

existaient précédemment. Par contre, on ne saurait en étendre l'application au cas où le fonds enclavé n'a jamais été au bénéfice d'un droit de passage et où c'était par simple tolérance que le voisin y laissait accéder à travers sa propriété. Par sa nature même un tel acte de pure complaisance ne peut ni imposer une obligation à celui qui y a consenti, ni conférer un droit à celui qui en a profité. Il ne crée pas en faveur de ce dernier une « voie d'accès », au sens de l'art. 694 al. 2, et il serait contraire à toute équité d'admettre que, par cela seul que le voisin a toléré pendant un temps un empiétement qu'il a ensuite interdit, c'est à lui que le passage nécessaire « peut être le plus naturellement réclamé ». Or, il est établi que la propriété Dentand n'était pas grevée d'une servitude de passage et que le défendeur Dentand a agi dans les limites de ses droits en la clôturant et en s'opposant à ce que la dévestiture de la propriété Raymond s'exerçât à travers sa cour. La situation juridique est ainsi la même que si jamais cette dévestiture ne s'était exercée de cette façon. Du moment donc que la demanderesse ne peut invoquer l'usage antérieur de la voie d'accès qu'elle réclame et que, d'autre part, il est constant qu'une issue pourrait être assurée par un moyen plus simple et moins dommageable, c'est avec raison que l'instance cantonale a écarté la demande. Sans doute, il est fâcheux que l'arrêt attaqué n'ait pas en même temps fixé dans son dispositif l'emplacement du passage nécessaire auquel, dans ses considérants, il déclare que la demanderesse a droit en principe. Mais c'est là une conséquence du fait qu'au lieu de soumettre au tribunal l'ensemble de la question du passage nécessaire, dame Raymond s'est bornée à revendiquer une voie d'accès strictement déterminée. On peut d'ailleurs croire qu'une entente amiable avec Pomel dispenserait la demanderesse d'intenter un nouveau procès pour obtenir le passage dont elle a besoin suivant le tracé proposé par les experts et considéré comme le plus rationnel par l'instance cantonale.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

44. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Mai 1917 i. S. Schelling, Kläger und Berufungskläger, gegen Brueck & Wilson A.-G., Beklagte und Berufungsbeklagte.

Art. 628 OR: Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft ist keine *lex absoluta* und das trotz seiner abgeschlossene Erwerbsgeschäft nicht nichtig.— Art. 38 OR: Stillschweigende Genehmigung eines Vertrages, der statt der erforderlichen Kollektivunterschrift zweier Gesellschaftsorgane nur die des einen trägt.

1. — Der Kläger Ernst Schelling war seinerzeit bei der Stickereifirma Brueck & Wilson Co A.-G. in New-York als Geschäftsführer angestellt. Im Jahre 1909 ist zum Zwecke der Fortführung der von dieser Firma betriebenen Geschäfte und des Erwerbes und Betriebes der Stickereifabrik Fenkart & Co in Bürglen die beklagte Aktiengesellschaft, Brueck & Wilson Co A.-G., mit Sitz in Bürglen (später nach St. Gallen verlegt), gegründet worden. Das Aktienkapital wurde auf 250,000 Fr., eingeteilt in 250 Namenaktien von je 1000 Fr., festgesetzt. Vom Kapital ist nur die Hälfte einbezahlt. Die rechtsverbindliche Unterschrift für die Gesellschaft sollte den Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Direktion zu zweien zustehen.

Mitglied dieser beiden Gesellschaftsorgane war auch der Kläger. Es wurden ihm in Hinsicht darauf fünf Pflichtaktien unentgeltlich überlassen, die er in New-York zu hinterlegen hatte.

