

gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte man den gutgläubigen Erwerber zwingen, sein Recht gegenüber dem wahren, früheren Eigentümer geltend zu machen, indem der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen vom Nichteigentümer ein vom Gesetz im Interesse der Verkehrssicherheit sanktioniertes Übel sei. Dieser Einwand scheidet schon daran, daß der gutgläubige Erwerber mit dem Besitzübergang eo ipso Eigentümer wird, ohne daß er sich auf seinen guten Glauben zu berufen braucht. Zutreffend führt denn auch die Vorinstanz aus, die Aktienbrauerei Basel sei nicht berechtigt gewesen, dem Kläger das Mobilien wegzunehmen; wenn dieser es aus Rechtsirrtum geduldet habe, so habe er sich an die Brauerei zu halten und von ihr die ohne Rechtsgrund entzogenen Gegenstände zu vindizieren. Den Beklagten kann er für deren Wegnahme nicht verantwortlich machen.

Heute hat der Vertreter des Klägers auch versucht, die Klage aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung zu begründen. Auf diese Änderung des Klagefundaments in der Bundesinstanz kann nicht eingetreten werden: es fehlt der Klage in dieser Hinsicht an der erforderlichen tatsächlichen Substantiierung und diese wäre nach Art. 80 OR vor BG ausgeschlossen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des ObG des Kantons Zürich vom 14. Mai 1913 bestätigt.

100. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Oktober 1913  
in Sachen Siegwart, Bchl. u. Ber.-Kl., gegen Konkursmasse  
Glashütte Horw A.-G., Kl. u. Ber.-Bchl.

*Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst (bei der vertraglichen Stellvertretung). Inwieweit zulässig? Folgen der Ungültigerklärung eines vom Stellvertreter mit sich selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäfts.*

A. — Der Beklagte war Direktor der Glashütte Horw A.-G. Am 27. September 1909 wurde von einer außerordentlichen Generalversammlung gegen die Stimmen des Beklagten und seiner Anhänger die Liquidation dieser, in prekärer finanzieller Lage befindlichen Gesellschaft beschlossen, und als Liquidator ein J. Bösch in Luzern ernannt. Dieser Beschluß konnte jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen werden, weil der Beklagte die dazu von ihm als Mitglied des Verwaltungsrates verlangte Unterschrift verweigerte, mit der Behauptung, der Beschluß sei in Verletzung des Art. 640 OR ergangen und deshalb rechtsungültig. Tatsächlich nahmen darauf in den Monaten Oktober bis Dezember 1909 sowohl der Liquidator als auch der Beklagte Rechtshandlungen für die Gesellschaft vor. Der Beklagte, der ihr, wie die Parteien übereinstimmend annehmen, am 4. und am 15. September insgesamt 8000 Fr. vorgeschossen hatte, ließ nun am 15. und 16. Oktober folgende Objekte aus den Fabrikträumlichkeiten entfernen und in Luzern auf seinen eigenen Namen deponieren:

38,900 „Baadtländerflaschen“, für die er sich in den Büchern der Gesellschaft mit . . . . .	Fr. 3890 —
belastete	
21,099 „Neuenburgerflaschen“, für die er sich mit	Fr. 2109 90
belastete	
eine, zwei Jahre vorher zum Preis von 2375 Fr. angeschaffte „Oberbügelmaschine“, für die er sich mit	Fr. 500 —
mit . . . . .	
belastete.	

Am 29. November und am 4. Dezember machte er der Gesell-

schaft zwei weitere Vorschüsse von 1500 Fr. und 500 Fr., wogegen er am 11. Dezember der Gesellschaftskasse 1500 Fr. wieder entnahm. Am 29. Dezember bezog er sodann noch 4400 kg „Verschlußdraht“ und belastete dafür seinen eigenen Konto bei der Gesellschaft mit 1540 Fr. Am 30. Dezember endlich entnahm er der Gesellschaftskasse 460 Fr. und salbierte damit seinen Konto. Die in Betracht kommenden Bucheinträge lauten:

Zoll		Haben	
1909	Fr.	1909	Fr.
Okt. 15. An Faktura	3890 —	Sept. 4. pr. Barschaft	2700 —
15. An Faktura	500 —	15. pr. Barschaft	5300 —
16. An Faktura	2109 90	Nov. 29. pr. Barschaft	1500 —
Dez. 11. An Barschaft	1500 —	Dez. 4. pr. Barschaft	500 —
29. An Faktura	1540 —		
30. An Barschaft	460 10		
	10,000 —		10,000 —

Die Vorinstanz stellt außerdem fest, daß der Beklagte einen Betrag von 500 Fr., den er am 4. Januar 1910 für Rechnung der Gesellschaft auf der Kreditanstalt in Luzern erhob, sehr wahrscheinlich „nicht mehr im Interesse der Gesellschaft verwendet“ habe.

B. — Am 5. Januar 1910 brach über die Glashütte Horn A.-G. der Konkurs aus. Die Konkursverwaltung anerkannte den Beklagten für den Betrag seiner Barvorschüsse abzüglich seiner Barbezüge als Gläubiger und kollogierte ihn dafür in die V. Klasse. Dagegen forderte sie ihn zur Rückerstattung der weggenommenen Waadtländer- und Neuenburgerflaschen, sowie der Oberbügelmaschine und des Verschlußdrahtes auf. Der Beklagte verweigerte die Rückerstattung.

