

IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

5. Urteil vom 19. Januar 1900 in Sachen
Probst & Cie. gegen Simeon-Barpan.

Kommission. — Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, Art. 444. Der Selbsteintritt ist (besondere Vereinbarungen vorbehalten) ausgeschlossen bei Waren etc., die keinen Börsen- oder Marktpreis haben. — Vereinbarungen betr. Selbsteintritt trotz Mangel dieser Voraussetzungen? — Nachträgliche Genehmigung des Selbsteintrittes? — Ansprüche des Kommittenten gegen den Kommissionär, der unbefugter Weise den Selbsteintritt vorgenommen hat.

A. Durch Urteil vom 30. Oktober 1899 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt das erstinstanzliche Urteil bestätigt, welches gelautet hatte:

Die Beklagte wird zur Zahlung von 11,078 Fr. 85 Cts. und Zins zu 5% hievon seit 31. März 1899 an Kläger verurteilt.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Die Klage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt und begründet der Vertreter der Beklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Firma Jacques Sutter & Cie. in Diestal, welche bei der heutigen Beklagten G. Probst & Cie., Bankgeschäft, in Basel, 110 Aktien der „Magazine zum Wilden Mann“ in Basel als Faustpfand hinterlegt hatte, erteilte der Beklagten mit Brief vom 4. Dezember 1894 den Auftrag, diese Aktien „bestmöglich, jedoch „nicht unter pari, d. h. 1000 Fr. minus 100 Fr. nichteinbezahlt „zu verkaufen“ und ihr den Gegenwert gutschreiben. Zu bemerken ist, daß diese Aktien an der Börse nicht kotiert sind. Am 6. Dezember gleichen Jahres schrieb die Beklagte an Jacques

Sutter & Cie.: „Heute verkauften wir Ihrer Ordre vom 4. ct. „gemäß: 110 Aktien Magazine zum Wilden Mann à 1005/100 „fin déc. Fr. 99,550 —“
wovon abzuschreiben seien Kommission, Cour-
tage und Stempel mit „ 159 80

so daß zu Gunsten der Verkäuferin verbleiben Fr. 99,390 20, Valuta 2. Januar 1895, welche der Verkäuferin gutschrieben werden. Am folgenden Tage antwortete die Firma Jacques Sutter & Cie., sie habe von diesem Schreiben Bormerk genommen, und am 6. Februar 1895 genehmigte sie den ihr von der Beklagten pro 31. Dezember 1894 zugestellten Rechnungsauszug, in welchem die genannte Gutschrift enthalten war. Sie setzte alsdann ihren Kontokorrentverkehr mit der Beklagten bis in den Dezember 1897 fort; als sie dann in Liquidation geraten war, übernahm der Teilhaber Jacques Sutter ihre Aktiven. Dieser erfuhr im März 1898, daß G. Probst, der unbeschränkt haftende Teilhaber der Beklagten, am 19. März 1895 die 110 Aktien der Basler Depositenbank zum Kurse von 1127 1/2 minus 100, zusammen zu 113,025 Fr., verkauft hatte; er verlangte sofort von der Beklagten Rechnungsstellung und Angabe des richtigen Kaufpreises, jedoch vergeblich, und trat dann (im August 1898) sein Guthaben aus diesem Verhältnisse an den heutigen Kläger ab. Dieser erhob im Mai 1899 die vorliegende Klage, die auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 13,777 Fr. 50 Cts. — der Differenz des Kaufpreises, der der Firma Jacques Sutter & Cie. am 6. Dezember 1894 gutschrieben war, und des KurSES, zu dem die Beklagte am 19. März 1895 verkauft hatte — nebst Zins zu 5% seit 19. März 1895, sowie zur Rückzahlung von 159 Fr. 80 Cts. (Kommission, Courtage und Stempelgebühr) samt Zins zu 5% seit 6. Dezember 1894 geht. In der Folge hat der Kläger hievon eine anerkannte Gegenforderung der Beklagten von 4061 Fr. 90, Wert 31. März 1899, in Abzug gebracht. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an. Die erste Instanz — deren Erwägungen sich die Vorinstanz lebiglich angeschlossen hat — hielt die Klage prinzipiell für begründet und gelangte zu dem aus Fakt. A ersichtlichen Quantitativ mittelst folgender Rechnung:

Dem Kläger sei gutzusprechen der aus den Aktien im März 1895 erzielte Erlös von	Fr. 113,025 —
abzüglich der ihm (bezw. der Firma J. Sutter & Cie.) gutgeschriebenen	„ 99,550 —
somit	Fr. 13,475 —
Ferner habe die Beklagte zurückzuerstatten Courtagage und Stempelgebühr, da ein Geschäft mit einem Dritten nicht abgeschlossen worden sei, und Provision (letztere nach Art. 441 O.-R.), zusammen	„ 159 80
somit schulde sie dem Kläger	Fr. 13,634 80
Davon komme in Abzug:	
Zins zu 5% von 99,390 Fr. 20 Stk. vom 2. Januar bis 19. März 1895	„ 1,034 75
so daß verbleiben	Fr. 12,600 05
Valuta 19. März 1895;	
dazu Zinsen zu 5% bis 31. März 1899	„ 2,540 70
Summa	Fr. 15,140 75
davon die in Abzug anerkannten	„ 4,061 90
verbleiben	Fr. 11,078 85
Valuta 31. März 1899.	

2. Der Kläger stützt seinen Anspruch darauf, die Beklagte habe den ihr erteilten Auftrag nicht, wie sie fälschlich angegeben, am 6. Dezember 1894, sondern erst am 19. März 1895 ausgeführt und ihm nun gemäß Art. 398 O.-R. das herauszugeben, was ihr infolge der Ausführung des Auftrages zugekommen sei. Die Beklagte hält dieser Klagebegründung heute noch drei Einreden entgegen: Erstens, sie habe die Kommission am 6. Dezember 1894 ausgeführt, indem sie als Selbstkäuferin der zum Verkaufe kommittierten Aktien eingetreten sei; weiter, der Kläger habe diese Handlungsweise der Beklagten nachträglich genehmigt, und eventuell, wenn dies beides nicht angenommen werde, die Klage sei unrichtig gestellt, indem der Kläger nur entweder Windikation der Aktien oder Schadenersatz verlangen, nicht aber in das Geschäft vom 19. März 1895 eintreten könne.

3. Die erste Einrede der Beklagten: sie sei als Selbstkäuferin eingetreten, betreffend, ist in thatsächlicher Beziehung festgestellt, und heute auch nicht mehr bestritten, daß die fraglichen Aktien zur Zeit dieses angeblichen Selbsteintrittes weder einen Börsen- noch einen Marktpreis hatten. Dagegen nimmt die Beklagte den Standpunkt ein, Art. 444 O.-R. schließe das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs bei Waren und Wertpapieren, welche keinen Börsen- oder Marktpreis haben, nicht aus, und sie beruft sich hiefür noch speziell auf eine auf dem Plage Basel angeblich geltende Usance; ferner macht sie geltend, das Selbsteintrittsrecht sei im vorliegenden Falle vertraglich vereinbart worden. Nun kann jedoch vorerst jener rechtlichen Auffassung der Beklagten über die Zulässigkeit des Selbsteintrittes des Kommissionärs nicht beigetreten werden. Zwar ist allerdings dem Wortlaute des Art. 444 O.-R. nach nicht ausdrücklich ausgeschlossen, daß der Selbsteintritt bei Waren und Wertpapieren, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben, statthaft sei; aus dem Wortlaute folgt nur, daß der Kommissionär zum Selbsteintritte bei Waren etc., die das genannte Erfordernis erfüllen, berechtigt sei. Allein schon die Natur des Kommissionsverhältnisses — vgl. insbesondere Art. 431 O.-R., wonach für das Kommissionsverhältnis im allgemeinen die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung kommen — spricht gegen eine Ausdehnung des Selbsteintrittsrechts über die im Gesetze ausdrücklich zugelassenen Fälle hinaus: der Natur des Auftrages, als welcher die Kommission hienach im allgemeinen anzusehen ist, widerspricht die Zulassung des Selbsteintrittes; sie ist den Bestimmungen über den Auftrag gegenüber etwas singuläres, und der Selbsteintritt kann daher nur unter den vom Gesetze normierten Voraussetzungen zugelassen werden. Dieses schon aus der Natur des Rechtsverhältnisses gewonnene Resultat wird aber auf das Klarste bestätigt durch die geschichtliche Entwicklung des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs, speziell die Entstehungsgeschichte des sich darauf beziehenden Art. 444 O.-R. Während der erste Münzingerische Entwurf eines schweiz. Handelsrechts sich in dieser Frage dem zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuch (§§ 1627 u. 1633) angeschlossen, und demgemäß den Selbsteintritt ohne Zustimmung des Kommittenten verbot, drang bald darauf in der Kom-

