l'indemnité à accorder au demandeur à 2000 fr. Etant données sa situation, la gravité des accusations portées contre lui, l'honorabilité dont il jouit de l'aveu même de la recourante et la publicité qu'entraîne la publication dans un journal politique, le chiffre de 2000 fr. n'est pas exagéré et il n'y a dès lors aucun motif pour le Tribunal fédéral de le modifier.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de Justice civile du canton de Genève, le 19 mai 1906, confirmé.

---

67. **Urteil vom 29. September 1906** in Sachen **Politische Gemeinde St. Gallen**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **Jucker**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

***Berufungsanträge**: Vor Bundesgericht darf eine Partei nicht Zusprechung von mehr (als Kläger) oder Verurteilung zu weniger (als Beklagte) beantragen, als sie vor der letzten kantonalen Instanz beantragt hat. Art. 80 OG. — **Vertrag über Herstellung eines Amtsanzeigers mit beschränktem Inseraten-Monopol.** Rechtliche Natur des Vertrages. **Bürgschaft** für die Verpflichtung des Konzessionärs. Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Schicksal der Forderungen des Konzedenten im Konkurse des Konzessionärs; **Wirkungen des Konkurses auf zweiseitige, nicht vollständig erfüllte Verträge. Art. 211, spez. Abs. 1 SchKG. Art. 110 ff., 145 OR.** Umwandlung des Erfüllungsanspruches in das Erfüllungsinteresse. Einreden dagegen. — Stellung des Bürgen, Art. 499 OR. — Berechnung des Erfüllungsinteresses. Art. 116 Abs. 1 OR.*

A. Durch Urteil vom 7. April 1906 hat die erste Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Ist der Beklagte verpflichtet, an die Klägerin 33,000 Fr. „nebst Zins vom 19. März 1904 an zu bezahlen?"

erkannt:

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin 12,000 Fr. nebst Zins zu 5 % vom 19. März 1904 an zu bezahlen.

B. Beide Parteien haben gegen dieses Urteil rechtzeitig und in gesetzlicher Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Die Klägerin stellt den Antrag:

Der Beklagte A. Jucker sei schuldig, an die Klägerin 33,000 Fr. nebst 5 % Zins vom 19. März 1904 an zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt dagegen:

Die Klage sei nur im Betrage von 5500 Fr. nebst Zins gutzuheißen, im übrigen abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin schloß nach vorausgegangener Submission am 23. Oktober 1902 mit der Buchdruckerei Wiser & Frey in St. Gallen einen — von der Gemeindeversammlung am 16. November gl. Jahres genehmigten — Vertrag ab, inhaltlich dessen sich Wiser & Frey verpflichteten, ein amtliches Publikationsorgan der Stadt St. Gallen herzustellen und täglich herauszugeben, es jedem in der Stadt Niedergelassenen, sowie jeder Geschäftsfirma und jedem Bureau einer öffentlichen Verwaltung unentgeltlich zuzustellen, alle amtlichen Inserate unentgeltlich aufzunehmen und der Klägerin eine jährliche sog. Konzessionsgebühr von 12,000 Fr., zahlbar in vierteljährlichen Raten von 3000 Fr. je auf Ende eines Quartals, zu bezahlen, wogegen die Klägerin die Pflicht übernahm, die sämtlichen Bekanntmachungen der Behörden und Beamten der politischen Gemeinde, inklusive die technischen Betriebe, und des Bezirkes St. Gallen dem Publikationsorgan zuzustellen und sie, bevor sie dort einmal erschienen, keiner andern Zeitung zu übermitteln. Der Vertrag begann am 1. Juli 1903 und war vor dem 30. Juni 1906 unkündbar. Für die Forderungen der Klägerin aus dem Vertrage leistete der Beklagte am 7. November 1902 Bürg- und Selbstzahlerschaft bis zum Maximalbetrage von 36,000 Fr. Die Herausgabe des Amtsanzeigers brachte den Herausgebern Wiser & Frey von Anfang an ein

