

Instanz auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Die Fixirung der in einem Einzelfalle nach Art. 55 cit. zuzubilligenden „angemessenen Geldsumme“ ist, der Natur der Sache, nach freiestem richterlichem Ermessen anheimgegeben; wenn die zweite Instanz diese Summe im vorliegenden Falle auf 300 Fr. festgesetzt hat, so hat sie lediglich von dem dem Richter zustehenden freien Ermessen Gebrauch gemacht, ohne dabei das Gesetz zu verletzen. Freilich ist das richterliche Ermessen auch im Falle des Art. 55 D.-R. kein willkürliches, an sachliche Schranken nicht gebundenes; allein in casu kann nicht gesagt werden, daß die zweite Instanz solche Momente, welche nach Sinn und Geist des Gesetzes für das Ausmaß der den Klägern zuzusprechenden Geldsumme in Betracht kommen müssen, entschieden verkannt habe und es liegt daher kein hinlänglicher Grund vor, ihre Entscheidung abzuändern. Es ist in dieser Richtung insbesondere darauf hinzuweisen, daß die Vorinstanz thatsächlich, in beim Bundesgerichte nicht anfechtbarer Weise, festgestellt hat, es sei nicht bewiesen, daß der Beklagte die von ihm verbreitete kredit-schädigende Mittheilung selbst erfunden habe, und es sei ebenso nicht bewiesen, daß die weite Verbreitung der im Frühjahr 1883 über das klägerische Haus zirkulirenden Gerüchte direkt oder indirekt auf das Handeln des Beklagten zurückzuführen sei, beides Momente, welche offenbar (vergl. insbesondere Art. 51 D.-R.) geeignet sind, die Verantwortlichkeit des Beklagten zu mindern. Wenn der klägerische Anwalt gemeint hat, es wäre Sache des Beklagten gewesen, darzuthun, daß er nicht dolos gehandelt habe, so ist dieß gewiß irrig; wenn die Kläger daraus, daß Beklagter dolos gehandelt habe, Rechte herleiten wollten, so war es ihre Sache, das Vorhandensein einer widerrechtlichen Absicht des Beklagten nachzuweisen.

4. Ist somit das angefochtene Urtheil in der Hauptsache einfach zu bestätigen, so ist das Bundesgericht nicht kompetent, die Entscheidung der Vorinstanz über den Kostenpunkt nachzuprüfen und abzuändern; denn diese Entscheidung beruht ausschließlich auf der Anwendung kantonalen Rechts. Die Kosten der bundesgerichtlichen Instanz müssen den Klägern auferlegt werden, da diese mit ihrer Beschwerde gänzlich unterliegen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Kläger wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 14. Dezember 1885 sein Bewenden.

44. Urtheil vom 15. Mai 1886

in Sachen Weiller & Picard gegen Dufas & Cie.

A. Durch Urtheil vom 4./18. Februar 1886 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

„Der Beklagte, Widerkläger, wird mit seiner Forderung, soweit sie auf der Fortsetzung des Rubattinogeschäftes über den 30. November 1884 hinaus beruht, abgewiesen und wird angehalten, den Klägern auf der Grundlage eines Abschlusses „desselben per ultimo November 1884 zum Comptankurse von 408  $\frac{3}{4}$  eine neue Rechnung zu stellen.

„Er wird ferner gegen Bezahlung der durch die Abrechnung „festzusetzenden Schuldsumme zur Herausgabe von 24 Stück „Aktien des Wiener Bankvereins nebst Coupons seit Juni 1885 „oder deren Vergütung verfällt.

