

derung nicht schlechthin wie die eines Privatgläubigers angemeldet und geltend gemacht werden, sondern nur in soweit, als sie im Gesellschaftskonkurse keine Befriedigung findet. Damit bleibt aber das hier streitige Recht des Gläubigers, nach Auflösung der Gesellschaft vom Gesellschafter persönlich die sofortige Bezahlung der vollen Gesellschaftsschuld zu verlangen, unberührt, solange nicht der Gesellschafter aus Gründen des Zwangsvollstreckungsrechts (namentlich weil er selbst im Konkurse ist oder weil die betreffende Zahlung nach Art. 285 ff. SchRG anfechtbar wäre) an der wirksamen Entäußerung seines Vermögens gehindert ist. Nach all dem betrifft der Art. 568 die gleiche Frage, die später, bei der Vereinheitlichung des Vollstreckungsverfahrens, durch den Art. 218 SchRG geregelt worden ist; und dieser Artikel hat ihn also in Wirklichkeit ersetzt, wobei der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich von einer konkursmäßigen Geltendmachung der Forderung des Gesellschaftsgläubigers sprechen konnte, während er vorher bei Abfassung des Art. 568 die Verschiedenheit des kantonalen Schuldbetreibungsrechtes und namentlich die Möglichkeit einer pfändungsweisen Vollstreckung zu berücksichtigen hatte und sich daher unbestimmter ausdrücken mußte.

Im erörterten Sinne ist denn auch der Art. 568 bereits von der kantonalen Rechtsprechung (Revue II Nr. 42 und III Nr. 164, Zürcher handelsrechtl. Entsch. Bd. 18 Nr. 1 und Bd. 4 n. F. Nr. 202) und überwiegend in der Literatur (Schneider und Fick, Kommentar, Art. 564 Note 6 b und 8, Art. 568 Note 2; Haberfisch, Obligationenrecht, II S. 396) ausgelegt worden. Eine andere Auffassung hat freilich Hafner (Kommentar, Art. 564 Anmerkung 8) unter Hinweis auf den Art. 122 des früheren deutschen Handelsgesetzbuches und die ihm von der deutschen Doktrin gegebene Auslegung vertreten. Allein aus dieser Bestimmung kann für das schweizerische Recht nichts abgeleitet werden; schon deshalb nicht, weil bei der offenen Handelsgesellschaft des deutschen Rechts die Haftung des Gesellschafters anders als bei der Kollektivgesellschaft des Obligationenrechts geregelt ist, indem die Belangbarkeit schon vor der Gesellschaftsauflösung besteht und indem, wenn sie laut Art. 122 cit. nach der Auflösung aufhörte, dies in Beziehung zu dem ausschließlichen Recht der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gebracht würde. Übrigens

hat das gegenwärtige deutsche Handelsgesetzbuch diesen Rechtszustand abgeändert und läßt durch seinen Art. 128 die Belangung des Gesellschafters nunmehr ebenfalls sogleich mit der Gesellschaftsauflösung zu; und zwar ist diese Änderung gerade durch die schon genannten Nachteile, wie sie sich in Deutschland bei der früheren Regelung fühlbar machten, veranlaßt worden (vergl. Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuches, S. 95).

Ist somit der Gesellschaftsgläubiger berechtigt, den Kollektivgesellschaftler sofort mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses für seine ganze Forderung an der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, so muß die Klage gutgeheißen und die Berufung abgewiesen werden, da für den Beklagten als Kommanditgesellschaftler die gleichen Grundsätze gelten (vergl. Art. 601 und 611 OR).

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. Mai 1910 bestätigt.

### 58. Urteil vom 17. September 1910 in Sachen Traiteur, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Müller, Befl. u. Ber.-Befl.

*Vertrag über die Gründung einer Aktiengesellschaft zur Ausbeutung von — der Gesellschaft als « apports » eines Gründers zu beschaffenden, noch nicht erteilten — staatlichen Wasserwerkskonzessionen (des Kts. Bern). Schadenersatzanspruch des Mitgründers wegen Dahinfallens des Vertrages infolge Nichterfüllung jener « apports- » Pflicht. Vertragsauslegung. Nicht-Verpflichtung des Beklagten, für die Konzessionserteilung seitens der zuständigen Staatsbehörde als Leistung eines Dritten im Sinne des Art. 127 OR einzustehen, sondern blosses Versprechen, sich um die Erlangung der bereits nachgesuchten Konzessionen zu bemühen. Rechtliche Zulässigkeit eines solchen Versprechens. Tatsächliche Erfüllung desselben. Culpa in contrahendo?*

A. — Durch Urteil vom 15. Dezember 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt:

„Das erste Klagsbegehren wird im Sinne der Motive zugeprochen.

