

## 64. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. September 1917

i. S. Bichsel & C<sup>ie</sup>, Klägerin, gegen Liechti, Beklagter.

Art. 538, Abs. 2 OR; Frage der Haftung eines Gesellschafters für den dem andern Gesellschafter aus dem Kauf von gekapert er Ware entstandenen Schaden. Art. 533, Abs. 1 und 537, Abs. 3 OR.

A. — Im August 1914 fragte der Beklagte den Mitinhaber der klagenden Firma, Fritz Bichsel, im Bahnhofbuffet in Bern, ob er bereit wäre, sich an dem Kauf von russischem Getreide zu beteiligen, das, wie er erfahren habe, noch in verschiedenen Partien zu billigem Preis erhältlich sei. Bichsel bejahte diese Frage und es wurde zwischen den beiden vereinbart, die betreffenden Geschäfte gemeinsam und unter gleichmässiger Beteiligung an Gewinn und Verlust zu machen. In der Folge erhielt Bichsel am 26. September 1914 vom Beklagten aus Berlin nachstehendes Telegramm: « Drahtet ob 50,000 Mark Berlin anweisen könnet behufs Uebernahme Dokumente 400 Tonnen Gerste Tunis haben Kaufchance parität achtzehn Marseille gegenüber Verkauf 21 urgentieret. » Bichsel antwortete sofort telegraphisch: « Einverstanden, habe 50,000 Mark disponibel », worauf er gleichen abends ein weiteres Telegramm vom Beklagten empfing, das folgenden Wortlaut hat: « Geordnet stellt sich Kleinigkeit billiger als achtzehn Marsillé werde Ihnen Montag telegraphisch Faktura aufgeben müsset Betrag promptest Deutsche Bank überweisen damit Dokumente persönlich empfangen kann, haltet Verkauf vorläufig zurück, wenn rumänisches Ausfuhrverbot bestätigt wird verlangt 25 Marseille müsset ok wegen Abschluss geheim halten werden Vertrag 31. Juli vordatieren. » Am 28. September telegraphierte Bichsel dem Beklagten, er solle die « Dokumente » an die Nationalbank in Bern abgehen lassen, worauf der Beklagte mit Telegramm vom nämlichen Tag antwortete, Bichsel solle die 50,000 Mark an die Deutsche

Bank in Berlin überweisen, da er, der Beklagte, die Uebernahme der Dokumente in Berlin vereinbart habe. Nachdem Bichsel dieser Aufforderung Folge geleistet hatte, erhielt die Klägerin von der Firma M. Neufeld & C<sup>ie</sup> in Berlin, mit der der Beklagte das Geschäft abgeschlossen hatte, zwei Fakturen für 20,100 Pud Gerste = 326,625 Kg. zu 135 M. per 1000 Kg. = 44,094 M. 35 Pf. und für 6000 Pud = 97,500 Kg zu 135 M. per 1000 Kg. = 13,162 M. 50 Pf. Ausserdem schickte die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> der Klägerin am 5. Oktober 1914 eine Abrechnung « über den durch Vermittlung des Herrn G. Liechti getätigten Verkauf », die mit einem Saldo von 7256 M. 85 Pf. zu Gunsten der Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> schliesst und worin überdies bemerkt wird, dass die Aushändigung der Dokumente über die 6000 Pud Gerste gegen Bezahlung dieses Saldos erfolgen werde. Kurz darauf will die Klägerin auf dem politischen Departement in Bern erfahren haben, dass der Dampfer « Eir », auf dem die gekaufte Ware verladen war, von einem französischen Schiff gekapert worden sei, wieweil letztere Tatsache durch das bei den Akten liegende Urteil des französischen Prisengerichts bestätigt wird, in welchem als Datum der Kaperung der 3. September 1914 angegeben ist. Mit Telegramm vom 9. und Schreiben vom 12. Oktober 1914 verlangte dann die Klägerin von der Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> in Berlin die Rückzahlung von 44,094 M. 35 Pf., weil die Dokumente nicht vollständig seien, die Kriegsversicherung und die Versicherungspolice fehlten und die Dokumente vom 16. Juli 1914 auf Rotterdam verfrachtet « datierten », während die Ware schon längst gekapert in Tunis liege. Die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> lehnte dieses Ansinnen mit der Begründung ab, die Klägerin solle sich an den Beklagten wenden, worauf die Klägerin beim Landgericht Berlin Klage gegen die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> auf Rückzahlung des Kaufpreises und auf Ersatz des entgangenen Gewinns erhob. Durch Entscheid vom 3. März 1916 wies das Reichsgericht die Klage mit der Begründung ab, dass zwischen der Klägerin und der

Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> kein Rechtsverhältnis bestehe, da das Getreide von der Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> an Liechti und nicht an die Klägerin verkauft worden sei, und dass, auch wenn ein Verkauf direkt an die Klägerin angenommen werden wollte, die Klägerin sich im Momente des Kaufabschlusses in Kenntnis von der Kaperung befunden habe.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin, der Beklagte sei zur Bezahlung von 59,250 Fr. nebst 5 % Zins seit 28. September 1914 und von 13,774 M. = 13,085 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 5. November 1914, eventuell von 29,625 Fr. zuzüglich 2449 M. 65 Pf. zum Tageskurs am Tage der Zahlung, beides nebst Zins zu 5 % seit 28. September 1914, zu verurteilen. Zur Begründung dieses Antrages macht sie geltend, sie habe von der Kaperung des Dampfers « Eir » und der Beschlagnahme der gekauften Ware erst am 9. Oktober 1914 auf dem politischen Departement in Bern Kenntnis erhalten. Ihre Bemühungen, die gekaperte Ware von Frankreich herauszubekommen, seien erfolglos gewesen und hätten auch zu keinem Ziel führen können, da die Ware schon ca. 14 Tage vor dem Verkauf an sie gekapert worden sei. Der Beklagte sei der zwischen ihm und ihr bestehenden einfachen Gesellschaft gegenüber als Verkäufer aufgetreten und hafte aus dem Gesichtspunkt der Entwehrung. Dafür, dass der Beklagte als Selbstkontrahent zu betrachten sei, spreche, dass er die Ware zu einem billigeren als dem ihr angegebenen Preis gekauft habe, nämlich zu 120 M. statt zu 135 M.; er habe denn auch an die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> nur einen Betrag von 45,100 M. 65 Pf. bezahlt und den Rest der von ihr, der Klägerin, der Deutschen Bank in Berlin überwiesenen 50,000 M. für sich behalten. Der Beklagte sei daher zur Rückzahlung des Kaufpreises von 50,000 M. sowie des der Klägerin entgangenen Gewinns, der 13,784 M. betrage, verpflichtet. Die gleiche Haftung treffe ihn aber auch, wenn angenommen werde, dass er als Gesellschafter für gemeinsame Rech-

nung gehandelt habe, da er ohne ihr Wissen gekaperte Ware gekauft und so den Schaden durch sein Verschulden verursacht habe. Jedenfalls habe er aus dem Gesichtspunkt der Verlust- und Gewinnbeteiligung die Hälfte des Verlustes mit 29,625 Fr. zu tragen und der Klägerin ausserdem die Hälfte der zu Unrecht in Empfang genommenen Kaufpreisdifferenz von 4899 Fr. 35 Cts. = 2449 Fr. 65 Cts. zu vergüten.

Der Beklagte behauptet dagegen, die Ware für gemeinsame Rechnung der einfachen Gesellschaft gekauft zu haben und bestreitet seine Haftung für den ganzen der Klägerin entstandenen Verlust deshalb, weil die Klägerin, wie schon die deutschen Gerichte angenommen hätten, nach seinen beiden ersten Telegrammen aus Berlin darüber nicht im Zweifel habe sein können, dass es sich bei dem gekauften Getreide um gekaperte Ware gehandelt habe, eine vertragswidrige, schuldhafte Handlung seinerseits daher nicht vorliege. Seine Haftung für die Hälfte des Verlustes bestreitet er mit der Begründung, die Klägerin habe die Abwendung des Schadens durch ihr eigenes Verschulden verunmöglicht. Anstatt den Vertrag vorzudatieren, wodurch die Ware trotz der Kaperung hätte erhältlich gemacht werden können, habe sie sich darauf versteift, gegen die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> vorzugehen; auch habe sie sich geweigert, ihm die Dokumente auszuhändigen, wodurch sie den Erfolg seiner Bemühungen zur Erlangung der Ware vereitelt habe.

