

vertrag übernehmen werde, habe keinen Sinn gehabt, eine solche Garantie wäre mit der Unterschrift des Gaß erschöpft gewesen, gegenstandslos geworden: die Garantie will eben das weitere be-
 sagen, daß der Beklagte für die Weiterführung des Depots durch Gaß haftete. Daraus folgt aber noch keineswegs eine Garantie des Beklagten für die Zahlungsverbindlichkeiten des Gaß aus dem Vertrage, d. h. eine Bürgschaft oder ein (nicht akzessorisches) Schadlosversprechen; eine solche Verpflichtung ist in der Erklärung des Beklagten nicht, jedenfalls nicht deutlich, ausgesprochen. Zunächst wäre es an sich schon gewagt, und den Regeln der Auslegungstechnik zuwider, eine so weitgehende Verpflichtung aus einer in die Form eines Nebensatzes gekleideten Erklärung, die, wie gesagt, auch sonst einen vernünftigen Sinn ergibt, herauslesen zu wollen. Sodann fällt in Betracht, daß keiner der in der Geschäftssprache üblichen technischen Ausdrücke für eine Bürgschaft gewählt ist. Eine Bürgschaftsverpflichtung muß aber klar und deutlich nachgewiesen sein, das schon angeichts der Vorschrift des Art. 491 OR, wonach die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform bedarf. Auch die begleitenden Umstände lassen nicht notwendig auf eine Bürgschaftsverpflichtung schließen und ergeben den Willen des Beklagten, eine Bürgschaft einzugehen, keineswegs: Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, daß sie in den Austritt des Beklagten aus dem Bierlieferungsvertrage und in die Übernahme des Vertrages durch einen Dritten nur einwillige unter der Bedingung oder Voraussetzung, daß der Beklagte für alle Verpflichtungen des Dritten aus dem Vertrage Bürgschaft leiste, also als Bürge am Vertragsverhältnisse weiter beteiligt sei; als erwiesen kann vielmehr nur angenommen werden, daß die Klägerin das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten nicht gelöst hätte, wenn dieser nicht einen neuen Übernehmer, der an seine Stelle trat, gefunden hätte. Der einzige Umstand, der zu Gunsten der Klägerin sprechen könnte, ist die Tatsache, daß sie dem Beklagten mit Brief vom 12. Dezember 1900 von ihrer Vertragsauffassung Kenntnis gab und daß der Beklagte hierzu geschwiegen hat; es könnte hieraus auf eine stillschweigende Anerkennung der Auslegung des Vertrages durch die Klägerin geschlossen werden. Allein da es sich um eine Bürgschaftsverpflichtung

handelt, würde es zu weit gehen, bei dem zweifelhaften Sinne der streitigen Erklärung vom 8. März 1899 aus dem Still-schweigen des Beklagten jenen Schluß ziehen zu wollen. Gegen die Klägerin sprechen vielmehr noch die allgemeinen Rechtsregeln, daß zweifelhafte Erklärungen zu Gunsten des sich Verpflichtenden auszulegen sind und daß sie gegen denjenigen zu interpretieren sind, der sie redigiert hat, in casu also gegen die Klägerin.

Demnach hat das Bundesgericht
 erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird begründet erklärt und damit in Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 7. Dezember 1903 die Klage abgewiesen.

10. Urteil vom 19. Februar 1904

in Sachen **Gengenbacher**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen
Günthardt, Kl. u. Ber.-Bekl.

Gesellschaftsvertrag mit dem Zwecke der gemeinsamen Ersteigerung einer Verlustscheinforderung. Teilbestandfeststellung, Art. 81 OG. Neuer rechtlicher Standpunkt vor Bundesgericht, Art. 80 OG. — Unsittliches pactum de (non) licitando? Art. 17 OR.

A. Durch Urteil vom 21. Dezember 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

1. Es wird festgestellt, daß dem Kläger ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Hälfte der am 17. Dezember 1902 im Gantheuse zu Basel aus der Pfandmasse Hoffmann & Nischmann versteigerten Verlustscheinforderung, lautend auf den Schuldner Gustav Grisard-Hartdorn, im Betrage von 70,742 Fr. 87 Cts. zusteht.

2. Es wird der Beklagte verurteilt, gegen Aushändigung des halben Ankaufspreises von 1430 Fr. dem Kläger eine Abtretungs-urkunde für die Hälfte der obigen Verlustscheinforderung, somit für 35,371 Fr. 43 Cts., innert 14 Tagen nach Rechtskraft des

Urteils auszustellen und die Abtretung auf dem Verlustschein vorzumerken.

