

défunte, il y a lieu d'estimer, à raison de son état de santé, le prix de sa pension à 5 fr. par jour. Ce qu'on pourrait peut-être trouver d'excessif dans ce chiffre, — malgré les soins extraordinaires que la malade exigeait, — se trouve compensé par le calcul fait par l'instance cantonale pour les années antérieures, dès 1899. En effet pour cette période, le jugement déclare, qu'étant donné l'âge de Jenny Cochet et le fait qu'elle vivait à la campagne, le revenu annuel de 580 fr. qu'elle percevait devait suffire. Mais ce chiffre de 580 fr. de revenu annuel ne concorde pas avec le dossier. D'abord on ne saurait prétendre que la défunte a perçu, jusqu'à sa mort, les intérêts de ses 4500 fr. placés en titres, alors que certains d'entre ceux-ci ont été liquidés en 1901 et 1902 et d'autres en 1905; il ne va pas de soi que Bertholet ait remplacé cet argent au 4^o/_o; il semble au contraire que Jenny Cochet voulait que cet argent fût gardé à disposition à la maison; en tous cas elle ne l'a pas remplacé en son propre nom. D'autre part le jugement fait entrer dans les revenus annuels de 580 fr., le produit des immeubles par 180 fr.; or l'expert a estimé ce revenu spécial à 65 fr., et dans ce compte était déjà compris le revenu des immeubles faisant partie du partage du 17 mars 1900. Les revenus annuels de Jenny Cochet ramenés à leur chiffre réel n'ont donc pas atteint le chiffre de 580 fr. par an indiqué par l'instance cantonale comme ayant dû suffire à son entretien de 1899 à 1905. Les prélèvements qui ont dû, dès lors, nécessairement être faits sur le capital durant 5 ou 6 ans compensent ce qu'il pourrait y avoir d'excessif dans le chiffre de 1825 fr. indiqué comme prix de pension pour la dernière année. Le jugement dont est recours doit dès lors être confirmé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement de la Cour civile du canton de Vaud, du 8 avril 1908, confirmé.

57. Arrêt vom 6. Juli 1908

in Sachen **Gewerbebank Basel**, Kl., B.-Bekl. u. I. Ver.-Kl.
gegen **Saller**, Bekl., B.-Kl. u. II. Ver.-Kl.
(Auszugs- und bruchstückweise.)

Verantwortlichkeitsklage einer Aktiengesellschaft gegen ihren gewesenen Direktor. — *Rechtliche Stellung des Direktors, Art. 650 OR. — Einfluss von Vergleichen der Gesellschaft mit Verwaltungsratsmitgliedern. — Eigenmächtige Kreditbewilligungen durch den Direktor; Bedeutung der Decharge durch den Verwaltungsrat; Genehmigung durch die Verwaltung? — Minderung der Haftbarkeit des Direktors wegen Mitverschuldens der Verwaltung. — Verantwortlichkeit für ein vom Verwaltungsrat und Direktionskomitee geführtes Geschäft. — Rückforderung von Tantiemen.*

Aus dem einleitenden Tatbestand:

a) Der Beklagte war im Jahre 1891 zum Direktor des Comptoir d'Escompte du Jura — unter welcher Bezeichnung die „Gewerbebank Basel“ früher ihr Geschäft betrieb — ernannt worden, mit der Anfangsbesoldung von 4000 Fr., die dann in der Folge auf 10,000 Fr. erhöht wurde. Er hatte von 1875 bis 1883 auf bernischen Gerichtskanzleien und Advokaturbüros als Kanzlist und später als „Sekretär“, „Aktuar“, gearbeitet, von 1883—1891 war er Kassier und Geschäftsführer der Vorsichtskasse Biel.

b) Das Comptoir d'Escompte du Jura war im gleichen Jahre gegründet worden unter Übernahme von Aktiven und Passiven der Privatbank Kluge & Cie. Die Statuten des Comptoir d'Escompte du Jura bestimmten über die Organisation der Gesellschaft folgendes, was hier in Betracht kommt:

- « La Société est administrée par un Conseil composé de »
- » cinq membres au moins et de sept au plus, nommés pour »
- » six ans par l'Assemblée générale des actionnaires. » —
- « Le Conseil a les pouvoirs les plus étendus pour la ges- »
- » tion et l'administration des affaires de la Société. » —
- « Il nomme le Comité directeur;
- « Il arrête les comptes qui doivent être soumis à l'Assem- »
- » blée générale;

« Il fait, chaque année, un rapport à l'Assemblée générale
 » des actionnaires sur les comptes et la situation des
 » affaires sociales. » —

« Le Conseil d'administration peut déléguer tout ou partie
 » de ses pouvoirs, soit à un ou à plusieurs de ses membres,
 » soit à un ou à plusieurs tiers, dans les termes qu'il jugera
 » convenables. »

« L'Assemblée générale nomme chaque année un ou plu-
 » sieurs contrôleurs toujours rééligibles.

» Ils vérifient les inventaires et comptes annuels et pré-
 » sentent, à ce sujet, leur rapport, huit jours au moins avant
 » la réunion de l'Assemblée générale ordinaire.

» Le Comité directeur se compose de trois membres que
 » le Conseil d'administration choisit dans son sein. Le Direc-
 » teur en fait en outre partie de droit, avec voix consulta-
 » tive, mais il ne reçoit pas de jetons de présence, ni de
 » part aux tantièmes du Comité.

» Les attributions du Comité directeur sont fixées par le
 » Conseil d'administration en vertu de la faculté qui lui est
 » donnée de déléguer ses pouvoirs en totalité ou en partie.

» D'une façon générale, le Comité est chargé de la direc-
 » tion immédiate des affaires de la Société.

» Il se réunit aussi souvent que les affaires l'exigent, et
 » régulièrement une fois par mois. » —

« Les attributions de l'Assemblée générale sont les sui-
 » vantes :

« a) Examen et approbation du rapport de gestion, des
 » comptes annuels et du bilan; décisions relatives à la ré-
 » partition des bénéfices;

» b) élection des membres du Conseil d'administration et
 » des Contrôleurs, à la majorité absolue des voix;

» c) décisions sur :

» les propositions émanant du Conseil d'administration
 » ou des actionnaires, les autres questions qui sont résér-
 » vées à l'Assemblée générale par la loi ou par les statuts. »

Nach einer weitem Statutenbestimmung bezog der Direktor
 15 % des nach Deckung des Reservefonds, 4 % Dividende an

die Prioritätsaktionäre und 15 % Tantieme an Verwaltungsrat
 und Direktionkomitee verbleibenden Reingewinn.

Der Verwaltungsrat stellte am 26. Dezember 1892 für sich
 und das Direktionkomitee ein Reglement auf, dem folgende Be-
 stimmungen zu entnehmen sind:

« Art. 11. En vertu des statuts le Conseil d'administration
 » délègue spécialement au comité les pouvoirs suivants :

« a) Le comité délibère et décide, dans les limites fixées
 » ci-après, sur toute ouverture ou augmentation de crédit,
 » sur l'admission de nouvelles signatures, sur les prêts, et
 » d'une manière générale sur toutes les affaires qui créent
 » de nouveaux engagements pour la société.

» c) Il étudie les affaires réservées au Conseil d'adminis-
 » tration et les lui soumet avec son préavis.

» e) Il surveille et contrôle la gestion du directeur.

» f) Il peut ouvrir des crédits d'escomptes et des crédits
 » nantis jusqu'à concurrence de 50,000 fr. aux personnes et
 » aux maisons domiciliées en Suisse; l'assentiment de tous
 » les membres présents est nécessaire.

» L'ouverture des crédits d'escompte et des crédits nantis
 » dépassant 50,000 fr. . . . et de tous les crédits en blanc
 » de plus de 5000 fr. est réservée au Conseil d'administra-
 » tion.

» h) Rapports semestriels adressés au Conseil d'adminis-
 » tration sur la marche des affaires du comptoir et sur la
 » vérification des caisses. »

» Art. 12. Le Comité a la faculté de réclamer communi-
 » cation de toutes les pièces, livres, lettres, circulaires, etc.,
 » dont l'examen peut faciliter l'accomplissement de sa mis-
 » sion, et de faire établir lui-même les relevés, feuilles ré-
 » capitulatives des engagements ou des risques qu'il croira
 » utiles pour exercer son contrôle efficace sur les affaires du
 » comptoir.

