einander in Einklang. Zum selben Resultat einer Vereinigung beider Teile der streitigen Klausel führt auch folgende Argumentation: Nach dem Vertrag und den Statuten müssen die 400 Anteile der Klägerin früher oder später notwendig einmal voll einbezahlt sein (spätestens im Momente der Auflösung der Genossenschaft), damit das Genossenschaftskapital von 1,200,000 Fr. einmal erreicht ist; die Einzahlung darf aber successive erfolgen, sowohl für die Anteile der Klägerin, wie für die übrigen. Diese Auslegung bietet den Vorteil, daß Vertrag und Statuten völlig miteinander übereinstimmen, da der Vertrag stipuliert, daß die Anteile den Betrag von 400,000 Fr. ausmachen und jeder 1000 Fr. gelten soll, die Einzahlung dieser Anteile aber successive sein solle, — und die Statuten bestimmen, das Genossenschaftskapital sei auf 1,200,000 Fr. festgesetzt, und sei successive einzubezahlen. Diese beiden Auslegungen bieten gegenüber der von der Beklagten vertretenen den Vorteil, daß Haupt- und Nebensatz der streitigen Klausel einander nicht widersprechen und sich aufheben, sondern miteinander harmonieren; sie stehen im Einklang mit der Natur des Vertrages und des ganzen Geschäftes, und endlich auch mit dem Wortlaute der Klausel selber.

7. Zur Unterstützung ihrer Auslegung der fraglichen Vertragsbestimmung hat die Beklagte eine Reihe von Momenten geltend gemacht . . . (folgt Widerlegung dieses Standpunktes).

8. Die im vorstehenden gegebene Auslegung der streitigen Vertragsklausel führt zum Schlusse, daß die Klägerin berechtigt ist, ihre Anteile in der Liquidation der beklagten Genossenschaft zum vollen Nominalwerte geltend zu machen; m. a. W. die voll einbezahlten Anteile der Klägerin sind mit den nur zu 30% einbezahlten übrigen Anteilen auf gleichen Fuß zu stellen. Das könnte entweder dadurch geschehen, daß auf die letztern die fehlenden 70% einbezahlt und der Gesamtbetrag unter die Genossenschaftler gleichmäßig verteilt würde, oder dadurch, daß den Anteilen der Klägerin 70% zurückvergütet würden. Die Vorinstanz hat den erstern Modus gewählt und da die Klägerin eine Abänderung nicht verlangt hat, ist das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkte einfach zu bestätigen.

9. Was endlich den eventuellen Antrag der Beklagten betrifft,

so kann derselbe nicht gehört werden, weil er ganz neu ist und weder vor erster Instanz noch in der Berufungserklärung gestellt wurde. Er erscheint übrigens auch materiell als unbegründet, da es sich nicht um eine Forderung handelt, die vor Verfall bezahlt werden müßte, und weil ferner die verlangte Herabsetzung sich auf keine Gesetzesbestimmung stützen kann.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 1901 in allen Teilen bestätigt.

58. Urteil vom 6. Dezember 1901

in Sachen Steiners Söhne & Cie. gegen Stirnimann.

Kundschaftsverkauf; rechtliche Natur dieses Rechtsgeschäftes. — Damit verbundene Abtretung von Forderungen an die Kunden. — Gewährleistungsklage des Cessionars gegen den Cedenten. Umfang der Gewährleistungspflicht des Cedenten, der die Garantie für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernommen hat, mit Bezug auf den Zeitpunkt. Art. 192 O.-R. Beweislast.

