

Art. 86 OR ist der Schuldner befugt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will. Zweifellos hätte er sich hier dem Bürgen gegenüber verpflichten können, in einer solchen Erklärung jeweilen für die Tilgung der verbürgten Schuld einzutreten. Eine derartige Vereinbarung zwischen Bürge und Hauptschuldner ist jedoch nicht dargetan, und es ist auch nicht bewiesen worden, dass der Schuldner sonst, von sich aus, bei den Zahlungen der Beklagten kundgetan habe, sie seien an die verbürgte Schuld anzurechnen. Also konnte der Gläubiger nach Art. 86 Abs. 2 OR in seiner Quittung bezeichnen, welche Schuld er getilgt haben wollte, und es wäre denkbar gewesen, dass er sich schon dem Bürgen gegenüber im Bürgschaftsvertrag verpflichtet hätte, in den Quittungen jeweilen für die Anrechnung an die verbürgte Schuld Stellung zu nehmen, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht opponierte, OR Art. 86 Abs. 2. Allein auch an einer solchen Vereinbarung fehlt es im vorliegenden Fall, und entgegen der Behauptung der Beklagten liegen auch keine Quittungen vor, nach welchen Erklärungen gemäss Art. 86 Abs. 2 OR angenommen werden könnten. Es ist auch nicht zu vergessen, dass sich die alte Schuld des Ernst Bösch aus Weinlieferungen vom 10. Oktober und 12. November 1929 zusammensetzte und bei der üblichen und überdies vereinbarten Zahlungsfrist von sechs Monaten Anfang 1930 noch nicht bezahlt sein konnte. Unter diesen Umständen ist Art. 87 OR anzuwenden. Darnach waren und sind die Zahlungen auf die fälligen Schulden anzurechnen, und zwar chronologisch auf die zuerst verfallenen. Das waren eben die alten Schulden vom Oktober und November 1929. Die Hauptberufung erweist sich deshalb als begründet.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. März 1933 umgeändert, die Aberkennungsklage in dem noch streitigen

Betrag von 14,311 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1932 abgewiesen und der Beklagten definitive Rechtsöffnung für diesen Anspruch von 14,311 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Februar 1932 und die Betreibungskosten in der Betreibung Nr. 1073 des Betreibungsamtes Nesslau erteilt.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

**41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juli 1933**  
**i. S. Schaffhauser Kantonalbank**  
**gegen « Fides » Treuhandvereinigung.**

**Einkaufskommission. Erw. 1.**

Der Selbsteintritt des Kommissionärs ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil er bei einem frühern, gleichartigen, aber unabhängigen Kommissionsgeschäft ausgeübt worden war. Erw. 2.

Ablehnung der Vermutung des Selbsteintrittes gemäss OR Art. 437; insbesondere die Meldung blosser Vorbereitungshandlungen der Ausführung durch den Kommissionär begründet die Vermutung nicht. Erw. 3 u. 4.

Kurssturz und -verlust auf den durch den Kommissionär eingedeckten Papierpfunden vor Ausführung des Goldkaufes. Verhältnis von Verwendungs- und Schadenersatz. OR Art. 402 Abs. 1 u. 2, 431 Abs. 1.

Verschulden des Kommissionärs. Mitverschulden des Kommitenten ? Erw. 5, 6 u. 7.

A. — Im September 1931 gab ein Kunde der Beklagten, « Fides » Treuhandvereinigung in Zürich, auf, ihm zur Anlage flüssiger Gelder englische Goldsovereigns zu beschaffen. [Die Beklagte setzte sich mit der Klägerin, Schaffhauser Kantonalbank, in Verbindung und gab ihr dann am 11. September 1931 telephonisch den Auftrag, £ 20,000 in englischen Goldsovereigns in London, « interessewährend » und zu Originalbedingungen, zuzüglich 1 ‰ Provision zu erwerben; von der Provision wurde der Beklagten ½ ‰ retrozediert. Das Gold sollte der Beklagten in Zürich zur Verfügung gestellt werden.

Die Klägerin bestellte das Gold am 14. September bei den Londoner Mäklern Sharps & Wilkins auf den 16. September und deckte sich gleichzeitig für den Gegenwert mit £ 20,000, Auszahlung London, Valuta 16. September ein. Die Mäkler sandten das Gold am 16. September 1931 nach Basel und hoben den Gegenwert am selben Tag auf Grund einer Anweisung der Klägerin beim Schweizerischen Bankverein in London ab. Die Klägerin rechnete am 18. September ab, ohne der Beklagten ihre Bezugsquelle für die Goldsovereigns bekannt zu geben; ausser der Kommission berechnete sie einen Kursgewinn von  $\frac{3}{4}$  Rappen pro Pfund, anstatt den Originalkurs für die englischen Devisen einzustellen.

