

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1933
i. S. der Politischen Gemeinde Wädenswil u. Kons.
gegen die Schweizerische Südostbahn.

Anfechtung einer durch die Mehrheit der Generalversammlung einer Eisenbahnaktiengesellschaft beschlossenen Statutenänderung, durch die das Vertretungsrecht dreier Gemeinden in Verwaltungsrat und Direktionsausschuss beseitigt werden sollte. OR Art. 627 Abs. 1.

Durch Konzession oder Vertrag kann einer Gemeinde im Verwaltungsrat und in einem Ausschuss desselben ein die Befugnisse der Generalversammlung der Eisenbahnaktiengesellschaft einschränkendes Vertretungsrecht eingeräumt werden, auch wenn die Betriebslänge der Bahn weniger als 100 km ausmacht. OR Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1, Stimmrechtsgesetz Art. 6.

Bejahung eines wohlerworbenen vertraglichen und statutarischen Rechtes der klagenden Gemeinden im konkreten Fall. Erw. 4 u. 5.

Festlegung des Inhaltes des Vertretungsrechtes durch Auslegung der vertraglichen und statutarischen Bestimmungen und in Anlehnung an langjährige Übung: Echtes, nicht nur prae-karistisches Vertretungsrecht im Sinne eines verbindlichen Vorschlagsrechtes. Erw. 6 u. 7.

Verzicht der Gemeinden? Erw. 8.

Ablehnung der Anwendung der Clausula rebus sic stantibus? Erw. 9.

A. — Im Jahre 1889 wurde mit Sitz in Wädenswil die Aktiengesellschaft Schweizerische Südostbahn gegründet. Durch Vereinbarung vom 12. August 1889 mit Nachtrag vom 20. Oktober 1889 schlossen sich zum Zweck dieser Gründung die Eisenbahngesellschaft « Wädenswil-Einsiedeln », die Eisenbahngesellschaft « Zürichsee-Gotthardbahn », das Initiativkomité für die « Biberbrücke-Gotthardbahn » und das Initiativkomité « für den Bau und Betrieb einer Eisenbahn von Pfäffikon nach Goldau, als Anschluss an die Gotthardbahn » zusammen. In Art. 1 der Vereinbarung wurde als Zweck der neuen Gesellschaft genannt: Der käufliche Erwerb der Eisenbahn Wädenswil-Einsiedeln, der käufliche Erwerb der Zürichsee-Gotthardbahn,

worunter die Bahnstrecke Rapperswil-Pfäffikon im gegenwärtigen Bestande verstanden war, der sofortige Bau der projektierten, sub 23. Dezember 1881 von der h. Bundesversammlung und sub 2. Juli 1886 auch für die Einmündung auf Station Goldau konzedierten Linie Biberbrücke bis zum Anschluss an die Gotthardbahn, der gleichzeitige Bau der sub 2. Juli 1886 von der h. Bundesversammlung konzedierten Linie Pfäffikon-Samstagern oder Schindellegi, und der künftige Betrieb dieser vier Linien auf Grundlage der in Art. 9 und 10 der Vereinbarung aufgestellten Bedingungen. Der Kapitalbedarf wurde auf 10.5 Millionen Fr. veranschlagt, und es wurde vorgesehen, dass davon 5 Millionen Fr. durch Ausgabe von Stammaktien zu 500 Fr. und 5.5 Millionen Fr. durch eine Obligationenanleihe aufgebracht werden sollten. Die Übernahmesumme der Wädenswil-Einsiedeln Bahn wurde auf 4,234,580 Fr., diejenige der Linie Rapperswil-Pfäffikon auf 832,000 Fr. festgesetzt.

Auf Grund dieser Vereinbarung wurden die Statuten der zu gründenden Aktiengesellschaft ausgearbeitet, und es wurde die Gesellschaft konstituiert. Diese schloss dann am 5. November 1889 die nötigen Verträge über die käufliche Abtretung der Eisenbahnlinien Wädenswil-Einsiedeln und Rapperswil-Pfäffikon und der Konzession für den Bau der Linie Biberbrücke-Sattel-Goldau ab.

B. — Der Plan einer Bahnverbindung zwischen Wädenswil und der Talschaft Einsiedeln war schon im Jahre 1869 gefasst und sofort an die Hand genommen worden. Mit Vertrag vom 8. Mai 1871 hatte die englische Gesellschaft Kuchen & Napier den Bau der Bahn und die Beschaffung des Betriebsmaterials übernommen. Die mutmasslichen Baukosten hatten 3 Millionen Fr. betragen; für das Obligationenkapital von 1 Million Fr. hatten die Gemeinde Wädenswil und der Bezirk Einsiedeln Garantie zu leisten. Überdies hatten diese beiden Gemeinwesen vom Aktienkapital 500,000 Fr. und 250,000 Fr. aufzubringen. Zur Leitung der Geschäfte war eine Direktion bestellt worden,

die aus je einem von Wädenswil und Einsiedeln ernannten Mitglied bestand. Im Jahre 1872 war Napier jedoch in Konkurs geraten und flüchtig geworden, und nachdem auch die Mittel Kuchens erschöpft waren, war der Vertrag dann am 23. Mai 1873 aufgelöst worden. Damals war der Unterbau erst etwa zur Hälfte ausgeführt und es waren einzelne Brücken schon gebaut worden, dagegen hatten Oberbau und Stationshäuser noch vollständig gefehlt. Nun ruhte der Bau während zwei Jahren, bis durch Vertrag vom 25. Januar 1875 die Nordostbahn die Fortsetzung übernahm und zwar für ausschliessliche Rechnung der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn und unter Solidarhaft der beiden Gemeinwesen Wädenswil und Einsiedeln für die Verpflichtungen der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn. Die beiden Gemeinwesen hatten auch weitere Barmittel für die W.E.B. zu beschaffen, Aktien zu übernehmen und für einen Teil des Obligationenkapitals Garantie zu leisten, weshalb das Gelingen der Bahnbaute ihnen grosse Sorge bereitete. Nachdem sich dann bei einer Probefahrt ein schweres Unglück ereignet hatte, trat die Nordostbahn vom Vertrage zurück, und die W. E. B. hatte nunmehr eine fertige Linie, aber kein Betriebsmaterial, und da es ihr auch an Geld und Kredit gebrach, mussten die beiden Gemeinwesen neuerdings in die Lücke treten. Sie kauften Rollmaterial und überliessen es leihweise der Gesellschaft. Sie garantierten ferner ein Hypothekendarlehen II. Ranges im Betrage von 1.3 Millionen Fr. Am 1. Mai 1877 endlich konnte die Strecke dem Betriebe übergeben werden.

C. — Die Zürichsee-Gotthardbahn war bei ihrem Übergang an die Südostbahn mit einer Obligationenschuld von 778,000 Fr. belastet, woran Rapperswil mit 378,000 Fr. partizipierte. Eine Verzinsung der Schuld war nie möglich gewesen, und bei Fälligkeit des Anlehens im Jahre 1882 hatte das Kapital nicht zurückbezahlt werden können. Die politische und die Ortsbürgergemeinde Rapperswil hatten ausserdem je 50,000 Fr. in Aktien besessen, die seit 1878 nie Dividenden abgeworfen hatten. Laut Grün-

dungsvertrag der Südostbahn betrug die Übernahme-summe der Zürichsee-Gotthardbahn wie gesagt 832,000 Fr., wovon die Gemeinde Rapperswil 302,400 Fr. oder 80 % ihres Obligationenguthabens in Aktien der Südostbahn erhielt.

Beim Ausbau der Südostbahn durch Erstellung der Linie Pfäffikon-Goldau bezw. Biberbrücke-Goldau wurde der Kostenvoranschlag von 2 Millionen Fr. weit überschritten, sodass schon im Jahre 1892 eine finanzielle Reorganisation der Gesellschaft notwendig war. Das Stammaktienkapital wurde von 5 Millionen Fr. auf 3.5 Millionen Fr. herabgesetzt, indem 3000 Aktien zurückgekauft wurden und indem Prioritätsaktien im Betrage von 3.5 Millionen Fr. ausgegeben wurden. Die Gemeinde Wädenswil musste bei diesem Anlass 83 Prioritätsaktien zu 500 Fr. übernehmen, also 41,500 Fr. auslegen.

Die Stammaktionäre erhielten nie eine Dividende. An die Prioritätsaktionäre wurden erst 1905 2 %, 1906—1908 je 2 ½ % und 1911-1913 2 % ausgeschüttet; in den andern Jahren bis zur Gegenwart gingen auch sie leer aus. Gemäss Beschluss der Generalversammlung vom 4. Juni 1920 wurden die Stammaktien von 500 Fr. auf 50 Fr., die Prioritätsaktien von 500 Fr. auf 350 Fr. reduziert.

Die politische Gemeinde Wädenswil, die politische Gemeinde Rapperswil und der Bezirk Einsiedeln entledigten sich im Laufe der Zeit ihres Aktienbesitzes. Heute ist Wädenswil noch Eigentümerin von 83 alten Prioritätsaktien, während Einsiedeln und Rapperswil 40 und 297 Stammaktien besitzen.

D. — Die Statuten der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn vom 27. Juni 1871 hatten in § 19 folgende Bestimmung enthalten :

« Die Leitung der Verwaltung steht einem Verwaltungsrate von 13—15 Mitgliedern zu. Mindestens 5 Mitglieder müssen der Gemeinde Wädenswil und mindestens 3 der Gemeinde Einsiedeln als Bürger oder Niedergelassene angehören.

Die Generalversammlung wählt in geheimer Abstimmung mit absoluter Stimmenmehrheit 13 Mitglieder auf 4 Jahre. Dieselben unterliegen alle zwei Jahre zur Hälfte in umgekehrter Ordnung der getroffenen Wahlen der Erneuerung. Die kleinere Hälfte fällt zuerst in Erneuerung. Die austretenden Mitglieder sind wieder wählbar. Die Regierungen von Zürich und Schwyz sind berechtigt, je ein Mitglied in den Verwaltungsrat zu wählen.»

Nach § 20 derselben Satzungen hatte der Verwaltungsrat bis zur ordentlichen Generalversammlung des Jahres 1877 zu bestehen :

a) aus den der Gemeinde Wädenswil angehörenden 7 Mitgliedern des Gründungskomités,

b) aus sieben der Gemeinde Einsiedeln angehörenden Mitgliedern des besagten Komités, welche das dortige Lokalkomitée zu ernennen hatte,

c) aus drei von den Unternehmern Kuchen und Napier zu ernennenden Mitgliedern.

Ferner wurde den Regierungen der Kantone Zürich und Schwyz die Abordnung je eines Mitgliedes vorbehalten.

Im Falle der Notwendigkeit von Neuwahlen infolge Todes oder Rücktrittes sollten die neuen Mitglieder aus derjenigen Gemeinde gewählt werden, welcher die Vorgänger angehört hatten. Diese Wahlen wurden von den betreffenden Gemeinden selbst getroffen.

In der Generalversammlung der W. E. B. vom 13. Mai 1875 wurde § 19 folgendermassen geändert :

« Die Leitung der Gesellschaft wird dem Verwaltungsrat übertragen. Derselbe besteht :

a) aus sieben von der Generalversammlung gewählten Mitgliedern, wovon wenigstens je 3 Mitglieder den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln angehören sollen,

b) aus je einem von den Regierungen der Kantone Zürich und Schwyz und

c) aus je zwei vom Gemeinderat Wädenswil und Bezirksrat Einsiedeln gewählten Mitgliedern.

