

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. März 1918

i. S. Eidgenössische Bank

gegen Konkursmasse der Spar- und Leihkasse Bremgarten.

Kontokorrentvertrag. Wirkung der Saldoziehung, Art. 117 Abs. 2 OR. Aktiengesellschaft. Vertretungsbefugnis der Verwaltung, insbesondere zur Anerkennung eines Kontokorrentsaldos. Beschränkung der Vertretungsbefugnis, Kenntnis durch Dritte? Art. 654 Abs. 2 OR.

A. — Die Spar- und Leihkasse Bremgarten ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bremgarten (Aargau). Bei der Gründung, im Jahre 1877, wurde das Aktienkapital auf 100,000 Fr. festgesetzt; seither wurde es sukzessive auf 200,000 Fr., 300,000 Fr. und 500,000 Fr. erhöht. Im Jahre 1901 wurden die Statuten revidiert. Nach § 1 derselben bezweckt das Unternehmen, Fleiss, Sparsamkeit und Wohlstand dadurch zu fördern, dass es auch geringe Ersparnisse und andere Gelder in Empfang nimmt, dieselben durch solide Anleihen zinstragend macht, statutengemäss verzinst und zurückbezahlt.

Die Klägerin, Eidgenössische Bank in Zürich, stand während mehrerer Jahre mit der Spar- und Leihkasse Bremgarten in Geschäftsverkehr. Sie unterhielt mit ihr einen bankmässigen Kontokorrent, der sich in der Hauptsache auf die Belehnung von Wertpapieren, Inkassi von Rimessen, Coupons u. s. w. bezog. Der Abschluss per 31. März 1913 ergab einen Saldo von 40,000 Fr. minus 470 Fr. zu Gunsten der Klägerin, und wurde von der Kasse durch Befundsanzeige vom 12. Mai 1913 als richtig anerkannt. Bereits im Jahre 1904 hatte die Kasse der

Klägerin durch Faustpfandverschreibung für alle ihre jeweiligen Forderungen als Faustpfand alle Wertpapiere überlassen, welche die Klägerin für sie in Verwahrung hatte.

Am 1. Juli 1913 fiel die Kasse in Konkurs. Die Klägerin meldete in demselben ihre Kontokorrentforderung per 11. August mit 42,221 Fr. 50 Cts. an, ebenso ihre Pfandrechte an den bei ihr faustpfändlich hinterlegten Wertschriften. Die Konkursverwaltung bestritt jedoch die Ansprache gänzlich.

B. — Daraufhin erhob die Klägerin die vorliegende Klage mit dem Rechtsbegehren, ihre Ansprache sei, und zwar als pfandversichert, in den Kollokationsplan aufzunehmen. Sie berief sich auf den Kontokorrentauszug, auf ein Wechselobligo der Kasse per 40,000 Fr. vom 31. Mai 1913, eine Postkarte vom 31. April 1913, in welcher die Kasse den Empfang einer Anweisung von 1600 Fr. bescheinigte, ein Schreiben vom 10. Mai 1913, worin die Klägerin für eingesandte Coupons von 140 Fr. erkannt wird, und auf die genannte Befundsanzeige der Kasse vom 12. Mai 1913, welche eine Schuldanerkennung darstelle.

C. — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Zur Begründung dieses Antrages führte sie im wesentlichen an: Das Rechnungsverhältnis werde ziffermässig nicht bestritten. Dagegen werde bestritten, dass die Klägerin berechtigt sei, aus dem Geschäftsverkehr mit der Kasse überhaupt eine Forderung zu stellen. Die Klageforderung stelle sich dar als Restsaldo zu Gunsten der Klägerin aus mehrjährigem Geschäftsverkehr, der in der grossen Hauptsache darin bestanden habe, dass die Klägerin für Rechnung der Kasse Ankäufe und Verkäufe von Börsenpapieren besorgt habe. Diese Börsenoperationen hätten für die Kasse Verluste gebracht, die in die Hunderttausende gehen. Die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, solche Geschäfte für Rechnung der Kasse zu machen. Denn dabei hätten sich deren Organe nicht