„Das zweite Klagsbegehren wird abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger durch seinen Anwalt gültig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren, es sei dahin abzuändern, daß die gestellten Klagebegehren voll zugesprochen werden, und es sei somit der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag als aufgelöst erklärt und der Beklagte gegenüber dem Kläger zu einer Entschädigung von 250,000 Fr. nebst 5 % Zins seit der Ladung zum Ausböhnungsversuch zu verurteilen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers den gestellten Berufungsantrag erneuert.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — In tatsächlicher Beziehung ist aus der eingehenden, aktenmäßigen Darstellung der Vorinstanz folgendes hervorzuheben: Im Oktober 1899 hat der später verstorbene J. H. Müller-Landsmann in Zürich, der Vater des Beklagten Dr. E. Robert Müller, bei den bernischen Behörden das Gesuch gestellt, es möchte ihm zu Händen einer zu bildenden Gesellschaft die Konzession erteilt werden, die Wasserkräfte der Aare von Guttannen bis Innerkirchen und ihrer Zuflüsse, der Gadmen-Aar, des Genthawwassers und des Urbachthalwassers, rationell nutzbar zu machen. Dabei führte der Gesuchsteller aus, daß er ein bereits erprobtes Verfahren zur Eisengewinnung auf thermo-elektrischem Wege besitze und daß die aus den genannten Wasserkräften zu gewinnende elektrische Energie dazu dienen solle, die Eisenerz- und Eisensteinlager des Oberhasli auszubenten, hinsichtlich deren er bereits ein Gesuch um Erteilung einer Bergwerkkonzession eingereicht hatte. Am 10. Januar 1900 beschloß der Regierungsrat des Kantons Bern: Es sei die Erteilung der genannten Wasserrechtskonzession in ganz nächster Zeit nicht möglich, weil die Konzessionsvorlage noch besserer Abklärung sowie eingehender Prüfung und Begutachtung der kompetenten Behörden bedürfe; immerhin sei der Regierungsrat grundsätzlich damit einverstanden, Müller-Landsmann eine Wasserrechtskonzession in größerem Maßstabe zur Ausbeutung der Eisenerz- und Eisensteinlager des Oberhasli nach Erfüllung dieser Präliminarien zu erteilen. Am folgenden Tage, 11. Januar, erhielt Müller-Landsmann die nachgesuchte

Bergwerkkonzession unter bestimmten Bedingungen. Darauf setzte er seine Vorbereitungen für die planmäßige Verwirklichung des Unternehmens fort (durch Ausarbeitung von Plänen für die Wasserwerksanlagen u.) und ersuchte dann neuerdings um endgültige Erteilung der Konzession. Auf dies beschloß der Regierungsrat am 17. Juni 1902: Dem Konzessionsbegehren könne einstweilen noch nicht entsprochen werden, weil nach einem Beschlusse der Staatswirtschaftskommission im allgemeinen mit der Erteilung derartiger Konzessionen zurückzuhalten und in erster Linie für die öffentlichen Interessen des Staates zu sorgen sei, weil ferner Konzessionen nur auf Grund vollständiger Projekte, Eigentumsausweise und genauer Zweckbestimmung erteilt werden sollen und weil die Projekte des Petenten hinsichtlich definitiver Gestaltung, Durchführung und Zweck gemäß Beschluß vom 10. Januar 1900 noch besonderer Abklärung bedürfen. Am 11. März 1903 faßte der Regierungsrat auf ein Gesuch Müller-Landsmanns und seines Sohnes Dr. Müller den Beschluß, daß der letztere als Teilhaber an der erteilten Bergwerks- und ebenso, für den Fall definitiver Bewilligung, an den grundsätzlich in Aussicht gestellten Wasserrechtskonzessionen anerkannt werde. In mündlichen Besprechungen versicherte der Direktor der Bauten und Eisenbahnen, Regierungsrat Morgenthaler, in dessen Ressort die Vorbereitung dieses Geschäftes und die Antragstellung zu Händen des Regierungsrates in erster Linie fiel, dem Gesuchsteller wiederholt, der Regierungsrat werde die nachgesuchte Konzession ohne Zweifel erteilen, wenn die im Beschlusse vom 17. Juni 1902 erwähnten Bedingungen erfüllt seien, d. h. wenn vollständige Projekte und Eigentumsausweise vorgelegt und Nachweise betreffend genaue Zweckbestimmung und eine die Ausführung gewährleistende Finanzierung beigebracht würden. Müller-Landsmann unternahm dann noch weitere Schritte für die Verwirklichung des Projektes, indem er auch die Eisenerz-lager im angrenzenden Gebiete Obwaldens pachtete, Vermessungen und Landankäufe vornahm und indem er nun namentlich sich an die Finanzierung des Unternehmens machte. Zu letzterem Zwecke setzte er sich mit dem Kläger Armand Fraiteur, einem bedeutenden Finanzier in Brüssel, in Beziehung, der sich auch für das Unternehmen interessierte und den Ingenieur Somerhausen als seinen