In einer, auf Veranlassung des Hauptaktionärs der Gesellschaft gegen den Beklagten und dessen Vater, Robert Siegwart, eingeleiteten Strafuntersuchung betr. „Unterschlagung, ev. unerlaubte Selbsthilfe“ nahm der Beklagte den Standpunkt ein, daß er sich mit den beanstandeten Warenbezügen für seine Vorschußforderung habe „decken“ wollen, und daß er hierzu berechtigt gewesen sei.

Darauf wurde am 11. Dezember 1911 von der Konkursverwaltung die vorliegende Zivilklage erhoben, mit folgenden „Rechtsfragen“:

„1. Hat der Beklagte an die Klägerin 12,624 Fr. 40 Cts. „nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 1910 zu bezahlen?

„2. Eventuell hat er folgende von ihm vom Oktober bis Dezember 1909 aus der Glashütte Horn weggenommene Gegenstände an die Konkursmasse zurückzugeben:

„a) 21,099  $\frac{7}{10}$  lit. Neuenburgerflaschen?

„b) 38,900  $\frac{7}{10}$  lit. Waadtländerflaschen?

„c) 4400 kg Verschlußdraht?

„d) Die Oberbügelmaschine?“

Die Klage wurde damit begründet, daß der Beklagte als Direktor der Glashütte nicht berechtigt gewesen sei, namens der Gesellschaft mit sich selbst zu kontrahieren, daß er übrigens nach dem Liquidationsbeschluß vom 27. September überhaupt nicht mehr zur Vertretung der Gesellschaft befugt gewesen sei, und daß endlich auch der Tatbestand des Art. 287 Ziff. 2 SchRG gegeben sei.

Demgegenüber machte der Beklagte geltend, daß er als Direktor der Glashütte zu den angefochtenen „Verkäufen“ berechtigt gewesen sei, zumal da der Liquidationsbeschluß vom 27. September wegen Verletzung des Art. 640 Abs. 1 Satz 2 OR ungültig gewesen sei. Mit jenen „Verkäufen“ habe er bezweckt, den sonst gefährdeten Betrieb der Fabrik aufrecht zu erhalten, und es sei denn auch der Gesellschaft in Form der von ihm, dem Beklagten, geleisteten Vorschüsse der volle Gegenwert der von ihm bezogenen Waren zugeflossen; mit andern Worten es sei „Zug um Zug geleistet“ worden. — Die Gesellschaft sei im Oktober und Dezember 1909 in Wirklichkeit nicht überschuldet gewesen.

Eventuell nahm der Beklagte den Standpunkt ein, daß er berechtigt sei, die von ihm geschuldeten Beträge mit seiner Vorschußforderung „im gleich hohen Betrage“ zu verrechnen.

Im Laufe des Prozesses wurde der Beklagte auf Verlangen der Klägerin gerichtlich aufgefordert, die im Oktober und Dezember 1909 weggenommenen Objekte an drittem Ort zu hinterlegen. Darauf erklärte er, daß er die Oberbügelmaschine und den Verschlußdraht nicht mehr besitze. In Bezug auf die Waadtländer- und Neuenburgerflaschen stellte sich heraus, daß der Beklagte sie mit Ausnahme einer Partie von 25,000 Waadtländerflaschen ebenfalls nicht mehr besaß, sondern für eigene Rechnung an Dritte weiter-

veräußert hatte. Jene 25,000 Waadtländerflaschen wurden am 18. Juli 1912 auf Verlangen der Klägerin durch Verfügung des Gerichtspräsidenten vom 28. Dezember 1911, bestätigt auf Rekurs des Beklagten durch die Justizkommission am 11. März 1912, amtlich versteigert und ergaben einen Nettoerlös von 1070 Fr. 25 Cts. Dieser Betrag wurde von der Steigerungsbehörde am 29. Juli 1912 auf einen Kassaschein bei der Luzerner Kantonalbank zinsbar angelegt, und der Kassaschein dem Statthalteramt Luzern übergeben, von welchem das Flaschenlager mit Beschlag belegt worden war.

C. — Durch Urteil vom 30. April 1913 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

„1. Der Beklagte hat der Klägerin 9499 Fr. 13 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 11. Dezember 1911 zu bezahlen.

„2. Die abweichenden Begehren der Parteien sind im Sinne der Motive abgewiesen.“

Dieses Urteil beruht im wesentlichen auf folgenden Erwägungen: Ob der Beklagte zum „Selbstkauf“ berechtigt gewesen, und ob der Liquidationsbeschluß vom 27. September 1909 rechtsgültig zustande gekommen sei, brauche nicht näher untersucht zu werden, da die Klage jedenfalls auf Grund des Art. 287 Ziff. 2 SchRG gutzuheissen sei. Aus den Buchungen der Vorschüsse des Beklagten gehe nämlich klar hervor, daß es sich nicht um „Leistungen Zug um Zug“, sondern um die Tilgung von Gesellschaftsschulden durch nicht übliche Zahlungsmittel gehandelt habe. Diese Tilgung habe weniger als 6 Monate vor Konkursausbruch stattgefunden. Auch sei die Gesellschaft damals zweifellos überschuldet gewesen (wird näher ausgeführt), und endlich habe der Beklagte den in Art. 287 Abs. 2 vorgesehenen Entlastungsbeweis nicht erbracht. Der Beklagte habe also die aus dem Vermögen der Gesellschaft bezogenen Waren zurückzuerstatten, bezw., da sie nicht mehr vorhanden seien, den Wert zurückzuerlösen, „den sie zur Zeit des Kaufes hatten“. Das gelte auch für die amtlich versteigerten 25,000 Waadtländerflaschen, da der Beklagte durch die widerrechtliche Wegnahme dieser Objekte deren Versteigerung und damit auch ihren Mindererlös verursacht habe. Zur Grundlage für die Berechnung des Wertes der Flaschen nehme das Gericht die Preise,