« innerhalb der Grenzen ihres Auftrages » im Sinne von Art. 654 Abs. 1 OR gehalten, und zwar in einer für die Klägerin erkennbaren und tatsächlich erkannten Art und Weise, sodass diese nicht als gutgläubiger Dritter gemäss Art. 654 Abs. 2 OR in Betracht komme ; vielmehr verstosse das Gebahren der Klägerin gegen Treu und Glauben. Die Beklagte zieht daraus die Folge, dass die Klägerin die Leistungen der Kasse an sie, wie die Kasse die Leistungen der Klägerin während dieses Kontokorrentverkehrs, grundsätzlich zurückerstatten müsse, bezw. es habe nunmehr, da eine Rückgängigmachung in natura nicht mehr möglich sei, eine Abrechnung der von der Kasse im Verkehr mit der Klägerin erzielten, ausgewiesenen Gewinne von den erlittenen Gesamtverlusten aus diesem Verkehr stattzufinden, und den Verlustüberschuss schulde die Klägerin der Beklagten. Im gegenwärtigen Prozess genüge für die Abweisung der Klage der Nachweis, dass dieser Verlustüberschuss grösser sei als der eingeklagte Rechnungssaldo, wobei alle Rechte für spätere Geltendmachung vorbehalten werden.

D. — Das Bezirksgericht Lenzburg hat nach Durchführung einer Expertise, mit welcher die Herren Major Blankart in Zürich und Moor, Direktor der Basler Kantonalbank, betraut wurden, durch Urteil vom 14. Februar 1916 die Klage gutgeheissen.

Das Obergericht des Kantons Aargau wies die Klage zunächst angebrachtermassen ab, das Bundesgericht hiess jedoch mit Urteil vom 20. Oktober 1916 die hiegegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde gut.

Mit Urteil vom 7. September 1917 hat sodann das Obergericht den Prozess materiell entschieden und zwar dahin : die Beklagte sei verurteilt, von der Forderung der Klägerin von 42,221 Fr. 50 Cts. den Teilbetrag von 2067 Fr. 35 Cts. in den Kollokationsplan als pfandversichert gemäss Konkurseingabe vom 5. August 1913 aufzunehmen ; im übrigen sei die Klage abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf gänzliche Guttheissung der Klage, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung der Expertise in dem Sinne, dass den Experten Gelegenheit gegeben werde, zu dem im obergerichtlichen Urteil benutzten Gutachten der Herren Blattner und Baumeister, das im Strafprozess gegen die Organe der Kasse erstattet und nicht zu den Akten des vorliegenden Prozesses gezogen worden sei, Stellung zu nehmen.

F. — Auf eine Anfrage des Instruktionsrichters hat der Präsident des Obergerichts mitgeteilt, dass das Gutachten Blattner und Baumeister tatsächlich zu den Akten des Zivilprozesses gezogen worden sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Geschäftsverkehr zwischen der Klägerin und der Kridarin sich auf Grund eines eigentlichen Kontokorrentvertrages abgewickelt hat. Darnach ist gemäss Art. 117 Abs. 2 OR eine Neuerung anzunehmen, wenn der Saldo gezogen und anerkannt worden ist. Die Neuerung bedeutet die Umwandlung des alten Schuldverhältnisses in ein neues, wobei der Verpflichtungsgrund dieses neuen Schuldverhältnisses nicht in demjenigen des alten, sondern in dem die Neuerung bewirkenden neuen und selbständigen Rechtsgeschäft besteht : beim Kontokorrent in dem durch die Anerkennung des gezogenen Saldos ausgesprochenen abstrakten Schuldbekanntnis. (Vergl. STAUB, Komm. zu § 355 DHGB, Anm. 27). Aus dem festgestellten Saldo kann daher selbständig geklagt werden, und es ist grundsätzlich keinem Teil gestattet, auf die zu Grunde liegenden Posten zurückzugreifen. Da die Klägerin sich zur Rechtfertigung ihrer Forderung auf einen Namens der Kridarin anerkannten Saldo beruft, ist also das Klagefundament an sich gegeben ; sie braucht

zur Begründung dieser Forderung nicht auf den, dem Anerkenntnis des Saldos zu Grunde liegenden Geschäftsverkehr zurückzugehen.

