

Verjährung erscheint somit aus allen Gesichtspunkten als unbegründet.

3. Als zweite Einrede stellt der Beklagte der Klägerin die entgegen, es sei unrichtig, daß er seit Beendigung des Konkurses zu neuem Vermögen gekommen sei; die durch Art. 265 B.-Ges. betr. Schuldbetr. u. Konk. statuierte Voraussetzung einer neuen Vertreibung treffe also nicht zu. Allein zur Beurteilung dieser Frage ist das Bundesgericht, wie es i. S. Schroeder gegen Demôle, Urteil vom 27. Juni 1896 (N. Slg., Bd. XXII, S. 448) ausgeführt hat, nicht kompetent, da dies eine Frage rein exekutorischer Natur, nicht eine solche der Rechtsbeständigkeit eines Zivilanspruches, ist, und diese Frage niemals den Gegenstand eines Haupturteils im Sinne des Art. 58, Abs. 1 Org.-Ges., bilden kann. Es hat daher in diesem Punkte ohne weiteres bei dem kantonalen Urteile sein Bewenden.

4. Der Beklagte stellt endlich vor Bundesgericht noch den eventuellen Antrag, es sei die Klägerin mit dem für Verzugszinsen geforderten Posten von 193 Fr. 35 Cts. wegen Verjährung abzuweisen, da hierfür eine fünfjährige Verjährungsfrist gelte und diese schlimmsten Falls mit dem 29. Dezember 1888 abgelaufen sei. Diese Einrede ist jedoch vor den kantonalen Instanzen nicht vorgebracht worden und darf daher gemäß Art. 80 Org.-Ges. hierorts nicht gehört werden. Übrigens ist sie auch materiell unbegründet. Die Verzugszinsen, die bis zum Tage des Konkursabschlusses gefordert werden, sind als accessorige Forderung mit der Hauptforderung unverjährbar geworden, da alle rechtlichen Bestimmtheiten der Hauptverbindlichkeit ohne weiteres auch die Zinsverbindlichkeit ergreifen (Windscheid, Pand. II, § 259, Anm. 11).

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Obergerichts des Kantons Basellandschaft in allen Teilen bestätigt.

#### 40. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Bernhard gegen Moser.

A. Mit Urteil vom 23. Oktober 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 2000 Mark nebst Zins à 5 % seit 15. August 1895 effektiv oder zu dem zur Zeit der Zahlung geltenden Tageskurs in Franken zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht. Er beantragte, die Klage sei abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der in Zürich domizilierte Beklagte Moïse Bernhard besitzt daselbst ein Geschäft, das er als Bank bezeichnet, und von dem er u. a. eine Zweigniederlassung in Frankfurt a. M. hat. Im Jahre 1895 betrieb er unter dem Namen „Internationale Serienlos-Gesellschaften“ folgendes neue Unternehmen: Er lud zur Beteiligung an Losen gemäß einem Verlosungsplane ein. Nach diesem Plane sollten jährlich 12 Ziehungen stattfinden, je am 1. jeden Monats; die Ziehungen betrafen Prämienserienlose deutscher und österreichischer Eisenbahn- und Staatsanleihen. Die Lose waren in 100 Anteile geteilt. Die Teilnehmer konnten sich für das ganze Jahr beteiligen, gegen einen Jahresbeitrag von 120 Mark, oder für eine, „je eine abgeschlossene Kontopost bildende“, Ziehung pro Monat, gegen Erlegung von 10 Mark, sowie für verschiedene Monate; auf Wunsch wurden auch Halbmonats- und Viertelmonatsanteile ausgegeben. Die Zahlung des Beitrages berechnete sich jeweils zur Teilnahme an der nächstfolgenden Ziehung. In Prospekten und Zeitungsinseraten machte der Beklagte für sein neues Unternehmen Reklame. Die sich Anmeldenden erhielten einen Anteilsschein, der den Prospekt, sowie den Verlosungsplan enthielt; auf letzterem waren die für jeden Monat in das Unternehmen eingeschlossenen Ziehungen und die bezüglichen Treffer angegeben. Dem Verlosungsplane waren „Bestimmungen“, « conditions »,