„Sämmtliche Kosten beider Instanzen mit einer appellations- „gerichtlichen Urtheilsgebühr von 100 Fr. sind getheilt.“

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger und Widerbeklagten die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung stellt ihr Vertreter den Antrag: Es sei die beklagte Partei nach dem Klagegesuche zu verfallen und mit ihrer widerklagsweise geltend gemachten Forderung aus der Rubattinooptionspekulation gänzlich abzuweisen, eventuell sei die letztere bloß für denjenigen Betrag zuzusprechen, welcher sich bei Aufstellung einer Schlußabrechnung per Ende Oktober 1884 über die Spekulation in Rubattinooptions, — die letztern zum damaligen Comptankurse von 376  $\frac{1}{4}$  berechnet, — ergibt. Alles unter Kostenfolge für den Beklagten.

Der Vertreter des Beklagten und Widerklägers dagegen trägt auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge an. Er bemerkt, daß er in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes deshalb bestreite, weil die Beschwerde sich ausschließlich gegen tatsächliche Feststellungen der Vorinstanzen richte, das Bundesgericht aber nach Art. 30 D.-G. zu Ueberprüfung dieser Feststellungen nicht befugt sei; der eventuelle Antrag der Kläger sei, weil neu, durchaus unzulässig.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger bedienten sich im Jahre 1884 der Vermittlung des Beklagten zu Ausführung zahlreicher Börsengeschäfte, u. a. einer Spekulation à la baisse in Aktien der Gesellschaft Florio & Rubattino. Im August 1884 verkaufte der Beklagte für die Kläger an der Genfer Börse 50 Aktien dieser Gesellschaft zum Kurse von 375 Fr., lieferbar Ende August 1884. Dieses Geschäft wurde Ende August, und zwar mit Gewinn für die Kläger, abgewickelt und ein neues gleicher Art auf Ende September zum Kurse von 351  $\frac{1}{4}$  abgeschlossen. Am 18. September sodann kaufte der Beklagte für die Kläger, (nachdem er sie vorher durch Schreiben vom 8. gleichen Monats darauf aufmerksam gemacht hatte, daß die „Rubattino“ höchst wahrscheinlich einen Sprung nach oben machen“ werden und daß es angezeigt sein möchte, sich zu decken) in zwei Partien je 25 Stück Rubattino-Aktien zum Kurse von 350 und 348  $\frac{3}{4}$  per ultimo September mit 5 Fr. Prämie, d. h. mit der Fakultät, auf Ende September entweder die Aktien zum genannten Kurse zu übernehmen oder gegen Rücklaß der Prämie von 5 Fr. per Stück vom Kaufe zurückzutreten. Am 28. September 1884 schrieb der Kläger Weiller an den Beklagten: Je viens vous rappeler que vous devez vous couvrir avec les 50 Rubattino que nous avons à livrer fin du mois. J'espère que vous vous êtes déjà occupés et du mieux de nos intérêts..... N'oubliez pas le Rubattino. Dieser Brief kam dem Beklagten am 29. September zu; da der Kurs damals auf 332  $\frac{1}{2}$  Brief und 330 Geld war, so abandonnirte der Beklagte die auf Prämien gekauften 50 Stück. Dagegen wickelte er die Baissepekulation nicht ab, sondern reportirte die 50 Stück Rubattino per Ende Oktober und zwar weil, wie er

