

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

84. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. September 1921

i. S. Cori gegen Schweiz. Kreditanstalt.

Berufung; Rechtsanwendung; Erfüllungsort.
Kaufvertrag über ausgeloste Wertpapiere. Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei Nichteinlösung der Wertpapiere durch den Schuldner. Böser Glaube des Verkäufers.

A. — Der Kläger Cori, früher Kaufmann in Konstantinopel, stand im Jahr 1919 mit der Beklagten, der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich, in Geschäftsbeziehung; er hatte bei ihr Werttitel im Depot.

Am 27. November 1919 schrieb ihm die Beklagte (nach Frankfurt), unter den bei ihr deponierten Coupons befinde sich eine Anzahl, deren Verwertung ihr heute zu den nachstehenden Kursen möglich wäre:

£ 27. — 4 ½ % Argentinische Anleihe von 1887, zu 4 Fr. 80 Cts. per Peso Gold;

£ 52.10 5 % Argentinische Innere Anleihe von 1909, zu 23 Fr. per £;

sie sehe seinen Entschliessungen für eventuellen Verkauf dieser Coupons gerne entgegen.

Der Kläger telegraphierte der Beklagten am 17. Dezember (von Hamburg aus), er nehme das Angebot an; hierauf übernahm die Beklagte die Coupons und schrieb ihm das Produkt « unter üblichem Vorbehalt », Valuta 19. Dezember 1919, gut.

Am 24. August 1920 teilte dann die Beklagte dem Kläger mit, die Coupons der 4 ½ % Anleihe seien ihr von ihrem Korrespondenten in Buenos-Aires zurückgesandt worden, weil sie dort nicht zahlbar seien, sie

belaste ihn infolgedessen « per Storno » mit 648 Fr., Valuta 19. Dezember 1919. Gleichzeitig zeigte sie dem Kläger an, dass von den Coupons der 5 % Anleihe von 1909 (£ 52.10) insgesamt £ 22.10 von der Inkassostelle wegen Verjährung der Coupons retourniert worden seien; sie belastete den Kläger deshalb mit 517 Fr. 50 Cts., Valuta 19. Dezember 1919.

Gegen diese Belastungen protestierte der Kläger am 7. September 1920, indem er die Bemängelung der Coupons als verspätet zurückwies.

B. — Durch obiges Telegramm vom 17. Dezember 1919 hatte der Kläger ferner der Beklagten « 10,000 Goldpesos verlorene Stücke der Argentinischen (5 %) Goldanleihe von 1887, zu 5 Fr. per Goldpeso » offeriert.

Die Beklagte antwortete am 18. Dezember telegraphisch, sie biete dafür 4 Fr. 90 Cts. äusserst.

Der Kläger erwiderte am 21. Dezember, er « akzeptiere » 10,500 verlorene Goldpesos Stücke zu 4 Fr. 90 Cts., und die Beklagte bestätigte mit Schreiben vom 23. Dezember, dass sie von ihm « Goldpesos 10,500 verlorene Argentinische Goldanleihestücke zu 4 Fr. 90 Cts. per Goldpeso » übernehme und der Zusendung der Stücke entgegenstehe.

Am gleichen Tage telegraphierte der Kläger, er « akzeptiere weitere 5000 Goldpesos wie zuletzt », worauf die Beklagte am 27. Dezember 1919 schrieb, sie bleibe der Zustellung der ihr überlassenen weiteren 5000 Goldpesos rückzahlbare Argentinische Obligationen, zu 4 Fr. 90 Cts. per Goldpeso, gewärtig und werde nach Erhalt Abrechnung erteilen.

Am 4. Januar 1920 bot die Beklagte dem Kläger für weitere 10,000 Pesos « geloste Argentinische » zu 4 Fr. 90 Cts. per Peso, was der Kläger akzeptierte.