beigedruckt, aus denen folgendes hervorzuheben ist: „Große Gewinne werden ohne weiteres, die kleinsten Treffer (Amortisationsbeiträge) . . . nur auf besondern Wunsch sofort nach Fälligkeit ausbezahlt, der Schlussaldo dagegen nach Ablauf der letzten mitgemachten Ziehung gegen Rückgabe der Belege und Berechnung der sämtlichen fälligen Netto-Ergebnisse . . .“ „Da das Eigentumsrecht an den zugeteilten Losen in hundert Teile geteilt ist“ (« la co-propriété dans les 12 obligations à primes énumérées est divisée en cent parts »), kann jeder Beteiligte auf Grundlage einer ganzjährigen Beteiligung bis ca. 20 000 Mark gewinnen, aber sogar im ungünstigsten Falle erhält er wieder ca. 40 % des Einjahres“. — Die Zustellung der bankseitig freigeählten angekauften Original-Nummern oder Ersatz nach bankseitiger Verfügung rechtzeitig zu jeder Ziehung, wie die gesamte Weiterbedienung geschieht nur direkt durch die Geschäftsstelle der Firma, wo man bestellt hat.“ — Jeder Teilnehmer erhielt ferner einen „Nummern-Schein“, wodurch ihm bescheinigt wurde, er habe an der betreffenden Prämien-Ziehung Anteil an einem (nach Serie und Nummer bezeichneten) Lose.

Mit Brief vom 9. Februar 1895 aus Bergzell, Großherzogtum Baden, ersuchte die Klägerin die Frankfurter Filiale des Beklagten um Zustellung eines Loses zu 10 Mark, und erhielt darauf gegen Nachnahme den Anteilschein Contr.-Nr. 4816 G, sowie einen Nummernschein zur Ziehung vom 1. Juni 1895. Diese Ziehung betraf die badischen 100 Thaler-Lose, und es wurde ihr ein Anteil an Serie 1853 Nr. 92,603 zugesichert. Es handelt sich um die vom Großherzogtum Baden im Jahre 1867 mittierte Eisenbahn-Prämienanleihe von 36,000,000 Mark, in Stücken von 100 Thalern oder 300 Mark, eingeteilt in 2400 Serien à 50 Stücke, sie ist à 4 % verzinslich, laut Verlosungsplan in jährlichen Ziehungen spätestens bis 1917 gänzlich zu tilgen, in der Weise, daß die Rente stets den Nominalbetrag (100 %) erreicht, im weitem aber beträchtliche, durch Verlosung zu verteilende Gewinne versprochen sind (Saling, Börsenpapiere, II. Teil, S. 89).

Bei der Ziehung vom 1. Juni 1895 fiel auf die in Frage stehende Nr. 92,603 der Hauptgewinn von 300,000 Mark. Der Beklagte kassierte diese Summe ein.

Mit Urteil der III. Strafkammer des Landesgerichtes Frankfurt a. M. vom 31. Mai 1895 war jedoch der Beklagte „wegen Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Erlaubnis“ zu einer Geldstrafe von 1000 Mark, im Unvermögensfalle zu 100 Tagen Gefängnis, verurteilt worden, und zwar gerade wegen des Betriebes der „Internationalen Serienlos-Gesellschaften“. Daruffhin erließ er ein Cirkular an seine „Komittenten“, worin er erklärte, nach diesem Urteile sei das ganze Geschäft als ein ungesetzliches zu betrachten und jeder Anspruch daraus nichtig. Er habe indeß beim Reichsgericht zur Wahrung seines und seiner Komittenten Interesse die Revision angemeldet, und werde, im Falle der Freisprechung, den ganzen Trefferbetrag, „unter Abzug der annähernd entstandenen Kosten“, ausbezahlen, im Falle der Bestätigung des Urteils sei er bereit, wenigstens einen größern Betrag der Treffersumme auszubezahlen. Er machte sich ferner anheischig, den ganzen Trefferbetrag bis zum Erscheinen des Urteils des Reichsgerichtes zu hinterlegen.

