

Daraus folgt aber, dass sie auch zeitlich nur vom Eintrag ihren Ausgang nehmen und nicht schon vorher beginnen kann. Ein früherer Beginn ist regelmässig schon wegen des dannzumal noch vorhandenen älteren Eintrags nicht möglich, weil die Publizität des Grundbuchs eine Ersitzung im Widerspruch zu demselben (Kontratabularersitzung) schon im Entstehen verhindert, und ebenso kann, vom Gesichtspunkt der Verjährung der Löschungsklage aus betrachtet, von einem Verjährungsbeginn nicht die Rede sein, so lange der ungerechtfertigte Eintrag noch gar nicht existiert. Ist ausnahmsweise, wie hier, ein früherer Eigentümer nicht eingetragen, so steht allerdings das Grundbuch dem Beginn der Ersitzung sofort mit dem Besitzerwerb nicht entgegen, aber die so beginnende Ersitzung stützt sich auch nicht auf das Grundbuch (Extratabularersitzung) und führt gemäss Art. 662 ZGB erst nach dreissig Jahren zum Eigentumserwerb und auch dann nur, wenn der wirkliche Eigentümer sich im Ausschlussverfahren nicht meldet. Eine begonnene Extratabularersitzung kann aber auch nicht etwa, nachdem der Ersitzende einen ungerechtfertigten Eintrag zu seinen Gunsten erwirkt hat, einfach als Tabularersitzung *f o r t g e s e t z t* werden, da eine Kombinierung der beiden Ersitzungsmöglichkeiten in der Weise, dass von der einen der frühere Beginn und von der andern die kürzere Frist entlehnt wird, selbstverständlich nicht angängig ist.

Aus diesen Erwägungen muss die behauptete Ersitzung des Eigentums am Öschinensee durch die Beklagten verneint werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 18. Januar 1924 bestätigt.

V. OBLIGATIONENRECHT
DROIT DES OBLIGATIONS

25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. März 1924

i. S. Bank in Schaffhausen gegen Firma M. Stromeyer.

Prokura. Stillschweigende Einräumung einer Einzelprokura. Art. 459 OR. Guter Glaube des Dritten.

A. — Die Klägerin, Kommanditgesellschaft Stromeyer mit Sitz in Konstanz, führt seit 1891 in Kreuzlingen eine Filiale. Die Eintragung im Handelsregister des Kantons Thurgau vom 7. November 1891 erwähnt, dass die genannte Kommanditgesellschaft aus Wilhelm Stiegeler in Konstanz, als unbeschränkt haftendem Gesellschafter, und mehreren (näher bezeichneten) Kommanditisten bestehe, dass sie am 1. Januar 1891 in Kreuzlingen eine Zweigniederlassung errichtet habe unter der Firma M. Stromeyer, Lagerhausgesellschaft, Filiale Kreuzlingen, und dass die « Firma » Kollektivprokura erteile an Konrad Schilling, Kaufmann in Konstanz, und Hermann Straubinger, Kaufmann in Kreuzlingen.

Der tatsächliche Leiter der Kreuzlinger Filiale war ein Heinrich Johann Roth-Frommherz, welcher zwar im thurgauischen Handelsregister nicht eingetragen wurde, trotzdem aber bis 1917 die « Einzelprokura » für die Zweigniederlassung in Kreuzlingen besass.

Am 27. November 1917 erliess die Kommanditgesellschaft Stromeyer von Konstanz aus folgendes Zirkular, und sandte es u. a. auch der beklagten Bank in Schaffhausen, mit der sie in Geschäftsverkehr stand :

« Wir beehren uns, Sie davon zu benachrichtigen, » dass wir unser provisorisches Büro in Kreuzlingen er- » weitert, bezw. zu einem Vollbetrieb umgestaltet haben,

» und dasselbe unter der bisherigen, handelsgerichtlich
 » eingetragenen Firma M. Stromeyer, Lagerhausgesell-
 » schaft, Kreuzlingen, als selbständiges Zweigggeschäft
 » weiterführen werden.

» Als Handelsbevollmächtigte mit dem Recht zur
 » Kollektivzeichnung in Vollmacht mit den bisherigen
 » Prokuristen, den Herren J. Roth und H. Straubinger,
 » oder unter sich selbst haben wir neu bestellt :

» Herrn Jakob Wuest in Kreuzlingen,
 » Karl Klaffschenkel in Konstanz,
 » Gustav Iseli in Kreuzlingen.

» Die Unterschriften der Zeichnungsberechtigten, aus-
 » genommen diejenige des Herrn Roth, die Ihnen bereits
 » bekannt ist, bringen wir Ihnen in der Beilage zur
 » Kenntnis.

» Wir ersuchen Sie sodann, davon Notiz zu nehmen,
 » dass die vorstehend genannten Handelsbevollmäch-
 » tigten durch Kollektivunterschrift zu zweien beliebige
 » Abhebungen bis zum Betrage von 5000 Fr. im einzelnen
 » Falle aus unserem jeweiligen Guthaben vornehmen
 » können, während grössere Verfügungen nur dann
 » Rechtsgültigkeit haben, wenn dieselben die Einzel-
 » unterschrift unseres unbeschränkt haftenden Gesell-
 » schafters Herrn Wilh. Stiegeler, oder die Unter-
 » schriften der beiden Prokuristen oder eines Proku-
 » risten mit einem Bevollmächtigten tragen. »

Die Beklagte hat am 5. Dezember 1917 den Empfang dieser Mitteilung bestätigt.

B. — Der Prokurist der Klägerin, Roth, unterhielt mit der Beklagten auch private geschäftliche Beziehungen, indem er in seinem Verkehr mit ihr Devisenspekulationen in grossem Umfang betrieb. Er hatte bei der Beklagten einen Kontokorrent, und schuldete ihr laut den bei den Akten liegenden Auszügen aus demselben per 30. September 1919 164,891 Fr. und per 31. Dezember 1919 170,191 Fr. Diese Verpflichtungen Roths waren wegen

Rückganges der deutschen Valuta nur mehr ungenügend gedeckt.