» La vérification et l'approbation des escomptes sont cons-
 » tatées directement par le visa du portefeuille ou des
 » feuilles récapitulatives; ces pièces seront visées par le
 » Comité. »

» Art. 13. En aucun cas les membres du Comité ne peuvent être rendus responsables des opérations du comptoir et des pertes qui en résulteraient. »

» Art. 19. Les attributs du directeur sont entre autres les suivants :

- « a) direction immédiate des affaires du comptoir, sous le contrôle du comité,
- » c) observation des statuts et des règlements, exécutions des instructions et des décisions du Conseil d'administration et du Comité,
- » d) préparation des affaires à soumettre au Comité. »

Art. 20 schreibt dem Direktor u. a. vor, daß er dem Komitee zu unterbreiten habe: alle Monate die Situation des Portefeuille, und alle drei Monate la composition et le décompte du portefeuille.

c) Am 24. Juni 1902 legte der Beklagte seine Stelle als Direktor des Comptoir d'Escompte du Jura nieder; dieses war hiemit einverstanden, unter Wahrung aller Schadenersatzansprüche, und nahm hierauf, unter Änderung seines Namens in den Namen „Gewerbebank Basel“ eine neue Finanzierung vor, in der Generalversammlung vom 26. Februar 1903. Die Gewerbebank bestellte ferner einen Prozeßausschuß, der gegen den Direktor Entschädigungsflage wegen Verletzung seiner Pflichten erhob.

Die Klage setzt sich aus einer Reihe von Klagepunkten zusammen, von denen nur die in Erw. 8, 9 und 11 behandelten, als von allgemeinem Interesse, abgedruckt werden.

Aus den allgemeinen Fragen, die das Bundesgericht (als Berufungsinstanz gegen ein vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt ausgefalltes, von beiden Parteien angefochtenes Urteil) behandelt, ist zu erwähnen:

(4.) Mit der Einrede der mangelnden Passivlegitimation wird die Frage aufgerollt, ob der Beklagte auf Grund des Art. 673 OR, also als Organ der Verwaltung des Comptoir d'Escompte du Jura, verantwortlich sei. Diese Frage könnte zwar insofern umgangen werden, als der Beklagte unter allen Umständen, falls er nicht als Verwaltungsorgan zu betrachten ist, als Vertragskontrahent, auf Grund seines Mandat- oder Dienstvertragsver-

hältnisses, haftet. Indessen ist doch seine Stellung im Prozesse eine wesentlich andere, je nachdem Art. 673 OR zur Anwendung kommt oder nicht, und jene Frage ist daher zu prüfen. Die I. Instanz, und mit ihr nunmehr auch der Beklagte selbst, haben für die Anwendbarkeit des Art. 673 das Urteil des Bundesgerichtes i. S. Solothurn gegen Kaiser, US 14 S. 694 ff., angerufen. Es ist richtig, daß das Bundesgericht in diesem — in der Literatur angefochtenen — Entscheide erklärt hat, zu den mit der Verwaltung betrauten Personen gehören auch diejenigen, denen einzelne Zweige derselben nach Art. 650 Abs. 1 OR anvertraut sind, und daß es alsdann den Direktor der Solothurner Bank als eine solche Person bezeichnet hat. Allein das ist wesentlich in Auslegung des bezüglichen kantonalen Bankgesetzes geschehen, und jener Entscheid kann nicht hindern, daß das Bundesgericht im vorliegenden Falle, an Hand der organisatorischen Bestimmungen des Comptoir d'Escompte du Jura, die Stellung des Beklagten untersucht und dabei insbesondere prüft, ob er als „Organ der Verwaltung“ im Sinne des Art. 673 OR angesehen werden könne. Diese Prüfung ergibt folgendes: Oberstes Verwaltungsorgan ist der Verwaltungsrat; ihm steht grundsätzlich die gesamte Verwaltung zu. Von ihm abhängig ist das — von ihm ernannte — Direktionskomitee, das die unmittelbare Leitung der Geschäfte hat. Auch dieses Komitee ist zweifellos als Verwaltungsorgan zu betrachten; in ihm kommt, für die ihm zugewiesenen Funktionen, der Körperschaftswille unmittelbar zum Ausdruck. Der Direktor nimmt nun an den Sitzungen dieses Komitees teil (Art. 29 Abs. 1 der Statuten), allein nur mit beratender Stimme und ohne Anspruch auf Präsenzgelder. Daraus ergibt sich, daß er nicht Mitglied des Direktionskomitees ist. Dieser Gedanke ist des nähern entwickelt in Art. 19 des Reglementes. Aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, daß der Direktor unter der Aufsicht des Direktionskomitees steht, dessen vorbereitendes und ausführendes Organ ist. Diese Stellung kann nicht mehr als diejenige eines „Organes der Verwaltung“ bezeichnet werden; der Direktor ist nicht Organ der Körperschaft, durch den der Körperschaftswille unmittelbar in die Erscheinung tritt, sondern er handelt als Angestellter, Untergebener des Direktionskomitees,

daß sein unmittelbarer Vorgesetzter ist. Danach kann denn die Klage allerdings nicht auf Art. 673 OR gestützt werden, sondern nur auf das zwischen der Gesellschaft und dem Direktor bestehende Mandats- oder (wohl richtiger) Dienstvertragsverhältnis. Daß die Passivlegitimation des Beklagten der Gesellschaft gegenüber hienach gegeben ist, ist immerhin klar; dagegen ist die eben erörterte Stellung des Beklagten von größter Wichtigkeit für die Beurteilung der bei den einzelnen Klagepunkten auftretenden sog. Decharge- und Genehmigungsfraße. Denn nach dem gesagten haftet, allgemein gesprochen, der Beklagte dann nicht, wenn die zum Klagefundament gemachte schädigende Rechts-handlung sich als solche des Verwaltungsrates oder des Direktionskomitees darstellt. Der Beklagte haftet hinsichtlich solcher Geschäfte nur für Vertragsverletzungen, die er in der Vorbereitung oder der Ausführung dieser Rechtsgeschäfte begangen hat; er würde auch haften dafür, wenn er durch Betrug oder anderswie die Willensbildung der Verwaltungsorgane widerrechtlich beeinflusst hätte, wovon aber hier überall keine Rede sein kann. Er haftet ferner für solche Geschäfte, die als seine Geschäfte anzusehen sind, d. h. die er in seiner Stellung als angestellter Direktor besorgt hat. Im übrigen ist die Decharge- und Genehmigungsfraße bei den einzelnen Klagepunkten zu behandeln.

(5.) Frägt es sich im Weiteren, ob der Klageanspruch erloschen sei durch die mit andern auf das Gleiche haftbaren Personen (Verwaltungsmitgliedern) getroffenen Abmachungen, so ist davon auszugehen, daß die Antwort ausdrücklich die klägerische Behauptung, es seien mit den Verwaltungsräten Gobat, Bufer und Herzog gütliche Verständigungen getroffen worden, bestritten hatte. Die Vorinstanz erklärt aus diesem Grunde, diese Vergleiche müssen außer Betracht bleiben; an diesen Entscheid prozessualer Natur ist das Bundesgericht gebunden. Dagegen hat die Klägerin die Vergleiche in ihrer Verantwortlichkeitsklage gegen Witwe Erard und gegen die Erben Boéchat zu den Akten gebracht, und der Beklagte hat im Laufe des Verfahrens seine Einrede auch darauf gestützt. Jene Vergleiche gehen dahin, daß die damaligen Beklagten als Entschädigung für die ihren Rechtsvorgängern „zu Unrecht ausgewiesenen Tantiemen“ die Summe von 18,000 Fr. (Erard)

