

Sie konnte es ohne grössere Umtriebe oder nachteilige Verzögerung tun, da ein Einzelner, der zur Vertretung sämtlicher Aktien legitimierte Devesceri, ihren Willen verkörperte. Sachlich erheischten die laufenden Geschäfte, auch die weder besonders schwierige noch ungewöhnliche Errichtung eines Schuldbriefes, keine andere Lösung. Mit dem Wesen und den Bedürfnissen der Gesellschaft war Devesceri als Verwaltungsrat der ihr nahe verbundenen Chaletfabrik Davos A.-G. völlig vertraut. Von der Klägerin selber wird zugegeben, dass seine « Unehrllichkeit » damals noch nicht bekannt gewesen sei. Die versuchte Heranziehung des Art. 711 Abs. 1 OR geht schon deswegen fehl, weil Devesceri wohl Ausländer, aber nicht Verwaltungsrat der Klägerin war und auch nicht als solcher nach aussen auftrat. Für die Vermutung, er habe jene Vorschrift zu umgehen getrachtet, gebietet es an irgendwelchem Anhalt.

Unter den obwaltenden Umständen bestand kein zwingender Anlass, der Klägerin einen Beistand zu ernennen. Das Vorgehen der Generalversammlung ist daher nicht zu beanstanden. Der Beschluss vom 24. Februar 1949 und der übereinstimmende Auftrag an den Zweitbeklagten sind rechtsgültig. Sie decken vollumfänglich die vom Zweitbeklagten am 28. April 1949 abgegebene und öffentlich beurkundete Erklärung, womit der Klage das Fundament entzogen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das vorinstanzliche Urteil bestätigt.

64. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. November 1952 i. S. Bosco A.-G. gegen Keller.

Art. 400 OR.

Der Beauftragte ist nicht berechtigt, die Erstattung überlassener Unterlagen von vorangehender Entlastung durch den Auftraggeber abhängig zu machen.

Art. 400 CO.

Le mandataire n'est pas autorisé à subordonner la restitution des pièces justificatives qui lui ont été confiées à la condition que le mandant lui donne d'abord décharge de son mandat.

Art. 400 CO.

Il mandatario non è autorizzato a far dipendere la restituzione dei documenti giustificativi affidatigli alla condizione che il mandante gli dia dapprima scarico del suo mandato.

Tatbestand :

Im April 1950 wurde Charles Keller von der Bosco A.-G. mit der Besorgung der Buchhaltung betraut. Nach Beendigung des Auftragsverhältnisses im Mai 1951 weigerte sich Keller, die überlassenen Unterlagen ohne vorherige Prüfung der Buchführung und Décharge-Erteilung zu erstatten. Deswegen kam es zwischen den Parteien zum Prozess, in welchem die Bosco A.-G. die Herausgabe sämtlicher Bücher, Belege und Korrespondenzen verlangte.

Die Gerichte des Kantons Schwyz, das Kantonsgericht mit Urteil vom 7. Juli 1952, wiesen die Klage ab, unter Vorbehalt der Parteierklärung des Beklagten, er sei « bereit, die Geschäftsbücher, Geschäftsbelege, Korrespondenzen usw. an die Klägerin herauszugeben, sofern diese ihm nach erfolgter Prüfung der Buchhaltung und nach Richtigbefund Entlastung erteilt ».

Auf Berufung der Klägerin hin wird vom Bundesgericht der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Klage geschützt.

Aus den Erwägungen :

2. — Die in der Sache anwendbaren Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff OR) sehen eine Entlastung des Beauftragten nach Abschluss seiner Tätigkeit nicht ausdrücklich vor. Trotzdem wird zumindest bei der Verwaltung fremden Gutes angenommen, die Entlastung entspreche einem berechtigten Interesse des Rechnungsführers, der allgemeinen Sitte und dem, was er nach Treu und Glauben erwarten dürfe (DERNBURG, Bürgerliches

Recht II/1 S. 92 § 40, HOENIGER in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 27 S. 146 ; vgl. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, S. 572).