Er sandte die Obligationen der Beklagten durch das Bankhaus Louis Wolff in Hamburg zu. Die Beklagte teilte ihm den Empfang am 7. Januar 1920 mit; sie verwendete hiezu ein Formular für die « Abteilung

Coupons », lautend : « Wir beehren uns, Ihnen hiemit Aufgabe zu erteilen über die nachstehend verzeichneten Coupons, deren Produkt wir Ihnen unter üblichem Eingangsvorbehalt gutschreiben. »

Dann heisst es unter dem Titel « Bordereau » :

« Wir übernehmen von Ihnen (Rimesse des Hauses Louis Wolff) :

	Pesos.
9 Stück à 1000 5 % Argentinische innere Goldanleihe von 1887, verlost	9,000.—
22 Stück à 500 5 % Argentinische innere Goldanleihe von 1887, verlost	11,000.—
50 Stück à 100 5 % Argentinische innere Goldanleihe von 1887, verlost	5,000.—
Pesos 500 5 % Argentinische innere Goldanleihe, verlost per 1. Juli 1916, abzüglich ein fehlender Coupon per 1. Januar 1917 (12.50)	487.50
	Pes. 25,487.50

Kurs 4.90, Produkt = 124,888 Fr. 75 Cts.

Valuta 7. Januar. »

Diesen Betrag, der dem vereinbarten Kaufpreis entspricht, schrieb die Beklagte dem Kläger gut.

Am 19. und 20. Januar 1920 teilte sie ihm aber mit, sie sei gezwungen, die Gutschrift über die von ihm übernommenen Obligationen der Argentinischen Goldanleihe von 1887 zu stornieren, denn sie habe soeben erfahren, dass dieselben nicht zahlbar seien, und zwar werden sie derzeit weder in Buenos-Aires, noch an irgend einem andern Platze bezahlt.

Der Kläger erwiderte sofort telegraphisch, dass er mit der Stornierung nicht einverstanden sei und die Beklagte für alle Folgen verantwortlich mache.

Hierauf entgegnete die Beklagte am 27. Januar, sie habe dem Kläger die Titel nur unter Vorbehalt des richtigen Eingangs kreditiert ; falls die Titel nicht

eingelöst werden, habe sie das Recht, die Gutschrift rückgängig zu machen.

In der folgenden Korrespondenz hielten beide Parteien an ihrem Standpunkte fest. Die Beklagte machte für die nach der Stornierung sich zu ihren Gunsten ergebende Saldoforderung von rund 30,000 Fr. ein Retentionsrecht an den in ihrem Besitz befindlichen Werttiteln des Klägers geltend.

C. — Nach den Feststellungen der kantonalen Instanz hat es mit den verlostten Argentinischen Staatsobligationen, welche den Gegenstand des Kaufes bilden, folgende Bewandnis :

Es handelt sich um Stücke einer fünfprozentigen, inneren Goldanleihe vom Jahre 1887, zu deren Ausgabe bis zum Betrag von 10,291,000 Goldpesos die Regierung der Republik Argentinien durch Gesetz vom 2. Dez. 1886 ermächtigt worden war. Nach Art. 2 dieses Gesetzes waren die Titel dazu bestimmt, zur Bezahlung der Schuld der Regierung an die Nationalbank in Buenos-Aires zu dienen. Am 25. Januar 1887 kam dann ein Vertrag zu stande zwischen der Nationalbank einerseits und der Disconto-Gesellschaft Berlin sowie der Norddeutschen Bank in Hamburg, letztere vertreten durch das Bankhaus Ernesto Tornquist & C^{ie} in Buenos-Aires, andererseits über die Gewährung eines Darlehens, mit Verpfändung der fraglichen Titel, wobei den Pfandgläubigern das Recht eingeräumt wurde, die Titel zu einem bestimmten Kurs zu übernehmen. Für den Fall der Ausübung dieses Rechts verpflichtete sich die Nationalbank, den Dienst der Zinsen und Amortisationen auf den deutschen Bankplätzen zu 4 Mark per Goldpeso zu besorgen, und zwar laut Aufdruck auf den Titeln als Selbstschuldnerin neben dem Argentinischen Staat.

