

L'idée générale qui a inspiré le chapitre de la LP concernant le concordat est de mettre le débiteur au « bénéfice » d'un état privilégié, cela à la condition que sa situation reste intacte pour le cas où, le concordat ne pouvant aboutir, la faillite deviendrait inévitable. Le but de l'art. 298, sa raison d'être, est d'interdire au débiteur tous actes diminuant son patrimoine, à l'exception de ceux qui doivent être coindivis comme rentrant dans la continuation normale de ses affaires. Or, la renonciation à une prescription acquise entraîne une diminution de patrimoine; elle enlève aux créanciers un droit dont ils pourraient se prévaloir et faire usage dans le cas où la faillite viendrait à être prononcée et où le porteur de la créance prescrite y interviendrait. A ce point de vue général, déjà, la renonciation à la prescription acquise devrait donc être considérée comme interdite au débiteur qui est au bénéfice d'un concordat.

D'autre part, la prescription est considérée en droit fédéral, par la place même que le chapitre qui la concerne occupe dans le CO, comme un des modes d'extinction des obligations. Une obligation prescrite est donc éteinte si le débiteur se prévaut de la prescription, et la renonciation à se prévaloir de ce moyen rend à l'obligation sa force primitive. Le débiteur grève de rechef son patrimoine, qui eût été dégreuvé s'il avait opposé la prescription, ou, tout au moins, il redonne une base légale à une dette qui ne reposait plus que sur la conscience ou l'honneur. En renonçant à la prescription le débiteur abandonne, en réalité, un élément de patrimoine sans contre-prestation, sans contre-valeur économique; il dispose à titre gratuit (comp. dans ce sens: KRASNOPOLOSKI, *Anfechtungsrecht der Gläubiger*, p. 45 et 48; MENZEL, *Anfechtungsrecht*, p. 125; BRAND, *Anfechtungsrecht*, p. 198).

Il importe peu, à cet égard, que l'art. 72 al. 2 CO dispose qu'on ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral. La prestation exécutée pour accomplir un droit moral ne constitue pas moins une donation, c'est-à-dire une disposition à titre gratuit (comp. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 168 ch. 2). La

prohibition de répétition de certaines prestations ne fait donc pas obstacle à leur caractère d'actes à titre gratuit, tout au moins dans le domaine de la faillite.

3.— Il résulte de ce qui précède qu'il était interdit à dame Gueissaz de renoncer, au cours du concordat, à la prescription acquise contre le demandeur, et que cet acte doit être considéré comme nul, aux termes de l'art. 298 LP.

Il est dès lors sans intérêt de savoir si cette renonciation est valable ou non, en la forme dans laquelle elle a été opérée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

I. Le recours interjeté par la masse en faillite de veuve Edouard Gueissaz est déclaré fondé; en conséquence, le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel des 6 et 28 juillet 1908 est annulé.

II. La demande d'Emile Pellaton est repoussée, comme mal fondée, et la décision de l'administration de la faillite maintenue.

81. *Urteil vom 13. November 1908*
in Sachen *Sussmied*, Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Schoop, Reiff & Cie., Befl. u. Ver.-Befl.

Börsengeschäfte mit einem Handelsangestellten. Verbotene Geschäfte nach zürcherischem Börsengesetz (§§ 10 litt. b und 11 Gesetz vom 31. Mai 1896). Klage auf Aufhebung der Geschäfte und Schadenersatz. Das verbotene Rechtsgeschäft ist nicht widerrechtlich oder unsittlich im Sinne von Art. 17 OR. — Art. 50 ff. OR. — Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz. Art. 56 und 57 OG.

A. Durch Urteil vom 17. März 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich über das Klagebegehren :

Es seien die seit dem 20. November 1905 zwischen den beiden Parteien über im ganzen 200 Stück Aktien der Maschinenfabrik

Orlikon getroffenen Abschlüsse aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den ihm nach Aufhebung dieser Abschlüsse zukommenden Aktivsaldo von 45,294 Fr. 80 Cts. Wert 4. November 1907 herauszugeben.

