

auch für andere Forderungen gewährt als diejenigen aus dem speziellen Transport, der ihr den Besitz der retinierten Objekte verschafft hat, ist nicht bestritten. Ferner ist der Vorinstanz darin beizupflichten, daß ein allfälliger Ausschließungsgrund aus Art. 225 durch die Zahlungseinstellung der Auftraggeberin gemäß Art. 226 wieder beseitigt und ein Beweis dafür, daß die Beklagte im Zeitpunkt der Empfangnahme der Ware das Eigentum der Klägerin in guten Treuen hätte kennen sollen, nicht geleistet ist (aOR 227). Es ist nicht einmal behauptet, daß die Beklagte die Ware nicht in gutem Glauben empfangen habe. Die Empfangnahme erfolgte spätestens in Basel und es hörte der Besitz der Beklagten während des Transportes von Basel nach Morges nicht auf. Die nach Empfangnahme der Ware erfolgte Mitteilung der Auftraggeberin an die Beklagte, daß die Ware Eigentum der Klägerin sei, ist rechtlich unerheblich, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt. Die gegenteilige Auffassung *Sträuli* (Retentionenrecht, S. 45), daß die nachträglich erlangte Kenntnis vom Eigentum des Dritten die Geltendmachung des Retentionsrechts ausschliesse, verstößt gegen den deutlichen Gesetzestext und verkennt, daß Art. 227 aOR nur eine Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des gutgläubigen Erwerbes von dinglichen Rechten an Fahrnis ist, der überall mit dem Besitzerwerb eintritt. Also sind sämtliche Voraussetzungen für das von der Beklagten beanspruchte Retentionsrecht erfüllt; —

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 2. Januar 1912 bestätigt.

29. Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juni 1912
in Sachen **Schärer, Kl. u. Ber.-Kl.**,
gegen **Santitätsgeschäft W. Schärer A.-G., Defl. u. Ber.-Defl.**

Aktionengesellschaft: Kapitalherabsetzung durch Abschreibung des Aktienkapitals und gleichzeitige Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien ist keine Neugründung. Rechtsstellung dessen, der einer Aktiengesellschaft die Befugnis eingeräumt hat, seinen Namen als Bestandteil ihrer Firma zu führen. Kann er dagegen auftreten, dass die Gesellschaft, um den Namen fernerhin als Firmabestandteil zu benutzen, den drohenden Konkurs durch eine Reorganisation abzuwenden sucht? — Art. 873 OR: Er dient der öffentlichen Ordnung und die Handelsregisterführer haben ihn von Amtes wegen anzuwenden. Dagegen kann ein Privater nur auf Grund von Art. 876 Abs. 2 gegen eine Aktiengesellschaft, die den Namen einer bestimmten lebenden Person enthält, klagend auftreten. Gültigkeit eines Vorzihts auf privatrechtliche Unterlassungsansprüche aus der letztern Bestimmung.

A. — Durch Urteil vom 22. Dezember 1911 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt: „Der Kläger wird mit seinen Rechtsbegehren 1, 2, 3 und 4 abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

„1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zur Altenevollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. — 2. Eventuell: In Abänderung des angefochtenen Urteils seien die in der Klage vom 9. August 1911 gestellten Anträge des Klägers zuzusprechen.“

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger Maurice Schärer hat im Jahre 1893 in Bern ein Geschäft für Herstellung und Verkauf chirurgischer Instrumente, orthopädischer Apparate und Messerwaren gegründet.

Im Jahre 1902 nahm der Kläger einen Kommanditär in das Geschäft auf und es wurde nun als Kommanditgesellschaft unter der Firma M. Schärer & Cie. weitergeführt. Im Jahre 1904 wurde diese Gesellschaft in die — am 8. Februar d. J. in das Handelsregister eingetragene — Aktiengesellschaft „Sanitätsgeschäft M. Schärer A.-G.“ mit Sitz in Bern umgewandelt. Die Grundlage dieser Umwandlung bildete ein Vertrag, den die Firma M. Schärer & Cie., vertreten durch den Kläger, am 14. Dezember 1903 mit dem Gründersonfortium der spätern Aktiengesellschaft, vertreten durch die Bank in Langenthal und die Berner Handelsbank, abgeschlossen hatte. In diesem Vertrag wurde bestimmt, daß die neue Gesellschaft, welche unter der Firma „Sanitätsgeschäft M. Schärer A.-G.“ ins Handelsregister einzutragen sei, Aktiven und Passiven von M. Schärer & Cie. — zu näher bezeichneten Bedingungen — übernehme und daß ferner der Kläger für den innern Wert des Geschäfts, die Kundschaft, die Aufwendungen für Reklame und die der Gesellschaft abzutretenden Schutzrechte 150,000 Fr. in 300 voll liberierten Aktien erhalten solle. Der Kläger war dann bis in den September 1907 als Direktor und Mitglied des Verwaltungsrates bei der Aktiengesellschaft tätig. In ihrer ordentlichen Generalversammlung vom 27. Juli 1908 nahm diese eine im Handelsamtsblatt vom 26. August d. J. veröffentlichte Statutenrevision vor. Danach wurde das bisherige Aktienkapital von 650,000 Fr. voll abgeschrieben und durch Genußscheine ersetzt und das neue Aktienkapital auf 1,000,000 Fr., eingeteilt in 2000 Inhaberaktien, bestimmt.

2. — Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr der Kläger die Begehren gestellt: 1. Die Beklagte sei als nicht berechtigt zu erklären, in ihrer Firma den Namen, oder eventuell den (abgekürzten) Vornamen M. des Klägers zu führen. 2. Sie habe die weitere Führung ihrer den Begehren 1 widersprechenden Firma zu unterlassen. 3. Sie habe dem Kläger wegen unbefugtem Gebrauch seines Namens in ihrer Firma eine angemessene, richterlich festzusetzende Entschädigung nebst Zins zu 5% seit dem 23. April 1909 (dem Tage der Klagezustellung) zu bezahlen. 4. Es sei gegen die verantwortlichen Organe der Beklagten die in § 390 OGD vorgeschriebene Androhung (einer Strafe bei Nichtbefolgung) zu erlassen.

3. — Der Kläger hat in erster Linie geltend gemacht: Die angebliche Rekonstruktion der Aktiengesellschaft bedeute rechtlich eine Neugründung und wenn die bisherige Gesellschaft befugt gewesen sei, in ihrer Firma seinen Namen zu führen, so habe er doch dieses Recht keinesfalls auch der neuen Gesellschaft eingeräumt.

In Wirklichkeit ist aber die bestehende Gesellschaft nicht aufgelöst und durch eine neue ersetzt, sondern bloß ihre Verfassung geändert worden. Die Abschreibung des Aktienkapitals und die Schaffung von Genußscheinen an seiner Stelle bedeutet eine Abänderung der bisherigen Bestimmung in § 5 der Statuten über das Grundkapital und zwar, soweit das Kapital abgeschrieben wurde, eine Kapitalherabsetzung. Mit dieser Herabsetzung ist anderseits zugleich eine Kapitalerhöhung verbunden worden durch Ausgabe neuer Aktien, welcher Vorgang in der neuen Fassung des § 5 ebenfalls in gesetzlicher Weise zum Ausdruck gekommen ist. Sowohl der Beschluß auf Herabsetzung als der auf Erhöhung des Grundkapitals und auch die Vollziehung dieser Beschlüsse lassen den Bestand der Gesellschaft selbst unberührt und bewirken nur eine Abänderung ihrer Organisation (vergl. Art. 626 OR). Das Gleiche gilt auch von der Verbindung beider Beschlüsse, wie sie häufig vorkommt und besonders auch der sog. Sanierung der Gesellschaft dient (vergl. Staub, Kommentar zum deutschen HGB, 8. Aufl. § 290 Anm. 13; Brand, Das Deutsche Handelsgesetzbuch, 1911, § 291 Ziff. 3). Eine solche Sanierung ist denn auch offenbar hier bezweckt worden. Für eine Neugründung würde es zudem schon an den gesetzlich notwendigen Vorkehren fehlen, namentlich an der Konstituierung der neuen Gesellschaft und an ihrer Eintragung in das Handelsregister, wodurch sie allein Rechtspersonalität erlangen könnte (Art. 624 OR).

4. — Der Kläger hat im weitern, namentlich vor Bundesgericht, ausgeführt: Der Verwaltungsrat der beklagten Gesellschaft hätte nach Art. 657 OR die allfällige Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft veranlassen sollen; er habe dies aber gestiftlich versäumt und dadurch verhindert, daß der Kläger mit der Konkursöffnung wieder die freie Verfügung über seinen Namen erlangt habe.

