

aux organes de la société (cf. ZELLER, art. 616 note 7 et les arrêts cités ; cf. également RO 32 II N° 16 ; arrêt du 25 février 1915 dans la cause Iselin c. Caisse d'épargne et de prêts de Steckborn, Journal des Trib. 1915 p. 546 et suiv.). Or s'il est vrai que le recourant n'excipe ni de l'erreur ni du dol, il suffit toutefois de tirer les conséquences de ce même principe pour être logiquement amené à dénier toute efficacité, à l'égard de la Société ou des créanciers, à un arrangement tel que celui qui est invoqué en l'espèce. Le motif essentiel à la base des décisions rappelées ci-dessus était tiré, en effet, de la nature même des sociétés par actions, autrement dit de la nécessité de sauvegarder le principe de la fixité du capital social, fixité qui constitue la garantie primordiale des tiers. Peu importe dès lors la nature de l'exception soulevée si, pratiquement, elle a pour résultat de porter atteinte à cette règle essentielle. Or en l'espèce précisément il n'est pas douteux que l'exécution de la convention alléguée permettrait en fait au recourant de différer indéfiniment le versement de la part encore due sur les titres, ce qui, pratiquement, équivaldrait pour les autres actionnaires à une répartition inégale des charges et, d'autre part, présenterait pour les créanciers sociaux les mêmes inconvénients exactement qu'une réduction du capital social obtenue en dehors des formes légales.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. März 1925
i. S. Aktiebolaget Nordiska Handelsbanken
gegen Basler Handelsbank.

Art. 402 OR. Auftrag. Haftung bei Checkfälschung. Das zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen inbezug auf den Check bestehende zivilrechtliche Verhältnis ist dasjenige des Auftrages. Die bezogene Bank, die ohne Verschulden ihrerseits den gefälschten Check eingelöst hat, kann sich nicht auf Art. 402, Abs. 1 OR berufen, wohl aber auf Abs. 2, soweit die ausstellende Bank ihre Schuldlosigkeit nicht zu beweisen vermag, wobei ein strenger Masstab anzulegen ist.

A. — Am 3. Juli 1923 liess sich ein Unbekannter, der sich als Edouard Willemin ausgab, gegen Zahlung des Gegenwertes in schwedischer Währung von der Klägerin in Göteborg einen Check über 34,000 Fr. an seine Ordre ausstellen, auf welchem die Klägerin als Ausstellerin und die Beklagte als Bezogene figurierte. Die Klägerin verwendete dabei ihr eigenes Checkformular, das die Nr. 7004 trug. Am selben Tag liess sie, unter gleichzeitiger Überweisung von 35,000 Fr., einen schriftlichen Avis an die Beklagte abgehen mit dem Ersuchen, den Check Nr. 7004 einzulösen. Mit Schreiben vom 7. Juli 1923 bestätigte der Beklagte den Empfang des Avis und der Checkdeckung. Am 10. Juli brachte der angebliche Willemin den Check Nr. 7004 der Klägerin in Göteborg zurück, da er keine Verwendung dafür habe und ersuchte sie, ihm den Gegenwert zurückzugeben. Die Klägerin entsprach dem Begehren, teilte der Beklagten am gleichen Tage die Annullierung des Checks schriftlich mit und bat sie um Gutschrift der überwiesenen Deckung. Ebenfalls am 10. Juli wurde der Beklagten in Basel ein nachgemachtes Exemplar des Checks Nr. 7004 präsentiert und von ihr eingelöst. Als ihr am 14. Juli die Annullierungsanzeige der Klägerin zuging, berichtete sie sofort, dass sie den Check ausbezahlt habe, und weigerte sich, die Deckung der Ausstellerin gutzuschreiben.

In einem Brief vom 18. Juli 1923 führte sie aus, es sei am 10. Juli ein eleganter Herr an der Kasse erschienen und habe sich unter Vorweisung des avisierten Checks Nr. 7004 durch einen französischen Reisepass als Willemin legitimiert. Die Unterschriften auf dem Check seien an Hand des Avis geprüft und als richtig befunden worden, und gestützt hierauf sei die Auszahlung erfolgt. Die Unterschrift des Willemin auf der Quittung habe mit der im Passe enthaltenen übereingestimmt.

