

réparation du dommage causé par l'usure excessive de la chose vendue sous réserve de propriété.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 1936 en la cause *Motorwagenfabrik Berna A.-G. c. Eschmann* (RO 62 II 30), invoqué par la défenderesse et par les juridictions cantonales, ne s'en est pas tenu à cette réglementation légale. Perdant de vue le caractère impératif des art. 716 CC et 227 CP ainsi que la fonction économique et la nature juridique du décompte prescrit, il pose en principe que le vendeur n'a pas droit au total à plus qu'il n'aurait reçu comme prix de vente si le contrat avait été régulièrement exécuté ; d'où il conclut que la valeur de la chose au moment de la reprise, le loyer et l'indemnité d'usure ne doivent pas dépasser ensemble le prix de vente et que le vendeur doit laisser imputer, sur le total du loyer et de l'indemnité, la valeur actuelle de la chose dans la mesure où loyer, indemnité et valeur représentent au total une somme supérieure au prix de vente. De la sorte, l'arrêt introduit dans le règlement de comptes un facteur que la loi ne prévoit pas : l'intérêt du vendeur à l'exécution du contrat (« *Erfüllungssinteresse*»). Or, le système légal ne comporte pas cet élément de calcul. La compensation prévue admet l'équivalence économique des prestations réciproques : usage de la chose procuré par le vendeur à l'acheteur, loyer payé par celui-ci pour cette utilisation. Ces prestations sont, dans leur détermination, indépendantes des conditions du contrat de vente. L'acheteur doit au vendeur le dédommagement qui, économiquement, correspond à l'utilisation et à l'usure. Il n'y a pas place dans ce règlement pour l'intérêt du vendeur à l'exécution du marché. Il s'agit de deux rapports de droit différents et distincts : l'un découle de la vente, l'autre — nouveau —, de l'usage fait de la chose. Limiter la prestation de l'usager en tenant compte de l'« *Erfüllungssinteresse*» du vendeur serait nier l'équivalence des prestations réciproques qui est admise par la loi dans le règlement de comptes qu'elle ordonne. Il n'y a d'ailleurs aucun motif pour que le vendeur par

acomptes qui, lorsqu'il reprend la chose, est économiquement comparable à un bailleur, soit traité plus mal que le simple prêteur d'un objet. Toute déduction du dédommagement prescrit par la loi conduirait à cette inégalité de traitement. Car l'acheteur serait dispensé de fournir une contre-prestation pour une fraction de la période pendant laquelle il a pu utiliser la chose.

Cette solution serait, au surplus, non seulement contraire aux dispositions précises de la loi (art. 716 CC et 227 CO), mais ne se justifierait guère du point de vue social. Il saute aux yeux que les entreprises de ventes à tempérament se verraient obligées d'augmenter leurs prix pour compenser le risque accru des marchés, si on leur imposait des déductions qui, économiquement, ne seraient pas fondées. La valeur de la chose reprise n'est pas, on l'a vu, un facteur du règlement de comptes institué par la loi ; elle peut tout au plus constituer un indice de l'usure causée par l'emploi de la chose.

48. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1942
i. S. Schindler gegen Bank in Ragaz.

Bankensanierung ; Schadenersatzanspruch wegen Verlusts des Sparguthabenprivilegs ; Organhaftung ; unrichtige Raterteilung. Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Art. 5 BRB betr. Bankensanierung ; vgl. auch BGE 68 II 93 Erw. 1.

Organhaftung, ZGB Art. 55. Organbegriff : Teilnahme an der Geschäftsführung verleiht Organqualität. Kein Einfluss der Sanierung der Bank auf deren Rechtspersönlichkeit.

Unrichtige Raterteilung im Zusammenhang mit nachfolgendem Hauptvertrag beurteilt sich nach den Grundsätzen über die culpa in contrahendo, d. h. wie eine Vertragsverletzung.

Dem Gläubiger, der auf Grund unrichtiger Auskunft der Bankorgane über die Tragweite des Sparguthabenprivilegs Geld auf ein Sparheft anlegt, für das er in der Sanierung kein Privileg erhält, steht deswegen eine Schadenersatzforderung in 5. Klasse zu. Kein Widerspruch mit der Rechtsprechung der 2. Zivilabteilung, wonach am Konkurs nur Forderungen teilnehmen können, die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits rechtlich existent waren, und dieselbe Forderung nicht zweimal unter verschiedenen Rechtstiteln geltend gemacht werden kann.

Assainissement des banques, action en dommages-intérêts pour perte du privilège attaché aux dépôts d'épargne, responsabilité de l'organe, fait de mal renseigner.

Constitutionnalité et légalité de l'art. 5 ACF sur l'assainissement des banques ; cf. aussi RO 68 II 93 consid. 1.

