberschuss verbleibende Reingewinn steht zur Verfügung der Aktionäre in dem Sinne, dass zunächst den **Prioritätsaktien** I. Ranges eine **Dividende bis zu 5%**, hernach denjenigen II. Ranges eine solche **bis zu 4½%** und schliesslich denjenigen III. Ranges eine solche **bis zu 5%** des betreffenden Aktienkapitals zufällt (E. B, S. 254).

In dem Entscheid ging es um Prioritätsaktien, die durch Umwandlung von Verbindlichkeiten im Rahmen einer Sanierung geschaffen worden waren. Die Statuten sahen drei Ränge von Prioritätsaktien und eine klare Kaskade («zunächst», «hiernach» und «schliesslich») vor. Was die Höhe der Dividenden anbelangt, so wurde aber die gleiche Formulierung «bis zu …%», wie in den Statuten der Beklagten, verwendet.

Die systematische Auslegung, unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, spricht somit dafür, dass ein Anspruch auf eine Vorzugsdividende besteht und zwar auf die gesamten 5% des Nennwerts der Partizipationsscheine.

16.9 Sinn und Zweck von Art. 29 legen ebenfalls nahe, dass mit dieser statutarischen Bestimmung eine Privilegierung der Partizipanten beabsichtigt wurde. Da der Gewinnanteil nennwertbezogen und nicht als Prozentsatz des Jahresgewinns ausgestaltet wurde, musste der Fall geregelt werden, in dem der Jahresgewinn nicht ausreicht. Ist nicht genügend Gewinn zur Ausschüttung vorhanden, kann die Vorzugsdividende nicht 5% betragen, sondern muss entsprechend dem vorhandenen Gewinn gekürzt werden. Die Vorzugsdividende ist somit nicht nur vom Nennwert, sondern auch vom vorhandenen, ausschüttbaren Jahresgewinn abhängig. Ginge man nun aber von einer variablen Höhe der Vorzugsdividende aus, würde dies bedeuten, dass sie praktisch auch auf null festgesetzt werden könnte. Diesfalls läge keine Bevorzugung mehr vor und es würde sich nicht mehr um ein Vorrecht handeln.

16.10 Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich kaum Erkenntnisse für die Auslegung gewinnen. In den Statuten aus dem Jahr 1992 (Klageantwortbeilage [KAB] 3) war hinsichtlich der Gewinnverteilung eine Gleichstellung von Partizipanten und Aktionären vorgesehen. Am 1. Juli 1996 erfolgte eine partielle Statutenrevision (KB 11). Dabei wurde Art. 29 Abs. 2 geändert und eine Besserstellung der Partizipanten in die Statuten aufgenommen. In der Bestimmung wurde festgehalten, dass die Partizipanten eine Vorzugsdividende erhalten. Der Grund für die partielle Sta-

tutenrevision von Art. 29 Abs. 2 geht aus dem Protokoll (KB 11) und den übrigen eingereichten Unterlagen nicht hervor.

Unter dem Titel «Auslegung anhand der Umstände» macht die Beklagte geltend, dass in den Geschäftsberichten einzig wiederholt werde, was bereits in Art. 29 Abs. 2 der Statuten stehe, nämlich dass eine Vorzugsdividende bezahlt werden könne (vgl. Klageantwort Rz. 83). Die Partizipanten würden im Falle einer Liquidation bevorzugt behandelt und der Generalversammlung sei die Möglichkeit eingeräumt worden, den Partizipanten eine Vorzugsdividende zu gewähren (vgl. Klageantwort Rz. 38). Diese Absicht geht aus den Geschäftsberichten nicht hervor. In den Geschäftsberichten bis 2014 (KB 19 – 29) wird nicht nur die Bestimmung von Art. 29 der Statuten wiederholt, die Berichte weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Partizipationsscheine gemäss Statuten gegenüber den Aktien in zwei Punkten bevorzugt behandelt werden: 1. eine Vorzugsdividende bis zu 5% des Nominalwerts und 2. eine bevorzugte Ausschüttung eines Liquidationserlöses (vgl. Geschäftsbericht 2014, S. 20, KB 29). Es handelt sich dabei nicht um eine Kann-Vorschrift und es wird im Zusammenhang mit der Bevorzugung in den zwei Punkten nicht auf ein Ermessen der Generalversammlung hingewiesen. Die Beklagte bestreitet nicht, dass bezüglich des Liquidationserlöses eine prioritäre Behandlung der Partizipanten besteht (vgl. Klageantwort Rz. 35). Die Vorzugsdividende wird auf eine Stufe mit der bevorzugten Ausschüttung des Liquidationserlöses gestellt. In den Geschäftsberichten wird darauf hingewiesen, dass eine Bevorzugung der Partizipanten in zwei Punkten besteht, dass in diesen zwei Punkten keine vermögensrechtliche Gleichstellung der Partizipanten und Aktionäre gegeben ist. Ginge man davon aus, dass die Besserstellung im Zusammenhang mit der Vorzugsdividende im Ermessen der Generalversammlung stehen würde, würde in diesem Punkt aber gerade keine bevorzugte Behandlung vorliegen.

Die Beklagte macht ausserdem geltend, dass in den vergangen Jahren mehrmals keine Vorzugsdividende ausbezahlt worden sei (Klageantwort Rz. 84). Die Behauptung des Klägers, dass in den Jahren 1996 – 2005, d.h. von der Einführung der Vorzugsdividende bis zum Beginn der Nennwertreduktionen, stets statutenkonforme Vorzugsdividenden von 5% des Nennwerts ausgeschüttet worden seien (vgl. Replik Rz. 23), bestreitet die Beklagte aber nicht (vgl. Duplik Rz. 39 ff.). Aus dem Geschäftsbericht 2004/05, S. 41 (KB 19) und 2005/06 (KB 20) geht hervor, dass die Partizipanten in den Jahren 2000/01 bis 2005/06 immer eine um 5% höhere Dividende als die Aktionäre erhalten haben. Die Aktionäre der Beklagten scheinen demzufolge bei Einführung der statutarischen Bestimmung von Art. 29 Abs. 2 der Auffassung gewesen zu sein, dass eine Vorzugsdividende von 5% an die Partizipanten auszurichten ist. Wäre dies nicht beabsichtigt gewesen, ist davon auszugehen, dass sich die Aktionäre gewehrt hätten, wenn in der Folge immer bzw. von 1996 bis 2006 eine Vorzugsdividende von 5% an die Partizipanten ausbezahlt worden wäre.

16.11 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass man durch Auslegung der statutarischen Bestimmungen hinsichtlich der Pflicht zur Ausrichtung einer Vorzugsdividende zu einem eindeutigen Ergebnis kommt, nämlich dass eine solche Pflicht besteht. Die Auslegung und die bundesgerichtliche Rechtsprechung spre-

chen sodann dafür, dass von einer festen Höhe der Vorzugsdividende von 5% des Nennwerts auszugehen ist. Gemäss der Regel in dubio contra stipulatorem hat eine Vertragspartei, die eine unklare Vertragsbestimmung verfasst hat, als Konsequenz die für sie ungünstigere Auslegung hinzunehmen (vgl. WIEGAND, in: Basler Kommentar, 6. Aufl. 2015, N 40 zu Art. 18 OR, m.w.H.). Die Beklagte hätte es in der Hand gehabt, ihren behaupteten Willen, dass die Vorzugsdividende lediglich ein «freiwilliges Plus» sei, das im Ermessen der Generalversammlung liege, durch entsprechende Formulierungen gegen aussen unzweideutig zu bekunden. Der Käufer eines Partizipationsscheins, dem die vorhandenen Informationen (Formulierung, bisherige Praxis, bundesgerichtliche Rechtsprechung) zur Verfügung stehen, geht davon aus, dass er eine Vorzugsdividende von 5% erhält, sofern nach Zuweisung an die gesetzliche Reserve noch genügend Jahresgewinn vorhanden ist, der nach Gesetz und Stauten zur Verteilung gelangen kann.

16.12 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass gestützt auf die Stauten der Beklagten eine Pflicht zur Ausrichtung einer Vorzugsdividende von 5% an die Partizipanten besteht.

17. Bemessungsgrundlage

17.1 Strittig ist weiter, ob die Vorzugsdividende auf dem ursprünglichen Nennwert vom CHF 20.00 oder dem im Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses geltenden Nennwert zu bemessen ist.

17.2 Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte die Höhe der Vorzugsdividende während Jahren falsch berechnet habe. Sie sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass für die Berechnung der im Zeitpunkt der Ausschüttung jeweils aktuelle Nominalwert der Partizipationsscheine massgeblich sei und nicht der Nominalwert im Zeitpunkt der Ausgabe. 1996 habe der Anspruch CHF 1 pro Partizipationsschein betragen (5% auf einem Nominalwert von damals CHF 20.00). Aktuell betrage er noch CHF 0.15 pro Partizipationsschein (5% des Nominalwerts von CHF 3.00). Die Kapitalherabsetzungen hätten zwar zu einer Reduktion der Nennwerte der Aktien und Partizipationsscheine geführt, aber nicht zu einer Reduktion der Vorzugsdividende in der Höhe von CHF 1.00. Ein Generalversammlungsbeschluss, der nur eine einseitige Verschlechterung vorsehe, könne nur gefasst werden, wenn auch eine besondere Versammlung der Partizipanten dem Beschluss zustimme (Art. 656f Abs. 4 OR). Durch die Nennwertherabsetzungen sei eine solche Verschlechterung der Position der Partizipanten eingetreten, dafür wäre die Zustimmung der Partizipanten nötig gewesen, welche nicht vorgelegen habe. Es gehe nicht um die Rechtsgültigkeit der Kapitalherabsetzungsbeschlüsse, sondern um die Frage, ob diese zu einer Reduktion der Vorzugsdividende hätten führen können. Es sei kein Beschluss der Partizipanten gefasst worden, deshalb fehle es schon am Anfechtungsobjekt (vgl. Klage Rz. 46 ff.).

17.3 Die Beklagte macht geltend, dass sich die Vorzugsdividende auf den Nominalwert im Zeitpunkt des Gewinnausschüttungsbeschlusses der Generalversammlung beziehen müsse. Ansonsten würden die Partizipanten sowohl eine Kapitalrückzahlung erhalten und wären trotzdem im gleichen Umfang wie vor der Herabsetzung dividendenberechtigt. Den Partizipanten seien keine Vorrechte entzogen

worden. Der Kläger vermische Art. 656f Abs. 3 OR und Abs. 4 OR. Abs. 3 handle von der gleichmässigen Verschlechterung der Position der Aktionäre und der Partizipanten und sei Ausfluss aus dem Prinzip der Gleichbehandlung. Abs. 4 beziehe sich dagegen auf den Entzug von Vorrechten der Partizipanten, die statutarisch eingeräumt worden seien. Vorliegend seien aber gar keine Vorrechte eingeräumt worden. Die Kapitalherabsetzungen würden somit nicht in den Anwendungsbereich von Abs. 4 fallen und eine separate Zustimmung sei nicht notwendig gewesen. Zudem lasse der Kläger ausser Acht, dass keiner der Generalversammlungsbeschlüsse zwischen 2005 – 2017 angefochten worden sei (vgl. Klageantwort Rz. 88 ff.).

