

einer Berufung auf Art. 197 OR ferner der Umstand entgegen, dass die Beklagte vor Abschluss des Kaufvertrages die Liegenschaft persönlich besichtigt hatte und überdies durch ihren Bruder und ihre Tochter hatte in Augenschein nehmen lassen, sodass angenommen werden müsste, sie habe allfällige Mängel zur Zeit des Kaufes gekannt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt und damit, in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Glarus vom 10./12. Februar 1927, die Beklagte zur Zahlung von 4322 Fr. 60 Cts. nebst 5% Zins seit 15. Juni 1926 an den Kläger verurteilt.

### 27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Mai 1927

i. S. **Erben Weitnauer gegen Hypothekenbank in Basel**, in Liq. Erfordernisse des **Inhaberpapieres** (Art. 846 OR).

A. — Am 4. Juni 1914 übersandte Notar Dr. Thalmann in Basel, welcher zusammen mit Notar Dr. Fischer die Erbschaft des Albert Weitnauer zu teilen hatte und inzwischen verwaltete, aus dem für Rechnung dieser Erbschaft eingezogenen Bargeld den Betrag von 25,000 Fr. an die Hypothekenbank in Basel mit folgendem Schreiben :

« Ich übermittle Ihnen beifolgend 25,000 Fr. mit dem Ersuchen um Ausstellung von 5 4 ½ % Obligationen à 5000 Fr. Ihres Institutes, auf Inhaber lautend, 3 Jahre fest... Hochachtungsvoll Dr. Ernst Thalmann, Notar. »  
Gleichen Tages stellte ihm die Hypothekenbank in Basel folgende Empfangsbescheinigung aus : « Von Herrn Dr. Ernst Thalmann, Basel, haben wir heute die Summe von 25,000 Fr. erhalten, wogegen wir nach Rückgabe dieser Quittung folgende... zu 4 ½ % verzinsliche... Obligationen unserer Bank aushändigen werden :

| Auf den Inhaber :  | Auf den Namen lautend : |
|--------------------|-------------------------|
| Stück zu Fr. 500.— | Stück zu Fr. 500.—      |
| » » » 1000.—       | » » » 1000.—            |
| » » » 2000.—       | » » » 2000.—            |
| 5 » » » 5000.—     | » » » 5000.—            |

Die dann auf vorgedruckten Formularen ausgestellten Obligationen lauten wie folgt :

« Hypothekenbank in Basel. Obligation Serie O Nr. (5720/4) von 5000 Fr. Die Hypothekenbank in Basel erklärt, an den Inhaber gegen diese Obligation... die Summe von 5000 Fr. schuldig zu sein und verspricht solche alljährlich auf den 1. Juni zu 4 ½ Prozent per Jahr zu verzinsen. (Die Wörter « an den » sind von Hand geschrieben, das Wort « Inhaber » ist aufgestempelt.) Basel, den 4. Juni 1914. Hypothekenbank in Basel. (Unterschriften.)

Diese Obligation ist vom 1. Juni 1917 an von beiden Teilen jeweilen auf sechs Monate aufkündbar. Aufkündungen seitens der Bank geschehen durch schriftliche Anzeige oder durch Publikation in den öffentlichen Blättern.

(R ü c k s e i t e) Überträge.

Jeder Übertrag muss, um gültig zu sein, durch den bisherigen Besitzer der Hypothekenbank in Basel angezeigt werden.

Gegenwärtige Obligation wird hiemit übertragen an...  
..... den .....19... (dreimal wiederholt). »

Als im Jahre 1919 der Hypothekenbank in Basel ein Moratorium bewilligt wurde, meldete Dr. Fischer für vier Erben des Albert Weitnauer je eine der erwähnten Obligationen an mit dem Beifügen, dass sie auf Inhaber lauten. Die fünfte dieser Obligationen war inzwischen weiterverkauft worden.