Responsabilité de l'organe, art. 55 CC. Notion de l'organe : La participation à la gestion confère la qualité d'organe. Aucune influence de l'assainissement de la banque sur sa personnalité morale.

Le fait de mal renseigner, lorsqu'il est en rapport avec la conclusion subséquente d'un contrat principal, s'apprécie selon les principes de la *culpa in contrahendo*, c'est-à-dire comme la violation d'un contrat.

Le créancier qui, par suite de renseignements inexacts des organes d'une banque, touchant la portée du privilège attaché aux dépôts d'épargne, place de l'argent sur un carnet d'épargne pour lequel il ne bénéficie dans l'assainissement d'aucun privilège, possède de ce chef une créance en dommages-intérêts colloquée en 5^e classe. Il n'y a pas contradiction avec la jurisprudence de la II^e Section civile selon laquelle ne peuvent participer à la faillite que les créances qui avaient déjà une existence juridique au moment de l'ouverture de la faillite, et selon laquelle on ne peut faire valoir deux fois la même créance à des titres différents.

Risanamento delle banche ; azione di risarcimento dei danni per perdita del privilegio inerente ai depositi a risparmio, responsabilità dell'organo ; informazioni inesatte.

Costituzione ita e legalità dell'art. 5 DCF sul risanamento di banche ; cf. pure RU 68 II 93, consid. 1.

Responsabilità dell'organo, art. 55 CC. Nozione dell'organo : la partecipazione alla gestione conferisce la qualità di organo. Nessun influsso del risanamento della banca sulla personalità giuridica di essa.

Il fatto di fornire informazioni inesatte connesso con la susseguente conclusione di un contratto principale si giudica secondo i principi della *culpa in contrahendo*, ossia come la violazione di un contratto.

Il creditore che, in seguito ad informazioni inesatte degli organi d'una banca relative alla portata del privilegio inerente ai depositi a risparmio impiega denaro su un libretto di risparmio pel quale non gode nessun privilegio nel risanamento, possiede un credito per risarcimento dei danni collocato in 5^a classe. Non vi è contraddizione con la giurisprudenza della II Sezione civile, secondo cui possono partecipare al fallimento soltanto i crediti che esistevano giuridicamente all'apertura del fallimento e secondo cui non si può far valere due volte il medesimo credito sotto titoli diversi.

A. — Die eidgenössische Bankenkommision verfügte am 28. Dezember 1940 in Anwendung des BRB vom 17. April 1936 / 13. Juli 1937 über die Sanierung von Banken die Eröffnung des Sanierungsverfahrens über die Bank in Ragaz.

B. — Nach Art. 26 Abs. 1 des am 6. November 1941 vom Bundesgericht genehmigten Sanierungsplanes hat dessen Durchführung unter der Aufsicht der von der eid-

genössischen Bankenkommision für das Sanierungsverfahren bestellten Aufsichtskommission zu erfolgen, wobei alle Fälle, in denen zwischen der Bank und einzelnen Gläubigern Meinungsverschiedenheiten über den Bestand, die Höhe oder den Rang ihrer Forderungen, oder über die Anwendung des Sanierungsplanes auf sie bestehen, der Aufsichtskommission zur Prüfung vorzulegen sind. Art. 26 Abs. 2 des Sanierungsplanes sodann bestimmt in Anwendung von Art. 5 Abs. 2 des oben erwähnten Bundesbeschlusses, dass Gläubiger, welche mit dem Entscheid der Aufsichtskommission nicht einverstanden sind, ihre weitergehenden Ansprüche innert 30 Tagen nach Zustellung des Entscheids beim Bundesgericht geltend zu machen haben, das sämtliche Streitigkeiten, die sich bei der Durchführung des Sanierungsplanes ergeben, ohne Rücksicht auf deren Streitwert als einzige Instanz beurteilt.

C. — Im Zeitpunkt der Eröffnung des Sanierungsverfahrens besass der Kläger Schindler ein auf seinen Namen lautendes Sparkassenbüchlein der Bank, Nr. 52, mit einer Einlage von Fr. 5492.70, sowie das Inhabersparheft Nr. 5674 mit einer Einlage von Fr. 5301.75. Im Sanierungsverfahren wurde dem Kläger nur für den Betrag von Fr. 5000.— das Sparguthabenprivileg gewährt ; die restlichen Fr. 5794.45 wurden als gewöhnliche Kurrentforderungen behandelt.