Es sei die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger den ihm durch die erwähnten Abschlüsse verursachten Schaden von 45,294 Fr. 80 Cts. Wert 4. November 1907 zu vergüten;

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. Der Kläger hat gegen dieses Urteil rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Er beantragt:

„Verurteilung der Appellantin:

1. An den Appellanten 45,294 Fr. 80 Cts. plus 5 % Zins seit 4. November 1907 zu bezahlen unter Abzug der am 7. Februar 1908 erlegten 2750 Fr. 50 Cts.,

2. und eventuell dem Appellanten den Ende November 1906 zu seinen Gunsten stehenden Buchsaldo sowie seine späteren Deckungen nebst dem berechneten diesbezüglichen Zins zurückzugeben,

3. und eventuell dem Appellanten den Wert der nutznießungsbelasteten Hypothekarobligation mit 15,000 Fr. plus 5 % seit 1. Oktober 1907 zurückzugeben,

4. und eventuell an den Appellanten 10,023 Fr. 20 Cts. plus 5 % Zins seit 4. November 1907 zu bezahlen.“

Des fernern ersucht er, „die Abnahme der bereits dem Handelsgerichte angetragenen Beweise über das Unverhältnis der appellantischen Operationen zu seinen Mitteln, speziell über die Unverfügbarkeit des in Deckung gegebenen Wertes der Hypothekarobligation anzuordnen.“

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers erklärt, er lasse den 2. Antrag fallen. Im übrigen hat er auf Gutheißung der Berufung angetragen. Dabei hat er allereventuellst für die Begründung der Klage auch auf Art. 512 OR abgestellt.

Der Vertreter der Beklagten hat den Antrag auf Bestätigung des angefochtenen Urteils gestellt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte, eine Börsenagentur in Zürich, führte aus Auftrag des Klägers, der Prokurist und Kassier der Konfektionsfirma Worman & Söhne in Basel ist, in dem Zeitraum vom 15. September 1905 bis 31. Oktober 1906 zahlreiche Börsentermingeschäfte — An- und Verkauf von Wertpapieren, Prämien-geschäfte, Reportgeschäfte — aus, wobei sie jeweilen als Selbstkontrahentin auftrat. Von den bis Juli 1906 erledigten 20 Geschäften, die hier weiter nicht in Betracht fallen, ergaben 16 einen Gewinn von zusammen 16,156 Fr. 45 Cts., 4 einen Verlust von insgesamt 6605 Fr. 90 Cts. Den Anlaß zum vorliegenden Prozesse gab eine Spekulation in Aktien der Maschinenfabrik Orlikon, die sich folgendermaßen abspielte: Am 26. bis 27. November kaufte der Kläger 100 Stück dieser Aktien, per ultimo Dezember 1905. Diese Aktien, sowie weitere 70 Stück, die er im Juli 1906 per ultimo August, und 16, die er am 10. September per ultimo September 1906 kaufte, zusammen also 180 Stück, wurden mit wechselndem Erfolg von Monat zu Monat reportiert, bis der Kläger Anfangs November 1906 Käufer der 180 Aktien per ultimo November war und bis dahin einen Verlust auf den Obligationen von 10,468 Fr. 60 Cts. erlitten hatte. Auf Wunsch des Klägers nahm dann die Beklagte per 29. November 1906 das ganze Engagement auf Konto-Korrent und belastete diesen mit 86,876 Fr. 70 Cts. (180×482 Fr. 30 Cts. plus 8 Fr. 70 Cts. Stempel). Mitte März 1907 gab der Kläger neuerdings Auftrag zum Ankauf von 20 weiteren dieser Aktien, worauf ihm die Beklagte am 20. März 10 Stück per ultimo März (zum Kurse von 494 Fr.) und 10 Stück per ultimo April (zum Kurse von 497 Fr.) verkaufte; auch diese 20 Stück legte sie am Lieferungsstermin in das Depot des Klägers, indem sie ihn mit 4945 Fr. 25 Cts. und 4975 Fr. 25 Cts. belastete. Am 2. April 1907 sandte der Kläger der Beklagten, die ihn um eine Baranschaffung von 7000 Fr. ersucht hatte, eine solche von 2000 Fr., und als die Beklagte ihn am 28. Mai, da die Aktien auf einen Kurs von 458 Fr. zurückgegangen waren, um eine weitere Barsendung von 20,000 Fr. ersuchte, übermachte er ihr eine Hypothekar-Obligation von

