

dû déboursier pour se procurer un autre wagon de semoule au moment où il lui aurait été possible de recevoir le wagon expédié par E. et F. Bernheim si ceux-ci n'en avaient pas disposé sans droit au profit de tiers.

4. — A la vérité, le dossier ne contient que peu de renseignements sur ce point spécial et le Tribunal fédéral serait par conséquent en droit de renvoyer l'affaire à l'instance cantonale pour complément du dossier et nouveau jugement dans le sens qui vient d'être indiqué. On peut toutefois constater que Spagnoli, ensuite de démarches faites auprès du Département politique fédéral, est, vers la mi-novembre 1914, entré en possession d'un autre wagon de semoule qui lui avait été expédié de Marseille peu avant la guerre par un autre vendeur, et qui avait, lui aussi, été arrêté en cours de route par le fait de la mobilisation générale ; il serait donc probablement entré en possession du wagon Bernheim à la même époque. Le dommage subi par le recourant est donc égal à la différence existant entre le prix auquel la semoule lui avait été facturée, soit 27 fr. 50 les 100 kilos et le cours de cette marchandise à la mi-novembre ; enfin ce dernier chiffre peut être tiré d'une lettre adressée au recourant par la maison B. Regli et Lacroix, négociants à Marseille, le 21 juin 1915, dans laquelle ils lui indiquent le prix de la semoule pendant les deux derniers mois de 1914, soit pour la mi-novembre 42 fr. 50. La différence de prix serait donc de 15 fr. par 100 kilos, ce qui donne pour 10 000 kilos une somme de 1500 fr. Il y a lieu toutefois d'admettre que la marchandise expédiée par E. et F. Bernheim à Spagnoli aurait subi jusqu'à son arrivée à Martigny à cette date une certaine dépréciation et de réduire *ex aequo et bono* à 1400 fr. la somme qu'il y a lieu d'accorder au recourant à titre de dommages-intérêts pour la non exécution de leurs obligations de vendeurs de la part de E. et F. Bernheim.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis partiellement et le jugement rendu par le Tribunal cantonal du Valais le 19 avril 1917 est modifié en ce sens que la somme que Jacques Spagnoli est en droit de déduire du montant alloué aux demandeurs est portée à 1400 fr.

**89. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. November 1917
i. S. Frau Thoma, Klägerin, gegen Kruta, Beklagten.**

Art. 466 ff. O. R. Anweisung auf Schuld. Kann der Angewiesene die Einrede, dass der Anweisende den mit ihm abgeschlossenen Kauf nicht erfüllt habe, dem Anweisungsempfänger entgegenhalten ?

A. — Durch Urteil vom 23. Mai 1917 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Rechtsbegehren :

a) der Hauptklage :

« Ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin 1900 Fr. »
» nebst Zins zu 5 % seit 14. November 1914 zu bezahlen ? »

b) der Widerklage :

« Ist die Widerbeklagte verpflichtet, dem Widerkläger »
» 2300 Fr. nebst 5 % Zins seit 24. November 1913 zu »
» bezahlen ? »

beschlossen :

» Vom Rückzug der Hauptklage wird Vormerk genommen ; »

und erkennt :

« Die Klägerin ist verpflichtet, dem Beklagten »
» 2300 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 24. November 1913 zu »
» bezahlen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin und Widerbeklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung, auf Abweisung der Widerklage im vollen Umfange, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Am 28. Juni 1913 schloss die Klägerin mit J. Fahrni in Zürich 4 folgende, als Kaufvertrag bezeichnete Vereinbarung ab :

« Herr J. Fahrni verkauft an Frau C. Thoma seine » Spritzmalerei sowie die Bureaueinrichtung, welche Eigentum des Herrn J. Fahrni sind und in den Liegenschaften des Herrn A. Thoma untergebracht sind, um » den Preis von 4400 Fr., Viertausend und vierhundert » Franken.

