

et la note marginale dit qu'il s'agit d'*exceptions* à la règle selon laquelle la tentative est obligatoire « Ausnahmen ». D'où l'on peut conclure que la conciliation, sans être prévue dans ces cas, est cependant possible, en ce sens que si une partie cite l'autre devant le juge conciliateur et que celui-ci délivre un acte de non-conciliation, il ne procède pas à un acte qui, juridiquement, doit être tenu pour nul et non avenu. Quant à l'art. 129 CPC, il dispense certaines causes de la conciliation en raison du domicile ou de la qualité d'une des parties (demandeur domicilié hors du canton, administration publique partie au procès).

L'arrêt du Tribunal fédéral, 42 II p. 103, parle, il est vrai, du cas où la procédure cantonale « prescrit » (« vorschreibt ») la citation en conciliation, mais ne distingue en réalité pas entre la tentative obligatoire et la tentative simplement facultative. Avec raison. Cette question n'est pas essentielle. Ce qui importe du point de vue du droit fédéral, ce n'est pas le caractère obligatoire ou facultatif de la tentative de conciliation, c'est la constatation que le demandeur a requis à un moment donné pour la première fois la protection du juge, sous une forme déterminée, admise par le droit cantonal. Faire abstraction de la tentative conciliatoire lorsque la loi cantonale ne l'ordonne pas mais ne l'exclut pas non plus, ce serait faire pâtir le demandeur de l'essai d'accommoder le conflit sous l'autorité du juge conciliateur avant de déposer son « mémoire introductif d'instance ». Dans le présent cas, la défenderesse a été citée en conciliation, elle n'a pas décliné la compétence du juge de commune pour procéder à cet acte préliminaire ; et le juge ne s'est pas non plus déclaré d'office incompetent, il a, au contraire, délivré un acte de non-conciliation. Ces faits mêmes montrent que la tentative de conciliation pouvait valablement avoir lieu. Enfin, il convient de remarquer que l'action n'était pas fondée uniquement sur les art. 86 LP et 62 et 63 CO, mais que le demandeur invoquait aussi les art. 41 et 509 CO,

moyens sur lesquels la conciliation devait être tentée selon l'art. 127 CPC valaisan.

Il suit de ces considérations que, contrairement à l'avis des premiers juges, le demandeur a intenté l'action dans le délai d'une année fixée par l'art. 86 LP, que cette action est fondée et que, dès lors, le jugement attaqué doit être confirmé dans son dispositif.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

**36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Juli 1937
i. S. Papier-Handelsgesellschaft Zürich gegen Müller-Messmer.**

Doppelvertretung ist wie Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich unstatthaft.

Folge: Ungültigkeit des Geschäftsabschlusses; Vorbehalt der Genehmigung.

Entsprechende Anwendung dieser Regeln auf Organe juristischer Personen.

Im Konkurs der Lagerhaus Giesshübel A.-G. in Zürich, vormals Jucker-Wegmann A.-G., hat sich der als Gläubiger kollozierte H. Müller-Messmer den Rechtsanspruch der Konkursmasse auf Anfechtung des am 15. November 1932 von der jetzigen Gemeinschuldnerin mit der Papierhandels-gesellschaft Zürich abgeschlossenen Kaufvertrages und eventuell auf Admassierung der auf Grund dieses Vertrages an die Käuferin übertragenen Vermögenswerte nach Art. 260 SchKG abtreten lassen. Demzufolge verlangt er mit der vorliegenden gegen die Papierhandels-gesellschaft angehobenen Klage die Herausgabe bezw. Übertragung der betreffenden (näher bezeichneten) Vermögenswerte, eventuell die Bezahlung eines Betrages von Fr. 53,062.57 mit Zins zu 5 % seit dem 19. Dezember 1933. Die Beklagte widersetzt sich der Klage und verlangt eventuell widerklageweise die Ersetzung der Gegenleistung bis zu Fr. 62,908.87. Die kantonalen Gerichte haben die Klage zugesprochen und die Widerklage von der Hand