15,000 Fr. auf seinen Chef Hugo Wormann-Levy, lastend auf einem Grundstück an der Eisengasse in Basel. Diese Obligation wurde dem Kläger am 23. September 1907 auf sein Ansuchen zurückgesandt, wobei die Beklagte ihn darauf aufmerksam machte, daß die allgemeine Meinung über die Aktien der Maschinenfabrik Orléon gar keine günstige sei und daß das Halten seiner Position ihm weitere empfindliche Verluste bringen könne. Der Kläger überwies daraufhin der Beklagten am 1. Oktober 1907 in einem Cheek auf Zürich 17,000 Fr. Nachdem dann die Beklagte dem Kläger unterm 8. Oktober 1907 die Mitteilung gemacht hatte, der Kurs der fraglichen Aktien sei auf 380 Fr. zurückgegangen, und es bestehe eine ganz schlechte Meinung über die Papiere; sie müßte, sobald sie den Kurs von 380 Fr. verlieren (was wahrscheinlich sei), „eine weitere Andeckung von 5—10 Mille“ verlangen, stellte der Kläger mit Schreiben vom 15. Oktober 1907 an die Beklagte das Ansinnen, den Terminabschluß über die 200 Aktien aufzuheben, indem er gleichzeitig ihr diese Aktien zur Verfügung stellte und sie ersuchte, ihm den dafür belasteten Betrag, der sich einschließlich Reports und Zinsen per Ende Oktober auf 108,625 Fr. belaufe, Wert 31. Oktober, wieder gutzuschreiben. Die Beklagte trat hierauf nicht ein, und in der Folge verkaufte sie die bei ihr im Depot liegenden Titel an der Vormittagsbörse des 18. November 1907 zum Kurse von 330 Fr. und schrieb dem Kläger den Erlös mit 65,898 Fr. 35 Cts. per 19. November gut. Den sich danach auf dem Konto-Korrent des Klägers zu dessen Gunsten ergebenden Saldo von 2550 Fr. zahlte sie am 6. Februar 1908 —² nebst Zins zu 4% seit 22. November — aus.

2. Seine Klage, mit den aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren, hat der Kläger auf §§ 10 litt. b und 11 des zürcherischen Gesetzes betreffend den gewerbmäßigen Verkehr mit Wertpapieren, vom 31. Mai 1896 („Börsengesetz“) gestützt, in Verbindung mit Art. 17 und 50 ff. OR. Laut § 10 litt. b leg. cit. ist nämlich „untersagt, Käufe oder Verkäufe über Wertpapiere auf Zeit (Termingeschäfte) abzuschließen mit Geschäftsangestellten ohne schriftliche Bewilligung der Geschäftsinhaber“, und § 11, der die Bestrafung derjenigen vorseht, der „die Notlage, die

