

über die vorgebrachten Angriffs- und Bertheidigungsmittel an das Appellationsgericht zurückgewiesen werden, — dies um so mehr als für die Entscheidung auch Fragen des kantonalen Rechts in Betracht kommen, welche von den kantonalen Gerichten endgültig zu beurtheilen sind und rücksichtlich welcher nunmehr, nachdem die zweite Instanz das civilgerichtliche Urtheil aufgehoben, sich ihrerseits dagegen über dieselben nicht ausgesprochen hat, eine kantonale Entscheidung gar nicht vorliegt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Beklagten und Widerkläger wird dahin für begründet erklärt, daß das Urtheil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 4. April 1892 aufgehoben und die Widerklage zu sachlicher Beurtheilung an das Appellationsgericht zurückgewiesen wird.

#### 91. Urtheil vom 30. September 1892 in Sachen Böppli gegen Burkhardt & Cie.

A. Durch Urtheil vom 3. Mai 1892 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 30,220 Fr. 35 Cts. nebst Zins à 6% vom 31. Oktober 1891 an zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Mit Eingabe vom 8. September 1892 hat derselbe vier neue Aktenstücke eingereicht, nämlich: 1. Abschrift eines Briefes, gezeichnet „Allgemeine Kreditbank Wüest, C. Kling“ an den Untersuchungsrichter Dr. Frey in Basel, d. d. 13. November 1891, und ein Schreiben des Untersuchungsrichters Dr. Frey an den Beklagten, d. d. 8. Juni 1892; 2. Abschrift einer Zuschrift der Kläger an die Allgemeine Kreditbank in Basel, d. d. 30. Oktober 1891; 3. Abschrift eines Urtheils des Strafgerichtes des Kantons Baselstadt vom 11. Mai 1892 in Sachen Burk-

hardt & Cie. gegen Wackernagel; 4. Abschrift einer von der Allgemeinen Kreditbank in Basel zu Gunsten der Kläger unterm 4. Dezember 1891 ausgestellten Bürg- und Selbstzahlerchaftsverpflichtung. Er führte aus, daß er die betreffenden Thatfachen und Beweismittel auch bei angemessener Thätigkeit vor dem obergerichtlichen Urtheile nicht habe kennen und anrufen können, und daß dieselben daher als eigentliche Revisionsthatfachen auch vor Bundesgericht noch müssen geltend gemacht werden können.

C. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Beklagten und Rekurrenten Gutheilung der Weiterziehung und gänzliche Abweisung der Klage, eventuell wenigstens Reduktion des Zinsfußes von 6% auf 5%, weiter eventuell sei jedenfalls dem Gegner auch für die bundesgerichtliche Instanz keine Parteienschädigung zuzusprechen. Dagegen trägt der Anwalt der Kläger und Rekursbklagten auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde an; er erklärt sich der Weiterziehung insofern anschließen zu wollen, als er Zuspruch einer angemessenen Parteienschädigung nicht nur für die bundesgerichtliche Instanz, sondern auch für die beiden kantonalen Instanzen beantrage. Eventuell hält er seine sämtlichen Beweisangebote aufrecht; er befreit die Zulässigkeit der vom Gegner neu produzierten Aktenstücke.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 28. August 1891 kauften die Kläger vom Beklagten auf Grund der Statuten und Usenzen der Basler Börse als Selbstkontrahenten

25 Basler Chef- und Wechselbankaktien à 740	Fr. 18,500	—
25 " " " " " " " " à 741	" 18,525	—
1/4% Courtage in Basel, Zürich davon ab	" 92	55

Werth Liquidation August Fr. 36,932 45

25 Basler Chef- Wechselbankaktien à 742	Fr. 18,550	—
25 " " " " " " " " à 745	" 18,575	—
1/4% Courtage in Basel	" 92	80

Werth Liquidation September Fr. 37,052 20

Die ersten 50 Stück wurden vom Beklagten Ende August prolongirt, d. h. er kaufte sie von den Klägern zurück und verkaufte sie wieder per Ende September, so daß nunmehr alle 100