welche der Konkursamtliche Verkauf ergeben habe, d. h. 13 Fr. 50 Cts. pro 100 Stück Waadtländerflaschen und 11 Fr. 50 Cts. pro 100 Stück Neuenburgerflaschen. Laut einer Bescheinigung des Konkursamtes Ariens-Walters seien nämlich „alle diese Flaschen“ infolge steter Nachfrage vom Konkursamt zu den angegebenen Preisen freihändig verkauft worden, und es sei deshalb anzunehmen, daß auch die vom Beklagten weggenommenen diese Preise erreicht haben würden. Die Oberbügelmaschine sodann habe laut Faktura 2375 Fr. gekostet. Ziehe man in Betracht, daß sie zwei Jahre in Betrieb gewesen, und daß bei Zwangsverkäufen „die Verluste immer größer sind“, so scheine ein Abzug von 25 % angemessen. Für den Verschlußdraht endlich könne der Schätzung des Beklagten (1540 Fr. = Anschaffungswert abzüglich ca. 12 %) zugestimmt werden. Der Beklagte habe somit „vorbehältlich seiner Gegenforderung“ folgende Beträge zurückzuerlösen:

„1. 38,900 Waadtländerflaschen à Fr. 13 50	
„pro 100 . . . . .	Fr. 5251 50
„2. 21,099 Neuenburgerflaschen à Fr. 11 50	
„pro 100 . . . . .	„ 2426 38
„3. Oberbügelmaschine mit Fakturapreis Fr.	
„2375 — abzüglich 25 % = Fr. 593 75	„ 1781 25
„4. 4400 kg Verschlußdraht . . . . .	„ 1540 —
	Fr. 10,999 13

Was nun die vom Beklagten erhobene Kompensationszeitrede betreffe, so sei die Berechnung mit den schon im September geleisteten Vorschüssen von zusammen 8000 Fr. allerdings gemäß Art. 125 OR (neuer Fassung) ausgeschlossen. Auch der Posten vom 4. Dezember (500 Fr.) könne nicht auf die Klagforderung angerechnet werden, sondern sei als kompensiert zu betrachten mit dem Betrage von ebenfalls 500 Fr., den der Beklagte am Tag vor Konkursausbruch von der Kreditanstalt in Luzern bezogen habe und von dem anzunehmen sei, daß ihn der Beklagte nicht mehr im Interesse der Gesellschaft verwendet habe. Dagegen sei die Barleistung vom 29. November (1500 Fr.) nicht als Vorschuß anzusehen, sondern als Teilzahlung an die im Oktober vorher bezogenen Waren. Als solche sei sie unansetzbar „und das Kaufgeschäft in diesem Umfang rechtsbeständig“. Die 1500 Fr. seien

daher zu verrechnen, was zu einer Reduktion der Klageforderung auf 9499 Fr. 13 CtS. führe.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat sich dieser Berufung angeschlossen, mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage im vollen Umfang.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

..... 2. — In der Sache selbst fragt es sich vor allem, ob der Beklagte zum Abschluß der angefochtenen Rechtshandlungen deshalb nicht berechtigt war, weil er die betreffenden „Verkäufe“ namens der Gesellschaft, deren Direktor er war oder noch zu sein glaubte, mit sich selber abgeschlossen hat.

Über die Berechtigung des Stellvertreters zum Vertragsabschluß mit sich selbst enthält das OR keine Bestimmungen, und es ist auch eine analoge Anwendung des vom Beklagten angerufenen Art. 444 OR alter Fassung (436 neuer Fassung) hier ausgeschlossen, weil — im Gegensatz zum Direktor einer Aktiengesellschaft — der Kommissionär grundsätzlich in eigenem Namen kauft und verkauft, also überhaupt nicht zu der Kategorie der Stellvertreter gerechnet werden darf, und weil übrigens die spezielle Erwähnung der Berechtigung des Kommissionärs zum Selbsteintritt eher dafür sprechen würde, daß kein allgemeines Prinzip besteht, wonach der Selbsteintritt erlaubt wäre. Übrigens bezieht sich die erwähnte Gesetzesbestimmung ausdrücklich nur auf den Kauf und Verkauf zum Börsen- oder Marktpreis, während im vorliegenden Fall, soweit überhaupt ein Marktpreis in Frage kommen konnte, bedeutend unter diesem verkauft worden ist.

Da sodann auch kein Gewohnheitsrecht besteht, das hier in Ergänzung des Gesetzes angewendet werden könnte, so ist — im Sinne des Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB — „nach bewährter Lehre und Überlieferung“ zu entscheiden.

3. — In Doktrin und Praxis des Gemeinen Rechts war die Frage der Zulässigkeit des Kontrahierens mit sich selbst, nachdem sie ursprünglich, wenigstens grundsätzlich, allgemein verneint worden war, seit den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts bestritten. Vergl. einerseits namentlich Römer, in Goldschmidts Zeitschrift 19