Nun übersandte Roth, in seiner Eigenschaft als Prokurist der Klägerin, am 24. September 1919 der Beklagten folgenden, auf ihn selber gezogenen und von ihm akzeptierten Wechsel :

» Kreuzlingen, den 24. September 1919.

» Am 30. Dezember 1919, zahlen Sie für diesen Prima-
 » Wechsel an die Ordre von uns selbst die Summe von
 » 100,000 Fr., den Wert in uns selbst, und stellen ihn
 » auf Rechnung laut Bericht.

» Herrn J. Roth-Frommherz ppa. M. Stromeyer
 in Kreuzlingen, Lagerhausgesellschaft,
 » zahlbar bei der Bank in Schaffhausen gez. Roth. »
 Dieser Wechsel trägt das Indossament :

» Ordre Bank in Schaffhausen,
 » ppa. M. Stromeyer
 » Lagerhausgesellschaft,
 » gez. Roth. »

Das Begleitschreiben vom 24. September 1919 an die Beklagte lautet :

» Den Ihnen anbei zugehenden Abschnitt von 100,000
 » Franken per 30. Dezember 1919 zahlbar Schaffhausen
 » belieben Sie gefl. direkt dem Konto des Herrn J. Roth-
 » Frommherz in Kreuzlingen, unter direkter Anzeige
 » an denselben gutzubringen.

» ppa. M. Stromeyer
 » Lagerhausgesellschaft.
 » gez. Roth. »

Einen gleichlautenden Wechsel auf Roth per 50,000 Franken, zahlbar bei der Beklagten am 30. Januar 1920, stellte Roth ppa. Stromeyer am 15. Oktober 1919 aus, sowie am gleichen Tage einen weiteren, am 15. Februar 1920 zahlbaren von 50,000 Fr.

Am jeweiligen Verfalltag liess die Beklagte die Wechsel protestieren. Gestützt auf diese Proteste erhob sie gegen

die Klägerin als Indossantin der Wechsel die Wechselbetreibung für die betreffenden Wechselbeträge samt Kosten. Die Klägerin schlug Recht vor, mit der Begründung, Roth habe nur Kollektivprokura besessen; sie sei daher durch dessen alleinige Unterschrift auf den Wechseln nicht verpflichtet worden. Nach erteilter Rechtsöffnung löste aber die Klägerin, um den Folgen der Betreibung zu entgehen, die 3 Wechsel ein, indem sie der Beklagten die Summe von 200,000 Fr. nebst 2961 Fr. 19 Cts. an Zinsen und Kosten bezahlte. Mit Klage vom 1. April 1920 forderte sie diese Beträge zurück. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage in vollem Umfang geschützt. Gegen das Urteil des Obergerichts vom 2. Februar 1923 hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage; mit Eingabe vom 30. Januar 1924 hat sie jedoch die Berufung zurückgezogen.

C. — Die Klägerin stand auch in Geschäftsverbindung mit der Kreuzlinger Filiale der Thurgauischen Kantonalbank; und auch bei dieser Bank hatte Roth ein Privatkonto.

Gegenstand des vorliegenden Prozesses bilden nachstehende Operationen:

1. Am 25. September 1919 sandte Roth folgendes, mit « ppa. M. Stromeyer, Lagerhausgesellschaft, Roth » unterzeichnetes Schreiben an die Beklagte: « Wir bitten » Sie höfl., für unsere Rechnung den Betrag von 50,000 » Franken, Valuta 29. September 1919, an die Thurgauische Kantonalbank in Kreuzlingen zu vergüten und » uns dafür in laufender Rechnung zu belasten. »

Die Beklagte bestätigte der Klägerin am 26. September den Empfang dieses Auftrags, und belastete sie im Kontokorrent mit dieser Summe per 26. September, Valuta 29. September.

Sie schrieb der Thurgauischen Kantonalbank, Filiale Kreuzlingen, am 26. September: « Im Auftrag und für » Rechnung der Firma M. Stromeyer, Lagerhausgesell-

» schaft in Kreuzlingen, haben wir Ihnen 50,000 Fr., » Valuta 29. crt., zu vergüten, welchen Betrag wir Ihnen, » wie ausgesetzt, durch Ihre Zentrale in Weinfelden » überweisen lassen », worauf die Thurgauische Kantonalbank am 29. September antwortete: « Wir sind im » Besitz Ihres Geehrten vom 26. crt., sowie der uns » damit avisierten Vergütung durch unsere Hauptbank in » Weinfelden von 50,000 Fr., Valuta 29. crt., welchen » Betrag wir weisungsgemäss für Rechnung der Firma » M. Stromeyer in Kreuzlingen verwendeten. »

Die Klägerin hat den Quartal-Rechnungsauszug der Beklagten per 30. September 1919, in welchem sie mit jenen 50,000 Fr. belastet war, unterm 24. Oktober 1919 als richtig anerkannt; das Anerkennungsschreiben ist namens der Klägerin von Roth unterzeichnet.

2. Am 3. Oktober 1919 gab die Klägerin (bezw. in ihrem Namen Roth, ppa. M. Stromeyer zeichnend) der Beklagten den Auftrag, für ihre Rechnung der Thurgauischen Kantonalbank in Kreuzlingen 100,000 Fr., Valuta 7. Oktober 1919, zu vergüten, und sie dafür in laufender Rechnung zu belasten.

Am gleichen Tage schrieb Roth « ppa. M. Stromeyer » an die Thurgauische Kantonalbank in Kreuzlingen: « Wir lassen Ihnen durch die Bank in Schaffhausen den » Betrag von 100,000 Fr., Valuta 7. Oktober 1919, zu- » gehen, wofür Sie uns in laufender Frankenrechnung er- » kennen wollen. »

Die Beklagte teilte ihrerseits am 6. Oktober der Thurgauischen Kantonalbank, Filiale Kreuzlingen, mit, sie habe ihr im Auftrag und für Rechnung der Klägerin 100,000 Fr., Valuta 7. crt., zu vergüten, und werde ihr diesen Betrag durch ihre Zentrale in Weinfelden überweisen lassen.