erhebliches Defizit, da die privaten Inserate, welche die Kosten hätten decken sollen, nicht im erhofften Maß einliefen, sondern den drei bestehenden politischen Zeitungen verblieben. Wiser & Frey ersuchten den Gemeinderat von St. Gallen in wiederholten Eingaben vom Juli und September 1903, ihnen die Publikation von Tagesneuigkeiten zu gestatten, und beschwerten sich bei diesem Anlasse am 19. September 1903 auch darüber, daß fast sämtliche amtliche Anzeigen auch in die Tagesblätter übergingen, wobei sie die Vermutung aussprachen, dies sei nicht nur infolge Nachdruckes geschehen, sondern auch durch Abgabe amtlicher Inserate seitens Angestellter an die Tagesblätter, da sie dort zu gleicher Zeit erschienen wie im Amtsanzeiger. Wiser & Frey publizierten dann ein Verbot des Nachdruckes solcher amtlicher Inserate mit den Unterschriften der betreffenden Behörden, das aber nichts fruchtete. Am 16. März 1904 wurde über Wiser & Frey infolge ihrer Insolvenzerklärung der Konkurs eröffnet. Der Amtsanzeiger wurde von der Konkursverwaltung nur noch bis 16. April 1904 fortgeführt, nachdem sich die Klägerin bereit erklärt hatte, für jeden Tag der Herausgabe 70 Fr. Barvorschuß zu leisten. Wiser & Frey hatten bis anhin an Konzessionsgebühren vom 1. Juli bis 30. September 1903 Fr. 3000 bezahlt. In der Folge schloß die Klägerin mit den bestehenden Tageszeitungen einen Vertrag ab, kraft dessen diese die amtlichen Inserate unentgeltlich aufnahmen.

2. Mit ihrer, heute wieder in vollem Umfang aufrecht erhaltenen Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten als Bürgen und Selbstzahler Bezahlung der Konzessionsgebühren für die Zeit vom 1. Oktober 1903 bis 30. Juni 1906. Die erste Instanz hat die Klage im Betrage von 6500 Fr. nebst 5 % Zins seit 19. (sic) März 1904 zugesprochen, in der Meinung, damit die Konzessionsgebühren vom 1. Oktober 1903 bis zum Konkursausbruch zuzusprechen; diese betragen indessen nur 5500 Fr., während man zu den 6500 Fr. gelangt, indem man die Gebühren bis zum 16. April 1904 berechnet. Das Gericht hat in diesem Urteil zunächst die Auflösung des Vertrages wegen Irrtums im Sinne des Art. 19 Ziff. 4 OR verworfen, da der Irrtum über die erhoffte Rendite nur ein solcher im Beweggrund sei.

Auch die vom Beklagten behauptete Auflösung des Vertrages durch Konkurs hält es nicht für gerechtfertigt, da es sich nicht um einen Pachtvertrag, sondern um einen Werkvertrag handle. Dagegen nimmt das Gericht an, der Beweis dafür, daß den Hauptschuldnern nach der Konkurseröffnung die Erfüllung ohne ihr Verschulden unmöglich geworden sei, sei geleistet; der Mißerfolg rühre her von der Unmöglichkeit für ein neues Unternehmen, sich bei der bestehenden Konkurrenz der politischen Zeitungen genügend Privatinserate zu verschaffen; das Unternehmen sei von Anfang an auf unrichtige Grundlagen gestellt worden. Abgesehen hievon sei die Forderung der Klägerin für zukünftige Konzessionsgebühren auch noch nicht fällig, denn der Konkurs bewirke die Fälligkeit nicht auch dem Bürgen gegenüber; für Forderungen aus anderm Titel als Konzessionsgebühren aber sei nicht Bürgschaft geleistet worden. Bezüglich der vom Beklagten behaupteten Vertragsverletzung seitens der Klägerin hat die erste Instanz auf Grund des Beweisverfahrens festgestellt, daß seitens der Gemeindebehörden nur in einem einzigen Falle ein Gantinserat auf unaufgeklärte Weise den Tagesblättern zugestellt wurde statt dem Amtsanzeiger; dagegen hätten sich die Bezirksbehörden geweigert, eine Verpflichtung einzugehen, nach der sie auch alle ihre Inserate zuerst im Amtsanzeiger publizieren sollten. Gegen das erstinstanzliche Urteil hat nur die Klägerin die Appellation ergriffen, und das in Fakt. A wiedergegebene Urteil der zweiten Instanz beruht auf folgenden Erwägungen: In der Verwerfung der Auflösung des Vertrages wegen Irrtums tritt die zweite Instanz der ersten bei. Die Natur des Vertrages läßt die zweite Instanz dahingestellt, nachdem sie mit der ersten Instanz annimmt, es handle sich nicht um einen Pachtvertrag. Im Gegensatz zur ersten Instanz verwirft dagegen die Appellationskammer auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages, indem sie dem Beweisergebnis entnimmt, daß auch die Bezirksbehörden tatsächlich in der Regel (dringliche Fälle ausgenommen) ihre Publikationen zuerst im Amtsanzeiger erschienen ließen, wenn schon sie eine Rechtspflicht hiezu ablehnten; es sei danach anzunehmen, daß sie das auch in Zukunft getan haben würden, und es fehle daher seitens des Beklagten der Nachweis, daß die Klägerin in der Folgezeit (auf

