

3. — Les autres moyens soulevés par le défendeur se heurtent aux constatations de fait de l'instance cantonale qui lient le Tribunal fédéral. Dans ses conclusions en cause, le défendeur déclare au sujet des prétendues irrégularités commises lors de la constitution de la société: « nous n'invoquons pas ces irrégularités graves à l'appui de nos conclusions ». Et il y a d'autant moins lieu de rechercher les conséquences possibles de ces irrégularités (non-versement du cinquième du capital souscrit) que celles-ci ne sont nullement établies. Il semble en tout cas certain que le défendeur a effectué son propre versement, sinon on ne comprendrait pas sa demande de restitution. Au surplus, même si l'on admet l'exactitude des faits articulés par le défendeur, il n'en demeurerait pas moins que les vices signalés ont été couverts par l'inscription de la société au Registre du commerce. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises dans ce sens (voir entre autres l'arrêt Planfayon cité, p. 161 et RO 15 p. 629 cons. 5).

L'instance cantonale constate enfin que le demandeur, contrairement à son affirmation, n'a pas été trompé par Albert Gattino, mais qu'il a signé les bulletins de souscription en connaissance de cause. Cette constatation n'est pas en contradiction avec les pièces du dossier. Elle lie le Tribunal fédéral. Les faits se seraient-ils même passés comme le défendeur le prétend qu'ils ne le libéreraient pas de son obligation contractée non seulement vis-à-vis de la société, mais aussi au profit des autres actionnaires et des créanciers. Il suffit à cet égard de renvoyer à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (v. notamment RO 39 II p. 533 et suiv. cons. 3).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

1. — Le recours est écarté et le jugement attaqué confirmé dans toutes ses parties.

74. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1915

i. S. Schlager, Beklagter und Berufungskläger, gegen
Schwegler, Kläger und Berufungsbeklagter.

Tauschvertrag über ein im Ausland befindliches Uhrenlager, eingetauscht gegen in Zürich gelegenes Grundeigentum und zugerische Schuldbriefe. Rechtsanwendung in örtlicher Beziehung? Anwendbarkeit von Bundes- oder kantonalem Rechte in zwischenzeitlicher Hinsicht? Art. 231 a OR: Darunter fallen auch Tauschverträge und Kauf- und Tauschverträge betreffend Grundpfandtitel. Auch die Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln, im besondern Betrug, untersteht bei diesen Geschäften dem kantonalen Rechte. Inwiefern sind daneben Ansprüche eidgenössischen Rechtes aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung möglich?

A. — Durch Vertrag, datiert « Basel 1, Zürich den 14. Dezember 1911 » hat der Beklagte, Gottfried Schlager, Gasthofbesitzer in Feldberg (Baden), dem Kläger, Architekt J. Schwegler in Zürich, ein in der Fabrik Schätty in St. Ludwig (Elsass) befindliches Uhrenlager « verkauft », das nach einem Katalog mit Preislisten auf 72,000 Fr. gewertet war. In dieser Summe sollten ferner 75 Stück nicht in genanntem Lager liegende Kukuksuhren im Gesamtpreis von 2750 Fr. inbegriffen sein. Der Beklagte hatte die Uhren auf Abruf des Klägers fachgemäss zu verpacken und auf seine Kosten in Bahnwagen einladen zu lassen, und er garantierte dafür, dass jede Uhr intakt abgeliefert werde ab Lager, wo die Abnahme erfolge. Andererseits gab der Kläger dem Beklagten ein Stück Land, an der Ütlibergstrasse in Zürich III gelegen zum Preise von 35,000 Fr., sowie fünf auf dem Gasthof « Zum Löwen » in Zug haftende Schuldbriefe von zusammen 40,000 Fr. nom., sonach total 75,000 Fr. als Ausgleich des Kaufpreises dar. Falls das Uhrenlager mit den erwähnten Kukuksuhren den Preis von 72,000 Fr. nicht erreichen würde, hatte der Beklagte die Differenz in bar zu bezahlen. Ferner hatte der Kläger die Schuldbriefe mit

Zession nach dem Verladen der Uhren, spätestens bis Ende Monats zu übergeben und das Land nach dem Ausladen der Uhren in Zürich, längstens jedoch ebenfalls bis Ende Dezember zuzufertigen.