Mit Postkarte vom 8. Oktober bestätigte die Kreuzlinger Filiale der Thurgauischen Kantonalbank den Empfang dieses Briefes und der mit demselben avisierten Vergütung von 100,000 Fr., Valuta 7. crt., mit

dem Beifügen, sie habe diesen Betrag « auftragsgemäss verwendet ».

Inzwischen, am 6. Oktober, hatte die Beklagte der Klägerin auf deren Brief vom 3. Oktober geantwortet, sie habe auftragsgemäss für ihre Rechnung 100,000 Fr., Valuta 7. crt., an die Thurgauische Kantonalbank, Filiale Kreuzlingen vergütet, indem sie hiefür die Klägerin, wie ausgesetzt, belaste.

3. Am 3. November 1919 schrieb die Klägerin (bezw. in ihrem Namen Roth « ppa. M. Stromeyer ») an die Beklagte: « Wir bitten Sie höfl., für unsere Rechnung den Betrag von 60,000 Fr., Valuta 5. November » 1919, und 40,000 Fr., Valuta 8. November 1919, zusammen 100,000 Fr., an die Thurgauische Kantonalbank in Kreuzlingen zu vergüten, und uns dafür in » laufender Rechnung zu belasten. »

Am gleichen Tage teilte die Klägerin (bezw. in ihrem Namen Roth « ppa. M. Stromeyer ») der Thurgauischen Kantonalbank mit, dass ihr durch die Bank in Schaffhausen für Rechnung der Klägerin 100,000 Fr. (60,000 plus 40,000 Fr.) vergütet werden, wofür sie die Klägerin in laufender Rechnung erkennen wolle.

Mit Zuschrift vom 5. November zeigte die Beklagte der Klägerin an, dass sie den erhaltenen Auftrag ausführe und sie entsprechend in laufender Rechnung belaste, und ersuchte die Klägerin, gleichlautende Buchungen zu treffen.

Die Beklagte schrieb gleichzeitig an die Thurgauische Kantonalbank in Kreuzlingen, sie habe ihr im Auftrag und für Rechnung der Klägerin 60,000 Fr., Wert 5. November, und 40,000 Fr., Wert 8. November, zu vergüten welche Beträge sie der Thurgauischen Kantonalbank bei deren Hauptbank in Weinfelden zur Verfügung stelle.

In ihrer Empfangsbescheinigung vom 7. November 1919 bemerkte die Filiale Kreuzlingen der Thurgauischen Kantonalbank, sie habe diese Summe « weisungsgemäss im Auftrag und für Rechnung der Firma M. Stromeyer verwendet ».

In dem Quartalauszug des Kontokorrents per 31. Dezember 1919, welchen die Beklagte der Klägerin stellte, ist diese mit den « Vergütungen an die Thurgauische Kantonalbank von 100,000 Fr., 60,000 und 40,000 Fr. belastet (das zu diesem Quartalauszug gelegte Richtigbefundsformular ist von der Klägerin nicht unterzeichnet), und in dem Kontokorrent, welche die Klägerin führte, ist das Konto der Beklagten mit diesen Zahlungen an die Thurgauische Kantonalbank kreditiert.

Laut Angabe im Urteil des Schaffhauser Obergerichts (die von der Berufungsklägerin als aktenwidrig angefochten wird) ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass Roth dann sämtliche 4 Beträge von 50,000 Fr., 100,000, 60,000 und 40,000 Fr. bei der Thurgauischen Kantonalbank sofort seinem eigenen Privatkonto bei derselben hat gutschreiben lassen.

Wegen dieser Manipulationen ist im Vorsommer 1920 durch die thurgauischen Behörden Strafklage gegen Roth eingeleitet worden, die damit endigte, dass er durch Urteil der Kriminalkammer des Kantons Thurgau vom 9. Juli 1921 wegen fortgesetzten Betruges zu einer Arbeitshausstrafe von zwei Jahren verurteilt wurde.

D. — Per 19. Februar 1920 schloss die Beklagte die Rechnung der Klägerin definitiv ab; der Auszug erzeigt auf diesen Tag einen Saldo zu Lasten der Klägerin im Betrag von 92,035 Fr.

Die Beklagte leitete für diesen Kontokorrentsaldo gegen die Klägerin Betreibung ein. Laut Zuschrift des Anwalts der Beklagten an denjenigen der Klägerin vom 8. April 1920 vergütete diese der Beklagten a konto der in Betreibung gesetzten Forderung die Summe von 92,000 Fr.; in der Quittung ist bemerkt, dass durch diese Zahlung die « Rechte der Schuldnerin im Prozess der Bank in Schaffhausen gegen sie aus Kontokorrentforderung in keiner Weise präjudiziert werden sollen ».

Am 17. April 1920 bescheinigte der Anwalt der Beklagten der Klägerin den Empfang eines Checks über

200,000 Fr. « zum Zweck des Ausgleiches der Kontokorrentforderung der Bank in Schaffhausen », mit dem Beifügen, die Zahlung « erfolge seitens der Klägerin unter » ausdrücklicher Wahrung ihrer Regressrechte auf die » Bank in Schaffhausen, und ohne jedes Präjudiz auf » den Rückforderungsprozess ».

E. — Im April 1920 erhob die Klägerin gegen die Beklagte beim Bezirksgericht Schaffhausen die vorliegende (II.) Klage, mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr zu bezahlen 252,695 Fr. 15 Cts. nebst Zinsen zu 5 % von 50,000 Fr. seit 25. September 1919, von 200,000 Fr. seit 17. April 1920 und von 2695 Fr. 15 Cts. seit 29. April 1920.

