

der Kolonialabteilung vom 11. und 12. Februar 1897 erstattet und insbesondere die sämtlichen Geschäfte, für deren verlustbringende Folgen der Beklagte nun belangt wird, speziell aufgeführt und teils als Börsengeschäfte, teils als größere effektive Lieferungsgeschäfte bezeichnet, welche, auf Grund des Tageskurses vom 15. April 1897 berechnet, für die Gesellschaft einen Verlust von 51,000 Fr. ergeben. Die Gesellschaft hatte also von diesen Geschäften und deren Folgen am 15. April 1897 ganz genaue Kenntnis, wie ihr denn auch über das Gebahren Böschs und dessen Entlassung in beiden Berichten der Censoren einlässlicher Aufschluß erteilt worden war. Die Entlastung der Verwaltung könnte daher, nach ständiger Bundesgerichtlicher Praxis, der Klägerin nur dann nicht entgegengehalten werden, wenn sich nachträglich ergeben hätte, daß die der Genossenschaft von den Censoren und der Direktion (resp. dem Beklagten) gemachten Angaben: daß die fraglichen Geschäfte dem Bösch zur Last zu legen seien, und er sie hinter dem Rücken der Direktion abgeschlossen habe, unrichtig gewesen seien; allein dieser Beweis ist nach den Erw. 5 gegebenen Ausführungen nicht als geleistet zu betrachten. Ebenso wenig liegt nach dem in Erw. 6 gesagten der Beweis dafür vor, daß Bösch schon früher, in den Jahren 1894 und 1895, Börsendifferenzgeschäfte abgeschlossen habe, welche die Direktion hätten veranlassen sollen, dessen Entlassung zu bewirken.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 3. Februar 1899 in allen Teilen bestätigt.

### 75. Urteil vom 16. September 1899 in Sachen Minder gegen Fischer.

*Darlehen, aufgenommen vom Beklagten als Schuldner oder aber als Stellvertreter eines Dritten? — Cession der Darlehensforderung, Art. 184, 186, 187 und 188 O.-R. Schriftliche Beurkundung? Zahlung an nachgehenden Erwerber in gutem Glauben? Streit über Gläubigerqualität an der Forderung?*

A. Durch Urteil vom 12. Juni 1899 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Der Beklagte wird zur Zahlung von 5000 Fr. und Zins zu 5 % seit 5. Juli 1898 an Kläger verurteilt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag: Die Klage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten seinen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers tritt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. Januar 1896 erhielt der Beklagte Minder von der Schwiegermutter seines damaligen Associes Adolf Fischer (Bruder des Klägers), der Frau Henriette Bielle in Evian, den Betrag von 5000 Fr. ausbezahlt, dessen Empfang er dem Bankhause der Frau Bielle quittierte. Am gleichen Tage stellte Adolf Fischer einen Schulschein zu Gunsten des Beklagten aus, dahin lautend, er anerkenne, dem Beklagten aus Darlehen 5000 Fr. zu schulden; das Kapital sollte auf einen Monat kündbar und vom Tage der Ausstellung des Schulscheines bis zur Rückzahlung mit 5 % zu verzinsen sein. Frau Bielle ermächtigte durch schriftliche Vollmacht vom 25. Juli 1896 den Adolf Fischer, die Summe von 5000 Fr. samt Zins zu 5 % seit 25. Januar 1896, welche sie dem Beklagten als Darlehen gegeben habe, beim