behauptete, zu Folge des Umstandes, daß der 29. September ein jüdischer Festtag (Versöhnungstag) war, es ihm unmöglich gewesen sei, für die in Genf pro 30. September lieferbaren 50 Stück Aktien rechtzeitig andere Stücke zum damaligen Kurse zu beschaffen. In seiner auf 30. September aufgestellten Liquidationsnote gab er den Klägern von dem Report Kenntniß. Hiegegen erhoben die Kläger, obschon sie mit dem Beklagten über andere Geschäfte korrespondirten, keine schriftliche Einwendung; dagegen behaupten sie, daß bei einer am 4. Oktober zwischen dem Kläger Weiller und dem Beklagten stattgefundenen mündlichen Unterredung ersterer gegen den Report als auftragswidrig Protest eingelegt habe, während dagegen der Beklagte umgekehrt behauptet, sein Vorgehen sei von Weiller genehmigt worden. Im Laufe des Monats Oktober stiegen die Rubattinoaktien bedeutend im Kurse und der Beklagte schrieb am 22. Oktober an die Kläger: „Rubattino werden wegen „Ultimo“ hinausgetrieben und glaubt man allgemein, daß sich „dieser Kurs nicht halten kann und nach Ultimo eine Reaktion „in diesem Papier eintritt. Wenn Sie wieder hieherkommen, so „ersuchen wir Sie, für circa 5000 Fr. Deckung mitzubringen; „es ist ja nicht, daß wir Ihnen mißtrauen, aber wir haben für „Ihr Engagement nicht genügend Depot bei heutigen Kursen „und Sie haben die Papiere ja liegen, während wir dieselben „gebrauchen könnten.“ Kläger antworteten hierauf nicht. Am 31. Oktober 1884 reportirte Beklagter die 50 Aktien wiederum auf Ende November und sandte den Klägern Abrechnung, welche ebenfalls unbeantwortet blieb. Erst als Beklagter am 7. November nochmals Erhöhung des Depot, diesmal um 2000 Fr., verlangte und drohte, er werde die in seinem Besitze befindlichen Werthpapiere der Kläger verkaufen, wenn man seinem Begehren nicht entspreche, schrieb der Kläger Weiller am 8. November, daß er die Abrechnung pro Ende Oktober ebensowenig wie diejenige pro Ende September anerkenne, da er ja dem Beklagten am 28. September den ausdrücklichen Auftrag gegeben habe, die Spekulation abzuwickeln und sich zu decken; Beklagter möge daher die Verantwortlichkeit für seine auftragswidrige Handlungsweise tragen. Der Beklagte beharrte jedoch auf seinem

Standpunkte und, da ihm die Kläger keine Deckung sandten fuhr er fort, die 50 Stück Rubattinoaktien von Monat zu Monat zu reportiren, unter dem jeweiligen ausdrücklichen Proteste der Kläger. Am 11. April 1885 endlich ließ er diese Aktien, nach vorheriger Anzeige an die Kläger und nachdem er sie ein letztes Mal auf Ende April reportirt hatte, an der Genfer Börse kaufen und brachte damit das Rubattinogeschäft per Ende April zur Erledigung. Am 16. Juni 1885 ließ er ferner 24 Stück Aktien des Wiener Bankvereins, welche er von den Klägern in Depot hatte, an der Frankfurter Börse, nach vorheriger Androhung an die Kläger, verkaufen. Beide Geschäfte erfolgten gegen den ausdrücklich erklärten Willen der Kläger. Die Kläger klagten nun gegen den Beklagten auf Herausgabe der 24 Stück Wienerbankaktien nebst sämtlichen, Anfangs Juni 1885 nicht eingelösten Coupons gegen Bezahlung von 354 Fr. 70 Cts., — allfällige Rekrifikation vorbehalten. Ihre dieser Forderung zu Grunde liegende Abrechnung ist auf 31. Mai 1885 abgeschlossen und geht von der Voraussetzung aus, daß die Spekulation in Rubattinoaktien per Ende September 1884 vermittelt der Prämienkäufe abgewickelt worden sei. Der Beklagte dagegen verlangte Abweisung der Klage und Verfallung der Kläger zu Zahlung von 5071 Fr. 62 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. Juni 1885. Seine Abrechnung ist auf 30. Juni 1885 abgeschlossen; in derselben sind den Klägern die Ergebnisse der Reportirung der Rubattinoaktien bis April 1885 zur Last geschrieben, während ihnen die 24 Wienerbankaktien per 30. Juni 1885 mit 5097 Fr. 60 Cts. gutgeschrieben sind. Die erste Instanz erkannte die Abrechnung des Beklagten bis auf den Verkauf der Wienerbankaktien als richtig an, von der Annahme ausgehend, daß das Ende September 1884 vom Beklagten beobachtete Verfahren von den Klägern stillschweigend genehmigt worden sei und daß für die spätern Monate der Beklagte zum Report berechtigt gewesen sei, weil ihn die Kläger ohne, zum Ankaufe der zu liefernden Stücke hinreichende, Deckung gelassen haben. Zum außergerichtlichen Verkauf der Wienerbankvereinsaktien dagegen sei der Beklagte nicht befugt gewesen. Die zweite Instanz dagegen erkannte, auf Appellation

