Es ist daher in der vorbehaltlosen Zahlung des Mietzinses seitens des Klägers ein Verzicht auf die Geltendmachung einer Schadenersatzklage zu erblicken.

Abgesehen davon mußte im vorliegenden Falle bei der unbestrittenermaßen geringen Höhe des Mietzinses (650 Fr. per Jahr für eine Käsehütte mit Keller und Schlafzimmer, für einen zweiten Keller, für mehrere Käselager in den Kellern und Speichern, für eine Käsepresse, einen Brunnen, einen Hausplatz und eine Holzhütte) dem Mieter von vorneherein klar sein, daß es sich nicht um Musterinstallationen handeln könne, sondern daß das Mietobjekt wahrscheinlich zum mindesten mit den gewöhnlichen Mängeln solcher Hütten behaftetet sein werde, daß also jedenfalls der Zutritt von Mäusen nicht absolut werde verhindert werden können, wie denn auch im Vertrag nicht etwa bestimmt worden war, daß die Keller vollkommen mäusefrei, sondern nur, daß sie „möglichst mäusefrei" herzustellen seien. Unter diesen Umständen ist weder aus der Tatsache, daß die Käse des Klägers durch Mäuse beschädigt worden sind, noch aus dem Einsturz eines Käselagers, noch schließlich aus der Nichtvornahme gewisser Reparaturen am Dach der Käsehütte, am Brunnen und am Fußboden des über der Käsehütte befindlichen Schlafzimmers des Klägers, sowie aus der Nichtanschaffung einer neuen Käsepresse u. s. w der Schluß zu ziehen, daß die Beklagten die Schädigung des Klägers hätten verhindern können und sollen. Ja es erscheint sogar fraglich, ob hier überhaupt von einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch ungeeigneten Zustand gesprochen werden könne. Indessen genügt es, daß der klägerische Schadenersatzanspruch jedenfalls, wie hievor dargetan, an dem mangelnden Nachweis beklagtischen Verschuldens scheitert.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 10. Mai 1905 im Dispositiv bestätigt.

---

78. Urteil vom 7. Oktober 1905 in Sachen Spörri-Streiff, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Petracchi & Cie., Kl. u. Ber.-Bekl.

Verkaufskommission. — Einrede des klaglosen Differenzgeschäftes, Art. 512 OR. — Pflicht des Kommittenten zur Sicherstellung bei einer bestimmten Kursdifferenz. Vertragliches Recht des Kommissionärs zum Deckungskauf. Das Recht des Selbsteintrittes (Art. 444 OR) bezieht sich auch hierauf. — Beweislast für den Kurs des Deckungskaufes.

A. Durch Urteil vom 31. März 1905 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, den Klägern 5050 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 1904 zu bezahlen; die Widerklage ist abzuweisen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

Es sei die Appellation gutzuheißen, das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich aufzuheben und zu erkennen: Die Klage wird abgewiesen.

Eventuell seien die Akten zur Abnahme des offerierten Beweises, daß der Marktpreis der in Frage stehenden Baumwolle Coton Maco F. G. F. am 29. September 1904 nur £ 14 $^{2}/_{32}$, höchstens £ 14 $^{8}/_{32}$ und nicht £ 14 $^{13}/_{32}$ gewesen sei, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung vor Bundesgericht hat der Vertreter des Beklagten die Berufungsanträge wiederholt. Der Vertreter der Kläger hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Prozeß beruht auf folgenden für die Entscheidung desselben relevanten Tatsachen:

a) Am 29. Juni 1904 beauftragte der Beklagte die Kläger, deren Agent er war, telegraphisch, für ihn in Alexandrien 1000 Zentner Baumwolle, lieferbar im November, zu verkaufen. Am

30. Juni benachrichtigten die Kläger den Beklagten telegraphisch von der Ausführung dieses Auftrages zum Preise von £ 12 13/16 per C. Am gleichen Tage schickten sie ihm per Post eine von ihnen unterzeichnete, contrat betitelte, Urkunde mit folgendem Inhalt: « Nous avons vendu pour votre compte et risque 1000 C. » mille coton Maco F. G. F. brocon contrat livraison du 1er » jusqu'au 22 novembre 1904 à £ 12 13/16 soit P. T. 256 1/4 » par C. suivant conditions et usage de notre place. Notre » commission, courtage de bourse et ducroire en tout 1 1/2 %, » outre les frais des télégrammes. Règlement de différences » aussitôt la couverture de l'opération, en outre les différences des opérations en cours seront réglées à chaque » £ 1/2 par cautar en hausse ou en baisse, soit 2 1/2 francs » par cautar. S'il y a d'autres instructions, prière de les donner exactes et en temps voulu. » Mit Brief vom 2. Juli 1904 bestätigte der Beklagte seinen telegraphischen Auftrag, sowie den Empfang der telegraphischen Mitteilung von der Ausführung dieses Auftrages.

b) Am 14. Juli beauftragte der Beklagte die Kläger telegraphisch, für ihn weitere 1000 C. per November zu verkaufen. Am 15. Juli meldeten ihm die Kläger telegraphisch die Ausführung dieses Auftrages zum Preise von £ 13 5/16 per C. An demselben Tage schickten sie ihm per Post eine Vertragsurkunde mit den gleichen Bedingungen wie die auf den ersten Auftrag bezügliche (es waren darin bloß die Worte « aussitôt la couverture de l'opération » durch die Worte « aussitôt la clôture de la couverture de l'opération » ersetzt). Am folgenden Tage schrieb der Beklagte den Klägern, er habe von dem Verkauf zu 13 5/16 „bestens Vormerkung genommen". Am 23. Juli bestätigte er ihnen auch den Empfang der Vertragsurkunde, mit der Bemerkung, er habe von deren Inhalt Vormerkung genommen.