bezw. 12,000 Fr. (Boéchat) zu bezahlen erklärten, wogegen die Klägerin Salboquittung erteilte und sich „für ihre sämtlichen „Ansprüche gegen die Erben des Herrn Erard (bezw. Boéchat) „sel., herrührend aus der Geschäftsführung desselben als Verwaltungsrat des Comptoir d'Escompte du Jura“, befriedigt erklärte. Der Beklagte behauptet nun selber nicht, daß an die ihm gegenüber geltend gemachten Ansprüche Zahlungen von dritter Seite geleistet worden seien. Auf jene beiden Vergleiche aber kann er seine Einrede nicht stützen. Es ist nämlich der eingehenden Begründung der Vorinstanz zuzustimmen, daß die Vergleiche der Klägerin nicht in rem wirken, daß also dem Beklagten das Regreßrecht nicht genommen ist. Aus den Vergleichen geht nicht hervor, daß die ganze Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten durch jene Vergleiche getilgt werden wollte; es ergibt sich daraus nur ein Vergleich über die Forderung der Klägerin auf Rückzahlung der Tantieme; mit Bezug auf diese konnte eine tilgende Wirkung für den Anspruch gegenüber dem Beklagten aber nicht eintreten, da in dieser Richtung gegen jeden Empfänger der Tantieme ein selbständiger, von dem der andern Empfänger unabhängiger und quantitativ ganz verschiedener Anspruch bestand. Nach der Natur der Verbindlichkeit (Art. 166 Abs. 2 OR) mußte der Vergleich nicht in rem wirken, ebensowenig lassen die Umstände eine derartige Wirkung erkennen. Daß die Klägerin sich gegenüber jenen Vergleichsparteien mit der Rückzahlung der Tantiemen begnügte, beweist nicht, daß sie andere Ansprüche an sich, wegen ihrer mangelnden Begründung und darum gegenüber allen Verpflichteten fallen lassen wollte, sondern nur, daß sie von jenen Erben der Haftbaren nicht mehr zu erlangen vermochte. Endlich kann der Beklagte auch nicht Art. 168 Abs. 2 OR anrufen, da er durch die Vergleiche nicht schlechter gestellt worden ist, ihm insbesondere seine Regreßrechte nicht genommen sind (vergl. US 33 II S. 146).

Von den einzelnen Fällen seien hier abgedruckt:

(8.) II. Fall Wyß.

a) Es fällt in tatsächlicher Richtung in Betracht: Im Jahre 1895 war Wyß, Direktor der Malzfabrik Solothurn und ein Bekannter des Beklagten, mit dem Comptoir d'Escompte du Jura

in Verbindung getreten. Am 15. Februar 1901 wurde über ihn (der flüchtig geworden war) der Konkurs eröffnet; der Beklagte teilte das dem Direktionskomitee am 8. März 1901 mit und fügte bei, Wyß sei für 77,000 Fr. Schuldner der Bank. Der Protokolleintrag im Protokoll des Direktionskomitees hierüber lautet: « Le comité prend connaissance de la fuite de Alb. Wyss, » directeur à Soleure qui est engagé personnellement chez » nous pour la somme de 77,000 fr. et charge le directeur » de continuer à payer la prime de la police d'assurance » Wyss de 50,000 fr. et de sauvegarder nos intérêts dans » la liquidation Wyss. » Jene Forderung beruhte auf einem Kredit von 40,000 Fr., der gegen Pfand in der Kommissionsfiskung vom 22. Juli 1898 gewährt worden war; sodann auf der Diskontierung eines Eigenwechsels von 21,000 Fr., unterm 2. Dezember 1897, gegen Hinterlegung von 42 Aktien der Malzfabrik, und eines Blankokredites gegen Eigenwechsel vom 2. Mai 1898. Diese beiden letzten Kredite waren jeweilen auf 3 Monate, teilweise unter Veränderung der Wechselsumme, erneuert worden, bis schließlich für alle Kredite vier Wechsel (einer von 10,000, zwei von 19,000 und einer von 29,000 Fr.) im Gesamtbetrage von 77,000 Fr. und mit verschiedenen Verfallszeiten nebeneinander bestanden. Die Forderung der Klägerin beruht nun darauf, daß der Beklagte reglementswidrig die Kredite vom 2. Dezember 1897 (21,000 Fr.) und 2. Mai 1898 (10,000 Fr.) ohne Genehmigung des Komitees oder des Verwaltungsrates bewilligt habe. Demgegenüber beruft sich der Beklagte darauf, durch die Genehmigung der Geschäftsführung und Decharge-Erteilung in der Generalversammlung vom 15. Februar 1902, welcher die Bilanz pro 31. Dezember 1901 (die den Verlust Wyß implizite enthielt) vorgelegt war, sei die Krediterteilung genehmigt und er entlastet worden; eventuell erblickt er eine Entlastung im Verhalten des Komitees und des Verwaltungsrates. In letzterer Beziehung sind folgende Tatsachen von Belang: Die beiden Wechsel von 21,000 und 10,000 Fr. sind gleich allen übrigen Wechseln im Wechselbuch chronologisch eingetragen. Alle Monate oder auch alle 14 Tage sahen die Mitglieder des Direktionskomitees das Wechselbuch durch und setzten darunter ihr « vu » oder auch « vu et ap-

prouvé » mit ihrer Unterschrift. Die Direktionsprotokolle enthalten durchgängig den Vermerk: « L'escompte du . . . au . . . » est vérifié et approuvé avec décharge au directeur. » Ferner findet sich regelmäßig die Eintragung: « le directeur sou- » met les situations mensuelles, trimestrielles et semes- » trielles conformément au règlement ». Ein Protokolleintrag vom 11. Oktober 1899 lautet: « Le comité procède à la véri- » fication minutieuse des engagements de tous les clients du » Comptoir, ainsi que des garanties données au Comptoir » par les clients. » Am 11. Juli 1901 lud das Komitee den Beklagten ein, « de lui soumettre chaque mois un état de » tous les billets de crédit escomptés ». Am 21. Dezember 1901 erfolgte die Beschlußfassung des Komitees betreffend Zurverfügungstellen der Aktien Konekt durch den Beklagten zur Ausgleichung des Verlustes Wyß.

b) Fragt es sich nun, in rechtlicher Würdigung dieser Tatsachen, ob die vom Beklagten behauptete Entlastung und Genehmigung darin gefunden werden könne, so ist das

a) hinsichtlich der Dechargeerteilung durch die Generalversammlung zu verneinen. Der Entscheid hierüber hängt davon ab, ob die Generalversammlung Pflicht und Anlaß hatte, die Verantwortlichkeitsfrage hinsichtlich des Postens Wyß aufzurollen. Denn daß die Generalversammlung selbst direkt die statutenwidrigen Krediterteilungen genehmigt hätte, kann von vorneherein nicht gesagt werden. Ob aber jener Anlaß bestand, beantwortet sich darnach, welche Pflichten die Revisoren hinsichtlich der Prüfung der Bilanz und der Prüfung der Geschäftsführung hatten. Die vorangegangene Generalversammlung, vom 9. Februar 1901, hatte nun lediglich die bisherigen Revisoren bestätigt für das Jahr 1901. Darnach kommen diesen keine andern Funktionen zu als die gesetzlichen, die in Art. 659 ff. OR geregelt sind. Nach diesen Bestimmungen aber beschränkt sich die Aufgabe der Revisoren darauf, Bilanz und Rechnungen zu prüfen, und zwar ist mit dieser Prüfung eine solche rein kalkulatorischer Natur gemeint; die Revisoren haben allerdings das Recht, die Vorlage der Bücher und Belege zu begehren und den Kassenbestand festzustellen (Art. 660), aber nicht unbedingt die Pflicht dazu, und jedenfalls

geht ihnen gesetzlich das Recht und die Pflicht der Prüfung der Geschäftsführung ab (vergl. R. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften II, S. 341 ff., spez. 344). Danach hatten die Revisoren keineswegs die Pflicht, dem Verlust Wyß nachzuforschen und zu untersuchen, wie es sich mit dem Kredit Wyß verhalte. Auch eine Aufklärung der Generalversammlung hierüber lag folglich nicht in ihrer Pflicht. Alsdann kann aber auch nicht gesagt werden, daß es Pflicht der Generalversammlung, bezw. der einzelnen Aktionäre gewesen wäre, über den Verlustposten Aufklärung zu verlangen. Das war wohl das Recht jedes einzelnen Aktionärs, aber nicht seine Pflicht. Auch wenn dem Detail des in der Bilanz figurierenden Verlustpostens von den Revisoren nachgeforcht worden wäre, so hätten sie doch bei Konstatierung eines Verlustes auf Wyß keinen Anlaß gehabt, deswegen auch die reglementsmäßige Entstehung des Kredites zu bezweifeln. Damit, daß die Generalversammlung die Bilanz und mit ihr die Geschäftsführung genehmigte, erteilte sie keineswegs der reglementswidrigen Kreditbewilligung ihre Genehmigung; hievon wußte sie nichts und konnte sie nichts wissen.

