

currence de 1000 plantes, leur choix pouvant s'exercer librement sous la seule réserve, bien entendu, de l'autorisation de l'inspecteur forestier. En fait celui-ci a déclaré qu'il autoriserait la coupe de 1000 arbres et même d'un nombre quelque peu supérieur. Ginier a donc exécuté les obligations qu'il avait assumées par le contrat du 5 octobre 1906.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

1. — Le recours des défendeurs est admis et le jugement de la Cour civile est réformé dans ce sens que les conclusions du demandeur sont écartées.

2. — Le recours par voie de jonction du demandeur est écarté.

### 35. Urteil vom 26. Mai 1910 in Sachen

**Süscher, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Wenger, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

**Forderung aus Check (Art. 830 ff. OR).** Vom Aussteller gegenüber dem ihn belangenden Checkgläubiger erhobene Einrede der Arglist (Art. 811 OR) gutgeheissen, weil nach den die Ausstellung des Checks veranlassenden Beziehungen der beiden die persönliche checkmässige Verpflichtung des Ausstellers nicht beabsichtigt war. — Haftung des Ausstellers aus Kreditauftrag (Art. 418 OR)? — aus Versprechen der Leistung eines Dritten (Art. 127 OR)? — aus unerlaubter Handlung (Art. 50 OR)?

A. — Durch Urteil vom 8. Dezember 1909 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streit-sache erkannt :

„Die Klage wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellte und begründet, es sei in Abweisung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfange gutzuheissen.

C. — Der Beklagte hat in seiner Berufungsantwort den An-

trag auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils gestellt und begründet. Im gleichen Sinne haben sich die Mitsidnenunziaten Julius Schilling und Guhl & Cie., denen ebenfalls Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben wurde, ausgesprochen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Kläger, Parquetierfabrikant Süscher, wurde im Frühling 1908 von dem seither in Konkurs gefallenen Baumeister Hardmeier in Zürich, der ihm noch aus früheren Lieferungen schuldet, um weitere solcher für die zwei Neubauten Sulmannstrasse 26 und 28 in Zürich IV angefragt; er lehnte aber ab. Im Auftrage Hardmeiers unterhandelte dann dessen Anwalt, der heutige Beklagte Wenger, mit dem Kläger hinsichtlich der Begleichung der frühern Schuld und der neuen Lieferungen und schrieb ihm u. a. am 30. August 1908, die vom Kläger verlangte Sicherstellung jener Schuld sei nicht notwendig, da sein Klient mit einem Vermögensüberschuss von 50,000 Fr. bis 100,000 Fr. rechne. Der Kläger beharrte darauf, daß er vor der begehrten Sicherstellung keine neuen Lieferungen mache. Mit Zirkular vom 15. September teilte der Beklagte namens des Hardmeier verschiedenen Lieferanten desselben, darunter auch dem Kläger, mit, daß infolge seiner Bemühungen die Bankkommandite Guhl & Cie. sich zu einem Abkommen mit seinem Klienten bereit erklärt habe, wonach aus dem von dieser Bank zu beschaffenden Gelde sukzessive Zahlungen gemäß den Anordnungen des Beklagten erfolgen würden. Beigelegt war ein Vollmachtformular, durch dessen Unterzeichnung die Adressaten den Beklagten zur Wahrung ihrer Interessen ermächtigen sollten. Der Kläger unterschrieb das Formular nicht. Die erwähnte Vereinbarung, die ebenfalls vom 15. September datiert und von Guhl & Cie., dem Beklagten und Hardmeier unterzeichnet ist, bestimmt, daß Guhl & Cie. für die Fertigstellung der beiden Neubauten Sulmannstrasse 26 und 28 einen durch zwei Kreditversicherungsbriefe von zusammen 70,000 Fr. sicher gestellten Baukredit gewähren, unter gewissen Bedingungen, von denen hier zu nennen sind: die von ihnen zu leistenden Zahlungen sollten einstweilen den Maximalbetrag von 30,000 Fr. nicht übersteigen; sie übernahmen den betreffenden Handwerkern gegenüber die Verpflichtung, die Zah-

