

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. März 1914 i. S.
 Seligmann, Kläger, gegen Weber, Beklagten.

Gesellschaftsvertrag zum Zwecke der Tilgung der Hypothekschuld eines Dritten, der Auslösung mitverpfändeter Maschinen und des gemeinsamen Verkaufs dieser. Prüfung, ob die Verbindlichkeit dieses Vertrages von dem Zustandekommen eines Kaufs der Liegenschaft durch den einen Gesellschafter abhänge. Vertragsanfechtung wegen Betruges: Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *incidens*. Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung einer Quote des Gesellschaftsbeitrages, die für den Gesellschaftszweck nicht mehr erforderlich ist.

1. — Ein Schwager des Beklagten Weber, namens Steiger, war Eigentümer einer Stickerei in Tablat. Auf der Liegenschaft lastete zu Gunsten der thurgauischen Hypothekenbank in Frauenfeld eine letzte Hypothek von 15,000 Fr., bei der auch die Maschinen in die Pfandhaft einbezogen waren. Infolge schlechten Ganges musste das Geschäft liquidiert werden und es erklärte sich Anfangs September 1912 der Kläger Seligmann bereit, die Liegenschaft für 85,000 Fr. zu kaufen. Damit die Fertigung erfolgen konnte, waren die Hypotheken abzulösen. Mit Bezug auf die dritte kam zwischen den heutigen Prozessparteien eine Einigung zu Stande, worüber der Kläger dem Beklagten am 20. September 1912 schrieb:

« Wie mir Herr Löpfe mitteilt, hängt die amtliche Uebertragung der Fabrik nur noch von der Bereinigung einiger kleiner Details ab und bestätige ich Ihnen

» im nachfolgenden die für den Fall des definitiven Verkaufes zwischen uns getroffene Vereinbarung betreffe der Maschinen.» — (folgt ein auf den Liegenschaftskauf sich beziehender Passus). — « Laut Ihren Berichten sind die bei der Thurgauischen Hypohekenbank verpfändeten Maschinen auf Fr. 12,000 abbezahlt worden, welche letztere Summe Sie und ich gemeinsam zu gleichen Teilen von je Fr. 6000 der Thurgauischen Hypothekenbank bezahlen. Diese Zahlung hat vor der Ratification des Liegenschaftsverkaufes durch Sie zu erfolgen. Damit gehen sämtliche in der Fabrik befindlichen Maschinen in unsern gemeinsamen Besitz über und sind alsdann auf gemeinschaftliche Rechnung zu verkaufen. Ein eventueller Verlust wird von uns beiden zu gleichen Teilen getragen, während ein eventuelles Benefice Ihnen allein zukommt. »

Am 22. September schrieb der Beklagte dem Kläger: Steiger habe die ihm zugedachten 3000 Fr. nicht zur Hand; ob der Kläger nicht geneigt wäre, gemeinsam mit ihm die vollen 15,000 Fr. an die Hypothekenbank zu bezahlen. Darauf sandte der Kläger dem Beklagten am 30. September einen Check von 7500 Fr. « als Anteil zur Ablösung der Schuld bei der Thurg. Hypothekenbank. » Der Beklagte antwortete gleichen Tages: « Ich bestätige Ihnen den Empfang von 7500 Fr. per Check St. Gallen, welche laut Ihrer Aufgabe verwendet habe. Sofort nach Eingang des Titels von der Thurgauischen Hypothekenbank werde ich Ihnen berichten. » Wie jedoch der Beklagte im Prozess durch seinen Vertreter hat erklären lassen und bestätigt wurde durch einen Bericht der Thurg. Hypothekenbank, hat in Wirklichkeit der Beklagte damals mit den 7500 Fr. des Klägers nur 2500 Fr. von sich dieser Bank übersandt. Den Kapitalrest von 5000 Fr. der Hypothekenschuld samt Zinsen und Spesen, zusammen 6172 Fr., verrechnete die Bank mit einem Obligo gleichen Betrags, das ihr Steiger ausstellte und ein Moos als Bürge unterschrieb.