3. Im Falle der Nichterfüllung dieser Abtretungspflicht innert der ihm gesetzten Zeit wird der Beklagte verurteilt, dem Kläger 6570 Fr. Schadenersatz nebst Zinsen zu 5 % seit 17. Dezember 1902 zu bezahlen.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag: Der Kläger sei mit seiner Klage abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 17. Dezember 1902 wurde im Gantause in Basel aus der Gantmasse Hoffmann & Ritschmann eine Verlustscheinforderung auf Grisard-Hardorn von 70,742 Fr. 87 Cts. öffentlich versteigert. An der Steigerung nahmen auch der Beklagte und der Kläger teil, die schliesslich allein noch als Steigerer übrig blieben. Als das Angebot auf 2860 Fr. gestiegen war, machte der Beklagte — wie von den kantonalen Instanzen auf Grund von Zeugenaussagen in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt wird — den Vorschlag, die Forderung gemeinsam zu erwerben, und der Kläger erklärte sich, wie ebenfalls als tatsächlich festgestellt zu erachten ist, damit einverstanden. Die Forderung wurde dann für 2860 Fr. dem Beklagten als Höchstbietenden zugeschlagen. Als nun der Kläger gegen Erlegung der Hälfte des Steigerungspreises von 1430 Fr. vom Beklagten eine Cessionsurkunde für die Hälfte der Forderung ausgestellt haben wollte, bestritt der Beklagte, daß zwischen ihnen eine Abmachung um gemeinsamen Erwerb der Verlustscheinforderung stattgefunden habe. Eine Einigung kam nicht zu stande; der Beklagte scheint in der Folge sogar über die Forderung verfügt zu haben, und es kam schliesslich zum Prozesse, in dem der Kläger die aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren stellte, die durch die dort mitgeteilten Urteile der kantonalen Instanzen in vollem Umfange, soweit sie

noch aufrecht erhalten waren, gutgeheißen worden sind. Mit Bezug auf Rechtsbegehren 3, Dispositiv 3 des erstinstanzlichen Urteils, ist zu bemerken, daß dem Kläger von dritter Seite für die Hälfte der Verlustscheinforderung 8000 Fr. geboten worden sind; die 6570 Fr. Schadenersatz setzen sich aus diesem Betrag abzüglich der Hälfte des Steigerungspreises mit 1430 Fr. zusammen.

2. Nach diesem Tatbestande ist ohne weiteres klar, daß die Klage gutgeheißen werden muß, sofern die Abmachung zwischen den Parteien vom 17. Dezember 1902 überhaupt als rechtlich gültig anzusehen ist. Denn die als festgestellt zu erachtende Abmachung, die Verlustscheinforderung auf Grisard gemeinsam zu erwerben, stellt sich als Eingehung einer Gelegenheitsgesellschaft, also einer einfachen Gesellschaft im Sinne des XXIII. Titels des Obligationenrechts dar, indem danach ein gemeinsamer Zweck mit gemeinsamen Mitteln erreicht werden sollte; und da nun der Beklagte aus seinen Mitteln die Forderung erworben und sie an sich genommen hat, der Kläger aber als Gesellschafter zu gleichen Teilen — da eine andere Abrede nicht vorliegt — das Mit-eigentum an der Hälfte der Forderung hat und ihm auch ein Anspruch auf Abtretung dieser Hälfte gegen Erlegung der Hälfte des Steigerungspreises zusteht, erscheinen Rechtsbegehren 1 und 2 ohne weiteres als begründet. Ebenso steht für den Fall, daß der Beklagte seiner vertraglichen Pflicht der Verschaffung des Eigentumsrechts des Klägers nicht nachkommen kann, seine Schadenersatzpflicht fest, und was den Betrag des Schadenersatzes betrifft, so handelt es sich hier gemäß dem in Erwägung 1 i. f. gesagten um eine tatsächliche Feststellung, an welche das Bundesgericht, da sie nicht aktenwidrig ist, gebunden ist. Der Vertreter des Beklagten hat denn auch heute in durchaus richtiger Weise die Tatbestandsfeststellung der kantonalen Urteile nicht angefochten; dagegen hat er die Berufung mit dem neuen rechtlichen Standpunkt begründet, die fragliche Abmachung vom 17. Dezember 1902 enthalte ein rechtlich ungültiges pactum de non licitando und es sei dem Kläger daher gemäß Art. 17 OR daraus kein Anspruch erwachsen.