c) Am 15. Juli hatten die Kläger dem Beklagten eine zweite Depesche geschickt des Inhaltes: „Nächste Ernte Aufschlag 1 Franken. Telegraphieren Sie sofort 3000 Franken." Hierauf antwortete der Beklagte am 16. Juli brieflich, er habe nicht telegraphisch geantwortet, weil die Kläger für die „Margedifferenz" annähernd gedeckt seien; sollte der Markt indessen noch weiter steigen, so

werde er nicht ermangeln, den Klägern „das nötige zu depeschieren". Am gleichen Tage wiederholten die Kläger ihr Begehren „um weitere 3000 Fr. für Sicherstellung (Margin)" brieflich. Im Prozesse hat der Beklagte erklärt, die Kläger hätten dieses Begehren am 18. Juli telegraphisch erneuert, worauf er am 19. Juli telegraphisch geantwortet habe: « Au dernier besoin Banque Populaire. » Mit Brief vom 23. Juli bestätigten die Kläger dem Beklagten den Empfang seines Telegrammes vom 19. Juli und fügten bei, sie hätten bis jetzt „diese 3000 Fr." noch nicht behoben, weil der Markt heruntergegangen sei, sie also bei den gegenwärtigen Preisen vollkommen gedeckt seien, Beklagter solle versichert sein, daß Kläger nicht um „Margin" telegraphieren würden, wenn seine Rechnung nicht ungedeckt erscheine. Am 30. Juli schickten die Kläger dem Beklagten einen pro 30. Juni mit einem Saldo von 5823 Fr. 15 Cts. zu seinen Gunsten abschließenden Kontokorrentauszug; sie bemerkten dazu, gegenüber diesem Guthabensaldo des Beklagten stelle sich der Verlust auf den 2000 C. per November „mit dem heutigen Schlußkurs" auf ungefähr 6000 Fr., woraus der Beklagte ersehen könne, daß die Kläger jetzt tatsächlich ungedeckt seien; dies habe sie veranlaßt, „heute" auf den Beklagten „durch" die Schweiz. Volksbank mit 3000 Fr. auf Sicht zu ziehen, was mit dem Sichtwechsel Nr. 182 geschehen sei; dieser Wechsel werde der guten Aufnahme seitens des Beklagten empfohlen. In einem Briefe vom 27. August gibt der Beklagte eine Erklärung für den Umstand, daß obiger Sichtwechsel auf der Schweiz. Volksbank nicht honoriert worden sei; dies sei lediglich infolge eines Mißverständnisses geschehen; er habe denn auch soeben den Klägern telegraphiert: « Traite Banque Populaire sera payée. » Er nehme an, die Kläger würden „das Nötige" nun schon angeordnet haben. Laut Kontokorrentauszug der Kläger vom 30. September 1904 hat die Honorierung des betreffenden Wechsels am 16. September stattgefunden.

d) In seinem Briefe vom 27. August hatte der Beklagte den Klägern noch geschrieben: Was die weitere „Marge-Anschaffung" betreffe, so sei es ihm momentan unmöglich, weiteren Kredit zu eröffnen; er müsse die Kläger daher höflich bitten, noch ein wenig

Geduld üben zu wollen, weshalb er ihnen soeben telegraphiert habe: « Il est impossible de traiter, attendez fin courant. » Hoffentlich werde er den Klägern bis dahin wieder „einen Teil" zuweisen können. Am 17. September 1904 schrieben die Kläger dem Beklagten, sie müßten abermals seine gefällige Aufmerksamkeit auf die Tatsache lenken, daß er infolge der letzten Preissteigung mit seiner Kontraktposition „wieder schwer ins Soll geraten" sei; sie ersuchten ihn daher höflichst, ihnen bei Erhalt dieses Schreibens 5000 Fr. telegraphisch überweisen zu wollen, falls die Preise von den „heutigen" Notierungen nicht heruntergegangen seien. Am 21. September telegraphierten die Kläger dem Beklagten: « Nous avons absolument besoin d'argent. » Hierauf antwortete der Beklagte am 24. September brieflich, es tue ihm sehr leid, dem Wunsche der Kläger um „Anschaffung" momentan nicht entsprechen zu können; er müsse sie bitten, sich einstweilen noch gedulden zu wollen. Am 24. September telegraphierten die Kläger: « Nous vous avions télégraphié pour margine; pourquoi ne répondez-vous pas? » Am 28. September gaben sie folgende Depesche auf, die der Beklagte am gleichen Tage erhielt: « Faites cabler par banque remise 5000 francs, condition absolue; autrement liquidons contrats. » Hierauf antwortete der Beklagte. « Vous pouvez liquider contrats £ 13. » (Der Beklagte hat aber selber nicht behauptet, daß bei den damaligen Kursen ein Einkauf zu £ 13 möglich gewesen wäre [vgl. auch die Kurstabelle sub f hienach].) Am 29. September nachmittags 5 Uhr 30 gaben die Kläger folgende an den Beklagten adressierte Depesche auf: « Nous avons acheté 2000 cantars novembre $14\,^{7}/_{16}$. »

e) Am 1. Oktober schickten die Kläger dem Beklagten folgende, von ihnen unterzeichnete und vom 30. September datierte Abrechnung:

» 1904.		Votre vente:	
» Juin 30.	C. 1000 à £	$12\,^{13}/_{16}$	P.T. 256,250
» Juillet 15.	» 1000 à £	$13\,^{5}/_{16}$	» 266,250
			P.T. 522,500 —

		Report,	P.T. 522,500 —
» 1904		Votre achat:	
» Sept. 29.	C. 2000 à £	$14\,^{13}/_{32}$	P.T. 576,250 —
		Différence à votre débit . .	P.T. 53,750 —
		Commission $1\,^{1}/_{2}\,\%$ . . .	» 7,837 50
»		Dépêches envoyées . . .	» 600 —
»		à votre débit	P.T. 62,187 —
»		au change à $3{,}85\,^{3}/_{4}$ soit .	Fr. 16,121 19

Ferner schickten sie ihm einen mit einem Saldo von 5915 Fr. 95 Cts. zu ihren Gunsten abschließenden Kontokorrentauszug per 30. September, in dessen Soll obige 16,121 Fr. 19 Cts. und in dessen Haben außer dem Saldo von 5915 Fr. 95 Cts. folgende Posten figurierten:

Der sub c hievor erwähnte Guthabensaldo des Beklagten pro 30. Juni 1904	Fr.	5,823 15
Zwei von begründeten Reklamationen des Beklagten herrührende Posten . . .	„	46 15
	„	29 90
Der auf der Volksbank am 16. September honorierte Sichtwechsel (vgl. sub c hievor) . .	„	3,000 —
Provisionsguthaben des Beklagten „laut Rechnung vom 30. September 1904"	„	1,306 04
(Dieser Betrag scheint ganz oder hauptsächlich aus einer dem Beklagten auf dem Kauf vom 29. Sept. gutgeschriebenen Provision zu bestehen.)		
Dazu kommt ein unbestrittener Rechnungsfehler von	„	80 —
welcher im Prozesse mit der Berechnung der Provision auf dem Kauf vom 29. September in Zusammenhang gebracht wurde, laut Brief des Beklagten vom 8. Oktober 1904, Brief der Kläger vom 15. Oktober 1904 und Rechtsschrift der Kläger vom 13. Februar 1905 aber eine andere Provision zu betreffen scheint, sowie ein weiterer im Prozesse von den Klägern an-		
Übertrag:	Fr.	10,285 24

Übertrag:	Fr. 10,285 24
erkannter Betrag von	„ 785 45

was, von dem Verlust auf den 2000 C. Baumwolle (inkl. der den Klägern auf dem Verkauf derselben zukommenden Provision von P. T. 7837 50) abgesehen, per **29.** September 1904 ein unbestrittenes Guthaben des Beklagten von . . Fr. 11,070 69 ergibt, wogegen das Guthaben des Beklagten per **28.** September (d. h. der nach Abzug der Provision des Beklagten auf dem Kauf vom 29. September verbleibende Teil dieser 11,070 Fr. 69 Cts.) nach der Stellungnahme der Parteien im Prozesse nur zirka 10,000 Fr. zu betragen scheint.

f) Der Beklagte hat den ihm am 29. September gemeldeten Kauf nie anerkannt und zwar weder zu dem in der Depesche der Kläger vom 29. September, sowie in einem Schreiben derselben vom 1. Oktober angegebenen Kurs von $14\,^{7}/_{16} = 14\,^{14}/_{32}$ (vgl. sub d hievor am Schluß), noch zu dem in der Abrechnung vom 30. September figurierenden Kurs von $14\,^{13}/_{32}$ (vergl. sub e hievor). In seinen Briefen vom 1. und vom 15. Oktober, wie auch noch vor Handelsgericht, stellte er sich auf den Standpunkt, der Kurs sei, nachdem er am 28. September mit $14\,^{2}/_{32}$ abgeschlossen habe, am **29.** September auf $14\,^{8}/_{32}$ gestiegen; vor Bundesgericht behauptet er sogar, der Kurs habe am 29. September nur $14\,^{2}/_{32}$, höchstens $14\,^{8}/_{32}$ betragen (vergl. Fakt. B oben).

Zu den Akten des Prozesses hat der Beklagte ein Notizbuch gegeben, welches u. a. für Novemberlieferungen folgende mit Bleistift, aber deutlich geschriebene Notierungen enthält:

13. September . .	14 —	22. September . .	$14\,^{21}/_{32}$
14. „ . .	$14\,^{7}/_{32}$	23. „ . .	$14\,^{20}/_{32}$
15. „ . .	$14\,^{13}/_{32}$	24. „ . .	$14\,^{24}/_{32}$
16. „ . .	$14\,^{10}/_{32}$	26. „ . .	$14\,^{24}/_{32}$
17. „ . .	$14\,^{14}/_{32}$	27. „ . .	$14\,^{14}/_{32}$
18. „ . .	$14\,^{18}/_{32}$	28. „ . .	$14\,^{2}/_{32}$
21. „ . .	$14\,^{24}/_{32}$	29. „ . .	$14\,^{8}/_{32}$

Auf Grund des Kurses von $14\,^{2}/_{32}$ rechnet der Beklagte einen Verlust von 12,556 Fr. 70 Cts. aus, auf Grund des Kurses von $14\,^{8}/_{32}$ einen solchen von 14,500 Fr. 95 Cts.

g) Über den frühern Geschäftsverkehr der Parteien vergleiche Erw. 4 i. f.

