

mann, auch dem Arzte, verbietet; er verletzt dabei speziell auch die ärztliche Berufspflicht, welche ihm, abgesehen von einer vertraglichen Vereinbarung, gegenüber Jedermann obliegt, den er behandelt. Es kann ja denn auch gewiß kein Zweifel darüber obwalten, daß der Arzt für den durch begangene Kunstfehler gestifteten Schaden auch dann haftet, wenn er seine Dienste nicht zufolge eines mit dem Kranken abgeschlossenen Vertrages, sondern etwa bei einem Unfalle auf Requisition der Polizeibehörde oder auf Anrufen eines beliebigen Dritten geleistet hat (siehe Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Dormann gegen Hochsträßer vom 10. Juni 1892, Erw. 4, Amtliche Sammlung XVIII, S. 340).

6. Demnach ist denn die dem Widerbeklagten zu gewährende Entschädigung nicht mit der Vorinstanz, auf den in Folge der unrichtigen Behandlung dem Widerkläger entgangenen Arbeitsverdienst zu beschränken, sondern es ist gemäß Art. 53 Abs. 2 D.-R. auch dafür Entschädigung zu gewähren, daß durch die erlittene Verstümmelung das Fortkommen des Verletzten erschwert worden ist. Dies ist nämlich hier unzweifelhaft geschehen, wofür blos darauf hingewiesen zu werden braucht, daß der Verletzte in seiner Bewegungsfreiheit durch die Nothigung, bei der Urinentleerung stets ein Rohr zu gebrauchen, in empfindlicher und unangenehmer Weise gehemmt ist. Wird neben dem von der Vorinstanz in richtiger Weise auf 300 Fr. geschätzten Verdienstentzuge auch dieses Moment gewürdigt, so erscheint eine Erhöhung der Entschädigung auf 1000 Fr. als den Verhältnissen angemessen und gerechtfertigt. Weiter zu gehen und in Anwendung des Art. 54 D.-R. auch eine Genugthuungssumme für erlittenes moralisches Leid zuzusprechen dagegen würde sich nicht rechtfertigen. Denn wenn auch allerdings der Widerbeklagte einen ärztlichen Kunstfehler begangen hat, so kann ihm doch nicht der Vorwurf grober Fahrlässigkeit oder gar der Arglist gemacht werden. Er hat einen gewissen Mangel an Aufmerksamkeit oder an Kenntniß des gegenwärtigen Standes der medizinischen Wissenschaft bethätigt; allein frevelhafter Leichtsinns oder grobe, unverantwortliche Fahrlässigkeit kann ihm nicht zur Last gelegt werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten und Widerklägers wird dahin für begründet erklärt, daß in Abänderung des Dispositiv 2 des angefochtenen Urtheils der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet wird, dem Beklagten und Widerkläger 1000 Fr. Schadenersatz zu bezahlen; im Uebrigen werden die Beschwerden beider Parteien abgewiesen und hat es in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile sein Bewenden.

135. Urtheil vom 9. Dezember 1892 in Sachen
Bernische Bodenkreditanstalt gegen Kernen.

A. Durch Urtheil vom 12. September 1892 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes des Kantons Baselstadt vom 19. Juli 1892 ging dahin: Klägerin ist mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen das zweitinstanzliche Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Sie meldete den Antrag an: Beklagter sei zur Zahlung von 64,692 Fr. 65 Cts. nebst Zins à 5 % seit 31. Dezember 1891 zu verfallen. Mit Eingabe vom 18. Oktober 1892 stellt sie überdem den Antrag, es sei ein Protokollauszug aus dem Strafprozeß Manz über die in diesem Prozeß gemachte Zeugenaussage des Robert Kernen zu den Akten des gegenwärtigen Prozeßes zu beziehen; sie führt an: sie habe erst neuerlich durch Zeitungsnotizen erfahren, daß der Beklagte bei den Manz'schen Börsenspekulationen betheilt gewesen sei.

