3. — Die vorstehende Erwägung führt zu folgender Entschädigungsberechnung:

a) Schaden aus dauernder Verminderung der Arbeitsfähigkeit	Fr. 4424 17
Abzug von 15 %	„ 663 60
verbleiben	Fr. 3760 57
b) Dazu Schaden aus vorübergehender Arbeitsunfähigkeit	„ 214 95
Ergibt total	Fr. 3975 52

oder in runder Ziffer 4000 Fr. Auf diesen Betrag ist daher die dem Kläger obergerichtlich zugesprochene Summe, nebst unbestrittenem Zins, zu erhöhen; —

erkannt:

In teilweiser Gutheißung der Berufung des Klägers und Abweisung der Berufung der Beklagten wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 13. April 1910 dahin abgeändert, daß die Beklagte zur Bezahlung von 4000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 30. Juli 1908 an den Kläger verurteilt wird.

---

74. **Urteil vom 4. November 1910** in Sachen

Witwe **Jean Kiefer & Cie.**, Bekl., Widerkl. u. Ber.-Kl., gegen **Baumann-Schaffner**, Kl., Widerbekl. u. Ber.-Bekl.

Unzulässigkeit neuer tatsächlicher Behauptungen vor Bundesgericht (Art. 80 OG). — **Rechtsstellung der (zufolge Gütertrennung oder als Witwe) voll handlungsfähigen Ehefrau** *als Handels- oder Gewerbefrau,* **nach analoger Anwendung der Art. 34 und 35 OR:** *Haftung ihres Vermögens für ihre Geschäftsschulden ohne Rücksicht auf familienrechtliche Beschränkungen ihrer Verfügungsfähigkeit im Interesse ihrer Kinder (in casu: gemäss Art. 6 des bernischen Emanzipationsgesetzes vom 27. Mai 1847, in Verbindung mit dem Dekret v. 4. April 1857), auch wenn die Kinder ihrem Handels- oder Gewerbebetriebe nicht zugestimmt haben. —* **Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 128 OR)?** *Kaufsweise Uebernahme von Waren zum Weiterverkauf; Verbürgung der Kaufschuld des Uebernehmers wobei der Verkäufer sich gegenüber den Bürgen verpflichtet, im Liquidationsfalle seine Kaufpreisforderung zunächst durch Rücknahme der noch vorhandenen Waren zu den Fakturapreisen zu decken; Nichtwirksamkeit dieser Klausel auch zu Gunsten des Käufers selbst. Beanstandung jener Fakturapreise als nicht vertragsgemäss; Beweislast.*

A. — Durch Urteil vom 8. März 1910 hat das Obergericht des Kantons Solothurn in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„1. Die Zuwendungen der Frau Baumann im Betrage von „10,000 Fr. sind ungültig. Die Beklagtschaft hat diesen Betrag „samt Zins zu 5 % seit Ausrichtung im Jahre 1900/1901 „zurückzuerstatten. Die Pfanddargaben durch die Frau Baumann „an die Beklagtschaft sind beide ungültig. Frau Baumann ist „berechtigt, über die in Drittmannshand liegenden Versicherungs„summen zu verfügen.

„2. Die Ungültigkeit ergreift alle vertraglichen Pflichten aus „dem Vertrage vom 12. Oktober 1900 und seinen Folgeverträgen, „welche von der Frau Baumann eingegangen sind, unter Vorbe„halt derjenigen, welche sich aus ihrer Stellung als Geschäfts„führerin oder zufolge der Zuwendungen der Beklagten aus dem „Titel der Bereicherung ergeben könnten.

„3. Die Liquidation des Geschäftes in Langenthal erfolgte auf „Rechnung der Beklagtschaft und es ist deshalb dieselbe berechtigt, „über den Erlös, welcher hinterlegt ist, zu verfügen.

„4. Die Widerklage ist abgewiesen."

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

2. Die Klage sei in vollem Umfange abzuweisen und die Widerklage gutzuheißen.

C. — Im weitern hat die Beklagte das Urteil auch durch staatsrechtliche Beschwerde vor Bundesgericht angefochten. Auf diese ist das Bundesgericht laut Entscheid vom 16. September 1910 * wegen Verspätung nicht eingetreten.

D. — In der bundesgerichtlichen Verhandlung vom 22. Oktober 1910 hat der Vertreter der Berufungsklägerin die gestellten Berufungsanträge erneuert und begründet. Der Vertreter der Be-