Endlich ist die NOB-Gesellschaft berechtigt, während des Baues und Betriebes durch dieselbe einen Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen.

Die von der Generalversammlung zu wählenden Mitglieder werden in geheimer Abstimmung auf die Dauer von 4 Jahren gewählt. Jedes derselben hat sich über den Besitz von mindestens 5 Aktien auszuweisen.»

Am 30. Juli 1877 wurde § 19 abermals abgeändert, und zwar in dem Sinne, dass die Zahl der laut Lit. c) durch den Gemeinderat von Wädenswil und den Bezirksrat von Einsiedeln zu wählenden Mitglieder des Verwaltungsrates auf je vier erhöht wurde.

Am 1. Januar 1885 wurden die Satzungen der W.E.B. totaliter revidiert, und es kam über die Wahl des Verwaltungsrates folgender § 16 zustande :

« Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden mit Wiederwählbarkeit auf die Dauer von drei Jahren gewählt, wie folgt :

a) 15 von der Generalversammlung, wovon wenigstens je 4 Mitglieder den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln angehören sollen,

b) je eines von den Regierungen der Kantone Zürich und Schwyz.»

Die Bestimmung steht im Zusammenhang mit folgender Vereinbarung zwischen der WEB und den beiden Gemeinwesen Wädenswil und Einsiedeln, vom 20. Juni 1885 :

« In Anbetracht der Opfer, welche die Gemeinden von Anfang an bis heute für das Unternehmen gebracht haben, und da auch der gegenwärtige Vertrag den Gemeinden neuerdings einen Verzicht auf rückständige Zinsen der Obligationen der II. Hypothek im Betrage von 169,140 Fr. 30 Cts. auferlegt, verpflichtet sich die Eisenbahngesellschaft ein- für allemal dazu, dass von den durch die Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern des Verwaltungsrates je 4 Mitglieder den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln und ferner von den 3 Mitgliedern und den zwei Ersatzmännern der Direktion wenigstens 1 Mit-

glied und 1 Ersatzmann der Gemeinde Wädenswil, ebenso 1 Mitglied und 1 Ersatzmann der Gemeinde Einsiedeln angehören sollen.»

In § 9 des Gründungsvertrages der Südostbahn (Nachtrag) wurde über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates und der Direktionskommission bestimmt:

« Der Verwaltungsrat voll aus 18 Mitgliedern bestehen, wovon wenigstens 4 dem Bezirke Einsiedeln, wenigstens 4 der Gemeinde Wädenswil und zwei der Gemeinde Rapperswil angehören sollen.

Die Leitung des Betriebes ist einer Direktionskommission unterstellt, welche aus der Mitte des Verwaltungsrates gewählt wird und aus 5 Mitgliedern besteht, wovon 2 Mitglieder der Gemeinde Wädenswil, ein Mitglied dem Bezirke Einsiedeln und ein Mitglied der Gemeinde Rapperswil angehören sollen.»

Im Kaufvertrage der Südostbahngesellschaft mit der W. E. B. vom 5. November 1885, § 7, wird auf das vereinbarte Vertretungsverhältnis der Gemeinwesen im Verwaltungsrat und in der Direktionskommission ausdrücklich hingewiesen. Überdies liessen sich die Gemeinde Wädenswil und der Bezirk Einsiedeln die Rechte der W. E. B. und des Initiativkomitês für die Biberbrücke-Gotthardbahn gegenüber der Beklagten abtreten. In gleicher Weise wurden die Rechte der Gemeinwesen in dem besondern Kaufvertrage zwischen der Südostbahngesellschaft und der Zürichsee-Gotthardbahn und im Vertrage der Südostbahngesellschaft mit dem Initiativkomitê Pfäffikon-Goldau über die Abtretung der Konzession gewahrt.

E. — Die Satzungen der Schweizerischen Südostbahn vom 5. November 1889 enthalten über die Bestellung des Verwaltungsrates und des Direktionsausschusses folgende Vorschriften:

« § 25. Die oberste Leitung der Gesellschaft wird einem Verwaltungsrat, bestehend aus 21 Mitgliedern, übertragen. Die Mitglieder werden gewählt wie folgt:

a) 18 Mitglieder werden von der Generalversammlung ernannt, wovon je 4 Mitglieder der Gemeinde Wädenswil und dem Bezirk Einsiedeln, ferner 2 Mitglieder der Gemeinde Rapperswil angehören sollen.

b) Je ein Mitglied ist von den Regierungen der Kantone Zürich, Schwyz und St. Gallen zu ernennen.

Während einer Amtsdauer neu gewählte Mitglieder treten in die Amtsdauer ihrer Vorgänger ein.

Die gewöhnliche Amtsdauer ist drei Jahre, wobei unter einem Jahre je die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur andern zu verstehen ist.

Alljährlich scheiden 1/3 der Mitglieder nach der Reihenfolge ihres Eintrittes aus; sie sind jedoch wieder wählbar.»

Später wurde die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder auf 23 erhöht, indem noch zwei durch den Schweizerischen Bundesrat gewählte Mitglieder hinzukamen.

« § 29. Der Verwaltungsrat ist berechtigt, einen Teil seiner Befugnisse einem Ausschuss von 5 Mitgliedern (Direktionskommission) und einem Betriebsdirektor zu übertragen. Der Ausschuss und der Betriebsdirektor werden, letzterer auf Vorschlag des erstern, vom Verwaltungsrat gewählt.

Von dem Ausschuss sollen wenigstens 2 Mitglieder der Gemeinde Wädenswil, ein Mitglied dem Bezirk Einsiedeln und ein Mitglied der Gemeinde Rapperswil angehören.»

F. — Am 16. November 1914 verlangte Rechtsanwalt Dr. Guggenheim namens einer Aktionärgruppe vom Verwaltungsrat die Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, damit die §§ 20, 23 und 27 der Statuten abgeändert werden könnten. Die Mitglieder der Direktionskommission und der Betriebsdirektor sollten inskünftig durch die Generalversammlung gewählt werden. § 23 sollte in Absatz 3 und 4 neu gefasst werden:

« Die gewöhnliche Amtsdauer ist zwei Jahre, wobei unter einem Jahr je der Zeitraum von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur andern zu verstehen ist.

Alljährlich scheidet die Hälfte der Mitglieder nach der Reihenfolge ihres Eintrittes aus (erstmalig durch Los auf die nächste ordentliche Generalversammlung hin gemäss § 24). Sie sind jedoch wieder wählbar.»

§ 27 sollte neu folgendermassen lauten:

« Er (der Verwaltungsrat) ist berechtigt, einen Teil seiner Befugnisse einem Ausschuss von 5-9 Mitgliedern (Betriebskommission) und einem Betriebsdirektor zu übertragen.»

Gestützt auf ein Rechtsgutachten von Advokat Dr. Janggen in St. Gallen beantragte der Verwaltungsrat der Generalversammlung Ablehnung der Vorschläge Guggenheims. Infolge des Krieges kamen sie jedoch gar nicht zur Behandlung.

Dagegen beschloss dann die Generalversammlung der Südostbahngesellschaft am 28. Juni 1916 auf Grund einer Motion Helbling, der eine Aktionärgruppe vertrat, die Statuten insofern zu ändern, als Direktionskommission und Betriebsdirektor fortan direkt durch die Generalversammlung zu wählen seien. Der Gemeinderat von Wädenswil protestierte jedoch beim Bundesrat gegen die geplante Statutenänderung und ersuchte ihn, die Revision nicht zu genehmigen. Auch der Verwaltungsrat der Südostbahn, der schon an der Generalversammlung selbst die Ablehnung der Anträge begehrt hatte, legte dem Bundesrat in einem eingehenden Schreiben den ablehnenden Standpunkt dar. Am 22. August verweigerte das Schweizerische Eisenbahndepartement die Genehmigung der abgeänderten Statuten.

In der Sitzung des Verwaltungsrates vom 11. Juni 1928 wurde folgende Motion auf Abänderung des § 27 Abs. 3 der Statuten (handelnd von den Befugnissen des Verwaltungsrates) gestellt:

« Der Verwaltungsrat ist berechtigt, einen Teil seiner Befugnisse einem Ausschuss von 5-7 Mitgliedern (Direktionskommission) und einem Betriebsdirektor zu übertragen. Der Ausschuss und der Betriebsdirektor werden,

letzterer auf Vorschlag des ersteren, vom Verwaltungsrat gewählt.»

Diese Motion wurde den Gemeinderäten von Wädenswil und Rapperswil und dem Bezirksrat von Einsiedeln zur Stellungnahme übermittelt. Rapperswil erklärte seine Zustimmung, Wädenswil und Einsiedeln lehnten ab. Der Antrag gelangte dann nicht an die Generalversammlung.

G. — An der Generalversammlung der Südostbahn vom 27. Juni 1930 wurde im Anschluss an eine Motion von Rechtsanwalt Dr. Henggeler eine Totalrevision der Statuten vorgenommen, wobei hinsichtlich der Wahl des Verwaltungsrates und der Direktionskommission folgende neue Bestimmungen aufgestellt wurden:

« § 14. Die oberste Leitung der Gesellschaft wird einem Verwaltungsrat, bestehend aus mindestens 11 Mitgliedern, übertragen.

Die Mitglieder werden gewählt wie folgt:

- a) zwei Mitglieder durch den hohen Bundesrat,
- b) je ein Mitglied durch die Regierungen der Kantone Zürich, Schwyz und St. Gallen,
- c) die übrigen Mitglieder durch die Generalversammlung.

Während einer Amtsdauer neu gewählte Mitglieder treten in die Amtsdauer ihrer Vorgänger ein.

Die gewöhnliche Amtsdauer ist 3 Jahre, wobei unter einem Jahr je die Zeit von einer ordentlichen Generalversammlung bis zur andern zu verstehen ist.

Alljährlich scheidet ein Drittel der Mitglieder nach der Reihenfolge ihres Eintrittes aus, sie sind jedoch wieder wählbar.

Jedes Mitglied des Verwaltungsrates hat Aktien im Nominalbetrag von 5000 Fr. samt den Coupons bei der Gesellschaft zu deponieren.

§ 16. Der Verwaltungsrat wählt den Präsidenten und Vizepräsidenten auf die Dauer von einem Jahr, mit steter Wiederwählbarkeit.

Der Verwaltungsrat leitet und besorgt die Geschäfte der Gesellschaft und besitzt alle nicht andern Organen über-

tragenen Kompetenzen. Er bestimmt die Unterschriftenführung.

