

sprochenen Kapitalbetrag von 30,000 Fr. herunterzugehen, und anderseits, die Entschädigung für die Pflegekosten in einer Rente auszusetzen. Diese Pflegekosten erscheinen als „Kosten“ im Sinne des Art. 53 Abs. 1 OR und müssen daher dem Kläger voll vergütet werden; damit wird die Frage, ob neben der Entschädigung für dauernde totale Arbeitsunfähigkeit noch eine besondere Entschädigung nach Art. 53 Abs. 2 OR zulässig sei, für den konkreten Fall bedeutungslos; —

erkannt:

Berufung und Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil der II. Abteilung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 29. Januar 1909 in allen Teilen bestätigt.

#### IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

Siehe hierüber, außer den nachstehenden Urteilen, auch noch:

Nr. 25 Erw. 3, Nr. 27 Erw. 6. u. 7,

Nr. 28 Erw. 1 u. 3, Nr. 30 Erw. 3—5, Nr. 45, Nr. 46  
Erw. 1 u. 2, Nr. 49 Erw. 2, und Nr. 50 Erw. 2—4.

Voir, outre les arrêts ci-dessous: n° 25 consid. 3,  
n° 27 consid. 6 et 7, n° 28 consid. 1 et 3, n° 30 consid. 3—5,  
n° 45, n° 46 consid. 1 et 2, n° 49 consid. 2,  
et n° 50 consid. 2—4.

#### 31. Urteil vom 1. April 1909 in Sachen

Moser, Bell. u. Ber.-Kl., gegen Zündel & Cie., Kl. u. Ber.-Bell.

*Ausschluss von Abänderungsanträgen der berufungsbeklagten Partei in der mündlichen Verhandlung vor Bundesgericht: Art. 65 u. 70 OG. — Anwendung eidg. Rechts gemäss dem übereinstimmenden Parteiwillen. — Vertrag über die Beschaffung von Aktien einer zu gründenden Gesellschaft: Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung dieses Vertrages (Art. 110 ff. OR). Schadensbemessung.*

A. — Durch Urteil vom 22. Januar 1909 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt:

„1. Der Beklagte ist gehalten, den Klägern als Schadenersatz den Betrag von 870 Fr. 40 Cts. samt Zins zu 5% vom 11. Oktober 1906, ferner die Summe von 45,774 Fr. 70 Cts. samt Zins zu 5% seit 11. Dezember 1906 zu bezahlen.

„2. Die Kläger sind mit ihrer weitergehenden Forderung abgewiesen.

„3. ... (Kosten).“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage, in Sachen wie folgt zu erkennen:

„1. Die klägerische Partei ist mit ihrer Klage völlig abgewiesen.

„Sie hat die sämtlichen Kosten des Prozesses zu bezahlen und an den Kläger eine Prozessentschädigung von je 250 Fr. zu leisten für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen und dasjenige vor Bundesgericht.

„2. Eventuell:

„Es sei die Klage nur gutzuheissen im Betrage von 1000 £ = 25,205 Fr. samt Zins zu 5% seit 11. Dezember 1906, eventuell seit 11. Oktober 1906, eventuell plus 34 £ 10 sh. 8 d. = 870 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5% seit 11. Oktober 1906.

„Es seien die sämtlichen Kosten von den Parteien gemeinsam zu gleichen Teilen zu tragen und die Taggelber wettzuschlagen.“

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Berufungsklägers den gestellten Berufungsantrag erneuert. Derjenige des Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung geschlossen und im weitem beantragt: die Klage noch für einen Mehrbetrag von 3156 Fr. 85 Cts. über die vorinstanzlich gesprochene Gesamtsumme hinaus gutzuheissen und die Gegenpartei zu einer Parteientschädigung von 200 Fr. für die kantonale und von 250 Fr. für die bundesgerichtliche Instanz zu verurteilen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Anfang September 1906 machte der Beklagte, Henry Moser in Schaffhausen, die Kläger, das Bankgeschäft Zündel & Cie. in Schaffhausen, auf ein neues Unternehmen der „H. O. Siberain Exploration, Lim.“ in London, die (in Gründung begriffene) „Troitzk Goldfields, Lim.“, aufmerksam und erklärte, daß er als Mitbegründer der erstern Gesellschaft in der Lage sei, eine Partie Aktien der zweiten abgeben zu können. Die Kläger zogen über die Sache Erkundigungen ein und sprachen dann dem Beklagten

ihre Geneigtheit aus, ihr näher zu treten. Hierauf machte ihnen der Beklagte mit Brief vom 8. September 1906 folgendes Angebot:

„Mit Gegenwärtigem stelle ich ihnen zum Verkaufe fest an, „gültig bis 15. September 4 Uhr P. M.:

„10,000 (in Worten: zehntausend) Aktien à 1 £ der Troitzk „Goldfields, Lim., in London, zum Parikurse von 1 £, die ich „Ihnen zwischen dem 15. und 20. September bei der Troitzk „Goldfields, Lim., 20 Cophall Avenue, London EC, im Falle „Ihrer Annahmeerklärung über den ganzen Posten oder eines „Teiles derselben gegen Bezahlung des Gegenwertes zu pari in „London zur Verfügung stellen werde.