3. Vorerst kann nun nicht bezweifelt werden, daß dieser neue

Rechtsstandpunkt auch heute, in der bundesgerichtlichen Instanz, noch zulässig ist. Einmal handelt es sich hierbei weder — was ganz klar ist — um eine neue Tatsache noch um eine neue Einrede im Sinne des Art. 80 OG; denn unter den Begriff dieser letztern fallen nur neue selbständige Schutzbehauptungen, die sich in der Regel auch auf neu vorgebrachte Tatsachen stützen werden. Vielmehr nimmt der Beklagte zur Begründung seines von Anfang an gestellten Antrages auf Abweisung der Klage lediglich einen neuen rechtlichen Standpunkt ein, er würdigt das tatsächlich vorhandene Material in rechtlicher Beziehung neu, und das ist durch Art. 80 OG nicht ausgeschlossen. Sodann hat aber auch das Bundesgericht sogar von Amteswegen zu prüfen, ob ein Vertrag, aus dem Rechte geltend gemacht werden, gegen die Rechtsordnung verstoße und deshalb nach Art. 17 OR ungültig sei; es bedarf also, damit das Bundesgericht diese Gesetzesnorm zur Anwendung bringe, nicht einmal des Anstoßes durch die Parteien, so daß auch aus diesem Grunde nicht von einem Ausschluß dieses Rechtsstandpunktes die Rede sein kann.

4. Der Beklagte begründet nun seinen Standpunkt damit, in der Vereinbarung vom 17. Dezember 1902, aus der der Kläger seine Rechte ableitet, liege ein pactum de non licitando und dieses sei nach der einen Theorie ganz allgemein, schlechthin, widerrechtlich und unsittlich, nach der andern Theorie sei es wenigstens dann unsittlich, wenn dessen Anlaß, Inhalt und Zweck eine Unsittlichkeit in sich schließe, und das treffe hier zu. Nun dürfte es zwar nicht ganz richtig sein, die fragliche Vereinbarung als pactum de non licitando zu charakterisieren; denn das Wesen dieses pactum besteht darin, daß bei einer Steigerung oder im Hinblick auf eine solche ein Bieter sich von einem Mitbieter bestimmen läßt, gegen Entgelt von seinem Angebot abzustehen, während hier die gemeinsame Ersteigerung des versteigerten Objektes Gegenstand der Vereinbarung war, also vielmehr ein pactum de licitando vorliegt. Indessen untersteht auch ein solches pactum, insofern sein Zweck der gleiche ist, wie derjenige des pactum de non licitando, den gleichen Grundsätzen wie dieses, und insofern dürfen daher die für dieses geltenden Rechtsgrundsätze auch hier Anwendung finden. Nun kann vorerst nicht gesagt

werden, daß das pactum de non licitando überhaupt allgemein gegen einen Satz des öffentlichen Rechts oder gegen die Rechtsordnung im allgemeinen verstoße. Das wäre dann der Fall, wenn Wesen und Zweck des Rechtsinstitutes der Steigerung das pactum de non licitando schlechthin ausschließen, verbieten würden. Allein ein Rechtsatz dieses Inhalts findet sich im eidgenössischen Rechte nirgends, weder im Obligationenrecht noch im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, und er kann auch nicht aus den Bestimmungen des letztern Gesetzes über die Steigerung gefolgert werden. Ebenso wenig existiert ein dem Art. 412 Abs. 2 des französischen Code pénal analoges strafrechtliches Verbot des pactum de non licitando als Norm eidgenössischen Rechtes, und daß eine derartige Norm des kantonalen baselstädtischen Rechtes existiere, wird vom Beklagten nicht einmal behauptet. Das pactum de non licitando und damit auch die heute streitige Vereinbarung könnte daher nur aus dem Gesichtspunkte des unsittlichen Vertrages ungültig erklärt werden; das ist aber eine Frage des einzelnen Falles; nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles, nach Anlaß, Inhalt und Zweck der konkreten Vereinbarung entscheidet sich, ob sie unsittlich ist oder nicht (vergl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 1894 i. S. Jöhl gegen Thoma, Amtl. Samml., Bd. XX, S. 232, Erw. 6, sowie Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 30, Nr. 89, S. 304 ff.). In casu liegt nun aber für eine Unsittlichkeit der streitigen Vereinbarung gar nichts vor. Allerdings hat sich der Versteigerer in einer Zwangslage befunden; allein eine Ausbeutung dieser Zwangslage durch die Parteien ist nicht erwiesen und vor den kantonalen Instanzen auch nicht behauptet worden; ebenso wenig ist erwiesen, daß ein augenscheinlicher Widerspruch zwischen dem innern Wert des gemeinsam ersteigerten Guthabens und dem Steigerungspreise bestehe, sowie endlich, daß die Absicht der Parteien dahin gegangen sei, das Resultat der Steigerung zu Ungunsten der übrigen Gläubiger und zu ihrem eigenen Vorteil zu verändern. Unter diesen konkreten Umständen kann von einer Unsittlichkeit und somit Ungültigkeit der fraglichen Vereinbarung nicht die Rede sein und hat daher der Beklagte die ihm durch dieselbe auferlegten Pflichten zu erfüllen; beigefügt mag nur noch werden, daß die

Verfugung des Rechtsschutzes der Vereinbarung auch den Nachteil hätte, daß der Wortbruch des Beklagten geschützt würde und er allein die Vorteile aus jener Abmachung ziehen könnte, während doch dadurch weder den Versteigern noch den übrigen Gläubigern geholfen wäre, — ein Resultat, das das Rechtsgefühl augenscheinlich verletzen würde, was bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft unsittlich sei, nicht ohne Bedeutung ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 21. Dezember 1903 in allen Teilen bestätigt.

