

54. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1925

i. S. Einwohnergemeinde Bolligen gegen Worblentalbahn A.-G.

Aktienrecht, eidg. Eisenbahnrecht. Bestimmung in den Statuten einer Eisenbahngesellschaft, derzufolge eine Gemeinde befugt ist, eine Vertretung in die Verwaltung abzuordnen. Wenn schon eine solche Bestimmung von der zwingenden Vorschrift in OR 644 Abs. III. Z. 1 abweicht, so ist sie doch verbindlich nach eidg. Eisenbahnrecht — StimmrechtsG Art. 6 Abs. IV —, sofern nach der Meinung der Statuten ein unentziehbares Recht begründet werden sollte.

A. — Die Klägerin, die Einwohnergemeinde Bolligen, hat sich s. Zt. am Bau der Worblentalbahn mit einer Subvention in der Weise beteiligt, dass sie für 100,000 Fr. Aktien zeichnete und übernahm. Das geschah auf Grund eines Gemeindebeschlusses vom 28. August 1910, wodurch diese Beteiligung « bedingungslos » zugesagt wurde. Die Statuten der beklagten Bahngesellschaft wurden am 18. September 1911 vom Grossen Rat des Kantons Bern genehmigt, wobei gleichzeitig eine Aktienbeteiligung des Staates beschlossen wurde nach Massgabe des kantonalen Gesetzes vom 4. Mai 1902 betreffend Beteiligung des Staates am Bau und Betrieb von Eisenbahnen und unter den hier vorgesehenen Bedingungen. Nach diesem Gesetz hat der Staat das Recht, sich in jeder Eisenbahnverwaltung, bei der er finanziell beteiligt ist, durch vom Regierungsrat gewählte Mitglieder vertreten zu lassen (das gegenwärtig geltende Gesetz über die gleiche Materie vom 21. März 1920 enthält eine analoge Bestimmung). Die bundesrätliche Genehmigung der Statuten der Beklagten erfolgte am 2. April 1912. Art. 19 der Statuten bestimmt :

« Die Verwaltung der Gesellschaft wird einem Verwaltungsrat übertragen. Derselbe besteht aus 9 bis 15 Mitgliedern.

Der Staat Bern, sowie nachbenannte Gemeinden und

Korporationen haben, sofern sie an das Unternehmen Subventionsaktien zeichneten und besitzen, Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrate und wählen denselben : c) die Einwohnergemeinde Bolligen....

Die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates werden durch die Generalversammlung gewählt. »

Die Vorschrift über die Vertretung der Gemeinwesen im Verwaltungsrat wurde bisher so gehandhabt, dass Staat und Gemeinden ihre Vertreter bezeichnen und die bezeichneten Personen dann in der Generalversammlung noch formell als Verwaltungsratsmitglieder gewählt wurden.

Am 4. Juli 1924 wählte der Gemeinderat der Klägerin als Vertreter der Gemeinde im Verwaltungsrat der Beklagten den Amtsrichter und Gemeinderat Jakob E., wovon der Beklagten am gleichen Tage Mitteilung gemacht wurde. In der Generalversammlung der Beklagten vom 5. Juli 1924 machte sich die Auffassung geltend, nach OR habe nur die Generalversammlung die Befugnis, die Verwaltung zu bestellen, wie denn auch bisher immer die Generalversammlung die Wahlen in den Verwaltungsrat vorgenommen habe, und die Klägerin sei daher nicht berechtigt, ein Mitglied des Verwaltungsrates zu wählen. Mit grossem Mehr wurde beschlossen, « am bisherigen Modus festzuhalten und also auch den Gemeindevertreter der Klägerin durch die Generalversammlung zu wählen ». Die Wahl fiel sodann nicht auf E., sondern auf den in Bolligen wohnenden Fritz H.. Ferner wurde der Verwaltungsrat eingeladen, für eine nächste Generalversammlung eine Vorlage über Revision des Art. 19 der Statuten im Sinne der Übereinstimmung mit dem OR einzubringen.

Der Gemeinderat der Klägerin legte bei der Beklagten Verwahrung ein gegen die Rückweisung des E. und die Wahl des H. in den Verwaltungsrat, sowie gegen die beabsichtigte Statutenrevision. Am 27. September

1924 ermächtigte die Gemeindeversammlung der Klägerin den Gemeinderat, die Generalversammlungsbeschlüsse der Beklagten betreffend die Wahl des Vertreters der Gemeinde im Verwaltungsrat und betreffend die Revision der Statuten anzufechten.

