

eventuellen Verlust in den Anteilscheinen nicht die Rede; es ist insbesondere auch nicht bestimmt, daß der Unterzeichner etwa das Recht auf Rückforderung der einbezahlten 5000 Fr. ganz oder teilweise verlieren sollte. Indem gesagt ist, es werde über die Art der Rückzahlung unter den Kontrahenten ein eigener Vertrag aufgesetzt werden, ist gegenteils die Pflicht zur Rückzahlung vom Kläger grundsätzlich anerkannt. Demnach kann das Verhältnis, welches zwischen dem Kläger und den einzelnen Beklagten begründet wurde, nur als modifizierter Darlehensvertrag aufgefaßt werden, d. h. als ein auf Übereignung einer bestimmten Geldsumme, unter der Pflicht der Rückerstattung eines gleichen Betrages gerichteter Vertrag, mit der Besonderheit, daß dem Darleher vom Borger an Stelle eines Zinses ein Gewinnanteil an dem vom letztern eingeleiteten Geschäfte versprochen wurde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt, und in Aufhebung des Urteils der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 30. Oktober 1897 die Klage abgewiesen.

16. Urteil vom 12. Februar 1898 in Sachen Frey-Wahli gegen Kräger.

*Abtretung von Forderungen; Gewährleistungspflicht des Abtretenden.
Eidgenössisches und kantonales Recht bei Abtretung einer
grundversicherten Forderung.*

A. Durch Urteil vom 27. November 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Beklagten verpflichtet, dem Kläger 20,747 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5 % vom 23. Februar 1897 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

1. Es sei die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell nachdem die

beantragten Beweise über die vom Kläger beim Kaufabschlusse begangene Täuschung abgenommen worden seien; eventuell

2. Sei die Klage in Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils zur Zeit abzuweisen.

C. Vor der heutigen Verhandlung hat der bisherige Vertreter des Beklagten sein Mandat niedergelegt; der Beklagte ist zur Verhandlung weder erschienen, noch hat er sich an derselben vertreten lassen. Der Vertreter des Klägers beantragt, das Bundesgericht möge wegen Inkompetenz auf die Berufung nicht eintreten, eventuell das angefochtene Urteil bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Kräger verkaufte dem Beklagten Frey-Wahli im Juli 1896 ein Heimwesen in Zürich für den Preis von 154,000 Fr.; die Fertigung fand am 3. Juli 1896 statt. Am 1. Juli 1896 cedierte der Beklagte dem Kläger zwei Schuldbriefe, wovon einer, d. d. 15. März 1896, von 20,000 Fr. zu 4 % auf Otto Harmann in Zürich, gemäß Bericht der Notariatskanzlei in Hottingen unkündbar bis 15. März 1899; die Cessionssurkunde enthält den Vermerk, die Cession erfolge, „unter Garantie für Kapital und Zins,“ und der cedierte Betrag sei „zwischen den Parteien verrechnet und bezahlt worden.“ Bald nach Ausstellung der Cessionssurkunde geriet Harmann in Konkurs; der Kläger meldete darin seine Forderung von 20,000 Fr. nebst Zinsen an und berichtete den Beklagten, er überlasse ihm die Wahrung seiner Interessen, unter Vorbehalt der Geltendmachung seiner Rechte für einen allfälligen ungedeckt bleibenden Betrag. Im Februar 1897 kam das Unterpfund Harmanns infolge Steigerung an einen Helbock; der Schuldbrief des Klägers kam gänzlich zu Verlust, so daß er vom Notariat Hottingen entkräftet wurde. Der Kläger belangte nun den Beklagten für den Betrag des Schuldbriefs nebst Zinsen zu 4 % vom 15. März 1896 bis 19. Februar 1897 (dem Tage der Betreibung), sowie Verzugszinsen zu 5 % von da an. Er nahm den Standpunkt ein, die Schuldbriefe seien vom Beklagten als Kaufpreis cediert worden und der Beklagte habe dabei für die Bonität der Briefe garantiert; in dieser Zusicherung liege nun eine Bürgschaftsverpflichtung für Harmann als Schuldner; durch die Thatsache des Untergangs des Titels im