Am Vormittag des 18. September 1931 — es war ein Freitag — erteilte Dr. G., Direktor der Beklagten, der Klägerin den Auftrag, ihr abermals englische Goldsovereigns zu verschaffen, und zwar diesmal für £ 40,000. Am Nachmittag desselben Freitags erhöhte Vizedirektor W. der Beklagten diesen Auftrag, wiederum mittelst Telephon, um £ 3000. Die Klägerin bestätigte die Unterredungen am gleichen Tage schriftlich: « Wir nehmen höflich Bezug auf die heutige telephonische Unterredung Ihres Herrn Dr. G. mit unserer Direktion, aus der wir uns bestens dankend notiert haben, « interessewährend » für Sie zu beschaffen £ 43,000 in englischen Sovereigns. Wir werden Ihnen auch auf dieser Transaktion, analog derjenigen, die heute zur Abwicklung gelangt, eine Kommission von  $\frac{1}{2}$  ‰ retrozedieren. Wir danken Ihnen für die Übermittlung dieses weitem Auftrages, für dessen bestmögliche Ausführung wir gerne besorgt sind und empfehlen uns Ihnen ... ». Ebenfalls am 18. September gab die Klägerin den Mäklern Sharps und Wilkins den Auftrag, ihr £ 20,000 in Sovereigns zukommen zu lassen und am 21. September in gleicher Weise, wie beim vorangehenden Kauf, zur Versendung zu bringen und den Gegenwert beim Schweizerischen Bankverein in London abzuheben. Noch am 18. September deckte sich die

Klägerin sodann für £ 40,000 ein. Am Morgen des 19. September erhielt sie jedoch ein mit dem 17. September datiertes Schreiben von Sharps & Wilkins mit der Mitteilung, die Bank von England habe angezeigt, dass sie unter Vorbehalt besonderer Umstände künftig keine Goldsovereigns mehr ausgeben werde. Darauf erkundigte sich Direktor C. der Klägerin noch am gleichen Vormittag telephonisch bei der Beklagten, ob er unter diesen Umständen statt Goldsovereigns Goldbarren beziehen solle, und im Verlaufe eines zweiten Telephongespräches kurz nachher gab er der Beklagten auch bekannt, dass er sich für den Gegenwert von £ 43,000 schon eingedeckt habe. Die Beklagte antwortete am Telephon, sie werde Montag den 21. September auf die Sache zurückkommen, da sie vorher nicht mitteilen könne, ob Goldbarren auch dienlich seien.

Sonntag den 20. September 1931 abends wurde die Bank von England von der Goldeinlöschungspflicht entbunden. Der englische Kurs sank sofort beträchtlich.

Montag den 21. September teilte Vizedirektor W. von der Beklagten dem Direktor C. von der Klägerin mit, dass die Beklagte mit dem Erwerb von Goldbarren für den herabgesetzten Betrag von 800,000 Fr. einverstanden sei. Am gleichen Tage drückte die Beklagte der Klägerin schriftlich ihr Erstaunen darüber aus, dass sie sich für die £ 43,000 schon eingedeckt hatte: « Wir sehen uns hiermit veranlasst, ohne auf Details einzugehen, jede Haftbarkeit für irgendwelchen Verlust, den Sie aus Kursdifferenzen in dieser Angelegenheit erleiden sollten, abzulehnen. Die Deckung des Kaufes in Liversterlings ist eine interne Angelegenheit Ihres Institutes. » In einem am 21. September 1931 der Post übergebenen, jedoch mit dem 19. September zurückdatierten Brief schrieb die Klägerin der Beklagten: « Unter Bezugnahme auf unsere Zuschrift vom 18. September teilen wir Ihnen mit, dass wir zur Deckung der uns zur Beschaffung beauftragten £ 43,000 in engl. Sovereigns für Sie eingedeckt haben

£ 43,000 à 24,89  $\frac{1}{2}$  = 1,070,485 Fr., wofür wir Sie auf provisorischem Konto belasten ». Die Beklagte beharrte jedoch in einem weitem Brief vom 22. September auf ihrem Standpunkt. Eine Verständigung konnte in der folgenden Korrespondenz nicht erzielt werden. Um weitere Verluste zu vermeiden, einigten sich die Parteien am 25. September 1931 dahin, die Liversterlings ohne Präjudiz sofort bestmöglichst zu liquidieren. Dabei stellte es sich heraus, dass sich die Klägerin nur für £ 40,000 statt £ 43,000 eingedeckt hatte, was sie der Beklagten bekannt gab. Der Verkauf der Devisen ergab einen Mindererlös von 226,800 Fr. Valuta 28. September und einen solchen von 230,240.30 Valuta 31. Dezember 1931. Am 29. September teilte die Beklagte der Klägerin noch mit, sie verzichte auf die Goldbarren.

B. — Da eine Verständigung auch nachher nicht zustande kam, hat die Schaffhauser Kantonalbank am 11. März 1932 beim Friedensrichteramt Zürich 1 gegen die « Fides » folgende Klage erhoben :

« Die Beklagte sei zu verpflichten, an die Klägerin den Betrag von 230,240 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 31. Dezember 1931 zu bezahlen ».

C. — Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

D. — Am 21. Juni 1932 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

E. — ...

F. — Gegen das handelsgerichtliche Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache zur Abnahme weiterer Beweise und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz beantragt.

G. — ...

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Durch den Auftrag der Beklagten vom 18. September 1931 und seine Annahme durch die Klägerin wurde zwischen den Parteien ein Kommissionsverhältnis im

Sinne der Art. 425 ff. OR begründet. Darüber sind sich die Parteien einig. Die Schaffhauser Kantonalbank sollte auf Rechnung der « Fides », aber in eigenem Namen Gold in London erwerben, und zwar auf dem Wege eines Kaufes, da das Gold, obwohl es gemünzt sein sollte, in der Schweiz keinen gesetzlichen Kurs besass und hier nur als Ware in Betracht kam. Ein Kommissions- und nicht ein Kaufvertrag liegt vor, weil schon beim ersten Geschäft vom 11. September 1931 vereinbart worden war, dass die Kantonalbank die Goldsovereigns « interessewährend » für Rechnung der « Fides » zu beschaffen und zu Originalbedingungen an sie abzugeben habe und weil auch beim zweiten Geschäft vom 18. September 1931 « Interessenwahrung » abgemacht wurde und die Klägerin « bestmögliche » Ausführung versprach. Ohne Zweifel war neben dem Wortlaut der Abmachung auch der wirkliche Wille auf eine Geschäftsbesorgung und nicht auf einen Kauf gerichtet ; das geht, wie Dr. Becker in seinem ersten Rechtsgutachten vom 29. Februar 1932 mit Recht bemerkt, auch daraus hervor, dass die vereinbarte Provision von  $\frac{1}{2}$  ‰ sonst in keinem Verhältnis selbst zu dem normalen Risiko gestanden hätte.

2. — In Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil kann sodann die Frage offen gelassen werden, ob die Klägerin bei Abwicklung des ersten Geschäftes vom 11. September 1931 als Eigenhändlerin eingetreten ist, sei es, dass sie eine Erklärung, sie werde selbst als Verkäuferin liefern, abgegeben hätte, sei es, dass ihr Selbsteintritt gemäss Art. 437 OR zu vermuten gewesen wäre. Der zweite Auftrag war ein vom ersten unabhängiges Rechtsgeschäft, sodass die Frage des Selbsteintrittes der Klägerin gesondert zu beurteilen ist. Daran ändert der Umstand nichts, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien für das zweite Geschäft dieselben Bedingungen gelten sollten, die für das erste. Gemeint waren damit die vertraglichen Bestimmungen, die über die beidseitigen Rechte und Pflichten von Anfang an

getroffen worden waren, die Geschäftsgrundlage, nicht die Geschäftsausführung. Namentlich gehörte nicht zu diesen gleichen Bedingungen des zweiten Geschäftes die Ausübung des Selbsteintrittsrechtes oder die Nichtausübung durch den Kommissionär. Der Selbsteintritt des Kommissionärs ist ein änderndes Gestaltungsrecht (VON TUHR OR I S. 20), dessen Ausübung durch den Berechtigten nicht zu den Geschäftsbedingungen zählt; wenn diese beim zweiten Geschäft dieselben sein sollten, bedeutete das im Gegenteil, dass das Gestaltungsrecht, auch wenn es das erste Mal ausgeübt worden war, der Klägerin beim zweiten wiederum zur Wahl stehen sollte. Mit Recht hat übrigens die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass beim zweiten Auftrag auf's Neue vereinbart wurde, die Klägerin habe die Sovereigns « interessewährend » zu beschaffen, was widerspruchsvoll gewesen wäre, wenn das zweite Geschäft auf Grund des Selbsteintrittes der Klägerin beim ersten zum vornherein als Kauf gedacht gewesen wäre.

3. — Eine ausdrückliche Erklärung, dass die Klägerin den Selbsteintritt wähle, ist von ihr nicht abgegeben worden. Das hat die Beklagte auch nicht behauptet. Nach Art. 437 OR wird der Eintritt des Kommissionärs jedoch, sofern er wie hier grundsätzlich zulässig ist, vermutet, wenn der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführung des Auftrages meldet, ohne eine dritte Person als Verkäufer namhaft zu machen. Im vorliegenden Fall kann aber keine Rede davon sein, dass die Klägerin der Beklagten die Ausführung des Auftrages angezeigt habe. Ausführung des Auftrages wäre einzig und allein der Goldkauf, die Anschaffung der Goldsovereigns, gewesen. Dazu ist es gar nicht gekommen, und es liegt daher auf der Hand, dass auch eine Meldung darüber nie erfolgt ist. Wohl hat die Klägerin der Beklagten am 19. September zuerst am Telephon Kenntnis von der Eindeckung mit £ 43,000 gegeben und ihr am 21. September eine mit dem 19. September datierte Belastungsanzeige für 1,070,485 Fr. gesandt, ohne dabei den Goldverkäufer zu nennen. Allein