Verstandesschwäche, den Leichtsinns oder die Unerfahrenheit eines andern dazu benutzt, um mit ihm oder für ihn ein Geschäft abzuschließen“, gibt dem Geschädigten das Recht, die Aufhebung des Geschäftes zu verlangen. Der Kläger stellt sich nun auf den Standpunkt, diese Verbotsgeschäfte involvierten die Nichtigkeit der darunterfallenden Rechtsgeschäfte gemäß Art. 17 OR; eventuell erblickt er im Vorgehen der Beklagten ihm gegenüber, d. h. in den mit ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften, eine unerlaubte Handlung nach Art. 50 OR. Betreffend Art. 512 OR hat der Vertreter des Klägers in seinem Klagevortrag vor Handelsgericht ausdrücklich bemerkt, die Differenzeinrede erhebe er nicht. Die Vorinstanz hat verneint, daß die Voraussetzungen des § 11 Börsengesetzes zutreffen, dagegen erkannt, daß die Rechtsgeschäfte gemäß § 10 litt. b eod. untersagt gewesen seien. Über die Anwendbarkeit von Art. 17 OR führt sie sodann aus: Der Tatbestand des Art. 17 liege nicht vor, wenn man ihn lediglich nach seinem Wortlaut auf Verträge über eine widerrechtliche Leistung beziehe; allein auch wenn man ihn, weitergehend, auf diejenigen Rechtsgeschäfte zur Anwendung bringen wolle, deren Abschluß schon gegen ein Verbot verstoße, liege der Tatbestand nicht vor; denn es handle sich nicht um den Fall, daß das ganze Rechtsgeschäft als solches vom Gesetze untersagt sei, sondern um den andern, daß für den einen Kontrahenten die Verpflichtung zur Unterlassung solcher Geschäfte bestehe; nur jener erste Tatbestand aber würde allenfalls unter Art. 17 gehören. Hinsichtlich Art. 50 OR endlich steht die Vorinstanz auf dem Standpunkte, die Beklagte habe zwar widerrechtlich gehandelt, weil sie gegen das Verbot des § 10 litt. b Börsengesetzes verstoßen habe und auch nichts darauf ankomme, daß die Widerrechtlichkeit nicht dem Kläger gegenüber begangen sei; dagegen habe „die der Beklagten zur Last fallende Rechtswidrigkeit nur in der Abgabe einer mit der Willenserklärung des Klägers übereinstimmenden Gegenerklärung“ bestanden, so daß also der vom Kläger erlittene Nachteil „auf seine eigene freie Entschließung zurückzuführen“ sei. Sei, was hier zutrefte, der Vertrag nicht in toto ungültig, sondern nur für den einen Teil verboten, so würde der andere Teil an den Vertrag gebunden sein und stehe ihm kein Anspruch zu, für die aus dem Vertrag=

abschluß resultierenden ökonomischen Nachteile Schadenersatz zu verlangen. Schließlich verwirft die Vorinstanz auch die „mehr andeutungsweise“ geltend gemachte Schadenersatzforderung, die daraus hergeleitet werde, daß die Beklagte die Orlifoner Aktien statt schon am 15. Oktober, erst am 18. November 1907 verkauft habe, mit der Begründung, ein rechtliches Fundament für diesen Anspruch sei nicht ersichtlich. Über Art. 512 OR spricht sich die Vorinstanz nicht aus.

3. Die Stellung des Bundesgerichts in diesem Rechtsstreite ist die, daß ihm die Überprüfung der präjudiziellen Frage, ob und inwieweit in den angefochtenen Rechtsgeschäften ein Verstoß gegen das zürcherische Börsengesetz liege, entzogen ist; das Bundesgericht hat also davon auszugehen, daß die Geschäfte zwar nicht auf Grund des § 11 leg. cit. anfechtbar, wohl aber gemäß § 10 litt. b eod. der Beklagten verboten sind. Es fragt sich nun vorerst, ob dieses Verbot eine Widerrechtlichkeit oder Unsitlichkeit nach Art. 17 OR begründe. Das ist mit der Vorinstanz zu verneinen. Zwar ist gemäß der feststehenden Praxis des Bundesgerichts bei der Beurteilung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nach Art. 17 OR nicht einzig darauf abzustellen, ob die Leistung widerrechtlich oder unsittlich sei, sondern bei der Beurteilung eines Rechtsgeschäftes vom Standpunkt des Art. 17 OR aus ist, wenigstens sofern es sich um die Frage der Unsitlichkeit handelt, der ganze Inhalt des Rechtsgeschäftes heranzuziehen. Allein das eidgenössische Recht kennt die Unsitlichkeit derartiger Geschäfte nicht, und auf Grund kantonaler Verbotsgesetze kann nicht auf die Nichtigkeit nach OR geschlossen werden. Denn einmal verlangt Art. 17 OR für die Ungültigkeit, daß ein Rechtsgeschäft für beide Teile unsittlich oder widerrechtlich ist. Das ist aber hier, nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung des § 10 zürcherischen Börsengesetzes, nicht der Fall. Auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist ein verbotenes Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres nichtig; vielmehr kann der Widerspruch eines Rechtsgeschäftes mit einem gesetzlichen Verbot verschiedene Folgen haben (Regelsberger, Pand. 1 § 147 bei Anm. 11 S. 546), Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Klaglosigkeit, Strafe. Vom Standpunkt des Art. 17 OR aus kann nun die hier fragliche, verbotene Hand-