diese allein komme es an) nicht die Möglichkeit oder den Willen gehabt hätte, den Vertrag zu erfüllen. Dagegen sei diesem Umstand bei Festsetzung des Quantitativs der klägerischen Forderung Rechnung zu tragen. Die behauptete Befreiung des Schuldners infolge der durch den Konkurs herbeigeführten Unmöglichkeit der Erfüllung lehnt die Appellationskammer ebenfalls im Gegensatz zur ersten Instanz ab, da das Konkursverfahren gerade die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger bezwecke. Dagegen sei unmittelbare Folge des Konkurses die Umwandlung des Anspruchs der Klägerin aus dem Vertrage in eine Interessenforderung. Bei Berechnung derselben zieht die Appellationskammer von der Leistung des Schuldners den Wert der ersparten Gegenleistung der Klägerin ab. Sie findet diese darin, daß die Klägerin nunmehr über die Vergebung der Inserate frei verfügen könne und durch die Verbindung mit andern Tagesblättern sich anderweitig Vorteile zu sichern in der Lage sei; die Vergebung der amtlichen Inserate an ein neu zu schaffendes Organ oder an die bestehenden Tagesblätter gegen Entgelt sei nicht ausgeschlossen. Die Behauptung der Klägerin, daß die drei politischen Tagesblätter ein solches Abkommen abgelehnt hätten, sei als prozessualisch verspätet vorgebracht und ungenügend substanziiert nicht zu hören. Die Vorinstanz veranschlagt nun die Möglichkeit anderweitiger Verwertung der Inserate auf $^1/_2$—$^2/_3$ der Vorteile des Vertrages mit Wiser & Frey und berücksichtigt dazu den Zwischenzins sowie den Umstand, daß die Erfüllung nicht nach allen Seiten gesichert war; sie gelangt auf Grund dieser Erwägung dazu, als Entschädigung eine Summe von etwa $^1/_4$ der Effektivleistung, also 6000—7000 Fr., als angemessen zu erachten, wodurch sie mit den 5500 Fr. Konzessionsgebühren bis zum Konkursausbruch auf den Betrag von 12,000 Fr. gelangt. Für diese Interessenforderung hält sie auch den Bürgen haftbar, und die Fälligkeit auch ihm gegenüber gegeben, da das Rechtsverhältnis nicht in verschiedener Gestalt gegen den Bürgen und gegen den Hauptschuldner fortbestehen könne.

3. Vorerst ist hinsichtlich der Berufungsanträge beider Parteien zu bemerken, daß der Berufungsantrag des Beklagten nicht gehört werden kann, sofern er Herabsetzung der Entschädigung auf

5500 Fr. verlangt: da der Beklagte vor der letzten kantonalen Instanz Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantragt hatte, das ihn zur Bezahlung von 6500 Fr. verurteilt hatte, ist ein weitergehender Antrag in der Berufungsinstanz unzulässig. (Vergl. hiezu Revue **24** Nr. 2.)

4. Den Vorinstanzen ist zunächst ohne weiteres darin beizustimmen, daß der Vertrag zwischen der Klägerin und Wiser & Frey nicht, wie der Beklagte zur Begründung der Anrufung des Art. 315 OR will, als Pachtvertrag konstruiert werden kann; es fehlt durchaus an einem nutzbaren Recht, das von der Klägerin in Pacht gegeben werden könnte. Ist aber die Konstruktion eines Pachtvertrages abzulehnen, so kann die positive Beantwortung der Frage, um welche Art Vertrag es sich handle, dahingestellt bleiben, und es mag nur bemerkt werden, daß es sich offenbar um einen Vertrag komplexer Natur handelt: einesteils liegt ein Vertrag auf Leistung eines gewissen Arbeitsresultates (Herstellung und Verbreitung einer Zeitung) vor, also ein Werkvertrag, anderseits ein Vertrag auf Einräumung einer Art beschränkten Monopols, das im Versprechen, niemandem vor dem Vertragskontrahenten die Inserate zuzuweisen, liegt.

