

des Klägers seit dem Unfälle tatsächlich bis jetzt nicht zurückgegangen ist, indem der Kläger bei den Basler Straßenbahnen den gleichen Lohn bezieht, wie vorher. Es ergibt sich indessen ebenfalls aus den Akten, daß der Kläger seine frühere Stelle nicht mehr versehen kann; und nach der gerichtlichen Expertise besteht denn auch eine zum größten Teil auf den Unfall zurückzuführende Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Klägers. Dieser Zustand verminderter körperlicher Integrität des Klägers ist aber zweifellos geeignet, seine Lohnansprüche und sogar seine Aussichten auf ein anderweitiges Unterkommen erheblich zu reduzieren, sobald er einmal in die Lage kommen sollte, sich eine andere Stelle zu suchen, eine Möglichkeit, mit welcher immerhin gerechnet werden muß. Wenn nun die Vorinstanz diesem Umstand und zugleich der Tatsache, daß der Kläger momentan gleichviel verdient, wie vor dem Unfall, ferner allen übrigen Umständen des vorliegenden Falles, in der Weise Rechnung getragen hat, daß sie dem Kläger statt der Summe von 1400 Fr. (die sich bei Zugrundelegung einer 5%igen Invalidität ergeben würde) einen Betrag von 500 Fr. zuerkannt hat, so erscheint dies den Verhältnissen durchaus entsprechend.

Die Berufung erweist sich somit in allen Punkten als unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts von St. Gallen vom 24. Juli 1908 in allen Teilen bestätigt.

**78. Urteil vom 31. Oktober 1908 in Sachen
Seidenstoffweberei vorm. Gebrüder Näf, Bess. u. Ber.-Kl.,
gegen Konkursmasse Brandenberger, Kl. u. Ber.-Bess.**

*Einkaufskommission oder Vermittlung einer Kaufgeschäfts als
Makler?*

A. Durch Urteil vom 5. Juni 1908 hat das Obergericht des Kantons Zürich (1. Appellationskammer) über die Streitfragen:
Ist die Beklagte schuldig, der Klägerin 22,063 Fr. 10 Cts. und 3 $\frac{3}{4}$ % Zins vom 4. April bis 4. Juni 1907 und von da an zu 5% Zins zu bezahlen?

erkannt:

Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 22,063 Fr. 10 Cts. und 3 $\frac{3}{4}$ % Zinsen vom 5. April 1907 bis 4. Juni 1907 und 5% Zinsen vom 5. Juni 1907 an zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz mit der Auflage, die Zeugen Naef, Syz, Bubeck, Grandella und Valenti zum Beweise dafür einzuvernehmen, daß am 8. Januar 1907 zwischen der Beklagten und der Firma Grandella & Cie. der Abschluß direkter Käufe von Seidenwaren vereinbart wurde.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten diesen Antrag wiederholt und begründet. Der Vertreter der Klägerin hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der im Februar 1907 verstorbene Seidenkommissionär J. H. Brandenberger in Zürich, welcher sich berufsmäßig mit dem Handel in Seide abgab, hatte im Jahre 1902 von der Firma Grandella & Cie. in Vissabon die Anfrage erhalten, ob er bereit sei, ihr Musterkollektionen von Zürcher Seidenstoffen zu besorgen und ihren Einkäufer bei den Fabrikanten herumzuführen; wenn ja, so möchte er ihr seine Konditionen mitteilen. Diese Anfrage

hatte Brandenberger in bejahendem Sinne beantwortet und dabei als seine Konditionen genannt: 2 % Kommission, Vergütung aller im Interesse von Grandella & Cie. gemachten Auslagen, Rechnungstellung alle drei Monate. Die Firma Grandella & Cie. hatte diese Konditionen angenommen.

Über den tatsächlichen Geschäftsverkehr zwischen Grandella & Cie. und Brandenberger in den Jahren 1902—1906 ist aus den Akten nichts ersichtlich.

