

écartées et les conclusions reconventionnelles du défendeur admises ; en conséquence, la demanderesse est condamnée à payer au défendeur la somme de 587 fr. 25, avec intérêts à 5 % dès le 8 janvier 1919.

39. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Juni 1921
i. S. Dillier gegen Weber.

Kommissionsgeschäft? — Forderungsübergang.
Art. 401 Abs. 1 u. 2 OR. — Trödelvertrag (contractus aestimatorius).

A. — Der Kläger Alois Weber in Schwyz vereinbarte am 8. Mai 1920 mit dem insolventen Levi-Wyler, in Luzern, er werde ihm « von Zeit zu Zeit Restposten in Schuh- und Lederwaren als Kommissionswaren » liefern ; « immerhin » sollten die Waren Eigentum des Klägers bleiben, und sie mussten « spätestens in 30 Tagen verkauft und bezahlt werden », ansonst sie an den Kläger zurückgeschickt werden mussten. Am 4. Juni 1920 fakturierte er an Levi eine Sendung von 191 Aktenmappen zu 17 Fr. 50 = 3342 Fr. 50 mit der Bemerkung, dieser Betrag (nebst 3 Fr. für eine Kiste) müsse bis spätestens Dienstag abends den 8. Juni abgeliefert sein. Levi verkaufte von diesen Aktenmappen in eigenem Namen 160 Stück zu 18 Fr. an Jean Gut und Cie in Luzern. Die Beklagte Dillier A.-G. in Luzern erwirkte am 10. Juni auf die Preisforderung von 2880 Fr. als Gläubigerin Levis einen Arrest, und Gut & Cie bezahlte den Betrag an das Betreibungsamt.

Der Kläger beanspruchte diesen Erlös als sein Eigentum, indem er behauptete, er habe Levi die Mappen nur in Kommission gegeben, und er sei als Kommittent auch Gläubiger des aus dem Kommissionsgut erzielten Erlöses. Er erhob daher Widerspruchsklage auf Anerkennung seines Eigentums an der Arrestforderung und auf unbeschwerte

Auszahlung der 2880 Fr. an ihn. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, mit der Begründung, es sei irrelevant, dass der Kläger die Ware als Kommissionsgut fakturiert habe ; entscheidend sei, dass sie Levi nicht als Eigentum des Klägers, sondern als seine eigene Ware verkauft habe und zwar mit einem Aufschlag von 50 Cts., was ja beim Kommissionsgeschäft nicht der Fall sei, und was dagegen spreche, dass es sich um ein Kommissionsgeschäft handle.

B. — Das Obergericht des Kantons Luzern hat angenommen, es sei zwischen dem Kläger und Levi ein Kommissionsgeschäft zustande gekommen (was die Beklagte « mit der Anerkennung der Klagetatsachen » auch selbst zugegeben habe), und damit sei die Forderung an Gut & Cie gemäss Art. 401 OR auf den Kommittenten übergegangen. Mit Urteil vom 3. März 1921 hat es daher die Klage grundsätzlich gutgeheissen und die Beklagte verurteilt, der unbeschwerten Herausgabe von 2800 Fr. an den Kläger zuzustimmen.

C. — Gegen dieses am 5. April zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22. April die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Der Streit dreht sich ausschliesslich darum, ob zwischen dem Kläger und Levi ein Kommissionsvertrag abgeschlossen worden sei ; denn wenn ein solcher bestand, so ging auch die Forderung Levis an Gut & Cie gemäss Art. 401 OR auf den Kläger über. Davon, dass dabei der Kläger seinen Verbindlichkeiten als Kommittent nicht nachgekommen sei, wie in der Berufungsschrift behauptet wird, kann keine Rede sein, da diese ja nur in der Lieferung des Kommissionsgutes bestanden und die Lieferung in der Klage behauptet wurde und unbestritten geblieben ist. Unhaltbar ist auch die Einwendung der Beklagten, die Zahlung von Gut & Cie an das Betreibungsamt habe

Levi das Eigentum an den bezahlten Betrag verschafft, da ja die Forderung, wenn ein Kommissionsgeschäft vorgelegen hat, vorher schon auf den Kläger übergegangen war, und das Betreibungsamt bei Gutheissung des Widerspruchs auf Grund des ausschliesslichen Gläubigerrechts des Klägers diesem den eingezogenen Preis herauszugeben hätte. Unzutreffend ist endlich auch der Hinweis der Beklagten darauf, dass Art. 401 Abs. 2 OR nur vom Konkurs, nicht auch vom Arrest spreche, denn es genügt der in Abs. 1 dieses Artikels normierte Forderungsübergang an den Kommittenten.

Nun ist ein Kommissionsvertrag aber gar nicht nachgewiesen. Die Beklagte hat mit der Anerkennung der Klage Tatsachen nicht auch die aus ihnen vom Kläger gezogenen Rechtsschlüsse anerkannt, sondern es ist Sache des Richters, sie zu ziehen; übrigens hat die Beklagte auch deutlich bestritten, dass es sich um ein Kommissionsgeschäft handle, so dass es aktenwidrig wäre, das Gegenteil anzunehmen. Aus den von der Klage angeführten Tatsachen ergeben sich nun aber für das Vorliegen eines Kommissionsgeschäftes zwei notwendige Voraussetzungen nicht, nämlich die Abrede, dass Levi für Rechnung des Klägers, und dass er gegen Provision verkaufte. Der Wortlaut des Vertrages vom 8. Mai lässt zwar die Frage unbeantwortet; denn wenn dort vereinbart wird, die Ware müsse in 30 Tagen verkauft und bezahlt werden, so ist daraus noch nicht ersichtlich, ob der Erlös, den Levi aus dem Weiterverkauf erzielt haben würde, oder der unter den Parteien Weber und Levi vereinbarte fixe Verkaufspreis bezahlt werden sollte; immerhin deutet die Fassung eher auf das letztere, da bei der ersten Sachlage nicht der Ausdruck gewählt worden wäre, es sei die Ware zu bezahlen, sondern es sei der Erlös abzuliefern. Ausschlaggebend ist dann aber das Verhalten der Kontrahenten Levi und Weber bei der Ausführung des Vertrages, wobei mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck kommt, dass der Kläger von Levi nichts anderes zu fordern hat, als den