Die Klägerin erlangte auf dieses Cirkular vom Beklagten im September 1895 den Betrag von 1000 Mark; die restierenden 2000 Mark hat der Beklagte im Oktober 1895 bei der Bank- und Handelsgesellschaft in Zürich deponiert.

Das Reichsgericht wies mit Urteil vom 4. November 1895 die gegen das landgerichtliche Urteil ergriffene Revision ab.

Da der Beklagte die Auszahlung der deponierten 2000 Mark verweigerte, belangte ihn die Klägerin im Prozeßweg vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich, indem sie im wesentlichen ausführte, die Klage sei begründet aus dem Gesichtspunkte des Miteigentums, welches die Klägerin gemäß den Vertragsbestimmungen am Treffer erworben und wobei der Beklagte lediglich für sie den Besitz ausgeübt habe; weiterhin als Klage aus Mandat, indem der Beklagte sich durch den Vertrag zur Auszahlung des Gewinnanteils verpflichtet habe, endlich, sofern der Beklagte einzelne Losanteile für sich zurückbehalten habe, als Klage aus Gesellschaft.

Der Beklagte begründete seinen Antrag, der auf Abweisung der Klage ging, folgendermaßen: Bei dem ganzen Geschäft handle es sich um eine unerlaubte Lotterie, somit um ein verbotenes Rechtsgeschäft, aus dem kein Civilanspruch entstehe. Davon, daß

die Parteien an Miteigentum gedacht, sei keine Rede; vielmehr sei nur die Hoffnung auf Gewinn das Motiv des Vertragsabschlusses gewesen. Von Mandat oder Societät könne wegen der Spielnatur des Geschäftes keine Rede sein. Die Klage sei auch speziell gestützt auf Art. 515 und 516 D.-R. abzuweisen. Es handle sich um ein in der Schweiz unerlaubtes Promessengeschäft.

Die Klägerin führte replikando aus, die Veranstaltung der „Serienlos-Gesellschaften“ durch den Beklagten enthalte keine Lotterie; für die Frage, ob das Geschäft erlaubt sei, sei schweizerisches Recht anwendbar, danach sei die Klage aber zu schützen, da weder Art. 515 noch Art. 516 D.-R. auf den Fall zutreffen. Ein Promessengeschäft liege nicht vor.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist bei seinem eingangs mitgeteilten Urteile von folgenden Erwägungen ausgegangen: Auf den Vertrag an sich sei das Recht von Frankfurt a. M. anwendbar, als des Erfüllungsortes. Soweit es sich jedoch darum handle, daß dem eingeklagten Ansprüche nach schweizerischem Rechte aus öffentlich rechtlichen Gründen kein Recht gehalten werden dürfe, sei das schweizerische Recht maßgebend; nach diesem sei zu untersuchen, ob das fragliche Geschäft hier verboten sei. Von Anwendung des Art. 516 D.-R. nun könne keine Rede sein, da dieser nur auf die Fälle Bezug habe, wo der Vertrieb der in Frage stehenden Lose in der Schweiz stattgefunden habe. In Betracht komme also nur Art. 515 eod. Das fragliche Unternehmen sei nun allerdings als Lotterieunternehmen zu betrachten. Verboten sei das Geschäft nach dem Anwendung findenden zürcherischen Recht nicht, dagegen könnte es sich fragen, ob die Behörde desjenigen Staates, wo das Unternehmen seinen Sitz habe, die Bewilligung erteilt habe. Nun erscheine aber die Stellung des Beklagten bei dem fraglichen Lotteriegeschäfte gar nicht als diejenige des Lotterieunternehmers, sondern als diejenige des Lotterieagenten oder Kollektors, und auf diesen finde Art. 515 D.-R. gar nicht Anwendung. Sei sonach noch zu untersuchen, ob der eingeklagte Anspruch nach dem maßgebenden Rechte von Frankfurt a. M. entstanden sei, so müsse diese Frage bejaht werden, indem ein Verbot derartiger Geschäfte weder durch ein spezielles Gesetz noch durch allgemeine Rechtsgrundsätze aufgestellt sei, und