„Gleichzeitig verpflichte ich mich, Ihnen gegen Ihre Verkäufe „eine Provision von 10 % (zehn Prozent) zu bewilligen, von der „die Hälfte wiederum durch Sie an Ihre Käufer nach Ihrem Be- „lieben retrozidiert werden darf. Diese Provision ist jedoch nicht „bar, sondern in Aktien der Troitzk Goldfields, Lim. zahlbar, „und die entsprechenden Titel werden Ihnen auf meine Veran- „lassung und Verantwortlichkeit hin durch die Troitzk Goldfields, „Lim., London, kostenfrei zugestellt werden.“

Noch am gleichen Tage, dem 8. September, boten die Kläger die ihnen offerierten Aktien dem Schweizerischen Bankverein in London zu pari zum Verkaufe an, mit dem Bemerkten, daß „die Aktien gegen Bezahlung des Gegenwertes zwischen dem 15. und 20. September 1906 bei der H. O. Siberian Exploration Limited in London, in Form von Zertifikaten oder in derjenigen Form, die in London vorgängig der eigentlichen Aktien-Emission üblich ist, zur Verfügung gestellt“ würden. Dabei ersuchten sie um umgehende Mitteilung darüber, ob dem Bankverein eine baldige Platzierung des fraglichen Postens oder eines Teiles desselben möglich sei.

Am 9. oder 10. September — die Angaben der Parteien über das Datum sind verschieden — fand zwischen ihnen eine Besprechung statt, deren genauer Inhalt ebenfalls, mangels übereinstimmender Angaben der Parteien, nicht feststeht. Unbestritten ist immerhin, daß damals der Beklagte bei den Klägern ein Formular eines gegenüber der H. O. Siberian Exploration Lim. ausstell-

baren Zeichnungsscheines zurückließ, nach dessen Inhalt die Aktien erst einen Monat nach der Zeichnung (one month from your acceptance of this offer) lieferbar waren und überdies mit der Zeichnungserklärung der Betrag der Vollenzahlung deponiert werden mußte.

Die Verhandlungen, die die Kläger mit dem Bankverein inzwischen gepflogen hatten, führten zu einem Abschluß mit einer Depesche des Bankvereins vom 14. September, des Inhaltes, daß er für die Kläger 10,000 Troitzk-Aktien zu 19 sh. 9 p. netto, Lieferung und Zahlung in London per 20. September, verkauft habe. Nachdem die Kläger dieses Telegramm abends 5<sup>20</sup> erhalten hatten, telegraphierten sie sofort, um 5<sup>40</sup> des 14. September, dem damals in Neuhausen sich aufhaltenden Beklagten: „Auf Grund Ihrer Offerte akzeptieren zehntausend Troitzk Goldfields Aktien zu pari, Lieferung und Kassa 20. September in London.“ Der Beklagte antwortete am gleichen Tage telegraphisch: „Gegen unterfertigtes Ihnen zugestelltes gedrucktes Formular und Cheque per 20. September stelle ich Ihnen die heute per Telegramm übernommenen zehntausend Troitzk Goldfields Aktien zu pari zur Verfügung in London.“ Am 15. September hatten die Parteien in Schaffhausen wieder eine Besprechung, über die nichts, das für den Fall wesentlich wäre, feststeht. Am gleichen Tage telegraphierten die Kläger dem Bankverein, daß ihm die fraglichen 10,000 Aktien durch den Beklagten zwischen dem 15. und 20. September auf Grund des Subscriptionscheines zur Verfügung gestellt würden. Gleichzeitig übersandten sie dem Bankverein den von ihnen unterzeichneten Schein. Der Bankverein erwiderte am 17. September telegraphisch: das eingesandte Formular stelle nach der Erklärung der H. O. Siberian Exploration nur eine Anmeldung dar, und die Zuteilung eines beliebigen Betrages nach Wahl der Gesellschaft könne erst innerhalb Monatsfrist erfolgen; er, der Bankverein, bedürfe, behufs Lieferung bis spätestens 20. September, eines definitiven Zustellungsbriefes und rate den Klägern, sich sofort mit ihrem Bedenten zu arrangieren. Die Kläger gaben diese Mitteilung gleichen Tages telegraphisch und brieflich an den damals in London sich aufhaltenden Beklagten weiter, mit dem Ersuchen, er möge, wie er schriftlich und mündlich zugesagt, die Sache mit der H. O. Sibe-