Die Parteien haben sich in der Folge geeinigt, die Streitigkeit gemäss Art. 52 Ziff. 1 OG dem Bundesgericht zur erst- und letztinstanzlichen Beurteilung zu übertragen.

B. — Mit Klage vom 30. Dezember 1924 gegen die Worblentalbahn hat die Einwohnergemeinde Bolligen beim Bundesgericht folgende Rechtsbegehren gestellt:

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, dass die Einwohnergemeinde Bolligen berechtigt ist, einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Worblentalbahn-A.-G. zu wählen.

2. Die von der Generalversammlung der Aktionäre der Worblentalbahn-A.-G. am 5. Juli 1924 getroffene Wahl des Herrn Fritz H. in Bolligen als Verwaltungsrat sei ungültig zu erklären.

3. Es sei gerichtlich festzustellen, dass Herr Jakob E., Gemeinderat und Amtsrichter, Mitglied des Verwaltungsrates der Worblentalbahn-A.-G. ist.

In der Begründung wird bemerkt, der Streitwert übersteige 10,000 Fr. (die Beklagte ist mit dieser Streitwertbemessung einverstanden). Die Begründung stützt sich auf den Wortlaut der Statuten, der den beteiligten Gemeinden das Recht einräume, je einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu wählen. Es wird bestritten, dass Art. 19 der Statuten gegen zwingende Vorschriften des OR — Art. 644 Abs. III Z. 1 — verstosse. Neben dem OR komme die eidg. und kantonale Eisenbahngesetzgebung und das kantonale öffentliche Recht zur Anwendung. Aus öffentlichrechtlichen Gründen bestehe die Möglichkeit, dass den Gemeinden als öffentlichen Korporationen bei dem öffentlichen Unternehmen einer Eisenbahn ein vom OR nicht vorgesehenes Vertretungsrecht in der Verwaltung durch die Statuten

gewährt werde, wie denn auch die fragliche Bestimmung mit den übrigen Statuten vom Grosse Rat, wie vom Bundesrat genehmigt worden sei. Sowohl nach bernischem öffentlichem Recht, wie nach dem Eisenbahnrecht des Bundes sei Art. 19 der Statuten rechtsverbindlich.

C. — Die beklagte Bahngesellschaft hat Abweisung der Klage beantragt. Sie vertritt den Standpunkt, dass Art. 644 Abs. III Z. 1 OR, wonach die Wahl der Verwaltung zu den ausschliesslichen Befugnissen der Generalversammlung gehört, zwingendes Recht, und dass Art. 19 der Statuten, soweit damit in Widerspruch, ungültig sei. Die Beklagte beruft sich in dieser Beziehung auf ein Gutachten der bernischen Justizdirektion vom 6. Oktober 1924, das zum Schlusse kommt, das in Art. 19 der Statuten der Beklagten und ähnlichen Statutenbestimmungen von Eisenbahngesellschaften vorgesehene Vertretungsrecht des Staates in der Verwaltung sei zwar, weil auf kantonalem öffentlichem Recht beruhend, zulässig, nicht aber das Vertretungsrecht der Gemeinden, weil es an einer Bestimmung des kantonalen oder eidgenössischen öffentlichen Rechts fehle, die ein solches von der Ordnung des OR abweichendes Recht sanktionieren würde. Auch die bundesrätliche Genehmigung der Statuten, so führt die Beklagte weiter aus, habe diesen Mangel nicht heilen können. Die Verbindlichkeit jener Vorschrift des OR auch für Eisenbahngesellschaften ergebe sich ferner aus dem Recht der Verantwortlichkeitserklärung (OR Art. 673) und der Abberufung (Art. 647) gegenüber Mitgliedern der Verwaltung, das nur bestehen könne gegenüber Personen, welche von der Generalversammlung als solche gewählt worden seien.....

