

Schadenersatzanspruch des Klägers nicht schon infolge jenes von den Gründern gebrachten Opfers dahingefallen, so müßte doch jedenfalls in dem Verhalten des Klägers, so wie dasselbe aus den Akten ersichtlich ist, ein Verzicht auf die Geltendmachung irgend welcher Schadenersatzansprüche gegenüber den Gründern erblickt werden. Denn einerseits ist unbestritten, daß die Generalversammlung vom 14. April 1905 durch Genehmigung des am 30. Dezember 1904 mit den drei Gründern abgeschlossenen Übereinkommens diese letztern „von jeglicher Verantwortlichkeit im Sinne des Art. 671 OR liberiert“ hat, und andererseits hat der Kläger nicht dargetan, daß er gegen diesen Beschluß der Generalversammlung, der in der Hauptsache seinen eigenen Propositionen entsprach, binnen sechs Monaten nach erlangter Kenntnis regelrecht Einsprache erhoben habe. Es steht somit, wie Art. 675 OR bestimmt, dem Klagerechte des Klägers jener Beschluß der Generalversammlung entgegen.

Daß übrigens am 14. April 1905, als die Gründer von ihrer Verantwortlichkeit liberiert wurden, die Eigenschaft Gampers als Apportanten bereits bekannt war, und daß somit speziell auch auf die weitere Ableitung von Schadenersatzansprüchen aus dieser Tatsache verzichtet worden ist, ergibt sich mit Deutlichkeit aus dem Bericht der Untersuchungskommission vom August 1904, in welchem gerade der Nachweis der Eigenschaft Gampers als Apportanten geleistet worden war.

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Kläger gegen das Übereinkommen vom 30. Dezember 1904 und den Beschluß der Generalversammlung vom 14. April 1905 auch deshalb keine Einsprache mehr erheben kann, weil er in der Replik jenes Übereinkommens insoweit akzeptiert hat, als dasselbe der Gesellschaft und daher auch ihm günstig war. Es geht selbstverständlich nicht an, das von den Gründern gebrachte Opfer anzunehmen, die mit der Annahme dieses Opfers verknüpfte Auflage aber nachträglich zurückzuweisen.

10. Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Klage, soweit sie nicht verjährt ist, wegen bereits geleisteten Schadenersatzes und wegen Verzichts des Klägers auf weitem Ersatz abzuweisen, ohne daß es einer genaueren Feststellung der nach der Darstellung

des Klägers bei der Gründung der Aktiengesellschaft vorgekommen einzelnen Unregelmäßigkeiten bedürfte. Es ist daher auch dem Eventualantrag des Klägers auf Aktenvervollständigung keine Folge zu geben.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 10. November 1906 bestätigt.

**36. Urteil vom 4. Mai 1907 in Sachen
Spelsterini, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Seiler, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Uebergabe eines Ringes seitens eines Luftschniffahrers an einen mitfahrenden Passagier kurz vor der Abfahrt. Schadenersatzklage wegen Verlustes des Ringes. — Anerkennung der Schadenersatzpflicht? — Haftpflicht des Gastwirtes, Art. 486 OR. — Mandat zur Hinterlegung im Hotel? — Hinterlegungsvertrag. Pflichten des Depositars. Art. 475 ff., 113 OR.

A. Durch Urteil vom 23. Juni 1906 hatte das Bezirksgericht Brig die auf Bezahlung von 2500 Fr. Schadenersatz samt Zins zu 5 % seit 23. Januar 1905 gerichtete Klage abgewiesen.

Auf Appellation des Klägers hin hat sodann der Appellations- und Kassationshof des Kantons Wallis mit Urteil vom 8. November 1906 erkannt:

Das angefochtene Urteil wird schlechthin bestätigt.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit der er den Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne der Gutheißung der Klage stellt.

C. Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Klage angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Folgende Tatsachen bilden die Grundlage des Prozesses:
Am 19. September 1903 unternahm der Kläger eine Luftschiff-