D. — Der Kläger hatte im Jahre 1937 auf sein Inhabersparheft einen Betrag von Fr. 4000.— einbezahlt, nachdem er, wie die Beklagte anerkennt, auf seine Erkundigung hin vom damaligen Direktor der Beklagten, E., die Auskunft erhalten hatte, dass das Inhabersparheft die gleiche gesetzliche Privilegierung geniesse wie das auf den Namen lautende Sparheft des Klägers, das damals bereits eine Einlage im privilegierten Höchstbetrag von Fr. 5000.— aufwies. Die mündlich erteilte Auskunft wurde durch ein von Direktor E. und Prokurist K. unterzeichnetes Schreiben dem Kläger nach erfolgter Überweisung der Fr. 4000.— bestätigt.

Unter Berufung auf diesen Sachverhalt stellte der Kläger

an die Bank das Ansinnen, bei der Sanierung zugelassen zu werden mit einer Schadenersatzforderung in der Höhe der Differenz zwischen dem Betrag, der sich bei Privilegierung auch des Inhabersparhefts ergäbe und dem Betrag, den er infolge der Behandlung des Inhabersparhefts als blosser Kurrentforderung aus der Sanierung erhält. Die Aufsichtskommission lehnte mit Schreiben vom 17. Januar 1942 das Begehren des Klägers ab, weil durch Anerkennung einer solchen Schadenersatzforderung der Kläger in Wirklichkeit zu Lasten der Bank so behandelt würde, wie wenn beide Sparhefte privilegiert wären; dies wäre aber mit der zwingenden Vorschrift des Bankengesetzes über die Privilegierung der Sparguthaben nicht vereinbar und würde auch gegen die Interessen der übrigen Gläubiger der Bank verstossen, welche durch die Sanierung zu den Trägern des Institutes geworden seien.

E. — Gegen den ihm am 18. Januar 1942 zugestellten Entscheid der Aufsichtskommission reichte Schindler am 17. Februar beim Bundesgericht Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte sei zur Anerkennung und Bezahlung einer Schadenersatzforderung von Fr. 2000.— nebst 5 % Zins seit 6. November 1941 zu verpflichten.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

F. — Im Laufe des Verfahrens einigten sich die Parteien, um die Durchführung einer Expertise zu vermeiden, dass der vom Kläger als Schaden geltend gemachte Verlust infolge Nichtprivilegierung seiner Forderung aus dem Inhabersparheft auf Fr. 1500.— zu veranschlagen sei. Der Kläger reduzierte demzufolge die Klagesumme auf diesen Betrag.

G. — Nach Anhörung der Parteivorträge an der Hauptverhandlung vom 17. Juni 1942 und erstmaliger Beratung hat die 1. Zivilabteilung des Bundesgerichts einen Meinungsaustausch mit der 2. Zivilabteilung durchgeführt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — In erster Linie stellt sich die von Amtes wegen zu prüfende Frage der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von

Art. 26 Abs. 2 des Sanierungsplanes, der die von der Aufsichtskommission abgewiesenen Gläubiger zur Wahrung ihrer Rechte an das Bundesgericht als einzige Instanz verweist.

a) (Hinsichtlich der Frage der Verfassungsmässigkeit vgl. BGE 68 II 93 E. 1.)

b) Aber auch die Gesetzmässigkeit von Art. 26 Abs. 2 des Sanierungsplanes kann nicht in Zweifel gezogen werden. Das Finanzprogramm 1936, auf dessen Art. 53 der BRB über die Bankensanierung beruht, galt gemäss Art. 58 bis zum 31. Dezember 1937, und bis zum selben Datum sollte der BRB über die Bankensanierung gemäss seinem Art. 15 Geltung haben. Die Geltungsdauer des Finanzprogramms 1936 wurde aber durch Art. 1 des BB über die Verlängerung und Anpassung des Fiskalnotrechts für das Jahr 1938 (Finanzprogramm 1938) vom 28. Oktober 1937 bis Ende Dezember 1938 verlängert, und dementsprechend verlängerte der Bundesrat am 4. Januar 1938 auch die Geltungsdauer des BRB über die Bankensanierung. Gestützt auf die ihr durch das Volk am 27. November 1938 erteilte Ermächtigung zum Erlass der erforderlichen Bestimmungen zur Verbesserung der Finanzlage fasste die Bundesversammlung sodann den BB vom 22. Dezember 1938 über die Durchführung der Übergangsordnung des Finanzhaushalts (Finanzprogramm 1939-1941), dessen Art. 46 gleich lautet wie der oben erwähnte Art. 53 des Finanzprogramms 1936. Gestützt auf Art. 46 verlängerte der Bundesrat mit Beschluss vom 27. Dezember 1938 die Geltungsdauer des BRB über die Bankensanierung bis zum 31. Dezember 1941, entsprechend der Geltungsdauer der Finanzordnung 1939-1941, Art. 49. Da nach Art. 15 BRB über die Bankensanierung der Zeitpunkt der Einreichung des Sanierungsgesuches massgebend ist und die Bank in Ragaz ihr Gesuch gegen Ende Dezember 1940 eingereicht hat — der Beschluss über die Eröffnung des Sanierungsverfahrens datiert vom 28. Dezember 1940 —, so ist die Gesetzmässigkeit von Art. 26 Abs. 2 des Sanierungsplanes erwiesen. Überdies ist die Geltungsdauer der Finanzord-

nung 1939-1941 durch Art. 8 BRB vom 30. April 1940 über Massnahmen zur Tilgung der ausserordentlichen Wehraufwendungen und zur Ordnung des Finanzhaushaltes des Bundes, welcher Beschluss sich seinerseits auf den BB vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität stützt, bis zum 31. Dezember 1945 verlängert worden.