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — (Kompetenz des Bundesgerichts.)
2. — Die Vorschrift in Art. 644 Abs. III Z. 1 OR, wonach zu den ausschliesslichen Befugnissen der Gene-

ralversammlung u. a. die Wahl der Verwaltung gehört, hat zwingenden Charakter. Hiefür sprechen äussere und innere Gründe. Es folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Wenn darin die Wahl des Vorstandes und andere Beschlüsse als ausschliessliche Befugnisse der Generalversammlung bezeichnet werden, so ist damit zum Ausdruck gebracht, dass die Statuten diese Funktionen nicht einer andern Stelle übertragen dürfen; sonst wären sie nicht mehr ausschliessliche, sondern nur noch regelmässige Befugnisse der Generalversammlung. Sodann spricht die Ausnahmebestimmung in Art. 649 Abs. IV, wonach die Statuten für die ersten 3 Jahre die Mitglieder der Verwaltung bezeichnen können, ohne dass eine Bestätigung durch die Generalversammlung nötig wäre, dafür, dass im übrigen das Wahlrecht der Generalversammlung unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Eine andere Auslegung des Art. 644 Abs. III würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen: Könnten die Wahl der Verwaltung und die übrigen hier genannten Befugnisse, namentlich die Beschlussfassung über die Statuten und deren Abänderung, der Generalversammlung entzogen werden, so wäre es möglich, die Generalversammlung der Aktionäre von ihrer Stellung als oberstem Organ der Aktiengesellschaft (Art. 643) praktisch in weitem Umfange auszuschalten und das Kapital der Gesellschaft fremden Interésen dienstbar zu machen (die entsprechende Bestimmung in § 243 DHGB wird gleichfalls allgemein in zwingendem Sinne verstanden, Komm. STAUB Note 1). Jene Gefahr besteht freilich nicht, soweit es sich nur darum handelt, dass ein Gemeinwesen, das an der Unternehmung ein öffentliches Interesse besitzt, einen Vertreter in deren Verwaltung soll abordnen können. Allein das OR enthält keine Bestimmung, die in Einschränkung der kategorischen Vorschrift von Art. 644 Abs. III Z. 1 dies zulassen würde (anders der Entwurf betr. Revision der Tit. 24—33 OR vom Dezember 1919 Art. 686, und derjenige vom

Dezember 1923 Art. 775). Auf dem Boden des OR geht es daher allgemein nicht an, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft die Wahl der Verwaltung oder einzelner Mitglieder dieser einem andern Organ der Gesellschaft oder einer ausserhalb der Gesellschaft stehenden Person oder Korporation übertragen, und eine solche Bestimmung wäre als nichtig zu betrachten.

3. — Es fragt sich, ob das nun auch von Art. 19 der Statuten der Beklagten gelte, insofern darin bestimmt ist, dass gewisse Gemeinden, worunter die Klägerin, wenn sie Subventionsaktien zeichnen und besitzen, je einen Vertreter in den Verwaltungsrat wählen. Die Beklagte untersteht zwar als Aktiengesellschaft an sich den Bestimmungen des OR über diese Gesellschaftsform. Allein das Unternehmen, dem sie obliegt, der Betrieb einer Eisenbahn, ist nicht ein gewöhnliches privatrechtliches Unternehmen, sondern es hat in wesentlichem Masse öffentlichen Charakter. Als Eisenbahngesellschaft unterliegt die Beklagte, im Gegensatz zu sonstigen Aktiengesellschaften, beschränkenden Normen des öffentlichen Rechts. In erster Linie handelt es sich dabei um Bestimmungen des Bundesrechts (BV Art. 26 und die auf Grund dieser Vorschrift erlassenen Bundesgesetze). Daneben kann, im Rahmen der Bundesgesetzgebung, auch kantonales Recht in Betracht kommen (s. z. B. die sukzessiven bernischen Gesetze betreffend die Beteiligung des Staates am Bau und Betrieb von Eisenbahnen). Aus solchen Sondervorschriften des öffentlichen Rechts kann für die Eisenbahngesellschaft eine vom privaten Gesellschaftsrecht in einzelnen Punkten abweichende Ordnung folgen. Die betreffenden Vorschriften des OR müssen dabei zurücktreten, jedenfalls soweit es sich um das Eisenbahnrecht des Bundes handelt. Ob und inwieweit derartige, nicht schon aus dem öffentlichen Bundesrecht fliessende oder durch dieses ermächtigte Abweichungen unter Berücksichtigung von Art. 6 ZGB auch durch die kantonale

Gesetzgebung getroffen werden können, bedarf hier, wie aus späteren Ausführungen sich ergeben wird, keiner Erörterung. Die Frage ist die : enthält das Eisenbahnrecht des Bundes einen Rechtssatz, der es der Beklagten gestattet, abweichend von Art. 644 Abs. III Z. 1 OR die Wahl je eines Verwaltungsratsmitglieds den als Aktionären beteiligten Gemeinden zu überlassen ? Und zwar muss es ein eigentlicher Rechtssatz dieses Inhalts sein, welcher der privatrechtlichen Regel über die Wahl der Verwaltung derogiert ; es genügt nicht, wie die Klägerin meint, dass sich die Abweichung aus Erwägungen öffentlichrechtlicher Natur rechtfertigen lässt ; denn soweit nicht Sondervorschriften des öffentlichen Rechts eingreifen, ist das private Gesellschaftsrecht auch für die Eisenbahngesellschaften massgebend.