mission die gegenteilige „kaufmännische“ Auffassung durch, und wurde nun der Selbsteintritt ganz allgemein gestattet, sofern der Kommissionär nachweisen konnte, daß der Kommittent durch Abschluß mit einem Dritten nicht in eine günstigere Lage gekommen wäre (Munzingers Entwurf, Art. 280, Motive dazu, S. 266; Kommissionärentwurf von 1869/72, gedruckt 1875, Art. 387; Kommissionärentwurf von 1876, Art. 387); erst der Entwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes von 1879 (Art. 452) schloß sich dann der Bestimmung des Art. 376 des D. H.-G.-B. an und gab damit dem Selbsteintrittsrechte diejenige Regelung, die dann Gesetz geworden ist; diese gesetzliche Bestimmung stellt also das Resultat eines Kompromisses zwischen widerstreitenden Anschauungen dar (vgl. auch Schneider & Fick, Großer Comment. d. Oblig.-Rechts, Art. 444, Anm. 1). Nach der geschichtlichen Entwicklung des Selbsteintrittsrechtes in Deutschland und der Entstehungsgeschichte des Art. 376 D. H.-G.-B. nun hinwiederum ist zweifellos, daß das Selbsteintrittsrecht bewußtermaßen auf Waren und Wertpapiere, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, beschränkt worden und mangels dieser Voraussetzung gesetzlich ausgeschlossen ist (s. Urteil des R.-D.-H.-G. vom 7. Januar 1874 i. S. Grub gegen Apels, Entsch. d. R.-D.-H.-G., Bd. XII, Nr. 61, S. 181 ff.; Entsch. d. R.-G. in Civilsachen, Bd. 34, S. 118 ff. und hier citierte Litteratur; dazu Staub, Comment. zum D. H.-G.-B., Art. 376 § 1). Diese Auslegung ist auch auf den entsprechenden Art. 444 D.-R. anzuwenden, wozu außer den schon erwähnten Gründen noch ein legislativer kommt, der ebenfalls aus der geschichtlichen Entwicklung des Selbsteintrittsrechtes ersichtlich ist: Durch die Zulassung des Selbsteintrittsrechtes wird der Kommissionär in die zwiespältige Lage versetzt, zugleich seines Kommittenten und seine eigenen Interessen, die sich widerstreiten, wahren zu müssen; und die Erfahrung lehrt, daß bei diesem Zwiespalt das Selbsteintrittsrecht nur zu oft zur alleinigen Wahrung der Interessen des Kommissionärs benutzt wird (siehe hierüber namentlich Eschenbach in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 41, S. 1 ff.); gerade zur Einschränkung dieser Gefahr, und um den Kommittenten nicht ganz dem Kommissionär auszuliefern, ist die Bestimmung getroffen worden, daß das Selbstein-

