

au moment de la constitution, et l'on ne voit dès lors pas en quoi ses droits non plus que ceux des tiers seraient lésés par le fait que le détenteur de l'action ne pourrait être astreint à compléter les versements. Les tiers sont, en fait, dans une situation plus avantageuse que dans le cas précédent puisque, en cas de refus du cessionnaire, le paiement pourra être réclamé au souscripteur.

De ce que la société ne possède contre le détenteur du titre aucune action directe en paiement du non-versé, il ne suit pas toutefois qu'elle en soit toujours réduite à s'en prendre au souscripteur, ni que ses droits soient liés à la solvabilité de ce dernier. Car si le détenteur du titre n'encourt jamais en principe aucune responsabilité personnelle pour le non-versé, la loi a cependant prévu que le titre lui-même pourrait éventuellement être appelé à en répondre, en ce sens que les statuts peuvent prévoir qu'à défaut de paiement la société aura le droit de faire procéder à l'annulation de l'action (cf. art. 634). Mais c'est à quoi en réalité se réduisent les droits de la société contre le détenteur du titre.

4. — Ne résulterait-elle pas déjà de l'application des principes ci-dessus, que cette solution s'imposerait également en présence des règles relatives aux titres au porteur. Il est, en effet, de l'essence des titres de cette nature de n'emporter jamais que des droits, en ce sens tout au moins que la détention du titre ne saurait jamais, en elle-même, être envisagée comme une cause suffisante d'obligations à la charge du détenteur (cf. art. 847 CO). La responsabilité de l'actionnaire ne saurait dès lors être fondée sur la simple possession du titre ; elle suppose nécessairement une cause de plus que l'acquisition de l'action, à savoir précisément soit une participation directe au contrat de société (souscription) soit la reprise (expresse ou tacite) des engagements du titulaire précédent.

5. — Si l'on applique ces principes en l'espèce, il est manifeste que le défendeur n'ayant pris aucun

engagement envers la société ni comme souscripteur, puisqu'il n'a acquis ses actions qu'après la constitution de la société et que d'ailleurs en cette qualité il pourrait se mettre au bénéfice d'une clause expresse des statuts, ni en vertu d'un contrat de reprise de dette, la preuve d'une telle convention n'ayant pas été rapportée ni même entreprise, la société ne possède aucun droit contre lui.

Ce motif étant suffisant pour justifier l'admission du recours, il n'y a pas lieu d'aborder l'examen des autres moyens.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours par voie de jonction est rejeté. Le recours principal est admis et le jugement attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont rejetées.

75. *Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 1924*

i. S. *Axelrod* gegen *Vereinigte Zürcher Molkereien A. G.*

Konkurrenzverbot : Geschäftsverkauf mit Verpflichtung des Verkäufers, die abgetretenen Herstellungsverfahren während 30 Jahren in der Schweiz nicht auszubeuten. Unsittlichkeit ? Nichtanwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus*.

A. — Im Jahre 1886 wurde in Zürich eine Firma N. Axelrod, Schweizerische Kefiranstalt, gegründet, die sich mit der Fabrikation und dem Handel in Milchprodukten aller Art befasste. Aus dieser Gesellschaft ist im Jahre 1908 die A.-G. Axelrod & C^{ie} hervorgegangen, welcher der Kläger und sein Vater als Aktionäre und leitende Persönlichkeiten angehörten. Diese A.-G. besass zwei Handelsmarken, unter deren Schutz sie ihre Produkte, speziell Kefir und Yoghurt, in den Handel brachte. Am 1. November 1909 schloss sie mit der Beklagten, damals A.-G. Vereinigte Zürcher Molkereien,

einen Vertrag ab, wonach sie dieser die ganze Unternehmung, umfassend das Geschäftsinventar, die Kundschaft, die zwei erwähnten Handelsmarken, das Recht, den Namen Axelrod als Warenzeichen zu gebrauchen und die Herstellungsverfahren für Kefir, Yoghurt, Kefir-Bazilin, Yoghurt-Maja und Yoghurtabletten verkaufte. Als Gegenwert zahlte die Beklagte eine Aversalsumme von 60,000 Fr., sowie jährliche, auf dem Umsatz berechnete Beträge während 10 Jahren, die sich auf zirka 50,000 Fr. beliefen. Gleichzeitig wurde folgendes Konkurrenzverbot vereinbart :

