

C'est en vain que le demandeur cherche, dans le recours, à tirer un argument de la mention « valeur reçue en marchandise » qui figure sur l'effet. C'est là une simple clause usuelle qui ne saurait subordonner l'obligation de change à la validité du rapport de droit qui a donné lieu à la création de l'effet.

Dans ces conditions, le demandeur ne peut pas opposer à son créancier Lemaître, porteur régulier de l'effet, les exceptions tirées de l'inexécution des obligations incombant au vendeur de l'automobile. C'est contre le vendeur personnellement que George doit agir.

Le Tribunal fédéral prononce :

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

8. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Februar 1924

i. S. Gräf & Schlechter A.-G. gegen Ernst Surber & C^{ie}.

Dauer der Prozessvollmacht. Wirksamkeit der von dem von der klagenden Kollektivgesellschaft bevollmächtigten Anwalt in deren Namen erklärten Berufung, obwohl ihr Geschäft schon vorher auf eine neugegründete Aktiengesellschaft übergegangen und sie im Handelsregister gelöscht worden war. Bedeutung der Einsprache des Beklagten gegen die Fortsetzung des Prozesses. OR Art. 35, 405 (Erw. 1).

Durch das Nachlassverfahren über den Schuldner einer Forderung in ausländischer Währung wird diese nicht in schweizerische Währung umgewandelt, selbst wenn der Sachwalter sie im Inventar umgerechnet hat. SchKG Art. 67 Ziff. 3, 211, 299, 304 (Erw. 2).

Örtliche Rechtsanwendung. Frage der Anrufung schweizerischen Rechts im Prozess. Bedeutung des Erfüllungsorts. Anerkennt der Verkäufer, wegen Nichtlieferung den von ihm geforderten Schadenersatz zu schulden, ist er aber mit der Leistung des Schadenersatzes säumig, so beurteilen sich die Folgen dieses Verzuges nach dem Recht des Erfüllungsortes für die Schadenersatzverpflichtung, ohne Rücksicht darauf, welches der Erfüllungsort für die ursprüngliche Verpflichtung des Verkäufers (Lieferung) war. Rückweisung zu neuer Entscheidung in Anwendung ausländischen Rechts. OR Art. 74 Ziff. 3; OG Art. 56, 57, 83 (Erw. 3).

A. — Die Beklagte hatte sich gegenüber der Klägerin, der offenen Handelsgesellschaft Gräf & Schlechter in Barmen, zur Lieferung von Garnen gegen Bezahlung in deutscher Währung verpflichtet, war jedoch nicht in der Lage, rechtzeitig zu erfüllen. Infolgedessen stellte ihr die Klägerin am 18. März 1922 eine « Schadenersatzrechnung » im Betrage von Mark 1,358,110.20, welche die Beklagte nicht bestritt. Am 21. März bewilligte das Bezirksgericht Zürich der Beklagten eine Nachlassstundung. Auf den Schuldenruf des Sachwalters hin meldete die Klägerin Schadenersatz aus Nichtlieferung verkaufter Garne im Betrage von

Mark 1,578,081.10 an.... Der Sachwalter liess die Forderung in vollem Umfang im « Kollokationsplan » zu und rechnete sie dabei zum Kurse von 1.80 um, was Fr. 28,405.45 ergab. Die Beklagte erklärte gegenüber dem Sachwalter, diese Forderung anzuerkennen. In der gerichtlichen Verhandlung über den Nachlassvertrag vom 30. August 1922 verlangte die Klägerin Umrechnung ihrer Markforderung in Schweizerwährung zum Kurse von 1.80 = dem Kurse des Tages der Bewilligung der Nachlassstundung. Am 6. September 1922 bestätigte das Bezirksgericht Zürich den von der Beklagten vorgeschlagenen Nachlassvertrag auf der Basis von 25 % und setzte der Klägerin eine Frist zur Klage auf Anerkennung der geltend gemachten Kursdifferenz an.... Am 11. Oktober sodann übersandte der Sachwalter dem Vertreter der Klägerin einen Check über Mark 399,352.50 (Nachlassquote der Forderung von Mark 1,597,410 inkl. Zins).