Fakturabetrag von 3345 Fr. 50, die innert vier Tagen zu bezahlen waren. Es erscheint denn auch fraglich, ob überhaupt das Recht, die Ware zurückzugeben, aus dem grundlegenden Vertrag vom 8. Mai auch für diesen Fall hinübergenommen werden muss, obschon es in der Faktur nicht erwähnt ist und die kurze Zahlungsfrist im Widerspruch mit der vertraglichen Rückgabepflicht von 30 Tagen steht, so dass die im Streite liegende Lieferung gar nicht als Ausführung des Vertrages vom 8. Mai erscheint. Jedenfalls ergibt sich aus dieser Fakturierung, die Levi stillschweigend angenommen hat, dass dieser nicht den von ihm beim Weiterverkauf erzielten Erlös an den Kläger abzuliefern hatte, sondern nur den Betrag der Faktur, und dass er daher in der Bemessung des Kaufpreises beim Weiterverkauf frei war. Wenn die Berufungsantwort behauptet, die Preisangabe in der Faktur habe die Bedeutung gehabt, dass Levi zu diesem Preis verkaufen müsse, und es sei dann telephonisch noch eine Provision vereinbart worden, so sind das neue Tatsachen, auf die nicht mehr abgestellt werden kann, und die mit den Klagebehauptungen, wonach Levi überhaupt nur den Fakturapreis an den Kläger zu bezahlen hatte, nicht übereinstimmen. Es liegt also nichts dafür vor, dass der Weiterverkauf Levis für Rechnung des Klägers zu erfolgen hatte, dass Levi verpflichtet war, dem Kläger Rechnung zu stellen und den Erlös abzuliefern, und dass der Kläger das Risiko der Solvenz des Abnehmers Levis zu tragen hatte, was alles zum Kommissionsvertrag gehört, bei dem wesentlich ist, dass Vor- und Nachteile des Verkaufes zu Gunsten und Lasten des Kommittenten gehen.

Diesen Mangel der wesentlichen Erfordernisse des Kommissionsvertrages kann die Verwendung des Wortes Kommission in Vertrag und Faktur, dem nach dem Parteiwillen eine ganz andere Bedeutung zukommt, nicht ersetzen; der Kläger wollte sich damit nur das Eigentum an der gelieferten Ware bis zum Abschluss des Weiterverkaufes durch Levi vorbehalten; dieser hatte die Wahl, die

Ware innert 30 Tagen zurückzugeben, in welchem Falle der Kläger des Eigentum nie verloren hatte; verkaufte aber Levi die Ware weiter, so war sie ihm auch gleichzeitig von Seiten des Klägers fest verkauft, und der Weiterverkauf war somit ein Propregeschäft Levis. Wenn die Ware innert Frist nicht zurückgegeben wurde, hatte der Kläger den Preis zu beanspruchen; es bestand somit ein durch die Nichtübergabe suspensiv bedingter Kauf, der im Augenblicke des Fristablaufs wie des Weiterverkaufs bedingungslos wurde. Es entspricht dieses Geschäft in der Tat dem Trödelvertrag (*contractus aestimatorius*), auf den in der Berufung hingewiesen wird, und der dem gemeinen Recht bekannt war. Entscheidend ist dabei, dass der Weiterverkauf Levis ein Propregeschäft war, und dass daher die Kommissionsgrundsätze auf die daraus entstehende Kaufpreisforderung Levis gegen Gut & Cie nicht zur Anwendung kommen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 3. März 1921 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

40. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Mai 1921 i. S. Schmid gegen Niederhäuser.

Art. 59 und 63 OG. Nichtbeobachtung dieser Vorschriften zwingender Natur zieht die Unwirksamkeit der Berufung nach sich.

A. — Durch Urteil vom 20. Juli 1920 hat das Obergericht des Kantons Solothurn über die Rechtsbegehren:
a) der Klage: der Beklagte habe an den Kläger einen nach richterlichem Ermessen, aber bedeutend höhern Schadenersatzbetrag als den vom Amtsgericht zugesprochenen Betrag von 1000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit der Klageanhebung zu bezahlen, unter Kostenfolge für den Beklagten;

b) der Klageantwort: die Klage sei in vollem Umfange abzuweisen, eventuell nur in ganz geringem Betrage zuzusprechen,

erkannt:

« 1. Der Beklagte Jacques Schmid hat dem Kläger Arnold Niederhäuser eine Schadenersatzsumme von 500 Fr. (fünfhundert Franken) mit Zins zu 5 % seit 14. Februar 1919 zu bezahlen; die Mehrforderung des Klägers ist abgewiesen.

» 2. Der Beklagte hat dem Kläger die gesetzliche Parteikostenrechnung zu bezahlen, welche mit einer Vortragsgebühr von 50 Fr. auf 724 Fr. 80 Cts. festgesetzt ist.

» 3. Der Beklagte hat sämtliche Gerichtskosten mit einer Gerichtsgebühr von 150 Fr. zu bezahlen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und kostenfällige Abweisung der Klage in vollem Umfange beantragt.