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt der Klägerin die vorläufig angemeldeten Anträge aufrecht. Dagegen trägt der Anwalt des Beklagten und Rekursbeklagten darauf an, es sei das angefochtene Urtheil zu bestätigen, eventuell wäre die Sache zu Beurtheilung der vom Beklagten in Betreff des Verkaufs der

Titel erhobenen Einwendungen an die kantonalen Instanzen zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin besorgte im Auftrage des Beklagten den An- und Verkauf von Börsenpapieren. Zum ersten Male war der Beklagte mit ihr, am 23. März 1891, dadurch in geschäftlichen Verkehr getreten, daß er ihr den Auftrag gab, für seine Rechnung 50 Stück Aktien Rio Tinto zu kaufen. Die Aktien wurden per Ende März in Genf à 587 $\frac{1}{2}$ angekauft, bis im Juni gleichen Jahres reportirt und sodann per Ende Juni à 580 fest verkauft. Auf diesem Geschäft ergab sich (da ein verfallener Coupon zu Gunsten des Beklagten verrechnet worden war) ein kleiner Gewinn für den Beklagten. An dieses Geschäft schlossen sich seit Juni 1891 eine Reihe weiterer Operationen in verschiedenen Aktien, so daß Ende Dezember das „Depot“ des Beklagten bestand: In 150 Aktien Zürcher Bankverein, 25 Aktien Schweiz. Wechsel- und Effektenbank, 100 Aktien Rio Tinto und 50 Aktien Oesterreichische Länderbank. Diesen Operationen war eine Verständigung zwischen dem Beklagten und dem Direktor der Klägerin, Herzog, vorangegangen, wonach letzterer, welcher mit dem Beklagten auf freundschaftlichem Fuße stand, an dem Ergebnisse zur Hälfte theilhaftig sein sollte. Herzog besorgte die An- und Verkäufe ohne vorherigen Auftrag des Beklagten, welchem indeß nach deren Ausführung davon jeweiligen Kenntniß gegeben wurde. In den Büchern der Klägerin figurirte einzig der Name des Beklagten, da die Theilnahme des Herzog geheim bleiben sollte. Herzog hatte am 9. Juni 1891 dem Beklagten angezeigt, daß er heute von Neuem „für unsere Rechnung“ 25 Aktien Credit Lyonnais à 788 gekauft habe; wenn sie auf 800 seien, so verkaufe er sie wieder, um „etwas Anderes zu probiren“; er hoffe, daß der Beklagte so zufrieden sein werde; gleichzeitig hatte er den Beklagten ersucht, ihm brieflich zu bestätigen, daß er (Herzog) Antheilhaber dieses Kontos sei und die Hoffnung ausgesprochen, daß sie als Associés („zwei schöne, nicht wahr? macht nichts, wenn's nur Etwas abträgt“) „alle Neujahr ein paar 1000 Fr. zu theilen haben.“ Der Beklagte scheint die gewünschte briefliche Bestätigung ertheilt zu haben. Die gekauften

Aktien wurden von der Klägerin bis zum Verkaufe jeweilen von Monat zu Monat reportirt. Der Beklagte erhielt am Ende jeden Monats — für einzelne Titel alle 14 Tage — eine „Liquidationsrechnung“ über die ausgeführten Operationen und daneben halbjährlich einen Kontokorrentauszug mit Zinsenberechnung, etc. Da die gekauften Papiere erheblich gesunken waren, so forderte die Klägerin den Beklagten wiederholt auf, für Nachdeckung besorgt zu sein; da er dieser Aufforderung in keiner Weise nachkam, so liquidirte sie auf Ende Dezember seine Positionen. Der dem Beklagten zugestellte Kontokorrentauszug ergab einen Saldo zu Gunsten der Klägerin im Betrage von 66,202 Fr. 50 Cts. Da der Beklagte das Schreiben der Klägerin betreffend Befundsanzeige über den zugestellten Kontokorrentauszug unbeantwortet ließ, so erhob sie gegen ihn die Betreibung. Der Beklagte erhob Rechtsvoranschlag und die Klägerin klagte hierauf gerichtlich auf Bezahlung von 64,692 Fr. 65 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 1891. Die erste Instanz (deren Urtheil vom Appellationsgerichte in Dispositiv und Motiven einfach bestätigt worden ist) hat die vom Beklagten erhobene Einrede des Spiels für begründet erklärt, indem sie ausführt: Es ergebe sich aus der Anzahl der gekauften und verkauften Werthpapiere, aus der Höhe und dem Umfange der jeweiligen Engagements, aus der Art der Abrechnung auf Monatsende, sowie aus der ausdrücklichen Vereinbarung des Beklagten mit dem Direktor der klägerischen Anstalt selbst, daß der Beklagte nicht die Absicht gehabt habe, effektiv zu kaufen. Aus der ganzen Sachlage gehe vielmehr hervor, daß es sich nie um eine reelle Effektuirung der abzuschließenden Geschäfte, sondern nur um Zahlung bezw. Inempfangnahme von Kursdifferenzen gehandelt habe, daß also der Vertragswille nie auf wirklichen Bezug der Titel, auf ein reelles Lieferungsgeschäft, gerichtet gewesen sei. Dies werde auch durch den ganzen Geschäftsverkehr der Parteien bestätigt. Der Beklagte sei thatsächlich nie zum Bezuge der von ihm angekauften Werthtitel aufgefordert, die Titel selbst seien ihm auch nie zur Verfügung gestellt worden; was die Klägerin allein verlangt habe, sei Deckung der Differenzen gewesen.

