

sie berechtigt, die Aktien während der Vertragsdauer jederzeit in ihre unmittelbare Gewalt zu bringen. Praktisch, wenn auch indirekt, sind die Aktien ihr zugewiesen. Dadurch fiel der Gruppe Th. die Mehrheit der in den beiden Generalversammlungen vertretenen Aktien zu. Überdies hat sie die absolute Mehrheit aller im Umlauf befindlichen Aktien inne, da sie zusammen mit denjenigen des B. insgesamt über 31 181 Stück gebietet.

Mittels der Verträge wurde also die Mehrheitsstellung einer einzelnen Aktionärgruppe herbeigeführt. Das muss als unstatthaft erklärt werden. Andernfalls könnte der Verwaltungsrat durch die formelle Aktivierung gesellschaftseigener Aktien die Stimmverhältnisse ermessensweise reglieren und es wäre der dauernden Vergewaltigung der Generalversammlung offene Bahn gegeben. Das würde allem, was oben über die Bedeutung und die Funktionen dieses obersten Gesellschaftsorgans ausgeführt wurde, widersprechen. Gewiss kann sich in jeder Gesellschaft eine Mehrheit natürlich herausbilden, die dann in der Lage ist, der Minderheit ihren Willen aufzuzwingen. Derart zustandegekommene Beschlüsse sind nur anfechtbar, wenn erwiesenermassen die Mehrheit sich von unsachlichen Motiven leiten liess (BGE 69 II 257). Von diesem Standpunkte aus könnte man die Kläger verhalten, einen entsprechenden Beschluss abzuwarten. Bezüglich der Aufnahme von zwei angesehenen schweizerischen Persönlichkeiten in den Verwaltungsrat dürfte die genannte Voraussetzung kaum zutreffen. Den Klägern liegt aber offensichtlich weniger an der Umstossung der an sich harmlosen Wahlen als daran, die Zulassung der 7700 von B. gehaltenen Aktienstimmen ein für allemal zu verhindern. Hier geht es um das Prinzip. Denn bei Mitwirkung dieser Stimmen sehen sich die Kläger eben nicht vor eine auf natürlichem Wege entstandene, sondern vor eine künstlich gemachte Majorität gestellt. Und Verschiebungen der vorliegenden Art hat sich die Minderheit in der Tat nicht gefallen zu lassen. Sie ist berechtigt, gegen eine so gestal-

tete Übermacht aufzutreten und jeden von ihr gefassten Beschluss anzufechten. Im internen Leben der Gesellschaft soll sich die letzte Auseinandersetzung unter den Aktionären vollziehen, und zwar im unbeeinflussten Spiel der Kräfte auf Grund wirklicher Machtverhältnisse. Die freie Willensbildung der Generalversammlung ist nur gewährleistet, wenn jede künstliche Mehrheitsbildung durch die Verwaltung, wie sie hier mit der Verschiebung eigener Aktien ohne reale Interessen- und Risikobelastung erfolgt ist, verunmöglicht wird. Das muss, soweit die Aktienverschiebung als solche rechtlich erhalten bleibt, durch Versagen des Stimmrechts geschehen.

5. — Sonach ist die Rechtslage zusammengefasst die, dass trotz Bestandes der Verträge und ihrer Wirkungen in bezug auf Eigentum oder Besitz der 7700 Aktien deren Stimmrecht zu ruhen hat. Das führt zur Gutheissung der Klagebegehren. Denn die angefochtenen Generalversammlungsbeschlüsse sind erstelltermassen nur durch die Mitwirkung der nicht stimmberechtigten Aktien zustande gekommen, deshalb ungültig.

**45. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Mai 1946 i. S. Witschi gegen A.-G. Elektrische Bahn Steffisburg-Thun-Interlaken.**

*Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses betr. Abnahme der Jahresrechnung wegen Verletzung des Dividendenanspruches.*

1. Grundsätzliches zum Anfechtungsrecht des Aktionärs; Art. 706 in Verbindung mit Art. 698 Ziff. 3 und 662 ff. OR (Erw. I).
2. Das gesetz- und statutenmässige Dividendenbezugsrecht des (Prioritäts-) Aktionärs im Verhältnis zu den in Art. 674 Abs. 2 und 3 OR umschriebenen Kompetenzen der Generalversammlung (Erw. II, 1, 2, 4).  
Vorrang angemessener Abschreibungen in Form von Einlagen in einen « Erneuerungsfonds », Art. 674 Abs. 1 und 665 OR (Erw. II, 3).