β) Zweifelhafter erscheint die Frage der Genehmigung der Kreditbewilligung durch das Direktionskomitee und den Verwaltungsrat. Fraglich ist hierbei zunächst die Bedeutung der Visa im Wechselbuch. Um deren juristische Bedeutung zu verstehen, ist vorab auf die die Kompetenzen des Direktionskomitees und des Verwaltungsrates regelnden Art. 11 und 12 des Reglementes zurückzugehen. Art. 11 litt. f unterscheidet dreierlei Kredite: Wechselkredite (d. h. Kredite gegen Kundenwechsel, *crédits d'es-compte*); Lombarkredite (*crédits nantis*) und Blankokredite (*crédits en blanc*). Die Kompetenzabgrenzung hinsichtlich der Bewilligung dieser Kredite ist so geregelt, daß das Direktionskomitee die Wechsel- und Lombarkredite an Schweizerfirmen bis auf 50,000 Fr., dagegen die Blankokredite nur bis auf 5000 Franken bewilligen kann, während die Bewilligung eines höhern Kredites Sache des Verwaltungsrates ist. Art. 12 Abs. 2 scheint nun allerdings allgemein die Verifikation und Genehmigung der Disconti in die Hände des Direktionskomitees zu legen und als Genehmigung das Visum im Portefeuille oder « *feuille récapitu-*

lative » anzusehen. Diese dem Wortlaut entsprechende allgemeine Genehmigungskompetenz würde jedoch im Widerspruch zu der in Art. 11 aufgestellten Bewilligungskompetenz stehen; sie kann daher nicht die Meinung des Reglementes sein. Vielmehr ist in Art. 12 Abs. 2 als sinngemäßer Zusatz zu denken: „soweit die Bewilligung des Wechselkredites in die Kompetenz des Komitees fällt“; nur so ergeben sich keine Widersprüche zwischen den beiden Bestimmungen. Bei dieser Auslegung ergibt sich, daß der 10,000 Franken-Kredit jedenfalls nicht durch die Visa des Komitees genehmigt werden konnte; denn da er ein Kredit auf Eigenwechsel war, also ein Blankokredit, und 5000 Fr. überstieg, so fiel seine Bewilligung nicht in die Kompetenz des Komitees, sondern in die des Verwaltungsrates. Dagegen war der Kredit von 21,000 Fr. ein « *crédit nanti* » (Lombarkredit), der also allerdings vom Komitee bewilligt werden konnte; hier spitzt sich also die Frage dahin zu, ob den Vormerken im Wechselbuch die Bedeutung einer Genehmigung des Kredites zukomme. In dieser entscheidenden Frage ist den Vorinstanzen beizutreten, welche ausführen, die Visierung im Wechselbuch habe nicht die Tragweite einer Genehmigung des Lombarkredites, das aus dem Grunde nicht, weil aus dem Wechselbuch nicht ersichtlich war, daß das dem Wechsel zu Grunde liegende Geschäft ein Lombardgeschäft war, während die reglementsmäßige Genehmigung des Lombarkredites doch hauptsächlich auch eine Wertung des Pfandes voraussetzte. Der Beklagte hat denn auch bei dem andern Lombarkredit des Wyß, für den ebenfalls Eigenwechsel ausgestellt waren, die separate Genehmigung des Komitees eingeholt und sich nicht mit dem Visum im Wechselbuch begnügt. Dagegen fragt es sich weiter, ob nicht der Protokolleintrag vom 11. Oktober 1899, betr. die „minutiöse Verifikation“ der Engagements aller Klienten den Beklagten entlaste, in dem Sinne, daß das Komitee durch diese Verifikation der Sache auf den Grund gekommen sei und durch sein Stillschweigen die Kreditbewilligung genehmigt habe. Allein eine tatsächlich erfolgte Kenntnis des Komitees kann nicht schon daraus ohne weiteres gefolgert werden, daß das Komitee eine genaue Untersuchung der Verpflichtungen der Kunden vornahm; es ist sehr wohl möglich, daß trotz derselben speziell die Frage der

reglementsmäßigen Genehmigung der Kredite Wyß dabei weniger untersucht wurde als die Zahlungsfähigkeit des betr. Schuldners und der Wert seiner Garantien. Dagegen ist zuzugeben, daß der Beklagte diese Verifikation und das Verhalten des Komitees hierbei in weitem Maße zu seinen Gunsten anzurufen berechtigt ist. Denn das Stillschweigen des Komitees trotz dieser Verifikation mußte den Beklagten in den Glauben wiegen, die Krediteröffnung sei genehmigt, er habe eine spezielle Genehmigung nicht mehr einzuholen. Es wäre auch, wenn damals die Kreditierung aufgehoben worden wäre, der nachherige Verlust wenigstens in seiner nunmehrigen Höhe nicht entstanden. Das Verhalten des Komitees muß daher als Mitursache des Schadens angesehen werden. Allein es vermag den Beklagten keineswegs völlig zu entlasten, angeichts seiner Unterlassung, die Genehmigung des Komitees einzuholen, was er nach dem Gutachten Hauser nicht nur in diesem Falle, sondern in zahlreichen andern versäumte. Die Würdigung dieser verschiedenen Faktoren: Verschulden des Beklagten einerseits, andererseits Mitverschulden der Komiteemitglieder, die mit großer Sorglosigkeit den Geschäften den Lauf ließen, muß dazu führen, eine Verteilung des dem Comptoir d'Escompte du Jura entstandenen Schadens auf diese verschiedenen Schadensverursacher vorzunehmen, m. a. W. den Beklagten nur mit einem Teil des Schadens zu belasten. Der Klägerin kann nicht beigegeben werden, wenn sie in der Offerte des Beklagten vom 21. Dezember 1901, die Konekty-Aktien zur Deckung des Verlustes Wyß zu verwenden, eine Schuldanererkennung des Beklagten erblicken will. Denn diese Überlassung war eine freiwillige und erklärte sich daraus, daß sie auch vom Beklagten bei Anlaß seiner Geschäfte mit Konekty, die er namens der Bank abgeschlossen hatte, erworben worden waren. Die Höhe des Schadens ist von den Vorinstanzen auf 33,987 Fr. 55 Cts. festgesetzt worden; eine Aufsechtung dieses Punktes hat durch den Beklagten vor Bundesgericht nicht stattgefunden, sie wäre auch aussichtslos gewesen, da der Entscheid der Vorinstanzen über die Höhe auf Grund prozessualer Erwägungen erfolgt ist. An diesem Schaden hat der Beklagte mit dem Betrage von 20,000 Fr. zu partizipieren, zu dem er somit, in Herabsetzung der vorinstanzlich gesprochenen Summe zu verurteilen ist.