Gegen Ende 1915 löste der Kläger sein Anstellungsverhältnis auf. Zur Festsetzung der Bedingungen seines Austrittes traf der Hauptaktionär und Verwaltungsrat Samuel Henri Wilson, für die Beklagte handelnd, am 5. November 1915 in St. Gallen mit dem Kläger eine schriftliche Vereinbarung des Inhalts: Der Kläger verpflichtete sich, vor seinem Austritt seinen Nachfolger Friedberger in das Geschäft einzuführen. Salär sollte er noch für die Zeit bis Ende Januar 1916 beziehen und zwar insgesamt 4500 Fr., wovon am 15. November 1915 2000 Fr. und am 15. Dezember 1915 Fr. 2500 auszubezahlen waren. Die beklagte Gesellschaft, wird weiter bestimmt, « verpflichtet sich die Herrn Schelling gehörenden, auf seinen Namen in New-York liegenden Aktien der Brueck & Wilson Co. A.-G. per 1. Dezember 1915 mit 500 Fr. per Stück käuflich zu übernehmen. » Endlich erklären die Vertragsparteien, dass mit der Bezahlung der erwähnten Summen der Kläger für alle Ansprüche befriedigt und die Beklagte voll entlastet sei. — Die Unterschrift für die Beklagte lautet: « Brueck & Wilson A.-G. » und rührt von Wilson her.

Die Beklagte bezahlte die am 15. November verfallenen 2000 Fr., verweigerte aber dann die weiteren Leistungen. Der Kläger machte hierauf die zweite Salärrate in einem (hier nicht in Betracht fallenden) Betreibungsverfahren geltend. Im vorliegenden Prozesse verlangt er im weiteren Vollziehung der Vertragsabrede betreffend die Rücknahme der Pflichtaktien mit dem Begehren, die Beklagte habe ihm 2500 Fr. samt Zins zu 6 % seit dem 1. Dezember 1915 zu bezahlen.

Die Beklagte hat dieses Begehren zunächst mit der Einwendung bestritten, die Vereinbarung vom 5. November 1915 sei für sie nur von dem Verwaltungsrat

Wilson unterzeichnet und daher mangels der statutarisch erforderlichen zwei Unterschriften nicht verbindlich. Das Abkommen sei aber auch, (wurde nachträglich im Prozesse noch geltend gemacht) deshalb ungültig, weil nach Art. 628 OG eine Aktiengesellschaft keine eigenen Aktien erwerben dürfe.

Von der Vorinstanz mit ihrem Klagebegehren abgewiesen, erneuert es der Kläger nunmehr vor Bundesgericht.

2. — Die Vorinstanz hat der Einwendung der Beklagten zugestimmt, die Vereinbarung der Parteien, wonach die beklagte Gesellschaft die fünf Pflichtaktien des Klägers zurückzunehmen hat, sei nach Art. 628 OR nichtig, und von diesem Gesichtspunkte aus ist die Vorinstanz zur Abweisung der Klage gelangt. Der hiefür angerufene Absatz 1 des Art. 628 lautet: « Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben. » Daran anschliessend werden in den folgenden Absätzen bestimmte Ausnahmen « von diesem Verbote » aufgestellt und näher geregelt. Ueber die Rechtsfolgen der Uebertretung des Verbotes spricht sich das Gesetz nicht aus, namentlich erklärt es nicht, dass zu ihnen die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäftes gehören. Dies lässt sich auch nicht etwa schon aus der Natur der streitigen Bestimmung als eines « Verbotsgesetzes » schliessen. Die Uebertretung eines solchen braucht nicht notwendig die Nichtigkeit der von ihm verbotenen Rechtshandlung nach sich zu ziehen, sondern es können für den Gesetzgeber Gründe dafür vorliegen, die zivilrechtliche Wirksamkeit der Rechtshandlung ganz oder in beschränkter Weise anzuerkennen und durch anderweitige Mittel (Statuierung zivil- oder strafrechtlicher Verantwortlichkeiten u. s. w.) auf Beobachtung des Verbotes zu dringen, diesem also den Charakter einer blossen Ordnungsvorschrift zu verleihen. Insoweit kann dann die Nichtigkeit auch nicht aus Art. 20 OR abgeleitet werden; ein Vertrag, dessen Abschluss das Gesetz verbietet, ohne ihm die Gültigkeit benehmen zu

wollen, hat keinen « widerrechtlichen Inhalt » im Sinne des genannten Artikels (vergl. auch EB 41 II S. 485).

