

schaffen, können aber nicht den Berechtigten gegen seinen Willen zur Aufgabe seines Rechts zwingen.

Lediglich deshalb, weil die Belastung des dienenden Grundstücks schwerer geworden ist, kann das Festhalten des Berechtigten an der Dienstbarkeit nicht als Rechtsmissbrauch bezeichnet werden, es wäre denn, dass das Interesse des Berechtigten auch qualitativ ein weniger schutzwürdiges, rein subjektives, z. B. ein blosses Liebhaberinteresse wäre. Das kann aber *in casu* nicht gesagt werden, nachdem die Vorinstanz feststellt, dass die Wohn- und Nutzungsverhältnisse in der Liegenschaft zur « Münz » noch die gleichen sind wie zur Zeit der Begründung der Servitut. Das Bedürfnis nach Licht und Luft und Ruhe in den in gleicher Weise wie 1865 benutzten Räumen ist zweifellos heute ein ebenso legitimes und wichtiges Interesse wie damals und wie der Wunsch der Beklagten nach mehr Bewegungsfreiheit. Anders wäre es, wenn etwa die fraglichen Räume in der « Münz » inzwischen von Wohn- bzw. Arbeitsräumen in Lokale umgewandelt worden wären, für welche direktes Sonnenlicht nicht wesentlich ist, wie z. B. Remisen, Autoboxen o. dgl. Handelt es sich aber um ein an sich begründetes, wichtiges Interesse, so ist es in erster Linie Sache des Berechtigten und ein Attribut seines Herrschaftsrechts, zu sagen, wieviel speziell *ihm* das Recht wert ist. Der Richter darf sich nicht an die Stelle der Parteien setzen und anordnen, was diese vielleicht im jetzigen Zeitpunkte tun würden. Es ist schliesslich nicht ausser Acht zu lassen, dass das Gesetz die Begründung einer Dienstbarkeit erlaubt, ohne dass der Berechtigte ein Interesse daran nachweisen müsste; umso mehr ist nachträglich in der Abschätzung desselben Zurückhaltung am Platze, wenn ihm die Servitut wegen Wegfalls bzw. Verminderung seines Interesses abgesprochen werden soll. Im vorliegenden Falle hätte der damalige Eigentümer der « Münz » ohne die Begründung der Dienstbarkeit vielleicht nicht einen höheren Kaufpreis verlangt, sondern die Parzelle überhaupt nicht verkauft. Wenn die

Kläger heute nicht eine Geldabfindung wollen, sondern an der Dienstbarkeit festhalten, so kann in dieser Haltung kein Handeln wider Treu und Glauben und kein Rechtsmissbrauch erblickt werden, weshalb die Anwendung des Art. 736 ZGB entfällt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird begründet erklärt, das angefochtene Urteil aufgehoben, die Hauptklage in dem Sinne gutgeheissen, dass die Baueinsprache der Kläger vom 27. April 1936 gegen das Bauvorhaben der Beklagten geschützt wird, und die Widerklage abgewiesen.

Vgl. auch Nr. 49. — Voir aussi n° 49.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1940 i. S. Marti & Cie gegen Steiger.

Kollektivgesellschaft, Art. 567 Abs. 3 und 563 OR.

1. Für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein *nicht* vertretungsberechtigter Gesellschafter beim oder durch den Abschluss von Rechtsgeschäften im Namen der Gesellschaft begeht, haftet diese nicht (Erw. 2).
2. Sobald mit Wissen aller Gesellschafter oder aus Fahrlässigkeit derselben ein Zustand geschaffen wird, der bei Dritten den Eindruck erwecken muss, dass *tatsächlich* eine andere, für sie günstigere Vertretungsordnung gehandhabt wird als die im Handelsregister eingetragene, so muss die Gesellschaft diese gegen sich gelten lassen und es ist der gute Glauben der Gegenpartei zu vermuten.

Société en nom collectif, art. 567 al. 3 et 563 CO.

1. Lorsqu'un sociétaire sans droit de représentation accomplit des actes juridiques au nom de la société, celle-ci ne répond pas du dommage que des tiers peuvent souffrir par ces actes ou leurs effets.

2. La société répond, en revanche, et la bonne foi des tiers se présume dans la mesure où il s'établit, au su de tous les sociétaires ou par leur négligence, un état de fait tel que les tiers puissent se croire au bénéfice d'un système de représentation plus favorable que celui porté au registre du commerce.

