

91. Urteil vom 1. Juni 1894 in Sachen Bossard  
gegen Kreditbank Winterthur.

A. Mit Urteil vom 2. Februar 1894 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Von der Anerkennung der Beklagten, daß der Kläger berechtigt sei, in ihrem Konkurse mit einer laufenden Forderung von 31,958 Fr. 35 Cts. Teil zu nehmen, wird Vormerk genommen; im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht und beantragte zu erkennen: Die Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger 450 Stück Chamier Milch-Aktien zu liefern (797—347) gegen Bezahlung von 226,650 Fr. 75 Cts., eventuell 600 Stück Chamier gegen Bezahlung von 337,180 Fr. 10 Cts., weiter eventuell 527 Stück gegen Bezahlung von 292,291 Fr. 35 Cts., überall nebst Zins seit 5. November 1892, wobei dem Kläger die seitherigen Dividenden von 45 Fr. per Aktie gutzuschreiben seien.

In der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt des Klägers, in dessen Begleit der Kläger persönlich erschienen ist, diesen schriftlich gestellten Antrag. Der Anwalt der Rekursbeklagten trägt auf Abweisung des Rekurses und Bestätigung des angefochtenen Urteiles an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Juni 1891 beteiligte sich der heutige Kläger an einem von der Kreditbank Winterthur geleiteten Syndikat für Ankauf und Verwertung von Aktien der Anglo Swiss Milk Company in Cham mit 2000 Stück. Im September 1891 leistete er auf Verlangen der Kreditbank, welche bis Ende August für Rechnung des Syndikats circa 1000 Stück Aktien angekauft hatte, eine Anzahlung von 30,000 Fr. Am 16. November 1891 mußte die Kreditbank ihre Insolvenz erklären. Auf das Gesuch einer Anzahl der meistbeteiligten Gläubiger wurde in Anwendung von Art. 657 Abs. 3 D.-R. eine gerichtliche Verwaltung über dieselbe angeordnet und es wurden zur Sichtung und Klarstellung der Geschäftsbeziehungen und zur Sicherung und Einkassierung der Ansprüche der Bank zwei Delegierte in der Person des Notars

Denzler in Winterthur und des Kaufmanns Schmid-Schenk in Zürich bestellt. Zwischen diesen Delegierten und dem Kläger entspann sich nun in der Folge eine weitläufige Korrespondenz über dessen Beteiligung an dem Syndikat. Die Delegierten der Kreditbank verlangten, daß er die Verpflichtung zur Übernahme von 797 Stück Chamier-Aktien anerkenne und eine weitere Einzahlung von 10 % leiste; sie drohten ihm, falls dies nicht geschehe, mit dem Prozeß. Kläger weigerte sich, mit der Begründung, er sei bei dem Syndikat mißbraucht und betrogen worden, da die Aktien für daselbe nicht nach der getroffenen Vereinbarung an der Börse gekauft, sondern von der Kreditbank teils aus früher bestandenen Konti dem Syndikate aufgegeben, teils überhaupt nicht in ihren Besitz gelangt, sondern bei andern Banken belehnt worden seien. Kläger verlangte hierüber weitere Aufschlüsse, indem er bis dahin jede Verpflichtung seinerseits bestritt und die von ihm geleistete Einzahlung von 30,000 Fr. als Nichtschuld zurückverlangte. Eventuell verlangte er, sich auf eine separate Vereinbarung mit dem Kreditbankdirektor Manz berufend, daß ihm nicht mehr als die Hälfte der gekauften Stücke zugeteilt werde.

Da das Syndikat am 1. Mai 1892 sein Ende erreicht hatte, stellte die Kreditbank dem Kläger am folgenden Tage definitiv Abrechnung über seine Beteiligung bei demselben, wonach, da im ganzen 3025 Stück gezeichnet aber bloß 1205 Aktien aufgekauft worden waren, auf seine Zeichnung von 2000 Stück eine Quote von 797 à 609 Fr. 15 Cts. entfiel. Kläger wurde aufgefordert, diesen Anteil gegen Zahlung des darauf fallenden Betrages, unter Abzug der von ihm bereits einbezahlten 30,000 Fr. nebst Zins, zu beziehen. Derselbe erwiderte, daß ihm eine rechtliche Verbindlichkeit als Beteiligten an dem Chamier Syndikat nicht zukomme, offerierte jedoch, freiwillig 300 Syndikatsaktien zu einem noch zu vereinbarenden Preise zu übernehmen. Die Unterhandlungen wegen Übernahme der Aktien durch den Kläger wurden hierauf fortgesetzt, führten aber, obschon die Kurse beständig stiegen, zu keinem Resultat. Mit Briefen vom 4. und 7. Juni 1892 hatte die Kreditbank den Kläger wiederholt aufgefordert, die auf ihn entfallenden Stücke gemäß der Abrechnung vom 1. Mai zu beziehen, und am 19. Juli schrieb ihm Advokat

