

**29. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung  
vom 19. März 1919, i. S. Mertz gegen Mellwig.**

Bestellung einer Maschine bei einem Fabrikanten nach vom Besteller übergebenen Modellen und Zeichnungen, verbunden mit der Verpflichtung des Fabrikanten, solche Maschinen nach jenen Modellen und Zeichnungen für niemanden sonst zu erstellen. Ansprüche des Bestellers bei Uebertretung dieser Verpflichtung. Recht desselben auf Erstattung nicht nur des Gewinns, der ihm durch die Vertragsverletzung entgangen ist, sondern des Gewinns, den der Verletzer selbst daraus gezogen hat, auf Grund von Art. 423 OR (unechte Geschäftsführung).

A. — Durch Vertrag vom 1. Juli 1915 übernahm Emil Mertz, Maschinenfabrikant in Basel die Erstellung von 20 Revolverdrehbänken für den Kläger Mellwig nach dessen Plänen; zugleich verpflichtete er sich « während der Dauer des Krieges für niemanden anders Drehbänke dieser Art zu konstruieren ». Im August 1915 bestellte ihm der Kläger nochmals 20 solche Drehbänke. In dem Briefe vom 13. August 1915, womit dem Kläger die darüber getroffene Vereinbarung bestätigt wurde, findet sich neuerdings die Erklärung: « Ich verpflichte mich, ausser für Sie Drehbänke nach Ihren Modellen und Zeichnungen für niemanden sonst anzufertigen und anerkenne diese Modelle und Zeichnungen als Ihr ausschliessliches Eigentum. »

In der Folge entstand zwischen den Parteien Streit, weil der Kläger behauptete, dass Mertz entgegen dem Verträge ausser den an den Kläger gelieferten 40 Drehbänken auch noch weitere der gleichen Art auf eigene Rechnung erstellt und an Dritte geliefert habe, während Mertz diese Tatsache an sich nicht bestritt, aber geltend machte, dass es sich dabei nicht um Nachahmungen der Drehbank des Klägers, sondern um eine davon abweichende selbständige Konstruktion handle. Nachdem eine auf Antrag beider Teile vom Zivilgerichtspräsidenten Baselstadt angeordnete vorsorgliche Expertise sich dahin ausgesprochen hatte, die von Mertz für Dritte erstellten

Drehbänke stimmten in allen Einzelheiten mit den für den Kläger nach dessen Modellen und Zeichnungen erstellten überein, die einzige Abweichung bestehe in der Anbringung einer Gewindeschneidevorrichtung, sogenannte Patronenvorrichtung, solche Vorrichtungen könnten jedoch an jeder Drehbank nachträglich angebracht werden, es könne deshalb nicht von Drehbänken anderer Art gesprochen werden, schrieb am 4. September 1916 A. Mertz, Prokurist von Emil Mertz an den Kläger: im Anschluss an die Expertise beabsichtige er ihm dieser Tage die Entschädigung für den Verkauf auf eigene Rechnung von zwei Stück seiner Drehbänke mit 1000 Fr. zu überweisen; was die übrigen Revolverdrehbänke mit Gewindeschneidevorrichtung betreffe, für die der Kläger ebenfalls Entschädigung verlange, sei er geneigt, ihm als Abfindung eine Pauschalsumme zu entrichten und erwarte, dass der Kläger einer Erledigung in dieser Form zustimmen werde. Durch Antwort vom 19. September 1916 lehnte der Kläger diese Vorschläge ab und beanspruchte für die 17 nach seinen Plänen erstellten Drehbänke, die nach seiner Kenntnis an Dritte geliefert worden seien, 1000 Fr. per Stück, also zusammen 17,000 Fr. um deren Bezahlung bis Ende der Woche er ersuchte.

Da weitere Verhandlungen zu keinem Ziele führten, reichte er am 28. Dezember 1917 gegen die heutige Beklagte, Firma « Mertz Maschinenfabrik », deren Inhaberin die Wittwe des inzwischen verstorbenen Emil Mertz ist und auf die Aktiven und Passiven der früheren Firma übergegangen sind, die vorliegende Klage ein, womit er Zahlung einer Summe von 40,000 Fr. nebst Zinsen zu 5% von 17,000 Fr. seit 19. September 1916 und vom Reste seit der Klageanhebung verlangt. Dabei stützte er seinen Anspruch nicht sowohl auf den ersten Vertrag vom 1. Juli 1915, als auf die im Schreiben vom 13. August 1915 verkündete Verpflichtung, Drehbänke nach seinen Modellen und Zeichnungen für niemanden sonst anzufertigen. Er hielt daran fest, dass Mertz ent-