Società in nome collettivo, art. 567 cp. 3 e 563 CO.

1. Se un socio senza diritto di rappresentanza compie atti giuridici in nome della società, questa non risponde del danno che terzi ne possono subire.
2. La società è invece responsabile e la buona fede dei terzi si presume tosto che si crea, a saputa di tutti i soci o per loro negligenza, uno stato di fatto tale che i terzi possano ritenersi al beneficio di un sistema di rappresentanza loro più favorevole di quello risultante dal registro di commercio.

Aus dem Tatbestand :

Schwegler, kollektivzeichnungsberechtigter Teilhaber der beklagten Kollektivgesellschaft Marti & C^{te}, ersuchte den Kläger, dem gegenüber er sich als einzelzeichnungsberechtigt ausgab, namens der Beklagten um Beschaffung von Geld gegen Abtretung von Forderungen. Die beiden Abtretungserklärungen vom 29. Oktober und 12. November 1938 über Fr. 4000.— und Fr. 3000.— sind namens der Beklagten nur von Schwegler unterschrieben. Der Kläger bezahlte für diese Abtretungen Fr. 6800.— ; Fr. 200.— verrechnete er als « Abtretungsgebühr ». Da die Beklagte wie auch der Schuldner der abgetretenen Forderungen die Anerkennung der Zessionen verweigerte, reichte der Kläger die vorliegende Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte habe die Rechtsgültigkeit der Abtretungen anzuerkennen, eventuell habe sie die Fr. 7000.— selbst zu bezahlen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Haftung für unerlaubte Handlung.

Das Obergericht des Kantons Luzern anerkannte, unter Ablehnung aller andern Standpunkte des Klägers, dessen Schadenersatzanspruch grundsätzlich als begründet.

Das Bundesgericht hat die Berufung der Beklagten gutgeheissen und die Sache zur Ergänzung der Beweisaufnahme und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Aus den Erwägungen :

1. — Der Kläger hat sich zur Begründung des Hauptantrages der Klage auf den Standpunkt gestellt, die Beklagte müsse die nur von Schwegler unterzeichneten Zessionen gegen sich gelten lassen, weil sie in Abweichung von der im Handelsregister publizierten Vertretungsordnung Schwegler stillschweigend zur Einzelvertretung ermächtigt habe. Die Vorinstanz hat diese Auffassung abgelehnt, die Beklagte aber zur Zahlung von Schadenersatz gemäss Art. 567 Abs. 3 OR verurteilt. Es ist daher zuerst mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass Schwegler nur kollektivzeichnungsberechtigt war, und zu prüfen, ob der Schadenersatzanspruch des Klägers begründet ist.

2. — Nach Art. 567 Abs. 3 OR haftet die Kollektivgesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht. Diese Bestimmung des rev. OR entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach die gleichen Gründe, welche die Haftung der juristischen Personen für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (Art. 55 ZGB) rechtfertigen, auch für die Kollektivgesellschaft zutreffen (Praxis 2 Nr. 8). Im Wortlaut schliesst sich Art. 567 Abs. 3 OR an Art. 55 OR (Haftung des Geschäftsherrn) an, weshalb auch Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung für die Auslegung von Art. 567 von Bedeutung sind.

Im vorliegenden Fall hat der nach Annahme der Vorinstanz nicht einzelzeichnungsberechtigte Schwegler den Kläger zur Auszahlung von Fr. 6800.— veranlasst auf Grund zweier von ihm allein unterzeichneten Zessionen über Forderungen der Gesellschaft. Der Schaden des Klägers ist gegeben, da die Gesellschaft und auch der Schuldner die Gültigkeit der Zessionen mangels gehöriger Unterschrift bestreiten, während von Schwegler, der zahlungsunfähig sein soll, nichts zu erhalten ist.

Fraglich ist somit einzig, ob die Handlung des Gesell-

schafters Schwegler in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen im Sinne von Art. 567 Abs. 3 OR erfolgte. Die Vorinstanz hat dies bejaht aus folgenden Erwägungen: Dem Umstand, dass Schwegler seine Befugnisse überschritten habe, komme keine Bedeutung zu, weil bei unerlaubten Handlungen, zu denen der Gesellschafter nie berufen sei, stets eine Überschreitung der Befugnisse vorliege. Es genüge, wenn die deliktische Handlung wenigstens der Gattung nach zu den Geschäften gehöre, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen könne und deren Vornahme daher in die Kompetenz des Gesellschafters falle (Praxis 2 Nr. 8), was hier für die Beschaffung von Bargeld durch Abtretung einer Forderung zutrefte.