Der Verwaltungsrat ist berechtigt, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben an eines oder mehrere seiner Mitglieder oder an Dritte zu übertragen und für die Geschäftsführung Reglemente zu erlassen. »

Der Verwaltungsrat der Südostbahn hatte vorher am 13. Juni 1930 mit 9 gegen 5 Stimmen die Ablehnung dieser Statutenänderung beschlossen. Ferner hatten die Gemeinderäte von Wädenswil und Rapperswil und der Bezirksrat von Einsiedeln in Eingaben an die Direktionskommission Verwahrung gegen die beabsichtigte Statutenänderung und Entziehung ihrer Vertretungsrechte erhoben und die Anfechtung allfälliger, in dieser Richtung gehender Generalversammlungsbeschlüsse angedroht. Trotzdem wurde in der Generalversammlung die Motion Dr. Henggeler mit 44,343 gegen 2384 Stimmen bei 66 Enthaltungen zum Beschluss erhoben und die entsprechenden Bestimmungen in die Statuten aufgenommen. Sofort nach Verkündung des Abstimmungsergebnisses liessen die drei Gemeinwesen erklären, dass sie sich die Anfechtung der Beschlüsse vorbehalten. An derselben Generalversammlung vom 27. Juni 1930 wurden für die vier in Ausstand gekommenen Herren August Meyer-Brändli, Emil Hauser-Hottinger, beide in Wädenswil, Dr. J. Bluntschy und Karl Eberle-Birchler, beide in Einsiedeln, gewählt Eduard Brun und Wilhelm Furrer in Wädenswil und Dr. Peter Hüsler und Hans Thorner in Einsiedeln. Im Anschluss an diese Wahl gab Gemeindepäsident Ernst Felber, Wädenswil, folgende Erklärung ab :

« Ohne in persönlicher Hinsicht gegen die als Vertreter der Gemeinde Wädenswil gewählten Herren irgendwie Stellung nehmen zu wollen, muss ich mir die Anerkennung der bezüglichen Wahlen namens der Gemeinde vorbehalten. Ich möchte ausserdem die Gelegenheit benutzen, den bisherigen anerkannten Vertretern der Gemeinde im Verwaltungsrat und in der Direktionskommission für ihre

langjährigen, uneigennütigen Dienste den herzlichsten Dank der Gemeinde auszusprechen, und ich stelle ausdrücklich fest, dass deren Tätigkeit nie und in keiner Weise von irgendwelcher Seite beanstandet worden ist. »

An der Generalversammlung vom 27. Juni 1931 wurde dann an Stelle von Gemeindepäsident Felber, Wädenswil, noch Adolf Lang daselbst in den Verwaltungsrat ernannt.

H. — Schon am 20. November 1930 haben die Politische Gemeinde Wädenswil, der Bezirk Einsiedeln und die Politische Gemeinde Rapperswil beim Bundesgericht gegen die Schweizerische Südostbahn Klage eingereicht und folgende Rechtsbegehren gestellt :

« 1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass den Klägerinnen ein verbindliches Vorschlagsrecht für die Wahl von Mitgliedern des Verwaltungsrates der Beklagten durch deren Generalversammlung zusteht, und zwar

- a) der Gemeinde Wädenswil für 4,
- b) dem Bezirk Einsiedeln für 4,
- c) der Gemeinde Rapperswil für 2

bei einem Total von 18 von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern ;

e v e n t u e l l, dass von den von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern des Verwaltungsrates

- a) 2/9 in der Gemeinde Wädenswil,
- b) 2/9 im Bezirk Einsiedeln,
- c) 1/9 in der Gemeinde Rapperswil

wohnhalt und dem Gemeinderat ihrer Gemeinde, bzw. dem Bezirksrat ihres Bezirkes genehm sein müssen.

2. Es sei gerichtlich festzustellen, dass den Klägerinnen ein verbindliches Vorschlagsrecht für die vom Verwaltungsrat zu wählenden mit einem Teil seiner Befugnisse beauftragten Mitglieder (bisher Ausschuss, Direktionskommission genannt) zusteht, und zwar

- a) der Gemeinde Wädenswil für 2,
- b) dem Bezirk Einsiedeln für 1.
- c) der Gemeinde Rapperswil für 1

bei total 5 solchen mit einem Teil der Befugnisse des Verwaltungsrates beauftragten Mitgliedern ;

eventuell, dass von den vom Verwaltungsrat zu wählenden, mit einem Teil seiner Befugnisse beauftragten Mitgliedern des Verwaltungsrates (bisher Ausschuss, Direktionsausschuss genannt)

- a) 2/5 in der Gemeinde Wädenswil,
- b) 1/5 im Bezirk Einsiedeln,
- c) 1/5 in der Gemeinde Rapperswil

wohnhalt und dem Gemeinderat ihrer Gemeinde, bezw. dem Bezirksrat ihres Bezirks genehm sein müssen.

3. Die von der Generalversammlung der Aktionäre der Beklagten vom 27. Juni 1930 beschlossene Statutenänderung sei hinsichtlich der §§ 14 und 16 ungültig zu erklären und aufzuheben, soweit dadurch die bisherigen Vertretungsrechte der Klägerinnen im Verwaltungsrat und in der Direktionskommission der Beklagten beseitigt wurden.

4. Die Beklagte sei verpflichtet, in ihre Statuten wieder eine Bestimmung aufzunehmen, die die Vertretungsrechte der Klägerinnen im Verwaltungsrat der Beklagten in ihrem bisherigen Umfang gewährleistet, sei es in der Fassung des § 23 der Statuten vom 25. August 1920, sei es in anderer Form, bei der jedoch das bisherige zahlenmässige Verhältnis der Gemeindevertreter zur Gesamtheit der von der Generalversammlung zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder

- a) von 2/9 für die Gemeinden Wädenswil,
- b) von 2/9 für den Bezirk Einsiedeln,
- c) von 1/9 für die Gemeinde Rapperswil

beibehalten werden muss.

5. Die Beklagte sei verpflichtet, in ihre Statuten wieder eine Bestimmung aufzunehmen, die die Vertretungsrechte der Klägerinnen bei den mit einem Teil der Befugnisse des Verwaltungsrates beauftragten Mitgliedern (bisher Ausschuss, Direktionsausschuss genannt) in ihrem bisherigen Umfang gewährleistet, sei es in der Fassung des § 27 der Statuten vom 25. August 1920, sei es in anderer

Form, bei der jedoch das bisherige zahlenmässige Verhältnis der Gemeindevertreter zur Gesamtheit solcher mit einem Teil der Befugnisse des Verwaltungsrates ausgestatteten Mitglieder

- a) von 2/5 für die Gemeinde Wädenswil,
- b) von 1/5 für den Bezirk Einsiedeln,
- c) von 1/5 für die Gemeinde Rapperswil

beibehalten werden muss.

6. Die von der Generalversammlung der Aktionäre der Beklagten am 27. Juni 1930 getroffene Wahl folgender Personen zu Verwaltungsratsmitgliedern sei ungültig zu erklären :

Eduard Brun, Fabrikant, Wädenswil,
 Wilhelm Furrer, pensionierter Bahnbeamter, Wädenswil,
 Dr. Peter Hüser, Einsiedeln,
 Hans Thorner, Einsiedeln.

7. Die Beklagte sei verpflichtet, sofort nach Rechtskraft des gerichtlichen Entscheides eine ausserordentliche Generalversammlung innerhalb der statutengemässen Frist zur Abänderung der Statuten im Sinne des Entscheides und zur Vornahme der Wahl neuer Verwaltungsratsmitglieder an Stelle der gemäss Rechtsbegehren 6 in Wegfall kommenden einzuberufen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »

Zur Begründung der Klage ist im wesentlichen vorgebracht worden :

Durch die neuen Bestimmungen der Statuten würden die bisherigen Rechte der Klägerinnen, wie sie sich aus dem Gründungsvertrag der Südostbahn vom 12. August 1889 mit Nachtrag und der seither gepflogenen Praxis und Übernahme der Bestimmungen ergeben, verletzt. Die Klägerinnen fechten sowohl die Beschlüsse über die genannten Statutenänderungen, als auch die neuen Wahlen an. Die Rechte, die sich die Klägerinnen im Gründungsvertrag vom 12. August/20. Oktober 1889, in den Kaufverträgen der WEB und der Zürichsee-Gotthardbahn und

in den Konzessionsabtretungsverträgen der beiden Initiativkomitees und gestützt hierauf in den Statuten der Beklagten vom 5. November 1889 habe zusichern und in den Abtretungsscheinen vom 16. Februar 1890 und 21. Februar 1891 noch habe besonders abtreten lassen, seien echte Vertretungsrechte der Gemeinden und des Bezirks. Diese hätten dadurch bei der Verwaltung der Südostbahn eine — und zwar die massgebende — Vertretung erhalten und damit wie vorher die Interessen der Landesgegend wahren können, welche ihrerseits die Grundlagen des Unternehmens geschaffen hatte. Während vier Jahrzehnten seien über den Sinn der einschlägigen vertraglichen und statutarischen Bestimmungen keine Zweifel entstanden. Erst die Generalversammlung vom 27. Juni 1930 habe durch Mehrheitsbeschluss den drei Gemeinwesen ihr Vertretungsrecht grundsätzlich abgesprochen und eventuell, durch Vornahme der damaligen Wahlen, die statutarische Bestimmung in einem Sinne ausgelegt, welcher praktisch das Vertretungsrecht negiere. Diese Auslegung widerspreche dem Begriff des Gemeindevertreters, der eben in einem Verantwortlichkeitsverhältnis zu seiner Gemeinde stehen müsse. Wenn auch die Frage der Berechtigung der Klägerinnen ausschliesslich auf Grund der Verträge und Statuten und des Gesetzes entscheiden werden müsse, also nur durch förmlichen Verzicht untergegangen sein könnte, so beweise doch gerade die unterbrochene Ausübung des Vertretungsrechtes, dass es in dem Sinne zu verstehen gewesen sei, wie sie, die Klägerinnen, dartun. Stets seien Persönlichkeiten ernannt worden, die entweder von den Gemeinden direkt vorgeschlagen worden seien, oder die ihnen doch genehm gewesen seien. Meistens habe es sich um Mitglieder der Gemeindebehörde gehandelt. Allerdings habe die Ausübung des Vertretungsrechtes durchaus formlos erfolgen können, solange darüber kein Streit entstanden sei. Veranlassung für die Beobachtung besonderer Formvorschriften habe nicht bestanden. Es habe genügt, dass die

Behörden der Klägerinnen mit den jeweiligen von der Generalversammlung getroffenen Wahlen einig gegangen seien.

J. — Die Beklagte hat in der Klagebeantwortung Abweisung der Klage verlangt und ausserdem eine Reihe von Eventualbegehren gestellt.