Konkurse des Schuldners sei die Forderung dem Beklagten gegenüber fällig geworden. Der Beklagte hielt der Klage folgende Einwendungen entgegen: 1. ein Garantieverprechen sei nie gegeben worden, eventuell sei die Cessionssurkunde gefälscht; 2. eventuell sei der Beklagte aus der Haftung entlassen worden; 3. weiter eventuell könnte der Beklagte zur Zeit nicht belangt werden, da das Kapital für den fraglichen Schuldbrief für mehrere Jahre unkündbar sei und nun der einfache Bürge mit dem Eintritte des Konkurses des Hauptschuldners nur dann belangt werden könne, wenn die Schuld an und für sich fällig sei, — und weil ferner die Forderung als laufende angemeldet sei und daher die Durchführung des Konkurses abgewartet werden müsse. Endlich 4. behalte er, der Beklagte, sich vor, den Kaufvertrag über die Liegenschaft, auf Grund dessen die cedierten Titel an Zahlungsstatt gegeben worden seien, wegen Betrugs anzufechten, da der Kläger den Beklagten über die Rentabilität des Kaufobjektes getäuscht habe. Der Beklagte trug demnach auf Abweisung der Klage, eventuell auf Abweisung derselben zur Zeit an. Die nähere Begründung dieser Einreden des Beklagten, sowie der dieselben bestreitenden Replik des Klägers sind, soweit nötig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich. Das Bezirksgericht Zürich, II. Abteilung, hielt alle materiellen Einreden des Beklagten für unbegründet, wies dagegen die Klage zur Zeit ab, indem es sich auf den Standpunkt stellte, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis sei als Bürgschaft anzusehen, und nun könne der Beklagte, als Bürge, zur Zeit nicht belangt werden, da die Hauptschuld erst am 15. März 1899 fällig sei. Die Begründung des in Fakt. A mitgeteilten Urteils der zweiten Instanz ist im Nachfolgenden wiedergegeben, soweit notwendig.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichts könnte nur fraglich sein bezüglich des anzuwendenden Rechts; sie ist aber auch in diesem Punkte, zum Teil wenigstens, vorhanden, da die vorliegende Streitsache wenigstens teilweise nach eidg. Obligationenrecht zu entscheiden ist, wie bei den einzelnen Streitpunkten noch näher erörtert wird. Zur Prüfung der ersten hier zu entscheidenden Frage: welcher rechtliche Charakter dem Aktie vom 1. Juli 1896, auf den sich der Kläger stützt, zukomme; ob derselbe nämlich mit der ersten

Instanz als selbständige Verpflichtung aus dem Abtretungsvertrage bzw. dem derselben zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, welches nicht nach den Grundsätzen über Bürgschaft zu regeln wäre, anzusehen sei, ist das Bundesgericht ohne Zweifel kompetent, da sowohl Bürgschaft als Abtretung (letztere mit einer sofort zu erwähnenden Ausnahme) im eidg. Obligationenrecht geregelt sind. Nun ist zweifellos, daß die Haft des Beklagten gefolgert wird aus dem anlässlich der Abtretung der Forderung gegebenen Garantieverprechen; die oben gestellte Frage löst sich sonach dahin auf, ob auf dieses Garantieverprechen die Grundsätze der Bürgschaft Anwendung finden. Das ist zu verneinen. Denn trotzdem der wirtschaftliche Zweck, den das Garantieverprechen des Cedenten, wie seine Gewährleistungspflicht überhaupt, verfolgt, mit demjenigen der Bürgschaft große Verwandtschaft zeigt, ist die rechtliche Natur beider Haftungen gänzlich verschieden: bei der Bürgschaft wird lediglich die accessorische Haftung für eine fremde Schuld übernommen, während das Garantieverprechen des Cedenten, wie seine Gewährleistungspflicht überhaupt, eine selbständige Verpflichtung des Cedenten begründet (vgl. Schliemann, Die Haftung des Cedenten, S. 16 f.; Hafner, Komm. z. Oblig.-Recht, 2. Aufl., S. 294 f.; Attenhofer, in Zeitschr. für schweizer. Recht, N. F., Bd. IX, S. 315 ff.). Kommen sonach in casu die Grundsätze über Abtretung, nicht diejenigen über Bürgschaft zur Anwendung, so fragt es sich weiterhin, ob nicht die Frage der Gewährleistungspflicht des Beklagten unter den Vorbehalt des Art. 198 D.-M. fällt, so daß die Kompetenz des Bundesgerichts aus diesem Grunde ausgeschlossen wäre. Dies ist zu verneinen. Zwar lautet der Vorbehalt des Art. 198 ganz allgemein zu Gunsten des kantonalen Rechts, ähnlich demjenigen des Art. 231 für Liegenschaftenkäufe, und könnte man deshalb versucht sein, betreffend die Abtretung grundversicherter Forderungen ganz allgemein, also auch in Bezug auf die Frage der Gewährleistungspflicht des Abtretenden, das kantonale Recht als maßgebend zu betrachten. Hiefür spräche auch die Stellung des genannten Artikels am Schlusse des Titels über Abtretung der Forderungen. Allein gleichwohl kann diese Folgerung nicht gezogen werden, wenn auf den Grund und Zweck dieses Vorbehaltes zurückgegangen wird. Der genannte Vorbehalt

