

d'autre part, de la circonstance, connue de tous deux, que dame Grivel ne pouvait, sans ce transfert ou sans l'obtention d'une nouvelle patente, continuer l'exploitation de Déglon, il est incompréhensible que Déglon et dame Grivel aient attendu la condamnation de cette dernière à deux reprises à l'amende pour exploitation illicite, et la fermeture temporaire du café, pour faire les démarches qui ont permis à dame Grivel de continuer l'exploitation de l'établissement.

Dame Grivel et Déglon eussent aisément pu éviter tout dommage, en sollicitant antérieurement au 17 Août 1892, jour de la fermeture de l'établissement par l'autorité, — et jusqu'à droit connu, — une patente provisoire, qui a été accordée plus tard, et au bénéfice de laquelle la demanderesse se trouve encore aujourd'hui.

7° Il suit de ce qui précède que Blum doit être libéré de toute responsabilité de relever le défendeur Déglon, soit la masse de ses biens en discussion, de la condamnation à mille francs de dommages-intérêts prononcée au préjudice du prédit Déglon en faveur de dame Grivel. Il va de soi que le recourant doit être également libéré de tous les frais mis à sa charge par le jugement attaqué.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral
prononce :

1° Le recours est admis, et le jugement de la Cour civile du canton de Vaud, du 16 Janvier 1893, réformé en ce sens que Michel Blum est dispensé de toute obligation de relever le sieur Déglon, soit la masse de ses biens en discussion, de la condamnation du dit Déglon à 1000 francs de dommages-intérêts en faveur de dame Grivel.

2° Les frais de Thérèse Grivel demeurent à la charge de la masse Déglon, sans recours contre Michel Blum ; la masse Déglon supportera également les frais de Michel Blum devant les instances cantonales.

55. Urteil vom 29. April 1893 in Sachen Gamper gegen Konkursmasse der Kreditbank Winterthur.

A. Durch Urteil vom 9. Dezember 1892 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Von der Anerkennung der Beklagten, daß sie dem Kläger 9096 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 1892 schulde, wird am Protokoll Vormerkung genommen und die Beklagte bei dieser Anerkennung behaftet; im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt, es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Summe von 36,866 Fr. 45 Cts. plus Zins à 5 % vom 1. Dezember 1891 an zu bezahlen, eventuell sei die Beklagte zu verurteilen, ihm gegen Lieferung der 125 Aktien des Zürcher Bankvereins die seiner Zeit bezahlten 76,802 Fr. 80 Cts. zurückzubehalten, eventuell müßte der Kurs der Bankvereinsaktien zur Zeit seiner sachbezüglichen Offerte zu Grunde gelegt werden, wonach die Klagesumme sich auf 33,052 Fr. 80 Cts. belaufen würde.

Der Anwalt der Beklagten und Rekursbeklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Parteien standen seit längerer Zeit im Geschäftsverkehr namentlich in der Weise, daß der Kläger als Börsenagent von der Beklagten mit Aufträgen zum Kauf und Verkauf von Börseneffekten betraut wurde. Am 23. September 1891 schrieb der Kläger an die Beklagte: „Ich habe per Ende courant für meine „eigene Rechnung verkauft 125 Bankvereinsaktien, die Sie mir „gest. in Liquidation per ultimo gegen meine Vergütung von „76,802 Fr. 80 Cts. vorlegen wollen.“ Gemäß Auftrag der Beklagten an den Zürcher Bankverein vom 26. September wurden dem Kläger die 125 Stück Bankvereinsaktien (gleichzeitig mit andern Papieren) in der Septemberliquidation der Zürcher Börse geliefert und auf gleichem Wege vergütete dieser der Beklagten