*Décision de l'assemblée générale approuvant les comptes annuels attaquée pour violation du droit au dividende.*

1. Droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale; art. 706 combiné avec les art. 698 ch. 3 et 662 ss CO (consid. I).
2. Rapport entre les attributions que l'art. 674 al. 2 et 3 CO confère à l'assemblée générale et le droit de l'actionnaire à un

dividende en vertu de la loi et des statuts (consid. II 1, 2 et 4).  
 Priorité d'amortissements raisonnables sous forme de versements dans un « fonds de renouvellement » ; art. 674 al. 1 et 655 CO (consid. II, 3).

*Diritto di contestare, perchè lesiva della pretesa al dividendo, la deliberazione dell'assemblea generale che approva i conti annuali.*

1. Diritto d'impugnare le deliberazioni dell'assemblea generale ; art. 706 combinato con gli art. 698, cifra 3, e 662 seg. CO (consid. I).
2. Relazione tra le attribuzioni conferite all'assemblea generale dall'art. 674 cp. 2 e 3 CO e il diritto dell'azionista ad un dividendo in virtù della legge e degli statuti (consid. II 1, 2 e 4).  
 Priorità d'ammortamenti ragionevoli sotto forma di versamenti ad un « fondo di rinnovo » ; art. 674 cp. 1 e 655 CO (consid. II, 3).

A. — Die Aktiengesellschaft Elektrische Bahn Steffisburg-Thun-Interlaken (STI) hatte bei Anlass einer im Jahre 1938 durchgeführten Sanierung 80% ihres Obligationenkapitals in Prioritätsaktien I. Ranges zu nominell je Fr. 100.— umgewandelt. Während der Kriegsjahre erzielte das Unternehmen gute Betriebsergebnisse. Für das Jahr 1943 ergab sich ein Überschuss von Fr. 193,600.61 aus dem Bahnbetrieb und von Fr. 4716.34 aus dem Autobusbetrieb. Auf Antrag des Verwaltungsrates beschloss die Generalversammlung der STI am 24. Juni 1944 die Aufnahme von Fr. 401,296. — in die Bilanz als Fehlbetrag im Erneuerungsfonds und die Einsetzung von Fr. 48,252.— in die Gewinn- und Verlustrechnung als Tilgung an diesen Erneuerungsfonds ; ferner eine ausserordentliche Zuwendung von Fr. 86,212.10 an die Personalfürsorgekasse ; schliesslich einen ausserordentlichen Beitrag von Fr. 13,113.— an die Pensionsversicherung.

B. — Notar Witschi in Sigriswil ist Inhaber von 1517 Prioritätsaktien I. Ranges der STI. Er nahm an der Generalversammlung vom 24. Juni 1944 nicht teil. Am 16. August 1944 erhob er beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die STI mit nachstehenden Rechtsbegehren :

« 1. Der Beschluss der Generalversammlung der beklagten Aktiengesellschaft vom 24. Juni 1944 betr. Genehmigung der Jahres-

rechnung für das Betriebsjahr 1943 sei als ungültig zu erklären und gerichtlich aufzuheben, insoweit er betrifft :

- a) die Aufnahme eines Betrages von Fr. 401,296.— in die Bilanz als Fehlbetrag im Erneuerungsfonds ;
  - b) die Einsetzung eines Betrages von Fr. 48,252.— in die Gewinn- und Verlustrechnung als Tilgung an diesen angeblichen Fehlbetrag des Erneuerungsfonds ;
  - c) die Verwendung eines Betrages von Fr. 86,212.10 als ausserordentliche Zuwendung an die Personalfürsorgekassen ;
  - d) die Genehmigung einer weiteren Zuwendung von Fr. 13,113.— als ausserordentlicher Beitrag an die Pensionsversicherung.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, gemäss Art. 9 und 34 ihrer Statuten pro 1943 eine Dividende von 5 % an die drei Aktienkategorien in der Reihenfolge ihres Ranges auszurichten ; ein allfälliger Überschuss sei im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 der Statuten zur Ausrichtung einer Superdividende zu verwenden. »

Der Appellationshof nahm eine Partei- und Zeugenbefragung vor. Ausserdem holte er einen Bericht des Amtes für Verkehr im Eidg. Post- und Eisenbahndepartement ein und ordnete eine Expertise durch den Direktor der Solothurn-Zollikofen-Bern-Bahn (R. Amstutz) an. In der Schlussverhandlung vom 14. Dezember 1945 liess der Kläger das Rechtsbegehren unter Ziff. 1 lit. d fallen. Im übrigen wurde seine Klage durch Urteil vom gleichen Tage abgewiesen.

