

Sin视角 schließlich in Betracht, daß das Konkursgericht selbst, das aus den Parteiverhandlungen sich am besten hätte orientieren können, den Prozeß offenbar nicht als einen Kollokationsstreit aufgefaßt hat. Sonst hätte dasselbe nach der Aktenlage sich veranlaßt gesehen zu untersuchen, ob nicht bereits ein unanfechtbarer Kollokationsplan vorliege und ob eventuell die Forderungen der Kläger als pfandversicherte oder privilegierte im Sinne von Art. 219 eine bevorzugte Stellung beanspruchen könnten. Diese Fragen hat das Gericht mit keinem Worte berührt, sondern sich gegenteils auf den Standpunkt gestellt, daß ein Anspruch der Kläger gegen die Masse direkt vorliege. Einen Anspruch an die Masse haben nun aber die Kläger in keiner Weise nachgewiesen, und läßt sich ein solcher insbesondere auch nicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung begründen. Ein Anspruch an die Masse würde voraussetzen, daß die Kläger, abgesehen von dem zwischen ihnen und dem Konkursiten bestehenden Rechtsverhältnis, in ein solches zu der Masse selbst getreten wären, aus welcher dieser ihnen gegenüber eine civilrechtliche Verpflichtung erwachsen konnte. Hievon aber ist keine Rede. Wenn beim Konkurs Engelberger Vermögensrechte der Kläger mitbetroffen werden, so geschieht dies lediglich auf Grund des zwischen dem Konkursiten und ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse; an diesen haben sie sich daher zur Wahrung ihrer Rechte zu halten. Und es soll nun gerade das Konkursverfahren dazu dienen, die vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Konkursiten zu wahren, und den Gläubiger zu einer anteilmäßigen Befriedigung gelangen zu lassen. Zu diesem Zwecke wird dem Gläubiger und allen denjenigen, welche Ansprüche auf die im Besitze des Schuldners befindlichen Vermögensstücke haben, unter den gesetzlichen Präklusivfolgen, Gelegenheit gegeben, ihre Rechte anzumelden. Unterläßt ein Berechtigter die Anmeldung oder Wahrung seines Anspruches, und tritt infolgedessen eine Präklusion ein, so kann der Anspruch nicht auf andere Weise geltend gemacht werden und es kann auch selbstverständlich in Bezug auf den verwirkten Anspruch nicht von einer Bereicherung der Masse ohne rechtlichen Grund und demnach auch nicht von einer Anwendung der Grundsätze über Bereicherung die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und daher das Urteil des Kantonsgerichts von Nidwalden vom 16. Januar 1897 aufgehoben und die gestellte Klage abgewiesen.

109. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen
Herby gegen Matter.

A. Mit Urteil vom 15. März 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage:

Das Bundesgericht wolle in Aufhebung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses der Klägerin das Klagebehren zusprechen, eventuell: Das Bundesgericht wolle, in grundsätzlicher Gutheißung der Klage, entweder selbst oder durch das aargauische Handelsgericht für die Bestimmung der Größe des Schadens die in der Klage beantragten Beweise durchführen lassen.

C. In seiner Vernehmlassung auf die Berufungsschrift stellte der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Berufung; eventuell ersuchte er darum, das Bundesgericht wolle die Einvernahme der vor dem Instruktionsrichter abgehörten Zeugen vor der Gesamtheit des Handelsgerichts anordnen, ebenso die Einvernahme der Zeugen Jakob Laufer und Jakob Herby-Gichy.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In seiner Berufungs-Beantwortungsschrift bestreitet der Beklagte die Kompetenz des Bundesgerichts zur Behandlung der vorliegenden Streitsache, freilich ohne einen bestimmten diesbezüglichen Antrag zu stellen, mit der Begründung, das Handelsgericht stütze sein Urteil nicht auf Bundesrecht, sondern auf Handelsgewohnheitsrecht. Diese letztere Behauptung ist zunächst thatsächlich durchaus unrichtig, indem im ganzen angefochtenen Urteil kein Wort von Handelsgewohnheitsrecht steht, sondern das Handels-