« § 7. Die Herren Paul und Alexander Axelrod verpflichten sich jeder für sich und seine Familie bei einer Konventionalstrafe von je 25,000 Fr. während der Zeitdauer von dreissig Jahren vom 1. Dezember 1909 an gerechnet ;

a) auf dem Gebiete der Schweiz weder die in diesem Verträge genannten, noch überhaupt irgendwelche Produkte, welche die V. Z. M. A.-G. jetzt oder später führen, zu fabrizieren oder in den Handel zu bringen ;

b) während der gleichen Zeitdauer sich weder direkt, noch indirekt an einem in der Schweiz domizilierten Geschäft zu beteiligen oder zu betätigen, welches die obigen Produkte fabriziert oder in den Handel bringt ;

c) während der gleichen Zeitdauer sich auch nicht an einem ausserhalb der Schweiz domizilierten Geschäfte zu beteiligen oder zu betätigen, welches den Export der mehrgenannten Produkte nach der Schweiz als Geschäftszweig kultiviert und so den V. Z. M. A.-G. Konkurrenz macht.

§ 8. Den Herren Paul und Alexander Axelrod ist ferner bei der nämlichen Konventionalstrafe von je 25,000 Fr. für den Einzelnen und für die gleiche Zeitdauer von dreissig Jahren der Verkauf der bezüglich obiger Produkte bestehenden Herstellungsverfahren auf dem Gebiete der Schweiz verboten ; dagegen ist denselben der Verkauf dieser Verfahren im Ausland gestattet. »

Nach Abschluss dieses Vertrages begab sich der Kläger, Alexander Axelrod, der von Beruf Maschineningenieur ist, sich aber immer im väterlichen Geschäft betätigt hatte, ins Ausland, und zwar zunächst nach Deutschland, wo er in verschiedenen Molkereien die Yoghurtfabrikation einrichtete, und später nach Russland, wo er in Smolensk und Wologda Fabriken zur Herstellung von kondensierter Milch eröffnete. Anlässlich der durch den Bolschewismus herbeigeführten staatlichen Umwälzung wurden diese Betriebe nationalisiert und später stillgelegt. Im Mai 1919 kehrte der Kläger mit seiner Familie wieder nach Zürich zurück und versuchte dort seine Erfahrungen in der Milchbranche nutzbringend zu verwerten, und zwar durch die Herstellung und den Vertrieb von Yoghurt-Käse, Yoghurt-Schokolade und eines Halbtrockenferments. Er bemühte sich, die Beklagte für diese, angeblich von ihm entdeckten Herstellungsverfahren zu interessieren, erhielt aber wiederholt abschlägigen Bescheid. Die Beklagte berief sich auf das gemäss Vertrag vom 1. November 1909 immer noch geltende Konkurrenzverbot.

B. — Da eine Verständigung nicht erzielt werden konnte, erhob Axelrod beim Handelsgericht Zürich die vorliegende Klage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass das im Kaufvertrag vom 1. November 1909 vereinbarte Konkurrenzverbot während der weitem Vertragsdauer unverbindlich sei und insolange beschränkt bleibe :

« a) auf die Herstellung und den Vertrieb von flüssigem Kefir und flüssigem Yoghurt in der Schweiz schlechthin, von Kefir-Bazilin, Yoghurt-Maja und Yoghurtabletten in der Schweiz, gemäss den bei Vertragsabschluss übergebenen Rezepten ;

b) auf die Betätigung in einem in der Schweiz domizilierten Geschäfte, welches die unter litt. a genannten Produkte fabriziert oder in den Handel bringt, und auf die Beteiligung an einem derartigen Geschäfte in der Schweiz ;

c) auf die Betätigung in einem ausserhalb der Schweiz domizilierten Geschäfte, welches den Export der unter litt. a genannten Produkte nach der Schweiz als Geschäftszweig kultiviert ;

d) den Verkauf der Herstellungsverfahren auf dem Gebiete der Schweiz, lediglich hinsichtlich der Produkte lt. litt. a. »