C. — Witschi erklärte die Berufung an das Bundesgericht. Er beantragt die Gutheissung der Klage in dem vor der kantonalen Instanz aufrechterhaltenen Umfange. Die Beklagte schliesst auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

I. — Zu den Klagebegehren Ziff. 1 lit. a und b führt die Vorinstanz aus, massgebend für die Ermittlung des Betriebsergebnisses und des Reingewinns, damit auch für die Festsetzung der Dividende, sei die Gewinn- und Verlustrechnung. Sie allein, nicht aber die Bilanz berühre daher die finanziellen Rechte des Aktionärs. Folglich müsse der Anspruch aus lit. a ohne weiteres abgewiesen

werden, während bei Beurteilung desjenigen aus lit. b « die rein technische Frage nach der Zweckmässigkeit der Aufnahme eines fiktiven Postens in die Bilanz zu prüfen » sei. Damit wird dem Aktionär die Befugnis zur Anfechtung der Bilanzgenehmigung abgesprochen.

Diese Auffassung ist nicht haltbar. In die Kompetenz der Generalversammlung fällt u. a. die Abnahme der Bilanz (Art. 698 Ziff. 3 OR). Sie ist ausdrücklich zu genehmigen oder zu verwerfen. Hierin liegt ein Aufsichtsrecht, aber auch eine Aufsichtspflicht des obersten Gesellschaftsorgans. Die Generalversammlung hat Stellung zu nehmen zur Frage, ob die statutarischen und gesetzlichen (Art. 662 ff OR) Bilanzierungsvorschriften eingehalten und die Prinzipien einer gesunden Finanzpolitik beachtet wurden. Dergestalt sollen der Vermögensstand, der innere finanzielle Aufbau sowie die wirtschaftliche Lebens- und Tragfähigkeit der Gesellschaft alljährlich erwahrt werden. Findet der einzelne Aktionär, dass ein bezüglicher Versammlungsbeschluss gegen Statuten oder Gesetz verstosse, so steht ihm die Anfechtungsklage zu (Art. 706 OR), gleichgültig, ob die Bilanz seine rein finanziellen Rechte tangiert oder nicht (WIELAND, Handelsrecht II S. 133 ; STAUB, zu § 260 DHGB Anm. 2).

Ebenso unrichtig ist die Annahme der Vorinstanz, die Dividende hänge unmittelbar nur vom Ergebnis der Gewinn- und Verlustrechnung ab. Nach Art. 662 Abs. 1 OR ist der Reingewinn auf Grund der Jahresbilanz zu errechnen. Der Reingewinn ist der Überschuss der Aktiven über die Passiven, bezogen auf Ende des Geschäftsjahres. Und die Bilanz « enthält die Ausscheidung der verteilbaren Reinvermögensvermehrung aus dem Rohgewinn » (WIELAND, a. a. O. S. 216). Erst wenn die Werte von Aktiven und Passiven bestimmt und die Abschreibungen vorgenommen sind, lässt sich erkennen, ob überhaupt und in welcher Höhe ein Reingewinn vorhanden ist. Allerdings beeinflussen die Gewinn- und Verlustrechnung und deren Abschluss ihrerseits die Bilanz. Diese bildet indessen

die Grundlage für die Gewinnermittlung und Dividendenfestsetzung. Deshalb kann der Aktionär grundsätzlich auch zur Wahrnehmung seiner finanziellen Rechte einen Beschluss auf Genehmigung der Bilanz beanstanden. Im vorliegenden Fall ist übrigens das Klagebegehren Ziff. 1 lit. b nur durch die Gestaltung der Bilanz bedingt, sodass sich die Anfechtung in erster Linie gegen diese richten muss. Mithin ist das Begehren Ziff. 1 lit. a selbständig zu behandeln.

II. — Zur Begründung des Rechtsbegehrens Ziff. 1 macht der Kläger geltend, sein Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn gehe den von der Generalversammlung beschlossenen Finanzmassnahmen vor.

Der gesetz- und statutenmässige Dividendenanspruch des Aktionärs wird zwar als ein wohlerworbenes Recht angesehen (BGE 47 II 436, 41 II 618). Indessen besteht dieses Recht nicht unbedingt. Es setzt einen Reingewinn voraus, der nach Gesetz und Statuten zur Verteilung gelangen kann. Hierüber befindet die Generalversammlung. Und nur soweit sie bei der Beschlussfassung Gesetz und Statuten missachtet oder bei Handhabung der Bilanzierungsgrundsätze willkürlich vorgeht, ist das Recht auf Dividende verletzt. Allein unter diesen Gesichtspunkten also ist der angefochtene Generalversammlungsbeschluss grundsätzlich und dem Masse nach zu überprüfen.

