

allenfalls die Haftung der Beklagten auf den sog. Vertrauensschaden (vergl. Kabel, in *Schweiz*, *NF* 27 S. 291 ff.), die damit begründbar wäre, die Beklagte hätte die Pflicht gehabt, den Kläger auf § 10 litt. b zürcherischen Börsengesetzes aufmerksam zu machen und den Abschluß des Geschäftes mit ihm zu verweigern. Allein einer derartigen Klagebegründung stände die *exceptio doli* entgegen, da der Kläger ja die Vertragsbeziehungen angeknüpft hat und es den Beklagten nicht zugemutet werden konnte, dem Zutreffen jener Bestimmung nachzuforschen und den Kläger darauf aufmerksam zu machen. Entscheidend aber steht auch bei dieser Konstruktion der Schadenersatzforderung der Umstand entgegen, daß der Schaden nicht auf das Verschulden der Beklagten, sondern auf das eigene Verhalten des Klägers als auf seine Ursache zurückgeht.

5. Auf die Anrufung des Art. 512 OR hatte der Kläger vor der I. Instanz, laut deren Feststellung, die maßgebend ist, ausdrücklich verzichtet. Heute will sein Vertreter ihn allerletzten Endes zur Klagebegründung angewendet wissen. Da die Bestimmung des Art. 512 öffentlicher Natur ist, ist sie vom Richter von Amtes wegen, auch ohne Anrufen der Parteien, zur Anwendung zu bringen und Art. 80 OG, der das Vorbringen neuer Begehren vor Bundesgericht verbietet, kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden. Allein abgesehen davon, daß es fraglich erscheinen kann, ob eine Klage wie die vorliegende überhaupt auf Art. 512 OR gestützt werden könnte, ergibt sich aus der Art des Geschäftsverkehrs zwischen den Parteien und der Abwicklung der Geschäfte ohne weiteres, daß niemals Recht und Pflicht effektiver Lieferung der gehandelten Papiere ausgeschlossen sein sollten, daß also der Tatbestand unklagbarer Differenzgeschäfte nicht vorliegt. Damit fällt auch der Beweisanspruch des Klägers dahin.

6. Das 3. Begehren (2. Eventualbegehren) ist vor der Vorinstanz in dieser Form gar nie gestellt worden und dürfte daher wohl auf Grund des Art. 80 OG zurückgewiesen werden. Es erscheint übrigens durch die Abweisung des Hauptbegehrens mit erledigt, da die Abweisungsgründe auch auf dieses Begehren zutreffen.

7. Das 4. Begehren (3. Eventualbegehren) hat der Kläger vor der Vorinstanz damit begründet, die Beklagte sei nicht berech-

tigt gewesen, ihm für die im Depot liegenden 200 Örlifoner Aktien nur den Exekutionskurs vom 18. November 1907 gutzuschreiben; in dem für sie allergünstigsten Falle sei sie mit dem Kurs vom 15. Oktober 1907 zu belasten, was eine Differenz von 10,023 Fr. 20 Cts. Wert 4. November 1907 ergeben würde. Zur Begründung der Abweisung dieses Begehrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden; wohl hat der Vertreter des Klägers heute sowohl Art. 50 ff. als auch Art. 110 ff. OR angerufen, allein weder der eine noch der andere Rechtsgrund trifft zu; eine unerlaubte Handlung liegt im Hinausschieben der Verwertung der Titel gewiß nicht, und ebensowenig eine Vertragsverletzung, da ja der Kläger am 15. Oktober 1907 gar nicht Auftrag zur sofortigen Verwertung gegeben hatte.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. März 1908 in allen Teilen bestätigt.

82. Urteil vom 20. November 1908 in Sachen Jingg, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Rüegger, Befl. u. Ber.-Befl.

Vertrag über Anfertigung einer zu patentierenden Maschine, zu der der eine Teil dem andern die Pläne geliefert hat. Nichtausführung der Konstruktion; Schadensersatzklage des Lieferanten der Pläne.