In der Folge schloss die Hypothekenbank in Basel einen gerichtlichen Nachlassvertrag ab, der ihrer Auf-

fassung nach auf die Abtretung des Aktivvermögens an die Gläubiger hinausläuft. Als die Erben Weitnauer eine solidarische Grundpfandschuld von 46,000 Fr. an die Hypothekenbank in Basel mit Gegenforderungen aus Obligationen der Bank verrechnen wollten, liessen die Liquidationsorgane unter Anrufung des Art. 213 Ziff. 3 SchKG die Verrechnung mit den erwähnten vier Obligationen vom 4. Juni 1914 nicht zu. Schliesslich standen jedoch die Erben Weitnauer von der Verrechnung ab, um die Abtretung ihrer Grundpfandschuld an die Basellandschaftliche Hypothekenbank zu ermöglichen, unter dem von den Liquidationsorganen der Hypothekenbank in Basel angenommenen Vorbehalt, auf die Verrechnungsmöglichkeit zurückzukommen. Dies haben die Kläger mit der vorliegenden Klage getan, indem sie ausser der ihnen bisher auf diese Obligationen ausgerichteten Abschlagsdividende von 50 % noch die der Höhe nach nicht bestrittene Restsumme von 10,823 Fr. 75 Cts. nebst 5 % Zins seit 31. August 1925 fordern.

B. — Durch Urteil vom 8. Februar 1927 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger am 26. Februar die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Der von der Beklagten aus dem Konkurs- bzw. Nachlassvertragsrecht hergeleitete Grund gegen die von den Klägern beanspruchte Verrechnung ihrer Grundpfandschuld mit ihren Gegenforderungen laut ihren vier Obligationen vom 4. Juni 1914 trifft nach der angerufenen Vorschrift des Art. 213 Ziff. 3 SchKG jedenfalls dann nicht zu, wenn die Obligationen, auf denen diese Gegenforderungen beruhen, keine Inhaberpapiere sind.

Angesichts der am 4. Juni 1914 ausgetauschten Er-

klärungen kann freilich nicht in Zweifel gezogen werden, dass der Wille sowohl des Dr. Thalmann, welcher die Ausstellung der Obligationen veranlasste, als derjenige der Bank selbst auf die Ausstellung von Inhaberpapieren gerichtet war. Die Aktenwidrigkeitsrüge, mit der die Kläger diese Annahme der Vorinstanz angreifen, ist unbegründet, beruht sie doch auf der Unterstellung, für welche indessen kein Anhaltspunkt vorliegt, dass die Vorinstanz dem daherigen Willen der Kläger Bedeutung beigemessen habe, während diese ja gar nicht Vertragsparteien waren, sondern Dr. Thalmann.

Ja es ist weitergehend zu sagen, dass alle Beteiligten die Obligationen vom 4. Juni 1914 als Inhaberpapiere angesehen haben. Insbesondere für Dr. Thalmann ergibt sich dies daraus, dass er für deren Übertragung an die Kläger keinerlei Förmlichkeit als notwendig erachtete, und Dr. Fischer hat sie nicht nur in der Forderungsanmeldung vom 5. Juni 1919, sondern auch noch in einer Bescheinigung vom 26. Januar 1926 ausdrücklich als solche qualifiziert. Die Verzeichnung des Dr. Thalmann als ersten Nehmers der Obligationen in den Büchern der Bank aber ist in keiner Weise für eine anderweitige Auffassung der Bank indizierend, da sie einer reinpraktischen Bedürfnissen dienenden Gepflogenheit entsprach.

Allein ob eine Urkunde ein Inhaberpapier sei, beurteilt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz ohne jede Rücksicht auf den Inhalt der Vereinbarung zwischen Aussteller und Nehmer, welcher zufolge ersterer dem letzteren die Urkunde ausgestellt hat, sondern einzig nach dem in der Urkunde zum Ausdruck gebrachten Willen des Ausstellers, selbst wenn er mit jener Vereinbarung im Widerspruch stünde. Dies folgt daraus, dass späteren Erwerbem des für den Umlauf bestimmten Inhaberpapieres kein Mittel zur Verfügung steht, um einen allfällig abweichenden, aus dem Inhalt der Urkunde nicht zu entnehmenden Willen des Ausstellers oder

ersten Nehmers zu ermitteln, und auch nicht zugemutet werden kann, danach zu forschen.

