

lequel n'a pas en vue le cas où il s'agit de constructions élevées sur le fonds du maître, n'est pas applicable à la cause, mais bien l'alinéa 2 du même article, statuant qu'en pareil cas, le maître peut demander un rabais sur le prix des travaux ou, si la construction n'est pas achevée, en interdire la continuation à l'entrepreneur et se désister du contrat en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés.

Or, il n'apparaît pas que la Cour de justice civile, en arrêtant le rabais à faire, en vertu de cette dernière disposition, à 850 fr. 80 cent., montant de la différence entre la taxe de la dernière expertise et la somme de 10 950 fr. 30 cent. réclamée par Delay, ait faussement appliqué le droit fédéral.

Les expertises provoquées en la cause constatent unanimement, en effet, que la valeur des travaux faits par Delay correspond au moins à la somme qu'il réclame dans son compte, et que ces travaux sont exécutés aussi bien que possible, en vue de l'emploi auquel ils sont destinés.

Dans ces circonstances le surplus de dépense, dépassant le devis primitif, profite évidemment à de Zinowieff, et celui-ci ne saurait être admis à refuser de payer le prix des dits travaux, alors qu'en faisant, en cours de construction, des avances de 1200 francs supérieures au devis, il doit être réputé avoir donné tacitement son adhésion à un surplus de dépense qui se faisait sous ses yeux, qu'il n'a pas cherché à arrêter, et contre laquelle il n'a, alors, pas même protesté, ni fait de réserve quelconque.

Si l'on considère, en outre, que Delay avait offert lui-même, en son temps, de se porter acquéreur de l'immeuble, objet du litige, pour la somme de 12 000 francs, il ne peut être admis qu'en arrêtant le compte réclamé par Delay à de Zinowieff à 10 950 fr. 30 cent., somme inférieure de 850 fr. 80 c., au prix des travaux conformément à la taxe des derniers experts, ni qu'en estimant ce rabais suffisant pour indemniser de Zinowieff du fait que le devis approximatif a été dépassé, la Cour cantonale ait fait une fausse application des dispositions du droit fédéral régissant l'espèce. Le recours ne saurait, dès lors, être accueilli.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et les arrêts rendus par la Cour de justice civile de Genève, les 29 Septembre 1890 et 27 Avril 1891, sont maintenus tout au fond que sur les dépens.

77. Urtheil vom 11. Juli 1891 in Sachen
Ris gegen Wildi.

J. Winkler, Maschinenfabrikant in Riesenbach bei Waldbühl, Erfinder einer neuen Backsteinschlagmaschine, übertrug durch Vertrag vom 7. November 1887 dem Patentagenten Otto Huzler in Zürich die Alleinverwerthung dieser Erfindung zur Ausbeutung in der Schweiz, Italien und Spanien für ein Jahr.

Für Italien verlangte Winkler 20,000 Fr., für die Schweiz 10,000 Fr. Bezüglich der Provision einigten sich die Parteien dahin, daß bei Patentverkauf für Italien, Huzler 20 % bis auf 20,000 Fr., für die Schweiz 20 % bis auf 10,000 Fr. von der Gewinneinnahme Winkler's erhalte, und der Rest getheilt werde. Die Herstellungskosten einer Maschine wurden im Maximum auf 1200 Fr. taxirt, der Mehrerlös sollte beim Verkauf eines Patentes als Gewinn zugerechnet, zur Patentverkaufssumme gezählt und vom Gesamtbetrage die vorbestimmte Provision berechnet werden. Endlich bestimmt der Vertrag in § 8, daß bei einem Patentverkaufsabschluß zum Zeichen beidseitigen Einverständnisses die Unterschrift beider Kontrahenten unter den Vertrag zu setzen sei.

Am 28. gleichen Monats kam zwischen Winkler und dem Beklagten Wildi durch Vermittelung des Huzler, ein Vertrag zu Stande, wonach Winkler an Wildi das alleinige Fabrikationsrecht seiner Backsteinschlagmaschine für die Schweiz, sowie das italienische Patent hierauf übertrug, wogegen Wildi an Winkler 30,000 Fr. zu bezahlen und eine Mustermaschine zum Preise

von 4000 Fr. zu beziehen sich verpflichtete. An die Kauffumme sollte Wildi 8000 Fr. baar und den Rest in der Weise entrichten, daß von jeder Maschine, die er verkauft 1500 Fr. an Winkler zu bezahlen seien, bis die Summe von 30,000 Fr. erreicht sei.

In § 6 und 9 des Vertrages ist bestimmt, daß zur Kontrolle Winklers bis zur vollständigen Abzahlung der Kauffumme, Wildi pflichtig sei, dafür zu sorgen, daß alle vom ihm in den Handel gebrachten derartigen Maschinen mit einer fortlaufenden Nummer versehen werden, und den Ort anzuzeigen, wo die bezüglichen Maschinen für Italien und die Schweiz angefertigt werden, wobei dem Winkler durch Wildi an den Fabrikationsorten das Kontrollbuch eingeräumt sein müsse. Alsdann habe Wildi für Winkler ein übungsmäßiges Kontrollbuch zu führen, in welches der Absatz, die Lieferzeit und die Adresse der Käufer beim jeweiligen Versandt eingetragen werde. Ferner bestimmt § 7, daß der Vermittler Otto Hugler, „der Einfachheit wegen“ die ihm von Winkler laut Vertrag vom 7. November 1887 stipulirte Provision direkt von Wildi beziehe, welcher dieselbe Winkler in Abzug bringe, wobei Hugler das gleiche Kontrollrecht habe, wie Winkler nach § 6. Und endlich sagt § 9: „Sollte Wildi den nach § 6 bestehenden Verbindlichkeiten nicht nachkommen, so hat er „ebenfalls eine Konventionalstrafe von 6000 Fr. von jeder gelieferten Maschine, die nicht nummerirt und eingeschrieben ist, an die Gegenkontrahenten zu entrichten.“

Am 19. Dezember 1887 schloß, ebenfalls durch Vermittelung Huglers, Wildi mit Borner & Cie., Gießerei in Norschach, einen Vertrag ab, wonach sich diese Firma an der Verwerthung der genannten Erfindung in der Weise betheiligte, daß sie die Fabrikation der Maschinen übernahm, an die Patentkauffumme an den Verkäufer Winkler 4500 Fr. bezahlte und auf eigene Kosten von Winkler eine Mustermaschine zum Preise von 4000 Fr. bezog.