A. Durch Urteil vom 15. September 1908 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt über das Appellationsbegehren des Beklagten:

Es sei der vom Zivilgericht dem Kläger zugesprochene Entschädigungsbetrag von 2000 Fr. abzuweisen; —
erkannt:

Der Beklagte wird bei seiner Anerkennung von 314 Fr. behaftet und zur Bezahlung weiterer 120 Fr. nebst 5% Zins seit 11. Juli 1907 ab 434 Fr. an Kläger verurteilt. Die Mehrforderung ist abgewiesen.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Der Beklagte wird bei seiner Anerkennung von 314 Fr. behaftet und zur Bezahlung von weitem 2120 Fr. nebst 5% Zins seit 11. Juli 1907 ab 434 Fr. und 5% Zins seit dem 31. Oktober 1907 ab 2000 Fr. an Kläger verurteilt. Die Mehrforderung ist abgewiesen.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag:

„Es sei das zweitinstanzliche Urteil aufzuheben und nach Sage „des Urteils des Zivilgerichts vom 2. April ds. Js. zu erkennen.“

C. Der Kläger hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Streitig ist folgendes Rechtsverhältnis: Der Kläger, der eine Aufzugswinde erfunden hatte, vereinbarte am 2. Oktober 1906 mit dem Beklagten, der Maschinenfabrikant ist, folgenden Vertrag:

„§ 1. Herr Jakob Zingg überläßt seine Pläne über eine neu „zu konstruierende Winde Herrn Rügger zur Ausführung und „Herstellung des Fabrikats.

„§ 2. Herr Rügger konstruiert und probiert diese Winde auf „eigene Rechnung und ist verpflichtet, darnach zu trachten, baldigt „zu einem definitiven Abschluß zu kommen.

„§ 3. Sobald diese Proben ergeben haben, daß die Winde einen „Nutzeffekt abwirft, die deren Erstellung und Verwendung recht- „fertigt und daß sie Ersparnisse abwirft, so erwirbt Herr Rügger „von Herrn Zingg die Pläne und tritt als Patentinhaber auf, „alles gegen Zahlung einer festen Summe von zweitausend „Franken.“

Der Beklagte führte die Konstruktion der Winde nicht aus, weil ihm von einem Sachverständigen deren Resultatlosigkeit bestätigt worden war und beharrte trotz der Aufforderung des Klägers mit Fristsetzung und Schadenersatzandrohung auf seiner Weigerung. Der Kläger klagt deshalb auf Zahlung von Schadenersatz, und zwar heute noch im Betrage von 2000 Fr., für die Kosten der anderweitigen Anfertigung der Maschine. Er stellt sich auf den Standpunkt, es hätte nur durch die Probekonstruktion

die Ausführbarkeit bewiesen werden können; der Beklagte habe diesen Beweis verunmöglicht. Die Verpflichtung des Beklagten zur Ausführung der Konstruktion sei eine selbständige Werkvertragsverpflichtung, die vom eventuellen Kauf unabhängig sei. Der Beklagte bestreitet, daß der eingeklagte Schaden ein schon existierender sei; einen bloß drohenden könne der Kläger aber zur Zeit noch nicht fordern. Er bestreitet auch, daß ein Rücktritt vom Vertrag seitens des Klägers erfolgt sei. Ein selbständiger Werkvertrag liege nicht vor, sondern nur ein bedingter Kauf; es fehle an der Pflicht ein Werk dem Kläger abzuliefern und einen Werklohn zu bezahlen. Der Beklagte behauptet, daß es sich schon aus den Plänen ergebe, daß die versprochenen Eigenschaften der Winde nicht erreichbar seien. Die erste Instanz hat die Klage im Betrage von 2000 Fr. zugesprochen. Sie geht davon aus, daß der Beweis dafür, daß die Probekonstruktion einen Mißerfolg ergeben hätte, nicht erbracht sei, da der private Experte den Mißerfolg nicht als absolut sicher, sondern erst durch eine Probekonstruktion erweislich erkläre. Aber auch wenn die Winde nicht verwertbar wäre, so träte doch den Kläger kein Verschulden, das den Beklagten nach Art. 110 OR befreien könnte; Kläger habe keinen Erfolg zugesichert. Die Konstruktion hätte nach dem Vertrag dazu dienen sollen, den Nutzeffekt kennen zu lernen. Der Schaden bestehe in dem Kaufpreis, den der Kläger möglicherweise hätte erzielen können; mehr hätte Kläger auch bei Erfüllung durch den Beklagten nicht erhalten. Das Appellationsgericht hat in seinem heute angefochtenen, klageabweisenden Urteil vom 15. September 1908 folgenden Standpunkt eingenommen: Es nimmt an, es handle sich nicht um einen Werkvertrag neben dem Kaufe, sondern nur um einen bedingten Kauf; da die Bedingung der Verwertbarkeit aber die Vornahme der Arbeiten des Beklagten voraussetze, habe Beklagter die Unverwertbarkeit zu beweisen; dies könne er auch ohne Ausführung der Probekonstruktion, die bei der von vornherein schon feststehenden Unerreichbarkeit des zugesicherten Erfolges kein Interesse mehr hätte. Das Gericht stellt auf Grund einer eingeholten Expertise fest, daß die Beurteilung der Ausführbarkeit auf theoretischem Wege möglich sei und daß diese Beurteilung die Unmöglichkeit der Erreichung des vertraglich zuge-

sicherten Zieles ergebe; die Konstruktion der Winde sei infolge stoßweisen Ganges, Mangel der Selbsthemmung, Wirkungsgrad von höchstens 50% nicht am Plage; es existieren weit bessere Konstruktionen ohne diese Mängel.