Wesentliches Merkmal des Inhaberpapieres ist, dass in einer Urkunde dem jeweiligen Inhaber derselben das Recht eingeräumt ist, ohne weiteren Nachweis seiner Berechtigung eine Leistung zu fordern (Art. 846 OR). Hat eine derartige Verkörperung des Rechtes in der Urkunde stattgefunden, so kann daher die Übertragung des Rechtes durch die Übergabe der Urkunde nach sachenrechtlichen Grundsätzen ohne weitere Förmlichkeit erfolgen. Sobald aber zum Nachweis des Rechtes auf die in der Urkunde versprochene Leistung der blosse Besitz der Urkunde nicht genügt, sondern die Erfüllung einer andern Form erforderlich ist, kann die Urkunde nicht als Inhaberpapier angesehen werden. Die hier in Rede stehenden Obligationen sind bei Betrachtung bloss der Vorderseite freilich unzweifelhaft Inhaberpapiere; jedoch ist entgegen der von der Vorinstanz übernommenen Auffassung der ersten Instanz die Klausel auf der Rückseite unvereinbar mit dem Wesen des Inhaberpapieres, da danach dritte Erwerber der Obligationen, welche Zahlung erheben wollen, ihre Berechtigung nicht durch die blosse Präsentation der Obligationen dartun können, sondern sich über die Rechtmässigkeit ihres Erwerbes durch eine Anzeige des früheren Berechtigten ausweisen müssen. Ist diese Klausel durch die Unterschrift der Ausstellerin auch nicht gedeckt, so muss sie angesichts der Gepflogenheit der Kreditinstitute, derartige allgemeine « Bedingungen » dem unterzeichneten Tenor der Schuldinstrumente nachfolgen zu lassen, zumal auf einer besonderen Seite, doch zu deren rechtlich erheblichem Inhalt gerechnet werden. Ebenso wenig kann ihr aus dem Grunde jegliche rechtliche Bedeutung abgesprochen werden, gleichwie wenn sie überhaupt nicht vorhanden wäre, weil sie mit der Vorderseite der Urkunde im Widerspruch steht (vgl. BGE 50 II S. 531 ff); demgegenüber könnte mindestens

ebensogut nachfolgenden Klauseln die Bedeutung beigemessen werden, sie heben vorangehende auf, soweit sie nicht mit ihnen vereinbar sind. Einleuchtend ist freilich die Erklärung, dass die Bank, welche gleichartige Formulare für die Ausstellung von Namen- und Inhaberpapieren verwendete, anlässlich der Ausstellung der Obligationen an Dr. Thalmann einfach vergessen hatte, die Rückseite des Formulars auszustreichen. Dies ist indessen erst durch die Prozessinstruktion an den Tag gekommen und nicht schon aus den Urkunden für sich allein betrachtet ersichtlich, da eben dahinsteht, ob Inhaberpapiere ausgestellt werden wollten, solange die Klausel auf der Rückseite nicht eliminiert ist. Insbesondere ist das Fehlen der Angabe des ersten Nehmers belanglos, da aus den Büchern und Korrespondenzen der Bank festgestellt werden kann, welche Person die Obligationen erhalten hatte, und diese selbst durch Ausfüllung der Rückseite die fehlende Angabe auf der Urkunde zu beliebiger Zeit hätte nachholen können. Ob der erste Nehmer die hier in Rede stehenden Obligationen, und ob auch andere Inhaber von in gleicher Weise ausgestellten Obligationen diese als Inhaberpapiere angesehen haben mögen, wie übrigens auch die Bank selbst, ist angesichts der mit dem Wesen solcher Wertpapiere unvereinbaren Klausel gleichgültig, zumal es der Bank obgelegen hätte, sie zu streichen.