Zur Begründung machte er im wesentlichen geltend : Als er die Verpflichtung eingegangen sei, auf die sich die Beklagte heute berufe, um ihm die Herstellung und den Vertrieb von Produkten zu verbieten, die übrigens nicht als Konkurrenzprodukte im Sinne des Konkurrenzverbotes anzusprechen seien, habe er die Absicht gehabt, nach Russland auszuwandern, und deshalb sei ihm die Formulierung des Verbotes Nebensache gewesen. Unter den heutigen, völlig veränderten Verhältnissen sei diese Verpflichtung derart drückend geworden, dass ihm deren Einhaltung nicht mehr zugemutet werden könne. Gleichwohl verlange er nicht die Feststellung der Ungültigkeit des Verbotes schlechthin, sondern bloss dessen Beschränkung auf die der Beklagten wirklich verkauften Verfahren, und auch diesbezüglich mache er einstweilen noch eine Ausnahme für flüssigen Kefir und Yoghurt.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage : Von einer unsittlichen Abmachung könne, obwohl es sich um eine langfristige Verpflichtung handle, nicht gesprochen werden, weil das Verbot sachlich auf die im Verträge näher bezeichneten Produkte beschränkt und durch die Bezahlung von 100,000 Fr. ein entsprechendes Äquivalent geboten worden sei. Ein weiterer Vorteil für den Kläger habe darin bestanden, dass er diesen Vertrag im Auslande zu Reklamezwecken habe verwenden können ; dort hätten sich ihm denn auch gute Verdienstquellen eröffnet. Wenn diese inzwischen versiegt seien, und er infolge der Kriegsereignisse und der Revolution in Russland des aus ausländischen Unternehmungen gezogenen Gewinnes verlustig gegangen sei, so könne sie dafür nicht verantwortlich gemacht werden.

C. — Mit Urteil vom 5. Juni 1924 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Klägers mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage im vollen Umfange, eventuell mit Bezug auf Yoghurt-Käse, Yoghurt-Schokolade und das Halbtrockenferment zur Herstellung von Yoghurt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1.
2. — Zu entscheiden ist einzig die Frage, ob das vereinbarte Konkurrenzverbot für den Kläger inskünftig nur noch in beschränktem Umfange verbindlich sei. Er macht geltend, dasselbe sei für ihn angesichts der dreissigjährigen Karenzzeit gleichbedeutend mit einem Verbot auf Lebensdauer und daher wegen übermässiger Beschränkung seiner persönlichen Freiheit gemäss Art. 27 ZGB und Art. 20 OR von Anfang an teilweise nichtig gewesen, jedenfalls aber nach fast fünfzehnjähriger Dauer ungültig geworden. Nun kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass diese Bestimmungen für die Frage der Unsittlichkeit der Konkurrenzklausel massgebend sind, trotzdem der Vertrag unter dem alten Recht abgeschlossen worden ist (Art. 2 SchlT). Dabei ist gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, dass der Ausdruck « gegen die guten Sitten verstossend » in Art. 20 OR inhaltlich nichts anderes besagen will, als die Ausdrücke « unsittlich » des Art. 17 aOR und « die Sittlichkeit verletzend » des Art. 27 ZGB, sodass der Entscheid gleich ausfallen muss, ob auf Art. 20 OR oder Art. 27 ZGB abgestellt wird. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, würde nun vorliegend eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit des Klägers nicht nur die Vertragsstellung einer Partei berühren, sondern die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes nachsichziehen, sodass die gegenseitigen Leistungen nach den Grundsätzen von Art. 62 ff. OR zurückverlangt werden könnten, da ohne weiteres anzu-

nehmen ist, dass die Beklagte den Vertrag ohne dieses Konkurrenzverbot nicht, beziehungsweise nicht zu den getroffenen Bedingungen abgeschlossen hätte (Art. 20 Abs. 2 OR). Dieser Folge kann der Kläger nicht dadurch entgehen, dass er bloss die teilweise Unverbindlichkeit des Verbotes anruft.

