

6° Les conclusions en dommages-intérêts formulées devant les instances cantonales par Balland et C<sup>ie</sup> et par les consorts Dériaz ayant été abandonnées, il n'y a pas lieu de statuer à leur égard.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de Justice civile de Genève, sous date du 18 Mars 1889, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

62. Urtheil vom 25. Mai 1889 in Sachen Rolland gegen Henzi.

A. Durch Urtheil vom 28. Februar 1889 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt :

1. Die von den Parteien gegen den richterlichen Beweisentscheid geltend gemachten Beschwerdepunkte sind in Verbindung mit der Hauptsache zu beurtheilen und es wird daher auf die bezüglichen Anträge in Form einer Vorfrage nicht eingetreten.

2. Der Beklagte F. Henzi-Haag ist mit seiner dilatorischen Einrede abgewiesen.

3. Der Kläger J. Rolland ist mit seinem Klagebegehren abgewiesen.

4. Derselbe hat die 850 Fr. betragenden Kosten an den Beklagten F. Henzi-Haag zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils, der Beklagte zu verurtheilen, dem Kläger die geforderten aber bestrittenen 3000 Fr. nebst gesetzlichem Verzugszins zu bezahlen, unter Kostenfolge.

Der Anwalt des Beklagten dagegen trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. Die von der Vorinstanz abgewiesene dilatorische Einrede des Beklagten ist heute von demselben nicht mehr festgehalten worden und fällt daher gänzlich außer Betracht.

2. In der Hauptsache ist aus den Akten thatächlich folgendes hervorzuheben : Die Firma H. Henzi, Weinhandlung in Genf fragte am 8. Dezember 1883 den Kläger, mit welchem sie schon vorher in einigem Verkehr gestanden hatte, an, ob er geneigt wäre, ihr unter Bürgschaft des Beklagten einen Waarenkredit bis zum Belaufe von 3000 Fr. zu eröffnen. Inhaberin der anfragenden Firma war Frau Françoise-Henriette Henzi ; dieselbe hatte ihrem Ehemann Prokura erteilt und es scheint dieser, der Sohn des Beklagten, thatächlich das Geschäft geleitet zu haben. Durch Brief vom 11. Dezember 1883 erwiderte der Kläger, er nehme die angebotene Garantie gern an und würde sich mit einem einfachen Briefe des Vaters Henzi begnügen : « par laquelle ce dernier s'engagerait vis-a-vis de moi, jusqu'à concurrence de trois mille francs de marchandises à vous fournir au fur et à mesure de vos besoins ; » Kläger werde wie bisher durch Trassirung auf H. Henzi sich für die Fakturabeträge Deckung verschaffen und die Bürgschaft des Vaters Henzi nur für den Fall der Nichtbezahlung der Wechsel in Anspruch nehmen. Der Beklagte erklärte aber nun nicht einfach, eine Bürgschaft für einen der Firma Henzi zu eröffnenden Waarenkredit bis zum Betrage von 3000 Fr. eingehen zu wollen, sondern es wurde ein Akt (datirt Genf 10. Dezember 1883) folgenden Wortlautes aufgesetzt und von H. Henzi sowie von dem Beklagten unterzeichnet : « Entre M. F. Henzi, directeur de la Banque cantonale de Berne, la maison H. Henzi, négociant en vins, rue du Lac, aux Eaux-Vives à Genève, et M. J. Rolland, négociant à Montblanc, a été convenu ce qui suit : M. J. Rolland, négociant à Montblanc, s'engage à envoyer des vins suivant demande à la maison H. Henzi jusqu'à concurrence de trois mille francs en compte-courant. Ces vins seront remis à la maison H. Henzi en consignation seulement et ne lui appartiendront qu'une fois qu'elle les aura entièrement payés. M. F. Henzi, père, se porte caution des vins consignés