Diese Forderungssumme setzt sich aus folgenden Einzelposten zusammen :

Fr. 50,000.— laut Belastung der Klägerin vom 25. September 1919 (Vergütung an die Thurg. Kantonalbank).

Fr. 100,000.— laut Belastung der Klägerin vom 3. Oktober 1919 (Vergütung an die nämliche Bank).

Fr. 60,000.— } laut Belastung der Klägerin
Fr. 40,000.— } vom 3. November 1919 (Vergütung an die nämliche Bank)

sowie Fr. 2,695.15 Zinsen und Kosten.

Total Fr. 252,695.15.

Zur Begründung der Klage macht die Klägerin geltend, Roth habe die in Frage stehenden Aufträge in ihrem Namen der Beklagten ohne Vorwissen des Geschäftsherrn Stiegeler erteilt, sei aber, da er nur Kollektivprokura besessen habe, hiezu nicht bevollmächtigt gewesen. Roth habe die betreffenden Beträge seinem Privatkonto bei der Thurgauischen Kantonalbank gutschreiben lassen, sie seien also der Klägerin gar nicht zugekommen. Die « bezüglichen Anordnungen » seien

jeweils von Roth sofort vorgenommen worden. Stiegeler habe von diesen Operationen, durch welche der Kredit der Klägerin bei der Beklagten bedeutend überschritten worden sei, erst Ende Dezember 1919 Kenntnis erhalten, bei Anlass einer Auseinandersetzung mit einem der Direktoren der Beklagten über die Honorierung der Gegenstand des ersten Prozesses bildenden Wechsel. Die Beklagte sei zur Rückzahlung der eingeklagten Beträge verpflichtet, weil die Überweisungen widerrechtlich erfolgt seien, und die Beklagte bei Entgegennahme und Ausführung der Aufträge die Grundsätze über Treu und Glauben missachtet habe; da Roth selbst ihr Schuldner gewesen sei, und sich in finanziellen Schwierigkeiten befunden habe, hätte die Beklagte doppelte Vorsicht walten lassen sollen. Dafür, dass die Beklagte sich in bösem Glauben befunden habe, sowie dass eine Einzelprokura Roths nicht durch konkludente Handlungen begründet worden sei, beruft sich die Klägerin ferner auf zwei von der Treuhand-Vereinigung « Fides » in Zürich und Prof. Dr. Gmür in Bern eingeholte Gutachten.

F. — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie nimmt den Standpunkt ein, Roth habe nach wie vor die Einzelprokura besessen, und daher die Klägerin gültig verpflichtet, denn auch nach Erlass des Zirkulars vom 27. November 1917 seien fast alle Geschäfte der Kreuzlinger Filiale, auch solche grossen Umfangs, durch ihn selbständig abgewickelt worden, ohne dass der Geschäftsherr Stiegeler je hiegegen Einsprache erhoben habe. Auch seien die periodischen Rechnungsauszüge der Beklagten von der Klägerin, bzw. Roth, bis Ende Dezember 1919 anstandslos bestätigt worden. Die Beklagte bestreitet, dass zwischen ihr und Roth eine Interessenkollision bestanden habe; von den Beziehungen Roths zur Thurgauischen Kantonalbank und dem Stande des betreffenden Kontos habe sie keine Kenntnis gehabt. Die streitigen Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank haben nichts Auffallendes

geboten, und seien der Klägerin angezeigt worden. In Bezug auf die erste Überweisung vom 26. September 1919 sei ferner eine Anfechtung schon deshalb ausgeschlossen, weil sie im Rechnungsauszug per 30. September 1919 figuriere, den die Klägerin unterschriftlich anerkannt habe; dadurch sei gemäss Art. 117 Abs. 2 OR eine Neuerung eingetreten.

G. — Das Bezirksgericht Schaffhausen hat durch Urteil vom 15. Mai 1922 die Klage abgewiesen.

H. — Das Obergericht des Kantons Schaffhausen hat die von der Klägerin gegen dieses Urteil ergriffene Appellation begründet erklärt, und unterm 2. Februar 1923 die Klage gutgeheissen.

Dieses Urteil beruht in der Hauptsache auf folgenden Erwägungen: Es handle sich um eine Rückforderungsklage im Sinne von Art. 187 bzw. 86 SchKG; eventuell könne die Klage auf Art. 62 OR gestützt werden. Eine Genehmigung der Überweisung vom 26. September 1919 folge daraus, dass die Klägerin den Rechnungsauszug pro 30. September 1919 als richtig anerkannt habe, nicht: Art. 117 Abs. 2 OR stehe der Anfechtung nicht entgegen. Der der Beklagten obliegende Beweis, dass Roth trotz dem Zirkular vom 27. November 1917 durch konkludente Handlungen zur Einzelzeichnung bevollmächtigt gewesen sei, sei nach der Korrespondenz als misslungen zu betrachten; denn der von Roth seit November 1917 mit Einzelunterschrift bewältigte Geschäftsverkehr mit der Beklagten habe grösstenteils in Überweisungen, Gutschriften und Bestätigung von Devisengeschäften bestanden, die für die Klägerin keine Belastung bedeuteten und bei welchen die Beklagte der Unterschrift Roths im Hinblick auf jenes Zirkular keine besondere Bedeutung schenken musste. Noch weniger sei der Beklagten der Beweis gelungen, dass Stiegeler mit Wissen und Willen die Einzelunterschrift Roths geduldet habe. Ebenso müsse die Einrede des Eigengeschäfts, bzw. der Kollusion geschützt werden. Bei der Prüfung