Vertreter mit dessen Bearbeitung beauftragte. Diesem wurden die Unterlagen des Projektes, namentlich auch die beiden Regierungsratsbeschlüsse vom 10. Januar 1900 und 17. Juni 1902 unterbreitet, und es fiel ihm nun sofort der Mangel einer gültigen Wasserrechtskonzession auf, welchen Mangel er in einem Briefe vom 10. Mai 1905 an den Agenten Decauville als Vertreter Müller-Landsmanns deutlich hervorhob, wobei er verlangte, daß ihm der Text der erteilten Konzession vorgelegt werde. In einem darauf folgenden Brief vom 14. Mai, den Müller-Landsmann an Decauville schrieb und den dieser in Abschrift dem Kläger mitteilte, erklärte Müller-Landsmann, daß die Konzessionen noch nicht definitiv erteilt, daß sie ihm aber alle formell zugesichert worden seien; die Bedingungen für ihre definitive Erteilung seien deutlich im Regierungsratsbeschuß vom 17. Juni 1902 aufgezählt. Was das Erfordernis vollständiger Pläne anbetrifft, so lägen solche vor und seien bereits dem Baudepartement unterbreitet, und was den Landerwerb anlangt, so sei der Konzessionsbewerber bereits im Besitze verschiedener erforderlicher Parzellen und zahlreicher, für die Durchleitung des Wassers nötiger Servituten. Im weitern bekam Somerhausen als Vertreter des Klägers durch Decauville Kenntnis von einem Brief d. d. 19. Mai 1905, den dieser auf eine Anfrage hin von Regierungsrat Morgenthaler erhalten hatte und worin erklärt wurde: Der Regierungsrat habe Herrn Müller-Landsmann am 10. Januar 1900 die Erteilung der Wasserwerkskonzession zur Ausbeutung und Verarbeitung von Erz grundsätzlich in Aussicht gestellt, sofern gewisse Bedingungen — nämlich die im regierungsrätlichen Beschlusse von jenem Tage genannten — erfüllt seien: nach deren Erfüllung dürfte die Konzession voraussichtlich erteilt werden. Nach weitern Unterhandlungen richteten darauf am 3. Juli 1905 Müller-Landsmann und der Beklagte an den Kläger eine « Option » genannte Vertragsofferte, die, soweit hier wesentlich, folgenden Inhalt hat:

- « Nous vous avons soumis les éléments d'une affaire pour  
 » l'exploitation de laquelle il est nécessaire de constituer  
 » une Société anonyme Suisse au capital de deux millions  
 » cinq cent mille francs.  
 » Les apports que nous nous engageons à faire à cette  
 » Société comprennent :

« A. La concession de la chute de l'Urbach, quitte et libre  
 » de toute charge et de toute redevance à notre profit, telle  
 » qu'elle nous sera accordée par le Gouvernement du Canton  
 » de Berne. »

« B. Les plans, études et devis forfaitaires relatifs aux  
 » travaux hydrauliques et à l'aménagement de cette chute,  
 » tels qu'ils ont été dressés par M<sup>r</sup> le Conseiller R. Schmick  
 » de Darmstadt ainsi que notre contrat avec lui (en date du  
 » huit mars mil neuf cent un). »

