

Gesetzesbestimmung nicht eine solche zwingenden Rechts ist, was daraus zu schliessen ist, dass es an einem gesetzlichen Verbot des Ausschlusses dieser persönlichen Haftbarkeit durch Parteivereinbarung fehlt. Geht man aber hievon aus, so kann nach der Willensmeinung der Parteien eine persönliche Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger aus der Obligation vom 7. Oktober keinesfalls angenommen werden. Der Kläger Kunz war mit den Beklagten Vogt und Baumann Gründer der Alka A.-G., die zunächst nur für sie drei als Beteiligte vorgesehen war. Da die Errichtung nun gerade zum Zwecke der Benützung und Ausbeutung des bisher vom Kläger betriebenen Geschäftes mit allem Inventar erfolgen sollte, konnte es unmöglich die Willensmeinung beider Vertragsteile sein, für den Fall der Nichtübernahme der Verpflichtung durch die A.-G. die Beklagten persönlich verpflichten zu wollen. Diese hatten hiezu vernünftigerweise nicht die geringste Veranlassung und dem Kläger, der die ganze Gründungsangelegenheit betrieb, musste klar sein, dass eine derartige Verpflichtung von ihnen unmöglich gewollt sein konnte; denn wie aus den Aussagen des Zeugen Wenger hervorgeht, hatte Baumann ihm vor Unterzeichnung der Obligation ausdrücklich erklärt, er wolle nicht für mehr als den gezeichneten Aktienbetrag haften, was ihm Kunz bestätigte. Wenn dieser als Rechtskundiger daher in der irrigen Annahme, dass er sich durch die Obligation die A.-G. als Schuldner gesichert habe, es unterlassen hat, die Übernahme der Verpflichtung durch dieselbe nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu veranlassen, so hat er die ihm daraus erwachsenden Nachteile selbst zu tragen. Wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, wäre es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn der Kläger, der mit der Gründung beauftragt war und für die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften hätte besorgt sein sollen, — wobei an seine Sorgfaltspflicht zufolge seiner Stellung als Notar ein strenger Masstab anzulegen ist, — nun

nachträglich die Beklagten für die Folgen seiner mangelhaften Führung der Gründungsgeschäfte verantwortlich machen könnte.

Bei dieser Sachlage erübrigt sich eine Prüfung der von den Beklagten gegenüber der Schuldverpflichtung erhobenen Einrede des Betrugs und Irrtums.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 24. November 1922 bestätigt.

27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Mai 1923

i. S. Leih- u. Sparkasse Ermatingen gegen Gewerbebank Ulm.

Kauf gegen Bankakkreditiv; Natur und Wirkungen: wann darf die Bank das Akkreditiv gültig auszahlen ?

A. — Die Schwäbische Gewerbe-Handelsgesellschaft m. b. H. in Ulm beabsichtigte im März 1920, von der Deutsch-schweizerischen Handelszentrale in Zürich ein grösseres Quantum Tafel-Mischleim zu kaufen und nach Deutschland einzuführen. Zur Sicherstellung der Verkäuferin griff sie zum Mittel des Akkreditivs in der Weise, dass sie die Klägerin, Gewerbebank Ulm, beauftragte, bei einer schweizerischen Bank den ungefähren Kaufpreis der Verkäuferin zur Verfügung zu halten, wogegen diese in ähnlicher Weise die Lieferung sicherstellen sollte.

Demgemäss liess die Klägerin durch ihre Korrespondentin, Eidg. Bank in Zürich, der Beklagten, Leih- und Sparkasse Ermatingen, 35,000 Fr. als zinslose Hinterlage überweisen. Am 31. März 1920 machte sie der Beklagten brieflich Mitteilung von der Überweisung und deren Zweck; sie gab Aufschluss über den Inhalt des Geschäfts in Form eines Briefes der Gewerbe-Handels-

gesellschaft an die Deutsch-schweiz. Handelszentrale, in dem es wörtlich heisst: « Diese 35,000 Fr. übertragen wir unwiderruflich — bis zur Erledigung des Geschäftes aber zu unserer Verfügung — der Leihkasse Ermatingen zu Gunsten der Deutsch-schweiz. Handelszentrale in Zürich. » Von sich aus fügte die Klägerin hinzu: « Sofern die Angelegenheit nicht nach den Ausführungen unseres Auftraggebers zur Erledigung kommen sollte, behalten wir uns das Verfügungsrecht über die angeschafften 35,000 Fr. vor. »

Die Beklagte bestätigte den Empfang der 35,000 Fr., die sie nach den erhaltenen Instruktionen verwenden werde, und bestellte ihrerseits im Auftrag der Verkäuferin ein Lieferungs-Akkreditiv von 10,000 Fr. zu Gunsten der Käuferin.