findet nämlich seine rationelle Erklärung einzig in dem engen Zusammenhang, welcher zwischen dem Rechte der grundversicherten Forderungen und dem durch das kantonale Recht geregelten Immobilien Sachenrecht besteht, wie insbesondere aus Art. 507 O.-R. hervorgeht. Ein solcher enger Zusammenhang wäre bezüglich der Frage der Gewährleistungspflicht des Cedenten einer grundversicherten Forderung nur dann vorhanden, wenn die Gewährleistungspflicht unmittelbar aus der Thatsache der Abtretung folgen würde. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr ist mit der jetzt unbestritten herrschenden Theorie (vgl. Windscheid, Pand. 7. Aufl., Bd. II, S. 253, Anm. 3, und Attenhofer, a. a. O.) zu sagen, daß diese Gewährleistungspflicht des Cedenten aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte bzw. aus einem besondern Garantieverprechen folgt; für das Schweiz. Obligationenrecht ergibt sich dies augenscheinlich daraus, daß Art. 192 und 193 zwischen der entgeltlichen und der unentgeltlichen Abtretung bei der Frage der Gewährleistungspflicht des Abtretenden für den Bestand der Forderung unterscheiden und somit auf den Grund der Abtretung zurückgehen (vgl. auch Hafner, Romm., 2. Aufl., Art. 184, Anm. 1). Bezieht sich demnach der Vorbehalt des Art. 198 O.-R. schon im allgemeinen nicht auf die Gewährleistungspflicht des Abtretenden, auch nicht auf die gesetzliche für den Bestand der Forderung, so ganz besonders nicht auf die hier in Betracht kommende Gewährleistung für die Güte der Forderung aus einem besondern Garantieverprechen; denn diese Haftbarkeit ist von der Abtretung weit unabhängiger, als jene gesetzliche für den Bestand der Forderung. Hieraus folgt, daß die Frage, ob in casu ein Garantieverprechen vorliege und ob aus demselben zur Zeit geklagt werden könne, der Überprüfung des Bundesgerichts nicht entzogen ist.

3. Der Beklagte hat nun der Klage vor allem die Einrede der Unächtheit der Cessionsurkunde entgegengehalten. Sie ist aber mit den kantonalen Instanzen ohne weiteres zu verwerfen. Denn wenn diese zur Prüfung der Achtheit lediglich auf Augenschein, nicht auf Zeugen und Expertise abgestellt haben, so war das eine Frage des kantonalen Prozeßrechts, und ist daher das Bundesgericht zur Prüfung der Zweckmäßigkeit dieser Anordnung nicht

befugt, und da die von den kantonalen Instanzen vorgenommene Beweiswürdigung nicht aktenwidrig ist, ist das Bundesgericht an dieselbe gebunden. Alsdann ist mit den Vorinstanzen weiterhin anzunehmen, das Garantieverprechen beziehe sich auch auf den heute in Frage stehenden Schuldbrief, nicht nur auf den andern; es folgt dies aus dem ganz klaren Wortlaute des Versprechens. Endlich hält auch die weitere Behauptung des Beklagten, das Garantieverprechen sei aus Versehen in die Urkunde gekommen, gegenüber dem klaren Wortlaute und der ganzen Art der Abfassung derselben nicht Stich; übrigens hat sich der Beklagte zum Beweise seiner Behauptung lediglich auf einen Zeugen berufen, dem gegenüber der Kläger geäußert haben sollte, der Beklagte hafte nicht; und wenn nun die kantonalen Instanzen dieses Zeugnis, dessen Richtigkeit vorausgesetzt, als nicht genügend zur Entkräftung des Inhalts der Urkunde erklären, so ist das wiederum eine Frage der kantonalen Beweiswürdigung, welche der Überprüfung des Bundesgerichts nicht untersteht.