1. — Von den gesetzlichen Vorschriften sollen nach Meinung des Klägers die Art. 660 Abs. 1 und 674 OR verletzt worden sein. Die Beklagte rechtfertigt die Abnahme der Jahresrechnung mit dem Hinweis auf die Abs. 2 und 3 des Art. 674 OR. Sie geht davon aus, dass es sich bei den in die Bilanz und in die Gewinn- und Verlustrechnung eingesetzten Beträgen um Reserveanlagen, bei der Zuwendung an die Personalfürsorgekassen um die Unterstützung einer Wohlfahrtseinrichtung für Arbeiter und Angestellte handle. Dem hält der Kläger entgegen, nach Art. 674 Abs. 2 OR dürfe eine ausserordentliche

Reserveanlage nur « bei Festsetzung der Dividende » beschlossen werden. Vorerst müsse also aus dem Reingewinn den Aktionären « etwas in Form einer Dividende » zukommen. Gleiches gelte, gemäss dem einleitenden Wort « ebenso » in Abs. 3 des Art. 674 OR, auch für die Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen.

Die These des Klägers läuft darauf hinaus, dass in den Fällen des Art. 674 Abs. 2 und 3 OR die Generalversammlung stets und vorab eine Dividende zu beschliessen hat. Eine gesetzliche Vorschrift, dass und wann eine Dividende ausgeschüttet werden muss, wäre aber ganz ungewöhnlich. Denn sie würde sich gegen die Autonomie der Generalversammlung richten und käme einer Einmischung in die internen Angelegenheiten der Gesellschaft gleich. Eine derartige Absicht hätte der Gesetzgeber zweifellos in eine klare und positive Weisung gefasst. Sie nur mittelbar aus dem Gesetzestext abzuleiten geht umso weniger an, als die Anordnung keinen massgebenden Inhalt hätte. Mindestens müsste für die obligatorische Dividende eine untere Grenze festgelegt sein. Darüber ist nichts gesagt. Also wäre es denkbar, dass die Versammlung die Dividende auf  $\frac{1}{2}$  % oder weniger bestimmt, um die vom Kläger als notwendig erachtete Bedingung zu schaffen. Dass es darum bei der fraglichen Vorschrift nicht gehen kann, ist offenkundig.

Nach Wortlaut und Sinn ist die Formel « bei Festsetzung der Dividende » nichts anderes als eine Zeitbestimmung. Sie besagt einfach, wann, d. h. unter welchem Traktandum die Generalversammlung über ausserordentliche Reserveanlagen zu bestimmen hat; nämlich, präziser ausgedrückt, bei der Beschlussfassung darüber, ob und welche Dividende ausgerichtet werden soll. Diese Auslegung allein entspricht der ratio legis. Nach Art. 674 Abs. 2 können ausserordentliche Reserven angelegt werden aus Rücksicht auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmässigen Dividende. Besonders der erstgenannte

Grund mag es angezeigt erscheinen lassen, für ein Jahr oder für länger überhaupt keine Dividende auszuschütten. Die Versammlung hat daher primär nicht über die Höhe der Dividende, sondern grundsätzlich darüber zu befinden, ob aus dem Reingewinn eine Dividende ausgerichtet werden will oder nicht. Entscheidet sie sich für letzteres, so liegt auch darin ein Beschluss über die Festsetzung der Dividende, lediglich mit negativem Ergebnis. Und ein solcher Beschluss besteht von Gesetzes wegen zu Recht, so lange er den Rahmen der vorbehaltenen Zwecke nicht überschreitet und auf vernünftigen wirtschaftlichen Erwägungen beruht. Denn das Recht des Aktionärs auf Dividendenzuteilung ist den im Interesse des Unternehmens aufgestellten Kompetenzen der Generalversammlung untergeordnet. So war schon Art. 631 Abs. 2 des a. OR zu verstehen (vgl. BGE 29 II 465). Die Gesetzesrevision hat daran nichts geändert. Art. 674 Abs. 2 des geltenden OR weist gegenüber der entsprechenden früheren Bestimmung einen verbesserten Wortlaut und eine Erweiterung in den Befugnissen der Generalversammlung, jedoch keine prinzipielle Neuerung auf. Und die nämliche Bedeutung wie in Abs. 2 hat der Passus « bei Festsetzung der Dividende » auch mit Bezug auf Abs. 3 des Art. 674 OR. Für die abweichende Rechtsauffassung des Klägers findet sich weder im Gesetzestext noch in den Gesetzesmaterialien ein Anhalt.