der Kläger hin, in ihrem Fakt. A erwähnten Urtheile dahin, die beiden Reports der Rubattinoaktien auf Ende Oktober und Ende November 1884 seien allerdings als genehmigt zu betrachten; dagegen sei der Beklagte nicht berechtigt gewesen, die Aktien auch weiterhin, gegen den ausgesprochenen Willen seiner Kommittenten, zu reportiren. Die gegen den Willen und zum Schaden seiner Kommittenten vorgenommene fortwährende willkürliche Prolongation habe jeweilen ein neues Geschäft konstituiert und erscheine darum als durchaus unzulässig. Die Abrechnung über die Rubattinospekulation sei daher per Ende November 1884 abzuschließen.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurtheilung der Beschwerde unzweifelhaft kompetent. Denn es ist nicht bestritten, daß die Sache nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen ist und daß der Streitwerth den Betrag von 3000 Fr. übersteigt. Ob und inwieweit der Angriff der Kläger sich lediglich gegen thatsächliche Feststellungen der Vorinstanzen richte, ist bei Beurtheilung der Sache selbst zu untersuchen und zu entscheiden. Wenn die klägerische Beschwerde sich ausschließlich gegen die Richtigkeit thatsächlicher Feststellungen der Vorinstanzen richten sollte, so müßte die Beschwerde allerdings angeichts des Grundsatzes des Art. 30 Absatz 4 D.-G. erfolglos bleiben, d. h. es müßte dieselbe ohne Weiteres als unbegründet abgewiesen werden. Die Kompetenz des Bundesgerichtes dagegen wäre nichtsdestoweniger begründet.

3. Streitig ist, nachdem der Beklagte seinerseits sich gegen das Appellationsurtheil nicht beschwert hat, nur noch, ob die Kläger verpflichtet seien, die vom Beklagten per Ende Oktober und Ende November 1884 in Betreff der Rubattinoaktien abgeschlossenen Prolongationsgeschäfte anzuerkennen. Daß der Beklagte zu weitem Prolongationen sowie zum freihändigen Verkaufe der Wienerbankvereinsaktien nicht befugt war, steht rechtskräftig fest.

4. Wenn der Anwalt des Beklagten im heutigen Vortrage in erster Linie ausgeführt hat, die Feststellung der Vorinstanz, daß die Kläger in die Reports per Ende Oktober und Ende November 1884 stillschweigend eingewilligt haben, sei rein thatsächlicher Natur und unterliege daher der Nachprüfung des

Bundesgerichtes nicht, so erscheint dies nicht als richtig. Freilich gehören zu denjenigen Thatsachen, welche die kantonalen Gerichte gemäß Art. 30 Absatz 4 D.-G. endgültig feststellen, nicht nur äußere, sondern auch innere, psychische Vorgänge, wie dieß in dem vom Beklagten angezogenen Urtheile des Bundesgerichtes in Sachen Dürselen gegen Bader (Amtliche Sammlung X, S. 267) ganz richtig ausgeführt ist. Allein in casu schließt die Vorinstanz keineswegs aus rein thatsächlichen Momenten auf das Vorhandensein einer bestimmten Willensrichtung der Kläger, sondern ihre Feststellung beruht wesentlich mit auf der Erwägung, daß die Kläger verpflichtet gewesen seien, wenn sie mit dem Vorgehen des Beklagten nicht einverstanden waren, dieß nach Empfang der monatlichen Liquidationsnoten rechtzeitig auszusprechen und daß deßhalb ihr Stillschweigen als Einwilligung gelten müsse. Ob aber eine Verpflichtung besteht, über einen Antrag, eine Anzeige u. dgl. sich zu äußern und deßhalb Stillschweigen als Annahme oder Genehmigung auszulegen sei, ist gewiß eine Rechts- und nicht eine Thatsfrage, wenn auch freilich bei Beantwortung derselben die Umstände des Einzelfalles wesentlich in Betracht kommen.