2. — Dieses Klagefundament wird von der Beklagten insoweit anerkannt, als sie die Anerkennung des Saldos durch ihre geschäftsführenden Organe (den Verwalter Bürgisser und Kassier Gehrig) zugibt, ebenso die arithmetische Richtigkeit des Saldos; sie bestreitet es dagegen nach der Richtung, dass sie behauptet, durch die Anerkennung seitens dieser Organe sei sie nicht verpflichtet worden, indem dieselben ausserhalb ihrer Vertretungsbefugnis gehandelt haben.

Ueber die Vertretung der Spar- und Leihkasse Bremgarten ist zu sagen: Die Spar- und Leihkasse Bremgarten ist eine Aktiengesellschaft und damit eine juristische Person. Um als solche ihre Handlungsfähigkeit zu betätigen, bedurfte sie eines Organes, das in ihrem Namen zu handeln, ihren rechtsgeschäftlichen Willen zu äussern befugt war. Nach dem OR kommt diese Organstellung der « Verwaltung » zu. Durch ihre Handlungen begründet sie selbständig die Rechte und Pflichten der A.-G. (OR 625). Sie ist eines der drei notwendigen Organe der Aktiengesellschaft gemäss Art. 642. Aus Art. 650 sodann geht hervor, dass das Gesetz eine kollegialische Gestaltung dieses Organes voraussetzt. Denn nach dieser Bestimmung kann durch die Statuten die Geschäftsführung ganz oder zum Teil an ein oder mehrere Mitglieder der Verwaltung, wie auch an einen oder mehrere Dritte, übertragen werden.

Das ist bei der Spar- und Leihkasse Bremgarten geschehen. Ihre revidierten Statuten von 1901 unterscheiden zwischen Verwaltungsrat und Verwaltung: dem Verwaltungsrat weisen sie im Allgemeinen die Aufsicht und Leitung der « Anstalt » zu (§ 36), der Verwaltung im eigentlichen Sinne, welche gebildet wird durch den Kassier und den Buchhalter (§ 37), dagegen den gesamten Geschäftsverkehr, und damit — expressis verbis — die

Vertretung der « Gesellschaft » nach aussen (§ 38). Wenn also Kassier und Buchhalter zusammen im Namen der Aktiengesellschaft handeln, so vertreten sie diese als Organ, und zwar im Rahmen und Umfang der Vollmacht, welche nach dem Gesetz der Verwaltung zukommt. Da nicht bestritten ist, dass der eingeklagte Saldo vom Kassier und vom Buchhalter im Namen der A.-G. und in ihrer Stellung als statutengemässe Verwaltung anerkannt worden ist, ist die Beklagte daher an diese Anerkennung gebunden, sofern sie in den Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der « Verwaltung » nach Art. 649 ff. OR fällt.

3. — Während das Gesetz den Inhalt der Vertretungsbefugnis des Prokuristen, des Handlungsbevollmächtigten, des Kollektivgesellschafters, des unbeschränkt haftenden Kommanditgesellschafters und des Genossenschaftsvorstandes umschreibt, stellt es eine ähnliche Bestimmung für die Verwaltung der Aktiengesellschaft nicht auf; denn die Vertretungsbefugnis der Verwaltung der A.-G. ist grundsätzlich unbeschränkt; sie reicht an sich soweit wie die Handlungsfähigkeit der juristischen Person, welcher sie dient (vergl. Art. 55 ZGB). Sie bezieht sich auf alle Rechtshandlungen, gehören sie zum Geschäftsbetrieb und zum Geschäftszweck oder nicht (vergl. BACHMANN, Komm. z. OR, Anm. 3 zu Art. 654, Kreis Schreiben des Bundesrates vom 11. März 1887 im BBl 1887 I S. 419, ZBJV 23 S. 178, SCHNEIDER, Anm. 6 zu Art. 654).

Es fragt sich nun zunächst, was unter dem « Auftrage » im Sinne von Art. 654 OR zu verstehen sei. Wenn die A.-G. sich einen Stellvertreter für ein bestimmtes Geschäft oder einen Inbegriff von Geschäften bestellt, so beurteilt sich die Vertretungsbefugnis selbstverständlich nach dem Umfang dieser Geschäfte, zu denen der Vertreter Auftrag erhalten hat. Ist aber der Vertreter ein notwendiges Organ der Gesellschaft, so muss der Umfang der Vertretungsbefugnis bestimmt werden nach der