rian Exploration Lim. arrangieren, ansonst sie gezwungen wären, am 20. September 10,000 Troitzk Aktien auf seine Rechnung im offenen Markte zu kaufen; sie lehnten alle Verantwortlichkeit ab, falls am 20. September die Lieferung der ihnen verkauften Titel nicht erfolge; sie hätten genau nach den mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarungen gehandelt und die Subskriptionsammlung gemäß seiner ausdrücklichen Weisung eingereicht, nachdem er versichert hätte, sie bei der H. O. Siberian Exploration Lim. für 10,000 Troitzk Aktien telegraphisch akkreditiert zu haben. Auf dies telegraphierte der Beklagte den Klägern am 18. September von London aus folgendes: „Formular spricht für sich. Dasselbe war schon am 9. in Ihren Händen. Wenn Formular mit 10,000 £ bis 20. gezahlt wird, garantiere ich Ihnen Annahme der Offerte und werden Ihnen 10,000 Aktien laut Formular zur Verfügung gestellt werden.“ Nunmehr veranlaßten die Kläger den Bankverein, mit dem der Beklagte inzwischen ohne Ergebnis verhandelt hatte, die 10,000 £ am 20. September der H. O. Siberian Exploration Lim. einzuzahlen. Trotzdem waren die Aktien auf diesen Tag nicht erhältlich, weshalb die Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 21. September und mit solchem vom 24. September wiederholt wegen Nichterfüllung des Vertrages verantwortlich erklärten. Am 11. Oktober endlich lieferte die H. O. Siberian Lim. dem Bankverein die 10,000 Aktien aus, worauf dieser den Klägern am gleichen Tage Rechnung stellte, indem er sie für die Zahlung von 10,000 £ val. 20. September und die von da bis 11. Oktober erlaufenen Zinsen dieser Summe, im Betrage von 34. 10. 8 £, belastete und ihnen die Aktien zu 19.6 £ valor 11. Oktober gutschrieb. Am 25. Oktober übermittelten die Kläger dem Beklagten ihre Rechnungsstellung hinsichtlich der 10,000 Stück Aktien und setzten dem Beklagten gleichzeitig zur Ablieferung der ihnen als Provision zugesicherten 1000 Stück Frist bis Ende Oktober an. Diese Frist erstreckten sie nachher, zunächst bis zum 28. November, und dann noch einmal, aber wiederum erfolglos, bis zum 8. Dezember abends 6 Uhr, mit der Bemerkung, daß, wenn der Beklagte bis dahin nicht liefere, sie auf die effektive Lieferung verzichten und den Beklagten mit dem Betrage belasten würden, der sich nach dem Kurswerte vom 8. Dezember und mit Hinzurech-

nung der früher (bei der Abrechnung vom 25. Oktober) in Rechnung gestellten Spesen ergebe.

2. — Anfang 1907 strengten dann die Kläger gegen den Beklagten die vorliegende Klage an, mit dem Begehren, ihn zur Zahlung von 54,457 Fr. 85 Cts. samt Zins zu 5%, von 5546 Fr. 30 Cts. seit dem 26. Oktober 1906, und vom Reste seit dem 8. Dezember 1906, zu verhalten.

Was den Betrag von 5546 Fr. 30 Cts. betrifft, so setzt er sich laut der Klagebegründung aus verschiedenen Posten — namentlich 125 £ dem Bankverein bezahlter und 50 £ eigener Kommission, Depeschekosten und den erwähnten Zinsen von 34. 10. 8. £ — zusammen. Davon liegen derzeit nur noch diese Zinse im Streite, und zwar in der vorinstanzlich zugesprochenen Höhe von 870 Fr. 40 Cts., nachdem die Kläger den Vorentscheid nicht gültig vor Bundesgericht angefochten (siehe unter Erw. 3) und zudem laut Erklärung im Vorentscheid auf die eingeklagten Spesensforderungen schon vor der Vorinstanz verzichtet haben. Die nach Abzug der 5546 Fr. 30 Cts. von den 54,457 Fr. 85 Cts. verbleibende Summe von 48,911 Fr. 55 Cts. soll laut der Klagebegründung den Wert darstellen, den die zu liefernden 1000 Provisionsaktien am 8. Dezember 1906, ihren damaligen Kurs auf  $1\frac{13}{16}$  £ und den des £ auf 25,25  $\frac{1}{2}$  Fr. bestimmt, hatten. Die Summe ist unrichtigerweise zu hoch berechnet, da sie in Wirklichkeit nur den vorinstanzlich zugesprochenen Betrag von 45,774 Fr. 70 Cts. ausmacht. (Nachträglich wurde von den Klägern behauptet, aus Versehen habe sich in die Klagebegründung statt der Zahl  $1\frac{15}{16}$  die Zahl  $1\frac{13}{16}$  eingeschlichen.) — In rechtlicher Hinsicht wird die Klage auf das Abkommen, das zwischen den Parteien durch die Offerte des Beklagten vom 8. September und die Annahmeerklärung der Kläger vom 14. September 1906 zustande gekommen sei, gestützt, mit der Begründung, daß die Kläger Anspruch auf Ersatz des Schadens hätten, der ihnen durch verspätete Lieferung der 10,000 Aktien (in Form von Spesen, Zinsverlust usw.) entstanden sei und daß sie, nach der Unterlassung des Beklagten, die 1000 Provisionsaktien zu liefern, ihren Geldeswert, auf den Zeitpunkt der Fälligkeit dieser Leistung berechnet, verlangen können.