Anfangs Januar 1907 kamen Grandella und Valenti vom Hause Grandella & Cie. nach Zürich, um Seide zu kaufen, und wandten sich an Brandenberger. Der Angestellte des letztern, Schmalz, begab sich aufs Bureau der Beklagten und ersuchte sie um Zustellung von Qualitätsmustern. Die Beklagte kam dieser Einladung am 7. Januar nach und bat Schmalz, ihr „den betreffenden Kunden zuzuführen“. Noch am gleichen Abend übermittelte Schmalz der Beklagten verschiedene Offerten, und Bubeck, ein Angestellter der Beklagten, begab sich aufs Bureau Brandenbergers, wo Abschlüsse zwischen Grandella und Bubeck in Gegenwart des Schmalz stattfanden. Am 8. Januar 1907 begaben sich Grandella und Valenti ins Bureau der Beklagten; daselbst kamen weitere Abschlüsse zu Stande. Dabei hatten nach der Darstellung der Beklagten Grandella und Valenti erklärt, „daß sie direkt bei „Gehr. Näf kaufen möchten und daß sie auch für die Zukunft „direkt mit der beklagten Firma verkehren wollten, also ohne Vermittlung des Brandenberger. Für dieses Mal jedoch möge man „die Faktura über die Waren an Brandenberger schicken, damit „dieser die Provision für seine Vermittlung bekomme“. Grandella und Valenti gaben der Beklagten ihre Adresse bekannt und bemerkten — ebenfalls nach der Darstellung der Beklagten —, sie würden ihr die Versandtinstruktion durch Schmalz zukommen lassen, was dann auch geschah.

Am 10. Januar schrieb die Beklagte an Brandenberger:

„In der Einlage erhalten Sie Com.-Copie über die von Ihnen „unterm 8. d.ies gekauften Damas-Posten. Unter qual. B=Damas „noir figurieren u. a. 1 p^{es} Dess. 6045 und 2 p^{es} Dess. 3030, „wovon Sie noch keine Referenzen besitzen; wir übergeben Ihnen „hiemit solche zur gefl. Einhändigung an Ihren Kunden.“

Dieses Schreiben war vom Direktor der Beklagten, August Näf, unterzeichnet; desgleichen die demselben beigelegte „Bestätigung“, welche mit den Worten begann: „Herr J. H. Brandenberger, Zürich, „bestellen bei Seidenstoffweberei vorm. Gebr. Näf, A.-G.,“ usw.

Am 1. Februar sodann sandte die Beklagte dem J. H. Brandenberger folgende Faktur:

an „Herr J. H. Brandenberger, Zürich, Soll
„Seidenstoffwebereien vorm. Gebr. Näf, A.-G.
„Verkaufen und senden Ihnen auf Ihre werthe Rechnung und
„Gefahr pr. Frachtgut unfrankiert an Herren Danzas & Cie.,
„Basel, zahlbar pr. 60 Tage: “

(Folgt die Angabe der Waren und Preise).

Die Rechnung schließt wie folgt:

Total	Fr. 28,096 05
20 % Skonto	„ 5,619 20
	„ 22,476 85
2 %	„ 449 55
	„ 22,027 30
Emballage	„ 35 80
	netto Fr. 22,063 10

Am 4. Februar sandte Schmalz im Namen Brandenbergers der Firma Grandella zwei Fakturen, deren eine die per Gilgut, und deren andere die per Fracht nach Paris zu sendenden Waren betraf. Auf diesen Fakturen war bemerkt: „franco transit à Mr „Jos. J. Leinkauf, Paris.“ Die Totalbeträge beider Fakturen ergaben zunächst obige Summe von 28,096 Fr. 05 Cts., wovon jedoch nur 20 % Skonto abgezogen wurden. Zu den so erhaltenen Beträgen von zusammen 22,476 Fr. 85 Cts. wurden alsdann 2 % Kommission hinzugefügt, dagegen keine Verpackung berechnet, was als Endresultat 22,926 Fr. 40 Cts. ergab.

Im Fakturenjournal der Beklagten ist die Warensendung folgendermaßen eingetragen:

J. H. Brandenberger, Zürich, Grandella & Cie. Fr. . . 22,063.10.

Im Hauptbuch lautet der Eintrag folgendermaßen:

J. H. Brandenberger, Zürich, Soll
an Faktur für Grandella & Cie. . . . Fr. 22,063.10.

Auf der „Bestellung“ endlich, die vor II. Instanz vorgewiesen wurde, aber nicht bei den Akten liegt, figuriert, wie die Vorinstanz feststellt, „in der Überschrift“ ebenfalls der Name Grandella & Cie, „aber doch nur unter dem Namen Brandenberger, kleiner geschrieben und eingeklammert“. Die Vorinstanz erklärt, es sei „nicht ausgeschlossen, daß der Name Grandella & Cie. auch „hier erst nachträglich, nach dem Tode des Brandenberger hinzugefügt worden sei, wie dies bei den andern hier in Betracht kommenden Bucheinträgen der Beklagten (nach den Angaben des „Angestellten der Beklagten, der die Bücher dem Obergerichte vorgezeigt hat)“ geschehen sei“.