Innert der angesetzten Frist strengte die Klägerin Klage an mit dem Antrag,... die Beklagte sei zu verurteilen zur Zahlung der Kursdifferenz zwischen dem Tag der Bewilligung der Nachlassstundung (1.80) und dem Tag der Bezahlung (0.19 ?) bezüglich ihrer Nachlassquote von 25% der Gesamtforderung. Nach dem Protokoll des Bezirksgerichts führte die Beklagte dort aus: « Rechtlich handelt es sich um eine Schadenersatzforderung, also eine Geldschuld. Sowohl nach deutschem wie schweizerischem Recht sind Geldschulden Bringschulden. Erfüllungsort für Bringschulden ist der Wohnort des Gläubigers. BGB § 270 und Art. 74 OR. »

B. — Durch Urteil vom 4. Juli 1923 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen. Erwägung 2 dieses Urteils lautet: « Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass die Parteien, indem sie keine Ausführungen über fremdes Recht machten, trotzdem der Wohnort der Gläubigerin und daheriger Erfüllungsort

Barmen ist (s. BGB § 270 und OR 71.1), sich dem schweizerischen Recht haben unterziehen wollen. Die Frage der Rechtsanwendung braucht um so weniger geprüft zu werden, als nichts dafür vorliegt, dass die nachstehenden Gesichtspunkte nach deutschem Rechte in abwehrendem Sinne entschieden werden müssten. »

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem Umfang.

D. — Am 6. September erhob die Beklagte Einsprache gegen die weitere Durchführung des Prozesses mit der Begründung, dass die klägerische Firma zufolge Löschung im Handelsregister untergegangen sei. In der Tat war die offene Handelsgesellschaft Gräf & Schlechter schon am 12. April 1923 im Handelsregister von Barmen gelöscht worden mit dem Vermerk, das Geschäft sei auf die Firma Gräf & Schlechter Aktiengesellschaft übergegangen, welche am 6. Februar 1923 im Handelsregister eingetragen worden war.

E. — Am 5. Oktober legte der Anwalt der Klägerin Vollmacht dieser Aktiengesellschaft vor und erklärte namens derselben, dass sie in den Prozess eintrete, sofern dies erforderlich sein sollte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Es kann dahingestellt bleiben, ob die von der Beklagten erst vor Bundesgericht geltend gemachte Tatsache, dass die klagende offene Handelsgesellschaft Gräf & Schlechter erloschen sei, die freilich das Prozessverhältnis betrifft, nicht gemäss Art. 80 OG doch unberücksichtigt bleiben müsse, da sie schon während des Verfahrens vor der Vorinstanz eingetreten und nur deshalb nicht noch in jenem Verfahren geltend gemacht worden ist, weil sie der Beklagten erst später bekannt geworden zu sein scheint. Denn der Umstand dass der seinerzeit von dieser Gesellschaft bevollmächtigte Anwalt die Berufungserklärung in deren Namen

abgegeben hat, obwohl sie infolge Löschung im Handelsregister längst erloschen war, hat jedenfalls nicht die Unwirksamkeit der Berufung zur Folge. Gemäss Art. 35 OR erlischt die von einer in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung mit deren Auflösung — ebenso wie die von einer physischen Person erteilte Ermächtigung mit deren Tod — nur dann, wenn nicht das Gegenteil (vereinbart ist oder) aus der Natur des Geschäfts hervorgeht. Bei der Prozessvollmacht ist nun anzunehmen, dass sie für die ganze Dauer des Prozesses gelten soll — was natürlich deren Widerruflichkeit nicht ausschliesst. Überdauert somit die Prozessvollmacht gegebenenfalls die Auflösung der Handelsgesellschaft (bezw. den Tod der physischen Person), welche sie erteilt hat, so kann der Bevollmächtigte aus ihr doch nicht die Befugnis herleiten, den Prozess im Namen des Rechtsnachfolgers (Geschäftsübernehmers, Erben) fortzuführen, der ihm ja keinerlei Vollmacht erteilt hat. Vielmehr vermag der Bevollmächtigte auf Grund jener Vollmacht den Prozess nur im Namen der bisherigen Partei fortzusetzen, mag diese auch nicht mehr existieren, mit der Massgabe freilich, dass das auf deren Namen gefällte Urteil gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam ist. Den Interessen des Gegners ist genügend Rechnung getragen, wenn ihm zugestanden wird, verlangen zu dürfen, dass sich der Rechtsnachfolger über die Weiterführung des Prozesses erkläre und allfällig auch seinerseits Vollmacht erteile. Ist dies wie vorliegend geschehen, so wird der Prozess dann auf den Namen des Rechtsnachfolgers fortgesetzt und ist das Urteil auf seinen Namen auszufallen.

2. — Die Frage, welchen Einfluss auf ein Schuldverhältnis das in der Schweiz über den Schuldner durchgeführte Nachlassverfahren ausübe, ist gemäss dem für das Prozessrecht allgemein anerkannten Territorialprinzip nach schweizerischem Recht zu entscheiden.

