

den Beklagten entgegen der Vorschrift des Art. 510 Abs. 2 OR vom Konkurse des Hauptschuldners nicht benachrichtigt habe (Ziffern 2 und 5 in Fakt. B oben), ohne weiteres als unbehelflich. Denn was den ersteren Einwand betrifft, geht aus den Akten nicht hervor, daß die Erklärung des Verwalters der Klägerin vom 4. August 1907, er ziehe das verlangte Pfändungsbegehren „für 14 Tage“ zurück, irgend einen Einfluß auf das Ergebnis der Betreibung gehabt hat. Jene Erklärung scheint überhaupt nicht aufrecht erhalten worden zu sein, da das Betreibungsamt laut vorliegender Pfändungsurkunde auf Grund eines Pfändungsbegehrens vom 9. August am 10. August 1907 für die Forderung der Klägerin eine Pfändung vorgenommen hat. Auf die nicht erfolgte Benachrichtigung vom Ausbruch des Konkurses über den Hauptschuldner aber kann sich der Beklagte nicht berufen, da unbestrittenermaßen feststeht, daß er selbst an diesem Konkurse mit einer eigenen Forderung beteiligt war und somit hievon ohnehin Kenntnis hatte.

Nähere Erörterung dagegen bedürfen die beiden Einwendungen, daß die Klägerin dem Nachlaßvertrage im Konkurse des Hauptschuldners zugestimmt habe, ohne dem Beklagten nach Vorschrift des Art. 303 Abs. 2 SchRG die Abtretung ihrer Forderung angeboten zu haben (Ziffer 3 in Fakt. B oben), sowie namentlich, daß die Klägerin dem Hauptschuldner den freihändigen Verkauf gepfändeter Waren gestattet und so ihr und dem Beklagten gebotene Sicherheit preisgegeben habe (Art. 508 OR). In beiden Richtungen ist jedoch der Tatbestand nicht genügend abgeklärt, um den direkten Abspruch durch den Berufsrichter zu ermöglichen. Es rechtfertigt sich daher, die Streitsache zur vorgängigen Beurteilung dieser beiden Punkte auf Grund des in Betracht fallenden Beweismaterials in Anwendung des Art. 82 Abs. 2 OG an die Vorinstanz zurückzuweisen; —

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird dahin gutgeheißen, daß das Urteil des aargauischen Obergerichts vom 29. April 1910 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Motive an die kantonale Instanz zurückgewiesen wird.

78. Urteil vom 26. November 1910 in Sachen
Caisse d'Epargne de la Vallée de Tavannes, Kl. u. Ber.-Kl.,
gegen Amtsbürgschaftsgenossenschaft für den Kanton Bern,
Bekl. u. Ber.-Bekl.

Haftung aus Amtsbürgschaft? Mangel einer Schädigung des durch die Bürgschaft gesicherten Amts-(Geschäfts-)herrn: a) Verrechnung einer Wechselforderung des Geschäftsherrn an den Bürgen mit einer Forderung des Bürgen an den Angestellten, für den die Bürgschaft besteht; Ungültigkeit der Verrechnung wegen mangelnder Gutgläubigkeit des Bürgen bei ihrer Vornahme (Entgegennahme des Wechsels). — b) Unterschlagung von Geldern durch den Angestellten, die er der Kasse des Geschäftsherrn zur Auszahlung an einen Geschäftsgläubiger entnommen und für diesen Gläubiger inne hat, bei Rechtsmässigkeit dieser Geldentnahme an sich.

