

zu Hand, sondern nur von einer solchen auf den Todesfall die Rede sein, dafür aber — führte er aus — mangelten die nach berrnischem Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Er hieß daher die Klage, soweit sie gegen den Ehemann Schlosser gerichtet war, gut; gegen die Ehefrau Schlosser wurde die Klage wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen.

Der Beklagte Ehemann Schlosser ergriff gegen das ihn verurteilende Erkenntnis des Appellations- und Kassationshofes die Berufung an das Bundesgericht, indem er behauptete, das angefochtene Urteil enthalte eine Verletzung des Art. 104 O.-R., wonach die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner die Vermutung begründe, daß die Schuld getilgt sei.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung wegen Inkompetenz nicht eingetreten. In den Gründen seines Urteils führt es zunächst aus, daß Art. 104 O.-R. allerdings an sich anwendbar sei, da die behauptete Rückgabe nach Inkrafttreten des schweizerischen Obligationenrechtes stattgefunden habe. Sodann fährt das Urteil fort:

Art. 104 O.-R. derogiert unzweifelhaft dem Grundsätze des Art. 141 O.-R., wonach der schenkungsweise gewährte Nachlaß durch das kantonale Recht bestimmt wird, nicht; es folgt aus der Rechtsvermutung des Art. 104 O.-R. speziell nicht etwa, daß zum schenkungsweise Nachlasse die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner genüge, sondern die Form des schenkungsweise Nachlasses regelt sich gemäß Art. 10 O.-R., ungeachtet des Art. 104 O.-R., nach kantonalem Rechte. Wenn daher feststeht, daß der Rückgabe des Schuldscheines jedenfalls ein anderer Tilgungsgrund der Forderung als derjenige des schenkungsweise Nachlasses nicht zu Grunde liegt, so beurteilt sich die weitere Frage, ob ein gültiger schenkungsweise Nachlaß vorliege, nach kantonalem Rechte und es entziehen sich daher die sachbezüglichen kantonalen Entscheidungen der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Im vorliegenden Falle nun ist, nach den gesaanten Vorbringen der Parteien, speziell der Beklagten vor der kantonalen Instanz, vollständig klar, daß ein anderer Tilgungsgrund der Forderung als derjenige des schenkungsweise Nachlasses völlig ausgeschlossen ist, daß es sich vielmehr nur fragen

kann, ob durch die Herausgabe der streitigen Obligation, wie sie am 8. April 1894 erfolgte, ein gültiger schenkungsweise Nachlaß vollzogen worden sei. Diese Frage aber wird von der kantonalen Instanz auf Grund der Würdigung der Beweisergebnisse positiv verneint, indem sie zu der Schlußfolgerung gelangt, sofern bei der Herausgabe der Obligation eine Schenkungsabsicht überhaupt obgewaltet habe, so habe es sich dabei jedenfalls nicht um eine Schenkung von Hand zu Hand, sondern höchstens um eine solche von Todeswegen gehandelt und diese sei wegen mangelnder Form nach kantonalem Rechte ungültig. Diese Entscheidung entzieht sich als eine kantonalmrechtliche der Nachprüfung des Bundesgerichtes und da dieselbe für das Schicksal des Rechtsstreites ausschlaggebend ist, so ist das Bundesgericht zur Beurteilung der Berufung materiell inkompetent. Daß die vorinstanzliche Entscheidung auf einer bundesrechtswidrigen Verteilung der Beweislast beruhe, kann nicht gesagt werden, da dieselbe auf der positiven Feststellung beruht, daß ein kantonalmrechtlich gültiger schenkungsweise Nachlaß jedenfalls nicht vorliege, also thatsächlich davon ausgeht, die Rechtsvermutung des Art. 104 O.-R. wäre unter allen Umständen widerlegt.

74. Urteil vom 15. Juli 1899 in Sachen Schweizerische Handelsgesellschaft gegen Stauffer.

Haft der Direktionsmitglieder einer Genossenschaft für Schaden, den diese durch Spekulationen ihres Geschäftsführers erlitten hat. Art. 715 O.-R.; Art. 113 eod. Beweislast. — Stellung des Geschäftsführers in concreto. — Thatsächliche Feststellung, inwieweit vom Bundesgericht auf Aktenwidrigkeit nachzuprüfen (Art. 81, Abs. 1 Org.-Ges.)? — Kenntnis der Generalversammlung von den Spekulationen; Décharge.

A. Durch Urteil vom 3. Februar 1899 hat das Handelsgesricht des Kantons Aargau erkannt:

Die Klägerin ist mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit

den Anträgen: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils der Klagepartei das Klagebegehren zuzusprechen; eventuell sei eine Aktenvervollständigung durch das Bundesgericht entweder selbst vorzunehmen oder anzuordnen, insbesondere sollen die von der Klägerin angetragenen Beweise abgenommen werden.

C. In der Verhandlung vom 6. Juli 1899 wiederholt der Vertreter der Klägerin diese Anträge und beantragt eventuell Gutheißung der Klage in einem reduzierten Betrage.