5. Keiner weitern Begründung bedarf sodann angesichts der zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen die Zurückweisung der Einrede des Irrtums.

6. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die der Beklagte als Bürge wie überhaupt alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden dem Gläubiger entgegenhalten kann (Art. 505 OR), kann nicht darauf gegründet werden, daß die Klägerin rechtliche Schritte unterließ, um den Konkurrenzzeitungen den Nachdruck amtlicher Inserate zu verbieten; denn solche Schritte wären aussichtslos gewesen, und zudem hatte sich die Klägerin nur verpflichtet, die Inserate zuerst im Amtsanzeiger erscheinen zu lassen. Nur auf die Verletzung dieser Pflicht kann daher der Beklagte allenfalls abstellen. Wenn nun die Vorinstanz annimmt, es sei vom Hauptschuldner oder vom Beklagten auf die Geltendmachung der vor Konkursausbruch vorgekommenen Vertragsverletzungen verzichtet worden, so ist das zunächst, soweit es den Hauptschuldner betrifft, nicht richtig, angesichts der Reklamationen desselben, speziell der Reklama-

tionen vom 19. September 1903. Ein Verzicht kann sodann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der Beklagte vor zweiter Instanz die von der ersten Instanz zugesprochenen 6500 Fr. nicht angefochten hat; damit hat der Beklagte nicht mehr eingestanden, als daß er vom ganzen Klaganspruch nur 6500 Fr. anerkenne; ob er diesen Betrag als verdientes Entgelt für die Zeit bis zum Konkursausbruch gelten lassen und damit auch die Erfüllung der Klägerin während dieser Zeit zugestehen wollte, steht angesichts seiner materiellen Erklärungen im Prozeß, von denen er vor zweiter Instanz keine zurückgenommen hat, keineswegs fest; jene Annahme der Vorinstanz, es handle sich um einen Verzicht, wird auch keineswegs etwa aus speziell prozessualen Gründen gefolgert, sondern es handelt sich bei ihr um eine Schlußfolgerung aus der Haltung des Beklagten im Prozesse, die angesichts dieser Haltung selbst als aktenwidrig erscheint. Kann sonach der Beklagte auch auf die Vertragsverletzungen vor Konkursausbruch zurückgreifen, so ist die Feststellung der ersten Instanz, daß nur in einem einzigen Fall ein Gantinserat ausschließlich einer politischen Zeitung übergeben wurde, aus den Akten dahin zu ergänzen (Art. 82 Abs. 1 OG), daß, wie aus dem Zeugnis von Gemeinderat Diethelm hervorgeht, auch noch ein Inserat eines technischen Betriebes vor der Publikation im Amtsanzeiger in einer andern Zeitung erschien, und daß sich aus der Auskunft des Schlachthofes (Akt. 167) ergibt, daß in dringenden Fällen auch von diesem Gemeinderessort Inserate in den politischen Blättern erschienen, wenn sie noch Abends erscheinen mußten, während der Amtsanzeiger erst am folgenden Morgen herauskam. Bezüglich der Publikationen der Bezirksbehörden ist auf die Feststellung der Vorinstanzen zu verweisen, daß Bezirksamt und Konkursamt Inserate nur in dringlichen Fällen vor der Publikation im Amtsanzeiger in einer andern Zeitung erscheinen ließen. Hierin lag eine Vertragsverletzung, da der Vertrag Ausnahmen überhaupt nicht vorsah; daß Wiser & Frey darauf aufmerksam gemacht wurden, daß die Bezirksbehörden nicht Vertragskontrahenten seien, ist angesichts des Inhaltes des Vertrages und der dort stipulierten Pflicht der Klägerin, auch die Inserate der Bezirksbehörden zu liefern, unerheblich. Allein diese Vertragsverletzung berechtigt zunächst den Beklagten nicht zur Erfüllungsweigerung im Sinne des von ihm angerufenen Art. 95 OR, das schon aus dem Grunde nicht, weil die Gegenleistung des Beklagten für diese Zeit ja schon erfüllt ist. Fraglich kann nur sein, ob der Beklagte zum Rücktritt gemäß Art. 122 OR berechtigt ist. Hierüber ist zu bemerken: Art. 122 OR gewährt ein Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Verträgen dem einen Teil nur bei Verzug des andern Teils in der Erfüllung; er hat also nur den Fall im Auge, daß die Leistung noch nachgeholt werden kann. Hier dagegen handelt es sich um eine Leistung, die überhaupt nicht mehr nachgeholt werden kann, um eine Vertragsverletzung, die in der Vergangenheit liegt und der Gegenwart entrückt ist; die Leistung, zu der der Schuldner (die Klägerin) verpflichtet war, ist jetzt, aus seinem Verschulden, überhaupt nicht mehr möglich. Ein Rücktrittsrecht des einen Teils wegen verschuldeter teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des andern Teils darf nun aber, wenn man überhaupt Art. 122 und 124 OR analog auf diesen Fall ausdehnen will — was dahingestellt sein mag — doch unter allen Umständen nur dann anerkannt werden, wenn die noch zu erfüllende Leistung für den Zurücktretenden nutzlos (im Sinne des Art. 125 OR) geworden ist. Davon kann nun aber im vorliegenden Falle von vornherein keine Rede sein; es hieße viel zu weit gehen, wegen einzelner unbedeutender Fälle von Vertragsverletzungen den ganzen Vertrag als dahingefallen zu erklären, zumal für diejenige Zeit, in der sich die Vertragsverletzungen ereigneten, das Äquivalent (die Konzessionsgebühr) schon geleistet ist. (Vergl. hiezu auch DBGB § 325, u. DHGB alt Art. 359.)