Da eine Einfuhrbewilligung nicht erhältlich war, wurde ein bereits nach Friedrichshafen spedierter Wagen Leim nach Romanshorn zurückgeschickt. Mit Rücksicht hierauf schrieb die Gewerbe-Handelsgesellschaft am 26. April der Beklagten, die 35,000 Fr. dürfen unter keinen Umständen ohne ihre Zustimmung und diejenige der Klägerin, welche sich das Verfügungsrecht über dieselben vorbehalten habe, an die Verkäuferin ausbezahlt werden.

In der Folge trat die Gewerbe-Handelsgesellschaft durch Vermittlung des Inhabers der Deutsch-schweiz. Handelszentrale, Bungard, in Verbindung mit Adolf Seger, Fensterfabrikanten in Ermatingen, welcher nach Angabe der Beklagten schon den ersten Wagen an die Zentrale geliefert hatte, und es wurde vereinbart, dass nicht nur, wie ursprünglich vorgesehen, 2 Wagen Leim, sondern weitere 8 Wagen durch Seger geliefert werden sollten. Am 18. Mai schrieb die Gewerbe-Handelsgesellschaft der Beklagten über Lieferungs- und Abnahmegarantie.

Am 30. Mai 1920 fand in Konstanz eine Zusammenkunft zwischen Seifritz, Direktor der Gewerbe-Handels-

gesellschaft, Blattner, Verwalter der Beklagten, Bungard und Seger statt. Dabei soll Seifritz Blattner gesagt haben, die Sache sei nunmehr in Ordnung, die Einfuhrbewilligung liege vor, und die Beklagte könne die 35,000 Fr. an Seger auszahlen; das sei durch Schreiben des Seifritz, welches schon vom 29. Mai datiert sei, bestätigt worden, worauf die Beklagte angeblich am 31. Mai die 35,000 Fr. dem Seger gutschrieb. In Wirklichkeit ist diese Gutschrift, wie sich aus den Büchern der Beklagten ergeben hat, erst am 30. Juni 1920 erfolgt.

Inzwischen hatte sich herausgestellt, dass gefälschte Einfuhrbewilligungen vorgelegt worden waren. Da das Geschäft infolgedessen nicht zur Ausführung kommen konnte, telegraphierte und schrieb die Gewerbe-Handelsgesellschaft am 6. Juni 1920 der Beklagten, das « Leimdepot Seger von 35,000 Fr. werde wieder gesperrt »; unter allen Umständen sei, wie der Beklagten schon am 26. April, und von der Klägerin bereits am 31. März 1920 mitgeteilt worden sei, deren Zustimmung zur Freigabe des Depots notwendig.

B. — In der Folge kam die Gewerbe-Handelsgesellschaft in Konkurs. Die Klägerin forderte von der Beklagten den deponierten Betrag von 35,000 Fr. zurück, und klagte, da die Beklagte unter Berufung auf rechtmässig erfolgte Auszahlung an Seger das Begehren ablehnte, beim Bezirksgericht Kreuzlingen auf Rückzahlung der genannten Summe, nebst 6 % Zins seit 1. Juni 1920.

C. — Die Beklagte beantragte, die Klage sei angebrachtermassen, eventuell als materiell unbegründet abzuweisen, indem sie vor allem geltend machte, die Auszahlung sei auftragsgemäss erfolgt und der Widerruf sei verspätet gewesen.

D. — Das Obergericht des Kantons Thurgau hat durch Urteil vom 25. Januar 1923, in Abänderung des die Klage abweisenden Entscheides der ersten Instanz, dieselbe in vollem Umfange geschützt.

E. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Hauptantrag, die Klage sei als unbegründet definitiv abzuweisen, und den eventuellen Anträgen :

1. sie sei zur Zeit abzuweisen ;

2. der Entscheid sei zu sistieren bis nach Austrag der Differenzen zwischen Seger einerseits und der Klägerin bezw. der Konkursmasse der Schwäb. Gewerbe-Handelsgesellschaft andererseits darüber, ob Seger aus dem der Akkreditivbestellung zu Grunde liegenden Geschäft Ansprüche auf die Akkreditivsumme von 35,000 Fr. zu erheben berechtigt war ;

3. (eventuellst) die Klageforderung sei angemessen herabzusetzen, nämlich : a) auf den Markbetrag, der von der Klägerin s. Z. zur Beschaffung der 35,000 Fr. aufgewendet worden sei und mit dem sie die Gewerbe-Handelsgesellschaft in ihren Büchern belastet habe ; b) auf 2697 Fr. 70 Cts., entsprechend der Preisdifferenz zwischen der Akkreditivsumme und dem Fakturabtrag von 32,302 Fr. 30 Cts. für den gelieferten ersten Wagen, bezw. auf den für Beschaffung dieser 2697 Fr. 70 Cts. erforderlich gewesenenen Markbetrag ; c) um 500 Fr., welche die Klägerin auf Grund der Freigabe des Akkreditivs als Provision an Bungard habe auszahlen lassen ; d) um mindestens 50 % wegen Mitverschuldens der Klägerin bezw. der Gewerbe-Handelsgesellschaft ; e) durch Reduktion des Zinsfusses auf 5 %.

Ferner beantragt die Beklagte eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisabnahme darüber, dass anlässlich der Zusammenkunft vom 30. Mai 1920 Seifritz das Akkreditiv endgültig zu Gunsten Segers freigegeben habe und hiezuvollmächtigt gewesen sei, und dass auch Bungard zugestimmt habe, dass die Beklagte am 2. Juni 1920 an Bungard zu Lasten Segers à conto der vereinbarten Provision 500 Fr. habe auszahlen lassen, dass Seger den ersten Wagen Leim am 30. Mai 1920 wirklich geliefert hatte und die Lie-

ferung erst nachher rückgängig gemacht wurde, dass die Deutsch-schweizerische Handelszentrale und Seger nicht verpflichtet waren, die Einfuhrbewilligung beizubringen, und diese nicht Bedingung des Geschäfts gewesen sei, dass endlich nach den Bankusancen der Widerruf der Akkreditivfreigabe im vorliegenden Fall unzulässig war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Das vorinstanzliche Urteil beruht auf der tatsächlichen Feststellung, dass nach den Eintragungen in den Büchern der Beklagten die Gutschrift der 35,000 Fr. an Seger erst am 30. Juni 1920, und nicht schon am 31. Mai gl. J. erfolgt ist. Diese Feststellung ist nicht als aktenwidrig angefochten worden, und deshalb nach Art. 81 OG für das Bundesgericht verbindlich. Da somit der Widerruf vom 2. Juni 1920 eintraf, bevor der angebliche Zahlungsauftrag der Gewerbe-Handelsgesellschaft vom 29. u. 30. Mai ausgeführt war, braucht weder untersucht zu werden, ob die Gewerbe-Handelsgesellschaft berechtigt war, ohne Zustimmung der Klägerin, die das Akkreditiv bestellt hatte, die Auszahlung zu veranlassen, noch ob Seifritz ermächtigt war, eine derartige Erklärung in ihrem Namen gültig abzugeben. Das Schicksal der Berufung hängt davon ab, ob die Beklagte abgesehen von jenem besonderen Zahlungsauftrag, schon gemäss dem Inhalt der Akkreditivbestellung, die 35,000 Fr. dem Seger gutschreiben oder an ihn auszahlen durfte.