Der Vertreter des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Auf Grundlage der Bestimmungen von Titel XXVII des Obligationenrechts bildete sich im Jahre 1883 bezw. 1885 auf unbestimmte Zeit unter der Firma „Schweizerische Handelsgesellschaft,“ mit Sitz in Orlikon, eine Genossenschaft schweizerischer im Handelsregister eingetragener Kaufleute, die heutige Klägerin, zu dem Zweck, Kolonial-, Spezerei-, Manufakturwaren etc. direkt aus den ersten Quellen zu beziehen, unter Berücksichtigung der Tagespreise ihren Mitgliedern und Proselyten abzuliefern und überhaupt das Handelsinteresse derselben nach Kräften zu fördern. Die Genossenschaft bezweckt keinen direkten Gewinn; doch soll zur Deckung allfälliger Verluste und Hebung des Gesellschaftskredits aus den allfälligen Jahresüberschüssen ein Reservefonds und ein Garantiefonds gebildet werden. Die Organe der Gesellschaft sind nach § 8 der Statuten: Die Generalversammlung, der Verwaltungsrat, die Direktion, die Geschäftsführer und die Censurkommission (Kontrollstelle). Die Wahl des Verwaltungsrates, der Direktion und des Kontrollführers, sowie der Rechnungsensoren, steht der Generalversammlung, diejenige des Geschäftsführers dem Verwaltungsrate zu (§§ 10 und 14 der Statuten). Der Verwaltungsrat überwacht den ganzen Geschäftsgang mit vollständiger Verwaltungsbefugnis und unter persönlicher Verantwortlichkeit für gewissenhafte Amtsführung (§ 11, Abs. 3 der Statuten). Die Direktion besteht aus dem Präsidenten, Vicepräsidenten und Aktuar des Verwaltungsrates; sie vertritt die Gesellschaft nach außen und es führen namens derselben deren Präsident, Vicepräsident und Aktuar je zu zweien die Unterschrift;

der Verwaltungsrat kann indessen auch einem oder mehreren Geschäftsführern Einzel- oder Kollektivunterschrift unter sich oder je mit einem Mitgliede der Direktion erteilen. Die Geschäftsführer haben zur Aufgabe die Beforgung des Geschäftsverkehrs und der Buchführung; im Verwaltungsrate und in der Direktion ist ihnen beratende Stimme zugeteilt. Die aus drei Mitgliedern zusammengesetzte Censurkommission (Kontrollstelle) hat die Pflicht, an Hand der Geschäftsbücher die Jahresrechnungen und Bilanzen zu prüfen und darüber zu Handen der Generalversammlung schriftlich Bericht und Antrag zu stellen. Aus dem Geschäftsreglement der Klägerin sind folgende Bestimmungen hervorzuheben: „§ 2. Die „Direktion . . . überwacht den gesamten Geld- und Warenverkehr; sie besorgt ferner alle laufenden Geschäfte, welche nicht speziell dem Verwaltungsrat oder einem andern Organe überwiesen sind, „und beaufsichtigt im besondern die Geschäftsführung“ „§ 3. Die Geschäftsführung besorgt unter spezieller Aufsicht des „Präsidenten den gewöhnlichen Wareneinkauf; Lieferungsverträge „und Spekulationskäufe dagegen dürfen nur unter direkter Mithilfe des Präsidenten gemacht werden. Für alle Käufe und „Verträge sind dem Präsidenten Rapporte sofort nach Abschluß „zuzustellen“ „§ 4. Der Präsident . . . überwacht die „Geschäftsführung, ist Mitberater bei Einkäufen, vide § 3 . . .“

Vom Jahre 1894 an war der Beklagte, Stauffer, Handelsmann in Murgenthal, Präsident der Direktion; die übrigen Mitglieder der Direktion waren ein gewisser Zürcher (wohnhaft im Kanton Bern) und ein Greutert (domiziliert im Kanton Thurgau); Geschäftsführer für den Handel in Kolonialwaren war ein Bösch, gewählt am 30. August 1893. Die Geschäftsführung des letztern gab alsbald zu Bemerkungen Veranlassung, da er sich in große Spekulationen einließ. Eine Anzahl von Spekulationskäufen des Bösch, von denen dieser der Direktion erst nachträglich Kenntnis gab, wurden nur in dem Sinne von der Direktion genehmigt, daß der Verlust ganz oder teilweise dem Bösch überhunden wurde, so: am 2. Juli 1894, 20. Juli, 20. September, 6. Dezember 1895, 12. Februar 1896. Am 18. September 1895 kam das Verhältnis zu Bösch im Verwaltungsrate — dem auch die Censoren beimohnten — zur Sprache, wobei der Beklagte

bezüglich eines Rohzuckerkaufes von 2500 \$ die Zumutung Böschs, als hätte letzterer diese Käufe mit Ermächtigung des erstern (des Beklagten) abgeschlossen, als unrichtig zurückwies. Bezüglich eines Kaufes von 15 Cisternen Petrol à 15 $\frac{3}{4}$ bzw. 10. 10. à 19 $\frac{3}{4}$ bemerkt das Protokoll: „Die Behörde tadelt „energisch das einseitige Vorgehen des Geschäftsführers und ladet „die Direktion bei ihrer Verantwortlichkeit ein, solchen Vorkommnissen vorzubeugen.“ Mittelfst Circulars vom 26. September 1895 beschloß die Direktion, auf Antrag des Bösch: Die Einkaufsrapporte seien von ihm der Direktion regelmäßig wöchentlich vorzulegen und von ihr sofort bzw. per Circular zu behandeln; außerdem erhielt die Kontrolle Weisung, allen Wechselln bzw. Fakturen über 1000 Fr., für welche nicht genehmigte Einkaufsrapporte vorliegen und über alle Spekulationskäufe, die ohne Direktion gemacht worden, das Accept zu verweigern. Durch Beschluß des Verwaltungsrates vom 17. März 1896 wurde Bösch für das Defizit von 3365 Fr. aus den Petrolkäufen mit 960 Fr. belastet; ferner wurden ihm Weisungen erteilt, u. a. den Verkehr mit Grossisten bei seiner Verantwortlichkeit aufzuheben und jeden eigenmächtigen Einkauf über 1000 Fr. und auf Lieferung bei eigener Verantwortlichkeit vermeiden zu wollen. Im Protokolle dieser Sitzung ist überdem gesagt: aus der Diskussion über Lieferungskäufe in der Kolonialbranche erhelle, daß solche, wenn mit Erfolg gearbeitet werden solle, nicht ganz zu vermeiden seien, indes stets gemeinsam stattzufinden haben zwischen Geschäftsführer und Präsidium. In der Verwaltungsratsitzung vom 8. Oktober 1896 — in welcher die Censoren ebenfalls anwesend waren — wurde die „Geschäftsführung der Kolonialabteilung bzw. der Direktion“ von einem Mitgliede bemängelt; allein der Verwaltungsrat erteilte der Direktion und speziell dem Präsidenten (dem heutigen Beklagten) laut Protokoll vollständige Satisfaktion. In der Direktionsitzung vom 16. November 1896 gestand Bösch gemäß Protokoll zu, „daß er ohne Wissen und Willen der Direktion 500 \$ good averg. à 70 $\frac{1}{2}$ gekauft und dafür eine „Marge von 5880 Fr. bezahlt habe“; die Direktion beschloß hierauf, er habe diesen Betrag der Gesellschaft sofort zu vergüten, drohte ihm, für den Fall der Wiederholung eines Lieferungskaufes