den Gegenwert von 76,802 Fr. 80 Cts. Die Beklagte schrieb dem Kläger diesen Betrag im Kontokorrent pro 30. September 1892 als Kompensation Gamper gut. Am 16. November 1891 gab die Beklagte ihre Insolvenzerklärung ab; die Konkursöffnung wurde verschoben und vom Bezirksgerichtspräsidenten eine gerichtliche Verwaltung bestellt. Am 18. November 1891 zeigte der Kläger der Beklagten unter Berufung auf § 13 der Statuten des Zürcher Börsenvereins an, daß er, sofern ihm nicht innert 24 Stunden Deckung verschafft werde, ihre bei ihm anhängigen Engagements auf dem Exekutionswege abwickeln werde, und als die Beklagte untätig blieb, schrieb er ihr am 26. gleichen Monats, sie habe ihm in Liquidation per Ende September laut Zuschrift vom 23. genannten Monats für seine eigene Rechnung 125 Aktien des Zürcher Bankvereins in Depot gegeben, wogegen er ihr 76,802 Fr. 80 Cts. bezahlt habe. Infolge der beklagten Zahlungsstockung habe er heute diese Aktien per Exekution mit 40,000 Fr. abzüglich 63 Fr. 65 Cts. für Courtage und Stempel gekauft und die Beklagte hierfür mit 39,936 Fr. erkannt. In Wirklichkeit hat indes der Kläger eine „Exekution“ nicht vorgenommen, sondern einfach den Tageskurs der Bankvereinsaktien notiert. Im Prozesse fordert er die Differenz zwischen diesem Kurse und der von ihm seiner Zeit für die 125 Aktien der Beklagten bezahlten Summe von 76,802 Fr. 80 Cts. mit 36,866 Fr. 45 Cts. nebst Zins à 5 % seit 1. Dezember 1891. Zur Begründung brachte er an: Er sei im September 1891 für fremde Rechnung in einer Baissespekulation in Bankvereinsaktien begriffen gewesen und habe per ultimo 250 Stück solcher mehr verkauft gehabt als gekauft. Diese fehlenden Stücke habe er sich zur Hälfte durch feste Käufe, zur Hälfte durch das in Rede stehende Geschäft mit der Kreditbank verschafft. Sein Brief an letztere vom 23. September 1891 habe den Sinn gehabt, daß die Beklagte ihm die verlangten 125 Aktien gegen die Vergütung von 76,802 Fr. 80 Cts. vorschleife, in der Meinung, daß die Operation auf unbestimmte Zeit abgeschlossen sei, d. h. von jeder Partei in jedem ihr beliebigen Momente rückgängig gemacht werden könne, durch Rückgabe jener Summe seitens der Beklagten und von 125 Stück Bankvereinsaktien von seiner Seite. Nach-

dem die Beklagte infolge ihrer eingetretenen Insolvenz nicht im Stande gewesen sei, ihm gegen Rückgabe von 125 Stück Bankvereinsaktien die von ihm bezahlte Summe zu erstatten, habe er die Aktien nicht zum Zwecke der Rückgabe an die Beklagte wirklich zu kaufen brauchen, sondern sei er ohne weiters berechtigt, die Differenz zwischen der von ihm bezahlten Summe und dem Tageskurse, zu dem er die Aktien hätte erwerben können, als seinen Schaden einzufordern. Juristisch bezeichnete der Kläger das von ihm behauptete Geschäft ursprünglich als „Reportgeschäft“, später gab er zu, daß dasselbe, weil nicht auf einen bestimmten Termin abgeschlossen, nicht als eigentliches börsenmäßiges Reportgeschäft bezeichnet werden könne; dasselbe sei vielmehr ein Leihgeschäft. Heute hat der klägerische Anwalt dies dahin präzisiert, daß nicht eine Gebrauchsleihe, sondern ein Leihgeschäft im ökonomischen Sinne behauptet werde; juristisch liege eine Kombination zweier Darlehen auf unbestimmte Zeit vor, an den 125 Stück Bankvereinsaktien einerseits, der von ihm bezahlten Summe von 76,802 Fr. 80 Cts. andererseits. Die Beklagte hat die Forderung grundsätzlich bestritten; sie bestreitet, daß ein Geschäft der vom Kläger behaupteten Art abgeschlossen worden sei. Der Kläger habe vielmehr die 125 Stück Bankvereinsaktien fest gekauft. Das Geschäft sei durch die kompensationsweise Lieferung der Stücke endgültig abgewickelt; dasselbe habe übrigens dazu gedient, dem Kläger die von ihm als Anteilhaber eines von der Kreditbank geleiteten Syndikats in Bankvereinsaktien übernommenen Stücke zukommen zu lassen.

2. Die Vorinstanz führt aus, ein Vertrag des vom Kläger behaupteten Inhalts könnte rechtlich nicht als Gebrauchsleihe oder Darlehen, sondern müßte als Kaufgeschäft aufgefaßt werden, sei es, daß man annehme, es liege ein Reportgeschäft vor, abgeschlossen zunächst auf ultimo Oktober, aber mit der Beredung, daß bei Stillschweigen der Parteien das Geschäft jeweilen auf einen Monat prolongiert werde, sei es, daß man annehme, es sei dem Kaufe nur überhaupt, ohne Bezugnahme auf den speziellen Vertragstypus als Reportgeschäft, eine resolutive Protestativbedingung beigelegt worden. Diesen Ausführungen dürfte nicht beizutreten sein. Ein Reportgeschäft des von der Vorinstanz angedeuteten

