

habe für den Verlust der Titel den vollen Beweis verlangt, statt sich gemäss Art. 981 und 983 OR mit der Glaubhaftmachung zu begnügen. In der Tat spricht das Gericht bei Prüfung der Unterlagen von fehlendem Beweis und Nachweis. Im Eingang seiner Entscheidungsgründe hält es jedoch ausdrücklich fest, dass die Gesuchsteller Besitz und Verlust der Titel glaubhaft zu machen haben. Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, dass die Würdigung der Belege unter diesem Gesichtspunkt erfolgt ist und dass die Ausdrücke Beweis und Nachweis im Sinne der Glaubhaftmachung zu verstehen sind.

Ist aber nicht glaubhaft gemacht, dass die Aktien der Verfügungsgewalt und damit dem Besitze der Beschwerdeführer entzogen sind, so muss die Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden.

5. — Das Ergebnis wäre übrigens kein anderes, wenn man annehmen wollte, es sei durch den Vermerk « Loco Berlin » in der Depotaufstellung der Bank und durch die deutsche Verordnung vom 3. Dezember 1938 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit dargetan, dass der deutsche Staat die Aktien unter Depotzwang gestellt und eingezogen habe.

Besitzer der Titel wäre bei dieser Annahme heute der deutsche Staat, sei es direkt oder über eine der Devisenbanken, bei denen die Wertpapiere jüdischer Eigentümer gemäss § 11 der genannten Verordnung zu deponieren sind. Der neue Inhaber der Titel könnte daher nicht als unbekannt gelten, und eine Kraftloserklärung wäre auf jeden Fall aus diesem Grunde ausgeschlossen. Die Beschwerdeführer müssten ihre Ansprüche auf die Titel gegen den deutschen Staat geltend machen. Welches Verfahren sie dabei einzuschlagen hätten und welche Erfolgsaussichten für sie beständen, hat hier dahingestellt zu bleiben; diese Fragen haben mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kraftloserklärung nichts zu tun.

Auch die Berufung auf die schweizerische öffentliche Ordnung, mit der die deutsche judenfeindliche Gesetz-

gebung im Widerspruch stehe, vermag den Beschwerdeführern nicht zu helfen. Ein solcher Widerspruch zwischen den schweizerischen Rechtsanschauungen und der genannten deutschen Verordnung als gegeben vorausgesetzt, würde dadurch nichts geändert an der Tatsache, dass sich die Aktien heute in den Händen des deutschen Staates befinden; der gegenwärtige Inhaber wäre also, auch wenn die dem Depotzwang zu Grunde liegende Verordnung für den schweizerischen Richter unbeachtlich bliebe, nichtsdestoweniger nicht unbekannt im Sinne von Art. 981 ff OR. Das verhielte sich selbst dann so, wenn der Depotzwang gemäss der Auffassung der Beschwerdeführer praktisch auf eine Enteignung hinauslaufen sollte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Februar 1940**

i. S. Tobler und Konsorten gegen A.-G. Chocolat Tobler.

*Aktienrecht, Verfahren für die Wahl des Vertreters einer Aktionärgruppe im Verwaltungsrat, Art. 708 Abs. 4 rev. OR :*

*Streitwert :* Ist der Streit darüber, nach welchem Verfahren die Wahl zu erfolgen hat, vermögensrechtlicher Natur oder nicht ? Art. 59 und 61 OG.

*Verfahren :* Die Wahl ist durch die Generalversammlung vorzunehmen auf Grund eines von der betr. Gruppe gemachten verbindlichen Vorschlags, den die Generalversammlung nur aus wichtigen Gründen ablehnen darf.

*Société anonyme, procédure à suivre pour élire un représentant d'un groupe d'actionnaires au conseil d'administration, art. 708 al. 4 CO 1937 :*

*Valeur litigieuse :* Le litige relatif à la procédure à suivre pour l'élection porte-t-il sur un droit susceptible d'évaluation pécuniaire ? art. 59 et 61 OJ.

*Procédure :* C'est l'assemblée générale qui procède à l'élection, mais elle doit, sauf justes motifs, se conformer à la proposition que le groupe dont il s'agit a le droit de lui faire.