der Frage, ob die Beklagte bei Ausführung der Aufträge gutgläubig gehandelt habe, seien die den beiden Prozessen zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse in ihrem Zusammenhang zu beurteilen: wenn nun die Beklagte den von Roth am 24. September 1919 ausgestellten Wechsel über 100,000 Fr. in dem Bewusstsein entgegengenommen habe, dass er als Deckung für die privaten Verbindlichkeiten Roths haften solle, so sei klar, dass sie am folgenden Tage, bei Entgegennahme des Auftrags, der Thurgauischen Kantonalbank 50,000 Fr. zu vergüten, und die Klägerin dafür zu belasten, nicht gutgläubig habe sein können; sie habe sich sagen müssen, dass «wahrscheinlicherweise» diese Überweisung demselben Zweck diene, wie der Wechsel vom 24. September, d. h. dass durch sie das Privatkonto Roths bei der Thurgauischen Kantonalbank entlastet werden solle, wie durch den Wechsel sein Privatkonto bei der Beklagten. Ebenso wenig könne angenommen werden, dass die Beklagte bei der Überweisung vom 3. Oktober 1919 die redliche Überzeugung haben konnte, sie handle gutgläubig, dagegen am 15. Oktober bei Zustellung der zwei Wechsel über je 50,000 Fr. wieder bösgläubig war. Auf die Frage der Kreditüberschreitung brauche demnach nicht mehr eingetreten zu werden.

J. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

In der Berufungsschrift ficht die Beklagte die Feststellung der Vorinstanz, es sei zwischen den Parteien nicht streitig, dass Roth die Beträge von 50,000 Fr., 100,000, 60,000 und 40,000 Fr. sofort seinem Privatkonto bei der Thurgauischen Kantonalbank habe gutschreiben lassen, diese Beträge also effektiv nicht der Klägerin, sondern dem Roth persönlich zur Deckung seiner privaten Schulden bei der genannten Bank zugekommen seien, sowie die Ausführung über die Existenz

eines « Eigengeschäfts des Prokuristen Roth » als aktenwidrig an: aus den zwischen der Beklagten und der Kreuzlinger Filiale der Thurgauischen Kantonalbank im September bis November 1919 gewechselten Briefen gehe hervor, dass die streitigen Überweisungen seitens der Beklagten der Thurgauischen Kantonalbank als solcher, nicht dem Prokuristen Roth persönlich gemacht, und die Vergütungen ausnahmslos der Klägerin, und nicht dem Prokuristen Roth in laufender Rechnung gutgeschrieben wurden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — In rechtlicher Beziehung ist es nicht ganz zutreffend, wenn die Vorinstanz annimmt, es handle sich hinsichtlich des ganzen Streitbetrags um eine Rückforderungsklage nach Art. 187 bzw. 86 SchKG. Denn — abgesehen davon, dass die Betreibung, die im vorliegenden Prozess in Betracht kommt, überhaupt keine Wechselbetreibung war — hat die Klägerin infolge der Betreibung nicht den ganzen Betrag an die Beklagte bezahlt, den sie mit der Klage zurückfordert, sondern nur die Summe von 92,000 Fr., d. h. ungefähr den Saldo der Kontokorrentrechnung pro 19. Februar 1920. Also hat man es nur hinsichtlich dieses Teils der Klagesumme mit einer Rückforderungsklage im Sinne des Art. 86 SchKG zu tun. In Wirklichkeit läuft die Klage darauf hinaus, es habe eine andere Abrechnung zwischen den Parteien stattzufinden, indem die 4 Posten von 50,000, 100,000, 60,000 und 40,000 Fr., mit denen die Beklagte die Klägerin infolge der Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank in der Kontokorrentrechnung belastet hat, aus dem Haben der Beklagten zu streichen seien, und die Frage, ob die Belastung zu Recht erfolgt sei oder nicht, beurteilt sich im Wesentlichen darnach, ob die Beklagte berechtigt gewesen sei, die Aufträge auszuführen, welche ihr der Prokurist der Klägerin, Roth, in deren Namen erteilt hat?

2. — Aus der zufolge dieser Aufträge zwischen der Beklagten und der Kreuzlinger Filiale der Thurgauischen Kantonalbank gewechselten, unter C oben wiedergegebenen Korrespondenz ergibt sich, dass die Beklagte die fraglichen Überweisungen an jene Bank im Gesamtbetrag von 250,000 Fr. für Rechnung der Klägerin, nicht des Prokuristen Roth, bewerkstelligt hat, und dass dementsprechend die Empfängerin die überwiesenen Beträge nicht etwa dem Privatkonto Roths, sondern der Klägerin gutgeschrieben (« weisungsgemäss für Rechnung der Firma M. Stromeyer verwendet ») hat. Danach kann die in der Berufungsschrift als aktenwidrig gerügte Stelle im Urteil der Vorinstanz, es sei zwischen den Parteien nicht streitig, dass Roth die Beträge von 50,000, 100,000, 60,000 und 40,000 Fr. sofort seinem Privatkonto bei der Thurgauischen Kantonalbank habe gutschreiben lassen, diese Beträge also effektiv nicht der Klägerin, sondern dem Roth persönlich zur Deckung seiner privaten Schulden bei der genannten Bank zugekommen seien, nur so verstanden werden, dass die Thurgauische Kantonalbank die Überweisungen der Beklagten zwar der Klägerin gutgebracht hat, nachher aber (freilich ohne weiteren Verzug) Roth die Übertragung jener Beträge auf das Haben seines Kontos angeordnet habe.

Ob nun die Beklagte die Klägerin mit dem Betrag der Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank in laufender Rechnung belasten durfte, hängt von der Frage ab, ob sie den Prokuristen Roth in gutem Glauben als bevollmächtigt habe ansehen dürfen, ihr namens der Klägerin die Aufträge zu den streitigen Überweisungen zu erteilen?