lungen eventuell an sie direkt zu leisten und zwar im Verhältnisse der Größe ihrer Baurechnung; alle ihre Verpflichtungen sollten davon abhängig sein, daß die beiden Häuser von den beteiligten Handwerkern fertig gestellt würden, und sie sollten deshalb Zahlungen nur leisten müssen, wenn und solange die Fertigstellungsarbeiten wieder intensiv weiter geführt würden; endlich bestimmt Ziffer 9: „Seitens des Schuldners und der beteiligten Handwerker wird Herrn Rechtsanwalt Wenger unbedingte und unbeschränkte Vollmacht erteilt, über den Baukredit zu verfügen. Es ist also Herrn Wenger überlassen, dafür zu sorgen, daß dieses Geld unter die Beteiligten richtig verteilt wird. Herr Wenger seinerseits übernimmt sowohl den Handwerkern als auch der Bankommandite Guhl & Cie. gegenüber persönliche Garantie dafür, daß dies geschehen wird.“ Der Vereinbarung sind in der Folge eine Reihe von Handwerkern, unter denen sich aber der Kläger nicht befindet, unterschriftlich beigetreten, mit der Verpflichtung, die zur gänzlichen Fertigstellung der Häuser noch fehlenden Arbeiten unter allen Umständen zu liefern.

Am 18. September richtete der Beklagte folgenden Brief an den Kläger: „Wir bestätigen Ihnen, daß die Bankommandite Guhl & Cie. in Zürich laut einer Vereinbarung mit dem Unterzeichneten für sich und als Vertreter des Herrn F. Hardmeier in Zürich IV die Verpflichtung gegenüber den Handwerkern, die sich verpflichteten, die Häuser Culmannstraße 26 und 28 fertig zu erstellen, einging, im Verhältnis der Größe der betreffenden Baurechnung Zahlungen zu leisten. Die Verpflichtung erstreckt sich bis zur Höhe des gegenwärtig auf Fr. 30 mille fixierten Kreditbetrages, bezw. überhaupt so weit, als das Pfandrecht der Firma Guhl & Cie. zur Deckung der durch den Ausbau der Häuser noch erforderlichen Kosten ausreicht. Das Pfandrecht ist für Fr. 70 mille bestellt worden, welcher Betrag zirka 75—80 % der Affekuranz, die nach vollständiger Fertigstellung der Bauten zu erwarten ist, ausmacht. Sie würden nun daran mit 75—80 % Ihrer Verdienstsomme d. h. mit zirka Fr. 6500 partizipieren, für welchen Betrag Sie durch die getroffene Vereinbarung einen direkten Anspruch an die Herren Guhl & Cie. erlangen, unter der Voraussetzung, daß Sie die Ihnen mit heutigem Schreiben durch Herrn Hardmeier be-

stellten Parqueterien promptest liefern, wobei sachgemäße Ausfuhrung weiter als vereinbart gilt. Für den Restbetrag Ihrer Verdienstsomme haben Sie Anspruch auf hypothekarische Sicherstellung.“ Am Schlusse des Schreibens findet sich eine Erklärung der Firma Guhl & Cie., wonach die Einräumung eines Kredites von vorläufig 30,000 Fr. bestätigt wird, der für die Fertigstellung der beiden Neubauten und unter der Bedingung gewährt werde, daß die Handwerker sich zu deren gänzlichen Vollenbung verpflichten.

Ebenfalls am 18. September schrieb der Beklagte dem Kläger im weitern: „Bezugnehmend auf die durch Herrn Hardmeier erfolgte Bestellung von Parqueteriewaren in die Häuser Culmannstraße 26/28 bestätige ich Ihnen, daß im Sinne der Vereinbarung mit den Herren Guhl & Cie. nach Ablieferung ihrer Arbeit anstandslos Fr. 6500 zu bezahlen sind.“ Unterzeichnet ist der Brief: „Namens des Herrn Hardmeier F. Wenger.“