* AS 36 I Nr. 73 S. 403 ff. *(Anm. d. Red. f. Publ.)*

rufungsbeklagten hat zunächst ein an ihn gerichtetes Schreiben der Berufungsklägerin vom 16. August 1910 verlesen, worin diese erklärt, ihr Guthaben an die Berufungsbeklagte für Warenlieferungen an Dr. Gustav Clement in Freiburg abgetreten zu haben. Unter Hinweis hierauf hat er der Berufungsklägerin die Legitimation zur weitern Prozeßführung bestritten. In der Sache selbst hat er den Antrag gestellt und begründet, die Berufung sei abzuweisen. Nachdem sodann der Referent seinen Bericht erstattet hatte, ist die weitere Verhandlung auf den heutigen Tag verschoben worden, an dem die Beratung zu Ende geführt und das Urteil gefällt worden ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Friedrich Oskar Baumann, der verstorbene Ehemann der Klägerin Marie Baumann geb. Schaffner, war im Januar 1900 an seinem Wohnorte Solothurn in Konkurs geraten. In diesem erhielt die Klägerin für ihre Frauengutsforderung teilweise, in der Höhe von 20,151 Fr. 95 Cts., Deckung. An der Konkurssteigerung erwarb sie zwei Lebensversicherungspolicen ihres Ehemannes, nämlich die Police Nr. 52,945 der Basler Lebensversicherungsgesellschaft vom 29. Januar 1890, von 10,000 Fr., und die Police Nr. 72,585 der Union Assurance Society in London vom 6. Mai 1899, von 5000 Fr. Anfangs September 1900 siedelte Baumann mit seiner Familie nach Langenthal über und erwarb daselbst die Niederlassung. Am 12. Oktober 1900 schloß die Klägerin mit der Beklagten, der Kollektivgesellschaft Witwe Jean Kiefer & Cie. in Solothurn, einen Vertrag ab, wonach sich die Klägerin verpflichtete, sämtliche Waren für ein Mercerie- und Bonneteriegeschäft, das sie in Langenthal errichten wollte, von der Beklagten zu beziehen, die ihr diese Waren zum Selbstkostenpreise, der auf jedem Artikel anzumerken sei, zu liefern habe. Ferner sollte die Klägerin die Miete eines Ladenlokals und einer Wohnung, die die Beklagte für drei Jahre in Langenthal gemietet hatte, zu den gleichen Bedingungen übernehmen. Endlich verpflichtete sie sich, für ihre Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten. Das Geschäft wurde eröffnet, und die Warenlieferungen der Beklagten dauerten von da an bis anfangs 1902, wobei die gemachten Zahlungen sich unter den Lieferungsbeträgen hielten.

(Der von der Beklagten beanspruchte Kontokorrentsaldo betrug auf 31. Dezember 1900 5842 Fr. 25 Cts., auf 31. Dezember 1901 13,993 Fr. 15 Cts. und auf 30. April 1902 14,732 Fr. 90 Cts.) Von den Zahlungen der Klägerin sind hier vier von zusammen 10,000 Fr. zu erwähnen, die von der Konkursverwaltung (Amtsschreiberei Solothurn) infolge Zession oder Anweisung der Klägerin auf Rechnung ihrer Frauengutsforderung gemacht worden sind, nämlich drei Bezüge von je 3000 Fr. vom 31. Oktober, 30. November und 20. Dezember 1900, und ein solcher von 1000 Fr. vom 7. März 1901. Was sodann die versprochene Sicherheitsleistung betrifft, so ist ihr dadurch genügt worden, daß die Klägerin der Beklagten jene zwei Lebensversicherungspolicen verpfändet und ihr zwei Bürgen, Fritz Bucher und Ernst Baumann, gestellt hat. Diese verbürgten sich durch Akt vom 5. Dezember 1900 für die Fakturaverbindlichkeiten der Klägerin bis zum Maximalbetrag von 5000 Fr., aber nur unter der Bedingung, daß die Beklagte, falls der Geschäftsbetrieb der Klägerin nicht prosperiere und es zur Liquidation komme, zunächst zur Deckung ihrer Forderung Waren zum Fakturabetrage zurücknehme und daß die Bürgschaft nur für einen allfälligen ungedeckten Saldo gelte. Die Bürgschaft sollte zudem am 31. Dezember 1903 erlöschen. Die Klägerin wurde nicht als Geschäftsinhaberin ins Handelsregister eingetragen; wohl aber meldete die Beklagte im Januar 1902 für ihre in Solothurn domizilierte Firma eine Zweigniederlassung in Langenthal an, der die Klägerin als Prokuristin vorstehe. Am 17. März 1902 wurde diese Eintragung wieder gestrichen, die Zweigniederlassung als aufgehoben und die Prokura als erloschen erklärt.

Kurz vorher, am 4. März 1902, war der Ehemann der Klägerin gestorben unter Hinterlassung von vier aus der Ehe mit der Klägerin stammenden, noch minderjährigen Kindern. Am 7. März teilte die Vormundschaftsbehörde von Thun, in welcher Gemeinde die Klägerin infolge ihrer Heirat heimatberechtigt geworden war, der Beklagten mit, sie wünsche die Aufhebung des klägerischen Geschäftsbetriebes herbeizuführen. Sie schlug der Beklagten vergleichsweise vor, diese solle alle vorhandenen Waren zu den Fakturapreisen zurücknehmen und den sich ergebenden Gesamt-

betrag von ihrem Guthaben an der Klägerin abziehen, worauf der Saldo sofort bezahlt werde. Die Beklagte lehnte diesen Vorschlag ab. Immerhin kam später, am 20. März 1902, eine Einigung in dem Sinne zustande, daß das Warenlager auf Rechnung derjenigen Partei zu liquidieren sei, die gemäß endgültiger richterlicher Entscheidung als zur Verfügung darüber berechtigt oder verpflichtet erklärt werde. Unterdessen war die Klägerin kurz nach der Intervention der Vormundschaftsbehörde Thun, am 24. März 1902, auf ihr Begehren bevogtet worden, welche Vormundschaft dann im April 1904 wieder aufgehoben wurde.

2. — Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr die Klägerin folgende Begehren ans Recht gestellt:

I. Die vier, der Beklagten durch Vermittlung der Amtsschreiberei Solothurn gemachten Zahlungen von zusammen 10,000 Fr. seien ungültig, ebenso die Pfanddargaben der beiden Lebensversicherungspolicen und eventuell, wenn die Begebung der einen von ihnen, derjenigen der Union Assurance Society, nicht als Verpfändung sondern als Zession zu betrachten sei, diese Zession. Die Beklagte habe infolgedessen der Klägerin die 10,000 Fr. samt Zins zu 5 % seit der Ausrichtung der einzelnen Beträge zurückzuerstatten und die Policen zurückzugeben, und es sei die Klägerin als berechtigt zu erklären, über die in Drittmannshand gelegten Versicherungssummen zu verfügen.

II. Die Ungültigkeit ergreife den ganzen Vertrag vom 12. Oktober 1900 und alle Verpflichtungen der Klägerin daraus, unter Vorbehalt jener, die sich aus ihrer Stellung als Geschäftsführerin oder aus dem Titel der Bereicherung ergeben könnten.

III. Die auf Grund der Übereinkunft vom 20. März 1903 erfolgte Liquidation gehe für Rechnung der Beklagten.

IV. Eventuell, falls die Klägerin aus dem Vertrage vom 12. Oktober 1900 hafte, habe die Beklagte die am 30. April 1902 vorhanden gewesenen Waren zum Fakturapreise an Zahlungsstatt anzurechnen. Auf den Waren, zu deren Zahlung die Klägerin verpflichtet werden sollte, habe die Beklagte 20 % vom Fakturapreise abzuziehen. Sollte die Liquidation auf Rechnung der Klägerin erfolgen, so habe dieser Abzug 30 % zu betragen.

Die behauptete Ungültigkeit des Vertrages wird abgeleitet aus

dem Art. 6 des bernischen Emanzipationsgesetzes vom 27. Mai 1847, in Verbindung mit dem bernischen Dekret vom 4. April 1857. Jener Art. 6 bestimmt: „Bis die Teilung über das elterliche Vermögen eintritt, darf die Witwe an dem Kapitalvermögen keine wesentlichen Veränderungen vornehmen, ohne dazu die Einwilligung der Kinder, die nicht unter ihrer Gewalt stehen, und für diejenigen, welche derselben unterworfen sind, die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ihrer Heimatsgemeinde erhalten zu haben. Jede Handlung der Witwe, durch welche ohne diese Beistimmung von Seite der Kinder das Kapitalvermögen wesentlich verändert oder vermindert würde, ist ungültig." Das Dekret von 1857 sodann hat diese Verfügungsbeschränkung auch auf die Ehefrau von Güterabtretern oder Geldstagern und geschiedene Witwen ausgedehnt. Unter Berufung auf diese Bestimmung führt nun die Klägerin aus, daß es sich bei jenen Zahlungen von zusammen 10,000 Fr. und bei der Verpfändung der beiden Policen um wesentliche Kapitalveränderungen im Sinne von Art. 6 handle, die von der Klägerin eigenmächtig, ohne die erforderliche Zustimmung der Vormundschaftsbehörde, vorgenommen worden und daher ungültig seien, und daß das Gleiche von dem diesen Rechtshandlungen zu Grunde liegenden Vertrage vom 12. Oktober 1900 überhaupt gelte. Eventuell wird geltend gemacht, der Klägerin komme das von den Bürgen vorbehaltene Recht, die vorhandenen Waren an Zahlungsstatt zu Fakturapreisen an die Schuld der Klägerin anrechnen zu lassen, ebenfalls zu gut. Soweit die Klägerin Waren zu bezahlen haben sollte, rechtfertige sich der verlangte Abzug von 20 % vom Fakturapreis, da dieser den Selbstkostenpreis der Beklagten um soviel überstiegen habe. Sollte die Liquidation auf Rechnung der Klägerin gehen, so werde ein Abzug von 30 % verlangt, weil die Liquidation durch das Verhalten der Beklagten notwendig geworden sei.

Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und widerklageweise die Begehren gestellt:

I. Die Klägerin habe ihr den Betrag von 20,382 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit der Anhebung der Widerklage (6. Juli 1907) zu bezahlen.