à concurrence de la somme de trois mille francs. » In dem Begleitbriebe vom 16. Dezember 1883, mit welchem der Sohn Henzi dem Kläger diesen Akt übermittelte, wird zur Erklärung der Fassung desselben bemerkt: « C'est sur le conseil d'un avocat que nous avons adopté ce style, afin que mon père soit garanti indirectement. Veuillez donc toujours facturer marchandises en consignation, ça n'empêche pas que je vous couvre sur à mesure. » Der Kläger erhob gegen die Fassung der Bürgschaftsverpflichtung keine Einwendung, sondern sandte den Akt mit seiner Unterschrift versehen zur Vornahme der Einregistrierung an H. Henzi zurück. Gestützt auf diesen Akt vom 10. Dezember 1883, belangt nunmehr der Kläger den Beklagten als Bürgen der Firma H. Henzi auf Bezahlung von 3000 Fr. sammt Zins, anführend, die Firma H. Henzi schulde ihm aus dem auf Grund der Garantie des Beklagten eingeleiteten Geschäftsverkehr den Betrag von 3824 Fr. 25 Cts. Der Beklagte bestritt in erster Linie, daß der Geschäftsverkehr, wie er zwischen dem Kläger und der Firma H. Henzi stattgefunden, den Voraussetzungen entspreche, unter welchen allein er eine bürgschaftliche Haftung habe übernehmen wollen. Die enge Fassung des Aktes vom 10. Dezember 1883 sei mit Absicht gewählt worden, um dem Beklagten eine Garantie zu bieten dafür, daß er nicht für Weinlieferungen des Klägers an die Firma H. Henzi schlechthin als Bürge in Anspruch genommen werden könne; deßhalb sei die Bürgschaft auf Konsignationsgeschäfte beschränkt und überdies die Bestimmung aufgenommen worden, daß die Weine erst nach erfolgter vollständiger Bezahlung des Kaufpreises in das Eigenthum des Hauses H. Henzi übergehen sollen. Im Prozesse wurden eine Anzahl genferischer Handelsleute und Anwälte darüber einvernommen, wie nach genferischem Handelsgebrauch speziell im Weinhandel, die sogenannten Konsignationsgeschäfte abgewickelt werden. Die Zeugen sprachen sich im Wesentlichen übereinstimmend dahin aus: Der Konsignant stelle dem Konsignatär, sei es in dessen Magazin oder in dem Magazin eines Dritten, Waaren zum Verkaufe auf eigenen Namen und eigene Rechnung des Konsignatärs gegen einen bestimmten Verkaufspreis zur Verfügung. Die Waaren bleiben bis zu

deren Verkauf durch den Konsignatär Eigenthum des Konsignanten. Mit deren Verkauf durch den Konsignatär gelte letzterer als Eigenthümer und habe nunmehr dem Konsignanten den vereinbarten Kaufpreis in der üblichen oder vereinbarten Weise zu bezahlen. In der Regel werde zwischen Konsignant und Konsignatär nicht bei jedem einzelnen Verkauf sondern monatlich oder vierteljährlich abgerechnet. Die Vorinstanz hat durch ihr Fakt. A erwähntes Erkenntniß die Klage abgewiesen. Sie nimmt im Wesentlichen an es sei nach dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des Bürgschaftsaktes vom 10. Dezember 1883 unzweifelhaft, daß der Beklagte die Bürgschaft nur unter gewissen Beschränkungen rücksichtlich der Art des Geschäftsverkehrs zwischen dem Kläger und der Firma H. Henzi habe übernehmen wollen; der Kläger sei denn auch durch den Brief des Sohnes Henzi vom 16. Dezember 1883 ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, daß Vater Henzi in den Klauseln des Aktes vom 10. Dezember eine Garantie erblicke; er habe aber nichtsdestoweniger die Bürgschaftsurkunde vorbehaltlos angenommen und müsse also deren Inhalt in jeder Richtung gegen sich gelten lassen. Nach dem Wortlaute des Aktes vom 10. Dezember 1883 mache der Beklagte seine Haftung als Bürge von der doppelten Voraussetzung abhängig, daß einmal die Weine der Firma H. Henzi « en consignation seulement » sollen geliefert werden und daß sodann der Eigenthumsübergang an denselben erst nach vollständiger Bezahlung stattfinden solle. Möge nun der Begriff des „Konsignationsgeschäftes,“ welcher schwer zu definiren sei und über dessen Auffassung im genferischen Handelsgebrauche die auf den Antrag des Klägers erhobenen Zeugnisse genferischer Weinhändler und Anwälte keine durchaus befriedigende Auskunft geben, so oder anders definiert werden, so stehe doch jedenfalls fest, daß im Geschäftsverkehr zwischen der Firma H. Henzi und dem Kläger in beiderseitigem Einverständnisse von der Baarzahlung der Fakturabeträge für die der Firma H. Henzi übersandten Weine sei Umgang genommen worden. Der Beklagte habe aber seine Bürgschaft von der Beobachtung der Vorsichtsmaßregel abhängig gemacht, daß die Eigenthumsübertragung an den gelieferten Weinen durch die Baarzahlung der Kaufpreises bedingt sei. Er könnte

sich danach allerdings der bürgschaftlichen Haftung dann nicht entziehen, wenn die Firma H. Henzi die Weine mißbräuchlicherweise, ohne Baarzahlung zu leisten, weiter veräußert hätte; dagegen haßte er nicht, wenn, wie dies thatsächlich geschehen sei, der Kläger darein eingewilligt habe, daß die Firma H. Henzi die Weine ohne vorherige Zahlungsleistung weiter veräußere.