Hierüber ist zu bemerken: Mit seinen Klagebegehren macht der

Kläger ausschließlich Ansprüche aus dem Rechte an seinem Namen geltend. Er behauptet, die Beklagte sei nicht befugt, seinen Namen in ihrer Firma zu führen, während die Beklagte diese Befugnis gestützt auf den Vertrag vom 14. Dezember 1903 für sich in Anspruch nimmt. Laut diesem Vertrage hat nun der Kläger dazu eingewilligt, daß die neu zu gründende Aktiengesellschaft unter der Firma „Sanitäts-Gesellschaft M. Schärer A.-G.“ in das Handelsregister eingetragen werde. Durch diese den Gründern gegenüber abgegebene Erklärung hat die Gesellschaft ein Recht darauf erworben, den Namen des Klägers in der genannten Weise firmamäßig zu verwenden, nachdem ihn vorher schon die Kommanditgesellschaft M. Schärer & Cie. für ihre Firmabezeichnung gebraucht hatte. Da der Kläger seiner Einwilligung einen Vorbehalt irgend welcher Natur nicht beigefügt hatte, so muß er sich den erwähnten Gebrauch seines Namens zum mindesten so lange gefallen lassen, als die klagte Gesellschaft besteht und als sie den Namen zu einem dem bisherigen Gesellschaftszweck entsprechenden Betriebe ihres Geschäftes verwendet. Inwiefern der Kläger im übrigen gegen dessen Verwendung auftreten könnte, besonders gegen den Gebrauch durch einen Rechtsnachfolger der Beklagten, darf dahingestellt bleiben. Ist aber die Beklagte zu jener Verwendung des Namens befugt, so kann der Kläger aus der angeblich gesetzwidrigen Unterlassung der Konkursanmeldung keine Ansprüche für sich als Namensberechtigten ableiten. Ansprüche hieraus, vor allem auf Schadenersatz gerichtete, mögen sonstwie Beteiligten erwachsen sein, besonders den allfällig geschädigten Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern. Soweit dagegen die Organe der Beklagten die Abwendung des Konkurses und die Reorganisation der Gesellschaft zu dem Zwecke bewirkt haben sollten, um den Namen des Klägers weiterhin als Firmabestandteil benutzen zu können, haben sie sich nur die weitere Ausübung eines Rechtes gesichert, das sie gegenüber dem Kläger erworben hatten, und damit gegenüber dem Kläger nicht rechtswidrig gehandelt.

5. — Endlich beruft sich der Kläger auf den Art. 873 OR, wonach die Firma einer Aktiengesellschaft keinen Namen einer bestimmten lebenden Person enthalten darf. Er macht geltend, diese Vorschrift sei zwingenden Rechts und könne durch Parteiüberein-

kunft nicht aufgehoben werden. Das trifft in dem Sinne zu, daß die Vorschrift der öffentlichen Ordnung dient und die allgemeinen Interessen des Geschäftsverkehrs schützen soll und daß daher die Handelsregisterbehörden, als die mit dem Schutze dieser Interessen betrauten staatlichen Organe, von Amtes wegen für ihre Beobachtung zu sorgen haben. Hieraus folgt aber nicht, daß der Art. 873 als solcher zugleich den Privatpersonen, sei es schlechthin, sei es soweit ihre besondern Interessen in Frage kommen, die Befugnis einräume, auf dem Wege des Zivilprozesses gegen eine Aktiengesellschaft vorzugehen, deren Firma den Namen einer bestimmten Person enthält. Vielmehr bestehen privatrechtliche Ansprüche hinsichtlich dieser, wie der andern gesetzlichen Vorschriften über die Bildung der Firmenbezeichnungen, nur auf Grund der allgemeinen Bestimmung des Art. 876 Abs. 2, wonach ein Privater, der durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, gegen den Unberechtigten auf Unterlassung der weitem Führung der Firma und auf Schadenersatz klagen kann. Die damit gewährten, durch Klage verfolgbaren zivilrechtlichen Ansprüche sind aber nicht zwingenden Rechts. Es läßt sich nicht einsehen, warum nicht ein Privater für sich, soweit es sich also nur um seine persönlichen Interessen handelt, auf ihre Geltendmachung verzichten könnte, sei es, nachdem sein Anspruch auf Unterlassung gegen den Inhaber der gesetzwidrigen Firma bereits entstanden ist, sei es durch eine zum vornherein abgegebene Erklärung, daß er gegen die Führung der Firma, soweit an ihm liege, nichts einwende. Seiner eigenen Verfügung anheimgegeben wird hiedurch nur die „Beeinträchtigung“, die er persönlich durch den Gebrauch der ungesetzlichen Firma erleidet. Das öffentliche Interesse aber an der Durchführung des in Art. 873 aufgestellten Verbotes, eine solche Firma zu verwenden, bleibt durch die privatrechtliche Verzichtshandlung unberührt; unabhängig von ihr haben es die Registerbehörden von sich aus zu wahren. Demzufolge fällt die vom Kläger aufgeworfene Frage hier außer Betracht, ob sich die Praxis der Registerbehörden gesetzlich rechtfertige, wonach entgegen dem Wortlaut des Art. 876 unter gewissen Voraussetzungen Namen lebender Personen in Firmen von Aktiengesellschaften zugelassen worden sind. Dagegen mag noch beigefügt werden, daß der § 37 des deutschen HGB