S. 67 ff., Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach Gemeinem Recht, sowie Entsch. d. Reichsger. in Zivilf., 6 S. 11 ff. u. 7 S. 119 f.; anderseits Muskat, in Goldschmidts Zeitschrift 33 S. 507 ff. und Bachmann, Kauf II S. 286 ff.; zusammenfassend: Eck, in Goldschmidts Zeitschrift 39 S. 265 f. Immerhin vertrat kein einziger Schriftsteller die unbedingte Zulässigkeit des „Selbstkontrahierens“, sondern es wurde zum mindesten verlangt, daß das betreffende Rechtsgeschäft vom Vertreter „offen und ehrlich“ abgeschlossen werde (so Römer, a. a. O., S. 92), oder: daß die Vollmacht des Vertreters nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Vertretenen „sich so weit erstreckt, daß der Bevollmächtigte auch in solchen Fällen zur Vertretung ermächtigt ist, wo das Interesse des Bevollmächtigten dem Interesse des Machthabers widerstreitet“ (so das Reichsgericht, a. a. O. 6 S. 16), oder: daß „das Geschäft nachweisbar zur Zeit seines Abschlusses dem Interesse des Vertretenen entsprach“ (so Rümelin, a. a. O. S. 242 und 293), oder: daß „der Verdacht der Interessentkollision ausgeschlossen“ sei (so Dernburg, Preuß. Priv.-Recht II § 181 Anm. 11), oder: daß „keine unstatthafte Interessentkollision herbeigeführt“ werde (so Behrend, Handelsrecht I § 49 Anm. 3), oder endlich es wurde einfach auf den „Umfang der dem Vertreter eingeräumten Verwaltungsbefugnis“ abgestellt (so wiederum Behrend, a. a. O.), usw.

Durch § 181 BGB ist nun die Streitfrage für das Geltungsgebiet dieses Gesetzbuches positivrechtlich dahin entschieden, daß, von den reinen Erfüllungsgeschäften abgesehen, das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst nur da zulässig sei, wo es dem Vertreter „gestattet“ sei. Dadurch und durch die der zitierten Gesetzesbestimmung in der Praxis zu Teil gewordene Auslegung, daß auch eine stillschweigende Gestattung seitens des Vertretenen möglich sei (vergl. z. B. Staudinger, Anm. 4 zu § 181, Dernburg, Die allg. Lehren des bürgerl. Rechts des Deutschen Reichs, S. 497, Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechts, S. 228 sub 2b), ist jene Streitfrage im wesentlichen auf die Frage zurückgeführt worden, ob und inwieweit bei bestimmten Arten von Geschäften die Gefahr einer Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter bestehe. Inwieweit nämlich

eine solche Gefahr besteht, ist es offensichtlich, daß das Selbstkontrahieren des Vertreters dem Willen des Vertretenen nicht entspricht, mit andern Worten, daß der Vertretene dem Vertreter das Selbstkontrahieren weder ausdrücklich noch stillschweigend „gestattet“ haben kann.

Darnach, und weil sonst der Vertretene in allen denjenigen Fällen, in denen die paulianische Anfechtung ausgeschlossen ist und in denen auch die Schadenersatzklage aus dem Mandatsverhältnis versagt (weil z. B. der eingetretene Schaden nicht nachweisbar ist), den verschiedenartigsten unlautern Manipulationen seitens des Vertreters schutzlos preisgegeben wäre, darf auch für das schweizerische Recht der Satz aufgestellt werden, daß das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst, von den reinen Erfüllungsgeschäften abgesehen, grundsätzlich unzulässig ist, und daß eine Ausnahme nur da Platz greift, wo keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht und daher anzunehmen ist, jener habe diesem das „Selbstkontrahieren“ gestattet. Dies wird z. B. meistens der Fall sein beim Umtausch kleinerer Quantitäten von Briefmarken, Stempelmarken und dergl. gegen Geld, oder von Banknoten gegen Geld, oder einer kurrenten Münze gegen eine andere, ebenfalls kurrente, oder auch beim Barverkauf einer vom Vertretenen fabrizierten oder in den Handel gebrachten Ware zu dem ein für allemal dafür festgesetzten Verkaufspreis — wogegen das „Selbstkontrahieren“ ohne besondere ausdrückliche Gestattung z. B. immer dann als unzulässig erscheint, wenn es sich um den Verkauf von Waren handelt, die keinen Börsen- oder Marktpreis haben und deren Verkaufspreis auch nicht etwa ein für allemal vom Vertretenen festgesetzt worden ist, oder wenn zwar ein solcher Preis festgesetzt worden war, der Vertreter aber unter diesem Preis an sich selbst verkauft hat, oder wenn es sich um Waren handelt, die überhaupt nicht zum Verkauf bestimmt waren, oder endlich: wenn sie zwar zum Verkauf an Konjumenten bestimmt waren, im konkreten Falle aber der „Verkauf“ nur zum Zwecke der Deckung des Vertreters für eine ihm gegen den Vertretenen zustehende oder angeblich zustehende Forderung erfolgt ist, so daß es sich, wirtschaftlich gesprochen, entweder um eine Verpfändung oder um eine Hingabe an Zahlungs-

statt handelt, usw. In allen diesen Fällen liegt der Verdacht nahe, daß der Vertreter seine Stellung dazu mißbraucht, um sich selber auf Kosten des Vertretenen einen Vorteil zukommen zu lassen, bestehe dieser Vorteil nun in der Erwerbung einer Ware zu einem niedrigeren als dem Verkehrswert, oder in der Erwerbung eines sonst überhaupt nicht käuflichen Gegenstandes, oder endlich in der Befriedigung oder Sicherstellung des Vertreters für eine gefährdete oder schwer zu realisierende Forderung. — Aus ähnlichen Gründen hat denn auch das ZGB in Art. 392 sub Ziff. 2 für den Fall eines Interessentkonfliktes in der Person des gesetzlichen Vertreters die Ernennung eines Beistandes vorgesehen und in Art. 422 für „Verträge zwischen Mündel und Vormund“ die Zustimmung der Vormundschafts- und sogar der Aufsichtsbehörde „gefordert“, d. h. als Gültigkeitsrequisit aufgestellt. Und wiederum aus ähnlichen Gründen hat die Praxis (vergl. darüber Jaeger, Anm. 2 zu Art. 260) es als unzulässig erklärt, daß eine Abtretung im Sinne des Art. 260 SchRG an denjenigen erfolge, gegen den sich der abzutretende Anspruch richtet. Vergl. auch die Gesetzesbestimmungen, wonach bei Décharge- und ähnlichen Beschlüssen einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft die in Betracht kommenden Organe kein Stimmrecht besitzen (Art. 655 Abs. 2 und 705 Abs. 2 OR).