Beklagten einzukassieren. Am 4. November 1896 schrieb der Beklagte an Frau Bielle, gemäß ihrer Unterredung im Januar 1896 habe er die Summe von 5000 Fr. dem Adolf Fischer übergeben, und halte dessen Empfangsschein (reçu) zu ihrer Verfügung. Mit Brief vom 8. November 1896 teilte Frau Bielle dem Beklagten mit: « Veuillez prendre note s. v. p. que j'ai » cédé à Monsieur Fischer ma créance sur vous de 5000 fr. » ainsi que les intérêts à 5 % à partir du 25 janvier 1896, » und Tags darauf schrieb der heutige Kläger Fritz Fischer dem Beklagten: „Durch Cession erwarb ich vor Frau H. Bielle in „Evian eine Forderung an Sie im Betrage von 5000 Fr. zu „züglich Zins zu 5 % vom 25. Januar a. et., wovon ich Sie „hiermit in Kenntnis setze.“ Am gleichen Tag schrieb Adolf Fischer, der schon im April 1896 aus dem Geschäft des Beklagten ausgetreten war, dem Beklagten: „Falls Sie die beiden „bezahlten und verrechneten Accepte gegen mich geltend machen „lassen, so werde ich dafür sorgen, daß Ihre durch Cession ab- „getretene Schuld an Frau Bielle noch am gleichen Tage einge- „klagt wird.“ Der Beklagte antwortete dem Kläger auf dessen Mitteilung vom 9. November 1896 mit Brief vom 11. gl. Mts.: „Im Besitze Ihrer Zuschrift vom 9. ct. bedaure ich Ihnen mit- „teilen zu müssen, daß ich den Beitrag von 5000 Fr., den Sie „sich von Ihrem Bruder cedieren ließen, bereits sub 25. Januar „1896 an letztern ausbezahlt habe.“ Im Mai 1898 ließ Frau Bielle den Beklagten durch ihren Anwalt auffordern, ihr das Darlehen vom 25. Januar 1896 zurückzuzahlen, und betrieb den Beklagten auf Bezahlung dieser Summe, erhielt jedoch Rechts- vorschlag; mit Brief vom 26. Juni 1898 schrieb der Beklagte der Frau Bielle, er habe, wie sie wohl wisse, die fragliche Summe nur erhalten, um sie Herrn Fischer zuzustellen (« pour être remise à M. Fischer »), und bitte sie um Bestätigung ihres Einverständnisses mit dieser Auszahlung. Frau Bielle anerkannte jedoch diese Darstellung nicht als richtig und erhob im September 1898 gegen den Beklagten Klage auf Rückzahlung der 5000 Fr. Der Beklagte produzierte die Cessionsanzeige vom 8. November 1896, und auf Grund derselben wurde die Klage mit Urteil des Civilgerichtes Baselstadt vom 8. November 1898 abgewiesen, da

Frau Bielle nicht zur Klage legitimiert sei. Am 1. Oktober 1898 hatte der Beklagte inzwischen dem A. Fischer das Darlehen von 5000 Fr. auf den 3. November 1898 gekündigt. Und am 28. November 1898 stellte Frau Bielle eine Urkunde aus, worin sie erklärte, daß die Cession vom 8. November 1896 sich auf Fritz Fischer (den heutigen Kläger) beziehe, und daß sie „alle ihr etwa zustehenden Rechte“ gegenüber dem Beklagten auf Rückforderung der 5000 Fr., sowie alle sonstigen, in Bezug auf diesen Geldempfang gegenüber dem Beklagten ihr entstandenen und noch entstehenden Rechte dem Kläger übertrage. Hierauf leitete der Kläger gegen den Beklagten die vorliegende Klage ein, die auf Zahlung von 5000 Fr. nebst 5 % Zins seit 25. Januar 1896, eventuell zahlbar 6 Wochen nach Klagezustellung, geht. Der Beklagte bestritt die Aktivlegitimation des Klägers, da nicht dieser, sondern Ad. Fischer Cessionär der Frau Bielle geworden sei, und leugnete überdies, der Frau Bielle je 5000 Fr. schuldig geworden zu sein, indem er diesen Betrag sofort dem Ad. Fischer ausgehändigt habe; er sei eventuell höchstens um den Schuldschein auf Ad. Fischer bereichert, den er eventuell dem Berechtigten zur Verfügung stelle.

2. Die Entscheidung des Prozesses hängt von der Lösung der beiden Fragen ab, ob der Beklagte überhaupt Schuldner der Frau Bielle geworden sei, und ob, wenn ja, Frau Bielle ihre Rechte in gültiger Weise dem Kläger abgetreten habe. Was die erste Frage betrifft, so ist zunächst nicht streitig, daß der Beklagte von Frau Bielle am 25. Januar 1896 5000 Fr. erhalten hat; streitig ist nur, ob er sie im eigenen Namen und mit eigener Rückerstattungspflicht, oder aber, wie er behauptet, als Mandatar des Ad. Fischer empfangen habe, so daß nicht er, sondern letzterer Schuldner geworden wäre. In der Behauptung des Beklagten liegt nun eine Bestreitung des Klagefundamentes, indem er dadurch leugnet, daß ein Anspruch gegen ihn entstanden sei, und es hat deshalb der Kläger die Nichtigkeit seiner Darstellung zu beweisen. Diesem Beweise genügt indessen der Kläger vollständig, wenn er nachweist, daß beim Abschluß des Geschäfts ein Kontrahieren in fremdem Namen nicht erkennbar gewesen ist. Dieser Nachweis ist dem Kläger, wie die erste Instanz zutreffend aus-

