zur Beurteilung bezüglicher Erbschaftsstreitigkeiten nicht beansprucht, untersteht nach Art. 28 NAG ein solcher Nachlaß dem Recht und dem Gerichtsstand des schweizerischen Heimatkantons.

Insoweit also der Nachlaß des verstorbenen Maximilian v. Orelli sich zur Zeit des Todes des Erblassers, bezw. zur Zeit der Anhängigmachung der vorliegenden Erbschaftsklage, in der Schweiz befand, haben die Zürcher Gerichte die Klage zu Unrecht von der Hand gewiesen. In Bezug auf diesen, nach den Akten größern Teil des Nachlasses ist die Beschwerde somit gutzuheißen, während sie in Bezug auf den andern, kleinern Teil, der sich zur Zeit der Klaganhebung, und auch schon zur Zeit des Todes des Erblassers, in Österreich befand, abzuweisen ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird in Aufhebung des angefochtenen Entscheides dahin gutgeheißen, daß die Zürcher Gerichte angewiesen werden, auf die Erbschaftsklage des Beschwerdeführers insoweit einzutreten, als diese Klage denjenigen Teil des Nachlasses des Maximilian v. Orelli betrifft, der sich am 5. Juli 1911 in der Schweiz befand.

---

3. Obligationenrecht. — Code des obligations.

7. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Januar 1913 in Sachen Knubel, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Gimmel, Kl. u. Ber.-Bekl.

Pactum de non licitando; *nur dann ungültig, wenn damit bezweckt wird, in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstossender Weise auf den Erfolg einer öffentlichen Steigerung einzuwirken, insbesondere das Ergebnis der Steigerung ungünstig zu beeinflussen und die Differenz zwischen dem Zuschlagspreis und dem wahren Werte des Gantobjektes dem einen der beiden Kontrahenten oder einem Dritten zukommen zu lassen.*

A. — Der Kläger hatte am 19. Januar 1906 einem gewissen Walter Ammann eine Liegenschaft mit Wirtschaft und Bäckerei zum Preise von 77,000 Fr. verkauft und hatte sich für die Kaufpreisrestanz von zirka 11,000 Fr. ein Pfandrecht im 7. Range vorbehalten.

Am 27. August 1908 kam die Liegenschaft infolge verschiedener, gegen Ammann eingeleiteter Pfandbetreibungen zur Zwangsversteigerung.

Die hypothekarische Belastung betrug in diesem Zeitpunkt 69,677 Fr. 45 Cts., nämlich:

die 6 ersten Hypotheken nebst verfallenen Zinsen Fr.	57,890 25
die 7. Hypothek nebst verfallenen Zinsen . . „	11,787 20
zusammen, wie oben . . . . . Fr.	69,677 45

Nach den Steigerungsbedingungen hatte der Ersteigerer sämtliche Hypotheken, soweit sie durch den Zuschlagspreis gedeckt wurden, zu übernehmen und nur einen allfälligen Mehrerlös nebst 4½ % Zinsen innerhalb eines Monats in bar zu bezahlen.

Einige Tage vor der Steigerung machte der Kläger den Beklagten auf diese aufmerksam und suchte ihn, sei es direkt, sei es mit Hilfe des Notars Gerber in Thun, zum Erwerb der Liegenschaft zu bewegen. Der Beklagte besichtigte das Anwesen zweimal und erklärte, es gefalle ihm „nicht schlecht". Er erschien dann auch an der Steigerung, machte aber zunächst kein Angebot.