Der Beklagte beantragte, die Klage gänzlich abzuweisen, even-

tuell, sie höchstens in dem Umfange zuzusprechen, daß den Klägern 1000 £ zum Kurse von 25 Fr. zuerkannt werden. Dafür machte er geltend: Die Kläger hätten die streitige Provision verwirkt, weil sie bei der Ausführung des Ihnen vom Beklagten erteilten Auftrages direkt gegen dessen Interesse gehandelt hätten. Es sei so verstanden gewesen, daß die Liquidation der Aktien nach besonderen Weisungen des Beklagten, nicht vor deren Emission und nicht in London, stattfinden sollte. Statt dessen hätten sie die Kläger vorzeitig in London auf den Markt gebracht und dadurch den Beklagten schwer geschädigt. Sodann falle in Betracht, daß die Offerte des Beklagten vom 8. September mit der nachträglichen Unterzeichnung des Subskriptionscheins durch die Kläger in dem Sinne dahingefallen sei, daß die Kläger die im Schein vorgesehenen Lieferungsbedingungen akzeptiert hätten und daher die Lieferung der Titel nicht vor Monatsfrist nach der Zuteilung hätten erwarten und also auch die Titel nicht vorher hätten weiter verkaufen dürfen. Eventuell werde gegenüber der Forderung wegen Nichtlieferung der Provisionsaktien geltend gemacht, daß die Fristansetzung auf den 8. Dezember 1906 für die Lieferung unzulässig oder doch die angelegte Frist zu kurz bemessen gewesen sei, daß jedenfalls auch die Kurse der nächsten 14 Tage nach dem 8. Dezember zu berücksichtigen seien und die Kläger nicht mehr als den Nominalwert von 1 £ per Stück beanspruchen könnten. Mit Zinsen, Provisionen und anderweitigen Kosten endlich dürfe der Beklagte unter keinen Umständen belastet werden.

Das Bezirksgericht Schaffhausen hat die Klage am 30. Dezember 1907 teilweise, nämlich für die schon erwähnten Beträge von 870 Fr. 40 Cts. und 45,774 Fr. 70 Cts. gutgeheißen, wobei es den ersten vom 11. Oktober, den zweiten vom 11. Dezember 1906 an zinsbar stellte. Dieser Entscheid ist vom Obergericht durch das eingangs genannte Urteil bestätigt worden.

3. — Auf den Antrag, den der Vertreter der Kläger in der heutigen Verhandlung gestellt hat und wonach eine Erhöhung der vorinstanzlich zugesprochenen Gesamtsumme um 3156 Fr. 85 Cts. verlangt wird, kann nicht eingetreten werden. Denn die Kläger haben gegen das Urteil der Vorinstanz innert Frist (Art. 65 und Art. 70 O.G.) weder selbst die Berufung, noch den Anschluß an

die gegnerische Berufung erklärt und sie können es daher nicht mehr anfechten. In Frage steht deshalb nur noch, inwieweit die beiden Beträge von 870 Fr. 40 Cts. und 45,774 Fr. 70 Cts., die vorinstanzlich zuerkannt wurden, herabzusetzen seien, ob also die Klage entsprechend den Berufungsanträgen des Beklagten ganz oder teilweise abzuweisen sei.

4. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist gegeben, namentlich auch sofern, als auf den Streitfall schweizerisches und nicht etwa englisches Recht anzuwenden ist. Für letzteres spräche freilich der Umstand, daß die von den Parteien eingegangenen Verpflichtungen überhaupt oder doch zum mindesten in der Hauptsache, d. h. soweit es sich nicht um die Provision handelt, in London zu erfüllen waren und London somit als der Sitz des Rechtsverhältnisses gelten kann. Nun haben aber die Parteien englisches Recht nie angerufen und nichts dagegen eingewendet, daß die Vorinstanzen den Fall nach dem schweizerischen Rechte beurteilten. Laut feststehender Praxis (vergl. z. B. US 27 II S. 215 und 392 und 29 II S. 262) haben sie damit das schweizerische Recht als anwendbar erklärt und sich ihm unterworfen und hat es das Bundesgericht anzuwenden.

5. — In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die zwischen den beiden Parteien begründeten Rechte und Pflichten ihre vertragliche Grundlage in der Offerte des Beklagten vom 8. September und der zugehörigen, rechtzeitig abgegebenen Annahmeerklärung der Kläger vom 14. September 1906 haben. Mit Unrecht macht demgegenüber der Beklagte geltend, dieser Vertragsinhalt sei nachträglich im Sinne des den Klägern am 9. September unterbreiteten Formulars zur Zeichnung der fraglichen Aktien abgeändert worden, also dahin, daß der Beklagte die Aktien nun nicht mehr, wie es die Offerte vom 8. September vorsah, zwischen dem 15. und 20. September, sondern später, erst einen Monat nach der Zeichnung, zu liefern gehabt hätte. Ein so weitgehender Verzicht der Kläger auf den vertraglich garantierten Lieferungsstermin widerspricht aller Wahrscheinlichkeit, namentlich wenn man bedenkt, daß die Kläger, als ihnen der Beklagte das Formular am 9. September übergab, bereits mit dem schweizerischen Bankverein in London in Unterhandlungen standen, um die Aktien innerhalb des