gericht einfach auf eine „allgemeine Übung“ verweist, wonach Bestellungen im Umfang der vorliegenden schriftlich bekräftigt zu werden pflegen. Indessen geht die ganze weitläufige Ausführung des Vertreters des Beklagten über Handelsgewohnheitsrecht auch juristisch völlig fehl. Wie das Bundesgericht schon früher entschieden hat (s. Anl. Samml., Bd. XIV, S. 475), kann neben dem Obligationenrecht, das gemeines bürgerliches Recht für Kaufleute wie für Nichtkaufleute bildet, ein Handelsgewohnheitsrecht oder überhaupt ein Gewohnheitsrecht mit derogatorischer Wirkung auf das geschriebene Recht nicht bestehen; andernfalls würde der Zweck des Obligationenrechts, Rechtseinheit in den von ihm geregelten Materien zu schaffen, gänzlich vereitelt; Handelsgewohnheiten und -gebräuche können nur bei Auslegung des Parteinwillens Berücksichtigung finden. Davon, daß das Bundesgericht inkompetent sei, kann also keine Rede sein, da die übrigen Voraussetzungen seiner Kompetenz unzweifelhaft gegeben sind.

2. In der Sache selbst ist durch die Vorinstanz festgestellt: Der Prokurist der Klägerin, A. Herby, und der Beklagte trafen sich am 25. Juli 1896 abends — die Zeit ist nicht genau ersichtlich — zufällig im Gasthaus zum „Naben“ in Zofingen. Im Laufe der Unterhandlung kamen sie auf den Weinhandel, besonders auf den billigen Weinverkauf des Beklagten zu sprechen. Letzterer erklärte u. a., es sei ihm, als Vertreter eines spanischen Hauses, möglich, spanischen Weißwein, Panadès, Naturwein, direkt, fracht- und zollfrei ab Spanien, zu liefern zu 24 Fr. per hl.; Herby erwiderte hierauf, er bezahle dem Beklagten für Panadès mit 10 % Stärke, garantiert Naturwein, grün von Farbe und rein im Geschmack, franko und eidgenössisch verzollt, lieferbar Bahnhof Zofingen mit Lieferfrist bis 13. August 1896, 25 Fr. per hl. Auf Befragen Matters erklärte Herby, er nehme 10 Waggons à 90 hl. zu den genannten Bedingungen. Über den weiteren Verlauf geben die Akten keinen genauen Aufschluß. Die Klägerin behauptet, die Parteien haben sich nach der erwähnten Zusicherung die Hand gereicht; der Beklagte habe die Bestellung in sein Notizbuch eingetragen und die am gleichen Tische sitzenden Gäste aufgefordert, an den Abschluß des Kaufes zu denken. Der Beklagte dagegen stellt die Sache so dar: Nach der von ihm gegebenen

Zusicherung habe er die Bestellung in sein Notizbuch eingetragen und hierauf die Unterschrift des Herby verlangt; dieser habe sich geweigert zu unterzeichnen, worauf der Beklagte erklärt habe, dann sei mit dem Kaufe nichts. Die Klägerin behauptet überdies, es sei Baarzahlung vereinbart worden. Der Beklagte bestreitet dies. Da der Beklagte gestützt darauf, ein gültiger Verkauf sei nicht zu stande gekommen, nicht lieferte, belangte ihn die Klägerin im November 1896 auf Bezahlung von 2700 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 31. August 1896, als Quantitativ des ihr durch die Nichterfüllung des Kaufvertrages erwachsenen Schadens. Der Beklagte bestritt jegliche Schadenersatzpflicht, indem er auch im Prozesse in erster Linie den Standpunkt einnahm, ein gültiger Kauf sei nicht zu stande gekommen, da dem Vertreter der Klägerin der Vertragswille gemangelt habe.