(9.) III. Im Fall Rosenberg ist tatsächlich folgendes festgestellt: Gobat (der seit 1891 im Verwaltungsrat, seit 1899 im Direktionskomitee des Comptoir d'Escompte du Jura war) befand sich am 1. November 1901 mit dem Beklagten in Stuttgart. Hier unterhandelten sie mit Jean Marie Rosenberg, angeblichem Supérieur général des missions de Notre Dame à Paris, und dem angeblichen päpstlichen Kämmerer Ramaglia. Es wurde ein Vertrag aufgesetzt, inhaltlich dessen « attendu qu'il est urgent » et nécessaire pour les diocèses de France (caisses diocésaines de retraite, trésors de chapitres) d'avoir hors de France un dépôt sûr pour leurs fonds » der « père » Rosenberg sich verpflichtete, « les fonds des caisses diocésaines de retraite et caisses des chapitres de France qui lui seront confiées » beim Comptoir d'Escompte du Jura zu hinterlegen mit der Bestimmung: « Le Comptoir d'Escompte du Jura » bonifiera pour les fonds déposés le trois pour cent d'intérêt annuel, en outre les deux tiers des bénéfices réalisés par les placements, c'est-à-dire de la plus value des opérations d'achat et de vente. » Als Dauer des Vertrages waren 20 Jahre, als Mindestbetrag des Depositums 10 Millionen Franken in Aussicht genommen. Art. 6 und 7 bestimmten (6): « Les trois dignitaires de l'Eglise catholique résigneront leurs fonctions actuelles pour se mettre entièrement à la disposition de leurs nouveaux clients. Ils devront recevoir une compensation de 37,500 fr. qui sera payée de suite entre les mains de Monseigneur Ramaglia au moment où le contrat sera signé. » (7) « Il sera payé également une somme de 37,500 fr. au père Jean Marie pour subvenir tant aux frais déjà faits qu'aux frais nécessaires pour l'accomplissement total du dit contrat. » Sodann Art. 12: « Comme les premiers fonds en valeurs ne seront peut-être pas remis au Comptoir d'Escompte du Jura avant trois mois, le R. Père Jean Marie délivrera au Comptoir d'Escompte du Jura en échange de l'avance de 75,000 fr. stipulée ci-dessus, à titre de nantissement, une délégation de M^{lle} Anne Marie Rosenberg à Paris, rue Lemer cier 35 sur le legs de la comtesse Marthe d'Albufera d'une somme de 80,000 fr.

» Au cas où pour un motif quelconque le présent contrat
 » viendrait à ne pas sortir ses effets, la délégation sera res-
 » titué au R. Père Jean Marie contre remboursement des
 » 75,000 fr. » Zum Beweise ihrer Vollmacht hatten die beiden
 „Geistlichen“ ein Schreiben vorgelegt mit dem Briefkopf « Evêché
 de Tulle », d. d. 24. Oktober 1901, unterschrieben « Henri,
 Evêque de la Rochelle et Sointes », welche Unterschrift „lega-
 lisiert“ war mit « Soldanha, proc. ap. » In der Sitzung des
 Verwaltungsrates vom 2. November 1901 (anwesend: die Ver-
 waltungsräte Erard, Boéchat, Herzog, Buser, Im Obersteg,
 Gobat) berichtete Gobat über den Abschluß des Vertrages. Der
 Protokolleintrag lautet: « M. Gobat expose l'affaire concer-
 » nant un dépôt important de valeurs qu'un syndicat de
 » dignitaires ecclésiastiques français serait disposé à faire,
 » suivant contrat signé à Stuttgart, le premier novembre
 » 1901, dont le Conseil prend connaissance. Il s'agit pour le
 » moment d'une avance de septante cinq mille francs que le
 » Comptoir doit faire aux termes des articles 6 et 7 du con-
 » trat susmentionné et pour laquelle le Comptoir recevra
 » une délégation de 80,000 fr. sur une succession indiquée
 » dans le dit contrat. — Le Conseil approuve la convention
 » et espère qu'elle sortira ses effets. Il autorise le directeur
 » à faire l'avance de 75,000 fr. contre remise du nantisse-
 » ment stipulé. M. Herzog a voté contre. » Gobat verreiste
 am 3. November nach Paris; am Abend des 4. telegraphierte er
 von dort nach Basel: « Affaire sérieuse, tout sera préparé
 pour demain. » Hierauf reiste der Beklagte mit den zusammen
 auf 75,000 Fr. lautenden Checks nach Paris, wo er am Vor-
 mittag des 5. November mit Gobat zusammentraf. Nach der Dar-
 stellung des Beklagten in der Klagebeantwortung fand an diesem
 Tage eine Zusammenkunft mit den beiden Geistlichen und der
 Schwester Rosenbergs und die Niederschrift der Zession, sowie ein
 vergeblicher Gang Gobats zu dem Huissier Fortier statt, der
 die Zession den Erben d'Albufera notifizieren sollte. Nachmittags
 4 1/2 Uhr depeschierte der Beklagte an das Comptoir um Zu-
 sendung von 1200 Fr. in einem Check auf Paris und fügte bei
 « serai jeudi Bâle; affaire bonne voie ». Auf dem Rückweg

vom Huissier soll Gobat nach Angabe des Beklagten seine Abvo-
 katenmappe (serviette) in einer Droschke haben liegen lassen;
 das Faktum des Verlustes selbst ist nicht streitig. Die Mappe
 enthielt das Testament der Gräfin d'Albufera, die Zession der
 Schwester Rosenberg an das Comptoir, eine Abschrift des Ab-
 kommens zwischen den Erben d'Albufera und der Schwester
 Rosenberg, sowie eine Abrechnung (compte) des M. Demonts,
 Notars der Erben d'Albufera, betr. die fragliche Erbschaft. Am
 6. November wurde die verloren gegangene Zession im Beisein des
 Beklagten durch eine neue ersetzt, worauf der Beklagte nach Basel
 zurückreiste, nachdem er Gobat die Checks, mit Einschluß des in-
 zwischen von Basel angelangten von 1200 Fr., gegen Quittung
 übergeben hatte. Im Texte der Zession, die am 7. November
 registriert wurde, ist das Abkommen der Zedentin mit den Erben
 d'Albufera vom 13. November 1895 erwähnt. In diesem hatte
 sich die Rosenberg verpflichtet, auf ihr Legat durch notariellen
 Akt gänzlich zu verzichten, die Liquidation der Erbschaft den Erben
 zu überlassen und sich mit dem zu begnügen, was sich aus der
 Liquidation nach Befriedigung der Gläubiger und gewisser An-
 sprüche der Erben ergeben würde. Die Auszahlung der 75,000 Fr.
 erfolgte unbefristeternmaßen durch Gobat allein und zwar an
 Rosenberg, der hiefür am 7. November quittierte und der laut
 den Aussagen des dabei anwesenden Tissier, Sekretärs des Rosen-
 berg, den größten Teil des Geldes für sich behielt und auch
 Ramaglia etwas zukommen ließ, während an andere Personen
 (also auch an den Beklagten und Gobat) nichts gelangt sein soll.
 Nach den Aussagen desselben Zeugen hatten der Beklagte und
 Gobat (les deux personnes venues de Bâle) zum Voraus
 Garantien verlangt und waren diesbezüglich von Rosenberg an
 Notar Sourdeau in Bougival bei Paris, bei dem das Testament
 der Comtesse d'Albufera aufbewahrt war, gewiesen worden.
 Zu diesem hat Fräulein Tissier Gobat begleitet. « Les ren-
 seignements donnés par M. Sourdeau furent sans doute satis-
 faisants, puisque à la suite de la démarche Gobat paye les
 75,000 fr. », sagt Tissier. Welche Auskunft Gobat vom Notar
 Sourdeau bekommen hat, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Der
 beteiligte Gobat selbst sagte vor dem Untersuchungsrichter: „Ich