*Società anonima, procedura da seguire per la nomina di un rappresentante di un gruppo d'azionisti nel consiglio di amministrazione, art. 708 ep. 4 CO riv.*

*Valore litigioso*: la lite relativa alla procedura da seguire per tale nomina verte su un diritto suscettibile di valutazione in denaro? Art. 59 e 61 OGF.

*Procedura*: L'assemblea generale procede alla nomina, ma, salvo per cause gravi, deve conformarsi alla proposta che il gruppo in questione ha il diritto di farle.

A. — Das Aktienkapital der Aktiengesellschaft Chocolat Tobler in Bern setzt sich aus verschiedenen Aktienkategorien mit unterschiedlicher Dividendenberechtigung zusammen, nämlich aus Prioritätsaktien ersten und zweiten Ranges und Stammaktien. Mit Rücksicht auf den in Art. 708 Abs. 4 rev. OR aufgestellten Grundsatz der Vertretung sämtlicher Aktiengruppen im Verwaltungsrat beschloss die Generalversammlung vom 15. März 1939, dem Art. 19 der Gesellschaftsstatuten, der von der Bestellung des Verwaltungsrates handelt, die folgende Fassung zu geben:

« Der Verwaltungsrat wird von der Generalversammlung aus der Zahl der Aktionäre gewählt. Es besteht aus mindestens 7 Mitgliedern, wobei gemäss Art. 708, Al. 4 OR alle Gruppen von Aktionären mit verschiedenen Rechtsstellungen zu berücksichtigen sind. »

Ein von dem Stammaktionär Dr. Depuoz eingereichter Antrag, es sei der fraglichen Statutenbestimmung überdies der Zusatz einzufügen, dass die Aktionärgruppen ihre Vertreter selber wählen oder bestellen, wurde abgelehnt. Hierauf nahm die Generalversammlung die Wahl der Vertreter der Aktiengruppen vor; als Vertreter der Stammaktionäre wurde auf Vorschlag der Verwaltung Direktor A. Feller von der Polygraphischen Gesellschaft Laupen gewählt. Da dieser vorwiegend Prioritätsaktien besitzt, am Stammkapital dagegen nur in verschwindend geringem Masse beteiligt ist, protestierte Dr. Depuoz sowohl gegen den Wahlvorschlag, allerdings ohne einen Gegenvorschlag zu machen, als auch gegen die getroffene Wahl; hiebei betonte er, dass sich sein Protest nicht gegen die Person des Gewählten richte, sondern nur gegen dessen Eignung als Vertreter der Stammaktionäre.

B. — Am 11. Mai 1939 reichten die Stammaktionäre Dr. Depuoz, Theodor, Bertha, Alfred und Eva Tobler, sowie Hanny Kernen gegen die Aktiengesellschaft Chocolat Tobler Klage ein mit den Rechtsbegehren:

1. Es sei die an der Generalversammlung vom 15. März 1939 vorgenommene Wahl Fellers als Vertreter der Stammaktionäre als ungültig zu erklären.

2. Es sei zu erkennen, dass die Stammaktionäre zwei eventuell einen Vertreter selber wählen oder bezeichnen und dass demnach in Generalversammlungen lediglich die Stammaktionäre bei der Wahl ihrer Vertreter stimmberechtigt sind und nicht auch Aktionäre mit anderer Rechtsstellung, oder eventuell, dass den Stammaktionären ein für die Generalversammlung verbindliches Vorschlagsrecht bezüglich der Wahl zweier eventuell eines Vertreters zustehe.

3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, binnen 14 Tage nach Rechtskraft des Urteils eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen zwecks Bekanntgabe des Urteils und Wahl des Vertreters der Stammaktionäre.

Die Beklagte beantragte, es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen.

C. — Mit Urteil vom 16. November 1939 wies der Appellationshof des Kantons Bern die Klage ab.

D. — Gegen diesen Entscheid ergriffen die Kläger die Berufung an das Bundesgericht mit dem erneuten Antrag auf Gutheissung ihrer Klage.

Die Beklagte beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Beklagte begründet ihren Antrag auf Nicht-eintreten in erster Linie damit, dass der erforderliche Berufungsstreitwert von 4000 Fr. nicht gegeben sei.