Wechsel- und Chefbankaktien per ultimo September vom Beklagten an die Kläger zu liefern waren. Der Beklagte, welcher auf ein Sinken der Kurse der Basler Chefs- und Wechselbankaktien spekulierte, hatte à découvert verkauft. Anfangs September begannen nun aber diese Aktien rapid zu steigen. Die Allgemeine Kreditbank in Basel hatte einen corner (eine „Schwänze“) in diesen Aktien eingeleitet; sie hatte eine Zahl von Chefs- und Wechselbankaktien gekauft, welche diejenige der wirklich vorhandenen Aktien dieser Gesellschaft überstieg und beherrschte daher zeitweise den Markt. Der Beklagte beauftragte nunmehr die Kläger mit der Allgemeinen Kreditbank ein Reportgeschäft abzuschließen, d. h. die 100 Chefs- und Wechselbankaktien von derselben anzukaufen und auf einen spätern Termin ihr wieder zu verkaufen. Um Mitte September schlossen die Kläger ein solches Reportgeschäft mit der Allgemeinen Kreditbank wirklich ab; sie nahmen, wie sie dem Beklagten mit Schreiben vom 12. September 1891 anzeigten, auf Rechnung und Gefahr des Beklagten von der Allgemeinen Kreditbank für denselben 100 Aktien Basler Chefs- und Wechselbank zum Kurse von 1200 Fr. von Ende September bis Ende Oktober glatt mit Courtage in Report. Die Kreditbank lieferte den Klägern im September die Titel und bezog den Preis für dieselben durch Verrechnung. Die Kläger haben alsdann im Einverständnisse mit dem Beklagten die Aktien als Deckung für diejenigen Stücke benutzt, welche der Beklagte ihnen auf Grund des Ende August abgeschlossenen Kaufvertrages ultimo September zu liefern hatte; andrerseits haben sie den Beklagten für ihre an die Kreditbank gemachte Auslage von 120,000 Fr. belastet. Der Beklagte hat die Differenz zwischen dieser Summe und dem aus dem Verkaufe von Ende August sich ergebenden Kaufpreise mit 46,037 Fr. 80 Cts. den Klägern bezahlt. Zu erledigen blieb danach noch das ultimo Oktober zu erfüllende Verkaufsgeschäft, kraft dessen der Kreditbank Ende Oktober auf Rechnung des Beklagten 100 Aktien der Chefs- und Wechselbank gegen Bezahlung von 120,000 Fr. zu liefern waren. Nach längern, von den Parteien unter sich und mit der Allgemeinen Kreditbank gepflogenen Unterhandlungen wurde dieses Geschäft dadurch erledigt, daß die Kläger, mit ausdrücklicher Zustimmung des Beklagten, die der

Allgemeinen Kreditbank zu liefernden Titel von dieser Ende Oktober zum Kurse von 1500 Fr. ankauften; in Folge dessen hatte die Kreditbank aus diesem Geschäfte Ende Oktober die Differenz zwischen dem Kurse von 1200 Fr. und demjenigen von 1500 Fr. also für 100 Aktien eine Summe von 30,000 Fr. zu fordern. Die Kläger haben diesen Betrag (abzüglich Courtage) beglichen, d. h. mit der Allgemeinen Kreditbank verrechnet, wie die zweite Instanz dies ausdrücklich feststellt. Sie verlangten nun vom Beklagten Bezahlung dieses Saldo zugänglich 220 Fr. 35 Cts. an Spesen.

2. Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, und übrigens aus dem Wortlaute des Art. 30 D.-G. sich unzweideutig ergibt, sind neue thatsächliche Vorbringen und Beweismittel in der bundesgerichtlichen Instanz schlechthin ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um neu entdeckte Behauptungen oder Beweismittel handelt oder nicht (siehe Entscheidung in Sachen Attenhofer gegen Krüger vom 4. Februar 1888, Amtliche Sammlung XVI, S. 91, Erw. 2). Die vom Beklagten in der bundesgerichtlichen Instanz neu produzierten Beweismittel sind daher nicht zu berücksichtigen.