A. — Durch Urteil vom 6. Mai 1910 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Streitsache erkannt:

„Der Klägerin ist ihr prinzipiales Klagsbegehren zugesprochen „für einen Betrag von 1635 Fr. 50 Cts. nebst Zins davon à 5% seit 25. Juni 1906; soweit dieses Begehren weitergeht, ist „die Klägerin damit abgewiesen.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen: das angefochtene Urteil sei dahin abzuändern, daß die Beklagte verurteilt werde, der Klägerin die eingeklagten 14,507 Fr. 25 Cts. voll, nebst Zins zu 5% seit der Zustellung der Vorladung (25. Juni 1906), zu bezahlen, eventuell aber eine richterlich zu bestimmende Summe.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Berufungsklägerin den Hauptantrag seiner Berufung erneuert und erklärt, den eventuellen Antrag fallen zu lassen.

Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin, Caisse d'Epargne de la Vallée de Tavannes, hat den Alfred Jaigaux bis zum 24. April 1905 als

Verwalter in ihrem Dienst gehabt, auf welchen Zeitpunkt sie ihn entließ, nachdem er Unregelmäßigkeiten und unredliche Handlungen in seiner Geschäftsführung begangen und sie dadurch geschädigt hatte. Der statutengemäß vorgesehenen Kautionspflicht war Faigaux seiner Zeit durch Einlegung eines Bürgschaftsscheines der beklagten Amtsbürgschaftsgenossenschaft für den Kanton Bern vom 7. Mai 1902 nachgekommen, laut welcher Urkunde sich die Beklagte verpflichtete, als Bürgin und Selbstzahlerin bis zu 15,000 Fr. für allen Schaden zu haften, den Faigaux „in Ausübung seines erwähnten Amtes oder Berufs der Ersparniskasse oder andern Personen durch die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung seiner amtlichen oder beruflichen Pflichten verursache oder wofür er aus andern Gründen, z. B. kraft gesetzlicher Bestimmung, verantwortlich werden sollte.“ Mit der vorliegenden Klage fordert nunmehr die Klägerin von der Beklagten Ersatz von 14,507 Fr. 25 Cts. samt Zins zu 5 % seit der Vorladung (25. Juni 1906). Die Klagesumme stellt die Differenz dar zwischen dem behaupteten Gesamtschaden von 21,845 Fr. 75 Cts. und einem Betrage von 7338 Fr. 50 Cts., für den die Klägerin durch Faigaux selbst Deckung erhalten hat. Jener Gesamtschaden setzt sich nach der Berechnung der Klägerin aus folgenden fünf Posten zusammen:

- | | |
|---|-----------|
| 1. Verlust Imhof von | Fr. 234 — |
| 2. Verlust Charmillot Jeangros von | „ 5097 90 |
| 3. Verlust Blanchard von | „ 3206 25 |
| 4. Verlust, hinsichtlich der Tratten auf den Konsumverein Malleray, von | „ 3642 10 |
| 5. Verlust, hinsichtlich von Zahlungen an diesen Konsumverein, von | „ 9665 50 |

Die Vorinstanz hat die Posten Nr. 1, 2 und 4 gutgeheißen und die Beklagten zur Zahlung des Gesamtbetrages dieser Posten von 8974 Fr., abzüglich der von Faigaux bezahlten 7338 Fr. 50 Cts., also von 1635 Fr. 50 Cts., samt Zins verurteilt. Da die Beklagte diesen Entscheid nicht weitergezogen hat, liegen nur noch die Posten Nr. 3 (Blanchard) und Nr. 5 (Konsumverein), im Streite.

2. — Beim Posten Blanchard von 3206 Fr. 25 Cts. ver-

hält es sich laut den vorinstanzlichen Feststellungen in tatsächlicher Beziehung wie folgt: Die Beklagte hatte von Soldani einen Wechsel von 4000 Fr. auf Paul Blanchard erworben, an den dieser dann 1000 Fr. abzahlte, worauf er durch einen neuen Wechsel für den Restanzbetrag von 3000 Fr. ersetzt wurde. Blanchard ersuchte nun Faigaux, ihm diesen Wechsel herauszugeben, indem er seine Restschuld von 3000 Fr. mit einer Forderung vom gleichen Betrage verrechnen wollte, die ihm für Bauarbeiten gegenüber Faigaux persönlich zustand. Faigaux entsprach diesem Begehren und händigte Blanchard den Wechsel aus. Die Klägerin behauptet nun, sie sei dadurch in der Höhe der Wechselsumme von 3000 Fr. geschädigt worden, und will nunmehr von der Beklagten diesen behaupteten Schadensbetrag samt Zinsen (206 Fr. 20 Cts.) ersetzt erhalten.