fahrt zwecks Überquerung der Walliser Alpen, wobei er den Beklagten und einen gewissen H. Werneck aus Zürich als Passagiere mit sich führte, ersteren gegen ein Honorar von 3000 Fr. Der Kläger war schon seit zirka drei Wochen in dem der Kollektivgesellschaft „Gebrüder Seiler“ — deren einer Teilhaber der Beklagte ist — gehörenden Hotel «Mont Cervin» in Zermatt abgestiegen, und zwar als freigehaltener Gast. Während nun der Kläger und auch der Beklagte sich am Morgen des 19. September 1903 auf dem zirka 50 Schritte vom Hotel «Mont Cervin» befindlichen Aufstiegplatz beim Füllen des Ballons beteiligten, übergab der Kläger dem Beklagten einen Ring zum Aufbewahren. Der Beklagte nahm den Ring in Empfang und befestigte ihn sofort mittelst Einknotens an seiner Uhrkette. Kurze Zeit vor der Auffahrt kleidete der Beklagte sich um, tauschte seine Uhr gegen einen Chronometer aus und ließ sich photographisch aufnehmen. Um die Mittagszeit traten die Lustschiffer ihre Fahrt an; sie landeten am andern Morgen im Gebirge ob Bignasco im Kanton Tessin und zogen durch Gestein und Gestrüpp ins Tal hinunter. Als der Kläger in Bignasco sich nach seinem Ring erkundigte, fand der Beklagte ihn nicht vor. Am 24. September schrieb der Beklagte dem Kläger, er habe seit seiner Rückkehr nach dem Ring geforscht. Wenn er alles nochmals überdenke, komme es ihm vor, er habe den Ring dem Kläger kurz vor der Abfahrt (sc. mit dem Ballon) zurückgegeben. Auf Depesche des Klägers hin, er habe den Ring nicht zurückbekommen, setzte der Beklagte seine Nachforschungen fort; am 8. Oktober schrieb er dem Kläger, seine Meinung, er habe ihm den Ring zurückgegeben, sei nur eine Vermutung gewesen, eine der Möglichkeiten, wie er sich das so rätselhafte Verschwinden erkläre; er fügte bei: „Nachdem alle meine Nachforschungen resultatlos geblieben, kann ich Sie nur bitten, mir mitteilen zu wollen, wie ich Sie für diesen Verlust, der mich außerordentlich empfindlich berührt, entschädigen kann.“ Als hierauf der Kläger eine Forderung von 1500 Fr. stellte, mit dem Bemerkten, der Ring sei 2500—3000 Fr. wert, schrieb der Beklagte (unterm 26. Oktober 1903): Er wisse sich von jeder Nachlässigkeit frei; der Kläger selbst habe ihm den Rat gegeben, den Ring an der Uhrenkette zu verwahren; wenn er nachträglich

die verschiedenen Peripetien der Fahrt überblicke, so müsse er sich sagen, daß er ihn daselbst oft und leicht hätte verlieren können. Hätte er den enormen Wert des Ringes und die Wechselfälle der Fahrt gekannt, so würde er den Ring sofort im Bureau gegen einen Depositenchein hinterlegt haben. Trotz alledem sei er bereit, einen Beitrag zur Deckung des Verlustes zu leisten. „Doch von dieser enormen Summe“ — heißt es weiter — „die Sie in Ihrem Briefe nennen, kann keine Rede sein. Ich habe Ihnen einen Freundschaftsdienst erwiesen, bei dem ein böser Zufall mir einen schlimmen Streich gespielt hat. Weder rechtlich noch moralisch bin ich zu der mindesten Entschädigung verpflichtet. Ich erkläre mich bereit, Ihnen Franken fünfhundert als Beitrag an den Verlust zu zahlen.“ Eine Einigung kam nicht zustande und der Kläger hat am 23. Januar 1905 Klage erhoben.

2. Der Kläger will die Entschädigungspflicht des Beklagten — ohne allerdings vor Bundesgericht ein besonderes Gewicht darauf zu legen — in erster Linie auf eine Anerkennung stützen, die er im Briefe des Beklagten vom 8. Oktober 1903 findet. Dieser Standpunkt ist unhaltbar: Zu jener Zeit hatte der Kläger eine Entschädigungsforderung noch gar nicht gestellt, und es konnte sich bei der Anfrage des Beklagten nur um eine gütliche Offerte zur Vermeidung eines Prozesses, nicht um eine Anerkennung der Entschädigungspflicht handeln. Auch aus dem Briefe des Beklagten vom 26. Oktober kann eine grundsätzliche Anerkennung der Entschädigungspflicht nicht hergeleitet werden, da ja das Angebot von 500 Fr. unter ausdrücklicher Bestreitung einer Schadenersatzpflicht erfolgte.