Als auf den dritten Ruf lediglich ein Angebot von 57,900 Fr. von Seiten eines Bürgen des sechsten Hypothekargläubigers erfolgte, rief der Kläger den Beklagten und den ebenfalls anwesenden Notar Gerber in ein Nebenzimmer und redete dem Beklagten zu, er solle doch die Liegenschaft erwerben. Der Beklagte erwiderte, die „Sache" sei „überstürzt"; auch wisse er nicht, ob seine Frau einverstanden sein werde, und ohne ihre Zustimmung kaufe er nicht; übrigens könne er ja immer noch vom Kläger kaufen, falls er sich nachträglich doch noch dazu entschließe. Der Kläger bemerkte darauf, in diesem Fall wäre es töricht, zwei Verträge zu schließen und die Kosten der Verschreibung zweimal zu bezahlen. Schließlich unterzeichneten die Parteien folgende, von Notar Gerber als Resultat der Verhandlungen sofort niedergeschriebene „Vereinbarung":

„Zwischen Gottlieb Gimmel, in Schoren, und Gottfried „Knubel, in Blankenburg, ist heute folgende Vereinbarung ab„geschlossen worden:

„1. Gottfried Gimmel macht an der Steigerung über die Wirt-

„schaft des Alpes des Walter Ammann an der Lauenen kein An„gebot, sondern überläßt es dem Gottfried Knubel.

„2. Der Kaufpreis wird festgesetzt auf 67,000 Fr., schreibe „siebenundsechzigtausend Franken.

„3. Gottfried Knubel verpflichtet sich, dem Gottfried Gimmel „den ihm zukommenden Anteil bis 67,000 Fr. binnen einem „Vierteljahr abzubezahlen. Er verspricht ihm allen Schaden und Nachteil zu ersetzen, der ihm aus der Verzichtleistung auf ein „Nichtangebot je entstehen sollte.

„4. Sollte Frau Knubel mit dem Ankauf der Wirtschaft nicht „einverstanden sein, so verspricht Gottlieb Gimmel das Objekt „zurückzukaufen zum nämlichen Preis von 67,000 Fr. und ihm „alle gehabten Kosten zu vergüten oder aber eine Entschädigung „von 1000 Fr. zu bezahlen.

„5. Sollte Gottlieb Gimmel von Walter Ammann später für „seine ungedeckte Forderung noch Deckung erhalten, so bezahlt er „dem Gottfried Knubel die Summe von 2000 Fr.

„6. Würde Gottlieb Gimmel von Ammann nur teilweise be„zahlt, so erhält Gottfried Knubel die Hälfte davon.

„7. Sollte Gottfried Knubel vorziehen, das Geschäft zurück„zugeben, wie oben gesagt, so ist Gottlieb Gimmel verpflichtet, es „anzunehmen, der Käufer Knubel hat also die Wahl.

„Thun, den 27. August 1908.

„Die Kontrahenten:

„sig. Gottl. Gimmel. sig. Gottfr. Knubel."

Nach Rückkehr in das Steigerungslokal machte der Beklagte ein Angebot von 58,000 Fr., und da keine weitern Angebote fielen, wurde ihm die Liegenschaft zugeschlagen. Aus dem Steigerungserlös erhielt der Kläger für seine Forderung von 11,787 Fr. 20 Cts. den Überschuß über die sechste Hypothek mit 109 Fr. 75 Cts.

Am 31. August 1908 nahm der Beklagte von der Liegenschaft Besitz. Die 9000 Fr. zahlte er jedoch nicht. Am 29. November 1909 ließ er vielmehr dem Kläger mitteilen, daß er die Vereinbarung vom 27. August 1908 als für ihn unverbindlich betrachte. Zugleich forderte er den Kläger auf, die Liegenschaft unter Bezahlung der vorgesehenen Entschädigung von 1000 Fr. wieder zu

übernehmen, da er, der Beklagte, „auf dem Geschäft nicht bestehen könne". Der Kläger kam dieser Aufforderung nicht nach.

B. — Durch Urteil vom 18. September 1912 hat der Appellationshof des Kantons Bern über das Rechtsbegehren:

„Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger „einen durch Zahlungsbefehl vom 16./18. Januar 1909 ein„geforderten, aber widersprochenen Betrag von 9000 Fr. nebst „Zins zu 5 % seit 18. Januar 1909 und 1 Fr. 50 Cts. Be„treibungskosten zu bezahlen."

erkannt:

„Dem Kläger Gimmel ist sein Klagsbegehren zugesprochen und „demgemäß der Beklagte ihm gegenüber zur Bezahlung eines Be„trages von 9000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 18. Januar 1909 „und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten verurteilt."

C. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diesen Antrag wiederholt. Der Vertreter des Klägers hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Gegenüber der Vereinbarung vom 27. August 1908, laut welcher er zur Zahlung von 9000 Fr. an den Kläger verpflichtet ist, erhebt der Beklagte in erster Linie den Einwand, daß jene Vereinbarung als **pactum de non licitando**, eventuell als **pactum de *licitando***, unverbindlich sei.

Bei der Beurteilung dieser Einrede ist davon auszugehen, daß nach feststehender Praxis des Bundesgerichts weder das **pactum de non licitando**, noch das **pactum de *licitando*** schlechthin ungültig ist, sondern daß in jedem einzelnen Falle untersucht werden muß, ob die in Betracht kommende Vereinbarung nach ihrem Anlaß, Inhalt und Zweck einen unsittlichen Vertrag im Sinne des Art. 17, bezw. 20 OR darstelle. Vergl. BGE **20** S. 232 Erw. 6 und **30 II** S. 77.

Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint das **pactum de non licitando**, wie auch das **pactum de *licitando*** im allgemeinen

nur dann als unverbindlich, wenn damit bezweckt wird, in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstoßender Weise auf den Erfolg einer öffentlichen Steigerung einzuwirken (vergl. Art. 230 OR neuer Fassung), insbesondere wenn der Zweck der betreffenden Vereinbarung darin besteht, das Ergebnis der Steigerung ungünstig zu beeinflussen und die Differenz zwischen dem Zuschlagspreis und dem wahren Werte des Gantobjektes dem einen der beiden Kontrahenten oder einem Dritten zukommen zu lassen. Denn der anerkannte Zweck einer jeden öffentlichen Steigerung besteht darin, den wahren Wert des Gantobjektes festzustellen und diesen Wert demjenigen zukommen zu lassen, der darauf einen gesetzlichen Anspruch hat. Die Vereitelung dieses Zweckes aber bedeutet einen Verstoß gegen die Rechtsordnung oder doch gegen die guten Sitten.

Fragt es sich nun, ob im vorliegenden Falle mit der Vereinbarung vom 27. August 1908 eine Fälschung des Steigerungsergebnisses in der angegebenen Richtung bezweckt worden sei, so kann allerdings nicht bestritten werden, daß diese Vereinbarung möglicherweise einen ungünstigen Einfluß auf das Resultat der Steigerung gehabt hat. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte, obwohl er dem Kläger gegenüber erklärt hatte, die „Sache" sei „überstürzt", und er wolle nicht ohne die Zustimmung seiner Ehefrau kaufen, sich im letzten Augenblick vielleicht doch noch entschlossen haben würde, wenn auch nicht bis auf 67,000, so doch immerhin etwas mehr als 58,000 Franken zu bieten. Der Kläger aber hätte in diesem Falle, sofern er dem Anwesen überhaupt einen Wert von über 58,000 Fr. beimaß, was allerdings nicht feststeht, ein evidentes Interesse daran gehabt, dem Beklagten die Liegenschaft nicht unter 67,000 Fr. zu lassen. Durch die im Nebenzimmer des Gantlokals abgeschlossene Vereinbarung wurde nun bewirkt, daß gerade das Interesse des Klägers an der Erzielung eines Steigerungserlöses von mehr als 58,000 Fr. in der Hauptsache dahinfiel. Tatsächlich hat ja dann auch der Kläger jegliches Angebot unterlassen, der Beklagte aber gerade nur soviel geboten, als nötig war, um den Inhaber der 6. Hypothek zu überbieten.