17.4 Wie der Kläger zu Recht geltend macht, kann eine Vorzugsdividende in den Statuten als fester Betrag definiert werden (vgl. Schlussvortrag, Protokoll S. 9). Vorliegend geht aus den Statuten aber kein fester Betrag hervor. In Art. 29 Abs. 2 der Statuten ist festgehalten, dass die Vorzugsdividende «bis zu 5% des Nominalwertes der Partizipationsscheine» beträgt. Gemäss Art. 9 der Statuten ist das Partizipationskapital in 234'000 auf den Inhaber lautende Partizipationsscheine zu nominell CHF 3.00 eingeteilt (KB 3). Die Vorzugsdividende bemisst sich gemäss dem Wortlaut der Statuten proportional zum Nominalwert der Partizipationsscheine, sie steht in Abhängigkeit zu diesem Wert. Sollte etwas anders gelten und ist für die Berechnung auf einen anderen Wert abzustellen, dann müsste sich dies aus den Statuten ergeben. Das ist hier nicht der Fall. Art. 29 Abs. 2 bezieht sich auf den Nominalwert der Partizipationsscheine und nimmt damit Bezug auf Art. 9 der Statuten, der diesen Wert festhält. Das Aktien- und Partizipationskapital wurde mehrmals durch Nennwertherabsetzung reduziert und Art. 9 der Statuten entsprechend angepasst (vgl. E. III.13.3 oben). Für die Bemessung der Vorzugsdividende ist auf den Nennwert der Partizipationsscheine gemäss Statuten im Zeitpunkt des jeweiligen Gewinnverteilungsbeschlusses abzustellen.

18. Der Kläger meint, ohnehin seien die Nennwertherabsetzungen für die Partizipanten unverbindlich, da sie ohne die erforderliche Zustimmung der Versammlung der Partizipanten beschlossen worden seien. Deshalb seien die Dividenden gestützt auf den ursprünglichen Nennwert zu bemessen.

18.1 Statutenänderungen und Generalversammlungsbeschlüsse, die die Stellung der Partizipanten verschlechtern, sind nur zulässig, wenn sie auch die Stellung der Aktionäre entsprechend beeinträchtigen (Art. 656f Abs. 3 OR). Nach Art. 656f Abs. 4 OR dürfen die Vorrechte und die statutarischen Mitwirkungsrechte von Partizipanten nur mit Zustimmung einer besonderen Versammlung der betroffenen Partizipanten und der Generalversammlung der Aktionäre beschränkt oder aufgehoben werden, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Unter «Vorrechten» gemäss Art. 656f Abs. 4 OR sind alle mit dem Partizipationsschein verbundenen Vermögensrechte (Dividende, Beteiligung am Liquidationsüberschuss, Bezugsrecht), soweit sie eine Besserstellung gegenüber den Stammaktien oder Stammpartizipationsscheinen vermitteln, sowie die statutarisch eingeräumten Mitwirkungsrechte (wie das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung oder auf einen Vertreter im Verwaltungsrat) zu verstehen (vgl. RAMPINI/SPILLMANN, a.a.O., N 5 zu Art. 656f OR).

18.2 Zu unterscheiden sind Abs. 3 und Abs. 4 von Art. 656f OR. Wie in der Botschaft festgehalten (vgl. BBl 1983 II 745 ff., 879), ist Art. 656f Abs. 4 der Bestimmung von Art. 654 OR (Vorzugsaktien) nachempfunden, weshalb die für die Auslegung dieser Norm massgebende Gesichtspunkte auch für Art. 656f Abs. 4 OR herangezogen werden können. In Abs. 3 geht es um Statutenänderungen und andere Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Stellung der Partizipanten beeinträchtigen. Gemäss Abs. 3 genügt eine Beeinträchtigung durch einen Beschluss oder eine neue Statutenbestimmung, ohne dass damit ein Entzug oder eine Beschränkung von konkreten Rechten der Partizipanten verbunden sein muss. Selbst wenn die formelle Rechtsposition der Partizipanten unangetastet bleibt, kann sich durch andere Beschlüsse eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu den Aktionären ergeben. Demgegenüber geht es bei Abs. 4 um die formelle Beschränkung und den formellen Entzug von Vorrechten und statutarischen Mitwirkungsrechten, wie sich aus dem Entwurf des Bundesrates für Art. 656f Abs. 4 OR ergibt. Abs. 4 sprach von einer «Beschränkung» oder «Aufhebung» dieser Rechte (vgl. BBl 1983 II 745 ff., 963). Die Botschaft führte dazu aus, für die «Aufhebung» oder «Abänderung» solcher Rechte genüge eine Statutenänderung nicht (BBl 1983 II 745 ff., 879). Diese Formulierungen stellen klar, dass die Beeinträchtigung bei Abs. 4 anders als bei Abs. 3 auf einem Eingriff in die rechtliche Substanz der Vorrechte beruhen muss (vgl. dazu auch BÖCKLI, a.a.O., § 4 Rz. 34: «Rechte wegnehmen»), eine Schlechterstellung bloss in wirtschaftlicher Hinsicht genügt nicht (vgl. LIEBI, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, N 71 zu Art. 654-656 OR; MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen und steuerrechtlichen, rechtsgeschichtlichen, rechtsökonomischen, rechtsvergleichenden und corporate finance Gesichtspunkten, Diss. ZH/SG 2007, Rz. 328 und 334; ARTHUR KÄGI, Die Prioritätsaktien, Diss. ZH 1918, S. 61 f.; BAHAR/PEYER, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 2016, N 78 zu Art. 654-656 OR). Beschlussgegenstand muss ein Vorrecht sein, d.h. eine statutarische Bestimmung, welche den Partizipanten ein Vorrecht einräumt (vgl. MICHEL MEYER, Vorrechte aus Vorzugsaktien, Diss. ZH 1933, S. 53). Mit anderen Worten ist eine formelle und nicht bloss faktische Beeinträchtigung erforderlich (MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, a.a.O., Rz. 328). Die Zustimmung der Sonderversammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre muss nur zu qualifizierten Beeinträchtigungen der Vorrechte eingeholt werden. So hat beispielsweise eine übermässige Herabstempelung des Nennwerts von Vorzugsaktien nur dann eine übermässige Schlechterstellung der Vorzugsaktionäre zur Folge, wenn sich die Vorrechte am Nennwert bemessen (MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, a.a.O., Rz. 333). Steht das Vorrecht in keiner Beziehung zum Nennwert, werden die Vorzugsaktionäre selbst durch eine überproportionale Herabsetzung des Nennwerts nicht übermässig beeinträchtigt. Keiner Zustimmung der Sonderversammlung bedarf es daher, wenn das Vorrecht umfangmässig erhalten bleibt, die rechtliche Substanz mithin gesamthaft gewahrt bleibt, jedoch das verbundene Wertpapier oder die Bemessungsmodalitäten verändert werden (vgl. MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, a.a.O., Rz. 334, der in Fn. 1453 folgendes Beispiel anführt: «Das Aktienkapital einer AG setzt sich zu 30% aus Vorzugsaktienkapital mit einem Aktiennennwert von CHF 100 zusammen. Dieses ist mit einem Dividendenvorrecht im Umfang von 5% verbun-

den. Der Nennwert der Vorzugsaktien wird um CHF 50 herabgestempelt. Gleichzeitig wird das Dividendenvorrecht um 5% auf 10% erhöht. Im Resultat bleibt das Dividendenvorrecht gleich hoch. Es findet kein Eingriff in die rechtliche Substanz statt»).

18.3 Vorliegend wurde der Nennwert der Aktien und der Partizipationsscheine der Beklagten jeweils gleichmässig herabgesetzt. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Statuten steht den Partizipanten aber zusätzlich eine Vorzugsdividende zu, welche in Abhängigkeit zum Nennwert steht. Die Herabsetzung des Nennwerts der Partizipationsscheine hatte folglich auch einen Einfluss auf die Vorzugsdividende. Eine entsprechende zusätzliche Beeinträchtigung der Aktionäre war mit den Kapitalherabsetzungen dagegen nicht verbunden. Der Nennwert der Partizipationsscheine wurde von CHF 20.00 mehrmals bis auf den aktuellen Wert von CHF 3.00 herabgesetzt. Da das Vorrecht nennwertbezogen ausgestaltet ist, wird mit jeder Nennwertveränderung in die rechtliche Struktur des Vorrechts eingegriffen. Es wurde insoweit beschränkt, als mit jeder Nennwertherabsetzung auch der feste Gewinnanteil reduziert wurde, nämlich von CHF 1.00 auf CHF 0.15. Eine proportionale Erhöhung des Dividendenvorrechts entsprechend der Herabsetzung des Nennwerts erfolgte nicht. Mit den Kapitalherabsetzungsbeschlüssen ist somit ein Vorrecht der Partizipanten beschränkt worden (a.M. wohl ARTHUR KÄGI, a.a.O., S. 61 f.). Entsprechend hätte gemäss Art. 656f Abs. 4 OR eine Sonderversammlung durchgeführt werden müssen. Eine abweichende statutarische Ordnung hinsichtlich Beschränkung und Aufhebung von Vorrechten wurde nicht vorbehalten. Eine Versammlung der Partizipanten hat im Zusammenhang mit den Kapitalherabsetzungsbeschlüssen der Generalversammlung der Beklagten unbestrittenermassen nicht stattgefunden.

19. Die Rechtsprechung hat sich soweit ersichtlich bisher nicht mit den Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 656f Abs. 4 OR (bzw. Art. 654 Abs. 2 OR, Vorzugsaktien) befasst.

19.1 Der Kläger ist der Auffassung, dass mit Bezug auf die Partizipanten gar kein anfechtbarer Beschluss vorliege (vgl. Replik Rz. 74). Dies trifft nicht zu: Anzufechten sind die Beschlüsse, mit denen die nachteilige Änderung des Vorrechts beschlossen wurde, und das waren vorliegend die Beschlüsse über die Kapitalherabsetzungen durch Reduktion der Nennwerte von Aktien und Partizipationsscheinen. Diese stellten zugleich Beschlüsse über die Abänderung der Bemessungsgrundlage der Vorzugsdividende dar, denn durch die Herabsetzung der Nennwerte der Partizipationsscheine erfolgte auch eine umfangmässige Reduktion der Vorzugsdividende. Da keine Sonderversammlungen der Partizipanten durchgeführt wurden, erfolgten die Kapitalherabsetzungsbeschlüsse in Verletzung von Art. 656f Abs. 4 OR. Verstösst ein Beschluss der Generalversammlung gegen das Gesetz oder die Statuten, sieht das Gesetz als Rechtsfolge die Anfechtbarkeit (Art. 706 f. OR) oder Nichtigkeit (Art. 706b OR) des betreffenden Beschlusses vor. Die Missachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensregel, wie beispielsweise diejenige von Art. 656f Abs. 4 OR, führt demzufolge entweder zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses. Welche dieser beiden Rechtsfolgen zur Anwendung kommt, wird unterschiedlich beurteilt:

19.2 Gemäss einer Auffassung stellt die Zustimmung der Sonderversammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre eine Rechtsbedingung («conditio iuris») dar. Deshalb sei sie eine Gültigkeitsvoraussetzung des die Vorrechte beeinträchtigenden Generalversammlungsbeschlusses. Die fehlende Zustimmung der Sonderversammlung stelle kein Anfechtungsgrund im Sinne von Art. 706 OR dar (vgl. LIEBI in: Basler Kommentar, a.a.O., N 71 zu Art. 654-656 OR und MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, a.a.O. Rz. 337; gl.M. ARTHUR KÄGI, a.a.O., S. 66; BERTRAND SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, SSHW Nr. 285, § 6 Rz. 46 ff.). Der Sonderversammlungsbeschluss und der Generalversammlungsbeschluss seien als gegenseitige Wirksamkeitsvoraussetzungen anzusehen. Der zeitlich zweite Beschluss stelle eine Rechtsbedingung für den jeweils ersten Beschluss dar, wobei der erste Beschluss mithin solange schwebend unwirksam sei, bis der andere gefasst sei. Fehle eine Wirksamkeitsvoraussetzung definitiv, führe dies zur Nichtigkeit des Beschlusses (BERTRAND SCHOTT, a.a.O., § 6 Rz. 49, 51 und 27).