Am 7. April 1891 stellte die Nationalbank ihre Zahlungen ein. Am 19. September 1898 kam zwischen den deutschen Emissionsbanken und dem Argentinischen Finanz-Ministerium ein Abkommen zu stande, nach

welchem auf alle Rechte gegen die Nationalbank verzichtet wurde, was auf den Titeln durch einen Stempelaufrdruck vermerkt worden ist; die Argentinische Regierung übernahm zugleich die Verpflichtung, die Mittel für die Zinsen und Amortisationen wie bisher bei den deutschen Zahlstellen zur Verfügung zu stellen. Die Disconto-Gesellschaft in Berlin erhielt jedoch die nötigen Mittel nur noch pro Januar 1917, nicht aber für die Zinsen und Amortisationen pro Juli 1917 und die später fälligen. Deswegen löste sie Coupons und verlorne Stücke mit Fälligkeit nach 1. Januar 1917 nicht mehr ein.

Die Disconto-Gesellschaft teilte dies der Beklagten auf deren Anfrage vom 23. April 1920 am 28. gleichen Monats mit, und fügte bei, dass diese Titel am Berliner Markte im freien Verkehr umgesetzt werden, der Kurs stelle sich auf zirka 250 % des Markbetrags.

Laut Mitteilung des Bankgeschäftes Levy in Hannover an die Beklagte vom 20. September 1920 wurden verlorne Stücke des 5 % abgestempelten Argentinischen Staatsanleihens von 1887 Ende Dezember 1919 mit zirka 400 % des Markbetrages bewertet.

Das Nämliche ergibt sich aus einer Zuschrift der Bank Lazard Speyer-Ellissen in Frankfurt a/M. vom 11. März 1920.

Auch bestätigte das Bankhaus Louis Wolff in Hamburg unterm 12. Mai 1920 der Beklagten, die fraglichen Titel seien Ende Dezember 1919 mit 435 % des Markwertes gehandelt worden; es habe selbst grössere Posten darin « getätigt ».

D. — Als die Beklagte die vom Kläger erhaltenen Titel verwerten wollte, erhielt sie zunächst von ihrem Sitze in Genf die Mitteilung, dass die Titel weder in Buenos-Aires, noch an einem anderen Platze eingelöst würden. (Deshalb die Stornierung vom 19./20. Januar 1920). Sie wandte sich dann an die Firma Tornquist & C^{ie} in Buenos-Aires, mit der Anfrage, ob die Titel dort

eingelöst würden, und erhielt den Bericht, dass die Zahlung verweigert werde, weil die betreffende Anleihe infolge Vereinbarung mit den deutschen Banken in eine äussere Schuld umgewandelt worden sei. Die Disconto-Gesellschaft in Berlin erteilte der Beklagten auf Befragen die in Fakt. C oben wiedergegebene Auskunft.

In einer späteren Mitteilung vom 3. Mai 1920 stellte die Firma Tornquist & C^{ie} in Aussicht, dass die Argentinische Regierung in nächster Zeit eine offizielle Erklärung über die Zahlungsverweigerung abgeben werde; eine solche scheint indessen nicht gemacht worden zu sein.

E. — Mit der vorliegenden Klage stellt der Kläger in erster Linie das Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, seinem Konto den Betrag von 124,888 Fr. 75 Cts., Wert 7. Januar 1920, gutzuschreiben, und den sich danach ergebenden Saldo an ihn auszubezahlen; in zweiter Linie: es sei festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, an den bei ihr deponierten Werttiteln des Klägers ein Retentionsrecht geltend zu machen.

F. — Die Beklagte hat Abweisung beider Rechtsbegehren beantragt, und widerklageweise verlangt, dass:

1. der Kläger und Widerbeklagte verurteilt werde, an sie zu bezahlen: 31,704 Fr. 85 Cts. nebst 6 % Zins seit 1. Mai 1920, und 1165 Fr. 50 Cts. nebst 6 % Zins seit 19. Dezember 1919;

2. das von ihr für ihre genannte Forderung geltend gemachte Retentionsrecht an den in ihrem Besitz befindlichen Werttiteln des Klägers begründet erklärt werde.

Der Betrag von 31,704 Fr. 85 Cts. stellt den Kontokorrent-Saldo dar, welcher sich nach der Stornierung der Gutschrift von 124,888 Fr. 75 Cts. per 1. Mai 1920 zu Gunsten der Beklagten ergibt, und der an und für sich nicht bestritten ist; die Forderung von 1165 Fr. 50 Cts. gründet sich auf den unter A hievor geschil-

derten Tatbestand, d. h. auf die Belastung des Klägers mit 648 Fr. plus 517 Fr. 50 Cts. für nichteingelöste Coupons.