trittsrecht nur zulässig sei bei Waren und Wertpapieren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, da angenommen wird, es stehe dann dem Kommittenten doch wenigstens eine gewisse Kontrolle, ob der Kommissionär seine — des Auftraggebers — Rechte wahre, zu Gebot (vgl. freilich hiegegen Eschenbach, a. a. O.). Die Entwicklung des Selbsteintrittsrechtes ist denn auch neuestens wieder rückläufig geworden; dieses Recht ist in der neuesten deutschen Gesetzgebung wieder etwas eingeschränkt worden; vgl. zuerst §§ 71—74 des deutschen Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, und jetzt das neue D. H.-G.-B., §§ 400 ff. Eine Ausdehnung des Selbsteintrittsrechtes über die im Gesetze genau normierten Fälle hinaus ist sonach vom Gesetze nicht gewollt, und die Beklagte macht daher zu Unrecht geltend, es habe ihr ein solches gesetzlich zugestanden. Alsdann aber kann sie sich auch nicht auf einen angeblichen Handelsgebrauch auf dem Plage Basel, der ihr den Selbsteintritt gestatten würde, berufen; denn nach dem Gesagten enthält Art. 444 D.-R. in dem Sinne zwingendes Recht, daß entgegenstehende Handelsgebräuche vor ihm nicht Stand halten können; gerade gegenüber in Handelskreisen weit verbreiteten Gebräuchen sind die gesetzlichen Bestimmungen über den Selbsteintritt des Kommissionärs getroffen worden. Dagegen schließt allerdings Art. 444 D.-R. nicht aus, daß vertraglich eine Abweichung von seinen Bestimmungen getroffen und speziell vertraglich ein Selbsteintritt dort vereinbart werde, wo es sich um Waren oder Wertpapiere, die keinen Markt- oder Börsenpreis haben, handelt; ein entgegenstehendes Verbot hätte, als dem dem Obligationenrecht zu Grunde liegenden Prinzipie der Vertragsfreiheit widersprechend, ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden müssen, zumal sich dessen Selbstverständlichkeit keineswegs aus dem Charakter des Selbsteintrittsrechtes und der Natur des Kommissionsverhältnisses ergibt. Es ist daher noch zu erörtern, ob sich die Beklagte mit Recht auf eine vertragliche Vereinbarung des Inhaltes, der Selbsteintritt sei ihr gestattet worden, beruft. Aus der Setzung eines Limitums nun kann die Beklagte nichts für ihren Selbsteintritt herleiten. Wenn ein Limitum gesetzt ist, kommt die Vorschrift des Art. 436 D.-R. zur Anwendung, wonach der Gewinn aus vorteilhafterem Ein- oder Verkauf dem

Kommittenten, nicht dem Kommissionär, zufällt; das Setzen eines Limitum ermächtigt also den Kommissionär nicht ohne weiteres zum Selbsteintritt zu diesem Limitum, da andernfalls der genannte Art. 436 D.-R. geradezu illusorisch würde (vgl. betr. den analogen Art. 372 D. S.-G.-B.: Grünhut, Kommissionshandel, S. 242; Staub, Komm., Art. 372 § 1). Noch weniger schlüssig für die vertragliche Vereinbarung des Selbsteintrittes aber sind die weiter von der Beklagten behaupteten Thatsachen: die Zahlungsschwierigkeit der Kommittentin und deren Kenntnis der Preislage; diese Umstände schlossen die Pflicht der Beklagten als Kommissionärin, die Interessen der Kommittentin zu wahren, nicht aus, und ermächtigten sie nicht, entgegen gesetzlichen Bestimmungen, zum Selbsteintritt.