3. Der Beklagte hat der Klage in erster Linie die Einwendung entgegengestellt, die Kläger seien zur Sache nicht legitimirt, da das Reportgeschäft von Mitte September direkt zwischen ihm und der Allgemeinen Kreditbank in Basel abgeschlossen worden sei und die Kläger bloß als seine Stellvertreter gehandelt haben. Beide Vorinstanzen haben diese Einwendung zurückgewiesen und zwar offenbar mit Recht. Wie die zweite Instanz richtig ausführt, ergibt sich aus der Ausdrucksweise der zwischen den Klägern und der Kreditbank gewechselten Korrespondenzen (geben Ihnen in Report, haben von Ihnen wieder abzunehmen, aus diesen Posten bleiben Sie bei uns per Ende Oktober Käufer von 100 Chefsbankaktien) unzweideutig, daß die Kläger in eigenem Namen, und nicht im Namen des Beklagten, mit der Allgemeinen Kreditbank kontrahirt haben. Die Thatsache, daß die Kläger den Versuch machten, das Recht zu erlangen, die Kreditbank für den Fall, daß das Geschäft zu einem Verluste führen sollte, direkt an den Beklagten verweisen zu dürfen, beweist nichts für das Gegentheil

und zwar schon deshalb nicht, weil, wie die Vorinstanz feststellt, die Kreditbank hierauf niemals eingegangen ist, gegenheils stets daran festgehalten hat, daß ihr gegenüber die Kläger haftbar seien. Ebensovienig beweist der Umstand, daß über die Abwicklung des Geschäfts Ende Oktober 1891 direkt zwischen dem Direktor der Allgemeinen Kreditbank, Wüest, und dem Beklagten verhandelt worden sein mag. Es ist richtig, wenn die zweite Instanz ausführt, daß die Kläger das Reportgeschäft von Mitte September nicht, wie das frühere zwischen den Parteien Ende August abgeschlossene Geschäft auf eigene Rechnung, sondern als Kommissionsäre für Rechnung des Beklagten, abgeschlossen haben und daß sie also sehr wohl dem Letztern die Abwicklung des Geschäftes überlassen konnten. Dafür, daß sie nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Beklagten kontrahirt haben, beweist dies nichts.

4. Im Weiteren hat der Beklagte eingewendet, er habe den Klägern ausdrücklich erklärt, das Geschäft müsse auf seinen Namen abgeschlossen werden, er wolle direkt mit der Allgemeinen Kreditbank, welcher er eventuell die Einrede des Betrugs entgegenstellen könne, kontrahiren; er habe also den Klägern einen Auftrag zu den von ihnen wirklich abgeschlossenen Geschäften nicht erteilt. Auch rücksichtlich dieser Einwendung ist den Ausführungen der Vorinstanz beizutreten, daß, selbst wenn die Kläger durch den Abschluß des Reportgeschäftes in eigenem Namen dem ursprünglichen Auftrage des Beklagten zuwidergehandelt haben sollten, darauf nichts ankommen könnte, weil der Beklagte das Abgehen vom Auftrage jedenfalls nachträglich genehmigt habe. In der That ist ja richtig, daß der Beklagte von der Art und Weise der Ausführung des Auftrages, speziell von dem Abschlusse des Geschäftes auf den Namen der Kläger, sofort nach dem Geschäftsabschlusse durch Schreiben der Kläger vom 12. September unterrichtet, und daß ihm auch später von den Klägern mitgetheilt wurde, daß die Kreditbank den Uebertrag der Reportposition auf seinen Namen, welchen sowohl er als auch die Kläger allerdings anstrebten, noch nicht bestätigt habe. Durch diese Mittheilungen nun sah sich der Beklagte damals zu einer Bemerkung nicht veranlaßt. Wenn er aber das Geschäft, so wie es von seinen Be-

auftragten war abgeschlossen worden, nicht als richtige Ausführung seines Auftrages und daher nicht als auf seine Rechnung gehend, wollte gelten lassen, so war er offenbar verpflichtet, damals eine Monitur zu erheben. In seinem Stillschweigen auf die betreffenden Mittheilungen des Beauftragten, ist die Genehmigung des Vorgehens des Letztern zu erblicken.