« C. . . . . »

« D. . . . . »

« E. Un droit optionnel gratuit pendant un délai de trois  
 » ans à dater de la constitution de la société susmentionnée  
 » sur la concession du Genthalwasser, telle qu'elle nous sera  
 » accordée par le Gouvernement du Canton de Berne, ainsi  
 » que sur les plans, devis et études dressés par le Conseiller  
 » Schmick, se rapportant à cette entreprise. »

« F. Un droit optionnel gratuit pendant un délai de six  
 » ans à dater de la constitution de la société précitée :

» I. Sur les concessions des chutes des cours d'eau suivants : le Gadmerwasser, le Triftwasser, l'Aare, telles  
 » qu'elles nous seront accordées par le Gouvernement du  
 » Canton de Berne, ainsi que sur les plans et devis et études  
 » de M<sup>r</sup> le Conseiller Schmick se rapportant à ces entreprises.

» II. Sur la concession pour l'exploitation des mines de  
 » fer de l'Oberhasli, telle qu'elle nous a été accordée par le  
 » Gouvernement du Canton de Berne le onze janvier mil  
 » neuf cent.

» III. Sur la concession des mines de fer de l'Erzegg accordée à M<sup>r</sup> Bucher-Durrer par les autorités de Kerns et  
 » de Sarnen et retrocée à M<sup>r</sup> Müller-Landsmann. . . . »

« G. . . . . »

« H. . . . . »

Im weitern wird dem Kläger eine bis zum 30. September 1905 laufende Frist bestimmt, um sich über die Annahme der Offerte auszusprechen, wobei er sich im Falle der Annahme zu verpflichten hätte, innert 30 Tagen eine Gesellschaft mit einem

Kapital von 2 $\frac{1}{2}$  Millionen Franken zu konstituieren und die dafür erforderlichen Subskribenten zu beschaffen. Für die erwähnten apports sollten Müller-Landsmann und der Beklagte in näher bestimmter Weise mit Aktien dieser Gesellschaft abgefunden werden.

Während der Optionsfrist ließ der Kläger das ganze Projekt durch seine sachverständigen Vertreter allseitig untersuchen, wobei er sich im besondern bei der Baudirektion über den Inhalt des Konzessionschemas, wie es für das Elektrizitätswerk Wangen verwendet worden war, erkundigte. Nachdem die Differenzen auf sein Begehren die Optionsfrist noch verlängert hatten, erklärte der Kläger dann am 28. September die Annahme der Offerte.

Am folgenden Tage erneuerten Müller-Landsmann und der Beklagte beim Regierungsrate ihren Antrag um Erteilung der Konzessionen unter Darlegung des derzeitigen Standes der Angelegenheit. Der Kläger stellte den Konzessionsbewerbern seine Unterstützung bei den Verhandlungen mit der Regierung in Aussicht und erteilte ihnen verschiedene Ratschläge. In der Folge wurde eine Konferenz zwischen Regierungsrat Morgenthaler, den Konzessionsbewerbern und dem Kläger in Aussicht genommen, und Regierungsrat Morgenthaler versprach, die Sache womöglich noch vor seinem auf den 1. Dezember in Aussicht genommenen Rücktritt aus dem Regierungsrat zu erledigen. Am 5. November starb nach längerem Krankenlager Müller-Landsmann und der Beklagte übernahm alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrage vom 3. Juli/28. September 1905. Am 17. November fand die erwähnte Konferenz statt, und es wurden darin die in den Konzessionsakt aufzunehmenden Bedingungen besprochen. Regierungsrat Morgenthaler arbeitete dann im Sinne der Ergebnisse dieser Konferenz einen die Erteilung der Konzessionen befürwortenden Bericht und Antrag an die Regierung aus. Der Regierungsrat verwies aber die Sache zum Mitbericht an die Finanzdirektion. Bevor ein Beschluß erfolgte, trat Herr Morgenthaler aus dem Regierungsrat aus und wurde durch Herrn Rönizer ersetzt. Es zeigte sich bald, daß die beiden Regierungsräte, die die Behandlung der Angelegenheit nun in die Hand nahmen, die Herren Rönizer und Kunz, einer Erteilung der Konzessionen auf dem von den Petenten verlangten und von Morgenthaler empfohlenen Wege nicht günstig gesinnt waren. Sie