nämlichen Termines weiter zu veräußern. Sodann spricht der Umstand, daß die Annahmeerklärung der Kläger vom 14. September ausschließlich und vorbehaltlos auf die Offerte vom 8. September und die darin vorgesehene Lieferungsfrist bis 20. September sich beruft, trotzdem die Kläger das Formular damals in Händen hatten, deutlich für ihren Willen, einer Abänderung der Offerte nicht zuzustimmen und den Beklagten bei ihr zu behaften. Hieran ändert auch die nachherige Unterzeichnung des Formulars durch die Kläger nichts. Nach der Sachlage kann in dieser Unterzeichnung keine Willensäußerung der Kläger dahin erblickt werden, das Vertragsverhältnis nun nachträglich zu Gunsten des Beklagten durch Erstreckung des Lieferungstermins zu modifizieren, nachdem sie ein solches Entgegenkommen, wie gesagt, beim Vertragsabschlusse selbst abgelehnt hatten. Vielmehr ist, entsprechend ihrer Behauptung, anzunehmen, daß sie damit bloß eine Formalität erfüllen wollten, die sie als nötig oder doch dienlich betrachteten, um dem Bankverein den rechtzeitigen Bezug der Aktien zu ermöglichen, und die sie dem Beklagten gegenüber glaubten erfüllen zu müssen, um nachher keine Einwendungen von seiner Seite zu gewärtigen. Das erhellt deutlich aus dem Telegramm und dem Brief vom 18. September an den Beklagten, worin sie ihm mitteilten, daß der Bankverein, trotz Vorweisung des unterzeichneten Formulars bei der H. O. Siberian Exploration Lim., sich die Lieferung auf den 20. September nicht habe sichern können, worin sie ferner den Beklagten, der damals in London war, ersuchten, die Sache mit der genannten Gesellschaft zu arrangieren, ansonst sie gezwungen wären, am 20. September die Aktien auf seine Rechnung im offenen Markte zu kaufen, und endlich alle Verantwortlichkeit abzulehnen erklärten, falls die Lieferung nicht am genannten Tage erfolge, mit der Beifügung, sie hätten genau nach der getroffenen Vereinbarung gehandelt und die Subscriptionsanmeldung gemäß ausdrücklicher Weisung des Beklagten eingereicht. Zudem läßt sich nicht einmal beim Beklagten selbst der Wille, den Vertrag in dem fraglichen Sinne abzuändern, bestimmt nachweisen. Denn wenn er sich auch nach dem Vertragschlusse in seinen Willensäußerungen, namentlich seinen Telegrammen vom 14. und 18. September, jeweilen auf das Formular berufen hat, so hat er dessen Inhalt doch niemals

zu demjenigen seiner Offerte vom 8. September in Gegensatz gestellt und eine Abänderung der letztern behauptet. Ein solcher Gegensatz ergibt sich denn auch nicht zwingend aus den beiden Urkunden. Vielmehr läßt sich aus dem Formular nur entnehmen, daß die Gesellschaft die Aktien nicht vor Monatsfrist dem Zeichner aushändigen müsse, was die Möglichkeit nicht ausschließt, daß sie es könne und infolge einer besonderen Zusage gegenüber dem bei der Gründung beteiligten Beklagten es zu tun bereit sei.

6. — Beurteilt man demnach die rechtlichen Beziehungen der beiden Parteien nach der Offerte vom 8. und der Annahmeerklärung vom 14. September als ihrer vertraglichen Grundlage, so ist zunächst der weitere Einwand zu prüfen, womit der Beklagte seine Schuldpflicht grundsätzlich, nicht nur dem Betrage nach, bestritten hat: daß nämlich die Kläger sich verpflichtet hätten, die Aktien nicht vorzeitig, vor ihrer Emission, weiter zu verkaufen, und daß sie wegen Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung ihre vertraglichen Ansprüche gegen den Beklagten, namentlich den auf Lieferung der Provisionsaktien, verwirkt hätten. Nun enthält vorerst die Offerte vom 8. September, womit der Beklagte den Klägern die Aktien anbot, von einer den Klägern auferlegten Beschränkung hinsichtlich ihrer Weiterveräußerung nichts. Und sodann hat der Beklagte für seine Behauptung, er habe von den Klägern sich nebenbei ausdrücklich versprechen lassen, mit der Weiterbegebung der Aktien bis zur Emission zuzuwarten, den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht, ja im wesentlichen nicht einmal angetreten, wie sich aus den für das Bundesgericht maßgebenden Ausführungen der Vorinstanz hierüber ergibt. Es bleibt somit nur noch die Möglichkeit, daß ein solches Verbot vorzeitiger Liquidation der Aktien sich nach der Natur und dem Zweck des Vertrages von selbst verstanden habe und daher nicht besonders habe ausbedungen werden müssen.