2. In rechtlicher Beziehung ist vorerst das Aktienvervollstän-

digungsbegehren der Klägerin zu verwerfen; denn neue Beweismittel sind in der bundesgerichtlichen Instanz schlechthin ausgeschlossen, auch dann, wenn sie seit der letzten kantonalen Entscheidung neu entdeckt sein sollten. Uebrigens wäre das Aktienvervollständigungsbegehren der Klägerin auch unerheblich.

3. Das Ergebnis des von der Klägerin aufgestellten Kontokorrents könnte der Beklagte, wenn seine Einreden, die Einrede des Spiels und die Einrede wegen unberechtigten, vertragswidrigen Verkaufs der Titel, sich als unbegründet herausstellten, kaum ernsthaft bestreiten. Denn dasselbe entspricht genau den Ergebnissen der ihm jeweilen mitgetheilten und von ihm nicht bemängelten monatlichen Abrechnungen. Allein es bedarf dies genauerer Untersuchung nicht, denn es ist jedenfalls, in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen, die Einrede des Spiels für begründet zu erachten und aus diesem Grunde die Klage abzuweisen.

4. Die rechtliche Stellung der Klägerin ist eine verschiedene, für die von ihr auf Rechnung des Beklagten abgeschlossenen An- und Verkäufe von Börsenpapieren einerseits, die mit dem Beklagten abgeschlossenen Reportgeschäfte andererseits. Bei erstern Geschäften hat die Klägerin als Kommissionärin gehandelt, bei den Reportgeschäften erscheint sie selbst als Käufer und Verkäufer. Diese Unterscheidung ist indeß für die Beurtheilung der Einrede des Spiels unerheblich. Die Klägerin hat bei Ausführung der von ihr als Kommissionärin besorgten Börsenaufträge den Namen ihres Käufers oder Verkäufers nie genannt; sie gilt daher nach Art. 446 D.-R. als Selbstkontrahent und es kann ihr somit schon aus diesem Grunde, gemäß dem vom Bundesgerichte in seiner Entscheidung in Sachen Glason & Cie. gegen Mezger & Cie. vom 20. Februar 1891 (Amtliche Sammlung XVII, S. 144, Erw. 2) aufgestellten Grundsatz, die Einrede des Spiels entgegengehalten werden. Wenn übrigens der Kommissionär bei Besorgung von Börsenaufträgen, welche erkenntlich auf reine Differenzgeschäfte mit Spiel- oder Wettcharakter gerichtet sind, für den Auftraggeber in Vorschuß geht, so gewährt er ihm wesentlich einen Vorschuß zum Behufe des Spiels oder der Wette und es entbehrt daher seine Forderung gemäß Art. 512 Abs. 2 D.-R. überhaupt der Klagbarkeit. Dafür, Vorschüsse zu Spiel- oder

Wettgeschäften verschieden zu behandeln, je nachdem es sich um ein reines, unverschleiertes, oder aber um ein in Form eines Lieferungsgeschäftes eingeleibetes Spiel handelt, liegt ein rechtlicher Grund nicht vor. Das Gesetz stellt Geschäfte letzterer Art dem reinen Spiel oder der reinen Wette gleich; es will sie in allen Beziehungen, also auch rücksichtlich der Klagbarkeit der dafür gewährten Vorschüsse, als Spiel oder Wette behandelt wissen.

5. Zum Thatbestande des klaglosen reinen Differenzgeschäftes ist nun gemäß konstanter Praxis des Bundesgerichtes erforderlich, daß vertraglich, nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter, Willenseinigung der Parteien, Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen sei, so daß bloß die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Fragt sich, ob durch die kantonalen Instanzen ein reines Differenzgeschäft in diesem Sinne festgestellt sei, so ist dies unbedenklich zu bejahen. Die Vorinstanzen folgern aus dem Zusammentreffen einer Reihe von Thatumständen, daß der Beklagte nie die Absicht gehabt habe, effektiv zu kaufen und daß der Vertragswille nie auf ein reelles Lieferungsgeschäft, sondern nur auf die Kursdifferenz gegangen sei. Ein Rechtsirrtum liegt dieser Feststellung nicht zu Grunde. Daß zwar hier Recht und Pflicht effektiver Lieferung und Abnahme ausdrücklich ausgeschlossen worden sei, wird kaum behauptet werden können. Allein dies ist auch nicht erforderlich; es genügt, wenn die Parteien sich stillschweigend in diesem Sinne geeinigt haben. Der Wille braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein; er kann auch aus den den Geschäftsabluß begleitenden Umständen erschlossen werden, sofern daraus sich eben deutlich ergibt, daß die Parteien übereinstimmend Recht und Pflicht realer Lieferung und Abnahme nicht haben begründen wollen. Ein Schluß hierauf erscheint insbesondere dann als zulässig, wenn es sich um Spekulationen handelt, deren Umfang zu den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Spekulanten in einem derartigen Mißverhältnisse steht, daß dieser an Eingehung einer Pflicht zu realer Abnahme oder Lieferung vernünftigerweise überhaupt gar nicht denken kann und dies dem Gegenkontrahenten bekannt ist. Dies erachten nun offenbar die Vorinstanzen als festgestellt und es