hatte mich über die Verhältnisse informiert, hatte mich überzeugt, daß die Erbschaft bestand und war auch in der Nuntiatur von Namaglia empfangen worden“, und in der Strafgerichtsverhandlung, daß der Beklagte nicht mit ihm beim Notar gewesen sei, und daß dieser gesagt habe, die Garantie sei gut. — Am 9. November erfolgte die Notifikation der Zession durch den Huissier Fortier an die Erben d'Albufera und am 11. November diejenige des Huissier Poyard namens dieser Erben an das Comptoir d'Escompte du Jura betr. den Verzicht der Schwester Rosenberg auf das Legat, welche Notifikation von Fortier mit Begleitschreiben vom 12. November nach Basel geschickt wurde. Am 18. November referierte Gobat « sur l'affaire du clergé français ». Die vom Beklagten verfaßte kurze Protokollnotiz enthält nichts über die Notifikation und schließt mit den Worten: « il reste maintenant à attendre le résultat de cette transaction ». Ähnliche, nichtsagende Mitteilungen Gobats und des Beklagten wurden in mehreren späteren Komiteesitzungen gemacht, während sich im Verwaltungsratsprotokoll vor dem 13. April 1902 (Besuch Rosenbergs in Basel) nur eine einzige Notiz vom 15. Februar 1902 über ein Referat Gobat vorfindet. Am 13. April 1902 kam Rosenberg, der inzwischen verschwunden war und trotz verschiedener Schritte des Comptoir d'Escompte du Jura bis zum 16. Februar 1902 keinen Bericht von sich gegeben hatte, mit Tissier nach Basel, wo er vom Beklagten im Hotel „Zu den Drei Königen“ bewirtet wurde. Am 16. gl. Wts. verpflichtete sich Rosenberg in schriftlicher Erklärung: « a) de rembourser au Comptoir d'Escompte du Jura à Bâle d'ici au 25 crt. » la somme de 80,000 fr., montant de la délégation de sa » sœur, Anne Marie Rosenberg, Rue Lemercier 35 à Paris; » b) de faire parvenir immédiatement à M. le Dr Gobat » a) le testament de la comtesse d'Albufera, b) copie de la » transaction intervenue entre les héritiers de la comtesse » d'Albufera et M^{lle} Anne Marie Rosenberg le 13 novembre » 1895, c) le compte du notaire Demonts concernant l'héritage » en question — contenus dans une serviette retirée à la préfecture de Police de Paris au mois de novembre 1901 d'ordre » et pour compte de M. le Dr Gobat, par M. Tissier, mon

» secrétaire. » Am 20. April 1902 schrieb Notar Demonts, Sachverwalter der Erben d'Albufera, auf eine Anfrage: « Les héritiers » bénéficiaires de Madame d'Albufera restent avoir un compte » à rendre à Mademoiselle Rosenberg (qui, du reste, a déjà » reçu d'importantes sommes à valoir), mais ce compte ne » pourra être établi qu'après la fin d'un procès engagé entre » eux et un sieur Bontré, parce que, si ce dernier obtenait » du Tribunal le montant de sa demande, tout l'actif disponible se trouverait absorbé et il ne resterait rien revenir » à Mademoiselle Rosenberg. Quand le compte pourra être » établi, le reliquat devra en être versé par les héritiers de » Madame d'Albufera à la Caisse des Dépôts et Consignations, à cause des très nombreuses oppositions qu'ils ont » reçues contre Mademoiselle Rosenberg et des significations » de transport qui leur ont été faites de son chef. » Im Juni 1902 fragte der Beklagte den Bischof von La Rochelle in der Sache an. Dieser antwortete mit Brief vom 24. Juni, er begreife nicht, was der Beklagte wolle; « ne m'appelant pas » Henri et aucun de mes prédécesseurs n'ayant porté ce » nom, il est évident que vous êtes dupes de mystificateurs » que je vous engage fort à poursuivre et à faire punir. Inutile de dire que jamais la pensée ne me serait venue de » recourir à la banque dont vous me parlez, le jugeant absolument superflue. » Und auf ein zweites Schreiben des Beklagten erwiderte er am 7. Juli: « Je n'ai jamais écrit de ma » vie quoi que ce soit à un Rosenberg quelconque. C'est vous » dire que vous avez été dupes d'un mystificateur qu'il faut » faire saisir. A vrai dire il y a bien de votre faute, car vous » pourriez savoir qu'un évêque n'a jamais à faire légaliser » sa signature. Qu'est-ce que le procureur ap. Soldanha? » Qu'est-ce que son sceau? Des fumisteries évidentes. Ne » perdez pas un instant pour faire saisir les escrocs. Ce » sera heureux pour l'Eglise et pour l'humanité. . . » Am 26. Juli 1902 stellte Rosenberg noch folgende Erklärung aus: » Je, soussigné, Stanislas Jean Marie Rosenberg, chanoine » prébendé de l'Eglise Métropolitaine de Tours, domicilié à » Chèvreville, Oise, reconnais devoir au Comptoir d'Es-

» compte du Jura à Bâle, pour solde de tout compte ayant
 » reçu dudit comptoir une avance en espèces, la somme de
 » cinquante mille francs que je m'engage à lui payer le
 » vingt août mil neuf cent deux. La présente reconnaissance
 » de dette n'entraîne aucune novation à l'égard du transport-
 » cession consentie par Anne Marie Joseph Rosenberg au
 » Comptoir d'Escompte du Jura pour une somme de quatre
 » vingt mille francs suivant acte du six novembre 1901 en-
 » registré à Paris le sept du même mois. Contre le paiement
 » de la somme de cinquante mille francs ledit transport-
 » cession sera remis au payeur qui se trouvera subrogé dans
 » tous les droits du créancier. Pour l'exécution du présent
 » engagement je fais élection de domicile au Comptoir d'Es-
 » compte du Jura à Bâle.» In den Protokollen des Verwaltungsrates finden sich von da an nur noch folgende Erwähnungen:
 Sitzung vom 18. Juli 1902: « Monsieur Gobat va à Paris
 » pour l'affaire Rosenberg. » Vom 12. November 1902: « M. le
 » Dr Gobat donne ensuite des explications relative à l'af-
 » faire Rosenberg. M. le notaire est d'avis qu'il faudrait
 » soumettre toute l'affaire à M. Lardy, consul suisse à Paris,
 » et demander son avis à ce sujet. M. le Dr Gobat déclare
 » être d'accord et se mettra en relations avec M. Lardy. »
 In der außerordentlichen Generalversammlung vom 22. Dezember 1902 teilten die Berichterstatter — Buser und Gobat — mit, auf dem Posten Rosenberg werde sich ein Verlust von etwa 50,000 Fr. ergeben. Die Auskunft der Schweizerischen Gesandtschaft in Paris an die Klägerin, vom 1. Juli 1902, riet von einer weiteren Verfolgung des Rosenberg ab, da die Klägerin die Kosten tragen müßte. Rosenberg ist dann am 16. März 1904 in Paris zu 5 Jahren Gefängnis und 3000 Franken Geldbuße verurteilt worden; er hatte sich jedoch schon vorher geflüchtet. Ramaglia wurde am 19. April 1904 in Paris verhaftet, um nach Neapel ausgeliefert zu werden, wo er am 29. April 1896 wegen Sittlichkeitsverbrechen zu 10 Jahren Zuchthaus verurteilt worden war.

b) In rechtlicher Hinsicht kann sich der Beklagte in dieser Angelegenheit vorerst nicht auf eine Dechargeerteilung der General-

versammlung berufen. Denn der Generalversammlung lag nichts anderes vor als der Bericht (vom 22. Dezember 1902); aus diesem aber war die Art der Geschäftsführung in keiner Weise ersichtlich. Dagegen fragt es sich, inwieweit der Beklagte für den Verlust Rosenberg überhaupt verantwortlich erklärt werden kann, und die Beantwortung dieser Frage hängt von seinen vertraglichen Pflichten und seiner Stellung in dieser Angelegenheit ab. Die Momente, die zum Klagsfundament gemacht werden, lassen sich unter drei Rubriken bringen: Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe Pflichtverletzungen begangen erstens bei Abschluß des Vertrages, durch diesen Abschluß selbst, ohne genaue Prüfung der Bevollmächtigung von Rosenberg und Ramaglia und ohne sich über das merkwürdige des Vertragsinhaltes selbst Rechenschaft zu geben; sodann habe er in Ausführung des ihm erteilten Mandates, die 75,000 Fr. auszusahlen, pflichtwidrig gehandelt; endlich habe er nach der Auszahlung zu lange mit den Erkundigungen über die Persönlichkeiten der zwei angeblichen Geistlichen und über die angebliche Sicherheit gezögert. Von diesen drei Vorhalten kann zunächst der erste nicht als stichhaltig anerkannt werden. Denn der Abschluß des Vertrages fiel in die Kompetenz des Verwaltungsrates; dieser aber hat den Vertrag in Kenntnis seines Inhaltes ausdrücklich genehmigt. Damit entfällt die Verantwortlichkeit des Beklagten für den Vertragsabschluß als solchen völlig. Dagegen kann eine Haftbarkeit des Beklagten in Frage kommen zunächst für die Ausführung des ihm in der Sitzung des Verwaltungsrates vom 2. November 1901 erteilten Auftrages. Nach dem Wortlaut des Protokolles wäre der Beklagte zur Auszahlung der 75,000 Fr. gegen Übergabe des Pfandes (der Fession auf den Erbanteil) ermächtigt worden. Bei Prüfung der Frage der Verantwortlichkeit des Beklagten kann jedoch nicht einzig auf diesen Protokolleintrag abgestellt werden, sondern die ganze Stellung des Beklagten in dieser Angelegenheit ist im Zusammenhang zu berücksichtigen und es ist insbesondere in Betracht zu ziehen, wie sich die Verhältnisse tatsächlich gestaltet haben. Hierbei ergibt sich nun vorerst, daß nicht der Beklagte, sondern das Komitee-Mitglied Gobat die leitende Stellung in dieser Angelegenheit eingenommen hat. Gobat hat dem Verwaltungsrat in der