A. Durch Urteil vom 26. August 1901 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen: Es sei das angefochtene Urteil höchstinstanzlich aufzuheben und den Klägern der Schluß ihrer Klage zuzusprechen. Eventuell habe bezüglich der abgetretenen Guthaben des Beklagten und den klägerischen Forderungen eine proportionale Verrechnung an beiden Guthaben stattzufinden. Jedenfalls aber sei der Regreß der Kläger gegen den Beklagten bezüglich der Facturen vom 15. März per 1437 Fr. 65 Cts. und derjenigen vom 14. April per 2601 Fr. 15 Cts. berechtigt zu erklären und habe letzterer diese beiden Facturen, zusammen im Betrage von 4039 Fr. 80 Cts.,

eventuell den einen oder den andern der genannten Beträge von 1437 Fr. 65 Cts. oder 2601 Fr. 15 den Klägern zu vergüten.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter der Kläger diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 8. März 1899 mit Nachtrag vom gleichen Monat (ohne näheres Datum) „trat“ der Beklagte seine Kundschaft, welche er im Kanton Luzern hatte, den Klägern „ab“ und verpflichteten sich diese zur „Übernahme“ dieser Kundschaft auf 15. März 1899 und zur Zahlung von 4000 Fr. als Gegenleistung. Aus dem Vertrage sind noch folgende Bedingungen hervorzuheben: Ziffer 1, die im Nachtrage lautet wie folgt: „Hr. Stirnimann verpflichtet sich, nach Übergabe der Kundschaft den H. Steiners Söhne & Cie. bei den abgetretenen „Kunden sowohl, als auch bei ihrer andern Kundschaft keine „Konkurrenz mehr zu machen und bezügliche Anfragen und „stellungen den H. Steiners Söhne & Cie. zuzuweisen.“ Ziffer 3 hatte ursprünglich gelautet: „H. Steiners Söhne & Cie. sind „verpflichtet, den Saldo, welchen Hr. Stirnimann an den über- „gebenen Kunden noch zu gut hat, und mit welchem die letzteren „sich einverstanden erklären, auf ihre Rechnung zu übernehmen; „dagegen leistet Hr. Stirnimann für den richtigen Eingang dieser „Saldo-Beträge, sowie auch für den weitem Credit, den H. „Steiners Söhne & Cie. den nachbenannten Abnehmern innert „den nächsten zwei Jahren noch geben, volle Garantie“; im Nachtrage wurde jedoch diese Bestimmung dahin abgeändert, daß der Beklagte (nur) für den richtigen Eingang der Saldobeträge volle Garantie leistete. Unter den im Vertrage mit Namen aufgeführten Kunden befand sich auch Bäcker Haller in Bremgarten. Die Forderung des Beklagten auf ihn betrug auf 13. März 1899 5849 Fr. 25 Cts. und wurde gemäß Vertrag den Klägern abgetreten, nachdem Anerkennung derselben durch den Schuldner, die der Vertrag ebenfalls stipulierte, erfolgt war. Nach dem 13. März 1899 machten die Kläger dem Haller folgende Lieferungen:

am 15. März 1899	für	Fr. 1437 85
„ 14. April 1899	„	„ 2601 15
„ 18. August 1899	„	„ 1161 05
„ 29. „ 1899	„	„ 2512 50
„ 8. Februar 1900	„	„ 40 —
	Total,	Fr. 7752 55

Haller bezahlte:

am 16. April 1899		Fr. 1500 —
„ 14. Juni 1899 (Fakt. v. 14. April)	„	„ 2601 15
„ 18. August 1899		„ 150 —
„ 23. September 1899		„ 1000 —
„ 14. Oktober 1899		„ 1100 —
„ 12. Dezember 1899		„ 337 85
„ 14. „ 1899		„ 1150 —
„ 15. „ 1899		„ 11 05
	Total,	Fr. 7850 05

Am 15. August 1899 übersandten die Kläger dem Beklagten Rechnungsauszug für dieses Datum betreffend den Kunden Haller, wobei in dessen „Soll“ der Saldo vortrag vom Conto des Beklagten, sowie die Facturen der Kläger vom 15. März und 14. April 1899, in dessen „Haben“ seine Zahlungen vom 16. April und 14. Juni 1899 ohne weitere Bemerkungen angeführt waren, sich sonach ein Saldo zu Gunsten der Kläger von 5787 Fr. 10 Cts. ergab. Der Beklagte schrieb den Klägern unterm 21. August 1899, er wolle nachschauen, wo der Fehler stecke, und rate den Klägern eventuell, Betreibung gegen Haller anzuheben. Unterm 29. September 1899 teilten die Kläger dem Beklagten mit, sie trauen dem Kunden Haller nicht gut, und wenn von ihm in den nächsten Tagen keine größere Zahlung eintreffe, so müßten sie den Rechtsweg betreten, selbstverständlich mit Regreß auf den Beklagten, es wäre denn, daß dieser den Kunden „wieder zurücknehmen“ wollte. Der Beklagte antwortete am 30. gl. Mts., die Sache werde sich schon machen; Betreibung wäre unklug. Ferner schrieb er den Klägern am 27. Oktober 1899, er werde „die Angelegenheit, wenn möglich, zu beschwichtigen suchen.“ Am 2. November 1899 schrieben die Kläger dem Beklagten, Haller