Auf dieses Schreiben hin verstand sich der Kläger zur Lieferung der gewünschten Parqueteriewaren, und am 8. Oktober bestätigte Hardmeier dem Kläger brieflich, daß die Parqueteriearbeiten im Neubau Nr. 28 fertig seien und daß die Hälfte des bei Guhl & Cie. gutgeschriebenen Betrages ausbezahlt werden könne. Am 9. Oktober stellte darauf der Beklagte dem Kläger für 3250 Fr. an die Ordre von Guhl & Cie. eine auf den 20. Oktober 1908 zahlbar gestellte Anweisung aus, die er unterzeichnete: „Zu Lasten von F. Hardmeier in Zürich IV, F. Wenger“. Inzwischen hatten Guhl & Cie. am 8. Oktober dem Beklagten geschrieben, daß sie auf Rechnung des bewilligten Baukredites nun keine Zahlungen mehr leisten könnten bis die Schlusssicherung des Hauses 28 vorliege und beim Hause 26 die Vollendungsarbeiten intensiv gefördert seien. Am 10. Oktober antwortete der Beklagte, daß er ihren Standpunkt nicht teilen könne und daß der Kläger nach der getroffenen Vereinbarung nunmehr ein Recht auf Auszahlung von 3250 Fr. habe. Diese und spätere Bemühungen des Beklagten, Guhl & Cie. zur Zahlung zu bewegen, blieben erfolglos, und als der Kläger ihnen die Anweisung zur Diskontierung übermachte, sandten sie sie ihm wieder zurück. Mit Schreiben vom 28. Oktober ersuchte der Kläger den Beklagten: er möge ihm „der Einfachheit halber per 15. November wieder einen Check wie der letzte auf Guhl & Cie. aus-

stellen“ (die frühere Anweisung war auf ein Checkformular mit Ersetzung des Wortes Check durch das Wort Anweisung ausgestellt worden); der Kläger denke, daß Guhl & Cie. ihn dann einzulösen werden, da das Haus alsdann geschätzt sein werde; er habe in diesem Sinne mit Kölli, dem Angestellten Hardmeiers, gesprochen. Ferner ersuchte er den Beklagten mit Brief vom 2. November, „die von Herrn Hardmeier telephonisch versprochene Anweisung postwendend einzulösen“. Der Beklagte antwortete zunächst ablehnend, mit der Begründung, daß die Übergabe einer neuen Anweisung keinen Zweck habe, so lange die Schwierigkeiten mit Guhl & Cie. noch nicht gehoben seien. Am 6. November stellte er dann aber dem Beklagten einen Check auf den 20. November im Betrage von 3250 Fr. aus, den er wiederum unterzeichnete: „Zu Lasten von F. Hardmeier: F. Wenger.“ Auch diesmal wiesen Guhl & Cie. ein Begehren des Klägers um Diskontierung zurück, und als ihnen der Kläger den Check am 20. November zur Zahlung vorwies, lösten sie ihn nicht ein, und zwar laut dem Proteste wegen mangelnder Deckung.

In der Folge hat der Kläger gegen den Beklagten auf Bezahlung der Check-Summe von 3250 Fr. nebst 6% Zins seit dem 20. November 1908, 7 Fr. Protestkosten und 10 Fr. 85 Cts. Provision geklagt. Die Klage stützt sich in erster Linie auf den Check, eventuell auf einen vom Beklagten dem Kläger erteilten Kreditauftrag und „eventuellst“ auf Art. 50 OR.

2. — Der Beklagte hat bestritten, daß er aus dem Check persönlich haftbar sei, weil er bei seiner Ausstellung im Namen des Hardmeier gehandelt und sich auch nicht vorher verpflichtet habe, für die Zahlung der dem Kläger aus seinen Lieferungen erwachsenden Forderungen zu sorgen. Damit macht der Beklagte nach Art. 811 OR gegenüber der Checkforderung die exceptio doli geltend, indem er dem Kläger entgegenhält, bei der Ausstellung des Checks habe es für den Beklagten an einem Grunde gefehlt, gegenüber dem Kläger sich checkmäßig zu verpflichten, und der Kläger als Empfänger des Checks sei sich denn auch selbst bewußt gewesen, daß der Beklagte eine solche persönliche Verpflichtung nicht gewollt habe. Mit Unrecht rügt hienach der Berufungskläger an dem Vorentscheid, daß er diese Einrede „unzulässigerweise von Amtes