5. Ist somit auf materielle Prüfung der Richtigkeit der vorinstanzlichen Entscheidung einzutreten, so ist zu bemerken: Die Kläger haben großes Gewicht darauf gelegt, daß der Beklagte bei Anzeige über die Ausführung der ihm erteilten Börsenaufträge den Klägern niemals eine andere Person als Käufer namhaft gemacht habe und daß daher nach Art. 444 bis 446 D.-R. anzunehmen sei, er habe selbst die Verpflichtung eines Käufers übernommen; das Geschäft sei also als „Kauf“ und nicht als Kommissionsgeschäft zu betrachten. Demnach erscheine aber jedes Monatsgeschäft als ein selbstständiger, für sich bestehender Kauf, zu dessen Zustandekommen es eines neuen Vertragsabschlusses bedurft habe. Allein diese Erörterung entscheidet nicht für die Kläger; denn es handelt sich ja eben darum, ob nicht die Kläger die Prolongationsgeschäfte für Ende Oktober und Ende November stillschweigend genehmigt haben. Dies ist aber in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz zu bejahen: Es ist zwar richtig, daß Stillschweigen auf einen Antrag oder eine

Anzeige, im Allgemeinen, und zwar auch im Handelsverkehr, durchaus nicht als Annahme oder Genehmigung zu betrachten ist, sondern daß dasselbe nur unter besondern Umständen als ein konkludentes erscheint d. h. als Einwilligung gedeutet werden darf. Die besondern Bestimmungen (z. B. Art. 393 D.-R.) in welchen das Gesetz ausdrücklich dem Stillschweigen die Wirkung der Annahme beilegt, beweisen gerade, daß regelmäßig das Gegentheil gilt. Allein im vorliegenden Falle liegen nun wirklich Umstände vor, welche das Stillschweigen der Kläger auf die Mittheilung der Monatsrechnungen des Beklagten zu einem konkludenten gestalten. Die Parteien standen in dauernder Geschäftsverbindung; dem Beklagten war, wie die Korrespondenz ergibt, von den Klägern mehrfach anheim gegeben worden, ihre Interessen bei einzelnen Geschäften nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren. Derselbe übersandte den Klägern jeweilen monatliche Abrechnungen, beziehungsweise Liquidationsnoten über die von ihm auf ihre Rechnung vorgenommenen Operationen. Wenn bei diesem Sachverhalte die Kläger einzelne Operationen, welche der Beklagte in Fortsetzung früherer ihm aufgetragener Spekulationen vorgenommen hatte, nicht für sich wollten gelten lassen, so war es gewiß ihre Pflicht, sofort nach Erhalt der monatlichen Abrechnung dagegen zu protestiren und nicht durch ihr Stillschweigen den Beklagten im Glauben zu belassen, sie gehen mit seiner Handlungsweise einig. Ein Stillschweigen, welches nicht Einwilligung bedeuten sollte, sondern durch welches sich etwa die Kläger die Möglichkeit hätten wahren wollen, die Spekulationen des Beklagten, je nach deren Erfolg, entweder zu genehmigen oder zu mißbilligen, würde offenbar gegen Treu und Glauben verstoßen. Nun ist allerdings richtig, und dies wird auch von der Vorinstanz anerkannt, daß in dem Schreiben des Klägers Weiller an den Beklagten vom 28. September 1884 die Weisung gefunden werden muß, die Rubattinospekulation auf Ende September zu liquidiren. Allein wenn nachher, nach Empfang der Monatsrechnung des Beklagten pro 30. September 1884, aus welcher der Abschluß des Prolongationsgeschäftes auf Ende Oktober ersichtlich war, die Kläger nichtsdestoweniger eine Einwendung nicht erhoben

