

En conséquence :

a) Il est fait défense à Armand Schwob et frère d'employer le nom « Patek » ou « Pateck, » et l'inscription ou marque « Pateck et C<sup>o</sup> Genève » ou « Pateck et C<sup>o</sup>, Geneva, » ainsi que toute autre inscription, désignation ou marque dans laquelle entrerait le nom de « Patek » ou « Pateck. »

b) La maison Armand Schwob et frère est condamnée à payer à la maison « Patek, Philippe et C<sup>o</sup>, » à titre de dommages-intérêts, une somme de quinze mille francs (15 000 fr.) avec intérêt au taux de 5 % l'an dès le 18 Novembre 1890.

c) Armand Schwob et frère sont condamnés aux frais et dépens du procès devant l'instance cantonale.

## V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

27. Urtheil vom 20. Februar 1891 in Sachen  
Clajon & Cie. gegen Mezger & Cie.

A. Durch Urtheil vom 27. Dezember 1890 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen und in die ordentlichen Kosten beider Instanzen nebst einer appellationsgerichtlichen Urtheilsgebühr von 50 Fr. verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung trägt ihr Anwalt darauf an, es sei das Urtheil des Appellationsgerichtes aufzuheben und die Beklagte gemäß dem Urtheile der ersten Instanz zu verurtheilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen stellt der Anwalt der Beklagten den Antrag, es sei das appellationsgerichtliche Urtheil zu bestätigen, eventuell sei gemäß dem eventuellen Antrage der Klagebeantwortung zu erkennen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die klägerische Firma hatte der Beklagten respektive deren Rechtsvorgänger eine auf den Preisunterschied zwischen den Märkten

in Newyork und Liverpool basirende Spekulation in Baumwolle vorgeschlagen. Am 13. April 1889 bestätigten hierauf die Rechtsvorgänger der Beklagten der klägerischen Firma, von derselben 300 Ballen Augustlieferung „gemäß allen im Newyork Terminmarkt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen“ zu vereinbarten Preise gekauft und derselben 300 Ballen Juli/August Lieferung gemäß allen im Liverpool Terminmarkt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen zu vereinbarten Preise verkauft zu haben. Bedungen war, daß die Klägerin auf der ganzen Transaktion  $1\frac{1}{4}\%$  zu berechnen habe, welcher Satz Courtage und Garantie des ganzen Kontrakts einschließe. Kabel- und Telegrammspesen gehören zu Lasten der Beklagten, welche sich verpflichtete, für den Fall als die Transaktion einen Verlust zeigen sollte, auf Aufforderung der Klägerin die Vorschüsse für Werthunterschied sofort zu erlegen. Im Weiteren erklärt die Beklagte: „Da Sie das Risiko des Käufers und/oder Verkäufers in Newyork und Liverpool übernehmen und kein anderer Name auf dem Kontrakt erscheint, treten Sie als Selbstkontrahent ein.“ Unterm 20. April 1890 folgte eine gleichlautende Erklärung über weitere 200 Ballen gekauft als Augustlieferung in Newyork und verkauft auf Juli/August-Lieferung in Liverpool, unter Zusicherung einer Provision von  $1\frac{1}{4}\%$ . Die Spekulation schlug zum Nachtheile der Beklagten aus. Als nun die Klägerin dieselbe aus diesem Geschäfte auf Zahlung von 333 £ 64 englischer Währung (oder nach späterer Berechnung von 290 £ 14. 8), respektive des entsprechenden Betrages in Schweizer Währung zum Tageskurse bei der Bezahlung, belangte, erhob die Beklagte in erster Linie, unter Berufung auf Art. 512 D.-R., die Einrede des Spiels. Während die erste Instanz, das Civilgericht des Kantons Baselstadt, diese Einrede verwarf und die Klage im Wesentlichen guthieß, erklärte das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt durch sein Fakt. A erwähntes Urtheil dieselbe für begründet und wies demnach die Klage ab.