gegen dieser Zusicherung tatsächlich 17 solche Bänke auf eigene Rechnung erstellt und an Dritte verkauft habe, und beanspruche als Schadenersatz in erster Linie den dabei gemachten Gewinn, den er unter Bezifferung der Erstellungskosten der Bank auf 2600 Fr. und des Verkaufspreises auf 6000—7000 Fr. auf mindestens 3400 Fr. per Stück anschlug. Eventuell wäre ihm auf alle Fälle die Lizenzgebühr von 1000 Fr. per Stück zu vergüten, die andere Fabrikanten, denen er die Bewilligung zur Fabrikation und zum Verkaufe von Drehbänken nach seinen Plänen erteilt habe, ihm entrichtet hätten.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt in erster Linie die Rechtsverbindlichkeit der Verpflichtung vom 13. August 1915 aus einer Reihe von Gründen und eventuell auch das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen dieselbe, indem sie unter Anfechtung der Beweiskraft und Schlüssigkeit der vor dem Prozesse erhobenen Expertise darauf beharrte, dass die an Dritte verkauften Drehbänke nicht nach den Plänen und Modellen des Klägers erstellt seien, sondern sich als selbständige Konstruktionen darstellen. Weiter eventuell beanstandete sie die Berechnung des Schadens und stellte in Abrede, dass die Bänke zu 2600 Fr. hätten hergestellt werden können, dass der Verkaufspreis 6000 bis 7000 Fr. und der erzielte Gewinn 3400 Fr. per Stück betragen habe und dass der Kläger bei Lieferung an ihn sie selbst so hatte absetzen können. Im übrigen dürfte auf den von der Beklagten erzielten Verkaufspreis schon deshalb nicht ohne weiteres abgestellt werden, weil er sich auf eine Drehbank mit Gewindeschneidevorrichtung, also auf eine teurere Maschine bezogen habe. Es könne höchstens der Ersatz der Lizenzgebühren in Betracht fallen, die der Kläger von anderen Fabrikanten bezogen habe.

Durch Urteil vom 7. Januar 1919 hiess das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage im Betrage von 35,000 Fr. mit Zinsen zu 5%, von 17,000 Fr.

seit 19. September 1916 und von 18,000 Fr. seit 2. Januar 1918 (Klagezustellung) gut. Es nahm auf Grund der Zeugenaussagen des Maschinenfabrikanten Ruegger in Basel, dem der Kläger die ausschliessliche Bewilligung erteilt hatte, neben ihm selbst nach seinen Plänen erstellte Revolverdrehbänke zu vertreiben, als erwiesen an, dass solche Bänke in der massgebenden Zeit (1916) um 2500 Fr. hätten erstellt und zu 5000 bis 6000 Fr. verkauft werden können und dass der Kläger selbst neben Ruegger davon mehrere hundert Stück hauptsächlich nach Deutschland abgesetzt habe. Bei dieser grossen Nachfrage sei davon auszugehen, dass er auch für die streitigen 17 Bänke, wenn sie an ihn geliefert worden wären, Abnehmer gefunden hätte. Immerhin könne der ihm durch das vertragswidrige Verhalten des Mertz entgangene Gewinn nicht einfach der Differenz zwischen dem Selbstkosten- und dem Verkaufspreis von 2500 Fr., die bei 17 Stück etwas mehr als 40,000 Fr. ausmachen würde, gleichgesetzt werden. Es sei zu berücksichtigen, dass dem Kläger andererseits jede Bemühung zur Erzielung des Gewinnes und jede Gefahr eines Verlustes durch Insolvenz der Abnehmer, Transportschäden und andere Zufälligkeiten der Kriegszeit erspart geblieben seien. Ausserdem habe damals die Konjunktur bereits abgeflaut. Es rechtfertige sich daher, an der Klagesumme von 40,000 Fr. aus freiem Ermessen einen Abstrich von 5000 Fr. zu machen.