dürfte denn auch allerdings klar sein, daß hier die Verhältnisse des Beklagten dem Direktor der klägerischen Anstalt bekannt waren und dieser wußte, der Beklagte könne danach eine Pflicht zum realen Bezuge oder realer Lieferung nicht eingehen wollen. Andere von den Vorinstanzen angeführte Thatumstände, wie der Umstand, daß die gekauften Titel reportirt wurden, oder gar die Aufstellung monatlicher Liquidationsrechnungen, wären allerdings für sich allein nicht genügend, um daraus den Schluß zu ziehen, daß es sich um reine Differenzgeschäfte handle; insbesondere die Liquidationsrechnungen qualifiziren sich als bloße Hülfzrechnungen über die Börsenoperationen, welche die monatliche Situation des Beklagten klar stellten, den Kontokorrent entlasteten, und beweisen nichts für den Spielcharakter der Geschäfte. Allein hier sind nun, wie bemerkt, allerdings Thatumstände festgestellt, aus denen die Vorinstanzen ohne Rechtsirrtum den Schluß ziehen konnten es handle sich um bloße Spielgeschäfte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bewenden.

136. Arrêt du 16 Décembre 1892, dans la cause Hufschmid
contre « La Providence. »

Par arrêt du 17 Septembre 1892, la Cour de justice civile de Genève a prononcé en la cause comme suit :

La Cour reçoit l'appel interjeté par Hufschmid du jugement rendu par le tribunal de commerce le 8 Janvier 1891. Au fond, confirme le dit jugement et condamne l'appelant aux dépens d'appel.

A l'audience de ce jour, le recourant déclare reprendre ses conclusions premières, et la Compagnie intimée conclut au maintien de l'arrêt attaqué.

Oui le juge délégué en son rapport.

Statuant en la cause et considérant :

En fait :

1° Les 18 et 21 Juin 1887 Hufschmid, marchand de fer et quincailler, à Genève, a contracté avec la Compagnie d'assurances « La Providence » une police d'assurance collective contre les accidents corporels qui pourraient atteindre ses ouvriers pendant les heures de travail.

Aux termes du questionnaire, ainsi que du formulaire de ce contrat, Hufschmid déclarait occuper cinq hommes, dont le salaire est de 2500 francs pour le fondé de pouvoirs, 1500 francs pour le garçon de magasin en chef, 1200 francs pour chacun des deux autres garçons de magasin, et 1200 francs pour le charretier.

La police d'assurance contient entre autres les clauses ci-après :

« Art. 1^{er}, al. 2. L'assurance collective a pour base les déclarations du souscripteur.

» Art. 4. L'assurance porte et la prime est due sur tous les ouvriers que le souscripteur occupe aujourd'hui ainsi que sur tous ceux qu'il pourra occuper par la suite dans l'industrie déclarée par la présente police, sauf les exceptions prévues par l'art. 1^{er}.

» A cet effet le souscripteur est tenu d'inscrire régulièrement sur les feuilles de paye, carnets de chantier ou autre, les nom, prénom, profession, salaires et heures de travail, âge et demeure de tous ses salariés. Tout salarié non inscrit n'a droit, en cas de sinistre, à aucune indemnité. Si une partie seulement du personnel ouvrier devait être assurée, le souscripteur serait tenu d'en faire la déclaration en fournissant un état nominatif des personnes assurées au moment de la signature du contrat. Les changements apportés à cet état pendant la durée du contrat devront être dénoncés par écrit à la Compagnie, et l'assurance n'aura d'effet que deux jours après cette déclaration. Toute fausse déclaration ou réticence de la part du souscripteur entraîne la déchéance du droit à l'indemnité, et la Compagnie n'en a pas moins le droit de réclamer les primes courues ou à courir.