» Herr Fahrni hat das Recht, diese Kaufobjekte innerhalb 2 Jahren um den gleichen Preis wieder zurück zu kaufen und überlässt Frau Thoma dieselben während dieser Zeit zur freien Benutzung gegen angemessene » Entschädigung an Herrn Fahrni. »

Gleichen Tages stellte Fahrni der Klägerin eine Quittung für 4400 Fr. aus. Im ursprünglichen Text dieses Aktenstückes war die Summe als Darlehen bezeichnet ; der Anwalt der Klägerin änderte diese Bezeichnung dann aber in « Kaufpreis » um. Er begründet dies damit, dass die Klägerin Sicherheit für ein Darlehen habe erreichen wollen. Auf die nämliche Leistung von 4400 Fr. bezieht sich eine von Fahrni am 30. Juni 1913 unterzeichnete Quittung, in der dieser Betrag ebenfalls als Kaufsumme bezeichnet wird.

Am 24. November 1913 unterzeichneten sodann die Parteien und J. Fahrni in Zürich 4 folgenden Vertrag :

« 1. Herr J. Fahrni verkauft heute an Herrn A. Kruta seine in den Liegenschaften des Herrn A. Thoma & C^{ie}

in Zürich befindliche Spritzmalerei laut beigeschlossenem Inventarverzeichnis um den Preis von 10,000 Fr.

2. Herr Kruta verpflichtet sich, bei Abschluss des Vertrages 5000 Fr. in bar wie folgt zu zahlen.

a) 2500 Fr. an Frau Thoma gegen Ausgabe des unterm 28. Juni 1913 abgeschlossenen Kaufvertrages zwischen J. Fahrni und Frau Thoma.

b) 2500 Fr. an Herrn J. Fahrni.

3. Die Restsumme von Fünftausend Franken ist innert Jahresfrist wie folgt zu bezahlen : 1900 an Frau K. Thoma vorab, 3100 an Herrn Fahrni, nachdem Frau Thoma gedeckt ist.

4. Bis zur Auszahlung der Restsumme behalten sich Frau K. Thoma und J. Fahrni auf obgenanntes Kaufobjekt Eigentumsrecht vor. »

Einen Teil des Kaufpreises, 6300 Fr., tilgte der Beklagte, indem er dem Fahrni 3000 Fr. und der Klägerin 2500 Fr. bar bezahlte und weitere 800 Fr. gegenüber Fahrni verrechnete. In der Folge focht der Beklagte den Vertrag gegenüber Fahrni gerichtlich an, indem er behauptete, er sei von diesem durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschlusse verleitet worden. Fahrni stellte jener Klage eine Widerklage im Betrage von 3700 Fr. (Rest des Kaufpreises) entgegen, wovon er 800 Fr. für sich, 1900 Fr. (die heutige Hauptklageforderung) für die Klägerin und 1000 Fr. für die Firma A. Thoma & C^{ie} in Zürich verlangte. Die Forderung von 1900 Fr. liess er aber in der Replik zur Widerklage fallen. In jenem Prozesse, in dem der heutige Beklagte der heutigen Klägerin den Streit verkündete, ohne dass sich dieselbe aber am Prozesse beteiligt hätte, kam am 16. September 1915 ein Vergleich zu Stande, wonach sich Fahrni zur Rückzahlung von 3700 Fr. an den Beklagten verpflichtete, Haupt- und Widerklage zurückgezogen wurden und beide Parteien erklärten, dass damit alle Ansprüche unter ihnen endgültig erledigt seien. Gestützt hierauf wurde der Prozess

durch Gerichtsbeschluss vom 17. September 1915 als erledigt abgeschrieben.