Die Beklagte hat zunächst anhand der historischen Entwicklung des Unternehmens darzutun versucht, dass die an der Generalversammlung vom 27. Juni 1930 beseitigten Gemeindevertretungsrechte einst ihren guten Sinn gehabt hätten, als die Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln die damals bestehende Linie Wädenswil-Einsiedeln sozusagen als vereinigt Gemeinunternehmen hatten betreiben müssen. Heute seien die Gemeinwesen aber infolge Verkaufes der Aktien und Befreiung von der früher schwer auf ihnen lastenden Interzession zugunsten der Bahn von jedem Risiko entbunden, und dieses treffe heute teilweise die Aktionäre, teilweise die Obligationäre. Die frühere Grundlage der Gemeinderechte sei dahingefallen. Die drei Klägerinnen besäßen heute vom Gesamtaktienkapital von 3.4 Millionen Franken nur einen kleinen Bruchteil von 45,000 Fr., gleich $1\frac{1}{4}\%$. In der entscheidenden Generalversammlung hätten sie von 68,000 Aktien nur 2384 Stück aufzubringen vermocht, obwohl sie vollständig und rechtzeitig über die beabsichtigten Schritte der Mehrheit aufgeklärt worden seien; vom Gesamtaktienkapital von 3.4 Millionen Fr. hätten also nur 119,200 Fr. oder $3\frac{1}{2}\%$ mit der Minderheit gestimmt, wobei noch zu beachten sei, dass auch eine Anzahl freier Aktionäre für die Anträge der Gemeinden eingetreten sei. Seit der Gründung der Gesellschaft seien sämtliche Wahlen in den Verwaltungsrat immer in der Weise vorgenommen worden, dass die Aktionäre alle Mitglieder gewählt hätten, ausser den Bundes- und Kantonsvertretern. Ein verbindliches Vorschlagsrecht der Gemeinwesen sei nie ausgeübt worden. In keinem Protokolle der Generalversammlungen sei je von der Wahl eines Vertreters einer

Gemeinde die Rede. Die gegenteilige Darstellung der Klägerinnen sei unzutreffend. In der Generalversammlung vom 27. Juni 1922 sei vom Bezirksrat Einsiedeln Herr Bezirksammann A. Kälin als sein Vertreter vorgeschlagen worden. Die Generalversammlung habe aber mit 38,590 Stimmen Herrn Oberstleutnant Karl Gyr in Einsiedeln Gewählt; auf Kälin seien nur 87 Stimmen gefallen. Weder der Bezirk Einsiedeln, noch eine der andern Klägerinnen habe gegen diese Wahl protestiert. Wiederholt sei es auch vorgekommen, dass Verwaltungsratsmitglieder wegen Wegzuges aus der Gemeinde, für die sie gewählt worden waren, zurückgetreten seien. Die beklagte Gesellschaft habe ausserdem stets zwischen der Stellung von Vertretern öffentlicher Korporationen (Bund und Kantone) und der Stellung der von der Generalversammlung gewählten Gemeindeangehörigen strenge unterschieden. Die Gemeinderäte von Wädenswil und Rapperswil und der Bezirksrat von Einsiedeln hätten nie eigentliche Beschlüsse über die Ausübung des Vertretungsrechtes gefasst. Die verkehrstechnische und verkehrswirtschaftliche Bedeutung der Gemeinden Wädenswil und Rapperswil und des Bezirks Einsiedeln im Rahmen des gesamten auf der Südostbahn abgewickelten Verkehrs spreche sodann ebenfalls nicht für Sonderrechte; die Bedeutung der Stationen Pfäffikon, Samstagern, Wollerau und Arth-Goldau insgesamt sei grösser als die Bedeutung der Stationen der Klägerinnen zusammen.

Rechtlich stelle sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass es sich um eine privatrechtliche Streitigkeit zwischen den Gemeinden und der Bahngesellschaft handle, auf welche speziell das Aktienrecht anzuwenden sei. Dabei müsse von dem Selbstbestimmungsrecht der Aktiengesellschaft und der Souveränität der Generalversammlung, der obersten Trägerin dieses Selbstbestimmungsrechtes und des Gesellschaftswillens, ausgegangen werden. Art. 644 Abs. 2 Ziff. 1 OR stelle die Wahl des Verwaltungsrates in die ausschliessliche Befugnis der Generalversammlung.

Jede Einschränkung der Befugnisse der Generalversammlung müsse restriktiv ausgelegt werden. Nun bringe schon der Wortlaut des § 23 der alten Statuten zum Ausdruck, dass die Generalversammlung auch das Wahlorgan für die Gemeindevertreter sei. Dabei sei die Wahlsouveränität der Generalversammlung lediglich in dem Sinne eingeschränkt, dass eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern den klagenden Gemeinwesen « angehören » sollte. Dieser Einschränkung habe die Beklagte Genüge geleistet, wenn sie die Mitglieder aus Angehörigen der Gemeinden, d. h. aus Niedergelassenen oder Heimatberechtigten, gewählt habe. Die gleichen Grundsätze seien massgebend für die Bestellung des Direktionsausschusses. Der von den Klägerinnen angerufene Entscheid i. S. der Einwohnergemeinde Bolligen gegen die Worblenthalbahn A.-G. vom 22. September 1925 sei unerheblich, weil dort das Bundesgericht über einen andern Tatbestand geurteilt habe. Es werde auch bestritten, dass den Klägerinnen wohlervorbene Rechte im Sinne des Art. 627 OR zustünden. Keine der Klägerinnen sei Gründeraktionärin der Beklagten gewesen. Aktienrechtliche Sonderrechte seien im übrigen nach Art. 643 OR für die Wahl der Verwaltungsräte oder einzelner Posten ausgeschlossen. Eine solche Begünstigung wäre übrigens nach ihrer Entstehung als Gründervorteil anzusehen, wobei ein besonderes Genehmigungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen, was aber in casu unterlassen worden sei. Auch ein vertragliches Recht liege nicht vor, da es an einem privatrechtlichen Vertrag fehle und Art. 6 Abs. 4 des Stimmrechtsgesetzes einen fehlenden oder ungültigen Vertrag nicht schaffen oder gültig machen könne. Selbst wenn aber ein vertragliches Recht der Klägerinnen bestehen würde, müsste dieses unter Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* aufgehoben oder auf ein vernünftiges Mass beschränkt werden, ZGB Art. 53, 28, und 2.

K. — In der Replik haben die Klägerinnen ihre Rechtsbegehren dahin ergänzt, dass auch Aufhebung der

in der Generalversammlung der Aktionäre vom 14. März 1931 getroffenen Wahl des Adolf Lang zum Mitglied des Verwaltungsrates und Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung auch zum Zwecke der Ersatzwahl für diesen Adolf Lang verlangt werde...

L. — In der Duplik hat die Beklagte unter Hinweis auf Art. 89 BZP die Zulässigkeit der von den Klägerinnen in der Replik vorgenommenen Ergänzung der Rechtsbegehren in bezug auf die Kassation der später vorgenommenen Wahl des Adolf Lang als unzulässig bestritten und eventuell Abweisung verlangt...

M. — In der heutigen Verhandlung haben beide Parteien auf ihre schriftlich gestellten Anträge verwiesen und unter Würdigung der Beweisergebnisse gemäss Art. 180 BZP die Streitsache in ihrem ganzen Zusammenhang rechtlich erörtert. Auf ihre Darlegungen wird in den Erwägungen zurückzukommen sein.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

- 1... (Zuständigkeit).
- 2... (Zulässigkeit der Ergänzung des Rechtsbegehrens).
3. — Nach Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1 OR fällt es in die ausschliessliche Befugnis der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, die Verwaltung zu wählen. Es ist der Beklagten zuzugeben, dass diese Bestimmung zwingenden Charakter hat. Das freie Wahlrecht der Generalversammlung kann durch die Statuten nicht beschränkt werden. Die Wahl kann deshalb weder andern Organen oder dritten Personen übertragen, noch mit einem verbindlichen Vorschlagsrecht anderer Organe oder Personen verbunden werden. Gegenteilige Bestimmungen der Satzungen sind ungültig. Das Bundesgericht hat schon in dem zitierten Urteil i. S. der Einwohnergemeinde Bolligen gegen die Worblenthalbahn A.-G. (BGE 51 II S. 333 ff.) erkannt, dass eine andere Auslegung des Art. 644 OR zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Könnten die Wahl der Verwaltung und die übrigen in Art. 644

genannten Befugnisse, namentlich die Aufstellung und Änderung der Statuten, der Generalversammlung entzogen werden, so würde diese eben dadurch die ihr durch das Gesetz eingeräumte Stellung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft (OR Art. 643) verlieren und ausserdem könnte das Kapital der Gesellschaft fremden Interessen dienstbar gemacht werden (vgl. auch WIELAND, Handelsrecht II S. 98). Art. 696 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes für die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes stellt den zwingenden Charakter der ausschliesslichen Befugnisse der Generalversammlung übrigens klar, indem er bestimmt, dass diese Befugnisse ihr « von Gesetzes wegen » zustehen.

Auch bei Aktiengesellschaften, an denen das Gemeinwesen (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden) ein öffentliches Interesse besitzt, erleidet die Souveränität der Generalversammlung im allgemeinen keinen Einbruch. Die Bestimmungen der beiden ersten Entwürfe für die Revision des Obligationenrechtes über die Beteiligung des Gemeinwesens an der Verwaltung von Unternehmungen, an denen es ein öffentliches Interesse hat (Art. 686 der Vorlage vom Dezember 1919 und Art. 775 der Vorlage vom Dezember 1923) sind jedenfalls noch nicht geltendes Recht geworden. Allein wenn nun auch die Beklagte als in die Form der Aktiengesellschaft gekleidete Unternehmung im allgemeinen den Vorschriften des Obligationenrechtes über diese Gesellschaft untersteht, so ist sie trotzdem kein rein privatrechtliches Unternehmen, sondern als Eisenbahngesellschaft wird sie daneben auch von den auf Grund des Art. 26 BV erlassenen öffentlichrechtlichen Normen beherrscht und zwar in der Weise, dass die Vorschriften des Obligationenrechtes, auch wenn sie gegenüber den Statuten zwingender Natur sind, jedenfalls vor dem Eisenbahnrecht des Bundes zurückzutreten haben; wieweit sogar kantonales Recht diesen Vorrang hat, kann hier übergangen werden. Allerdings bedarf es für die Gültigkeit einer solchen, von Art. 644 OR abweichenden

konzessionsmässigen, vertraglichen oder statutarischen Bestimmung eines ausdrücklichen Rechtssatzes des öffentlichen Eisenbahnrechtes des Bundes; die bundesrätliche Genehmigung der Satzungen einer Eisenbahnaktiengesellschaft gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vermag einen solchen Rechtssatz nicht zu ersetzen und auch den Richter nicht zu binden, wie das Bundesgericht schon im Falle der Worblenthalbahn mit Erwägungen entschieden hat, auf die verwiesen werden kann.

Das Bundesgesetz betreffend das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung vom 28. Juni 1895 lässt nun schon durch seinen Namen, aber auch ganz besonders durch Art. 8 erkennen, dass die Stellung der Generalversammlung als oberstes Organ bei Eisenbahnaktiengesellschaften im öffentlichen Interesse einen bedeutenden Einbruch erleidet. Nach Art. 8 steht nämlich dem Bundesrat allgemein das Recht zu, Beschlüsse der Generalversammlung, durch welche bedeutende Landesinteressen ernstlich gefährdet oder verletzt werden, wieder aufzuheben. Für die Wahl der Verwaltung gilt Art. 6 dieses Gesetzes, wonach der Bund und jeder Kanton, auf dessen Gebiet das Bahnnetz sich erstreckt, je 1—4 Mitglieder in die Verwaltung abordnen können (Abs. 1) und wonach die konzessionsmässigen oder vertraglichen Bestimmungen, die dem Bunde, Kantonen oder Gemeinden eine grössere Vertretung einräumen, vorbehalten bleiben (Abs. 4). Aus Abs. 2 des Artikels geht übrigens hervor, dass die öffentlichen Vertreter des Bundes und der Kantone abgesehen von den vorbehaltenen weiteren Rechten gemäss Konzession oder Vertrag in der Verwaltung schon eine bedeutende Minderheit bilden können. Nach Art. 1 unterliegen dem Stimmrechtsgesetz allerdings nur Aktiengesellschaften, welche eine Betriebslänge von mindestens 100 Kilometern haben; die dem Bundesrat vorbehaltene Unterstellung auch anderer Gesellschaften (Art. 1 Abs. 2) kommt im

vorliegenden Fall nicht in Frage. Allein das Bundesgericht hat schon im Falle der Worblenthalbahn ausgeführt, dass Abs. 4 des Art. 6 mit seinem Vorbehalt zugunsten der konzessionsmässigen oder vertraglichen Rechte des Bundes, der Gemeinden oder der Kantone über den eigentlichen Geltungsbereich des Gesetzes hinausreiche. Damit erledigt sich die Einwendung der Beklagten. Das Gesetz geht in Art. 6 Abs. 4 geradezu davon aus, dass Vertretungsrechte des Gemeinwesens im Verwaltungsrat trotz Nichtübereinstimmung mit dem Obligationenrecht und ohne Rücksicht auf die Betriebslänge der Bahn gültig seien. Es hätte keinen Sinn, in dieser letztern Richtung einen Unterschied zu machen, zumal Art. 6 Abs. 4 ja nur einen Vorbehalt enthält. Das Bundesgericht hat in dem erwähnten Erkenntnis auch schon darauf hingewiesen, dass es gerade die kleinen, lokalen Bedürfnissen dienenden Eisenbahnen sind, die für ihr Zustandekommen auf die finanzielle Beteiligung von Gemeinden angewiesen sind und bei denen für die Gemeinde von Belang ist, dass in der Verwaltung der Gesellschaft im Rahmen der Gesamtinteressen ihre Bedürfnisse gebührend berücksichtigt werden.