4. — Indem der Bundesrat die Statuten der Beklagten genehmigt hat (Eisenb.G Art. 7), ist er davon ausgegangen, dass die fragliche Vorschrift in Art. 19 rechtsgültig sei. Wenn auch die Prüfung des Bundesrates nicht darauf gehen mag, ob auf dem durch das öffentliche Recht des Bundes nicht berührten Gebiet die Statuten mit den Anforderungen des OR im Einklang stehen (FLEINER, Bundesstaatsrecht, 478), so hat man es hier doch gerade mit der Frage zu tun, ob eine dem OR widersprechende Bestimmung der Statuten sich auf einen Satz des öffentlichen Rechts stützen könne, und hierauf muss sich die Kognition des Bundesrates als Hüters des Eisenbahnrechts des Bundes naturgemäss erstrecken. Allein die in der Genehmigung liegende stillschweigende Erklärung des Bundesrates über die Rechtsgültigkeit jener Vorschrift ist für den Richter nicht massgebend, da sie als Bestandteil einer blossen Verwaltungsverfügung weder die verbindliche Kraft eines gesetzgeberischen Aktes, noch in diesem in keinerlei kontradiktorischem Verfahren beurteilten Punkte die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides haben kann (FLEINER a. a. O. 479). Ein ähnlicher Akt, wie die

Genehmigung der Statuten der Eisenbahngesellschaften, ist die bundesrechtlich vielfach vorgeschriebene Genehmigung kantonaler Gesetze und Verordnungen durch den Bundesrat, die der Kontrolle ihrer Übereinstimmung mit dem Bundesrecht dient (BV Art. 102 Z. 13). Es steht aber in der bundesrechtlichen Praxis durchaus fest, dass die bundesrechtliche Genehmigung kantonaler Erlasse nicht ausschliesst, dass sie oder Bestimmungen derselben, weil bundesrechtswidrig, beim Bundesgericht als Staatsgerichtshof angefochten werden (BGE 42 I 348 Erw. 2 und dortige Zitate).

5. — Das Bundesgericht hat daher selbständig zu untersuchen, ob das Eisenbahnrecht des Bundes jenen Rechtssatz mit dem gedachten Inhalt aufweise. Dabei fällt in Betracht :

Das Stimmrechtsgesetz vom 28. Juni 1895 sieht in Art. 6 vor, dass der Bundesrat und die beteiligten Kantone Mitglieder der Verwaltung von Eisenbahngesellschaften wählen können. Darin liegt für Eisenbahngesellschaften eine Abänderung der Vorschrift in Art. 644 Abs. III OR, nach der die Generalversammlung ausschliesslich die Verwaltung wählt. Das StimmrechtsG gilt aber nur für Eisenbahnen mit einer Betriebslänge von mindestens 100 km oder für solche, die der Bundesrat dem Gesetz unterstellt (Art. 1), und weder die eine noch die andere Voraussetzung trifft bei der Beklagten zu. Auch ist darin die Wahl von Mitgliedern der Verwaltung, wenigstens dem Wortlaute nach, nur vorgesehen zu Gunsten des Bundes und der Kantone, nicht aber auch von Gemeinden. Allein in Absatz IV von Art. 6 ist bestimmt : « Die konzessionsgemässen oder vertraglichen Bestimmungen, die dem Bunde, Kantonen oder Gemeinden eine grössere Vertretung einräumen, bleiben vorbehalten. » Dieser Vorbehalt hat eine den eigentlichen Geltungsbereich des StimmrechtsG überschreitende Bedeutung. Das Gesetz geht bei ihm davon aus, dass durch die Konzession oder durch einen Vertrag bestimmt