wegen suppliere“. Sachlich sodann ist die Einrede mit der Vorinstanz gutzuheißen: Es muß als erstellt gelten, daß der Beklagte zum Kläger in keinem Rechtsverhältnis gestanden ist, aus dem sich für ihn eine Verpflichtung ergeben hätte, für den streitigen Betrag von 3250 Fr. persönlich aufzukommen. Im Vertrage vom 15. September 1907 (dem der Kläger zwar nicht beigetreten ist, der aber für die Auslegung der spätern brieflichen Verabredung mit ihm Bedeutung hat) ist freilich von einer persönlichen Garantie des Beklagten die Rede. Aber diese bezieht sich nach dem deutlichen Wortlaut des Vertrages nur auf die Verpflichtung des Beklagten, dafür zu sorgen, daß das durch den Kredit verfügbare Geld richtig unter die beteiligten Lieferanten verteilt werde. Nur diese Verpflichtung ist dem Beklagten, unter Einräumung der entsprechenden Vollmacht, auferlegt worden und nur für deren Erfüllung hat er Garantie zu leisten erklärt. Und auch der Kläger hat durch die nachherige briefliche Einigung keine weitergehenden Rechte erlangt. Der Brief des Beklagten vom 18. September entspricht inhaltlich den Vertragsbestimmungen, und namentlich läßt sich aus der darin enthaltenen Erklärung, daß der Kläger „mit zirka 6500 Fr. partizipieren“ werde (nämlich an der Kreditsumme), auf keine persönliche Zahlungspflicht des Beklagten schließen. Ebenso kann man aus der Erklärung des Klägers im andern Briefe vom 18. September, daß „im Sinne der Vereinbarung mit den Herren Guhl & Cie. nach Ablieferung Ihrer (des Klägers) Arbeit anstandslos 6500 Fr. zu bezahlen“ seien, nur entnehmen, daß der Beklagte als zu den Kreditbezügen Bevollmächtigter dem Kläger einen Anspruch auf Bezahlung der fraglichen Summe aus dem Kredite zuerkennt und die richtige Erfüllung dieses Anspruches in Aussicht stellt. Zudem zudem der Beklagte diesen Brief als Vertreter Hardmeiers unterschrieben hat — als den er sich auch in einer Anzahl anderer Schreiben ausdrücklich bezeichnet — tritt es umso deutlicher hervor, daß er selbst nicht als persönlich Verpflichteter in Betracht kommen wollte, sondern daß er als Mittels- und Vertrauensperson zwischen den beteiligten Interessenten an Stelle des Schuldners dessen Zahlungen besorgte. Daß auch der Kläger das Verhältnis so auffaßte, ergibt sich, wie die Vorinstanz richtig ausführt, namentlich aus seinen Briefen vom 28. Oktober und 2. No-