Sitzung vom 2. November 1902 Bericht erstattet; er hat auch späterhin die Mitteilungen über diese Angelegenheit gemacht. Er ist aber auch vor dem Beklagten zur definitiven Regelung der Angelegenheit nach Paris gereist. Daraus geht hervor, daß in erster Linie er sich um die versprochene Sicherheit bemühte und erkundigte; erst nachdem ihm die Auszahlung der 75,000 Fr. ohne Gefährde zu sein schien, berief er den Beklagten nach Paris. Nun wäre es an sich freilich Pflicht des Beklagten gewesen, auch seinerseits die notwendigen Erkundigungen, speziell über die Sicherheit (den Erbteil), einzuziehen. Allein bei den persönlichen Verhältnissen, wie sie hier vorlagen, ist es begreiflich, daß der Beklagte sich auf die Versicherungen des ihm vorgesetzten Gobat verließ und nicht weiter auf näheren Erkundigungen insistierte. Gobat wollte, wie es scheint, ausdrücklich als im französischen Sprachgebiet aufgewachsener und mit dem französischen Recht gut vertrauter Rechtskundiger das Geschäft führen. Der Beklagte hätte freilich, seiner Stellung nach, die banktechnische Seite der Angelegenheit zu besorgen gehabt; allein diese war mit dem Abschluß des Vertrages selbst im wesentlichen erledigt; was in Paris zu erforschen war — Erkundigung über die rechtliche Existenz der Sicherheit — war keine Angelegenheit, die banktechnische, wohl aber eine solche, die juristische Kenntnisse, dabei freilich auch allgemeine Geschäftserfahrung, erforderte. Bei dieser Sachlage kann es nicht als Pflichtverletzung des Beklagten erscheinen, wenn er, der aus kleinen Verhältnissen hervorgegangen ist und sich als self made man seinen Platz errungen hatte, in das ihm vorgesezte Komiteemitglied Gobat, der eine begreiflich große Autorität im Verwaltungsrat besaß, unbedingtes Vertrauen setzte. Wenn die Vorinstanz bemerkt, Gobat habe sich durch den Verlust der wichtige Dokumente enthaltenden Aktenmappe als höchst unzuverlässig erwiesen, so ist das doch ein zu geringfügiger Umstand, als daß dessetwegen ein Verschulden des Beklagten angenommen werden könnte. Daß der Beklagte unter diesen Umständen und nachdem Gobat beim Testamentsvollstrecker gewesen war und dem Beklagten versichert hatte, die Sicherheit sei gut, die Chefs dem Gobat überließ, stellt keine Pflichtverletzung dar. Derjenige Umstand, der hauptsächlich die Uneinbringlichkeit des zedierten

Guthabens bewirkte, nämlich die Vereinbarung zwischen der Legatarin und den Intestaterben Albufera, vom 13. November 1895, war im Text der Zession ausdrücklich erwähnt und muß daher dem Verwaltungskomitee zur Kenntnis gekommen sein, ohne daß es deswegen die Auszahlung der 75,000 Fr. beanstandet hätte. An das Erbschaftsguthaben gelangte nur deshalb nach der Zession an die Klägerin nichts mehr (wie sich aus der Auskunft des Notars Demonts ergibt), weil ein Prozeß der Erben gegen Bontre verloren ging; dieser Verlust des Prozesses war aber im Moment der Zession noch nicht eingetreten, und daß er konnte vorausgesehen werden, ist nicht behauptet worden. Daß das zedierte Guthaben von derartigen Bestreitungen abhängig und darum keine liquide und gute Sicherheit darstellte, mußte der Verwaltung nach den gegebenen Umständen von vornherein klar sein, da sie wußte, daß die Erbschaft schon seit mehreren Jahren angefallen war und daß die Legatarin sie einziehen und zur Barzahlung verwenden würde, wenn der Liquidation nicht Hindernisse im Wege stehen würden. Das einzige, was als Unterlassung des Beklagten noch in Betracht käme, die Erkundigung beim Vertreter der Intestaterben, wäre nur die Auskunft des Rechtsgegners gewesen, auf die er sich nicht verlassen durfte, und hätte nur die Abhängigkeit des Guthabens von einem Prozesse ergeben, von dessen damaliger Ausichtslosigkeit nichts bekannt ist. Dabei ist namentlich nicht außer Acht zu lassen, daß es hauptsächlich auf die Gewinnung der zugesicherten Kapitalien ankam und daß die Bevollmächtigten der Klägerin diese nicht wegen einer sowieso vor-ausschbaren Unsicherheit der Garantie für die 75,000 Fr. Provision leicht hin fahren lassen durften. Was endlich das spätere Verhalten des Beklagten betrifft, so kann das lange Zögern der Einziehung weiterer Erkundigung ihm aus dem Grunde nicht zur Last fallen, weil die Leitung dieses Geschäftes ihm entzogen war und in den Händen des Direktionskomitees, speziell Gobats, lag. Auch hier ist die Tätigkeit des Beklagten gegenüber derjenigen des Direktionskomitees derart in den Hintergrund getreten, daß nicht er verantwortlich erklärt werden kann. Außerdem war zur Zeit, in der dem Beklagten Zweifel an der Zuverlässigkeit des Rosenberg entstanden, der Schaden nicht mehr gut zu machen. Der

Verlust ist wohl auch zu einem Teil auf die Mängel und Gefahren des Vertragsabschlusses selbst zurückzuführen, für den der Beklagte durch die Genehmigung des Verwaltungsrates gedeckt ist. Aus diesen Erwägungen ist dieser Klageposten, in Abänderung des angefochtenen Urteils und unter Gutheißung der Berufung des Beklagten, gänzlich abzuweisen. Daß die Abweisung auch die 1200 Fr. Spezen ireffen muß, ist klar, nachdem feststeht, daß nicht der Beklagte sie bezogen hat und sie also das Schicksal der Hauptforderung teilen. Die Bestreitung der Vollmacht zur Zahlung der Enregistrements-Gebühr ist unstichhaltig; ob Rosenberg oder die Klägerin verpflichtet war, diese Kosten zu tragen, kann dabei dahingestellt bleiben; maßgebend ist nur, daß der Beklagte jedenfalls im Interesse der Klägerin und im Rahmen ihres Auftrages handelte, wenn er die von Rosenberg nicht bezahlten, aber zur Erlangung der Sicherheit notwendigen Kosten auslegte. Die Differenz von 160 Fr. zwischen den Kosten des Enregistrements und dem dafür von der Klägerin ausbezahlten Betrage, die offenbar in andern Auslagen aufging, hätte die Klägerin bei der von ihren Bevollmächtigten damals zu fordernden Abrechnung rügen sollen; ihr Stillschweigen gilt als Anerkennung.