4. Die weitere Einrede des Beklagten, falls ein Garantieverprechen bestanden hätte, sei er nachträglich aus der Haft entlassen worden, ist in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen ebenfalls abzuweisen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Substanziierung dieser Einrede dahin geht, es liege ein schenkungsweise gewährter Nachlaß vor, — woraus folgen würde, daß das Bundesgericht zur Überprüfung in diesem Punkte, da ein derartiger Nachlaß durch das kantonale Recht geregelt wird (Art. 141 O.-R.), nicht zuständig wäre; denn jedenfalls liegen zur Annahme eines solchen Erlasses durchaus keine genügenden Indizien vor, wie dies die erste Instanz des nähern ausgeführt hat.

5. Die von den Vorinstanzen verworfene Einrede des Beklagten, das Garantieverprechen sei anfechtbar, weil das der Cession zu Grunde liegende Kaufgeschäft durch Betrug seitens des Klägers zu stande gekommen sei, entzieht sich der Überprüfung des Bundesgerichts. Denn jener Kauf bezieht sich auf eine Liegenschaft, und nun ist der Liegenschafts Kauf in seinem ganzen Umfange, also auch in den allgemeinen Voraussetzungen seiner Gültigkeit, durch das kantonale Recht geregelt, wie dies das Bundesgericht in konstanter Praxis ausgesprochen hat. Aus diesem

Grunde kann auch dem Aktienvervollständigungsbegehren des Beklagten keine Folge gegeben werden. Die hier anschließende, vor erster Instanz vorgebrachte Einrede eines mit Helbock vereinbarten Betruges seitens des Klägers ist vor zweiter Instanz laut Protokoll der Appellationsverhandlung nicht mehr aufrecht erhalten worden, so daß deren Begründetheit hier nicht zu untersuchen ist.

6. Endlich ist auch der eventuelle Antrag des Beklagten auf Abweisung der Klage zur Zeit zu verwerfen. Nachdem, wie in Erwägung 2 ausgeführt, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nicht als Bürgschaft angesehen werden kann, darf die Abweisung der Klage zur Zeit nicht aus Art. 500 O.-R. hergeleitet werden; denn diese Vorschrift findet nicht etwa analoge Anwendung auf das Garantieverprechen des Cedenten, da sie ihren Grund lediglich im Wesen der Bürgschaft als eines streng accessorischen Rechtsgeschäfts hat. Danach sind aber die Voraussetzungen der Entstehung eines klagbaren Anspruches vollständig gegeben, da die Thatsache des Verlustes der Forderung unbestritten ist; dabei ist indessen mit der Vorinstanz der Vorbehalt zu machen, daß eine auf die klägerische Forderung als laufende allfällig sich ergebende Konkursdividende dem Beklagten zufallen würde.

7. Sind sonach sämtliche Einreden des Beklagten unbegründet, so ist die Klage in Bestätigung des angefochtenen Urteils gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und demgemäß das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. November 1897 in allen Teilen bestätigt.

17. Urteil vom 19. Februar 1898 in Sachen Ackermann gegen Hünernwadel & Cie.

*Konventionalstrafe; Konkurrenzverbot gültig? Reduktion der
Konventionalstrafe.*

A. Mit Urteil vom 13. November 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 1000 Fr. zu bezahlen. Die Mehrforderung und die Widerklage werden abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

1. Die Hauptklage sei abzuweisen, eventuell der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag angemessen zu reduzieren;

2. Die Widerklage sei im vollen, eventuell in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Umfange gutzuheißen.

In der die Berufung begründenden Rechtschrift beantragt er hinsichtlich der Widerklage Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Einleitung des Beweisverfahrens über einige speziell bezeichnete krediterschädigende Äußerungen der Klägerin.

C. Die Klägerin trägt in ihrer Antwortschrift auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Vertrag vom 15. November 1884 trat der aus Deutschland gebürtige Beklagte, Wilhelm Ackermann, auf 1. Dezember 1884 bei der Klägerin, Hünernwadel & Cie., Schußfabrik in Betsheim, Kantons Aargau, als Werkführer ein. Am 26. März 1892 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag ab, wonach der Beklagte bis 31. März 1897 als Werkführer im Dienste der Klägerin angestellt wurde, gegen einen Taglohn von zuletzt 11 Fr. 50 Cts. Dieser Vertrag enthält zwei Spezialverpflichtungen des Beklagten: 1. Wahrung der Geschäftsgeheimnisse; 2. folgendes (schon im ersten Vertrag enthalten gewesenes) Konkurrenzverbot: „Im Falle seines Austrittes verspricht er (der