B. — Da die Basler Handelsbank die Rückzahlung der ihr überwiesenen Checkdeckung verweigerte, erhob die Klägerin am 18. Januar 1924 Klage auf Zahlung von 34,054 Fr. 70 Cts. nebst 6 % Zins seit 9. Juli 1923, sowie schwed. Kr. 203.60 nebst 6 % Zins seit der Klageeinreichung. Begründend führte sie aus: Die Beklagte habe die Deckung behufs Einlösung des Checks Nr. 7004 erhalten. Dieser Zweck sei nicht erfüllt, da ihr der echte Check nie präsentiert worden sei. Das Falsifikat habe sie auf eigenes Risiko hin eingelöst, denn nach herrschender Auffassung in Theorie und Praxis trage bei einer Checkfälschung der Bezogene die Gefahr. Bei Anwendung der ihr zuzumutenden Sorgfalt hätte sie die Fälschung erkennen müssen; aus der Schrift und Zeichnung des Falsifikates hätten sich zwar keinerlei Verdachtsmomente ergeben, dagegen weise das verwendete Papier keine Grundierung auf, was der Beklagten hätte auffallen müssen, weil heutzutage gewöhnliches Papier für Checkformulare nicht mehr verwendet werde. Die Klägerin treffe kein Verschulden, sie habe den Originalcheck von der gleichen Person wieder zurückgenommen, die ihn am 3. Juli gekauft habe; die Unterschriften auf dem Bestellschein von diesem Tage und der Quittung vom 10. Juli seien identisch. Infolge der unzulässigen Checkeinlösung seien der Klägerin auch Auslagen in der Höhe von schwed. Kr. 203.60 (Telegramm- und Versicherungsspesen, sowie Kosten eines Rechtsgutachtens) entstanden, welche die Beklagte zu ersetzen habe.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil

der Schaden aus den im Schreiben vom 18. Juli 1923 dargelegten Gründen nicht durch Verschulden ihrer Angestellten, sondern durch ein solches der Klägerin entstanden sei. Da diese ein eigenes Checkformular benützt habe, ohne gleichzeitig ein solches dem Avisbrief beizulegen, sei es der Bezogenen nicht möglich gewesen, das präsentierte Formular mit einem echten zu vergleichen. Das Hauptverschulden aber liege im Rückkauf des Checks von einem Unbekannten ohne vorherige Annullierung des Avis beim Bezogenen. Die Rücknahme eines Checks widerspreche seiner Zweckbestimmung und dürfe deshalb erst erfolgen, wenn durch den Widerruf des Avis die Gewissheit geschaffen sei, dass daraus kein Schaden erwachsen könne. Diese Vorsichtsmassnahme habe die Klägerin versäumt. Selbst wenn sie aber auch kein Verschulden treffen würde, müsste sie den Schaden allein tragen. Da der Aussteller beim Checkverkehr die gefährdenden Momente setze, gehe die neuere Literatur und Judikatur immer mehr dazu über, ihn für den aus Fälschungen entstehenden Schaden haftbar zu erklären, sofern dem Bezogenen keine grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Die eingeklagten Auslagen habe die Klägerin selber verschuldet und deshalb an sich zu tragen.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 16. Dezember 1924.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage; eventuell beantragt sie, den Schaden zwischen den Parteien hälftig zu teilen und weiter eventuell, die Beklagte zu einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrage zu verurteilen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Kompetenz des Bundesgerichts hinsichtlich des anzuwendenden Rechts ist gegeben. Wie das Zivilgericht richtig ausführt, rechtfertigt es sich, das privat-

rechtliche Verhältnis zwischen dem Aussteller eines Checks und dem Bezogenen im internationalen Verhältnis, wenigstens was die hier in Betracht kommenden Wirkungen anlangt, nach dem Domizilrechte des Bezogenen, als dem Rechte seines Erfüllungsortes, zu beurteilen; wer die Dienste einer auswärtigen Bank in dieser Beziehung in Anspruch nimmt, unterwirft sich damit auch ihrem Recht für die Abwicklung des Verhältnisses, gleichviel ob es sich um einen regelmässigen Checkverkehr oder bloss um ein einmaliges Geschäft handelt. Die bezogene Bank muss und kann damit rechnen, dass ihr Recht — also hier das schweizerische Recht — zur Anwendung komme, und über diese Erwartung ist sich auch der Aussteller klar.