7. Der Beklagte macht im weitern geltend, die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners sei ohne dessen Verschulden unmöglich geworden; denn die Unmöglichkeit, den Amtsanzeiger weiter drucken und verbreiten zu können, sei die Folge der Konkurseröffnung; an dieser aber treffe den Hauptschuldner keine Schuld. Hiemit wird die Frage der Liquidation von Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen im Konkurse zum Entscheide gestellt. Das Bundesgericht hat nun schon in seinem Urteile vom 27. Juni 1902 in Sachen Kuhn & Cie. gegen Kohlen-Elektroden-Industrie AG, abgedruckt in der Revue der Gerichtspraxis **21** Nr. 39

(S. 101 ff.), die Auffassung vertreten und begründet, daß Art. 211 Abs. 1 SchKG auch auf derartige Ansprüche Anwendung finde, d. h. also, daß dann, wenn ein zweiseitiger Vertrag bei der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner noch nicht vollständig erfüllt ist und die Konkursmasse darauf verzichtet, an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag zu erfüllen, der andere Teil seine Interessenforderung als Konkursgläubiger geltend machen kann, gleich wie ein Gläubiger aus einem einseitigen Vertrage. Das Bundesgericht ist zu dieser Auffassung gelangt beim Kaufvertrage aus der Erwägung, daß Käufer und Verkäufer im Konkurse ihres Gegenkontrahenten nicht ungleich behandelt werden dürfen; ferner in Auslegung des Art. 211 SchKG, endlich unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung. In der Tat war der Einfluß des Konkurses auf zweiseitige, noch nicht vollständig erfüllte Vertragsverhältnisse ausdrücklich geregelt im Entwurfe des Bundesrates von 1886 (Art. 217, 220), und zwar eben in dem vom Bundesgericht im genannten Entscheide vertretenen Sinne, und diese durchaus klare und sachgemäße Regelung ist erst in der sog. Vereinigungsvorlage verschwunden, ohne daß aber ersichtlich wäre, daß damit eine Änderung des materiellen Gesetzesinhaltes hätte bewirkt werden wollen. Der Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Januar 1897 in Sachen Schoop gegen Masse Hegi, AS **23** S. 181 ff., steht dieser Auffassung nicht entgegen; denn dort war ein Entschädigungsanspruch gegen die Masse wegen Nichteintrittes in den Vertrag gar nicht geltend gemacht (vergl. Erw. 3 S. 185 f.). An der im Entscheide Kuhn enthaltenen Auffassung ist denn auch festzuhalten, und es mag den Erwägungen jenes Entscheides nur noch kurz beigefügt sein: Ist ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner und dem andern Teil noch nicht vollständig erfüllt, so kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Konkursmasse an dessen Stelle die Erfüllung übernehmen, sofern es sich nicht um eine Leistung handelt, die nur vom Gemeinschuldner persönlich erfüllt werden kann. Die Konkursmasse ist aber zur Übernahme der Erfüllung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, sie kann also die Erfüllung ablehnen, und alsdann entsteht die Frage, wie es sich mit dem Anspruche des

Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners verhalte. Wollte man auf diesen Fall Art. 211 Abs. 1 SchKG nicht zur Anwendung bringen, so gelangt man auf Grund des OR zum gleichen Resultate, denn durch die Ablehnung der Erfüllung seitens der Konkursverwaltung, welche auch für den Gemeinschuldner wirkt, steht die Nichterfüllung des letztern endgültig fest und damit auch seine Schadenersatzpflicht. Mit dieser Auslegung des Gesetzes steht denn auch das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Doktrin des SchKG (vergl. Weber & Brüstlein, 1. Aufl. S. 263 f.; C. Jäger, Komm. z. SchKG Art. 211 Anm. 5 S. 373 ff.) und mit der Regelung in der deutschen KO (neu § 17 Abs. 1; § 26) sowie mit der deutschen Doktrin und Praxis. (Vergl. dazu L. Seuffert, deutsches Konkursprozeßrecht, S. 189 f.; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes, S. 131 ff.) Anderer Ansicht ist allerdings der französische Kassationshof, aber unter Mißbilligung des größten Teiles der französischen Doktrin. (S. u. a. Lyon-Caen et Renault, t. 8 u. 888, p. 166 et suiv.) Über die Natur des dem Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners zustehenden Anspruches gehen die Ansichten der deutschen Doktrin freilich auseinander; während die eine den Anspruch als Anspruch auf Erfüllung auffaßt, sieht die herrschende Meinung ihn als Anspruch auf das Interesse, und zwar das Erfüllungsinteresse, an. Diese Kontroverse ist im schweizerischen Konkursrecht, wenn, wie geschehen muß, Art. 211 Abs. 1 zu entsprechender Anwendung zu bringen ist, dahin zu lösen, daß es sich dabei um einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse handelt; im einzelnen kommen dafür die Bestimmungen des Zivilrechtes, also Art. 110 ff. und 145 OR, zur Anwendung. Die Konkursmasse kann sich danach von der Haftung befreien durch den Nachweis, daß ihr die Erfüllung unmöglich geworden ist aus Umständen, die weder bei ihr noch beim Gemeinschuldner liegen (vergl. C. Jäger, Komm. z. SchKG Art. 211 Anm. 2 sub a, S. 372). Ob sie die Haftung für Schadenersatz auch ablehnen kann, wenn sie den Entlastungsbeweis nach Art. 110 OR zu leisten vermag (vergl. C. Jäger a. a. O. sub b), mag dahingestellt bleiben; die Frage müßte verneint werden, wenn als Grund der Nichterfüllung die — auch für den Gemeinschuldner verbindliche — Weigerung, den Vertrag