Hiernach ist zu prüfen, ob der Wortlaut oder der Sinn und Zweck des streitigen Verbotes zu der Auslegung führe, dass es als Rechtsfolge des trotz seiner vorgenommenen Erwerbes eigener Aktien durch die Gesellschaft die Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes angesehen wissen will. Dies ergibt sich zunächst nicht schüssig aus der Ausdrucksweise « d a r f nicht erwerben ». Wenn das Gesetz ein Verbot in der Form des « Nichtdürfens » ausspricht, so deutet das sprachlich eher auf eine blosser Einschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit des dem Verbot Unterstehenden hin, im Gegensatz zum « Nichtkönnen », das ausdrückt, es sei diesem auch die Möglichkeit benommen, durch sein verbotswidriges Handeln die gewollte rechtliche Wirkung hervorzubringen. Wer eine Rechtshandlung nicht vornehmen « darf », dem wird die Erlaubnis dazu versagt ; wer sie aber nicht vornehmen « kann », dem ist auch die rechtliche Fähigkeit entzogen, sie wirksam vorzunehmen, und das Verbot ihrer Vornahme verunmöglicht ihm dadurch von selbst eine eigentliche, vollständige Uebertretung, die nur in der Herbeiführung des rechtlichen Erfolges, den es ausschliessen will, bestehen könnte. (vergl. JELLINCK, System der Subjektiven öffentlichen Rechte, II. Aufl. S. 46 ff.). Dementsprechend drückt sich auch der § 226 des D. HGB in seinem zweiten Absatz, der die Fälle behandelt, in denen das Gesetz den Erwerbsakt als nichtig angesehen wissen will, — nämlich wenn es sich um den Erwerb von Interimsscheinen oder von nicht voll liberierten Aktien handelt, — dahin aus, dass die Aktiengesellschaft die betreffenden Titel nicht erwerben « kann » ; dagegen spricht das Gesetz im ersten Absatz, der die Fälle ordnet, in denen der verbotene Erwerb rechtsgültig ist, davon, dass die Aktiengesellschaft eigene Aktien nicht erwerben « soll ». Allerdings hatte der frühere § 215 Abs. 3 des D. HGB. das Verbot gleich dem Art. 628 OR gefasst, also erklärt, dass die Gesellschaft

eigene Aktien nicht erwerben « darf », und dieser Ausdruck ist damals von der deutschen Rechtsprechung (s. besonders Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes B. XVII, N° 87 S. 385) im Sinne der Aufstellung eines absoluten Verbotes mit Nichtigkeitsfolge ausgelegt worden. Allein demgegenüber ist einerseits zu beachten, dass sich später der deutsche Gesetzgeber veranlasst gesehen hat, bei der Normierung der Fälle, in denen er den Erwerbsakt als nichtig angesehen wissen will, die Worte « darf nicht » durch « kann nicht » zu ersetzen, um die Nichtigkeitsfolge deutlicher zum Ausdruck zu bringen. Und andererseits fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der schweizerische Gesetzgeber, der sich im Art. 628 OR an die Ausdrucksweise des frühern § 215 des D. HGB. anschloss, damit die hier streitige Frage der rechtlichen Bedeutung und Wirkung des Verbotes in einem bestimmten Sinne habe lösen wollen. Das schweizerische Gesetz muss also für sich betrachtet und aus sich selbst ausgelegt werden. Alsdann aber ist zu sagen, dass das Wort « darf », wenn nicht für, so doch zum mindesten auch nicht entscheidend gegen die Rechtsbeständigkeit des verbotenen Erwerbsaktes spricht. Auf keinen Fall lässt sich behaupten, das Gesetz bringe mit dem « nicht darf » die Nichtigkeitsfolge in sprachlich unzweideutiger, keine gegenteilige Auffassung zulassender Weise zum Ausdruck, und daher müsse schon die rein grammatikalische Auslegung die streitige Rechtsfrage endgültig entscheiden. Nur nebensächliche Bedeutung hat es infolgedessen auch, wenn die romanischen Texte des Art. 628 den für gewöhnlich dem deutschen « nicht können » entsprechenden Ausdruck verwenden, der laut dem Gesagten nach deutscher Auffassung eher auf die Nichtigkeit der verbotenen Rechtshandlung hinweisen würde («ne peuvent acquérir..... », « non puo acquistare »). Endlich ist, was den Wortlaut des Artikels anlangt, noch zu bemerken, dass das Verbot sich nur an die Gesellschaft als Erwerbberin der Aktien richtet, nicht auch an den Dritten, der den

Erwerb durch die Veräusserung bewirken hilft. Auch dies spricht dagegen, die absolute Natur des Verbotes als schon durch die Ausdrucksweise des Gesetzes dargetan anzusehen.