2. — In der Sache selbst fassen beide kantonalen Instanzen das zwischen den Parteien neben dem checkrechtlichen Verhältnis, einer Art der Anweisung, bestehende zivilrechtliche Verhältnis zutreffend als Auftrag auf. Das Schreiben der Klägerin vom 3. Juli 1923, worin sie der Beklagten mitteilte, sie habe einen Check an die Ordre des E. Willemin von 34,000 Fr. auf sie gezogen und bitte um dessen Honorierung unter gleichzeitiger Überweisung der Deckung, enthielt den Auftrag zur Checkeinlösung, den die Beklagte durch die Anzeige des Empfanges des Briefes und der Gutschrift angenommen hat. Die Beurteilung dieses Verhältnisses als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR drängt sich umso mehr auf, als nach Art. 394 Abs. 2 OR Verträge über Dienstleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Gesetzes unterstellt sind, unter den Vorschriften über den Auftrag stehen. Die Klage charakterisiert sich somit als diejenige des Auftraggebers gegen den Beauftragten, und zwar wird sie darauf gestützt, dass der Auftrag am 10. Juli 1923 durch die Mitteilung der Annullierung des Checks widerrufen worden, und die Beklagte deshalb gemäss Art. 400 OR zur Rückgabe dessen verpflichtet sei, was die Klägerin behufs Ausführung des dahinge-

fallenen Mandats geleistet habe. Die Beklagte verweigert die Rückerstattung der Deckung aus dem Gesichtspunkte der Verwendung im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR, eventuell aus demjenigen der Schadenshaftung der Klägerin nach Art. 402 Abs. 2 OR. Die Vorinstanz ist dem Hauptstandpunkte der Beklagten beigetreten, von der Annahme ausgehend, die Verfügung über das Vermögen der Klägerin in Gestalt der Checkauszahlung sei in einer Weise erfolgt, die damals als auftragsgemäss habe erachtet werden müssen. Die Beklagte habe übrigens keinen Schaden erlitten, da sie aus der erhaltenen Deckung bezahlt habe. Allein die Frage ist ja gerade die, ob sie der Klägerin den Checkbetrag belasten dürfe oder nicht, d. h. ob der Verlust bei der Ausstellerin oder der Bezogenen bleibe. Dem Umstande, dass letztere gedeckt war, kommt keine materiellrechtliche Bedeutung zu, sondern bloss prozessuale Wirkung hinsichtlich der Verteilung der Parteipollen.

Die Zahlung der 34,000 Fr. an den Inhaber des gefälschten Checks war zwar nach der subjektiven, irrtümlichen Meinung der Beklagten eine Verwendung behufs Ausführung des Mandats, in Wahrheit aber hat die Beklagte an einen Dritten, Nichtbesitzer des Checks, bezahlt, und es widersprach daher diese Verwendung objektiv dem auf Einlösung des echten Checks gerichteten Auftrag. Diese irrtümliche Ausführung kann freilich der Beklagten in keiner Weise zum Verschulden angerechnet werden. Die Klägerin hat im kantonalen Verfahren anerkannt, die Fälschung des Checks sei so geschickt gewesen, dass keinerlei Verdachtsmomente für die Bezogene bestehen konnten, ihn nicht zu honorieren, zumal ja für den echten Check ein Formular der Klägerin verwendet worden war, das die Beklagte nicht kannte, und der angebliche Willemin den Nachweis der Identität durch den Reisepass geleistet hatte.

Diese bloss vermeintliche Ausführung des Auftrages durch die Beklagte kann, entgegen der Auffassung der

Vorinstanz, der wirklichen Ausführung im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR nicht gleichgesetzt werden. Deutet schon der Wortlaut des Gesetzes: «in richtiger Ausführung des Auftrages» klar auf die objektive Betrachtungsweise hin, so steht namentlich aber auch das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 zit. Art. einer solchen ausdehnenden Auslegung im Wege.