5. Des Fernern hat der Beklagte geltend gemacht, das Reportgeschäft sei für ihn unverbindlich, weil der Direktor der Allgemeinen Kreditbank, Wüest, bei dessen Abschluß betrügerisch gehandelt habe. Abgesehen nun von der Frage, ob der Beklagte diese Einrede den Klägern gegenüber überhaupt erheben könne und ob er mit derselben nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil er sie bei Abwicklung des Geschäftes nicht erhoben habe, erscheint diese Einrede als unbegründet. Der vom Direktor der Allgemeinen Kreditbank geübte Betrug könnte nur darin gefunden werden, daß die Allgemeine Kreditbank beim Abschlusse des Geschäftes im Besitze der sämtlichen vorhandenen Aktien der Chef- und Wechselbank gewesen sei, diese erhebliche Thatsache aber dem Gegenkontrahenten arglistig verschwiegen habe. Wie nun aber der Beklagte selbst behauptet hat, war die fragliche Thatsache bei Abschluß des Reportgeschäftes am 12. September sowohl den Klägern als auch ihm bekannt; demnach kann denn aber offenbar von einem Betrüge hier nicht die Rede sein.

6. Was die vom Beklagten im Weiteren erhobene Einrede anbelangt, das ganze Geschäft sei in Wirklichkeit nichts anderes als ein Spiel gewesen und daher nach Art. 512 D.-R. nicht klagbar, so ist dieselbe von der ersten Instanz für begründet erklärt, von der zweiten Instanz dagegen verworfen worden. Die zweite Instanz geht davon aus, Art. 512 D.-R. beziehe sich nur auf solche Börsengeschäfte, bei denen nach übereinstimmender, — ausdrücklich oder stillschweigend erklärter — Willensmeinung der Parteien, Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der Waare ausgeschlossen sei, so daß nur die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bilde. Der einzige Grund nun, welcher hier für die Annahme eines eigentlichen Differenzgeschäftes angeführt werden könne, sei der, daß sich die Allgemeine Kreditbank am 12. September 1891 schon im Besitze aller Chef- und

Wechselbankaktien befunden habe und daß daher weder die heutigen Litiganten, — welche von dieser Thatsache Kenntniß gehabt, — noch die Kreditbank an eine effektive Rücklieferung der Titel haben denken können. Nun habe aber natürlich die ganze Spekulation der heutigen Parteien auf dem Gedanken beruht, daß die Allgemeine Kreditbank ihre Position in Chek- und Wechselbankaktien nicht werde bis Ende Oktober 1891 halten können, daß sie die Titel vielmehr nach Lage der Dinge vorher auf den Markt bringen müsse. In diesem Falle hätte dann aber die Klägerschaft (bezw. der Beklagte als ihr Committent) Gelegenheit genug gehabt die Papiere anderwärts zu erwerben und sie der Kreditbank (zum Reportkurs von 1200 Fr. per Stück) zurückzuliefern. Es erweise sich daher das angeführte Argument für die Annahme eines Differenzgeschäftes keineswegs als genügend, und es liege kein Grund vor, in dem Vertrage etwas anderes zu erblicken, als das was in jedem Reportgeschäft liege, nämlich die Verbindung zweier gewöhnlicher Kaufverträge. Die Kläger (als Kommissionäre des Beklagten) kaufen von der Kreditbank per Ende September 100 Aktien der Chek- und Wechselbank zum Preise von 1200 Fr. per Stück und verkaufen gleichzeitig an die Kreditbank die gleiche Anzahl Chek- und Wechselbankaktien zum gleichen Preise von 1200 Fr. per Stück mit Lieferungsstermin von ultimo Oktober. Diese Entscheidung geht von dem richtigen, in der bundesrechtlichen Praxis stets festgehaltenen Begriffe des klaglosen, reinen Differenzgeschäftes aus; wenn die Vorinstanz sodann mit Rücksicht auf die Thatsache des vorliegenden Falles feststellt, daß hier die Merkmale dieses Begriffes nicht gegeben seien, so hat sie dabei einen Rechtsirrthum nicht begangen. Die Entscheidung erscheint vielmehr als eine zutreffende, da eben nicht festgestellt werden kann, daß hier Recht und Pflicht effektiver Lieferung haben ausgeschlossen werden wollen.