Am 25. November 1912 erklärte der Kläger dem Beklagten, dass er auf den Erwerb der Liegenschaft verzichte; damit falle die Voraussetzung in seinem Brief vom 20. September 1912 dahin und er ersuche um Rücksendung der überwiesenen 7500 Fr. Mit der jetzigen Klage wiederholt er sein Begehren auf Bezahlung dieses Betrages und verlangt Verzugszinsen zu 5 % seit dem 28. November 1912. Eventuell beantragt er, die Klage im Betrage von 2500 Fr. zu schützen. Die Vorinstanz hat diese mit Entscheid vom 15. November 1913 zur Zeit abgewiesen, welchen Entscheid beide Parteien durch Berufung anfechten, der Kläger, indem er seine Klagebegehren erneuert, der Beklagte, indem er die Klage gänzlich abgewiesen wissen will.

2. — Die streitige Vereinbarung bildet einen Gesellschaftsvertrag: Die Parteien haben sich geeinigt, mit gemeinsamen Mitteln die auf der Steigerschen Liegenschaft lastende dritte Hypothek von 15,000 Fr. tilgen zu helfen, hiedurch die mitverpfändeten Maschinen auszulösen und diese dann gemeinsam zu verkaufen. Dabei war ihre Meinung, dass bei der Tilgung der Hypothek auch der Hypothekenschuldner Steiger, soweit dazu im Stande, mithelfen solle, und zwar waren ihm anfänglich 3000 Fr. zugedacht worden, weshalb die Vertragsparteien den Beitrag jeder von ihnen auf 6000 Fr. ansetzten. Später haben sie dann auf Grund der Angabe des Beklagten, dass Steiger die 3000 Fr. nicht zur Hand habe, den Vertrag in dem Sinne abgeändert, dass sie sich einigten, die zur Ablösung der Hypothek erforderlichen 15,000 Fr. voll aufzubringen, womit nunmehr auf jeden ein Betrag von 7500 Fr. entfiel. Nach all dem muss als Vertragswille gelten, dass die Beitragspflicht für beide gleich sein und ferner nur in dem Umfange bestehen solle, als nicht der Schuldner selbst durch eigene Leistung zur Ablösung der Hypothek beitragen könne. Die Bestimmung endlich, dass der Kläger nur

an einem Verlust, nicht auch an einem Gewinn aus dem Verkaufe der Maschinen teilhaben solle, ändert an der Natur der Vereinbarung als Gesellschaftsvertrag nichts und sie ist im übrigen für den Prozess ohne Bedeutung.

3. — Der Kläger begründet sein Hauptbegehren auf Bezahlung von 7500 Fr. zunächst damit, dass die streitige Vereinbarung für ihn deshalb unverbindlich sei, weil er einen gültigen Verkauf über die Liegenschaft nicht eingegangen habe. Nun hängen freilich das fragliche Kaufgeschäft und jene Vereinbarung in der Weise zusammen, dass die zum Inhalte der Vereinbarung gehörende Ablösung der dritten Hypothek eine Voraussetzung für den Abschluss oder doch für die Vollziehung des Kaufvertrages bildet, indem keine Hypotheken auf den Käufer übergehen sollten. Aber dieser Zusammenhang ist doch nur ein wirtschaftlicher, kein rechtlicher; letzteres zum mindesten nicht in dem vom Kläger behaupteten Sinne, dass das Zustandekommen eines verbindlichen Gesellschaftsvertrages von dem des Kaufvertrages abgehängt hätte. Freilich hat bei der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses der Kläger seine vertragliche Zustimmungserklärung « für den Fall des definitiven Verkaufes » abgegeben. Allein das ist nur eine unklare Ausdrucksweise, die zwar dartut, dass sich der Kläger die beiden Geschäfte als in Beziehung stehend dachte, die aber nicht gegen seinen Willen spricht, einen sofort verbindlichen Gesellschaftsvertrag abzuschliessen. Dass vielmehr dies sein Wille war, ergibt sich namentlich aus zwei Umständen: Einmal nämlich hat der Kläger beim Vertragsabschlusse selbst erklärt, die Gesellschaftsbeiträge seien vor der Ratifikation des Liegenschaftskaufes einzuzahlen. Und sodann hat er in der Folge seinen (erhöhten) Beitrag von 7500 Fr. vorbehaltlos geleistet und nichts eingewendet, als der Beklagte ihm von der Verwendung dieser Summe zum Gesellschaftszwecke Kenntniss gab und ihn damit wissen liess,

dass der Vertrag auch im Verhältnis nach aussen vollzogen werde.