Forrer Namens der Kreditbank, da er der Aufforderung vom 7. Juni nicht nachgekommen sei, so werde der damit verbundenen Androhung Folge gegeben und zum Verkauf der 797 Stück an der Börse geschritten. Am 21. Juli 1892 antwortete Kläger, er bestreite nochmals in aller Form, daß er zur Übernahme und Bezahlung fraglicher Aktien verpflichtet sei, anerkennend jedoch freiwillig, 600 Stück à 600 Fr. (der Börsenkurs war damals 580 Fr.) zu übernehmen, eventuell zu 609 Fr. 15 Cts., wenn die Kreditbank ihm kreditieren wolle. Darauf telegraphierte Advokat Forrer dem Kläger am 27. Juli: „Nachdem Sie 600 Stück Kurs 609,15, Wert 1. Mai, abnehmen wollen, lohnt Differenz keinen Prozeß mehr, und ersuche ich Sie dringend, alle 797 zu jenem Kurs, Wert 1. Mai, zu übernehmen, etwa Ende August. Erwarte Drahtbericht.“ Kläger erwiderte darauf mit Telegramm vom 28. Juli: „Sache ist zu erwägen. Wann sind Sie zu sprechen?“ Am 30. Juli fand zwischen dem Kläger und dem Anwalt der Kreditbank in Winterthur eine Besprechung statt. Dieser berichtete darüber am 1. August der Kreditbank, er habe dem Kläger proponiert, derselbe solle die Pflicht zur Übernahme der 797 Chamere-Aktien à 609 Fr. 15 Cts., Wert 1. Mai, anerkennen, dagegen werde ihm die Kreditbank zur Auslösung Zeit lassen und behalte sich lediglich vor, loszuschlagen, wenn sie durch die 30,000 Fr. nicht mehr gedeckt wäre. Kläger habe sich grundsätzlich damit einverstanden erklärt, jedoch bemerkt, er befürchte, die Kreditbank bringe ihren Rest auf den Markt und drücke so den Kurs. Sie hätten verabredet, daß Kläger bis Dienstag (2. August) Bericht geben solle, ob er den Vorschlag annehme. Am 31. Juli schrieb Kläger an Advokat Forrer, er verlange genaue Angabe, wie viel Chamere-Aktien noch im Besitz der Kreditbank seien; erst wenn er hierüber genau informiert sei, könne er definitiv sagen, wie viel Aktien er übernehmen wolle und unter welchen Bedingungen. Advokat Forrer antwortete hierauf am 2. August telegraphisch: „1171 Stück, wovon 170 unverkäuflich, die 797 inbegriffen. Erbitten Antwort bis morgen Abend, widrigenfalls die 797 zum Verkauf aufgegeben werden,“ und auf eine weitere Anfrage vom gleichen Tage, ob die Stücke in Luzern cediert oder verkauft seien, und wie viel, telegraphierte

er: „Luzern hat 550 Stück, welche in obiger Ziffer inbegriffen.“ Ebenfalls am 2. August sandte der Kläger an Advokat Forrer einen „Kaufsaft über 797 Aktien der Anglo Swiss Condensed Milk Company Cham,“ unterschrieben vom Kläger als Käufer, während die Unterschrift der „Verkäuferin“ offen gelassen war. Kläger bemerkte dazu, nach den erhaltenen Aufschlüssen nehme er keinen Anstand, ihm zu Händen der Kreditbank beifolgende „Kaufsproposition“ zu machen; wenn man dortseits damit einig gehe, so möge man ihm ein Duplikat von der Kreditbank unterzeichnet zukommen lassen. Dieser „Kaufsaft“ enthielt folgende Bestimmungen:

„1. Die Tit. Kreditbank Winterthur in gerichtlicher Verwaltung verkauft hiemit an Herrn Boffard und dieser übernimmt 797 Aktien der Anglo Swiss Condensed Milk Company Cham, mit Coupons ab 1. November laufenden Jahres zum Preise von 609 Fr. 15 Cts. per Stück, Wert 1. Juli 1892.

„2. Die Tit. Kreditbank hat an der Kaufsumme von 485,492 Fr. 50 Cts. meine (Boffards) Zahlung vom 9. September 1891 30,000 Fr. und den Marchzins von dieser Summe, 1319 Fr. 15 Cts. (321 Tage à 5 ‰), in Abrechnung zu bringen.

„Der Rest (485,492 Fr. 55 Cts. — 31,319 Fr. 15 Cts.) = 454,173 Fr. 40 Cts. ist der Kreditbank bis zum 31. Dezember laufenden Jahres zu bezahlen und bis dorthin à 4 ‰ zu verzinsen.

„Dagegen hat die Kreditbank die 797 Aktien zur Verfügung des Herrn Boffard zu halten und diesem ein Nummernverzeichnis einzusenden.

„3. Die Kreditbank ist verpflichtet, von Herrn Boffard Abschlagszahlungen, nicht unter 5000 Fr. jederzeit anzunehmen und vom Zahltag an dem Herrn Boffard à 4 ‰ in Konto-Korrent zu verzinsen.

Jede Anzahlung verpflichtet die Kreditbank zur Auszahlung einer entsprechenden Anzahl Aktien an Herrn Boffard, wobei die Aktie à 620 Fr. berechnet wird.

„Die Zahlungen des Herrn Boffard für Rechnung der Kreditbank können beim Zürcher Bankverein in Zürich geleistet werden.