3. — Allein auch die Möglichkeit einer Abänderung des Vertrages im verlangten Sinne vorausgesetzt, könnte der Kläger mit seiner Anfechtung nicht durchdringen. Art. 27 ZGB will mit dem Ausschluss des Verzichts auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit die Persönlichkeit vor dem Verlust dieser nach heutiger Rechtsanschauung notwendig mit ihr verbundenen Fähigkeiten schützen. Jedermann soll kraft dieser Persönlichkeitsrechte in gleicher Weise die Möglichkeit haben, am Rechtsleben teilzunehmen. Die damit garantierte persönliche Freiheit nun ist zwar unveräusserlich, nicht aber auch unbeschränkbar. Darauf beruht ja einzig die Möglichkeit eines Rechtsverkehrs: die Bindung der freien Persönlichkeit in irgend einer Richtung ist notwendig mit dem Begriff der Obligation verknüpft und bildet auf wirtschaftlichem Gebiete das normale Mittel zur Erreichung der vom Einzelnen erstrebten Zwecke und zur Aufrechterhaltung eines geordneten Gemeinschaftslebens. Ihre Grenze findet sie in der Vereinbarkeit mit den guten Sitten. Nach herrschender Lehre und Praxis hat eine solche Bindung dann als unsittlich zu gelten, wenn dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten aufgehoben, oder doch in einem Masse eingeengt wird, dass er von derselben nicht mehr gehörigen Gebrauch machen kann, so namentlich bei Behinderung in der Ausübung des Berufes, d. h. der Entfaltung und Ausbeutung erworbener Kenntnisse in einer Weise, dass dadurch seine wirtschaftliche Existenz gefährdet wird. Eine derartige Einschränkung der persönlichen Freiheit des Klägers kommt jedoch vorliegend nicht in Frage. Gemäss § 1 des Vertrages vom 1. November 1909 hat die A.-G. Axelrod & C^{ie}, von

welcher der Kläger seine Rechte ableitet, der Beklagten das gesamte Geschäftsinventar, die Kundschaft, das Recht, den Namen Axelrod als Warenzeichen zu gebrauchen, die zwei Handelsmarken und die Herstellungsverfahren für Kefir, Yoghurt etc. verkauft. Gegenstand des Vertrages bildete somit die Übertragung des Fabrikations- und Handelsgeschäftes mit allen denjenigen Bestandteilen, auf denen dessen Fortführung beruhte, also die Übertragung einer Gesamtsache, bestehend aus körperlichen Sachen und immateriellen Gütern. Dass auch die letztern rechtsgültig zu dinglichem Recht übertragen werden konnten, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Denn auch diese immateriellen Güter sind sachenrechtlicher, nicht personenrechtlicher Natur und wie körperliche Sachen des Rechtsverkehrs fähig (vgl. KOHLER, Encykl. d. Rechtsw. Bd I S. 622). Was speziell die Warenzeichen betrifft, sieht Art. 11 MSchG die Möglichkeit ihrer Übertragung mit dem Geschäftsbetriebe, wie sie hier erfolgt ist, ausdrücklich vor. Dieser Geschäftsverkauf und die damit verbundene Konkurrenzklausele nun aber bedeuteten für den Kläger keine Beschränkung seiner Persönlichkeitsrechte im Sinne einer Behinderung in der Verwendung seiner Fähigkeiten und erworbenen Berufskennntnisse; vielmehr lag darin lediglich ein Verzicht des Klägers auf die eigene Ausbeutung von in Ausübung seiner Persönlichkeitsrechte erworbenen Gütern, nämlich der den Kaufgegenstand bildenden Verfahren und Marken, wie dies auch beim Verkaufe eines Patentrechts, eines Verlagsrechts etc. der Fall ist. Darin kann ein mit dem Rechte der Persönlichkeit unvereinbares Rechtsgeschäft nicht erblickt werden. Dass sich der Käufer eine vorteilhafte Ausbeutung des übernommenen Geschäftes durch ein Konkurrenzverbot mit langer Karenzzeit sichern wollte, liegt auf der Hand. Auch ohne ausdrückliche Abrede wäre der Kläger übrigens verpflichtet gewesen, der Beklagten die Fortführung des Betriebes, soweit es in seinen Mitteln lag, zu ermöglichen, sie insbesondere, da die Kundschaft