2. — Der Kläger hat sodann die Zuständigkeit des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache in Zweifel gezogen mit der Begründung, sein Anspruch habe mit dem Sanierungsplan als solchem gar nichts zu tun; es bestehe nur insoweit ein gewisser Zusammenhang mit der Sanierung, als der Schaden erst « bei der Herausgabe des Sanierungsplanes » erwachsen sei. Allein das vermag nichts daran zu ändern, dass eben doch ein vom Kläger gegen die Bank erhobener Anspruch von dieser bestritten wird. Dessen Beurteilung fällt aber ohne weiteres unter Art. 5 des BRB über die Bankensanierung und damit auch unter die Ausführungsnorm von Art. 26 Abs. 2 des Sanierungsplanes.

3. — In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut von Art. 15 Abs. 2 des Bankengesetzes, wonach die Spareinlagen jedes Einlegers bis zum Betrag von Fr. 5000.— ein Konkursvorrecht in der 3. Klasse geniessen, die gleiche Person im Ganzen bei der gleichen Bank für nicht mehr als Fr. 5000.— Spareinlagen ein Privileg beanspruchen kann. Der Einleger, der bereits auf einem Namensparheft Fr. 5000.— angelegt hat, kann daher nicht daneben für Spareinlagen auf Inhabersparheften auch noch ein Privileg geltendmachen. Wollte man anders entscheiden, so wäre damit der Zweck der Bestimmung, die den Schutz des kleinen Sparers unter gleichzeitiger angemessener Wahrung der Interessen der übrigen Gläubiger beabsichtigt, völlig illusorisch gemacht und Gesetzesumgehungen Tür und Tor geöffnet.

Die Auskunft, die Direktor E. zuerst mündlich und hernach, gemeinsam mit Prokurist K., schriftlich gab, war somit objektiv unrichtig. Da der Kläger sich durch diese

Auskunft bestimmen liess, den Betrag von Fr. 4000.— auf sein Inhabersparheft einzuzahlen, war sie auch kausal für den Schaden, den der Kläger durch die Nichtprivilegierung seines Inhabersparheftes erlitten hat und der nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien Fr. 1500.— ausmacht.

4. — Für den dem Kläger erwachsenen Schaden ist die Beklagte grundsätzlich haftbar, da Direktor E. und Prokurist K., welche die unrichtige Auskunft erteilten, als Organe der Beklagten im Sinne von Art. 55 ZGB anzusehen sind, für deren in Ausübung geschäftlicher Obliegenheiten vorgenommenen Handlungen die Beklagte einzustehen hat. Ob die Genannten dem Verwaltungsrat der Beklagten angehörten oder nicht, ist dabei unerheblich; denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedarf es für die Organqualität nicht der Mitwirkung bei der innern Willensbildung der juristischen Person, sondern es genügt schon die Teilnahme an der eigentlichen Geschäftsführung, der Betätigung in leitender Stellung (BGE 65 II 6). Die Beklagte bestreitet denn auch die Organqualität der in Frage stehenden Personen an sich nicht. Sie wendet lediglich ein, die heutige Bank sei insoweit nicht identisch mit dem früheren Unternehmen, als die früheren Träger der Bank, die alten Aktionäre, durch gänzliche Abschreibung ihrer Aktien ausgeschieden seien und die heutigen Träger der Bank in der Hauptsache die bisherigen ungesicherten Gläubiger seien, welche einen Teil ihrer Forderungen in Aktien umwandeln mussten. Dieser Einwand ist jedoch unstichhaltig. Wenn auch mit der Sanierung infolge der Abschreibung des gesamten bisherigen Aktienkapitals und zwangsweiser Umwandlung eines Teils der Forderungen der Gläubiger in Aktien die Gesellschaft wirtschaftlich in andere Hände übergegangen ist, so ist doch ihre Rechtspersönlichkeit dieselbe geblieben. Der Zweck der Sanierung besteht unter anderm gerade darin, die Liquidation, den Untergang der Gesellschaft zu vermeiden und statt dessen durch Bereinigung der Bilanz das notleidende Unternehmen