19.3 Anderer Auffassung zufolge liegt allein ein Anfechtungsgrund i.S.v. Art. 706 OR vor. Fehle die Zustimmung der Sonderversammlung, obwohl das Gesetz nach einer solchen verlange, und sei statutarisch keine abweichende Regelung vorgesehen, so mangle es dem entsprechenden Entscheid der Generalversammlung an einem Gültigkeitserfordernis und der Beschluss sei anfechtbar. Da statutarisch auf die Sonderversammlung verzichtet werden könne, handle es sich bei Art. 654 Abs. 2 OR nicht um zwingendes Recht, dessen Verletzung die Rechtsfolge der Unwirksamkeit rechtfertigen würde. Werden Vorzugsaktionäre um ihre Privilegien gebracht, indem ihnen beispielsweise die ihnen zustehenden Vorzugsdividenden verwehrt oder ihnen andere Vorrechte nicht gewährt würden, dann würden ihnen die gesetzlichen bzw. aktienrechtlichen Klagerechte zur Verfügung stehen. In Frage komme primär die Anfechtung der in ihre Rechte eingreifenden Beschlüsse der Generalversammlung gemäss Art. 706 OR (BAHAR/PEYER, a.a.O., N 75 und 86 ff. zu Art. 654-656 OR; BÖCKLI, a.a.O., § 4 Rz. 51). Das Gesetz anerkenne den Anspruch der Partizipanten auf die Gesetzes- und Statutenkonformität der Beschlussfassung der Generalversammlung (Art. 656a Abs. 2 OR und Art. 656c Abs. 2 OR e contrario), auch wenn sie an der Generalversammlung nicht aktiv mitwirken könnten. Ihnen stehe deshalb selbständig das Anfechtungsrecht nach Art. 706 ff. OR zu. Sie könnten innerhalb von zwei Monaten nach der Generalversammlung die getroffenen Beschlüsse anfechten, wenn diese gegen Gesetz oder Statuten verstossen bzw. in unsachlicher Weise ihre Rechte entziehen oder beschränken oder eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Partizipanten bewirken würden (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 13 OR). Ebenso müsse ihnen ein Anfechtungsrecht zugestanden werden, wenn die Generalversammlung die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufhebe, ohne dass die Gesellschaft die Zustimmung aller Beteiligten in einer Sonderversammlung einhole (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR; VON DER CRONE, Aktienrecht, 2014, § 3 Rz. 157).

19.4 Demgegenüber geht der Kläger von der Rechtmässigkeit der Kapitalherabsetzungsbeschlüsse aus. Die Herabsetzungen hätten zu einer Reduktion des Nennwertes der Aktien und Partizipationsscheinen geführt. Mangels einer Abstimmung

unter den Partizipanten hätten sie aber keine Wirkung auf die Vorzugsdividende gehabt und damit nicht zu einer Reduktion geführt (vgl. Klageantwort Rz. 53 ff.). Unklar ist, wie er diese Rechtsfolge rechtlich begründen will. Ginge man von dieser Rechtsfolge aus, so würden die Statuten eine Vorzugsdividende ausweisen, die so gar nicht bestehen würde. Finanzielle Vorrechte einzelner Aktien- bzw. Partizipationsscheinkategorien müssen in die Statuten aufgenommen, genau definiert und abgegrenzt werden (Art. 627 Ziff. 9 OR; BÖCKLI, a.a.O. § 1 Rz. 314). Die Käufer einer Aktie gingen gestützt auf die Statuten davon aus, dass die Partizipanten eine Vorzugsdividende von 5% auf dem aktuellen Nennwert erhalten und nicht auf einem Betrag der den aktuellen Nennwerts um ein Vielfaches übersteigt. Wie in BBl 1983 II 745 ff., 822. f., festgehalten ist, sollen als mögliche Rechtsfolgen von Aktionärsrechtsverletzungen nur noch die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit möglich sein. Die Möglichkeit der sogenannten relativen Unwirksamkeit werde damit ausgeschlossen. Es solle nicht mehr vorkommen, dass gewisse Generalversammlungsbeschlüsse nur noch für diejenigen Aktionäre gelten würden, die einem Beschluss zugestimmt haben, nicht aber für die anderen. Die relative Unwirksamkeit sei mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit und dem Rechtssicherheitsinteresse nicht vereinbar. Folgt man der Auffassung des Klägers so hätten die Kapitalherabsetzungen zu einer der relativen Unwirksamkeit ähnlichen Rechtsfolge geführt, in dem sie zwar zu einer Herabsetzung des Kapitals geführt hätten aber hinsichtlich der Vorzugsdividende aufgrund fehlender Zustimmung der Partizipanten nicht gelten würden. Der Auffassung des Klägers kann nicht gefolgt werden. Entweder ist der Kapitalherabsetzungsbeschluss nichtig oder anfechtbar.

19.5 Das Anfechtungsrecht stand gemäss Art. 656a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 706 OR auch den Partizipanten zu. Jeder Beschluss der Generalversammlung ist unverzüglich am Gesellschaftssitz und bei den eingetragenen Zweigniederlassungen zur Einsicht der Partizipanten aufzulegen (vgl. Art. 656d Abs. 2 OR). Die gesetzliche Bestimmung wird in Art. 10 Abs. 5 der Statuten wiederholt. Es ist unbestritten, dass die Partizipanten der Beklagten über Generalversammlungsbeschlüsse informiert werden und damit auch Kenntnis über die Kapitalherabsetzungsbeschlüsse erlangt haben. Verstossen Kapitalherabsetzungsbeschlüsse gegen Gesetz oder Statuten, müssen diese angefochten werden. Unterbleibt die Anfechtung, werden die Beschlüsse wirksam und der rechtlichen Mangel wird dadurch geheilt. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn ein nichtiger Beschluss gemäss Art. 706b OR vorliegt. Auf die Nichtigkeit eines Beschlusses kann sich jedermann, grundsätzlich zu jeder Zeit berufen (vgl. BGE 137 III 460 E. 3.3.2, m.w.H.). Die Anfechtbarkeit eines Generalversammlungbeschlusses ist aber, insbesondere auch im Interesse der Rechtssicherheit, die Regel die Nichtigkeit die Ausnahme, die nur im Falle schwerwiegender materieller oder formeller Mängel zum Tragen kommt (vgl. BBl 1983 II 745 ff., 883 f.: «Nach wie vor gilt, dass rechtswidrige Generalversammlungsbeschlüsse aus Gründen der Rechtssicherheit vermutungsweise nur anfechtbar sind. Auf Nichtigkeit kann demnach nur aus zwingenden Gründen erkannt werden. […] Auf Nichtigkeit kann nur erkannt werden, wenn mit dem entsprechenden Aktionärsrecht derart gewichtige öffentliche Interessen verbunden sind, dass sie das ebenfalls öffentliche Rechtssicherheitsinteresse über-

wiegen»). Erfolgt keine Anfechtung, kann das zur Folge haben, dass selbst rechtswidrige Beschlüsse rechtswirksam werden können. Die in der Literatur vorgeschlagene Unterscheidung unterschiedlicher Arten von Beschlussvoraussetzungen ist nicht tauglich (vgl. BERTRAND SCHOTT, a.a.O. § 6 Rz. 37 ff.). Eine Kategorisierung kann allenfalls nützlich sein, um schwerwiegende inhaltliche oder formelle Mängel von weniger schweren Mängeln zu unterscheiden, denn nur erstere rechtfertigen die Nichtigkeitsfolge. Die Rechtssicherheit verlangt, dass schwerwiegende Mängel, die die Nichtigkeitsfolge rechtfertigen, nur zurückhaltend angenommen werden, da ansonsten noch nach Jahren Ansprüche geltend gemacht werden könnten. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In BGE 137 III 460 wird festgehalten, dass bei der Annahme von Nichtigkeit Zurückhaltung geboten sei. Die Gründe für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft seien in Art. 706b OR nicht abschliessend aufgezählt. Neben den ausdrücklich aufgeführten schweren Mängeln primär inhaltlicher Natur könnten auch schwerwiegende formelle Mängel in der Beschlussfassung zur Nichtigkeit führen. Teilweise würden von den nichtigen Beschlüssen in begrifflicher Hinsicht sog. Schein- oder Nichtbeschlüsse abgegrenzt, bei denen gar kein Generalversammlungsbeschluss vorliege, weil es an einer als Generalversammlung zu qualifizierenden Zusammenkunft bzw. einer Beschlussfassung fehle. Die Rechtsfolge sei aber dieselbe wie bei nichtigen Beschlüssen (E. 3.3.2, m.w.H).

19.6 Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die zwingend gewährte Rechte entziehen (Art. 706b Ziff. 1 OR). Bei Art. 656f Abs. 4 OR handelt es sich nicht um zwingendes Recht. Das Gesetz behält bezüglich Beschränkung und Aufhebung von Vorrechten und statutarischen Mitwirkungsrechten von Partizipanten eine abweichende statutarische Ordnung vor (vgl. RAMPINI/SPILLMANN, a.a.O., N 5 zu Art. 656f OR). Zudem erfolgte kein dauerhafter Entzug des Rechts auf Durchführung einer Sonderversammlung, sondern lediglich eine Missachtung dieses Rechts. Wird ein Recht lediglich im Einzelfall entzogen bzw. beschränkt, führt dies in der Regel nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit (vgl. DUBS/TRAUFFER, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, N 9 zu Art. 706b OR, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 4).

19.7 Vorliegend handelt es sich auch nicht um sog. Schein- oder Nichtbeschlüsse. Denn dies würde in der vorliegenden Konstellation erfordern, dass die Beschlüsse nicht vom zuständigen Organ gefasst worden wären. Dies ist jedoch nicht der Fall. Gemäss Art. 732 Abs. 1 OR beschliesst die Generalversammlung über die Herabsetzung des Aktienkapitals durch Statutenänderung. Die Abs. 2 – 3 derselben Bestimmung legen die weiteren Voraussetzungen für einen solchen Beschluss fest. Art. 732 OR ist i.V.m. Art. 656a Abs. 2 OR auch auf die Herabsetzung des Partizipationskapitals anwendbar. An dieser Zuständigkeitsordnung ändert das Zustimmungserfordernis der Partizipanten gemäss Art. 656f OR nichts. Bei der Versammlung der Partizipanten handelt es sich nicht um ein Organ der Aktiengesellschaft. Die Versammlung ist nur dazu bestimmt, den Willen der Partizipanten zuverlässig zum Ausdruck zu bringen. Deren Beschluss stellt die blosse Einwilligung in einen körperschaftlichen Gesamtakt der Aktionäre dar (vgl. RAMPINI/SPILLMANN, a.a.O., N 1 zu Art. 656c OR; Böckli, a.a.O., § 5 Rz. 44 f.). Dass der

Versammlung eine echte Beschlusskompetenz zukommen könnte, stünde im Widerspruch zu Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wonach der Generalversammlung die unübertragbare Befugnis zukommt, über die Änderung der Statuten zu befinden. Zudem ist der Ausschluss der Partizipanten vom Stimmrecht gemäss Art. 656c Abs. 1 OR zwingend. Entsprechend legt das Gesetz auch kein Mitwirkungsrecht der Partizipanten am Generalversammlungsbeschluss fest. Dieser entsteht somit nicht durch Zusammenwirken zweier Organe, sondern allein durch die Abstimmung in der Generalversammlung. Dies ergibt sich auch aus dem Gesetzeswortlaut. Gemäss Art. 656f Abs. 4 OR «dürfen Vorrechte nur mit Zustimmung beschränkt oder aufgehoben werden». Die Bestimmung ist ähnlich formuliert wie andere Bestimmungen, die für die Beschlussfassung die Anwesenheit bzw. Mitwirkung Dritter verlangen. Im Ergebnis geht es um eine blosse Handlungsanweisung an die Generalversammlung, eine Beschränkung oder Aufhebung von Rechten der Partizipanten nur anzuordnen, wenn die Partizipanten zugestimmt haben. Die Missachtung dieses Erfordernisses führt nicht dazu, dass der Beschluss nicht zustande kommen kann. Demnach handelt es sich bei dem Zustimmungserfordernis nicht um eine Gültigkeitsvoraussetzung bzw. Rechtsbedingung für die Generalversammlungsbeschlüsse über die Kapitalherabsetzung und Statutenänderung. Folglich kann nicht gesagt werden, dass die Beschlüsse über die Herabsetzung des Kapitals und der damit verbundenen Statutenänderung von dem dafür unzuständigen Organ getroffen worden sei und es sich um einen Schein- oder Nichtbeschluss handle, der die Nichtigkeit zur Folge hätte.