Prüft man nun weiter — und für eine richtige Lösung der streitigen Rechtsfrage kommt es vor allem hierauf an —, ob das Verbot des Art. 628 nach seinem *Sinne* und *Zwecke* als eine *lex perfecta* mit Nichtigkeitsfolge gelten müsse, so sprechen überwiegende Gründe nicht für, sondern gegen diese Auffassung. Die Erwägungen, die zur Aufstellung des Verbotes geführt haben, bestehen im wesentlichen darin, dass es der Natur der Aktiengesellschaft widerspricht und zu rechtlichen Komplikationen führt, wenn die Gesellschaft ihr eigener Aktionär ist, und dass solches leicht zu missbräuchlichen Massnahmen Anlass geben und ungesunde Verhältnisse zur Folge haben kann; namentlich kann sich daraus eine den Beteiligten nachteilige Schwächung des Aktienkapitals und eine unzulässige Beeinflussung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung durch die Gesellschaftsorgane ergeben (vergl. FICK, Kommentar zum aOR, Art. 628 Anm. 1, BACHMANN, Kommentar zum OR (Gesellschaftsrecht), Art. 628 Anm. 1, STAUB, Kommentar zum D. HGB. 9. Aufl. Einleitung zu § 226). Alles das rechtfertigt es aber noch nicht, den verbotswidrig vorgenommenen Aktienerwerb als nichtig zu behandeln, (wie es die schweizerische Rechtsprechung, ohne eingehende Prüfung der Frage, bisher getan hat, vergl. Bl. f. zürch. Rechtsp. N. F. 2 (1903), N° 161 und 260, Semaine Judiciaire 1891, S. 651 und 1909, S. 671, Schweiz. Jur. Zeitung 4 (1907/8) S. 161, vergl. auch EB 21, S. 568, Erw. 14 aE.). Sowie das Gesetz davon absieht, dem Anwendungsgebiet nach ein unbedingtes und allgemeines Verbot aufzustellen, und es für gut findet, im Interesse sei es der internen Verhältnisse der Gesellschaft, sei es der Verkehrsbedürfnisse eine grössere Zahl wichtigerer Fälle des Erwerbes eigener Aktien vom Ver-

bote auszunehmen — welchen Ausnahmefällen wohl noch der des unentgeltlichen Erwerbes beizuzählen ist, — so sprechen Interessen gleicher Art dafür, ein solches Verbot auch nach seinem Inhalte und seiner Tragweite nicht in der zivilrechtlich strengsten Weise zu erlassen, also nicht so, dass der entgegen ihm vorgenommene Aktienerwerb nichtig ist. Es würde dies eine grosse Belästigung des Verkehrs bedeuten, namentlich häufig die Interessen der Veräusserer von Aktien schädigen, da sie nicht prüfen können, ob die Gesellschaft die Titel für eigene oder fremde Rechnung erwerbe (vergl. STAUB, aO, Anm. 1). Ferner würde der schwerwiegende Nachteil der Nichtigkeit des Erwerbes vielfach — wie auch hier, s. unten — Geschäfte treffen, bei denen die gesetzgeberischen Gründe für die Aufstellung des Verbotes praktisch keine oder eine nur untergeordnete Rolle spielen. Wo aber die Bedenken des Gesetzgebers gegen die Statthaftigkeit des Aktienerwerbes volles Gewicht besitzen, da vermag doch das Verbot auch als blosser Ordnungsvorschrift den zu wahren Interessen ausreichenden Schutz zu gewähren. Der ihm zuwider vorgenommene Erwerb bleibt eben doch eine rechtswidrige Handlung, die als solche ohne weiteres die Schadenersatzpflicht der handelnden Gesellschaftsorgane begründet, und auch der Veräusserer, der bei der Uebertretung mitgewirkt hat, kann für den Schaden nach den allgemeinen Grundsätzen über die unerlaubte Handlungen haftbar gemacht werden (vergl. STAUB, aO, Anm. 1 a).

