

verfallen, so bleibt noch zu prüfen, ob dieser Betrag dem Beklagten gemäß seinem Hauptantrage voll zuzusprechen sei oder ob nicht vielmehr, im Sinne des Eventualbegehrens der Klägerin, eine Reduktion der Straffsumme in Anwendung des Art. 182 OR sich rechtfertige. Hierbei ist davon auszugehen, daß nach verbindlicher, weil auf das Gutachten des technischen Experten gestützter, Feststellung der Vorinstanz die der Klägerin gesetzte Erfüllungsfrist so knapp bemessen war, daß sie überhaupt nur für den — zum vornherein unwahrscheinlichen — Fall eines vollständig glatten Verlaufes der Arbeiten eingehalten werden konnte, und daß überdies der Endtermin der Frist so nahe an den Winter herangerückt war, daß eine Überschreitung dieses Termins die Gefahr des längeren Arbeitsunterbruchs durch den Frosteintritt mit sich brachte. Dazu kommt entscheidend, daß die vom Beklagten zu verantwortende Verzögerung der Arbeiten um zirka 4 Wochen diese Gefahr jedenfalls erheblich gesteigert, wenn nicht geradezu zur Verwirklichung gebracht hat. Denn angesichts der Tatsache, daß die Klägerin ihre Arbeiten nach deren Wiederaufnahme im Frühjahr in ungefähr einem Monat (23. März bis 27. April) zu Ende geführt hat, darf mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß sie ohne diese Verzögerung die Arbeiten noch vor Eintritt der Frostperiode beenden und damit die schwere Folge des Laufs der Konventionalstrafe während der ganzen Winterszeit hätte abwenden können. Unter diesen Umständen erscheint eine ganz erhebliche Reduktion der verfallenen Straffsumme als Gebot der Billigkeit. Und wenn nun die Vorinstanz den Strafzuspruch auf 15,000 Fr. beschränkt hat, so liegt für das Bundesgericht keine Veranlassung vor, diese Anwendung ihres billigen Ermessens zu beanstanden, besonders da jene Summe den vom kaufmännischen Experten ermittelten effektiven Schaden des Beklagten zufolge der verspäteten Fertigstellung des Baues zum größten Teil deckt und der vorinstanzliche Entscheid demnach auch aus diesem Gesichtspunkte, der bei Anwendung von Art. 182 OR sehr wohl mit herangezogen werden kann, den Verhältnissen des Falles im Hinblick auf das beidseitige Verschulden der Parteien durchaus gerecht wird. Das angefochtene Urteil ist somit in der Hauptsache ohne weiteres zu bestätigen. Dagegen ist dem eventuellen Begehren der Klägerin um

Festsetzung des Zinsbeginns schon auf den 1. Juli 1908 zu entscheiden, da die abweichende Bestimmung des obergerichtlichen Dispositives nach der zugehörigen unangefochtenen Begründung auf einem bloßen Versehen beruht; —

erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen und es wird das Urteil der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 27. September 1911 bestätigt, immerhin mit der Berichtigung des Dispositives 1, daß der Zins schon vom 1. Juli 1908 an zu bezahlen ist.

18. Urteil vom 9. März 1912 in Sachen

Böhler-Bieri, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Bucher, Bekl. u. Ver.-Bekl.

Prokura. Gehört eine Garantieübernahme zu den Rechtshandlungen, zu denen der Prokurist befugt ist?

Handelsfrau. Umfang der zum regelmässigen Betrieb ihres Gewerbes gehörigen Geschäfte.

A. — Durch Urteil vom 23. November 1911 hat die II. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt: „Die Klage wird abgewiesen und dem Beklagten in der Betreibung Art. 3819 definitive Rechtsöffnung erteilt für den Betrag von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit 5. April 1911, für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten und 10 Fr. Entschädigung.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt und begründet: 1. Das angefochtene Urteil sei in dem Sinne abzuändern, daß die von der Klägerin eingereichte Aberkennungsklage abgewiesen und der vom Beklagten in Betreibung gesetzte Anspruch von 2500 Fr. als unbegründet abgewiesen werde. 2. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Beweisverfahren darüber anzuordnen, ob die Garantieverpflichtung, die der Ehemann Böhler zu Gunsten der Firma Schlegler gegenüber dem Rechtsvorgänger des Klägers abgegeben hat, im Interesse der Firma Böhler-Bieri abgegeben worden sei und ob es sich hierbei um eine Rechtshand-

lung gehandelt habe, die zu dem regelmäßigen Berufe oder Gewerbe der Firma Böhler-Bieri im Sinne des Art. 34 des Bundesgesetzes betreffend das Obligationenrecht von 1881 gehöre.