Indessen hatte die von den Parteien getroffene Vereinbarung als solche doch nicht notwendig die Wirkung, ein höheres Angebot als das vom Beklagten tatsächlich gemachte, auszuschließen. Nachdem der Beklagte sich dem Kläger gegenüber zur Deckung der 7. Hypothek bis zum Betrage von etwas über 9000 Fr. verpflichtet hatte, konnte er immerhin Gründe haben, dieser Verpflichtung dadurch nachzukommen, daß er bis auf 67,000 Fr. bot. In diesem Falle hätte er nach den Steigerungsbedingungen einfach die bestehenden Hypotheken bis auf den angegebenen Betrag zu übernehmen und keinerlei Barzahlung zu leisten gehabt, während er, wenn er nur 58,000 Fr. bot, die Differenz von 9000 Fr. innerhalb eines Vierteljahres in bar an den Kläger zu zahlen hatte. Die Vereinbarung hätte also unter Umständen sogar die Wirkung haben können, daß ein um 9000 Fr. höheres Angebot erzielt worden wäre, als dasjenige, das der Kläger gemacht haben würde, wenn der Beklagte sich seinerseits der Teilnahme an der Steigerung enthalten hätte; denn in diesem Falle wäre der Kläger kaum höher gegangen als bis auf 58,000 Fr., womit er den Zuschlag erhielt.

Bei dieser Sachlage, da nicht ermittelt werden kann, ob und in welchem Sinne das Steigerungsergebnis tatsächlich durch die in Frage stehende Vereinbarung beeinflußt worden ist, d. h., ob das für den Schuldner ungünstige Endergebnis wirklich das Resultat jener Vereinbarung als solcher und nicht vielmehr dasjenige eines spätern Willensentschlusses des Beklagten gewesen ist, rechtfertigt es sich, auf den Zweck abzustellen, den die Parteien mit dem Abschluß der Vereinbarung verfolgten. Dieser Zweck bestand nun keineswegs darin, auf das Ergebnis der Steigerung ungünstig einzuwirken. Für den Kläger handelte es sich von vornherein nur darum, den Beklagten zu veranlassen, an seiner, des Klägers Stelle die 7. Hypothek gutzubieten. Der Kläger beabsichtigte also nicht etwa, auf Rechnung des Schuldners einen unberechtigten Gewinn zu erzielen, sondern es war ihm lediglich um die Vermeidung eines Verlustes auf seiner betreibungsamtlich anerkannten Hypothekarforderung zu tun — ein gewiß berechtigtes Bestreben. Der Beklagte aber wollte sich, sofern er in der ganzen Angelegenheit überhaupt zielbewußt vorgegangen ist, die Möglichkeit des Weiterverkaufs der Liegenschaft sichern. Indem nun der Kläger

sich verpflichtete, das Anwesen zum gleichen Preise von 67,000 Fr. „zurückzukaufen", falls die Ehefrau des Beklagten mit dem Kauf nicht einverstanden sein sollte, hat er wiederum nur bezweckt, dem Beklagten die Teilnahme an der Steigerung und die Stellung eines höheren Angebotes zu erleichtern. Allerdings ist gleichzeitig (in § 1 der Vereinbarung) bestimmt worden, daß der Kläger selber kein Angebot zu machen habe. Diese Vertragsbestimmung hatte jedoch in erster Linie nicht die Bedeutung, den Kläger zur Unterlassung eines Angebotes zu verpflichten — der Beklagte hatte ja ein solches Angebot des Klägers, sobald diesem der Betrag von 9000 Fr. garantiert wurde, wie es durch die Vereinbarung geschehen ist, gar nicht zu befürchten — sondern es wollte mit jener Bestimmung vor allem zum Ausdruck gebracht werden, daß der Beklagte verpflichtet sei, an des Klägers Stelle zu bieten. Mit andern Worten: die Vereinbarung bezweckte nicht, durch das Mittel eines niedrigern Angebotes etwas zu erreichen, das sonst nur mittels eines höhern Angebotes erreicht worden wäre, sondern sie bezweckte bloß, dasjenige Resultat, das sonst durch ein Angebot des Klägers erreicht worden wäre, durch ein Angebot des Beklagten zu erreichen oder sogar zu übertreffen. Eine solche Ersetzung eines Interessenten durch einen andern, von dem erwartet wird, daß er mindestens ebensoviel bieten werde, als jener, erscheint nun aber — wenn nicht etwa absichtlich ein insolventer Käufer an die Stelle eines solventen gesetzt wird, wofür jedoch in casu keine Anhaltspunkte vorliegen — nicht als unsittlich oder rechtswidrig; denn dem Eigentümer des Gantobjektes kann es, von der Frage der Solvabilität des Käufers abgesehen, gleichgültig sein, ob ein bestimmter Steigerungserlös durch das Angebot des einen oder des andern von zwei Kaufliebhabern, bezw. durch das Angebot eines eigentlichen Kaufliebhabers, oder aber durch dasjenige eines, nur für die Gutbietung seines Unterpfandes besorgten Hypothekargläubigers erreicht wird.