7. Erscheinen demnach die vom Beklagten der Klage entgegen gestellten Einwendungen als unbegründet, so ist der Beklagte gemäß Art. 439 O.-Rt. verpflichtet, den Klägern die für ihn gemachte Auslage von 30,000 Fr. sammt 220 Fr. 35 Cts. an Spesen zu ersetzen, sofern nicht etwa die von ihm eventuell erhobene Kompensationseinrede begründet ist. Diese Einrede ist

darauf gestützt worden, der Beklagte sei durch betrügerische Handlungen der Kläger zum Abschlusse des mit diesen direkt im August 1891 vereinbarten Kaufgeschäftes (über 100 Chek- und Wechselbankaktien lieferbar ultimo September) verleitet worden; es stehe ihm daher gegenüber den Klägern ein Anspruch auf Vergütung des Verlustes von 46,037 Fr. 80 Cts. zu, welchen er bei der Abwicklung des fraglichen Geschäftes erlitten habe. Dieser Einrede mangelt die thatsächliche Grundlage. Denn nach der Feststellung der Vorinstanz liegt, wenn auch richtig sein möge, daß der Beklagte bei Abschluß dieses Geschäftes von dem durch die Allgemeine Kreditbank in's Werk gesetzten corner in Chek- und Wechselbankaktien noch keine Kenntniß hatte, andererseits auch nichts dafür vor, daß die Kläger damals von dem wahren Sachverhalte unterrichtet waren. Ein von dem Beklagten gestellter Aktienvervollständigungsantrag, auf Beiziehung der in Basel gegen den Direktor der Kreditbank geführten Strafuntersuchung, ist von der Vorinstanz aus prozessualen Gründen verworfen worden.

8. Der von den Klägern für ihre Forderung beanspruchte Zinsfuß von 6 % ist vom Beklagten vor den kantonalen Instanzen nicht ausdrücklich bemängelt worden. Da indeß der Beklagte die klägerische Forderung ihrem ganzen Umfange nach bestritten hatte und eine eventuelle Anerkennung der Verzinslichkeit der Forderung zu 6 % doch kaum kann angenommen werden, so ist der Beklagte als berechtigt zu erachten, auch heute noch den Zinsfuß zu bestreiten. Allein diese Bestreitung ist unbegründet. Wie die Abrechnung zwischen den Klägern und der Allgemeinen Kreditbank beweist, war durch Vertrag für die Forderung der Legtern, welche die Kläger auf Rechnung des Beklagten bezahlt haben, 6 prozentige Verzinsung vereinbart und es kam daher dieser höhere Zins nach Art. 119 Abs. 2 O.-Rt. auch während des Verzugs gefordert werden.

9. Demnach ist das vorinstanzliche Urtheil in der Hauptsache in allen Theilen zu bestätigen. Ist dem aber so, so steht dem Bundesgerichte eine Ueberprüfung der, lediglich auf Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes beruhenden, Kostendekretur dieses Urtheils nicht zu und es ist also auch die mit Bezug auf den

Kostenpunkt eingelegte Anschlußbeschwerde der Kläger zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 3. Mai 1892 sein Bewenden.