2. Der Anwalt der Klägerin hat heute zunächst behauptet, die Einrede des Spiels sei schon deshalb unzulässig, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß sich als Mandat qualifizierte, Art. 512 D.-R. aber nur das Spielgeschäft selbst, nicht dagegen einen auf Vornahme eines solchen Geschäftes gerichteten

Auftrag für klaglos erkläre; jedenfalls gelte dies für denjenigen Theil der klägerischen Forderung, welcher sich auf die aus der Ausführung des Auftrages erwachsenen Auslagen für Kabeldepeschen zc. und die versprochene Provision beziehe. Denn insofern jedenfalls sei das Rechtsverhältniß als Mandat zu bezeichnen. Diese Behauptung ermangelt schon deshalb der Begründung, weil die Klägerin nach den Bestimmungen des Vertrages von allem Anfang an der Beklagten als Selbstkontrahent gegenüberstand, woran der Umstand, daß sie Anspruch auf Ersatz von Auslagen und auf Provision hatte, nichts ändert, da dadurch der rechtliche Charakter des Vertragsverhältnisses nicht berührt wird. Uebrigens unterliegt keinem Zweifel, daß auch dem Kommissionär, welcher Börsenaufträge ausführt, jedenfalls dann, wenn er den Namen seines Käufers oder Verkäufers nicht nennt und daher nach Art. 446 D.-R. als Selbstkontrahent gilt, die Einrede des Spiels entgegengestellt werden kann; andernfalls wäre ja die Vorschrift des Art. 512 D.-R. praktisch nahezu bedeutungslos (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Rügger gegen Knörr Amtliche Sammlung XII, S. 461 Erw. 3).

3. Im Weitern hat sich der Anwalt der Klägerin darauf berufen, die streitigen Geschäfte seien nach den am Newyorker- und Liverpoolerterminmarkt geltenden Usancen abgeschlossen worden und können schon deshalb nicht als Spiel- oder Wettgeschäfte im Sinne des Art. 512 D.-R. angesehen werden. Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wie sie in Schneider und Ficks Kommentar dargestellt sei. Während der Ständerath der, dem Art. 512 Abs. 2 des Gesetzes entsprechenden, bundesrätlichen Vorlage zugestimmt habe, sei dagegen vom Nationalrath in der ersten Berathung eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen worden, daß in den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungs geschäften über Waaren und Börsenpapiere die Einrede des Spiels nicht erhoben werden könne. Bei dieser Meinungsverschiedenheit der Räte sei der Artikel an den Bundesrath zurückgewiesen worden. Dieser habe berichtet: Aus Opportunitätsrücksichten werde an der ursprünglichen Fassung des Entwurfes festgehalten, in der Meinung, daß das, was der nationalrätliche Beschluß anstrebe, in der Praxis der Gerichte

sich von selbst Bahn brechen werde. Allein hieraus kann nicht geschlossen werden, daß die Einrede des Spiels bei Geschäften, die in der handelsgebräuchlichen Form des Lieferungs geschäftes abgeschlossen wurden, stets unzulässig sei. Dem steht der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, welches Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, schlechthin für klaglos erklärt, ohne alle Rücksicht darauf, ob sie in die handelsgebräuchlichen Formen eines Lieferungs geschäftes eingekleidet wurden oder nicht, wie ja denn auch bei einer andern Auslegung der gesetzlichen Vorschrift irgendwelche erhebliche praktische Bedeutung nicht zuträme. Der Meinungsäußerung des Bundesrathes, welche im Gesetzestexte keinen Ausdruck gefunden hat, kann die Bedeutung einer verbindlichen Feststellung des Sinnes des Gesetzes nicht beigegeben werden; sie will übrigens wohl kaum etwas anderes besagen, als daß die Gerichte gegenüber den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungs geschäften die Einrede des Spiels ohne zwingende Gründe nicht gutheißen, solche Geschäfte vielmehr nur dann für klaglos erklären werden, wenn klar vorliegt, daß es sich trotz der gewählten Form des Lieferungs geschäftes in Wahrheit um ein bloßes Spiel- oder Wettgeschäft handle. Das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäftes ist nicht in der äußern Einkleidung des Geschäfts sondern gemäß der konstanten Praxis des Bundesgerichtes darin zu finden, ob nach übereinstimmender ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere abgeschlossen ist, so daß bloß die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet, oder ob dies nicht der Fall ist.