II. Die Beklagte sei als berechtigt zu erklären, die mit dem

Tode des Ehemannes der Klägerin fällig gewordenen Versicherungssummen aus den beiden Policen auf Rechnung ihres Guthabens bei den Stellen, wo sie hinterlegt wurden, zu erheben und dafür rechtsgültig zu quittieren.

Zur Begründung dieser Begehren wurde ausgeführt: Daß der angefochtene Vertrag und die auf Grund desselben von der Beklagten vorgenommenen Rechtshandlungen gültig seien, ergebe sich aus Art. 35 und Art. 34 OR. Auch abgesehen davon fehle es an den Voraussetzungen für die Anwendung des bernischen Emanzipationsgesetzes, da die Klägerin das fragliche Vermögen in einem im Kanton Solothurn durchgeführten Konkurse erworben und nach solothurnischem Rechte darüber freies Verfügungsrecht erlangt habe. Ihre Übersiedlung nach dem Kanton Bern habe das im Emanzipationsgesetz vorgesehene Versangenschaftsrecht der Kinder nicht begründen können, wie sich bundesrechtlich aus Art. 19 des Niedergelassenengesetzes ergebe. Die geforderte Widerklagesumme von 20,382 Fr. 60 Cts. sodann setze sich zusammen aus dem schon erwähnten Rechnungssaldo auf den 30. April 1902 von 14,732 Fr. 90 Cts., einer Zinsforderung hievon für die Zeit bis zur Anhebung der Widerklage in der Höhe von 3819 Fr. 30 Cts., einem Betrage von 1562 Fr. 50 Cts. für ausgelegte Mietzinse, die die Beklagte für Rechnung der Klägerin bezahlt habe, und den Zinsen hievon zu 4 % bis zur Widerklageanhebung im Betrage von 267 Fr. 90 Cts.

3. — Die von der Klägerin heute vorgebrachte Behauptung, die Beklagte habe die Widerklageforderung seit der Hängigkeit der Berufung abgetreten und sei daher zu ihrer gerichtlichen Geltendmachung nicht mehr legitimiert, kann nicht berücksichtigt werden, da darin ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 80 OG liegt.

4. — In der Sache hat das Bundesgericht nicht nachzuprüfen, ob die Vorinstanz die von der Klägerin angerufenen Bestimmungen des bernischen Rechts (den Art. 6 des Emanzipationsgesetzes und das Dekret von 1857) richtig angewendet habe, sondern nur, ob diese Bestimmungen und die ihnen gegebene Auslegung vor dem Bundesrechte Stand halten, oder ob sich nicht vielmehr aus dem letztern die Gültigkeit des Vertrages vom

12. Oktober 1900 und der darauf gegründeten Rechtshandlungen ergebe.

Die Art. 34 und 35 OR, auf die sich die Beklage für die Rechtsbeständigkeit dieser Akte zunächst berufen hat, treffen hier unmittelbar nicht zu. Der Art. 35 beschlägt jedenfalls insofern einen andern Tatbestand, als daselbst Vermögensrechte des Ehemannes, nicht solche der Kinder, in die Haftung für die Schulden aus dem Handelsbetriebe der Ehefrau einbezogen werden. Der Art. 34 sodann bezieht sich nur auf Personen, die in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkt sind. Die Klägerin dagegen ist mit der durch den Konkurs bewirkten Gütertrennung vertrags- und im besondern gegenüber Dritten verpflichtungsfähig geworden. Und sofern der konkursite Ehemann überhaupt noch kraft seiner ehemännlichen Gewalt eine Einwilligung zum Handelsbetriebe zu erteilen hatte, so konnte der Mangel dieser Einwilligung jedenfalls die persönliche Haftung der Frau für die eingegangenen Handelsschulden und die Verhaftung ihres eigenen Vermögens nicht im Sinne von Art. 34 beeinflussen, sondern nur für die Mitverhaftung andern Vermögens von Bedeutung sein.

5. — Es fragt sich jedoch, ob nicht die Art. 34 und 35 nur besondere, praktisch wichtigere Anwendungsfälle eines allgemeinen Grundsatzes eidgenössischen Rechtes seien, wodurch das eigene Vermögen des Handels- und Gewerbetreibenden der Haftung für die Geschäftsschulden unterstellt wird, ohne Rücksicht darauf, ob irgendwelche Ansprüche Dritter kraft Ehe- oder Familienrechts daran bestehen und ob solche Ansprüche an sich nach kantonalem Recht gegenüber der Ehefrau zu Verfügungs- und namentlich Veräußerungsbeschränkungen führen würden. Nun sind jene Artikel des Obligationenrechtes im Interesse der Gläubiger der Handels- und Gewerbefrau und des beschränkt Vertragsfähigen, zur Sicherung der Kreditverhältnisse des Geschäftsbetriebes dieser Personen, erlassen worden. Es handelt sich um ein Sonderrecht des Verkehrs, wie es auch anderwärts durch die Verkehrsbedürfnisse hervorgerufen worden ist. Bei den interkantonalen und internationalen Beziehungen, die der Handels- und Gewerbebetrieb mit sich bringt, soll nach jenen Bestimmungen der Gläubiger darauf vertrauen können, daß, soweit beschränkt Vertragsfähige und Handels-