wieder flott zu machen und seine Weiterexistenz zu ermöglichen, unter Beibehaltung der bisherigen Rechtspersönlichkeit. Dementsprechend wird nicht eine neue Gesellschaft gegründet, sondern es werden lediglich die Statuten der bestehenden Gesellschaft revidiert, den durch die Sanierung bedingten Massnahmen angepasst, und ebenso findet im Handelsregister nicht eine Löschung des früheren Eintrages mit nachfolgender Eintragung einer neuen Gesellschaft statt, sondern es wird lediglich die Änderung der Statuten unter dem bisherigen Eintrag angemerkt. All dies zeigt, dass ein Wechsel in der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft nicht erfolgt. Die Beklagte haftet daher auch für die Handlungen der früheren Organe.

5. — Steht somit die grundsätzliche Haftung der Beklagten ausser Zweifel, so ist zu prüfen, ob man es dabei mit einer Haftung aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung zu tun habe.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist eine Auskunfterteilung, bei welcher der Auskunftgeber nicht in Ausübung eines Gewerbes oder sonst gegen Entgelt handelt, nicht als Erfüllung einer übernommenen vertraglichen Verpflichtung anzusehen, sondern als ein ausservertragliches Handeln. Eine in diesem Sinne von einer Bank erteilte Auskunft ist daher nach den Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen zu beurteilen (BGE 30 II 267, 41 II 82, 57 II 85). Wie es sich dagegen verhält, wenn die Bank ihre Auskunft im Hinblick auf einen von ihr abzuschliessenden Vertrag erteilt, ist bisher vom Bundesgericht noch nicht entschieden worden.

Es wäre denkbar, eine solche Raterteilung als unselbständige Nebenverpflichtung zur vertraglichen Hauptverpflichtung aufzufassen, mit der sie zu einem einheitlichen Ganzen zusammengeschlossen und deswegen den für das Hauptgeschäft geltenden Regeln unterstellt sei (in diesem Sinne die deutsche Rechtsprechung, vgl. RGZ 42 S. 131 und 67 S. 395, sowie die herrschende Meinung in der deutschen Doktrin, vorab STAUB, Komm. zum HGB, 12./13. Auflage, Anhang zu § 349, Anm. 16 ff., und DÜBINGER-HA-

CHENBURG, HGB, 3. Auflage, § 347 Anm. 20). Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, dass es der Logik widerspricht, die vor dem Vertragsschluss erfolgte Raterteilung schlechthin den Grundsätzen des erst nachher abgeschlossenen Vertrages zu unterstellen.

Aber auch das Bestehen eines selbständigen Vertrages, der sich nur auf die Raterteilung beziehen würde, muss abgelehnt werden, da seitens der Parteien regelmässig lediglich hinsichtlich der Hauptsache eine vertragliche Bindung beabsichtigt ist.

Die in engem Zusammenhang mit einem nachfolgenden Hauptvertrag erfolgte Raterteilung ist vielmehr nach den Grundsätzen über die sog. culpa in contrahendo zu beurteilen, d. h. schuldhaft unrichtige Raterteilung ist als Verletzung der schon zu Beginn der Vertragsverhandlungen erwachsenden Pflicht zur gegenseitig richtigen Aufklärung zu werten, wobei dann allerdings vorauszusetzen ist, dass es sich um einen Punkt handle, welchen die Gegenpartei nicht kannte und nicht zu kennen verpflichtet war.

Damit ist jedoch die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung immer noch nicht beantwortet. Da die culpa in contrahendo ein Grenzgebiet zwischen Vertrag und Delikt darstellt, lässt sich sowohl die Konstruktion der Delikts- wie der Vertragshaftung mit guten Gründen vertreten. Für die erstere Auffassung (die für das schweizerische Recht u. a. verfochten wird von OSER-SCHÖNENBERGER OR Art. 26 N. 15 und Art. 39 N. 7), kann geltendgemacht werden, dass im Zeitpunkt der die Ersatzpflicht begründenden Handlung noch kein Vertrag vorlag. Die Überlegung, dass sich die Parteien in Vertragsverhandlungen gegenüberstehen und dass ihnen deswegen eine erhöhte, derjenigen von Vertragsparteien angenäherte Sorgfaltpflicht obliegt, lässt es jedoch als angebracht erscheinen, die Verletzung dieser Sorgfaltpflicht dem Grundsatz nach wie eine Vertragsverletzung zu behandeln; dies ist namentlich hinsichtlich der Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR) und für die Frage der Verjährung von Bedeutung (so auch v. TUHR-SIEGWART OR I S. 183).