Nach dem im Februar 1907 erfolgten Tode des Brandenberger wurde über seine Hinterlassenschaft, infolge Ausschlagung seitens der Erben, die konkursrechtliche Liquidation eröffnet. Obiger Betrag von 22,063 Fr. 10 Cts. wurde von Grandella & Cie. an die Beklagte bezahlt. Die Parteien sind jedoch darüber einig, daß die Beklagte diesen Betrag in die Masse einzuwerfen hat und in der Höhe desselben in V. Klasse anzuweisen ist, sofern sich ergibt, daß die Kaufpreisforderung für die an Grandella & Cie. gelieferten Waren in Wirklichkeit nicht der Beklagten, sondern dem J. H. Brandenberger zustand, d. h. daß die Beklagte an Brandenberger und dieser an Grandella & Cie verkauft hatte.

2. Nach der hievor erwähnten Parteivereinbarung ist einzig zu untersuchen, ob, wie die Beklagte behauptet, bezüglich der in Frage stehenden Warensendung ein direkter Kauf zwischen ihr und Grandella & Cie. zu Stande gekommen sei, oder ob, wie die Klägerin behauptet, die Waren von der Beklagten an Brandenberger und von diesem an Grandella & Cie. verkauft wurden, nämlich: ob Brandenberger als Makler d. h. als bloßer Vermittler zwischen der Beklagten als Verkäuferin und Grandella & Cie. als Käufer, oder aber als Einkaufskommissionär der letztern gehandelt habe. Denn der Eventualstandpunkt der Beklagten, wonach Brandenberger der Handlungsbevollmächtigte von Grandella & Cie. gewesen wäre, ist von der Vorinstanz mit Recht als durchaus unhaltbar bezeichnet worden. Daß aber Brandenberger ihr Kommissionär (also Verkaufskommissionär) gewesen sei (in welchem Falle Art. 399 OR, auf den Art. 442 verweist, anwendbar wäre),

hat die Beklagte, wie die Vorinstanz konstatiert, schon vor II. Instanz nicht mehr behauptet und erscheint auch sonst schon deshalb als ausgeschlossen, weil die Beklagte selber nie behauptet hat, dem Brandenberger eine Kommissionsgebühr (Provision) gutgeschrieben zu haben, was doch nach Art. 430 OR zu den wesentlichen Erfordernissen eines jeden Kommissionsvertrages gehört.

3. Trägt es sich somit in der Tat nur, ob Brandenberger als Einkaufskommissionär von Grandella & Cie. oder aber als bloßer Vermittler gehandelt habe, so ist diese Frage in erster Linie auf Grund der vorliegenden Urkunden zu beurteilen. Denn im Zweifel ist anzunehmen, daß Kaufleute, welche nach stattgefundenen mündlichen Verhandlungen deren Inhalt schriftlich fixieren, im Sinne der schriftlichen Fixierung gebunden sein wollen.

Nun hat im vorliegenden Falle die Beklagte dem J. H. Brandenberger, und nicht der Firma Grandella & Cie., den Abschluß des Kaufvertrages schriftlich bestätigt, und zwar, indem sie deutlich den Adressaten Brandenberger als Käufer bezeichnete (mit den Worten „die von Ihnen gekauften Posten“) und indem sie von Grandella & Cie. als dem „Kunden“ Brandenbergers sprach. Letzterer war somit jedenfalls zu der Annahme berechtigt, die Beklagte betrachte ihn als ihren Käufer und die Firma Grandella & Cie. als seinen Käufer, und es stehe daher die Kaufpreisforderung an Grandella & Cie. nicht der Beklagten, sondern ihm (Brandenberger) zu. In dieser Annahme mußte er vollends dadurch bestärkt werden, daß die Beklagte ihre Faktur ebenfalls auf ihn (Brandenberger) ausstellte. Wenn es auch richtig ist, daß aus der bloßen Ausstellung einer Faktur an sich nicht immer auf den Abschluß eines Kaufvertrages geschlossen werden darf, so ist doch in einem Falle, wie dem vorliegenden, wo der Abschluß eines Kaufvertrages als solcher feststeht und nur darüber gestritten wird, wer Käufer gewesen sei, der Umstand von wesentlicher Bedeutung, auf wessen Namen die Faktur ausgestellt wurde; denn in der Regel wird, wenn ein Kauf zwischen zwei Personen zu Stande gekommen ist, der Verkäufer die Faktur nicht auf den Namen eines Dritten, sondern auf den Namen des Käufers ausstellen. Um daher in einem konkreten Falle darzutun, daß derjenige, auf dessen Namen die Faktur ausgestellt wurde, nicht der Käufer gewesen sei, bedarf

es des Nachweises bestimmter Tatsachen, aus denen sich ergibt, daß nach dem wirklichen Willen der Kontrahenten, und zwar insbesondere auch desjenigen, der die Faktur erhielt, eine andere Person Käufer sein sollte.