stellten sich vielmehr auf den Standpunkt, es solle der Staat Bern oder an seinem Platze das Rander- und Hageneckwerk, bei dem der Staat mit einer großen Zahl von Aktien beteiligt sei, die Wasserwerke bauen und dem Beklagten oder der zu gründenden Aktiengesellschaft die für die Erzausbeutung notwendige Kraft zum Selbstkostenpreis für eine längere Reihe von Jahren zur Verfügung stellen. Der Beklagte sowohl als nachträglich auch der Kläger erklärten sich auf dieser Grundlage zu neuen Unterhandlungen mit der Regierung bereit, die sich dann aber am 27. Februar 1906 bei einer Konferenz, die zwischen ihnen und Regierungsrat Kunz in Straßburg stattfand, zerschlugen. Der Beklagte verlangte darauf noch einmal vom Regierungsrat die Erledigung der Angelegenheit „in einer seinen Ansprüchen gerecht werdenden Art“ und machte die Regierung für allen Schaden verantwortlich, der ihm oder Dritten andernfalls erwachse, wobei er seiner Eingabe einen Brief des Klägers an ihn beilegte, dessen Wortlaut sie beide zusammen festgesetzt hatten und worin der Kläger sich gegenüber dem Beklagten im Falle der Nichterfüllung des Vertrages alle Rechte vorbehalten erklärte.

Am 7. März 1906 faßte alsdann der Regierungsrat den Beschluß: Das Konzessionsgesuch des Beklagten werde abgewiesen; dagegen werde den Rander- und Hageneckwerken die Wasserkonzession für die Aare von der Grimsel bis Zurnertkirchen und deren Zuflüsse zu den später im Konzessionsakt festzusetzenden Bedingungen erteilt. Dieser Gesellschaft werde die Verpflichtung auferlegt, dem Beklagten bzw. einer von ihm zu gründenden Industriegesellschaft zum Zwecke der Ausbeutung der Eisenlager im Oberhasli die Kraft von dreien der fraglichen Nebengewässer (des obern Genthawassers, des untern Genthawassers und des Urbachwassers) während 40 Jahren zur Verfügung zu stellen gegen Entrichtung der an den Staat abzuliefernden Konzessionsgebühr von 5 Fr. (per HP); der Beklagte habe sich innert 3 Monaten nach der Zustellung des Beschlusses zu erklären, ob er von der eingeräumten Vergünstigung Gebrauch machen wolle, ansonst sie dahinfalle. Von diesem Beschluß gab der Beklagte dem Kläger sofort Kenntnis, worauf dieser die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ihm gegenüber in Aussicht stellte. Der Beklagte sucht dann noch den Regierungsratsbeschluß

innert Frist, aber ohne Erfolg durch staatsrechtlichen Rekurs vor dem Bundesgerichte und dem Bundesrate an.

Mit der vorliegenden Klage hat nunmehr der Kläger beantragt, es sei zu erkennen, daß der Vertrag vom 3. Juli/28. September 1905 aufgelöst sei, und der Beklagte sei zu verurteilen, ihm als Schadenersatz 250,000 Fr. zu bezahlen.

Die Klage wird darauf gestützt, daß sich der Beklagte und sein Vater rechtsverbindlich und vorbehaltlos verpflichtet hätten, wie die andern im Vertrage genannten apports, so auch die Wasserrechtskonzessionen zu beschaffen, daß sie also die Verantwortlichkeit für die Leistung eines Dritten, die Erteilung der Konzessionen durch die Regierung, übernommen hätten und daß, wenn dieser Dritte sie im Stiche gelassen habe, damit keine objektive sondern nur eine subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten sei, die die Ersatzpflicht des Beklagten nicht auszuschließen vermöge. Die letztere sei zudem unter dem Gesichtspunkte der culpa in contrahendo gegeben.