Die Kläger nehmen den Standpunkt ein, es handle sich im vorliegenden Falle um einen Streitgegenstand, der

seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliege, weshalb die Berufung gemäss Art. 61 OG unabhängig vom Streitwert zulässig sei; eventuell sei der Berufungsstreitwert gegeben.

Der Streit der Parteien dreht sich um die Auslegung von Art. 708 Abs. 4 rev. OR, wonach beim Bestehen von Aktionärgruppen mit unterschiedlicher Rechtsstellung jeder Gruppe eine Vertretung im Verwaltungsrat eingeräumt werden muss. Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Wahl eines solchen Gruppenvertreters durch die gesamte Generalversammlung aus dem Kreis der Inhaber von Aktien der betreffenden Art zu treffen sei. Nach der Ansicht der Kläger dagegen ist die Wahl nicht durch die Generalversammlung, sondern durch die betreffende Gruppe vorzunehmen oder dieser zum mindesten ein verbindliches Vorschlagsrecht zuzuerkennen; sie fechten deshalb die von der Generalversammlung vorgenommene Bestellung Fellers zum Vertreter der Stammaktionäre an.

Der Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat, auf den der vorliegende Prozess somit Bezug hat, ist nun ein Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts bei der Aktiengesellschaft. Dieses ist in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts stets als in Geld abschätzbar betrachtet worden, im Gegensatz zum Mitgliedschaftsrecht bei einer Genossenschaft, wo den im Persönlichkeitsrecht verwurzelten Befugnissen und Verpflichtungen des Mitgliedes der Vorrang vor den pekuniären Interessen zuerkannt wurde (BGE 56 II 297, 31 II 677). Die erwähnte Auffassung steht im Einklang mit der vom Bundesgericht von jeher verfolgten Tendenz, eine Abschätzbarkeit des Streitgegenstandes überall dort anzunehmen, wo letzten Endes der Rechtsgrund des streitigen Anspruches im Vermögensrecht ruht, und darum eine Streitigkeit selbst dann als vermögensrechtlicher Natur anzusehen, wenn die Bewertung in Geld praktisch grosse Schwierigkeiten bereitet, wie z. B. beim Streit darüber, nach welchem Verfahren die Liquidatoren einer Kommanditaktiengesellschaft zu

bestellen seien (BGE 42 II 301). Nach diesen Grundsätzen wäre auch im vorliegenden Fall eine vermögensrechtliche Streitigkeit anzunehmen; denn es steht ausser Zweifel, dass die Kläger mit der Wahl eines ihnen genehmen Gruppenvertreters die Wahrung ihrer finanziellen Interessen an der Gesellschaft bezwecken, und umgekehrt auch die Gesellschaft um wirtschaftlicher Vorteile willen die von ihr vertretene Auffassung über die Art der Bestellung von Gruppenvertretern verfehlt.

Es fragt sich allerdings, ob nicht in Fällen, in denen wie gerade hier eine auch nur annähernd genaue Schätzung eines derartigen finanziellen Interesses praktisch fast unmöglich ist, an dieser strengen Auffassung vom Begriff der vermögensrechtlichen Streitigkeit festzuhalten sei, oder ob es sich nicht vielmehr empfehle, solche Streitigkeiten denjenigen beizuordnen, die nach Art. 61 OG unabhängig vom Streitwert berufungsfähig sind. Gerade bei einem Streit der vorliegenden Art, der die Ausgestaltung des Rechts der Gruppenvertretung, also eine organisatorische Angelegenheit grundsätzlicher Natur, betrifft, könnten für eine solche Lösung dieselben Argumente ins Feld geführt werden, welche bei der Frage des Mitgliedschaftsrechtes bei der Genossenschaft den Ausschlag gegeben haben. Auch hier liesse sich sagen, dass das pekuniäre Interesse in den Hintergrund trete vor der persönlichkeitsrechtlichen Seite des Mitgliedschaftsrechts. Das Recht bei der Mitgliedschaft der Genossenschaft ist, wie beiläufig bemerkt sei, ursprünglich ebenfalls als vermögensrechtlicher Natur betrachtet worden (BGE 22 II 1054), und erst nachträglich hat sich das Bundesgericht zu der heute herrschenden Auffassung bekannt.