2. Mit der vorliegenden Klage machen G. Petracchi & Cie. eine von ihnen auf 16,121 Fr. 19 Cts. bezifferte, nach ihrer Behauptung am 29. September 1904 existent gewordene Forderung aus kommissionsweisem Kauf und Verkauf von 2000 C. Baumwolle geltend; sie anerkennen, daß von diesem Betrag 11,070 Fr. 69 Cts. (worunter eine Provision des Beklagten auf dem Kauf der 2000 C.) in Abzug zu bringen seien; das Klagebegehren lautet demgemäß auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 5050 Fr. 50 Cts. Der Beklagte hat eine vor den kantonalen Instanzen erhobene „eventuelle" Widerklage in der Höhe von ursprünglich 4346 Fr. 70 Cts. und nachher 134 Fr. 25 Cts. vor Bundesgericht fallen gelassen und verlangt nur noch Abweisung der Klage, prinzipiell aus dem Grunde, weil es sich um ein klagloses Differenzgeschäft handle, eventuell aus dem Grunde, weil das von den Klägern auf 16,121 Fr. 19 Cts. bezifferte Guthaben höchstens 10,936 Fr. 45 Cts. betrage, was gegenüber obigem Posten von 11,070 Fr. 69 Cts. noch einen Saldo von 134 Fr. 24 Cts. zu seinen Gunsten ergebe, auf welchen er indessen verzichte.

3. Frägt es sich somit, ob und eventuell in welcher Höhe die Kläger aus Kauf und Verkauf von 2000 C. Baumwolle eine Forderung an den Beklagten erworben haben, so ist zunächst unbestreitbar und unbestritten, daß der Beklagte den Klägern am 29. Juni und am 14. Juli den Auftrag erteilt hat, gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) je 1000 C. Baumwolle, lieferbar im November, für seine Rechnung, aber in eigenem Namen, also als Kommissionäre im Sinne von Art. 430 OR, zu verkaufen, sowie daß die Kläger dem Beklagten am 30. Juni und am 15. Juli Annahme und Ausführung dieser Kommissionen gemeldet haben. Nun hat zwar der Kommissionär im Gegensatz zum gewöhnlichen Mandatar (vergl. Art. 439 und 400 OR) nicht schon von Gesetzeswegen ein Recht auf Befreiung von den Verbindlichkeiten, welche er im Interesse seines Auftraggebers ein-

geht; dagegen liegt es, namentlich bei Termingeschäften, nahe, daß der Kommissionär sich entweder sofort bei Erteilung der Kommission für den möglichen Fall ungünstiger Preisveränderungen vom Kommittenten sicherstellen läßt, oder aber der Kommittent sich verpflichtet, den Kommissionär sicherzustellen, sobald ungünstige Kursveränderungen in einem bestimmten Maße tatsächlich eintreten sollten. Die Folge der Nichtbeobachtung einer Verpflichtung der letzteren Art ist in der Regel das dem Kommissionär vertraglich, wenn auch nicht immer ausdrücklich zugesicherte Recht desselben, „die Position zu liquidieren", d. h. einen Deckungskauf oder -verkauf vorzunehmen und den Kommittenten mit der Differenz zwischen dem nunmehrigen und dem ursprünglichen Kauf- oder Verkaufspreis zu belasten.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus der Haltung der Parteien mit aller Deutlichkeit, daß den Klägern ein solches Recht zum „Eindecken" zustehen sollte, sobald der Beklagte sich weigerte, seiner in den Verträgen vom 30. Juni und vom 15. Juli übernommenen Verpflichtung zur „Regulierung der Differenzen" aus den « opérations en cours » im Falle des Eintretens einer Kursdifferenz von $^1/_2$ £ per C. nachzukommen. Auch darüber, daß unter Regulierung der Differenzen (règlement des différences) hier lediglich die Verpflichtung des Beklagten zur Sicherstellung der Kläger zu verstehen sei, herrschte zwischen den Parteien während der Dauer ihrer Geschäftsbeziehungen und sogar noch bei Einleitung des Prozesses keine Meinungsverschiedenheit. Vielmehr drehte sich der Streit und dreht sich derselbe, von der Spieleinrede abgesehen, auch heute noch wesentlich um die Frage, ob in der Zeit vom 17. bis zum 29. September, als die Kläger vom Beklagten Sicherstellung verlangten, dieses Verlangen ein begründetes gewesen sei und ob sie daher, als der Beklagte demselben nachzukommen unterließ, berechtigt gewesen seien, am 29. September einen Deckungskauf vorzunehmen, sowie eventuell um die weitere Frage, welchen Preis die Kläger dem Beklagten für diesen Deckungskauf anzurechnen befugt seien.

Bevor jedoch auf diese beiden spezielleren Fragen eingetreten wird, ist der Entscheid über die vom Beklagten erhobene Spieleinrede zu treffen. Denn im Falle der Gutheißung dieser letztern

wäre die vorliegende Klage wegen Ungültigkeit des Vertrages abzuweisen, ohne daß untersucht zu werden brauchte, ob nach diesem Vertrage, wie ihn die Parteien hatten abschließen wollen, der Standpunkt der Kläger, oder aber derjenige des Beklagten der richtige gewesen wäre.

4. Wie das Bundesgericht in konstanter Praxis erkannt hat, liegt ein klagloses Differenzgeschäft im Sinne von Art. 512 OR nur dann vor, wenn nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Abnahme und Lieferung der gekauften Waren oder Wertpapiere ausgeschlossen ist, so daß blos die Differenz den Gegenstand des Vertrages bildet (vgl. zuletzt Amtl. Samml. d. bundesg. Entsch., Bd. XXXI, 2, S. 61 Erw. 5).