zu erfüllen, angesehen wird, sie wäre dagegen zu bejahen, wenn als Grund der Nichterfüllung der Ausbruch des Konkurses betrachtet würde. Auch wenn man sich auf diesen letztern Standpunkt stellen will, so ist doch jedenfalls im vorliegenden Falle zu sagen, daß von dem Beklagten ein Nachweis nicht erbracht ist, daß den Gemeinschuldner ein Verschulden am Ausbruch des Konkurses nicht treffe. Es handelte sich um ein Unternehmen, das von Anfang an auf unsolider Basis stand. Der bloße Hinweis darauf, daß Wiser & Frey in allen übrigen Geschäften prosperierten und daß die Herausgabe des Amtsanzeigers ein mißglückter Versuch, sowohl der Behörden als des Gemeinschuldners, gewesen sei, vermag diesen nicht zu entlasten; denn es steht fest, daß der Gemeinschuldner sich in das Unternehmen wagte, ohne die genügenden Mittel zu besitzen, um das für die ersten Jahre vorausgesehene Defizit ertragen zu können; der Gemeinschuldner hatte, als Unternehmer und Herausgeber, das volle Risiko des Unternehmens zu tragen, und wenn er falsch kalkulierte und die Gewinnchancen zu hoch ansetzte, so ist ihm eben schon das als Verschulden anzurechnen. Es ist denn auch selbst für den Laien schwer verständlich, wieso Wiser & Frey dem bloßen Umstand, daß sie die amtlichen Publikationen zuerst herausgeben konnten, eine derartige Anziehungskraft für den Amtsanzeiger beimessen konnten, die sie zu einer so bedeutenden Offerte für die Konzessionsgebühren bestimmen konnte, und daß sie nicht bedachten, daß die Inserate von den andern Zeitungen nachgedruckt würden; ein Rechtsirrtum über diesen letztern Punkt vermöchte wiederum den Gemeinschuldner nicht zu entschuldigen. Von nicht voraussehbaren außerordentlichen Umständen im Sinne des Art. 364 Abs. 3 OR (falls man diese Bestimmung zur Anwendung bringen wollte) kann jedenfalls nicht die Rede sein.

8. Ist somit eine Schadenersatzforderung der Klägerin gegenüber dem Gemeinschuldner begründet, so haftet nun auch der Bürge hiefür. (Vergl. Petersen & Kleinfeller, Komm. zur KO, 4. Aufl., § 174, 11, Anm. 9.) Die Forderung des Gegenkontrahenten aus dem zweiseitigen Vertrage geht ja durch die Konkurseröffnung nicht etwa unter, sondern sie verwandelt sich lediglich in eine Interessenforderung, und diese Umwandlung ist auch dem Bürgen gegenüber wirksam gemäß Art. 499 OR, wonach der Bürge für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners haftet; die Schadenersatzfolge ist die gesetzliche Folge der schuldhaften Nichterfüllung des Vertrages. Eine andere Auffassung würde zu der unhaltbaren Konsequenz führen, daß der Gegenkontrahent an den Gemeinschuldner persönlich leisten müßte, bevor er den Bürgen auf Erfüllung belangen könnte; der Bürge würde seine Rückgriffsforderung im Konkurse geltend machen können, obschon die Gegenleistung infolge Ablehnung der Masse nicht an diese gelangen würde. Da die Forderung eine Schadenersatzforderung infolge Rücktrittes vom Vertrage ist, kann auch nicht (mit der ersten Instanz) gesagt werden, sie sei noch nicht fällig.

9. Was nun die Berechnung der Schadenersatzforderung, deren Höhe, betrifft, so leitet die Klägerin aus der Nichterfüllung der Pflicht des Gemeinschuldners zur Herstellung und Herausgabe des Amtsanzeigers keinen Schadenersatzanspruch her; sie beschränkt vielmehr ihren Anspruch auf die sog. Konzessionsgebühren und erblickt den Schaden im Entgang der noch nicht bezahlten Konzessionsgebühren. Darin, unter Abzug der Gegenleistung der Klägerin, besteht denn auch ihr Erfüllungsinteresse und also ihr Schaden, und es kann sich nun nur noch fragen, wie hoch diese nun frei gewordene Gegenleistung der Klägerin zu werten ist, d. h. ein wie großer Abzug an den noch nicht bezahlten Konzessionsgebühren für die Zeit nach dem 16. April 1904 zu machen ist. Die Wertung des Freiwerdens der Vergebung der amtlichen Inserate ist eine Sache richterlichen Ermessens und eine Würdigung von Tatsachen, eine Schlußfolgerung aus Tatsachen, bei der tatsächliche Momente im Vordergrund stehen und Rechtssätze nur insoweit in Frage kommen, als es sich um die Grundsätze über die Beweislast und den Kausalzusammenhang handelt. Nun ist vorab das Tatsachenmaterial, aus dem auf die Wertung geschlossen werden kann, äußerst dürftig; allein es kann doch nicht gesagt werden, daß die Vorinstanz bei ihrer Wertung von den Akten widersprechenden Annahmen ausgegangen sei. Wenn sodann allerdings zu sagen ist, daß der Abzug eher zu Gunsten des Beklagten bemessen ist, so liegt doch kein Anhaltspunkt dafür vor, daß die Vorinstanz den Grundsatz des materiellen Rechts über die Beweislast verletzt hätte, wonach dem ersatzpflichtigen Schuldner