Dieser Auffassung kann indessen nicht beigespflichtet werden. Richtig ist allerdings, dass Baufirmen häufig während der Ausführung von Aufträgen nicht über die notwendigen Barmittel zur Bezahlung von Material und Löhnen verfügen und zur Geldbeschaffung sich der Abtretung ihrer schon bestehenden oder zukünftigen Werklohnforderungen an Banken und Private bedienen. Im Vertrag zwischen der Beklagten und der Einwohnergemeinde Luzern sind solche Abtretungen denn auch vorgesehen. Allein dies besagt nur, dass es sich im vorliegenden Fall um ein Rechtsgeschäft handelt, das der Zweck der Gesellschaft mit sich bringt und zu dem deshalb die zur Vertretung befugten Gesellschafter von Gesetzes wegen (Art. 564 OR) ermächtigt sind. Dagegen kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Gesellschaft aus Art. 567 Abs. 3 hafte, wenn ein nicht zur Vertretung befugter Gesellschafter dieses Geschäft vornimmt. Nach Wortlaut und Sinn von Art. 567 Abs. 3 folgt vielmehr, dass für den einzelnen Gesellschafter zu prüfen ist, ob die in Frage stehende Handlung in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtung begangen worden ist, wie auch nach Art. 55 OR Voraussetzung für die Haftung des Geschäftsherrn ist, dass er den Dienstpflichtigen mit einer bestimmten Aufgabe betraute und dass dieser im Kreis der Massnahmen

handelte, welche die ihm zugewiesenen Verrichtungen ausmachen.

Wenn die unerlaubte Handlung beim oder durch den Abschluss von Rechtsgeschäften erfolgt, so kann nur vom vertretungsberechtigten Gesellschafter gesagt werden, er handle in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen; denn der nach Gesellschaftsvertrag und Eintrag im Handelsregister nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter ist von der Vornahme von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft ausgeschlossen und handelt daher, wenn er doch solche Geschäfte abschliesst, nicht in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen. Von der Vertretungsmacht kann nur bei solchen unerlaubten Handlungen abgesehen werden, die rein tatsächliche Verrichtungen darstellen, also etwa bei Patentverletzungen oder körperlichen Schädigungen durch den von einem nicht vertretungsberechtigten Teilhaber geführten Gewerbebetrieb der Gesellschaft (vgl. DÜRINGER-HACHENBURG HGB § 126 Anm. 16).

Die Auffassung der Vorinstanz würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Die Gesellschaft würde danach für Schäden haften, die ein von der Vertretung ausdrücklich ausgeschlossener Gesellschafter dadurch stiftet, dass er ein Rechtsgeschäft abschliesst und dabei ausdrücklich oder stillschweigend vorgibt, er sei vertretungsberechtigt. Es würde also die Haftung der Gesellschaft angeordnet für Rechtsgeschäfte, durch welche sie auf Grund des Gesellschaftsvertrages und Handelsregistereintrages gerade nicht verpflichtet werden will, und es wäre der Schutz, den das Gesetz der Gesellschaft durch die Möglichkeit der Beschränkung und des Ausschlusses der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter gewähren will, weitgehend illusorisch.

Die Berufung der Vorinstanz auf den Entscheid Praxis 2 Nr. 8 und dessen angeblichen Widerspruch mit BGE 35 II S. 615 ist abwegig. In Praxis 2 Nr. 8 stellte sich die Frage gar nicht, ob die Gesellschaft auch bei Fehlen der

Vertretungsmacht eines Teilhabers hafte; der fehlbare Gesellschafter war dort vertretungsberechtigt. Übrigens sprechen die Erwägungen ausdrücklich von der Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen der *geschäftsführenden* Teilhaber. Im Falle BGE 35 II S. 615 dagegen, wo die Haftung nach Art. 55 OR in Frage kam, fehlte die Vertretungsbefugnis des fehlbaren Angestellten, weshalb die Haftung des Geschäftsherrn abgelehnt wurde.