Am 8. Februar 1888 schrieb Hugler an Wildi, er mache von seinem vertragmäßigen Rechte Gebrauch, die Provision successive, wie sie fällig werde, direkt von ihm zu beziehen, und stellte fest:

a. Er habe zu fordern:

20 % von 30,000 Fr.	Fr. 6000
Die Hälfte von 2800 Fr. auf der Mustermaschine	„ 1400
Summa . . .	Fr. 7400

b. Bis jetzt seien bezahlt 1800 Fr.

20 % von 8000 Fr. und 200 Fr. à conto	
der 1400 Fr.	Fr. 1800

Er habe somit noch zu gut . . . Fr. 5600

welcher Betrag successive fällig werde, und nach Lieferung der ersten 15 Maschinen ganz verfallen sei.

Wildi anerkannte gleichen Tags die Aufstellung nach den Verträgen als richtig, und fügte bei: „Und werde ich Ihnen nach Bezahlung Ihres Acceptes von 1500 Fr., je nach Verfall Ihre Provision Ihnen auszahlen.“

Später stellte Wildi dem Hugler dieses, für einen demselben gemachten Vorschuß von 1500 Fr. erhaltene Accept in der Meinung zurück, daß Hugler die 1500 Fr. à conto seines Provisionsguthabens behalten könne, so daß Hugler nur noch 4100 Fr. successive zu beziehen habe.

Schon am 2. März 1888 hatte Hugler sein Guthaben in diesem letzten Betrage (4100 Fr.) an den Kläger abgetreten, wovon letzterer dem Beklagten am 29. gleichen Monats schriftlich Anzeige machte. Wildi erwiderte aber, er habe nur mit Hugler zu thun, und anerkenne die Abtretung nicht. Uebrigens sei die Sache in letzter Zeit so precär geworden, daß kaum Hoffnung auf einen Centime bleibe.

Inzwischen waren nämlich, nach der Feststellung im kantonalen Urtheile, Winkler'sche Maschinen mit unbedeutenden Aenderungen auch seitens der Firma Joseph Pallenberg in Mannheim, in der Schweiz zum Verkaufe angeboten worden. In einer Erklärung vom 31. März 1888 bestritt Winkler, welcher sich darin als Inhaber eines Reichspatentes bezeichnete, daß Pallenberg ein Recht zum Verkaufe solcher Maschinen habe, und erklärte, daß er gegen Pallenberg Patentprozeß erhoben habe und demselben jede Lieferung seiner Maschine untersagt sei.

Am 7. Juni 1888 schrieb dann aber Winkler an Wildi, daß

er zufolge mündlicher Uebereinkunft, und in Anbetracht, daß ihm durch das Eingreifen von Ballenberg in Mannheim das ganze schweizerische Geschäft ruiniert worden sei, daß Italien wenig Verwendung für die Maschine habe, ihm als weitere Länder zur absolut alleinigen Ausbeutung weiter übergebe, das Königreich Bayern, mit Ausnahme der Pfalz, Tyrol mit Vorarlberg, Salzburg Steiermark, Mähren, auch 4 Maschinen nach Böhmen, und Japan in vollem Umfange, und zwar zu folgenden Bedingungen:

Die Vertragsbestimmungen sind die gleichen, wie im Originalvertrag vom 28. November 1887, sowie auch die Strafbestimmungen und Provisionszahlungen unter folgenden Ausnahmen, nämlich:

„Für die Schweiz soll keine Provision mehr bezahlt werden. Der Totalbetrag von 30,000 Fr. ist auf den Maschinen der andern Länder zu erheben, soweit noch nöthig. Ist diese Summe erreicht, so ist keine Provision mehr zu bezahlen.

„Die ersten zwei Maschinen in die neu überlassenen Länder sind provisionsfrei, als Gegenleistung für die Maschinen, welche Ballenberg an Du Pasquier in der Schweiz liefern darf.“

Im Weiteren verpflichtet sich Winkler für jede Maschine, welche von Ballenberg oder irgend einem Korrespondenten Winklers in eines der Vertragsländer (Böhmen ausgenommen) geliefert werde, 5000 Fr. Strafe zu zahlen; und endlich übernimmt er die Garantie, daß Huzler mit dieser Abmachung einverstanden sei.

Am 23. Juni 1889 schloßen Wildi und Borner & Cie. einen neuen Vertrag, nach welchem Wildi alle seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrage mit Winkler vom 28. November 1887 sammt Nachtrag vom 7. Juni 1888 an Borner & Cie. gegen eine im Vertrage festgesetzte Abfindungssumme abtrat. Dabei leisteten Borner & Cie. für alle Ansprüche, welche an Wildi aus dem Vertrage mit Winkler noch erhoben werden könnten, Garantie und übernahmen sie Winkler und Huzler gegenüber die Verantwortlichkeit für Folgen, die für Wildi aus den Verträgen zwischen Wildi und Borner & Cie. und Winkler entstehen könnten.

Auf eine Zahlungsaufforderung des Klägers erwiderte Wildi

am 28. Juni 1889, daß er mit Huzler vollständig abgerechnet habe und in keinem Rechnungsverhältniß mehr mit demselben stehe. Und am 17. August vorigen Jahres bestätigte Wildi diese Mittheilung mit dem Beifügen, daß der Vertrag mit allen Rechten und Pflichten an Borner & Cie. in Rorschach verkauft worden sei. Eine Abschrift dieses Vertrages wurde dem Kläger vorgezeigt.