Die Frage kann jedoch offen gelassen werden; denn selbst wenn man daran festhalten wollte, dass alle Streitigkeiten zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Aktionären aus dem Mitgliedschaftsrecht vermögensrechtlicher Natur seien, so wäre der erforderliche Berufungsstreitwert hier als gegeben anzusehen. Wie bereits

erwähnt, betrifft die vorliegende Klage die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses auf Bestellung des Vertreters der Stammaktionäre. Bei Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen ist für die Berechnung des Streitwertes aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht das spezielle Interesse des Klägers an der Gutheissung seines Rechtsbegehrens, sondern das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft massgebend, weil die Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses gegenüber sämtlichen Aktionären wirksam ist (BGE 47 II 435, 51 II 68, 54 II 23). Beim Streit um das Vertretungsrecht einer bestimmten Aktionärgruppe fällt das Interesse der Gesellschaft mit demjenigen der ganzen Gruppe zusammen. Nach Art. 5 der Statuten beträgt das Stammaktienkapital nominell 36,000 Fr., und nach Art. 6 hat jede Stammaktie Anspruch auf eine Dividende bis höchstens 2 Fr. Danach übersteigt der Streitwert zweifellos 8000 Fr. Die Beklagte wendet ein, dass praktisch mit einer Dividende für das Stammaktienkapital noch auf Jahre hinaus nicht gerechnet werden könne, da nach Art. 6 der Statuten ein Anspruch auf Dividende erst entstehe, nachdem die Reserven geäufnet, sowie den Prioritätsaktien ersten Ranges eine kumulative Vorzugsdividende bis zu 6% des Nennwertes und den Prioritätsaktien zweiten Ranges eine Vorzugsdividende bis zu 5% ausgerichtet sei. Nun seien aber bis heute 24% an kumulativen Vorzugsdividenden auf dem Prioritätsaktienkapital ersten Ranges rückständig, und diese Dividendenansprüche müssten nach Art. 6 der Statuten vorweg gedeckt werden. Diese Einrede ist jedoch unbehelflich. Die Entscheidung, welche die Kläger anstreben, hat unbegrenzte Wirkung und es kann daher für das Interesse daran nicht die gegenwärtige Vermögenslage der Gesellschaft, die jederzeit Veränderungen erleiden kann, massgebend sein...

6. — a) In der Sache selbst ist zuerst zu prüfen, nach was für einem Verfahren die Vertreter der Stammaktionäre

zu wählen seien, denn die Entscheidung dieser Frage, welche die Kläger mit Rechtsbegehren 2 zum Gegenstand eines selbständigen Feststellungsbegehrens gemacht haben, ist von präjudizieller Bedeutung für die in Rechtsbegehren 1 enthaltene Anfechtung der Wahl Fellers zum Vertreter der Stammaktionäre. Die prozessuale Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens nach kantonalem Recht ist von der Vorinstanz stillschweigend anerkannt worden.

b) Art. 708 Abs. 4 rev. OR bestimmt, dass dort, wo mehrere Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung vorhanden sind, durch die Statuten jeder Gruppe die Wahl wenigstens eines Vertreters in der Verwaltung zu sichern ist. Diese Vorschrift folgt der Tendenz der modernen Aktiengesetzgebung, den Minderheiten gewisse Rechte einzuräumen, selbst wenn sie nur einen Bruchteil des Aktienkapitals vertreten. Dass nur wichtige Gruppen einen Anspruch auf eine solche Vertretung haben, wie die Beklagte behauptet, ist abzulehnen. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt für eine derartige Einschränkung. Aus der Bestimmung von Art. 708 Abs. 5 rev. OR, wonach wichtige Gruppen auch Anspruch auf Vertretung in einem allfälligen Verwaltungsratsausschuss haben, muss im Gegenteil gefolgert werden, dass im Verwaltungsrat jede Gruppe, ohne Rücksicht auf ihre Grösse, Anspruch auf Vertretung hat. Damit entfällt auch der weitere Einwand der Beklagten, das Begehren der Kläger, die nicht einmal 1% des Aktienkapitals vertreten, sei rechtsmissbräuchlich. Überdies muss dieser Einwand auch daran scheitern, dass die Beklagte mit der Vornahme der Statutenänderung im Sinne von Art. 708 Abs. 4 rev. OR und der Wahl Fellers zum Vertreter der Stammaktionäre den Anspruch derselben auf Vertretung im Verwaltungsrat grundsätzlich anerkannt hat. Dann geht es aber nicht an, dass sie das Begehren um Zuerkennung eines Vertreters der Stammaktionäre als rechtsmissbräuchlich erklärt, nur deshalb, weil die Stammaktionäre

einen andern als den von der Gesellschaft vorgeschlagenen Vertreter im Verwaltungsrat wünschen.