2. — Art. 34 der Statuten der Beklagten sieht für den « nach Abzug aller Unkosten, Deckung der Obligationenzinse, Dotierung des Erneuerungsfonds, allfälliger Amortisationen und Speisung des Reservefonds » verbleibenden Reinertrag folgende Verwendung vor :

- « 1. Ausrichtung einer Dividende bis zu 5% an die drei Aktienkategorien in der Reihenfolge ihres Ranges.
2. Der Überschuss steht zur Verfügung der Generalversammlung zur Ausrichtung einer Superdividende, sowie zur Bildung von ausserordentlichen Reservefonds. »

Was unter « Erneuerungsfonds » und « Reservefonds » zu verstehen ist, und wie diese Fonds zu äufnen sind, wird in Art. 33 erläutert.

Die Frage, ob die Generalversammlungsbeschlüsse gegen diese Bestimmungen verstossen, ruft einer grundsätzlichen Erörterung darüber, in welchem Verhältnis die Statuten zu Art. 674 Abs. 2 und 3 OR stehen. Dieser Abklärung bedarf es immerhin nur insoweit, als die einzelnen Vorkehren überhaupt ausserordentliche Reserveanlagen oder Verwendungen darstellen, und damit unter Art. 34 Ziff. 2 der Statuten bezw. Art. 674 Abs. 2 und 3 OR fallen.

3. — Als Reserven können nur eigentliche Reinvermögensvermehrungen gelten, welche durch Aufsparungen aus dem Reingewinn oder durch Einlagen, die nicht auf das Grundkapital entfallen, entstehen. Derartige Rückstellungen erscheinen buchtechnisch unter den verschiedensten Bezeichnungen (Verlustreservefonds, Baureserve, Dividendausgleichsfonds usw.). Stets handelt es sich um die Bereitstellung von Mitteln im Hinblick auf künftige Bedürfnisse. Keine Reserve dagegen ist der Erneuerungsfonds, sofern er mit Rücksicht auf die Abnutzung und daherige Entwertung der Einrichtungen angelegt wird. In solchem Falle bildet er vielmehr ein Korrekturkonto zu Aktivposten und ist mit deren Amortisationskonto identisch. Erst wenn die Dotierung des Erneuerungsfonds über das erforderliche Mass hinausgeht, ergeben sich stille Reserven, während die ordentlichen Einlagen Abschreibungen darstellen und als solche zu behandeln sind (vgl. BACHMANN, Kommentar zum a. OR S. 193 und 195; STAUB, zu § 262 DHGB Anm. 27; BGE 28 II 486 ff.). Vorliegend sind die Überweisungen in den Reservefonds tatsächlich reine Amortisationen. Sie treten im Rechnungswesen der Beklagten an die Stelle der Abschreibungen. Das ergibt sich einwandfrei aus dem Urteil der Vorinstanz und aus den ihm zugrundeliegenden Akten.

a) — Gemäss Art. 33 der Statuten ist der Erneuerungsfonds vorgesehen « für die einer wesentlichen Abnutzung

unterworfenen Anlagen und Einrichtungen, als Oberbau, elektrische Einrichtungen, Rollmaterial, Mobiliar und Gerätschaften ». Die Bestimmung entspricht im wesentlichen der Weisung in Art. 11 des Bundesgesetzes vom 27. März 1896 über das Rechnungswesen der Eisenbahnen. Der in die Bilanz der Beklagten aufgenommene Fehlbetrag im Erneuerungsfonds (Ziff. 1 lit. a des Rechtsbegehrens) betrifft der Sache nach den Unterbau in den Strassen, den Hochbau, die eisernen Brücken und die Einrichtungen im Freien. Diese Anlagen sind von Art. 33 der Statuten nicht ausdrücklich erfasst, und nach dem erwähnten Bundesgesetz war es nicht klar, ob sie der obligatorischen Abschreibung unterworfen sind. Deshalb stellte das Eidg. Post- und Eisenbahndepartement in einem « Reglement über den Erneuerungsfonds der schweizerischen Privatbahnen » vom 29. April 1940 den Unternehmungen anheim, jene Einrichtungen in die Abschreibungsordnung einzubeziehen. Über die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit solcher Amortisationen konnte indessen kein Zweifel bestehen. Sie wurde denn auch den Bahnverwaltungen durch das Eidg. Amt für Verkehr nachdrücklich empfohlen und ihre Durchführung ist unerlässliche Bedingung für jegliche Hilfeleistung des Bundes.