der Nachweis, daß der geschädigte Gläubiger den Schaden anderweitig habe decken können, obliegt. Auch von Verletzung der Rechtsgrundsätze über den Kausalzusammenhang kann keine Rede sein. Umgekehrt ist bei Berechnung des Schadenersatzes unter Würdigung aller Umstände (vergl. Art. 116 Abs. 2 OR) die Natur des Vertrages, der mit dem Werkvertrage einige Ähnlichkeit hat, der Umstand, daß es sich auch auf Seiten der Klägerin um ein Experiment handelte, endlich der weitere, daß die Klägerin selber sich in der ersten Periode einige Vertragsverletzungen hat zu schulden kommen lassen, in Berücksichtigung zu ziehen. Eine Erwägung aller dieser Momente und der weiter von der Vorinstanz angeführten (Zwischenzins 2c.) führt dazu, auch in diesem Punkte das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufungen beider Parteien werden abgewiesen und es wird das Urteil der ersten Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. April 1906 in allen Teilen bestätigt.

III. Schuldbetreibung und Konkurs.
Poursuite pour dettes et faillite.

68. Urteil vom 22. September 1906
in Sachen **Bank in Zofingen**, Bekl. u. I. Ber.-Kl., gegen **Humm und Genossen**, Kl. u. II. Ber.-Kl.

Anfechtungsklage. — *Abtretung des Anfechtungsanspruches an einzelne Gläubiger. Verzicht auf die Anfechtung?* ***Art. 260 SchKG.*** — ***Deliktspauliana, Art. 288 SchKG.*** — *Anfechtbarkeit von* ***Wechselzahlungen.***

A. Durch Urteil vom 20. April 1906 hat das Obergericht des Kantons Aargau über das Klagebegehren: „Die Zahlung des Konkursiten Albert Humm an die Beklagte vom 25. August 1903 im Betrage vom 4183 Fr. 25 Cts. sei als anfechtbar und ungültig zu erklären und die Beklagte sei demgemäß zu verurteilen, der Klägerschaft die 4183 Fr. 25 Cts. samt Zins à 5 % seit 25. August 1903 zur Verwendung gemäß Art. 260 Abs. 2 SchKG zurückzubezahlen" erkannt:

1. Die Zahlung des Konkursiten Albert Humm an die Beklagte vom 25. August 1903 im Betrage von 3541 Fr. 50 Cts. wird als ungültig erklärt.

2. Die Beklagte ist verfällt, an die Klagpartei 3541 Fr. 50 Cts. samt Zins zu 5 % seit 8. September 1905 zur Verwendung gemäß Art. 260 Abs. 2 SchKG zurückzubezahlen.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Berufungsantrag der Beklagten geht auf gänzliche Abweisung der Klage.

Die Kläger stellen dagegen das Begehren:

In teilweiser Abänderung des obergerichtlichen Urteils sei nicht nur die Zahlung des Konkursiten A. Humm von 3541 Fr. 50 Cts., sondern die ganze Zahlung von 4183 Fr. 25 Cts. ungültig zu erklären und demgemäß den Klägern der ganze eingeklagte Betrag von 4183 Fr. 25 Cts. samt Zins seit 25. August 1903 zur Verwendung gemäß Art. 260 Abs. 2 SchKG zuzusprechen.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien je auf Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte stand mit dem Bleicher Albert Humm in Zofingen in der Weise in Geschäftsverkehr, daß sie ihm einen Kontokorrent- und Warrant-Kredit eröffnet hatte. Ein am 31. Juli 1903 aufgenommenes Inventar, das auf Verlangen der Beklagten aufgenommen wurde, verzeigte, trotzdem die Passiven viel zu hoch berechnet, die Kleider Hummsſ, seiner Frau und Kinder in den Aktiven mit eingestellt und von den Hypothekarschulden keine Zinsen berechnet worden waren, endlich die Frauengutsforderung der Ehefrau Humm nicht als Passivum eingetragen war, ein Defizit von 50 Fr. 17 Cts. Das Guthaben der Beklagten belief sich im gleichen Zeitpunkte auf 24,211 Fr., währenddem der Kredit nur auf 18,000 Fr. ging. Am 20. Juli