4. Von dieser richtigen rechtlichen Auffassung des Begriffs des reinen Differenzgeschäftes ist denn auch im vorliegenden Falle der Appellationsrichter ausgegangen. Er stellt auf Grund der gewechselten Korrespondenz und der Bestimmungen des Vertrages selbst fest, daß die Parteien übereinstimmend Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung der Waare haben ausschließen wollen und also bloß die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages gebildet habe. Gegenüber der Behauptung der Klägerin,

daß nach den im Vertrage in Bezug genommenen Newyorker- und Liverpoolerufancen den Parteien das Recht zustehe, wirkliche Lieferung und Abnahme zu verlangen, stellt er darauf ab, daß entscheidend nicht sein könne, was bei derartigen Geschäften nach den fraglichen Usancen die Regel bilde, sondern was die Parteien im vorliegenden Falle bei Abschluß des Geschäftes gewollt haben und daß nun eben hier der Wille der Parteien von vornherein auf Ausschluß wirklicher Lieferung gegangen sei. Diese auf einer Würdigung der Gesamtheit der Umstände beruhende Feststellung des Parteiwillens beim Vertragsschlusse ist thatfächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich. Ein Rechtsirrtum liegt derselben nicht zu Grunde; insbesondere ist es gewiß vollständig richtig, daß auf den Inhalt der Newyorker- und Liverpoolerufancen insoweit nichts ankommen kann, als aus den Umständen des Einzelfalles erhellt, daß die Parteien etwas von der Regel abweichendes haben vereinbaren wollen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 27. Dezember 1890 sein Bewenden.

## 28. Urtheil vom 7. März 1891 in Sachen Platt gegen Portlandcementfabrik Rogloch.

A. Durch Urtheil vom 8. Januar 1891 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden nid dem Wald erkannt:

1. Das Klagebegehren des E. Platt auf Gewinnantheil am Verkaufe der Portlandcementfabrik Rogloch sei abgewiesen;

2. Beklagte respektive Huber hat an E. Platt sein einbezahletes Kapital nebst Zinsen und Verzugszins vom 18. April 1890 an und Gewinnantheil am Fabrikationsgeschäfte, letztern bis zur Zeit des Ablaufes der Kündigungsfrist, nach Maßgabe der in der

Motivirung niedergelegten Grundsätze festzusetzenden Ausrechnung zu bezahlen respektive das Depositum auszufolgen zu lassen;

3. Dispositiv 2 (b) und 3 (c) des appellirten vorderrichterlichen Urtheils seien bestätigt;

4. Die Gerichtsgebühr vor Obergericht beträgt 119 Fr. 40 Cts., woran Ingenieur E. Platt 90 Fr. und Huber und Guggenbühl 29 Fr. 40 Cts. beizutragen haben.

5. An die außergerichtlichen Kosten vor Obergericht hat Appellant den Beklagten 30 Fr. zu begüten.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er den Antrag anmeldete: Es sei der Klageschluß zum Urtheile zu erheben und ihm daher im Ganzen, die von der kantonalen Instanz zugesprochene Summe eingerechnet, 28,673 Fr. 35 Cts. baar und 42,844 Fr. 07 Cts. in Aktien der neuen Portlandcementfabrik Rogloch, erstere mit Zins seit 15. November 1889, letztere mit seitherigen Coupons zuzusprechen, unter Kostenfolge für die Beklagten. Nachforderung für Betriebsgewinn pro 1889 bis 15. November vorbehalten.

Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt des Klägers diesen Antrag aufrecht, immerhin mit dem Beifügen, daß rücksichtlich des Quantitatifs der Forderung detaillirte Abrechnung vorzuhalten wäre. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Heinrich Huber in München und Hermann Guggenbühl in Glarus betrieben seit 1882 als Kollektivgesellschaftler unter der Firma „Portlandcementfabrik Rogloch“ an letztem Orte eine Cementfabrik. Die Gesellschaftsantheile beliefen sich am 1. Juni 1888 nach der Angabe der Klage, für H. Huber auf 163,630 Fr., für H. Guggenbühl auf 91,107 Fr. 50 Cts.; Gewinn und Verlust (nach 4%iger Verzinsung der Einlagen) wurden unter den Gesellschaftern gleichmäßig vertheilt. Der Kläger E. Platt war bei dieser Firma als Ingenieur angestellt. Am 18. April 1888 fragte er den Gesellschafter H. Guggenbühl an, ob er sich nicht mit einer Kapitaleinlage am Geschäfte betheiligen könnte; sein Vater sei bereit, ihm zu diesem Zwecke 20,000 bis