ist, dass Bund, Kantone o d e r G e m e i n d e n eine Vertretung im Verwaltungsrat einer Eisenbahngesellschaft haben sollen und dass dies trotz der Nichtübereinstimmung mit dem OR rechtsgültig ist, und zwar bei allen Eisenbahngesellschaften ohne Unterscheidung nach der Betriebslänge. Nur so kann der Vorbehalt verstanden werden. Die Frage war, ob für die unter das StimmrechtsG fallenden Eisenbahnen eine solche Bestimmung auch gültig sei, soweit sie dem Bund oder einem Kanton mehr Rechte gewährt als Art. 6 des Gesetzes, oder soweit sie Gemeinden ein solches Recht gewährt, und sie konnte nur bejaht werden, weil die Bestimmung ganz allgemein und abgesehen vom StimmrechtsG als zulässig erschien. Es hätte keinen Sinn, in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen, je nachdem eine Eisenbahn dem StimmrechtsG untersteht oder nicht, und anzunehmen, dass das Gesetz für die ihm unterliegenden Eisenbahnen bisher ungültigen Bestimmungen von Konzessionen und Verträgen Verbindlichkeit habe verleihen, oder dass es bisher gültige Bestimmungen dieser Art für die übrigen Eisenbahnen bei diesem Anlass als ungültig habe erklären wollen. Das ist umsomehr abzulehnen, als die Gründe, die für eine Vertretung der Gemeinwesen in der Verwaltung der Eisenbahnen sprechen, gewiss auch für solche zutreffen, die nicht unter das StimmrechtsG fallen, und als dies namentlich auch für die Vertretung von Gemeinden gilt, die im Gesetz nicht positiv, sondern nur im Wege jenes Vorbehalts erwähnt ist. Es sind ja gerade die kleinern, mehr den lokalen Bedürfnissen dienenden Eisenbahnen, die auf die Kapitalbeteiligung von Gemeinden für ihr Zustandekommen angewiesen sind und bei denen es für die Gemeinde wichtig ist, dass in der Verwaltung ihre Interessen im Rahmen der Gesamtinteressen des Unternehmens vertreten werden. Aus Art. 6 Abs. IV des Stimmrechtsgesetzes (s. auch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, die im bun-

desrätlichen Gesetzesentwurf nicht enthalten war; vgl. Stenogr. Bulletin der Bundesvers. 1894/95 498 ff.) ist daher der sichere Schluss zu ziehen, dass es nach eidg. Eisenbahnrecht trotz Art. 644 Abs. III Z. 1 OR allgemein zulässig ist, dass einer Gemeinde durch Konzession oder Vertrag eine Vertretung in der Verwaltung einer Eisenbahngesellschaft eingeräumt wird. Und zwar muss es darnach auch als statthaft gelten, dass der Gemeinde das Recht der Wahl ihres Vertreters zugestanden ist. Hiefür spricht der Zusammenhang von Absatz IV von Art. 6 mit Abs. I, der ein Wahlrecht der Gemeinwesen statuiert, und ferner die Erwägung, dass nur so der Gemeinde eine Vertretung im eigentlichen Sinn garantiert ist. Vertreter der Gemeinde kann nur eine Person sein, die hiezu von der Gemeinde bestellt ist, die in dieser Beziehung in einem (öffentlichrechtlichen) Dienst- oder Auftragsverhältnis zur Gemeinde steht; nur von einem Vertreter mit solchem amtlichen Charakter kann die Gemeinde erwarten und verlangen, dass er ihre Interessen in der Verwaltung der Bahn wahrnehmen werde. Dagegen kann von Vertretung der Gemeinde nicht die Rede sein, wenn die Generalversammlung der Bahngesellschaft lediglich nach ihrem Belieben eine auf dem Gebiet der Gemeinde wohnende Persönlichkeit in den Verwaltungsrat wählt. Das Vertretungsrecht der Gemeinde setzt daher voraus, dass sie selber den Vertreter bezeichnet oder dass ihr, was praktisch auf dasselbe herauskommt, ein für die Generalversammlung verbindliches Vorschlagsrecht zusteht.