Darauf trat Kläger beim Handelsgerichte Zürich klagend gegen Wildi auf, indem er das Begehren stellte: „Beklagter sei zu verurtheilen, an den Kläger 4100 Fr. rückständige Agenturprovision nebst Zinsen zu 6% vom Tage der Weisung an, eventuell die gleiche Summe nebst Zins als eine dem Kläger, respektive Huzler geschuldete Entschädigung zu bezahlen.“

Weiter eventuell verlangte Kläger: „Es sei Beklagter zu verurtheilen, dem Kläger für die seither wirklich verkauften Maschinen die vereinbarte Provision zu bezahlen, unter Vorbehalt der Nachforderung bis auf den Betrag von 4100 Fr., je nach der Fälligkeit der weiteren Provisionsposten.“

Zur Begründung dieser Begehren führte Kläger an:

Der Klagenanspruch stütze sich auf die Verträge vom 7. und 28. November 1887 und die beidseitig anerkannte Abrechnung vom 8. Februar 1888. Danach sei vorausgesetzt, daß Wildi die Maschine selber erstelle, oder für eigene Rechnung erstellen lasse und verkaufe. Eine Schulübertragung auf Borner & Cie. habe Kläger nie angenommen. Die Verträge mit Borner & Cie. gehen daher Kläger nichts an. In dem Vertrag vom 28. November 1887 sei dem Huzler direkt ein eigenes und genau umschriebenes Kontrollrecht eingeräumt. Wildi habe den Fabrikationsort anzuzeigen, ferner dafür zu sorgen, daß Huzler am Fabrikationsort das Kontrollbuch einsehen könne, und selbst ein Kontrollbuch zu führen.

Wildi habe aber seine diesfällige Pflicht nicht nur nicht erfüllt, sondern vorsätzlich das Gegenteil gethan und damit den Vertrag in einem Hauptpunkte gebrochen. Kläger habe bis jetzt weder ein Kontrollbuch gesehen, noch sei ihm Anzeige gemacht worden, wohin die fabrizirten Maschinen gekommen seien. Wie aus dem Briefe des Beklagten vom 17. August 1890 und dem Vertrage

mit Borner & Cie. vom 23. Juni 1889 hervorgehe, habe derselbe vielmehr seine Verbindlichkeiten gegen Huzler abschütteln wollen und den Vertrag vorsätzlich gebrochen, wobei Beklagter behaftet werde.

Dazu komme, daß Wildi — ohne Zustimmung Huzlers — durch den Vertrag vom 7. Juni 1888 die Grundlagen des frühern Vertrages mit Winkler und Huzler vom 28. November 1887 in den Hauptbestandtheilen verändert und sich in die Unmöglichkeit versetzt habe, den Vertrag mit Huzler zu erfüllen.

Die Voraussetzungen, an welche die Auszahlung der an Huzler versprochenen Provision geknüpft gewesen, seien vom Beklagten vorsätzlich und wider Treu und Glauben zerstört worden. Die Rechtsfolgen davon bestehen darin: Der Eintritt der Bedingung des Vertrages: Absatzgebiet in der Schweiz und Kontrollrecht an sich und lokaliter in der Schweiz sei vom Beklagten wider Treu und Glauben verändert worden und gelte daher die Bedingung als erfüllt, (Art. 176 D.-R.), weshalb Kläger Bezahlung der restitrenden 4100 Fr. nebst Zinsen verlangen könne.

Eventuell sage Kläger: Der Vertrag vom 28. November 1887 sei aus den gleichen Gründen und mit kategorischer Erklärung des Beklagten unheilbar gebrochen und Beklagter daher schadenersatzpflichtig. Der Schaden sei gleich der vereitelten Provision von 4100 Fr. nebst Zinsen. (Art. 110, 111 u. 116 D.-R.)

Auf Anordnung des Handelsgerichtes hatten Borner & Cie. ihr Bestellbuch, ihr Versandtbuch und ihr Eingangsbuch dem Gerichte eingesandt, welches aus denselben einen Auszug ausfertigen ließ. Danach haben Borner & Cie. vom 5. Juni 1888 bis 17. Januar 1890 fünf Baksteinschlagmaschinen in der Schweiz, eine nach Mailand, eine nach Prag und eine nach Wittkowitz, Mähren, verkauft, welche letztere jedoch, sowie zwei Maschinen aus der Schweiz retour gekommen sind.

Beklagter verlangte gänzliche Abweisung der Klage, indem er anführte:

Es seien im Ganzen acht Maschinen abgeliefert worden, davon aber drei zurückgekommen, und von den fünf effektiv verkauften, seien alle provisionsfrei bis auf die nach Mailand verkaufte. Ein Begehren um Vorweisung des Kontrollbuches sei bisher nicht

gestellt worden; allein wenn auch Beklagter in dieser Hinsicht seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt haben sollte, so gäbe das dem Kläger nur ein Klagerecht auf Erfüllung oder Schadenersatz. Das im Vertrag vorgesehene Kontrollbuch sei nur ein Auskunftsmittel darüber, wie viele Maschinen geliefert worden seien. Die Kontrolle von Borner & Cie. sei vollständig und richtig; alle ausgegangenen Maschinen seien nummerirt, wofür Beweis angeboten werde. Daß neben Borner & Cie. auch Wildi noch ein besonderes Kontrollbuch führen müsse, werde gestützt auf Art. 77 D.-R. bestritten, da die Maschine nur an einem, und nicht an verschiedenen Orten fabrizirt worden.

Die Anzeige, wo die Maschine angefertigt worden, sei gemacht, da Huzler selbst die Verbindung mit Borner & Cie. angeknüpft habe. Eine Anzeigepflicht darüber, wohin die Maschinen geliefert werden, habe nicht bestanden, sondern Kläger, respektive Huzler und Winkler seien verpflichtet gewesen, nach Korschach zu kommen um dort die Bücher einzusehen.

Weber Winkler noch Riz haben aber je angefragt, wie viele Maschinen geliefert worden seien. Einsicht in den ganzen Vertrag Wildis mit Borner & Cie. haben weder Winkler, noch Huzler, noch Riz beanspruchen können. Wildi habe die 20% von 1500 Fr. dem Huzler nicht direkt versprochen; die Zahlungen seien nur dem Winkler versprochen, und davon dürfe Huzler $\frac{1}{2}$ vorweg nehmen. Huzlers Anspruch stehe und falle mit demjenigen Winklers. Für den Provisionsanspruch Winklers sei der Vertrag vom 7. Juni 1888 maßgebend. Wenn Winkler auf Provision verzichte, so habe auch Huzler nichts von den 10% zu fordern sondern stehe ihm nur ein Schadenersatzanspruch gegen Winkler zu. Nur wenn Winkler und Wildi dolos gehandelt hätten, um den Huzler um seine Provision zu pressen, würde Wildi die 20% von den freigegebenen Maschinen schulden. Allein das sei nicht der Fall. Wildi und Borner & Cie. seien von Winkler hintergangen worden, indem derselbe kein Patent auf die ganze Maschine, sondern nur auf nebensächliche Bestandtheile besessen habe, und daher dem Beklagten, respektive Borner & Cie. durch das Haus Ballenberg in der Schweiz eine ruinöse Konkurrenz gemacht worden sei. Deshalb habe sich Winkler mit Wildi durch den

Vertrag vom 7. Juni 1888 so, wie geschehen, abgefunden; Winkler habe das gerade gethan, um die Verbindung mit Wildi fortzusetzen. Es sei nur einmal wider Treu und Glauben gehandelt worden, als Huzler den Vertrag vom 28. November 1887 vermittelt habe, durch welchen Wildi und Borner & Cie. effektiv in Schaden gekommen seien. Borner & Cie. thun das Möglichste, Maschinen zu verkaufen; wenn der Verkauf nicht möglich sei, so geschehe es durch Schuld Winklers und zum Nachtheil der beklagten Partei. Es stehe dem Beklagten frei, gar keine Maschinen zu verkaufen, wenn er es nicht in seinem Vortheile fände. Daß Beklagter die Maschinen selber hätte fabriziren sollen, sei unrichtig.

Durch Urtheil vom 6. März dieses Jahres hat das zürcherische Handelsgericht die Klage abgewiesen und dem Kläger die Kosten auferlegt, von einer Prozeßentschädigung an den Beklagten dagegen abgesehen.

Kläger hat die Weiterziehung an das Bundesgericht erklärt und das Begehren gestellt, das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Der Beklagte sei persönlich und direkt dem Kläger respektive dessen Cedenten gegenüber obligatorisch gebunden.

2. Der Beklagte habe demnach an den Kläger die rückständige Agenturprovision von 4100 Fr. nebst Zins à 6 % seit 12. November 1890 zu bezahlen;

3. Eventuell: Der Beklagte sei schuldig, den Kläger für drei von acht verkauften provisionspflichtigen Maschinen 900 Fr. nebst Zinsen zu bezahlen, vorbehältlich des Anspruchs auf die vertragliche Provision der weiter verkauften Maschinen;

Weiter eventuell:

4. Es sei ein Beweisverfahren einzuleiten, welches damit zu beginnen habe, daß der Beklagte seine eigenen Kontrollbücher und Kontrollskripturen edire, im Uebrigen unter gleichzeitiger Auflage des Hauptbeweises an Beklagten. Der Beklagte hat Bestätigung des angefochtenen Urtheils anbegehrt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die heute vom Beklagten neu vorgebrachte Einrede, daß die Cession vom 2. März 1888 ungültig sei, weil die Forderung Huzlers an Winkler respektive Wildi ihrer Natur nach nicht übertragbar sei, ist unbegründet. Es handelt sich um eine Geld-

forderung, die durchaus nicht an die Person Huzlers untrennbar geknüpft ist und bekanntlich können auch künftige Forderungen cedirt werden. Beklagter ist denn auch nicht in der Lage gewesen, für seine Behauptung irgend welche Gründe anzuführen.

2. Kläger stützt, nach seiner heutigen Klagebegründung, seine Begehren, daß Beklagter zur Bezahlung von 4100 Fr. nebst Zinsen verpflichtet werde, nicht darauf, daß Beklagter, respektive Borner & Cie. eine solche Anzahl von Backsteinschlagmaschinen verkauft haben, daß Kläger nach §§ 2 und 7 des Vertrages vom 28. November 1887, respektive dem Vertrage vom 7. Juni 1888, zu einer Provisionsforderung in dem eingeklagten Betrage berechtigt wäre. Er hat auch seine, vom kantonalen Gerichte zutreffend zurückgewiesene Behauptung, daß bis zum Beweise des Gegentheils der Verkauf von 15 solcher Maschinen angenommen werden müsse, heute nicht mehr festgehalten.

Die Klage ist, wenigstens nach dem heutigen Vortrage des Klägers, nicht mehr auf Erfüllung der vom Beklagten durch den erwähnten Vertrag dem Rechtsvorfahr des Klägers gegenüber übernommenen Verpflichtungen gerichtet, sondern stellt sich lediglich noch als Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung jener Verpflichtungen dar.

3. Frägt sich nun, ob und welche Verpflichtungen Beklagter durch jenen Vertrag dem Huzler gegenüber übernommen habe, so steht nach den Akten, insbesondere den Verträgen vom 7. und 28. November 1887 fest, daß die dem Huzler für den Verkauf des Fabrikationsrechtes in der Schweiz und das italienische Patent versprochene Provision nicht von dem Beklagten Wildi aus seinem Vermögen zu zahlen ist, sondern ausschließlich von Winkler geschuldet wird, letzterer daher einzig und ausschließlich Schuldner dieser Provision ist. Beklagter hat durch den Vertrag vom 28. November 1887 und seine Erklärung auf dem Briefe vom 8. Februar 1888 sich lediglich verpflichtet, die dem Huzler von Winkler versprochene Provision aus der dem Winkler zukommenden Provision auf Rechnung Winklers zu bezahlen, in der Meinung, daß durch solche Zahlung die Provisionsforderung Huzlers an Winkler getilgt und gleichzeitig Wildi insoweit von seiner Schuld an Winkler befreit sein solle.

4. Mit dem kantonalen Gerichte ist nun davon auszugehen, daß das dießfalls begründete Rechtsverhältnis dasjenige der Anweisung (Art. 406 ff. O.-R.) sei. Von einer Cession d. h. Uebertragung der Forderungsrechte des Winkler an Wildi auf Huzler ist im Vertrage vom 28. November 1887 nirgends die Rede, so wenig als davon, daß Huzler auf sein Forderungsrecht gegen Winkler verzichtet und den Wildi als Schuldner annehmen wolle. Für etwas anderes als eine Anweisung spricht auch der Umstand nicht, daß Huzler den Vertrag vom 28. November 1887 ebenfalls unterzeichnet hat. Offenbar geschah dieß in Ausführung der dießfälligen Bestimmung des Vertrages vom 7. November 1887, „zum Zeichen beidseitigen Einverständnisses,“ mit dem Verkaufe des Fabrikationsrechtes respektive des Patentes an den Beklagten.

5. Daraus folgt aber allerdings nicht, daß zwischen Beklagtem und Kläger durch den Vertrag vom 28. November 1887 kein Obligationsverhältnis begründet worden sei. Vielmehr ist dies dadurch geschehen, daß Beklagter die Anweisung sowohl durch seine Unterschrift auf dem Vertrage vom 28. November 1887, als durch seine Erklärung auf dem Briefe Huzlers vom 8. Februar 1888, angenommen hat. Wenn auch die Anweisung ein Obligationsverhältnis zwischen Angewiesenen und Anweisungsempfänger nicht bewirkt, so entsteht dagegen ein solches Verhältnis, sobald und soweit der Angewiesene sich durch Vertrag dem Anweisungsempfänger bindet, und dahin gehört die Annahme der Anweisung. Art. 409 O.-R. bestimmt denn auch, daß der Angewiesene, welcher dem Anweisungsempfänger die Annahme ohne Vorbehalt erklärt, demselben zur Zahlung verpflichtet werde und ihm nur solche Einreden entgegensetzen könne, welche sich aus ihrem persönlichen Verhältnisse oder aus dem Inhalte der Anweisung selbst ergeben, nicht aber solche aus seinem Verhältnisse zum Anweisenden.

6. Das kantonale Gericht hat nun aus § 7 des Vertrages vom 28. November 1887, und zwar speziell aus den Worten: „Vermittler Huzler bezieht der Einfachheit wegen,“ gefolgert, Beklagter habe die Anweisung nicht vorbehaltlos, sondern nur in dem Sinne angenommen, daß er insoweit Zahlung zu leisten

verspreche, als er selbst dem Anweisenden verpflichtet sein werde, und insbesondere beliebige Aenderungen des Vertragsverhältnisses zwischen Winkler und Wildi nicht haben ausgeschlossen werden wollen. Es bemerkt hiebei, man hätte ebensogut sagen können, Wildi besorge gefälligkeithalber die Auszahlung an Huzler. Ob diese Annahme richtig ist, mag dahin gestellt bleiben. Rechtsirrtümlich wäre es jedenfalls, wenn das kantonale Gericht von der Ansicht ausginge, es komme nach Art. 409 O.-R. auf das Motiv der Annahme einer Anweisung etwas an, und es finde auf eine vorbehaltlose Annahme, sofern sie seitens des Angewiesenen aus Gefälligkeit gegen den Anweisenden oder Anweisungsempfänger erfolgt, Art. 409 O.-R. in dem Sinne keine Anwendung, daß in einem solchen Falle trotz des Mangels eines bezüglichen Vorbehaltes auch Einreden aus dem Verhältnisse zwischen Assignanten und Assignaten dem Anweisungsempfänger entgegengesetzt werden können.

Auch hat das kantonale Gericht die Erklärung des Beklagten auf dem Briefe Huzlers vom 8. Februar 1888, welche ein Zahlungsverprechen ohne jeden Vorbehalt enthält, wenigstens nach den Urtheilsmotiven, gänzlich außer Acht gelassen. Es möchte daher wohl bedenklich sein, hierorts einfach darauf abzustellen, daß das kantonale Gericht den Sinn des Vertrages vom 28. November 1887, speziell des § 7 desselben, sowie geschehen, festgestellt habe, und diese Feststellung als rein tatsächlicher Natur für das Bundesgericht verbindlich sei.

7. Allein es ist im vorliegenden Falle überhaupt nicht nöthig zu untersuchen, ob die Annahme der Anweisung seitens des Beklagten eine vorbehaltlose gewesen sei oder nicht. Denn nach Art. 409 O.-R. kann der Angewiesene, auch wenn er die Annahme ohne Vorbehalt erklärt hat, dem Assignatoren doch diejenigen Einreden entgegensetzen, welche sich aus dem Inhalte der Anweisung selbst ergeben, und zu diesen Einreden gehören nicht etwa bloß diejenigen aus Vorbehalten und Beschränkungen des Anweisenden bei der Anweisung, sondern auch diejenigen, welche sich daraus ergeben, daß die Anweisung auf Schuld gemacht ist, und um eine solche Einrede handelt es sich hier. Es liegt nämlich in casu nicht eine Anweisung auf eine abstrakte Geldsumme vor,

sondern eine Anweisung auf eine ganz bestimmte und zwar künftige Schuld aus einem zweiseitigen Vertrag, deren Entstehung nicht bloß dadurch bedingt war, daß Beklagter Backsteinschlagmaschinen nach der Schweiz und Italien wirklich verkaufe respektive verkaufen könne, sondern die auch von einer Gegenleistung des Anweisenden Winkler abhing. Der Wille der Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages vom 28. November 1887 ging, wie sich aus dessen Inhalt unzweideutig ergibt und schon oben bemerkt worden, dahin, daß durch die Anweisung die künftige Schuld Wilbis an Winkler von 1500 Fr. für jede verkaufte Maschine, soweit die Provisionsforderung Huzlers reichte, getilgt und Beklagter durch die Zahlung an Huzler von seiner Schuld an Winkler befreit sein sollte. Grund und Voraussetzung der Anweisung ist also die Existenz jener Schuld des Beklagten an Winkler. Daraus folgt aber, daß Kläger aus der Annahme der Anweisung den Beklagten jedenfalls dann nicht belangen kann, wenn jene Forderung Winklers ohne Schuld des Beklagten nicht zur Entstehung gelangt ist. Und dieß muß in casu angenommen werden. Nach dem Vertrage vom 28. November 1887 bildete die Abgabe von je 1500 Fr. von jeder nach der Schweiz oder Italien verkauften Maschine die Gegenleistung dafür, daß Winkler dem Beklagten das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz und das italienische Patent übertrug. Dafür, daß Beklagter durch den Vertrag das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz erwerbe, hatte Winkler Gewähr zu leisten. Konnte er dieses Recht dem Beklagten nicht übertragen, so erfüllte er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht, und damit fiel auch die Gegenleistung des Beklagten in entsprechendem Maße weg. Insofern gelangte somit die Forderung, auf welche Huzler angewiesen war, nicht zur Entstehung und damit fiel auch die Anweisung dahin (siehe z. B. Dernburg, Preußisches Privatrecht II, S. 133 4. Aufl.).

Nun kann in der That das Vorbringen des Beklagten über das Eingreifen Pallenbergs in Mannheim und die Entstehung des Vertrages vom 7. Juni 1888 nicht anders verstanden werden, als daß dem Winkler die Erfüllung des Vertrages vom 28. November 1887 bezüglich des alleinigen Fabrikationsrechtes für die

Schweiz nicht möglich gewesen sei. Denn Beklagter hat in seiner schriftlichen Klagebeantwortung unter anderm wörtlich erklärt, Winkler und Huzler haben an ihm dolos gehandelt, indem sie ihm das alleinige Fabrikationsrecht der fraglichen Maschine für enormes Geld verkauft haben und dieses Recht ihrerseits nicht haben gewährleisten können; Beklagter sei also berechtigt gewesen, vom Vertrage zurückzutreten und in diesem Falle hätte Huzler keine Provision beziehen können. Und damit stimmt ganz überein die Erklärung Winklers in dem Vertrage vom 7. Juni 1888, welche ausdrücklich dahin geht, daß dem Beklagten durch das Eingreifen Pallenbergs in den Rayon des Beklagten, das ganze schweizerische Geschäft ruiniert worden sei und deßhalb für die Schweiz keine Provision mehr bezahlt werden sollte. Daß diese Erklärungen Winklers richtig seien, muß so lange angenommen werden, als nicht das Gegentheil nachgewiesen ist.

Ein solcher Beweis ist aber vom Kläger, den die Beweislast trifft, weder geleistet, noch anerbotten worden. War aber dem Winkler die Erfüllung des Vertrages vom 28. November 1887 in der oben bezeichneten Richtung nicht möglich, so durfte sich Beklagter über die Wirkungen, welche dieser Umstand auf seine, des Beklagten, Gegenleistungen nach dem früher Gesagten zukamen, in der Weise, wie geschehen, außergerichtlich verständigen und abfinden, ohne sich dem Beklagten verantwortlich zu machen. Insbesondere stand einer solchen Abfindung nicht das dem Huzler vertraglich eingeräumte Kontrollrecht entgegen. Denn dieses Kontrollrecht ist, wie dasjenige Winklers, nach §§ 6 und 9 des Vertrages vom 28. November 1887 lediglich ein accessorisches Recht. Derselbe hat in Verbindung mit der vereinbarten Konventionalstrafe einzig den Zweck, den Huzler und Winkler gegen den heimlichen Verkauf provisionspflichtiger Maschinen zu schützen, und dauert demgemäß, nach § 6 ibidem, nur so lange, als dem Winkler und Huzler ein Recht auf Provision zusteht. Soweit Winkler und Huzler keine Provision zu beanspruchen haben, ist auch das Kontrollrecht für sie gegenstandslos. Sollte Kläger glauben, daß Winkler dem Beklagten, zum Nachtheile Huzlers ein unverhältnismäßiges Zugeständniß gemacht habe, indem er den Beklagten von jeder Provision für die nach der Schweiz verkauf-

ten Maschinen entband, und daß Huzler aus diesem oder einem andern Grunde nicht mehr an den Vertrag vom 7. November 1887, wonach er nur vom Gewinn Winklers eine Provision zu beanspruchen hat, gebunden sei, so bleibt ihm natürlich unbenommen, gegen Winkler rechtlich vorzugehen. Daß Beklagter arglistig gehandelt habe, ist nicht bewiesen, ja nicht einmal bestimmt behauptet worden.

8. Demnach kann in casu die Klage gegen den Beklagten nicht darauf gestützt werden, daß derselbe durch die Vereinbarung mit Winkler vom 7. Juni 1888 die wesentlichen Grundlagen des Vertrages vom 28. November 1887 widerrechtlich verändert, und damit durch letzteren Vertrag dem Huzler gegenüber übernommene Verpflichtungen verletzt habe. Wollte man übrigens annehmen, Beklagter könne dem Kläger die Vereinbarung vom 7. Juni 1888 nicht entgegensetzen, sondern letzterer könne sich nach wie vor dem Beklagten gegenüber auf den Vertrag vom 28. Juni 1887 berufen, so wäre die Folge davon gewiß nur die, daß Beklagter von jeder in der Schweiz verkauften Maschine die Provision von 300 Fr. an Kläger bezahlen müßte, da ihm ja der Verkauf der Maschinen in der Schweiz nicht benommen ist. Dagegen ist nicht einzusehen, wie Kläger berechtigt sein sollte, sofort die ganze Provision von 4100 Fr. als Schadenersatz vom Beklagten zu fordern. Denn daß Beklagter, wenn die Vereinbarung vom 7. Juni 1888 nicht getroffen worden wäre, bis jetzt schon 15 Maschinen, respektive mehr Maschinen, als wirklich abgesetzt worden sind, in der Schweiz verkauft hätte, ist weder dargethan, noch nach den Umständen anzunehmen.