Steht somit fest, dass nach dem eidgenössischen Eisenbahnrecht trotz Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1 OR einer Gemeinde in gültiger Weise durch Konzession oder Vertrag eine Vertretung in der Verwaltung eingeräumt werden kann, so ist noch zu untersuchen, ob die Gemeinde die Vertreter auch selbst oder ob sie allenfalls nur vorschlagen darf. Auch diese Frage ist durch das Bundesgericht in dem genannten Urteil schon entschieden worden. Es muss als statthaft gelten, dass die Gemeinde die Wahl selbst vornimmt. Hiefür spricht der Zusammenhang zwischen Abs. 4 und Abs. 1 des Art. 6 des Stimmrechtsgesetzes; in Abs. 1 wird Bund und Kantonen ausdrücklich die Wahl ihrer Vertreter zugebilligt. Dass der Zweck des Vertretungsrechtes des Gemeinwesens vereitelt wird, wenn es darauf beschränkt ist, dass die Generalversammlung Leute

in die Verwaltung zu wählen hat, die auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde wohnen, wird in anderem Zusammenhang noch zu erörtern sein, hier steht nur der Unterschied zwischen Wahlrecht und verbindlichem Vorschlagsrecht zur Diskussion. Dieser Unterschied ist jedoch ohne praktische Bedeutung, wie das Bundesgericht ebenfalls schon gefunden hat (BGE 51 II S. 339); wenn die Generalversammlung die Person zu wählen hat, welche ihr von der Gemeinde vorgeschlagen worden ist, so ist das Wahlergebnis dasselbe, wie wenn die Gemeinde ohne Begrüssung der Generalversammlung selbst gewählt hätte und die Wahl durch die Generalversammlung sinkt zu einer leeren Formalität herab. Ein praktischer Unterschied würde nur dann bestehen, wenn die Gemeinde das Recht und die Pflicht hätte, für eine einzige Vakanz mehrere Vorschläge zu machen und die Generalversammlung nur einen der Vorgeschlagenen ernennen dürfte, unter diesen aber die Wahl hätte; doch ist diese Frage hier ohne Bedeutung.

Der Statutenentwurf der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn von 1884 hatte allerdings in Litt. b von Art. 16 ein solches direktes Wahlrecht der Gemeinden vorgesehen gehabt, doch war der Bestimmung die bundesrätliche Genehmigung versagt worden. Nach einer Notiz des Schweizerischen Eisenbahndepartementes vom 22. November 1884 hatte dieses der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn am 17. Februar 1885 geantwortet: « Littera b von Art. 16, wodurch den Gemeinden ein Wahlrecht für 8 Mitglieder des Wahlrechtes zuerkannt werden will, könnte nicht zur Genehmigung empfohlen werden. Das Recht einer ausnahmsweisen Mitwirkung in der Verwaltung von Eisenbahngesellschaften kann laut Art. 6 des Rechnungsgesetzes vom 21. Dezember 1883 nur vom Bund oder von den Kantonen in Anspruch genommen werden » (Akt. 186). Damit stimmt überein folgender Passus im Protokoll des Verwaltungsrates der W.E.B. vom 22. April 1885, welche Sitzung der Behandlung der Übereinkunft zwischen der

W.E.B. und den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln gewidmet war (Akt. 153 Seite 165): « Nachdem die in der Generalversammlung am 6. Dezember 1884 angenommenen neuen Statuten lt. Zuschrift des schweiz. Post- und Eisenbahndepartementes unterm 17. Februar die bundesrätliche Genehmigung erhalten haben, unter Ausschluss aber der Bestimmung in Art. 16 Litt. b, dass den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln das Recht der Wahl von je 4 Mitgliedern des Verwaltungsrates zustehe... sind durch die heute im Entwurf angenommene Übereinkunft mit den Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln einige weitere Abänderungen in den Statuten notwendig geworden, und es legt die Direktion einen demgemäss revidierten Statutenentwurf vor ». Im Anschluss an diese Vorgänge war dann die Wendung in die Statuten der W.E.B. gekommen, dass je vier Mitglieder den beiden Gemeinden « angehören sollen », deren Sinn nachher zu ermitteln sein wird. Das Eisenbahndepartement hatte im Jahre 1884/85 ein direktes aktives Wahlrecht von Gemeinden also als unzulässig erachtet, und sein Hinweis auf die Bestimmung des Rechnungsgesetzes lässt erkennen, dass es auch ein verbindliches Vorschlagsrecht damals nicht zugelassen, den endgültigen Statuten der W.E.B. also auch nachher die Genehmigung versagt hätte, sofern die Worte « angehören sollen » im Sinne eines solchen Vorschlagsrechtes hätten ausgelegt werden müssen und es auf seiner anfänglichen Auffassung beharrt hätte. Allein seine Auffassung erweist sich nach dem Gesagten als rechtsirrtümlich, und zwar auch für das damalige Recht. Ja selbst wenn es ein verbindliches Vorschlagsrecht im Gegensatz zum direkten Wahlrecht der Gemeinden zugelassen hätte, müsste seine Ablehnung des Wahlrechtes nach den Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils im Falle der Worblenthalbahn, an denen festzuhalten ist, als unrichtig bezeichnet werden.

Man muss es freilich in Kauf nehmen, dass auf diese Weise eine Kategorie von Mitgliedern der Verwaltung

geschaffen werden kann, die möglicherweise — die Frage ist hier nicht zu untersuchen — in Bezug auf die Verantwortlichkeit (OR Art. 673) und jedenfalls in Bezug auf die Abberufung durch die Generalversammlung (Art. 647) eine Sonderstellung einnimmt. Das Bundesgericht hat jedoch schon im Urteil i. S. der Worbenthalbahn eingeräumt, dass die Gesellschaft beim Vorliegen wichtiger Gründe von der betreffenden Gemeinde die Abberufung verlangen könne; im übrigen mag, namentlich hinsichtlich der Verantwortlichkeit, noch auf die zitierten Artikel der beiden ersten Revisionsentwürfe des Obligationenrechtes verwiesen werden, die freilich im bundesrätlichen Entwurf vom 21. Februar 1928 nicht übernommen worden sind.

4. — Nach Art. 627 Abs. 1 OR können wohlervorbene Rechte den Aktionären nicht durch Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung entzogen werden. Wohlervorbene Rechte sind, wie der bundesrätliche Entwurf für die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes definiert, Ansprüche, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder sich als Voraussetzung der Beteiligung an der Generalversammlung darstellen. Man muss sich aber klar sein, dass damit keine Realdefinition gegeben ist, denn im einzelnen Fall wird sich gerade fragen, welche Rechte der Richter als von den Beschlüssen der Generalversammlung unabhängig erklären soll. Das lässt sich nicht zum Vornherein entscheiden (vgl. die Aufzählung bei BACHMANN, Kommentar, Ziff. 2 zu Art. 627 OR, ferner STAUB, Kommentar zum HGB, Bd. 2, 12. und 13. Auflage, N 10 zu § 250).

Im vorliegenden Falle leiten die Klägerinnen das behauptete, unentziehbare Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat und in der Direktionskommission nicht aus der Eisenbahnkonzession oder der Mehrzahl der Konzessionen der Südostbahn ab. Es ist also unbestritten,

dass ein konzessionsmässiges Gemeindevertretungsrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 4 des Stimmrechtsgesetzes in casu nicht in Betracht fällt. Die Klägerinnen berufen sich vielmehr auf ein vertragliches und sodann auf ein statutarisches Recht.

Art. 9 des Gründungsvertrages der Südostbahn vom 12. August 1889 bestimmt:

« Der Verwaltungsrat soll ausser den drei Vertretern der Kantone Zürich, Schwyz und St. Gallen aus 15 Mitgliedern bestehen, welche durch die Generalversammlung gewählt werden und wovon wenigstens 4 dem Bezirke Einsiedeln, wenigstens 4 der Gemeinde Wädenswil und 2 der Gemeinde Rapperswil angehören sollen.

Die Leitung des Betriebes ist einer und derselben Direktion unterstellt, welche aus der Mitte des Verwaltungsrates gewählt wird und aus fünf Mitgliedern besteht, wovon der Präsident und ein weiteres Mitglied der Gemeinde Wädenswil, ein Mitglied dem Bezirk Einsiedeln und ein Mitglied der Gemeinde Rapperswil angehören sollen. »

Diese vertragliche Bestimmung ist wörtlich in die Statuten der Beklagten vom 5. November 1889 aufgenommen worden. Bei den spätern Totalrevisionen der Statuten hat man sie beibehalten, bis die Generalversammlung vom 27. Juni 1930 eine Abschaffung verantworten zu können glaubte. Die Statuten vom 25. August 1920, durch das Eisenbahndepartement genehmigt am 18. Januar 1921, sehen allerdings vor, dass ausser den drei von den Kantonen gewählten Mitgliedern der Verwaltung und zwei hinzukommenden Vertretern des Bundesrates noch 18 Mitglieder durch die Generalversammlung zu wählen seien; doch tut diese Änderung nichts zur Sache, da sie zu Ungunsten der Klägerinnen ausfiel und diese heute nicht mehr verlangen, als ihnen eben durch diese Statuten von 1920 gewährt war. Die vertragliche Bestimmung ist aber auch in die Erklärung über die Abtretung der Konzession Biberbrücke-Sattel-Goldau an die Schwei-

zerische Südostbahn aufgenommen worden, wobei freilich die Gemeinde Rapperswil nicht in Betracht fiel. Sodann ist die Bestimmung weiter enthalten im Vertrag betreffend die käufliche Abtretung der Eisenbahn Wädenswil-Einsiedeln an die Schweizerische Südostbahngesellschaft, ebenfalls vom 5. November 1889, aber mit der Abweichung, dass hier schon, ausser den Kantonsvertretern, von weitem 18 Mitgliedern des Verwaltungsrates die Rede ist. Endlich kam die Bestimmung in den Vertrag betreffend käufliche Abtretung der Eisenbahnlinie Rapperswil-Pfäffikon an die Südostbahn vom 5. November 1889. Ausserdem sind die schon erwähnten Abtretungen in Erinnerung zu rufen, und am 5. November 1889 sandte der Bezirksrat von Einsiedeln an die Generalversammlung der Aktionäre der Wädenswil-Einsiedeln Bahngesellschaft auch noch eine Erklärung, dass er die im Gründungsvertrag der SOB enthaltenen Vertretungsrechte als wohlervorbene Rechte der Gemeinwesen betrachte.