Man muss es in Kauf nehmen, dass die einem Gemeinwesen — Bund, Kantonen, Gemeinden — auf Grund des eidg. Eisenbahnrechts und in Abweichung vom OR gewährte Vertretung im Verwaltungsrat einer Eisenbahngesellschaft in Hinsicht auf Verantwortlichkeit (OR 673) möglicherweise — die Frage ist hier nicht zu untersuchen — und jedenfalls, was die Zulässigkeit einer Abberufung durch die Generalversammlung anlangt

(OR Art. 647), eine Sonderstellung einnimmt. Beiläufig sei bemerkt, dass, wenn auch die Gesellschaft einen solchen Vertreter nicht abberufen kann, sie doch wohl beim Vorliegen wichtiger Gründe wird verlangen können, dass er vom Gemeinwesen abberufen werde (s. betreffend Verantwortlichkeit und Abberufung der Vertreter von Gemeinwesen in der Verwaltung von Aktiengesellschaften die zitierten Bestimmungen der oben erwähnten Revisionsentwürfe).

In ähnlicher Weise bestimmt ferner Art. 22 des BG über das Rechnungswesen der Eisenbahnen vom 27. März 1896, dass in Abweichung von den Vorschriften des OR die dem Bund und den Kantonen in betreff der Stimmberechtigung gegenüber einzelnen Eisenbahngesellschaften « zur Zeit zustehenden Rechte » gewahrt bleiben.

6. — Nun beruht der Vertretungsanspruch der Klägerin freilich nicht auf einer « konzessionsgemässen » oder « vertraglichen » Bestimmung. Die Konzession der Beklagten ist nicht eingelegt und es ist nicht behauptet worden, dass sie eine Vertretung der Gemeinden im Verwaltungsrat vorsehe. Es ist auch nicht ersichtlich, dass etwa anlässlich der Aktienzeichnung den Gemeinden eine Zusicherung dieser Art gemacht worden wäre, gestützt auf welche sie sich dann in dem gewünschten Umfange beteiligt hätten. Nach den Akten hat die Klägerin die Subvention in der Form einer Aktienzeichnung « bedingungslos » beschlossen und hievon dem Initiativkomitee für die Bahn Mitteilung gemacht. Allein im Sinn des Vorbehalts des Art. 6 Abs. IV StimmrechtsG muss der konzessionsgemässen und vertraglichen Begründung des Vertretungsrechtes der Gemeinwesen der Fall gleichgestellt werden, da es in den Statuten gewährt ist, und zwar nicht nur als präkaristisches, jederzeit durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung zurücknehmbares, sondern als unentziehbares Recht. Die Gründe, auf denen der in jenem Vorbehalt zum Ausdruck kommende Rechtssatz des eidg. Eisenbahnrechts

beruht, der nach dem Gesagten dem Art. 644 Abs. III Z. 1 derogiert, treffen auf alle Fälle zu, in denen einem Gemeinwesen eine Vertretung in der Verwaltung einer Bahngesellschaft als festes, vom Willen der Gesellschaft unabhängiges Recht eingeräumt ist, mag es nun in der Konzession, in einem Vertrag oder nur in den Statuten sein: die Berücksichtigung der besondern Stellung des Gemeinwesens gegenüber dem sein Gebiet berührenden und regelmässig unter seiner finanziellen Mitwirkung zustande gekommenen öffentlichen Bahnunternehmen, wobei ein Bedürfnis dafür anerkannt wird, dass die Interessen des Gemeinwesens im Rahmen der Gesamtinteressen des Unternehmens in der Verwaltung amtlich vertreten sind. Wenn auch das Gesetz nur von der konzessionsgemässen oder vertraglichen Begründung des Vertretungsrechtes des Gemeinwesens spricht, so kann doch nicht die Form der Begründung wesentlich sein, sondern nur d a s s ein unentziehbares Recht geschaffen ist. Der Gesetzgeber hat übersehen, dass dies auch durch die Statuten geschehen kann, speziell dann, wenn die Beteiligung des Gemeinwesens sich in der Form der Übernahme von Aktien vollzieht und es somit auch Mitglied der Bahngesellschaft ist. Oder er ist davon ausgegangen, dass die « vertragliche » Begründung des Rechtes auch den Fall umfasst, da es als unentziehbares in den Statuten gewährt ist, wie ja eine frühere Theorie den Statuten der AG vertraglichen Charakter beilegte und auch noch das OR den Ausdruck « Gesellschaftsvertrag » für sie verwendet (Art. 615).