4. Ihre zweite Einrede: die Kommittentin habe den Selbsteintritt nachträglich genehmigt, begründet die Beklagte damit, diese Genehmigung folge aus dem Briefe der Kommittentin vom 7. Dezember 1894, worin sie sich mit der Ausführung der Kommission einverstanden erklärte, aus der Genehmigung des Kontokorrentauszuges pro Ende 1894 und aus der Fortsetzung der Geschäftsverbindung. Allein alle diese Thatsachen sind für die daraus gezogene Folgerung der Genehmigung des Selbsteintrittes nicht schlüssig, weil ihnen allen der Umstand entgegensteht, daß der Selbsteintritt der Kommittentin damals noch gar nicht bekannt war. Wenn die Beklagte sich bezüglich ihres Briefes vom 6. Dezember 1894 und der Antwort der Kommittentin vom folgenden Tage auf Art. 446 D.-R. beruft, um hieraus die Genehmigung des Selbsteintrittes abzuleiten, so ist dem entgegenzuhalten, daß, wie in Erwägung 3 ausgeführt, ein Fall des Art. 444 D.-R., auf welchen Art. 446 verweist, gar nicht vorlag, da eben die fraglichen Aktien keinen Börsen- oder Marktpreis hatten; aus den Ausdrücken aber, die in der Anzeige der Beklagten vom 6. Dezember 1894 enthalten waren, konnte die Kommittentin unmöglich ersehen, daß die Beklagte selbst als Käuferin eingetreten sei, da darin von Courtage und Stempel die Rede war — was doch unzweideutig auf einen dritten Käufer und auf die Thätigkeit der Beklagten als bloßer Kommissionärin hindeutete; eine Pflicht aber, sich bei der Beklagten darüber zu erkundigen, in

welcher Form oder gar mit wem sie den Verkauf abgeschlossen, hatte die Kommittentin nicht. Damit und da die Kommittentin bezw. Jacques Sutter vom Verkaufe der Aktien vom März 1895 festgestelltmaßen erst im März 1898 Kenntnis erlangt hat, fallen auch die aus den weiteren Momenten gezogenen Schlussfolgerungen auf die Genehmigung des Selbsteintrittes dahin.

5. Die dritte Einrede der Beklagten betrifft den geltend gemachten Anspruch. Aber auch dieser Einwand erweist sich als unstichhaltig. Nach den bisherigen Ausführungen ist davon auszugehen, daß die Beklagte nicht berechtigt war, als Selbstkäuferin einzutreten, und daß sie diese ihre Absicht, da das Gesetz ihr entgegenstand und gegenteilige Vereinbarungen nicht vorlagen, auch nicht erreichen konnte. Ihr sogenannter Selbsteintritt vom 6. Dezember 1894 war danach ohne alle rechtliche Wirkung; die Aktien gingen durch ihre einfache Anzeige von der angeblichen Ausführung der Kommission und durch ihre Absicht, sie für sich zu erwerben, nicht auf sie über, vielmehr war die Kommission noch nicht ausgeführt, und blieben die Aktien stetsfort noch Eigentum der Kommittentin, als deren Vertreter die Beklagte sie inne hatte. Erst der wirkliche Verkauf an einen Dritten am 19. März 1895 stellte sich als gesetzmäßige Ausführung der Kommission dar; die Beklagte hatte daher der Kommittentin gemäß Art. 436, in Verbindung mit Art. 398 D.-R. herauszugeben, was sie aus der Ausführung der Kommission erhalten hatte (vgl. Hafner, Comment., 2. Aufl., Art. 398, Anm. 2). Gewiß hätte der Kläger (als Cessionar der Kommittentin) auch einen andern Anspruch: Bindikation der Aktien oder Schadenersatz, geltend machen können; aber ebenso ist er befugt, mit der Mandatsklage oder mit der Bereicherungsklage Herausgabe dessen zu fordern, was der Beklagten aus seines Rechtsvorgängers Vermögen in Ausführung der Kommission zugekommen ist. Wollte man übrigens mit der Beklagten annehmen, der Kläger könne kraft Mandates keinen Anspruch auf den Kaufpreis vom März 1895 erheben, weil der Wille der Parteien nicht auf dieses Geschäft gerichtet gewesen sei, so wäre zu sagen, daß die Beklagte gemäß Art. 473 D.-R. nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag zur Herausgabe verpflichtet ist: es wäre zu sagen: die Beklagte hat

ein objektiv fremdes Geschäft — da sie nie Eigentümerin der Aktien geworden ist — im eigenen Namen geführt, und der Kläger bezw. dessen Eident kann sich mit Recht das Resultat dieser Geschäftsführung aneignen.