Ist somit den streitigen Obligationen der Charakter von Inhaberpapieren abzusprechen, so war infolge der Verrechnungserklärung der Kläger ihre gemeinsame Grundpfandschuld im Umfang ihrer einzelnen Gegenforderungen laut jenen Obligationen bereits erloschen, als sich die Beklagte durch die Abtretung ihrer Hypothek an die Basellandschaftliche Hypothekenbank auch für diesen Betrag bezahlt machte. Infolge des von der Beklagten angenommenen Vorbehaltes der Kläger ist die Rückforderung nicht an den Irrtum über die Schuldpflicht geknüpft.

Um der Rückforderung auszuweichen, bestreitet jedoch die Beklagte den Klägern die Legitimation zur Verrechnung mit der Begründung, dass ihnen die blosser Übergabe der Obligationen die Forderungsrechte aus denselben nicht zu verschaffen vermochten, sofern sie nicht als Inhaberpapiere gelten gelassen werden. Allein die Beklagte hat ja vor der Klageerhebung durch die Ausrichtung der Abschlagsdividende an die Kläger anerkannt, dass diese Gläubiger aus den Obligationen sind, und kann hierauf nicht nachträglich bezüglich eines Teiles der Schuldsommen zurückkommen. Übrigens hat Dr. Thalmann die Obligationen in Wahrheit als Vertreter erworben, ohne sich jedoch als solchen zu erkennen zu geben, und der Bank war es gleichgültig, wem sie die Obligationen ausstellte, nachdem sie deren Gegenwert bereits erhalten hatte (Art. 32 Abs. 2 OR).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1927 aufgehoben und die Klage zugesprochen.

**28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1927 i. S. Rutz gegen Pauli.**

Grundstückkauf: Art. 216, Abs. 1 OR. Missbräuchliche Geltendmachung eines Formmangels des Vertrages.

A. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 9. April 1926 verkaufte der Beklagte Pauli seine Liegenschaft in Oberbalm-Pfäffikon zum Preise von 47,500 Fr. an den Kläger Rutz, mit Antritt auf 15. Mai 1926. An diesen Kaufpreis waren 9939 Fr. 40 Cts. bis zum 12. Mai 1926 beim Grundbuchamt Pfäffikon zuhänden des Verkäufers zu bezahlen. Für den Rest wurden dem Käufer Grundpfandschulden überbunden. Im Kaufe

inbegriffen war das landwirtschaftliche tote Inventar laut besonderem Verzeichnis.

Das Vieh wurde gesondert verkauft, und zwar laut Quittung des Beklagten vom gleichen Tage um 5000 Fr. Ebenfalls am 9. April 1926 stellte der Käufer dem Verkäufer ein am 16. April 1926 fälliges Obligo für 5000 Fr. aus. Dieser Betrag ist dem Beklagten am 17. April 1926 durch die Schweizerische Volksbank Wetzikon ausbezahlt worden.

Mit Schreiben vom 27. Mai 1926 verlangte der Kläger die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von 10,000 Fr. unter Hinweis darauf, dass der Vertrag ungültig sei, weil der Kaufpreis tatsächlich 52,500 Fr. betragen habe, während nur 47,500 Fr. verurkundet worden seien. Mit Zahlungsbefehl vom 8. Juni 1926 betrieb ihn der Beklagte für die laut Vertrag am 12. Mai 1926 verfallene Anzahlung von 9939 Fr. 40 Cts. nebst Zinsen. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag, anerkannte dann aber das Begehren des Beklagten um provisorische Rechtsöffnung unter Vorbehalt der Ab-erkennungsklage.

B. — Mit der vorliegenden, am 29. Juli 1926 beim Bezirksgericht Pfäffikon eingereichten Klage hat er daraufhin die folgenden, noch streitigen Rechtsbegehren gestellt :

« 1. Es sei die Forderung des Beklagten von 9939 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5% seit 12. Mai 1926, sowie von 37 Fr. 70 Cts. Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten, sowie Entschädigung abzuerkennen.

2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger 10,000 Fr. nebst 5% Zins von 5100 Fr. seit 9. April 1926 und von 5000 Fr. seit 17. April 1926 zu bezahlen. »

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Januar 1927.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Klägers mit dem Antrag auf Gutheissung der Klagebegehren