der Goldkauf, der nach dem Gesagten den Gegenstand des Auftrages bildete, war mit der Eindeckung lediglich vorbereitet und nicht selbst in Angriff genommen, wiewohl die Bereitstellung der Devisen unerlässliche Voraussetzung war, damit er ausgeführt werden konnte. Demnach waren die beiden Anzeigen vom 19. und 21. September keine Ausführungsanzeigen im Sinne des Art. 437 OR und konnten auch nicht die Vermutung des Eintrittes der Klägerin nach sich ziehen. Wie Becker in seinem Rechtsgutachten mit Recht bemerkt hat und dann auch von der Vorinstanz ausgeführt worden ist, handelte es sich dabei vielmehr lediglich um eine der Ausführungsanzeige vorangehende Benachrichtigung des Kommittenten durch den Kommissionär im Sinne des Art. 426 Abs. 1 OR. Der Kommissionär ist nämlich abgesehen von der Verpflichtung zur Anzeige der Ausführung des Geschäftes gehalten, den Kommittenten auf dem Laufenden zu halten, damit dieser über den Stand des Geschäftes unterrichtet ist und allefalls weitere Weisungen geben kann. Zweifellos erstreckte sich diese Pflicht im vorliegenden Fall auf die Vorbereitungshandlung der Pfundeindeckung.

Die Beklagte hat behauptet und zum Beweise verstellt, dass Direktor C. der Klägerin am 19. September am Telephon gesagt habe, man möge ihn oder die Klägerin « nicht auf den Pfunden sitzen lassen ». Allein eine Verletzung von Bundesrecht liegt nicht vor, wenn die Vorinstanz es abgelehnt hat, diesen Beweis abzunehmen, denn der Schluss der Beklagten, dass die Klägerin sich also anlässlich der Anzeigen von der Eindeckung mit den £ 40,000 verpflichtet habe, die bestellten Sovereigns erdgültig, ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung des Pfundkurses auf der Abrechnungsgrundlage der Eindeckung zu verschaffen, ist unrichtig. Es kann in diesem Punkte auf die zutreffende Erwägung der Vorinstanz verwiesen werden, die es abgelehnt hat, aus einer solchen beiläufigen Äusserung, selbst wenn sie gefallen wäre, eine derart wichtige Folgerung zu ziehen.

4. — In einem von der Beklagten eingereichten Rechtsgutachten hat Prof. P. Mutzner in Übereinstimmung mit dieser den Standpunkt verfochten, die Klägerin habe der Beklagten die Bereitstellung der Devisen zu spät, nämlich erst am 21. September, statt sofort nach der Anschaffung, am 18. September, angezeigt, und ihr Verhalten sei, besonders wenn man auch die Äusserung von Direktor C. in Betracht ziehe, man solle ihn nicht auf seinen Pfunden sitzen lassen, die Betätigung der Absicht gewesen, selbst als Verkäuferin einzutreten, sodass das ihr zustehende Gestaltungsrecht des Art. 436 OR konsumiert worden sei und die « Fides » von der Eindeckung mit den £ 40,000 nicht mehr berührt werde. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigeplichtet werden. Was zunächst die angebliche Äusserung von Direktor C. anbetrifft, ist allerdings richtig, dass bei der Willensbestätigung im Gegensatz zur Erklärung ein Erklärungswille nicht erforderlich ist (VON TUHR OR I S. 137). Allein der Äusserung C's ginge, wenn sie bewiesen wäre, auch der Wert eines Indizes ab; denn es kann daraus keineswegs geschlossen werden, dass die Absicht der Klägerin schon festgestanden habe. Entscheidend ist, dass im Gegensatz zum Gutachten Mutzner zwischen der Benachrichtigung gemäss Art. 426 und der Belastungsanzeige unterschieden werden muss. Der Pflicht zur Unterrichtung der Beklagten von der Pfundeindeckung ist die Klägerin schon am 19. September nachgekommen, und das war nicht zu spät. Es können also aus « der Verzögerung der Mitteilung » keine Schlüsse gezogen werden.

Die Beklagte hat ferner geltend gemacht, die Klägerin sei zu behandeln, als ob sie das Recht des Selbsteintrittes ausgeübt hätte, weil sie ihr für die £ 40,000 in vertragswidriger Weise 995,800 Fr. verrechnet habe, obschon sie nur 995,493 Fr. 75 Cts. dafür bezahlt habe. Allein Art. 433 OR verleiht dem Kommittenten im Falle einer unredlichen Handlung des Kommissionärs zunächst nur das Recht, die Vergütung der Provision zu verweigern. Den Kom-

missionär kann er nur als Selbstverkäufer in Anspruch nehmen, wenn dieser einen zu hohen Einkaufspreis in Rechnung gebracht hat, Art. 433 Abs. 2. Dies trifft hier nicht zu, da der « Kursschnitt » nicht den Preis für das Kommissionsgut selbst berührt, sondern bei der Vorbereitungshandlung erfolgte. Die Vorinstanz hat mit Recht ausgeführt, dass immer noch die Möglichkeit der Korrektur bestanden habe, indem die Klägerin gemäss ihrer Pflicht als Kommissionärin in der Schlussabrechnung immer noch die Originalbedingungen hätte zu Grunde legen können. Nachdem es nun zur Ausführung des Auftrages gar nicht gekommen ist, darf die Klägerin nicht einfach behandelt werden, als ob sie bei der Ausführung einen zu hohen Einkaufspreis berechnet hätte.