führt, vollständig gelungen. Mit Recht stellt das Civilgericht zunächst darauf ab, daß die Darstellung des Beklagten in seiner Klagebeantwortung selber gegen seinen eigenen Standpunkt spreche; denn dort ist gesagt, daß gerade der Frau Bielle nicht bekannt werden sollte, daß ihr Schwiegersohn Ad. Fischer der Darlehensempfänger sein solle. Sodann spricht in ausschlaggebender Weise die Ausstellung des Schulscheines des Ad. Fischer zu Gunsten des Beklagten dafür, daß dieser die 5000 Fr. von Frau Bielle in eigenem Namen empfangen und sie seinerseits durch selbständiges Rechtsgeschäft dem Ad. Fischer dargeliehen hat, so daß gegenüber Frau Bielle nur er als Schuldner erscheint. Wenn er daher späterhin in seiner Korrespondenz mit Frau Bielle der Sachlage die Wendung zu geben sucht, es sei von Anfang an die Willensmeinung der Parteien gewesen, daß er die 5000 Fr. für Adolf Fischer in Empfang nehme und dieser, nicht er, verpflichtet werde, so steht dieses Verhalten im Widerspruch mit der durch die tatsächlichen Vorgänge beim Empfang und der Hingabe des Geldes festgestellte Willensmeinung der Kontrahenten beim Vertragsabschlusse. In der That also ist der Beklagte Schuldner der eingeklagten Summe geworden, da im übrigen nicht bestritten ist, daß es sich um ein Darlehen gehandelt hat und vom Beklagten nicht etwa Schenkung behauptet wird.

3. Über die zweite Frage sodann: ob die der Frau Bielle gegen den Beklagten zustehenden Rechte von ihr gültig dem Kläger abgetreten worden seien, ist zu bemerken: Nach Art. 184 D.-R. ist die Abtretung für die Kontrahenten auch ohne besondere Form verbindlich; wirksam gegenüber Dritten wird sie jedoch erst durch schriftliche Beurkundung; und zu diesen Dritten gehört nach der bundesgerichtlichen Praxis auch der Schuldner der Forderung (vgl. Hafner, Komm., 2. Aufl., Art. 184, Nr. 3). Und nach Art. 186 sод. sind mehrfache Abtretungen derselben Forderung möglich; in einem derartigen Falle geht alsdann diejenige vor, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt. Nun liegt eine schriftliche Beurkundung der Abtretung im Sinne des Gesetzes erst vom 28. November 1898 vor; die schriftliche Anzeige des Cedenten oder des Cessionars an den Schuldner, wie sie in casu am 8. und 9. November 1896 stattgefunden hat, kann die

vom Gesetze geforderte schriftliche Beurkundung nicht etwa ersetzen, da unter dieser die Erklärung des Cedenten an den Cessionar, er trete ihm seine Forderung ab, verstanden ist; nur durch eine derartige Erklärung wird der Schuldner gegen die Gefahr doppelter Anspruchnahme sichergestellt. Eine formlose Abtretung der Forderung der Frau Bielle an den Kläger könnte daher gegen den Beklagten nur geltend gemacht werden, wenn dieser sie anerkannt hätte, wie der Kläger behauptet. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob eine derartige Anerkennung aus dem Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 11. November 1896 gefolgert werden muß, worin er bemerkt, er habe die Forderung schon am 25. Januar 1896 an Adolf Fischer gezahlt; jene Zahlung ist offenbar an Adolf Fischer nicht in dessen Eigenschaft als Cessionar gemacht worden, und es kann daher allerdings aus jenem Briefe auf eine Anerkennung der Abtretung an den Kläger durch den Beklagten geschlossen werden. Außer allen Zweifel gestellt wird die Gläubigerqualität des Klägers durch die Abtretungsurkunde vom 28. November 1898. Dieser gegenüber hätte eine ältere Abtretung an Adolf Fischer, selbst wenn sie stattgefunden hätte, keine Wirkung, da im Falle mehrfacher Abtretungen derselben Forderung diejenige vorgeht, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt. Der Beklagte könnte daher die Bezahlung nur weigern, wenn entweder die Voraussetzungen des Art. 187 oder diejenigen des Art. 188 D.-R. vorlägen, d. h. wenn entweder der Beklagte schon vor der Anzeige von der Abtretung in gutem Glauben an Adolf Fischer als vermeintlichen Cessionaren gezahlt hätte, oder wenn neben dem Kläger auch Adolf Fischer auf die Forderung Anspruch erheben würde, also die Frage, wer überhaupt Cessionar sei, streitig wäre. Weder die eine noch die andere dieser Alternativen trifft zu. Zunächst hat eine Abtretung an Adolf Fischer gar nie stattgefunden und konnte der Beklagte diesen auch niemals als Cessionar der Frau Bielle ansehen; es geht dies, wie die erste Instanz zutreffend ausführt, namentlich hervor aus dem Briefe des Adolf Fischer an den Kläger vom 9. November 1896, aus dem erhellt, daß dieser sich nie als Cessionar der Frau Bielle betrachtet hat. Der Beklagte hat daher auch gar nie an Adolf Fischer in dessen Eigenschaft als Cessionar