Die Beklagte hat sich nun auf Empfehlung des Eidg. Amtes für Verkehr erstmals für das Jahr 1942 entschlossen, die nach dem Eisenbahnrecht fakultativen Abschreibungen vorzunehmen. In der Jahresrechnung 1943 wurde dann der Sollbestand im Erneuerungsfonds hergestellt, was buchtechnisch eben durch die Aufnahme des Fehlbetrages von Fr. 401,296.— in die Bilanz geschah. Es handelt sich also nicht um die Bildung eines ausserordentlichen Reservefonds gemäss Art. 34 Ziff. 2 der Statuten oder Art. 674 Abs. 2 OR, sondern um eine finanztechnische Massnahme zum Zwecke der Amortisation eines Teiles der Anlagen. Nach Ansicht der von der Vorinstanz befragten Fachleute war die Rücklage grundsätzlich und im Quantitativ unerlässlich. Sie fand denn auch die Zustimmung des

Eidg. Amtes für Verkehr. Überdies drängte sie sich in zeitlicher Hinsicht deswegen auf, weil sie nach dem Gesagten die Voraussetzung für die Genehmigung eines von der Beklagten bereits gestellten Subventionsgesuches an den Bund bildete.

Rechtlich muss somit die Bilanzabnahme unter den Gesichtspunkten der Art. 665 und 674 Abs. 1 OR gewürdigt werden. Denn das OR gelangt, wie das Eidg. Amt für Verkehr in seiner Vernehmlassung an die Vorinstanz zutreffend bemerkt, neben dem Eisenbahnrechnungsgesetz und dem Reglement subsidiär zur Anwendung. Die genannten Bestimmungen sind zwingend. Sie wurden aufgestellt nicht nur im Interesse der Aktiengesellschaft selbst, sondern auch im Interesse und zum Schutze der Gesamtheit der Aktionäre und Gläubiger. Aus dem Vorstehenden erhellt, dass die Herstellung des Sollbestandes im Erneuerungsfonds als « den Umständen angemessene » Abschreibung (Art. 665 Abs. 1 OR) gewertet werden muss. Die Generalversammlung hat also den nicht zu umgehenden Gesetzesvorschriften nachgelebt und damit ist ihr Beschluss rechtsgültig, auch wenn dessen Gegenstand in den Statuten nicht eigens vorgesehen ist.

b) — Die Einsetzung eines Tilgungsbetrages in die Gewinn- und Verlustrechnung (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. b) ist nur die notwendige Folge der besprochenen Bilanzierungsmassnahme. Buchtechnisch wäre die Sachlage allerdings klarer zum Ausdruck gekommen, wenn die Beklagte den gegebenen Fehlbetrag von Fr. 401,296.— auf einmal über die Gewinn- und Verlustrechnung pro 1943 abgeschrieben hätte. Dann wäre ein Passivsaldo entstanden, der im Laufe der nächsten Jahre sukzessive hätte abgetragen werden müssen. Nachdem aber die Beklagte in der Bilanz unter den Aktiven mit dem Titel Erneuerungsfonds ein besonderes Konto « Zu tilgende Verwendungen » einführt, ist sie gezwungen, dieses Konto in gleicher Weise wie einen Passivsaldo zu liquidieren. Das hat aus den Betriebsergebnissen zu geschehen, und zwar nach

Meinung der Sachverständigen so bald wie möglich, solange der Geschäftsgang noch befriedigend bleibt. Eine Dividendenzahlung kann selbstverständlich nicht in Betracht kommen, bevor dieser ein Non-valeur darstellende Posten aus den Aktiven der Bilanz verschwunden ist. Für das Jahr 1943 wurden Fr. 48,252.— abgeschrieben. Das entspricht einer Tilgungsquote von ca.  $\frac{1}{8}$ , die nach dem Gesagten durchaus angebracht erscheint. Der Beschluss ist somit weder grundsätzlich noch dem Masse nach zu beanstanden.