2. — Es geht nun nicht an, auf das vorliegende Akkreditiv einfach die allgemeinen Regeln über dieses, im internationalen Verkehr üblich gewordene Geschäft, wie sie sich in Theorie und Praxis herausgebildet haben, anzuwenden (vergl. ZIMMERMANN, Bankakkreditive, in Schw. Jur.-Z. 16, 367 ff.; STEINER, Akkreditivgeschäft; JACOBY, Das Akkreditiv, in Bank-Archiv 20, 245 ff. u. 264 ff., sowie Urt. d. Bundesgerichts vom 7. Juli 1920 i. S. Petitpierre gegen Crédit mutuel ouvrier). Danach liegt in der Akkreditivbestellung eine Anweisung abstrakter

Natur, gegen Vorweisung gewisser Dokumente durch den Akkreditierten einen bestimmten Betrag an ihn zu zahlen; und es wäre mangels zeitlicher Befristung bei bestätigtem Akkreditiv der Angewiesene (nach Analogie von Art. 470 Abs. 2 OR) an die Zahlungsverpflichtung gebunden, bis der Akkreditierte sein Einverständnis zur Annullierung geben würde. Von diesem Typus unterscheidet sich das vorliegende Akkreditiv dadurch, dass die Anweisung nicht abstrakt ist, sondern auf das zu Grunde liegende Kaufgeschäft verwiesen und abgestellt wird: die Beklagte als Angewiesene war nicht ermächtigt, ohne Rücksicht auf das Grundgeschäft die Annahme zu erklären und die Akkreditivsumme auszahlen. Statt der Abhängigmachung der Zahlung von der Vorweisung von Dokumenten wurde die Beklagte auf das Kaufverhältnis hingewiesen; sie durfte also an den Akkreditierten nur zahlen, falls diesem eine Forderung aus der Leimlieferung zustehen würde.

Dass das Akkreditiv als « unwiderruflich » hingestellt wurde, kann an dem Gesagten nichts ändern. Denn abgesehen davon, dass das Akkreditiv als Ermächtigung vor dem Akzept nach Art. 34 OR jederzeit frei widerrufen werden kann, war ja hier der Vorbehalt gemacht, dass das Depot bis zur « Erlädigung des Geschäfts » (worunter wohl zu verstehen ist: bis der Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Geschäft nachgekommen sein werde, also bis zur Versendung der Ware) zur Verfügung des Akkreditierenden sei. Zur Versendung des Leimes ist es aber nach der für das Bundesgericht massgebenden Feststellung der Vorinstanz nie gekommen.

3. — Freilich wäre die Beklagte gemäss Art. 468 OR dem Verkäufer zur Auszahlung verpflichtet gewesen, falls sie ihm gegenüber das Akkreditiv bedingungslos bestätigt hätte; diese Bestätigung würde der « Annahme ohne Vorbehalt » in Art. 468 OR entsprechen. Allein die Bestätigung durfte nur so erfolgen, wie die Anweisung lautete, und diese war bedingt, nämlich an die Ausführung des Kaufgeschäfts geknüpft.

4. — Ferner könnte eingewendet werden, der Verkäufer sei seinen Vertragspflichten nachgekommen, das Akkreditiv solle gerade sicherstellen, dass das auch seitens des Käufers geschehe; da die Frage noch im Streit liege, wem die Nichtausführung des Geschäfts zur Last falle, so müsse der Rückforderung der Hinterlage die Erledigung des Prozesses zwischen Käufer und Verkäufer vorausgehen. Nun kommt es aber auf diese Umstände gar nicht an. Die Akkreditivbestellung soll nur die Zug um Zug-Erfüllung bei Kaufgeschäften ersetzen, also die Zahlung des Kaufpreises sicherstellen: die Auszahlung des Akkreditivbetrages soll Zug um Zug mit der Ausführung des Kaufes erfolgen. Sobald daher feststand, dass der Kauf, gleichviel aus welchen Gründen, tatsächlich nicht zur Ausführung komme, hatte das Akkreditiv seinen Zweck eingebüsst und konnte es zurückverlangt werden; denn es war nicht etwa gegeben, um eine Schadenersatzforderung wegen Rücktrittes vom Kaufvertrage sicherzustellen. Deshalb ist auch das Eventualbegehren um Sistierung des Prozesses bis zur Austragung des Streites zwischen Seger und der Klägerin bzw. der Konkursmasse der Schwäbischen Gewerbe-Handelsgesellschaft abzuweisen.