habe erst 1000 Fr. bezahlt, und sie fragen ihn (den Beklagten) an, welches Vorgehen sie hier einschlagen sollen. In seiner Antwort vom 4. gl. Mts. ersuchte der Beklagte die Kläger, ihm doch mitzuteilen, wie viel Haller ihnen im ganzen schuldig sei, und wie viel er à conto, „seit seiner Übernahme,“ bezahlt habe, das müsse er (der Beklagte) doch wissen, dann wolle er schauen, was zu machen sei. Die Kläger sandten dem Beklagten umgehend einen Auszug ihres Conto-Correntes mit Haller, worin im „Soll“ der Übertrag vom Conto des Beklagten, sowie die Fakturen der Kläger vom 15. März, 14. April, 18. August und 29. August 1899, im „Haben“ „per ihre Zahlung“ die Zahlungen Hallers vom 16. April, 14. Juni, 18. August, 13. September und 14. Oktober 1899 aufgeführt waren. Der Beklagte scheint hierauf nicht geantwortet zu haben. Mit Brief vom 7. Februar 1900 teilten die Kläger dem Beklagten mit, Haller schulde ihnen von dem abgetretenen Saldo noch 4349 Fr. 25 Cts. (ohne Zins), sowie auf ihre Fakturen noch circa 1400 Fr.; sie fragten den Beklagten an, ob sie ihm die abgetretene Forderung rückcedieren, oder dafür Betreibung anheben sollten. Der Beklagte antwortete am 10. gl. Mts., die Kläger mögen nach ihrem Gutfinden schalten, wenn sie Betreibung anheben, werde er sich sämtlichen Verpflichtungen in dieser Angelegenheit den Klägern gegenüber entziehen, und sich in keiner Weise verantwortlich machen lassen, wenn ein Defizit entstehen sollte; „betreff den Zahlungen wird es sich dann schon zeigen, wenn es darauf abkommt, für was seine Einzahlungen zu verwenden sind.“ Am 14. Februar 1900 hoben die Kläger gegen Haller Betreibung an für den Betrag von 4349 Fr. 25 Cts. plus 1402 Fr. 50 Cts., zusammen 5751 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem Datum der Betreibung, indem sie zugleich dem Beklagten (mit Brief vom 16. Februar) hievon Mitteilung machten und ihn für einen eventuellen Verlust für den Rest seiner Abtretung von 4349 Fr. 25 Cts. samt Zins zu 5 % haftbar erklärten. Am 28. April 1900 wurde über Haller der Konkurs eröffnet. Die von den Klägern eingegebene und vom Gemeinschuldner anerkannte Forderung von 5751 Fr. 75 Cts. kam laut Verlustschein vom 22. Dezember 1900 gänzlich zu Verlust. Dagegen war den Klä-

gern in der Betreibung der Betrag von 330 Fr. 95 Cts. ausbezahlt worden.