Mit Recht stellt sich demgegenüber die Vorinstanz auf den Standpunkt, daß die von den Parteien beabsichtigte Verrechnung nicht eingetreten und insofern der Klägerin durch das Vorgehen des Faigaux ein Schaden nicht entstanden sei. Die Wechselforderung der Klägerin wäre nur dann durch Verrechnung getilgt worden, wenn Blanchard den Besitz des Wechsels in gutem Glauben erlangt hätte, wenn er hätte annehmen dürfen, daß Faigaux von der Klägerin berechtigt worden sei, in seinem eigenen Interesse, zur Tilgung einer persönlichen Schuld, über den Wechsel zu verfügen. Eine solche ausnahmsweise Befugnis, die außerhalb seines Geschäftskreises als Verwalter lag, konnte Blanchard aber nicht ohne weiteres voraussetzen, sondern er mußte sich unter den gegebenen Umständen fragen, ob besondere Gründe sie als vorhanden annehmen ließen, und sich schon deshalb, weil die persönlichen Interessen des Faigaux und die der Klägerin nicht übereinstimmten, Klarheit darüber verschaffen, daß Faigaux die Forderung, als deren Gläubiger laut der Wechselurkunde die Klägerin erschien, zu seinen Gunsten verwenden konnte. Da nichts dafür sprach, muß sich Blanchard bewußt gewesen sein oder wäre er sich doch bei Anwendung der durch den Verkehr geforderten Sorgfalt bewußt geworden, daß Faigaux aller Wahrscheinlichkeit nach rechtswidrigerweise zu seinen Gunsten über den Wechsel verfüge. Fehlte ihm so bei der Verrechnung der gute Glaube, so ist die Wechsel-

forderung bestehen geblieben, und es kann also von einer Schädigung der Klägerin nur insofern die Rede sein, als ihr der Besitz des Wechsels durch dessen Übergabe an Blanchard entzogen worden ist. Aber auch aus diesem Gesichtspunkte, auf den der Vertreter der Klägerin heute namentlich abgestellt hat, läßt sich nach der Aktenlage eine Ersatzpflicht der Beklagten nicht rechtfertigen. Entsprechend den Grundsätzen, die die Rechtsprechung über die Amtsbürgschaft aufgestellt hat (vergl. z. B. *US 32 II S. 443/44* und die dortigen Zitate), ist nämlich hier davon auszugehen, daß die Beklagte als Amtsbürkin dann nicht haftet, wenn die Klägerin durch eine Unterlassung den Eintritt des Schadens ermöglicht, also den Schaden nicht durch eine ihr zuzumutende und zu seiner Abwehr dienliche Vorkehr abgewendet hat. Nun hätte es der Klägerin aber obgelegen, sofort, nachdem sie von der Entäußerung des Wechsels Kenntnis erhalten hatte (was kurz nach der Entäußerung der Fall sein mußte, da ja Faigaur um diese Zeit wegen seiner Unredlichkeiten entlassen wurde), das nötige vorzukehren, um wieder in den Besitz des Wechsels zu gelangen, und sich bis dahin auf geeignete Weise (etwa durch Erwirkung einer richterlichen Hinterlegungsanordnung) einstweilen gegen Schaden zu sichern. Es läßt sich annehmen, daß, falls die Klägerin überhaupt durch den damaligen Besitzverlust wirklich geschädigt worden ist, das in ihrer Untätigkeit gegenüber der Entziehung des Wechsels seinen Grund hat; und zum mindesten hätte sie, was nicht geschehen ist, den Nachweis erbringen sollen, daß ein Schaden sowieso eingetreten wäre. Ihre Ersatzforderung ist daher abzuweisen, ohne daß die streitige Frage geprüft zu werden brauchte, ob Faigaur bei der Herausgabe des Wechsels noch Verwalter des klägerischen Bankinstituts gewesen sei oder nicht.