3. Da A. Herby der Prokurist der klägerischen Firma ist, kann darüber, daß er in deren Namen zum Vertragsabschlusse auch ohne besondern Auftrag berechtigt war, kein Zweifel bestehen. Aus dem Stellvertretungsverhältnis folgt aber weiterhin, daß der Vertragswille auf Seite des Stellvertreters vorhanden sein mußte, damit ein gültiger Vertrag zu Stande kam. Es ist also zu untersuchen, ob A. Herby den Willen zum Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Beklagten hatte.

4. Dabei könnte sich zunächst fragen, ob das Vorhandensein des Vertragswillens auf Seite Herbys schon deshalb verneint werden müsse, weil er bei Abschluß des Vertrages die Schriftlichkeit nicht beobachten wollte. Denn wenn auch an sich die Willenserklärung formlos abgegeben werden kann (Art. 9 O.-R.), so muß doch dann, wenn die eine Partei zu erkennen gegeben hat, nur unter Beobachtung seiner bestimmten Form — z. B. der Schriftlichkeit — kontrahieren zu wollen, angenommen werden, daß die Partei vor Erfüllung dieser Form nicht verpflichtet sein wollte (Art. 14 O.-R.), und ist daher ein gültiger Vertrag nicht zu stande gekommen, wenn die Gegenpartei auf die Erfüllung dieser Form nicht eingeht. Nun muß aber jene Bedingung der Gültigkeit des Vertragsabschlusses von der Partei, die sie stellt, gestellt sein vor Abschluß des Vertrages, und zwar genügt alsdann auch eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien. In dieser Hinsicht

beruft sich der Beklagte auf eine allgemeine Handelsſitte, wonach Beſtellungen in dem ſtreitigen Umfange erſt durch die Schriftlichkeit perfekt werden. Allein eine ſolche Handelsſitte iſt weder durch das angefochtene Urteil feſtgeſtellt, noch dem Bundesgerichte ſonſt wie nachgewieſen. Allerdings iſt richtig, daß in der Regel bei Käufen in größern Beträgen die Schrift eine Rolle ſpielt, aber nicht als Erfordernis der Gültigkeit des Vertrages, als Form, ſondern lediglich als Beſtätigungsmittel, zum Beweiſe des Abſchlusses eines Vertrages. Von einer ſtillschweigenden, auf Handelsſitte beruhenden Vereinbarung der Parteien, ohne Erfüllung der ſchriftlichen Form nicht verpflichtet ſein zu wollen, kann alſo nicht die Rede ſein. Ebenſowenig aber ergeben die Akten genügende Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte ſeinen Willen, vor Unterzeichnung der Beſtellung durch A. Herdy nicht gebunden ſein zu wollen, vor Abſchluß des — nach Geſetz formloſen — Vertrages zu erkennen gegeben hat, wie er weiterhin behauptet. Eine nochmalige Zeugeneinvernahme (die gemäß Art. 82, Abſ. 2 Org.-Geſ. vor den kantonalen Gerichten erfolgen müßte) zur Aufhellung in dieſem Punkte erſcheint angeſichts der eingehenden Art und Weiſe, wie die Zeugen befragt worden ſind, als überflüſſig; übrigens ſind alle von den Parteien angerufenen Zeugen abgehört und ſind ihre Ausſagen im angefochtenen Urteil gewürdigt worden, ſo daß von einer nochmaligen Abhörnung ſchon aus dieſem Grunde Umgang genommen werden muß.