In Art. 402 Abs. 2 OR hat der Gesetzgeber zu der gemeinrechtlichen Kontroverse, ob der Auftraggeber auch für den den Beauftragten zufolge des Auftrags treffenden zufälligen Schaden hafte, oder nur im Falle des Verschuldens, in der Weise Stellung genommen, dass er sich für die blossе Verschuldenshaftung entschied, aber mit der Abschwächung einer Umkehrung der Beweislast. Während der Mandant nach Abs. 1 dem Beauftragten Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Mandats gemacht hat, schlechthin ersetzen muss, haftet er ihm für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden nur dann, wenn er seine Schuldlosigkeit nicht darzutun vermag. Einen typischen Schadensfall im Sinne dieser Bestimmung stellt hier die schuldlose vermeintliche Verwendung der Beklagten dar. Es ist ein Risiko beim Checkverkehr, dass der Bezogene einem Fälscher zum Opfer fällt; er entdeckt die Fälschung nicht und honoriert den vermeintlich echten Check. Der daraus resultierende Verlust ist ein Schaden, erlitten nicht in Ausführung des Auftrages, sondern zufolge dessen blosser Existenz und damit auch, da er mit dem Auftrag als solchem in adäquatem Kausalzusammenhang steht, ein Schaden aus dem Mandat gemäss Art. 402 Abs. 2 OR. Denn ein Auftrag der vorliegenden Art ist generell geeignet, einen solchen Erfolg zu bewirken; wenn Checkfälschungen auch nicht häufig vorkommen, so muss doch nach der Erfahrung des täglichen Lebens immer mit ihnen gerechnet werden, indem sie ja gerade eine dem Checkverkehr inhärente Gefahr bilden.

3. — Ist danach aber, wie auch die erste Instanz angenommen hat, auf Art. 402 Abs. 2 OR als Entscheidungsnorm abzustellen, so bleibt noch zu prüfen, ob die Klägerin den Exkulpationsbeweis geleistet habe. Dabei darf in Zustimmung zur Auffassung des Zivilgerichts insofern ein strenger Masstab angelegt werden, als schon eine *culpa levissima* des Auftraggebers genügt. Nachdem sich der Gesetzgeber für die Culpahaftung entschieden und im neuen OR daran festgehalten hat, trotz geltend gemachter ernsthafter Erwägungen für die blossе Kausalhaftung (vgl. z. B. C. Chr. BURCKHARDT, Die Revision des Schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, Z. f. schw. R. n. F. Bd. 22 S. 507 bis 509), liegt alle Veranlassung vor, bei der Anwendung des Gesetzes sich mit einem Minimum von Verschulden zu begnügen. Trifft im Mandatsverhältnis zufolge des Auftrages den Beauftragten ohne jedes Verschulden seinerseits ein Schaden, so verlangt die Billigkeit, dass der Mandant hafte, wenn sein Verhalten, auch an einem strengen Masstab gemessen, nicht völlig einwandfrei gewesen ist. Dies entspricht nach der Natur des Geschäfts auch der Regel des Art. 99 OR. Mit Recht erblickt das Zivilgericht ein für den Schadenseintritt kausales Verschulden der Klägerin in dem Umstande, dass sie am 10. Juli 1923 den Check zurückkaufte, ohne vorerst die Beklagte von dessen Annullierung zu benachrichtigen und deren Antwort abzuwarten. Darauf, ob ein solcher Widerruf des Avis im internationalen Bankverkehr als Vorsichtsmassnahme üblich sei oder nicht, kann nichts ankommen; entscheidend ist vielmehr, dass die Klägerin nach der objektiven Sachlage damit rechnen musste, dass sie durch die Rücknahme des Checks von einem Unbekannten 8 Tage nach der Ausstellung, ohne vorgängige Benachrichtigung der Bezogenen, die Gefahr einer Schädigung schaffe.