4. — In zweiter Linie macht der Kläger zur Begründung seines Hauptantrages gestützt auf den Art. 28 OR geltend, er sei durch absichtliche Täuschung zum Vertragsabschlusse verleitet worden, indem ihm der Beklagte wider besseres Wissen angegeben habe, Steiger sei ausser Stande, etwas an die 15,000 Fr. zu leisten. In dieser Beziehung ist vor allem, unter der Voraussetzung, dass dem Beklagten wirklich eine solche Täuschung zur Last falle, zu prüfen, ob alsdann dem Kläger daraus ein Anspruch auf Bezahlung der vollen 7500 Fr. erwachsen sei. Dabei müssen die anfängliche Vereinbarung des ganzen Gesellschaftsverhältnisses und die später vereinbarte Erhöhung der Beiträge auseinandergelassen werden.

a) Laut jener haben die Parteien die Gesellschaftsbeiträge anfangs auf je 6000 Fr., zusammen 12,000 Fr., festgesetzt. Bei seiner vertraglichen Willenserklärung konnte also der Kläger nicht davon ausgehen, dass Steiger keine Leistung, sondern allfällig nur davon, dass er keine höhere als 3000 Fr. werde machen können. In Wirklichkeit hat nun Steiger von der 15,000 Fr. betragenden Schuld 5000 Fr. (nebst Zinsen und Spesen) getilgt und es hätte daher genügt, wenn die Parteien den Gesellschaftsvertrag im Sinne einer beiderseitigen Beitragsleistung von bloss je 5000 Fr. abgeschlossen hätten. Falls sonach der Beklagte damals den Kläger getäuscht hat, so konnte diese Täuschung nur darin bestanden haben, dass er glauben machte, Steiger vermöge nur 3000 Fr. zu leisten, statt, wie sich nachher erwies, 5000 Fr. Der dadurch erweckte Irrtum hätte dann bewirkt, dass der Kläger sich zu einem um 1000 Fr. höhern Gesellschaftsbeitrag — 6000 Fr. statt bloss 5000 Fr. — herbeigelassen haben würde. Ohne die behauptete Täuschung würde also der Kläger nicht etwa

schlechthin von der Eingehung des Vertrages abgesehen, sondern lediglich einen Vertrag abgeschlossen haben, der ihn zu weniger als der eingegangene verpflichtet hätte, nämlich zu einer um 1000 Fr. geringern Beitragsleistung, und man hätte es danach nicht mit dem Falle eines für den Vertragsabschluss als solchen bestimmenden *dolus causam* dans zu tun, sondern mit dem eines blossen *dolus incidens*.

Der Kläger behauptet nun freilich, das OR stelle die beiden Fälle gleich und in beiden habe mithin die Täuschung die Unverbindlichkeit des Vertrages schlechthin zur Folge. Daher könne er die vollen 6000 Fr. zurückfordern, auf deren Leistung die ursprüngliche Vereinbarung lautete, (nebst dem Mehrbetrage von 1500 Fr., den er auf Grund der für ihn ebenfalls unverbindlichen spätern Abmachung bezahlt habe). Zur Begründung dieser Ansicht hat der Kläger hauptsächlich darauf abgestellt, dass der Art. 28 OR nach seiner Fassung nicht zwischen dem *dolus causam* dans und *incidens* unterscheide. Dies ist aber nur insofern richtig, als er sie nicht ausdrücklich, durch besondere Formulierung eines jeden auseinanderhält. Dass er sie aber unterschieden wissen will, ergibt sich aus der Wendung « durch absichtliche Täuschung zu dem Vertragsabschlusse verleiten ». Denn eine « Verleitung » zum Vertragsabschlusse kann nur soweit stattgefunden haben, als die Täuschung für den Vertragsabschluss bestimmend gewesen ist, und wenn also der Getäuschte trotz der Täuschung den Vertrag abgeschlossen hätte, aber nur in anderer Weise, so ist sein Wille nur in letzterer Beziehung durch die Verleitung affizirt worden und ihre Rechtsfolge kann nicht die Unverbindlichkeit des Vertrages überhaupt sein. Das widerspräche auch der Natur der durch Art. 28 OR geregelten Verhältnisse: Die Täuschung kommt nicht für sich allein in Betracht, sondern in ihrer Bedeutung für den Vertragsabschluss und ihre Rechtsfolgen müssen daher ihren tatsächlichen Wirkungen adäquat sein (vergl.