3. — Beim andern, noch im Prozesse liegenden Posten von 9665 Fr. 50 Cts. verhält es sich nach der vorinstanzlichen Tatbestandsfeststellung wie folgt: Faigaur, der gleichzeitig Verwalter der Klägerin und des Konsumvereins Malleray war, hat aus der Kasse der Klägerin Gelder entnommen und für diese Bezüge als Verwalter des Konsumvereins drei Quittungen ausgestellt, nämlich eine solche vom 6. Februar 1904 für 1500 Fr., eine zweite vom 16. März 1904 für 4000 Fr. und eine dritte vom

3. August 1904 für 3520 Fr. Diese Summen hat er am 29. Februar, 31. März und 31. Juli 1904 als Bezüge aus der Kasse der Klägerin verbucht und im Kassensbrouillon eigenhändig eingetragen. Das Geld lieferte er jedoch dem Konsumverein nicht ab, sondern verwendete es für sich und belastete, zur Verdeckung dieser Unterschlagung, die betreffenden Posten dem Warenkonto des Konsumvereins. In den Büchern des letztern führte er dagegen den Kontokorrentkonto mit der Klägerin richtig, nur buchte er zur Saldierung am 31. Juli 1904 zwei fiktive Zahlungen des Konsumvereins von 5500 Fr. und 3249 Fr. 15 Cts., die in den Büchern der Klägerin nicht figurieren.

Die Klägerin behauptet nunmehr, Faigaur habe die aus ihrer Kasse entnommenen Beträge zu ihrem Nachteil unterschlagen und diese Unterschlagungen durch die fraglichen Buchungen maskiert, und sie fordere die erhobenen Beträge mit Zins, insgesamt 9665 Fr. 50 Cts., zurück.

Demgegenüber nimmt der Experte und mit ihm die Vorinstanz an, Faigaur habe durch die Aneignung dieser Gelder nicht die Klägerin, sondern den Konsumverein geschädigt. Dies trifft dann zu, wenn Faigaur die Beträge als Verwalter der Klägerin rechtmäßigerweise der Kasse zu Handen des Konsumvereins entnommen und sie erst nachher, nachdem er sie für den Konsumverein inne hatte, zu dessen Ungunsten unterschlagen hat. Für diese Auffassung sprechen nun in der Tat die vorgenommenen Buchungen, indem die Klägerin für die erhobenen Beträge materiell richtig erkannt worden ist, während die Einträge in den Büchern des Konsumvereins durchwegs nur fiktive sind. Auf alle Fälle aber hat die Vorinstanz, indem sie die Gelder als dem Konsumverein und nicht der Klägerin entfremdet ansieht, in keiner Beziehung Bundesrecht verletzt, und ihr Entscheid ist daher auch in diesem Punkte zu bestätigen.

Abgesehen von dem erörterten Umstande, auf den die Vorinstanz einzig abstellt, ist hinsichtlich dieses Postens namentlich noch zu bemerken, daß es an einer genügenden Substanziierung eines der Klägerin erwachsenen Schadens fehlt. Vor allem ist in keiner Weise dargetan, daß der Konsumverein zahlungsunfähig sei und die Klägerin dadurch geschädigt werde.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 6. Mai 1910 in allen Teilen bestätigt.