Die Beklagte hat nun zunächst den Standpunkt eingenommen, dass sie an allfällige vertragliche Verpflichtungen nicht gehalten sei, da eine Aktiengesellschaft Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister erlange (Art. 623 Abs. 1 OR), die von der Klägerschaft angerufenen Verträge aber vor dieser Eintragung abgeschlossen worden seien. Allein es kann kein Zweifel bestehen, dass die Verpflichtungen im Namen der zu bildenden Aktiengesellschaft eingegangen wurden und dass sie daher gemäss Art. 623 OR durch die Beklagte übernommen werden konnten. An der Übernahme selbst ist auch nicht zu zweifeln. Was insbesondere die in den Kaufverträgen enthaltenen Verpflichtungen betrifft, müsste ja angenommen werden, dass die Beklagte heute noch nicht Eigentümerin der Eisenbahnlinien und der Konzessionen geworden wäre, wenn sie die Rechte und Pflichten aus den Verträgen nicht übernommen hätte.

Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, die Klägerinnen seien nicht Kontrahenten des Gründungsver-

trages und der Kaufverträge gewesen und könnten aus diesem Grunde heute nicht als berechtigt angesehen werden. Allein die Verträge konnten auch zu ihren Gunsten abgeschlossen werden, und das ist geschehen. Der Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag abgeschlossen worden ist, kann nach Art. 112 Abs. 2 OR selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war oder wenn es der Übung entspricht. Es kann nun nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, dass nach der Willensmeinung der Vertragschliessenden die Gemeinwesen selbst befugt sein sollten, Erfüllung zu verlangen, besonders wenn man bedenkt, dass die Initiativkomitees ja aufgelöst wurden. Die Beklagte, die die Verträge übernommen hat, hat dies auch dadurch bekundet, dass sie die Bestimmung in die Satzungen aufnahm. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass für die Erfüllung der Verpflichtung durch die Beklagte eine Mitwirkung der Klägerinnen — durch Einreichung von Vorschlägen oder Vornahme der Wahlen — nötig war, dass die eigene Berechtigung der Klägerinnen also schon in der Natur des Rechtes lag.

Ausserdem liegen, wenigstens teilweise, gültige Abtretungen vor. Hinsichtlich der Gemeinde Wädenswil ist dies unbestritten; das Initiativkomitee der Biberbrücke-Gotthardbahn z. B. hat der Gemeinde Wädenswil am 17. Januar 1890 folgende Abtretungserklärung ausgestellt: « Nun hat sich das Komitee teils durch die bekannte Vereinbarung vom 12. August mit Nachtrag vom 20. Oktober 1889, teils durch eine Erklärung seitens der Südostbahngesellschaft bei Abtretung der Konzession vom 5. November 1889 eine Reihe von Rechten betr. Bau und Betrieb der Südostbahn, Sitz der Gesellschaft und Vertretung der Gemeinde in den Verwaltungsbehörden erworben, welche für die Gemeinde Wädenswil von Wert sind. Wir verweisen auf Art. 8, 9 und 10 der Vereinbarung resp. Art. — bis 4 der Erklärung der Südostbahn » (durch welche die Übernahme der Verpflichtung seitens der

Beklagten also noch erwiesen wird). « Damit aber diese unter Umständen wichtigen Rechte mit der Auflösung des Initiativkomitees nicht untergehen, ist dasselbe geneigt, solche in aller Form auf die Gemeinde Wädenswil übertragen zu lassen. » Die Frage, ob eine gültige Abtretung auch an den Bezirk Einsiedeln vorliege, kann nach dem Gesagten offen gelassen werden; sie ist an Hand der Akten allerdings nicht mit derselben Klarheit zu lösen, wie bei Wädenswil. Hinsichtlich der Klägerin Nr. 3 wiederum steht ausser Zweifel, dass eine Abtretung nicht vorhanden ist. Doch mag in Bezug auf Einsiedeln noch darauf verwiesen werden, dass ja sowohl Wädenswil, als Einsiedeln, im Jahre 1885 direkt mit der W.E.B. einen Vertrag eingegangen waren, durch den ihnen die Vertretungsrechte zugesichert worden waren, und dass Ziff. 7 des Vertrages zwischen der W.E.B. und den andern Gründern der S.O.B. über die käufliche Abtretung der W.E.B. an die S.O.B. vom 5. November 1889 somit offenbar nur die alte, direkt zugunsten der beiden Gemeinwesen begründete Berechtigung erneuerte.

Unhaltbar ist die Einwendung der Beklagten, das Recht sei eventuell nicht zugunsten des klagenden Bezirkes, sondern zugunsten der Gemeinde Einsiedeln begründet worden. Im Gründungsvertrag ist ausdrücklich vom Bezirk die Rede, Art. 9. Wenn übrigens in den andern Verträgen gelegentlich von der Gemeinde die Rede ist, so beruht das auf einem ungenauen Sprachgebrauch, der der Klägerschaft nicht schaden kann, denn offenbar war überall der Bezirk gemeint. Einsiedeln besitzt keinen Gemeinde-, sondern nur einen Bezirksrat, und die Unterscheidung zwischen Bezirk und Gemeinde hat im Kanton Schwyz bekanntlich nicht die Bedeutung, wie in andern Kantonen. Daher ist davon auszugehen, dass der Bezirk Einsiedeln auch aus der vorhandenen, auf die Gemeinde lautenden Abtretung Rechte ableiten kann.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die Einräumung solcher Sonderrechte auf Bestellung eines Teiles der Ver-

waltung zugunsten von Aktionären oder andern bei der Gründung beteiligten Personen, wenn sie überhaupt zulässig wäre bei Aktiengesellschaften, die keine Eisenbahngesellschaften sind, die Einräumung eines Gründervorteiles im Sinne des Art. 619 Abs. 1 Satz 2 OR darstellen würde. Dagegen steht im Gegensatz zur Ansicht der Beklagten ausser Zweifel, dass bei Eisenbahnaktiengesellschaften von einem Gründervorteil im Sinne der erwähnten Bestimmung nicht gesprochen werden kann. Erstens enthält das Stimmrechtsgesetz keine Vorschrift, dass Art. 619 beobachtet werden müsse, wiewohl ein solcher Vorbehalt nahe gelegen hätte. Zweitens sind die Erschwerungen des Art. 619 ihrer Natur nach nicht berechnet für derartige Sicherungen des öffentlichen Interesses. Von « Vorteilen » im Sinne des Art. 619 kann überhaupt nicht die Rede sein. Ferner soll die Einräumung des Sonderrechtes gar nicht erschwert werden, wenn es sich, was aus dem Gesetz hervorgeht, einmal als grundsätzlich gerechtfertigt erwiesen hat. Es ist nicht einzusehen, warum sich das Gemeinwesen bei der Begründung des Sonderrechtes doch wieder dem qualifizierten Willensentscheid der Aktionäre unterwerfen soll, wenn im Übrigen das Sonderrecht gerade darauf gerichtet ist, das öffentliche Interesse in der Verwaltung von der Aktienmehrheit unabhängig zu machen. Überhaupt werden Missbräuche, selbst wenn sie auf Seiten der Gemeinden vorkommen sollten, den Missbräuchen nicht gleichzustellen sein, denen Art. 619 vorbeugen will.

Eventuell müsste mit den Klägerinnen angenommen werden, dass die Beklagte den behaupteten « Gründervorteil » gemäss Art. 619 in aller Form genehmigt hätte. Das Vertretungsrecht der Klägerinnen war schon in den ersten Statuten der Beklagten enthalten. Die §§ 6 und 7 dieser Satzungen waren ausdrücklich und gesondert genehmigt worden. Darnach sollten die Eisenbahnen Wädenswil-Einsiedeln und Rapperswil-Pfäffikon käuflich übernommen werden, und dem Verwaltungsrat wurde

Vollmacht für den Abschluss der notwendigen Verträge erteilt. In Ziff. 5 und 6 des Protokolls (Akt. 63) ist dabei ausdrücklich von der Generalversammlung der SOB die Rede, nicht erst von der sich konstituierenden Gesellschaft. Die Beschlüsse sind auch erst nach Konstituierung und Wahl des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle ergangen; man hatte die Vorschriften des Art. 619 also innegehalten. Die Einberufung einer besondern, weitern Generalversammlung war nicht erforderlich.

5. — Mit Recht haben sich die Klägerinnen aber auch darauf berufen, dass ihnen das behauptete unentziehbare Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat und in der Direktionskommission auch auf Grund der Statuten der Beklagten zustehe. Das Bundesgericht hat im Falle der Worblenthalbahn erkannt, dass im Sinne des Vorbehaltes des Art. 6 Abs. 4 des Stimmrechtsgesetzes der konzessionsmässigen und vertraglichen Begründung des Vertretungsrechtes der Gemeinwesen der Fall gleichzustellen sei, wo es in den Statuten gewährt werde. Die Gründe, auf denen der in jenem Vorbehalt zum Ausdruck kommende Rechtsatz des Eisenbahnrechtes beruht, und der nach dem Gesagten dem Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1 OR derogiert, treffen für alle Fälle zu, in denen einem Gemeinwesen einer Bahngesellschaft eine Vertretung in der Verwaltung als festes, vom Willen der Gesellschaft unabhängiges Recht eingeräumt ist: Die Berücksichtigung der besondern Stellung des Gemeinwesens gegenüber dem sein Gebiet berührenden und regelmässig unter seiner finanziellen Mitwirkung zu stande 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 konzessionsmässigen oder vertraglichen Begründung des Vertretungsrechtes spricht, so kann doch nicht die Form der Begründung wesentlich sein. Der Gesetzgeber hat lediglich übersehen, dass solche Vertretungsrechte auch durch die

Statuten begründet werden können. Übrigens könnte man sehr wohl in der statutarischen Begründung eines unentziehbaren Rechtes auf Vertretung eine vertragliche Begründung erblicken, besonders wenn man bedenkt, dass Art. 6 des Stimmrechtsgesetzes der vertraglichen Begründung ja die konzessionsmässige, also öffentlichrechtliche, gegenüberstellt. Das Obligationenrecht selbst nennt in Art. 615 die Statuten der Aktiengesellschaft Gesellschaftsvertrag.

6. — Es ist nunmehr der Inhalt der Vertretungsrechte der Klägerinnen festzustellen. Sowohl die Bestimmung der Verträge und der Statuten über den Verwaltungsrat, als diejenigen über die Direktionskommission ordnen an, dass die Organe aus so und so vielen Mitgliedern bestehen sollen, die den Klägerinnen « angehören ».