3. Die Entscheidung der Vorinstanz wird vom Kläger als auf unrichtiger Auslegung des Aktes vom 10. Dezember 1883 beruhend angefochten; der Kläger führt aus, dieselbe enthalte eine unrichtige Anwendung der in Art. 16 D.-R. niedergelegten Auslegungsregel. Eine Verletzung des Gesetzes läge nun dann vor, wenn der Vorderrichter zufolge einseitigen Haftens am Worte und Vernachlässigung der übrigen Interpretationsmomente dem Akte vom 10. Dezember 1883 einen Sinn beigelegt hätte, welcher mit der aus den sonstigen Umständen des Falles, insbesondere der Entstehung und dem praktischen Zwecke des Versprechens, klar hervorgehenden Parteiabsicht unvereinbar wäre. Ebenso läge eine Verletzung des Gesetzes vor, wenn die vom Vorderrichter adoptirte Auslegung den Regeln der guten Treue zuwiderließe, d. h. wenn die Vorinstanz der Erklärung vom 10. Dezember 1883 eine Bedeutung beigelegt hätte, welche zwar mit deren striktem Wortsinne vereinbar wäre, welche aber der Beklagte redlicherweise damit nicht verbinden konnte, weil er einsehen mußte, die Gegenpartei, für welche die Erklärung bestimmt war, müsse dieselbe, nach ihrer Stellung zur Sache, in anderm, weitergehendem Sinne auffassen. Allein es kann nun nicht gesagt werden, daß die Entscheidung der Vorinstanz auf einem rechtsgrundfälligen Verstöße in ein oder anderer Richtung beruhe. Unzweifelhaft wollte der Beklagte nicht schlechthin eine Bürgschaft für einen der Firma H. Henzi zu eröffnenden Waarentredit übernehmen, sondern seine Bürgschaft von der Einhaltung gewisser, ihn eventuell sichernder, Vorsichtsmaßregeln in diesem Geschäftsverkehr abhängig machen; dies trat auch nach der Fassung des Scheines und der bei dessen Uebermittlung beigelegten Bemerkung des Sohnes Henzi für die Gegenpartei erkennbar hervor; sofern diese den Schein überhaupt irgendwelcher, auch nur oberflächlichen, Prüfung unterwarf, so mußte sie sich überzeugen,

daß darin nicht eine Bürgschaft für alle, sondern nur für gewisse Arten und Formen des Geschäftsverkehrs übernommen werde. Daß nun die vom Beklagten ausbedungenen Vorsichtsmaßregeln seien beobachtet worden, und die Vorinstanz in rechtsirrhümlicher Weise des Gegentheils angenommen habe, ist nicht ersichtlich und es mag in dieser Richtung den Ausführungen der Vorinstanz noch beigelegt werden: Sofern der Vorbehalt, es sollen die Waaren der Firma H. Henzi nur in „Konsignation“ geliefert werden, so aufgefaßt wird, wie dies demjenigen Sinne entspricht, welcher dem Ausdrucke „Konsignation“ im Verkehr wie in der Rechtswissenschaft regelmäßig beigelegt wird, so ist ganz klar, daß der Verkehr zwischen dem Kläger und der Firma H. Henzi nicht als Konsignationsverkehr kann bezeichnet werden. Denn nach dem regelmäßigen Sprachgebrauch bedeutet Konsignation einfach eine Art der Verkaufskommission und nun ergibt sich aus den Akten mit voller Klarheit, daß die Firma H. Henzi und der Kläger mit einander nicht als Kommissionär und Kommitent verkehrten, da die Firma H. Henzi nicht auf Rechnung des Klägers als ihres Kommitenten handelte, sondern durchaus und prinzipaliter auf eigene Rechnung kaufte und verkaufte. Allein auch wenn derjenige Begriff des Konsignationsgeschäftes zu Grunde gelegt wird, welcher nach genferischem Handelsgebrauche speziell im Weinhandel üblich sein soll (welche Uebung übrigens, nach der Feststellung des Vorderrichters, dem Beklagten nicht erweislichermassen bekannt war), so ist nicht dargethan, daß der Geschäftsverkehr zwischen der Firma H. Henzi und dem Kläger sich in den Formen dieses Geschäftes bewegte. Denn nach der Aussage der im Prozesse einvernommenen genferischen Handelsleute und Juristen ist ein Konsignationsgeschäft auch im Sinne der angeblichen genferischen, übrigens, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, im Prozesse nicht völlig klar dargelegten, Handelsübung jedenfalls kein gewöhnlicher unbedingter Kauf, sondern ein Kauf, bei welchem einmal das Eigenthum des Verkäufers bis zum Weiterverkaufe durch den Käufer vorbehalten bleibt und bei welchem sodann auch der Käufer den Kaufpreis erst mit dem Weiterverkaufe schuldig zu werden scheint, so daß er erst in diesem Momente mit demselben belastet wird. Die