In dieser Beziehung ist zunächst nicht streitig, dass Roth, welcher nach der Darstellung beider Parteien der « Leiter » der Kreuzlinger Filiale war, bis im November 1917 die Vollmacht zur Einzelzeichnung besass, die Klägerin aber durch das Zirkular vom 27. jenes Monats, welches die Beklagte erhalten hat, diese Vollmacht

auf eine Kollektivprokura beschränkt hat. Es fällt zwar auf, dass im Zirkular nicht ausdrücklich erklärt worden ist, dass in Bezug auf die Vertretungsbefugnis des Roth eine Änderung gegenüber bisher eintrete. Das Zirkular stellt sich in der Hauptsache als eine Einführung von drei neuen Handlungsbevollmächtigten bei der Kundenschaft dar und regelt deren Zeichnungsbefugnis, und im Anschluss hieran findet sich die Bemerkung vor, dass grössere Verfügungen als über 5000 Fr. nur dann Rechtsgültigkeit haben, wenn sie die Einzelunterschrift des unbeschränkt haftenden Gesellschafters Stiegeler, oder die Unterschriften beider Prokuristen, oder eines Prokuristen mit einem Bevollmächtigten tragen. Immerhin war hiemit implizite ausgesprochen, dass die bisherige Einzelprokura Roths in eine Kollektivprokura umgewandelt sei, und so hat auch die Beklagte die Sache verstanden.

Wenn nun Roth sofort wieder (wie es tatsächlich geschah) in den Rechtsgeschäften, die er namens der Klägerin mit der Beklagten auf dem Korrespondenzweg vornahm, *e i n z e l n* per procura zeichnete, so durfte zwar die Beklagte ihn hiezu vorderhand nicht mehr als bevollmächtigt ansehen, und sie handelte auf eigene Gefahr, wenn sie darauf vertraute, dass diese Geschäfte von der Klägerin genehmigt werden. Dagegen hatte sie dieser gegenüber keine Pflicht, sie etwa von der Nichtbeachtung des Zirkulars in Kenntnis zu setzen; denn die Überwachung der Organe und Angestellten der Klägerin war ausschliesslich deren Sache, und die Überschreitung der mit Zirkular vom 27. November eingeschränkten Vertretungsbefugnis stellte sich für die Beklagte nicht ohne weiteres als eine Pflichtverletzung des Angestellten dar, die nach Treu und Glauben einen Dritten hätte veranlassen müssen, den Prinzipal zu warnen. Nach dem innern Verhältnis zwischen Prinzipal und Angestelltem war es ja an sich möglich, dass jener nicht auf strenge Durchführung der Beschränkung halte, zumal

der betreffende Angestellte der Leiter der Filiale war, oder dass wenigstens für einzelne Fälle der Prinzipal eine besondere Ermächtigung erteilt hatte.

Nun fallen aber die streitigen Aufträge in eine Zeit, zu welcher seit dem fraglichen Zirkular bereits beinahe 2 Jahre verflossen waren, innerhalb welcher weiterhin ein reger Geschäftsverkehr zwischen den Parteien gepflogen worden war, bei dem Roth nahezu die gesamte Korrespondenz als allein zeichnender Prokurist geführt hatte. Gegenüber der Feststellung der ersten Instanz, dass von den 30 Korrespondenzen der Periode vom 7. November 1917 bis Ende 1918 20 von Roth allein, und von den 49 Zuschriften des Jahres 1919 44 von Roth allein unterzeichnet seien, hebt die zweite Instanz hervor, dass unter diesen, von Roth unterzeichneten eine ganze Anzahl sich befinden, aus denen sich keine « Belastung » der Klägerin ergebe. Sie zählt aber zu den eine « Belastung » enthaltenden nur diejenigen Schreiben, in welchen Roth die Beklagte anweist, die Klägerin in ihrem Konto zu belasten, welche Zuschriften übrigens an sich schon einen Geschäftsverkehr von zusammen rund 1 ½ Millionen Franken ergeben. Allein es ist nicht richtig, bloss diese Rechtsakte als für die von Roth vorgenommenen Vertretungshandlungen erheblich zu betrachten, sondern es gehören dazu auch die Anweisungen, die rechtliche Verpflichtungen für die Klägerin erzeugten. Darnach sind den von der Vorinstanz hervorgehobenen Briefen eine ganze Reihe anderer aus der Zeit von Anfang 1918 bis zum 24. September 1919 beizufügen. Dazu kommt, dass, nach den Aussagen Stieglers in der Strafuntersuchung, Roth in der Regel sogar die Kontokorrentauszüge der Beklagten entgegengenommen und auch die Richtigbefundsanzeigen erstattet hat, sodass der ersten Instanz beigelegt werden muss, wenn sie ausführt, es habe seit dem Erlass des Zirkulars bis zur Vornahme der streitigen Überweisungen ein sehr reger Geschäftsverkehr mit der Beklagten bestanden,

welcher für die Klägerin von Roth mit Einzelunterschrift bewältigt worden sei.

3. — Es fragt sich, ob in der Überlassung dieses Geschäftsverkehrs an Roth, verbunden mit der Tatsache, dass er in demselben ausnahmslos als Einzelprokurist aufgetreten ist, seitens der Klägerin ein konkludenter Widerruf der am 27. November 1917 erfolgten Beschränkung, bzw. eine konkludente abermalige Einräumung der ihm vorher übertragenen Einzelprokura liege? Nach schweiz. OR kann, abweichend vom deutschen HGB, nicht nur die gewöhnliche Handlungsvollmacht, sondern auch die Prokura durch konkludentes Verhalten des Prinzipals gültig eingeräumt werden; die Frage ist die, welche Anforderungen nach bestehendem Recht an die Annahme eines solchen konkludenten Verhaltens zu stellen seien?