G. — Durch Urteil vom 9. Dezember 1920 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Hauptklage abgewiesen, die Widerklage dagegen in vollem Umfange begründet erklärt.

H. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger und Widerbeklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Hauptklage im vollen Umfange und auf Abweisung der Widerklage. Eventuell wird beantragt, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit dem Auftrag, der Beklagten « gemäss ihrem Anerbieten (Frist anzusetzen ?), gegen die Argentinische Republik auf dem Prozessweg die 24,500 (?) Pesos einzuklagen, um damit den Beweis zu leisten, dass die Schuldnerin nicht gezwungen werden könne, diese Summe zu bezahlen », weiter eventuell mit dem Auftrag, der Beklagten den Beweis dafür aufzulegen und abzunehmen, dass die Einlösung der streitigen Wertpapiere vom schuldnerischen Staate selbst verweigert worden ist.

J. — Die Beklagte hat beantragt, die Berufung sei als unbegründet zu erklären und das vorinstanzliche Urteil in allen Teilen zu bestätigen, eventuell die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Abnahme der offerierten Beweise dafür, dass :

1. die Beklagte und ihre Organe durch absichtliche Täuschung des Klägers zum Ankauf der im Prozesse liegenden Argentinischen Goldpesos verleitet worden seien ;

2. die Einlösung der streitigen Titel und Coupons in Buenos-Aires vom schuldnerischen Staate verweigert wurde und verweigert werde ;

3. der schuldnerische Staat auch auf dem Prozesswege nicht gezwungen werden könne, die Titel und Coupons in Buenos-Aires in Goldpesos oder deren Wert einzulösen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berufung sind vorhanden. Insbesondere ist anzunehmen, dass die Streitsache nach eidgenössischem Recht zu beurteilen sei : denn der Kaufvertrag, aus welchem geklagt wird, war von beiden Parteien in der Schweiz zu erfüllen ; der Kläger hatte der Beklagten die verkauften Wertpapiere nach Zürich zu liefern. Davon, dass die Beklagte die Titel etwa in Deutschland hätte abnehmen sollen, ist nicht die Rede ; das Bankhaus Wolff in Hamburg handelte, indem es die Zusendung an die Beklagte besorgte, als Vertreter des Klägers, und nicht der Beklagten. Nach ständiger Praxis greift deshalb die Vermutung Platz, dass die Parteien das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis dem schweizerischen Recht haben unterstellen wollen.

2. — Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger den Kaufpreis für die Wertpapiere, welche er der Beklagten in Ausführung des mit ihr abgeschlossenen Kaufvertrages geliefert hat, und die zu entscheidende Streitfrage besteht darin, ob sich die Beklagte gegenüber diesem Anspruch mit Recht darauf berufe, dass der Schuldner der in diesen Wertpapieren verbrieften Forderungen sich weigert, dieselben zu bezahlen.

3.—Die Vorinstanz hat den Standpunkt der Beklagten geschützt, indem sie ausführte : Gegenstand des Kaufvertrages bildeten ausgeloste, d. h. zur Rückzahlung fällige, auf Goldpesos lautende Staatsobligationen, also Titel, welche kraft dieser besonderen Eigenschaft den Erwerber in den Stand setzen sollten, innerhalb kurzer Frist wirklich Goldpesos zu erhalten. Daher seien beide Parteien von der, zwar nicht besonders betonten, aber selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen, dass die Titel sofort einlösbar seien. Nur unter dieser Voraussetzung habe der Kläger einen Preis von 5 Fr. per Goldpeso (was der Münzparität entspreche) fordern, und die Beklagte (unter Berücksichtigung der Spesen