5. Danach iſt weiterhin zu unterſuchen, ob aus andern, innern Gründen das Vorhandenſein des Vertragswillens verneint werden muß. Darüber, daß die Requiſite des Kaufvertrages vorhanden ſind, kann ein ernſtlicher Zweifel nicht beſtehen; keine Partei behauptet, es ſei eine Willenseinigung nicht zu Stande gekommen, ſondern die Parteien weichen nur darin ab, in welchem Sinne die Einigung zu ſtande gekommen ſei; der Streit darüber, ob Barzahlung vereinbart worden ſei oder nicht, iſt deſhalb ohne Bedeutung, weil die Zahlungsweiſe nicht zu den *essentialia* des Kaufvertrages gehört und von keiner Partei behauptet wird, ſie ſei in concreto zu einem weſentlichen Vertragsmerkmal gemacht worden. Aus dem Geſchäfte ſelbſt kann alſo der Mangel des Vertragswillens nicht hergeleitet werden. Dagegen macht der Beklagte geltend, es ſeien

äußere Thatumſtände vorhanden, die darauf ſchließen laſſen, der Wille zum Abſchlusse eines Vertrages habe dem A. Herdy gemangelt. Dieſer Einwand iſt zu hören, weil der erklärte Wille dem wirklichen Willen entſprechen muß. Iſt ſonach zu prüfen, ob äußere Thatſachen erwieſen ſind, die auf den Mangel des Vertragswillens bei Herdy ſchließen laſſen, — eine Prüfung, die vom Bundesgerichte ſelbſtändig, auf Grund der von der kantonalen Inſtanz feſtgeſtellten Thatſachen vorzunehmen iſt, — ſo ergiebt ſich: die Vorinſtanz leitet den Mangel des Vertragswillens auf Seite Herdys ſchon aus ſeiner Weiſerung, die Beſtellung im Notizbuche des Beklagten zu unterzeichnen, her. Nun kann im allgemeinen nicht geſagt werden, daß die Weiſerung der Unterſchrift immer das Nichtvorhandenſein des Vertragswillens beweise, da ja die meiſten Geſchäfte zu ihrer Gültigkeit keiner Form bedürfen, die Schrift vielmehr in der Regel nur als Beurkundungsmittel verwendet zu werden pflegt. Wohl aber bildet die Verweigerung der Unterſchrift dann ein wichtiges Indiz für die Annahme, ein Vertragswille ſei auf Seite des ſich Weigernden nicht vorhanden geweſen, wenn andere Momente vorliegen, die zu demſelben Schluß führen müſſen. Solche Momente ſind nun in concreto vorhanden. Zunächst ſind die Parteien unbeſtrittenermaßen zufällig zuſammengekommen. Die Unterhandlung zwischen A. Herdy und dem Beklagten begann mit Sticheleien des erſtern gegen den letztern wegen ſeiner billigen Weinpreiſe, wodurch letzterer zu ſeiner Offerte veranlaßt wurde. Sodann iſt höchſt charakteriſtiſch, daß A. Herdy dem Beklagten 1 Fr. mehr per hl. anbot als letzterer verlangt hatte. Ferner iſt die offenbar etwas ſpäte Stunde, in der die Unterhandlung ſtattfand, zu berückſichtigen. Aus den Ausſagen der Zeugen endlich geht hervor, daß der Beklagte ſchon bei der Beſtellung gewichtige Zweifel an der Ernſtlichkeit der Erklärungen Herdys hegte, da er ſie ſofort als Zeugen anrief und die Beſtellung in das Notizbuch eintrug; ferner iſt erwieſen, daß Herdy die Unterſchrift verweigerte, ohne das vom Beklagten verfaßte Schriftstück auch nur zu leſen. Unter dieſen Umſtänden läßt die Verweigerung der Unterſchrift durch Herdy weit eher darauf ſchließen, daß ihm der Vertragswille von Anfang an fehlte. Das Benehmen des A. Herdy war ein derart unge-

schäftsmäßiges, der Verkehrssitte widersprechendes, daß in der Annahme der Vorinstanz, auf seiner Seite habe ein Vertragswille nicht bestanden, kein Rechtsirrtum liegt.

Da ein gültiger Vertrag zwischen den Parteien nach dem Angeführten nicht zu stande gekommen ist, muß die Klage und demnach auch die Berufung abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Argau vom 15. März 1897 in allen Teilen bestätigt.