„4. Wenn, in Folge einer Baisse, der Aktien-Kurs (nach

Maßgabe der Zürcher Börse) die Schuld des Herrn Boffard nicht mehr decken sollte, so hat Schuldner den Fehlbetrag zu ersetzen resp. zu sichern. Kommt Schuldner der bezüglichen Aufforderung der Kreditbank nicht nach, so ist die Kreditbank berechtigt, die Aktien sofort an offener Börse in Zürich zu realisieren.

„Das Recht, Boffards Aktien zu realisieren, steht der Kreditbank nicht zu, wenn an der Börse nachweislich durch Verkäufe à découvert, durch Lügen und Verleumdung eine Baisse der Chamer vorübergehend erzeugt wird.

„Kommt die Kreditbank in den Fall, die Aktien realisieren zu müssen, so verliert Herr Boffard jeden Anspruch auf die ihm jetzt gutgeschriebenen 31,319 Fr. 15 Cts. Doch kann Herr Boffard von der Kreditbank zu keiner Mehrleistung, resp. zu keinem allfälligen Schadenersatz, angehalten werden.

„5. Wenn über diesen Vertrag Streitigkeiten zwischen den Kontrahenten entstehen, so anerkennen beide Teile die Gerichtsbarkeit des Kantons Zürich.“

Diesen Vertragsentwurf sandte Advokat Forrer sofort nach Empfang (3. August) der Kreditbank und schrieb ihr zugleich, derselbe sei unannehmbar; sie möchte ihn ermächtigen, denselben abzulehnen und dem Kläger anzuzeigen, daß morgen mit dem Verkauf der 797 Aktien begonnen werde. Noch am gleichen Tage antwortete die Verwaltung der Kreditbank, sie sei mit seiner Ansicht einverstanden und ermächtige ihn, dies dem Kläger zur Kenntnis zu bringen und ihm anzuzeigen, daß sie demnächst mit dem Verkauf der Titel beginnen werde. Nachdem nun Kläger an Forrer am 5. August telegraphiert hatte: „Warum erhalte ich auf meine Kaufsofferte keine Antwort? Ich behalte die Kreditbank bei der Verlassungsofferte, die sie mir durch Ihre Vermittlung gemacht hat,“ telegraphierte der letztere nach getroffener Vereinbarung mit der Verwaltung der Kreditbank noch am gleichen Abend dem Kläger, daß die Kreditbank auf alle Ansprüche gegen ihn aus dem Syndikat verzichte. Darauf erwiderte Kläger mit Telegramm vom 6. August, er habe von der gestern nach Geschäfts-schluß aufgegebenen Erklärung, daß die Kreditbank niemals berechtigt gewesen sei, die fraglichen Chamer auf ihn abzuladen, Notiz genommen, der Verkauf dieser Chamer an ihn sei dagegen für

die Kreditbank verbindlich. An diesem Tage war der Kurs dieser Aktien auf 629 gestiegen und erreichte schon am 8. August die Höhe von 655 Fr. Hierauf entspann sich eine weitere Korrespondenz. Kläger erklärte, er lasse sich durch den Verzicht der Kreditbank aus dem Syndikatsvertrag nicht abfertigen und mache unter allen Umständen darauf Anspruch, daß ihm die gekauften 797 Chamer zur Verfügung gestellt werden, worauf Advokat Forrer antwortete, daß er von einer dem Kläger gemachten verbindlichen Offerte nichts wisse, weshalb dieser eine solche auch nicht habe annehmen können. Die vom Kläger eingereichte Offerte vom 2. August sei in wesentlichen Punkten von demjenigen abgewichen, was mündlich besprochen worden sei, weshalb dieselbe von der Kreditbank abgelehnt worden sei. Kläger besitze daher nur eine laufende Forderung von 30,000 Fr. mit Zins seit der Einzahlung an die Kreditbank. Kläger verkaufte nun von den nach seiner Behauptung von der Kreditbank gekauften Aktien und gab ihr den Auftrag, dieselben in einzelnen Posten (zusammen 347 Stück) an Senjal Meyer in Zürich zu senden. Die Beklagte antwortete, daß sie solche Aufträge unausgeführt lasse. Am 5. November stellte Kläger der Beklagten Abrechnung; er verlangte die Herausgabe von 450 Stück Aktien gegen Bezahlung von 226,650 Fr. 75 Cts. und reichte sodann, da seinem Begehren nicht entsprochen wurde, am 13. Dezember 1892 Klage beim zürcherischen Handelsgericht ein. Neben der Kreditbank und solidarisch mit derselben belangte er auch den Gerichtspräsidenten Schüepp, den Notar Denzler und Kaufmann Schmid-Schenk sowie den Advokaten Forrer als Mitbeklagten. Gegen diese letztern wurde jedoch die Klage wegen Inkompetenz vom Handelsgericht von Amteswegen von der Hand gewiesen.