ohne ihre Mitwirkung keine Entlassung zu beantragen, und überband ihm alle weiteren Folgen dieses Geschäftes. Nichtsdestoweniger fuhr Bösch fort, Spekulationskäufe ohne Verständigung der Direktion einzugehen. Dem Protokoll der Direktionsitzung vom 12. Februar 1897 ist hierüber zu entnehmen: Bösch, über die Entnahme von 3 Obligationen im Gesamtbetrage von 4000 Fr. aus der Kasse befragt, erklärte, er habe ohne Wissen der Direktion für Rechnung der Klägerin Zuckereinkäufe gemacht, die infolge unglücklichen Ausfalles bedeutende Verluste gebracht haben; zur Deckung derselben habe er die 3 Obligationen benötigt. Nach anfänglichem Leugnen erklärte Bösch auf eindringliches Befragen, in Zucker in 7 Spekulationskäufen noch 37 Wagen gekauft zu haben, wovon 20 ohne Bewilligung der Direktion. Die Direktion beschloß daraufhin: Die Kolonialabteilungskasse einem J. Bosshard zu übergeben, dem Bösch zu untersagen, Käufe, die mehr als 500 Fr. betragen, ohne Einwilligung der Direktion abzuschließen und die weiteren Schritte gegen Bösch den Beschlüssen des Verwaltungsrates zu unterstellen. Durch Beschluß des Verwaltungsrates vom 16. Februar 1897 wurde dann Bösch sofort entlassen. Das Protokoll der Verwaltungsratsitzung vom 23. Februar 1897 enthält eine Zusammenstellung aller von Bösch eigenmächtig eingegangenen Geschäfte. In der Verwaltungsratsitzung vom 2. März 1897 wurde eine Übereinkunft mit Bösch dahin getroffen, daß letzterer über eine Obligation von 3000 Fr., die die Klägerin schon in Händen hatte, hinaus noch (hypothekarische und Bürgschafts-) Sicherheit im Betrage von 15,000 Fr. zu leisten habe, wogegen er weiterer Verbindlichkeiten entlassen werde. In den späteren Sitzungen der Direktion und des Verwaltungsrates wurde die Liquidation der von Bösch eingegangenen Zucker- und Kaffeekäufe angeordnet und der Verlust auf den schwebenden Engagements Böschs auf 51,000 Fr. berechnet. Aus den Protokollen der Generalversammlung ist hervorzuheben: In der Versammlung vom 18. März 1896 empfahl die Censurkommission, der Wareneinkauf der Kolonialabteilung sollte sich nur auf den Bedarf der Mitglieder beschränken und warnte davor, „sich auf „größere Spekulationskäufe einzulassen und damit die Existenz „der Gesellschaft zu gefährden.“ Die Annahme der Rechnungs-

ablegung wurde mit großem Mehr beschlossen; ebenso ergab sich eine Mehrheit für Entlastung des Verwaltungsrates. In der Generalversammlung vom 9. Oktober 1896 bemerkte die Censurkommission: Die Kolonialabteilung schließe leider wieder mit einem Defizit von 7538 Fr. 07 Cts., das offenbar von allzugewagten Spekulationskäufen in Petrol herrühre, die schon im April 1895 für August und März 1896 abgeschlossen worden seien; sie empfahl neuerdings Beschränkung der Spekulationskäufe auf das notwendigste. Bösch gab Auskunft über das Defizit. Die Rechnung wurde nach dem Antrage der Censurkommission mit großem Mehr genehmigt. Der Bericht der Censurkommission an die Generalversammlung vom 15. April 1897 rügte, daß der Bestand des Kolonialwarenlagers nicht nur keine Reduktion, sondern eine bedeutende Zunahme erfahren habe; es ergebe sich, daß man von verbotenen Börsengeschäften Gebrauch gemacht habe. Die Geschäfte wurden einzeln aufgezählt, und es wurde bemerkt, daß sich ein Verlust von 51,600 Fr. darauf ergebe. Die Rechnung wurde, unter üblicher Entlastung der Censoren, genehmigt. In derselben Sitzung wurde vom Beklagten über die Entlassung des Bösch und die Vereinbarung mit ihm referiert und beides genehmigt. Ferner wurde beschlossen, der Geschäftsführung (Direktion und Geschäftsführer) sei von heute (15. April 1897) an jedes Börsengeschäft strengstens verboten, und habe sie allen Schaden, der der Gesellschaft aus Nichtbeachtung dieses Beschlusses erwachsen sollte, persönlich ungeschmälert zu vergüten, auch wenn das Geschäft Nutzen bringen sollte. Die Direktion solle sich zu Protokoll erklären und verpflichten, daß sie die persönliche Verantwortung für derartigen Schaden übernehme, auch für Schaden, welcher der Gesellschaft ferner entstehen sollte aus effektiven Lieferungskäufen, welche von größerem Umfange seien, als höchstens die Hälfte des Jahresumsatzes. Der Beklagte und Zürcher gaben diese Erklärung sofort zu Protokoll ab. Am 23. Juni 1897 reichte der Beklagte seine Entlassung als Präsident des Verwaltungsrates ein; sie wurde jedoch erst auf Ende Dezember 1897 angenommen. Nach den in der Generalversammlung vom 20. Juni 1897 revidierten Statuten der Klägerin sind nunmehr alle Börsengeschäfte ausdrücklich vom Geschäftskreise der Klägerin ausge-