und die ihn betreffende Rechtsprechung und Doktrin hinsichtlich der gesetzlich unzulässigen Firmen in ähnlichem Sinne unterscheiden zwischen den durch die Registergerichte zu wahren öffentlichen Interessen und den privatrechtlich geschützten persönlichen Interessen Beteiligter und daß sie ebenfalls einen wirksamen Verzicht dieser Beteiligten auf ihre Einspruchsrechte anerkennen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 29 S. 70 unten ff., 42 S. 150; Staub, Kommentar zum HGB 8. Aufl. § 37 Ann. 19 aE und dort zitierte Stellen; Brand, Kommentar zum HGB, 1911 S. 136 oben).

5. — (Abweisung eines Begehrens um Aktienvervollständigung.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 22. Dezember 1911 in allen Teilen bestätigt.

30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Juni 1912 in Sachen Scheitlin-Geiger, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Buol, Kl. u. Ber.-Bekl.

Zulässigkeit einer Feststellungsklage vom Standpunkte des Bundesrechts aus. — Verpflichtung eines Apportaktionärs zu Gunsten eines Geldaktionärs, bei Unrentabilität des gegründeten Aktienunternehmens mit dem Liquidationsergebnis der Apportaktien zur Deckung der Geldaktien beizutragen. Nähere Bestimmung des Inhaltes dieser Verpflichtung auf Grund der Akten, namentlich unter Beiziehung von abgegebenen anderweitigen Verpflichtungserklärungen dieser Art. Rechtsverhältnis hinsichtlich der vom Apportanten vor der Liquidation veräußerten Apportaktien.

A. — Durch Urteil vom 13. Februar 1912 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

„Es wird festgestellt, daß der Beklagte, sofern spätestens an derjenigen ordentlichen Generalversammlung der A. G. Pharma in Alstetten-Zürich, der das Ergebnis des zweiten Rechnungsjahres der Aktiengesellschaft vorliegt, die Liquidation der Gesell-

„schaft wegen Unrentabilität und Aussichtslosigkeit beschlossen wird, verpflichtet ist, das auf 125 Stück Apportaktien fallende Liquidationsergebnis soweit dem Kläger zukommen zu lassen, bis dieser für die von ihm geleistete Aktienzahlung von 25,250 Fr. völlig gedeckt ist, und daß Beklagter eventuell verpflichtet ist, soweit er von diesen 125 Stück Apportaktien Aktien an dritte Personen veräußert hat, auch bis zum Betrag des auf diese Aktien fallenden Liquidationsanteiles den Kläger bis zur erwähnten Höhe von dessen Aktieneinzahlung schadlos zu halten.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage gänzlich abzuweisen. Eventuell: Eine allfällig dem Berufungskläger zu Gunsten des Berufungsbeklagten aufzuerlegende Verpflichtung solle nicht weiter gehen, als wie sie in dem vom Berufungsbeklagten als Beilage 4 seiner Klage ins Recht gelegten Entwurf und in den vom Berufungskläger noch nachträglich ins Recht gelegten Revers-Exemplaren sowohl bezüglich des Grundes des Liquidationsbeschlusses als bezüglich der Zeit, innert welcher dieser gefaßt werden müsse, vorgesehen sei.

C. — Mit Eingabe vom 8. Juni 1912 hat der Vertreter des Berufungsklägers erklärt, daß er auf einen mündlichen Vortrag vor Bundesgericht verzichte.

D. — Zu der heutigen Verhandlung ist nur der Vertreter des Klägers erschienen. Er hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Am 8. Oktober 1909 gründeten der Kläger Buol und der Beklagte Scheitlin zusammen mit Dr. F. Hefsti, Dr. K. Dietrich und Karl Sticker, sowie mit drei weiteren Gründern in Zürich die am 9. Dezember 1909 in das Handelsregister eingetragene „A. G. Pharma“ zum Zwecke der Fabrikation von chemischen Produkten aller Art und des Erwerbes von chemischen Verfahren. Das Aktienkapital wurde auf 430 Aktien à 1000 Fr. festgesetzt. Davon übernahmen der Beklagte 125 Stück und Dr. Hefsti 100 Stück als vollständig liberierte Apportaktien. Die Apporte bestanden in der Abtretung eines chemischen Verfahrens und