2. Im Prozesse stellte der klägerische Anwalt das Rechtsbegehren, es sei die Beklagte verpflichtet, dem Kläger 450 Stück Chamer Milchk Aktien zu liefern gegen Zahlung von 226,650 Fr. 70 Cts., eventuell 600 Stück gegen Bezahlung von 337,180 Fr. 10 Cts., eventuell 527 Stück gegen Zahlung von 292,291 Fr. 35 Cts., überall mit Zins seit 15. November 1892, wobei dem Kläger die seitherigen Dividenden gutzuschreiben seien (von 45 Fr. per Aktie, eventuell sei die Beklagte bei ihrer Erklärung zu be-

haften, daß der Kläger an die Kreditbank 31,958 Fr. 35 Cts. (Wert 12. November 1891) zu fordern habe. Eine ursprünglich gestellte Schadenersatzforderung von 128,000 Fr. wurde fallen gelassen. Zur Begründung seiner Klage machte Kläger geltend, es sei dadurch, daß er die ihm von Anwalt des Beklagten, Advokat Forrer, unterm 27. Juli telegraphisch gemachte Offerte am 2. August in ihren wesentlichen Teilen acceptiert habe, zwischen den Parteien ein rechtsverbindliches Kaufgeschäft über 797 Stück Chamer-Aktien zum Preise von 609 Fr. 15 Cts. per Stück, Wert 1. Mai 1892, und beziehbar bis Ende 1892 abgeschlossen worden. Die vorhandene Differenz bezüglich des Zinsbeginnes (1. Juli statt 1. Mai) sei ein ganz unwesentlicher Punkt, der nach Art. 2 D.-R. vom Richter ergänzt werden könne; die Parteien haben jedenfalls hievon das Stehen oder Fallen des Geschäfts nicht abhängig machen wollen. Das Stillschweigen der Beklagten auf die Erklärung des Klägers vom 2. August müsse als Einverständnis mit derselben ausgelegt werden; übrigens habe er mit Telegramm vom 5. August die Offerte der Beklagten noch rechtzeitig tale quale angenommen, und damit alles dasjenige anerkannt, was diese von Anfang der Unterhandlungen an von ihm verlangt habe. Eventuell sei durch die Offerte des Klägers vom 21. Juli und deren Annahme im Telegramm von Advokat Forrer vom 27. Juli wenigstens ein fester Kauf über 600 Stück zu 609 Fr. 15 Cts. zu Stande gekommen, welcher durch die nachfolgenden Unterhandlungen nicht mehr rückgängig gemacht worden sei. Weiter eventuell sei der Kläger aus dem Syndikatsvertrag berechtigt, die 797 Stück, eventuell 527, d. h. die Hälfte der für das Syndikat angekauften Aktien, zu verlangen. Kläger habe seine Beteiligung am Syndikatsvertrag nie bestritten, er habe nur in Abrede gestellt, daß die Kreditbank ihn zwingen könne, die Stücke abzunehmen, weil sie betrügerisch gehandelt und ihrerseits den Vertrag nicht erfüllt habe u. s. f. Durch diese betrügerischen Handlungen der Kreditbank sei das Geschäft mit der Beklagten nicht nichtig geworden, sondern nur anfechtbar, indem dem Kläger die Einrede des Betruges zur Seite gestanden hätte; ob er davon Gebrauch machen wolle, sei seiner Entscheidung freigestanden, welche er erst im Prozeß hätte treffen müssen. Da nun

Kläger auf seine Rechte aus dem Syndikat seinerseits nicht verzichtet habe, so sei die Erklärung der Kreditbank, daß sie auf Alles aus dem Syndikatsvertrag verzichte, als einseitiger Akt gänzlich bedeutungslos. Dieser Verzicht der Kreditbank sei auch deshalb undenkbar, weil dieselbe diese Syndikatsaktien nicht einfach habe an sich ziehen und auf eigene Rechnung liquidieren können; bis zum 6. August habe die Kreditbank an diesen Titeln unzweifelhaft fremdes Eigentum verwaltet und sich auch so geriert; sie habe dem Kläger gegenüber erklärt, dieselben seien für ihn deponiert und reserviert.

3. Die Beklagte anerkannte, daß der Kläger berechtigt sei, an der laufenden Masse der Kreditbank mit einer Forderung von 31,958 Fr. 35 Cts. (= 30,000 Fr. mit 5 % Zins vom 9. September 1891 bis 31. Dezember 1892, Datum des Konkursausbruches) Teil zu nehmen, beantragte im übrigen aber Abweisung der Klage. Sie bestritt, daß zwischen den Parteien ein gültiger Kaufvertrag über die in Frage stehenden Chamer-Aktien zu Stande gekommen sei. Es sei unwahr, daß Advokat Forrer dem Kläger eine verbindliche Offerte gemacht habe; hierzu wäre er auch gar nicht bevollmächtigt gewesen. Eventuell sei durch die seitens des Klägers am 3. August einlaufende Kaufsofferte das Frühere aufgehoben worden, wie auch durch jeden weiteren Akt alle vorangegangenen Besprechungen wieder aufgehoben worden seien. Kein einziges Mal habe eine Offerte von Bossard mit demjenigen übereingestimmt, was die Kreditbank von ihm verlangt habe; wenn auch die Zahl der Stücke übereingestimmt habe, so sei doch immer bezüglich der Zahlungsbedingungen ein wesentlicher Unterschied gewesen. Die Klage aus dem Syndikatsvertrag sei zum vorüberein unbegründet. Gegenüber einer Konkursmasse und mit Bezug auf Forderungen, welche vor dem Konkursausbruch entstanden seien, gebe es keine Forderung auf Lieferung von Aktien, sondern nur entweder eine vindikation oder eine Geldforderung; eine solche Klage sei weder nach der einen noch nach der andern Richtung gestellt. Eventuell sei die Syndikatsangelegenheit erledigt und abgetan im Einverständnis der Gegenpartei. Seit der Erstellung der Syndikatsrechnung habe es sich dabei nur noch um ein Rechtsverhältnis zwischen den heutigen