2. — Das erste Begehren, den Vertrag vom 3. Juli/28. September 1905 als aufgelöst zu erklären, ist von der Vorinstanz im Sinne der Motive, nämlich dahin zugesprochen worden, daß sie den Vertrag als von Anfang an hinfällig bezeichnet hat. In diesem Teil wird das vorinstanzliche Urteil von beiden Parteien anerkannt. Wenn auch der Berufungskläger jenes Begehren neben dem andern wieder in seine Berufungsanträge aufgenommen hat, so will er damit doch wohl nur festgestellt wissen, daß er seinerseits aus dem Vertrage der Gegenpartei zu nichts mehr verpflichtet sei. Heute hat er denn auch kein Gewicht darauf gelegt, ob der Vertrag ungültig oder, wie er in der Klagebegründung geltend gemacht hatte, nach Art. 122 OR aufgelöst sei. Und in der Tat hat dies auch keine praktische Bedeutung mehr für die Parteien, da sie — abgesehen von der Schadenersatzforderung des Klagebegehrens 2, die sich laut den nachfolgenden Ausführungen als unbegründet erweist — keine Ansprüche irgend welcher Art aus dem streitigen Verhältnisse gegeneinander erheben.

3. — Was nun das Klagebegehren 2 betrifft, so ist zunächst die Kompetenz des Bundesgerichts zu seiner Beurteilung gegeben. Namentlich handelt es sich um einen Anspruch eidgenössischen

Rechts. Denn der streitige Vertrag war in der Schweiz zu erfüllen, indem der Beklagte hier die fraglichen apports zu leisten und der Kläger hier die Gesellschaft, der die Ausführung des Unternehmens obliegen sollte, zu gründen hatte. Und wenn auch die Erwerbung und der rechtliche Inhalt der Wasserrechtskonzessionen, wegen deren Nichtbeschaffung geklagt wird, sich nach dem kantonalen Verwaltungsrechte richtet, so ändert das nichts daran, daß hinsichtlich dieser Konzessionen ein (unten noch näher zu bestimmendes) Rechtsgeschäft des privaten Mobiliarverkehrs abgeschlossen wurde, das als solches dem eidgenössischen Rechte untersteht.

4. — In der Sache selbst fragt es sich vor allem, welchen Inhalts das vertragliche Versprechen sei, das dem Kläger hinsichtlich der Beschaffung der Wasserrechtskonzessionen abgegeben wurde. Es stehen sich bei der Auslegung zwei Alternativen gegenüber: Entweder nimmt man an, der Beklagte und sein Vater hätten sich nur zu einer Tätigkeit verpflichtet, nämlich mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unter Anwendung aller Sorgfalt sich darum zu bemühen, daß diese ihnen in Aussicht gestellten Konzessionen wirklich erteilt würden; sie hätten dann die Handlung selbst, auf deren Bewirkung die Tätigkeit zu richten war, die Erteilung der Konzessionen durch den Regierungsrat, nicht versprochen, und diese Erteilung wäre nicht Leistungsinhalt gewesen oder doch nur in bedingter Weise, nur für den Fall, daß jene Tätigkeit zum Ziele führen sollte. Diesem Standpunkte, den der Beklagte vertritt, steht der vom Kläger eingenommene gegenüber, wonach die Vertragsgegner die Konzessionen selbst versprochen hätten, was rechilich so aufzufassen wäre, daß sie neben der Zusage jener Tätigkeit nach ihrem Erfolg garantierten, indem sie sich verbindlich machten für den Erlaß eines Verwaltungsaktes des bernischen Regierungsrates, wie er in der Konzessionserteilung liegt.

Der Wortlaut des Vertrages zunächst berechtigt nun zu einer Auslegung in diesem weitergehenden zweiten Sinne nicht. Indem der Vertrag bei der Aufzählung der verschiedenen vom Beklagten und seinem Vater zu machenden apports bestimmt, daß die Wasserrechtskonzessionen einzubringen seien, « telles qu'elles vous seront accordées par le Gouvernement », besagt er vorerst ausdrücklich, daß diese Konzessionen — im Gegensatz zu der die Erzaus-