5. — Nach Art. 431 Abs. 1 ist der Kommissionär berechtigt, für alle im Interesse des Kommittenten gemachten Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen Ersatz zu fordern. Die Bestimmung weist zurück auf Art. 402 Abs. 1 OR, wo die entsprechende Pflicht für den gewöhnlichen Auftraggeber vorgesehen ist. Es ist daher klar, dass sie nur besteht, wenn die Verwendungen « in richtiger Ausführung des Auftrages » gemacht worden sind, d. h. wenn sie dem Beauftragten in dem Zeitpunkt, in dem sie gemacht wurden, als erforderlich erscheinen durften. Wenn diese Voraussetzung aber zutrifft, sind die Aufwendungen auch zu ersetzen, wenn das Kaufgeschäft nicht zur Ausführung gekommen ist (OSER, Kommentar, 1. Aufl. Ziff. 1 zu Art. 431 OR). Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch zuerst die Frage, ob der Kursverlust, den die Klägerin geltend macht, überhaupt als Verwendung im Sinne des Art. 431 anzusehen ist, oder ob man es nicht vielmehr mit einem Schaden zu tun habe, den der Beauftragte aus dem Auftrag erlitten hat. Verwendung ist ein freiwilliger, Schaden ein unfreiwilliger Vermögensverlust (VON TUHR, OR I S. 110; WARNEYER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Ziff. II zu § 670). Die Unterscheidung ist wichtig, weil der Beauf-

tragte nach Art. 402, der hier gemäss Art. 425 Abs. 2 als Ergänzung anwendbar ist, Ersatz des durch sein Tätigwerden erlittenen Schadens nur unter der Voraussetzung verlangen kann, dass der Gegner den Schaden verschuldet hat (BECKER, Kommentar N 2 zu Art. 431 OR); durch Zufall entstandenen Schaden trägt also der Beauftragte (VON TUHR, OR I S. 110; BECKER: Kommentar N 9 zu Art. 402 OR; WARNEYER, a.a.O., ENNECCERUS, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes I 2 S. 492). Die Beweislast trifft nach Art. 402 Abs. 2 den Auftraggeber. Im vorliegenden Fall ist die geltend gemachte Forderung nun in der Tat als Schadenersatzforderung anzusprechen. Die Klägerin hat unfreiwillig einen Verlust in ihrem Vermögen erlitten, indem infolge der Entbindung der Bank von England von der Einlösungspflicht ein Kurssturz eintrat und dieser die angeschafften Liversterlings traf; es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass der Schaden der Klägerin aus dem Auftrage erwachsen ist, wie die Bestimmung des Art. 402 Abs. 2 es verlangt. Nun hat aber die Beklagte den ihr nach dieser Bestimmung obliegenden Exkulpationsbeweis erbracht. Der einzige Vorwurf, der ihr überhaupt gemacht worden ist, geht dahin, dass sie es Samstag den 19. September unterlassen hätte, der Klägerin Instruktionen über die Anschaffung von Goldbarren statt Goldsovereigns oder über die Liquidation der Devisen zu erteilen und dass sie statt dessen die Klägerin auf den Montrag vertröstet hätte, für den sie den Bescheid über die Goldbarren in Aussicht gestellt hatte. Dr. Becker hat in seinem Gutachten vom 13. Juni 1932 ausgeführt, es könne nicht der Kantonalbank zur Last fallen, wenn die « Fides » nicht in der Lage gewesen sei, sofort eine Entscheidung zu treffen, und da die « Fides » erklärt habe, erst am Montag den Entscheid mitteilen zu können, habe sich die Klägerin als befugt erachten dürfen, das Pfundguthaben bis am Montag stehen zu lassen. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Die Klägerin wusste, dass die Beklagte für einen