Parteien gehandelt. Der Kläger habe aber der Forderung der Kreditbank gegenüber erklärt, daß er von derselben nichts wissen wolle, und habe nie etwas von seinen Gegenrechten gesagt, welche nur ein Korrelat seiner Verpflichtungen gewesen wären. Von dem Verzicht der Kreditbank habe Kläger einfach Notiz genommen und bloß seine Rechte aus dem vermeintlichen Kaufvertrag vorbehalten. Eventuell könnte der Kläger deshalb nicht auf Vertragserfüllung klagen, weil er selbst den Vertrag nicht gehalten, sondern gebrochen und sich von der Beklagten habe in Verzug setzen lassen.

4. Bezüglich der Frage, ob zwischen dem Kläger und der gerichtlichen Verwaltung der Kreditbank ein beidseitig rechtsverbindliches Kaufgeschäft zu Stande gekommen sei, hat die Vorinstanz ausgeführt, daß vorerst ein solches auf Grund der dem Kläger vom beklagten Anwalte mit Depesche vom 27. Juli gemachten und am 30. Juli mündlich wiederholten Offerte nicht perfekt geworden sei, indem Kläger diese Offerte nicht in gehöriger Weise angenommen habe; denn nicht nur sei auf die Depesche vom 27. Juli die verlangte Drahtantwort nicht im Sinn einer Zusage erfolgt, sondern es sei auch die erneuerte Offerte vom 30. Juli vom Kläger nicht einfach acceptiert, sondern mit Einfindung eines „Kaufakts“, den Kläger selbst als Kaufspropotion bezeichnet habe, beantwortet worden. Dadurch habe Kläger in der Tat eine neue abweichende Offerte gemacht, die ihrerseits wieder der Annahme durch die Beklagte bedürft hätte. Die Berufung des Klägers auf Art. 2 D.-R. treffe hier deshalb nicht zu, weil derselbe bloß eine Interpretationsregel aufstelle, die da nicht Platz greifen könne, wo einem Rechtsgeschäft Bedingungen beigelegt werden, deren Annahme oder Rückweisung für die ökonomische Tragweite des Geschäfts von erheblichem Belang sind. Eine Annahme der vom Kläger am 2. August gemachten Kaufspropotion durch die Beklagte liege nun aber nicht vor. Daraus, daß sie darauf nicht sofort in ablehnendem Sinne geantwortet habe, könne auf eine solche jedenfalls noch nicht geschlossen werden, zumal sich aus den Akten ergebe, daß sie ihren Anwalt sofort hiemit beauftragt, und die Verzögerung der Mitteilung an den Kläger in äußern Verhältnissen ihren Grund gehabt habe. Wenn

der Kläger sodann weiters geltend mache, daß er die Offerte der Beklagten vom 27./30. Juli wenigstens nachträglich, in seiner Depesche vom 5. August, bedingungslos angenommen habe, so stehe dem der Umstand entgegen, daß jene Offerte eben dadurch, daß Kläger sie innerhalb der angeetzten Frist (2. August) nicht acceptiert, sondern statt dessen neue Propositionen gemacht hatte, hinfällig geworden sei; und wenn er sich darauf berufe, daß er jederzeit befugt gewesen sei, die von der Beklagten an ihn gestellte Forderung, so lange sie aufrecht erhalten worden sei, anzuerkennen, so sei dieser Standpunkt schon aus dem einfachen Grunde unhaltbar, weil er dies niemals getan, sondern stets und zuletzt noch in der Depesche vom 6. August 1892 ausdrücklich betont habe, daß der Beklagten keine Forderung an ihn zustehe. Ebenso wenig wie ein Kaufgeschäft über 797 Stück liege ein solches über 600 Stück Chamer-Aktien vor. Allerdings habe sich Kläger in seinem Brief vom 21. Juli 1892, auf welchen er sich diesmal berufe, zur freiwilligen Übernahme von 600 Stück zum Kurse von 609 Fr. 15 Cts. anerbaten, wenn die Kreditbank ihm kreditieren wolle; allein in der darauf folgenden Antwort habe nicht eine Annahme der klägerischen Offerte, sondern vielmehr die Einladung zu einer neuen Offerte (über 797 Stück) gelegen, abgesehen davon, daß auch eine Einigung betreffend der Kreditierung nicht stattgefunden habe. Die Frage betreffend, ob die Klage auf Grund des mit der Kreditbank abgeschlossenen Syndikatsvertrages zu schützen sei, so hat die Vorinstanz dieselbe auch von diesem Gesichtspunkte aus abgewiesen, da der Kläger auf den Bezug der auf seine Beteiligung entfallenden Syndikatsaktien verzichtet habe. Dieser Verzicht, bezw. die Annahme des von der Beklagten in ihrer Depesche vom 5. August ausgesprochenen Verzichts ergebe sich daraus, daß Kläger von Anfang an und mit allem Nachdruck in Widerspruch gesetzt habe, daß er auf Grund des Syndikatsvertrages zu irgend welchen Leistungen angehalten werden könne, indem derselbe wegen Betrugs und vertragswidrigen Verhaltens der Syndikatsleiterin für ihn unverbindlich sei, sowie daraus, daß er dabei niemals seine eventuellen Ansprüche aus dem Vertrag vorbehalten habe, und namentlich gegen die am 5. August seitens der Beklagten erfolgte Verzichtleistung nicht