schlossen. Die Generalversammlung vom 27. September 1897 setzte eine Untersuchungskommission zur Aufklärung der Geschäfte Böschs und des Verhaltens der alten Direktion zu denselben ein, und in der Generalversammlung vom 29. April 1898 wurde beschlossen, es sei dem Verwaltungsrate Vollmacht zu erteilen, auf gültlichem oder dem Prozeßwege gegen die alte Direktion vorzugehen, um eine gewisse Rückvergütung des durch die Spekulationen Böschs entstandenen Schadens zu erlangen.

2. Mit Klageschrift vom 1. September 1898 erhob nun die Klägerin gegen den Beklagten beim aargauischen Handelsgericht Klage auf Bezahlung von 37,177 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 5% von der Einreichung der Klage an. Die Klagesumme stellt den Verlust dar, den sie an den Börsengeschäften des Bösch erlitten zu haben behauptet, und setzt sich folgendermaßen zusammen:

1. Geschäft mit Neubauer, 2000 Säcke Rohzucker, d. d. 24. und 30. September 1896	Fr. 6,277 55
2. Zuckschwerdt & Beuchel, 4000 Säcke Rohzucker, 23. Februar, 12. April, 28. Mai und 30. Juni 1897	" 10,733 10
3. Latham & Cie., 1500 Säcke Kaffee, 26. April und 26. Juni 1897	" 27,813 50
4. Latham & Cie.	" 15,361 —
	<hr/> Fr. 60,185 15

Davon wird abgezogen der auf andern Börsengeschäften gemachte Gewinn von Fr. 8,007 45 sowie die Belastung Böschs mit " 15,000 — " 23,007 45 so daß als Verlust bleibt die Klagesumme von . Fr. 37,177 70

Für diesen Verlust hafte gemäß Art. 62, 715 und 113 O.-R. die Direktion, und zwar nach Art. 60 und 163 O.-R. jedes einzelne Mitglied, also auch der Beklagte, solidarisch. Und zwar wurde die Klage in erster Linie darauf gestützt, daß der Beklagte von allen den oben erwähnten Börsengeschäften Kenntnis gehabt, ja teilweise dazu Auftrag erteilt habe; in zweiter Linie wurde geltend gemacht, es falle ihm Verletzung seiner Pflichten der Beaufsichtigung der Geschäftsführung zur Last. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an.

3. Die Klägerin verlangt Ersatz von Schaden, den ihr der Beklagte als früheres Mitglied der Direktion durch Nichterfüllung von Pflichten verursacht haben soll, die ihm nach Statut und Reglement und den einschlagenden Gesetzesbestimmungen in jener Eigenschaft obgelegen. Nach den Statutenbestimmungen kann nun zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß die Direktion der klägerischen Gesellschaft dasjenige Organ ist, welches vom Obligationenrecht Art. 695 als „Vorstand (Direktion)“ bezeichnet wird, dessen Obliegenheiten in Art. 695—704 eod. geregelt sind, und bezüglich dessen Verantwortlichkeit Art. 715 D.-R. bestimmt, es kommen dafür die Bestimmungen der Art. 62, 113 und 115 zur Anwendung. An diesen Art. 715 D.-R. hatte sich also die Klage in erster Linie zu stützen. Von den daselbst angeführten Gesetzesbestimmungen fallen Art. 62 und 115 in casu von vornherein außer Betracht. Denn es handelt sich bei der vorliegenden Klage um Schaden, den der Beklagte durch seine eigenen Handlungen und Unterlassungen der Klägerin zugefügt haben soll, und nicht um seine Verantwortlichkeit für Schaden, den seine Angestellten innerhalb oder außerhalb des Vertragsverhältnisses verursacht hätten, indem ja der Geschäftsführer Bösch nicht Angestellter des Beklagten oder der Direktion, sondern der Klägerin war. Art. 113 nun normiert das Maß der Haftung des Schuldners in Vertragsverhältnissen; der Grundsatz der Haftung selbst ist in den vorhergehenden Art. 110—112 bestimmt. Diese Bestimmungen finden auf das Verhältnis des Beklagten zur Klägerin Anwendung, da die Mitglieder der Direktion einer Genossenschaft zu dieser in einem Vertragsverhältnisse stehen, das als Mandat oder als Dienstvertrag aufgefaßt werden kann, richtiger aber wohl in die letztere Kategorie gehört. Die vorliegende Schadensersatzklage ist somit eine solche aus Vertrag, und das hat bezüglich der Beweislast zur Folge, daß nicht die klagende Genossenschaft das Verschulden des klagenden Vorstandsmitgliedes, sondern dieses sein Nichtverschulden bezw. die Erfüllung seiner Pflichten oder die Unmöglichkeit der Erfüllung zu beweisen hat; die Klägerin hat ihrer Beweispflicht genügt mit dem Nachweise, daß ihr ein Schaden entstanden sei und zwischen demselben und den Pflichten des belangten Vorstandsmitgliedes ein Kausalzusammenhang bestehe,