und eines kurzen Zinsverlustes) einen Preis bieten können, der annähernd dem Parikurs gleichkomme. Aus dem Preise sei für den Kläger, welcher von Haus aus Bankfachmann sei, ohne weiteres erkennbar gewesen, dass sich die Beklagte nicht dem, in jetziger Zeit bei den starken Schwankungen fremder Valuten besonders grossen Risiko habe aussetzen wollen, das Geld erst nach längerer Zeit zu erhalten, sondern dass sie der Meinung gewesen sei, es mit einem liquiden, sofort realisierbaren Papier zu tun zu haben. Die Einlösbarkeit der Titel sei also für den Abschluss des Geschäftes von wesentlicher Bedeutung gewesen. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Titel nicht eingelöst werden konnten, sei die Beklagte daher berechtigt gewesen, die Aufhebung des Geschäftes zu verlangen, sei es dass man davon ausgehe, es handle sich bei der sofortigen Einlösbarkeit um eine zugesicherte Eigenschaft (Art. 197 OR), sei es dass man darauf abstelle, dass die Gewährleistung für den Bestand der Forderung nach Art. 171 OR auch dann wirksam werde, wenn sie nicht so besteht, wie sie nach der Meinung der Parteien sein sollte.

4. — Zu diesen Ausführungen ist zu bemerken: Was zunächst die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach Art. 197 OR anbetrifft, so scheidet die Haftung für körperliche Mängel nach dem vorliegenden Tatbestand aus; dagegen fragt es sich, ob die von der Vorinstanz konstatierte Nichteinlösbarkeit als rechtlicher Mangel der gehandelten Titel zu betrachten sei. Nun erklärt die Vorinstanz, es könne nicht zweifelhaft sein, dass die streitigen Titel deshalb nicht zur Einlösung gelangen konnten, weil seitens der Argentinischen Republik die Zahlung verweigert werde, und nicht etwa deshalb, weil die Forderungen nicht zu Recht bestehen würden. Dass diese, in den Titeln verkörperten Forderungen zu Recht bestehen, und von der Beklagten als Inhaberin derselben geltend gemacht werden können,

sei zwischen den Parteien nicht streitig, wie auch die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht etwa in Frage gestellt worden sei. Die Beklagte mache vielmehr geltend, dass sie infolge der Zahlungsverweigerung des Argentinischen Staates nicht in der Lage gewesen sei, von den Titeln den vorausgesetzten Gebrauch zu machen. Allein wenn auch der Argentinische Staat seine Stellungnahme anscheinend damit begründen wolle, dass seine Verpflichtung, in Goldpesos zu bezahlen, weggefallen sei, so liegen doch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass er dazu berechtigt wäre. Massgebend sei der Inhalt der Titel. Darnach handle es sich um eine innere Goldanleihe, und es seien die Rechte der Titelinhaber, nach wie vor die Auszahlung in Argentinien in Goldpesos zu verlangen, nicht berührt worden.

Nun wird aber die Frage, ob der Argentinische Staat zur Einlösung der fraglichen, von ihm ausgegebenen Anleihenstitel verpflichtet sei, nicht vom schweizerischen Recht beherrscht. Die Titel sind in Argentinien auf Grund der dortigen Gesetzgebung ausgegeben worden, und in Argentinien (bei der dortigen Staatskasse), sowie in Deutschland (bei den oben genannten Bankhäusern) zahlbar gestellt, weshalb sich nach argentinischem, daneben eventuell auch nach deutschem, nicht aber nach schweizerischem Recht beurteilt, ob und unter welchen Bedingungen eine Befreiung des Anleihenschuldners eingetreten sei. Nach Art. 57 OG hat daher das Bundesgericht, als Berufungsinstanz, in dem hier zur Entscheidung stehenden Punkte die Richtigkeit der kantonalen Entscheidung nicht nachzuprüfen, und damit erweist sich die Behauptung der Beklagten, die Kaufsache leide an rechtlichen Mängeln im Sinne des Art. 197 OR, als unbegründet. Zu dem gleichen Resultat gelangt man auf Grund des Art. 171 OR, wonach bei der entgeltlichen Abtretung der Abtretende für den Bestand der Forderung, nicht aber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet, er hätte

sich denn dazu verpflichtet ; denn mit dieser, aus dem gemeinen Recht übernommenen Bestimmung will das BG über das OR ebenfalls unterscheiden zwischen Mängeln, welche der Forderung selbst anhaften, und denjenigen, welche sich aus der Person des Schuldners ableiten, und die Gewährspflicht des Veräusserers auf jene beschränken. Die blosser Tatsache, dass der Schuldner die Zahlungspflicht bestreitet, genügt nun aber für sich allein noch nicht, um mit Sicherheit auf einen Mangel im Bestande der Forderung zu schliessen ; so lange nicht feststeht, dass der Schuldner im Rechte ist, muss seine Bestreitung als ein Hindernis angesehen werden, welches nach Art. 171 OR mangels besonderer Abrede auf die Gefahr des Erwerbers geht.