Stellung, die dieses Organ in der gesamten Konstitution der Gesellschaft einnimmt. Als Organ der juristischen Person ist die Verwaltung oder der Vorstand nicht bloss zu einzelnen Rechtsgeschäften berufen, zu deren Abschluss sie noch eines besonderen Auftrages bedürfte, sondern sie ist schlechthin befugt, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben. Der « Auftrag » im Sinne des Art. 654 liegt also in der Kreation des Organes selbst; es handelt sich nicht etwa um ein Mandat im Sinne des Art. 394 OR. Das Organ der juristischen Person ist dieser gegenüber nicht ein « Dritter », der kraft Rechtsgeschäftes zu ihrer Vertretung bestellt würde, sondern ein Bestandteil der juristischen Person selbst. Soweit daher die Vertreter, von denen in Art. 654 die Rede ist, Organe der A.-G. sind, sind die technischen Ausdrücke « Vertreter » und « Auftrag » nicht im Sinne der gewöhnlichen « Stellvertretung » oder des gewöhnlichen « Auftrages » zu verstehen. Die Grenzen des « Auftrages » werden nicht durch die Anstellung der betreffenden Personen zur Ausübung der Verwaltung bestimmt, sondern durch die Gestaltung des Organes, das sie kleiden.

4. — Frägt sich nun, ob die « Verwaltung » der Spar- und Leihkasse Bremgarten mit Rechtswirksamkeit für diese den eingeklagten Saldo der mit der Klägerin geführten Kontokorrentrechnung habe anerkennen können, so ist zu beachten: Es handelt sich um einen Akt der Geschäftsführung der A.-G. Für diese Geschäftsführung bestand kein anderes Organ, als die Verwaltung; es entspricht dem normalen Geschäftsgang, dass die Stellungnahme zu dem im Kontokorrentverhältnis der A.-G. zu ziehenden Saldo der Verwaltung zukommt. Kraft ihrer Stellung als handlungsfähiges Rechtssubjekt stand es der A.-G. zu, das Rechtsverhältnis, in dem sie gegenüber der Klägerin befangen war, auf die eine oder andere Art zu lösen; und dazu bedurfte sie eines vertretungsbefugten Organes. Dieses kann nach ihrer Organisa-

tion kein anderes sein als die « Verwaltung ». Es ist auch nicht behauptet worden, dass etwa an Stelle der Verwaltung der « Verwaltungsrat », der eine Art Aufsichtsbehörde darstellte, oder gar die Generalversammlung dazu kompetent gewesen wäre.

Aber die Beklagte, und mit ihr die Vorinstanz, nehmen an, die Anerkennung des Saldos sei der Verwaltung nicht zugestanden, weil die Organe der A.-G. zur Vornahme jener einzelnen Rechtsgeschäfte, auf welche sich die Kontokorrentrechnung bezog, nicht befugt gewesen seien. Die Vorinstanz hält dafür, es würde eine Umgehung des Verbotes jener Rechtsgeschäfte — der Börsenspekulationen — bedeuten, wenn die Verwaltung dieselben durch Anerkennung des Saldos der Kontokorrentrechnung nachträglich genehmigen könnte.

Auf die Frage, ob jene Rechtsgeschäfte in gültiger Vertretung der A.-G. abgeschlossen worden seien oder nicht, ist später einzutreten. Auch wenn man annimmt, die Verwaltung habe bei deren Abschluss ihre Vertretungsbefugnis überschritten, und die Klägerin könne in Beziehung auf dieselben nicht als gutgläubiger Dritter betrachtet werden, so ist doch klar, dass das Argument, der Mangel der Vertretungsbefugnis mit Bezug auf den Abschluss der Börsenoperationen müsse notwendig den Mangel der Vertretungsbefugnis hinsichtlich der Anerkennung des Saldos der Kontokorrentrechnung nach sich ziehen, nicht richtig sein kann. Die Vorinstanz trägt der Tatsache nicht genügend Rechnung, dass zur Zeit der Saldoanerkennung jene mit der Klägerin abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die sich durch mehrere Jahre hindurch erstreckten, alle vollzogen worden waren. Bei der Anerkennung des Saldos war die Rechtslage nicht mehr so einfach, wie im Zeitpunkt, wo es sich um die Frage handelte, ob die A.-G. an die einzelnen Börsenaufträge, die ihre Verwaltung in ihrem Namen der Klägerin erteilte, gebunden sei oder nicht, ob sie die Erfüllung der in Ueberschreitung der Vertretungsbefugnis erteilten Auf-