110. Urteil vom 21. Mai 1897 in Sachen Märki & Haller gegen Märki, Haller & Cie. in Liquidation.

A. Mit Urteil vom 4. März 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Argau erkannt:

1. Die Beklagten sind schuldig, den Klägern 3626 Fr. 80 Cts. samt Zins zu 5 % seit der Klageeinreichung, d. h. vom 18. Juli 1896 hinweg, zu bezahlen.

Mit der weitergehenden Forderung werden die Kläger abgewiesen.

2. Auf die Forderung der Beklagten aus dem Lizenzvertrage vom 13. Mai 1892 und demgemäß auf die Widerklage wird nicht eingetreten.

Dagegen bleiben den Beklagten hinsichtlich der genannten Forderung alle Rechte bestens gewahrt.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen die Beklagten rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, das angefochtene Urteil sei in folgendem Sinne abzuändern:

1. Den Beklagten seien die Kontokorrentzinsen aus der Zeit vor der Trennung im Betrage von 1506 Fr. zu ihren Gunsten in Rechnung zu bringen.

2. Die beklagtiſchen Gegenforderungen aus dem Lizenzvertrag

ſeien als kompensabel zu erklären und zu Gunsten der Beklagten in Rechnung zu bringen.

3. Soweit die beklagtiſchen Gegenforderungen aus dem Lizenzvertrage nicht zur Aufhebung der Klageforderung verwendet wurden, ſeien die Kläger zur Bezahlung des Restbetrages nebst Zins zu 5 % seit dem 13. Juli 1893 zu verurteilen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten ſeine Berufungsanträge, und ſtellt ferner für den Fall, als die Kompensation der Gegenforderungen der Beklagten für unzulässig erklärt würde, das eventuelle Begehren: der Entſcheid ſei ſo lange zu ſuſpendieren, bis das Schiedsgericht über die Gegenforderungen der Beklagten aus dem Lizenzvertrage entſchieden habe.

Der Vertreter der Kläger trägt auf Abweiſung der Berufung an-

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die durch Vertrag vom 1. Februar 1889 gegründete Firma Märki, Haller & Cie., Mühlenbaugeschäft, mit Hauptſitz in Ararau, und Filiale in Monza (Italien) löſte ſich mittels Trennungsvertrages vom 21. August 1890 auf, in dem Sinne, daß von den Mitgliedern der bisherigen gemeinſamen Firma Jakob Märki und Karl Haller das Geſchäft in Ararau mit Aktiven und Paſſiven als neue ſelbſtändige Firma „Märki & Haller“, W. Strobhel und A. Zoppi dagegen die bisherige Filiale in Monza mit Aktiven und Paſſiven, ebenfalls als ſelbſtändiges Geſchäft, und zwar unter der Firma „Märki, Haller & Cie.“, übernahmen. Aus dem Trennungsvertrage iſt § 5 als wichtig hervorzuheben, der u. a. beſtimmt: „In keinem Falle können aus den frühern Verhältniſſen dieſ- oder jenseits, weder jetzt noch künſtig, Ansprüche irgend welcher Art oder Verpflichtungen geltend gemacht werden.“ Die beiden Firmen blieben auch nach der Auflöſung in geſchäftlichem Verkehre mit einander. Im September 1892 beſtellten Märki & Haller bei dem Geſchäft in Monza fünf Walzenſtühle zum Geſamtpreiſe von 7710 Fr. und im Oktober 1892 einen ſechſten Walzenſtuhl zu 1750 Fr. Bei den Beſtellungen bedungen ſich Märki, Haller & Cie. Bezahlung durch Dreimonattratten von der Präſentation der Faktura und des Bahn-Requä an aus. Die Lieferung der ſechs Walzenſtühle erfolgte am 26. Oktober. An den Kaufpreiſ bezahlten die Käufer nur 736 Fr. 40 Cts., und zwar gemäß Anweiſung der