Nun will ein vertraglicher Ausschluß der Effektivlieferung im vorliegenden Falle namentlich darin erblickt werden, daß es im Vertrage heißt: « Règlement des différences aussitôt la cou- » verture de l'opération (bezw. aussitôt la clôture de la cou- » verture de l'opération); en outre les différences des opé- » rations en cours seront réglées à chaque £ $^1/_2$ par cautar » en hausse ou en baisse, soit $2^1/_2$ fr. par cautar. » Hieraus sei ersichtlich, führt der Beklagte aus, daß überhaupt keine Lieferung der Ware, sondern unter allen Umständen nur eine „Regulierung der Differenzen" stattfinden sollte; es bilde also wirklich bloß die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages.

Demgegenüber ist vor allem zu bemerken, daß der Vertrag zwei verschiedene Fälle der „Differenzregulierung" (règlement des différences) vorsieht, nämlich den Fall der Vornahme eines Deckungsgeschäftes seitens der Kläger (couverture de l'opération) und den Fall des Eintretens eines Risikos von bestimmtem Umfange (ungünstige Kursschwankungen von £ $^1/_2$ per C.). Nur im ersten dieser beiden Fälle sollte eine eigentliche Abrechnung auf Grund der Kursdifferenz, d. h. eine Kompensation des Kaufpreises mit einem Teil des Verkaufspreises oder des Verkaufspreises mit einem Teil des Kaufpreises stattfinden; im zweiten Falle dagegen sollte der Beklagte, wie bereits in Erwägung 3 angedeutet, lediglich zur Sicherstellung der Kläger verpflichtet sein, wobei der Betrag der von ihm zu leistenden Kaution in

der Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem auf Grund des Tageskurses sich ergebenden Wert der Ware bestand. Die für diesen letztern Fall vorgesehene Art der „Differenzregulierung" kommt bei der Beurteilung der Spieleinrede überhaupt nicht in Betracht; denn die Verabredung der Sicherheitsleistung ist ohne Einfluß auf den Inhalt der vertraglichen Hauptleistung. Es fragt sich daher nur, ob von den Parteien als mögliche Art der Abwicklung des Geschäfts ausschließlich die couverture de l'opération, d. h. die Vornahme eines Deckungsgeschäftes durch die Kläger, vorgesehen war. Diese Frage ist zu verneinen. Der Fall der couverture de l'opération war zwar vorgesehen, weil dem Beklagten die Möglichkeit bleiben sollte, die von ihm zu liefernde Ware durch Vermittlung der Kläger zu beschaffen bezw. sich seine Lieferungspflicht von den Klägern oder einem andern der Kunden derselben abnehmen zu lassen; dagegen ist dem Vertrage, so wie er vorliegt, nicht zu entnehmen, daß der Beklagte sich verpflichtet hätte, unter allen Umständen die Kläger mit der Vornahme eines Deckungskaufes zu beauftragen, so daß also die couverture de l'opération und die sich daran anschließende „Regulierung der Differenzen" die einzig mögliche Art der Abwicklung des Geschäftes gewesen wäre. Aber auch aus den begleitenden Umständen, insbesondere den persönlichen und finanziellen Verhältnissen der Parteien, ist im vorliegenden Falle nicht darauf zu schließen, daß die effektive Lieferung der Ware, welche dem Wortlaute des Vertrages nach zulässig war, stillschweigend habe ausgeschlossen werden wollen (vergl. z. B. A. S. d. bundesg. Entsch., Bd. XXII, S. 133; Bd. XXIX,* S. 647). Sowohl der Beklagte als die Kläger sind routinierte Kaufleute und geben sich beruflich speziell mit An- und Verkauf von Baumwolle ab; sie besaßen also beide die nötige Fach- und Sachkenntnis, um im Ernste daran denken zu können, die von ihnen abgeschlossenen Lieferungsgeschäfte effektiv auszuführen. Auch ihre Vermögens- und Kreditverhältnisse waren nicht derartige, daß im Juni oder Juli 1904 auf der einen oder andern Seite die Überzeugung hätte herrschen müssen, der Gegenkontrahent sei nicht in der Lage,

* 2. Teil. (*Anm. d. Red. f. Publ.*)

1000 oder 2000 C. Baumwolle oder deren Gegenwert zu beschaffen. Die Kläger hatten übrigens, wie aus der bei den Akten liegenden Korrespondenz ersichtlich ist, schon öfters größere Quantitäten Baumwolle an den Beklagten effektiv geliefert und von diesem bezahlt erhalten. Es waren freilich diese Ankäufe vom Beklagten meist für Rechnung Dritter, nämlich schweizerischer Spinner, vorgenommen worden, während der Beklagte das in casu streitige Geschäft auf sein eigenes Risiko abgeschlossen zu haben scheint. Allein die Kläger konnten bei Erhalt der telegraphischen Aufträge des Beklagten vom 29. Juni und vom 14. Juli nicht wissen, ob der Beklagte nicht seinerseits von einem Dritten einen entsprechenden Auftrag erhalten habe; und sie mußten damals auch mit der Möglichkeit rechnen, daß der Beklagte persönlich und ohne einen Rückhalt an einem seiner Kunden zu haben, verpflichtet sei, im November 1000 bezw. 2000 C. Baumwolle zu beziehen, und daß er sich durch Beauftragung der Kläger mit der Vornahme eines Verkaufes auf den gleichen Termin einen Abnehmer für diese Ware sichern wolle. Es kann somit auch von einer stillschweigenden Vereinbarung des Ausschlusses der Effektivlieferung im vorliegenden Falle keine Rede sein.