C. — Der Beklagte hat in seiner Rechtsantwort beantragt: Es sei die Berufung hinsichtlich ihres Haupt- und ihres Eventualantrages als unbegründet abzuweisen, das angefochtene Urteil zu bestätigen und die erteilte Rechtsöffnung definitiv als zu Recht bestehend zu erklären.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin, Frau Böhler-Bieri ist als Handelsfrau für An- und Verkauf von Liegenschaften im Handelsregister eingetragen und ihr Ehemann als ihr Prokurist. Im gleichen Hause wie die Klägerin hat auch der Liegenschaftsagent Max Schlesinger sein Geschäftsbureau. Dieser hatte kraft gerichtlichen Urteils der Firma Spomi & Picci und Konsorten 10,034 Fr. 15 Cts. zu bezahlen. Am 30. November 1909 kam ein Vertrag zu Stande, wonach sich die Firmen Max Schlesinger und Böhler-Bieri verpflichteten, an Spomi & Picci und Konsorten zur Abfindung aller ihrer Ansprüche gegen Schlesinger 2500 Fr. zu bezahlen. Dieser Vertrag ist für die Firma Böhler-Bieri vom Ehemann Böhler als Prokurist unterzeichnet.

Die Forderung von 2500 Fr. ging in der Folge auf den heutigen Überfennungsbeklagten, Rechtsanwalt Bucher, über, der dafür gegen Frau Böhler-Bieri Betreibung angehoben und die provisorische Rechtsöffnung erwirkt hat. Die Klägerin verlangt mit der nunmehrigen, von beiden kantonalen Instanzen abgewiesenen Klage die Überfennung der in Betreibung gesetzten Forderung, weil ihre Garantieleistung keine Verpflichtung sei, die sie nach Art. 34 aOR gültig hätte eingehen können und weil ferner die Unterzeichnung des Vertrages durch ihren Ehemann nicht in den Kreis der ihm nach Art. 423 aOR zustehenden Vollmacht falle.

2. — Indem die Klägerin behauptet, daß ihr Ehemann mit der Unterzeichnung des Vertrages vom 30. November 1909 die Grenzen der ihm nach Art. 423 aOR als Prokuristen zustehenden Vertretungsbefugnis übertreten habe, erhebt sie die Einrede der mangelnden Passivlegitimation: Sie macht geltend, die durch die Vertragsunterzeichnung erfolgte Interzession gehe sie nichts an, weil

sie nicht Vertragspartei sei. Es ist also zu untersuchen, ob die streitige Interzession zu den Rechts-handlungen des Art. 423 aOR gehöre, „welche der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Prinzipals mit sich bringen kann“.

Laut dieser Umschreibung der Vollmacht des Prokuristen — die der des Kollektivgesellschafters gleichgestellt ist (Art. 561 aOR) — kommt es nicht darauf an, ob im gegebenen Falle die Rechts-handlung im Interesse des Prinzipals gelegen habe, und ebenso wenig darauf, ob der Betrieb des Geschäfts solche Rechts-handlungen gewöhnlich mit sich bringe. Vielmehr besteht die Vertretungsbefugnis für jede Rechts-handlung, die auch nur möglicherweise im Geschäftszweck begründet, also durch ihn nicht geradezu ausgeschlossen ist (vergl. Revue, XIV Nr. 112). Nun muß aber zum mindesten als möglich gelten, daß eine Interzession der vorliegenden Art im Interesse eines Geschäfts wie das von der Klägerin geführte liege: Die Klägerin befaßt sich gewerbsmäßig mit dem An- und Verkauf von Liegenschaften, und dieser Geschäftszweck kann es sehr wohl mit sich bringen, daß in Verbindung damit zu Gunsten von Dritten, mit denen geschäftliche Beziehungen bestehen, interveniert werden muß, etwa um einen solchen Dritten vor drängenden Gläubigern zu schirmen und hiedurch den normalen Gang oder den Kredit des eigenen Geschäftes vor Beeinträchtigung zu sichern.

Unerheblich ist die Behauptung der Klägerin, sie habe von dem Vertrage keine Kenntnis gehabt. Sobald der Ehemann nach Art. 423 zum Abschluß des Vertrages bevollmächtigt war, ist die Klägerin aus dem Abschluß ohne weiteres verpflichtet worden, ohne daß es noch ihrer nachträglichen Genehmigung bedurft hätte. Es wird auch nicht etwa geltend gemacht, sie habe die gesetzliche Vertretungsbefugnis ihres Ehemannes in Hinsicht auf solche Interzessionen durch besondere Erklärung beschränkt und der Beklagte habe dies gewußt, so daß der Vertrag nach Art. 423 Abs. 3 für sie unverbindlich sei.