5. — Der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Wandelung lässt sich somit aus Art. 197, in Verbindung mit Art. 171 OR, nur herleiten, wenn gesagt werden kann, der Kläger habe die sofortige Einlösbarkeit der Titel zugesichert. Es ist unbestritten, dass derselbe eine solche Erklärung nicht ausdrücklich abgegeben hat. Die Vorinstanz nimmt jedoch eine stillschweigende Zusicherung an, und erblickt sie darin, dass beide Parteien von der, wenn auch nicht besonders betonten, so doch selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen seien, dass die Titel den Erwerber in den Stand setzen sollten, innerhalb kurzer Zeit dagegen wirklich Goldpesos zu erhalten. Nun ist ihr durchaus beizupflichten, dass es bei einem derartigen Kaufgeschäft nicht nur als selbstverständlich erscheint, dass der Käufer beim Abschluss von der gedachten Voraussetzung ausgeht, sondern dass er die gleiche Auffassung auch beim Verkäufer voraussetzen darf, weshalb diesem bewusst sein muss, dass er durch vorbehaltlose Zustimmung zu den gedachten Vertragsbestimmungen bei dem Käufer die Meinung erweckt, bzw. bekräftigt, er selbst hege die gleiche Zuversicht betreffend die sofortige Einlösbarkeit, d. h. es sei ihm

nichts bekannt, was dieselbe zu erschüttern vermöchte ; sodass also in der Tat in seinem Stillschweigen die Zusicherung liegt, er sei davon überzeugt, dass allfällige Zweifel an der Zahlungsbereitschaft des Titelschuldners nicht bestehen. Dagegen erscheint es nicht zulässig, darüber hinaus eine stillschweigende Erklärung des Verkäufers in dem weiteren Sinne anzunehmen, er wolle auch dafür einstehen, dass nichts geschehen werde, was der gedachten gemeinsamen Voraussetzung der Vertragsparteien zuwider wäre, und dass er also die unbedingte Einlösbarkeit auch für den nicht vorausgesehenen Fall zusichern wolle, dass sich ihr ein völlig unerwartetes Hindernis entgegenstellen sollte, wie z. B. der vom Titelschuldner gefasste Entschluss, die Zahlungen für dieses Anleihen von nun an zu verweigern. Auf eine solche weitergehende stillschweigende Zusicherung des Verkäufers darf insbesondere deshalb nicht geschlossen werden, weil er sich damit nicht nur der Gefahr aussetzen würde, eventuell den Kaufpreis wieder zurückerstatten, sondern auch dem Käufer für dessen Erfüllungsinteresse einstehen zu müssen, falls ihm der Beweis etwa nicht gelingen sollte, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 208 Abs. 3 OR).

6. — Aus den selbstverständlichen Voraussetzungen, unter welchen ein Kaufgeschäft der vorliegenden Art nach Treu und Glauben als abgeschlossen zu gelten hat, darf somit einem gutgläubigen Verkäufer gegenüber nicht auf die stillschweigende Zusicherung absoluter Einlösbarkeit der Titel ohne weiteres geschlossen werden. Anders verhält es sich dagegen, wenn der Verkäufer nicht gutgläubig war, d. h. wenn er wusste, oder doch dringenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gedachten, vom Käufer gehegten Voraussetzungen sich nicht verwirklichen werden. Ein solcher, den guten Glauben des Verkäufers zerstörender Verdachtsgrund bestand jedenfalls dann, wenn die Titel bereits beim Kaufabschluss gegenüber dem vereinbarten Kauf-

preis einen derart tief gesunkenen Börsenkurs aufwiesen, dass an eine sofortige, glatt verlaufende Einlösung gar nicht mehr zu denken, und dem Verkäufer diese Sachlage bekannt war.