träge ablehnen könne oder nicht. Man mag mit der Vorinstanz annehmen, dass die A.-G. berechtigt gewesen sei, die Erfüllung jener Aufträge zu verweigern, mit der Einwendung, sie gehen sie nicht an, da sie von einem falsus procurator, von der hiezu nicht befugten Verwaltung, abgeschlossen worden seien, und trotzdem muss man zugeben, dass sie die Verbindlichkeit der Saldoanerkennung durch die Verwaltung nicht mehr bestreiten kann. Denn die Aufträge sind tatsächlich erfüllt worden: die Kasse hat die gekauften Wertpapiere erhalten und darüber verfügt, und ebenso den Kaufpreis für die verkauften Wertpapiere, sei es dass sie die von der Klägerin gemachten Leistungen für sich behielt, sei es dass sie sie an ihre Kunden, für deren Rechnung sie die Geschäfte abschloss, abgab. Mit Rücksicht auf diese stattgehabte Erfüllung der streitigen Rechtsgeschäfte gestaltete sich die Rechtslage bei Präsentation des Kontokorrentsaldos durch die Klägerin für die Kasse so, dass sie unmöglich den Standpunkt einnehmen konnte, diese Geschäfte gingen sie gar nichts an. Nicht nur die Anerkennung des Saldos, sondern auch die Bestreitung desselben musste bei dieser Sachlage Verpflichtungen der A.-G. nach sich ziehen. Einer Stellungnahme gegenüber dem vorgewiesenen Saldo konnte sie sich schlechterdings nicht entziehen. Sie musste im einen oder andern Sinne handeln; das konnte sie aber nur durch ihr geschäftsführendes Organ, die Verwaltung, tun. Die gegenteilige Behauptung würde geradezu dahin führen, die Handlungsfähigkeit der A.-G. in Bezug auf ein sie betreffendes Rechtsverhältnis zu verneinen, und einen Zustand völliger Rechtlosigkeit in sich schliessen.

Wenn sich nämlich die Verwaltung der Kasse gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten Kontokorrentsaldo auf den Standpunkt stellen wollte, er sei für die Kasse nicht verbindlich, weil die mit der Klägerin abgeschlossenen Börsengeschäfte es nicht gewesen seien, so wäre damit natürlich der bisherige Geschäftsverkehr

mit seinen rechtlichen Folgen nicht einfach aus der Welt geschafft gewesen. Entweder hätte die Verwaltung mit ihrer Bestreitung Unrecht gehabt: dann wäre die Folge ihrer Weigerung gewesen, dass die Kasse im Wege des Prozesses zur Anerkennung und Bezahlung des Saldos verurteilt worden wäre. Oder sie hätte mit ihrer Bestreitung Recht gehabt: dann wären die einzelnen Börsenaufträge als ungültig erklärt worden. In diesem Falle hätte die Klägerin auf Grund dieser Rechtsgeschäfte an sich nichts zu fordern gehabt, aber sie hätte verlangen können, dass das auf Grund derselben Erlangte beiderseitig wieder herausgegeben werde (*condictio sine causa*). Nach Art. 64 OR kann zwar die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr berechtigt ist, sodass also einer Rückforderungsklage die Einwendung entgegen gestanden hätte, die Kasse sei aus diesen Geschäften zu Verlust gekommen. Allein nach demselben Artikel ist die Rückerstattungspflicht dann nicht auf die Bereicherung beschränkt, wenn der Empfänger sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war, oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Und dies würde im vorliegenden Falle zutreffen. Stellt man sich nämlich auf den Standpunkt der Vorinstanz, dass die Verwaltung der Kasse bei den Börsengeschäften über ihre Kompetenzen hinweggeschritten sei, so musste sie offenbar mit der Rückerstattung der von der Klägerin erhaltenen Wertpapiere und Kaufpreise rechnen.