Der Beklagte begründet in der Tat seine Auffassung auch von diesem Gesichtspunkte aus, indem er unter Berufung auf ein von ihm eingelegtes Rechtsgutachten geltend macht: Mit der Offerte vom 7. September sei, was dem Kläger ohne weiteres habe bewußt werden müssen, der Abschluß eines sogenannten Beteiligungsvertrages vorgeschlagen worden, wie die Gründer einer Aktienge-

gesellschaft solche zur Sicherung der Emission einzugehen pflegen, in der Weise, daß ein Dritter als Vertragspartei sich verpflichte, auf dem Zeitpunkt der Ausgabe so und so viel Stücke gegen Entschädigung zu plazieren. Der um die Plazierung ersuchte Dritte dürfe nun aber mit dem Papier nicht, ehe es wirklich imittiert sei, auf den offenen Markt gehen und es namentlich nicht unter pari ausbieten, da dies, statt die Emission zu sichern, sie verbürbe, also direkt gegen die von ihm zu wahrenen Interessen seines Auftraggebers verstieße. Handle er dem entgegen, so verlege er Treu und Glauben und seine Vertragspflicht und gehe des bedungenen Provisionsanspruches verlustig, der voraussetze, daß das Geschäft zum Nutzen und nicht zum Schaden des Auftraggebers ausgeführt werde. Hier habe denn auch die vorzeitige Veräußerung auf offenem Marke und unter pari wirklich zur Folge gehabt, daß die Gesellschaft die betreffenden Aktien zu einem höhern Kurse wieder habe aufkaufen müssen.

Diesen Ausführungen, so zutreffend sie im allgemeinen sein mögen, läßt sich nun aber keine ausschlagende Bedeutung für die Beurteilung des vorliegenden Falles beimessen. Denn sie tun höchstens dar, wie der Beklagte in seinem Interesse und namentlich in demjenigen der H. O. Siberian Exploration Lim., als der Gründerin der Troitzk Goldfields Lim., den Vertrag mit den Klägern hätte abschließen sollen, nicht aber, daß er ihn auch wirklich in dieser Weise abgeschlossen hat, daß es somit der übereinstimmende Wille der beiden Parteien gewesen sei, ein Beteiligungsverhältnis der erwähnten Art zu begründen. Wäre dem so gewesen, so hätte dies im Wortlaut der Offerte vom 8. September doch irgendwie zum Ausdruck kommen müssen. Statt dessen spricht dieser Wortlaut deutlich im gegenteiligen Sinne, indem er einen bestimmten Lieferungstermin, die Zeit vom 15.—20. September 1906, für die Beschaffung der Aktien vorsieht, ohne die Möglichkeit einer erst späteren Emission derselben zu berücksichtigen, und indem er von dem Weiterverkaufe durch die Kläger redet, ohne ihr Recht dazu zeitlich zu beschränken. So hätte der Beklagte seine Offerte offenbar nicht abgefaßt, wenn bei ihrer Abfassung die Erkenntnis ihn geleitet und zum wirklichen Vertragswillen geführt hätte, daß er die Kläger verpflichten müsse, mit der Weiterbegebung

auf offenem Marke bis zur Emission zuzuwarten. Vielmehr hätte ein solcher Wille in der Gestaltung der Vertragsofferte seinen, wenn nicht wörtlichen, so doch mittelbaren, aus dem Wortlaut irgendwie zu schließenden Ausdruck gefunden. Da das in keiner Weise der Fall ist, muß eben angenommen werden, daß der Beklagte die Frage, ob er das Weiterverkaufsrecht der Kläger in der genannten Weise zeitlich beschränken solle, sich überhaupt nicht vorgelegt und daß er also, ohne sich in diesem Punkte über die praktische Tragweite seiner vertraglichen Erklärungen Rechenschaft zu geben, den Klägern hinsichtlich der zu liefernden Aktien eine Verfügungsfreiheit belassen hat, deren Gebrauch ihm und namentlich der Gründungsgesellschaft (H. O. Siberian Goldfields Exploration Lim.) nachteilig werden konnte und es tatsächlich geworden sein mag. Für diese Auslegung seines Vertragswillens spricht sodann auch mit Bestimmtheit sein nachheriges Verhalten bei der Vollziehung des Vertrages: Nachdem er nämlich den Weiterverkauf der Aktien an den Bankverein erfahren hatte — was spätestens durch die Mitteilungen der Kläger an ihn vom 17. September geschah —, hat er nicht etwa hiegegen Verwahrung eingelegt und sich während den weiteren Unterhandlungen auf den — erst jetzt im Prozeß eingenommenen — Standpunkt gestellt, die Kläger hätten damit den Vertrag verlegt und ihre Ansprüche aus diesem irgendwie verwirkt. Vielmehr ist er selbst mit dem Bankverein in Beziehung getreten, um die Lieferung der Titel zu vermitteln; und der späteren Aufforderung der Kläger zur Lieferung auch der Provisionsaktien hat er, so viel aus den Akten ersichtlich ist, nicht etwa entgegengehalten, ihr Provisionsanspruch sei wegen der (jetzt behaupteten) vorzeitigen Weiterveräußerung untergegangen.