Etwas unsittliches oder unerlaubtes kann endlich auch darin nicht gefunden werden, daß mit der Ersetzung des Klägers durch den Beklagten, der sonst die Liegenschaft vielleicht später vom Kläger gekauft haben würde, möglicherweise eine Handänderungsgebühr erspart worden ist. Zwar dürfte der Bemerkung der Vorinstanz,

daß eine allfällige „Entziehung der Handänderungsgebühr gegenüber dem Staat" für die Prüfung der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit „nicht in Betracht komme", wohl kaum beizustimmen sein. Dagegen ist ausschlaggebend, daß im vorliegenden Falle als Kaufliebhaber, wie bereits konstatiert, von vornherein nur der Beklagte in Betracht kam, während der Kläger bloß ein Interesse an der Gutbietung seiner Hypothek besaß. Dadurch, daß sie vereinbarten, der Beklagte solle die Liegenschaft direkt an der Gant erwerben, statt daß der Kläger sie ersteigert und der Beklagte sie dann von ihm erworben hätte, haben also die Parteien nicht etwa, zum Zwecke der Benachteiligung des Fiskus, eine dem wirtschaftlichen Charakter des beabsichtigten Geschäftes widersprechende juristische Form gewählt, sondern sie haben im Gegenteil die juristische Form dem wirtschaftlichen Zwecke des Geschäftes angepaßt. Darin aber kann eine Umgehung der Handänderungsgebühr nicht erblickt werden.

2. — Weiterhin sucht der Beklagte die Unverbindlichkeit der Vereinbarung vom 27. August 1908 daraus abzuleiten, daß diese Vereinbarung, trotzdem sie den Kauf einer Liegenschaft betroffen habe, nicht in der nach dem kantonalen Rechte dafür erforderlichen Form abgeschlossen worden sei.

Zur Beurteilung dieser Einrede wäre das Bundesgericht, falls wirklich aus einem Liegenschaftskauf oder aus einem Vorvertrag zu einem solchen geklagt würde, inkompetent (desgleichen übrigens in diesem Falle auch zur Beurteilung der Klage als solcher). Tatsächlich wird nun aber nicht aus demjenigen Teil der Vereinbarung geklagt, der als Liegenschaftskauf, oder genauer als Vorvertrag zu einem solchen erscheint, d. h. aus der vom Kläger übernommenen Verpflichtung, die Liegenschaft „zurückzukaufen", sofern die Ehefrau des Beklagten mit deren Erwerb nicht einverstanden sein sollte. Der andere Teil der Vereinbarung aber, auf Grund dessen geklagt wird, qualifiziert sich von vornherein weder als ein Kaufvertrag, noch als ein Vorvertrag zu einem solchen.