In dieser Richtung hat nun die Beklagte geltend gemacht, es hätten am 8. Januar Grandella und Valenti auf dem Bureau der Beklagten erklärt, „daß sie direkt bei der Beklagten kaufen und „daß sie auch in Zukunft direkt mit ihr verkehren möchten, also „ohne Vermittlung Brandenbergers; für dieses Mal jedoch möge „man die Faktur an Brandenberger schicken, damit dieser die Provision für seine Vermittlung bekomme“; und auf Grund dieser Erklärung seien dann eine Anzahl Geschäfte zwischen Grandella und der Beklagten zu Stande gekommen.

Für die Tatsächlichkeit dieses Hergangs hat die Beklagte, wie schon vor den kantonalen Instanzen, so auch vor Bundesgericht, den Beweis durch Zeugen angeboten. Es braucht indessen dieser Beweis nicht erhoben zu werden. Denn, selbst die vollkommene Richtigkeit obiger Darstellung vorausgesetzt, würde daraus zunächst einmal nicht die Absicht Grandellas und der Beklagten folgen, schon damals, im Januar 1907, die „Vermittlung“ Brandenbergers auszuschließen; vielmehr ergibt sich gerade aus dieser Darstellung, daß die am 7. Januar abgeschlossenen und die am 8. Januar abzuschließenden Geschäfte zu den „in Zukunft“ abzuschließenden in einen gewissen Gegensatz gebracht werden wollten, wie denn auch offenbar die Übersendung der Faktur an Brandenberger nur für „dieses Mal“, d. h. bezüglich der Abschlüsse vom 7. und 8. Januar, vorgesehen war.

Aber auch wenn Grandella & Cie. und die Beklagte die Absicht gehabt und sich dahin verständigt hätten, es solle die Faktur nur zum Schein an Brandenberger geschickt werden, in Wirklichkeit aber solle die Firma Grandella & Cie. Käuferin der Beklagten sein, so konnten doch durch eine derartige, in Abwesenheit Brandenbergers bzw. seines Angestellten zwischen der Beklagten und Grandella & Cie. getroffene Vereinbarung die dann später von der Beklagten gegenüber Brandenberger abgegebenen Erklärungen (wie solche in der schriftlichen Bestätigung des Abschlusses und in der Übersendung der Faktur lagen) nicht zum Voraus entkräftet wer-

den. Vielmehr ist die Beklagte gegenüber der Masse Brandenbergers an diese von ihr abgegebenen Erklärungen gebunden, gleich wie sie bei Lebzeiten Brandenbergers diesem letztern gegenüber daran gebunden war und gleich wie bei einer allfälligen Insolvenz der Firma Grandella & Cie. die Beklagte sich gegenüber Brandenberger darauf berufen können, daß er durch sein Stillschweigen den Inhalt ihres Bestätigungsschreibens vom 10. Januar 1907 und die Ausstellung der Faktur auf seinen Namen gutgeheißen habe.

4. Würden nach dem gesagten das von der Beklagten an Brandenberger gerichtete Bestätigungsschreiben und die an ihn erfolgte Übersendung einer auf seinen Namen lautenden Faktur, in Verbindung mit dem Stillschweigen Brandenbergers, genügen, um das Rechtsbegehren der Klägerin als begründet erscheinen zu lassen, so mag immerhin noch darauf hingewiesen werden, daß die Art, wie die Beklagte die Abschlüsse buchte, durchaus für die Annahme spricht, es habe die Beklagte den J. H. Brandenberger nicht nur nach außen als ihren Käufer bezeichnet, sondern auch wirklich als solchen betrachtet. Denn auf seinen Namen und nicht auf den Namen von Grandella & Cie. lautete sowohl der Eintrag im Fakturenjournal als derjenige im Hauptbuch, da ja die Vorinstanz feststellt, daß der Name Grandella & Cie. in diesen beiden Büchern erst nach dem Tode Brandenbergers hinzugefügt wurde; und was die der Vorinstanz vorgewiesene, aber nicht bei den Akten befindliche „Bestellung“ betrifft, so wurde hier der Name Grandella & Cie. — wenn auch nicht festgestellt ist, wann, — doch nur in Klammern und kleiner geschrieben beigelegt, wie dies auch sonst etwa geschieht, wenn der Verkäufer weiß, für welchen Kunden seines Käufers die betreffenden Waren bestimmt sind und wenn er, wie hier, direkt mit diesem Kunden verkehrt hat, insbesondere mit ihm über die Qualität der Ware, über den Preis derselben und über andere den Kommissionär nicht speziell interessierende Punkte verhandelt hat.