3. Des weitern ruft die Klage Art. 486 OR an, will also den Beklagten als Gastwirt für den Verlust des Ringes haftbar machen. Wenn nun auch der Umstand, daß der Kläger keine Vergütung gezahlt hat, nicht ausschließt, daß er als Gast, im Gewerbebetriebe der Kollektivgesellschaft Gebrüder Seiler, im Hotel «Mont Cervin» weilte (vgl. Hafner, Komm., 2. Aufl., Anm. 1 a i. f. zu Art. 486, S. 289), so liegen doch die übrigen Voraussetzungen für die Haftbarkeit des Beklagten aus der genannten Gesetzesbestimmung nicht vor. Denn der Kläger hat dem Beklagten den Ring nicht in seiner, des Beklagten, Eigenschaft als Gastwirt

übergeben; er hat ihn auch nicht in den Gewerbebetrieb der Gebrüder Seiler eingebracht. Nach den Aussagen der Zeugen Businger und Osch (die von der Vorinstanz als glaubwürdig erachtet werden) war der Beklagte übrigens gar nicht ermächtigt, Wertgegenstände für den Hotelbetrieb in Empfang zu nehmen. Mit Recht hebt die Vorinstanz auch hervor, der Umstand, daß der Kläger am Tage vor der Luftschiffahrt seinen Ring der Frau des Mitpassagiers Werneck übergeben wollte, spreche eher gegen die Annahme, der Kläger habe den Ring in die Verwahrung des Hotels geben wollen.

4. Dagegen hätte sich nach der Gestaltung des Prozesses vor den kantonalen Instanzen fragen können, ob nicht die Übergabe des Ringes an den Beklagten zur Aufbewahrung dahin zu verstehen gewesen sei, daß der Kläger damit den Auftrag habe erteilen wollen, den Ring im Hotel zu deponieren, daß also ein stillschweigender Auftrag zur Hinterlegung im Sinne des Art. 486 OR bestanden habe. Wenn auch die Klage selbst diese rechtliche Konstruktion nicht anruft, ist sie doch, nach dem Grundsatz, daß das Bundesrecht vom Bundesgericht von Amtes wegen anzuwenden ist, zu prüfen. Allein die Annahme eines derartigen Mandates wird nun ausgeschlossen durch die Feststellungen der Vorinstanz über die Art und Weise der Übergabe des Ringes und das Verhalten des Klägers nach Beendigung der Luftschiffahrt. Durch die Vorinstanz ist nämlich über die unter den Parteien streitige Frage der besondern Umstände bei der Aufbewahrung des Ringes folgendes festgestellt: Der Kläger forderte den Beklagten ausdrücklich auf, den Ring an seiner Uhrkette zu befestigen; der Beklagte teilte dem Kläger mit, er werde den Ring an der Uhrkette befestigen, wogegen der Kläger nichts einwendete; kurz vor der Abfahrt trug der Beklagte den Ring, in seine Uhrkette eingeknotet; nach dem Abstieg, in Bignasco, endlich forderte der Kläger seinen Ring zurück. Von diesen Feststellungen, die tatsächliche Verhältnisse betreffen und daher für das Bundesgericht, sofern nicht die Ausnahmen der Aktenwidrigkeit oder der Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften über Beweiswürdigung zutreffen, verbindlich sind (Art. 81 OG), scheidet der Kläger in der Berufungsschrift nur die drei ersten an, allein mit einer Begründung, mit

der sich das Bundesgericht nicht zu befassen hat: er erblickt darin, daß auf die Aussage nur eines Zeugen abgestellt wurde, eine Verletzung von Bestimmungen der Walliser ZPD; hierauf kann indessen das Bundesgericht, gemäß Art. 57 Abs. 1 OG, nicht eintreten. Eine Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften über Beweiswürdigung aber liegt darin nicht, weil derartige Vorschriften in dieser Materie nicht bestehen. Und was dann die letzte Feststellung betrifft: in Bignasco habe der Kläger seinen Ring zurückgefordert, so widerspricht sie allerdings der Aussage des Klägers in seiner Parteibefragung. Denn hier hat der Kläger ausgesagt: Im Ballon habe er dem Beklagten nur gesagt, ob er den Ring gut versorgt habe, was dieser bejaht habe; bei der Landung in Bignasco habe er dann dem Beklagten gesagt, er möchte ihm den Ring nach Zürich schicken, worauf ihm der Beklagte erwidert habe, er könne ihn erst in einigen Tagen schicken, da er nicht direkt nach Hause zurückkehren werde. Der Kläger scheidet diese Feststellung nun in der Berufungsschrift nicht nur nicht als aktenwidrig an, sondern er stellt sich ganz ausdrücklich nunmehr ebenfalls auf den Boden derselben. Damit muß auch das Bundesgericht von dieser Feststellung ausgehen. Daß aber hiedurch die Annahme eines Auftrages zur Hinterlegung im Hotel ausgeschlossen wird, ist klar.