2. Die von den Parteien und den Vorinstanzen erörterte Frage, ob der Vertrag als bedingter Kaufvertrag, oder als Verbindung von Werkvertrag und Kaufvertrag zu betrachten sei, führt zum nämlichen Resultat. Im ersteren Fall wird der Käufer, der die Erfüllung der Bedingung grundlos und daher wider Treu und Glauben verhindert schadenersatzpflichtig, weil die Bedingung dann als erfüllt betrachtet wird (Art. 176 OR); im letzteren Fall folgt die Schadenersatzpflicht aus seiner endgültigen Weigerung das Werk zu erstellen, der gegenüber es keines weitem Rücktritts mehr bedarf; wird Werkvertrag angenommen, so lag der Werklohn in der Möglichkeit des Ankaufs zu günstigem Preise. Im ersteren Fall muß der Käufer, um seiner Schadenersatzpflicht zu entgehen, beweisen, daß der von ihm behauptete gerechtfertigte Grund zur Unterlassung seiner Handlung, deren Vornahme die Bedingung zur Erfüllung gebracht hätte, vorlag. Im letzteren Falle muß der Beklagte als Werkunternehmer die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung beweisen, um seine Befreiung von der Vertragspflicht zu erreichen, wobei es auf ein Verschulden oder Nichtverschulden des Klägers (wie die I. Instanz annahm) nicht ankommt. Die Pflicht des Beklagten zur Herstellung der Winde ging aber nicht, wie der Kläger heute anzunehmen scheint, auf Vornahme von Probearbeiten, die im Verlaufe der Ausführung noch umgestaltet werden konnten, sondern auf Herstellung gerade der bestimmten vertraglich umschriebenen Winde mit ihren vertraglich zugesicherten und sie zum Ankauf befähigenden Eigenschaften. Sobald die Erfüllung dieser Vertragspflicht als objektiv unmöglich erwiesen ist, so wird auch der Beklagte frei. Die Eigenschaft, auf die es vertraglich ankam, war ein Nugeseffekt, der die Erstellung und Verwendung rechtfertigt, sowie das Abwerfen von Ersparnissen. Durch die Vorinstanz ist nun tatsächlich und daher für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, daß diese Eigenschaften unmöglich zu erzielen waren. Damit ist die Unmöglichkeit der Erfüllung der Leistung des Beklagten dargetan. Diese Unmöglichkeit ergibt sich

aus Umständen, die der Beklagte nicht zu vertreten hat, die ihm also nicht zum Verschulden angerechnet werden können. Die Schadenersatzpflicht der Beklagten ist somit zu verneinen. Die erste Instanz ist zu einer Bejahung derselben nur gelangt, weil sie den Beweis der Unmöglichkeit der Erfüllung als nicht geleistet erachtete; steht aber diese Tatsache für das Bundesgericht fest (der Kläger zieht sie selbst nicht mehr in Zweifel), so entfällt auch dieser Grund für eine Schadenersatzpflicht.

3. Wollte man dieser Auffassung nicht beipflichten, sondern annehmen, der Beklagte habe die Pflicht zur Ausführung der Konstruktion gehabt und sich nicht auf die von ihm eingeholte Expertise verlassen dürfen, so wäre die Schadenersatzforderung trotzdem abzuweisen und zwar deshalb, weil der eingeklagte Schaden nicht als Folge der Vertragsverletzung angesehen werden könnte. Denn die vom Kläger als solche geltend gemachte Möglichkeit, durch die Versuche zu einer Verbesserung der Erfindung zu gelangen, darf natürlich nicht in Betracht fallen; der Beklagte hat sich nicht verpflichtet, dem Kläger Gelegenheit zu Erfindungsstudien zu gewähren, sondern nur die bestimmte, in den Plänen ausgearbeitete Maschine herzustellen und zu probieren. Aus der Nichterstellung dieser Maschine kann aber auch kein Schaden erwachsen sein, wenn deren Unrentabilität und damit Unverkäuflichkeit tatsächlich als feststehend anzunehmen ist.

Dennach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 15. September 1908 in allen Teilen bestätigt.