Konnte sich aber die Rückerstattungspflicht der Kasse nicht auf die Bereicherung beschränken, so besteht weiterhin auch darüber kein Zweifel, dass die Kasse für diejenigen Wertpapiere, die sie nicht mehr in natura zurückgeben konnte, den Wert zur Zeit der Rückforderung zu vergüten hätte. Daraus erhellt, dass sie sich nicht einfach auf den Standpunkt hätte stellen können, es habe sich aus dem ganzen Geschäftsverkehr mit der Klägerin für sie ein Verlust ergeben, und dass es für sie keineswegs

eine gegebene Sache war, den Kontokorrentsaldo der Klägerin einfach zu bestreiten, abgesehen von den übrigen Folgen, welche eine Bestreitung für ihre Stellung als Bankgeschäft nach sich gezogen haben würde. Sie müsste, nach Abwägung der beidseitigen Vor- und Nachteile, insbesondere der Chancen eines allfälligen Prozesses mit der Klägerin, eine Entscheidung treffen und sich jener gegenüber erklären, und zu einer solchen Erklärung konnte Niemand anders befugt sein als das vertretungsbefugte Organ, die Verwaltung. Nach den Statuten war einzig diese dazu berufen.

Aus alledem folgt, dass die Verwaltung befugt war, den Kontokorrentsaldo anzuerkennen, selbst dann, wenn die einzelnen Rechtsgeschäfte, auf welche sich der Kontokorrent bezog, in Uebertretung der Vertretungsbefugnis der Verwaltung abgeschlossen worden waren. Damit erscheint die Klage nach dem Gesagten als begründet.

5. — Zur Gutheissung der Klage würde man aber auch dann gelangen, wenn man annehmen wollte, die Verwaltung habe bei Anerkennung des eingeklagten Kontokorrentsaldos nicht als vertretungsbefugtes Organ der Kasse gehandelt. Es wäre dann zunächst zu prüfen, ob eine solche Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach Art. 654 Abs. 2 OR der Klägerin mit Erfolg entgegengehalten werden könne, d. h. ob diese eine solche Beschränkung gekannt habe, oder bei der von ihr zu erwartenden Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Die vorstehenden Erwägungen müssten indessen zur Verneinung dieser Frage führen. Auch wenn man annimmt, die Verwaltung sei, in Anbetracht des allgemeinen Zweckes der Spar- und Leihkasse Bremgarten und der statutarischen Bestimmungen, die ihren Geschäftsbetrieb umschreiben, zur Eingehung von Börsengeschäften (sei es für eigene, sei es für fremde Rechnung) nicht ermächtigt gewesen, so steht doch die Tatsache fest, dass sie mit der Klägerin sowohl als mit anderen Banken solche Geschäfte gewerbsmässig ununterbrochen während mehrerer Jahre abgeschlossen

hat, und dass die Geschäfte ausgeführt worden sind. Durch diese Ausführung ist daher die Kasse in Rechtsverhältnisse getreten, die auf irgend eine Art erledigt werden mussten, sei es durch Anerkennung, sei es durch Abwicklung auf Grund der Rechtssätze über die Folgen ungültiger Rechtsgeschäfte (ungerechtfertigte Bereicherung). Zu dieser Abwicklung der zwischen den Parteien durch den langjährigen Verkehr geschaffenen Rechtslage bedurfte sie eines, ihren Willen äussernden Organs. Mit der Behauptung, die Entscheidung über die Anerkennung oder Bestreitung eines Kontokorrentsaldos sei in den Statuten nicht als zum Geschäftsbetrieb gehörend vorgesehen, wäre somit die Beklagte nicht zu hören. Fragen könnte sich nur, ob die Klägerin habe annehmen müssen, die Verwaltung sei nach den Statuten nur befugt, die Saldoforderung zu bestreiten, nicht aber sie anzuerkennen, oder darüber etwa einen Vergleich abzuschliessen. Allein dies hätte die Klägerin nur dann annehmen müssen, wenn die Bestreitung des Saldos eine gegebene Sache gewesen wäre, was jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, nicht der Fall ist. Auch bei erfolgreicher Bestreitung hätte eine Abrechnung, auf Grund der alsdann praktisch werdenden Rückerstattungspflicht, erfolgen müssen. Zudem war die Frage, ob die Kasse die Verbindlichkeit der mit der Klägerin abgeschlossenen Geschäfte ablehnen könne, zum mindesten eine zweifelhafte: nicht nur, ob die Verwaltung befugt gewesen sei, diese Geschäfte abzuschliessen, sondern namentlich, ob die Klägerin sich nicht eventuell auf ihren guten Glauben berufen konnte. Folglich ist nicht als bewiesen anzusehen, dass die Klägerin bei ihrer Annahme, die Verwaltung der Kasse sei bei Anerkennung des Kontokorrentsaldos vertretungsbefugt gewesen, sich nicht in gutem Glauben befunden habe.