haben, so muß daraus doch mit der Vorinstanz gefolgert werden, daß die Kläger nachträglich ihre Meinung geändert und die Handlungsweise des Beklagten gebilligt haben und liegt es nahe, diese stillschweigende Billigung auf die am 4. Oktober stattgefundene persönliche Unterredung des Klägers Weiler mit dem Beklagten, über deren Inhalt ein Beweis nicht erbracht wurde, zurückzuführen; jedenfalls wäre es Pflicht der Kläger gewesen, sofort Einwendung zu erheben, wenn sie das ihnen angezeigte Geschäft nicht für sich wollten gelten lassen. Was sodann das Prolongationsgeschäft auf Ende November 1884 anbelangt, so haben die Kläger allerdings dagegen protestirt, allein offenbar verspätet. Denn während die Abrechnung des Beklagten den Klägern schon am 1. November zukam, haben sie erst am 8. November 1884, nachdem der Beklagte am 7. gleichen Monats von ihnen wiederholt eine Verstärkung ihres Depots verlangt hatte, Einspruch erhoben, während sie gewiß, wenn sie die neue Operation des Beklagten nicht anerkennen wollten, sofort nach Empfang der Monatsrechnung des Beklagten und nicht erst, nachdem dieser auf Grund derselben neue Anforderungen an sie gestellt hatte, hätten protestiren müssen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Kläger wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 4./18. Februar 1886 sein Bewenden.

#### 45. Urtheil vom 21. Mai 1886 in Sachen Schramed gegen Masse Dreyfuß.

A. Durch Urtheil vom 24. Februar 1886 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagter Appellant trägt ordentliche und außerordentliche Kosten der zweiten Instanz mit

einer Urtheilsgebühr von 100 Fr. Das erstinstanzliche Urtheil ging dahin: Beklagter ist zur Zahlung von 8000 Fr. nebst Zinsen zu 5 % seit 28. Dezember 1885 verurtheilt. Mit der weiteren Zinsforderung ist Klägerin abgewiesen. Beklagter trägt die ordinären und extraordinären Kosten des Prozesses.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte J. Schramed die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei die Klagepartei mit ihrer Klage gänzlich, eventuell, unter Zulassung der Kompensationseinrede betreffend Gegenforderung von 3590 Fr. 90 Cts., mit ihrer Mehrforderung von 4409 Fr. 10 Cts. abzuweisen und in die Prozeßkosten sämtlicher Instanzen zu verurtheilen.

Der Anwalt der Klägerin bestreitet in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes; in zweiter Linie trägt er auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist aus den Akten Folgendes hervorzuheben: Die Klagepartei ist Inhaberin zweier am 20. Dezember 1881 und 10. gleichen Monats auf 30. April und 10. Juni 1882 ausgestellter Eigenwechsel des Beklagten J. Schramed in Basel über je 4000 Fr.; dieselben lauten an die Ordre Salomon Dreyfuß in Basel und tragen auf der Rückseite das Blankoindossament des Salomon Dreyfuß, sowie ein Procuraindossament eines L. (Leopold) Schramed an den Gerichtsamman Schlägeter in Basel. Inhaber der Firma Salomon Dreyfuß in Basel war zur Zeit der Ausstellung der Wechsel Haber Dreyfuß. Dieser wurde am 5. Januar 1882 Schulden halber flüchtig und wurde am 23. Januar 1882 vom Civilgerichte Basel in Konkurs erklärt; bei seiner Flucht nahm er die beiden Wechsel mit sich. Im Jahre 1885 klagte Leopold Schramed die Wechsel (welche bei Verfall nicht präsentirt und protestirt worden waren) gegen den Aussteller J. Schramed in Basel ein. Durch Urtheil des Civilgerichtes Basel vom 6. November 1885 wurde er indes mit seiner Klage abgewiesen und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Beklagter habe unter Anderem eingewendet, der Kläger Leopold Schramed sei in Wahrheit nur Inkasso-