Dritten handelte, und wenn sie hinsichtlich der Weisungen auch ausschliesslich auf die Beklagte angewiesen war, so kann dieser doch kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie am Samstag den Entscheid über den Kauf eines Surrogates für die Sovereigns nicht selbst treffen wollte. Ausschlaggebend ist nämlich der Umstand, dass in dieser Verschiebung der Entscheidung durchaus nicht die positive Weisung lag, die Pfunde über den Sonntag stehen zu lassen. Gewiss tat die Klägerin gut daran, die Beklagte am 19. September nach Empfang des Briefes von Sharps & Wilkins anzufragen, ob sie Goldbarren kaufen solle. Allein in dieser Anfrage lag nicht die Einholung einer Weisung über das Pfundguthaben, und es kann daher auch nicht behauptet werden, die Beklagte habe eine solche Weisung verweigert. Noch viel weniger ist dargetan, dass die Beklagte am Telephon der Klägerin irgendwie geraten oder befohlen hätte, die Pfunde stehen zu lassen. Gegenstand der Unterredungen bildete vielmehr ausschliesslich die Mitteilung der Makler, dass keine Sovereigns mehr ausgegeben würden und die Frage, ob statt dessen Barren genehm seien. Nachdem die Klägerin ihrerseits den zwar nicht aussergewöhnlichen, aber auch nicht ungefährlichen Weg der Pfundeindeckung gewählt hatte, lag es ihr ob, das Risiko über den Sonntag auszuschalten, und von einem Verschulden der Beklagten kann nicht gesprochen werden, zumal die Beurteilung der Gefahr doch in erster Linie der Bank und nicht dem Laien oblag. Auch die behauptete Erfahrung der Beklagten in Bankgeschäften, die von ihr in Bezug auf solche Goldgeschäfte übrigens bestritten worden ist, vermöchte hieran nichts zu ändern; denn selbst wenn die « Fides » imstande gewesen wäre, die Anregung der Glattstellung der Liversterlings zu machen, hätte sie von der Klägerin voraussetzen dürfen, sie werde von sich aus dazu schreiten. Die Kantonalbank gibt selber zu, dass Devisenbestände über den Sonntag üblicherweise nicht stehen gelassen werden, und dass die Liquidation im vorliegenden Falle nur deshalb unter-

blieben sei, weil man die £ 40,000 als fremde Position betrachtet habe. Daraus erhellt in eindeutiger Weise, dass die Klägerin, als sie am Samstag den 19. September die Weisungen der Beklagten einholte, auf jeden Fall die Pflicht gehabt hätte, die Beklagte noch auf diese Umstände aufmerksam zu machen. Die Klägerin hat nicht nur nicht von sich aus die Glattstellung angeordnet, zu der sie in eigener Sache anerkanntermassen geschritten wäre, sondern sie hat es sogar unterlassen, gegenüber der Beklagten zu insistieren und auf das Ausserordentliche des Stehenlassens der Pfunde zum Mindesten hinzuweisen. Davon, dass die Klägerin nach dem verschiebenden Bescheid der Beklagten über die Ersetzung der Sovereigns durch Barrengold gar kein Recht mehr gehabt hätte, die Liversterlings glattzustellen, kann keine Rede sein; wenn am Montag die Beklagte sich auf Grund der Instruktionen ihres Klienten für Barren entschieden hätte, hätte sie der Klägerin bei einer Verteuerung der Eindeckung selbstverständlich keinen Vorwurf aus der Glattstellung der Pfunde am Samstag machen können.

Fehlt es aber an einem Verschulden des Kommittenten, so ist die Klage aus Art. 402 Abs. 2 OR abzuweisen.

6. — Der Unterschied zwischen Schaden und Aufwendungen ist nun freilich nicht scharf. Wer im Interesse eines andern eine Sache bewusstermassen einer Gefahr aussetzt, hat im Falle der Verwirklichung der Gefahr den Verlust gewollt und gleich gehandelt, wie wenn er eine Verwendung gemacht hätte. Deshalb wird ihm nach einer in der Literatur verbreiteten Meinung der Verwendungsersatz, hier auf Grund des Art. 431 in Verbindung mit Art. 402 Abs. 1, doch zugestanden (BECKER, Kommentar, N 3 zu Art. 402 OR; VON TUHR, OR I S. 110, und dort zitierte Literatur und Judikatur). Es ist auch zu sagen, dass im vorliegenden Fall die Annahme näher liegt, es handle sich nicht um einen Schaden des Kommissionärs, sondern um eine Verwendung, die er zum Zwecke der Ausführung des Auftrages, jedoch vor Beginn derselben,

gemacht habe, und dass er nunmehr befugt sei, die Vergütung der Auslage zu verlangen, jedoch unter Abzug des Erlöses aus der Veräusserung der Liversterlings. Geht man aber davon aus, so kann die Beklagte dem Anspruch der Klägerin eine Schadenersatzforderung wegen mangelnder Sorgfalt gemäss Art. 398 Abs. 1 OR entgegenstellen, wie sie es denn auch getan hat:

Mit der Klägerin und übrigens auch im Einklang mit dem angefochtenen Erkenntnis ist bei Beurteilung des Verschuldens der Klägerin zunächst davon auszugehen, dass in zeitlicher Hinsicht diejenigen Verhältnisse massgebend sind, die bei Entgegennahme des Auftrages durch die Klägerin und nachher bei Vornahme der einzelnen Vorkehrungen bestanden hatten und dass aus den nachträglichen Ereignissen in Grossbritannien keine Rückschlüsse auf ihre Voraussehbarkeit gezogen werden dürfen. Wenn nun aber das Handelsgericht festgestellt hat, dass die plötzliche Aufhebung des Goldstandards in England zwar nicht voraussehbar gewesen sei, dass aber mit der Durchführung des Kaufes der Goldsovereigns doch erhebliche Gefahren verknüpft gewesen seien, indem Kurschwankungen im Zeitraum zwischen Bereitstellung und Leistung des Gegenwertes und der Mangel einer Pflicht der Bank von England, Sovereigns auszugeben, diese Durchführung erschweren konnte, so ist diese Feststellung tatsächlicher Art und gemäss Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlich. Die Klägerin hat sie allerdings als aktenwidrig angefochten, und sie hat auf verschiedene bei den Akten liegende Berichte sachverständiger Stellen, z. B. auf eine Äusserung des Schweizerischen Bankvereins, der Brookkers Sharps & Wilkins und der Schweizerischen Nationalbank hingewiesen. Allein so bedauerlich es ist, dass die Vorinstanz es nicht für notwendig fand, sich mit diesen Berichten auseinanderzusetzen und statt dessen einfach die eine Expertise ersetzende Fachkenntnis einzelner seiner Mitglieder anrief, so kann doch eine Aktenwidrigkeit nicht angenommen werden; vielmehr beruht

die Entscheidung der Vorinstanz auf der Würdigung widersprechender Beweise, welche das Bundesgericht nicht zu überprüfen hat. Dasselbe ist übrigens von den beiden andern Aktenwidrigkeitsrügen der Klägerin zu sagen, ohne dass näher darauf einzutreten wäre, denn in beiden Fällen will die Klägerin eine andere Beweiswürdigung anstreben und namentlich die Fachkunde der Handelsrichter, auf die sich die Vorinstanz gestützt hat, durch die Fachkunde dritter Personen und Banken ersetzen, was nicht auf dem Wege der Berufung geschehen kann.

Wenn nun die Vorinstanz zunächst ausgeführt hat, dass zur gehörigen Sorgfalt gehört hätte, Vorbereitungs- und Ausführungsgeschäft möglichst zusammenzurücken und zu diesem Zwecke die raschesten Verkehrs- und Benachrichtigungsmittel zu benützen, so ist das Bundesgericht nicht in der Lage, an der Entscheidung des kantonalen Fachgerichtes etwas zu ändern. Dasselbe gilt erst recht von der Feststellung der Vorinstanz, wonach eine Usance besteht, dass bei solchen Geschäften die Bestellungen telephonisch oder telegraphisch und nicht brieflich übermittelt werden, denn ob eine Handelsübung besteht, ist Tatfrage (BGE 37 II S. 409). Wenn aber die Klägerin den Auftrag telephonisch oder telegraphisch an Sharps & Wilkins weitergeleitet hätte, hätte sie noch am 18. September die Antwort erhalten, dass die Bank von England keine Sovereigns mehr ausbebe. Das geht aus dem schon mit dem 17. September datierten Brief der Bockerfirma zur Genüge hervor, und an der Kausalität der Unterlassung der Klägerin kann deshalb kein Zweifel mehr bestehen; die Klägerin hätte nicht nur mehr Zeit zur Glattstellung der Pfunde gehabt, sondern die Zeit hätte auch gereicht, die Instruktion des Kunden der Beklagten über den Ersatz durch Goldbarren vor dem Sonntag einzuholen. Das ist keine retrospektive Betrachtung, sondern eine Rekonstruktion, die unerlässlich ist, wenn man die Kausalität einer Unterlassung zu beurteilen hat.

Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass die Brockers auch bei telegraphischer Aufgabe der Bestellung wie in ihrem Brief geantwortet hätten, ausnahmsweise gebe die Bank von England doch noch Sovereigns ab; denn bei telegraphischer oder gar bei telephonischer Bestellung hätten sie jedenfalls den Sinn der Ausnahme klargestellt, und die Klägerin musste ohnehin wissen, wie die Beklagte mit Recht geltend gemacht hat, dass die von der Bank von England am 17. September noch vorbehaltene Ausnahme zugunsten der Interessenten für Goldsovereigns jedenfalls nicht für solche bestimmt war, welche Gold lediglich thesaurieren wollten.

Mangelnde Sorgfalt der Klägerin ist aber auch darin zu erblicken, dass sie gleich £ 40,000 bereitstellte, wiewohl sie den Brockers nur eine Bestellung von £ 20,000 an Gold aufgegeben hatte, wodurch die Zwischenzeit zwischen Vorbereitung und Ausführung verlängert und die Glattstellung der Devisen am Samstag erschwert wurde. Ganz besonders ist aber zu wiederholen, dass die Klägerin die Pflicht gehabt hätte, die £ 40,000 nicht über den Sonntag stehen zu lassen, sondern zu liquidieren, und zwar auch dann, wenn sie den Kurssturz infolge der Aufgabe der Goldwährung nicht voraussehen konnte.