4. — Die ausserordentliche Zuwendung an die Personal-Fürsorgekassen (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. c) kann in keinem Sinn als « Reserveanlage » gelten, auch nicht als « ausserordentlicher Reservefonds » gemäss Art. 34 Ziff. 2 der Statuten. Denn Reserven, ob ordentlicher oder ausserordentlicher Natur, bleiben Aktiven des Unternehmens und dienen seiner finanziellen Stärkung. Beiträge an Wohlfahrtseinrichtungen dagegen scheiden aus dem Gesellschaftsvermögen aus und werden eigenen Zwecken zugeführt (Art. 673 Abs. 2 OR). Auch der Versuch der Beklagten, die Vergabungen bei den « Unkosten » unterzubringen, ist unbehelflich. Der Begriff Unkosten lässt sich weder kaufmännisch noch bilanztechnisch so ausdehnen, dass davon Überweisungen an fremde Vermögen erfasst würden, welche durch die Generalversammlung erst nach Ablauf des Geschäftsjahres noch eigens beschlossen werden müssen. Zum Wesen der Unkosten gehört gerade, dass sie während des Geschäftsjahres im Zusammenhang mit dem Betrieb des Unternehmens entstehen. In den Statuten findet der Zuwendungsbeschluss somit keinen Rückhalt. Er kann allein auf Art. 674 Abs. 3 OR gestützt werden. Daher ist hier zu untersuchen, ob diese gesetzliche Vorschrift neben oder eventuell trotz der Statuten Geltung hat; namentlich, ob nicht Art. 34 der Statuten der Vergabung insofern entgegensteht, als sie erst erlaubt ist, nachdem eine Dividende von mindestens 5% ausgeschüttet wurde.

Die durch das revidierte Aktienrecht an die General-

versammlung verliehene Befugnis, Beiträge zugunsten von Wohlfahrtseinrichtungen für das Personal zu entrichten, ist ein Ausschnitt aus der eidgenössischen Sozialgesetzgebung mit der Besonderheit, dass der Staat auf Eingriffe verzichtet und es dem einzelnen Unternehmen überlässt, die zweckdienlichen Anordnungen zu treffen. Diesem Vertrauen in den sozialen Sinn der Aktiengesellschaft muss entsprechen, dass sie nicht durch ihre Satzung die erhaltene Kompetenz wegbedingen darf. Art. 674 Abs. 3 OR enthält also unnachgiebiges Recht und würde auch dann gelten, wenn die Statuten seine Anwendung ausschliessen sollten. Indessen geht letzteres aus den Satzungen der Beklagten keineswegs hervor. Wohl stellt Art. 34 Weisungen über die Ermittlung und Verwendung des Reinertrages auf, ohne die Dotierung von Wohlfahrtsinstitutionen zu erwähnen. In Art. 19 aber ist unter den Geschäften der Generalversammlung auch die Beschlussfassung über die ihr durch gesetzliche Bestimmungen vorbehaltenen Gegenstände aufgeführt. Da die Statuten aus dem Jahre 1938 stammen und somit unter der Herrschaft des revidierten Aktienrechts abgefasst sind, darf mangels einer ausdrücklich dahingehenden Vorschrift nicht als ihr Sinn angenommen werden, man habe die Sozialleistungen einem Anspruch der Aktionäre aller Kategorien auf eine Dividende von mindestens 5 % hintanzustellen wollen.

Art. 674 Abs. 3 OR knüpft den Zuwendungsbeschluss an keine besonderen Voraussetzungen. Er schreibt lediglich vor, dass Beiträge an Wohlfahrtseinrichtungen dem erzielten Reingewinn zu entnehmen sind. Ob und in welchem Umfange von dieser Befugnis Gebrauch gemacht werden soll, entscheidet die Generalversammlung grundsätzlich nach freiem Ermessen, wobei sie sich immerhin an vernünftige Überlegungen zu halten hat und den Rahmen des gesetzlich umschriebenen Zweckes nicht willkürlich überschreiten darf.

Für den vorliegenden Fall kann das jedoch nur bedingt

gelten. Es ist zu beachten, dass anlässlich der Sanierung der Beklagten im Jahre 1938 die Inhaber von 80% des Obligationenkapitals mit Prioritätsaktien I. Ranges abgefunden wurden. Diese Aktien genossen gemäss Art. 9 und 34 Ziff. 1 der Statuten ein Dividendenvorzugsrecht, über das die Generalversammlung nicht ohne weiteres hinweggehen darf. Dem muss bei Überprüfung eines Beschlusses, der unter Wegfall jeglicher Dividende Vergabungen aus dem Reingewinn festsetzt, Rechnung getragen werden. Die Verfügungsfreiheit der Generalversammlung unterliegt einer Einschränkung insofern, als die entgegenstehenden Interessen ernstlich abzuwägen sind, und den Bedürfnissen von Wohlfahrtseinrichtungen nur aus einleuchtenden Gründen der Vorzug vor dem Dividendenanspruch der Prioritätsaktionäre zu geben ist (vgl. BGE 53 II 260 ff).