Im übrigen konstatiert schon die Vorinstanz, daß die Beklagte für ihre Behauptung, es beruhe die Eintragung Brandenbergers als Käufer auf dem Versehen eines Angestellten, den Beweis schuldig geblieben ist. Abgesehen davon, daß, wie bereits angedeutet, die Beklagte sich gegenüber der Klägerin auf ein solches

für Brandenberger nicht erkennbares Versehen grundsätzlich nicht berufen könnte, ist in diesem Zusammenhange noch darauf hinzuweisen, daß, wie die Vorinstanz ausdrücklich feststellt, sowohl die „Bestätigung“ vom 10. Januar als das Begleitschreiben vom gleichen Tage vom Direktor der Beklagten, A. Räf, persönlich unterzeichnet worden waren.

5. Endlich spricht, wie schon die I. Instanz ausgeführt hat, für die Richtigkeit der Auffassung der Beklagten auch nicht etwa die Art und Weise, wie die fraglichen Waren speidiert und von Brandenberger an Grandella & Cie. fakturiert wurden. Denn es steht fest, daß die Beklagte die Versandtinstruktionen nicht direkt von Grandella & Cie., sondern von Schmalz, dem Angestellten Brandenbergers erhalten hat und daß die Beklagte die Waren nur bis Basel, und zwar an einen dortigen Spediteur, zu schicken hatte, während der Auftrag zur Weiterendung nach Paris dem Basler Spediteur vom Bureau Brandenbergers erteilt und auch die ganze Fracht bezw. Eilfracht von Zürich nach Paris, ebenso wie die Verpackung, auf Rechnung Brandenbergers ging, welsch letzterer die Firma Grandella & Cie. nicht etwa mit den von ihm hiefür ausgelegten Beträgen belastete, sondern sich dadurch schadlos hielt, daß er auf seiner Faktur, nach Abzug des üblichen „Skontos“ von 20%, den ihm von der Beklagten gewährten weiteren „Skonto“ von 2% nicht in Rechnung brachte.

Im übrigen war die von Brandenberger auf Grandella & Cie. ausgestellte Faktur allerdings nur eine Kopie der Räf'schen, unter Hinzurechnung der Kommission von 2%. Dieser Umstand spricht aber wiederum, entgegen der Auffassung der Beklagten, keineswegs für das Vorliegen eines bloßen Maklervertrages, sondern im Gegenteil für dasjenige eines Kommissionsvertrages und zwar speziell einer Einkaufskommission.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1908 bestätigt.

79. Arrêt du 6 novembre 1908 dans la cause
**Société anonyme des chocolats Frey et consorts contre Fenand
et consort.**

Association; faillite; action contre les membres de l'association dissoute. — Acte constitutif d'une association; portée de l'art. 679 CO. — Exclusion de la responsabilité personnelle des associés; conséquences de l'omission de la publication de cette clause statutaire. Art. 689 CO. — Valeur des défauts de biens, obtenus dans la faillite de l'association, dans le procès contre les associés.

A. — Le numéro 974 de la Feuille officielle suisse du commerce, année 1906, a publié l'inscription ci-après: « Bureau de Vevey, 30 mai. Sous la dénomination de l'Espérance, il est formé une association, dont le siège est à Vevey, et qui a pour but la vente des produits alimentaires, articles de ménage, etc. etc. par l'intermédiaire de magasins installés, ou à installer dans les principales localités suisses. Les statuts sont du 30 mai 1906. La durée de l'association est illimitée. Le nombre des sociétaires n'est pas limité. La qualité de sociétaire s'acquiert par l'admission dans la société en reconnaissant les statuts et par l'inscription subséquente sur le registre de ses membres. La demande doit en être faite au Comité d'administration. Le sociétaire doit être propriétaire d'au moins une part de 25 fr. de l'association. La qualité de sociétaire se perd par le décès, par la cession duement acceptée de toutes les parts appartenant au même sociétaire, par la démission. Le sociétaire démissionnaire perd immédiatement ses droits; il ne pourra retirer que la moitié du capital que représenteraient ses parts sociales au regard du bilan dressé pour l'année courante. Les organes de l'association sont: 1. l'assemblée générale, 2. l'administration composée de trois à cinq membres, 3. le directeur. Dans ses rapports avec les tiers, et pour sa représentation en justice, l'association est représentée valablement par le directeur, lequel possède seul la signature sociale; ce directeur engage