protestiert, sich seine Ansprüche nicht gewahrt, sondern im Gegenteil die Beklagte bei ihrer Erklärung behaftet und sich lediglich auf den Verkauf der Aktien berufen habe.

5. In rechtlicher Beziehung nimmt der Kläger in erster Linie den Standpunkt ein, daß zwischen den Parteien ein rechtsverbindliches Kaufgeschäft über 797 Chamer-Aktien zu 609 Fr. 15 Cts., zahlbar und beziehbar bis Ende 1892, mit Verzinsung seit 1. Mai 1892 dadurch zu Stande gekommen sei, daß am 27. Juli 1892 Advokat Forrer Namens der Beklagten dem Kläger die genannten Bedingungen gestellt, und dieser die Offerte bis zu dem ihm angedetzten Termin, 2. August, in ihren wesentlichen Teilen angenommen habe. Daß der beklagtische Anwalt dem Kläger mit dieser Depesche vom 27. Juli 1892 eine förmliche Verkaufs-offerte habe machen wollen, ist kaum anzunehmen, vielmehr ergibt sich aus dem Zusammenhang und insbesondere im Hinblick auf die vorangegangene Offerte des Klägers vom 21. Juli, freiwillig 600 Stück zu 600 Fr., eventuell zu 609 Fr. 15 Cts. übernehmen zu wollen, daß Advokat Forrer den Kläger lediglich bewegen wollte, angesichts der geringen Differenz, die damals noch bestand, seine Verpflichtungen aus dem Syndikat ganz zu erfüllen, wozu ihm dann Frist etwa bis Ende August gewährt worden wäre. Könnte übrigens in dieser Depesche auch eine Verkaufs-offerte erblickt werden, so hätte doch jedenfalls, da derselben beigelegt war: „Erbitte Drahtbericht,“ die Annahme so bald, als es unter Benutzung des Telegraphen möglich war, erfolgen sollen, widrigenfalls der Antragsteller nicht mehr gebunden war. Eine annehmende Antwort ist nun aber weder innert hienach zulässiger Frist, noch überhaupt seitens des Klägers erfolgt; dieser verlangte vielmehr mündliche Besprechung, welche am 31. Juli stattfand, und wobei der beklagtische Anwalt die am 27. Juli gemachte Proposition wiederholte und dem Kläger zur Abgabe seiner Erklärung bis 2. August Frist einräumte. An diesem Tage sandte Kläger dem beklagtischen Anwalt seinen mit „Kaufsakt“ betitelten Vertragsentwurf ein. Dieser stimmte zwar bezüglich der Zahl der Aktien und des Kaufpreises mit der Proposition des beklagtischen Anwaltes überein, enthielt jedoch bezüglich der Verzinsung eine Abänderung zu Gunsten des Klägers, und sodann

noch weitere Punkte, von welchen in der Depesche vom 27. Juli und, wie die Beklagte behauptet, auch in der Unterredung vom 31. Juli keine Rede gewesen war. Kläger behauptet nun, die Differenzen betreffen nur untergeordnete Punkte, welche, nachdem über die wesentlichen Punkte eine Einigung zu Stande gekommen sei, gemäß Art. 2 D.-R. die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern, sondern eventuell durch den Richter festzusetzen seien. Diese Auffassung geht jedoch fehl. Selbst unter der Annahme, daß die erwähnten Abweichungen nur Nebenpunkte betroffen haben, dürfte auf Grund von Art. 2 D.-R. nicht geschlossen werden, daß der Vertrag im übrigen perfekt geworden sei. Nach der deutlichen Fassung dieses Artikels greift die Vermutung, daß nach der Einigung über alle wesentlichen Punkte der Dissens über Nebenpunkte die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle, nur dann Platz, wenn sich die Parteien eine nachträgliche Abrede über die Nebenpunkte vorbehalten haben. Ist von den Parteien ein solcher Vorbehalt nicht getroffen worden, so gibt Art. 2 keine Möglichkeit, den mangelnden Consens bezüglich der Nebenpunkte durch den Richter ergänzen zu lassen, und es ist ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen. Da nun aber in die Antwort des Klägers vom 2. August völlig neue Punkte, über die bisher nicht verhandelt worden war, aufgenommen worden waren, konnten dieselben von den Parteien nicht einer besondern Beredung reserviert worden sein, und kann daher auch nicht die Vermutung Platz greifen, daß, ohne Rücksicht auf eine Einigung über dieselben, der Vertrag in den Hauptpunkten perfekt geworden sei. Unrichtig ist sodann im weitern, daß als Nebenpunkte im Sinne von Art. 2 D.-R. alle diejenigen zu betrachten seien, welche zu den sogenannten Accidentalien eines bestimmten Vertrages gehören; vielmehr ist jeder Punkt als wesentlicher Vertragspunkt anzusehen, wenn anzunehmen ist, daß eine Partei den Vertrag nicht abschließen würde, wenn über denselben eine Einigung nicht zu Stande käme. Man enthielt der Kaufsakt des Klägers allerdings Punkte, welche den Effect des Vertrages gegenüber den von der Beklagten aufgestellten Bedingungen für die letztere wesentlich ungünstiger gestalteten. Außer dem auf 1. Juli statt auf 1. Mai 1892 angeetzten Beginn der