Die Einrede, die der Beklagte aus der Nichtbeobachtung der für Liegenschaftskäufe vorgeschriebenen Form herleitet, erscheint mithin, soweit das Bundesgericht zu ihrer Beurteilung überhaupt kompetent wäre, als gegenstandslos. Anderseits liegt aber auch

nicht etwa der Fall vor, daß der Kläger sich gegenüber einer rechtzeitig vom Beklagten an ihn gerichteten Aufforderung zum „Rückkauf" der Liegenschaft auf die Ungültigkeit seines „Rückkaufversprechens" berufen hätte, so daß gesagt werden könnte, der Kläger habe sich durch Nichtanerkennung desjenigen Teils der Vereinbarung, der sich auf die ihm auferlegte Gegenleistung bezog, des Rechtes begeben, die dem Beklagten auferlegte Leistung zu fordern. Tatsächlich hat nämlich der Beklagte den Kläger erst am 29. November 1909, also 1¼ Jahr nach der Ersteigerung der Liegenschaft, aufgefordert, diese „zurückzukaufen"; dies lag aber offenbar nicht im Sinne der Vereinbarung vom 27. August 1908, durch welche dem Beklagten ja bloß, weil er erklärte, die „Sache" sei „überstürzt", und er müsse „zuerst noch mit seiner Frau sprechen", eine nachträgliche Bedenkzeit von vielleicht einigen Tagen hatte eingeräumt werden wollen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 18. September 1912 bestätigt.

---

8. Arrêt de la Ire Section civile du 16 janvier 1913

dans la cause **Meyer-Graber**, *dem. et rec.*, *contre* **Turlin**, *déf. et int.*

Marques de fabrique et raison de commerce d'une maison fictive. Nullité des marques et de la raison et de leur transfert à un tiers.

A. — Le 29 novembre 1906, Georg-Friedrich Rosskopf de et à Hertingen (Grand Duché de Bade) et Karl-Arthur Perret-Frankhauser, à Bâle, ont fait inscrire au registre du commerce une société en nom collectif qu'ils venaient de fonder sous la raison sociale « G. Rosskopf & Cie » pour le commerce de l'horlogerie. La représentation de la société était confiée à Perret-Frankhauser seul et le siège de la société était à Bâle (Elsässerstr. 247). Rosskopf était sans

profession et Perret-Frankhauser était employé dans une teinturerie. Sa femme avait un magasin d'épicerie à l'Elässerstrasse 247, local indiqué comme siège de la société. Dans la suite Perret est devenu tenancier d'un café.

La société G. Rosskopf & Cie a fait enregistrer une marque n° 21 401 qui a été radiée le 3 janvier 1907 et 4 marques 22 295, 22 325, 23 356 et 23 441 qui toutes se composent essentiellement d'une banderolle circulaire portant l'inscription G. Rosskopf & Cie ou Georges Rosskopf & Cie.

Par contrat du 3 avril 1908 signé par Perret-Frankhauser au nom de la société G. Rosskopf & Cie, C. Meyer-Graber a acheté pour la somme de 6000 fr. « les fonds de commerce d'horlogerie complets » de la dite société. Il était stipulé que cette vente comprend l'outillage complet, les marchandises terminées et en cours de fabrication, le stock des fournitures et des matières premières, la reprise de la clientèle et les 4 marques indiquées ci-dessus. La transmission de ces marques au nom de Meyer-Graber a été dûment enregistrée à Berne.

B. — Le 22 janvier 1907 le même Georges-Frédéric Rosskopf et Paul-Jules Turlin, fabricant d'horlogerie, avaient fait inscrire au registre du commerce à la Chaux-de-Fonds une société en nom collectif qu'ils avaient constituée dans cette localité sous la raison sociale « G. Rosskopf & Cie » pour la fabrication et la vente de l'horlogerie. Turlin avait seul la signature sociale.

Le 24 janvier 1907 la société a fait enregistrer une marque n° 21 581 comportant l'inscription G. Rosskopf & Cie disposée circulairement.

Ensuite du décès de G. F. Rosskopf cette société a été dissoute ; Paul Turlin en a repris l'actif et le passif.

C. — C. Meyer-Graber se prétendant seul légitime ayant-droit de la raison sociale G. Rosskopf & Cie a fait saisir en mai 1911 en mains de P. Turlin les instruments et ustensiles servant à l'apposition de la raison G. Rosskopf & Cie et les produits et marchandises sur lesquels est apposée soit cette raison soit toute marque comprenant la dite raison.