7. — Ein Mitverschulden ist nach dem oben in Erwägung 5 Grsagten nicht vorhanden; in dem Bescheid, die Beklagte werde erst am Montag Instruktion über den Ankauf von Barrengold erteilen, lag weder eine positive, Weisung, die Pfunde stehen zu lassen, noch die Verweigerung einer Weisung.

Der Ausgang des Prozesses mag für die Klägerin hart erscheinen, zumal die letzte Ursache des Schadens in der nicht voraussehbaren Massnahme einer fremden Regierung liegt und die Klägerin bei dem Geschäft, wenn es gelungen wäre, nur einen sehr kleinen Gewinn gemacht hätte. Wenn ihr aber für die Durchführung solcher Geschäfte doch die nötige Übung und Erfahrung mangelte, kann sie keinen Teil des Verlustes auf die

Auftraggeberin abwälzen, die ihrerseits von einer Schuld frei ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 21. Juli 1932 wird bestätigt.

**42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juli 1933 i. S. Wagner & Cie. A.-G. gegen Buchdruckerei J. Bollmann A.-G.**

Rechtliche Natur des Insertionsauftrages, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, Ankündigungen (Inserate) in einer von ihm oder einem Dritten herausgegebenen Zeitung erscheinen zu lassen gegen Bezahlung des Insertionspreises seitens des Inserenten. Kein Auftrag i. S. von Art. 394 OR, sondern Werkvertrag.

*Aus dem Tatbestand :*

Die Beklagte hat der Klägerin mittels eines « Inseratbestellscheines » ein Inserat aufgegeben, welches 104 mal im Schweiz. Textil Journal zu erscheinen hatte. Der Preis wurde im Ganzen nach Abzug von 10 % Rabatt auf 5311 Fr. 80 Cts. festgesetzt. Der Bestellschein enthält die beiden Vorbehalte, dass der Auftrag eventuell auf drei Jahre verteilt werden dürfe und dass Grössenänderungen im Rahmen des Abonnements gestattet seien. In der Folge gab die Beklagte der Klägerin einige Insertionsaufträge, jedoch nur in bescheidenem Umfang. Die Klägerin ihrerseits machte die Beklagte in den Jahren 1929-1931 wiederholt auf günstige Insertionsgelegenheiten sowie auf den Stand der bisher erfolgten und gemäss Vertrag noch ausstehenden Inserate aufmerksam, aber umsonst. Den Ablauf der dreijährigen Abnahmefrist am 8. August 1931 betonte die Klägerin mehrmals und sie wies darauf hin, sie müsse den vereinbarten Betrag von 5311 Fr. 80 Cts. nebst Zinsen, abzüglich einer durch die

Beklagte bereits geleisteten Zahlung von 331 Fr. 55 Cts., bezahlt erhalten, ohne Rücksicht darauf, ob die Annoncen erschienen seien oder nicht. Da ihr die Beklagte trotz den Mahnungen keine weiteren Inserate mehr aufgab, leitete die Klägerin die vorliegende Klage ein.

Die teilweise Gutheissung des klägerischen Anspruchs durch die Vorinstanz hat das Bundesgericht bestätigt.

*Aus den Erwägungen :*

Streitig ist vor allem, ob der « Insertionsauftrag », welchen die Beklagte der Klägerin erteilt hat, den Bestimmungen des Werkvertrages oder des Auftrages unterstehe.

Massgebend für die Beurteilung des Vertragscharakters ist nicht die Bezeichnung, die die Vertragsschliessenden angewendet haben — es ist bekannt, dass der gewöhnliche Sprachgebrauch sich des Ausdruckes « Auftrag » auch da vielfach bedient, wo zweifellos entweder Werk- oder Dienstvertragsverhältnisse bestehen — sondern es muss auf die Gesamtheit der im Vertrag eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten abgestellt werden (vgl. STAUBINGER, Komm. BGB, 9. Aufl., Bd. II S. 1079 ; WARBNEYER, Komm. BGB, 2. Aufl., Bd. I, S. 1139).

Nach schweizerischem Recht (Art. 394 OR) ist der Auftrag ein Vertrag, durch welchen der Beauftragte (Mandatar) vom Auftraggeber (Mandant) zur Besorgung eines Geschäftes oder einer anderen Dienstleistung, die nicht unter einen besondern Vertragstypus fällt, verpflichtet wird (BECKER, Komm. OR, ad Art. 394, S. 529), wobei die Unentgeltlichkeit kein Merkmal, dagegen insofern die Regel bildet, als ein Entgelt nur geschuldet wird, wenn es verabredet oder üblich ist. Der Auftrag kann aber von jedem Teil jederzeit widerrufen oder gekündigt werden (Art. 404 OR), und auf dieses Recht können die Parteien nicht verzichten, es auch nicht einschränken : es ist zwingendes Recht (BECKER, Note 8 zu Art. 404 OR, OSER, Note 1 litt. b ibidem). Nun ist klar, dass im « Insertionsauftrag » weder der Inserent, noch der Verleger oder