4. — Im vorliegenden Fall kann nun keine Rede davon sein, daß dem Beklagten mit Bezug auf die streitigen „Verkäufe“ das Selbstkontrahieren gestattet worden sei. Denn es ist offensichtlich, daß dabei für ihn ein erheblicher Interessentkonflikt und für die Klägerin eine ernstliche Gefahr der Übervorteilung durch den Beklagten bestand. Darauf deutet schon der Umstand hin, daß der Beklagte die „Waadtländer- und Neuenburgerflaschen“, für welche ein für allemal ein bestimmter Verkaufspreis festgesetzt worden war, bedeutend unter diesem Preis an sich selbst „verkauft“ hat, mit andern Worten, daß er sich selbst günstiger behandelt hat, als er irgend einen Dritten behandeln haben würde, bezw. zu behandeln berechtigt gewesen wäre. Ähnlich verhält es sich mit der „Oberbügelmaschine“, die nach der Schätzung der Vorinstanz sogar einen Liquidationswert von über 1700 Fr. hatte, während der Beklagte sich dafür nur mit 500 Fr. (dem Altisenwert) belastete.

Bei den 4400 kg „Verschlußdraht“ bestand allerdings, wenigstens nach der Schätzung der Vorinstanz, kein solches Mißverhältnis, da das Obergericht den vom Beklagten berechneten Preis von 1540 Fr. als einen angemessenen betrachtet. Allein hier kommt, wie bei der Oberbügelmaschine, als verdachtbegründendes Moment hinzu, daß es sich dabei um einen Gegenstand handelte, der überhaupt nicht zum Verkauf bestimmt war. Indem der Beklagte diese beiden Objekte, deren eines zu den Betriebsmitteln und deren anderes sogar zum Inventar der Glashütte gehörte, an sich selbst „verkaufte“, hat er zweifellos weniger die Interessen der von ihm vertretenen Gesellschaft, als seine eigenen Privatinteressen gewahrt, zumal da der angebliche Gegenwert der vom Beklagten an sich selbst veräußerten Gegenstände der Aktiengesellschaft nicht in bar zugeflossen, sondern mit einer ungedeckten Forderung des „Käufers“, d. h. des Beklagten selber, kompensiert worden ist, — wirtschaftlich gesprochen also kein Verkauf, sondern eine Hingabe an Zahlungsstatt vorliegt. Einerseits nämlich ergibt sich hieraus, daß jene „Verkäufe“, die, wie bereits konstatiert, zum größern Teil zu sehr niedrigen Preisen erfolgten und schon deshalb für die Gesellschaft unvorteilhaft waren, auch nicht etwa, wie der Beklagte behauptet, den Charakter von Rotverkäufen zum Zwecke der Beschaffung neuer Betriebsmittel hatten, und daß ihr Abschluß somit überhaupt nicht im Interesse der Gesellschaft lag. Andererseits aber ist offensichtlich, daß umgekehrt der Beklagte — abgesehen von der für ihn günstigen Festsetzung der Preise — ein sehr erhebliches Interesse an dem Abschluß solcher „Verkäufe“ hatte, da er dadurch für seine ungedeckte Vorschußforderung ein reelles Exekutionsobjekt erhielt. Denn es ist nicht richtig, wenn der Beklagte behauptet, die Leistungen seien „Zug um Zug“ erfolgt und es sei der Gesellschaft jeweilen der Gegenwert der „verkauften“ Objekte in bar zugeflossen. Aus dem Buchauszug, der dem Urteil der Vorinstanz zu Grunde gelegen hat, geht im Gegenteile deutlich hervor, daß die Vorschußleistungen des Beklagten den in Betracht kommenden „Verkäufen“ zeitlich jeweilen vorangegangen sind, bezw. daß der Beklagte beim Abschluß eines jeden dieser „Verkäufe“ noch eine höhere Vorschußforderung besaß, als der von ihm sich selbst belastete „Kaufpreis“ betrug. So belief sich insbesondere am 15. und 16. Oktober, als er die Waadtländer- und Neuenburgerflaschen,

sowie die Oberbügelmaschine nach Luzern abführen ließ, seine Vorschußforderung auf volle 8000 Fr., während der für die Flaschen und die Maschine fakturierte „Kaufpreis“ nur den Betrag von 6499 Fr. 90 Cts. erreichte; und am 29. Dezember, als der Beklagte sich die 4400 kg Verschlußdraht aneignete, betrug die Vorschußforderung nach den Büchern noch 2000 Fr. 10 Cts., also wiederum mehr, als der für den Verschlußdraht fakturierte Preis von 1540 Fr. In der gegen ihn und seinen Vater eingeleiteten Strafunteruchung hat der Beklagte denn auch selber den Standpunkt eingenommen, daß er sich für seine Vorschußforderung habe „decken“ wollen, wozu er berechtigt gewesen sei. Daß aber der Beklagte, wie er heute behauptet, schon Anfangs September, als er der Gesellschaft jene 8000 Fr. vorschob, die den Grundstock seiner Forderung bilden, die bestimmte Absicht gehabt habe, sich dafür in der Weise zu decken, wie er es dann im Oktober und Dezember versucht hat — womit der Beklagte dartun möchte, daß die Vorschüsse und die „Käufe“ zusammen ein einheitliches Rechtsgeschäft bildeten und daß in diesem Sinne doch „Zug um Zug geleistet“ worden sei — ist nicht erwiesen und in Anbetracht des Umstandes, daß zwischen den Vorschußleistungen und den „Käufen“ der Liquidationsbeschluß liegt, der die Situation völlig veränderte, auch sonst nicht wahrscheinlich. Übrigens würde auf eine solche, in keiner Weise nach außen hervorgetretene Willensmeinung des Beklagten, selbst wenn sie erwiesen wäre, nichts ankommen.