Gerade der vorliegende Fall zeigt dass die Behandlung des Verbotes als *lex absoluta* zu unbefriedigenden Ergebnissen führen müsste. Wenn der Kläger, früherer Verwaltungsrat und Direktor der beklagten Gesellschaft, dieser seine Pflichtaktien für 2500 Fr. verkauft hat, (ein Preis, welcher der Quote des liberierten Aktienkapitals entspricht), so ist damit eine Schädigung der Interessen, deren Schutz das gesetzliche Verbot dient, weder beabsichtigt noch tatsächlich in nennens-

wertem Umfange bewirkt worden. Erst im Prozesse ist denn auch die Beklagte auf den Gedanken gekommen, dass die fragliche Bestimmung des mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrages gegen den Art. 628 verstossen könnte. Von einer nachteiligen Schwächung des 250,000 Fr. nom. betragenden Aktienkapitals oder der Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der erworbenen Aktien bei Abstimmungen in der Generalversammlung kann bei der kleinen Zahl dieser Titel kaum die Rede sein. Wohl aber haben die Parteien mit dem Verkaufe der Aktien — freilich auf unrichtigem Wege — ein Ziel erfolgt, das durchaus berechtigten anderweitigen Interessen der Gesellschaft dient: Der Kläger wollte sich zur Entäusserung seines Aktienbesitzes verstehen, damit er künftig nicht einmal mehr als blosser Aktionär einen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben könne, aus deren Dienst er ausschied und zu deren Organen er nicht mehr in dem Verhältnis gegenseitigen Einvernehmens stand, wie es das Gesellschaftsinteresse erfordert hätte. Und ferner wurde durch diese Entäusserung die nötige Zahl der vom Nachfolger des Klägers zu erwerbenden Pflichtaktien verfügbar. Einer Abrede dieser Art die Rechtsgültigkeit zu versagen, entspräche der Billigkeit und den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens nicht, um so weniger, wenn sie, wie hier, Bestandteil eines umfangreichen Vertrages bildet, aus dessen Zusammenhang sie sich nicht loslösen lässt und der daher in seiner Gesamtheit dahinfallen müsste.

3. — Abzuweisen ist endlich auch die weitere Einwendung der Beklagten, sie sei vertraglich nicht verpflichtet worden, weil nur ein einziges Mitglied des Verwaltungsrates für sie den Vertrag unterzeichnet habe. Dem steht das Verhalten der Beklagten nach dem Vertragsabschlusse, namentlich ihre Bezahlung der ersten Salärrate des Klägers von 2000 Fr. entgegen. Aus diesem Verhalten muss auf eine (allfällige) nachträgliche Genehmigung des Vertragsabschlusses im Sinne von Art. 38

O R geschlossen werden. Dass sich die Beklagte späterhin auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt und die Verbindlichkeit des Vertrages bestritten hat, kann hieran nichts ändern.

Nach dem allem hat also der Kläger Anspruch auf Bezahlung des für die Aktien bedungenen und eingeklagten Kaufpreises.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt und die Klage zugesprochen.

45. **Sentenza 2 giugno 1917 della 1ª Sezione civile**
nella causa **Plattner**, attore, contro **Bacilieri**, convenuto.

Pretesa nullità di una clausola contrattuale per mancanza di causa. — Criterii dell'atto liberale. — Contratto di compra-vendita sottoposto a condizione sospensiva o promessa di garanzia sottoposta a termine? Scadenza del termine.

A. — Il D^{re} Luciano Bacilieri, medico-chirurgo in Locarno promosse nel 1910 colla Banca Popolare di Zurigo la fondazione della S. A. Kurhotel Esplanade in Locarno, che costruì poscia l'albergo-sanatorio omonimo. Esso vi investì ingenti capitali (oltre 400,000 fr. parte in azioni e parte in obbligazioni): divenne presidente del consiglio di amministrazione e indi medico curante dell'istituto. L'albergo ebbe nel 1912 un suo primo direttore nella persona di certo Joos-Pohl, il quale, onde essere nominato, dovette acquistare 60 azioni della Società (a 500 fr. cadauna) per 30,000 fr. Pare che la sua amministrazione non abbia avuto l'esito che da essa si ripromettevano i dirigenti dell'impresa, i quali pertanto diedero opera a cercargli un successore e lo rinvennero nell'odierno attore Tomaso Plattner, allora direttore dell'albergo Wald-