7.— Aus den Akten und den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich nun, dass die fraglichen Titel zur Zeit des Vertragsschlusses an den deutschen Börsenplätzen, von denen aus der Kläger mit der Beklagten teils korrespondierte, teils die Titel liefern liess, zu ungefähr 400 % des Markbetrages gehandelt wurden, was bei dem damaligen Kurs der Mark ungefähr 1 Fr. 60 Cts. per Goldpeso entspricht; und zwar bestätigt gerade das Bankhaus Louis Wolff in Hamburg, welches der Beklagten die Titel für Rechnung des Klägers übersandt hat, in einer Mitteilung vom 12. Mai 1920, es habe selbst grössere Posten in diesen Titeln « getätigt ». Unter diesen Umständen erscheint es als unwahrscheinlich, dass dem Kläger, welcher zu jener Zeit mit Werttiteln handelte, nicht bekannt gewesen sei, dass die fraglichen Obligationen auf dem angegebenen, mit dem vereinbarten Kaufpreis in so grellem Widerspruch stehenden Kursniveau standen, und er hätte daher, angesichts der von der Beklagten erhobenen Behauptung der arglistigen Täuschung, alle Veranlassung gehabt, im Prozesse darüber Auskunft zu geben, wann und wo, und zu welchen Preisen er die Titel erworben habe. Statt dessen hat er sich ausdrücklich geweigert, das Gericht in diesem wesentlichen Punkte aufzuklären. Er hat sich in seiner Sachdarstellung auf die äusserst vage Erklärung beschränkt, einen Teil zu Konditionen erworben zu haben, « welche ihm keinen übermässigen Gewinn lassen ». Wie es sich mit dem andern Teil verhalte, verschwieg er. Es leuchtet jedoch ein, dass der Kläger gegenüber der Beklagten nicht gutgläubig war, wenn er auch nur einen Teil der Titel zu jenen Kursen erworben hatte.

8.— Nach bekannter Rechtsregel trägt nun allerdings

die Beklagte die Beweislast für ihre Einrede, dass der Kläger bösgläubig gehandelt habe. Allein auf Grund der Aktenlage muss der Beweis hierfür als erbracht erachtet werden, sofern der Kläger die Schlüssigkeit der angeführten Tatsachen nicht zu widerlegen vermocht hat. Den ihm obliegenden Gegenbeweis hat er aber nicht nur nicht angetreten, sondern, wie bereits bemerkt, es ausdrücklich abgelehnt, über die entscheidenden Fragen hinsichtlich der Preise, zu welchen er selbst die Titel erworben, Auskunft zu geben. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass er wenigstens einen Teil der Titel zu den oben angegebenen Kursen, oder annähernd zu solchen, sich habe beschaffen können.

9.— Dass etwa die Beklagte ihrerseits Tatsachen gekannt habe, welche darauf hingedeutet hätten, dass die Titel seit Juli 1917 von der Argentinischen Republik nicht mehr eingelöst werden, erscheint bei dem Preise, welchen sie bewilligte, schlechterdings als ausgeschlossen. Ob sie aber bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt sich nicht besser hätte informieren können, ist nicht weiter zu untersuchen, weil auf Seite des Klägers böser Glaube angenommen werden muss und deshalb seine Klageforderung auch dann nicht geschützt werden kann, wenn die Beklagte der Vorwurf eigener Fahrlässigkeit trifft.

Denn nach Art. 26 OR schadet die eigene Fahrlässigkeit dem Irrenden nur, wenn der Andere den Irrtum nicht gekannt hat, oder nicht hätte kennen sollen. Im vorliegenden Falle konnte aber der Kläger, wie bemerkt, darüber nicht im Zweifel sein, dass die Beklagte von einem, der sofortigen Einlösbarkeit entgegenstehenden Hindernis, wie es sich in der Zahlungsverweigerung des Titelschuldners verwirklicht hatte, und von den in Deutschland bestehenden Kursen der gehandelten Titel offenbar keine Ahnung hatte. Im Gegenteil hat er durch sein Auftreten gegenüber der Beklagten deren Irrtum wissentlich unterhalten und bestärkt,

indem er einen Kaufpreis von 5 Fr. pro Goldpeso forderte, und sich damit den Anschein gab, als sei er im Ernste der Meinung, dass auf solcher Basis wohl gehandelt werden könne.