der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag am ehesten als Mandat, und zwar als Einkaufskommission, aufzufassen sei, wobei bei der Klägerin auch für den Fall, daß die Zusicherung von Miteigentum an den Losen nicht dem wahren Parteivillen sollte entsprochen haben, gemäß Art. 360, Schlußsatz, D. H.-G.-B. der Anspruch auf Rückerstattung desjenigen zustehe, was der Beklagte als Kommissionär aus dem Geschäft empfangen habe, d. h. des vom ihm einkassierten Gewinnes; diese Verpflichtung sei überdies durch die Vertragsbedingungen ausdrücklich bestätigt.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nur insoweit kompetent, als dieselbe auf unrichtige Anwendung des eidgenössischen Rechtes gestützt wird (Art. 56 Org.-Ges.). Auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag, zur Entscheidung der Frage, welche rechtliche Natur diesem Vertrage zukomme, hat die Vorinstanz das in Frankfurt a. M. geltende, also ausländisches, Recht angewandt, und es fragt sich in dieser Hinsicht nur, ob dies dem Sinne und Geiste des Obligationenrechts, bzw. richtigen Grundsätzen des internationalen Privatrechts entspreche, eine Prüfung, welche dem Bundesgericht selbständig zusteht. Diese Frage ist zu bejahen. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts, die in Übereinstimmung mit den obersten Gerichtshöfen anderer Länder und im Einklange mit der in der Doktrin überwiegend vertretenen Auffassung steht, ist die Frage der rechtlichen Natur und der Wirksamkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse entweder wirklich als maßgebend betrachteten, oder dessen Anwendung sie nach den Umständen erwarten konnten und mußten (Bundesger. Entsch., Bd. XI, 364 G. 7; XVI, 795 G. 3; XVII, 645 G. 3; XX, 76 G. 3; XXI, 98 G. 3). In concreto nun hatte die Klägerin auch schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz im Großherzogtum Baden; sie bestellte das Los bei der in Frankfurt a. M. befindlichen Filiale des Beklagten; dort leistete sie auch ihre Einzahlung; gemäß den dem Anteilsscheine beigedruckten „Bestimmungen“ hatte diese Filiale die gesamte Weiterbedienung zu besorgen, und unter „Bedienung“ ist, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, in der Börsensprache namentlich auch die Leistung der aus einem Werttitel geschuldeten

Zahlungen zu verstehen. Danach war Frankfurt a. M. sowohl der Ort des Geschäftsabschlusses, als auch namentlich der Erfüllungsort für den Beklagten; die Parteien haben sich also dem dort geltenden Rechte unterworfen, und die Vorinstanz hat den Vertrag mit Recht nach den dortigen Gesetzen beurteilt. Das Bundesgericht ist somit an sich nicht kompetent, die Frage der rechtlichen Natur und der Rechtswirkungen des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages zu überprüfen.

3. Nun behauptet aber der Beklagte (der auf den Vertrag an sich ebenfalls ausländisches Recht angewendet wissen will), es stehe der Rechtswirksamkeit des Vertrages in der Schweiz ein zwingender Satz eidgenössischen Rechtes entgegen, nämlich Art. 515 D.-R. (auf Art. 516 D.-R., den der Beklagte vor der kantonalen Instanz noch angerufen hatte, stützt er sich heute nicht mehr). Soweit dieser Rechtsatz in Frage steht, ist das Bundesgericht zur Beurteilung der Berufung zuständig; es ist demnach zu untersuchen, ob dieser Rechtsatz auf den vorliegenden Fall Anwendung findet.