d. h. daß nach der Art des dargethanen Ereignisses, durch welches der Schaden bewirkt worden ist, die Annahme an sich begründet sei, er habe durch Erfüllung der Obliegenheiten der Gesellschaftsorgane verhütet werden können, die Verhütung sei also in den Kreis ihrer Obliegenheiten gefallen. Die Klägerin hat sich nun aber in erster Linie auf den Standpunkt gestellt, daß die unbestrittenenmaßen statuten- und reglementswidrigen Geschäfte, aus denen geklagt wird, von Bösch im Einverständnis, mit Genehmigung des Beklagten abgeschlossen worden seien, und für diese Behauptung liegt ihr der Beweis ob. Bezüglich ihres zweiten Standpunktes: Daß der Abschluß jener Geschäfte hätte vermieden werden können, wenn der Beklagte seine Pflichten erfüllt und den Geschäftsführer Bösch mit der ihm obliegenden Sorgfalt überwacht hätte, hat sie darzuthun, daß dem Beklagten, wenn er seine gesetzes- und statutengemäßen Verpflichtungen gehörig erfüllt hätte, vor Abschluß jener Geschäfte nicht habe entgehen können, daß die Beibehaltung des Bösch als Geschäftsführer mit Gefahr für die Genossenschaft verbunden und daher dessen Entlassung geboten gewesen sei, und überdies die Herbeiführung dieser Entlassung in den Kreis der Obliegenheiten des Beklagten gehört habe; dem gegenüber hat dann der Beklagte zu beweisen, daß er den Bösch mit gehöriger Sorgfalt überwacht habe und ihn bezüglich der Nichtentlassung des Bösch vor Abschluß jener Geschäfte kein Verschulden treffe.

4. Die Stellung des Geschäftsführers Bösch in der klägerischen Genossenschaft und sein Verhältnis zur Direktion betreffend, kann nach § 14 der Statuten und § 8 des Reglementes und der Art. 110, wie diese Bestimmungen gehandhabt wurden, nicht zweifelhaft sein, daß der Geschäftsverkehr, insbesondere der Wareneinkauf, dem Geschäftsführer oblag, dieser also bezüglich dieses Verkehrs die Gesellschaft nach außen, Dritten gegenüber, zu vertreten hatte, die Klägerin somit durch dessen Geschäfte verpflichtet und berechtigt wurde. Der Reglementsbestimmung, daß Lieferungsverträge und Spekulationskäufe nur unter direkter Mithilfe des Präsidenten gemacht werden dürfen, kann namentlich gegenüber § 14 der Statuten, wonach der Geschäftsführer zur Beforgung des Geschäftsverkehrs, ohne Ausnahme, bestellt wird, nur Bedeutung für sein

Verhältnis nach innen, zur Genossenschaft, nicht aber auch für seine Ermächtigung nach außen, gegenüber Dritten, beigegeben werden; danach war der Geschäftsführer verpflichtet, Lieferungs- und Spekulationskäufe nicht ohne die Zustimmung des Präsidenten abzuschließen; allein zur Verpflichtung der Genossenschaft gegenüber Dritten war die Mitwirkung des Präsidenten beim Vertragschluß bzw. seine Unterschrift nicht erforderlich. Übrigens hätte diese Beschränkung des Geschäftsführers nur solchen Dritten entgegengehalten werden können, welche dieselbe erweislich gekannt hätten; denn Bösch befand sich bezüglich der Wareneinkäufe nach außen in der Stellung eines Handelsvollmächtigten im Sinne des Art. 426 D.-M., so daß sich seine Vollmacht gemäß Gesetz auf alle Rechtshandlungen erstreckte, welche der Wareneinkauf gewöhnlich mit sich brachte. Für den Umfang der Handlungsvollmacht ist diejenige Willensmeinung des Prinzipals maßgebend, die aus seinem äußern Verhalten zu erkennen ist, d. h. es kommt darauf an, wie die Bevollmächtigung in die Erscheinung tritt; und da nun der mit Bösch kontrahierende Dritte kaum entnehmen konnte, für welchen Zweck ein Geschäft jeweils bestimmt war: ob für den Bedarf der Klägerin oder für Spekulationen, so waren diese Dritten zu der Annahme berechtigt, daß Bösch überhaupt zum Wareneinkauf berechtigt sei, so lange ihnen die Beschränkung bezüglich der Lieferungs- und Spekulationskäufe nicht speziell zur Kenntnis gebracht war; eine solche Kundmachung hat nun aber nach der eigenen Darstellung der Klägerin offenbar nie stattgefunden und nicht in der Absicht der Klägerin gelegen. Nicht dagegen erstreckte sich die Vollmacht des Bösch nach Gesetz auf Differenzgeschäfte, da diese nicht zu denjenigen Rechtshandlungen gehören, die der Wareneinkauf gewöhnlich mit sich bringt. Diese Geschäfte hätte die Klägerin gemäß Art. 512 D.-M. als für sie unverbindlich ablehnen können. Die andern Geschäfte mußte sie den Dritten gegenüber anerkennen, konnte aber den Bösch ganz oder teilweise dafür verantwortlich machen. Über den in § 3 des Reglements getroffenen Unterschied von „Lieferungsverträgen“ und „Spekulationskäufen“ ist des weitern zu bemerken: Die Klägerin beabsichtigt nach § 1 ihrer Statuten keinen direkten Gewinn, sondern nur, ihren Mit-