Infolgedessen ist gemäss Art. 56 OG die Berufung jedenfalls insoweit zulässig, als sie sich gegen die Annahme der Vorinstanz richtet, der Klageanspruch lasse sich weder aus der Eröffnung des Nachlassverfahrens über die Beklagte, noch insbesondere aus der Art und Weise der Behandlung der Forderung der Klägerin in diesem Verfahren durch den Sachwalter herleiten. Dagegen erweist sich die Berufung in diesen Punkten als unbegründet. Richtig ist freilich, dass Art. 67 Ziff. 3 SchKG, wonach der Gläubiger die Betreibungssumme in gesetzlicher Schweizerwährung anzugeben hat, auch im Konkursverfahren entsprechende Anwendung zu finden hat, mit der Massgabe, dass gemäss Art. 211 SchKG Konkursforderungen, welche zwar eine Geldzahlung, aber in anderer als schweizerischer Währung zum Gegenstand haben, in Geldforderungen schweizerischer Währung von entsprechendem Wert umzuwandeln sind. Dies erweist sich als unerlässlich deshalb, weil der Verwertungserlös, welcher zur verhältnismässigen Berichtigung der Schulden des Kridaren zu dienen bestimmt ist, regelmässig in schweizerischer Währung erzielt wird und auch die Verlustscheine nicht wohl anders als einheitlich in schweizerischer Währung ausgestellt werden können. Beim Nachlassvertrag aber werden nicht nur Verlustscheine nicht ausgestellt, sondern es findet gewöhnlich — d. h. abgesehen von der vorliegend nicht zutreffenden Ausnahme des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung an die Gläubiger — auch keine Liquidation des Vermögens des Schuldners statt, aus deren Ergebnis der Sachwalter die Schulden soweit möglich zu bezahlen hätte. Vielmehr ist es der Schuldner selbst, der die Nachlassdividende aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln bezahlt. Treffen sonach beim gewöhnlichen Nachlassvertrag die Gründe nicht zu, welche im Konkursverfahren die Umwandlung von Forderungen, die eine Geldschuld in ausländischer Währung zum Gegenstand haben,

in Geldforderungen schweizerischer Währung erheischen, so fehlt es an den Voraussetzungen für die analoge Anwendung jenes konkursrechtlichen Satzes im Nachlassverfahren. Hievon abgesehen könnte eine solche Umwandlung gegebenenfalls in Widerstreit geraten mit dem Ziel des Nachlassverfahrens, dem Schuldner Erleichterungen zu gewähren. — Sofern nicht ganz ausnahmsweise sämtliche Schulden in einer und derselben ausländischen Währung bestimmt sind, so muss eine derartige Umrechnung freilich stattfinden zum Zweck der Entscheidung der Frage, ob der Nachlassvertrag von den Gläubigern angenommen worden sei (Summenmehrheit). Allein diese Umrechnung hat nur verfahrensrechtliche, nicht auch materielle Wirkungen. Zu einer Umrechnung mit materiellechtlicher (Neuerungs-) Wirkung aber wäre der Sachwalter übrigens gar nicht befugt. Die Klägerin hat denn auch zunächst der Einstellung ihrer Forderung in dem sog. « Kollokationsplan » unter Umrechnung in Schweizerwährung eine solche Wirkung selbst nicht beigemessen, wie daraus hervorgeht, dass sie an der gerichtlichen Verhandlung über die Bestätigung des Nachlassvertrages erklärte, sie « verlange » Umrechnung ihrer Markforderung zum Kurs von 1.80. Jener Einstellung in den « Kollokationsplan » kann überhaupt nur als Handlung der Inventaraufnahme (Art. 299 SchKG) und zugleich Vorbereitung für das der Nachlassbehörde zu erstattende Gutachten über die Frage der Annahme des Nachlassvertrages (Art. 304 SchKG) Bedeutung beigemessen werden (vgl. AS 49 III S. 162 f. Erw. 2).

3. — Insoweit aber die Klägerin ihren Anspruch aus dem Verzug der Beklagten herleitet, muss dieser zugegeben werden, dass das Urteil der Vorinstanz insofern rechtsirrtümlich ist, als es davon ausgeht, « dass die Parteien, indem sie keine Ausführungen über fremdes Recht machten..., sich dem schweizerischen Recht haben unterziehen wollen. » Wenn die