zwischen dem Kläger und der Firma S. Henzi abgeschlossenen Geschäfte entsprechen aber, soviel den Akten zu entnehmen und wie denn auch einzelne Zeugen mit Rücksicht auf die dabei aufgestellten Facturen ausdrücklich erklären, auch dieser Geschäftsfigur nicht, sondern scheinen sich als gewöhnliche feste Käufe zu qualifiziren, bei welchen das Eigenthum sofort übergeht und der Käufer sofort, ohne Rücksicht auf die Weiterveräußerung der Waare, mit dem Kaufpreise belastet wird.

4. Ist somit nicht ersichtlich, daß die vorinstanzliche Entscheidung auf einem Rechtsirrthum beruhe, so muß dieselbe bestätigt werden. Wenn der Kläger noch behauptet hat, eventuell stände ihm (wegen kaptivser Fassung des Aktes vom 10. Dezember 1883) die actio doli zu, so ist dies nach dem Ausgeführten offenbar unbegründet; es mangelt einer solchen Klage das thatsächliche Fundament.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 28. Februar 1889 sein Bewenden.

### 63. Urtheil vom 8. Juni 1889 in Sachen Fierz gegen Lebensversicherungsbank Stuttgart.

A. Durch Urtheil vom 9. Februar 1889 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kostenbestimmung des erstinstanzlichen Urtheils wird bestätigt.
3. Die Staatsgebühr für die zweite Instanz wird auf 150 Fr. angelegt. Die übrigen Kosten betragen:
 

12 Fr.	90 Cts.	Schreibgebühr;
— "	90 "	Citationsgebühr;
2 "	40 "	Stempel;
1 "	— "	Porto.

4. Die zweitinstanzlichen Kosten werden den Klägern auferlegt.
5. Dieselben haben die Beklagte im Ganzen mit 80 Fr. prozessualisch zu entschädigen.

6. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, gleichzeitig aber auch (wegen aktenwidriger Annahmen und Verweigerung des rechtlichen Gehörs) die Nichtigkeitsbeschwerde an das kantonale Kassationsgericht. Die bundesgerichtliche Verhandlung wurde bis nach Entscheidung des kantonalen Kassationsgerichtes ausgesetzt. Durch Entscheidung vom 13. Mai 1889 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet abgewiesen.

C. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter der Kläger die Anträge:

1. Es sei die Beklagte zu verurtheilen, die Affekuranzsummen aus den vier mit Frau Dr. Fierz-Kägeli abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen Police Nr. 70,421 und 70,422 mit je 5000 Fr., Nr. 70,423 und 70,424 mit je 10,000 Fr., zusammen 30,000 Fr. sammt Zins zu 5 % seit dem 23. Juni 1888 an die legitimirten Policeinhaber, speziell für den Fall des Antrittes des Nachlasses der Frau Dr. Fierz, an die Kläger als deren Intestaterben zu bezahlen, — eventuell, sofern das Gericht dies zum Zuspruche der Klage für nothwendig erachten sollte, sei eine Aktenvervollständigung dahin anzuordnen, daß eine neue Beweisaufnahme durch Experte über den Grad der Geistesgestörtheit der Frau Dr. Fierz und deren Steigerung in der Zeit vom 13. bis 15. Mai 1888 stattfinde, wobei entweder Direktor Dr. Forel im Burghölzli als Experte zu bestellen oder aber derselbe als Zeuge einzuvernehmen und als Experte ein anderer Irrenarzt, z. B. Direktor Schaufelbühl in Königsfelden, oder von Speyer in der Waldau zu bestellen sei.

2. Eventuell sei die Schuldpflicht der Beklagten nach richterlichem Ermessen hinsichtlich eines Theiles der Klagesumme festzustellen. Alles unter üblicher Kostenfolge.

Der Anwalt der Beklagten dagegen trägt auf Abweisung sämtlicher Beschwerdeanträge der Gegenpartei und Bestätigung des angefochtenen Urtheiles unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.