4. Zunächst ist richtig, daß eine gesetzliche Vorschrift, welche bestimmt, aus gewissen Geschäften entstehe keine Forderung, zwingenden Rechts ist und eine Schranke für die Anwendbarkeit des an und für sich anzuwendenden ausländischen Rechtes bildet; denn eine solche Vorschrift beruht auf Gründen der öffentlichen Ordnung (vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. I, § 33, Anm. 6, S. 206; Gierke, Handbuch des deutschen Privatrechts I, § 25, Anm. 18, S. 214; v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. II, S. 6 f., 36 ff., spez. S. 35, Anm. 7 a, und Lehrbuch des internationalen Privatrechts, § 6, S. 247; Regelsberger, Pand. I, § 40, Anm. 7, S. 166).

5. Fragt es sich sonach, ob der vom Beklagten angerufene Art. 515 D.-R. auf den vorliegenden Fall zutrifft, so ist zu sagen: Nach diesem Artikel ist der Lotterievertrag in der Schweiz nur unter der Voraussetzung klagbar, daß die Lotterieunternehmung von der zuständigen Behörde bewilligt worden ist. Nun ist, wie in Erwägung 2 ausgeführt, die Frage der rechtlichen Natur und der von den Parteien gewollten Wirkungen des Geschäftes, also

insbesondere auch die Frage des Eigentumsüberganges an dem Lose, nach dem in Frankfurt a. M. geltenden Rechte zu beurteilen; die diesfällige Auslegung der Vorinstanz ist daher für das Bundesgericht bindend. Die Vorinstanz aber stellt fest, daß die Willensmeinung der Kontrahenten auf Erteilung eines Mandates, und zwar speziell einer Einkaufskommission im Sinne des Art. 360 D. H.-G.-B. gegangen sei, und folgert hieraus im weitern, nach den ausdrücklichen Vertragsbestimmungen, wodurch der Klägerin das Miteigentum an dem zu erwerbenden Lose zu der auf sie entfallenden Quote zugesichert worden sei, sei anzunehmen, der Beklagte als Kommissionär habe das Kommissionsgut sofort und ohne Übergabe für den Kommittenten besessen, es sei in diesem Sinne ein *constitutum possessorium* für die Klägerin begründet worden. Eventuell stellt sich das Handelsgericht auf den Standpunkt, nach Art. 360 (sollte heißen 361) D. H.-G.-B. habe die Klägerin, als Kommittentin, einen Anspruch auf Rückerstattung desjenigen, was der Beklagte als Kommissionär aus dem Geschäft empfangen habe, d. h. des von ihm einflussierten Gewinnes, und diese Verpflichtung sei überdies durch die Vertragsbedingungen ausdrücklich bestätigt.

Die vom Bundesgericht selbständig zu entscheidende Frage ist somit die: erfüllt dieses von den Parteien gewollte Geschäft den Begriff des Lotterie-Geschäftes im Sinne des Art. 515 D.-R.? Hierüber ist zu bemerken: Das D.-R. selber enthält keine Definition des Begriffes „Lotterievertrag“ oder „Lotteriegeschäft“; maßgebend ist daher die Begriffsbestimmung der Rechtswissenschaft. Danach aber ist Lotterievertrag derjenige zweiseitige Vertrag, bei dem sich der eine Kontrahent, der Lotterieunternehmer, unter bestimmten Bedingungen zur Zahlung eines Gewinnes an den andern Kontrahenten, den Lotteriespieler oder Teilnehmer, dieser dagegen unbedingt zur Zahlung einer fixen Geldsumme, des Einsatzes verpflichtet (vgl. Holkendorff, Rechtslexikon, i. v. „Lotterie“; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. III, § 175; Cohn, in Endemann's Handb. d. Handelsrechts, 1. Aufl., Bd. III, S. 138). Von diesen Begriffsmerkmalen des Lotterievertrages nun trifft auf das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft keines zu. Die Parteien wollten vielmehr, wie die Vor-

instanz verbindlich ausgeführt, ein ganz anderes Geschäft. Von einer Anwendbarkeit des Art. 515 O.-R. kann daher keine Rede sein.