C. — Durch Entscheidung vom 2. Februar 1917 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich den Beklagten zur Bezahlung von 26,722 Fr. nebst 5 % Zins seit 28. September 1914 sowie von 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zu 5 % seit 28. September 1914 zum Tageskurs am Tag der Zahlung verurteilt, im übrigen die Mehrforderung abgewiesen und die Kosten beiden Parteien zu gleichen Teilen auferlegt. Dieses Urteil beruht auf der Erwägung, dass von einer Haftung nur nach Gesellschaftsrecht die Rede sein könne. Da jedoch die Klägerin von der Kaperung der

Ware gewusst habe, habe sie gemäss Art. 533 OR nur Anspruch auf Ersatz der Hälfte des erlittenen Verlustes. Die hiegegen von dem Beklagten erhobene Einrede, die Klägerin habe den Eintritt des Verlustes durch Nichtaushändigung der von ihm zwecks Aufhebung der Beschlagnahme verlangten Dokumente selber verschuldet, sei gestützt auf die Aussagen des Zeugen Peterhans als nicht bewiesen zu erachten. Was die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem von der Klägerin vorgestreckten Betrag von 50,000 M. anbetreffe, so habe der Beklagte darauf mangels einer besonderen vertraglichen Abmachung keinen Anspruch, so dass er grundsätzlich zur Rückerstattung dieser Differenz in ihrem ganzen Betrag zu verpflichten wäre. Da jedoch die Klägerin mit ihrem Eventualbegehren nur die Hälfte davon verlangt habe, könne ihr nur ein Betrag von 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zugesprochen werden.

D. — Gegen diesen Entscheid haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen :

Die Klägerin mit den Anträgen, die Klage sei gemäss den vor der Vorinstanz gestellten Begehren gutzuheissen ; eventuell sei der Beklagte zur Bezahlung von 59,250 Fr. nebst 5 % Zins seit 28. September 1914, jedenfalls von 29,625 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 28. September 1914 zuzüglich 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zu 5 % seit 28. September 1914 umgerechnet in Franken zum Tageskurs am Tag der Zahlung zu verurteilen und die Sache mit Bezug auf das Quantitativ der Forderung von 13,774 M. = 13,085 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. November 1914 sowie mit Bezug darauf, dass Bichsel am 9. Oktober 1914 auf dem politischen Departement in Bern von der Kaperung des Dampfers « Eir » Kenntnis erhalten habe, zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beklagte mit den Anträgen, die Klage sei, soweit damit mehr als 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zu 5 % seit 28. September 1914 zum Tageskurs am Tag der Zahlung verlangt werde, abzuweisen, unter Ko-

stenfolge für die Klägerin ; eventuell sei die Sache an das Handelsgericht zurückzuweisen, zur Abnahme des Beweises darüber, dass die Versuche des Beklagten, die Klägerin zu bewegen, ihm die Dokumente zu einer Realisierung in Marseille zur Verfügung zu stellen, ergebnislos gewesen seien und der Schaden infolge dieses Verschuldens der Klägerin eingetreten sei.

E. — In der heutigen Verhandlung haben die Parteien diese Anträge wiederholt und je auf Abweisung der gegnerischen Berufung geschlossen.

Das Bundesgericht zieht

i n E r w ä g u n g :

1. — Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beklagte als Gesellschafter für gemeinsame Rechnung gekauft habe : darnach kann es sich nur fragen, ob und inwieweit er der Klägerin gegenüber nach Gesellschaftsrecht hafte. Für diese Haftung beruft sich die Klägerin in erster Linie auf Art. 538 OR, indem sie geltend macht, der Beklagte habe ohne ihr Wissen gekaperte Ware gekauft und so den entstandenen Schaden durch sein Verschulden verursacht. In dieser Beziehung steht allerdings fest, dass anlässlich der Unterredung zwischen den Parteien im Bahnhofbuffet in Bern über die nähern Umstände des in Aussicht genommenen Kaufs nicht gesprochen worden ist ; Bichsel erfuhr aber doch schon damals, dass das Geschäft in russischem Getreide gemacht werden sollte. Am 26. September 1914 teilte sodann der Beklagte der Klägerin in seinem ersten Telegramm aus Berlin mit, dass das Getreide sich in Tunis befinde und zu einem ausnahmsweise billigen Preis, d. h. zu 18 Fr. per 100 Kg. gekauft werden könne, mit der Aussicht, es zu 21 Fr. weiter zu verkaufen. Im Moment der Abgabe ihrer Zustimmung zum Getreidekauf wusste daher die Klägerin, dass das Geschäft in Berlin abgeschlossen werden sollte, dass es sich dabei um russische Gerste handelte, dass dieses Getreide sich in Tunis befand, sowie dass es zu