Vorliegend geht es offenbar nicht um die Verwaltung fremden Gutes, sondern ausschliesslich um die Führung einer Buchhaltung. Aber wenn es sich noch anders verhielte, so würde die Nichterteilung der Entlastung dem Beauftragten kein retentionsähnliches Zurückbehaltungsrecht vermitteln. Zwar ist auch für das schweizerische Recht grundsätzlich das sogenannte obligatorische Retentionsrecht anzuerkennen, vermöge dessen ein Kontrahent selbst ausserhalb des Geltungsbereiches des Art. 82 OR seine Leistung verweigern kann, bis ihm die aus dem gleichen rechtlichen Verhältnis geschuldete Gegenleistung gewährt wird (VON TUHR S. 468). Indessen lässt sich von Gegenleistung in diesem Sinne bei der Entlastung nicht sprechen, da sie nicht Vertragsgegenstand ist, sondern lediglich eine der Vertragslösung zum Schutz des gewesenen Kontrahenten nachgehende Erklärung darstellt. Deshalb kann der Berechtigte auch nicht Zugumzugleistung fordern, sondern erst hinterher auf Entlastungsklagen (HOENIGER a.a.O.).

Die Vorinstanz findet, jede andere als die von ihr befürwortete Betrachtungsweise würde auf Seite des Beklagten zu Beweisschwierigkeiten führen. Das allein genügt aber nicht, um ein Abweichen von der in Art. 400 Abs. 1 OR festgelegten Rückgabepflicht zu rechtfertigen. Selbst wo das Gesetz eine Décharge-Erteilung eigens vorsieht, wie namentlich im Aktienrecht, kann der Berechtigte nicht verhindern, dass die für die Entlastung zuständige Stelle schon vor einem dahingehenden Beschluss über alle benötigten Unterlagen verfügt. Hier wie dort ist demjenigen, der Anspruch auf Entlastung hat, höchstens die Befugnis einzuräumen, unter besonderen Umständen, etwa im Hinblick auf die Gefahr einer Veränderung massgeblicher Dokumente, um Erlass einer provisorischen Verfügung nachzusuchen, wobei er gleichzeitig die dem

Auftraggeber gehörenden Bücher oder Belege, die er als Beauftragter besitzt, gerichtlich zu hinterlegen hätte.

Endlich hält auch die vorinstanzliche Auffassung nicht stand, die Pflicht des Beauftragten zur Rechnungsablegung enthalte das « korrespondierende Recht » darauf, wirklich Rechenschaft geben zu können. Denn im vorneherein hätte ein solches Recht nur Bedeutung in bezug auf eine abschliessende Entlastung. Diese aber vermag, wie dargelegt, keine Zurückhaltung zu begründen, weil eben jenes von der Vorinstanz angenommene Recht, wenn es besteht, auch ohne sie durchgesetzt werden kann.

Vgl. auch Nr. 50, 52, 60, 66. — Voir aussi nos 50, 52, 60, 66.

VI. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 1952 i. S. John Wyeth & Brother Ltd. gegen Dr. A. Wander A.-G.

Verwechselbarkeit der für gleichartige pharmazeutische Präparate bestimmten Marken Alucol und Aludrox. Art. 6 MSchG.

Possibilité de confusion des marques Alucol et Aludrox utilisées pour désigner des produits pharmaceutiques du même genre. Art. 6 LMF.

Possibilità di confusione delle marche Alucol e Aludrox adoperate per designare dei prodotti farmaceutici dello stesso genere. Art. 6 LMF.

A. — Die Firma Dr. A. Wander A.-G. in Bern ist Inhaberin der Fabrik- und Handelsmarke « Alucol ». Diese ist als Wortmarke seit 1919, erneuert 1939 unter Nr. 95 745, und als kombinierte Wort- Bildmarke seit 1925, erneuert