beutung betreffenden Konzession, die einzubringen ist « telle qu'elle nous a été accordée » — noch erwirkt werden müssen. Zugleich aber läßt diese Fassung annehmen, daß damit die Pflicht zur Beschaffung der Konzessionen nicht nur, was ihren genauern Umfang und Inhalt, sondern auch, was ihren Bestand überhaupt betrifft, von der künftigen staatlichen Erteilung abhängig gemacht werden will. Und wenn auch, wie der Vertreter des Klägers heute hervorgehoben hat, das Versprechen zur Einbringung nicht in bloß konditioneller Form (« telles qu'elles nous seraient accordées ») abgegeben worden ist, so darf daraus doch nicht auf den Willen, für die Erteilung einzustehen, geschlossen werden. Zu dieser Ausdrucksweise konnten die Parteien vielmehr ganz gut deshalb gekommen sein, weil sie sich von dem Gedanken haben leiten lassen, daß die Konzessionsbewerber wegen ihrer Vorarbeiten für die Ausnutzung des Wassers und in Hinsicht auf die zu ihren Gunsten schon erfolgten amtlichen Erklärungen gegenüber andern Bewerbern eine Vorzugsstellung hatten und begründeterweise hoffen durften, in den Besitz der Konzessionen zu gelangen. Hätten sie für deren Beschaffung geradezu verantwortlich gemacht werden wollen, so wäre eine so weitgehende Haftbarkeit doch besonders im Vertragstext erwähnt worden, umsomehr, als dann die Parteien, die ihre vertraglichen Beziehungen in allen Teilen scharf umschrieben haben, Veranlassung gehabt hätten, auch die mit der Nichtbeschaffung verbundenen Schadenersatzfolgen zu regeln.

Spricht somit schon der Vertragstext gegen und nicht für eine solche Haftung der Konzessionsbewerber, so kann von ihr noch viel weniger die Rede sein, wenn man die Natur und den Zweck des dem Kläger gegebenen Versprechens und die Sachlage, unter der es abgegeben wurde, mitberücksichtigt. Es handelt sich um die Herbeiführung eines staatlichen Verwaltungsaktes, auf dessen Erlaß die Gesuchsteller nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung, die die Vorinstanz den anwendbaren Bestimmungen des kantonalen Rechts gibt, keinen Anspruch erheben konnten, so daß die Behörde, auch soweit sie vorher gewisse Zusicherungen hinsichtlich des Erlasses gemacht hatte, in ihrer nachherigen Entschliebung frei gewesen ist und, namentlich zur Wahrung der öffentlichen Interessen, trotzdem zu einem abweisenden Entscheide kommen durfte.

Dieser Rechtszustand mußte beim Vertragsschlusse nicht nur den Konzessionsbewerbern, sondern auch dem Kläger bekannt sein. Dessen Vertreter hatte schon anfangs, als ihm das auf das Geschäft bezügliche Aktenmaterial, und namentlich die Regierungsratsbeschlüsse vom 10. Januar 1900 und 17. Juni 1902, vorgelegt wurden, den Mangel einer wirklichen Konzessionserteilung hervorgehoben, und sich dann, vor der Annahme der gegnerischen Vertragserklärung, noch besonders über die im Kanton Bern üblichen Konzessionsbedingungen erkundigt. Die beiden Parteien waren sich also wohl bewußt, daß es sich bei der Beschaffung der Konzessionen darum handelte, Rechtshandlungen eines Dritten — die Einräumung von Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen durch den Staat an den Beklagten und seinen Vater und die nachherige Übertragung dieser Rechte an die zu gründende Gesellschaft — erst noch zu bewirken, und daß vor ihrer Bewirkung eine rechtliche Bindung des Dritten zu Gunsten der Bewerber gesetzlich ausgeschlossen war. Bei dieser Unmöglichkeit, die Leistung des Dritten rechtlich zu sichern, erscheint es als der wahrscheinliche, weil aus einer vernünftigen Überlegung der Sachlage entspringende, Wille der Parteien, daß die Konzessionsbewerber nur verpflichtet werden sollten, alle dienlichen Schritte zur Erhaltung der Konzessionen zu tun, nicht aber, daß sie außer oder statt dem deren Erteilung als eine Leistung eines Dritten garantiert hätten. (Vergl. die bei Bolze, Bd. 19 Nr. 161 abgedruckte Entscheidung des Reichsgerichts, wo das Versprechen, die Aufhebung einer baupolizeilichen Baubeschränkung zu bewirken, als durch die Erteilung der behördlichen Aufhebungsbewilligung bedingt behandelt wird. Zu gleicher Weise ist auch das Versprechen der Lieferung einer im öffentlichen Gebrauch stehenden Sache, deren Beschaffung also von einer behördlichen Genehmigung abhängt, mit Recht als durch diese Genehmigung bedingt erachtet worden, wenn die Parteien von vorneherein deren Notwendigkeit kannten; s. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 23 Anm. 10). Zudem standen hier beim Vertragsschlusse den Umständen, die auf eine Erteilung der Konzessionen hoffen ließen, doch auch andere gegenüber, die zu Bedenken Anlaß geben konnten, so vor allem die Tatsache, daß der Regierungsratsbeschuß vom 17. Juni 1902 bereits den Grundsatz auspricht,