v. TUHR, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht B. 39 (1898) S. 19 ff.; OSER, Kommentar zum OR, Art. 28, II 4 b und Art. 31, V 1; anders BECKER, Kommentar, Art. 28 Note 3). Nicht zu erörtern ist, ob sich im Falle des blossen dolus incidens von einer Beschränkung der Verbindlichkeit des Vertrages sprechen lasse, so, dass der Vertrag in der Weise rechtsbeständig bleibt, wie ihn der Anfechtende ohne die Täuschung abgeschlossen hätte, oder ob vielmehr der Vertrag wie bisher weiterbestehe, dem Getäuschten aber Schadenersatzansprüche nach den Art. 41 ff. OR erwachsen (vergl. darüber v. TUHR, a. a. O. S. 20 Anm. 2). Beide Auffassungen führen hier zu dem nämlichen Ergebnisse, dass der Forderungsanspruch, der sich aus der Anfechtbarkeit des Vertrages ergibt, auf Bezahlung von 1000 Fr. und nur dieser Summe geht. Mit Unrecht endlich glaubt der Kläger sich auf frühere bundesgerichtliche Entscheide berufen zu können (AS 12 S. 637 Erw. 3; 20 591/92; 27 II S. 566 Erw. 3). Sie betreffen in Wirklichkeit die vorliegende Frage nicht. Für diese ist auch nicht, wie er meint, der Umstand von Erheblichkeit, dass der durch die Täuschung erregte Irrtum kein wesentlicher zu sein braucht; nicht die Natur des Irrtums, sondern dessen kausale Wirkung auf den Willensentschluss des Getäuschten fällt hier in Betracht.

b) Der spätern Abänderung der Vereinbarung, wonach der Beitrag eines jeden Gesellschafters von 6000 Fr. auf 7500 Fr. erhöht wurde, hat der Kläger zugestimmt auf die Angabe des Beklagten hin, Steiger habe die ihm zugedachten 3000 Fr. nicht zur Hand, d. h. also, es sei von ihm nichts erhältlich. Falls diese Angabe eine absichtliche Täuschung im gesetzlichen Sinne enthielt, wäre der Kläger dadurch zu der ganzen von ihm verlangten Erhöhung von 1500 Fr. verleitet worden und die Vertragsänderung wäre dann als solche wegen dolus causam dans anfechtbar.

5. — Aus dem Gesagten erhellt, dass das Hauptbegehren um Bezahlung von 7500 Fr. auf Grund von Art. 28 OR nicht zugesprochen werden kann, sondern höchstens das auf 2500 Fr. lautende Eventualbegehren und zwar dieses dann, wenn sowohl beim eigentlichen Gesellschaftsvertrag als bei seiner späteren Abänderung wirklich eine absichtliche Täuschung unterlaufen ist.

Ob letzteres der Fall gewesen sei, scheint namentlich bei der Hauptvereinbarung zweifelhaft. Denn die Tatumstände, aus denen zunächst auf den Täuschungswillen des Beklagten zu schliessen wäre, nämlich seine Erklärung vom 22. September 1912, Steiger habe die 3000 Fr. nicht zur Hand, und der Umstand, dass er bloss 2500 Fr. aus eigenen Mitteln an die Hypothekengläubigerin eingesandt hat, beziehen sich auf einen Zeitpunkt nach der Eingehung des Hauptvertrages (der laut dem Brief des Klägers vom 20. September 1912 vor diesem Tage abgeschlossen wurde). Dass aber der Beklagte schon beim Abschluss des Vertrages in gleicher Weise, wie bei dessen nachträglicher Abänderung über die Verhältnisse Steigers unterrichtet gewesen sei, darf nicht ohne weiteres als erstellt gelten, namentlich angesichts der eingehenden Ausführungen, mit denen heute der Vertreter des Beklagten gegen die Annahme einer Täuschungshandlung seines Klienten aufgetreten ist.