und Gewerbefrauen in Betracht fallen, die Rechts- und Vermögensstellung seines Schuldners so ist, wie sie sich von Außen gibt, und er soll tunlichst davor bewahrt sein, daß nachträglich aus Gründen, die ihm verschwiegen worden sind oder deren Kenntnis ihm nicht zuzumuten war, die von ihm abgeschlossenen Geschäfte als ungültig angefochten werden oder ihm die vorausgesetzte Deckung entzogen wird. Von diesen Erwägungen aus sind jene Artikel zunächst dazu gelangt, die einen Handels- oder Gewerbebetrieb ausübende Person ausnahmsweise auch dann als selbständig und voll verpflichtungsfähig zu erklären, wenn sie es sonst nach dem eidgenössischen Rechte (Art. 30 OR und Art. 1 HfG) oder nach dem kantonalen Eherechte nicht ist, vorausgesetzt nur, daß ihr gesetzlicher Vertreter oder der Ehemann den Betrieb des Geschäfts gestattet hat — und im weitern dazu, das Vermögen des Geschäftsinhabers insgesamt für die Geschäftsschulden haften zu lassen.

In der letztern Beziehung, die hier hauptsächlich in Betracht kommt, erhebt sich ferner die Frage, wie es sich mit allfälligen familienrechtlichen Befugnissen verhalte, die Dritten an jenem Vermögen zustehen. Diesen Punkt hat das Gesetz nur für die Handels- und Gewerbefrau und auch hier nur hinsichtlich einer der möglichen Drittpersonen, nämlich des Ehemannes, geordnet, worüber es in Art. 35 bestimmt, daß das Vermögen der Handels- und Gewerbetreibenden „ohne Rücksicht auf die Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemanns" verhaftet sei. Wenn sich hier die Haftung über das Vermögen der Geschäftsinhaberin hinaus erstreckt und die Rechte des Ehemannes an diesem Vermögen zurückzutreten haben, so ist im besondern auch dafür die Erwägung ausschlaggebend gewesen, daß die Kreditverhältnisse der Ehefrau im Verkehrsinteresse der Geschäftsgläubiger möglichst klar gestellt und eine nachträgliche Schmälerung der vorausgesetzten Deckung ausgeschlossen sein soll. Diese Erwägung gilt aber nicht nur für die ehemännlichen Rechte am Frauenvermögen, sondern ebensogut für ähnliche Rechte anderer Familienglieder, namentlich, auf was es hier ankommt, für die Rechte der Kinder. Das Interesse des Geschäftsgläubigers, nicht mit solchen Drittansprüchen rechnen zu müssen, ist hier das gleiche, und dieses Interesse kann

für ihn auch hier vielfach große aktuelle Bedeutung gewinnen, namentlich in dem gesetzlich nicht vorgesehenen Falle, wo sich eine Witwe, die minderjährige Kinder hat, als Handels- oder Gewerbefrau betätigt. Mit Unrecht würde man ferner daraus, daß der Artikel 34 solche Drittrechte nicht ausdrücklich erwähnt, sondern nur vom Vermögen des Geschäftsinhabers selbst spricht, folgern, daß, wenn der Art. 35 sie erwähne, er damit eine auf sein Anwendungsgebiet beschränkte Haftung weitern Umfanges, als die des Art. 34, aufstellen wolle. Diese Auslegung hält vor der ratio legis nicht Stand, und es darf zudem nicht unbeachtet bleiben, daß auch in Art. 34 die Ausdrucksweise „mit ihrem ganzen Vermögen" auf eine solche volle, Drittrechte nicht berücksichtigende Verhaftung des schuldnerischen Vermögens zu Gunsten der Geschäftsgläubiger hinzudeuten scheint, und daß ferner der „gesetzliche Vertreter" in Art. 34, im Gegensatze zum Ehemann in Art. 35, in der Regel nicht selbst Rechte am Vermögen seines Pflegebefohlenen besitzt und hier also nicht der nämliche Grund vorlag, ihr Zurücktreten vor den Gläubigeransprüchen besonders hervorzuheben.

Neben der besprochenen Frage, welche Drittrechte (außer den in Art. 35 ausdrücklich vorgesehenen ehemännlichen) vor den Gläubigerinteressen weichen müssen, erhebt sich aber noch die weitere, ob die Gläubigeransprüche von selbst, vermöge der bloßen Tatsache des Handels- und Gewerbebetriebes und der allfällig nötigen Zustimmung dazu, jenen Drittrechten vorgehen oder nur dann, wenn die Drittberechtigten hiezu ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt haben. Im Falle des Art. 35 löst das Gesetz die Frage im Sinne der letztern Alternative. Und auch im Falle des Art. 34 wird zu sagen sein, daß, wenn der Vertreter die Berufsausübung oder den Gewerbebetrieb nicht gestattet hat und deshalb das Vermögen des Vertretenen als solches der Gläubigerhaftung entzogen bleibt, dann die Drittrechte an diesem Vermögen den Gläubigern entgegengehalten werden können. Dagegen bietet das Gesetz keinen unmittelbaren Anhaltspunkt für die Lösung jener Fälle wo, wie hier, die Person, die einen Beruf ergreift oder einen Handels- oder Gewerbebetrieb eröffnet, voll handlungsfähig ist und also ohne weiteres mit ihrem ganzen Vermögen haftet, sodaß hier nur