Indessen hält der angefochtene Beschluss auch der strengeren Betrachtungsweise stand. Der Betrag von Fr. 86,212.10 ging nicht an eine einzelne Wohlfahrtsinstitution, sondern war nach dem gerichtlichen Gutachten aufgeteilt wie folgt :

- Fr. 13,113.— wurden verwendet für den Einkauf des 11. Versicherungsmonats bei der Pensionskasse ;
- Fr. 51,574.— sind für eine weitere Verbesserung der Pensionsversicherung bestimmt, ob durch Einkauf des 12. Monats oder auf andere Weise ist noch nicht entschieden ;
- Fr. 21,525.10 wurden den Sparversicherten zugesprochen, um sie nicht schlechter zu stellen als die Pensionsversicherten.

Bei Beurteilung dieser Verwendung ist gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass die Löhne des Personals der Beklagten bescheiden sind. Sie liegen im allgemeinen unter den Löhnen der SBB und der räumlich nächst in Betracht kommenden bernischen Bahnen. Der Ausbau der Personalversicherung

soll daher in erster Linie einen Ausgleich für das verhältnismässig tiefe Gehaltsniveau schaffen. Er dient aber auch dem Unternehmen. Denn so wird es möglich, Pensionierungen zur richtigen Zeit vorzunehmen und den Personalkörper ohne stossende Härten zu verjüngen. Die Beklagte zieht daraus in der Regel finanzielle Vorteile, indem sie die älteren, höher besoldeten Angestellten durch jüngere und geringer entlohnte ersetzen kann. Der Experte bezeichnet die Dotierung der Versicherungskassen als angemessen und für die Beklagte tragbar. Dass der so erreichte Fürsorgegrad noch keineswegs übersetzt ist, wird von der Vorinstanz an einem Zahlenbeispiel überzeugend dargetan. Die Generalversammlung hat also nur einer dringlichen sozialen Pflicht gegenüber dem Personal in anständiger und vorsorgender Weise genügt. Es handelt sich nicht um eine Liberalität oder um einen blossen Wohltätigkeitsakt, sondern der Beschluss rechtfertigt sich als eine gutüberlegte Massnahme im wohlverstandenen Interesse sowohl der Beklagten wie des auf ihre Fürsorge angewiesenen Personals. Vor der Wahrung solcher Interessen muss der Dividendenanspruch auch des bevorzugten Prioritätsaktionärs zurücktreten. Offensichtlich hat sich eine grosse Zahl von Prioritätsaktionären dieser Einsicht nicht verschlossen. Denn anders wäre der Beschluss nicht zustande gekommen, da die Prioritätsaktien I. Ranges mit total Fr. 1,710,600.— den weitüberwiegenden Teil des gesamten Aktienkapitals der Beklagten von Fr. 2,080,600.— ausmachen.

III. — Da der Kläger mit seinen Anfechtungsgründen nicht durchdringt, bestehen die Beschlüsse der Generalversammlung zu Recht. Alsdann verbleibt für das Geschäftsjahr 1943 kein Reingewinn, der in Form einer Dividende zur Verteilung gelangen könnte. Damit erweist sich auch Ziff. 2 des Klagebegehrens ohne weiteres als unbegründet.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. Dezember 1945 wird bestätigt.

Vgl. auch Nr. 39, 40, 47. — Voir aussi nos 39, 40, 47.

#### IV. PROZESSRECHT

##### PROCÉDURE

#### 46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Juni 1946 i. S. Müller und Grögli gegen Gisler.

*Art. 68 Abs. 1 lit. a OG.*  
« Zivilsache » im Sinne dieser Bestimmung.  
Bundesrechtswidrige kantonale Prozessvorschrift.

*Art. 68 al. 1 lettre a OJ.*  
« Affaire civile » dans le sens de cette disposition.  
Disposition de procédure cantonale contraire au droit fédéral.

*Art. 68, cp. 1 lett. a OGF.*  
« Procedimento civile » a' sensi di questa disposizione.  
Norma di procedura cantonale contraria al diritto federale.

A. — Im März 1942 liess ein gewisser Henri Kübler bei der Buchdruckerei Müller und Grögli in Winterthur-Wülflingen ein Flugblatt drucken, das sich auf die bevorstehenden Gemeinderatswahlen in Flaach bezog, und für dessen Inhalt er schriftlich die Verantwortung übernahm. Die Publikation hatte einen von Arnold Gisler in Flaach angestregten Ehrverletzungsprozess zur Folge. Kübler wurde wegen übler Nachrede zu einem Monat Gefängnis verurteilt und verpflichtet, die Verfahrenskosten zu tragen sowie dem Strafkörper eine Entschädigung von Fr. 2260.25