Endlich liegt auch nicht etwa ein reines Erfüllungsgeschäft im Sinne des § 181 BGB vor; denn die „Erfüllung“, d. h. die Tilgung der Darlehensschuld der Gesellschaft gegenüber dem Beklagten, würde in der einfachen Rückzahlung der von diesem gemachten Vorschüsse bestanden haben. Es ist denn auch in der Literatur des BGB stets betont worden, daß eine Hingabe an Zahlungsstatt nicht als ein reines Erfüllungsgeschäft im Sinne der angeführten Gesetzesbestimmung zu betrachten sei (vergl. z. B. Staudinger, Ann. 6 b zu § 181; Dernburg, Allg. Lehren, S. 496; Cosack, a. a. O. S. 228 sub a).

5. — War somit der Beklagte — wegen des Interessenkonflikts, in welchem er sich befand, und mit Rücksicht auf die daraus resultierende Gefahr einer Übervorteilung der von ihm vertretenen Gesellschaft — zum Abschluß der angefochtenen „Verkäufe an sich selbst“

nicht berechtigt, und hat auch keine nachträgliche Genehmigung dieser „Verkäufe“ durch die Gesellschaft stattgefunden, so folgt daraus ohne weiteres die Verpflichtung des Beklagten zur Rück- erstattung der „Kaufobjekte“, bezw. zur Vergütung ihres Wertes.

Dieser Wert ist nun aber nicht, wie die Vorinstanz annimmt, der Wert, den die betreffenden Objekte „zur Zeit des Kaufes“, d. h. im Oktober und Dezember 1909 hatten; denn sobald die angefochtenen „Käufe“ ungültig erklärt werden, muß ihnen auch hinsichtlich der Verteilung von Nutzen und Gefahr jede Rechts- wirkung abgesprochen werden. Vielmehr hat der Beklagte der Klägerin den Wert zu vergüten, den jene Objekte in dem Zeit- punkt hatten, bezw. gehabt haben würden, als erstmals feststand, daß an Stelle der Rück- erstattung in natura die Wertvergütung zu treten habe. Dies war bei denjenigen Objekten, die der Beklagte schon vor Prozeßbeginn, bezw. vor der richterlichen Aufforderung zu deren Hinterlegung, weiterveräußert hatte (Oberbügelmaschine, Verschlußdraht, Neuenburgerflaschen und 13,900 Waadtländer- flaschen) der Zeitpunkt der Rückforderung, bezw. der Erklärung des Beklagten, daß er sie nicht mehr besitze. Es hat also der Be- klagte der Klägerin an Stelle dieser Objekte den Wert zu ver- güten, den sie im angegebenen Zeitpunkte für die Klägerin reprä- sentiert haben würden, wenn sie damals noch vorhanden gewesen wären; denn durch die Weiterveräußerung hat sich der Beklagte selber in die Unmöglichkeit der Rück- erstattung in natura ver- setzt und es müssen daher die Folgen eines allfälligen Mindererlöses anläßlich dieser Weiterveräußerung zu seinen Lasten fallen. Bei denjenigen Objekten dagegen, die erst auf Verlangen der Klägerin, weiterveräußert wurden (es sind dies die im Juli 1912 amtlich versteigerten 25,000 Waadtländerflaschen), ist der maßgebende Zeit- punkt derjenige des effektiven Weiterverkaufs, und es muß die Klägerin auch den bei diesem Weiterverkauf erzielten, verhältnis- mäßig geringen Erlös gegen sich gelten lassen; denn hier hat sie die Rück- erstattung in natura verunmöglicht. Der Erlös dieser letztern Kategorie von Objekten beträgt nun unbestrittenermaßen 1070 Fr. 25 Cts.; bezüglich des Wertes derjenigen Objekte aber, die der Beklagte schon vor Prozeßbeginn weiterveräußert hatte, ist die Feststellung der Vorinstanz maßgebend, daß anzunehmen sei:

a) für die Waadtländer- und Neuenburgerflaschen würde unge- fähr derselbe Preis erzielt worden sein, wie für die tatsächlich zur konkursamtlichen Verwertung gekommenen Flaschen, nämlich	
Fr. 13 50 pro 100 Waadtländerflaschen, was für 13,900 Stück ergibt . . . . .	Fr. 1876 50
Fr. 11 50 pro 100 Neuenburgerflaschen, was für 21,099 Stück ergibt . . . . .	„ 2426 38
b) die, erst zwei Jahre im Gebrauch gewesene Oberbügelmaschine würde mit einem Einschlag von 25 % realisierbar gewesen sein und also ergeben haben . . . . .	„ 1781 25
c) für den Verschlußdraht würde der vom Be- klagten in Rechnung gesetzte Preis erzielt worden sein, also . . . . .	„ 1540 —
was, zusammen mit dem effektiven Erlös der 25,000 Waadtländerflaschen . . . . .	„ 1070 25
einen Gesamtwert von . . . . .	Fr. 8694 38
ergibt.	