6. Danach ist denn der Hauptanspruch des Klägers auf Herausgabe der Differenz zwischen dem im Dezember 1894 gutgeschriebenen und dem im März 1895 erzielten wirklichen Kaufpreise begründet, und es fragt sich weiterhin, ob auch die Nebenansprüche gutzuheißen seien. Nun ist sicher, daß die Beklagte der Kommitentin für die angebliche Ausführung der Kommission vom 6. Dezember 1894 weder Courtage, noch Stempel, noch Provision berechnen durfte, da eben damals eine Ausführung der Kommission gar nicht erfolgt ist; die Beklagte hat sonach die betreffenden Beträge ohne Grund erhalten, und hat sie daher herauszugeben. Ob sie diese Gebühren u. s. w. für die wirkliche Ausführung der Kommission vom 19. März 1895 verlangen könnte, oder ob ihr alsdann nicht Art. 441 D.-R. — wonach der Anspruch auf Provision bei unredlicher Handlungsweise wegfällt — mit Erfolg entgegengehalten würde, kann deshalb unerörtert bleiben, weil diese Nebenansprüche von der Beklagten nicht für jene wirkliche Ausführung der Kommission gefordert werden.

7. Betreffend die von der Klagesumme zu machenden Abzüge genügt die Verweisung auf die in Erwägung 1 hievor wiedergegebene Berechnung der ersten Instanz, welche von keiner Partei angefochten worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 30. Oktober 1899 in allen Teilen bestätigt.

6. Urteil vom 26. Januar 1900 in Sachen
Bock & Cie. gegen Luz.

*Vertragliches Konkurrenzverbot sanktioniert durch Konventionalstrafe.
Uebertretung des Verbotes? Beteiligung an einem Geschäft?*

A. Durch Urteil vom 7. Oktober 1899 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 12,460 Fr. 72 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 1895 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, es sei die von der Beklagten als Konventionalstrafe geltend gemachte Gegenforderung (15,000 Fr.) gutzuheißen, und die Klage abzuweisen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Anwalt der Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Ehemann der Klägerin, Friedrich Luz, hatte seit 1892 in Zürich mit Friedrich Bock unter der Firma Bock & Luz die Fabrikation von Maschinen für Herstellung von Mineralwassern und Siphons betrieben. Am 1. März 1895 trat Fr. Luz aus, und Bock gründete mit einem Fr. Schmid unter der Firma Bock & Cie. eine neue Kollektivgesellschaft, die Aktiven und Passiven der erloschenen Firma übernahm und das Geschäft weiterführte. Am gleichen Tage stellte Friedrich Luz der Firma Bock & Cie. eine die ökonomische Auseinandersetzung mit dieser Firma beschlagende Erklärung aus, in welcher u. a. gesagt ist: „Bei meinem Austritt aus der Firma Bock & Luz erkläre ich ausdrücklich, innerhalb fünf Jahren weder in eine Konkurrenzfirma einzutreten, noch eine zu gründen, oder mich selbst dabei zu beteiligen; sollte auch nur im geringsten Falle dieses eintreten, so verpflichte ich mich sofort, an diesem Tage 15,000 Fr., geschrieben fünfzehntausend Franken an Hrn. Bock oder dessen Rechtsnachfolger zu zahlen. Dieser Passus gilt sowohl für die Schweiz als auch für Deutschland.“ Mit friedensrichterlicher Weisung, einge-