Für die Annahme der Erteilung einer Handlungsvollmacht genügt es nach deutschem Recht, dass jemand sich einem Dritten gegenüber als Bevollmächtigter benimmt, und der Prinzipal das in einer Weise geschehen lässt, die im redlichen Verkehr nur als Bevollmächtigung aufgefasst werden kann. So STAUB, Komm. z. d. HGB (8. Aufl.), Anm. 5 zu § 54; TITZE, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts II² S. 956 f. Von einzelnen Schriftstellern wird für die Annahme eines konkludenten Verhaltens des Prinzipals dessen Wissen von der Anmassung oder Überschreitung der Vollmacht verlangt (vgl. WIELAND, Handelsrecht S. 374), im allgemeinen auch, für das bürgerliche Recht, von v. TUHR (Allg. Teil d. d. Bürgerlichen Rechts III S. 393 f.); allein auch er macht für den Handelsverkehr eine Ausnahme: « Unter Kaufleuten kann nach HGB § 346 auch einer auf Fahrlässigkeit beruhenden Duldung die Bedeutung einer Vollmacht beigemessen werden. Denn einem Kaufmann ist eine festere Organisation seines Betriebes und strengere Beaufsichtigung seiner Angestellten zuzumuten, als im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr ». Diese Auf-

fassung über stillschweigende Bevollmächtigung im Handelsverkehr ist auch in der Rechtsprechung zum Durchbruch gelangt; s. die bei TITZE a. a. O. angeführten Entscheidungen, insbesondere RGE 65 S. 295, Seufferts Archiv 72 Nr. 131, « Recht » 1913 Nr. 2468 und 397: « Von dem Satze, dass nach dem in die äussere Erscheinung getretenen Verhalten eines Kaufmanns zu beurteilen ist, ob und inwieweit er einem Angestellten Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften erteilt habe, gilt auch für Gesamtprokuristen keine Ausnahme, obwohl aus dem Handelsregister hervorgeht, dass ihnen nur Gesamtprokura erteilt ist. »

Umso eher durfte im vorliegenden Falle, wo die durch das Zirkular getroffene Beschränkung der Prokura Roths nicht einmal in das Handelsregister aufgenommen worden war, im Hinblick auf das widerspruchslöse Gewährenlassen seiner Vertretungshandlungen während des geschilderten Geschäftsverkehrs die Beklagte in dem Zeitpunkt, da sie die streitigen Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank vornahm, Roth als bevollmächtigt betrachten, ihr namens der Klägerin die Aufträge zu diesen Überweisungen zu erteilen; m. a. W.: die Beklagte durfte darnach in guten Treuen annehmen, die Klägerin habe an der Beschränkung seiner Einzelprokura ihrerseits nicht mehr festgehalten. Das Zirkular vom 27. November 1917 steht also der Annahme, die Beklagte sei « gutgläubiger Dritter » im Sinne des Art. 459 OR gewesen, nicht entgegen.

4. — Es bleibt zu untersuchen, ob aus andern Gründen der Beklagten der gute Glaube abzusprechen sei?

a) Die Vorinstanz scheint anzunehmen, dass es sich bei den fraglichen Aufträgen Roths um Eigengeschäfte desselben gehandelt habe, denn sie sagt, es ergebe sich aus ihren Ausführungen hinsichtlich der Bevollmächtigung des Roth, dass auch die Einrede des « Eigengeschäfts bzw. der Kollusion » geschützt werden müsse.

Diese Annahme traf hinsichtlich der Wechselgeschäfte

Roths, welche den Gegenstand des ersten Prozesses bildeten, zu ; aber sie steht mit den Akten im Widerspruch, soweit sie auf die im vorliegenden Prozess streitigen Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank ausgedehnt wird. Es dürfen hier zwei verschiedene Operationen nicht verwechselt werden, nämlich die Aufträge an die Beklagte, Zahlungen für Rechnung der Klägerin an die Thurgauische Kantonalbank zu machen, und die Aufträge Roths an die letztere Bank, die Zahlungen, die sie von der Beklagten erhielt, vom Konto der Klägerin auf das Privatkonto Roths überzuschreiben. Nur letzteres, zwischen Roth und der Thurgauischen Kantonalbank vorgenommene Rechtsgeschäft ist ein Eigengeschäft Roths ; das erstere nicht, da ja die Beklagte nicht an Roth, und nicht für dessen Rechnung, sondern an die Thurgauische Kantonalbank, für Rechnung der Klägerin, gezahlt hat. Freilich behauptet die Klägerin, dieses Geschäft habe dazu gedient, die Voraussetzung für das Eigengeschäft Roths herbeizuführen, und insofern steht es mit ihm im Zusammenhang ; allein dieser Zusammenhang würde die Beklagte nur dann betreffen, wenn ihr vorgeworfen werden könnte, dass sie bei Ausführung der namens der Klägerin erhaltenen Aufträge hierum gewusst habe.

b) Die Annahme einer solchen Kollusion ist für die im vorliegenden Fall streitigen Rechtsgeschäfte nach den Akten ausgeschlossen. Erstens hat die Klägerin selber die Behauptung nicht aufgestellt, geschweige denn bewiesen, dass die Beklagte etwas davon gewusst habe, oder habe wissen müssen, dass Roth auch bei der Thurgauischen Kantonalbank, Filiale Kreuzlingen, ein Privatkonto unterhalte. Und sodann geht es zu weit, wenn die Vorinstanz annimmt, weil Roth im Interesse seines Privatkontos bei der Beklagten die Wechseloperation vom 24. September 1919 vorgenommen habe, so habe die Beklagte sich sagen müssen, wahrscheinlich habe er auch bei der Thurgauischen Kantonalbank in

Kreuzlingen ein Privatkonto, welches ebenfalls notleidend sei, und er werde nun, nachdem die Beklagte der Thurgauischen Kantonalbank am 26. September 50,000 Fr. für Rechnung der Klägerin übermittelt haben werde, « wahrscheinlich » die Thurgauische Kantonalbank veranlassen, diese 50,000 Fr. in sein Privatkonto hinüberzuleiten. Wollte man den Banken zumuten, ihren Verkehr mit den Kunden nach derartigen rein hypothetischen Bedenken einzurichten, so würde ihr Betrieb auf eine unerträgliche Weise gefährdet.