Aus diesem Grunde braucht endlich auch auf die, insbesondere in den eingelegten Rechtsgutachten eingehend erörterte Frage nicht weiter eingetreten zu werden, ob die Beklagte den Vertrag gestützt auf Art. 24 OR anfechten könne; denn es trifft nach dem Gesagten Art. 28 OR zu, und der Vertrag erscheint daher für die Beklagte auch dann als nicht verbindlich, wenn ihr Irrtum kein wesentlicher war.

10. — Hinsichtlich der Widerklage fällt in Betracht:

a) Die Forderung von 31,704 Fr. 85 Cts., die den Kontokorrentsaldo per 1. Mai 1920 darstellt, ist an und für sich nicht bestritten, sondern nur die von der Beklagten in Rechnung gestellte Kommission von $\frac{1}{4}$ % auf 78,314 Fr. 90 Cts. (= 195 Fr. 80 Cts.). Der Einwand, es fehle an einer Vereinbarung, welche die Beklagte zu dieser Belastung berechtigen würde, hält jedoch nicht stich. Denn die Beklagte hat sich in den für den Kontokorrentverkehr aufgestellten allgemeinen Bestimmungen, denen sich der Kläger unterworfen hat, vorbehalten, ausser den Zinsen auch die jeweiligen festgesetzten Provisionen zu berechnen. Gegen den Ansatz von $\frac{1}{4}$ % und die Art und Weise der Berechnung der Kommission sind Einwendungen nicht erhoben worden; übrigens hat die Vorinstanz festgestellt, dass jener Ansatz bei einem ungedeckten Konto, wie dem vorliegenden, üblich sei.

b) Auch die Couponsforderung von 1165 Fr. 50 Cts. erscheint aus den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz als begründet. Da die Beklagte bei der Uebernahme der Coupons erklärt hat, sie schreibe dem Kläger das Produkt nur unter dem üblichen Eingangsvorbehalt gut, kann sie sich auf diesen Vorbehalt berufen, wenn die Coupons nicht eingelöst werden

konnten. Nun geht aus dem eingelegten Bordereau der Firma Tornquist & C^{ie} vom April 1920 hervor, dass die Coupons der 4 $\frac{1}{2}$ % Anleihe mangels Einlösung zurückgesandt wurden, und aus der Zuschrift des Bankhauses A. Iselin & C^{ie} in New-York vom 14. April 1920, dass das Inkasso der Coupons der 5 % Anleihe von 1909 wegen Verjährung nicht möglich war. Die Beklagte war deshalb berechtigt, die Gutschrift zu stornieren und die Coupons dem Kläger zur Verfügung zu stellen; sie hat auf dieses Recht nicht etwa dadurch verzichtet, dass sie mit jener Massnahme bis Ende August 1920 zugewartet hat.

c) Dass endlich der Beklagten für ihre Widerklageforderungen an den in ihrem Besitze befindlichen Wertschriften des Klägers ein Retentionsrecht zusteht, ergibt sich aus Art. 895 ZGB.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 1920 bestätigt.

85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1921

i. S. Kosmos A.-G. gegen Fleischer.

Berufung. Rechtsanwendbarkeit bei Distanzkauf; Parteiwillen und Erfüllungsort.

A. — Die Klägerin, Kosmos A.-G. in Mailand, kaufte Ende Januar 1920 durch Vermittlung des Attilio Boggiali in Mailand vom Beklagten Fleischer in Zürich eine grössere Partie Spielwaren; nach übereinstimmender Darstellung der Parteien erfolgte der Verkauf « loco Fürth » (Bayern), woselbst die Waren sich befanden. Der Preis wurde auf 24,738 Mk. 40 festgesetzt, und von der Klägerin am 29. Januar durch Scheck bezahlt.