Nach längerem Briefwechsel über die Abnahme der Uhren, erfolgte diese am 3. Januar 1912 in St. Ludwig. Der Kläger war persönlich anwesend, der Beklagte durch stud. arch. Walter Rieber vertreten. Der Wert der Vertragsware wurde nach spezifiziertem Verzeichnis auf 50,189 Mk. = 62,736 Fr. 25 Cts. bestimmt. Am folgenden Tage übernahm Rieber die Schuldbriefe.

Mit Schreiben vom 15. Januar verlangte der Kläger vom Beklagten Rückerstattung von 97 Fr. 20 Fr., die er der Lagerhausverwaltung für Einlagerung, Verpackung und Spedition der Uhren habe bezahlen müssen. Zugleich beanspruchte er die Differenz von 9263 Fr. 75 Cts. zwischen dem Werte der übernommenen Uhren und dem Kaufpreise. Mit Brief vom 16. Januar anerkannte der Beklagte die Schuld von 97 Fr. 20 Cts. und wies darauf hin, dass der Rest der Uhren in Basel lagere und der Beklagte nur noch die Versandinstruktion erwarte. Am 31. Januar schrieb der Kläger, er habe die gekauften Uhren bis auf fünf Kuckuhren erhalten, die in Basel lagernden berührten ihn nicht und er verlange den fehlenden Geldbetrag. Weiter setzte er ihm eine Frist für die Fertigung des Landes an.

Am 8. März liess der Beklagte durch seinen Anwalt dem Kläger mitteilen, er habe erfahren, dass die Titel auf dem Gasthof « Zum Löwen » wertlos seien, während der Kläger, der dies haben wissen müssen, sie als gut empfohlen habe. Er verlange Ersatz dieser Titel.

Schon zwei Tage zuvor hatte der Kläger den Anspruch des Beklagten auf Zufertigung des Landes in Zürich verarrestiert. Er leitete dann am 9. März auf Grund dieses Arrestes für 10,000 Fr. als Preisrestanz Betreibung ein, die durch Rechtsvorschlag gehemmt wurde.

B. — In der Folge hat der Kläger auf Bezahlung die-

ser Summe samt Zins zu 5 % seit dem 2. März 1912 geklagt. Die Klagssumme ist später auf 9811 Fr. 45 Cts. herabgesetzt worden. Sie umfasst laut der Klagebegründung ausser der genannten Differenz von 9263 Fr. 75 Cts. und dem erwähnten Spesenbetrag von 97 Fr. 20 Cts. noch den Geldersatz für die fünf nicht gelieferten Kuckuhren (185 Fr.) und eine weitere Spesenforderung von 140 Fr. 50 Cts., sowie einen Zinsbetrag von 125 Fr.

C. — Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklagsweise die Begehren gestellt: 1. Der Vertrag sei in allen Teilen aufzuheben und der Kläger zu verpflichten: a) dem Beklagten die bezogenen Uhren unbeschwert zurückzugeben oder an deren Stelle 65,486 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 1912 zu bezahlen, b) die dem Beklagten übergebenen fünf Schuldtitel zurückzunehmen, c) das ihm an Zahlungsstatt überwiesene Grundstück zurückzunehmen, d) dem Beklagten 5000 Fr. samt 5 % Zins seit dem 1. Januar 1912 zu bezahlen.

Die Widerklage wird damit begründet, dass der Beklagte in Bezug auf den Wert sowohl des Landes in Zürich als der fünf Schuldbriefe vom Kläger absichtlich getäuscht worden sei, eventuell, dass er sich darüber in einem wesentlichen Irrtum befunden habe. Eventueller wird Wandelung des Tausches nach dem Art. 197 ff. OR verlangt. Die Widerklageforderungen von 65,486 Fr. 25 Cts. und 5000 Fr., — welch' letztere sich aus einem Posten für Wertverminderung der Uhren, einem solchen für Lagerspesen und einem solchen für Umtriebe zusammensetzt, — werden daneben noch auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung gestützt.

D. — Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 10. März 1915 erkannt: « 1. Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 9545 Fr. 95 Cts. nebst Zins zu 5 % von 9360 Fr. 95 Cts. vom 15. Januar 1912 bis 9. März 1912 und von 9545 Fr. 95 Cts. seit 9. März 1912 zu bezahlen. Die Mehrforderung des Klägers wird abgewiesen. 2. Die

» Widerklage wird abgewiesen. » 2-5 (Kostenpunkt und Mitteilung des Urteils).

Die zugesprochene Kapitalsumme setzt sich aus den oben erwähnten Teilforderungen von 9263 Fr. 75 Cts., 97 Fr. 20 Cts. und 185 Fr. zusammen. Die Abweisung der Widerklage wird damit begründet, dass hinsichtlich keines der geltend gemachten rechtlichen Standpunkte die erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen genügend bewiesen seien.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, und seine oben erwähnten Anträge auf Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage erneuert.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

Zu prüfen ist vor allem die Frage der Zuständigkeit des Bundesgerichtes und zwar mit Bezug auf das anzuwendende Recht. Dabei sind die durch die Klage und die durch die Widerklage geltend gemachten Ansprüche auseinanderzuhalten.

1. — Das Klagebegehren hat, soweit noch streitig, zum Inhalt eine Geldforderung, gerichtet auf Ersatz der Differenz zwischen dem vertraglich vorausgesetzten und dem wirklichen Werte der gelieferten Uhren, sowie zwei damit zusammenhängende Spesenforderungen. Es fragt sich vor allem, ob für diese Ansprüche das schweizerische oder das deutsche Recht massgebend sei. Nun ist zwar der Vertrag in der Schweiz abgeschlossen worden, woselbst auch der Gläubiger der genannten Forderungen wohnt. Allein dem kommt nur untergeordnete Bedeutung zu gegenüber dem Umstand, dass der Beklagte als Schuldner seinen Wohnsitz in Deutschland — Feldberg — hat und dem weiteren Umstand, dass nach dem Vertrag die Uhren nicht in der Schweiz, sondern in Deutschland — St. Ludwig — abzuliefern waren, woselbst sich auch tatsächlich die Alieferung, soweit erfolgt, vollzogen hat. Diese beiden Mo-

mente sprechen entscheidend für die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes. Denn nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist in Fragen der örtlichen Rechtsanwendung zunächst auf den Willen der Parteien abzustellen und hiebei muss in Beziehung auf obligatorische Leistungen als mutmasslicher Parteiwille die Unterstellung unter das Recht des Erfüllungsortes angenommen werden, sofern nicht überwiegende Gründe für eine gegenteilige Lösung sprechen. Als Erfüllungsort aber kann für die streitigen Verpflichtungen des Beklagten nur St. Ludwig oder allfällige Feldberg gelten.

2. — Anders verhält es sich in Betreff der örtlichen Rechtsanwendung mit den Widerklagebegehren. Mit diesen verlangt der Beklagte: die Aufhebung des Tauschvertrages wegen Willensmängeln oder, eventuell, im Sinne der Wandelung nach Kaufrecht und als Folge davon: die Rückgabe der verkauften Uhren oder an Stelle dessen 65,486 Fr. 25 Cts. Schadenersatz, die Rückgabe der übergebenen Schuldbriefe, die Rücknahme des an Zahlungsstatt überwiesenen Grundstückes und endlich 5000 Fr. wegen Wertverminderung der Uhren und wegen gehabter Spesen. Hier verweist der Wohnort des Widerbeklagten (Zürich) hinsichtlich aller dieser Leistungen und der Ort der gelegenen Sache hinsichtlich der verlangten Rücknahme des Grundstückes auf das schweizerische Recht. Dass die Schuldbriefe in Deutschland übergeben wurden, ist unwesentlich, da der Rückforderungsanspruch am schweizerischen Wohnorte des Beklagten geltend zu machen ist und auch die hypothekarische Natur der in der Schweiz grundversicherten Titel für die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes spricht.

Dagegen mangelt hier die bundesgerichtliche Zuständigkeit deshalb, weil das anzuwendende schweizerische Recht nicht Bundes- sondern kantonales Recht ist.

Der streitige Vertrag ist vor dem 1. Januar 1912 ab-

geschlossen worden. Nun aber hat das aOR in seinem Art. 231 Kaufverträge über Liegenschaften dem kantonalen Rechte vorbehalten und aus seinem Art. 272 geht hervor, dass dieser Vorbehalt auch für den Tausch gilt. Sodann ist dem Kauf und Tausch von Liegenschaften der von dinglichen Rechten, also auch von Grundpfandtiteln gleichzustellen (vgl. HAFNER, Kommentar zum aOR, Art. 231 Note 1). Soweit also der Kläger auf die Gewährleistung wegen Mängeln abstellt, kann es sich nur um die Anwendung kantonalen Rechtes handeln. Das nämliche gilt aber auch, soweit er den Tausch wegen Willensmängeln beim Vertragsabschlusse — Betrug oder wesentlichem Irrtum — aufgehoben wissen möchte. Wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z. B. BE 13 S. 511 ff., 26 II S. 225 Erw. 3 und Entscheid vom 21. November 1914 i. S. Fischer gegen Emil und Oskar Schürer, vgl. auch SOLDAN, CO et Droit Cantonal 1896 p. 184 suiv.), ist der allgemeine Teil des aOR, namentlich auch hinsichtlich seiner Bestimmungen über die Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln, auf die dem kantonalen Recht unterstehenden Kauf- und Tauschgeschäfte nicht anwendbar. Die Vorinstanz hat freilich diese Bestimmungen auf den Fall angewendet, aber nicht als eidgenössisches, sondern als kantonales Recht. Dem Gesagten steht auch nicht entgegen, dass das Bundesgericht in dem angeführten Entscheide im Band 26 (i. S. Schmid gegen Bolliger) erklärt hat, aus einer betrügerischen Verleitung zu einem Liegenschafts-kauf könne ein besonderer, von den kaufrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien unabhängiger Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung entstehen. Selbst wenn dieser Auffassung beizustimmen wäre, so würde doch hier kein solcher verselbständigter Ersatzanspruch geltend gemacht. Die Forderungen auf Bezahlung der 65,486 Fr. 25 Cts. und der 5000 Fr. werden vielmehr als Ansprüche bezeichnet, die sich aus der Aufhebung des Geschäftes als damit verbundene Rechts-

folgen ergeben. Soweit daneben der Beklagte auch den Standpunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung einnimmt, könnte freilich die Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes dann in Betracht kommen, wenn die Vorinstanz zur Aufhebung des Tauschvertrages gelangt wäre. Da sie aber den Vertrag auf Grund der erwähnten kantonalrechtlichen Bestimmungen als gültig aufrechterhalten hat, bleibt für einen allfälligen Bereicherungsanspruch eidgenössischen Rechtes, der nur aus der Unverbindlichkeit des Vertrages herzuleiten wäre, kein Raum.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

75. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1915

i. S. K. Segesser und Konsorte, Kläger,

gegen den Stadtrat und die Polizeigemeinde von Luzern,
Beklagte.

Ob eine kantonale Behörde Person im Rechtssinne und parteifähig sei, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte des betreffenden Kantons. — Eine Gemeinde, die im Interesse des Strassenwesens Einspruch gegen eine Liegenschaftsteigerung erhebt, handelt nicht in Ausübung gewerblicher Verrichtungen im Sinne von Art. 62^a aOR, auch nicht, wenn sie dabei einen finanziellen Vorteil verfolgt.

A. — Der Stadtrat von Luzern hatte im März 1908 einen Stadtbauplan festgesetzt, der die Anlage einer Quaipromenade vorsah. Dabei wurde auch die den Erben Segesser gehörende Inseli-Besitzung in die Expropriationszone einbezogen. Infolge Einspruches der Erben Segesser versagte der Regierungsrat diesem Bauplane die Genehmigung, weil die Gemeinde die Inseli-Liegenschaft