Nun erübrigt sich aber eine Prüfung aller dieser Verhältnisse und zwar deshalb, weil das Eventualbegehren ganz abgesehen davon, wie es sich mit der Anfechtbarkeit der beiden Abkommen verhalte, aus einem andern, vom Kläger ebenfalls geltend gemachten Rechtsgrund voll geschützt werden muss, weil ihm nämlich ein Rückerstattungsanspruch nach Gesellschaftsrecht zusteht: Falls der Kläger durch die getroffenen Abkommen gültig zur Einzahlung von 7500 Fr. verpflichtet worden ist, so war doch immerhin diese Einzahlungspflicht nach Bestand und Umfang insofern eine bedingte,

als sie der Erreichung des Gesellschaftszweckes zu dienen hatte, vor allem also der Ablösung der Hypothekschuld. Sobald nun feststand, dass Steiger eine Quote von 5000 Fr. dieser Schuld nebst den Zinsen und Spesen tilge, bedurfte die Gesellschaft zur Bewirkung der Schuldablösung nur noch 10,000 Fr.; denn dass sie etwa noch zu etwas anderem Barmittel nötig gehabt hätte, ist nicht ersichtlich und auch nicht behauptet worden. Der Kläger hat also entweder von Anfang an 2500 Fr. zu viel einbezahlt oder dann ist doch dieser Betrag als Teil seiner Einzahlung für ihn nachträglich wieder verfügbar geworden. In beiden Fällen aber war der Beklagte als geschäftsführender Gesellschafter verpflichtet, ihm die Summe, sobald ihre Nichtverwendbarkeit für den Gesellschaftszweck feststand, zurückzusenden, statt sie unrechtmässig für die Gesellschaft zu verwenden und auf diese Weise seine eigene Beitragspflicht zum Teil, für den entsprechenden Betrag von 2500 Fr., unerfüllt zu lassen. Danach ist der Vorentscheid, der die Klage zur Zeit abweist im Sinne der Zusprechung des eventuellen Klagebegehrens abzuändern, womit sich andererseits die Berufung des Beklagten als unbegründet darstellt. Dass bei Gutsprechung eines Rückforderungsanspruches Zinsen zu 5 % seit dem 28. November 1912 zu entrichten sind, steht ausser Streit.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird dahin gutgeheissen, dass er dem Beklagten 2500 Fr. samt Zins zu 5 % seit dem 28. November 1912 zu bezahlen hat. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. März 1914 i. S.
Union Horlogère, Klägerin, gegen Alliance Horlogère, Beklagte.

1. Firmenrecht. Art. 873 OR: Kriterien der genügenden Unterscheidbarkeit von Genossenschaftsfirmen.

Wer sich als Firma der natürlichen Umschreibung seines Geschäftes bedient, darf von einem neu auftretenden [Gewerbetreibenden nur verlangen, dass die neue Firma sich äusserlich, im Klange, von der seinigen deutlich unterscheide. (Erw. 3 u. 4).

2. Unlauterer Wettbewerb ? (Erw. 5).

A. — Durch Urteil vom 14. November 1913 hat die II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern erkannt:

Die Klägerin ist mit ihren Klagsbegehren abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. Es sei das angefochtene Urteil in allen Teilen aufzuheben.
2. Es seien sämtliche Klagebegehren zuzusprechen.
3. (Beweisanträge).

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin diese Anträge erneuert, der Vertreter der Beklagten hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Seit 1890 besteht in Biel unter der Firma « Union Horlogère » eine Genossenschaft, welche Fabrikation und Handel in Taschenuhren guter Qualität, auf eine für ihre Mitglieder und Kunden möglichst vorteilhafte Weise, zum Zweck hat. Als nun im Jahre 1911, unter der Leitung eines ihrer früheren Mitarbeiter, am gleichen Orte und zum gleichen Zwecke sich die Genossenschaft « Al-