lung nicht Nichtigkeit zur Folge haben, denn damit würde den kantonalen Verbotsgesetzen eine Wirkung auf die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, die sich vorab nach eidgenössischem Rechte beurteilt, eingeräumt, die nicht im Sinn und Geist des Art. 17 OR liegt. Zudem aber sind die hier fraglichen Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit Art. 512 OR zu betrachten; dadurch, daß diese Bestimmung die Differenzgeschäfte nicht nichtig, sondern bloß klaglos erklärt, hat das eidgenössische Recht einen allgemeinen Grundsatz über die Behandlung dieser Rechtsgeschäfte zum Ausdruck gebracht; es kann nun nicht ein nach eidgenössischem Recht klagloses Geschäft je nach einer kantonalen Verbotsnorm nichtig sein oder nicht. Die Bestimmung des zürcherischen Börsengesetzes hat ihre Wirkung einzig auf dem öffentlichen Gebiet, auf dem den Kantonen die Regelung des Börsenwesens zusteht; eine zivilrechtliche Wirkung, die über die im eidgenössischen Recht vorgesehenen Wirkungen hinausgehen oder ihnen widersprechen würde, vermag sie nicht zu entfalten.

4. Damit entfällt das Begehren um Aufhebung des Rechtsgeschäftes auf Grund des Art. 17 OR. Auf Art. 50 sodann kann die Aufhebung von vornherein nicht gestützt werden; ebenso wenig aber das Hauptschadenersatzbegehren; der Anwendbarkeit des Art. 50 ist durchaus der Boden entzogen, denn die Parteien standen ja in einem Vertragsverhältnis; das widerrechtliche soll darin bestehen, daß die Beklagte auf die Offerte des Klägers hin mit ihm in das Vertragsverhältnis getreten ist und seine jeweiligen Aufträge ausgeführt hat, obschon es ihr untersagt war, mit ihm dergleichen Geschäfte abzuschließen. Auf diesen Tatbestand kann Art. 50 OR über deliktische Handlungen unmöglich Anwendung finden. Art. 50 ist in Vertragsverhältnissen höchstens dann in Konkurrenz mit vertraglichem Verschulden zur Begründung einer Schadenersatzforderung herangezogen worden, wenn neben der Vertragsverletzung eine Verletzung allgemeiner Gebote oder Verbote der Rechtsordnung zu finden war (z. B. bei der Haftung des Arztes); hier fehlt es nun aber schon am vertraglichen Verschulden; auf ein außervertragliches Verschulden kann sich aber der Kläger, der mit der Beklagten in das Vertragsverhältnis getreten ist, schlechterdings nicht berufen. Denkbar wäre

allenfalls die Haftung der Beklagten auf den sog. Vertrauensschaden (vergl. Kabel, in *ZschwR*, *NF* 27 S. 291 ff.), die damit begründbar wäre, die Beklagte hätte die Pflicht gehabt, den Kläger auf § 10 litt. b zürcherischen Börsengesetzes aufmerksam zu machen und den Abschluß des Geschäftes mit ihm zu verweigern. Allein einer derartigen Klagebegründung stände die *exceptio doli* entgegen, da der Kläger ja die Vertragsbeziehungen angeknüpft hat und es den Beklagten nicht zugemutet werden konnte, dem Zutreffen jener Bestimmung nachzuforschen und den Kläger darauf aufmerksam zu machen. Entscheidend aber steht auch bei dieser Konstruktion der Schadenersatzforderung der Umstand entgegen, daß der Schaden nicht auf das Verschulden der Beklagten, sondern auf das eigene Verhalten des Klägers als auf seine Ursache zurückgeht.