Wenn sodann der Beklagte im Prozesse, übrigens in schroffem Gegensatz zu seiner frühern Haltung, bestritten hat, nicht nur, daß der ihm am 29. September von den Klägern gemeldete Deckungskauf zu dem von diesen berechneten Preise, sondern auch, daß derselbe überhaupt ausgeführt worden sei, so hat dies genau genommen mit der Spieleinrede nichts zu tun. Denn, angenommen selbst, die Kläger hätten den Deckungskauf, den sie dem Beklagten am 29. September meldeten, an jenem Tage nicht mit einer Drittperson abgeschlossen, sondern sie hätten es gemäß Art. 444 OR aus irgend einem Grunde vorgezogen, selber die Verpflichtung zur Lieferung der 2000 C. Baumwolle dem Beklagten abzunehmen, so wurde dadurch an dem Umstande nichts geändert, daß sie, wenn der Beklagte seiner Verpflichtung zur Sicherstellung nachgekommen wäre und im November die Lieferung der Ware angeboten hätte, dieselbe hätten annehmen müssen.

Auch der weitere Umstand, daß die Kläger schon die dem Beklagten am 30. Juni und am 15. Juli gemeldeten Verkäufe viel-

leicht ebenfalls nicht mit Drittpersonen abgeschlossen hatten, sondern die Verpflichtung zur Bezahlung der vom Beklagten zu liefernden Ware selber übernommen haben könnten, ist nicht geeignet, die Spielnatur des gemäß Art. 446 OR damals zwischen den Klägern als Käufern und dem Beklagten als Verkäufer zustande gekommenen Kaufvertrages darzutun; denn auch dann waren die Kläger dem Beklagten gegenüber in erster Linie zur Annahme und Bezahlung der Ware verpflichtet, und nur wenn der Beklagte in der Folge die Kläger mit der Vornahme eines Deckungskaufes beauftragte, oder wenn er durch Verletzung seiner Kautionspflicht denselben das Recht gab, von sich aus „einzudecken", nur in diesen Fällen konnte an Stelle der Effektivlieferung die Regulierung der Kursdifferenz treten.

5. Ist somit die vom Beklagten erhobene Spieleinrede abzuweisen, so hängt die prinzipielle Begründetheit der Klage nur noch davon ab, ob die Kläger, als sie im September den Beklagten zur Sicherstellung aufforderten und mit der Vornahme eines Deckungskaufes drohten, zu diesem Vorgehen berechtigt waren.

Wie bereits in Erwägung 3 angedeutet, war der Beklagte den Klägern gegenüber zur Sicherstellung verpflichtet, sobald die Kursdifferenz £ 1/2 per C. zu seinen Ungunsten betrug, sobald also der Verlust auf einer der beiden Operationen 2500 Fr. erreichte. An sich könnte es nun allerdings fraglich erscheinen, ob in diesem Augenblick und auch später, sobald die Deckung ungenügend wurde, der Beklagte nur zur Leistung einer hinreichenden Deckung für den bereits *eingetretenen*, oder aber auch zur Sicherstellung der Kläger gegenüber einem weitern, erst noch zu *befürchtenden* Verlust verpflichtet gewesen sei. Indessen ist es für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht nötig, festzustellen, welches in Bezug auf diesen speziellen Punkt der Inhalt der Verpflichtung des Beklagten gewesen sei. Denn, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergeben wird, waren die Kläger von Mitte September an nicht nur für den Fall *zukünftiger weiterer* Kurssteigerungen vom Beklagten nicht sichergestellt, sondern dieser hatte es sogar unterlassen, den damals schon *eingetretenen Verlust* genügend zu decken.

Daß der Beklagte den wiederholten Aufforderungen der Kläger, ihnen weitere Sicherheit zu verschaffen, im September 1904 nicht nachgekommen ist, wird von demselben unumwunden zugegeben; dagegen bestreitet er, daß damals eine weitere Deckung als die bereits geleistete (vgl. Erwägung 1 sub c) nötig gewesen sei; denn, behauptet er, der Verlust habe am 28. September, dem Tage des klägerischen Ultimatums (vgl. ebendaselbst sub d), nur 12,556 Fr. 70 Cts. (ebendaselbst sub f) betragen, die Deckung der Kläger dagegen ungefähr zehntausend Franken (ebendaselbst sub e am Schluß), der ungedeckte Teil des Verlustes also nur zwei- bis dreitausend Franken, d. h. — und hierauf legt er das Hauptgewicht — lange nicht £ 1/2 per C. Nun ist es allerdings möglich und sogar wahrscheinlich, daß der ungedeckte Teil des Verlustes am 28. September keine 5000 Franken betrug; es ist aber durchaus unrichtig, daß der Beklagte nur zur Deckung verpflichtet gewesen sei, wenn der *ungedeckte* Teil des Verlustes 5000 Fr. erreichte. Vielmehr war er laut Vertrag zur Deckung schon dann verpflichtet, wenn die Kursdifferenz £ 1/2 per C. betrug, ein Fall, der bereits im Juli eingetreten war. Daß der Beklagte hiebei sein ganzes aus dem übrigen Geschäftsverkehr der Parteien resultierendes Kontokorrentguthaben als Deckung anzurechnen befugt war, versteht sich von selbst; ebenso selbstverständlich ist es aber, daß seine Deckungspflicht sich mit jeder neuen Preissteigerung erhöhte und daß also jedesmal, wenn der Verlust auf dem Verkauf der 2000 C. Baumwolle *auch nur um ein weniges* größer wurde als das Kontokorrentguthaben des Beklagten, dieser zu weiterer Deckung verpflichtet war. Es ist deshalb, im Gegensatz zu der Auffassung des Beklagten und der Vorinstanz, für die Frage, ob der Beklagte im September zu weiterer Sicherstellung verpflichtet gewesen sei, durchaus irrelevant, ob der *ungedeckte* Teil des Verlustes damals groß oder klein war, insbesondere ob er 5000 Fr. erreichte oder nicht; nur *darauf* kommt es an, ob der *ganze* Verlust größer oder kleiner war, als die schon vorhandene Deckung; war der Verlust auch nur um ein weniges größer als die Deckung, so war der Beklagte zur Erhöhung dieser letzteren verpflichtet. Der Beklagte ist denn auch im Juli seiner Verpflichtung zur Sicherstellung bereitwillig nachgekommen, trotz-