Auf Berufung der Beklagten und Anschlussberufung des Klägers hat das Bundesgericht die Entscheidung des Appellationsgerichts grundsätzlich d. h. inbezug auf die Fragen der Verbindlichkeit der streitigen Verpflichtung und ihrer Uebertretung in dem von der Klage behaupteten Umfange bestätigt, im übrigen dagegen die Sache an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen, indem es über die Ansprüche, welche dem Kläger auf Grund der festgestellten Vertragsverletzung zustehen, ausführte:

«Die Verpflichtung welche Mertz nach Ausführung der

beiden ihm erteilten Bestellungen auf je 20 Drehbänke aus dem Vertrage vom 13. August 1915 noch traf, bestand nicht etwa in einem Tun, sondern einzig noch in einem Unterlassen, nämlich darin, die Modelle und Zeichnungen des Klägers nicht zur Erstellung gleicher Maschinen für Dritte zu verwenden. Es ist deshalb nicht richtig, wenn die Vorinstanz bei der Schadensberechnung von der Sachlage ausgeht, wie sie sich gestaltet hätte, wenn Mertz die 17 streitigen Bänke statt Dritten dem Kläger selbst geliefert hätte, und letzterem als Schadenersatz den Gewinn, den er aus dieser Lieferung hätte ziehen können, zuspricht. Da der Kläger keinen Anspruch auf Lieferung an ihn, sondern nur auf die Nichtlieferung an andere Personen hatte, kann auch von einer Zusprechung des Erfüllungsinteresses an jener Lieferung keine Rede sein. Vielmehr könnte von einem ihm entgangenen Gewinn nur dann gesprochen werden, wenn er ohne das vertragswidrige Verhalten des Mertz in der Lage gewesen wäre, die Verkäufe, die dieser an Dritte gemacht hat, selbst mit Maschinen, die er anderswo hatte erstellen lassen, auszuführen, d. h. die betr. Geschäfte an Stelle des Mertz abzuschliessen. Von diesem Standpunkte aus könnte man aber kaum zur Gutheissung einer so hohen Schadenssumme kommen, wie sie die Vorinstanz zuerkannt hat. Einmal erscheint zweifelhaft, ob der Kläger die sieben Drehbänke, die Mertz an Dupon in Paris und Peugeot in Montbeliard geliefert hat, wirklich selbst hätte verkaufen können, da diese Firmen mit ihm als deutschem Staatsangehörigen keine Geschäfte abschliessen durften. Ein Abschluss wäre wohl hier nur so möglich gewesen, dass er die Lieferung seinem Konzessionär Ruegger überlassen hätte. Dann hätte er aber auf diesen sieben Stück nicht die 2500 Fr., die die Vorinstanz als Gewinn beim Selbstverkauf annimmt, sondern nur die Lizenzgebühr von 1000 Fr., die Ruegger ihm zu entrichten hatte, verdient. Sodann fragt es sich, ob nicht auch hinsichtlich der übrigen 10 Stücke der Ansatz von 2500 Fr. als Gewinn aus

dem Selbstverkauf übersetzt sei, nachdem aus den eigenen Beilagen des Klägers zur Replik erhellt, dass er selbst zu jener Zeit (Juli bis Oktober 1916) Abschlüsse zu einem Verkaufspreis von nur 3900 Fr. und 4000 Fr. gemacht hatte.

Es ist demnach zu prüfen, ob wirklich die Ansprüche des Klägers, wie dies die Beklagte behauptet, auf den Ersatz des Gewinnes beschränkt seien, den er ohne das vertragswidrige Verhalten des Mertz gemacht hätte, oder ob er nicht vielmehr, wie er dies von Anfang geltend gemacht hat, Herausgabe desjenigen verlangen könne, was MERTZ selbst aus der Vertragsverletzung gewonnen hat. Dabei braucht zu der in der neueren Doktrin von manchen Schriftstellern vertretenen Ansicht nicht Stellung genommen zu werden, dass der Anspruch auf Schadenersatz zum mindesten des Recht auf Erstattung dessen in sich schliesse, worum das Vermögen des Verpflichteten infolge des zu vertretenden rechtswidrigen Verhaltens vermehrt worden ist, selbst wenn es vom Standpunkte des Verletzten aus nicht als entgangener Gewinn betrachtet werden kann. Auch wenn man sie in dieser Allgemeinheit nicht billigt, kann deswegen der fragliche Anspruch des Klägers noch nicht abgelehnt werden, weil sich dessen Begründetheit aus einem anderen Gesichtspunkte, nämlich demjenigen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des Art. 423 OR ergibt. Danach ist als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen und demgemäss zur Herausgabe des Ergebnisses der Geschäftsführung an den Geschäftsherrn verpflichtet nicht nur, wer für einen anderen in dessen Interesse tätig geworden ist, sondern auch derjenige, der sich unbefugter Weise in einen fremden Interessenkreis einmischt, d. h. ein Geschäft, das objektiv nicht als sein eigenes, sondern als ein fremdes erscheint, für seine Rechnung ausführt. Obwohl er damit nicht den Vorteil des anderen, sondern ausschliesslich seinen eigenen Gewinn verfolgt, muss er sich gefallen lassen, dass rechtlich die Sache so behandelt wird, als ob