19.8 Erfolgt der Generalversammlungsbeschluss unter Nichtbeachtung von Art. 656f Abs. 4 OR, so liegt eine Rechtsverletzung vor und der Beschluss ist anfechtbar. Eine Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse über die Kapitalherabsetzungen durch die Partizipanten ist nicht erfolgt. Die Herabsetzung des Kapitals ist wirksam geworden und somit auch die damit verbundenen Änderungen der Bemessungsmodalitäten der Vorzugsdividende. Der Kläger kann sich nicht auf den ursprünglichen Nennwert der Partizipationsscheine von CHF 20.00 als Bemessungsgrundlage der Vorzugsdividende berufen.

20. Fazit

20.1 Nach dem Gesagten ist das Rechtbegehren 1 gutzuheissen und der unter Traktandum Nummer 4 gefasste Generalversammlungsbeschluss vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 aufzuheben. Der Anspruch auf die Vorzugsdividende beträgt 5% des im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses geltenden Nennwertes der Partizipationsscheine, sofern der Jahresgewinn, nach Berücksichtigung der statutarischen und gesetzlichen Vorgaben, dafür ausreicht.

20.2 Im Geschäftsjahr 2017 wurde ein Jahresgewinn von CHF 2'976'190.00 erzielt und der Generalversammlung stand ein Bilanzgewinn von CHF 86'381'146.00 zur Verfügung. Das Partizipationskapital der Beklagten umfasste per Bilanzstichtag (31. Dezember 2017) 234'000 Partizipationsscheine zu nominell CHF 3.00 (vgl. Geschäftsbericht 2017, S. 32 ff., KB 2). Gestützt auf diese Angaben kommt man bei einer Vorzugsdividende von 5% des Nennwerts von CHF 3.00 auf einen Be-

trag von CHF 0.15 pro Partizipationsschein und auf insgesamt CHF 35'100.00 für sämtliche Partizipationsscheine. Die Voraussetzungen für eine Vorzugsdividende für das Geschäftsjahr 2017 im Umfang von 5% des Nennwerts der Partizipationsscheine gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Statuten wären damit erfüllt.

V. Verletzung von Art. 700 Abs. 4 OR und Art. 15 Abs. 3 der Statuten

21. Der Kläger macht zudem eine Verletzung von Art. 700 Abs. 4 OR und Art. 15 Abs. 3 der Statuten geltend, da sein Recht auf Antragstellung und Abstimmung an der Generalversammlung vom 30. April 2018 missachtet worden sei und beantragt auch aus diesem Grund die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses über die Gewinnverwendung vom 30. April 2018 (vgl. Klage Rz. 59 ff.). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines schutzwürdigen Anfechtungsinteresses hinsichtlich der behaupteten Verletzung (vgl. Klageantwort Rz. 115 ff.).

22. Als Aktionär stand dem Kläger an der Generalversammlung vom 30. April 2018 ein Antragsrecht zu. Sein Antrag wurde nicht zur Abstimmung zugelassen (vgl. E. III.13.5 oben). Der Kläger ist damit grundsätzlich zur Anfechtung legitimiert. Die Beurteilung, ob dem Kläger als Aktionär ein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung zukommt, erübrigt sich, denn gemäss E. IV.20 oben ist der unter Traktandum 4 gefasste Beschluss der Generalversammlung vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 bereits aufgrund eines Verstosses gegen die Statuten, Art. 29 Abs. 2, aufzuheben.

VI. Forderungen aus Geschäftsjahren 2012 – 2014 und 2016 (Rechtsbegehren 3)

23. Die Beklagte bestreitet die Legitimation des Klägers hinsichtlich der von ihm vertretenen Partizipationsscheine. Sie ist der Ansicht, der Kläger müsse für die Jahre 2013 bis 2018 nachweisen, wie viele Partizipationsscheine er im Zeitpunkt des jeweiligen Beschlusses der Generalversammlung selber besessen bzw. vertreten habe. Der Kläger habe zur Begründung seiner Vertretungsmacht lediglich Abtretungserklärungen aus dem Jahr 2018 eingereicht. Seine Legitimation für die Jahre 2013 – 2017 sei nicht korrekt dargelegt worden (vgl. Duplik Rz. 32 f.).

Die Partizipationsscheine sind vorliegend als Inhaberpapiere ausgestaltet. Das Inhaberpapier ist ein Wertpapier, in dem ein Recht derart verbrieft ist, dass der Inhaber der Urkunde Erfüllung verlangen kann und der Verpflichtete nur an ihn mit befreiender Wirkung leisten darf. Beim Inhaberpapier folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier. Wer Eigentümer des Papiers ist, hat Anspruch an den im Papier verbrieften Rechten (vgl. VON DER CRONE, a.a.O., § 3 Rz. 3 und 26). Anspruch auf Auszahlung der Dividende haben die Inhaber der Partizipationsscheine. Das Dividendenrecht ist ein Nebenrecht, das dem Inhaberpapier und damit der Partizipantenstellung folgt. Der Anspruch kann abgetreten werden oder insbesondere durch Tilgung erlöschen. Solange keine Tilgung erfolgt ist, wird das

Nebenrecht zusammen mit dem Partizipationsschein übertragen, so dass der jeweilige Inhaber aktivlegitimiert ist.

Vorliegend wurde die Vorzugsdividende für die Geschäftsjahre 2012 – 2014 und 2016 sowie 2017 nicht oder nicht im vom Kläger beantragten Umfang ausbezahlt. Eine Tilgung ist in diesem Umfang noch nicht erfolgt, so dass der jeweilige Inhaber des Partizipationsscheins im Zeitpunkt der Geltendmachung der Vorzugsdividende aktivlegitimiert ist. Nicht relevant ist, wer die vom Kläger gehaltenen bzw. die ihm abgetretenen Partizipationsscheine im Zeitpunkt des jeweiligen Dividendentermins gehalten hat. Die Aktivlegitimation des Klägers im Urteilszeitpunkt im Zusammenhang mit den von ihm geltend gemachten Forderungen aus 152'504 Partizipationsscheinen ist nicht bestritten (vgl. E. III.13.8 oben).

24. Mit Rechtsbegehren 3 macht der Kläger eine Forderung in der Höhe von CHF 475'762.40 für nicht ausgeschüttete Vorzugsdividenden aus den Geschäftsjahren 2012 – 2014 und 2016 geltend. Gemäss den eingereichten Geschäftsberichten hat die Beklagte in diesen Jahren genügend Jahresgewinn erzielt (vgl. Geschäftsberichte 2012 – 2014 und 2016, KB 27 – 31 und 2), um unter Berücksichtigung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen eine Vorzugsdividende in der Höhe von 5% an die Partizipanten auszuschütten (vgl. Art. 674 Abs. 1 OR, Art. 675 Abs. 2 OR). Wie unter E. IV.20 oben festgehalten, ist als Bemessungsgrundlage für die Vorzugsdividende auf den für das massgebende Geschäftsjahr jeweils gültigen Nennwert der Partizipationsscheine abzustellen.

25. Für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 wurde eine Vorzugsdividende von CHF 0.30 pro Partizipationsschein ausbezahlt. Dies entspricht einer Dividende von 5% auf dem damals massgebenden Nennwert der Partizipationsscheine von CHF 6.00. Die Beklagte hat demzufolge für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 die statutarisch vorgesehene Vorzugsdividende beschlossen und an die Partizipanten ausgeschüttet. Das Dividendenvorrecht der Partizipanten wurde berücksichtigt. Soweit der Kläger mit Rechtsbegehren 3 die Zahlung einer Vorzugsdividende für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 geltend macht, ist die Klage bereits aus diesem Grund abzuweisen.

26. Die Voraussetzungen für die Ausschüttung einer Vorzugsdividende von 5% an die Partizipanten wären für die Geschäftsjahre 2012 und 2016 erfüllt gewesen (vgl. E. III.13.4 und VI.24 oben). Dennoch wurde für das Geschäftsjahr 2012 lediglich eine Vorzugsdividende von 3.33% und für das Geschäftsjahr 2016 keine ausgeschüttet. Der Verstoss der Gewinnverwendungsbeschlüsse für die Geschäftsjahre 2012 und 2016 gegen die Statuten hätte demzufolge mittels Anfechtung geltend gemacht werden müssen. Eine Anfechtung durch die Partizipanten ist nicht erfolgt. Unterbleibt eine Anfechtung, so werden die Beschlüsse wirksam und der rechtliche Mangel wird geheilt (vgl. IV.19.5 oben). Die Beschlüsse über die Gewinnverwendung für die Geschäftsjahre 2012 und 2016 (sowie auch 2013 und 2014) haben definitive Gültigkeit erlangt (vgl. VON DER CRONE, a.a.O., § 8 Rz. 185; TANNER, a.a.O., N 42 zu Art. 706a OR).

27. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf die der Kläger im Zusammenhang mit dem Forderungsrecht verweist, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Gemäss BGE 29 II 452 erschien das zweite Klagebegehren (Leistungsklage) nur insoweit als begründet, als es die Ausführung des Urteils über das erste Begehren (Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses, infolge eines gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusses) darstellte und wurde in diesem beschränkten Umfang gutgeheissen. Die Möglichkeit einer über diesen Umfang hinausgehenden Leistungsklage sah das Bundesgericht auch in BGE 53 II 250 (der auf den vorgenannten Entscheid verweist) nicht vor. In den beiden Entscheiden ging es einzig um die Frage, ob nach Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses für die Entstehung des Anspruchs noch ein erneuter Dividendenfeststellungsbeschluss der Generalversammlung notwendig ist oder die Dividende in Form einer Leistungsklage direkt eingefordert werden kann (vgl. E. VII.30 unten). Hingegen hielt das Bundesgericht nicht fest, für die Leistungsklage sei eine vorgängige Anfechtungsklage nicht erforderlich.

28. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Kläger für die Geschäftsjahre 2012 – 2014 und 2016 keine Forderung zusteht. Das Rechtsbegehren 3 ist abzuweisen.

VII. Forderung aus Geschäftsjahr 2017 (Rechtsbegehren 2)

29. Den Partizipanten steht für das Geschäftsjahr 2017 gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Statuten eine Vorzugsdividende in der Höhe von 5% des Nennwertes von CHF 3.00 zu, sofern die Beklagte einen ausreichenden Jahresgewinn erzielt hat und eine entsprechende Ausschüttung zulässig ist (E. IV.20 oben). 2017 wurde ein Jahresgewinn von CHF 2'976'190.00 erzielt und der Beklagten stand ein Bilanzgewinn von CHF 86'381'146.00 zur Verfügung (vgl. Geschäftsbericht 2017, S. 34, KB 2). Die Voraussetzungen, für die Ausschüttung einer Vorzugsdividende an die Partizipanten, sind erfüllt. Für die Aktivlegitimation gilt das oben Gesagte (E. VI.23 oben). Fraglich ist, wie der Kläger diesen Anspruch durchsetzen kann, ob ihm ein direktes Forderungsrecht zusteht oder ob er die erneute Beschlussfassung der Generalversammlung abzuwarten hat.

30. Ein Klagerecht auf Erstattung der Dividende ist im Gesetz nicht vorgesehen. Trotzdem gehen die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 29 II 452 und BGE 53 II 250) und die wohl herrschende Lehre von einem direkten Forderungsrecht aus.