2. Mit Klageschrift vom 27. April 1901 forderten nun die Kläger vom Beklagten den Betrag von 4097 Fr. 20 Cts. samt Zins zu 5 % seit 14. Februar 1900, sowie ihre Betreibungs- und Konkurskosten im Betrage von 84 Fr. 70 Cts. Die Klage stützt sich darauf, der Beklagte habe als Cedent der Forderung auf Haller für den Verlust, den die Kläger hieran erlitten, aufzukommen. Dieser Verlust betrage:

Ursprüngliche Forderung	Fr. 5849 25
Zahlung Hallers unterm 16. April 1899	Fr. 1500 —
Betreffnis der Betreibung	„ 252 05 „ 1752 05
	Fr. 4097 20

Der Beklagte, der auf Abweisung der Klage antrag, machte hiefür namentlich geltend, die Kläger hätten die Zahlungen Hallers zuerst auf der abgetretenen Forderung, und nicht auf ihren eigenen Fakturen, in Abrechnung bringen sollen. Ferner habe sich seine Garantie nur auf die Güte der Forderung an Haller im Momente der Abtretung und der Fälligkeit, nicht auf die spätere Zeit, erstreckt. Die Kläger erwiderten gegenüber dem erstern Standpunkte, der Beklagte habe die Rechnungsweise der Kläger durch Unterlassung eines Protestes gegen die ihm zugestellten Conto-Corrent-Auszüge über ihren Verkehr mit Haller anerkannt.

Die Vorinstanz ist zur Abweisung der Klage gelangt, indem sie davon ausging, der Beklagte habe eine Garantie „für zukünftig den abgetretenen Kunden zu gewährende Kredite“ ausdrücklich abgelehnt. Die Kläger hätten ihn daher in ihren Rechnungsaufstellungen nicht haftbar machen dürfen; ihre Handlungsweise widerspreche den Grundsätzen von Treu und Glauben. Vielmehr seien die Kläger verpflichtet gewesen, die Zahlungen Hallers vorerst am abgetretenen Saldo in Abrechnung zu bringen; da sie das nicht gethan und den Verkehr mit Haller unter Ausbeutung der Abtretung des Beklagten fortgesetzt haben, stehe ihnen die Einrede der Arglist entgegen.

3. Die Vorinstanz hat den zwischen den Parteien abgeschlo-

jenen Vertrag rechtlich dahin definiert, es liege „weder ein reiner Kaufvertrag noch ein reines Abtretungsgeschäft, sondern ein Rechtsgeschäft eigener Art vor, ein Kundschaftsverkauf, bei welchem der Geschäftsverkehr zwischen dem Käufer und den abgetretenen Kunden bestehen bleibt, bezw. fortgesetzt wird.“ In der That ist die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrages als „Abtretung der Kundschaft“ insofern juristisch ungenau, als weder ein Kauf, noch eine Abtretung im juristisch-technischen Sinne vorliegt; jener nicht, weil die Kundschaft eines Geschäftes nicht ein Kaufgegenstand ist, der zu vollem Rechte und Genuße übergeben werden kann; diese nicht, weil Gegenstand der Abtretung in juristisch-technischem Sinne nur Forderungen des Cedenten im eigentlichen Sinne sein können, durch die Überlassung der Kundschaft aber keine Forderung des Überlassenden übertragen wird, da diesem kein Recht den Kunden gegenüber zusteht, ihren Bedarf bei ihm zu beziehen. Die Abtretung der Kundschaft bedeutet vielmehr, daß der Abtretende sich verpflichtet, die thatsächlichen Beziehungen, in denen er zur Kundschaft steht, seinem Vertragsgegner, so viel an ihm liegt, zu überlassen, und hiezu gehört namentlich, daß er sich des Geschäftsverkehrs mit ihnen für die Zukunft enthält, wie dies auch in Ziffer 1 des vorliegenden Vertrages speziell stipuliert ist. Dagegen hat mit dem sog. Abtretungsvertrag auch eine wirkliche Abtretung im juristisch-technischen Sinne stattgefunden, nämlich eine Abtretung von Forderungen, die dem Beklagten aus dem Verkehr mit seinen Kunden, aus Warenlieferungen, zustanden. Mit Bezug auf den Kunden Haller, der hier einzig in Frage kommt, wurde den Klägern vom Beklagten abgetreten die Saldoforderung, die auf 13. März 1899 auf 5849 Fr. 25 Cts. berechnet war; diese Forderung war in der Person des Beklagten zur Zeit der „Überlassung“ dieses Kunden schon entstanden, und ging auf die Kläger über in demjenigen Maße und Bestande, in dem sie dem Beklagten zustand, so daß also mit Bezug auf diese Forderung eine Cession im juristisch-technischen Sinne vorliegt. Dagegen konnte sich die Cession nicht erstrecken auf die Forderungen, die aus der Zeit nach dem 15. März 1899 — dem Zeitpunkte der sog. Abtretung der Kundschaft — gegenüber den Kunden entstanden; denn diese Forderungen entstanden direkt in der Person der Kläger. Nur