er für jenen andern hätte handeln wollen. Dabei darf der Begriff des « fremden Geschäftes » nicht einschränkend ausgelegt werden. Ein solches ist vielmehr immer schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Handelnde Geschäfte auf eigene Rechnung und in eigenem Interesse abgeschlossen hat, die er ohne Verletzung der Rechte eines anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch deren Abschluss in fremde Rechte und damit in fremdes Vermögen eingegriffen hat. Dass das Geschäft nach allen Richtungen sich als ein fremdes darstelle, ist nicht nötig. Es sind demnach hierunter in erster Linie die Fälle zu subsumieren, wo jemand auf Grund eines Vertrauensverhältnisses eine Sache zur Aufbewahrung oder zur Benützung erhalten hat und nunmehr in den übernommenen vertraglichen Verpflichtungen und dem Umfange der ihm eingeräumten Benützungsrechte zuwiderlaufender, gegen Treu und Glauben verstossender Weise über sie verfügt, um daraus für sich selbst Gewinn zu ziehen. Von diesem Gesichtspunkte hat denn auch das Bundesgericht z. B. den Verkaufskommissär, der einen ihm erteilten Verkaufsauftrag unbefugter Weise durch Selbsteintritt ausgeführt und dann die Sache für eigene Rechnung zu einem höheren Preise an einen Dritten veräussert hatte, zur Herausgabe des dabei erzielten Gewinnes an den Kommittenten verpflichtet (AS 26 II S. 39 Erw. 5). Ferner hat es denselben Grundsatz zur Anwendung gebracht bei der Verletzung eines fremden Patentrechtes, indem es ausführte, der Anspruch des Patentinhabers bei einer solchen beschränke sich nicht auf den Ersatz des ihm entstandenen Schadens, vielmehr könne er zum mindesten immer den Gewinn herausverlangen, den der Verletzer aus der Verletzung gezogen habe. Da der Patentinhaber kraft des Patentes das ausschliessliche Recht auf die Ausbeutung der Erfindung habe, stelle sich deren Benützung durch einen anderen als unbefugte Führung fremder Geschäfte dar, die den Benützer nach Art. 423 OR haftbar mache (AS 35 II S. 658 f.).

Mit einem Tatbestande dieser Art hat man es aber hier zu tun. Wenn schon dem Kläger keine Urheberrechte an der streitigen Maschine zustanden und deshalb auch keine solchen Rechte verletzt werden konnten, so ist doch Mertz in den Besitz der zur Erstellung nötigen Pläne und Zeichnungen nur gekommen auf Grund eines Vertrages mit dem Kläger, durch den er sich verpflichtete, diese Vorlagen nur für den Kläger, in dessen Interesse zu benützen. Nur unter Verletzung dieser Vereinbarung und durch die dem Kläger gegenüber unerlaubte rechtswidrige Benützung der ihm anvertrauten Pläne war er in der Lage den Gewinn zu machen, den er aus dem Verkaufe der 17 Maschinen gezogen hat. Handelt es sich demnach um Vorteile, die durch einen Eingriff in die Rechte des Klägers, Rechte, die sich nicht auf das Urheberrecht, aber auf das Eigentum an den Plänen stützen, erzielt worden sind und die ohne und gegen den Willen des Klägers und ohne sein Eigentumsrecht zu verletzen, nicht hätten erzielt werden können, so muss sich aber die Beklagte auch gefallen lassen, dass der Kläger sich dieselben aneigne, d. h. sie nach Art. 423 OR von ihr herausverlangt.

Da die Vorinstanzen die Höhe der dem Kläger von diesem Gesichtspunkte aus zustehenden Ansprüche nicht untersucht haben, andererseits die Beklagte bestritten hat, dass der von ihrem Rechtsvorgänger erzielte Gewinn die eingeklagte Summe erreiche, ist die Sache daher zur Vornahme der nötigen Feststellungen hierüber und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen. Hiebei wird auch darüber zu befinden sein, welche prozessualen Folgen allenfalls daraus zu ziehen sind, dass die Beklagte sich mit jener allgemeinen Bestreitung begnügt hat, ohne über die Höhe des tatsächlich erzielten Gewinnes Angaben zu machen oder die vom Kläger zur Edition verlangten Geschäftsbücher vorzulegen.)