dem zu jener Zeit die Kläger selber zugaben, für den damaligen Verlust von zirka 6000 Fr. mit 5823 Fr. 15 Cts. (vergl. Erwägung 1 sub e) annähernd gedeckt zu sein.

Viel schlimmer nun als im Juli war die Lage im September. Selbst unter Zugrundelegung des vom Beklagten für den 28. September anerkannten Kurses von $14^{2}/_{32}$ ergibt sich ein Verlust von 12,556 Fr. 70 (vergl. Erw. 1 sub f), wogegen die Deckung bloß ungefähr zehntausend Franken (ebendaselbst sub e am Schluß) betrug. Das Verlangen der Kläger datierte nun aber nicht erst vom 28. September, sondern sie hatten dasselbe zum mindesten schon am 17. September brieflich gestellt und sodann am 21. und am 24. September telegraphisch wiederholt (vergl. Erw. 1 d). Zu jener Zeit aber hatten die Preise nach den Kurstabellen, welche der Beklagte selber zu den Akten gegeben hat, noch bedeutend höher gestanden als am 28. (vergl. Erw. 1 sub f). Am 21. September insbesondere, als die Kläger dem Beklagten telegraphierten: « Nous avons absolument besoin d'argent, » sowie am 24., als sie die Depesche sandten: « Nous vous avions télégraphié pour margine; pourquoi ne répondez-vous pas? », war der Kurs nach diesen Notierungen des Beklagten $14^{24}/_{32}$, was einen Verlust von gegen zwanzigtausend, also einen ungedeckten Verlust von gegen zehntausend Franken ergab.

Die letzten Zweifel aber über die Berechtigung des im September gestellten Verlangens die Kläger nach weiterer Deckung hat der Beklagte selber dadurch beseitigt, daß er auf sämtliche diesbezüglichen Aufforderungen der Kläger und sogar auf das Schreiben derselben vom 17. September, in welchem sie geradezu 5000 Fr. forderten, nicht etwa mit einem Protest gegen dieses Ansinnen, sondern einzig und allein mit der Bitte um Geduld geantwortet hat (vgl. Erw. 1 d), wofür natürlich das Dienstverhältnis, in welchem der Beklagte angeblich zu den Klägern stand, keine genügende Erklärung bildet.

Waren somit die Kläger im September zur Einforderung einer weiteren Deckung berechtigt, und hat der Beklagte, wie feststeht, dieselbe nicht geleistet, so muß er (vgl. oben Erw. 3 Abs. 2) den ihm am 29. September gemeldeten Deckungskauf anerkennen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Kläger an jenem

Tage die Lieferungspflicht des Beklagten möglicherweise einfach auf sich genommen haben, wie dies Art. 444 OR bei der Ausführung einer Kommission zum Kauf oder Verkauf von Waren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, gestattet. Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich allerdings ihrem Wortlaute nach direkt nur auf Kommissionen zum Einkauf oder zum Verkauf; es ist aber klar, daß ein dem Kommissionär im Voraus für den Fall des Eintretens gewisser Umstände gestattetes Deckungsgeschäft in Bezug auf das Recht des Kommissionärs, als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer einzutreten, genau unter denselben Regeln steht, wie das dem Deckungsgeschäft vorangegangene Spekulationsgeschäft.

6. Sind demnach die Kläger grundsätzlich berechtigt, dem Beklagten gegenüber die Konsequenzen aus dem von ihnen am 29. September gemeldeten Deckungskauf zu ziehen, so bleibt nur noch die Frage zu prüfen, welchen Kurs sie dem Beklagten für diesen Deckungskauf zu berechnen befugt seien. Da die Kläger es sind, welche aus der Vornahme bezw. aus der Meldung des Deckungskaufes Rechte ableiten, und der Beklagte den von ihnen in Rechnung gebrachten Kurs von $14^{13}/_{32}$ bestritten und nur einen solchen von $14^{8}/_{32}$ anerkannt hat, so war und ist den Klägern der Beweis darüber aufzuerlegen, daß am 29. September 1904 an der Börse von Alexandrien « coton Maco F. G. F. brocon contrat livraison du 1er jusqu'au 22 novembre 1904 » einen mittleren (vergl. Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs, S. 180; Hafner, Anm. 10 zu Art. 444 OR) Tagespreis von $14^{13}/_{32}$ oder doch irgend einen andern $14^{8}/_{32}$ übersteigenden Durchschnittskurs erreicht habe, während der Beklagte zu dem Gegenbeweis, daß der mittlere Kurs an jenem Tage nur $14^{8}/_{32}$ oder zwar mehr als $14^{8}/_{32}$ aber doch weniger als $14^{13}/_{32}$ betragen habe, zuzulassen ist. Sollte, was jedoch kaum wahrscheinlich ist, das Beweisverfahren als mittleren Tagespreis weniger als $14^{8}/_{32}$ oder mehr als $14^{13}/_{32}$ ergeben, so wäre dennoch auf $14^{8}/_{32}$ bezw. $14^{13}/_{32}$ abzustellen; denn einerseits sind die Kläger bei ihrer Erklärung, zu $14^{13}/_{32}$ gekauft zu haben (vergl. Erw. 1 sub e), zu behaften, und anderseits kann der Beklagte auch nicht mehr, wie er es in seiner Berufungserklärung versucht, hinter den