Geht man vom Wortlaut der Bestimmungen aus, so könnte man zunächst versucht sein, unter der Gemeindeangehörigkeit die Heimatberechtigung zu verstehen. Allein bei einer solchen Auslegung würde der Zweck der Bestimmung offenbar vereitelt, zumal wenn man bedenkt, dass bei der heutigen Bevölkerungsvermischung die Heimatberechtigung für viele Schweizer nur noch eine lose Bindung darstellt und so für die Beklagte lediglich ein Vorwand geschaffen würde, ihr genehme Leute in den Verwaltungsrat und in die Direktionskommission zu ernennen. Einen bessern Sinn erhält die Bestimmung, wenn man den Wortlaut so auffasst, dass man dem Worte « angehören » das Wort « wohnen » gleichsetzt und also auf den Wohnsitz in der Gemeinde abstellt. Es ist der Beklagten sogar zuzugeben, dass bei einer ersten und oberflächlichen Beurteilung des Wortlautes diese Deutung näher liegt, als diejenige der Klägerinnen, indem man kaum behaupten kann, dass einer Gemeinde nur angehört, wer einem ihrer Organe angehört oder von ihr einen bestimmten Auftrag erhalten hat. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass in derselben Bestimmung auch von den « Vertretern » der drei Kantone die Rede ist; vertreten aber bedeutet mehr

als nur wohnen, und vertreten kann man nur eine Person oder öffentlichrechtliche Korporation, nicht eine bloss geographische Einheit. Es käme also darauf an, ob man in Anbetracht des Umstandes, dass in der Bestimmung bald von Vertretung, bald von Angehörigkeit die Rede ist, die Auslegungsmethode per analogiam oder e contrario anwenden will. Indessen führt die bloss Betrachtung des Wortlautes überhaupt nicht und vor allem nicht zu einem befriedigenden Ziel.

Zieht man die Entstehungsgeschichte der Bestimmung heran, so ist an ihre eigentliche Grundlage, die Übereinkunft zwischen der Gemeinde Wädenswil und dem Bezirk Einsiedeln und der WEB vom 20. Juli 1886 zu erinnern. In Anbetracht der frühern und der neuen Opfer der Gemeinden für das Unternehmen wurde ihnen ein- für allemal zugestanden, dass die Mehrheit der Verwaltungsräte ihnen angehören sollte. Angesichts der Motivierung dieses Sonderrechts und der ganz bedeutenden wirtschaftlichen Interessen der dabei beteiligten Dorfschaften, vorab von Einsiedeln, konnte man unter Angehörigen der Gemeinden nur Persönlichkeiten verstehen, die in einem eigentlichen Vertretungsverhältnis zu ihnen standen, nicht aber solche, die bloss den Wohnsitz auf ihrem Gebiet hatten oder gar solche, die nur ihr Bürgerrecht besaßen. Nur ein solches Vertretungsrecht konnte vernünftigerweise das Äquivalent bilden für die grossen Opfer, welche auch die WEB anerkannte. Nach der Auslegung der Beklagten hätte die Klägerschaft den moralischen Anspruch, den sie auf Grund dieser Opfer besass, um ein Linsengericht verkauft, denn sie hätte bei dieser Auslegung nicht die geringste Garantie dafür behalten, dass die Mitglieder der Verwaltung und des Direktionsausschusses, die dem Namen nach als ihre Vertreter galten, ihre Interessen auch wirklich wahrgenommen hätten.

Nach Art. 18 OR, der auch hier anwendbar ist, soll bei der Vertragsauslegung überhaupt auf den übereinstimmenden, wirklichen Willen abgestellt werden. Dieser Willens-

inhalt ist aber mit dem Sinn identisch, der oben aus der Entstehungsgeschichte abgeleitet worden ist. Selbst wenn sich übrigens der Sinn, den die Kontrahenten den Worten « angehören sollen » damals beimassen, unmittelbar nicht mehr ermitteln liesse, stünde doch das Ziel fest, das die Gemeinwesen anstrebten und das von der Beklagten auch durchaus anerkannt werden musste und anerkannt wurde: Leute im Verwaltungsrat und im Direktionsausschuss der Beklagten zu haben, die willens und imstande waren, ihre Interessen zu vertreten. Es geht nun nicht an, mit der Beklagten aus formellen Gründen eine « restriktive » Auslegungsmethode zu wählen, die der Sache nicht gerecht wird, sondern es muss der Bestimmung der Sinn beigelegt werden, der mit dem gekennzeichneten Ziel der Gemeinwesen am besten harmoniert, denn vernünftiges Handeln der Parteien bei der Wahl ihrer Mittel darf immer vorausgesetzt werden. Im übrigen sei wiederholt, dass in der gleichen Bestimmung von Vertretern der Kantone die Rede ist, dass eine Unterscheidung zwischen Kantons- und Gemeindevertretern abgesehen von der Wahlinstanz nicht daraus ersichtlich ist und dass Vertreter einer Gemeinde hier nur eine Person sein kann, welche von der Gemeinde hiezuh bestellt ist und in einem öffentlichrechtlichen Dienst- oder Auftragsverhältnis zu ihr steht, wie das Bundesgericht schon im Falle der Worblenthalbahn erkannt hat (BGE 51 II S. 339).

Für diesen Sinn spricht aber auch die langjährige Übung bei der Beklagten. Allerdings ist es selten vorgekommen, dass die drei Gemeinwesen förmliche Vorschläge eingereicht haben; doch erklärt sich dies einigermaßen daraus, dass die Wahlvorschläge jeweilen in den den Generalversammlungen vorangehenden Verwaltungsratsitzungen, wo die Klägerinnen ja eben vertreten waren, besprochen und mit den andern Verwaltungsräten in Minne aufgestellt wurden. In drei Fällen sind durch den Bezirksrat Einsiedeln immerhin förmliche Vorschläge gemacht worden. Die Zeugeneinvernahme hat ergeben,

dass ein solcher Vorschlag einmal, im Falle A. Kälin, durch die Generalversammlung übergangen wurde. Dem Umstande, dass der Vorschlag von dem Bezirksrat nur als Wunsch bezeichnet worden sein soll, kann kein Gewicht beigemessen werden. Ebenso ist ohne Bedeutung, dass der Bezirksrat gegen die Wahl des Oberstlt. Gyr nicht protestierte, denn diese Tatsache liesse sich mit den Klägerinnen auch dahin erklären, dass der Bezirksrat auch mit dieser Nomination einverstanden gewesen sei. Entscheidend fällt ins Gewicht, dass der Bezirksrat seinen Vorschlag im nächsten Jahr wiederholte und damit deutlich bekundete, dass er ein Vertretungsrecht für den Bezirk in Anspruch nahm. Die Einwendungen der Beklagten betreffen überhaupt nur die Art und Weise, in der jeweilen bei den Ernennungen vorgegangen wurde und die allerdings etwas formlos und nachlässig war, sie betreffen aber nicht den Umstand, dass die Gemeinden die betreffenden Mitglieder, wenn es darauf ankam, dann aber doch als ihre Vertreter in Anspruch nahmen. Sodann fallen die Versuche von 1914 (Motion Guggenheim) und 1916 (Motion Helbling) auf Abschaffung oder Beschränkung der Vertretungsrechte in Betracht, die durchaus für die Auslegung der Klägerinnen sprechen, da sie sowohl den Widerstand des Verwaltungsrates, als denjenigen der Klägerinnen selbst heraufbeschworen. Am 17. August 1916 hat der Verwaltungsrat der Beklagten an das schweizerische Eisenbahndepartement folgendes Schreiben gerichtet: « Wir müssen zu diesem Zwecke (d. h. um den Standpunkt des Verwaltungsrates zu begründen) auf die Zeit der Gründung der Schweizerischen Südostbahn im Jahre 1889 zurückgehen. Damals bestanden neben der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn und der Zürichsee-Gotthardbahn ein Initiativkomité für eine Eisenbahn von Biberbrücke nach der Gotthardbahn in Wädenswil und ein zweites Initiativkomité für eine solche von Pfäffikon nach Goldau in Arth. Herr J. H. Bühler-Honegger betrieb die Initiative zur Vereinigung dieser vier Interessenten zum Zwecke der

Bildung einer einheitlichen Eisenbahngesellschaft: der schweizerischen Südostbahn. Seine Absicht stiess aber insofern auf Schwierigkeiten, als die Gemeinden Wädenswil und Einsiedeln, sowie die Kantone Zürich und Schwyz auf ihre bei der Wädenswil-Einsiedeln-Bahn durch ganz erhebliche finanzielle Leistungen wohlverworbenen Rechte der Vertretung im Verwaltungsrat nicht preisgeben wollten... Es sei hier noch beigefügt, dass auch Rapperswil in Verbindung mit dem Kanton St. Gallen sehr grosse Opfer für die Seedammlinie gebracht hatte. Unterm 12. August 1889 schlossen die genannten vier Interessenten eine Vereinbarung ab, die am 20. Oktober 1889 durch einen Nachtrag ergänzt wurde und welche die Bedingungen enthielt, unter denen die vier Beteiligten sich bereit erklärten, ihre Bahnanlagen und Konzessionen an die zu gründende Südostbahn abzutreten. Mittelst des erwähnten Nachtrages vom 20. Oktober 1889 zur Vereinbarung vom 12. August 1889 wurde versucht, die Vertretungsrechte der Kantone Zürich, Schwyz und St. Gallen zu schmälern. Auf die energische Einsprache der Kantonsregierungen von Zürich und Schwyz musste dann aber durch das Finanzsyndikat in der Generalversammlung der WEB vom 5. November 1889 den Kantonen Zürich und Schwyz je eine Vertretung wie bisher zugestanden und dem Kanton St. Gallen eine solche freigestellt werden, worauf die mehrgenannte Vereinbarung mit Nachtrag als Grundlage der neuen Gesellschaft die Genehmigung erhielt. Schon in den Vorverhandlungen wurde auch seitens des Initiativkomités in Wädenswil eifrig darüber gewacht, dass an den Gemeindevertretungen und an dem direkten Einfluss der Gemeinden in der Betriebsleitung der neuen Gesellschaft festgehalten werde, sodass Herr Präsident Bühler-Honegger in der Sitzung des Initiativkomités vom 17. Oktober 1889 die Erklärung abzugeben sich genötigt sah, dass jede Revision der Statuten, finde sie statt, wann sie wolle, nichts der Vereinbarung vom 12. August 1889 Gegenteiliges enthalten dürfe. Es sind dies vertrag-

liche Rechte, welche die Südostbahn den vier Beteiligten zugestehen musste, ansonst die Südostbahn nicht zustande gekommen wäre.»