In BGE 29 II 452 E. 5, S. 468 ff., wird festgehalten:

> Im übrigen hängt die Frage, ob den Klägern jetzt schon die der Ungültigkeitserklärung entsprechende Dividende zuzusprechen sei, davon ab, ob die Kläger einen gegenwärtigen, fälligen Anspruch auf diese Dividende haben, oder ob nicht ihr Dividendenanspruch erst entsteht mit einem Beschluss der Generalversammlung, der sich als Ausführung des gegenwärtigen Urteiles über das erste Klagebegehren darstellen würde. Nun ist, entgegen den Ausführungen der Kläger, daran festzuhalten, dass Art. 629 OR den Aktionären nicht ein unbedingtes und unbeschränktes Recht auf die Dividende gibt, sondern nur insoweit, als der Reingewinn nach den Statuten zur Verteilung unter die Aktio-

näre bestimmt ist. Der Dividendenanspruch der Aktionäre folgt also erst aus den Statuten, nicht unmittelbar aus dem Gesetze selber. Dagegen ist die weitere Frage, ob dieser durch die Statuten gewährte Anspruch schon entstehe durch die Tatsache des Vorhandenseins eines nach den Staturen zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmten Reingewinnes, oder ob zur Entstehung des Anspruches ein Dividendenfeststellungsbeschluss der Generalversammlung notwendig sei, im Sinne der ersten Auffassung zu entscheiden. Denn, wenn die Statuten den Anspruch der Aktionäre auf die Dividende festsetzen, schaffen sie damit ein Recht der Aktionäre, das als Sonderrecht der Aktionäre zu bezeichnen ist und gemäss Art. 627 OR nicht angetastet werden darf, das nach dem System des schweizerischen Obligationenrechts allerdings nur mit der Einschränkung des Art. 631 Abs. 2 OR. Einer besonderen Beschlussfassung zur Entstehung des Dividendenrechts bedarf es in dem Falle, wo (wie hier) die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regeln, nicht. Daraus folgt, dass dann, wenn den Aktionären durch einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss die ganze oder ein Teil der Dividende entzogen ist, eine präsente Verletzung des Anspruches der Aktionäre auf die Dividende vorliegt, und dass sie demgemäss berechtigt sein müssen, Wiederherstellung dieser Verletzung nicht nur in der Form der Ungültigkeitserklärung des betreffenden Beschlusses zu verlangen, sondern auch in der Form der Leistungsklage, der Klage auf Leistung nämlich der widerrechtlich entzogenen Dividende. Auch vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit aus ist diese Lösung der andern, wonach nunmehr noch ein Beschluss der Generalversammlung notwendig wäre, weit vorzuziehen. Das zweite Klagebegehren erscheint danach insoweit als begründet, als es die Ausführung des Urteils über das erste Begehren mit Bezug auf die Kläger darstellt, und ist in diesem beschränkten Umfange gutzuheissen.

In BGE 53 II 250 E. 5, S. 266, ist festgehalten:

Denn nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf es einer besonderen Beschlussfassung zur Entstehung des Dividendenrechtes in dem Falle, wo die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regeln, nicht und sind demgemäss die Aktionäre, denen durch einen statutenwidrigen Beschluss die Dividende entzogen worden ist, berechtigt, Wiederherstellung der Verletzung nicht nur in der Form der Ungültigkeitserklärung des Beschlusses zu verlangen, sondern auch, wie hier, in der Form der Klage auf Leistung der widerrechtlich entzogenen Dividende (BGE 29 II 469/70).

Gestützt auf diese ältere Rechtsprechung wird vertreten, dass es keiner besonderen Beschlussfassung bedarf, sofern die Statuten die Verteilung des Bilanzgewinns und den Umfang des Vorrechts regeln. In diesen Fällen entstehe der Anspruch auf Dividende bereits im Zeitpunkt «der Tatsache des Vorhandenseins eines nach den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmten Bilanzgewinns», d.h. im Zeitpunkt der Genehmigung der Jahresrechnung. Der Anspruch werde fällig, sobald ein (statutenwidriger) Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung ergangen sei. Den Vorzugsaktionären komme ab diesem Zeitpunkt eine gegen die Gesellschaft durchsetzbare Forderung auf Ausrichtung des Bilanzgewinns zu, der auf das in den Statuten festgelegte Dividendenvorrecht entfalle (LIEBI, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 16 zu Art. 654-656 OR; vgl. auch MARTIN LIEBI, Vorzugsaktien, a.a.O., Rz. 230 ff.; gl.M. BAHAR/PEYER, a.a.O., N 86 ff. Art. 654-656 OR; KÄGI URS; Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2012, § 5 N 24; KNOBLOCH STEFAN, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, 2011, S. 248, der festhält, dass diese Rechtsprechung des Bundesgerichts

noch heute gelte, da keine Hinweise darauf bestehen würden, dass mit den Revisionen daran etwas geändert werden sollte).

Auch die neuere Rechtsprechung nimmt in bestimmten Fällen ein direktes Klagerecht an. Im Entscheid vom Bundesgericht 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 E. 3.4.2 (nicht amtlich veröffentlichte Erwägung in BGE 131 III 38) wird folgendes festgehalten:

> Besondere Verhältnisse liegen indessen vor, wenn die Statuten der Generalversammlung die Ausrichtung von Tantiemen nicht nur fakultativ erlauben, sondern diese in einem bestimmten Mass zwingend vorschreiben. In diesem Fall steht den Mitgliedern des Verwaltungsrates, wenn die statutarischen Voraussetzungen erfüllt sind, gegenüber der Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf die Tantieme zu, den sie mit Leistungsklage gegenüber der Gesellschaft geltend machen können, ohne den Generalversammlungsbeschluss, der diesen Anspruch missachtet, nach Art. 706 OR anfechten zu müssen (BGE 75 II 149 E. 2a S. 153; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 28 N. 125; Kurer, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 677 OR; Bürgi, Zürcher Kommentar, N. 20 zu Art. 677 OR). Dieser Rechtsanspruch bildet Bestandteil des zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrats bestehenden synallagmatischen Rechtsverhältnisses, das in einzelnen Punkten auch durch die Statuten geregelt ist.

31. Eine andere Auffassung lehnt eine direkte Leistungsklage gegen die Gesellschaft unter geltendem Recht ab (BÖCKLI, a.a.O., § 4 Rz. 164a; ROHDE/BERGER, Privatautonomer Schutz der Minderheitsrechte oder Mehrheitsrechte in den Statuten oder Gesellschaftsverträgen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, 2016, S. 100 f.; VISCHER MARKUS D., Die Geschäftsausübung für die AG in ihrem Gründungsstadium, SZW 2014 S. 63 ff., S. 72 und Fn. 119; THOMAS MEISTER, Hybride Finanzierungsinstrumente und -vehikel im grenzüberschreitenden Verhältnis, ASA 70 Heft 3 S. 97 ff.). Ohne gültigen Dividendenbeschluss bestehe kein Anspruch auf eine Vorzugsdividende. Das Bundesgericht habe zum OR 1881 dem Vorzugsaktionär, wenn ein zur Verteilung unter die Aktionäre fähiger und bestimmter Bilanzgewinn vorhanden gewesen sei, mangels eines entsprechenden Mehrheitsbeschlusses eine direkte Leistungsklage gegen die Gesellschaft eingeräumt (BGE 29 II 452, BGE 53 II 250). Diese Praxis sei mit dem heute geltenden Recht unvereinbar. Eine Schuld der (nicht in Liquidation befindlichen) Gesellschaft gegenüber den Aktionären entstehe rechtmässig nur aus einem Dividendenbeschluss, der die fünf gesetzlichen Voraussetzungen erfülle – darunter eine Zustimmung der Mehrheit der in der Generalversammlung stimmberechtigten Aktionäre – oder aber aus einem Kapitalherabsetzungsbeschluss. Die Festsetzung einer Dividende, und damit die Schaffung einer Schuld der Gesellschaft im entsprechenden Betrag gegenüber den Aktionären, sei eine unübertragbare Zuständigkeit der Generalversammlung. Eine Statutenbestimmung, die etwas anderes vorsehe, oder ein Gewinnverteilungsbeschluss des Verwaltungsrates, der sich nicht auf einen Generalversammlungsbeschluss stütze, sei nichtig (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 4 Rz. 164a). Werde trotz einer statutarischen Bestimmung und trotz Vorliegen aller in den Statuten genannten Bedingungen keine (oder eine zu tiefe) Dividende von der Generalversammlung beschlossen, so sei der Beschluss als statutenwidriger Beschluss der Generalversammlung i.S.v. Art. 706

Abs. 2 Ziff. 1 OR anfechtbar. Nur der Generalversammlungsbeschluss (und nicht die Statutenbestimmung) begründe eine direkte Forderung der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft auf Auszahlung der Dividende, so dass keine direkte Forderungsklage gegenüber der Gesellschaft möglich sei (vgl. ROHDE/BERGER, a.a.O., S. 100 f.). Die Gesellschaft müsse einen Ausschüttungsbeschluss treffen, damit aus dem Vorzugsrecht ein rechtlich durchsetzbarer Forderungsanspruch werde (vgl. THOMAS MEISTER, a.a.O., S. 102).

32. Wie nachfolgend aufgezeigt, ist es insgesamt fraglich, ob die alte Rechtsprechung des Bundesgerichts im vorliegenden Fall als Leitlinie angesehen werden kann:

32.1 Denn zu beachten ist einerseits, dass die einschlägigen Entscheide des Bundesgerichts sehr alt sind und fraglich ist, ob sie unter der heutigen Rechtslage noch Gültigkeit haben. Die Rechtsprechung von 1903 und 1927 wurde nicht in den Gesetzeswortlaut übernommen, obwohl das Obligationenrecht seither mehrmals einer Revision unterzogen wurde. Der Kläger hat im Schlussvortrag vorgebracht, dass die Rechtsprechung aus den alten Bundesgerichtsentscheiden 1936 in das Gesetz überführt und bei der Revision 1992 beibehalten worden sei. Aus Art. 656 OR ergebe sich ein direkter statutarischer Anspruch (vgl. Protokoll S. 3 f.). Dass sich gestützt auf Art. 656 OR ein direktes Forderungsrecht ergibt, bzw. die Rechtsprechung von BGE 29 II 452 und BGE 53 II 250 ins Gesetz aufgenommen wurde, geht weder aus dem Gesetzestext noch aus der Botschaft von 1928 (BBl 1928 I 205 ff.) hervor. Tatsächlich wurden die Bestimmungen zu den Vorzugsaktien 1936 ins Gesetz aufgenommen. Aus diesen Bestimmungen geht aber weder hervor, dass ein direkter statutarischer Anspruch besteht noch unter welchen Voraussetzungen ein solcher geltend gemacht werden kann; gemäss der Rechtsprechung müssen dafür ja noch bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein (Verteilung und Mass der Dividende in den Statuten genau festgelegt). In der Botschaft von 1928 ist dazu lediglich festgehalten, dass sich das geltende Recht über die Vorzugsaktien ausschweige, aber nie ein Zweifel bestanden habe, dass in den ursprünglichen Statuten die einen Aktien vor den anderen in Bezug auf den Reingewinn und Liquidationsergebnis bevorzugt werden könnten. Aber auch die Ausgabe von Vorzugsaktien, die nicht in den ursprünglichen Statuten vorgesehen seien, mit der Mehrheit, die für Statutenänderungen vorgeschrieben sei, habe sich durchgesetzt (BBl 1928 I 205 ff., S. 233). Es finden sich weitere Beispiele von Bestimmungen, die aus der Rechtsprechung bzw. Praxis, ihren Eingang in den Gesetzeswortlaut fanden: Beispielweise wurde mit der Revision von 1936 im Einklang mit der bundesgerichtlichen Praxis das Anfechtungsrecht jedes Aktionärs gegenüber gesetz- und statutenwidrigen Beschlüssen eingeführt (vgl. Botschaft, BBl 1928 I 205 ff., S. 251) und mit der Revision von 1991 (BBl 1983 II 745 ff.) wurden die von der Praxis entwickelten Partizipationsscheine gesetzlich geregelt (S. 766); die Ansicht von Lehre und Rechtsprechung, wonach der Entlastungsbeschluss nur für Tatsachen wirkt, die der Generalversammlung bekanntgegeben wurden, wurde im Gesetz verankert (S. 938) und der Praxis des Bundesgerichtes, dass die Solidarhaftung im Aussenverhältnis der Ganzhaftung gleichzusetzen ist, wurde Rechnung getragen (S. 746). Dagegen fand die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass ein direktes Forderungsrecht auf statutarisch