#### IV. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

92. Urtheil vom 1. Juli 1892 in Sachen  
Hauser gegen Luz.

A. Durch Urtheil vom 29. April 1892 hat das Obergericht des Kantons Thurgau erkannt:

Es sei die appellantische Forderung im Betrage von 1500 Fr. unter Abzug der erhaltenen 150 Mark, gleich 200 Fr. berechnet, nebst Zins à 5 % seit 1. Januar 1891 gerichtlich geschätzt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Mit Eingabe vom 10. Mai 1892 hat er folgende Anträge angemeldet:

I. a. In Aufhebung der obergerichtlichen Urtheile vom 4. Januar und 29. April 1892 sei dem Kläger nach Abnahme des Zeugenbeweises:

Daß dem eidgenössischen Fabrikinspektor bei der Besichtigung des Luz'schen Etablissements vor dem Unfalle diejenige Lokalität, in der sich an der unverschalteten Bandsäge der Unfall ereignete, nicht gezeigt worden sei (Art. 1, Art. 6 Alinea 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881),

eine Haftpflichtentschädigung im Betrage von 6000 Fr. nebst Zins à 5 % vom 10. August 1891 zuzusprechen.

b. Eventuell sei dem Kläger in Aufhebung des obergerichtlichen Urtheils vom 29. April 1892 eine Haftpflichtentschädigung nach richterlichem Ermessen, jedoch wesentlich mehr als 1300 Fr. nebst Zins à 5 % vom 22. August 1890 zuzusprechen und demgemäß, eventuell auf dem Wege der Aktenvervollständigung durch ärztliche Expertise zu erheben, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers um die Hälfte, eventuell um einen Drittel vermindert worden sei, eventuell Vorbehalt des Nachlagerrechtes im Sinne des Art. 8 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881.

II. Zusprache sämtlicher Kosten.

III. Bewilligung des Armenrechtes zu Lasten des thurgauischen Fiskus.

Gleichzeitig meldete der Anwalt des Rekurrenten noch folgende Begehren betreffend Protokoll und Akten beim Obergerichtspräsidenten des Kantons Thurgau zu Händen des Bundesgerichtes an: „1. Bezug des ersten Appellationsbriefes, auf den sich das „obergerichtliche Urtheil vom 4. Januar 1892 gründet. 2. Vormerk von meinem Protokollberichtigungsbegehren betreffend der „obergerichtlichen Annahme, S. 81 der Akten: „Allein es ist „unbestritten, daß der Fabrikinspektor beim Besuche des appellatischen Etablissements trotz des Mangels einer Schutzvorrichtung „zu keiner Rüge oder Bemerkung sich veranlaßt sah.“ Diese thatsächliche Feststellung ist unrichtig. 3. Protokollarische Feststellung, „daß Zeuge Jackelmann den Vertrag (Akt. 8) zuerst blanko dem „Kläger zur Unterschrift vorgewiesen und daß ich gegenüber Jackelmann Anhebung der Straflage wegen unberechtigten Ausübens „medizinischer Funktionen vorbehalten habe. 4. Protokollberichtigung in den obergerichtlichen Ergebnissen vom 29. April a. c. „pag. 3 unten des Rezesses: statt zwanzigtägige soll es heißen „zweihunderttägige, vergleiche Akten, pag. 97—99 und obergerichtliche Feststellung, pag. 8 des Rezesses „diese Nachteile „bestehen in einer cc. — —.“ 5. Die Feststellung auf pag. 9 „des obergerichtlichen Urtheils vom 29. April 1892, daß Hauser „jetzt einen Wochenlohn von 7 Mark 50 Pfennig beziehe, halte „ich mit Rücksicht auf unbestrittenes Akt. 41 für einen Verschrieb „(es soll heißen Wochenlohn 7 Fr. 50 Cts.) oder richtiger einen „thatsächlichen Irrthum!“