c) Die Vorschrift von Art. 708 Abs. 4 rev. OR ist, wie sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch der Zweck der Bestimmung zeigen, zwingender Natur. Während jedoch sonst zwingende Vorschriften in die Form eines unmittelbar vom Gesetz aufgestellten Rechtssatzes gekleidet sind, ist hier die Form eines Gebotes an die Gesellschaft über den Inhalt der Statuten gewählt worden. Der Grund für diese Besonderheit ist offenbar darin zu suchen, dass der Gesellschaft hinsichtlich der Ausführung der Vorschrift, d. h. der Ausgestaltung des Wahlverfahrens möglichste Freiheit gewährt werden sollte. Es versteht sich jedoch von selbst, dass diese Freiheit nicht unbeschränkt sein kann, sondern ihre Grenzen am Zweck der Vorschrift findet. Art. 708 Abs. 4 rev. OR verlangt ausdrücklich eine *Sicherung* der Gruppenvertretung. Dieser Zweck darf durch die Ausführungsbestimmungen in den Statuten nicht illusorisch gemacht werden. Das Verfahren muss also derart gestaltet sein, dass der Anspruch jeder Gruppe auf eine Vertretung im Verwaltungsrat auch wirklich erfüllt wird.

Nach der Ansicht der Kläger ist dies nur dann der Fall, wenn die Gruppe selber den Vertreter bezeichnen kann, mit der Wirkung, dass er damit auch von der Generalversammlung als gewählt zu betrachten ist. Dies würde auf eine Beschränkung des Wahlrechts der Generalversammlung hinauslaufen. Art. 708 Abs. 1 rev. OR behält aber die Wahl der Verwaltung als unübertragbares Recht der Generalversammlung vor. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dort zuzulassen, wo sie sich aus dem Gesetz zwingend ergibt. Dies ist hinsichtlich der Wahl des Gruppenvertreters nur insoweit der Fall, als Art. 708 Abs. 4 den Kreis der passiv wahlfähigen Personen auf die Aktionäre der betreffenden Gruppe beschränkt. Für eine Übertragung auch des aktiven Wahlrechts auf die Mitglieder der Gruppe unter Ausschluss der General-

versammlung bietet das Gesetz dagegen keine Handhabe. Eine solche Beschränkung des aktiven Wahlrechts wäre auch keineswegs zweckmässig. Mit ihr würde der Generalversammlung jede Kontrolle darüber entzogen, ob der von der Gruppe Erkorrene auch wirklich Gewähr für die richtige Erfüllung der Pflichten eines Verwaltungsrates böte. Eine derartige Prüfung muss ihr aber zustehen; denn auch der Gruppenvertreter hat sich im Verwaltungsrat in erster Linie von den allgemeinen Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen, und nur in deren Rahmen darf er die Sonderinteressen der Gruppe verfechten. Ferner kann es der Generalversammlung auch deshalb nicht gleichgültig sein, wer als Gruppenvertreter in den Verwaltungsrat einzieht, weil jener kraft seiner Stellung in den gesamten Geschäftsbetrieb Einblick erhält.

Die Beklagte nimmt den gegenteiligen Standpunkt ein, wonach das Wahlrecht der Generalversammlung zusteht, ohne dass die Mitglieder der Minderheitsgruppe einen grösseren Einfluss auf die Bezeichnung des Vertreters hätten, als jeder andere Aktionär. Auch diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil sie dem Zweckgedanken der Bestimmung offensichtlich nicht genügt. Als Vertreter im Sinn von Art. 708 Abs. 4 rev. OR kann der Natur der Sache nach nur ein der Gruppe genehmer Vertrauensmann in Betracht kommen; das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, dass bei divergierenden Interessen der verschiedenen Aktionärgruppen die Belange einer Minderheit ohne Vertretung derselben im Verwaltungsrat nicht richtig gewahrt seien. Eine Bestimmung, die auf Beseitigung der Gefahren abzielt, welche sich aus einer solchen Interessenkollision ergeben, kann daher vernünftigerweise nicht dahin verstanden werden, dass die eine Gruppe der andern einen bestimmten Vertreter gegen ihren Willen aufdrängen kann. Die Gruppe muss vielmehr ein entscheidendes Mitspracherecht bei der Bezeichnung ihres Vertreters haben. Dies geschieht am besten in der Form, dass der Gruppe ein verbindliches Vorschlagsrecht eingeräumt