festgelegte Dividenden besteht, und unter welchen Voraussetzungen ein solches Recht geltend gemacht werden kann, keinen Eingang ins Gesetz. Dabei war u.a. die Erleichterung der Ausübung der Klagerechte Zweck der Revision von 1991 (BBl 1983 II 745 ff., S. 746). In der Botschaft werden zwar Klagerechte auf Verurteilung der Gesellschaft zu einer Leistung erwähnt, wenn der Schutz der wohlerworbenen Aktionärsrechten ein positives Handeln des zuständigen Organs verlange, so im Zusammenhang mit dem Recht auf Übertragung der Mitgliedschaft oder dem Recht auf Verurkundung der Mitgliedschaft (vgl. S. 883). Anders als bei den beiden erwähnten Beispielen für eine Leistungsklage ist ein direktes Forderungsrecht gemäss der älteren Praxis des Bundesgerichts nur unter bestimmten Voraussetzungen gegeben, nämlich wenn die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regeln. Weder das Klagerecht noch die Voraussetzungen dafür wurden ins Gesetz übernommen. Vielmehr bedarf es gemäss Gesetz einer Beschlussfassung der Generalversammlung über die Festsetzung der Dividende. Es handelt sich um eine unentziehbare Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Es wird kein Unterschied gemacht, ob es sich dabei um eine ordentliche Dividende oder um eine Vorzugsdividende handelt. Auch aus den Bestimmungen zu den Vorzugsaktien (Art. 654 ff. OR) bzw. Vorzugspartizipationsscheinen (Art. 656a ff. OR) ergibt sich kein solcher Anspruch.

32.2 Zu beachten ist zudem, dass im jüngeren Entscheid des Bundesgerichts 4C.386/2002 vom 12. Oktober 2004 im Zusammenhang mit dem Rechtsanspruch auf die Tantieme, der mit Leistungsklage geltend gemacht werden kann, entscheidend darauf abgestellt wurde, dass der Rechtsanspruch Bestandteil des synallagmatischen Rechtsverhältnisses (das in einzelnen Punkten auch durch die Statuten geregelt ist) zwischen der Gesellschaft und einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrats war, d.h. quasivertraglich. Der Entscheid verweist auf BGE 75 II 146 E. 2a, in welchem festgehalten ist, dass die Statutenbestimmungen über die Tantieme Vertragsbestandteil des Vertragsverhältnisses des Verwaltungsrates mit der Gesellschaft sei und für den Fall, dass die in den Statuten vorgesehene Tantieme nicht ausgerichtet werde, könne jeder Verwaltungsrat die Zahlung verlangen und sei gegenüber der Gesellschaft in der Position eines Gläubigers, d.h. eines Dritten («chaque administrateur peut pour sa part en demander le paiement, et à cet égard il se trouve par rapport à la société dans la situation d'un créancier, c'est-à-dire d'un tiers quelconque»). Die Tantieme ist eine Form der Vergütung für Dienstleistungen, die das Verwaltungsratsmitglied im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages für die Gesellschaft erbringt. Schreiben die Statuten die Ausrichtung von genau bestimmten Tantiemen vor, dann hat das einzelne Verwaltungsratsmitglied einen vertraglichen Anspruch auf diese Vergütung (vgl. VOGT, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 677 OR). Es handelt sich um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben (vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1). An ihrer Rechtsnatur als vertragliche Vereinbarung ändert sich durch die Aufnahme in die Statuten nichts (BGE 75 II 149 E. 2a). Diese Rechtsprechung kann somit nicht unbesehen auf die vorliegende Konstellation übertragen werden. Die Dividende beruht, anders als die Tantieme, nicht auf dem Arbeitsverhältnis, und der Aktionär bzw. Partizipant tritt in diesem Zusammenhang auch nicht als

Dritter gegenüber der Gesellschaft auf. Die Dividende ist der Ertrag den Aktionäre und Partizipanten auf dem von ihnen bereit gestellten Kapital erhalten. Sie hat ihren Grund in der Aktionärs- und Partizipantenstellung.

33. Auch der Begriff des «wohlerworbenen Rechts» bildet keine taugliche Grundlage für ein direktes Klagerecht.

33.1 Denn die Dividendenforderung in einem bestimmten Geschäftsjahr ist kein wohlerworbenes Recht, das unabhängig vom Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung entsteht und durchgesetzt werden kann. Der Begriff des wohlerworbenen Rechts wurde mit der Revision von 1991 zudem aufgegeben (vgl. BGE 121 III 420 E. 4a; vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 109; BBl 1983 II 745 ff. S. 822: «Der Entwurf gibt deshalb die individualrechtliche Ausgestaltung der wohlerworbenen Aktionärsrechte auf, zählt die verschiedenen Aktionärsrechte auf und nennt die Rechtsfolgen, die mit ihrer Verletzung durch die Generalversammlung oder den Verwaltungsrat verbunden sind. […] Der Entwurf knüpft bei den Rechtsfolgen als massgebendes Unterscheidungskriterium an und verzichtet auf den Begriff der wohlerworbenen Aktionärsrechte»). Aber auch bei Anwendung dieses Begriffs würde als absolut wohlerworben nur das Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft gelten (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 39 N 118). Das Recht auf Gewinnausschüttung ist dagegen nur ein relativ wohlerworbenes Recht. BGE 99 II 55 E. 3 hält fest:

> Damit ist jedoch nur gesagt, dass die Generalversammlung und die Verwaltung den Reingewinn und das Liquidationsergebnis grundsätzlich den Aktionären zukommen lassen müssen, und zwar nach Massgabe der von ihnen einbezahlten Beträge und im Verhältnis der mit ihren Aktien verbundenen Rechte (Art. 660, 745 Abs. 1 OR). Die «Wohlerworbenheit» der Rechte auf Anteil am Reingewinn und am Liquidationsergebnis bedeutet nicht, dass die erwähnten Organe alle ihnen nach Gesetz und Statuten zustehenden Beschlüsse so gestalten müssen, dass sie die Anwartschaft der Aktionäre auf Anteil am Reingewinn und am Liquidationsergebnis nicht beeinflussen. Der Reingewinn und das Liquidationsergebnis sind nur insoweit unter die Aktionäre zu verteilen, als das Gesetz und die Statuten es nicht anders bestimmen (Art. 660 Abs. 1, 745 Abs. 1 OR). So darf, ja muss z.B. ein Teil des Reingewinns dem gesetzlichen Reservefonds zugewiesen werden (Art. 671 OR). Die Generalversammlung kann aus dem Reingewinn auch Einlagen in statutarische Reserve- oder andere Fonds machen (Art. 674 OR). Sie kann ferner das Grundkapital erhöhen und das Recht der Aktionäre auf Bezug der neuen Aktien einschränken oder aufheben (Art. 650, 652 OR), wodurch das Verhältnis, in dem die Aktionäre am Reingewinn und am Liquidationsergebnis Anteil hatten, gegen den Willen der Minderheit verändert wird. Der Aktionär hat weder ein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung des Grundkapitals (BGE 26 II 432), noch ein unentziehbares Recht darauf, dass sich die relative Grösse seiner Beteiligung nicht verändere.

Das Recht auf Gewinnausschüttung kann demzufolge von Verwaltungsrat und Generalversammlung durch die Bildung von Reserven auf mannigfache Weise beschränkt werden und es braucht überdies keineswegs der gesamte für die Ausschüttung verfügbare Gewinn auch ausgeschüttet zu werden (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen- und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl. 2018, § 16 N 364). Eine statutarische Verpflichtung zur Gewinnausschüt-

tung kann zudem unter Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen jederzeit entschädigungslos abgeändert werden.

33.2 Damit eine gültige Dividendenausschüttung vorgenommen werden kann, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein (vgl. VON DER CRONE, a.a.O., § 5 Rz. 29; BÖCKLI, a.a.O., § 12 N 518 ff.):

- Beschluss der Generalversammlung, auf Grundlage einer geprüften und von den Aktionären genehmigten Bilanz;
- frei verfügbares Eigenkapital: Dividenden dürfen nur aus dem ausgewiesenen Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR);
- Revisionsbericht über den Jahresabschluss, der das verwendbare Eigenkapital aufzeigt und der Generalversammlung schriftlich vorgelegen hat (Art. 731 Abs. 1 OR). Der Revisor muss bei ordentlicher Revisionspflicht an der Generalversammlung anwesend sein, wenn er nicht einstimmig von dieser Pflicht entbunden wird (Art. 731 Abs. 2).
- von der Revisionsstelle bescheinigte Gesetzes- und Statutenkonformität des Antrags des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinns (Art. 728a Abs. 1 OR und Art. 729a Abs. 1 OR);
- korrekte Bekanntgabe des Geschäfts- und Revisionsberichts (Art. 696 OR).

Ob ein Bilanzgewinn besteht, bestimmt sich nach der Jahresrechnung und steht erst fest, wenn diese genehmigt ist. Die Generalversammlung könnte die Rechnung auch zurückweisen und die korrigierte Rechnung könnte einen tieferen oder gar keinen Gewinn aufweisen. Ob ein Gewinn ausgewiesen wird und wie hoch dieser ausfällt, kann bis zu einem Grad beeinflusst werden (z.B. durch Abschreibungen, Rückstellungen, statutarische Reserven). Der Dividendenanspruch in einem bestimmten Geschäftsjahr ist demnach nie wohlerworben, sondern hängt vom Geschäftsgang und vom Entscheid der Gesellschaft über gewinnvermindernde Buchungen ab. Mit der angeblichen «Wohlerworbenheit» des Dividendenanspruchs kann somit kein direktes Klagerecht begründet werden.

34. Die Dividendenforderung entsteht demnach erst mit dem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung über die Gewinnverwendung, zumal der Jahresgewinn als feste Grösse erst zu diesem Zeitpunkt feststeht und eine Gewinnverteilung ohne genehmigte Jahresrechnung nicht möglich ist. Bis dahin ist sie eine blosse Anwartschaft, die als solche nicht durchgesetzt werden kann (vgl. BGE 99 II E. 3: «Anwartschaft der Aktionäre auf Anteil am Reingewinn», und E. VII.33 oben). Ob die Generalversammlung zur Gewinnausschüttung statutarisch verpflichtet ist oder ihr beim Entscheid ein Ermessen zukommt, ändert daran nichts. Zum Anspruch verdichtet sich die Anwartschaft erst, wenn die Generalversammlung die Dividende statutengemäss festgelegt hat. Ohne entsprechenden Generalversammlungsbeschluss entsteht somit kein Dividendenanspruch. Daher muss ein Generalversammlungsbeschluss, der eine statutarische Pflicht zur Ausschüttung einer Dividende missachtet, zunächst aufgehoben werden, ansonsten er in Rechtskraft erwächst und verbindlich ist. Wird ein statutenwidriger Generalversammlungsbeschluss infolge Anfechtung aufgehoben, muss im Anschluss ein

statutengemässer Gewinnverwendungsbeschluss ergehen, da sonst kein Dividendenanspruch entsteht. Solange aber kein Dividendenanspruch entsteht, wird die Dividende nicht fällig und kann auch kein direktes Klagerecht bestehen.