gezahlt; die gegenteilige Annahme ist durchaus ausgeschlossen gemäß dem Inhalte des Schulscheines, den Adolf Fischer dem Beklagten ausgestellt hat. Sodann kann sich der Beklagte auch nicht auf Art. 188 D.-R. stützen; denn die Gläubigerqualität über die Forderung wird nicht von mehreren Personen — dem Kläger und Adolf Fischer — in Anspruch genommen, Adolf Fischer erhält gegenteils gar keinen Anspruch auf die Forderung. Nach dem Gesagten ist daher der Beklagte, in Gutheizung der Klage, schuldig, dem Kläger die abgetretene Forderung zu bezahlen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 12. Juni 1899 in allen Teilen bestätigt.

*76. Arrêt du 22 septembre 1899, dans la cause Trechsel contre « Brasserie du Lion, » à Bâle (Basler Löwenbräu).*

**Peine conventionnelle.** — Portée de l'engagement pris par le gérant d'un dépôt d'une brasserie à ne pas vendre d'autre bière que celle provenant de cette brasserie. — Violation de cet engagement. — Chiffre de la peine stipulée; réduction dans une juste proportion, art. 182 CO.

A. — La Société par actions « Brasserie du Lion » (Basler Löwenbräu), ayant son siège à Bâle, a établi il y a quelques années à Fribourg un dépôt pour la vente de la bière qu'elle fabrique. La gérance de ce dépôt fut confiée à Emile Trechsel, demeurant à Fribourg, et les locaux nécessaires furent fournis à bail par ce dernier dans l'immeuble qu'il possède, Avenue du Midi, près de la gare. A teneur d'une convention du 1<sup>er</sup> décembre 1896, Trechsel était chargé de la vente à la commission de la bière de la Brasserie du Lion; il devait consacrer toute son activité à ce travail et ne pouvait participer ni directement ni indirectement à aucune affaire concurrente. La durée du contrat était fixée à cinq

années à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1897. La Brasserie du Lion se réservait cependant le droit de résilier le contrat à un mois de date si Trechsel contrevenait à ses engagements. Dans ce cas, il était interdit à ce dernier de s'intéresser ni directement ni indirectement dans une affaire concurrente pendant une année après la résiliation. En cas de contravention à ces obligations, Trechsel s'engageait à payer à la Brasserie du Lion une amende de 10 000 fr. Sa commission était fixée à 35 % du bénéfice net réalisé sur les ventes faites par lui et il devait percevoir, en outre, une commission fixe de 125 fr. par mois.

Au commencement de mai 1898, Trechsel fit à la Brasserie du Lion des propositions en vue de la résiliation de leurs conventions. La Brasserie du Lion s'étant déclarée d'accord en principe au sujet de ses propositions, il lui écrivait le 10 mai qu'en échange de l'annulation de son contrat d'employé et du bail, il s'engageait à acheter tout le matériel industriel du dépôt et à rembourser les fonds que la Brasserie lui avait avancés. « En outre, ajoutait-il, je m'engage à payer dans un terme conventionnel le compte des débiteurs vis-à-vis de la Brasserie et continuerai à prendre la bière à la dite Brasserie librement sans être lié par un contrat spécial ».

A la suite d'un entretien qu'eurent les parties, la Brasserie adressa le 16 mai à Trechsel une pièce énonçant les conditions du nouvel arrangement à conclure. Trechsel, de son côté, adressa le 18 mai à la Brasserie un projet de convention modifiant sur certains points celui de la Brasserie.

Aucun de ces deux projets ne faisait mention d'une obligation de Trechsel de ne pas vendre de bière d'un autre fournisseur que la Brasserie du Lion de Bâle.

Mais dans sa réponse, du 21 mai, aux propositions de Trechsel, la Brasserie de Bâle posa la condition suivante:

« Vous devez en outre prendre l'engagement de prendre toute la bière dont vous aurez besoin pour le dépôt et pour vos clients exclusivement du Basler Löwenbräu. Le contrat ne pourra être dénoncé qu'à la fin d'un trimestre pour