mitverkauft war, in die Beziehungen zu derselben eintreten zu lassen, also selber keinerlei Geschäftsbeziehungen derselben Art mit ihr zu unterhalten (vgl. AS 24 II 864 ; 27 II 550). Da sich das Verbot auf die Ausbeutung einer Sache bezieht, kam der Beschränkung auf das Gebiet der Schweiz lediglich Bedeutung für die Preisbestimmung zu ; keinesfalls kann etwa aus dieser örtlichen Begrenzung gefolgert werden, dass der Kläger bei späterer Unmöglichkeit der ihm erlaubten Ausbeutung im Auslande einen Anspruch auf eine neue Umschreibung des Verbotes erhalte, und ebensowenig lässt die Art der Preiszahlung darauf schliessen, dass die Überlassung der Kaufsache zeitlich eingeschränkt werden wollte. Die ausser der Aversalsumme von 60,000 Fr. vereinbarten jährlichen Zahlungen während 10 Jahren bedeuteten einen Zuschlag zum Kaufpreis, dessen Entrichtung der Beklagten durch die Verteilung auf gewisse Zeit erleichtert werden sollte. Endlich ergeben sich auch aus den Begleitumständen keinerlei Anhaltspunkte für eine die Ausbeutung der übertragenen Verfahren zeitlich beschränkende Parteiabrede.

4. — Hieran vermag auch die infolge des Krieges eingetretene Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nichts zu ändern. Die Anwendung der vom Kläger angerufenen *clausula rebus sic stantibus* ist hier schon deshalb ausgeschlossen, weil das Kaufgeschäft, im Zusammenhang mit welchem das Konkurrenzverbot zu würdigen ist, vollumfänglich erfüllt wurde, und daher nachträglich nicht mehr abgeändert werden kann, ganz abgesehen davon, dass die Voraussetzungen hiefür gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht gegeben wären.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1924 bestätigt.

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. November 1924 i. S. Mäglin u. Gen. gegen Buser.

Unerlaubte Handlung ; Haftung des Geschäftsherrn, Art. 55 OR. Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn eines Automobilchauffeurs.

A. — Am 13. Dezember 1920 gegen 5 Uhr nachmittags wurde die Klägerin Adele Buser, welche damals 5 Jahre und 3 Monate alt war, in der St. Johannvorstadt in Basel vom Lastautomobil der Weinhandlung J. Mäglin überfahren, wobei ihr das rechte Bein unterhalb des Knies vollständig abgetrennt wurde. Sie war im Begriff, mit ihrem achtjährigen Bruder Samuel von der Bäckerei Riggenbach nach der elterlichen Wohnung, welche sich beide in der St. Johannvorstadt, erstere im Hause Nr. 11, letztere in Nr. 30 befinden, zurückzukehren. Die Kinder Buser hatten ein Handleiterwägelchen, das sie mit sich führten, am Trottoirrand auf der Seite der ungeraden Hausnummern gegenüber dem Hause Nr. 30 stehen lassen ; Samuel Buser hatte die Strasse bereits überschritten, während seine Schwester auf dem Trottoir wartete, bis ein von hinten, Richtung St. Johannstortentanz, kommender Strassenbahnwagen vorbeigefahren war. Hinter diesem kam das 6 m lange und 1,85 m. breite Mäglin'sche Lastautomobil einhergefahren, auf welchem rechts der Chauffeur Heinrich und links, neben ihm, Küfer Stühlinger sass. Nach der Darstellung der Klägerschaft musste nun das Automobil wegen des am Trottoirrand stehenden Handwägelchens in scharfem Bogen nach der gegenüberliegenden Strassenseite abbiegen, sodass es quer über die Strasse zu stehen kam, und hernach, um weiterfahren zu können, eine Rückwärtsbewegung ausführen, wobei die Klägerin, die auf diese Bewegung nicht gefasst war und gerade die Strasse überschreiten wollte, zu Boden geworfen und überfahren wurde. Die Beklagten dagegen stellen den Hergang so