35. Ein Klagerecht kann ferner nicht davon abhängen, ob die Anwartschaft in den Statuten eindeutig bestimmt wird oder ob deren Festsetzung auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder auf Ermessen beruht. Es ist eine Vielzahl von Statutenbestimmungen denkbar, die der Generalversammlung zwar die Pflicht auferlegen, eine Dividende auszuschütten, diese aber von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig machen. Es ist nicht einzusehen, wieso ein Klagerecht – falls ein solches bestehen würde – nur gegeben sein sollte, wenn sich die Dividende anhand der Statutenbestimmungen und des Jahresgewinns eindeutig bestimmen bzw. errechnen lässt (vgl. BGE 53 II 250 E. 5: «wo die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende genau regeln»). Gerichte beurteilen auf Klage hin sämtliche Ansprüche, die auf Rechtsregeln beruhen, unabhängig davon, ob sie nur durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben sind oder ob deren Höhe nach Ermessen zu bestimmen ist. Es wird ein Wertungswiderspruch geschaffen, wenn für dieselbe Rechtslage je nach Bestimmbarkeit eines Anspruchs unterschiedliche Rechtsfolgen vorgesehen sind. Entweder besteht ein direktes Klagerecht oder es besteht nicht. Weder die Interessenlage der betroffenen Partizipanten ändert sich durch die Bestimmtheit einer statutarischen Bestimmung, noch ändert sich dadurch die Arbeit des Gerichts. Das Gesetz selber sagt nichts darüber aus, wie bestimmt eine Vorzugdividende von Aktionären oder Partizipanten in den Statuten geregelt sein muss (vgl. Art. 654 bzw. 656f OR). Regeln die Statuten die Verteilung und das Mass der Dividende nicht genau, so braucht es auch gemäss der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen Dividendenfeststellungsbeschluss der Generalversammlung. Eine Unterscheidung in der Geltendmachung der Vorzugsdividende, je nachdem, ob die Statuten die Dividende hinreichend genau regeln, erscheint nicht sachgerecht.

36. Gegen ein Klagerecht spricht auch die Natur der Anfechtungsklage. Da die Anfechtungsklage nach der gesetzlichen Ordnung kassatorisch ausgestaltet ist, kann das Gericht nur die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses verfügen, diesen aber nicht abändern oder ersatzweise den statutenkonformen Gewinnverwendungsbeschluss anstelle der Generalversammlung treffen. Gemäss Art. 706 Abs. 5 OR wirkt das Urteil, das einen Beschluss der Generalversammlung aufhebt, für und gegen alle Aktionäre. Das Urteil kann aber auch, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, auf Abweisung lauten. Entsprechend kann man zum Schluss kommen, dass Abs. 5 die Möglichkeit von Urteilen mit einer anderen Wirkung als der Aufhebung nicht ausschliesst. Ein Urteil, das den Beschluss der Generalversammlung ersetzt, müsste aber ebenfalls Wirkung gegen alle Aktionäre haben, weshalb der Umstand, dass das Gesetz zu dieser Möglichkeit schweigt, dafür spricht, dass der Gesetzgeber diese nicht vorsehen wollte. Das Gesetz kennt somit keine positive Beschlussfestsetzungsklage (vgl. BÜHLER/VON DER CRONE, Positive Beschlussfestsetzungsklage, SZW 2014 S. 564 ff, S. 569 f.). Aufgrund der bloss kassatorischen Wirkung der Anfechtungsklage ist gemäss h.L. kein Gestaltungsurteil möglich, d.h. das Gericht kann den Beschluss nicht abän-

dern (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 16 N 131 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N 61; KNOBLOCH, a.a.O., S. 138 ff., S.143; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, a.a.O., § 16 N 300; TANNER, a.a.O., N 196 zu Art. 706 OR, SENN DANIEL, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, in: IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Band Nr. 39, 2018, S. 36 f. Rz. 54; a.M. BÜHLER/VON DER CRONE, a.a.O. S. 570 ff., die allerdings deren Anwendungsbereich auf Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses beschränken; offen gelassen in BGE 122 III 279 E. 3c/bb). Entsprechend kann das Gericht auch nicht anstelle der Generalversammlung beschliessen, den Partizipanten die ihnen zustehende Dividende auszuschütten (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 25 N 61; DUBS/TRUFFER, a.a.O., N 25 zu Art. 706 OR; TANNER, a.a.O., N 197 zu Art. 706 OR). Aber gerade darauf liefe eine direkte Leistungsklage hinaus. Aufgrund der Aufhebung des Beschlusses wird das gesellschaftsinterne Verfahren in die Lage zurückversetzt, in welcher es sich vor dem statutenwidrigen Beschluss befand. Das heisst, die Generalversammlung muss zwingend erneut über die Gewinnverwendung entscheiden, damit ein durchsetzbares Recht entsteht.

37. Die rein kassatorische Wirkung der Anfechtung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gesellschaft je nach den Umständen nach wie vor verschiedene Möglichkeiten offenstehen können, einen statutengemässen Beschluss zu fassen. Die Gesellschaft geht bei der Beschlussfassung in der Regel davon aus, dass ihr Beschluss rechtskonform ist. Unter Umständen sieht sie im Vertrauen auf die Rechtmässigkeit ihres Beschlusses davon ab, andere Beschlussvarianten zu prüfen und zu diskutieren. Würde die positive Beschlussfassungsklage zur Verfügung stehen, bestünde die Gefahr, dass das Gericht anstelle der Generalversammlung einen Beschluss fällt, den die Generalversammlung auf Aufhebung hin selbst so nicht gefällt hätte. Im vorliegenden Fall betrifft die Aufhebung den gesamten Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns für das Geschäftsjahr 2017. Die Generalversammlung muss demzufolge aufgrund der neuen Situation so oder anders neu über die Gewinnverwendung beschliessen. Es stehen ihr dabei verschiedene Möglichkeiten offen. Sie könnte z.B. die ordentliche Dividende für alle Beteiligungspapiere (Aktien und Partizipationsscheine) reduzieren oder ganz auf die ordentliche Dividende verzichten. Zudem müsste sie die Dividende auch noch für die Partizipanten, die nicht Klage erhoben haben, neu festsetzen. Es ist nicht prozessökonomisch, wenn das Gericht einen Teil eines ohnehin neu zu fassenden Beschlusses an Stelle der Generalversammlung fällt, der gemäss Gesetz die unübertragbare Kompetenz zusteht, eine Dividende zu beschliessen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Zudem würde dies dazu führen, dass die ordentliche Dividende zu einem anderen Zeitpunkt fällig würde als die Vorzugsdividende der Partizipanten, was nicht sachgerecht erscheint.

38. Dies bedeutet aber nicht, dass die Partizipanten schutzlos wären, denn in den meisten Fällen reicht die indirekte Durchsetzung aus. Die Gesellschaft ist nicht frei, wie sie nach der Aufhebung ihres Beschlusses verfahren will, sie ist an die Erwägungen des Gerichts gebunden (vgl. BGE 118 II 12 E. 1c). Das Gesetz geht

entsprechend davon aus, dass dies ausreicht, um die Gesellschaft dazu zu bringen, die Gewinnverwendung statutengemäss vorzunehmen. Hält sich die Gesellschaft nicht daran, läuft sie Gefahr, dass ihr wiederum statutenwidriger Beschluss auf Anfechtung hin erneut aufgehoben würde. In der Anfechtung liegt somit ein indirektes Durchsetzungsmittel, von dem ausgegangen werden kann, dass es in der Regel seine Wirkung nicht verfehlen wird.

39. Nach dem Gesagten ist ein direktes Forderungsrecht des Klägers auf Leistung der Vorzugsdividende für das Geschäftsjahr 2017 abzulehnen. Die Dividendenforderung entsteht erst mit dem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung über die Gewinnverteilung. Bevor ein durchsetzbarer Anspruch auf die Vorzugsdividende entsteht, hat aufgrund des gerichtlichen Aufhebungsentscheides eine erneute Beschlussfassung der Generalversammlung der Beklagten über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 zu erfolgen. Die Klage ist demnach zurzeit abzuweisen.

40. Im vorliegenden Fall braucht nicht beurteilt zu werden, wie zu verfahren wäre, wenn die Generalversammlung erneut keine Vorzugsdividende beschliessen würde. Es sind verschiedene Lösungsansätze denkbar, wenn feststeht, dass die Gesellschaft trotz Vorliegens eines gerichtlichen Aufhebungsentscheids die Ausschüttung einer Vorzugsdividende verweigern würde, wie beispielsweise ein Schadenersatzanspruch, der anstelle der Dividende tritt, so wie es der Kläger im Rahmen seiner Eventualbegründung geltend macht.

VIII. Verpflichtung zur Beschlussfassung über die Ausschüttung der Vorzugsdividende für die Geschäftsjahre 2012 – 2014, 2016 (Rechtsbegehren 4)

41. Der Kläger stellt eventualiter den Antrag, die Beklagte zu verpflichten, die Ausschüttung der vorenthaltenen Vorzugsdividenden für die Geschäftsjahre 2012, 2013, 2014 und 2016 zu beschliessen. Gleichzeitig macht er aber geltend, dass die Aktionäre, welche die Generalversammlungsbeschlüsse fassen würden, durch ein Urteil gegen die Gesellschaft nicht zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet werden könnten und die Partizipanten die Aktionäre mangels Rechtsbeziehung nicht einklagen könnten. Bei einem derartigen Urteil wäre er wiederum auf einen Schadenersatzanspruch angewiesen (Klage Rz. 76 f.).

42. Wie der Kläger zu Recht geltend macht, werden die Beschlüsse nicht durch die Beklagte, sondern durch die Generalversammlung, d.h. die Aktionäre der Beklagten, gefasst. Eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten zur Beschlussfassung wäre weder zulässig (vgl. E. VII.36 oben) noch durchsetzbar. Aber auch unabhängig davon würde dem Kläger kein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung zustehen. Die Generalversammlung der Beklagten hat für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 eine Vorzugsdividende im statutarisch vorgesehenen Umfang beschlossen und an die Partizipanten ausgerichtet. Zudem unterblieb eine Anfechtung der Gewinnverwendungsbeschlüsse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2012 und 2016 (sowie auch für 2013 und 2014). Mangels Anfechtung haben

die Beschlüsse definitive Gültigkeit erlangt und eine allfällige dadurch entstandene Beeinträchtigung bleibt rechtmässig (vgl. E. VI.26 oben).

IX. Schadenersatz im Umfang der Rechtsbegehren 2 und 3

43. Mit Eventualbegründung macht der Kläger für die Forderungsbeträge gemäss Rechtsbegehren 2 und 3 einen Schadenersatzanspruch geltend. Der Anspruch läge darin begründet, dass die Beklagte es entgegen Art. 29 der Statuten unterlassen habe, die Ausschüttung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Dividende zu beschliessen und so die statutarischen Rechte der Partizipanten verletzt habe. Die Beklagte müsse sich die Nichtfassung der Beschlüsse als eigene Pflichtverletzung anrechnen lassen (Klage Rz. 75).

44. Die Generalversammlung der Beklagten hat für die Geschäftsjahre 2013 und 2014 eine Vorzugsdividende von 5% des Nennwerts an die Inhaber der Partizipationsscheine beschlossen und ausgeschüttet. Ein Schaden liegt diesbezüglich nicht vor. Was die Geschäftsjahre 2012 und 2016 (sowie auch 2013 und 2014) betrifft, sind die Beschlüsse der Generalversammlung, auch wenn sie unter Missachtung von Art. 29 Abs. 2 der Statuten ergangen sind, rechtswirksam geworden. Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen die Statuten verstossen, können innert einer Frist von zwei Monaten angefochten werden (Art. 706 f. OR). Verstreicht die zweimonatige Frist ohne Anfechtung, so erlangt der Beschluss definitive Gültigkeit. Ab diesem Zeitpunkt können rechts- und statutenwidrige Beschlüsse nicht mehr korrigiert werden. Sie sind de facto geheilt (TANNER, a.a.O., N 42 zu Art. 706a OR). Wird der Beschluss nicht angefochten, bleibt die Beeinträchtigung rechtmässig, weshalb der Aktionär bzw. Partizipant die Rechte im Umfang der Beeinträchtigung verliert. Denn andernfalls, könnte der Aktionär oder Partizipant nach den Regeln von Art. 41 ff. OR für seine Rechte beeinträchtigende Beschlüsse Schadenersatz verlangen, obwohl die beeinträchtigenden Beschlüsse, die die widerrechtliche Handlung darstellen, unanfechtbar und rechtmässig geworden sind, d.h. ein rechtmässiger Beschluss wäre die unrechtmässige Handlung im Sinne von Art. 41 ff. OR (KNOBLOCH STEFAN, a.a.O., S. 106 und 111). Die Beeinträchtigung, sofern eine solche bestanden hat, kann deshalb nicht im Rahmen einer Schadenersatzklage vorgebracht werden. Ein rechtmässig gefasster und unangefochtener Generalversammlungsbeschluss begründet keine Pflichtwidrigkeit.