Das Recht der Gemeinden als Mitglieder einer Bahngesellschaft auf Vertretung im Verwaltungsrate ist ein typisches Sonderrecht. Es ist ein mitgliedschaftliches Vorrecht eines Aktionärs oder einer Gruppe von Aktionären in Bezug auf die Teilnahme an der Verwaltung der Gesellschaft, das ihnen gewährt ist im Hinblick auf ihre besondere Stellung zu dem Unternehmen: auf die hiefür gebrachten finanziellen Opfer und auf ihre öffent-

lichen Interessen darin. Dem Zweck und der Bedeutung des Rechts entspricht es, dass es als ein mit verstärkter individueller Zugehörigkeit ausgestattetes, d. h. als ein wohl erworbenes Recht im Sinne von Art. 627 Abs. I OR zugestanden ist, das nicht durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung, im Wege der Statutenrevision, entzogen werden kann. Ein solches Recht kann auch in den Statuten der Gesellschaft durch deren einseitigen Willensakt begründet werden (s. z. B. BACHMANN. Die Sonderrechte des Aktionärs, 180 f.; STRÄULI, in ZSR 36 10. Vgl. auch v. TUHR, Allg. Teil des deutsch. bürgerl. R. I 555 zu der allgemeinen Bestimmung von § 35 BGB, die analog lautet wie Art. 627 Abs. I für die A.-G.). Es ist eine Frage der Auslegung der Statuten der Beklagten, ob Art. 19 derselben den Gemeinden eine bloss präkaristische, im Wege der Statutenänderung jederzeit widerrufliche Befugnis, je einen Vertreter in den Verwaltungsrat zu wählen, einräumen will, oder aber ein wohl erworbenes Recht dieses Inhalts im angegebenen Sinn. Im erstern Fall könnte nach dem Gesagten die Bestimmung gegenüber Art. 644 Abs. III Z. 1 OR kaum als geschützt gelten durch den aus Art. 6 Abs. IV StimmrechtsG folgenden Satz des Eisenbahnrechts des Bundes, wohl aber im letzteren Fall. Schon hierin liegt ein starkes Argument für die Annahme eines wohl erworbenen Rechts, da man doch gewiss eine rechtlich gültige Vorschrift aufstellen wollte. Art. 19 spricht sodann, und zwar in denselben Wendungen wie für den Staat, von einem **A n s p r u c h** auf Vertretung, den die Gemeinden **h a b e n**, welche Ausdrücke auf ein dauerndes Recht, und nicht auf eine bloss widerrufliche Befugnis hindeuten. Dazu kommt die Erwägung, dass das Vertretungsrecht eine Art Gegenleistung dafür ist, dass die Gemeinden als Subvention Aktien in grösseren Beträgen zeichneten, und dass es gewährt wurde in Anerkennung der dauernden Interessen der Gemeinden am Unternehmen, was alles zwingend gegen die Aus-

legung spricht, die in Art. 19 nur eine jederzeit durch Statutenrevision zurücknehmbare Vertretungsbefugnis der Gemeinden erblickt, wie sie vor Art. 644 Abs. III Z. 1 OR kaum gültig gewährt werden könnte, und nicht vielmehr ein unentziehbares Recht, wie es die Beklagte als Eisenbahngesellschaft den beteiligten Gemeinden zubilligen konnte.

7. — Hieraus folgt, dass die Bestimmung in Art. 19 der Statuten, derzufolge die dort genannten Gemeinden, worunter die Klägerin, als Inhaber von sog. Subventionsaktien Anspruch auf je einen Vertreter im Verwaltungsrat haben und diesen wählen, rechtsgültig ist als unentziehbares Sonderrecht. Klagebegehren 1 ist daher gutzuheissen. (Abweisung von Rechtsbegehren 2 und Gutheissung von Rechtsbegehren 3.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird dahin gutgeheissen, dass festgestellt wird, dass die Klägerin berechtigt ist, einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Beklagten zu wählen, und dass die Beklagte den vom Gemeinderat in dieser Eigenschaft gewählten Gemeinderat und Amtsrichter Jakob E. als Mitglied ihres Verwaltungsrats anzuerkennen hat. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

VI. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

55. Beschluss des Gesamtgerichts vom 3. Juli 1925 i. S. Moos gegen Kaufmann.

Die Unterlassung der Einlegung einer die Berufung begründenden Rechtsschrift im Sinne des Art. 67 Abs. 4 OG macht die Berufung unwirksam.

Die blossen Rüge aktenwidriger Feststellungen kann nicht als schriftliche Begründung der Berufung gemäss Art. 67 Abs. 4 OG gelten.