5. — Auch die Begehren um Herabsetzung der Klageforderung unter den an sich ausgewiesenen Betrag von 35,000 Fr. entbehren sämtlich der Begründung.

a) Die Klägerin ist zur Rückforderung des Depots in Schweizerfranken, so wie sie es vollzogen hat, berechtigt; was sie für Beschaffung der 35,000 Fr. angewendet hat, ist ihre Sache, ihr *lucrum negotiationis*. Von einer Ermässigung des Klageanspruchs auf den ausgelegten Markbetrag kann umsoweniger die Rede sein, als der Wert des Schweizerfrankens seit der Akkreditivbestellung im Verhältnis zum Gold und zur Kaufkraft ziemlich gleich geblieben ist, während die Mark an Wert erheblich eingebüsst hat.

b) Das Begehren um Herabsetzung auf 2697 Fr. 70 Cts. entsprechend der Preisdifferenz zwischen der Akkreditiv-

summe und dem Fakturabetrag für den angeblich gelieferten ersten Wagen, scheidet an der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanz, dass dieser Wagen nicht abgeliefert worden ist.

c) Da das vorinstanzliche Urteil von den 500 Fr., welche die Klägerin (oder die Beklagte) als Provision an Bungard habe auszahlen lassen, nicht spricht, könnte sich nur fragen, ob eine Beweisergänzung in dieser Hinsicht anzuordnen sei. Allein auch wenn die Tatsache der Zahlung an sich bewiesen wäre, so würde sie nicht genügen, um einen entsprechenden Abzug von der Klageforderung zu rechtfertigen: es bedürfte dazu der Behauptung und des Nachweises, dass die Zahlung im Auftrag der Klägerin erfolgte und das vorliegende Geschäft betreffe.

d) Eine Herabsetzung wegen allfälligen Mitverschuldens der Klägerin fällt schon deshalb ausser Betracht, weil es sich nicht um eine Schadenersatzforderung handelt, sondern um einen Anspruch auf Rückerstattung.

e) Die Festsetzung des Zinsfusses auf 6 % beruht auf der Annahme, dass dieser Zinsfuss dem üblichen Bankdiskont im Handelsverkehr entspreche; gegen diese Annahme der Vorinstanz lässt sich nichts einwenden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 25. Januar 1923 bestätigt.

28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Mai 1923 i. S. Peter gegen Bläuer.

Vorkaufsrecht: Die Bedingung, dass der Kaufvertrag nur Geltung haben solle, wenn das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werde, kann dem Vorkaufsberechtigten, der in den Kaufvertrag eintreten will, nicht entgegengehalten werden, es sei denn, dass ihm die Bedingung von Anfang an bekanntgegeben worden sei. (Art. 2. ZGB).

A. — Die Klägerin Louise Bläuer und ihre Schwester, die Beklagte Martha Peter-Bläuer, waren Miteigentümerinnen eines im Winkel in Schoren gelegenen Heimwesens. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 2. März 1922 veräusserte Frau Peter ihren Miteigentumsanteil an ihren Schwiegervater Albrecht Peter, wobei in den Kaufvertrag folgende Bestimmung aufgenommen wurde: «Dieser Vertrag tritt erst in Kraft, wenn die erforderliche Verzichtleistung seitens der Miteigentümerin Fräulein Louise Bläuer vorhanden ist. Sollte eine solche Erklärung nicht erhältlich sein, so fällt dieser Kaufvertrag dahin.» Der beurkundende Notar, Gerber, gab der Klägerin, ohne jedoch die zitierte Bedingung zu erwähnen, vom Abschluss des Kaufvertrages Kenntnis, und forderte sie auf, auf das ihr nach Art. 682 ZGB zustehende Vorkaufsrecht zu verzichten. Mit Zuschrift vom 21. März 1922 erklärte aber die Klägerin, sie mache von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch und verlange Übertragung der Liegenschaft. Daraufhin teilte Notar Gerber ihr mit, dass der Kaufvertrag nur unter der Bedingung ihres Verzichtes geschlossen worden und, nachdem diese Bedingung nicht eingetreten, dahingefallen sei.

Mit der vorliegenden Klage verlangte die Klägerin Übertragung des Miteigentumsanteiles der Beklagten auf sie zu den im Verträge vom 2. März 1922 vorgesehenen Bedingungen.