5. Auf die Anrufung des Art. 512 OR hatte der Kläger vor der I. Instanz, laut deren Feststellung, die maßgebend ist, ausdrücklich verzichtet. Heute will sein Vertreter ihn allerletzten Endes zur Klagebegründung angewendet wissen. Da die Bestimmung des Art. 512 öffentlicher Natur ist, ist sie vom Richter von Amtes wegen, auch ohne Anrufen der Parteien, zur Anwendung zu bringen und Art. 80 OG, der das Vorbringen neuer Begehren vor Bundesgericht verbietet, kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden. Allein abgesehen davon, daß es fraglich erscheinen kann, ob eine Klage wie die vorliegende überhaupt auf Art. 512 OR gestützt werden könnte, ergibt sich aus der Art des Geschäftsverkehrs zwischen den Parteien und der Abwicklung der Geschäfte ohne weiteres, daß niemals Recht und Pflicht effektiver Lieferung der gehandelten Papiere ausgeschlossen sein sollten, daß also der Tatbestand unklagbarer Differenzgeschäfte nicht vorliegt. Damit fällt auch der Beweisanspruch des Klägers dahin.

6. Das 3. Begehren (2. Eventualbegehren) ist vor der Vorinstanz in dieser Form gar nie gestellt worden und dürfte daher wohl auf Grund des Art. 80 OG zurückgewiesen werden. Es erscheint übrigens durch die Abweisung des Hauptbegehrens mit erledigt, da die Abweisungsgründe auch auf dieses Begehren zutreffen.

7. Das 4. Begehren (3. Eventualbegehren) hat der Kläger vor der Vorinstanz damit begründet, die Beklagte sei nicht berech-

tigt gewesen, ihm für die im Depot liegenden 200 Örlifoner Aktien nur den Exekutionskurs vom 18. November 1907 zuzuschreiben; in dem für sie allergünstigsten Falle sei sie mit dem Kurs vom 15. Oktober 1907 zu belasten, was eine Differenz von 10,023 Fr. 20 Cts. Wert 4. November 1907 ergeben würde. Zur Begründung der Abweisung dieses Begehrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden; wohl hat der Vertreter des Klägers heute sowohl Art. 50 ff. als auch Art. 110 ff. OR angerufen, allein weder der eine noch der andere Rechtsgrund trifft zu; eine unerlaubte Handlung liegt im Hinausschieben der Verwertung der Titel gewiß nicht, und ebensowenig eine Vertragsverletzung, da ja der Kläger am 15. Oktober 1907 gar nicht Auftrag zur sofortigen Verwertung gegeben hatte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. März 1908 in allen Teilen bestätigt.

82. Urteil vom 20. November 1908 in Sachen Zingg, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Rüegger, Bekl. u. Ver.-Bekl.

Vertrag über Anfertigung einer zu patentierenden Maschine, zu der der eine Teil dem andern die Pläne geliefert hat. Nichtausführung der Konstruktion; Schadensersatzklage des Lieferanten der Pläne.

A. Durch Urteil vom 15. September 1908 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt über das Appellationsbegehren des Beklagten:

Es sei der vom Zivilgericht dem Kläger zugesprochene Entschädigungsbetrag von 2000 Fr. abzuweisen; —
erkannt:

Der Beklagte wird bei seiner Anerkennung von 314 Fr. behaftet und zur Bezahlung weiterer 120 Fr. nebst 5% Zins seit 11. Juli 1907 ab 434 Fr. an Kläger verurteilt. Die Mehrforderung ist abgewiesen.