Gerade in Fällen der vorliegenden Art, wo die Bank infolge des Zustandekommens des Hauptvertrags auf Entgegennahme von Geld gegen Ausstellung eines Sparheftes eine Entschädigung für ihre vorangegangenen Bemühungen fand, vermag diese Lösung allein zu befriedigen; es ist nicht mehr als billig, wenn auch ihre Haftung hinsichtlich der Raterteilung nach Vertragsrecht beurteilt wird, soweit dies nach der Natur der Verhältnisse möglich ist.

6. — Es fehlen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass Direktor E. dem Kläger über die Privilegierung von Sparguthaben geradezu absichtlich eine unrichtige Auskunft erteilt habe. Dagegen muss ihm unzweifelhaft der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gemacht werden. Als Bankfachmann hätte er ohne weiteres auf den naheliegenden Gedanken kommen sollen, dass unmöglich auf Inhabersparheften angelegte Gelder unabhängig davon, ob dem gleichen Einleger gegenüber der gleichen Bank noch weitere Sparguthaben zustehen, privilegiert sein können. Zum mindesten aber hätte er sich sagen müssen, dass es sich um eine Zweifelsfrage handle, was ihn hätte veranlassen müssen, sich von juristischer Seite beraten zu lassen, bevor er Klienten der Bank eine so weittragende Auskunft erteilte. Andererseits fällt auch dem Kläger ein gewisses Mitverschulden zur Last. Zwar liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass er etwa bewusst eine Gesetzesumgehung beabsichtigt hätte. Es ist ihm vielmehr zuzubilligen, dass er in guten Treuen glaubte, sich an die Auskunft des Bankfachmannes Direktor E. halten zu dürfen. Aus der Anfrage, die er an die Bank richtete, ergibt sich jedoch einwandfrei, dass er zunächst erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit des gewählten Vorgehens hatte. Er durfte sich daher nicht bei der höchst summarischen, in keiner Weise auf Einzelheiten eingehenden Antwort der Bank beruhigen. Bei Aufwendung der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit hätte ihm bei seiner Bildung — er ist Ingenieur — vielmehr bewusst sein müssen, dass die unbeschränkte Privilegierung von Sparguthaben bis zu Fr. 5000.— auf Inhaberheften geeignet sei,

die vom Gesetz verfolgten Zwecke illusorisch zu machen. Er hätte daher zum mindesten um eine nähere Begründung des Standpunktes der Bank nachsuchen oder sich juristischen Rat einholen sollen. Dies umso mehr, als die Auskunft nicht etwa von einem staatlichen Institut stammte, sondern von einer beliebigen Lokalbank.

Dagegen kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden, er könne gegenüber der Bank keine Ansprüche aus seiner Rechtsunkenntnis ableiten. Denn in Frage steht in Wirklichkeit ein Rechtsirrtum, der ihm angesichts der besonderen Umstände, insbesondere der Auskunft durch die Bank, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr passieren durfte und der daher an sich rechtlich beachtlich ist.

Die Abwägung des Verschuldens der Beteiligten lässt es als angemessen erscheinen, die Beklagte $\frac{2}{3}$ des Schadens von Fr. 1500.— tragen zu lassen, während der Kläger für den restlichen Drittel selber aufzukommen hat. Es steht ihm somit gegen die Bank ein Schadenersatzanspruch von Fr. 1000.— zu, der im Sanierungsverfahren als gewöhnliche Kurrentforderung zu behandeln ist.

7. — Nun hat allerdings das Bundesgericht in Band 41 III 136 und 42 III 496 ausgesprochen, dass nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des Konkursrechtes das dem Gemeinschuldner im Moment der Konkurseröffnung gehörende Vermögen ausschliesslich der Deckung derjenigen Forderungen dienen müsse, die auch ohne Konkurs bestehen würden. Dieses letztere Erfordernis wäre nun im vorliegenden Fall, auf den die konkursrechtlichen Grundsätze analog zur Anwendung gelangen, offensichtlich nicht erfüllt, da die Schadenersatzforderung des Klägers ohne die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten und die dadurch notwendig gewordene Sanierung nicht bestünde. Allein die erwähnten Entscheide sind offenbar nicht in diesem absoluten Sinn zu verstehen, der aus ihrer etwas missverständlichen Formulierung herausgelesen werden könnte. Dies zeigt einmal der Umstand, dass die in der schweize-