einem weit niedrigeren als dem damaligen Marktpreis käuflich war. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin in Anbetracht der Kriegslage darüber nicht im Zweifel sein, dass es sich um beschlagnahmte Ware handelte, die offenbar von den französischen Behörden nicht ohne weiteres herausgegeben werden würde. Während der weiteren Unterhandlungen zwischen den Parteien, in deren Verlauf die Klägerin wiederholt ihr Einverständnis zu dem Kauf ausgesprochen hat, schlug sodann der Beklagte der Klägerin noch vor, den mit der Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> abgeschlossenen Vertrag auf den 31. Juli 1914, d. h. auf die Zeit vor Kriegsausbruch, vorzudatieren. Zusammengehalten mit dem, was die Klägerin von den Kaufgegenstand betreffenden Verhältnissen bereits wusste, konnte sie sich auch diesen Vorschlag nicht anders erklären, als dass zum Zweck der leichteren Erlangung der gekaperten Ware der Anschein erweckt werden sollte, das Eigentum am Getreide sei schon vor Kriegsausbruch auf einen Neutralen übergegangen. Hat aber die Klägerin von der Beschlagnahme des Kaufgegenstandes im Momente ihrer Einwilligung zum Kaufabschluss Kenntnis gehabt, so kann sie den Beklagten nicht gestützt auf Art. 538 OR haftbar machen, woraus auch die Verwerfung ihres Rückweisungsantrages in Ziff. II 1 b der Berufungserklärung wegen Irrelevanz folgt. Wenn aber auch angenommen werden wollte, die Klägerin habe die Tatsache der Kaperung selbst nicht gekannt, so müsste die Haftung des Beklagten doch deshalb verneint werden, weil die Klägerin aus seinen Mitteilungen zum mindesten soviel entnehmen musste, dass es sich bei dem abzuschliessenden Kauf um ein höchst gewagtes Geschäft handelte, und weil sie trotz dieser Kenntnis, also in bewusster Uebernahme des damit verbundenen Risikos, ihr Einverständnis zum Kaufabschluss gegeben hat.

2. — Dagegen ist die Haftung des Beklagten gemäss Art. 533 Abs. 1 OR, wonach grundsätzlich jeder Gesellschafter gleichen Anteil an Gewinn und Verlust hat, ohne

weiteres für die Hälfte des entstandenen Verlustes gegeben. Der Beklagte bestreitet auch diese Haftung, indem er behauptet, die Klägerin habe sich geweigert, ihm zum Zweck der Aufhebung der Beschlagnahme die nötigen Dokumente auszuhändigen, und dadurch den Eintritt des Verlustes selber verschuldet. Der für diese Behauptung angerufene Zeuge Peterhans hat jedoch lediglich ausgesagt, dass der Beklagte mit ihm in Verbindung getreten sei und dass es ihm als Schweizer voraussichtlich, ebenso wie in einem andern Fall, gelungen wäre, die Ware herauszubekommen. Dass dieser Erfolg mit Sicherheit eingetreten wäre, behauptet also der Zeuge selber nicht. Da der Vertrag mit der Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> nach Kriegsausbruch abgeschlossen worden ist, erscheint dies nach dem Urteil des französischen Prisengerichtes denn auch als unwahrscheinlich. Abgesehen davon stellt die Vorinstanz weiterhin fest, es sei nicht bewiesen, dass der Beklagte die Klägerin überhaupt zur Aushändigung der Dokumente aufgefordert habe. Bei dieser Sachlage ist die Einrede des Beklagten abzuweisen und es kann dem in Ziffer 2 seiner Berufungserklärung enthaltenen Beweisergänzungsantrag um so weniger Folge gegeben werden, als der Beklagte sich zum Beweis seiner Behauptung lediglich auf die Aussagen des Zeugen Peterhans berufen hat. Die der Klägerin vom Beklagten zu vorgütende Hälfte des entsandenen Schadens hat die Vorinstanz auf Grund des an die Firma Neufeld & C<sup>ie</sup> bezahlten Kaufpreises von 45,100 M. 65 Pf. berechnet und unter Zugrundelegung eines von dem Beklagten nicht bestrittenen Kurses von 118,50 auf 26,722 Fr. nebst Zins festgesetzt. Ausserdem hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, dass der Beklagte auf die von ihm als Provision zurückbehaltene Differenz von 4899 M. 30 Pf. mangels einer besonderen vertraglichen Vereinbarung gemäss Art. 537 Abs. 3 OR keinen Anspruch habe und daher grundsätzlich zur Herausgabe dieses ganzen Betrages an die Klägerin verpflichtet sei. Sie hat dann aber doch der Klägerin nur die Hälfte dieses