Wenn der Verwaltungsrat der Beklagten selbst im Jahre 1916 in Übereinstimmung mit den Vorgängen von 1889 von Gemeindevertretungen und vom direkten Einfluss der Gemeinden in der Betriebsleitung sprach, bekundete er mit aller wünschenswerten Deutlichkeit, dass die ursprüngliche Auffassung der Vertretung als echte Gemeindevertretung nicht verloren gegangen war. Laut den Protokollen wurde übrigens sowohl in der Generalversammlung, als im Verwaltungsrat wiederholt von Gemeindevertretern gesprochen; eine Vertretung ist aber eben mehr als bloss geographische Zugehörigkeit oder Niederlassung. Im Protokoll der Generalversammlung vom 27. Juni 1930 selbst, an welcher ja die streitigen Beschlüsse gefasst wurden, heisst es: «II. Generalrevision der Statuten. Die von Herrn Dr. J. Henggeler namens einiger Grossaktionäre gestellte Motion betr. Generalrevision der Gesellschaftsstatuten bezweckt u. a. eine Neuordnung der Zusammensetzung des Verwaltungsrates, indem der statutengemässe Anspruch der Gemeinden Wädenswil und Rapperswil und des Bezirkes Einsiedeln auf eine bestimmte Vertretung im Verwaltungsrate aufgehoben werden soll. Der Vorsitzende gibt Kenntnis von drei Schreiben, in denen die betroffenen drei Gemeinwesen gegen den Entzug ihrer Vertretungsrechte protestieren. Sodann teilt er mit, dass der Verwaltungsrat am 13. Juni 1930 Stellung zu der vorgeschlagenen Statutenrevision genommen und mit Mehrheit beschlossen habe, der Generalversammlung deren Ablehnung zu beantragen.» Auch daraus geht hervor, dass man Gemeindevertretungsrechte beseitigen wollte; der Schluss ist erlaubt, dass die im Laufe der Zeit erfolgten Vorstösse der Grossaktionäre gegen die Vertretungsrechte der Klägerinnen nicht erfolgt wären, wenn sie lediglich den Sinn gehabt hätten, den ihnen die Beklagte heute beimisst. Auch in den Ver-

waltungsratsprotokollen ist bei verschiedenen Sitzungen von den Vertretern der Gemeinden die Rede. Die Klägerinnen haben etwa dreissig Protokollstellen für diese Behauptung namhaft machen können. Desgleichen hat die Einvernahme der Zeugen a. Bundesrat Dr. Robert Haab, Ernst Felber, Dr. Blunschy, Karl Eberle-Birchler und Xaver Helbling ergeben, dass sich die betreffenden Personen jeweilen als echte Vertreter der Gemeinden und nicht einfach als Einwohner derselben betrachteten. Dr. Robert Haab z. B. vertrat die Gemeinde Wädenswil als echter Vertreter noch etwa 11 Jahre lang im Verwaltungsrat, nachdem er aus dem Gemeindegebiet weggezogen war. Dass keine nennenswerten Konflikte entstanden, bei denen die Gemeindevertreter speziell die Interessen der Gemeinden zu wahren hatten, kann den Klägerinnen nicht zum Schaden gereichen. Auch die Art und Weise, wie die Pflichtaktien hinterlegt wurden, bestätigt die Auffassung der Klägerinnen. Der Zeuge Eberle hat ausgesagt, dass die Pflichtaktien nur so lange durch den Bezirk Einsiedeln für ihn hinterlegt worden seien, als er im Verwaltungsrat Bezirksvertreter gewesen sei; er sei jetzt immer noch Mitglied des Verwaltungsrates, aber nicht mehr Bezirksvertreter, weshalb ihm für die Hinterlegung Pflichtaktien durch Herrn von Orelli zur Verfügung gestellt worden seien. Auch die andern Zeugen haben bestätigt, dass die Pflichtaktien durch die Gemeinden für ihre Vertreter hinterlegt worden seien. Im Schirm-lagerbuch der Beklagten wird bei den betreffenden Hinterlegungen stets bemerkt: «Deponiert vom Gemeinderat Wädenswil», «Deponiert vom Gemeinderat Rapperswil», «Eigentum des Bezirkes Einsiedeln» usw. Die Bemerkung der Duplik, die Beklagte habe keinen Grund gehabt, nähere Untersuchungen anzustellen, da es sich um Inhaberaktien gehandelt habe, ist daher unzutreffend. Aus dem Schirm-lagerbuch ergibt sich aber ausserdem, dass dieselben Aktien hinterlegt blieben, wenn ein Gemeindevertreter derselben Gemeinde durch einen andern ersetzt wurde.

Aus den Statuten der Beklagten von 1920 sowohl als aus den frühern Statuten ist sodann ersichtlich, dass das den Klägerinnen zustehende echte Vertretungsrecht in dem Sinne aufzufassen ist, dass die Gemeinden die Wahl der Vertreter im Verwaltungsrat zwar nicht selbst vornehmen, dass sie aber verbindliche Vorschläge an die Generalversammlung machen durften und dürfen. Es heisst darin ausdrücklich, dass die Generalversammlung zu wählen, d. h. die Wahl zu vollziehen habe. Die Klägerinnen verlangen mit ihrer heutigen Klage auch gar nicht mehr, als ein solches verbindliches Vorschlagsrecht. Die Beklagte umgekehrt kann sich nicht darauf berufen, dass das Eisenbahndepartement seinerzeit bei der WEB ein solches verbindliches Vorschlagsrecht ebenfalls abgelehnt hätte, denn die Auffassung des Departementes hat sich nach dem Gesagten als rechtsirrtümlich herausgestellt, und sie ist für das Bundesgericht nicht verbindlich (BGE 51 II S. 336 ff.). Die Statuten der WEB sind übrigens gleich auszulegen, wie die Statuten der Beklagten, denn es ist anzunehmen, dass die WEB nach Verweigerung der Genehmigung für den ursprünglichen Text immerhin diejenige Fassung annehmen wollte, die für die beiden Gemeinden noch am Günstigsten war.

7. — Steht der Inhalt der Vertretungsrechte fest, so ist nun noch ihre rechtliche Natur und Kraft zu bestimmen. Als vertragliche Rechte konnten sie zweifellos nicht bloss in praekaristischem Sinne gemeint sein; die Entstehungsgeschichte weist mit aller Deutlichkeit darauf hin, dass sie « ein- für allemal » gewährt werden sollten, nicht bloss auf Zusehen hin, bis zur nächsten Statutenänderung. Aber auch als statutarischen Rechten kommt ihnen dieselbe Bedeutung zu. Es kann hier auch auf die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils im Falle der Worblenthalbahn verwiesen werden: « Es ist eine Frage der Auslegung der Statuten der Beklagten, ob sie den Gemeinden eine bloss praekaristische, im Wege der Statutenänderung jederzeit widerrufliche Befugnis... einräumen wollten,

oder aber ein wohlerworbenes Recht dieses Inhaltes im angegebenen Sinn. Im ersteren Fall könnte nach dem Gesagten die Bestimmung gegenüber Art. 644 Abs. 3 Ziff. 1 OR kaum als geschützt gelten durch den aus Art. 6 Abs. 4 Stimmrechts G folgenden Satz des Eisenbahnrechtes des Bundes, wohl aber im letzteren Fall. Schon hierin liegt ein starkes Argument für die Annahme eines wohlerworbenen Rechtes, da man doch gewiss eine rechtlich gültige Vorschrift aufstellen wollte... 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. » Diese Erwägungen treffen auch hier zu. Die Annahme, dass das Recht durch eine Statutenänderung jederzeit, schon verhältnismässig bald, hätte beseitigt werden können, ist sogar derart abwegig, dass sich weitere Ausführungen erübrigen; es lag schon in seinem Wesen begründet, dass es vor Statutenänderungen gesichert sein sollte.

8. — Dass die Klägerinnen auf ihre Rechte verzichtet hätten, ist durch die Beklagte nicht bewiesen worden. Wenn der Erlass auch formlos hätte erfolgen können (VON TUHR OR II S. 568), so ist doch die gelegentliche Nichtausübung dem Erlass nicht gleichzustellen. Vor allen Dingen ist daran zu erinnern, dass die Klägerinnen im Gegenteil wiederholt bekundet haben, dass sie nicht gesonnen seien, auf ihre Rechte zu verzichten.

9. — Die Beklagte hat schliesslich eingewendet, dass eine vollständige Verschiebung und Aufhebung der tatsächlichen Grundlagen der seinerzeitigen Rechtsgeschäfte eingetreten sei. Diesen Änderungen sei heute Rechnung zu tragen und es seien die Vertretungsrechte eventuell unter Anwendung der Clausula rebus sic stantibus aufzuheben, oder doch auf ein « vernünftiges Mass » zu beschränken. Die Veränderungen sollen darin bestehen, dass die Klägerinnen heute nur noch an einem geringen

Bruchteil des Aktienkapitals beteiligt seien und dass sie verkehrswirtschaftlich nicht die den Rechten entsprechende Bedeutung hätten. Allein die Rechte waren ihnen damals keineswegs als Gegenwert für Aktienzeichnungen gewährt worden. Die verkehrswirtschaftliche Bedeutung dürfte heute im Vergleich zu den andern Stationen noch dieselbe sein, wie damals. Allein auch abgesehen davon, kann die Clausula rebus sic stantibus nicht angewendet werden. Die Kontrahenten übernehmen grundsätzlich die Risiken der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse (BGE 45 II S. 397 ff.; 48 II S. 247). Sie haben keinen Anspruch darauf, dass die Vertragserfüllung sich für sie lohnend gestalte und dass der Vertrag aufgehoben oder geändert werde, wenn dies nicht mehr zutrifft (BGE 47 II S. 457). Die Clausula kann vielmehr nur dann angewendet werden, wenn die Leistung unter den neuen Verhältnissen als eine wirtschaftlich ganz andere erscheint und für die Pflichten ruinös geworden ist (BGE 45 II S. 398; 47 II S. 401, 458; 48 II S. 247). Alle diese Voraussetzungen treffen hier nicht zu, und überdies haben die Klägerinnen heute noch ein bedeutendes Interesse am Fortbestand ihrer Rechte.

Die Klägerinnen haben jedoch kein Recht darauf, dass die Gesamtzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Direktionskommission stets dieselbe bleibe. Es bleibt der Generalversammlung unbenommen, diese Zahl herauf- oder herabzusetzen. Die Klägerinnen verlangen auch gar nicht, dass sie fest bleibe. Allein sie haben andererseits einen Anspruch darauf, dass ihre Vertretung die gleiche Relation behalte wie unter den bisherigen Statuten. Ihr Einfluss darf nicht geschmälert werden.

10. — ...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Klage wird in vollem Umfang, d. h. in den Hauptbegehren Ziff. 1 und 2 und den Begehren Ziff. 3 bis 7 gutgeheissen.

44. Auszug aus dem Urteil der 1. Zivilabteilung vom 13. September 1933

i. S. Geba A.-G. gegen Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G.

Sukzessivlieferungskauf auf Abruf. Unterlassung des Abrufes durch den Käufer und Unterlassung einer Mahnung, abzurufen, durch den Verkäufer. Annahme- und Schuldnerverzug des Käufers. Stillschweigende Vertragsauflösung? OR Art. 91, 211 Abs. 1; OR Art. 97, 108 Ziff. 1.

A. — Die Beklagte, Geba A.-G., Baugeschäft in Zürich, erstellte in den Jahren 1931 und 1932 in Zürich eine Anzahl Neubauten. Anfangs Februar 1931 übertrug sie der Klägerin, Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G., die Lieferung von Schlackensteinen für eine erste Serie von Häusern, die im Jahre 1931 ausgeführt werden mussten... Am 10. Februar 1931 bestätigte sie das abgeschlossene Geschäft: « Wir... übertragen Ihnen hiermit die Lieferung für den Gesamtbedarf an obigen Baumaterialien auf die in obigem Schreiben erwähnten diversen und eventuell in diesem Jahr neu hinzukommenden Neubauten gemäss Ihrer Offerte. Bei Bedarf wird das benötigte Quantum jeweilen telephonisch abgerufen. » Am 2. April 1932 übertrug sie der Klägerin ausserdem « die Lieferung sämtlicher Schlackenplatten für die Neubauten: 3 Häuser Giesshübelstrasse, und Wohn- und Geschäftshaus Albisriederstrasse in Albisrieden, zu den nachfolgenden Preisen: 6er-Platten 3 Fr. 25 Cts. pro m², 8er-Platten 4 Fr. pro m², franko Bauplatz geliefert. » Im Jahre 1931 rief sie aber für die damals zur Ausführung gelangten Bauten nur 949 m² an Schlackensteinen ab. Auf Grund des zweiten Vertrages von 1932 unterliess sie überhaupt jeden Abruf. Der Nichtbezug beträgt unbestrittenermassen 5392 m².

B. — Am 30. Dezember 1932 hat die Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G. gegen die Geba A.-G. Klage auf Bezahlung von 4043 Fr. 60 Cts. nebst 5% Zins seit 1. September 1932 erhoben.