wird. Verbindlich muss das Vorschlagsrecht sein, weil ein bloss unverbindlicher Vorschlag am bisherigen Rechtszustand praktisch nichts ändern würde; der vom rev. OR angestrebte Zweck, eine Garantie für die Minderheitsvertretung einzuführen, würde nicht erreicht. Auf der andern Seite ist aber dem Kontrollrecht der Generalversammlung, das dieser im Interesse der Gesellschaft gewahrt bleiben muss, dadurch Rechnung zu tragen, dass der Generalversammlung die Befugnis eingeräumt wird, den Vorschlag einer Gruppe aus wichtigen Gründen abzulehnen. Die Wichtigkeit der Ablehnungsgründe muss dabei vom Standpunkt des Gesamtinteresses der Gesellschaft aus beurteilt werden; in Betracht fallen insbesondere die geschäftlichen Beziehungen des Vertreters, daneben aber auch seine persönliche Eignung nach Fähigkeit und Charakter. Auf diese Weise kann keine Gruppe der andern eine missliebige und ungeeignete Persönlichkeit als Mitglied des Verwaltungsrats aufzwingen (vgl. zu diesen Fragen auch die Arbeiten von F. VON STEIGER, Der sogen. Verwaltungsratsproporz, in « Die schweizerische Aktiengesellschaft » Bd. 11 S. 193, sowie HELD, Die Vertretung von Aktionärgruppen in der Verwaltung, in SJZ 36 S. 64).

d) Die Kläger erheben Anspruch auf eine zweigliedrige Vertretung im Verwaltungsrat mit der Begründung, Art. 708 Abs. 4 rev. OR stelle den Grundsatz der Proportionalität auf. Diese Auffassung ist irrtümlich. Das Gesetz gewährt jeder Gruppe nur einen Mindestanspruch auf einen Vertreter und überlässt es in Abs. 5 dem Gutdünken der Gesellschaft, ob sie darüber hinaus in ihren Statuten die Zahl der Vertreter je nach der Grösse der Gruppen verhältnismässig abstufen wolle oder nicht. Von dieser Möglichkeit hat die Beklagte nicht Gebrauch gemacht.

7. — a) Steht somit der Gruppe der Stammaktionäre für die Bestellung eines Vertreters im Verwaltungsrat ein verbindliches Vorschlagsrecht im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu, so ist auch das erste Begehren der

Kläger auf Kassierung der Wahl Fellers als Vertreters der Stammaktionäre zu schützen, weil diese Wahl in einer dem Sinn der statutarischen Vorschrift nicht entsprechenden Weise zustandegekommen ist...

d) Die Wahl Fellers müsste übrigens selbst dann ungültig erklärt werden, wenn man mit der Beklagten ein verbindliches Vorschlagsrecht der Gruppe verneinen wollte. Als Vertreter einer Gruppe kann vernünftigerweise nur jemand in Betracht kommen, der kraft seines Aktienbesitzes vornehmlich bei dieser Gruppe interessiert ist. Diese Voraussetzung erfüllt Feller jedoch nicht. Er besitzt nach seinen eigenen Angaben ca. 150 Stammaktien im Nominalwert von 1 Fr. Daneben vertritt er aber 26,000 Stück Prioritätsaktien im Nennwert von 10 Fr. Diese gehören zwar nur zum Teil ihm persönlich; zum andern Teil sind sie Eigentum der Hortus A.-G. Dagegen befinden sich sämtliche Aktien dieser Gesellschaft in seiner Hand. Sein Interesse als Prioritätsaktionär, das zu demjenigen der Stammaktionäre im Gegensatz steht, überwiegt nun derart, dass er unmöglich als Vertreter der Stammaktionäre betrachtet werden kann. Seine Wahl als solcher läuft dem Zwecke von Art. 708 Abs. 4 rev. OR offensichtlich zuwider und muss als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Dass unter den Stammaktionären sonst niemand zur Verfügung stünde, der nach seiner Aktienverteilung eine bessere Gewähr für die Vertretung der besondern Interessen dieser Gruppe geboten hätte, ohne zugleich der allgemeinen Eignung zum Verwaltungsrat in persönlicher Hinsicht zu entbehren, ist nach den Akten nicht dargetan. Ob Theodor Tobler, der Hauptbeteiligte am Stammaktienkapital, als Vertreter der Gruppe geeignet wäre, was von der Beklagten in eingehenden Erörterungen in Abrede gestellt wird, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses und daher nicht zu untersuchen.