5. Danach bleibt zur Begründung der Klage nur noch das Rechtsverhältnis des einfachen Hinterlegungsvertrages, nach Art. 475 ff. OR, übrig. Daß ein solcher Vertrag, und zwar ein unentgeltlicher, zwischen den Parteien bestand, ist unbestreitbar und auch von den Parteien nicht bestritten. Der Inhalt dieses Vertrages aber ging, nach den in Erw. 4 erörterten, für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, dahin: daß der Beklagte den Ring des Klägers an seiner Uhrkette befestigen und auf die Fahrt mitnehmen sollte. Die Einwendung des Klägers, wenn er gewollt hätte, daß der Beklagte den Ring auf die Fahrt mitnehme, hätte er ihn selber mitnehmen können und ihn nicht dem Beklagten zu übergeben brauchen; jene Annahme sei daher widersinnig — hält demgegenüber nicht Stand. Der Kläger konnte ja Motive mancherlei Art haben, um lediglich den Ring während der Fahrt nicht selber zu tragen; jedenfalls lassen sich Motive denken, die jene Annahme keineswegs als widersinnig erscheinen

lassen; und auch ein gewisser Zweifel am Vorhandensein zureichender Motive vermöchte die Feststellung der Vorinstanz nicht umzustossen. Durch den Hinterlegungsvertrag wurde nun der Beklagte verpflichtet, den Ring an einem sicheren Orte aufzubewahren und ihn auf Verlangen zurückzugeben. Die Aufbewahrungspflicht hat er, nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, in einer Weise erfüllt, mit der der Kläger einverstanden war; dagegen kann er die Rückgabepflicht nicht erfüllen wegen Verlustes der hinterlegten Sache, und er ist daher dem Kläger, nach den allgemeinen Bestimmungen über die Nichterfüllung von Verträgen, Art. 110 ff. OR, schadenersatzpflichtig, falls er nicht zu beweisen vermag, daß ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt. Bei Bemessung dieser Haftung ist, nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 113 OR, die besondere Natur des Geschäftes von wesentlicher Bedeutung, und die Haftung für das Verschulden ist milder zu beurteilen, „wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei „Vorteil bezweckt“. Das Gesetz erlaubt damit dem Richter, in weitem Maße den Umständen des besonderen Falles Rechnung zu tragen und auch Billigkeitserwägungen heranzuziehen. An Hand dieser entscheidenden Gesetzesbestimmung ist folgendes ausschlaggebend: Indem der Kläger sich mit der Art der Aufbewahrung des Ringes — Einknoten in die Uhrkette des Beklagten — und der Mitnahme des Ringes auf die Fahrt einverstanden erklärt hat, konnte er das Risiko dieser Art der Aufbewahrung nicht vollständig auf den Beklagten abwälzen; das um so weniger, als der Kläger den Beklagten nicht auf den bedeutenden Wert des — nach seiner Angabe mit echten Brillanten besetzten — Ringes aufmerksam gemacht hat und der Beklagte, nach Feststellung der Vorinstanz, ohne nähere Untersuchung den Wert des Ringes nicht erkennen konnte. Auf welche Weise sodann der Ring abhanden gekommen ist, ist unaufgeklärt. Da nach Feststellung der Vorinstanz, die sich auf Zeugenaussagen und die kurz vor der Abfahrt aufgenommene Photographie des Beklagten stützt, dieser die Uhrkette mit dem Ring noch nach Umtausch der Kleider, in denen er sich bei der Übergabe des Ringes befand, und nach dem Austausch der Uhr gegen einen Chronometer, trug, also ganz kurz vor der Abfahrt, erscheint der Schluß gerechtfertigt, der Beklagte habe den

Ring auf die Fahrt mitgenommen und während der Fahrt oder beim Abstieg, auf allerdings schwer erklärliche Weise, verloren. Dagegen, den Beklagten für diesen Verlust verantwortlich zu erklären, sprechen nun aber, außer den schon erwähnten Momenten, noch folgende Umstände: Es handelte sich bei der Verwahrung des Ringes seitens des Beklagten um einen Gefälligkeits- und Freundschaftsdienst. Nicht ganz unerheblich ist dabei auch, daß der Beklagte nicht etwa als Freifahrer, sondern als zahlender Passagier die Fahrt mitmachte. Ferner darf die erklärliche Aufregung, in der sich der Beklagte vor der Abfahrt und gewiß auch während der Fahrt befunden hat, in Berücksichtigung gezogen werden, wenn es sich darum handelt, zu prüfen, ob er bei der Aufbewahrung des Ringes die nötige Sorgfalt angewendet habe: Diese Gemütsverfassung des Beklagten läßt es als erklärlich und entschuldbar erscheinen, daß er während der Fahrt nicht genau auf den Ring achtete. Alle diese Umstände zusammengenommen, voran das Einverständnis des Klägers mit der Art der Aufbewahrung, rechtfertigen es, die Frage, ob dem Beklagten Fahrlässigkeit zur Last falle, zu verneinen und damit die Klage, in Bestätigung des angefochtenen Urteils, abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Wallis vom 8. November 1906 in allen Teilen bestätigt.