Schon vorher, d. h. am 2. März 1915, hatte Fahrni mit der Klägerin einen Vergleich abgeschlossen, wodurch er ihr alle in seinem Eigentum stehenden Gegenstände, die sich seinerzeit im Hause Schöntalgasse 19/21 in Zürich befanden und von der Firma A. Thoma & C^{ie} gegenüber dem Beklagten mit Retention belegt worden waren, übertrug. Die betreffenden Sachen sind unbestrittenermassen mit jenen identisch, die Gegenstand des Vertrages vom 28. Juni 1913 zwischen der Klägerin und Fahrni bzw. desjenigen vom 24. November 1913 zwischen Fahrni und dem Beklagten gebildet hatten. In Ziff. 3 des Vergleiches wurde folgendes vereinbart: « Als Gegenwert für die Eigentumsübertragung erklärt hiemit Frau Thoma, dass sie auf alle weiteren Ansprüche gegenüber Herrn Fahrni, herrührend aus der Angelegenheit Kruta, verzichtet, speziell verzichtet Frau Thoma auf eine Regressforderung an Herrn Fahrni, wenn die von Fahrni an Thoma zedierten 1900 Fr. auf Kruta aus irgend einem Grunde von diesem nicht bestreibar sein sollen; ebenso erklärt Frau Thoma, dass, wenn sie aus irgend einem Grunde die von Kruta bereits erhaltenen 2500 Fr. wieder an ihn oder einen Rechtsnachfolger herausgeben müsste, sie auch für diesen Betrag auf jeden Regressanspruch gegenüber Herrn Fahrni verzichtet. »

Als der Beklagte den Saldo von 1900 Fr. laut Vertrag vom 24. November 1913 innert Frist an die Klägerin nicht bezahlte, leitete diese gegen ihn die vorliegende Klage ein; sie erblickt in jenem Vertrag eine Anweisung zu ihren Gunsten. Der Beklagte bestritt die Hauptklage, indem er ausführte: Die Klägerin sei zur Zeit des Vertragsabschlusses Eigentümerin des zum Kaufobjekte gehörenden Inventars gewesen, weshalb keine Anweisung vorliege und die Klägerin den Vertrag nicht als Anweisungsempfängerin, sondern als Kontrahentin unterzeichnet habe. Er sei deshalb berechtigt, den Vertrag auch gegen-

über der Klägerin wegen zivilrechtlichen Betrages anzufechten. Ueberdies fordert der Beklagte widerklageweise den der Klägerin gemäss Vertrag bezahlten Betrag von 2500 Fr., abzüglich 200 Fr., nebst 5 % Zins seit 24. November 1913 zurück.

Im Verlaufe des Prozesses hat die Klägerin mit Rücksicht auf den obigen Vergleich vom 2. März 1915 die Hauptklage auf Zahlung der 1900 Fr. zurückgezogen, sodass nur noch über die Widerklage zu entscheiden ist.

2. — Der dem vorliegenden Prozess zu Grunde liegende Vertrag vom 24. November 1913 stellt sich rechtlich dar als ein Kaufvertrag zwischen Fahrni und dem Beklagten und, im Verhältnis zur Klägerin, als eine Anweisung im Sinne von Art. 446 ff. OR, wobei Fahrni als der Anweisende, der Beklagte als der Angewiesene und die Klägerin als die Anweisungsempfängerin erschien. Und zwar hat man es, wie die Vorinstanz richtig ausführt, mit einer sog. Anweisung auf Schuld zu tun, indem Fahrni den Beklagten anwies, seine Darlehensschuld von 4400 Fr. gegenüber der Klägerin dadurch zu tilgen, dass er eine entsprechende Summe von seiner Kaufpreisschuld von 10,000 Fr. gegenüber Fahrni statt an diesen an die Klägerin, und zwar 2500 Fr. sofort und den Rest von 1900 Fr. innert Jahresfrist, ausbezahlte. Dass der Beklagte die Anweisung gegenüber der Anweisungsempfängerin angenommen hat, geht schon daraus hervor, dass er die 2500 Fr. anstandslos an sie entrichtet hat. Er kann ihr daher nach Art. 468 OR nur solche Einreden entgegensetzen, die sich aus ihrem persönlichen Verhältnis oder aus dem Inhalte der Anweisung selbst ergeben, nicht aber solche aus seinem Verhältnis zum Anweisenden. Die Klägerin macht nun aber geltend, dass die Einrede, welche der Beklagte erhebt, um die Rückforderung des an sie ausbezahlten Betrages zu begründen, das Verhältnis zwischen dem Beklagten als Angewiesenen und Fahrni als Anweisenden betreffe. Allein zu Unrecht. Denn der Beklagte hat sich nicht einfach zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme an die Klä-