11. Urteil vom 4. März 1904 in Sachen

Strahl, Vekl. u. Ber.=Kl., gegen **Wunderli**, Kl. u. Ber.=Vekl.

Dienstvertrag. Art. 338 OR. Stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung, Art. 338 Abs. 2 leg. cit.

A. Der Kläger und Berufungsbeklagte ist der am 22. Juli 1866 geborene einzige Sohn des J. U. Wunderli aus dessen erster Ehe. Die Berufungsklägerin ist die geschiedene zweite Frau des letztern.

Der Kläger ist von 1882 bis 1902 in der Hafnereierwerkstatt seines Vaters tätig gewesen. Nach der am 14. Mai 1902 erfolgten Scheidung der Ehegatten Wunderli-Strahl und der bei diesem Anlasse vorgenommenen Vermögensauseinandersetzung zwischen denselben klagte Wunderli Sohn gegen seinen Vater und dessen geschiedene Ehefrau auf Anerkennung und Bezahlung von

1. 560 Fr. samt Zins à 4% von 1890 an für bei der Sparkasse erhobenes Geld des Sohnes, mütterliches Erbe desselben.

2. Lohnguthaben für 16 Jahre 12,000 Fr., eventuell nach richterlichem Ermessen, nebst Zins à 4% für obigen Zeitraum.

B. Durch Urteil vom 26. März 1903 erkannte das Bezirksgericht Plessur:

1. Die Klage wird im Sinne der Ermägungen gutgeheißen.

2. Der Beklagte, J. U. Wunderli Vater, hat dem Kläger sein Lohnguthaben für 16 Jahre im Gesamtbetrage von 1600 Fr., sowie Kapital und Zins seines Sparkassahefestes vom 27. Mai 1889 bis 26. März 1903, zusammen 925 Fr. 65 Cts., somit im ganzen 2525 Fr. 65 Cts., auszubezahlen.

3. Für den Fall, daß der Beklagte J. U. Wunderli nachgewiesenermaßen nicht im Falle sein sollte, den Kläger zu bezahlen, so haftet die mitbeklagte Frau Strahl für den Fehlbetrag bis zu $\frac{1}{3}$ ihres Vermögens.

C. Nachdem sowohl der Kläger als der Beklagte Wunderli Vater gegen dieses Urteil appelliert hatten, erkannte das Kantonsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 24. November 1903:

J. U. Wunderli, Vater, und Frau Luzia Strahl gesch. Wunderli werden pflichtig erklärt, unter solidarischer Haftbarkeit an den Kläger J. U. Wunderli, Sohn, zu bezahlen:

a) 560 Fr. samt Zins à 4% ab 1. Januar 1890 als im Weitschein eingeklagter Betrag des bei der Sparkasse erhobenen Sparbüchleins des Klägers, mütterliches Erbe desselben.

b) 4800 Fr. Lohnguthaben des Klägers für 16 Jahre, Wert 24. November 1903.

In den Motiven zu diesem Urteil wird u. a. konstatiert, daß Wunderli Vater während des Bestehens seiner Ehe mit Luzia Strahl mittels eines Sparbüchleins seines Sohnes 560 Fr. erhoben und für sich resp. die Familie verwendet hat, trotzdem er wußte, daß dieser Betrag das mütterliche Erbe seines Sohnes bilde und ihm kein Anspruch auf denselben zustehet. Hieraus folge seine Ersatzpflicht für diesen Betrag. Dabei hafte die Mitbeklagte Frau Luzia Strahl solidarisch mit ihrem geschiedenen Ehemann, denn der Betrag des Sparbüchleins sei zur Anzahlung an einen Hauskauf verwendet worden, dessen Objekt in die Abrechnung anlässlich der Ehescheidung als Aktivum mit einbezogen worden sei.

D. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Luzia Strahl rechtzeitig die Berufung ans Bundesgericht angemeldet und ihre Anträge folgendermaßen formuliert: „Das kantonsgerichtliche Urteil sei, „insoweit es die Frau Luzia Strahl zu Zahlungen verpflichtet,