Inhalts kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil der Kläger ein solches Geschäft gar nicht behauptet; er behauptet nicht ein zunächst auf ultimo Oktober abgeschlossenes, hernach sich jeweilen von Monatsende zu Monatsende stillschweigend prolongierendes Geschäft, sondern stellt vielmehr darauf ab, es sei vereinbart gewesen, jede Partei könne jederzeit, auch innerhalb eines Monats, die (generische) Rückerstattung ihrer Leistung gegen Rückgabe der Leistung des Gegners verlangen. Auch von einem Kauf mit beigefügter resolutiver Protestativbedingung kann wohl nicht gesprochen werden, denn nach den Vorbringen des Klägers war ja nicht ungewiß, daß die beidseitig gemachten Leistungen in Zukunft (in genere) zurückerstattet werden sollen, sondern war nur der Zeitpunkt dieser Rückerstattung dem Willen der Parteien anheimgestellt. Ebensovienig wie die juristische Konstruktion der Vorinstanz dürfte allerdings die heute vom klägerischen Anwalte vertretene, daß eine Kombination zweier Darlehen vorliege, für das vom Kläger behauptete Geschäft zutreffen. Derselben widerspricht, daß nach dem klägerischen Vorbringen jede Partei die (generische) Rückerstattung ihrer Leistung nur gegen Rückgabe der Leistung des Gegners verlangen kann, was bei Annahme zweier selbständiger Darlehen aus der Natur dieser Geschäfte durchaus nicht folgen würde. Am einfachsten und natürlichsten dürfte vielmehr das Vorbringen des Klägers juristisch dahin aufzufassen sein, daß ein einheitliches, durch irreguläres Pfandrecht versichertes Darlehen behauptet werde. Der Kläger behauptet, die 125 Stück Bankvereinsaktien auf unbestimmte Zeit gegen die Verpflichtung generischer Rückerstattung und gegen Sicherstellung durch die von ihm geleistete Zahlung geliehen zu haben. Er behauptet also den Tatbestand eines versicherten Darlehens. Nun ist ja allerdings richtig, daß die Zahlung des Klägers offenbar in das Eigentum der Beklagten überging und daß daher von einem regulären Faustpfand hier nicht gesprochen werden konnte; allein ganz unbedenklich darf in dem Vorbringen des Klägers die Behauptung eines Darlehens gegen irreguläres Faustpfand, bei welchem das letztere in das Eigentum des Gläubigers übergeht und nicht in specie, sondern nur der Summe nach zu erstatten ist, erblickt werden. Das *pignus irregulare* ist, wenn auch das

Obligationenrecht von demselben nicht ausdrücklich spricht, doch gewiß auch nach diesem Gesetze möglich. Mit dieser rechtlichen Auffassung stimmt denn völlig überein, was der Kläger über die beidseitigen Verpflichtungen der Parteien behauptet. Waren die 125 Bankvereinsaktien dem Kläger auf unbestimmte Zeit gegen Bestellung eines irregulären Faustpfandes geliehen, so konnte er jederzeit durch Rückgabe der gleichen Stückzahl dieser Aktien seine Schuld tilgen und war alsdann berechtigt, gleichzeitig die (generische) Rückerstattung seiner zum Zwecke der Darlehensversicherung gemachten Leistung zu verlangen. Umgekehrt war die Beklagte als Darlehensgläubigerin berechtigt, jederzeit das Darlehen zurückzufordern, gleichzeitig aber verpflichtet, dem Schuldner die als Kaution eingehändigte Summe herauszugeben.

3. Allein wenn auch danach die rechtliche Auffassung des klägerischen Vorbringens, wie sie in der Begründung des vorinstanzlichen Urteils gegeben wird, nicht als zutreffend erscheint, so muß diese Entscheidung selbst doch aufrecht erhalten werden. Zunächst ist klar, daß selbst wenn eine Übereinkunft des vom Kläger behaupteten Inhalts nachgewiesen wäre, doch das prinzipale Begehren der Klage abgewiesen werden müßte. Denn ein Rechtsgrund, aus welchem der Kläger einfach die Differenz zwischen dem Börsenkurse der Bankvereinsaktien an dem von ihm für die angebliche „Exekution“ gewählten Tage und der bezahlten Summe einzufordern berechtigt wäre, ist keinesfalls ersichtlich. Der Kläger wäre vielmehr, auch wenn die von ihm behaupteten Veredungen nachgewiesen wären, zu nichts anderem berechtigt, als gegen Tilgung seiner Darlehensschuld Rückgabe der geleisteten Kaution zu verlangen. Allein es ist nun überhaupt nicht nachgewiesen, daß ein Übereinkommen des vom Kläger behaupteten Inhalts sei abgeschlossen worden. Die Vorinstanz hat dies verneint und bei Beurteilung dieser reinen Beweisfrage ist ein Rechtsirrtum nicht unterlaufen. Vom Kläger ist wesentlich auf den Inhalt seines Briefes vom 23. September 1891, speziell auf den dort gebrauchten Ausdruck „vorlegen“ abgestellt worden; er behauptet, daß „vorlegen“ soviel wie „vorschießen“, „leihen“ bedeute, während, wenn es sich um ein festes Kaufgeschäft gehandelt hätte, nicht von „vorlegen“, sondern von „liefern“, gesprochen worden wäre.