In zweiter Linie behauptet die Klägerin, sie wäre durch den Vertrag auch dann nicht verpflichtet worden, wenn sie ihn selbst abgeschlossen hätte, indem er nicht in den Rahmen der in Art. 34 aOR erwähnten Geschäfte falle. In dieser Beziehung ist zunächst zu bemerken, daß die Art. 34 und 35 aOR — im Gegensatz zu

ihren Vorbildern, den Art. 220 und 447 des Code civil und den §§ 170, 270 und 345 des zürcherischen BGB — für die Haftung des Unmündigen und der Handels- und Gewerbefrau aus den von ihnen abgeschlossenen Geschäften nicht nur verlangen, daß das betreffende Geschäft zu dem von ihnen betriebenen Berufe oder Gewerbe überhaupt in einer Beziehung stehe. Vielmehr verlangt das OR — wie nun auch das ZGB (Art. 220^a und 412) — in bewußter und gewollter Abweichung von jenen zwei andern Gesetzgebungen eine Beziehung besonderer Art zum fraglichen Berufe oder Gewerbe, indem es die Haftung nur bei denjenigen Geschäften eintreten läßt, die „zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören“. Über die Tragweite dieser Einschränkung hat sich das Bundesgericht bereits in seinem Entscheide i. S. Salberg gegen Stapfer (NS 28 II S. 256 ff.) mit eingehender Begründung dahin ausgesprochen, daß unter die „zu dem regelmäßigen Betriebe gehörenden“ Geschäfte nicht nur solche fallen, die im Betriebe regelmäßig wiederkehren — als ein solches kann die streitige Interzession zum vornherein nicht gelten —, sondern auch nur ausnahmsweise vorkommende Geschäfte, wenn sie durch den regelmäßigen Betrieb herbeigeführt worden sind. Dabei trifft die Beweislast hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 34 nicht die Klägerin, sondern den Beklagten, da er gestützt auf diesen Artikel für den gegebenen Fall die Vertragsfähigkeit der Klägerin in ihrer Eigenschaft einer Handelsfrau, als eine Ausnahme von ihrer sonst bestehenden Vertragsunfähigkeit, behauptet.

Diesem ihm obliegenden Nachweis genügt der Beklagte nicht einfach durch den Hinweis auf die vorinstanzlich festgestellte Tatsache, daß die Firmen Schlesinger und Böhler eng miteinander liiert seien, daß eine Interessengemeinschaft zwischen ihnen bestehe und daß die Klägerin das Geschäft Schlesinger unterstützt habe, um es vor dem ökonomischen Ruin zu retten und hiedurch das eigene Geschäft vor Schaden zu bewahren. Vielmehr muß im weitern noch dargetan sein, daß die Interzession wegen solcher Geschäftsbeziehungen zu der Firma Schlesinger erfolgt sei, die in den Rahmen desjenigen Verkehrs fallen, der zum regelmäßigen Betriebe der Klägerin zur selbständigen Führung gestatteten

Gewerbes gehört. Dies trifft nun aber nach den vorinstanzlich als beweiskräftig erachteten Aussagen zu, die der Ehemann der Klägerin bei seiner persönlichen Befragung gemacht hat: Hiernach stehen die beiden Firmen in der Weise in Geschäftsverkehr, daß sie gemeinsam Agenturgeschäfte abschließen, wobei sich, wie anderseits festgestellt ist, dieser Geschäftsverkehr in einem gemeinsamen Bureau vollzieht. Es darf angenommen werden, daß diese Agenturgeschäfte zu dem regelmäßigen Betriebe des klägerischen Gewerbes gehören. Solche Agenturgeschäfte sind aller Vermutung nach in dem gewerbmäßigen Ankauf und Verkauf von Liegenschaften, was als Geschäftszweck der Klägerin im Handelsregister eingetragen ist, inbegriffen, indem die Bezeichnung Liegenschaftsagentur gemeinlich auch die Vermittlung von Liegenschaftskäufen umfaßt. Übrigens kommt es nicht auf die Art der Eintragung im Handelsregister, sondern darauf an, daß die klägerische Firma laut der erwähnten Aussage tatsächlich solche Geschäfte regelmäßig betreibt und daß der Ehemann dazu eingewilligt hat, da er sie ja als Prokurist besorgt. Nach alledem ist somit die streitige Interzession für die Klägerin gemäß Art. 34 rechtsverbindlich.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1911 in allen Teilen bestätigt.

19. Urteil vom 15. März 1912 in Sachen
Schweiz. Versicherungskassen für Buchdruckerei-Angestellte
Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Rhein, Kl. u. Ber.-Bekl.

Statutenbestimmung einer Genossenschaft, wonach die Verfügungen der Genossenschaftsorgane betr. den Ausschluss von Genossenschaftlern endgültig, der Anfechtung auf dem Wege gerichtlicher Klage entzogen sein sollen. Gültigkeit dieser Bestimmung bei Genossenschaften, deren Mitgliedschaft an Erfordernisse persönlicher Natur geknüpft ist: weder Verstoß gegen eine spezielle Vorschrift des Genossenschaftsrechts noch Unsittlichkeit im