4. — Eine Teilung des Schadens gestützt auf Art. 43 OR in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR kann angesichts

dieses, wenn auch nur leichten Verschuldens der Klägerin und nach der besonderen Natur des Verhältnisses nicht in Frage kommen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 16. Dezember 1924 bestätigt.

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. April 1925

i. S. Schindler & C^{le} gegen SBB.

Verjährung. Höhere Gewalt im internationalen Transportrecht. Eine zeitlich beschränkte Verjährungseinrede kann im Berufungsverfahren nicht mehr erweitert werden. — Das gilt auch im internationalen Transportrecht, da auch hier die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden kann (Erw. 2). Durch die bloss mündliche Bestreitung der Ersatzpflicht im Vermittlungsverfahren wird die durch eine schriftliche Reklamation gemäss Art. 45 letzter Abs. I. Ue. eingetretene Hemmung der Verjährungsfrist nicht aufgehoben. — Das Landesrecht ist vom I. Ue. nur für die Regelung der Unterbrechung, nicht aber für diejenige der Hemmung der Verjährungsfrist vorbehalten (Erw. 3).

Höhere Gewalt. Ob eine Sendung infolge kriegerischer Ereignisse in Verlust geraten, ist Tatfrage (Erw. 5).

Die Nichtvoraussehbarkeit ist ein notwendiges Moment für die Annahme von höherer Gewalt. — Die Voraussehbarkeit eines Krieges schliesst die Einrede der höheren Gewalt nicht aus, wenn das betreffende kriegerische Ereignis, das den streitigen Schaden bewirkte, an sich nicht voraussehbar war (Erw. 6).

OG Art. 80; I. Ue. betr. den Eisenbahnfrachtverkehr, Art. 5, insbesondere Art. 30 und 45; ETrG Art. 45.

A. — Am 3. August 1916 gab die Firma Schindler & C^{le} in Luzern der Güterexpedition der SBB in Luzern eine Sendung Maschinenteile (für einen Aufzug) zum Transport nach Bukarest auf. Der Wagen, in dem die

Sendung verladen war, kam am 22. August 1916 in Brasso (Kronstadt) an und rollte noch am gleichen Tage nach Predeal weiter. Er erreichte dann aber den Bestimmungsort, Bukarest, nicht, und es konnte nicht festgestellt werden, was aus ihm geworden ist. Am 27. August 1916 abends 9 Uhr begann der Kriegszustand zwischen Rumänien und Österreich.

B. — Am 13. November 1916 ersuchte die Klägerin die Beklagte, Nachforschungen über den Verbleib des Wagens anzustellen und ihr darüber zu berichten, worauf die Beklagte am 16. Dezember 1916 antwortete, es sei ihr nicht möglich gewesen, die Sendung bis an den Bestimmungsort zu verfolgen, da in Brasso bei der letzten Räumung alle Dokumente vernichtet worden seien. In der Folge blieb die Angelegenheit liegen, bis die Klägerin im Mai 1919 von neuem nach der Sendung forschte, jedoch ohne Erfolg. Am 20. September 1919 fand dann zwischen den Parteien eine Friedensrichter-verhandlung statt, in der die Klägerin von der Beklagten für den Verlust der Sendung 18,000 Fr., eventuell 5060 Fr., nebst Zinsen forderte. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung der Vorinstanzen bestritt der Vertreter der Beklagten an jener Verhandlung das Begehren, erklärte aber, dass man gestützt auf die Zitation vor Friedensrichter neuerdings bei der rumänischen Bahn vorstellig werde. Im gleichen Sinne äusserte sich die Beklagte mit Schreiben vom 12. Dezember 1919. Am 18. August 1920 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die Antwort der ungarischen Bahn sei nun eingegangen, es sei dieser jedoch nicht möglich, die erwünschten Erhebungen anzustellen und die Übergabe an die rumänische Bahn nachzuweisen. Die Beklagte bedaure, keine bessere Auskunft geben zu können. In der Folge blieb die Angelegenheit wieder 1 $\frac{3}{4}$ Jahre liegen, bis die Klägerin am 24. März 1922 die Beklagte nochmals um Rückäusserung über den Abschluss der Untersuchung ersuchte und zugleich