c) Wenn die Klägerin ferner geltend macht, es habe sich bei den Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank um beträchtliche Summen gehandelt, welche den der Klägerin von der Beklagten eröffneten Kredit überschritten haben, so ist hierauf zu erwidern, dass es auf diesen Umstand nicht entscheidend ankommt. Aber ganz abgesehen hievon bieten jene Überweisungen bei einem Geschäftsbetrieb, wie er hier vorliegt, nichts Aussergewöhnliches, und sie sind auf die gleiche Linie zu stellen, wie die früheren, ebenso hohen Vergütungen an den Schweizerischen Bankverein Zürich und die Schweizerische Kreditanstalt, zu denen Roth im Namen der Klägerin der Beklagten Auftrag gegeben hatte. Und hinsichtlich der Frage der Kreditüberschreitung ist in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte der Klägerin einen Blankokredit von 200,000 Fr. eingeräumt hatte. Der Beweis, dass die Beklagte sich bei Ausführung der im Streit liegenden Aufträge vom 25. September, 3. Oktober und 3. November 1919 in bösem Glauben befunden habe, ist somit der Klägerin nicht gelungen.

5. — Da aus diesen Gründen die Klage, in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Urteil, hinsichtlich sämtlicher drei Überweisungen an die Thurgauische Kantonalbank abzuweisen ist, braucht die Frage nicht erörtert zu werden, ob in Bezug auf die erste Überweisung die Klage nicht schon deshalb der Begründung entbehrt, weil der Quartalabrechnungsauszug der Beklagten per

30. September 1919, in welchem diese Überweisung der Klägerin belastet war, von dieser, allerdings wiederum mit der alleinigen Unterschrift Roths, als richtig anerkannt worden ist. Immerhin mag bemerkt werden, dass die Klägerin durch Anerkennung des von der Beklagten gezogenen Saldos die Forderung der Beklagten aus jener ersten Überweisung von 50,000 Fr. an die Thurgauische Kantonalbank durch Verrechnung getilgt hat, indem die einzelnen Forderungen laut Kontokorrentrechnung gegeneinander aufgerechnet sind, und ein auf Novation beruhender neuer Rechtstitel, das Saldoanerkennnis, als abstrakte Schuldanererkennung entstanden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt, und damit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 2. Februar 1923, die Klage gänzlich abgewiesen.

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. April 1924
i. S. Haldimann gegen Wältli.

OR Art. 216: Öffentliche Beurkundung des Grundstückskaufes. Der Liegenschafts Kauf ist nicht nichtig, wenn die Parteien ursprünglich formlos einen höhern Kaufpreis vereinbart haben, dann nach Leistung einer Anzahlung nur noch den verbleibenden niedrigeren Preis öffentlich verurkunden lassen.

Erw. 1: Legitimation, Bedeutung des Vergleichs. — Erw. 2: durch die mit der Verurkundung des niedrigeren Kaufpreises verbundene Steuerhinterziehung wird der Vertrag nicht unsittlich. Art. 20 OR. — Erw. 3: in der Verurkundung des niedrigeren Preises liegt keine Simulation. Art. 18 OR. — Erw. 4: ein Formfehler wird, zwar nicht schon durch die Eintragung ins Grundbuch, wohl aber durch die Erfüllung des Vertrages geheilt. Art. 2 ZGB, Art. 18 OR. — Erw. 5: die Heilung wird auch durch das Interesse der Öffentlichkeit an der Stabilität des Grundbuches verlangt. Art. 3, 661 und 973 ZGB.

A. — Der Kläger kaufte mit seinem Schwager Emil Röstli vom Beklagten am 9. April 1921 das in der Gemeinde

Unterlangenegg gelegene Heimwesen Hintere Flühmatte. Der Kaufpreis betrug 42,000 Fr. Daran bezahlte der Mitkäufer Röstli vor der Beurkundung des Kaufvertrages 12,000 Fr., und in der Beurkundung wurden nur 30,000 Fr. als Kaufpreis angegeben. Die Käufer übernahmen die auf dem Grundstück haftenden Schulden im Betrage von 25,118 Fr. 90 Cts. und bezahlten durch den Kläger die Restanz des verurkundeten Kaufpreises von 4881 Fr. 10 Cts. Nach Genehmigung des Kaufvertrages durch den Regierungsrat wurde der Übergang des Eigentums an die Käufer am 17. Mai 1921 ins Grundbuch eingetragen.

Da sich in der Folge die beiden Käufer, die das Heimwesen bis zum Herbst 1921 gemeinsam bewirtschafteten, nicht vertrugen und überdies die Liegenschaft beide zusammen nicht zu erhalten vermochte, verkaufte Röstli seinen Anteil dem Kläger. Bei der Auseinandersetzung hierüber, an der auch der Beklagte teilnahm, verglichen sich die Beteiligten am 24. Januar 1922 in der Weise, dass Röstli für seine vor der Beurkundung geleistete Anzahlung von 12,000 Fr. 11,500 Fr. zurückerhielt, woran der Beklagte 1500 Fr. und der Kläger 10,000 Franken leistete und zwar 5000 Fr. bar und 5000 Fr. durch Ausstellung eines Schuldscheines. Der Kläger vermochte diese Schuld jedoch nicht zu bezahlen, was ihn veranlasste, den ursprünglich mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag als nichtig anzufechten. Er verlangte die geleisteten Anzahlungen zurück und beantragte, der Beklagte sei schuldig zu erklären, ihm für die auf dem Heimwesen gemachten baulichen Aufwendungen eine vom Richter zu bestimmende angemessene Vergütung nebst Zins zu leisten.

B. — Mit Urteil vom 1. Februar 1924 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage in der Weise geschützt, dass er den angefochtenen Grundstückskauf nichtig erklärte, den Grundbucheintrag aufhob, und, unter ziffermässiger Feststellung der gegenseitigen Verrechnungsansprüche der Parteien den Beklagten ver-