Allein die Vorinstanz führt nun aus, der Ausdruck „vorlegen“ ermangle der nötigen Klarheit. Wörtlich genommen bedeute derselbe nichts weiteres als ein „vorweisen“ im körperlichen Sinne und es sei damit nicht angegeben, in welcher Meinung und zu welchem Zwecke letzteres geschehe, ob zu Besicht oder zur Behändigung und in welchem Sinne. Tatsächlich sei der Ausdruck in der Geschäftssprache nach dem Wissen kaufmännischer Mitglieder des Gerichts nicht gerade sehr gebräuchlich und könne derselbe nicht als ein technischer Ausdruck mit bestimmtem, allgemein anerkanntem Sinne gelten. Es falle zwar auf, daß nicht „liefern“ gesagt worden sei, wenn solches gemeint war, aber andererseits weise das Wort nicht eben bestimmt auf ein „Leihen“ hin, wenn es auch nicht unmöglich sei, solches darunter zu verstehen. In diesen Ausführungen liegt kein Rechtsirrtum; das Bundesgericht ist insbesondere nicht in der Lage, der Behauptung des Handelsgerichtes entgegenzutreten, daß das Wort „vorlegen“ kein in der Geschäftssprache anerkannter und allgemein bekannter technischer Ausdruck für „leihen“ sei. In dem Briefe vom 23. September 1891 für sich allein liegt also kein Beweis dafür, daß das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft ein Darlehensgeschäft der vom Kläger behaupteten Art war. Auch sonstige Tatumstände welche diese Willensmeinung der Parteien für den vorliegenden Fall außer Zweifel stellen würden, sind nicht festgestellt. Die Zeugenaussage des gewesenen Direktors der Beklagten, des wegen Betrugs und leichtsinnigen Bankrotts zu Arbeitshausstrafe verurteilten H. Manz ist, nach der Feststellung des Vorderrichters, mit Vorsicht aufzunehmen und wenig glaubwürdig. Zudem hat auch der gewesene Direktor Manz bloß ausgesagt, daß die Kreditbank einzelne Geschäfte der vom Kläger behaupteten Art in Bankvereinsaktien (mit Dritten) abgeschlossen habe und daß einmal eine Besprechung zwischen ihm und dem Kläger über ein solches Geschäft stattgefunden habe. Dagegen hat er nicht auszusagen vermocht, daß das Geschäft dann in der Tat im Sinne jener Besprechung abgeschlossen worden sei. Die Aussagen des ehemaligen Prokuristen der Kreditbank, Bachmann, sind nach der Entscheidung der Vorinstanz schon deshalb ohne Bedeutung, weil sie auf (unglaubwürdige) Angaben des Manz zurückgehen. Im

weiteren ist nach den vorliegenden Akten in den Büchern der Beklagten keinerlei Buchung des streitigen Geschäftes enthalten, welche zum Ausdruck brächte, daß dasselbe mit der kompensationsweisen Lieferung der Titel nicht definitiv abgewickelt sei, sondern daraus noch eine Pflicht zu Rücknahme der Titel gegen Erstattung der klägerischen Zahlung fortbestehe; und das Gleiche gilt nach der vorinstanzlichen Feststellung auch rückichtlich der Bücher des Klägers. Denn eine in den klägerischen Büchern sich findende Buchung auf „Reportkonto“ der Kreditbank ist, nach der Feststellung der Vorinstanz, erst nachträglich gemacht worden und daher nicht beweiskräftig. Danach hat denn in der Tat der Kläger das Fundament seiner Klage nicht bewiesen; es steht nicht fest, daß die Lieferung der Bankvereinsaktien auf Grund einer Vereinbarung erfolgte, welche den Kläger zu (generischer) Rückgabe derselben und Rückforderung seiner Leistung berechtigte. Hieran ist umsomehr festzuhalten, als ein Geschäft, wie der Kläger es behauptet, im Bankverkehr wohl jedenfalls ein außergewöhnliches wäre; wenn der Kläger wirklich ein derartiges außergewöhnliches Geschäft abzuschließen beabsichtigte, so mußte er dies zu klarem unzweideutigem Ausdrucke bringen und sich nicht schwankender Wendungen bedienen, welche verschiedene Auffassungen zuließen. Die Klage ist demnach, da der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht hat, abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Teilen bei dem angefochtenen Urteile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.