gewiesen. Die Beklagte zieht das Urteil des Obergerichtes im Sinne ihrer früheren Anträge an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Vertrag vom 15. November 1932 wurde von A. Jucker-Wegmann namens beider Vertragsparteien abgeschlossen. Für die Verkäuferin und Zedentin handelte er als deren einziger Verwaltungsrat, für die Käuferin und Zessionarin als deren einziger Vorstand. Das Obergericht erachtet demzufolge den Vertrag wegen unzulässiger Doppelvertretung als ungültig (nichtig oder anfechtbar, was offen gelassen wird). Mit Recht. Wie bereits entschieden wurde, ist das Kontrahieren eines Stellvertreters mit sich selbst wegen der in der Regel bestehenden Interessenkollision grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme greift nur Platz, wo keine Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen durch den Vertreter besteht und daher anzunehmen ist, jener habe diesem das « Selbstkontrahieren » gestattet (BGE 39 II 566 ; 50 II 183 ; 57 II 560). Gleiches gilt, was in BGE 41 II 392 offen gelassen wurde, gemäss den dort immerhin schon gemachten Andeutungen auch für die Doppelvertretung, den Fall also, wo jemand, der zwar nicht selbst Vertragspartei ist, als Vertreter beider Parteien handelt. Auch in diesem Falle liegen in der Regel Interessengegensätze vor, aus denen die Gefahr erwächst, dass der gemeinsame Vertreter die eine Partei zum Nachteil der andern begünstigen möchte. Das trifft nicht nur bei rechtsgeschäftlicher, sondern ebenso bei gesetzlicher Vertretung zu. Daher sind Selbstkontrahieren und Doppelvertretung auch dann grundsätzlich unstatthaft, wenn der Vertretene nicht selbst handeln oder einen andern Vertreter bezeichnen kann. Den nämlichen Regeln ist nun ferner die Handlungsmacht der Organe juristischer Personen zu unterstellen. Wer Organstellung hat, handelt allerdings nicht als in einem Stellvertretungsverhältnis stehender Dritter, sondern bringt unmittelbar den Willen der Verbandsperson zum Ausdruck (Art. 55 ZGB). Allein

er hat wie ein gewöhnlicher Vertreter persönliche Interessen, die denen der Verbandsperson zuwiderlaufen können, und wenn er für zwei Parteien zugleich als Organ handelt, besteht die Gefahr der Bevorzugung der einen Partei ebenso wie beim Geschäftsabschluss durch einen gemeinsamen Drittvertreter. Es mag dahingestellt bleiben, ob allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen die damit gegebenen Schranken der Handlungsmacht unbeachtlich werden, wenn die zunächst vorhandene Gefahr der Benachteiligung der einen Vertragspartei durch die konkreten Vertragsbestimmungen gebannt ist. Hier verhielt es sich keineswegs so. Durch den angefochtenen Vertrag wurden Waren der jetzigen Gemeinschuldnerin verschleudert, die zudem ein Konkurrenzverbot zu Gunsten der Beklagten einging. Dieser Vertrag ist nach dem Gesagten nicht gültig zustandegekommen. Er war freilich nicht schlechthin nichtig, vielmehr hätte der Mangel der Überschreitung der Handlungsmacht durch Genehmigung seitens eines neuen Verwaltungsrates geheilt werden können, allenfalls auf Fristansetzung durch die Beklagte hin, gleich wie ein ohne Vollmacht für einen Andern abgeschlossenes Geschäft von diesem genehmigt werden kann (Art. 38 OR ; vgl. REICHEL, Selbstkontrahieren des Vertreters, in SJZ 12 S. 25). An einer solchen Genehmigung fehlt es aber, und sie hätte sich auch nicht rechtfertigen lassen.

Der Vertrag hält zudem der Anfechtung gemäss Art. 288 SchKG nicht stand, wie das Obergericht zutreffend darlegt.

2. — Da die Konkursmasse durch Gegenleistungen der Beklagten nur allenfalls im Sinne einer Verringerung der Passivmasse bereichert worden ist, hat das Obergericht den widerklageweise geltend gemachten Gegenanspruch mit Recht auf den Weg der nachträglichen Eingabe zur Kollokation verwiesen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. März 1937 bestätigt.