6. — Die vom Beklagten erhobene Kompensationseinrede ist ohne weiteres abzuweisen, sobald davon ausgegangen wird, daß die „Kaufverträge“ vom Oktober und Dezember 1909 schon als solche, d. h. ohne Rücksicht auf die damit bezweckte Befriedigung des Beklagten für seine Vorschuforderungen, anfechtbar sind. Denn von diesem Standpunkte aus erscheinen sämtliche Objekte, die der Beklagte damals von der Gesellschaft „kaufte“, als ohne rechtmässi- gen Grund in seinen Besitz übergegangen, und es ist daher der Zustand wiederherzustellen, der ohne die widerrechtliche Wegnahme jener Objekte durch den Beklagten heute bestehen würde, d. h. es ist der Beklagte für seine Vorschuforderung auf die Befriedigung aus der Konkursmasse anzuweisen, während er an Stelle der widerrechtlich entzogenen Objekte deren vollen Wert, ohne Kom- pensationsmöglichkeit, zurückzuerstatten hat. Dies entspricht übrigens der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 132 Ziff. 1 OR alter Fassung (125 Ziff. 1 neuer Fassung).

Die Kompensationseinrede ist indessen auch dann, und zwar ebenfalls gänzlich abzuweisen, wenn nur angenommen wird, der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die in Frage stehenden Gesell-

gesellschaftlichen an Zahlungsstatt an sich zu nehmen, bezw. die „Kaufpreisforderung“ der Gesellschaft mit seiner eigenen Vorschussforderung zu verrechnen. Denn es ist nicht richtig, wenn die Vorinstanz erklärt, die Barleistung vom 29. November 1909 sei „nicht als Vorschuss anzusehen, sondern als Teilzahlung an die im Oktober vorher bezogenen Waren“, mit andern Worten, der Beklagte habe einen Teil des Kaufpreises in bar bezahlt, und es liege also in Bezug auf diesen Teil keine Hingabe an Zahlungsstatt vor. Nach den Büchern war der Beklagte bis zum 29. November 1909 nur 6499 Fr. 90 Cts. für Waren schuldig geworden, während er der Gesellschaft bereits 8000 Fr. vorgeschossen hatte. Wenn er also am genannten Tage weitere 1500 Fr. einzahlte, so war dies keine „Teilzahlung an die im Oktober vorher bezogenen Waren“, sondern ein neuer Vorschuss. Dieser wurde dann freilich am 11. Dezember durch einen Barbezug des Beklagten von ebenfalls 1500 Fr. wieder ausgeglichen; allein das hinderte nicht, daß der Beklagte, nachdem er inzwischen (am 4. Dezember) neuerdings 500 Fr. eingezahlt hatte, am 29. Dezember, als er den mit 1540 Fr. fakturierten Verschlußdraht bezog, noch eine ungedeckte Vorschussforderung von 2000 Fr. 10 Cts. besaß, und daß also der „Verkauf“ des Verschlußdrahtes ebensosehr zur Tilgung einer Forderung des Beklagten bestimmt war, wie vorher der „Verkauf“ der Flaschen und der Oberbügelmaschine; mit andern Worten, es handelte sich in sämtlichen Fällen um eine Hingabe von Gesellschaftsaktiven an Zahlungsstatt für Gesellschaftsschulden. Würde also dem Beklagten heute gestattet, seiner Verpflichtung zur Rückvergütung des Wertes jener Gesellschaftsaktiven ganz oder auch nur teilweise durch Verrechnung mit seiner Vorschussforderung nachzukommen, so würde dadurch in demselben Maße, wie die Kompensation zugelassen würde, der praktische Effekt der angefochtenen Rechts-handlungen — die vollkommene Tilgung einer Chirographarforderung des Beklagten durch reelle Gesellschaftsaktiven — auf einem Umwege wiederhergestellt.

7. — Ist somit die vorliegende Klage schon mit Rücksicht auf die zivilrechtliche Ungiltigkeit der in Betracht kommenden „Verkäufe“, und zwar unabhängig von dem am 27. September 1909 gefaßten Liquidationsbeschuß grundsätzlich gutzuheißen, und ist auch

die Kompensationsseinrede des Beklagten schon von jenem Standpunkte aus hinsichtlich sämtlicher Posten abzuweisen, so braucht auf die Frage der paulianischen Anfechtbarkeit der erwähnten „Verkäufe“, sowie auf die weitere Frage, ob sie auch mit Rücksicht auf den Liquidationsbeschuß unzulässig oder ungültig waren, nicht eingetreten zu werden.

Im übrigen mag noch festgestellt werden, daß sich aus den Ausführungen in Erw. 6 hievon zugleich auch die Unrichtigkeit der Auffassung der Vorinstanz ergibt, wonach in Bezug auf einen Betrag von 1500 Fr. keine Tilgung durch ein außergewöhnliches Zahlungsmittel im Sinne des Art. 287 Ziff. 2 SchRG vorliegen würde. Der Abzug der 1500 Fr. wäre also auch vom Standpunkte der paulianischen Anfechtbarkeit aus unzulässig. Und ebenso würde die Ungültigerklärung der angefochtenen Rechts-handlungen von dem Standpunkte aus, daß sie dem Liquidationsbeschuß widersprächen, hinsichtlich jener 1500 Fr. wiederum zu keinem andern Resultate führen, da es sich dabei lediglich um eine andere Begründung der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit handeln würde.