vember, worin er den Beklagten um die Ausstellung des Checks (im zweiten spricht er von „Anweisung“) ersucht. In beiden beruft er sich zur Rechtfertigung seines Begehrens auf eine vorherige Rückprache, die er das eine Mal mit dem Schuldner direkt, das andere Mal mit seinem Angestellten Kölli gehabt hatte; und nichts in diesen Briefen läßt darauf schließen, daß er von dem Beklagten die Ausstellung des Checks in der Meinung, ihn als Garanten in Anspruch zu nehmen, verlangt hätte. Andererseits mußte ihn der Umstand, daß der Beklagte den Check „zu Lasten von F. Hardmeier“ unterzeichnete (wenn auch dies für sich eine Haftbarkeit des Beklagten aus der Urkunde als solcher nicht ausgeschlossen hätte), in der Auffassung bestärken, daß es dem Beklagten um die Bezahlung der Schuld nicht aus seinem eigenen Vermögen, sondern aus dem dem Schuldner eingeräumten Kredite zu tun gewesen ist. Zudem fehlen alle nähern Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen eine persönliche Garantieverpflichtung des Beklagten nach dem Willen der Parteien hätte wirksam werden sollen, und namentlich, ob schon die bloße Weigerung der Firma Guhl & Cie., eine dem Kläger aus dem Kredite zukommende Summe auszuführen, genügen sollte, um den Beklagten als Garanten belangen zu können. Gegenteiliges läßt sich auch nicht aus den vom Berufungskläger erwähnten Briefen vom 10. Oktober und 14. November 1907 entnehmen. Somit liegt in der Ausstellung des Checks, was das Verhältnis des Klägers zum Beklagten anlangt, rechtlich bloß die Erklärung des Beklagten, daß der Kläger infolge seiner Lieferungen für den streitigen Betrag nach der fraglichen Abrede Anspruch auf Bezahlung aus dem Kredite habe, und in Verbindung damit ein Auftrag an Guhl & Cie. zur Auszahlung der Summe. Wenn der Beklagte gemäß dem Begehren des Klägers, diese Erklärungen in die Form eines Checks gekleidet hat, so möchte er hiezu durch die Meinungsäußerung des Klägers im Briefe vom 28. Oktober, daß man „der Einfachheit halber“ so vorgehen solle, bewogen worden sein und gedacht haben, daß ein weiterer Versuch, von der Firma Guhl & Cie. Zahlung zu erhalten (wie ihn der Kläger unter Berufung auf die bevorstehende Schätzung der Neubaute anregte), auf diesem Wege am ehesten Erfolg haben werde. Hiernach hätte die Ausstellung des Checks nur für gutgläubige Drittinhaber gegen den Beklagten einen auf die Urkunde sich

stützenden Anspruch auf Zahlung begründen können, während der Beklagte dem Kläger, der ihn aus dem Check belangen will, entgegenhalten kann, daß er sich ihm mit der Ausstellung nicht persönlich für den Eingang des angewiesenen Betrages habe verpflichtet wollen.

3. — . . . (Nichterörterung der weiteren Argumente des Beklagten zur Bestreitung seiner Haftbarkeit aus dem Check.)

4. — Sodann kann von einer Haftbarkeit des Beklagten aus Kreditauftrag ebenfalls nicht die Rede sein, weil der Beklagte nicht, wie der Art. 418 OR voraussetzt, die Verantwortlichkeit dafür übernommen hat, daß der Kläger für die gemachten Lieferungen bezahlt werde. Sein Garantieverprechen bezieht sich, wie erwähnt, nur auf die richtige Verteilung der verfügbaren Gelder unter die Lieferanten. Daß er aber dieses Versprechen nicht erfüllt und andere Gläubiger gegenüber dem Kläger begünstigt habe und insofern schadenersatzpflichtig sei, ist nicht nachgewiesen worden. Ebensovienig läßt sich sagen, der Beklagte habe im Sinne von Art. 127 OR persönlich dafür einzustehen versprochen, daß die Firma Guhl & Cie. die Zahlungen aus dem eröffneten Kredite in der zugesagten Weise leiste. Den Beklagten trifft daher auch keine Haftbarkeit, wenn diese Firma die Bezahlung des streitigen Betrages verweigert hat, trotzdem sie wiederholt und sehr nachdrücklich von ihm kraft seiner vertraglichen Vollmacht, über den Kredit zu verfügen, dazu aufgefordert wurde. Was endlich die Berufung auf den Art. 50 OR anbetrifft, so ist mit der Vorinstanz anzunehmen, daß, wenn auch der Beklagte den Kläger zu den fraglichen Lieferungen veranlaßt hat, nach der Aktenlage doch nicht erstellt ist, daß dies in arglistiger oder auch nur fahrlässiger Weise geschehen sei. Zudem wäre ein Schaden erst nachweisbar, wenn feststände, daß die Kreditsumme, die der Kläger von Guhl & Cie. beansprucht, von ihnen nicht erhältlich sei.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 1909 in allen Teilen bestätigt.