aus jener erstern Forderung wird denn auch die Gewährleistungsklage der Kläger hergeleitet. Daß bezüglich dieser Forderung wirklich eine Abtretung stattfand, wird nicht etwa dadurch alteriert, daß der Kunde und debitor cessus Haller die Saldoforderung anzuerkennen hatte; es fand dadurch nicht etwa eine Novation statt, wie denn auch eine solche von den Parteien gar nicht behauptet wird.

4. Der Gewährleistungsklage nun, die sich, wie bemerkt, einzig auf die Saldoforderung des Beklagten an Haller vom 13. März 1899 bezieht, hält der Beklagte in erster Linie entgegen, die Kläger seien mit dieser Forderung gar nicht zu Verlust gekommen, da Haller den Betrag dieser Forderung schon längst bezahlt habe. In thatsächlicher Beziehung ist richtig, daß Haller außer den 1500 Fr., die von den Klägern auf die genannte Forderung angerechnet wurden, noch über 4800 Fr. an die Kläger bezahlt hat; dagegen machen die Kläger geltend, diese Zahlungen seien zur Tilgung ihrer eigenen Forderungen erfolgt, der Beklagte habe sich mit dieser Rechnungsweise einverstanden erklärt. Allein es kann den Klägern darin nicht beigegeben werden, daß dieses Einverständnis des Beklagten mit ihrer Rechnungsweise aus der Korrespondenz zwischen den Parteien hervorgehe. Aus dem Conto-Corrent-Auszug pro 15. August 1899 war nicht ersichtlich, daß die Kläger die von ihnen angewandte Rechnungsweise befolgten, da dort einfach die Zahlungen Hallers, ohne Unterschied, in sein Haben aufgenommen waren. Sobald aber der Beklagte ersah, daß die Kläger Zahlungen Hallers zunächst an ihren eigenen Forderungen abzogen (Brief der Kläger vom 7. Februar 1900), hat er hiegegen Einsprache erhoben. (Brief des Beklagten vom 10. gl. Mts.) Ebenso wenig aber findet sich in der Korrespondenz ein Beleg für die Behauptung des Beklagten, die Kläger haben selber ihre Rechnungsweise als unzulässig anerkannt. Es ist daher davon auszugehen, daß weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Vereinbarung der Parteien über die Unrechnungsweise der Zahlungen Hallers stattgefunden hat.

5. Die Frage, in welcher Weise die Zahlungen anzurechnen seien, wäre daher auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze zu lösen, wenn sie für die Entscheidung des Falles von Bedeutung wäre. Sie kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Klage ohne-