Beklagte nach der sub Fakt. A i. f. wiedergegebenen Stelle des Protokolls der ersten Instanz hat ausführen lassen, die Schuld sei in Barmen zu erfüllen, so ist nicht erfindlich, zu welchem anderem Zweck dies hätte geschehen sein können als in der Absicht, der Anwendung deutschen Rechts zu rufen. Dass die Beklagte gleichzeitig auch Art. 74 des schweizerischen OR anzog, ist als Hinweis darauf anzusehen, dass Barmen als Erfüllungsort zu gelten habe, selbst wenn für dessen Bestimmung schweizerisches Recht massgebend sein sollte, und dass daher das Schuldverhältnis so oder anders dem deutschen Recht unterstellt sei. Kann somit nicht davon die Rede sein, dass schweizerisches Recht als gekorenes Recht angewendet werden dürfe, so muss nach den Normen des internationalen Privatrechts bestimmt werden, welches Recht anzuwenden sei. Nun bestimmt sich die örtliche Rechtsanwendung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts in Ermangelung einer Rechtskürung nach dem Erfüllungsort. Als solcher ist in der Tat Barmen anzusehen. Nachdem nämlich die Parteien darüber einig geworden sind, dass und in welchem Umfang an Stelle der zunächst stipulierten Garnlieferungen Schadenersatz in Geld geleistet werden solle, sind es nicht mehr die ursprünglichen Lieferungsverträge, sondern ist es das an deren Stelle getretene Schuldbekennnis der Beklagten, aus welchem die Klägerin die streitige Forderung herleitet, die denn ja auch zum Gegenstand den Ersatz der Folgen des Verzugs nicht in der Lieferung von Garn, sondern in der Zahlung der stipulierten Entschädigung hat. Infolgedessen kommt nichts mehr darauf an, welches der Erfüllungsort für jene Lieferungen war (ob vielleicht Basel, wie es für einen früheren, bei den Akten liegenden gleichartigen Vertrag zutraf). Vielmehr ist einzig massgebend, dass nach Art. 74 Ziff. 3 OR, wie übrigens ja auch nach § 270 des deutschen BGB, Geldschulden am Wohnort des Gläubigers zu bezahlen sind, als

welcher vorliegend der Sitz der klägerischen Gesellschaft, Barmen, in Betracht fällt.

Ist dieser Streitpunkt somit nach deutschem Recht zu entscheiden, so erweist sich die Berufung gemäss Art. 56 OG als unzulässig, wenn ihn die Vorinstanz in Anwendung des deutschen Rechts entschieden hat, während im Falle, dass die Vorinstanz das schweizerische Obligationsrecht angewendet hat, ihr Urteil auf der Verletzung einer bundesrechtlichen Norm internationalprivatrechtlicher Natur beruht und daher aufzuheben ist. Ausgehend von der Annahme einer Kürung des schweizerischen Rechts durch die Parteien hat nun die Vorinstanz schweizerisches Recht angewendet. Hieran wird durch ihre sub Fakt. B mitgeteilte Urteils-erwägung 2 nichts geändert, da sie, zumal weil an den Anfang des Urteils gestellt, keinen sichern Schluss darauf zulässt, dass die Vorinstanz die Streitfrage wirklich auch unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechts geprüft habe. Dass dies das Bundesgericht in Anwendung des Art. 83 OG selbst tue, kommt nicht in Betracht, da die Frage, ob der Klaganspruch als Verzugsfolge begründet sei, ausschliesslich nach deutschem Recht zu entscheiden ist. Vielmehr ist die Sache zu neuer Entscheidung des noch nicht erledigten Streitpunktes in Anwendung des deutschen Rechts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 1923 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses Gericht zurückgewiesen wird.

**9. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 25 février 1924
dans la cause Gindrat et Knuchel
contre Banque populaire suisse.**

Billet de change escompté par une Banque « sauf bonne fin » ;
droit de la Banque de se retourner contre son endosseur,
même si elle a omis de faire dresser protêt en temps utile.

La Société Tramelan Watch Co, débitrice du prix de fournitures faites par les défendeurs Gindrat et Knuchel, a souscrit à l'ordre de ces derniers deux billets de change payables au domicile de la Banque populaire suisse à Tramelan, le premier de 13 726 fr. 40 à l'échéance du 5 mai 1920, le second de 1135 fr. à l'échéance du 5 février 1922. Les défendeurs ont fait escompter ces deux billets par la Banque populaire suisse à Tramelan en les lui endossant. Le montant des billets a été porté au crédit du compte des défendeurs « sauf bonne fin ».

Le premier billet, n'ayant pas été payé à l'échéance, a donné lieu à plusieurs renouvellements successifs par la création de nouveaux billets souscrits par la Tramelan Watch Co et endossés par les défendeurs à l'ordre de la demanderesse. Le 5 mai 1922 ce billet, réduit par suite d'amortissements à 8000 fr., a été réuni au second billet de 1135 fr. qui avait lui aussi été renouvelé et qui était réduit à 1000 fr. Il a donc été créé, en renouvellement de ces deux billets, un seul billet de 8500 fr. au 5 août 1922. Celui-ci à son tour a été renouvelé, en dernier lieu par la souscription et l'endossement d'un billet de 7500 fr. à l'échéance du 5 février 1923.

Les renouvellements successifs ont fait l'objet d'inscriptions au compte, non des défendeurs, mais de la Tramelan Watch Co qui était chaque fois créditée sauf bonne fin du montant du nouveau billet souscrit et était débitée du montant du billet impayé et des frais de renouvellement.