rischen und der deutschen Literatur herrschende Meinung gerade das Gegenteil sagt, indem sowohl nach C. JÄGER, SchKG Art. 197 N. 6 D, wie auch E. JÄGER, Deutsche Konkursordnung § 3 N. 15 ff., als Konkursforderungen alle Forderungen an den Gemeinschuldner zu gelten haben, die im Moment der Konkursöffnung schon rechtlich existent waren oder erst durch die Konkursöffnung entstehen. Wie die fraglichen Entscheide in Wirklichkeit zu verstehen sind, ergibt sich dann zweifelsfrei aus BGE 40 III 456, auf den BGE 42 III 496 verweist. Dort wurde nämlich gesagt, dass grundsätzlich alle Forderungen, die zur Zeit der Konkursöffnung schon bestehen, Konkursforderungen sind, und dass nur die im Moment der Konkursöffnung noch nicht begründeten Forderungen am Konkurs nicht partizipieren können; bestehend sei aber jede Forderung, die sich auf einen Rechtstitel stützen könne, die rechtlich existent sei. Als zur Zeit der Konkursöffnung rechtlich existent ist aber eine Forderung dann anzusehen, wenn in jenem Zeitpunkt ihr Rechtsgrund bereits vorhanden ist, (BLUMENSTEIN, Handbuch S. 659). Dass sie in jenem Moment auch schon nach Art und Betrag genau bestimmt sei, ist dagegen nicht erforderlich.

So betrachtet stehen die Entscheide 41 III 136 und 42 III 496 mit dem heutigen Entscheid nicht in Widerspruch. Denn der Rechtsgrund für den dem Kläger zuerkannten Schadenersatzanspruch liegt in der unrichtigen Auskunft der Bank und damit zeitlich längst vor dem Sanierungsverfahren, und zur Entstehung gelangte der Anspruch des Klägers spätestens mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens, wenn man nicht überhaupt annehmen will, er sei bereits durch die diesem vorangehende Verschlechterung der Vermögenslage der Bank entstanden.

8. — Ebenso wird kein Widerspruch geschaffen zu den in BGE 58 III 121 aufgestellten Grundsätzen, wie der hierüber mit der 2. Zivilabteilung durchgeführte Meinungsaustausch ergeben hat. Jener Entscheid verneint die Zulässigkeit der Kollokation einer Schadenersatzforderung aus Kreditbetrug neben der Forderung aus dem Kredit-

geschäft als solchem. Damit ist nur gesagt, ein Ausfall auf Forderungen aus Kreditgewährung könne bei konkursmässiger Liquidierung des Schuldnervermögens nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger teilweise wettgemacht werden durch Zuerkennung einer zusätzlichen Forderung auf Ersatz eben dieses Ausfalles unter dem Gesichtspunkte einer bei der Kreditaufnahme vom Schuldner begangenen unerlaubten Handlung. Die innere Rechtfertigung für diese Entscheidung liegt darin, dass sonst der Gläubiger dieselbe Forderung unter verschiedenen Rechtstiteln zweimal geltendmachen könnte, da der Erfüllungsanspruch aus dem anfechtbar zustande gekommenen Kreditgeschäfte ja bereits auf volle Zahlung geht. Im vorliegenden Fall dagegen hat man es mit zwei verschiedenen, rechtlich völlig selbständigen Ansprüchen zu tun: Einmal mit der Kurrentforderung von Fr. 5000.— und sodann mit der Schadenersatzforderung dafür, dass infolge falscher Auskunft nicht an Stelle der gewöhnlichen Kurrentforderung eine der Art nach andere Forderung begründet wurde, nämlich eine das Sparguthabenprivileg geniessende Forderung, die ähnlich wie ein pfandgesicherter Anspruch dem Gläubiger eine erhöhte, von der allgemeinen Vermögenslage des Schuldners unabhängige Sicherheit geboten hätte. Ob für ein infolge unerlaubter Handlung nicht zustande gekommenes oder nachträglich (z. B. infolge Vernichtung der Pfandsache) untergegangenes Pfandrecht neben dem vertraglichen Anspruch noch ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung geltendgemacht und in einem konkursmässigen Liquidationsverfahren kolloziert werden könne, ist aber, wie auch die 2. Zivilabteilung anerkennt, durch den oben erwähnten nur den Fall des gewöhnlichen Kreditbetruges betreffenden Entscheid nicht mitentschieden. Die 1. Zivilabteilung ist daher frei, die hier zur Diskussion stehende Frage der Zulässigkeit einer Schadenersatzforderung wegen Verlustes des Sparkassenprivileges, das mit einem Pfandrecht grosse Ähnlichkeit aufweist, im oben dargelegten Sinne zu entscheiden.