eine Einwilligung derjenigen in Betracht kommen könnte, denen das Vermögen aus familienrechtlichen Gründen verfangen ist. Hier kann der Richter die von ihm anzuwendende Norm nur dadurch finden, daß er sich fragt, in welcher Weise der Gesetzgeber diese Verhältnisse geregelt hätte, wenn er sich der Notwendigkeit einer Bestimmung für die Fälle dieser Art bewußt gewesen wäre.

Da nun, wie gesagt, für den Erlaß der Art. 34 und 35 OR der Gläubigerschutz und das Verkehrsinteresse das bestimmende Motiv gewesen ist, so ist anzunehmen, daß dieses sich auch gegenüber solchen Drittrechten durchgesetzt hätte. Somit vermögen sie kein Hindernis zu bilden für die volle Durchführung jenes Grundsatzes, wonach sich der Gläubiger lediglich darüber vergewissern muß, daß der Schuldner einen Beruf ausübe oder ein Geschäft betreibe, und gegebenenfalls, daß die dafür nötige Zustimmung vorliege, um alsdann auf die Vollhaftung vertrauen zu können. Letzteres ist aber nur dann möglich, wenn die Drittrechte unter jener Voraussetzung ohne weiteres den Gläubigerrechten nachgehen, gleichgültig also, ob der Drittberechtigte oder sein Vertreter von der Berufsausübung oder dem Geschäftsbetriebe des Schuldners gewußt und ihm zugestimmt habe oder nicht. Wollte man umgekehrt vom Gläubiger verlangen, daß er sich, um auf die Vollhaftung des schuldnerischen Vermögens zählen zu können, stets auch noch darüber zu erkundigen habe, ob solche, das schuldnerische Vermögen beschränkende Drittrechte bestehen und, bejahenden Falls, ob ihrer Mitverhaftung von dem darüber Verfügungsberechtigten zugestimmt worden sei, so würde jener gesetzgeberische Zweck nur unvollkommen erreicht. Denn es ist zu bedenken, wie schwer sich der Gläubiger bei der Vielgestaltigkeit der kantonalen Vorschriften und bei der mangelnden Publizität dieser Verhältnisse darüber zuverlässige Auskunft verschaffen könnte. Anderseits entbehrt der Drittberechtigte auf diese Weise auch nicht etwa des ihm gebührenden Schutzes. Er oder sein Vertreter hat es ja in der Hand, rechtzeitig gegen die Gefährdung einzuschreiten, die für ihn darin liegt, daß die Person, an deren Vermögen er berechtigt ist, einen Beruf ergreift oder ein Geschäft eröffnet, und er kann sich nach den einschlägigen Vorschriften dagegen sichern (indem er etwa bewirkt, daß die Erlaubnis zu der Berufs- oder Geschäftstätigkeit

nicht oder nur gegen Sicherheitsleistung erteilt oder daß sie widerrufen wird, daß es zu einer Vermögensauseinandersetzung kommt, usw.).

6. — Nach diesen Ausführungen erweisen sich die Klagebegehren I und II als unbegründet. Wie die Vorinstanz in Anwendung kantonalen Rechtes, also für das Bundesgericht verbindlich, annimmt und übrigens auch nicht bestritten wird, ist die Klägerin infolge des Konkurses ihres Ehemannes und der damit eingetretenen Gütertrennung voll handlungsfähig geworden. Sie hat daher den Vertrag vom 12. Oktober 1900 selbständig als Handelsfrau abschließen und ebenso die zu seiner Vollziehung gehörenden Rechtshandlungen, also im besondern auch die angefochtenen Zahlungen von zusammen 10,000 Fr. und die Verpfändung der beiden Lebensversicherungspolicen (eventuell die Abtretung der einen), vornehmen können. Für die hiedurch zu Gunsten der Beklagten begründeten Verpflichtungen haftet ihr Vermögen unbeschränkt, ohne daß ihre Kinder gegenüber der Beklagten als Geschäftsgläubigerin ihre Rechte an diesem Vermögen (die in Hinsicht auf den spätern Teilungsfall bestehenden Warte- und Verfangenschaftsrechte) geltend machen können. Infolgedessen ist von selbst auch das Verbot der Vornahme wesentlicher Kapitalveränderungen gegenüber der Beklagten als Geschäftsgläubigerin von Bundesrechts wegen unwirksam, und die Kinder müssen die angefochtenen Rechtsakte trotz diesem Veräußerungsverbot als für sich verbindlich gelten lassen. Mit Unrecht stützt sich die Vorinstanz für ihre gegenteilige Auffassung auf den Bundesgerichtsentscheid in Sachen Isenschmidt c. Hürni (AS **10** Nr. 42 S. 246 ff.). Wenn dieser im Art. 6 des Emanzipationsgesetzes keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Witwe und der Ehefrau eines Geldstagers oder Güterabtreters sieht, sondern eine bundesrechtlich zulässige Beschränkung ihrer Verfügungsfreiheit, so steht das den obigen Erörterungen nicht entgegen, die für jene Personen nicht schlechthin, sondern nur, sofern sie Handels- und Gewerbefrauen sind, Geltung beanspruchen und nur aus den besondern Gründen, die für den Handels- und Gewerbeverkehr und seine speziellen Bedürfnisse zutreffen und in den zwei Spezialbestimmungen des Obligationenrechtes ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden haben.