gliedern durch Umgehung des Zwischenhandels gute und billige Waren zu verschaffen; daneben aber sollte doch zur Erhöhung ihrer Kreditfähigkeit ein Garantie- und Reservefonds angelegt werden. Die Einkäufe, die für die Klägerin zu machen waren, konnten daher einen doppelten Zweck haben: sie sollten entweder für den Bedarf bestimmt sein, oder aber, unter Ausnutzung günstiger Konjunkturen, für den Weiterverkauf, letzteres alsdann zum Zwecke der Speisung des Garantie- und Reservefonds. Auch die für den Bedarf bestimmten Käufe brauchten, wie dies in der Natur der klägerischen Genossenschaft und des für sie erforderlichen Handelsbetriebes lag, nicht ausschließlich Kassageschäfte, sondern sie durften auch Termingeschäfte sein; und es ist klar, daß für solche die Börse der geeignete Ort zum Geschäftsabschluß war. Danach waren Börsengeschäfte im weitern Sinne nicht etwa untersagt, gegenteils im Reglemente vorgesehen. Das geht übrigens insbesondere aus zwei Thatsachen auf das schlagendste hervor: Aus dem Beschlusse der Generalversammlung vom 15. April 1897, daß der Geschäftsführung von nun an jedes Börsengeschäft verboten sei, und aus den neuen Statuten vom 23. Juni 1897, wonach nunmehr Börsengeschäfte (überhaupt) aus dem Geschäftskreise der Klägerin ausgeschlossen sein sollen. Unter den Lieferungsverträgen und Spekulationskäufen, die das Reglement vorschreibt, sind dagegen reine Differenzgeschäfte nicht zu verstehen, da diese vom Handel nur die Form des Kaufes und Verkaufes entlehnen, dem Wesen nach aber nichts anderes als ein Spiel sind, und vom Obligationenrecht (Art. 512) nicht als rechtsgültig angesehen werden. Die reinen, klaglosen Differenzgeschäfte waren daher dem Geschäftsführer untersagt, wie denn auch die Klägerin ausdrücklich hierauf abstellt. Und zwar ist bezüglich der Begriffsbestimmung derartiger Differenzgeschäfte anzunehmen, daß auch die Klägerin von der bundesgerichtlichen Definition ausgehe, wonach ein reines Differenzgeschäft dann vorhanden ist, wenn gemäß dem Willen der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung ausgeschlossen sind und Gegenstand des Vertrages die Differenz zwischen dem Kurse des Vertragstages und einem bestimmten späteren Kurse bildet.

5. Übergehend zum ersten Standpunkte der Klägerin, ist zu

sagen: Die Frage, ob der Beklagte von den Börsenspekulationen Böschs Kenntnis hatte, ist thatsächlicher Natur; das Bundesgericht ist daher an die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, sofern sie weder aktenwidrig sind noch bundesgesetzliche Bestimmungen über Beweiswürdigung verletzen (Art. 81 O.-G.). Nun verneint die Vorinstanz jene Frage, und zwar gestützt auf die Protokolle der Direktion, speziell die in Erm. 1 hievor angeführten Vorfälle vom 16. November 1896, 2. Februar, 16. Februar 1897; ferner auf den Umstand, daß Bösch zugestanden habe, mit den Verkaufsgagenten unter seiner persönlichen Adresse verkehrt zu haben, sowie auf den weiteren, daß er sich sofort schuld- bewusst gezeigt, und den Schaden soweit möglich zu decken gesucht habe; endlich darauf, daß in den Couchenbüchlein die Ratham-Geschäfte mit Ausnahme eines einzigen von 500 \$ (Nr. 346) nicht aufgeführt seien. Dem gegenüber mißt sie der nachträglichen Erklärung Böschs, der Beklagte habe ihm Auftrag erteilt, mit den Verkaufsgagenten unter seiner persönlichen Adresse zu verkehren, keine Glaubwürdigkeit bei. Eine Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften liegt in diesen Feststellungen und der daraus gezogenen Schlussfolgerung nirgends; insbesondere ist die Würdigung der Beweisergebnisse, die ausschließlich Sache des kantonalen Richters ist, ohne solche Verletzung zu stande gekommen. Und daß jene Feststellungen und der daraus von der Vorinstanz gezogene Schluß der Unkenntnis des Beklagten aktenwidrig seien, ist vom Vertreter der Klägerin selber in der Berufungsverhandlung nicht behauptet worden. Darauf, daß die Aktenwidrigkeit in dem nach der Berufungserklärung von der Klägerin eingelegten Gutachten Weili behauptet wird, kann nichts ankommen, da der Vertreter der Klägerin auf diese Ausführungen des Gutachtens in der Berufungsverhandlung nicht Bezug genommen hat. Kantonalen Urteilen in Bezug auf den Entscheid von Thatsachen nachzugehen, ist aber für das Bundesgericht nur insoweit Veranlassung vorhanden, als von einer Partei ausdrücklich Aktenwidrigkeit geltend gemacht und unter Bezeichnung der Aktenstücke oder Aktenstellen, aus denen sie hervorgehen soll, begründet worden ist. Allerdings ist die Begründung der Berufungsanträge für den Erfolg des Rechtsmittels insoweit nicht erforderlich, als es sich um die Frage han-