8. — Im Endergebnis ist somit festzuhalten, dass den Stammaktionären ein verbindliches Vorschlagsrecht im

Sinne der vorstehenden Erwägungen für die Wahl ihres Vertreters in den Verwaltungsrat der Beklagten zusteht, sowie dass die an der Generalversammlung der Beklagten vom 15. März 1939 vorgenommene Wahl des Albert Feller als Vertreter der Stammaktionäre wegen Verletzung des den Stammaktionären zustehenden Vorschlagsrechts ungültig ist. Infolgedessen ist die Beklagte zu verpflichten, binnen drei Monaten nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine wenn nötig ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen zur Bekanntgabe des Urteils und Wahl des Vertreters der Stammaktionäre...

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. — In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 16. November 1939 aufgehoben.

2. — Im Sinne der Motive wird festgestellt, dass den Stammaktionären das verbindliche Vorschlagsrecht für die Wahl ihres Vertreters in den Verwaltungsrat der Beklagten zusteht.

3. — Die an der Generalversammlung der Beklagten vom 15. März 1939 vorgenommene Wahl, wodurch Albert Feller, Laupen, als Vertreter der Stammaktionäre in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt wurde, wird ungültig erklärt.

4. — Die Beklagte ist verpflichtet, binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Urteils eine wenn nötig ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, zwecks Bekanntgabe des Urteils und Wahl des Vertreters der Stammaktionäre.

## IV. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 11. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Januar 1940

i. S. Wälchli gegen Hiltbrunner und Zbinden.

*Einrede der beurteilten Sache :* Die Frage der Identität der Streitsache und der Parteien beurteilt sich bei bundesrechtlichen Ansprüchen nach eidgenössischem Recht.

Die *Rechtskraft der Aberkennungsurteils* erstreckt sich nicht auf denjenigen Teil einer Gegenforderung, der zur Verrechnung mit der abzuerkennenden Forderung nicht notwendig ist.

*Exception de la chose jugée :*

Lorsque la prétention litigieuse découle du droit fédéral, c'est à la lumière de ce droit qu'il faut examiner s'il y a identité de l'objet du litige et identité des parties.

Lorsque, dans une *action en contestation de dette*, le demandeur allègue la compensation, le jugement n'aura pas les effets de la chose jugée pour le montant de la créance du demandeur qui excède la dette contestée.

*Eccezione della cosa giudicata :*

Quando la pretesa litigiosa ha la sua base nel diritto federale, la questione dell'identità dell'oggetto litigioso e dell'identità delle parti va esaminata a stregua del diritto federale.

Se, in una *causa di disconoscimento di debito*, l'attore fa valere la compensazione, la sentenza non avrà gli effetti della cosa giudicata per l'importo del credito dell'attore che eccede il debito contestato.

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Die Beklagte Rosa Wälchli war für rückständige Mietzinse im Betrage von rund Fr. 400.— betrieben worden. Ihre Aberkennungsklage, mit der sie wegen Mängel der Mietsache Herabsetzung des Mietzinses verlangte und Schadenersatzansprüche von rund Fr. 2000.— zur Verrechnung stellte, wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn im Betrage von Fr. 15.— pro Monat, insgesamt Fr. 90.—, geschützt.

B. — Da Rosa Wälchli auch die Bezahlung der Mietzinse für die folgenden Quartale verweigerte, erhoben