Nach dem Gesagten braucht auf die Behauptung der Beklagten nicht mehr eingetreten zu werden, die Gutheißung der Klagebegehren 1 und 2 verletze auch das Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, im besondern dessen Art. 19.

7. — Infolge der bisherigen Ausführungen ist sodann auch das Klagebegehren III abzuweisen. Denn kommt dem Lieferungsvertrage vom 12. Oktober 1900 Rechtsgültigkeit zu, so muß die Klägerin, und nicht die Beklagte, nach der Übereinkunft vom 20. März 1903 „gemäß endgültiger richterlicher Entscheidung als zur Verfügung über das Warenlager berechtigt und verpflichtet angesehen werden." Die Liquidation hat daher für Rechnung der Klägerin zu geschehen. Die Beklagte aber befindet sich lediglich in der Stellung einer Verkäuferin, die den Saldobetrag von 14,732 Fr. 90 Cts. aus dem Lieferungsverhältnis einfordert, und es kann sich nur fragen, ob diese Forderung, der die Preisansätze in den Fakturen zu Grunde liegen, den getroffenen Vereinbarungen entspreche.

8. — In dieser Hinsicht macht die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren IV ein doppeltes geltend:

a) Sie weist vorerst darauf hin, daß sich die Beklagte den Bürgen der Klägerin gegenüber verpflichtet hatte, im Liquidationsfalle ihr Guthaben zunächst durch Übernahme von Waren zum Fakturapreise zu decken, sodaß sich die Bürgschaft nur auf den nicht gedeckten Saldo erstrecken solle, und sie verlangt nun im ersten Teil des Klagebegehrens IV, daß diese Vergünstigung auch für sie gelte und die Beklagte sich daher den am 30. April 1902 vorhandenen Warenstock zum Fakturapreise an Zahlungsstatt anzurechnen habe. Allein aus jener gegenüber den Bürgen eingegangenen Verpflichtung der Beklagten kann die Klägerin kein Recht für sich selbst herleiten, die Rücknahme und Anrechnung der Waren von sich aus zu verlangen, unabhängig von den Bürgen, die von ihrem Rechte keinen Gebrauch gemacht haben und inzwischen infolge Ablaufes der Bürgschaft frei geworden sind. Die Beklagte hat jene Verpflichtung übernommen, weil eben die Bürgen nur mit dieser Beschränkung haften wollten. Daß aber damit die Beklagte gleichzeitig freiwillig die vorhandene weitergehende Haftung der Hauptschuldnerin hätte in dieser Weise mildern wollen, läßt sich nicht annehmen, da Anhaltspunkte für einen solchen Verzicht auf ihre Rechte fehlen. Es versteht sich auch keineswegs von selbst, daß die Bürgen die fragliche Verpflichtung nicht bloß für sich allein hätten begründen wollen, sondern zugleich und darüber hinaus auch nach Art. 128 OR zu Gunsten der Klägerin als selbständig Forderungsberechtigter.

b) Sodann behauptet die Klägerin, die fakturierten Preise hätten die vertraglich zulässigen Ansätze, wonach die Selbstkostenpreise mit einem Zuschlag von 5 %, und nicht mehr, gefordert werden durften, überschritten, und sie verlangt eine Herabsetzung um 20 %, und um 30 %, wenn, was nach dem Gesagten der Fall ist, die Liquidation auf Rechnung der Klägerin gehe. Grundsätzlich wäre hier die Beklagte dafür beweispflichtig, daß die von ihr berechneten Preise dem Vertrage entsprechen. Allein die Klägerin hat weder gegen die Fakturen noch gegen die Buchauszüge jemals etwas eingewendet und durch dieses Zuwarten die Beklagte davon abgehalten, das für die Erbringung jenes Beweises Zweckdienliche rechtzeitig zu tun. Infolgedessen mußte die Beweislast von der Beklagten auf die Klägerin übergehen. Nach den Akten hat die Klägerin ihr aber nicht genügt. Wie sie selbst zugibt und auch die gerichtlichen Experten erklären, ist gegenwärtig nicht mehr feststellbar, welcher Qualität die weiterveräußerten Waren gewesen sind, und es fehlt damit eine zuverlässige Grundlage für die Bestimmung ihres einstigen Selbstkostenpreises. Die Klägerin und ihr Privatexperte Zingg wollen freilich diesen Preis auf Grund einer Prüfung des Warenstockes ermitteln, der im Jahre 1902 bei der Aufgabe des Geschäftes vorhanden war. Allein nach der gerichtlichen Expertise sind ihre Ausführungen nicht schlüssig, weil die Preise in den vorangegangenen zwei Jahren, als sich der Lieferungsverkehr abspielte, bis 20 % höher gewesen waren. Dabei heben die Experten hervor, daß der Provisionszuschlag von 5 % als überaus billig gelten müsse. Bei dieser Sachlage ist die behauptete vertragswidrige Überforderuug nicht dargetan; vielmehr dürfen die geforderten Preise angesichts des Stillschweigens der Klägerin auf die Fakturen und Rechnungsauszüge als richtig angenommen werden.