6. — Frägt man sich endlich, welche Chancen die Organe der Kasse mit einer Bestreitung des festgestellten Kontokorrentsaldos gehabt haben würden, so ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass nach den Statuten die

Verwaltung die Pflicht hatte, sich solcher Börsenaufträge, sei es für Rechnung der Kasse, sei es für Rechnung von Kunden, zu enthalten. Deshalb ist mit Recht eine Pflichtverletzung angenommen worden; die Mitglieder der Verwaltung wurden der A.-G. gegenüber nach der Bestimmung des Art. 673 OR haftbar. Allein daraus folgt noch nicht, dass die A.-G. berechtigt war, die Verbindlichkeit dieser in ihrem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber abzulehnen. Voraussetzung hiefür war, dass der Dritte sich nicht in gutem Glauben befand, dass die Verwaltung vertretungsbefugt sei. Der gute Glaube ist aber zu vermuten. Die Beklagte trägt daher die Beweislast dafür, dass die Organe der Klägerin von dem Mangel der Vertretungsbefugnis Kenntnis hatten, oder nach den Umständen hätten haben sollen. Eine solche Kenntnis ist jedoch nicht bewiesen. Direktor Ammann gab zwar als Zeuge zu, die Statuten der Kasse seien der Klägerin bekannt gewesen. Allein aus den Statuten müsste diese nicht die Gewissheit entnehmen, dass die Verwaltung nicht vertretungsbefugt sei. Die Expertise stellt fest, dass solche Anstalten durchgängig sich auch mit derartigen Börsenaufträgen befassen. Der Zeugenbeweis hat ergeben, dass der Verwalter der Kasse die Organe der Klägerin in dem Glauben liess, dass es sich um Aufträge für fremde Rechnung handle; und die Organe der Klägerin durften wohl davon ausgehen, dass die Kasse die Aufträge nicht ohne genügende Deckung seitens der Kunden werde erteilt haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird begründet erklärt und damit, in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 7. September 1917, die Klage gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 14. Februar 1916 wiederhergestellt.

25. *Dalla sentenza 20 marzo 1918 della II^a sezione civile nella causa Spar- & Leihkasse in Berna contro Alfonso Bianchi in Lugano.*

Salvo pattuizione espressa o tacita tra le parti, l'avallante non è fidejussore dell'avallato a sensi dell'art. 509 CO. — Inapplicabilità di questo disposto e dell'art. 149 cap. 1 CO.

L'attrice Spar & Leihkasse in Berna ha scontato nel settembre 1912 un pagherò di 30,000 fr. a firma di Adeo-dato Banchini in Lugano, che il convenuto Alfonso Bianchi aveva sottoscritto per avallo. A garanzia di questo debito Banchini aveva inoltre dato in pegno alla Banca un credito di 10,000 fr. che professava verso i suoi fratelli.

Il debitore principale Banchini essendo caduto in fallimento, l'attrice chiese il pagamento del residuo importo dell'effetto (26,000 fr.), che intanto era stato prolungato più volte e ogni volta munita dalla firma del convenuto «per avallo», a quest'ultimo, il quale vi si rifiutò per la somma di 10,000 fr. A sostegno di che egli asseriva che l'attrice aveva ommesso di notificare l'avvenuta costituzione in pegno di detto credito ai terzi debitori, i quali l'avevano soluto direttamente nelle mani del creditore originario e Banchini: aver pertanto l'attrice diminuito a pregiudizio del convenuto le garanzie assistenti originariamente l'effetto: donde la responsabilità dell'attrice a stregua dell'art. 509 CO.

Trattandosi di decidere dell'applicabilità di questo disposto e di quella dell'art. 149 cap. 1 CO, il Tribunale federale l'escluse per i seguenti motivi:

1. La disciplina giuridica dell'avallo è delle più controverse e grande è il dissidio specialmente sulla questione, se l'avallo crei solo obbligo accessorio e di sussidio a quello dell'avallato, sia dunque, in essenza, una fideiussione, quantunque, per certi lati, di natura cam-