45. Der Generalversammlungsbeschluss über die Gewinnverwendung 2017 wird aufgrund eines Verstosses gegen Art. 29 Abs. 2 der Statuten aufgehoben. Wird ein unrechtmässiger Beschluss durch eine erfolgreiche Anfechtung aufgehoben, wird das betroffene Aktionärs- oder Partizipantenrecht durch den Beschluss nicht (mehr) beeinträchtigt, weil der beeinträchtigende Beschluss nicht (mehr) existiert (KNOBLOCH STEFAN, a.a.O., S. 101). Mit Aufhebung des Generalversammlungbeschlusses wird auch die Beeinträchtigung aufgehoben. Folglich steht nicht fest, ob es überhaupt zu einem Schaden kommt.

46. Der Kläger dringt mit den Rechtsbegehren 2 und 3 auch gestützt auf die Eventualbegründung (Anspruch auf Schadenersatz) nicht durch.

X. Kosten

47. Grundsatz der Kostenverteilung

47.1 Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Art. 106 Abs. 2 ZPO spricht generell vom «Ausgang des Verfahrens». Der Richter kann bei der Kostenverteilung insbesondere auch das Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits berücksichtigten, wie auch den Umstand, dass eine Partei in einer grundsätzlichen Frage obsiegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1). Dabei kann die Gewichtung der beurteilten Begehren nach unterschiedlichen Kriterien erfolgen, beispielsweise nach ihrer Bedeutung untereinander im Rechtsstreit oder im Verhältnis zum Zugesprochenen oder nach dem verursachten Aufwand (Urteil des Bundesgerichts 5A_186/2017 vom 20. Juli 2017 E. 4.1.2).

47.2 Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheides und allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft gelten als vermögensrechtliche Streitigkeiten (BGE 135 III 578 E. 6.3; 133 III 368 E. 1.3.2; 107 II 179 E. 1). Der Streitwert bemisst sich dabei am Interesse der Aktiengesellschaft an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Beschlüsse (BGE 133 III 368 E. 1.3.2). Der Kläger geht im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage (Rechtsbegehren 1) von einem Streitwert von CHF 234'000.00 aus. Das entspreche dem Betrag der Vorzugsdividende, deren Ausschüttungen an der Generalversammlung 2018 statutenwidrig nicht beschlossen worden sei (vgl. Klage Rz. 6). Die Beklagte bestreitet die Ausführungen des Klägers hinsichtlich des Streitwerts nicht (vgl. Klageantwort Rz. 19). Die Höhe des Streitwerts erscheint nicht offensichtlich unrichtig, weshalb darauf abzustellen ist (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der Forderungsklagen von CHF 625'266.40 ergibt sich aus den Rechtsbegehren 2 und 3 (vgl. Klage Rz. 6 und Replik Rz. 3). Bei Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich gegenseitig nicht ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Demnach beträgt der zur Prozesskostenbestimmung relevante Streitwert CHF 859'266.40.

47.3 Eine betragsmässige Aufteilung der Prozesskosten erscheint vorliegend nicht angemessen. Es ist zu unterscheiden zwischen der Anfechtungsklage (Rechtsbegehren 1) einerseits und den Forderungsklagen (Rechtsbegehren 2 und 3) andererseits. Die Anfechtungsklage ist als wesentlicher Teil des Prozesses anzusehen, ihr kommt ein besonderes Gewicht innerhalb des Rechtsstreites zu. Es rechtfertigt sich deshalb das Rechtsbegehren 1 mit 50% zu gewichten, so dass den Forderungsklagen gemäss Rechtsbegehren 2 und 3 zusammen die übrigen 50% zukommen.

Der Kläger ist mit dem Rechtsbegehen 1 durchgedrungen, der unter Traktandum Nummer 4 gefasste Beschluss der Generalversammlung vom 30. April 2018 ist aufzuheben. Der Kläger ist somit zu 50% als obsiegend zu betrachten. Mit den Rechtsbegehren 2 und 3 ist der Kläger nicht durchgedrungen und in diesem Umfang somit unterliegend. Entsprechend sind die Kosten, unter Berücksichtigung der Gewichtung der einzelnen Rechtsbegehren den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

47.4 Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) zusammen, wobei die Kantone Tarife für diese Kosten festsetzen (Art. 96 ZPO).

48. Gerichtskosten

48.1 Die Gerichtskosten bestehen im vorliegenden Fall aus der Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO).

48.2 Die Pauschalen für den Entscheid bewegen sich bei einem Streitwert von CHF 500'000.00 bis eine Million Franken gemäss Art. 42 Abs. 1 Bst. d des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12) zwischen CHF 9'000.00 und CHF 70'000.00. Innerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Gebühren gemäss Art. 5 VKD anhand des gesamten Zeit- und Arbeitsaufwands, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien. Erhöhungs- oder Reduktionsgründe i.S.v. Art. 6 und 7 VKD liegen keine vor. Weist ein Fall keine nennenswerten Besonderheiten auf, ist er mithin weder als unter- noch als überdurchschnittlich einzustufen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass eine mündliche Parteiverhandlung stattgefunden hat und es sich um einen rechtlich komplexen Fall handelt sind Zeit- und Arbeitsaufwand vorliegend als (leicht) überdurchschnittlich einzustufen. Die Bedeutung des Geschäfts entspricht ihrem Streitwert, welcher im oberen Bereich des anwendbaren Tarifrahmens liegt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien ist als durchschnittlich zu betrachten. Insgesamt erscheint es angemessen, die Gerichtsgebühren (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) auf CHF 32'800.00 festzusetzen.

48.3 Wie ausgeführt (vgl. Ziff. X.47.3 oben), werden sie den Parteien je hälftig auferlegt und dem geleisteten Vorschuss es Klägers entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat dem Kläger für vorgeschossene Gerichtskosten CHF 16'400.00 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO)

49. Parteikosten

49.1 Der Parteikostenersatz bzw. die Parteientschädigung besteht aus dem Honorar und den notwendigen Auslagen (Art. 2 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]).

49.2 Die Höhe der Parteientschädigung ist dabei unter Beachtung von Art. 5 Abs. 1 PKV festzusetzen. Bei einem Streitwert zwischen CHF 600'000.00 bis 1 Million sieht Art. 5 Abs. 1 PKV für ordentliche Verfahren eine Bandbreite des Honorars

zwischen CHF 19'700.00 und CHF 59'000.00 vor. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz gemäss Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11) nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand (lit. a) sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (lit. b). Bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Beweiswechsel, wenn ein wesentlicher Teil des Aktenmaterials oder des Briefwechsels in einer anderen als der Gerichtssprache vorliegt, oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, rechtfertigt sich ein Zuschlag von bis zu 100 Prozent (Art. 9 PKV).

49.3 Die Parteien haben jeweils eine Kostennote eingereicht. Während die Beklagte ein Honorar von CHF 59'000.00 geltend macht, beansprucht der Kläger CHF 118'000.00 (vgl. Kostennoten, pag. 234 ff.). Der Kläger macht einen Zuschlag von 100% auf dem ordentlichen Tarif von CHF 59'000.00 geltend (Art. 9 PKV). Er begründet dies damit, dass es sich vorliegend in keiner Hinsicht um einen Standardfall handle und sich zahlreiche Fragen stellen würden, die eine vertiefte rechtliche Abklärung bedürften. Bei den Partizipationsscheinen handle es sich um ein wenig verbreitetes Instrument, zu dem es wenig Standardliteratur gebe. Es seien umfangreiche aktienrechtliche Abklärungen erforderlich gewesen und aufgrund der historischen Komponente des Sachverhalts seien sowohl in tatsächlicher und rechtlichen Hinsicht weitreichende historische Recherchen erforderlich gewesen.

Wie bereits bezüglich der Gerichtsgebühren ausgeführt (vgl. Ziff. X.48.2 oben), ist das Verfahren als (leicht) überdurchschnittlich zu bewerten; die dortigen Ausführungen treffen hier ebenfalls zu. Bezüglich der Schwierigkeit der Streitsache handelt es sich in der Tat um ein anspruchsvolles Verfahren, mit rechtlich komplexen Verhältnissen. Ein Zuschlag nach Art. 9 PKV ist jedoch nicht angezeigt. Der überdurchschnittliche Zeit- und Arbeitsaufwand wird durch vollständige Ausschöpfung des Tarifrahmens von Art. 5 PKV genügend berücksichtigt. Art. 5 Abs. 1 PKV sieht einen Tarifrahmen vor, innerhalb desselben dem gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses Rechnung zu tragen ist (Art. 41 Abs. 3 KAG). Ein erhöhter bzw. überdurchschnittlicher Aufwand führt somit nicht per se zur Zusprechung eines Honorarzuschlags, sondern ist primär im Rahmen des Tarifs für die Parteikosten zu entschädigen, ansonsten die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 PKV ihres Sinnes entleert würde.

Gestützt auf die voranstehenden Ausführungen erachtet das Gericht das von der Beklagten beanspruchte Honorar von CHF 59'000.00 als angemessen und im Einklang mit Art. 41 Abs. 3 KAG stehend. Der vom Kläger geltend gemachte Zuschlag von 100 % gemäss Art. 9 PKV ist nicht gerechtfertigt. Der erhöhte Aufwand wird bereits genügend durch Ausschöpfung des Tarifrahmens von Art. 5 PKV berücksichtigt. Das Honorar wird daher auf CHF 59'000.00 bestimmt.

49.4 Wie ausgeführt (vgl. Ziff. X.47.3 oben), sind die Kosten den Parteien hälftig aufzuerlegen. Da es vorliegend in der Hauptsache um die Beantwortung von rechtli-

chen Fragen gegangen ist und bei den Parteien von einem ähnlichen Aufwand auszugehen ist, rechtfertigt es sich die Parteikosten wettzuschlagen, d.h. jede Partei trägt ihre eigenen Parteikosten.

Die von der Beklagten geltend gemacht Mehrwertsteuer ist nicht zu berücksichtigen. Sie hat zwar ihrem Rechtsvertreter eine Mehrwertsteuer auf den von ihm erbrachten Leistungen zu entrichten. Doch kann sie diese, da sie selber auch mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Art. 10 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20] e contrario), wiederum als Vorsteuer in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG). Wirtschaftlich betrachtet bleibt diese Mehrwertsteuerzahlung also nicht an der Beklagten hängen, es entstehen ihr dadurch keine effektiven Ausgaben (so die Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts Bern vom 13. November 2014; ebenso das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in E. 6.2 ff. seines Urteils 100.2013.137U vom 26. Mai 2014, abgedruckt in BVR 2014, 484 ff.).

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Der unter Traktandum Nummer 4 gefasste Beschluss der Generalversammlung der Beklagten vom 30. April 2018 über die Verwendung des Geschäftsergebnisses 2017 wird aufgehoben.

2. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 32'800.00, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Betrag wird dem Kostenvorschuss des Klägers von CHF 32'800.00 entnommen. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger CHF 16'400.00 zu ersetzen.

4. Jede Partei trägt ihre eigenen Parteikosten.

5. Zu eröffnen (Einschreiben):
   - den Parteien

Bern, 4. Oktober 2019
(Ausfertigung: 14. Januar 2020)

Im Namen des Handelsgerichts

Der Präsident:

Oberrichter Josi

Die Gerichtsschreiberin:

Zwahlen

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.