Geht man im vorliegenden Falle von der Annahme der Vorinstanz aus, dass Schwegler nur kollektivzeichnungsberechtigt war, so folgt, dass er zum Abschluss der in Frage stehenden Zessionen nicht befugt war und dass eine Haftung der Beklagten nach Art. 567 Abs. 3 darnach entfällt. Wäre somit lediglich auf die Begründung der Vorinstanz abzustellen, die sich als unhaltbar erweist, so müsste die Berufung gutgeheissen und die Klage abgewiesen werden. Die Vorinstanz ist indessen, wie übrigens schon das Amtsgericht, über die andern Standpunkte des Klägers zu Unrecht als unstichhaltig hinweggegangen.

3. — Wenn die streitigen Abtretungen für die Beklagte wirksam sein sollen, so müsste der Gesellschafter Schwegler im Besitze einer über den Handelsregistereintrag hinausgehenden besondern Vollmacht gewesen sein. Die Übertragung einer solchen Spezialvollmacht an einen Gesellschafter ist zweifellos zulässig und kommt nicht selten vor. Voraussetzung dafür ist die Zustimmung der andern Gesellschafter. Sie kann eine ausdrückliche oder nur eine stillschweigende sein; ja, es genügt schon ein blosses Dulden. Sobald mit Wissen aller Gesellschafter oder aber aus Fahrlässigkeit derselben ein Zustand geschaffen wird, der bei Dritten den Eindruck erwecken muss, dass *tatsächlich* eine andere, für sie günstigere Vertretungsordnung gehandhabt wird als die im Handelsregister eingetragene, so muss die Gesellschaft diese gegen sich gelten lassen (vgl. BGE 49 II 214; 50 II 184; SIEGWART Art. 563 N. 4; STAUB HGB § 125 Anm. 10. und 27).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger schon vor der

ersten Instanz ausgeführt und Beweise dafür angetragen, dass die Teilhaber der Beklagten Schwegler auf dem Platz Luzern als Einzelvertreter schalten und walten liessen.

Beide kantonalen Instanzen haben diese Ausführungen als unwesentlich abgetan. Das Amtsgericht hat dies damit begründet, dass der Kläger nicht als gutgläubiger Dritter zu betrachten sei; das Obergericht ging davon aus, dass der Kläger nicht durch das Verhalten der Beklagten, sondern durch die Angaben Schweglers veranlasst worden sei, an dessen Vertretungsmacht zu glauben. Auf diese subjektive Seite, den Glauben und die Veranlassung dazu, kommt es indessen zunächst gar nicht an. Vielmehr fragt es sich, ob aus dem — gegebenenfalls passiven — Verhalten der übrigen Teilhaber und aus den sonstigen Umständen zu schliessen ist, Schwegler sei einzelzeichnungsberechtigt gewesen. Ist dies der Fall, so verpflichtete er die Beklagte unbekümmert darum, ob der Kläger sich über die Frage der Vertretungsordnung Gedanken machte oder nicht. Wenn festgestellt wird, dass ein Dritter annehmen konnte, Schwegler habe für den Platz Luzern allgemein oder wenigstens für Geschäfte der Geldbeschaffung wie das vorliegende Einzelvertretungsmacht gehabt, so ist auch der gute Glaube des Klägers zu vermuten, und es läge an der Beklagten, diese Vermutung zu zerstören und durch den Nachweis besonderer Umstände darzutun, dass trotz allem der Kläger nicht im Glauben war oder sein konnte, Schwegler sei zum Abschluss des Abtretungsgeschäftes berechtigt gewesen. Ob Schwegler tatsächlich als Einzelzeichnungsberechtigter zu betrachten war, lässt sich auf Grund der Akten nicht entscheiden. Da der Kläger aber für seine dahingehenden bestrittenen Ausführungen Beweisanträge gestellt hat, denen von der Vorinstanz nicht stattgegeben worden ist, so ist die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens an sie zurückzuweisen. Diese hat dann auf Grund des Beweisergebnisses darüber zu entscheiden, ob die Beklagte ausdrücklich oder mit sie verpflichtendem

Stillschweigen die Geschäftsführung und Vertretungsmacht so weitgehend Schwegler überlassen hat, dass die Zessionen als rechtsgültig zu betrachten sind.

52. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 17. Dezember 1940 in Sachen X. c. Y.