Betrages mit 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zum Tageskurs am Tag der Zahlung zugesprochen, von der Erwägung ausgehend, die Klägerin habe in ihrem eventuellen Antrag nicht mehr verlangt. Diese Voraussetzung trifft nicht zu. Allerdings hat die Klägerin an zweiter Stelle ihres Eventualantrages nur einen Betrag von 2449 M. 65 Pf. genannt; die andere Hälfte der vom Beklagten zurückbehaltenen Provision ist aber bereits in dem im Eventualantrag an erster Stelle genannten Betrag von 29,625 Fr. enthalten, welcher sich im übrigen aus der Hälfte des an Neufeld & C<sup>ie</sup> tatsächlich bezahlten Kaufpreises zusammensetzt. Die der Klägerin in Dispositiv 1 *b* des angefochtenen Entscheides zugesprochene Summe ist daher um den Betrag von 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zu 5 % seit dem 28. September 1914 zum Tageskurs am Tag der Zahlung zu erhöhen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

Diejenige der Klägerin wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der in Dispositiv 1 *b* des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 1917 genannte Betrag von 2449 M. 65 Pf. auf 4899 M. 30 Pf. erhöht wird. Im übrigen wird das angefochtene Urteil bestätigt.

**65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1917**  
i. S. Vogel & C<sup>ie</sup> gegen Liechti.

Art. 107 Abs. 2 O.R. Der Ersatz des durch die Erfüllungsverzögerung verursachten Schadens kann nur neben dem Begehren um nachträgliche Erfüllung des Vertrages, nicht auch in Verbindung mit dem Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt werden. Für die Bestimmung dieses letzteren Schadens sind massgebend die Verhältnisse im Zeitpunkte, in welchem der Verzicht auf die Vertragserfüllung erklärt wird.

A. — Am 28./29. Mai 1915 kam in Zürich zwischen den daselbst domizilierten Parteien ein Kaufvertrag zustande, wonach der Beklagte Liechti der Klägerin, Kommandit-Aktiengesellschaft Vogel & C<sup>ie</sup>, 50 Wagen = 500 t von ihm als « in Marseille disponibel » offerierten Reis Saigon I zu 50 Fr. per 100 kg, brutto für netto, franko verzollt Genf, zahlbar bei Eintreffen der Ware in Genf, mit einer Anzahlung von 25 % (12 Fr. 50 Cts. per 100 kg) in Check auf Paris bei Vertragsabschluss, zu liefern hatte, und zwar, gemäss unbestrittener Zusage, im Juni 1915. Mit Schreiben vom 26. Juni 1915 machte die Klägerin, nachdem sie die vereinbarte Anzahlung von 62,500 Fr. schon am 29. Mai geleistet hatte, den Beklagten darauf aufmerksam, dass noch kein Sack geliefert sei und dass sie deshalb wegen nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung ihre Vorbehalte machen müsse, weil sie selbst die Ware als Juni-Lieferung weiterverkauft und von seiten ihres Käufers einen gleichlautenden Vorbehalt empfangen habe. Hierauf gab ihr der Beklagte mit Brief vom 28. Juni die « positive Zusicherung », dass wenigstens ein Teil der Ware noch im Laufe des Monats Juni und der Rest im Juli « zur Andienung gelangen » werde. Bis zum 20. Juli erfolgte jedoch immer noch keine Lieferung. Das veranlasste die Klägerin, mit Schreiben von diesem Tage dem Beklagten eine Frist von 8 Tagen zur Erfüllung des Ver-