6. Fraglich könnte endlich in letzter Linie noch sein, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag gemäß Art. 17, O.-R. ungültig sei; denn auch dieser Artikel ist, gleichwie Art. 515 eod., zwingenden Rechts. Allein, wie das Bundesgericht in einem analogen Falle, wo es sich um einen Gesellschaftsvertrag behufs gemeinsamen Erwerbes von Losen handelte, ausgeführt hat (i. S. Hasler, Entsch. d. B.-G. X, S. 563 ff.) kann hiervon keine Rede sein. Im vorliegenden Falle folgt zunächst aus den rechtlichen Feststellungen der Vorinstanz, an welche das Bundesgericht gebunden ist, daß das Geschäft nach deutschem Rechte nicht verboten ist, indem weder das deutsche Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, welches in gewissem Sinne für den Handel mit derartigen Prämienlosen ein Verbot unter Strafandrohung statuiert, hier Anwendung findet, noch der Beklagte nachgewiesen hat, daß die preussische Gesetzgebung ein derartiges Verbot enthält. Ebenföwenig kann von einer unächtlichen Leistung gesprochen werden, da der Erwerb von Lotterielosen an und für sich keine Unächtlichkeit involviert (vgl. Entsch. d. B.-G. a. a. O. X, 567). Daß endlich die im Vertrage stipulierte Leistung des Beklagten natürlich und juristisch möglich ist, leuchtet ohne weiteres ein. Der Fall liegt ganz analog dem in Ulmer's Komm. zum zürch. privatrechtl. Ges.-Buch Nr. 2306 angeführten; hier wie dort ist der Mandatar, der in Ausführung des Mandates den Gewinn einfassiert hat, zur Auszahlung desselben verpflichtet; die Weigerung der Auszahlung ist vertragswidrig und verstößt wider Treu und Glauben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. Oktober 1896 in allen Teilen bestätigt.

41. Arrêt du 6 mars 1897 dans la cause  
*Olivet contre Bousser.*

La Société en commandite Gustave Olivet et C<sup>ie</sup>, inscrite au registre du commerce le 13 avril 1891, exploitait, à Genève une usine soit fabrique d'appareils électriques, installée à Plainpalais, Chemin du Mail, 6 et 7. Elle se composait du demandeur Gustave Olivet, seul associé gérant, et de deux commanditaires peu importants. Elle avait comme employé principal le défendeur au procès actuel, Franz Bousser, électricien.

Cette Société avait adopté comme enseigne, ou titre, sur la porte d'entrée et en tête de ses lettres, factures, prospectus, etc., la dénomination d' « Industrie genevoise d'électricité. »

La Société G. Olivet et C<sup>ie</sup> fut dissoute le 15 février 1894, et radiée du registre du commerce. Le sieur Jules Christin, arbitre de commerce et régisseur, fut chargé de la liquidation, à l'exclusion de toute autre personne, et inscrit en cette qualité au registre du commerce.

Par acte sous seing privé du 30 mars 1894, le liquidateur Christin conclut avec Franz Bousser une convention par laquelle il lui louait la plus grande partie des locaux de l'ancienne Société, lui vendait une partie des machines, avec droit de se servir de l'outillage, et lui concédait divers autres avantages. Bousser, de son côté, prenait à sa charge les ouvriers et autres frais d'exploitation.

Le même jour, 30 mars 1894, G. Olivet et F. Bousser convenaient verbalement de s'associer et de fonder une nouvelle maison, sur la base d'une participation égale aux charges et aux bénéfices. Bousser s'engageait à apporter à cette nouvelle maison le contrat de bail qu'il venait de passer avec le liquidateur de G. Olivet et C<sup>ie</sup>. Le contrat définitif devait être stipulé pour le 1<sup>er</sup> mai 1894. Provisoirement les affaires seraient faites au nom de Bousser, et les avances de