delt, ob eine Norm des eidgenössischen Rechts nicht oder nicht richtig angewendet worden sei; vielmehr wird der Rechtsstreit durch die einfache Ergreifung der Berufung innerhalb des Rahmens der gestellten Abänderungsanträge zur freien rechtlichen Nachprüfung des Bundesgerichts gebracht, derart, daß dasselbe jede in dem kantonalen Urteil wirklich vorliegende Verletzung des eidgenössischen Rechts, auch wenn sie vom Berufungskläger nicht einmal geltend gemacht worden ist, berücksichtigen muß. Dies ergibt sich aus Art. 57, Art. 74 Abs. 3 und Art. 81 Org.-Ges. Dagegen folgt aus der Bestimmung des Art. 81 eod., wonach das Bundesgericht an die thatsächlichen Feststellungen des vorinstanzlichen Urteils gebunden sein soll, sofern nicht Aktenwidrigkeit oder Verletzung eidgenössischer Beweisvorschriften vorliegen, daß die Thatsache beim Bundesgericht nur dann zu verhandeln und zu entscheiden ist, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind. Es kann unmöglich die Meinung des Gesetzes sein, daß das Bundesgericht jede thatsächliche Feststellung von Amtes wegen, also ohne daß eine Partei dieselbe ansieht, auf ihre Aktenwidrigkeit nachzuprüfen habe. Nur bei dieser Auslegung des Organisationsgesetzes wird auch die Rechtsstellung des Berufungsbeklagten gehörig gewahrt, der ein rechtliches Interesse daran hat, über die behauptete Aktenwidrigkeit thatsächlicher Feststellungen gehört zu werden. Auch wenn übrigens das Bundesgericht die Thatsachenfeststellung von Amtes wegen auf ihre Aktegemäßheit oder Aktenwidrigkeit zu prüfen hätte, könnte in casu die Annahme der Vorinstanz nicht als aktenwidrig bezeichnet werden. Das Gutachten Weili übergeht die Argumentation der Vorinstanz mit Stillschweigen und beruft sich auf einige Aktenstücke, aus denen der stritte Beweis für die Kenntnis des Beklagten hervorgehen soll, nämlich auf die Einkaufsrapportsouche Nr. 346 (500 \$, Geschäft mit Ratham & Cie.), auf einen Brief des Bösch vom 27. Juni 1896, eine Zuschrift des Beklagten an die Klägerin vom 28. gl. Mts., einen Brief des Beklagten an Bösch vom 16. April 1896 und einen solchen des Beklagten an die Klägerin vom 28. Mai 1896. Abgesehen nun davon, daß der Beklagte in seiner Eingabe vom 2. Februar 1899 die Zulässigkeit der klägerischen Eingabe vom 30. Januar 1899 samt Beilagen (zu denen die erwähnten Briefe gehören) bestritten

hatte und die Annahme nicht unbegründet erscheint, daß die Vorinstanz diese Aktenstücke aus diesem Grunde mit Stillschweigen übergegangen habe, so beziehen sich die von der Klägerin angerufenen Beweismittel nur auf die am 4. Juni 1896 von Bösch bei Latham & Cie. bestellten 500 \$ und bestreitet der Beklagte nicht, daß er vier Tage nach derselben von der Bestellung Kenntnis erhalten und derselben die — ihm aufgebrungene — Genehmigung erteilt hatte; streitig ist aber, ob der Beklagte zu derselben seinen Auftrag resp. seine Zustimmung vorher gegeben habe, und das geht nun aus jenen Aktenstücken keineswegs mit der Sicherheit hervor, daß angeichts der von der Vorinstanz für ihre Annahme angeführten Gründe letztere als aktenwidrig bezeichnet werden könnte. In dem Briefe des Beklagten an Bösch vom 28. Juni 1896 ist allerdings gesagt, daß Hr. Zürcher schreibe, er werde je nach der Größe des auf Petroleum erlittenen Verlustes nochmals zu einem Kaffeekauf von 500 \$ Hand bieten, und heißt es weiter: „Wie Sie sehen, ist der Kurs unter 70 und halte ich meinerseits das Risiko für nicht mehr groß.“ Allein in diesem Schreiben kann doch eine Ermächtigung Böschs zum Ankauf von 500 \$ ohne vorherige Bewilligung des Beklagten nicht gefunden werden, und jedenfalls ist nicht bewiesen, daß dieses Geschäft ein Differenzgeschäft gewesen sei, und also auch nicht, daß der Beklagte gewußt habe, daß es sich um ein solches Geschäft handle.

6. Demnach muß auf den zweiten Standpunkt der Klägerin eingetreten und geprüft werden, ob der Beklagte der Klägerin nicht deshalb für den ihr von Bösch verursachten Schaden verantwortlich sei, weil er es an der statutengemäßen Aufsicht über Bösch habe fehlen lassen und nicht die erforderlichen Maßregeln zur Verhütung des Schadens getroffen, insbesondere die Entlassung des Bösch veranlaßt habe. Nun kann allerdings nicht zweifelhaft sein, daß Bösch mit voller Kenntnis des Beklagten bezw. der Direktion dem Reglemente von Anfang seiner Anstellung an wiederholt zuwidergehandelt hat, wie dies aus den in Erw. 1 angeführten Thatsachen hervorgeht. Allein hieraus ergibt sich auch, daß auch der Verwaltungsrat und ferner die Censoren vom reglementswidrigen Gebahren des Bösch unterrichtet waren; gleichwohl haben auch diese Organe niemals die Entlassung des Bösch