**79. Urteil vom 1. Dezember 1910 in Sachen
Basler Kantonalbank, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Basler Bau-
gesellschaft, A.-G., Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Art. 671 Ziff. 2 u. 3 OR: Verantwortlichkeit der Gründer einer Aktiengesellschaft. Die Mangelhaftigkeit der Statuten, im Sinne des Art. 671 Ziff. 2 OR, begründet die Schadenersatzpflicht der Gründer nur, sofern sie für das Verhalten des Geschädigten, das zu dessen Verlust führte, kausal war. Nichtzutreffen dieser Voraussetzung mit Bezug auf den vorliegenden Anspruch der Klägerin als Gesellschaftsgläubigerin. Mangelnder Schadensnachweis für den Anspruch der Klägerin als « Zessionarin » der Gesellschaft und ihrer Konkursmasse. — Haftung für unwahre Angaben über die Gesellschaftsgründung (Art. 671 Ziff. 3 OR)? Angebliche Mitwirkung blosser « Strohmänner » als Gründer.

A. — Durch Urteil vom 24. Mai 1910 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Beklagte zur Zahlung von 47,621 Fr. 35 Cts. samt 5 % Zins seit dem 17. Dezember 1908 an die Klägerin zu verurteilen.

2. Es sei die Beklagte zur Bezahlung weiterer 67,517 Fr. 30 Cts., eventuell 12,617 Fr. 90 Cts. samt 5 % Zins seit dem 15. November 1906 an die Klägerin zu verurteilen.

Als Nebenantrag ist ferner Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung und neuer Entscheidung angebeht worden.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der

Berufungsklägerin diese Anträge erneuert. Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Gasthof zum „Bären“ in Basel war seiner Zeit Eigentum des Hans Bürchler gewesen, der darauf folgende Hypotheken schuldete: 1. Zwei erste Hypotheken von je 100,000 Fr. zu Gunsten des Bürgerspitals Basel und des Professors Schieß. 2. Eine weitere erste Hypothek von 400,000 Fr. zu Gunsten der Klägerin, der Basler Kantonalbank. 3. Eine zweite Hypothek von 292,500 Fr. zu Gunsten der Handwerkerbank. 4. Eine dritte Hypothek von 105,000 Fr. zu Gunsten der Beklagten. 5. Eine vierte Hypothek von 120,000 Fr. zu Gunsten des Gabriel Sedlmayr zum Spatenbräu in München. Bürchler kam in Konkurs und die Beklagte, die Basler Baugesellschaft A.-G., ersteigerte am 18. August 1906 den Gasthof zum Preise von 650,000 Fr. zu Händen einer noch zu konstituierenden Aktiengesellschaft. Der Zuschlag erfolgte „an Aktiengesellschaft zum Bären, falls diese nicht zustande kommt, an Basler Baugesellschaft“. Die A.-G. zum Bären wurde dann tatsächlich am 4. Oktober 1906 konstituiert und zwar von fünf Aktienzeichnern, nämlich der Beklagten, Gabriel Sedlmayr, zum „Spaten“ in München, und den Direktoren Wilhelm Siber, Georg Böpplé und Adolf Vischer. In § 2 der Statuten wurde bestimmt: „Die Gesellschaft übernimmt als „Eigentümerin mit Wirkung vom 18. August 1906 das amtlich „auf 1,030,000 Fr. geschätzte, von der Basler Baugesellschaft in „ihrem Namen und Auftrag um 650,000 Fr. an gerichtlicher „Gant gekaufte Hotel Bären in Basel und als Schuldnerin die „bisher auf dem genannten Hotel bestehende Hypotheken von „600,000 Fr. im I. Rang und 292,500 Fr. im II. Rang, „durch deren Übernahme gleichzeitig der Gantkaufspreis zu decken „ist. Ferner übernimmt sie als Schuldnerin die bisherige III. Hy- „pothek von 105,000 Fr. der Basler Baugesellschaft und die „bisherige IV. Hypothek des Spatenbräu in München von „120,000 Fr. Für die beiden letztgenannten Hypotheken erhalten „die Gläubiger Aktien der Gesellschaft, welche als durch Ber- „rechnung voll einbezahlt zu behandeln sind, und zwar erhält die