1. *Unsittlichkeit* eines Vertrages über bezahlte Beihilfe zu Erbschleicherei; *Art. 20 OR. Erw. 1.*
2. *Ausschluss der Rückforderung* des Geleisteten nach *Art. 66 OR.*
 - a) Es kann auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn der erstrebte rechtswidrige oder unsittliche Erfolg tatsächlich erreicht und daraufhin die für diesen Fall versprochene Leistung vollzogen worden ist. *Erw. 2.*
 - b) Der Geber kann sich für die Nichtanwendbarkeit des *Art. 66* nicht darauf berufen, dass seine tiefstehende Betrachtungsweise ihn nicht befähigt habe, die Unsittlichkeit des Geschäftes einzusehen. *Erw. 3.*
1. *Immoralité* d'un contrat par lequel les parties conviennent d'un paiement pour l'aide que l'une d'elles fournit dans la captation d'un héritage; *art. 20 CO. Consid. 1.*
2. Ce qui a été payé ne peut être répété en vertu de l'*art. 66 CO.*
 - a) La répétition est exclue, même lorsque le but illicite ou immoral que les parties visaient a effectivement été atteint et que la prestation promise sous cette condition a eu lieu. *Consid. 2.*
 - b) Celui qui a payé ne peut, pour exclure l'application de l'*art. 66 CO.*, alléguer que la faiblesse de son sens moral l'a empêché de reconnaître l'immoralité du contrat. *Consid. 3.*
1. *Immoralità* d'un contratto col quale le parti stipulano il pagamento di una somma a compenso dell'aiuto di una di esse nella cattazione di un'eredità; *art. 20 CO. Consid. 1.*
2. Quanto è stato pagato non può essere ripetuto in virtù dell'*art. 66 CO.*
 - a) La ripetizione è esclusa anche se lo scopo illecito o immorale che si proponevano le parti è stato effettivamente raggiunto e la prestazione promessa sotto questa condizione è stata effettuata. *Consid. 2.*
 - b) Chi ha pagato non può invocare, per escludere l'applicazione dell'*art. 66 CO.*, il fatto che la debilità del suo senso morale gli ha impedito di comprendere l'immoralità del contratto. *Consid. 3.*

A. — Bei den klägerischen Eheleuten X. hatte sich seit 1928 ein gewisser E. F. aufgehalten. Die Kläger suchten für den Fall des Todes des F. sich sein Vermögen zu sichern und wandten sich zu diesem Zwecke an Rechts-

anwalt Y. Letzterer übernahm es, F. zum Verbleiben bei den Klägern und zu deren Einsetzung als Testamentserben zu veranlassen; dafür sollte ihm die Hälfte der Erbschaft überlassen werden.

F. starb am 10. September 1935 und hinterliess ein Testament, in dem die Kläger als Erben eingesetzt waren.

Y. erhielt aus der Fr. 53,136.95 betragenden reinen Hinterlassenschaft des F. einen Betrag von Fr. 19,000.— ausbezahlt.

B. — Am 20. April 1938 reichten die Eheleute X. gegen Y. vorliegende Klage ein, mit der sie u. a. Rückerstattung des erwähnten Betrages von Fr. 19,000.—, nebst 5% Zins seit 23. November 1935 verlangten.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er starb im Verlaufe des Prozesses, worauf dieser von seinen Erben weitergeführt wurde.

C. — Die kantonalen Gerichte wiesen die Klage ab.

D. — Gegen das Urteil der zweiten Instanz vom 29. Juli 1940 erklärten die Kläger die Berufung an das Bundesgericht.

Die Berufung wird abgewiesen, auf Grund folgender

Erwägungen:

Die Kläger fordern den Betrag von Fr. 19,000.— zurück, den sie Y. dafür bezahlt haben, dass er F. veranlasste, sie als Testamentserben einzusetzen. Zur Begründung des Begehrens wird Unsittlichkeit der der Zahlung zugrunde liegenden Vereinbarung geltend gemacht. Von der Unsittlichkeit der Vereinbarung hätten die Kläger keine Kenntnis gehabt, und deshalb seien sie berechtigt, ihre Leistung gemäss *Art. 63 Abs. 1 OR* zurückzufordern.

1. — Die Vereinbarung, durch die Y. es gegen Überlassung der halben Erbschaft übernahm, den F. zu bewegen, dass er sein Vermögen testamentarisch den Klägern zuwende, ist in der Tat, weil gegen die guten Sitten verstossend, nichtig (*Art. 20 OR*). Sie ist es indessen nicht