veranlaßt bezw. darauf angetragen, und es hat die Generalversammlung selber der Direktion nie daraus einen Vorwurf gemacht, daß sie den Bösch nicht früher entlassen habe. Es kann sich daher nur fragen, ob der Beweis dafür, daß Bösch schon früher, vor den in Frage stehenden, Differenzgeschäften abgeschlossen und der Beklagte dies gewußt habe resp. habe wissen müssen, geleistet sei. In Betracht kommen können in dieser Beziehung lediglich die Einkäufe von — allerdings vielen tausend Centnern — Rohzucker vom 7. Dezember 1894, 7. Mai, 30. Mai und 27. November 1895, 1. September, 28. Oktober und 7. November 1896. Daß die Klägerin keinen Bedarf in Rohzucker gehabt hat, ist allerdings richtig; daß derselbe kein Handelsartikel sei, kann dagegen wohl kaum behauptet werden. Diese Käufe waren aber nicht nur der Direktion, sondern auch dem Verwaltungsrat und den Censoren aus den Protokollen bekannt, und es ist ungedenkbar, daß diese nicht energisch dagegen Einsprache erhoben hätten, wenn sie den Ankauf von Rohzucker als durch Statuten und Reglement ausgeschlossen betrachtet hätten. Übrigens hat auch die Generalversammlung schon im Jahre 1894 von dem Ankauf von Zucker und den darauf erlittenen Verlusten Kenntnis gehabt, und es liegt durchaus kein Grund zu der Annahme vor, daß sie nicht gewußt habe, es handle sich um Rohzucker, sondern der Meinung gewesen sei, es betreffe raffinierten Zucker. Es steht nun aber nicht fest, daß die Geschäfte, deretwegen der Beklagte belangt wird, wirkliche Differenzgeschäfte in dem in Erw. 4 i. f. gegebenen Sinne gewesen seien; jedenfalls hat die Klägerin wie die Einrede des Differenzgeschäftes gegenüber den dritten Kontrahenten erhoben, und zudem ergibt sich aus den Akten nicht mit Sicherheit, daß der Abschluß von Differenzgeschäften zur Entlassung des Bösch geführt habe; in den Protokollen ist vielmehr nur von zu großen Spekulationsgeschäften die Rede.

7. Zu allen diesen für Abweisung der Klage sprechenden Erwägungen kommt noch die weitere, daß die Generalversammlung vom 17. April 1897 durch Genehmigung der Rechnung die Entlastung der Verwaltung ausgesprochen hat. In dieser Generalversammlung haben die Censoren sowohl einen allgemeinen Bericht als speziell einen solchen über die außerordentliche Revision

der Kolonialabteilung vom 11. und 12. Februar 1897 erstattet und insbesondere die sämtlichen Geschäfte, für deren verlustbringende Folgen der Beklagte nun belangt wird, speziell aufgeführt und teils als Börsengeschäfte, teils als größere effektive Lieferungs-geschäfte bezeichnet, welche, auf Grund des Tageskurses vom 15. April 1897 berechnet, für die Gesellschaft einen Verlust von 51,000 Fr. ergeben. Die Gesellschaft hatte also von diesen Geschäften und deren Folgen am 15. April 1897 ganz genaue Kenntnis, wie ihr denn auch über das Gebahren Böschs und dessen Entlassung in beiden Berichten der Censoren einläßlicher Aufschluß erteilt worden war. Die Entlastung der Verwaltung könnte daher, nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis, der Klägerin nur dann nicht entgegengehalten werden, wenn sich nachträglich ergeben hätte, daß die der Genossenschaft von den Censoren und der Direktion (resp. dem Beklagten) gemachten Angaben: daß die fraglichen Geschäfte dem Bösch zur Last zu legen seien, und er sie hinter dem Rücken der Direktion abgeschlossen habe, unrichtig gewesen seien; allein dieser Beweis ist nach den Erw. 5 gegebenen Ausführungen nicht als geleistet zu betrachten. Eben-sowenig liegt nach dem in Erw. 6 gesagten der Beweis dafür vor, daß Bösch schon früher, in den Jahren 1894 und 1895, Börsendifferenzgeschäfte abgeschlossen habe, welche die Direktion hätten veranlassen sollen, dessen Entlassung zu bewirken.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 3. Februar 1899 in allen Teilen bestätigt.

75. Urteil vom 16. September 1899 in Sachen
Minder gegen Fischer.

Darlehen, aufgenommen vom Beklagten als Schuldner oder aber als Stellvertreter eines Dritten? — Cession der Darlehensforderung, Art. 184, 186, 187 und 188 O.-R. Schriftliche Beurkundung? Zahlung an nachgehenden Erwerber in gutem Glauben? Streit über Gläubigerqualität an der Forderung?

A. Durch Urteil vom 12. Juni 1899 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Der Beklagte wird zur Zahlung von 5000 Fr. und Zins zu 5 % seit 5. Juli 1898 an Kläger verurteilt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag: Die Klage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten seinen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. Januar 1896 erhielt der Beklagte Minder von der Schwiegermutter seines damaligen Associates Adolf Fischer (Bruder des Klägers), der Frau Henriette Bielle in Evian, den Betrag von 5000 Fr. ausbezahlt, dessen Empfang er dem Bankhause der Frau Bielle quittierte. Am gleichen Tage stellte Adolf Fischer einen Schuldschein zu Gunsten des Beklagten aus, dahin lautend, er anerkenne, dem Beklagten aus Darlehen 5000 Fr. zu schulden; das Kapital sollte auf einen Monat kündbar und vom Tage der Ausstellung des Schuldscheines bis zur Rückzahlung mit 5 % zu verzinsen sein. Frau Bielle ermächtigte durch schriftliche Vollmacht vom 25. Juli 1896 den Adolf Fischer, die Summe von 5000 Fr. samt Zins zu 5 % seit 25. Januar 1896, welche sie dem Beklagten als Darlehen gegeben habe, beim