Umgekehrt würden jene beiden andern Gesichtspunkte (Anfechtbarkeit der „Verkäufe“ mit Rücksicht auf den Liquidationsbeschuß und paulianische Anfechtbarkeit) auch nicht etwa zum Zuspruch eines höhern Betrages geführt haben, da es sich einerseits bei der Wertung der vom Beklagten selber weiterveräußerten Objekte um eine, von der rechtlichen Begründung der Rückvergütungspflicht unabhängige Schätzungsfrage handelte, andererseits aber die verhältnismäßig niedrige Wertung der 25,000 Waadtländerflaschen einzig davon herrührt, daß die Veräußerung dieses Postens zum Preise von bloß 1070 Fr. 25 Cts. auf einen freien Willensentschuß der Klägerin zurückzuführen ist.

An Stelle der Barzahlung dieser 1070 Fr. 25 Cts. wird der Beklagte die Klägerin auf das bezügliche Depositum verweisen können.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Hauptberufung wird dahin teilweise gutgeheißen und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, daß der vom Beklagten an

die Klägerin zu bezahlende Betrag von 9499 Fr. 13 Cts. nebst 5 % Zins seit 11. Dezember 1911 auf 8694 Fr. 38 Cts. nebst Depositenzins von 1070 Fr. 25 Cts. seit 29. Juli 1912 und 5 % Zins von 7624 Fr. 13 Cts. seit 11. Dezember 1911 reduziert wird.

Die Anschlußberufung wird abgewiesen und im übrigen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30. April 1913 bestätigt.

**101. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1913**  
in Sachen **Reutemann, Bekl.,** Widerkl. u. Ber.-Kl., gegen  
**Suggenberger, Kl.,** Widerbekl. u. Ber.-Bekl.

**Kauf mit Umtauschklausel.** Auslegung. — Erfordernisse für das Zustandekommen eines Vertrages. Vertrauensheorie.

A. — Durch Urteil vom 1. April 1913 hat das HG des Kantons Zürich erkannt:

„1. Der Beklagte ist schuldig an den Kläger Fr. 1200 nebst Zins zu 6 % seit 16. Januar 1913 zu zahlen; die Mehrforderung und die Widerklage werden verworfen.

„2. und 3. (Kosten).“

B. — Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 5. Juni 1913 zugestellt wurde, hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das BG erklärt, mit den Anträgen:

„1. Es sei die Hauptklage abzuweisen, eventuell nur im Betrage von Fr. 900 zu schätzen.

„2. Es sei in Gutheißung der Widerklage der Widerbeklagte zu verpflichten:

„a) auf Grund des unterm 2. November 1911 mit dem Widerkläger abgeschlossenen Vertrages den restanzlichen Kaufpreis für das Orchestrion mit Fr. 2000 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zinsen ab 9. August 1912 von Fr. 1050 und ab 4. März 1913 von Fr. 950;

„b) an den Widerkläger ab März 1912 ein Lagergeld von Fr. 10 per Monat bis zur Wegnahme des Orchestrions, sowie weitere Fr. 66 zu bezahlen.

„3. (Kosten).“

C. — In seiner Antwort hat der Kläger und Widerbeklagte beantragt, es sei die Berufung zu verwerfen und das Urteil des HG in vollem Umfange zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien schlossen am 2. November 1911 einen schriftlichen Kaufvertrag über ein Orchestrion ab. Der Vertrag wurde in der Wirtschaft, die der Kläger damals in Zürich betrieb, in Gegenwart eines Alfred Stüßi unterzeichnet. Der Kaufpreis wurde auf 3500 Fr. festgesetzt, wovon 1200 Fr. bei Übernahme und der Rest in monatlichen Raten von 150 Fr. zahlbar. Das rückständige Kapital sollte zu 5 % verzinst werden. Bei unpünktlicher Bezahlung der Raten konnte der Beklagte das Orchestrion zurücknehmen und einen monatlichen Mietzins von 150 Fr. berechnen, gegen Rückerstattung der bisher geleisteten Zahlungen an den Käufer. Die Transportkosten sollten zu dessen Lasten gehen. Endlich enthält der Vertrag folgenden Nachsatz: „Herrn Suggenberger steht das Recht zu, das Orchestrion innert 6 Monaten bei Reutemann gegen ein elektrisches Klavier umzutauschen.“

Dieser Vertrag war im Magazin des Beklagten mündlich vereinbart worden, wobei dem Kläger u. A. ein gebrauchtes elektrisches Klavier zum Occasionspreis von 1400 Fr. vorgewiesen wurde. Der Kläger leistete die Anzahlung von 1200 Fr. und bezahlte zwei Monatsraten, also zusammen 1500 Fr. Anfangs Januar 1912 entschied er sich, das Café Union in St. Gallen zu übernehmen, in dem er das Orchestrion nicht wohl verwenden konnte. Er führte daher mit dem Beklagten oder dessen Procuristen Keiler ein telephonisches Gespräch; der Inhalt dieses Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Am 9. Januar 1912 schrieb der Beklagte an den Kläger unter Bezugnahme auf die telephonische Anfrage, er solle zur Besprechung der Sache gelegentlich bei ihm vorbeikommen; er fügte bei: „Unser Vertrag ist nicht in der Meinung abgeschlossen worden, daß er von Ihrer Seite kündbar sei.“ Dagegen haben sie das Recht, ein elektrisches Piano zu beziehen.“ Es fanden dann verschiedene Unterredungen statt, über deren Inhalt die Darstellungen der Parteien wesentlich auseinandergehen. Mit Brief vom 29. Februar 1912 teilte der Beklagte dem Kläger mit, er sei bereit, das Orchestrion bei sich einzulagern (was tat-