Verzinsung forderte Kläger, daß, wenn die Beklagte in den Fall kommen sollte, die von ihm übernommenen Aktien an der Börse zu realisieren, seine Haftbarkeit für einen hierbei entstehenden Verlust auf den Betrag seines Guthabens an die Kreditbank von 31,319 Fr. 15 Cts. beschränkt sein sollte. Eine Vermutung, die Beklagte hätte trotz dieses Verlangens, wodurch das Risiko des Klägers aus dem Vertrage diesem wesentlich abgenommen und ihr zugeschoben werden sollte, den Vertrag wenigstens bezüglich der sogenannten essentialia negotii annehmen und den erwähnten Punkt eventuell der richterlichen Festsetzung anheim stellen wollen, wäre augenscheinlich unstatthaft. Es kann daher davon keine Rede sein, daß durch die Antwort des Klägers vom 2. August (die Zusendung des „Kaufsafts“) die Offerte der Beklagten angenommen und der Kaufvertrag perfekt geworden sei. Dieses Gefühl hatte offenbar Kläger selbst, als er in seinem Begleitschreiben zu dem erwähnten Kaufsaft diesen als Kaufspropofition bezeichnete. In der That stellt sich derselbe als neue Offerte dar, durch deren Vorlage diejenige der Beklagten zurückgewiesen und damit hinfällig geworden war, und es fragt sich daher bloß noch, ob etwa diese neue Offerte von der Beklagten acceptiert worden sei. Kläger erblickt in der That eine Annahme darin, daß dieselbe nicht sofort beantwortet worden ist. Tatsächlich ist richtig, daß eine Antwort nicht sofort erfolgte; allein daraus kann eine Zustimmung nicht hergeleitet werden. Auf eine solche könnte nur geschlossen werden, wenn nach der besondern Natur des Geschäfts und der Umstände die Zusage ohne weiters zu erwarten gewesen wäre, was nach dem Gesagten nicht zutrifft, oder wenn in dem Zuwarten mit einer Erklärung eine Verletzung von Treu und Glauben gelegen wäre, indem die Beklagte, trotzdem der Kläger nach der Verkehrssitte oder wegen der besondern Verhältnisse des Falles eine sofortige Antwort erwarten durfte, mit ihrer Entschliegung zurückgehalten hätte. Daß nun etwa die Beklagte in Hinsicht auf das Verhalten des Kurses mit ihrer Entschliegung zugewartet habe, ist weder behauptet noch bewiesen worden; im Gegenteil ergibt sich aus den Akten und der Feststellung der Vorinstanz, daß die Verzögerung der Mitteilung an den Kläger lediglich in äußern Umständen ihren Grund hatte. Ist aber in dem Stillschweigen

der Beklagten bis zum 5. August eine Annahme der klägerischen Kaufspropofition nicht zu erblicken, so ist eine solche nicht als erfolgt zu betrachten; denn daß die Beklagte sonst, sei es ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, ihr Einverständnis mit dieser Propofition bekundet habe, hat der Kläger nicht behauptet.

6. Ganz unhaltbar ist der weitere Standpunkt des Klägers, daß er, wenn auch nicht durch seine Kaufspropofition vom 2. August, so doch durch sein Telegramm vom 5. August an Advokat Jorner, lautend: „Warum erhalte ich auf meine Kaufsofferte keine Antwort? Ich behafte die Kreditbank bei der Verlassungsofferte, die sie mir durch Ihre Vermittlung gemacht hat,“ die Offerte der Beklagten vom 27. bzw. 30. Juli angenommen habe. Wie bereits ausgeführt worden ist, hatte Kläger diese Offerte durch seine Kaufspropofition vom 2. August abgelehnt. Damit war sie dahingefallen und Kläger konnte die Beklagte nachträglich nicht mehr dabei behaften. Wenn sodann der Kläger geltend macht, die Kreditbank habe während zehn Monaten an ihn das Begehren gestellt, die 797 Stück zum Kurse von 609 Fr. 15 Cts. auf Grund des Syndikatsvertrages abzunehmen, und es sei ihm jederzeit freigestanden, diesem Begehren nachzukommen, so hat die Vorinstanz dagegen festgestellt, daß er dies niemals getan, sondern stets und zuletzt noch in seiner Depesche vom 6. August 1892 ausdrücklich betont hat, daß die Beklagte keine Forderung an ihn zu stellen habe. Übrigens läge bei diesem Standpunkt des Klägers nicht sowohl die Annahme einer Verkaufsofferte der gerichtlichen Verwaltung der Kreditbank, sondern die Anerkennung des vom Kläger stets bestrittenen Syndikatsvertrages vor; in wie weit aber die Klage auf den Syndikatsvertrag gestützt werden könne, ist unten des Nähern zu erörtern.