9. Ebenso unvermögend zur Rechtfertigung der Schadenersatzklage des Klägers sind die übrigen von demselben angeführten Gründe. Daß Wildi nach dem Vertrage vom 28. November 1887 die Maschinen nicht selbst erstellen mußte, geht schon daraus hervor, daß nach §§ 6 und 7 jenes Vertrages Beklagter dem Winkler und Huzler neben seinem eigenen Kontrollbuch, das Kontrollbuch an den Fabrikationsorten einräumen muß, welche Bestimmung sich ja offenbar nur dadurch erklärt, daß Beklagter, wie Winkler und Huzler mußten, nicht selbst Fabrikant und daher nicht in der Lage war, die Maschinen selbst zu erstellen. Aber

auch die Uebertragung des Verkaufs, Betriebes der Maschinen an eine dritte Person, insbesondere den Fabrikanten, ist in dem Vertrage vom 28. November 1887 nicht verboten, und durch die Natur des Geschäftes durchaus nicht ausgeschlossen. Denn Beklagter hat ja durch jenen Vertrag zur Erstellung der Maschinen sich nicht verpflichtet, sondern er hat durch den Vertrag lediglich das Recht dazu erworben, und Kläger und Winkler haben, wie es in solchen Fällen ja regelmäßig vorkommt, einfach darauf abgestellt, daß das eigene Interesse des Beklagten denselben dazu führen werde, möglichst viele Backsteinschlagmaschinen zu verkaufen. Die Verpflichtungen des Beklagten gegen Winkler und Huzler bestehen lediglich in den im Vertrage näher bezeichneten Geldleistungen und den dem Kontrollrecht dieser Personen entsprechenden Pflichten. Warum nun Beklagter seine durch den Vertrag vom 28. November 1887 erworbenen Rechte nicht an einen Dritten sollte übertragen können, ist nicht einzusehen und vom Kläger auch nicht begründet worden; ihrer Natur nach sind dieselben gewiß nicht unübertragbar.

Die Verpflichtungen dagegen konnte Beklagter allerdings nicht mit befreiender Wirkung für sich ohne Zustimmung von Winkler und Huzler einem Dritten überbinden. Allein angenommen, Beklagter hätte wirklich diese Verpflichtungen durch Uebertragung an Borner & Cie. abschütteln wollen, so würde Kläger daraus noch durchaus nicht das Recht zu der vorliegenden Klage ableiten können. Vielmehr wäre ein solcher Versuch des Beklagten dem Kläger gegenüber eben einfach wirkungslos und könnte sich letzterer nach wie vor an den Beklagten selbst halten, wobei indessen dem Beklagten immerhin nach Art. 77 D.-R. das Recht zustände, die Erfüllung durch einen Dritten zu bewirken. Und zwar gilt dieß nicht nur mit Bezug auf die Provision, zu deren Zahlung Beklagter sich verpflichtet hat, sondern auch bezüglich der Pflicht des Beklagten zur Führung eines Kontrollbuches. Eine Anzeigepflicht des Beklagten an Kläger statuiert der Vertrag nur insofern, als Beklagter dem Winkler und Huzler den Fabrikationsort anzugeben hat, und dieser hat Beklagter unbefritten genügt. Dem Kläger den Vertrag mit Borner & Cie. zur Einsicht vorzulegen, war Beklagter nicht pflichtig. Dagegen ist richtig, daß

nach §§ 5, 6 und 7 des Vertrages vom 28. November 1887 dem Kläger respektive seinem Ebedenten nicht nur das Kontrollbuch an den Fabrikationsorten zur Einsicht gestellt werden, sondern Beklagter selbst ein ordnungsmäßiges Kontrollbuch führen muß, in das der Absatz, die Lieferzeit und die Adresse des Käufers beim jeweiligen Versandt einzutragen ist. Daß es aber bei der Erfüllung dieser Verpflichtung auf die Persönlichkeit des Beklagten ankomme, so daß Beklagter nach Art. 77 D.-R. zur persönlichen Erfüllung verpflichtet wäre, läßt sich gewiß nicht sagen und es hat auch der Kläger dafür nichts anzuführen vermocht. Auch ist durchaus glaubwürdig, daß die Führung des Kontrollbuches durch Wilbi selbst mit Rücksicht auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Erstellung der Maschinen an verschiedenen Orten vorgeschrieben worden sei, indem in § 6 des Vertrages ausdrücklich von „Fabrikationsorten“ die Rede ist. In Wirklichkeit werden nun die Maschinen lediglich durch Borner & Cie. in Norschach erstellt und es erscheint daher weder vertrags- noch gesetzwidrig, wenn Beklagter die Führung des Kontrollbuches dieser Firma übertragen hat. Wie bereits bemerkt, ist nichtsdestoweniger Beklagter selbst dem Kläger gegenüber für die richtige Führung des Buches verantwortlich, und es treffen ihn daher die in § 9 des Vertrages vom 28. November 1887 für vertragswidriges Handeln angedrohten Folgen. Nun lassen sich aus den von Borner & Cie. vorgelegten Büchern, aus welchen ein gerichtlich erhobener beglaubigter Auszug bei den Akten liegt, alle diejenigen Angaben entnehmen, welche nach § 6 des Vertrages in dem von Wilbi zu führenden Kontrollbuch enthalten sein sollen.

10. Daß neben diesen, den sämtlichen Verkehr von Borner & Cie. enthaltenden, nicht noch ein besonderes Kontrollbuch, welches lediglich die Bausteinschlagmaschinen beschlagen würde, geführt worden ist, kann den Kläger, sofern ihm hiedurch die Ausübung der Kontrolle erschwert werden sollte, berechtigen, durch geeignete Mittel für Abhülfe zu sorgen, und den Beklagten auf Ersatz des diesfälligen bereits entstandenen oder noch entstehenden Schadens zu belangen. Ein solcher Schaden ist aber gegenwärtig gar nicht nachgewiesen; ja es hat Kläger nach den tatsäch-

lichen Feststellungen des kantonalen Urtheils, respektive der unbestrittenen Behauptung des Beklagten bis jetzt gar nie versucht, die Kontrolle über die abgelieferten Maschinen an dem ihm bekannten Fabrikorte auszuüben, geschweige denn, daß ihm oder Huzler die Einsicht der Bücher durch Borner & Cie. verweigert worden wäre.