gerin verpflichtet, sondern zur Ausrichtung eines Teiles des Kaufpreises für die vom Anweisenden erworbene Sache. Das setzt voraus, dass der Kauf zustande gekommen und der Beklagte Eigentümer jener Sache und Schuldner des Kaufpreises geworden ist. Macht aber, wie hier, der Angewiesene geltend, dass der Anweisende seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nicht erfüllt habe, so kann diese Einrede nicht als eine solche aus dem Deckungsverhältnis zwischen Anweisenden und Angewiesenen bezeichnet werden; vielmehr handelt es sich um eine Einrede, die sich aus dem Inhalt der Anweisung selbst ergibt und deshalb vom Angewiesenen auch dem Anweisungsempfänger entgegengehalten werden kann. Der Beklagte war als Angewiesener der Klägerin als Anweisungsempfängerin gegenüber nur soweit verpflichtet, als er infolge des Kaufes von Fahrni dessen Schuldner wurde; die Anweisung war also, wie alle Anweisungen auf Schuld, eine bedingte. Ist der Beklagte nicht Kaufpreisschuldner Fahrnis geworden, so kann er sich weigern, die Anweisung zu vollziehen und einen allfällig bereits an die Anweisungsempfängerin bezahlten Betrag zurückfordern (vergl. HAFNER, Komm., Anm. 3 und 5 zu Art 409 aOR, SCHNEIDER & FICK, Anm. 5 eod., OSER, Anm. II 1 b zu Art. 468, FICK Anm. 23 eod., sowie BGE 17 493 Erw. 7, 21 1149 Erw. 6).

Durch den Vergleich vom 2. März 1915 hat nun Fahrni die Gegenstände, die er durch den Vertrag vom 24. November 1913 an den Beklagten verkauft hatte, nochmals an die Klägerin veräussert. Letztere wäre daher zum Schaden des Beklagten bereichert, wenn sie trotzdem die von jenem erhaltenen 2500 Fr. behalten würde. Dass Fahrni sich im Vertrag vom 24. November 1913 das Eigentum an den Kaufgegenständen bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises (die nicht erfolgt ist) vorbehalten hatte, ändert daran nichts; denn wenn er von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch machen wollte, so hätte er gemäss Art. 227 OR die empfangenen Leistungen, also

auch den vom Beklagten für seine Rechnung an die Klägerin gezahlten Kaufpreisanteil von 2500 Fr., zurückerstatten sollen. Dadurch, dass er dies unterliess und die Gegenstände weiter verkaufte, hat er den Vertrag vom 24. November 1913 verletzt; folglich war der Beklagte von der Bezahlung des Kaufpreises enthoben und zur Rückforderung jenes Kaufpreisanteils von der Klägerin berechtigt.

3. — Da das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Anweisung anzusehen ist und die Widerklage nach dem Gesagten auf Grund von Art. 468 OR gutgeheissen werden muss, braucht nicht untersucht zu werden, ob sie auch dann als begründet erschiene, wenn das Rechtsverhältnis als Schuldübernahme aufgefasst würde, wie denn auch die Klägerin selber vor den kantonalen Instanzen den Standpunkt eingenommen hat, es liege eine Anweisung vor.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 1917 bestätigt.

V. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

90. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1917
i. S. *Société française de cotons à coudre*, Klägerin,
gegen *E. Mettler-Müller*, Beklagten.

Markenrecht. Genügende Unterscheidbarkeit von Marken? MSchG Art. 6 Abs. 1 u. 2 und Art. 24 lit. a.

A. — Durch Urteil vom 3. Mai 1917 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen die Klage, die dahin geht, es sei zu erkennen: