

20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. März 1943
i. S. Fischer gegen Schatzmann.

Trödelvertrag. Der Trödler ist in der Bestimmung des Weiterverkaufspreises frei, jedoch in der Ausübung seines Verfügungsrechts an die Schranken des Art. 2 ZGB gebunden. Übt er es missbräuchlich aus, so erwirbt der Drittkäufer nur bei gutem Glauben Eigentum (Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB). Anforderungen an dessen Aufmerksamkeitspflicht.

Contrat de soumission ou de consignation de marchandises (contractus aestimatorius, Trödelvertrag). Celui qui reçoit les marchandises est libre d'en fixer le prix de revente à sa guise moyennant qu'il n'abuse pas de ce droit ((art. 2 CC). S'il en abuse, l'acheteur n'acquiert la propriété que s'il est de bonne foi (art. 714 al. 2 933 CC). Conditions de la bonne foi.

Contratto estimatorio. L'accipiens è libero di stabilire a suo piacimento il prezzo di rivendita, purchè non abusi di questo diritto (art. 2 CC). In caso di abuso, il compratore ne acquista la proprietà soltanto se è in buona fede. (Art. 714 cp. 2, 933 CC). Requisiti per l'ammissione della buona fede.

A. — Franz Schatzmann in Bern übergab am 18. Februar 1941 dem Kunsthändler Paul Blendinger, der für ihn bereits zwei Amietbilder verkauft hatte, ein Ölbild von Hodler gegen folgende « Quittung »:

« Erhalten von Herrn Schatzmann, Bern, zu treuen Händen und zum Verkauf: 1 Landschaft von Ferd. Hodler

« Walliser-Berge von Montana aus » zum Preise von Fr. 10,000.— (zehntausend) zahlbar sofort nach Verkauf oder an Herrn Schatzmann bis Ende Februar 1941.

Bern, den 18. Februar 1941.

Paul Blendinger
Schützengasse 19
Zürich, T. 73655. »

Zwei Tage später zeigte Blendinger das Bild dem Kunsthändler Theodor Fischer in Luzern. Er erklärte, das Bild gehöre nicht ihm, sei jedoch zu verkaufen, und nannte einen Preis von Fr. 10,000.—. Fischer sagte, zu diesem Preise interessiere ihn das Bild nicht, mehr als Fr. 5,000.— würde er nicht zahlen. Im Laufe der Unterhandlung entfernte sich Blendinger mit der Erklärung, er werde

mit dem Eigentümer nochmals sprechen. Nach seiner Rückkehr war er bereit, das Bild für Fr. 5,000.— zu verkaufen. Durch dieses Nachgeben stutzig geworden und auf den Rat seiner Sekretärin fragte nun Fischer beim Eigentümer Schatzmann, dessen Namen er aus Loosis Katalog der Hodlerwerke ersehen hatte, telefonisch an, ob das Bild ihm gehöre und Blendinger zu dessen Verkauf ermächtigt sei, was Schatzmann bejahte, ohne aber einen Preis zu nennen. Darauf kam das Geschäft um Fr. 5,000.— zustande, und Blendinger unterzeichnete eine Quittung folgenden Inhalts:

« Der Unterzeichnete bescheinigt von Herrn Theodor Fischer ... den Betrag von Fr. 5000.— per Scheck ... für ein garantiertes Originalwerk von Ferdinand Hodler « Berge und Wolken, Weisshorn von Montana aus »... von Franz Schatzmann, Buchbindermeister, per Saldo erhalten zu haben. Herr Blendinger hat das Recht, dieses Bild innert einem Monat ab heute mit Fr. 5500.— gegen bar zurückzukaufen.

Paul Blendinger.

Nachdem Schatzmann einige Tage später durch telefonische Anfrage bei Fischer den Verkauf des Bildes zu Fr. 5000.— erfahren und von Blendinger kein Geld erhalten hatte, reichte er gegen diesen Strafanzeige ein. Am 24. Juli 1941 wurde Blendinger vom Obergericht des Kantons Bern wegen Unterschlagung zu 7 Monaten Korrektionshaus verurteilt.

B. — In der Folge erhob Schatzmann gegen Fischer Klage auf Feststellung, dass er, Schatzmann, Eigentümer des inzwischen bei der Schweiz. Volksbank in Bern deponierten Hodlerbildes sei und dem Beklagten keinerlei dingliche Rechte daran zustehen. Zur Begründung führte er aus, bei dem zwischen Blendinger und Fischer geschlossenen Vertrag handle es sich nach dem wirklichen Willen der Parteien und dem erstrebten wirtschaftlichen Zweck nicht um einen Kauf, sondern um eine Pfandbestellung, was sich aus dem Rückkaufsrecht ergebe. Zu einer Ver-

pfändung sei aber weder ein Trödler noch ein Kommissionär befugt, was dem Beklagten habe bekannt sein müssen. Dieser habe mithin kein dingliches Recht an dem Bilde erworben: das Eigentum nicht, weil nur eine Verpfändung gewollt, und ein Pfandrecht nicht, weil der Beklagte in dieser Beziehung bösgläubig gewesen sei.

In seinem Antwortbegehren beantragte der Beklagte die Feststellung seines Eigentums. Er berief sich auf gutgläubigen Erwerb und bestritt, dass er die Absicht gehabt habe, das Bild bloss zu Pfand zu nehmen. Mit der Klausel über das Rückkaufsrecht sei er bloss Blendinger entgegengekommen, dem er für den Fall eines (von diesem in Aussicht gestellten) günstigeren Weiterverkaufs die Möglichkeit des Rückkaufes habe sichern wollen.

C. — Mit Urteil vom 22. Oktober 1942 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage gutgeheissen und Schatzmann als Eigentümer des Bildes erklärt. Die Vorinstanz pflichtet zunächst der übereinstimmenden Ansicht beider Parteien bei, dass es sich bei der Abmachung zwischen Schatzmann und Blendinger um einen Trödelvertrag handle. Daher sei, mangels eines Selbsteintritts des Blendinger, das Eigentum am Bilde beim Kläger verblieben, sofern nicht Fischer das dingliche Recht gemäss Art. 714 Abs. 2 und 933 ZGB gutgläubig erworben habe. Als « abhanden gekommen » im Sinne des Art. 934, nämlich von Blendinger in diebischer Absicht angeeignet, wie das Strafurteil sage, könne das Bild nicht betrachtet werden; denn es sei mit dem Willen des Klägers in den Besitz des Blendinger gelangt, also diesem anvertraut worden. Es sei daher einzig zu prüfen, ob der Beklagte in guten Treuen an das Verfügungsrecht Blendingers geglaubt habe, bzw. ob es dem Kläger gelungen sei, die dem Beklagten zugutekommende gesetzliche Vermutung des guten Glaubens zu zerstören. Fischer könne sich gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf den guten Glauben berufen, weil Verdachtsgründe vorhanden gewesen seien, die in ihm Zweifel an der Verfügungsbefugnis des

Blendinger hätten erwecken müssen. Fischer habe diesen als unzuverlässigen, beständig in Geldnöten steckenden, vorbestraften Geschäftemacher gekannt, weshalb er sich auch veranlasst gesehen habe, noch direkt beim Eigentümer Schatzmann anzufragen. Die unter diesen Umständen gebotene grösste Vorsicht sei umsomehr am Platze gewesen, als der Beklagte als routinierter Kunsthändler sich ohne weiteres habe Rechenschaft geben müssen, dass Blendinger ein wertvolles Bild kaum ohne jede Preisbestimmung zum freien Verkauf werde erhalten haben. Diese Verdachtsgründe seien durch die Vorgänge bei Abschluss des Geschäfts verstärkt worden. Das Bestehen einer Preislimite sei für Fischer deswegen offenkundig gewesen, weil Blendinger nach Nennung eines Preises von Fr. 10,000.— sich zu Verhandlungen mit dem Eigentümer über den Preis entfernt habe. Fischer gebe selber zu, er sei wegen des plötzlichen Heruntergehens auf Fr. 5,000.— stutzig geworden. Unter diesen Umständen habe er die Pflicht gehabt, sich beim Eigentümer über den von ihm bestimmten Mindestpreis zu erkundigen. Dabei spiele es keine Rolle, dass nach der Expertise von Prof. von Mandach der Preis von Fr. 5,000.— als angemessen, jedenfalls nicht als aussergewöhnlich niedrig zu bezeichnen sei. Das Verdächtige sei eben nicht der Preis an sich, sondern die Reduktion der ursprünglich verlangten Summe auf die Hälfte gewesen. Es habe daher nicht genügt, dass Fischer sich bei Schatzmann erkundigt habe, ob das Bild ihm gehöre (was er schon gewusst habe); er hätte vor allem nach dem Preise fragen müssen. Die Begründung Fischers, er habe dies nicht getan, weil er vermutet habe, Blendinger habe einen Aufschlag gemacht, vermöge nicht zu überzeugen; geschäftliche Interessen eines Agenten hätten vor denjenigen eines redlichen Eigentümers zurückzutreten. Schatzmann habe keinen Anlass gehabt, auf den Preis zu sprechen zu kommen, denn er habe die fragwürdige Persönlichkeit Blendingers nicht gekannt; überdies habe Fischer das Ver-

trauen Schatzmanns noch bestärkt durch seine eigene Bemerkung beim Telefongespräch, das Geschäft komme für ihn nicht in Frage, weil zu viel verlangt werde.

D. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheissung des Gegenrechtsbegehrens. Der Kläger trägt auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Kläger Schatzmann begründet seinen Eigentumsanspruch am strittigen Hodlerbild mit der Behauptung, der von Blendinger mit Fischer geschlossene Vertrag sei nach dem wirklichen Willen der Vertragsparteien auf *Verpfändung* und nicht auf Verkauf des Bildes gegangen. Dieser Auslegung steht jedoch der bestimmte Wortlaut des Vertrages und die damit übereinstimmende Buchung des Geschäftes durch Fischer entgegen. Die Rückkaufsklausel sollte lediglich dem als Verkäufer im eigenen Namen handelnden Blendinger die Möglichkeit eines günstigeren Weiterverkaufes binnen der einmonatigen Rückkaufsfrist gewähren. Blendinger selbst hat das mit dem Beklagten getätigte Rechtsgeschäft anfänglich immer als Kauf bezeichnet ; erst im Zivilprozess nahm er dann eine andere Stellung ein, die jedoch die Vorinstanz nach ihrer Feststellung über die tatsächliche Willensmeinung der Vertragsparteien nicht als beweiskräftig betrachtete. Das Geschäft ist als Kauf in der Tat durchaus plausibel. Der Umstand, dass Fischer dem Blendinger schon wiederholt kleinere Darlehen gegeben hatte, legt keineswegs die Annahme nahe, dass es sich auch bei den Fr. 5,000.— um ein solches gehandelt habe ; jene Praxis der Kreditierung findet ihre Rechtfertigung gerade darin, dass die beiden in regelmässigem Geschäftsverkehr standen, der von Zeit zu Zeit zu einem Bilderkauf führte, bei dem dann verrechnet werden konnte. Auch lässt sich nicht sagen, ein Kauf mit Rückkaufsrecht liege dem Kunsthandel des Beklagten ferner als die Bevorschussung eines

Bildes ; wenn Blendinger von seinem Rückkaufsrecht zum vereinbarten Preise von Fr. 5,500.— Gebrauch machte, so hatte Fischer immerhin in Monatsfrist an dem Bilde Fr. 500.— oder 10 % verdient, welcher Gewinn auch einen Weiterverkauf an einen beliebigen Dritten gerechtfertigt hätte, als Händlergewinn dem Wesen des Kunsthandels des Beklagten entsprach und hinsichtlich der Höhe in der Ordnung war, während er als Vergütung für ein Darlehen einem Zins von mindestens 120 % p. a. gleichkäme. Es ist deshalb bei der Frage des Eigentums das vom Beklagten mit Blendinger abgeschlossene Geschäft als Kaufvertrag mit Rückkaufsklausel zu beurteilen. Infolgedessen fällt die Frage der Pfandbestellung, deren Bejahung den Erwerb des Eigentumsrechts am Pfandgegenstand durch den Beklagten auch bei gutem Glauben ausschliessen würde, ausser Betracht.

2. — Über den Tatbestand und die rechtliche Natur der von Schatzmann am 18. Februar 1941 mit Blendinger getroffenen Abmachung stimmen die Parteien und die Vorinstanz darin überein, dass es sich um einen Trödelvertrag oder ein Konditionsgeschäft (*contractus aestimatorius*) handelt. Schatzmann übergab das Hodlerbild unter Festsetzung des Preises auf Fr. 10,000.— an Blendinger zum Verkauf mit der alternativen Verpflichtung desselben, bis Ende Februar 1941 entweder den Kaufpreis zu zahlen oder das Bild dem Eigentümer zurückzugeben.

Dem Trödelvertrag ist mit dem Kommissionsgeschäft gemeinsam, dass sowohl der Trödler wie der (Verkaufs-) Kommissionär den Kaufvertrag über das Trödel- bzw. Kommissionsgut mit dem Drittkäufer im eigenen Namen und nicht als Vertreter des Vertrödlers bzw. Kommittenten abschliessen und daher, um den Vertrag erfüllen zu können, zur Eigentumsübertragung an den Drittkäufer *ermächtigt* sind. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Geschäften liegt darin, dass der Kommissionär auf Rechnung des Kommittenten handelt, während der Trödler die Ware *auf eigene Rechnung* weiterverkauft

und daher auch die daraus entstehenden Vor- und Nachteile selbst zu tragen hat. Diese Verschiedenheit äussert sich darin, dass die dem Trödler vom Geber erteilte dingliche Verfügungsmacht nicht, wie die des Kommissionärs, auf einen Verkauf zu dem vom Geber bestimmten Preise beschränkt ist. Vielmehr ist der Trödler nach den Regeln des Trödelvertrags berechtigt, auch zu einem billigeren Preise zu verkaufen, als er selbst dem Übergeber im Falle der Nichtrückgabe bezahlen muss; denn die alternative Verpflichtung des Trödlers geht nur dahin, dass er die Sache entweder zurückzugeben oder zu dem vorausbestimmten Preis zu bezahlen habe (BGE 55 II 42 Erw. 2). Indessen ist dem Trödler dieses Verfügungsrecht über das Trödelgut als eine fremde Sache doch nur in den Schranken des Art. 2 ZGB gegeben. Zu einer missbräuchlichen Ausübung fehlt ihm die Befugnis. Daher stellt sich beim Vorliegen eines Missbrauches auch hier die Frage des gutgläubigen Erwerbes des Bildes durch den Beklagten, obwohl dem Trödler die Sache immer *mit* und *nie ohne* Ermächtigung zur Übertragung anvertraut wird, wie Art. 933 ZGB beim Schutz des guten Glaubens des Erwerbers an das Verfügungsrecht des Veräusserers gemäss Art. 714 Abs. 2 voraussetzt. Missbrauch liegt hier aber vor, weil Blendinger in Kenntnis seiner Unfähigkeit, den vorausbedungenen Preis dem Kläger zu bezahlen, das Bild um die Hälfte seiner eigenen daraus gegenüber dem Kläger entstehenden Zahlungsverpflichtung an den Beklagten verkaufte. Dafür wurde Blendinger ja auch bestraft, weil er mit dieser nach Art. 2 ZGB unrechtmässigen Verfügung über eine fremde Sache eine Unterschlagung begangen hatte.

Der gute Glaube des Beklagten aber, von dem nach Art. 714 Abs. 2 und Art. 933 ZGB sein Eigentumserwerb an dem ihm von Blendinger tradierten Bilde abhängt, ist nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nur gegeben, wenn keine Umstände vorliegen, aus denen er beim Abschluss des Kaufvertrages hätte annehmen müssen, dass Blendinger

dabei sein Verfügungsrecht missbrauche (BGE 43 II 617). Davon kann keine Rede sein. Der bezahlte Preis von Fr. 5,000.— entsprach, nach dem Gutachten von Mandach, dem objektiven Wert des Bildes. Ebensowenig vermag die anfängliche Erklärung des Blendinger, er müsse für das Bild Fr. 10,000.— haben, sonst müsse er aus eigener Tasche Fr. 5,000.— dazulegen, die Vermutung des guten Glaubens des Beklagten zu entkräften. Solche Angaben eines Verkäufers werden im Handelsverkehr mit Waren ohne festen Marktwert und a fortiori im Kunsthandel nie für buchstäblich wahr angenommen, sind sie doch lediglich dazu bestimmt, eine möglichst günstige Kaufofferte zu provozieren. Der Preisnachlass war umso unverfänglicher, als der Verkäufer auch mit dem auf die Hälfte herabgesetzten Preis nicht unter den gemeinen Wert des Bildes herabging. Zudem nahm Blendinger das Angebot von Fr. 5,000.— erst an, nachdem er die Unterhandlung mit Fischer mit der Erklärung unterbrochen hatte, er wolle mit dem Eigentümer wegen des Preises nochmals Rücksprache nehmen.

Aber selbst wenn man annehmen wollte, der Beklagte hätte sich im Hinblick auf die wenig vertrauenswürdige Persönlichkeit Blendingers auf diese Sachlage nicht verlassen dürfen, so hätte er die weitestgehende zusätzliche Erkundigungspflicht mit der telefonischen Anfrage beim Kläger erfüllt, die nicht nur, wie die Vorinstanz in den Erwägungen erwähnt, dahin ging, ob das Bild ihm gehöre, sondern, wie sie im Tatbestand feststellt, auch dahin, ob Blendinger *zu dessen Verkauf berechtigt sei*, was Schatzmann bestätigte. Für die Gutgläubigkeit des Beklagten spricht entschieden die Tatsache, dass Fischer überhaupt vor dem Abschluss des Geschäftes persönlich mit dem Eigentümer wegen des Bildes Rücksprache nahm und sich damit der Möglichkeit aussetzte, dass Schatzmann wegen anderer Punkte des Geschäftes, insbesondere wegen des Preises, dieses zum Scheitern brächte. Von sich aus sich nach dem von Schatzmann gesetzten Preise zu erkun-

digen war Fischer keinesfalls verpflichtet, ja nicht einmal berechtigt; denn eine Erkundigung nach dem nähern Inhalt des zwischen Schatzmann und Blendinger bestehenden Rechtsverhältnisses hätte eine ungehörige Einmischung in fremde Geschäfte bedeutet, die auch durch den Umstand nicht gerechtfertigt, geschweige denn geboten war, dass Blendinger seine Forderung von Fr. 10,000.— auf Fr. 5,000.— ermässigt hatte. — Ist mithin die Vermutung der Gütgläubigkeit des Beklagten nicht entkräftet, so besteht der mit der Tradition bewirkte Eigentumsübergang auf den Käufer zu Recht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben, die Klage abgewiesen und festgestellt, dass der Beklagte Eigentümer des bei der Schweiz. Volksbank in Bern deponierten Originalölbildes von Ferdinand Hodler « Berge und Wolken, Weisshorn von Montana aus » 65 : 80 cm ist, und dass dem Kläger keinerlei dingliche Rechte an diesem Bild zustehen.

**21. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Februar 1943
i. S. Grauwiler gegen Grauwiler.**

Kollektivgesellschaft, Ausschliessung aus wichtigen Gründen, Art. 577 OR. Der Entscheid über die Ausschliessung kann einem Schiedsgericht übertragen werden.

Société en nom collectif. Exclusion d'un associé pour de justes motifs, art. 577 CO. La compétence pour prendre cette décision peut être attribuée à un tribunal arbitral.

Società in nome collettivo. Esclusione d'un socio per gravi motivi (art. 577 CO). La competenza per pronunciare una siffatta decisione può essere attribuita ad un tribunale arbitrale.

2. a) Die in Art. 577 OR gebrauchte Wendung, dass beim Vorliegen wichtiger Gründe « der Richter » die Ausschliessung eines Gesellschafters anordnen könne, bildet kein entscheidendes Argument für die von den Beschwerdeführern vertretene Auffassung, dass das Ge-

setz die ausschliessliche Zuständigkeit des staatlichen Richters vorschreibe. Wie die Vorinstanzen zutreffend bemerken, finden sich in der Bundesgesetzgebung eine ganze Anzahl von Bestimmungen, in denen « dem Richter » eine Entscheidungsbefugnis zugewiesen ist, die nach allgemein anerkannter Auffassung von den Parteien einem Schiedsrichter oder einer Mehrzahl von solchen übertragen werden kann. Ausser den von den Vorinstanzen erwähnten Fällen von Art. 43 OR, Art. 538 ZGB und Art. 83 Abs. 2 SchKG sei lediglich noch hingewiesen auf die Art. 672, Abs. 2 und 3, 706 Abs. 2, 717 Abs. 2 ZGB; noch zahlreicher sind die Beispiele auf dem Gebiete des OR, auf dem der Privatautonomie der Parteien der grösste Spielraum gelassen ist: Art. 2 Abs. 2, 44, 46 Abs. 2, 47, 49 Abs. 2, 50 Abs. 2, 52 Abs. 2 usw. usw.

b) Kann somit dem Wortlaut des Gesetzes nichts Entscheidendes entnommen werden, so ist zu prüfen, ob mit Rücksicht auf die Rechtsnatur und die Wirkungen der in Art. 577 OR vorgesehenen Ausschliessung angenommen werden müsse, diese könne nur durch den staatlichen Richter ausgesprochen werden.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters hat nach schweizerischem Recht an sich die Auflösung der Kollektivgesellschaft zur Folge (Art. 574 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 545 OR). Diese Regel erfährt jedoch eine Ausnahme, wenn vor der Auflösung vereinbart worden ist, dass trotz dem Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter die Gesellschaft unter den verbleibenden Mitgliedern fortgesetzt werden soll (Art. 576 OR). Diese Vereinbarung braucht nicht notwendigerweise schon im Gesellschaftsvertrag enthalten zu sein; sie kann auch später getroffen werden, ja sogar erst erfolgen im Zeitpunkt, in welchem ein Gesellschafter seine Absicht, auszutreten, den übrigen zur Kenntnis bringt, oder gar erst nach der Eintragung der Auflösung im Handelsregister (SIEGWART, Art. 576 N. 2). Es genügt, dass der ausscheidende Gesellschafter mit der Fortsetzung der Gesellschaft durch die verblei-