es sei im allgemeinen mit der Erteilung derartiger Konzessionen zurückzuhalten und in erster Linie für die öffentlichen Interessen des Staates zu sorgen. Damit war für die Parteien bereits das Hindernis erkennbar, an dem dann tatsächlich die Beschaffung der Konzessionen in der Folge scheitern sollte, dadurch, daß der Regierungsrat, in dessen Personalbestand ein Wechsel eingetreten war, den Gedanken einer Erhaltung der Wasserkräfte für das Gemeinwesen in den Vordergrund stellte und so dazu gelangte, die Konzessionen einer Gesellschaft zu erteilen, auf die der Staat Bern wegen seiner finanziellen Beteiligung einen unmittelbaren Einfluß ausübt.

Dieser Auslegung des streitigen Versprechens steht auch gesetzlich nichts im Wege. Wenn der Art. 127 OR (der zudem nur analog anwendbar ist, weil es sich nicht um eine Leistung des Staates direkt an den Kläger handelt) denjenigen, der die Leistung eines Dritten verspricht, als Schadenersatzpflichtig erklärt, falls die Leistung nicht erfolgt, und wenn er somit den Promittenten als Garanten des Erfolges haften läßt, so will er damit (wie der entsprechende Art. 1120 des Code civil) keine zwingende, sondern eine dispositive Rechtsregel aufstellen und den Parteien die Möglichkeit belassen, sich ausdrücklich oder stillschweigend dahin zu verabreden, daß das Versprechen nur auf die Tätigkeit zur Herbeiführung der Drittleistung gehen solle. Eine Verabredung letzterer Art erwähnt das Gesetz freilich nicht besonders (wie etwa das preussische Landrecht, das in seinen §§ 46—50 die beiden Fälle der Haftung für die Tätigkeit und der für den Erfolg auseinanderhält und dabei die letztere nur bei einer ausdrücklichen Verpflichtung in diesem Sinne eintreten läßt). Aber sie muß trotzdem stets dann angenommen werden, wenn nach der Sachlage ein Einstehen für die Leistung des Dritten nicht als von den Parteien gewollt gelten kann.

5. — Daß der Beklagte und sein Vater die Tätigkeit, die sie versprochen, in pflichtgemäßer Weise vorgenommen und alle von ihnen zu fordernden Bemühungen aufgewendet haben, um in den Besitz der Konzessionen zu kommen, ergibt sich aus den oben dargestellten tatsächlichen Verhältnissen des Falles; übrigens ist auch vom Kläger in keinem Punkte etwas gegenteiliges behauptet wor-

den. Haben die beiden somit der ihnen obliegenden Leistungspflicht genügt, so besteht die vom Kläger behauptete Schadenersatzpflicht nicht und das Klagebegehren 2 ist daher als unbegründet abzuweisen. Infolgedessen braucht der Standpunkt, von dem aus die Vorinstanz in erster Linie dieses Begehren abgewiesen hat, nicht mehr geprüft zu werden: ob nämlich bei der Annahme, daß man es mit dem Versprechen der Leistung eines Dritten zu tun habe, die Erfüllung dieses Versprechens infolge des Regierungsratsbeschlusses vom 7. März 1906 unmöglich, und zwar objektiv, nicht nur subjektiv unmöglich, geworden und der Vertrag als von Anfang an ungültig zu betrachten sei. Ebenso bedarf es keiner Prüfung, welchen Einfluß bei der gegenteiligen Annahme eines bloßen Versprechens zu einer Tätigkeit der Umstand, daß diese Tätigkeit nicht den beabsichtigten Erfolg gehabt hat, auf die sonstigen Vertragsbeziehungen ausübe. Denn solche liegen, abgesehen von der oben erledigten Schadenersatzfrage, nicht im Streite.

6. — Der eventuelle Standpunkt des Klägers endlich, daß der Beklagte wegen culpa in contrahendo hafte, ist schon deshalb unbegründet, weil laut den obigen Ausführungen der Kläger beim Vertragsschlusse selbst im Stande war, die Sachlage richtig zu würdigen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 15. Dezember 1909 in allen Teilen bestätigt.