

Zu der zweiten Einrede, dahin gehend, die Beklagte wäre nicht verpflichtet gewesen, ihrer Käuferin, der Bernischen Bodenkreditanstalt zu liefern, und habe daher, als sie trotzdem erfüllte, ihren Schaden selbst verschuldet, ist zunächst zu bemerken, daß der Anspruch der Beklagten aus dem Kaufgeschäft mit der Klägerin nicht etwa auf den Ersatz des erweislichen, effektiven Schadens, sondern nach § 6 der Statuten der Basler Börse einfach auf Erstattung der nachweisbaren Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und dem Börsenpreis am Tage der Exekution geht. Beklagte hatte der Klägerin die Ausführung ihres Auftrages vom 3. September 1891 als Selbstkontrahent gemeldet, und Klägerin hat ihr die Befugnis dazu nicht bestritten. Da somit die Beklagte der Klägerin gegenüber die Stellung des Käufers gegenüber dem Verkäufer erlangt und anerkanntermaßen für dieses Geschäft die Statuten der Basler Börse Geltung haben, so war Beklagte, nachdem die Klägerin ihre Verbindlichkeit nicht erfüllt hatte, berechtigt, nach § 6 dieser Statuten zum Selbsthülfskauf zu schreiten und die nachweisbare Differenz vom säumigen Teile zu verlangen. Aus dem gleichen Grunde war denn auch die Aufforderung der Klägerin, der Bodenkreditanstalt gegenüber die Erfüllung zu verweigern, für die Beklagte nicht verbindlich. Die Klägerin glaubte sich zu dieser Aufforderung befugt auf Grund des ursprünglich mit der Beklagten abgeschlossenen Kommissionsgeschäftes; allein der Kommissionsvertrag war mit dem Eintritt der letztern als Selbstkontrahentin erfüllt und von diesem Moment an hatte die Beklagte keine Verpflichtung mehr, auf die weitere Abwicklung des Geschäfts bezügliche Anweisungen der Klägerin ohne Weiteres zu befolgen. Selbst wenn man annehmen will sodann, daß die Beklagte, trotz ihres Eintrittes als Selbstkäuferin, dennoch, gemäß der bona fides des Verhältnisses verpflichtet gewesen sei, bei der Abwicklung des Geschäftes noch die Interessen der Klägerin zu wahren und dieselben nicht böswillig oder leichtfertig Preis zu geben, so ist die Klage dennoch unbegründet. Denn wie die Vorinstanz ausführt, wäre der Beklagten nach den Usancen der Basler Börse eine Ablehnung der Lieferung unmöglich gewesen, nachdem einmal der Börsenvorstand die Notierung der Aktien der Chef- und Wechselbank wieder zugelassen und die

Erfüllung der Engagements per Oktoberliquidation ausdrücklich vorgeschrieben hatte, unter Androhung des Ausschlusses von der Börse, und war, angesichts dieser Tatsachen und bei dem durchaus unsichern Erfolg der von Dr. von Salis Namens der Klägerin in Aussicht gestellten Strafflage und dem Mangel an Beweismitteln für den behaupteten Betrug der Bodenkreditanstalt, der Beklagten nicht zuzumuten, die Nichterfüllung zu wagen und sich damit der Gefahr auszusetzen, von der Börse ausgeschlossen zu werden. Die Einrede, die Beklagte habe den ihr in Folge der Nichterfüllung entstandenen Schaden selbst verschuldet, ist daher nicht stichhaltig.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 8. Januar 1894 in allen Teilen bestätigt.

### 38. Urteil vom 30. März 1894 in Sachen Jöhl gegen Thoma.

A. Mit Urteil vom 12. Januar 1894 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

1. Die Klage ist aufrecht gestellt.

2. Der Beklagte wird wegen der im erstinstanzlichen Verfahren am 15. Oktober 1893 erfolgten Ablehnung seiner eigenen Unterschrift auf dem Vertrag vom 9. Oktober 1890 der zuständigen Untersuchungsbehörde von Amtse wegen verzeigt.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage. In der heutigen Verhandlung wiederholt er diesen Antrag; der Vertreter des Klägers trägt auf Bestätigung des kantonsgerichtlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Jahre 1887 war in Umden alt Gemeinderat Florian Thoma mit Hinterlassung einer Wittve und eines damals zwei

Jahre alten Kindes, Alexander, gestorben. Diesem fiel die väterliche Liegenschaft zum Flyhof in Umden zu. Nachdem sich die Wittve im folgenden Jahre mit ihrem Knechte verheiratet hatte, wurde dem Alexander Thoma in der Person des damaligen Regierungsrates Thomas Thoma in St. Fiden ein Vormund bestellt. Am 1. Oktober 1890 wurden die Liegenschaften zum Flyhof unter waisenamtlicher Aufsicht und Leitung auf freiwillige und öffentliche Steigerung gebracht, da die Mutter des minderjährigen Alexander Thoma und ihr zweiter Ehemann keine Gewähr zur richtigen Bewirtschaftung zu bieten schienen. In den Sanbestimmungen war bedungen, daß der Mehrerlös über die 58,500 Fr. betragenden Pfandschulden in baar zu entrichten sei, und zwar 2000 Fr. bei der Fertigung und nachher alle Jahre auf Martini 1000 Fr. Im Fernern behielt sich das Waisenamt Zu- und Absage vor. Letzt- und Meistbieter bei dieser Steigerung blieb Gemeindefschreiber A. Gmür in Umden mit einem Angebot von 63,200 Fr. In einem Schreiben vom 5. Oktober 1890 an den Vormund, Regierungsrat Th. Thoma, erklärte sich nun dessen Nefte und Verwandter des Alexander Thoma, Thomas Thoma (der heutige Kläger), bereit, die Liegenschaft zum Flyhof um 63,500 Fr. zu übernehmen, und zwar zu denselben Bedingungen, wie sie im Steigerungssakte vom 1. Oktober enthalten waren, mit Ausnahme der dort bedungenen Baarzahlungen. Dagegen wollte er sich verpflichten, für Alexander Thoma zu sorgen, denselben in gefunden und kranken Tagen zu pflegen, und nach besten Kräften ihm eine gute Erziehung angedeihen zu lassen, gegen den Zinsgenuß vom Übererlöse über die Pfandschulden, d. h. von 5000 Fr. Letztern Betrag wollte er in 14 Jahren mit jährlich 357 Fr. abbezahlen. Auf Antrag des Vormundes erklärte hierauf das Waisenamt am 7. Oktober dem A. Gmür Absage.

2. Am 9. Oktober 1890 trafen der Beklagte, ebenfalls ein Verwandter des Alexander Thoma, sowie der Kläger Thomas Thoma und der Vormund, Regierungsrat Thoma, ein Übereinkommen, „in der Absicht“, wie einleitend in dem betreffenden Vertragsinstrument gesagt wird, „den Flyhof in der Familie zu behalten und in vorteilhafter Weise für den Wüchel Alexander Thoma zu sorgen.“ Dieses Übereinkommen geht im wesentlichen

dahin: Der Beklagte anerbietet dem Kläger 4000 Fr., wenn sich letzterer von der Mitbewerbung um den Flyhof zurückzieht und ebenfalls Hand dazu bietet, daß Beklagter in den Besitz des Heimwesens gelange; immerhin unter der Voraussetzung, daß die Erwerbung desselben einen Ankaufspreis von 70,000 Fr. nicht übersteige. Dagegen gibt der Kläger die bindende Erklärung ab, daß er gegen benannte Entschädigung von 4000 Fr. auf die Mitbewerbung um den Flyhof unbedingt verzichte und nach Kräften dazu mitwirken wolle, daß E. A. Jöhl in den Besitz des Anwesens gelange (Art. 4 und 5). Für den Fall, daß Jöhl Eigentümer des Flyhofes wird, verpflichtet er sich, bei einem allfälligen Wiederverkaufe desselben dem Mitbewerber Thomas Thoma für sich und auch für den Knaben Alexander Thoma das Verkaufsrecht zu gleichen Bedingungen einzuräumen und vorzubehalten (Art. 6). Sollte das Kind Alexander weder dem zukünftigen Übernehmer des Flyhofes, noch seinem Stiefvater Bütler in Pflege gegeben werden, so verpflichten sich die beiden Kaufbewerber E. A. Jöhl und Thomas Thoma zu billigen Beiträgen an die Verpflegungs-, Erziehungs- und Bildungskosten des Knaben, höchstens im Betrage von 100 Fr. per Jahr, insofern ersterer Eigentümer des Flyhofes wird zum Kaufpreise unter 70,000 Fr. resp. 66,000 Fr. Diese Verpflichtung dauert bis zum Antritt des 18. Altersjahres des Kindes Alexander (Art. 7). Nachträglich lehnte der Beklagte im Einverständnis der beiden Mitkontrahenten die letztere Verpflichtung für seine Person ab. Das hier im Auszug mitgeteilte Übereinkommen wurde in einem einzigen Exemplar zu Papier gebracht und vom Vormund des Alexander Thoma, Regierungsrat Thoma, sowie von den Litiganten unterzeichnet.

3. Am 12. Oktober 1890 suchte Regierungsrat Thoma beim Waisenamte unter Hinweis darauf, daß Jöhl zum Ankauf des Heimwesens geneigt sei, um die Ermächtigung zum Verkauf desselben aus freier Hand nach. Das Waisenamt beschloß dagegen, den gesetzlichen Nachschlag zu eröffnen, was denn auch sofort geschah. Am 25. Oktober 1890 fand, nachdem außer dem Beklagten noch ein Josef Jöhl, sowie Gemeindefschreiber Gmür Angebote gemacht hatten, die Schlußverhandlung statt, bei welcher

der Beklagte mit 65,900 Fr. Letzt- und Meistbietender blieb. Die gemeinberäthliche Genehmigung und darauf die Zufertigung des Fyhhofes an denselben erfolgte noch am gleichen Tage.

4. Am 5. Februar 1891 ersuchte der Beklagte den Regierungsrat Thoma, welcher den Vertrag vom 9. Oktober 1890 eigenhändig ausgefertigt und seither bei sich in Verwahrung gehalten hatte, um Zusendung desselben, „da er nie in Kraft getreten sei, und damit er annulliert, und nicht mißbräuchlich benutzt werden könne.“ Regierungsrat Thoma weigerte sich jedoch, den Vertrag herauszugeben. Nachdem der Kläger hierauf zuerst auf gültigem Wege und sodann durch Zustellung eines Zahlungsbefehls, vergeblich versucht hatte, den Beklagten zur Bezahlung der im Vertrage stipulierten 4000 Fr. zu veranlassen, machte er diese Forderung beim Bezirksgericht Gaster geltend. In seiner Prozeßeingabe vom 15. Oktober 1893 bestritt der Beklagte die Aechtheit seiner Unterschrift auf dem Vertrage vom 9. Oktober 1890. Die Aechtheit wurde jedoch vor Bezirksgericht durch Schriftpertise dargetan und vom Beklagten in zweiter Instanz nicht mehr bestritten. Zur Begründung der Klage führte der Kläger an, der Beklagte habe sich zur Leistung der geforderten 4000 Fr. vertraglich unter der Bedingung verpflichtet, daß er den Fyhhof zu einem den Betrag von 70,000 Fr. nicht übersteigenden Ankaufspreis erwerbe und Kläger von der Mitbewerbung an fraglicher Liegenschaft abstehe. Diese Bedingung sei tatsächlich schon am 25. Oktober 1890 erfüllt, und damit die Verbindlichkeit des Beklagten fällig worden. Der Beklagte wendete hiegegen ein: Der Vertrag vom 9. Oktober 1890 sei nur ein Projekt, die Liegenschaft zum Fyhhof auf dem außerordentlichen Wege des Verkaufes aus freier Hand dem Beklagten zu verkaufen und zugleich dem minorennen Verkäufer eine gewisse Fürsorge zuzuwenden. Das Vertragsprojekt sei nun aber an der Ablehnung des Verkaufes aus freier Hand und an der Anordnung einer öffentlichen Nachschlagsverhandlung durch das zuständige Waisenamt von Amden gescheitert und damit der ganze Vertrag dahingefallen. Diese Hinfälligkeit sei auch von den Kontrahenten durch ihr nachheriges Verhalten tatsächlich anerkannt worden. Es sei niemals der Versuch gemacht worden, die Bestimmungen des Vertrages, in welchem der Beklagte unter

gewissen Bedingungen die Pflege und Erziehung des Alexander Thoma übernommen habe, ihm gegenüber zur Ausführung zu bringen; der Mündel sei vielmehr mit dem Zeitpunkt des Gantkaufes zum Vormunde verbracht worden. Ebenso wenig sei § 7 des Vertrages dem Kläger gegenüber zur Geltung gebracht und dieser zur Leistung seiner Alimentationspflicht zu Gunsten des Mündels verhalten worden. Der Vormund habe auch keinen Schritt getan, den Vorbehalt betreffend das Verkaufsrecht in die Gantstrazza aufnehmen oder sonst versichern zu lassen. Erst im Jahre 1893 sei der Beklagte zur Zahlung der 4000 Fr. aufgefordert worden. Endlich wäre die eingeklagte Stipulation als Auskauf von der Mitbewerbung an einer öffentlichen Ganthandlung widerrechtlich im Sinne der Art. 17 und 177 D.-R. und könnte aus derselben eine rechtsgültige Forderung nicht abgeleitet werden.

5. Mit Recht hat die Vorinstanz die vom Beklagten erhobene Einrede, es handle sich im vorliegenden Falle nicht um einen perfekten Vertrag, sondern um ein bloßes Vertragsprojekt, als unzutreffend zurückgewiesen. Ein perfekter Vertrag kam zur Entstehung, wenn zwischen den Parteien Willensübereinstimmung über die von ihnen verhandelten Vertragspunkte geherrscht hat, und dies ist nach den Akten und nach der vorinstanzlichen Feststellung nicht zu bezweifeln. Nichts deutet darauf hin, daß die Parteien die gegenseitige Verbindlichkeit hätten in suspenso lassen wollen. Ebenso unhaltbar erscheint die beklagliche Behauptung, das Versprechen, dem Kläger 4000 Fr. zu zahlen für den Fall, daß die Erwerbung des Fyhhofes einen Ankaufspreis von 70,000 Fr. nicht übersteige, sei nur unter der Voraussetzung abgegeben worden, daß die Erwerbung aus freier Hand geschehe. Selbstverständlich liegt der Beweis für die Existenz einer solchen Bedingung dem Beklagten ob; er hat jedoch dafür etwas Greifbares nicht vorbringen können. Gegenteils erscheint als erwiesen, daß die Kontrahenten annehmen mußten, daß eine zweite Steigerung durchgeführt werde. Die Vorinstanz stellt fest, daß nach Art. 75 des st. gallischen Vormundschaftsgesetzes für die Veräußerung von Grundeigentum Bevormundeter die öffentliche Nachschlagsverhandlung die Regel und der Freihandverkauf nur ausnahmsweise gestattet sei. Sofern also das Übereinkommen nur

für den Ausnahmefall hätte Geltung haben sollen, wäre ein diesbezüglicher Vorbehalt im Vertrage unumgänglich notwendig gewesen. Es ist auch durchaus nicht einzusehen, warum der Beklagte die Mitbewerbung des Klägers bloß für den Fall eines Freihandverkaufs hätte auskaufen wollen. Sein Zweck war der, zu möglichst billigem Preise Eigentümer der Liegenschaft zu werden; die Art des Verkaufes mußte ihm an sich gleichgültig sein; dafür, daß ihn der Ausschluß des Mitbewerbers Thoma auf alle Fälle nicht zu teuer zu stehen komme, hatte er durch die Bedingung gesorgt, daß das hierfür zu leistende Entgelt nur gefordert werden könne, wenn der Ankauftspreis des Fyhhofes 70,000 Fr. nicht übersteige.

6. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen muß nun aber die Klage auf Grund der Art. 17 und 177 D.-R. abgewiesen werden. Die Frage der Gültigkeit des pactum de non licitando, d. h. des Übereinkommens, wodurch Einer vom Andern sich versprechen läßt, an einer Steigerung nicht teilzunehmen, um dadurch bei derselben günstiger kaufen zu können, ist in der Doktrin bestritten. Wenn nun auch der Ansicht, daß das pactum de non licitando unter allen Umständen eine Widerrechtlichkeit enthalte, nicht beigespflichtet werden kann, so ist daselbe doch dann als ungültig zu betrachten, wenn die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles, sein Anlaß, Inhalt und Zweck den Vertrag zu einem unstättlichen stempelt (v. Seufferts Archiv, XLIII Nr. 102), und dies trifft im vorliegenden Falle ohne Frage zu. Zwar erklärt das Kantonsgericht, der Endzweck des Vertrages vom 9. Oktober 1890 sei dahin gegangen, einerseits die Liegenschaft zum Fyhhof in der Familie zu behalten, bezw. sie dem heutigen Beklagten als Verwandten des Mündels, zuzuhalten, und anderseits für den minorennen Alexander Thoma zu sorgen. Allein hierbei wiederholt das Kantonsgericht lediglich die von den Parteien als Eingang zum Vertrage hingestellten Sätze. Für die Darlegung der wirklichen Absicht der Parteien ist jedoch nicht allein die von ihnen gewählte Ausdrucksweise, sondern vor allem der gesamte Inhalt des Vertrages maßgebend. Nach dem Vertragsinhalt kann nun einem ernstlichen Zweifel nicht unterliegen, daß die Litiganten bei diesem Abkommen weniger von der

Obforgen für das Wohl des Mündels als von ihrem eigenen Interesse geleitet waren. Einmal konnte unmöglich durch dieses Abkommen der Zweck gefördert werden, den Fyhhof in der Familie zu erhalten. Thomas Thoma und Föhl sind beide Anverwandte des Mündels; beide aspirierten auf den Hof; ob der eine oder der andere ihn erwerbe, in beiden Fällen blieb der Hof in der Familie; ob also Thomas Thoma, seiner ursprünglichen Absicht gemäß, den Hof erwarb, oder ob er zu Gunsten des Föhl zurücktrat, und dieser ihn ersteigerte, konnte für den Zweck, den Hof in der Familie zu behalten, gleichgültig sein. Ebenso wenig verrät der Vertrag die Absicht, in vorteilhaftester Weise für den Mündel zu sorgen. Die Bestimmungen betreffend die Erziehung und Pflege desselben können nicht wesentlich in Betracht fallen. Die vom Beklagten diesfalls übernommene Verpflichtung sollte nur gegen entsprechende Entschädigung aus dem Mündelgut erfüllt werden, und die Zusicherung des Klägers, falls der Mündel weder dem Stiefvater, noch dem zukünftigen Erwerber des Fyhhofes in Pflege gegeben werde, billige Beiträge an die Verpflegungs- und Erziehungskosten zu leisten, erscheint gering gegenüber dem Vorteil, den er sich vom Beklagten, auf Kosten des Mündels, hat versprechen lassen; denn diese Beiträge sollten höchstens 100 Fr. per Jahr betragen und nur bis zum Antritt des 18. Altersjahres desselben dauern.

Erscheint hienach das fragliche Abkommen lediglich als im eigenen Interesse der Litiganten abgeschlossen, so ergibt sich aus den Umständen weiter, daß die Verfolgung dieses Interesses eine unerlaubte Benachteiligung des Alexander Thoma enthielt. Das Mündelgut war auf öffentliche Steigerung gebracht worden, und das Waisenamt hatte sich Zu- oder Absage noch vorbehalten. In dieser Situation ließ sich Kläger, ein Anverwandter des Mündels, nachdem er dem Vormund seinen Wunsch, das Steigerungsobjekt zu erwerben, kund gegeben hatte, 4000 Fr. versprechen gegen den Rücktritt von seiner Bewerbung. Dem Beklagten sollte dadurch die Möglichkeit eröffnet werden, die Liegenschaft bedeutend billiger zu erwerben. Die Chance, die für den Minderjährigen in der Wettbewerbung des Klägers lag, wurde jenem dadurch entzogen, dafür kam ein Teil der Leistung,

den der Beklagte für die Erwerbung des Hofes aufzuwenden gewillt war, nicht dem Mündel, sondern dem Kläger zu. Dieses Resultat verletzt das Rechtsgesühl und der darauf abzielende Vertrag ist mit den Grundsätzen der bei Rechtsgeschäften zu wahren den guten Sitte nicht vereinbar.

Wie die Vorinstanz feststellt, ist durch das st. gallische Vormundschaftsgesetz als Regel vorgeschrieben, daß der Verkauf von Mündelgut auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung geschehen müsse. Diese Vorschrift ist öffentlich-rechtlicher Natur und ihr Hauptzweck besteht augenscheinlich darin, für das Verkaufsobjekt einen möglichst ausgedehnten Wettbewerb, und damit möglichst günstigen Preis zu erzielen. Da nun die Abmachung der Litiganten bezweckt, diesen Wettbewerb zu schmälern, widerspricht sie dem Willen des Gesetzes; sie enthält eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen und kann daher auch aus diesem Grunde nicht zu Recht bestehen.

7. Ist aber die Leistung, welche Gegenstand des Vertrages bildet, als widerrechtliche und unsittliche zu bezeichnen, so ist die Folge absolute Nichtigkeit des Vertrages. Demnach kann denn auch nicht in Betracht fallen, daß der Beklagte, der zunächst aus diesem Resultat Vorteile zieht, ebenso verwerflich gehandelt hat, wie der Kläger. Welche Konsequenzen aus der Nichtigkeit des Vertrages vom 9. Oktober 1890 in Hinsicht auf die Person des Mündels zu ziehen seien, ist hierorts nicht zu erörtern, da derselbe nicht Prozeßpartei ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

### 39. Urteil vom 31. März 1894 in Sachen Burkhardt gegen Kreditbank Winterthur.

A. Mit Urteil vom 2. Februar 1894 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Die beklagte Firma ist schuldig, der Klägerin 9415 Fr. nebst Zins à 5 % seit 16. November 1891 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Anwalt der Beklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, soweit sie den Betrag von 1090 Fr. übersteigt. Bei der heutigen Verhandlung wiederholt er diesen Antrag, der klägerische Vertreter dagegen beantragt Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kreditbank Winterthur bildete im November 1890 ein Syndikat zum Ankauf und Verwertung von 5000 Aktien der Eidgenössischen Bank, an welchem sich auch beklagte Firma, mittelst Unterzeichnung des Syndikatsvertrages vom 3./6. November 1890, mit 100 Aktien beteiligte. Nach der Feststellung der Vorinstanz sind die Parteien darüber einig, daß als Datum dieses Beitritts der 6. November gelten soll. Am 8. November trat die Beklagte ihre Beteiligung an die Firma Hoß & Cie. in Zug, als Unterbeteiligte ab.

2. Die Bestimmungen des Syndikatsvertrages sind folgende: 1. Das Syndikat tritt in Kraft, wenn mindestens 2500 Stück angemeldet sind. 2. Die Leitung besorgt die Kreditbank Winterthur. Dieselbe ist berechtigt, den An- und Verkauf nach den Verhältnissen festzustellen, bei allfälligem Teilverkauf auch Rückkäufe auszuführen, überhaupt Alles vorzunehmen, was ihr im Interesse des Syndikats als geboten erscheint. 3. Der Syndikatsleitung steht es frei, von der in Aussicht genommenen Stückzahl nur einen Teil anzukaufen und damit die Operation endgültig abzuschließen. In diesem Falle haben die Beteiligten am Gewinn und Verlust Anteil im Verhältnis ihrer Beteiligung. 4. Die verkauften Stücke werden von der Syndikatsleitung bezogen und in Kontokorrent oder nach Wahl der Kreditbank in Report gegeben. Der