7. — Wäre hiernach der Beklagte vertraglich verpflichtet gewesen, die 10,000 Aktien, oder doch, in Hinsicht auf deren erst später erfolgte Emission, die entsprechenden Zertifikate dafür, auf den 20. September zu liefern, auf welchen Tag sie die Kläger dem Bankverein weitergeben durften und mußten, so haftet ihnen der Beklagte nach Art. 110 ff. OR für den Schaden, der ihnen aus der nicht gehörigen Erfüllung dieser Vertragsverpflichtung, d. h. der Verzögerung der Lieferung bis zum 11. Oktober, entstanden ist. Von den verschiedenen Posten, die unter diesem Gesichtspunkte

punkte eingeklagt wurden, steht zur Zeit nur noch die Rückvergütung der 34 £ 40 sh. 8 p. oder 870 Fr. 40 Cts. in Frage, die die Kläger dem Bankverein dafür zahlen mußten, daß dieser den von den Klägern geschuldeten Preis der Aktien von 10,000 £ am 20. September vorschußweise für sie der H. O. Siberian Exploration Lim. einzahlte. Diese Klageforderung ist zunächst grundsätzlich berechtigt, da man es mit einem Schaden zu tun hat, der den Klägern bei richtiger Erfüllung des Vertrages, d. h. bei Lieferung der Aktien auf den 20. September, nicht entstanden wäre. Wenn auch die Kläger die genannte Zahlung des Kaufpreises — die der Gesellschaft gegenüber gleichzeitig die Bedeutung einer Librierung der gezeichneten Titel hatte — veranlaßt haben, trotzdem der Beklagte mit der Beschaffung der Titel im Verzuge war, so haben sie damit nicht etwa ihm gegenüber auf ihre Schadenersatzansprüche verzichtet, sondern nur bezweckt, ihm die Erfüllung seiner Vertragsverpflichtung, die sofortige Beschaffung der Aktien, zu erleichtern und allfälligen Einwendungen, daß sie ihrerseits nicht erfüllungsbereit gewesen seien, zuvorzukommen. Was endlich das Quantitativ dieses Betrages von 870 Fr. 40 Cts. und den zugehörigen Verzugszins (5 % seit 11. Oktober 1906) anbetrifft, so waltet darüber kein Streit mehr ob.

8. — Verstößt der Weiterverkauf der Aktien an den Bankverein nicht gegen den Vertrag vom 8./14. September, so ist ferner das vertragliche Versprechen auf Lieferung von 10 % Provisionsaktien nicht, wie der Beklagte behauptet, hinfällig, sondern es ist mit dem Verkaufe an den Bankverein der Anspruch der Kläger auf Erfüllung dieses Versprechens existent und der Beklagte wegen Nichterfüllung schadenersatzpflichtig geworden. Welche rechtliche Natur dieses Versprechen und überhaupt das gesamte Vertragsverhältnis habe, ob es sich dabei, wie die Vorinstanz annimmt, um einen Verkauf mit einer Zugabe zu der Hauptsache (den 10,000 Aktien) von 10 % der letztern handle, oder um ein Kommissionsgeschäft mit Zusage einer Provision von 10 % der Kommissionsware, braucht nicht erörtert zu werden, und ebensowenig, von welchen geschäftlichen Erwägungen sich der Beklagte bei der Offerte dieser 10 % hat leiten lassen. Es genügt, daß hierüber zweifellos eine Vertragserklärung vorliegt, über deren Verbindlichkeit als solche kein Streit möglich ist, wogegen freilich der Inhalt der geschulde-

ten Leistung nicht ohne weiteres feststeht. In letzterer Beziehung macht nämlich der Beklagte geltend, er habe sich zu seinen Gunsten ein Wahlrecht ausbedungen, in dem Sinne, daß er die Provision zwar in Aktien leisten könne, aber nicht leisten müsse, sondern statt dessen die Möglichkeit habe, durch Bezahlung einer dem Nominalwert der 1000 Aktien entsprechenden Geldsumme, also von 1000 £ = 25,255 Fr. sich von seiner Schuldpflicht zu befreien. Nun ist aber auch hier zu sagen, daß der Vertrag von einem solchen Wahlrecht nichts enthält, daß es sich auch nicht durch Auslegung aus ihm entnehmen läßt und sich auch nicht von selbst versteht und als stillschweigend vereinbart gelten kann. Das einzige positive Moment, das dafür angeführt wurde, nämlich der Ausdruck „jedoch“ im fraglichen Passus der Offerte, ist nicht beweiskräftig. Dieser Ausdruck besagt wohl, daß der Beklagte, nach der Art und Weise, wie er die Verhältnisse und ihre künftige Gestaltung bei seinem Vertragsangebote würdigte, es als einen Vorteil für sich angesehen hat, sich durch Zahlung von Aktien librieren zu können, so daß sich aus dem Vertragstexte selbst der Grund entnehmen läßt, warum er diesen Leistungsmodus für sich ausbedungen hat. Dagegen tut er nicht dar, daß nun noch daneben der andere Leistungsmodus, derjenige der Barzahlung des Nominalbetrages, wirklich hat ausbedungen werden wollen.