hin aus einem andern Gesichtspunkt abgewiesen werden muß. Der Beklagte hält nämlich der Klage weiter entgegen, die Gewährleistungspflicht des Cedenten falle dahin, wenn der Cessionar nicht zuerst die cedierte Forderung eingetrieben habe, bevor er den Cedenten belange; dies folge aus dem Grundsatz, daß der Cedent für die Einbringlichkeit der cedierten Forderung nur im Zeitpunkt der Abtretung bezw. der Fälligkeit dieser Forderung hafte. Obschon nun fraglich erscheint, ob jene Schlußfolgerung wirklich gezogen werden kann, ob also der für die Güte der Forderung haftende Cedent nur dann haftet, wenn der Cessionar vorerst die cedierte Forderung eingetrieben hat (vgl. § 1040 des alten zürcherischen P.-G.-B.), so ist doch an der Argumentation des Beklagten jedenfalls das richtig, daß die Haftbarkeit des Cedenten für die Einbringlichkeit der Forderung sich nur auf den Zeitpunkt der Abtretung resp. der Fälligkeit der cedierten Forderung erstreckt, gegenteilige Parteivereinbarungen vorbehalten. Dieser Satz ergibt sich aus Art. 192 O.-N., der von der Gewährleistungspflicht des Cedenten handelt. Wenn auch Abs. 1 dieses Artikels die Haftbarkeit des Cedenten nur für den Bestand der Forderung auf die Zeit der Abtretung beschränkt, so muß doch diese Bestimmung in analoger Weise auch mit Bezug auf die Haftbarkeit für die Güte der cedierten Forderung Anwendung finden. Denn die ratio legis ist hier die gleiche wie dort, nämlich die, daß es als eine ungerechtfertigte Härte bezeichnet werden müßte, wenn der Cedent in infinitum für alle künftigen Ereignisse sowohl mit Bezug auf den Bestand wie mit Bezug auf die Einbringlichkeit der Forderung haften würde. Die neuere juristische Literatur ist denn auch hierüber einig; und diese Anschauung entspricht auch der juristischen Konsequenz. „Denn wenn der Cedent bei der Cession für die Güte der Forderung Garantie leistet, so liegt „hierin zugleich die Zusage, daß dieselbe im Momente der Abtretung, und wenn die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben „wird, im Zeitpunkte der Fälligkeit sicher bezw. einbringlich sein „wird. Demgemäß liegt in dem späteren Eintritt der Unsicherheit „der cedierten Forderung ein Zufall, welchen der Cessionar zu „vertreten hat. Denn nach einer allgemein anerkannten Rechts- „regel, welche auch in Art. 204 O.-N. Aufnahme gefunden, trägt „von dem Zeitpunkte an, wo eine Verpflichtung seitens des

„Schuldners, z. B. des Verkäufers zu Leistung einer Sache, „entsteht, der Gläubiger die Gefahr für den zufälligen Untergang „und die Verschlechterung derselben. Diese Rechtsregel kann nun „auch Anwendung auf die Veräußerung einer Forderung finden „und zwar dann, wenn nach dem Zeitpunkte der Abtretung bezw. „Fälligkeit der cedierten Forderung die Zahlungsunfähigkeit des „Schuldners eintritt. Mit Recht sagt Schliemann (in seiner „Schrift, Haftbarkeit des Cedenten), „„daß diese später eintretende „„Insolvenz des Schuldners als eine Deterioration der Forderung „„zu betrachten sei.““ (So Attenhofer in Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., Bd. IX, S. 312.) Ist daher davon auszugehen, daß der Cedent für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur zur Zeit der Cession der Forderung und, wenn die Forderung erst später fällig wird, im Zeitpunkte der Fälligkeit haftet, so folgt hieraus, daß zum Fundament der Gewährleistungsklage die Thatsache gehört, daß zur Zeit der Abtretung bezw. Fälligkeit der Forderung die Zahlungsunfähigkeit des debitor cessus schon vorhanden war, so daß die Beweislast hiefür den Cessionar trifft. Dieser Beweis wird allerdings öfters dadurch überflüssig werden, daß aus dem Ausfall der Forderung mit zwingender Notwendigkeit auf die Uneinbringlichkeit zur Zeit der Cession bezw. der Fälligkeit zurückgeschlossen werden muß. Für einen solchen Rückschluß fehlen aber vorliegend alle Anhaltspunkte. Die Kläger haben nun die Insolvenz des debitor cessus im maßgebenden Zeitpunkte — 13. resp. 15. März 1899 — nicht einmal behauptet, und nach der Aktenlage gewiß mit Recht nicht, da ja Haller später noch größere Zahlungen an die Kläger geleistet hat. Die Gewährleistungsklage erscheint daher von diesem Gesichtspunkte aus als unbegründet, ohne daß es notwendig wäre, die Frage, ob den Klägern doloses Verhalten zur Last zu legen sei (was wohl eher verneint werden dürfte), zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 26. August 1901 in allen Teilen bestätigt.