9. — Zu Unrecht glaubt die Beklagte schliesslich ein-

wenden zu können, mit der Zulassung der Schadenersatzforderung werde dem Kläger auf einem Umweg doch zu einer über die ersten Fr. 5000.— hinausgehenden Privilegierung seines Sparguthabens verholfen und damit eine Umgehung des Gesetzes bewirkt. Denn einmal erhält der Kläger mit seinem Schadenersatz nicht das Privileg für sein Sparheft, sondern eine Schadenersatzforderung in der Höhe des Ausfalles auf dem Sparheft, die lediglich mit der Nachlassdividende abgegolten wird. Sodann ist der Kläger infolge dieser Behandlung nicht besser gestellt, als jeder andere, vom Schuldner durch unerlaubte Handlung Geschädigte, dessen Anspruch die Masse ebenfalls zu ihren Lasten anerkennen muss. Praktisch erfährt der Kläger allerdings eine gewisse Bevorzugung vor den übrigen nichtprivilegierten Spareinlegern. Aber das hat eben seinen Grund darin, dass er im Unterschied zu ihnen nicht nur das Opfer eines Irrtums über die Solidität der Bank geworden ist, sondern darüber hinaus durch die unrichtige Auskunft einer zusätzlichen Sicherheit verlustig gegangen ist, die er durch Anlage seines Sparguthabens bei einer andern Bank, bei der er noch kein Sparguthaben hatte, hätte in Anspruch nehmen können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Kläger berechtigt erklärt wird, im Sanierungsverfahren der Bank in Ragaz eine Schadenersatzforderung von Fr. 1000.— als gewöhnliche Kurrentforderung geltend zu machen.

49. Arrêt de la I^{re} Section civile du 2 décembre 1942 en la cause Banque commerciale de Soleure S. A. contre Etat de Genève.

1. Constitutionnalité des arrêtés du Conseil fédéral.

Les arrêtés rendus par le Conseil fédéral en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'art. 3 de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de sa neutralité échappent au contrôle constitutionnel du Tribunal fédéral (consid. 2).

2. Ordonnance sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations.

L'art. 8 bis in fine, qui interdit que la procédure prévue dans l'ordonnance soit requise plus d'une fois dans le délai d'un an, n'est applicable qu'au débiteur qui veut abuser, en renouvelant sa demande, des effets moratoires attachés à la convocation (consid. 3 litt. b).

Art. 6 : notion du délai convenable pour la convocation (litt. c).
Le débiteur peut présider l'assemblée des obligataires (litt. d).

La participation à un vote d'une personne dont la qualité est contestée ne peut en permettre l'annulation que si cette coopération a exercé une influence sur le résultat de la votation. Cf. art. 691 al. 3 CO.

Pour le calcul de la majorité du capital en circulation, il faut déduire les obligations du créancier exclu du vote non seulement du montant des voix acceptantes mais aussi du montant des obligations en circulation (litt. e).

1. Verfassungsmässigkeit von BRB.

Die Beschlüsse, die der Bundesrat erlassen hat auf Grund der ihm durch Art. 3 BB vom 30. August 1939 betr. Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität übertragenen Vollmachten können vom Bundesgericht nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden (Erw. 2).

2. Vo über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen.

Art. 8 bis i. f., der untersagt, das in der Vo vorgesehene Verfahren innert Jahresfrist mehr als einmal anzurufen, ist nur auf solche Schuldner anwendbar, die durch die Erneuerung des Begehrens die mit der Einberufung verbundenen Stundungswirkungen missbrauchen wollen (Erw. 3 b).

Art. 6 : Begriff der angemessenen Frist für die Einberufung (Erw. 3 c).

Der Schuldner kann bei der Obligationärversammlung den Vorsitz führen (Erw. 3 d).

Nimmt an einer Abstimmung jemand teil, dessen Befugnis hiezu streitig ist, so ist die Ungültigerklärung der Abstimmung nur gerechtfertigt, wenn diese Mitwirkung auf das Abstimmungsergebnis von Einfluss gewesen ist ; vgl. Art. 691 Abs. 3 OR.

Für die Berechnung der Mehrheit des im Umlauf befindlichen Kapitals müssen die Obligationen eines vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gläubigers nicht nur vom Betrag der annehmenden Stimmen, sondern auch vom Betrag des im Umlauf befindlichen Kapitals abgezogen werden (Erw. 3 e).

1. Costituzionalità delle ordinanze del Consiglio federale.

Le ordinanze emanate dal Consiglio federale in virtù dei poteri conferitigli dall'art. 3 del decreto federale 30 agosto 1939 sulle misure da prendere per la protezione del paese e il mantenimento della sua neutralità sfuggono al sindacato sulla loro costituzionalità da parte del Tribunale federale (consid. 2).

2. Ordinanza sulla comunione dei creditori nei prestiti per obbligazioni.

L'art. 8 bis, in fine, secondo cui la procedura prevista dall'ordinanza non può essere richiesta che una volta entro il termine di un anno, è applicabile soltanto al debitore che voglia abusare, rinnovando la sua domanda, degli effetti moratori inerenti alla convocazione (consid. 3 lett. b).

Art. 6 : nozione di congruo termine per la convocazione (lett. c).
Il debitore può presiedere l'assemblea degli obbligazionisti (lett. d).