Die Annahme des Klägers, er könne wegen des bloßen Umstandes, daß neben den Büchern von Borner & Cie. nicht noch von dieser Firma oder vom Beklagten selbst ein besonderes Kontrollbuch über die Winkler'schen Bausteinschlagmaschinen, welches ja lediglich den Inhalt der Borner'schen Bücher reproduzieren könnte, geführt worden ist, nun sofort — entgegen den Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrages, wonach Kläger für seine Provision auf den Erlös der vom Beklagten verkauften Maschinen respektive die dem Winkler hievon zukommende Provision angewiesen ist — vom Beklagten Zahlung seiner Gesamtprovision von 4100 Fr. fordern, entbehrt jeder Begründung.

11. Daß endlich die in den Antworten des Beklagten vom 31. März 1888 auf die Sessionsanzeige des Klägers vom 29. gleichen Monats, und vom 28. Juni 1889 und 17. August 1890 auf die Zahlungsaufforderung des Klägers enthaltenen, unrichtigen und unbegründeten Behauptungen, er schulde dem Huzler nichts, er habe mit demselben abgerechnet u. s. w., das erste Klagsbegehren nicht rechtfertigen, sondern den Kläger nur dazu veranlassen konnten, auf dem Rechtswege den Beklagten zur Anerkennung seiner vertraglichen Verpflichtungen anzuhalten, bedarf keiner weiteren Ausführung. Das kantonale Gericht hat den Beklagten für seine unrichtigen Angaben damit bestraft, daß es ihm keine Prozeßentschädigung zugesprochen hat.

12. Die Gutheißung des dritten, eventuellen Rechtsbegehrens des Klägers, daß Beklagter verpflichtet werde, an ihn für drei von acht verkauften, provisionspflichtigen Maschinen 900 Fr. nebst Zinsen zu bezahlen, hängt nach der heutigen Begründung desselben durch Kläger davon ab, daß Beklagter respektive Borner & Cie. bis jetzt acht provisionspflichtige Maschinen verkauft haben, respektive daß die nach ihren Büchern verkauften acht Maschinen wirklich provisionspflichtig seien.

Nach den vorstehenden Ausführungen, respektive nach dem auch im Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagten wirksamen Vertrage vom 7. Juni 1888 ist nun aber — wie das kantonale Gericht mit Recht annimmt — lediglich die nach Mailand verkaufte Maschine provisionspflichtig, und nun hat Kläger heute selbst zugegeben, daß er auf die Provision erst Anspruch habe, wenn wenigstens sechs provisionspflichtige Maschinen verkauft seien, indem vorerst der Vorchuß von 1500 Fr., welchen Beklagter dem Huhler schon vor dem 2. März 1888 gemacht, durch die Provision von fünf Maschinen zu decken sei.

13. Von der gleichen Annahme, daß die von Borner & Cie. verkauften acht Bassteinschlagmaschinen sämtlich provisionspflichtig seien, geht endlich auch das letzte, auf Anordnung eines Beweisverfahrens gerichtete, Begehren des Klägers, aus. Das Beweisverfahren soll sich nämlich auf die drei Maschinen beziehen, welche von Borner & Cie. als von den Käufern zur Verfügung gestellt bezeichnet worden sind, indem Kläger theils die Richtigkeit dieser Angabe bestreitet, theils behauptet, daß die Dispositionsstellung für ihn nicht verbindlich sei. Nun trifft dieselbe aber lediglich drei Maschinen, von welchen nach dem Vertrage vom 7. Juni 1888 eine Provision nicht bezahlt werden muß, und damit fällt auch dieses Begehren dahin.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 6. März 1891 sein Bewenden.

78. Urtheil vom 18. Juli 1891 in Sachen Erben Berger gegen Lach.

A. Durch Urtheil vom 23. März 1891 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

1. Der Verantwortler ist nicht gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten bezüglich der Obligationen vom 20. De-

zember 1876 per 6000 Fr. und je 10,000 Fr. Dagegen ist derselbe gehalten, die gegnerische Klage einläßlich zu beantworten bezüglich der Obligation vom 1. Mai 1876 per 2000 Fr.

2. Die dieser Einredesache wegen ergangenen Kosten mit 20 Fr. heutiger Vortragsgebühr werden zum Haupthandel geschlagen.

3. Die heutige Urtheilsgebühr ist auf 20 Fr. festgesetzt. Jede Partei hat unter solidarischer Haftbarkeit davon die Hälfte zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung erklärt der Vertreter des Beklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache, er gedenke eine Vorfrage aufzuwerfen, da die angefochtene Entscheidung sich nicht als Haupturtheil qualifizire. Das Bundesgericht beschließt indeß, die Verhandlung über diese Vorfrage sei mit derjenigen in der Hauptsache zu verbinden. Der Anwalt der Kläger stellt hierauf die Anträge, es sei die Gegenpartei mit ihrer angekündigten Einrede abzuweisen und es sei das obergerichtliche Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß die Verjährungseinrede des gänzlichen abgewiesen werde. Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten, es sei auf die Beschwerde zur Zeit nicht einzutreten, sondern beide Parteien anzuweisen, einen materiellen Hauptentscheid über die ganze Klage abzuwarten; eventuell sei die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bankgeschäft S. Lach & Cie. in Solothurn schuldet den Klägern:

Laut Obligation vom	1. Mai 1876	.	2,000 Fr.
"	"	"	20. Dez. 1876 . 6,000 "
"	"	"	20. " 1876 . 10,000 "
"	"	"	20. " 1876 . 10,000 "

Unbestrittenermaßen war die Gesellschaft S. Lach & Cie. im Jahre 1876 eine „gewöhnliche Gesellschaft“ im Sinne der §§ 1192 u. ff. des solothurnischen Zivilgesetzbuches, welcher Simon und Julian Lach, sowie der Vater des Beklagten Fritz Lach-Reinhart als Mitglieder angehörten. Am 17. November 1877 verstarb der letztere und wurde vom Beklagten beerbt. Durch Eintrag vom 20. Januar 1883, veröffentlicht im Handelsamtsblatt vom 30. gleichen