(11.) Hinsichtlich Posten V, Tantieme, dreht sich der Streit nur noch um die Tantieme pro 1900. Die Klägerin verlangt deren Rückgabe mit der Behauptung, die Tantieme sei auf Grund unrichtiger Bilanzen ausgeschüttet worden; wäre die Bilanz richtig angefertigt worden, so hätte eine Tantiemeberechtigung nicht bestanden. Es handelt sich somit hier um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wobei die Klägerin darzutun hat, daß ein Schuldgrund, also ein Tantiemeanspruch, nicht bestand und daß die Tantiemen irrtümlicher Weise ausbezahlt worden sind; und zwar muß dieser Irrtum, nach der Praxis des Bundesgerichtes, entschuldbar sein (Urteil des BG i. S. Bad. Affekuranzges. A.-G., Mannheim, gegen Gewerbebank Basel, vom 27. Juni 1908*). In tatsächlicher Beziehung ergibt sich über diesen Punkt: Der Verwaltungsrat legte der Generalversammlung vom 9. Februar 1901 die Rechnungen und die Bilanz pro 1900 vor. Die Gewinn- und Verlustrechnung schloß mit einem Rein-

* Oben Nr. 36 S. 329.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

gewinn von 96,788 Fr. 34 Cts.; der Verwaltungsrat beantragte folgende Verteilung:

in den Reservefonds	Fr. 10,000 —
den Prioritätsaktien 6% Dividende	„ 54,000 —
den Stammaktien 3% Dividende	„ 3,000 —
den Verwaltungsorganen « les tantièmes statutives »	„ 27,000 —
auf neue Rechnung	„ 2,788 34

Gemäß dem Bericht und Antrag der Rechnungsrevisoren, die sich dahin ausdrückten: « Ce résultat de l'exercice 1900 est » satisfaisant à tous égards et nous sommes heureux, d'ad- » resser toutes nos félicitations à la Direction ainsi qu'au » Conseil d'administration » — genehmigte die Generalversammlung Bilanz und Rechnungen und erhob die Anträge des Verwaltungsrates betr. die Gewinnverteilung zum Beschluß. Es steht nun aber fest, daß im Debitorenkonto das Guthaben Wyß mit 40,000 Fr. und der Posten Klage & Cie. von 100,000 Fr. unter den Aktiven nicht aufzuführen gewesen wären. Was letzteren Posten betrifft, der von Anfang an zweifelhaft war, so ging allerdings die Absicht der Verwaltungsorgane dahin, ihn nach genügender Erstarfung des Reservefonds zu streichen, weshalb denn auch der Reservefonds mit größern als den statutarischen Beiträgen dotiert wurde. Abzuschreiben war darnach pro 31. Dezember 1900 immer noch ein Betrag von 33,500 Fr. Schon durch diese beiden Abschreibungen allein wurde der Reingewinn auf 23,288 Fr. 34 Cts. herabgesetzt, was jedenfalls zur Ausschüttung einer Tantieme nicht hinreichte. Die Tantieme ist also unrechtmäßigerweise ausgerichtet worden. Dagegen ist fraglich, ob die Genehmigung der Generalversammlung die Rückforderung ausschließe. Daß in der deutschen Rechtsprechung (RG 11 160) und Literatur (Staub, S. 737) für die Rückforderung der Tantieme aufgestellte Erfordernis der vorgängigen Anfechtung des Tantiemeentscheidungsbeschlusses trifft für das SDR nicht zu, da dasselbe keine Befristung der Anfechtung mit der Wirkung der Rechtskraft des Beschlusses nach unbenütztem Fristablauf kennt (wie § 271 deutsches HGB). Da das schweizerische Recht die Anfechtung nicht formell selbständig ausgestaltet hat, kann direkt

auf die Rückzahlung geklagt werden, in welcher die Anfechtung als Motiv enthalten ist. Für die Frage der Entschuldbarkeit so- dann kommt es hier nur auf die Kenntnis der Generalversammlung von Umständen, welche der Beschlussfassung entgegenstehen, an; der Verwaltungsrat wurde selber wie der Beklagte durch den Lantiemeananspruch begünstigt; die Ausschüttung der Lantieme war eine von beiden, Direktor und Verwaltungsrat, ausgehende die Gesellschaft benachteiligende Handlung, und in solchem Falle kann die Genehmigung des einen der Begünstigten die Handlung des andern nicht decken (so auch Staub, eod., S. 737 Anm. 21). Die Generalversammlung konnte aus der Bilanz und der Rechnungsstellung nicht ersehen, wie die finanziellen Verhältnisse in Wirklichkeit waren. Die Bilanzgenehmigung erfolgte also in entschuldbarem Irrtum. Ist nun hinterher dieser Irrtum aufgedeckt, so kann der Genehmigungsbeschluss der Rückforderung der Lantieme nicht entgegengehalten werden, während es sich allerdings für die erhaltene Dividende gemäß positiver Gesetzesbestimmung (Art. 632 OR) anders verhält.

58. Urteil vom 15. Juli 1908 in Sachen

Seligmann, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Giovanoli, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Art. 62 OR, Haft des Geschäftsherrn. — (Unfall bei einer Fahrt mit einer Lohnkutsche.) — **Verursachung des Schadens durch den Angestellten. Eigene Tatbestandsfeststellung des Bundesgerichts gemäss Art. 82 Abs. 1 OG.** — **Sog. Entlastungsbeweis.** — **Art. 65 OR.** — **Beurteilung der Klage als Vertragsklage, Art. 110 und 115 OR.**

A. Durch Urteil vom 19. Februar 1908 hat das Kantonsgericht von Graubünden erkannt:

Die klägerische Appellation wird abgewiesen und das erstinstanzliche Urteil im ganzen Umfange seines Dispositivs bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger E. Seligmann rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage: es aufzuheben und Pietro Giovanoli pflichtig zu erklären, an E. Seligmann einen Schadenersatz von 5000 Fr. zu leisten.

C. In der heutigen Hauptverhandlung hat der Vertreter der Kläger den Berufungsantrag erneuert, der des Beklagten auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger, der Advokat E. Seligmann in Paris und seine Ehefrau geb. Dreyfus, weilten im August 1905 im Hôtel Maloja Palace in Maloja. Am 10. August bestellten sie im Hotel einen Wagen zu einer Ausfahrt nach Val Fex. Der Portier bemerkte, daß alle Hotelwagen schon vermietet seien, daß er aber trachten werde, im Dorfe ein Fuhrwerk zu finden. Es fand sich dann beim Beklagten, Lohnkutscher P. Giovanoli ein Einspanner, dem zur Bedienung der beim Beklagten mit Sattlerarbeiten beschäftigte Melchior Conrad beigegeben wurde. Auf der Fahrt nach Sils, in Plauß da Lej, begegnete der Einspanner dem vom St. Moritz herkommenden Omnibus, wobei weder dem Postillon noch dem Kondukteur dieses Gefährtes am andern Fuhrwerke irgend etwas aufgefallen ist. Kurz nach dieser Begegnung wollte das Pferd des Einspanners nicht mehr recht vorwärts. Conrad sprang vom Boß und hielt es am Kopf. Unterdeß kippte der Hintewagen in die Wiese rechts der Straße um und Herr und Frau Seligmann fielen heraus. Die Aussagen der Kläger einerseits und des Kutschers anderseits über den Unfallshergang weichen voneinander ab. Der Kutscher behauptet: Der Postillon des erwähnten Omnibus habe drei Mal mit der Peitsche stark geknallt, weshalb sein Pferd etwas erschreckt sei, nicht mehr habe vorwärts gehen wollen und angefangen habe, den Wagen gegen die Wiese hin zurückzustößen; als er, Conrad, dann gesehen habe, daß er das Pferd unmöglich mehr vorwärts bringen könne und daß das rechte hintere Wagenrad über die Straßenböschung hinausgestoßen werde, sei er vom Wagen gesprungen. Demgegenüber machten die Kläger geltend: Das Pferd habe nicht zurückgestoßen, sondern nach vorn gehend rechts in die Wiese eingerenkt, da es wahrscheinlich habe umkehren wollen. Eine Kutsche, die unmittelbar nach dem Unfälle vorbeikam, führte die Eheleute Seligmann nach Maloja zurück, während Conrad mit Pferd und Wagen nach St. Moritz fuhr.

Seligmann war vier Tage bettlägerig, trug aber keine weiteren