9. — Mit dem Gesagten erweist sich das auf Zahlung von 20,382 Fr. 60 Cts. gerichtete erste Widerklagebegehren zunächst hinsichtlich der erwähnten Saldoforderung von 14,732 Fr. 90 Cts. als begründet. Für diesen Betrag kann die Beklagte ferner 5 % Zinsen bis zur Anhebung der Widerklage (6. Juli 1907) beanspruchen, was nach der hierüber in der Widerklagebegründung aufgestellten Berechnung, die richtig und übrigens unbestritten ist, zusammen 3819 Fr. 30 Cts. ausmacht. Dazu kommen die ausgewiesenen Ersatzforderungen für ausgelegte Mietzinse von insgesamt 1562 Fr. 50 Cts. Dagegen rechtfertigt es sich nicht, für die einzelnen Mietzinszahlungen Zinsen bis zur Anhebung der Widerklage anzurechnen, da nicht dargetan ist, daß die Klägerin hinsichtlich des Ersatzes dieser Zahlungen in Verzug gesetzt worden sei. Die unter diesem Titel geforderten 267 Fr. 90 Cts. sind daher zu streichen.

Das zweite Widerklagebegehren endlich, wonach die Beklagte ermächtigt werden will, die mit dem Tode des Ehemannes der Klägerin fällig gewordenen Versicherungssummen auf Rechnung ihres Guthabens bei der Hinterlegungsstelle zu erheben, ist ebenfalls zu schützen, nachdem der einzige Grund, aus dem die Klägerin das Pfandrecht der Beklagten an den Policen bestreitet, sich als unzutreffend herausgestellt hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird gutgeheißen, die Klage abgewiesen und die Klägerin als Widerbeklagte verurteilt, der Beklagten zu bezahlen: 14,732 Fr. 90 Cts. samt Zins à 5 % seit dem 30. April 1902, sowie 1562 Fr. 50 Cts. und Zins à 5 % seit Anhebung der Widerklage (6. Juli 1907). Die Beklagte ist ermächtigt, die Versicherungssumme der zwei ihr verpfändeten Policen auf Rechnung ihres Guthabens zu erheben.

---

75. **Urteil vom 10. November 1910** in Sachen **Schweizerische Volksbank**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Hofer**, Kl. u. Ber.-Bekl.

***Art. 24 OR: Unverbindlichkeit einer Bürgschaftsverpflichtung** für den vom Gläubiger bei ihrer Eingehung über ihren Inhalt getäuschten Bürgen. — Pflicht des Gläubigers zur **Rückerstattung** der vom Bürgen geleisteten Zahlung als einer **Nichtschuld (Art. 70 OR)**.*

Das Bundesgericht hat

auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 13. Mai 1910 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Appellation der Beklagten gegen den die Klage gutheißenden Entscheid der ersten Instanz, des Bezirksgerichts Aarau, abgewiesen. Dieser Entscheid lautet:

„Die Forderung der Beklagten an den Kläger per 3076 Fr. samt „Zins à 5 % seit 30. Juni 1908 und ¼ % Kommission pro „Semester, 1 Fr. 50 Cts. Betreibungs- und 1 Fr. Vidimations„kosten, sowie 19 Fr. 90 Cts. Gerichtskosten und 8 Fr. Parteient„schädigung, wofür durch Erkenntnis des Gerichtspräsidiums Aarau „vom 2. November 1908 und Erkenntnis des aargauischen Ober„gerichts vom 27. November 1908 provisorische Rechtsöffnung er„teilt wurde,
„wird gerichtlich aberkannt."

B. — Gegen das Urteil des Obergerichts hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Abänderungsantrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen;

C. — Der Kläger hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. — Am 30. August 1901 stellten der Kläger Ferdinand Hofer, damals Weichenwärter in Aarau, und J. Schäli-Müller, Landwirt in Buchs bei Aarau, zu Handen der Beklagten, der Schweizerischen Volksbank in Zürich, eine „Schadlos-Erklärung" des Inhaltes aus, „daß sie „für jeden Schaden bis auf den Betrag von 3000 Fr. haften wollen,