War somit der Beklagte verpflichtet, die 1000 Stück Provisionsaktien in natura zu liefern, so konnten die Kläger, nachdem er mit dieser Verpflichtung im Verzuge sich befand, ihm Frist zur Erfüllung nach Art. 122 OR ansetzen, und die Verpflichtung löste sich, nachdem die gesetzte Frist unbenützt abgelaufen war, in einen Schadenersatzanspruch nach Art. 124 OR auf. Dabei muß die zunächst bis Ende Oktober bestimmte und dann bis zum 8. Dezember 1906 verlängerte Frist als eine angemessene nach Art. 122 bezeichnet werden, da sie dem Beklagten genügend Zeit zur Beschaffung der Aktien bot. Mit Recht haben sodann auch die Vorinstanzen der Ermittlung der Schadenersatzsumme den Kurs, den die Aktien am 8. Dezember hatten, zu Grunde gelegt, weil an diesem Tage die Pflicht zur Realleistung in eine Schadenersatzforderung sich umwandelte, da ferner der Beklagte es an sich zu tragen hat, falls er vorher durch Realleistung sich vorteilhafter hätte librieren können, und da endlich auch nicht dargetan, ja nicht

einmal behauptet ist, die Kläger hätten die Erfüllungsfrist zum Zwecke eines Gewinnes aus einer Kurssteigerung herausgeschoben (vergl. auch US 15 S. 359 Erw. 6). Ob an Stelle des Nehmerkurses von  $1^{13}/_{16}$  £, den die Vorinstanz zu Grunde legt, der Geberkurs von  $1^{15}/_{16}$  £ in Rechnung zu stellen wäre, ist nicht mehr zu prüfen, nachdem die Kläger den Vorentscheid nicht gültig vor Bundesgericht angefochten haben und ihnen daher für die Nichtlieferung der Provisionsaktien nicht mehr als die vorinstanzlich zuerkannten 45,774 Fr. 70 Cts. zugesprochen werden kann. Daß die Umrechnung in die Schweizer Währung zu 25 Fr. 25  $1/2$  Cts. per £ zu geschehen hat, ist nicht streitig, und ebenso nicht der Umfang der Zinspflicht (5% seit 11. Dezember 1906). Damit gelangt man auch in diesem Punkte zur Bestätigung des obergerichtlichen Urteils.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 22. Januar 1909 in allen Teilen bestätigt.

### 32. Urteil vom 1. Mai 1909 in Sachen

**Bühler**, Befl. u. Ver.-Kl., gegen **Herrmann**, Kl. u. Ver.-Befl.

**Haftung für Werkschaden: Art. 67 OR. Vorbehaltlose Kausalhaftung.**  
« Fehlerhafte Herstellung » eines Wohngebäudes. Die Haftung erstreckt sich auf alle tatsächlich vorhandenen Bestandteile des Gebäudes (hier: einen mangelhaft befestigten Leiterhaken an einem Dachtürmchen). Das für diesen Gebäudemangel kausale Verschulden einer Drittperson schliesst die Haftung des Eigentümers gegenüber dem Geschädigten nicht aus. — **Entschädigungsbemessung: Art. 51 u. 52 in fine OR.**

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Durch Urteil vom 22. Oktober 1908 hat die II. Abteilung des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern über folgende Klagebegehren:

1. Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, der Klägerin für sich und namens sie handelt, für die ökonomischen Folgen des am 9. November 1906 erfolgten Todes des Albert Herrmann, des Ehemannes der Klägerin und Vaters der Kinder Marie Martha und Albert Gottfried Herrmann, Schadenersatz zu leisten, unter Kostenfolge.

2. Es sei die der Klägerin für sich und namens sie handelt zuzusprechende Entschädigung gerichtlich auf 11,000 Fr. festzusetzen, unter Kostenfolge.

Eventuell: Es sei diese zu sprechende Entschädigung gerichtlich festzustellen, unter Kostenfolge.

3. Es sei der Beklagte zur Verzinsung der in vorstehenden Rechtsbegehren erwähnten Entschädigung zu verurteilen, und zwar à 5% seit dem 9. November 1906, unter Kostenfolge; —  
erkannt:

„1. . . .

„2. Das erste Klagsbegehren ist zugesprochen.

„3. Das zweite Klagsbegehren ist zugesprochen für einen Betrag von 5400 Fr., soweit es weiter geht, ist es abgewiesen.

„4. Das dritte Klagsbegehren wird zugesprochen, soweit es den Zins zu 5% seit dem 9. November 1906 vom zugesprochenen Betrage von 5400 Fr. betrifft.

„5. Der Beklagte ist zu den klägerischen Kosten verurteilt, bestimmt auf 700 Fr.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klägerin mit ihren sämtlichen Rechtsbegehren abzuweisen.

2. Eventuell sei der eingeklagte Anspruch auf 2000 Fr. herabzusetzen.

3. Die Klägerin sei zu allen Prozeßkosten des Beklagten zu verurteilen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten die schriftlich gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter der Klägerin hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des kantonalen Urteils angetragen; —