7. Weiter eventuell hat Kläger das Zustandekommen eines Kaufgeschäfts wenigstens über 600 Chamer-Aktien zum Kurse von 609 Fr. 15 Cts. dartun zu können geglaubt durch den Hinweis auf seinen Brief vom 21. Juli 1892, in welchem er der Kreditbank 600 Stück zum genannten Kurse abzunehmen sich anheißig machte, wenn sie ihm kreditieren wolle, und auf die darauf folgende Depesche des beklaglichen Vertreters vom 27. Juli,

worin eine Annahme dieser Offerte liege. Diese Depesche stimmte jedoch bezüglich der Stückzahl nicht mit der Offerte des Klägers überein, und sprach sich auch über die Kreditierung des Kaufpreises nicht aus; sie enthielt daher keine Annahme, sondern vielmehr die Einladung zu einer neuen Offerte, und wurde vom Kläger selbst (in seinem ersten Standpunkt) als diejenige beklagte Offerte bezeichnet, die er seinerseits am 2. August, bezw. später, angenommen habe; hätte sie die Annahme einer vorangehenden klägerischen Offerte enthalten, so wäre die ganze Beweisführung des Klägers, daß er sich mit ihrem Inhalt nachfolgend einverstanden erklärt habe, überflüssig und unverständlich.

8. Der zweite Gesichtspunkt, von welchem aus Kläger seine Klage begründet, ist der, daß er auf Grund des Syndikats be-rechtigt sei, von der Beklagten die im Rechtsbegehren genannte Anzahl Chamber-Aktien zum Preise von 609 Fr. 15 Cts. per Stück zu verlangen. Beklagte hat in erster Linie diesem Standpunkt entgegengehalten, Kläger habe selbst stets die Gültigkeit des Syndikatsvertrages für seine Person bestritten, und derselbe sei zwischen den Parteien dadurch aufgehoben worden, daß die Beklagte am 5. August 1892 ebenfalls darauf verzichtet habe. Diesfalls hat die Vorinstanz festgestellt, daß Kläger von Anfang an in Widerspruch gesetzt hat, daß er auf Grund des Syndikatsvertrages zu irgend welchen Leistungen angehalten werden könne, indem derselbe wegen Betrugs und vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten für ihn unverbindlich sei, daß er gegenüber den wiederholten Exekutionsandrohungen der Beklagten keinerlei Rechtsverwahrung eingelegt, sondern lediglich den Standpunkt eingenommen hat, daß ihn die Sache nicht berühre, daß er ferner auf die Verzichtserklärung der Beklagten vom 5. August 1892 nicht etwa protestiert, sondern im Gegenteil die Beklagte dabei behaftet und sich lediglich auf den Verkauf der Aktien berufen hat, und daß er endlich diesen Standpunkt bis zur Einleitung des Prozesses nie geltend gemacht hat. Wenn das Handelsgericht aus diesen, für das Bundesgericht bindenden Feststellungen den Schluß gezogen hat, daß der Kläger auch seinerseits auf seine Ansprüche aus dem Syndikatsvertrage verzichtet, bezw. den von der Beklagten aus-

gesprochenen Verzicht angenommen habe, so beruht dies auf keinem Rechtsirrtum, sondern erweist sich gegenteils vollständig zutreffend.

9. Erscheint nach dem Gesagten die Klage aus allen vom Kläger geltend gemachten Gesichtspunkten als unbegründet, so braucht auf die von der Beklagten erhobene Einwendung bezüglich der Frage, ob Kläger auf Erfüllung durch effektive Leistung oder vielmehr nur auf Schadenersatz hätte klagen können nicht weiter eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 2. Februar 1894 in allen Teilen bestätigt.

---

92. Arrêt du 2 Juin 1894 dans la cause Altorfer  
contre Uebersax.

Jusqu'au 13 Mai 1893, le personnel de bureau de Jean Uebersax, fabricant de pendants et d'anneaux à la Chaux-de-Fonds, se composait de deux commis, Emile Altorfer et William Sahli, et d'un apprenti-commis, Jean Giauque; les deux derniers n'étaient employés d'Uebersax que depuis peu de temps; Altorfer, par contre, dès le 1<sup>er</sup> Janvier 1886; il était l'employé principal, chef de bureau, et remplaçait son patron en cas de besoin; il était chargé entre autre de distribuer l'ouvrage aux ouvriers, et jouissait de toute la confiance du chef de la maison.

Les espèces en caisse et les matières d'or et d'argent destinées à la fabrication des anneaux et pendants étaient renfermées dans un coffre-fort, dont la clef, au vu et au su des employés du bureau, était ordinairement cachée dans un tiroir du pupitre de Uebersax, et dissimulée sous des enveloppes.

Altorfer, qui avait formé le projet de s'associer avec William