von ihm vor der kantonalen Instanzen, wie übrigens schon in seinen Briefen vom 1. und 15. Oktober, eingenommenen Standpunkt (vgl. Erw. 1 sub f) zurückgehen.

Die Vorinstanz hat von der Auferlegung bezw. Zulassung obiger Beweise aus dem Grunde absehen zu können geglaubt, weil, wie sie annimmt, „wenn die Kläger am 29. September nicht zur Liquidierung des Geschäftes berechtigt waren, es einfach beim ursprünglichen Vertrag blieb, wonach der Beklagte verpflichtet war, ihnen auf 22. November 2000 C. zu liefern", eine Verpflichtung, welcher der Beklagte nicht nachgekommen sei. Diese Erwägung erscheint jedoch nicht als zutreffend. Denn entweder war die klägerische Firma am 29. September zur Vornahme bezw. Meldung eines Deckungskaufes nicht berechtigt: Dann müßte jedenfalls untersucht werden, ob sie den Beklagten durch ihr Verhalten schuldhafterweise an der Vornahme eines günstigeren Deckungskaufes verhindert habe — oder aber sie war zur Vornahme bezw. Meldung des Deckungskaufes vom 29. September berechtigt: Dann muß sie beweisen, zu welchem Kurse ein solcher Deckungskauf stattfinden konnte. Nach den Ausführungen in Erw. 5 waren nun die Kläger zur Vornahme bezw. Meldung des Deckungskaufes vom 29. September berechtigt; es ist daher der hievor (Erw. 6 Abs. 1) näher präzisierte Beweis noch abzunehmen und der Beklagte zur Leistung des ebendaselbst präzisierten Gegenbeweises zuzulassen.

Zur Ergänzung der Akten in dieser Richtung, sowie zu neuer Entscheidung auf Grund der ergänzten Akten unter Berücksichtigung der Motive des bundesgerichtlichen Urteils, ist nach Art. 82 Abs. 2 OG die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dabei bleibt lediglich noch zu bemerken, daß falls das Beweisverfahren für den 29. September als mittleren Tageskurs weniger als die klägerischerseits berechneten $14\,^{13}/_{32}$ ergeben sollte, alsdann auch die dem Beklagten auf dem Deckungskauf vom 29. September (vergl. Erw. 1 sub e) gutgeschriebene Provision entsprechend zu reduzieren wäre, was auf die Festsetzung der Urteilssumme ebenfalls einen Einfluß ausüben würde, indem nämlich eventuell von der Forderung der Kläger aus dem kommissionsweisen Kauf und Verkauf der 2000 C. nicht die vollen 11,070 Fr. 69 Cts., sondern ein etwas kleinerer Betrag abzuziehen wäre. Die Kläger haben selbstverständlich den Abzug von genau 11,070 Fr. 69 Cts. nur unter der Voraussetzung anerkannt (vergl. Erw. 2), daß für den Kauf, auf welchem dem Beklagten die Provision zu gut kommt, der von ihnen angesetzte Preis, auf Grund dessen ihre Forderung ohne den Abzug 16,121 Fr. 19 Cts. beträgt, in Rechnung gebracht werde.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 31. März 1905 wird aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückgewiesen.

---

79. Urteil vom 3. November 1905 in Sachen Bernoulli & Cie., Bekl., und Hauptber.-Kl., gegen Schärr, Kl. u. Ansch.-Ber.-Kl.

Klage aus **unerlaubter Handlung,** *speziell:* **fahrlässiger Tötung.** *Art. 52, 54 OR.* — **Verschulden.** *Bedeutung des Strafurteils, das den Beklagten wegen Uebertretung einer zum Schutze von Leben und Gesundheit der Personen erlassenen Polizeivorschrift verurteilt hat, für die Frage des civilrechtlichen Verschuldens. Selbständige Prüfung des Verschuldens durch den Civilrichter.* — *Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Tötung.* — **Mitverschulden** *des Getöteten; Art. 54 OR ist im Falle Mitverschuldens nicht anzuwenden.* — *Mass des erweislichen Schadens.* **Schadensberechnung.**

A. Durch Urteil vom 10. Juli 1905 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt folgendes Urteil des Civilgerichts von Baselstadt vom 31. Mai 1904 „im Anschluß an die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen desselben" bestätigt:

Die Beklagte wird zur Zahlung von 4700 Fr. an die Klägerin, Witwe Luise Schärr-Pfirter, und von 2040 Fr. an den Kläger Joh. Iselin als Vormund der Kinder Luise und Friedrich Schärr, je mit 5 % Zins seit 4. August 1904, verurteilt.